المركز الديمقراطي العربي؛ برلين- ألمانيا

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

R N/VIR. 336 - 451.B

المركز الديمقراطي العربي

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INTERPRETATIVE JUDGEMENT

R N/VIR. 336 - 451.B

DEMOCRATIC ARABIC CENTER
Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112
http://democraticac.de
TEL: 0049-CODE
030-89005468/030- 89899419/030-57348845
MOBILTELEFON: 0049174278717

الـنـــــــــاشـــــــر :

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا/برلين

Democratic Arabic Center
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذه المجلة أو أي جزء منه أو تخزينها
في نطاق استعادة المعلومات أو نقلها بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved
No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland
ISSN 2748-5056
International Journal of Legal Interpretative Judgement

البريد الالكتروني **judgement@democraticac.de**

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي :
العدد الثامن كانون الأول– ديسمبر 2022

International Journal of Legal Interpretative Judgement :

Eighth Issue - December 2022

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

المجلةالدولية للاجتهاد القضائي

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- برلين، تعد المجلة بمثابة مرجع علمي للباحثين والمتخصصين لنشر بحوثهم المحكمة في مختلف الشؤون الفقهية والقضائية وسلك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهاد القضائي وإجراءات التقاضي، وطرق الإثبات، بالإضافة إلى الفروع القانونية والفقهية المرتبطة بذلك، كعلوم الشريعة والقانون، والسياسة الشرعية والقضائية والأنظمة الدستورية وغير ذلك.

تصدر بشكل دوري ولها هيئة علمية دولية فاعلة تشرف على عملها وتشمل مجموعة كبيرة لأفضل الأكاديميين من عدة دول ، حيث تشرف على تحكيم الأبحاث الواردة إلى المجلة . وتستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، و إلى لائحة داخلية تنظّم عمل التحكيم ، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهاد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكّمة.

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

رئيس المركز الديمقراطي العربي:
أ. عمار شرعان

رئيس التحرير:
د. سهيل الأحمد -عميد كلية الحقوق -سابقًا جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين

نائب رئيس التحرير د.محمد كميل ، أستاذ القانون الجنائي، جامعة فلسطين الأهلية ،فلسطين.

رئيس اللجنة العلمية:دة ربيعة تمار المركز الديمقراطي العربي ألمانيا برلين الجزائر

نائب رئيس التحرير التنفيذي :أ. كريم عايش – المركز الديمقراطي العربي – ألمانيا – برلين

البريد الالكتروني للمجلة:
judgement@democraticac.de
registration number
RN/VIR. 336 - 451.B

ISSN 2748-5056

اللجنة العلمية :

أ.د نافع الحسن – أستاذ القانون الدولي. فلسطين

أ.د ماهر خضير- عضو المحكمة العليا الشرعية- ديوان قاضي القضاة.- فلسطين

أ.د جمال الكيلاني، أستاذ الفقه والتشريع، ، جامعة النجاح. فلسطين

أ. د حسين الترتوري، كلية الشريعة - جامعة الخليل. فلسطين

أ.د عودة عبد الله- أستاذ التفسير- جامعة النجاح الوطنية- فلسطين

أ. د. عروة عكرمة صبري- جامعة القدس- فلسطين

د. محمد مطلق عساف- منسق برنامج الدكتوراه- جامعة القدس – فلسطين.

د. مأمون الرفاعي- جامعة النجاح- فلسطين

ا.د. علي أبو مارية، أستاذ القانون الخاص- جامعة فلسطين الأهلية

د. محمد صعابنة، أستاذ القانون الخاص، جامعة فلسطين الأهلية

د غانم عبد دهش، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق.

سلام سميرة، محاضر _ أ، تخصص قانون دولي انساني، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر.

د. ميثم منفي كاظم العميدي، أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة الكاظم، العراق.

د. محمد جمعة، قاضي إستئناف بمجلس الدولة، مصر.

د.ميسون طه حسين، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعه الكاظم، العراق.

د.يعيش تمام شوقي، رئيس تحرير مجلة الحقوق والحريات،جامعة بسكرة، الجزائر.

د يوسف سعدون محمد، تخصص قانون مدني وإجراءات قضائية، كلية أقسام ميسان، قسم القانون، العراق

د. معداوي نجية، أستاذة مشاركة، كلية الحقوق جامعة البليدة، الجزائر

د. حكمت عمارنة، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.

د. غسان عليان، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.

د. علاء السرطاوي، أستاذ الفقه وأصوله، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.

د. محمود سلامة، أستاذ القانون الخاص، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.

د.نضال العووادة، دكتوراه في العلوم الجنائية - النيابة العامة الفلسطينية،

د. أسامة دراج - كلية القانون– جامعة الاستقلال، فلسطين

د. مهند استيتي –كلية الشريعة – جامعة الخليل

د. أيمن البدارين- كلية الشريعة- جامعة الخليل- فلسطين.

د. جمال أبو سالم –كلية الدعوة وأصول الدين- جامعة القدس

د. أنس أبو العون- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية

د.خير الدين طالب- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية

د. حمزة إسماعيل، كلية الحقوق – الجامعة العربية الأمريكية.

د. سامية عبد اللاوي، أستاذ محاضر، القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عباس لغرور خنشلة.

د علي مراد ، أستاذ مساعد ، قانون، علاقات دولية، جامعة بيروت العربية ،

د. عائشة عبد الحميد- أستاذة محاضرة - كلية الحقوق - جامعة الشاذلي بن جديد الطارف. الجزائر ،

د. عبد اللطيف ربايعة، أستاذ مشارك في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين

د. محمد بدوسي، أستاذ مساعد في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.

د. نهله أحمد فوزى البرهيمي -استاذ القانون المدنى المساعد- جامعة الحدود الشمالية - السعودية

مواعيد استقبال المقالات لأعداد المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

عدد يناير-كانون الثاني	من01-12-	إلى 08-12 -.....
عدد ابريل-نيسان	من 01-03-.....	إلى08-03-.....
عدد يوليو –تموز	من 01-06-.....	إلى 08-06-....
عدد -أكتوبر	من 01-09-....	إلى 08-09-....

شروط النشر:

- أن يكون البحث أصيلاً معدًا خصيصا للمجلة الدولية للاجتهاد القضائي، و ألا يكون قد نشر جزئيًا أو كليًا في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- تنشر المقالات باللغات العربية و الفرنسية و الإنجليزية.
- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دوليًا في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
- أن يكون المقال مكتوبًا بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يأتي : اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني.
- كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية.
- وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.
- اتباع طريقة التهميش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التهميش وينتهي في كل صفحة كما يأتي: لقب الكاتب، اسم الكاتب ،عنوان الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر، ص.
- توثق المراجع حسب الترتيب الهجائي في نهاية المقال وتصنف إلى:
- 1 – مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4 المواقع الالكترونية)

- 2- المراجع باللغة الأجنبية : (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4 المواقع الالكترونية)
- 3– طريقة كتابة المراجع:
- -الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب ، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر، الصفحة.
- -المقال: لقب الكاتب ، اسم الكاتب،"عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة
- الأحاديث النبوية: اسم المؤلف، عنوان الكتاب، الكتاب، الباب، رقم الحديث، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر، الصفحة.
- المواقع الالكترونية: لقب الكاتب ، اسم الكاتب ،" عنوان المقال" اسم الموقع الالكتروني
  - رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه ، اسم الجامعة، اسم الكلية، السنة.
  - إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر
- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4) ، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالآتي:
- نوع الخط هوSakkal Majalla (حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيس، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة للهوامش).
- أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman12.
- ترك هوامش مناسبة (2.5)من جميع الجهات.
- يتراوح عدد كلمات البحث من 4000 كلمة إلى 7000 كلمة
- يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الإلكتروني: judgement@democraticac.de
- يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.
- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور أعلاه.
- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.
- لا يرسل المقال إلى هيئة التحكيم في حالة عدم اتباع كل شروط النشر.
- تعبر المضامين الواردة في المقال عن آراء أصحابها ولا تمثل أراء المجلة.

فهرس العدد

الصفحة	المحتويات
13	الكلمة الافتتاحية
14	المسؤولية الجنائية لمريض التوحد في الفقه الإسلامي **Criminal responsibility of the autistic patient in Islamic jurisprudence** خليل علي خليل عفانة ماجستير في الفقه والتشريع وأصوله/ جامعة القدس/فلسطين د. محمد مطلق محمد عساف أستاذ مشارك في الفقه وأصوله رئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين
30	اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 **Third party objection in the Palestinian Civil and Commercial Procedure Code No. 2 of 2001** إيهاب محمود راغب كميل- محاضر في الجامعة العربية الأمريكية _ فلسطين
58	الوعد الملزم وأثره الشرعي في المرابحة المصرفية (البنك الإسلامي العربي أنموذجًا) **A binding promise and its legal impact on banking Murabaha (The Arab Islamic Bank as a model)** أ. عبد الله جرادات / طالب دكتوراة / جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم / تركيا

74	القانون الدولي وعلاقته بالتشريع الوطني International law and its relationship to national legislation منى يحيى الدسوقي يوسف، باحثة بالدراسات العليا كلية الحقوق جامعة عين شمس- القاهرة
91	عقوبة المُرتد عن الإسلام مُراجَعَةٌ في الخِلافِ الفِقهي القَديمِ والمُعاصِر Punishment for Apostate from Islam A review of the Ancient and Contemporary Jurisprudential Dispute د.لؤي عزمي الغزاوي-الأستاذ المساعد في كلية الشريعة/ جامعة الخليل
129	استعمال المياه العادمة في رعاية المصالح الزراعية في التشريع الإسلامي The use of wastewater in the care of agricultural interests in Islamic legislation أ.إبراهيم ذويب - كلية الآداب– جامعة فلسطين الأهلية– فلسطين د. سهيل الأحمد– كلية الحقوق– جامعة فلسطين الأهلية– فلسطين
149	أثر استخدام بطاقة التيسير في زياد الاقبال على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني في محافظتي بيت لحم والخليل The impact of the use of the Tayseer card on demand of the products of Palestinian Islamic Bank in the governorates of Bethlehem and Hebron سعدي محمود ارزيقات / منسق برنامج التأمين وإدارة المخاطر – كلية العلوم الادارية والمالية - جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين - بيت لحم

272	التحكيم في مادة المنازعات الإدارية دراسة مقارنة بين المملكة العربية السعودية وتونس **Arbitration in the Article of Administrative Disputes** **A Comparative Study between Tunisia and Saudi Arabia** **أ. م. سعد بن ناصر آل عزام** باحث في إدارة الأعمال والقانون والأمن السيبراني والمدن الذكية كلية الأعمال - قسم إدارة الأعمال - جامعة الملك خالد كلية القانون والدراسات القضائية – قسم القانون - جامعه جدة كلية الحاسبات ونظم المعلومات- قسم الأمن السيبراني - جامعة بيشة المملكة العربية السعودية **سمير سالم محمد بن حديد** أستاذ مساعد كلية العلوم والدراسات النظرية الجامعة السعودية الالكترونية المملكة العربية السعودية
201	مدى جواز إلزام ولي الأمر القاضي الحكم بمذهب معين أو بقانون وضعي "دراسة فقهية مقارنة" **The extent of the permissibility of obligating the guardian judge to rule by a specific doctrine or positive law "a comparative "jurisprudential study** د.أحمد حنشل أستاذ مشارك في الفقه المقارن- كلية الحقوق جامعة عدن- اليمن.
219	آثار القيد في نظام السِّجل العيني دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون المصري **Effects of Registration in the In-kind Registry System** **A Comparative study in Arab legislation and Egyptian law** دكتور **محمد مختار السيد السيد** دكتوراه القانون المدني كلية الحقوق – جامعة الزقازيق
236	المواجهة التشريعية لجريمة الإيذاء المبهج **Legislative confrontation of the crime of happy slapping** م.د.صابرين يوسف عبدالله الحياني دكتوراه قانون عام/ قانون جنائي

	كلية القانون - جامعة البيان / بغداد - العراق
258	المحظورات في تجارة حُلِيّ المرأة من الذهب وبيان الحكم الشرعي فيها "دراسة تحليلية وصفية" Prohibitions in the trade of women's gold jewelry and the explanation of the legal ruling in it "A descriptive analytical study" دكتورة إيمان متعب عياش أستاذة مساعدة في الدعوة والعقيدة والفلسفة.

الكلمة الافتتاحية

د. سهيل الأحمد رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛ فإنه يسعدفريق المجلة الدولية للاجتهاد القضائي أن يضع بني أيدي قرائها الأفاضل :**العدد الثامن كانون الأول– ديسمبر 2022** ، حيث تضمن العددمجموعة مميزة من المقالات التي تم انتقاؤها بدقة من ضمن العديد من المقالات الواردة لهيئة التحرير، إذ تعتمد المجلة الدولية للاجتهاد القضائي في انتقائها على المعايير العلمية المتبعة والمعمول بهافي الدراسات الأكاديمية المعروفة،وقد اشتمل هذا العدد على مجموعة من الدراسات والأبحاث العلمية المتعددة في بابها القانوني والشرعي والاجتهادي.

المسؤولية الجنائية لمريض التوحد في الفقه الإسلامي

Criminal responsibility of the autistic patient in Islamic jurisprudence

خليل علي خليل عفانة

ماجستير في الفقه والتشريع وأصوله/ جامعة القدس/فلسطين

د. محمد مطلق محمد عساف

أستاذ مشارك في الفقه وأصوله

رئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين

ملخص:

يعد مرض التوحد من الأمراض التي تؤثر في عقل الإنسان تأثيرا متفاوتا بحسب نوع وشدة أعراض المرض على المصاب به، فكان لا بد من البحث في التكييف الفقهي لتصرفات مرضى التوحد القولية والفعلية، وكيف يؤثر مرض التوحد بمستوياته المتعددة في اعتبارها.

وقد تناولت هذه الدراسة أحدث النظريات العلمية التي تفسر هذا المرض، والقدرات المعرفية والإدراكية لدى مرضى التوحد، ثم بحثت في أثر اضطراب طيف التوحدعلى أهلية المصاب به ليخاطب بالأحكام الشرعية، وخلصت هذه الدراسة إلى أن أهلية مريض التوحد تختلف باختلاف نوع وشدة أعراض التوحد لديه، فصنفت مرضى التوحد من حيث الأهلية إلى صنفين: صنف أول تثبت له أهلية الوجوب الكاملة، وتنتفي في حقه أهلية الأداء، ويعامل في الأحكام الشرعية معاملة المجنون والصبي غير المميز؛ وصنف ثان تثبت له أهلية الوجوب الكاملة، وتثبت له أهلية أداء ناقصة، ويعامل في الأحكام الشرعية معاملة الصبي المميز، ثم بحثت الدراسة في أثر مرض التوحد على المسؤولية الجنائية لمريض التوحد،فخلصت إلى أن مريض التوحد تنتفي عنه المسؤولية الجنائية، بغض النظر عن تصنيفه، فلا تقام عليه الحدود، ولا يقتص منه، إذ لا توصف أفعاله بالجنايات، وتترتب عليهفي المقابل عقوبات أخرى، كضمان المتلفات، وبعض العقوبات التعزيرية التي تحفظ أمن المجتمع ونظامه.

وقد خرجت الدراسة بعدة توصيات أهمها: أن على الجهات المختصة إعطاء مرضى التوحد الأهمية

اللازمة، خاصة في مجال سن التشريعات والقوانين، وإجراء التعديلات اللازمة فيها، بحيث تشمل أحكام مرضى التوحد، بما يرعى حقوقهم، ويبين الأحكام المتعلقة بهم.

الكلمات المفتاحية: التوحد، المسؤولية، الجنائية، الأهلية، الحدود، القصاص، التعزير.

Abstract:

Autism is one of the diseases that affect the human mind with varying effects, according to the type and severity of the symptoms of the disease on the sufferer, so it was necessary to research the jurisprudential adaptation of the verbal and actual behavior of autistic patients, and how autism with its multiple levels affects its consideration.

This study dealt with the latest scientific theories that explain this disease, and the cognitive and perceptual abilities of autistic patients. The study classified autistic patients in terms of eligibility into two categories: the first category for which the full capacity for obligatory duty is proven, and the eligibility for performance is denied. In the religious rulings, he is treated as an insane person and an undistinguished boy.A second category has full capacity for obligatory duty, and has incomplete performance capacity, and is treated in Shariah rulings as the distinguished boy. The study examined the impact of autism on the criminal responsibility of the autistic patient, and The study concluded that the autistic patient is excluded from criminal responsibility, regardless of his classification, so no limits are imposed on him, and he is not held accountable, as his actions are not described as felonies, but can be given other penalties in return, such as damage warranty, and some punitive penalties that preserve the security and order of society .

The study came out with several recommendations, the most important of which are: that the competent authorities should give autism patients the necessary importance, especially in the field of enacting legislation and laws, and making the necessary amendments in them, so that they include the provisions of autism patients, in a manner that takes care of their rights, and shows the provisions related to them.

Keywords: Autism, responsibility, criminal, eligibility, limits, retribution.

المقدمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

فإن من النوازل التي ظهرت في عصرنا الحديث، وتزايد انتشارها مؤخرا بشكل كبير وغير معهود؛ نازلة مرض "التوحد"، الذي يظهر على الأطفال في سني طفولتهم الأولى، ثم تمتد أعراضه إلى سني البلوغ والشباب، وقد يرافقه هذا المرض طوال حياته. وهو مرض يؤثر تأثيرا كبيرا على أهلية الإنسان بشكل قد يخل بها، وتختل-جراء ذلك-أهلية الأداء لديه، كمايترتب على أقواله وأفعاله أحكام شرعية، قد تختلف عن أحكام الإنسان الصحيح، بحسب نسبة تمكن هذا المرض منه.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في الأسئلة التالية:

1- كيف يؤثر مرض التوحد في أهلية المصاب به؟ وهل تعتبر أهلية المصاب به أهلية كاملة، أم أهلية ناقصة؟
2- كيف يؤثر مرض التوحد في المسؤولية الجنائية لمريض التوحد؟ وهل يعتد بالأفعال الصادرة عن مرضى التوحد شرعا؟ وما الآثار المترتبة على أفعالهموتصرفاتهم في باب العقوبات تحديدا؟

هدف الدراسة:

جاءت هذه الدراسة، لبيان أهلية مرضى التوحد،ومدى وجود التكليف الشرعي بحقهم، والمسؤولية الجنائية التي تترتب على مريض التوحد بناء على ذلك.

أهمية الموضوع:

تنبع أهمية هذا الموضوع من خلال ما يلي:

- انتشار مرض التوحد في العالم، بشكل يوجب إعطاء هذا المرض الأهمية المناسبة لحجم انتشاره، ومن ذلك الدراسات الفقهية لأحكام المصابين بهذا المرض.
- الغموض الذي يكتنف هذا المرض وتشخيصه، الأمر الذي يقلق الدائرة الضيقة من أقربائه، في كيفية التعامل مع هذا المصاب، ومن ذلك: المسؤولية الجنائية لمريض التوحد، والآثار المترتبة على تصرفاته.
- لأهمية الموضوع، ولعدم وجود دراسة متخصصة في موضوع المسؤولية الجنائية لمريض التوحد في الفقه الإسلامي، اختار الباحث أن يخصص هذه الدراسة للبحث في هذا الموضوع.

الدراسات السابقة:

تم الاطلاع على عدد من الدراسات التي بحثت في موضوع أحكام مرضى التوحد الفقهية، ومن هذه الدراسات:

- ***أثر التوحد على الأحكام التكليفية في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة.****للباحثة إيمان حبشي، مدرس بقسم الفقه المقارن، بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالإسكندرية، وهي دراسة منشورة في مجلة الكلية، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019م. وقد مهدت الباحثة للدراسة بتمهيد تناولت فيه معنى التوحد لغة واصطلاحا، وخصائص المرض، وأسبابه، ومراتبه؛ ثم قسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث: تناولت في المبحث الأول أحكام عبادات التوحدي، وفي المبحث الثاني أحكام معاملات التوحدي والعقوبات عليه، ثم في المبحث الثالث تناولت أحكام الأحوال الشخصية للتوحدي. وقد خلصت الباحثة من هذه الدراسة بعدة نتائج، أهمها: إذا كانت الإصابة بالتوحد شديدة، فهو نوع من أنواع الجنون، وفي هذه الحالة تسقط عنه جميع التكاليف الشرعية، كما تسقط عنه أهلية الأداء كاملة. أما إذا كانت الإصابة خفيفة، فإنه في هذه الحالة يأخذ حكم الصبي المميز، فأهليته للأداء تكون مصحوبة بتوجيه الولي في كل التكاليف. وتقع الدراسة في (42) صفحة.[1]لكن هذه الدراسة لم تتطرق لموضوع المسؤولية الجنائية لمريض التوحد.*

- **أحكام مرض التوحد الفقهية، دراسة تأصيلية فقهية.**للباحثين: إبراهيم الجوارنة، وربا مقدادي، وهي دراسة منشورة في مجلة دراسات، الصادرة عن الجامعة الأردنية، المجلد 46، العدد1، ملحق 1، العام 2019م. وقد اشتملتالدراسة على أربعة مباحث، وخاتمة. تناول الباحثان في المبحث الأول منها تعريف التوحد والألفاظ ذات الصلة، ثم بحثا في المبحث الثاني أسباب التوحد، ومراتبه، وخصائصه، وتشخيصه وعلاجه؛ وتناولا في المبحث الثالث أثر التوحد في الأهلية، وبناء على ذلك بيّنا أثر التوحد في تصرفات التوحدي فقها، وذلك في المبحث الرابع. وقد توصلت الدراسة إلى أن التوحدي له حكمان: فمن كانت إصابته بالمرض شديدة بحيث لا يبقى معه تمييز ولا إدراك، فحكمه حكم المجنون الذي تنعدم في حقه الأهلية، فلا تترتب على تصرفاته آثارها الشرعية؛ ومن كانت إصابته بالمرض خفيفة، بحيث يبقى معه إدراك وتمييز، فحكمه حكم الصبي المميز، الذي تكون أهلية أدائه قاصرة. أما أهلية الوجوب فلا يؤثر فيها التوحد، لأن مناطها الإنسانية، وهي ثابتة لكل إنسان. وتقع الدراسة في (27) صفحة.[2]وقد أسهبت هذه الدراسة في تشخيص مرض التوحد، في حين لم تتطرق لموضوع المسؤولية الجنائية لمريض التوحد.

---

[1] حبشي: إيمان حمزة، (**أثر التوحد على الأحكام التكليفية في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة**)، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، 1105، دمنهور، الإسكندرية، ع 4، ج 1، 2019م.

[2] إبراهيم الجوارنة وربا مقدادي، (**أحكام مرضى التوحد في الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية فقهية**)، دراسات، علوم الشريعة والقانون، 142، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، ع 1، مجلد 46، ملحق 1، 2019م.

منهجية الدراسة:

لقد اعتمد الباحث في دراسة هذا الموضوع المنهج الوصفي، في وصف مرض التوحد، بالاعتماد على المراجع الطبية والتربوية المتخصصة في هذا المجال، ثم اعتمد الباحث المنهج التحليلي، في تحليل أوصاف هذا المرض، وكيف يمكن تصنيفه ضمن الحالات العقلية التي أشار لها العلماء، ثم قام الباحث باستقراء آراء العلماء في هذه الحالات العقلية، ثم انتهى إلى استنباط مدى المسؤولية الجنائية المترتبة على مريض التوحد.

ثم اعتمد الباحث منهجا محددا في التوثيق على النحو التالي:

1- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في القرآن الكريم.
2- عزو الأحاديث النبوية الشريفة، إلى مواضعها في المصادر الحديثية. بذكر موضعها من المصدر في الهامش (الكتاب والباب ورقم الحديث). فإذا كانت من الصحيحين أو أحدهما، يكتفى بذلك؛ وإن كانت من غيرهما، يتم إثبات حكم كبار المحدثين عليها.
3- الاعتماد على المصادر والمراجع الأصيلة، وإثبات الإحالة إلى هذه المراجع في الحاشية.
4- عند الاقتباس النصي، يوضع النص المقتبس بين علامتي تنصيص (" ")، ثم يثبت موضع الاقتباس بالجزء والصفحة في الهامش.
5- أما عند الاستفادة من معلومة معينة من نص طويل، فيتمإحالة القارئ إلى موضعها في المرجع بالجزء والصفحة.

خطة الدراسة:

تتكون الدراسة من مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة:

المقدمة في بيان مشكلة الدراسة، ومنهجها، وأهميتها، وأسباب اختيارها، وخطتها.

المبحث الأول الأول: في التعريف بمرض التوحد والخصائص الإدراكية والسلوكية لمريض التوحد . وفيه أربعةمطالب:

المطلب الأول: تعريف التوحد لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أنواع مرض التوحد ومراتبه.

المطلب الثالث: الخصائص الإدراكية لمريض التوحد.

المطلب الرابع: الخصائص السلوكية لمريض التوحد.

المبحث الثاني: أثر مرض التوحد في أهلية المصاب به: وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حالات العقل وأثرها في التكليف.

المطلب الثاني: علاقة التوحد بحالات العقل.

المطلب الثالث: عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الرابع: أثر التوحد في الأهلية.

المبحث الثالث: المسؤولية الجنائية لمريض التوحد. وفيه ستةمطالب:

المطلب الأول: مفهوم الجريمة في التشريع الإسلامي.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية في التشريع الجنائي.

المطلب الثالث أحكام مريض التوحد في جرائم الحدود.

الطلب الرابع: أحكام مرضى التوحد في جرائم القصاص (الجنايات).

المطلب الخامس: أحكام مرضى التوحد في الجرائم التعزيرية.

الخاتمة:ويعرض فيها الباحث أهم النتائج والتوصيات التي توصلإليها في هذا البحث.

أسأل الله عز وجل، أن يوفقني في دراستي هذه، وأن يلهمني السداد والرشاد، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

المبحث الأول: في التعريف بمرض التوحد والخصائص الإدراكية والسلوكية لمريض التوحد

المطلب الأول: تعريف التوحد لغة واصطلاحا:

الفرع الأول: معنى التوحد لغة:

من الأصل الثلاثي (وحد)، والواحد: أول عدد الحساب. وتثنى على واحدين، وجمعها: وِحدان.[1]

والواحد بُني على انقطاع النظير وعوز المثل، والوحيد بُني على الوحدة والانفراد عن الأصحاب، ورجل متوحد: أي منفرد، لا أحد معه يؤنسه، وحكى سيبويه: الوحدة في معنى التوحد.[2]

وفي حديث ابن الحنظلية: وكان رجلا متوحدا[3]، أي: منفردا لا يخالط الناس ولا يجالسهم.

ويمكن مما سبق القول: إن التوحد في اللغة هو: الانفراد، واجتناب الناس، وعدم مخالطتهم ومجالستهم.

الفرع الثاني: معنى التوحد اصطلاحا:

كلمة التوحد تستخدم لوصف الشخص المنطوي على نفسه بشكل مَرَضي غير طبيعي،[4]ويشير بعض الباحثين، إلى أن أدق التعريفات التي وصفت هذا المرض، هو التعريف الذي جاء في الدليل التشخيصي الإحصائي الرابع، الصادر عن جمعية علماء النفس الأمريكية، الذي ينص على أن التوحد: "حالة من القصور

---

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، **لسان العرب**، مادة (وحد)، ط3، بيروت، دار صادر، 1414هـ،467/3.

[2] الزبيدي:محمد مرتضى الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، مادة (وحد)، الكويت، وزارة الإرشاد، 1422هـ-2001م، 264/9.

[3] **رواه أبو داود في سننه**: كتاب اللباس، باب ما جاء في إسبال الإزار، حديث رقم (4089)، قال الأرناؤوط: إسناده محتمل التحسين.

[4] تيرل وباسينجر، **التوحد-فرط الحركة-خلل القراءة والأداء**، ط1، بيروت، دار المؤلف، 1434هـ-2013م، 48.

المزمن في النمو الارتقائي للطفل، تتميز بانحراف وتأخر في نمو الوظائف النفسية الأساسية المرتبطة بنمو المهارات الاجتماعية واللغوية، وتشمل: الانتباه، والإدراك الحسي، والنمو الحركي. ويصيب المرض خمسة أطفال من كل عشرة آلاف طفل، وبنسبة أكبر بين الذكور (4:1) عنها بين الإناث، ويحدث في كل المجتمعات بغض النظر عن الأصول العرقية أو الطائفية، أو الخلفية الاجتماعية، ولم يكتشف حتى الآن عوامل سيكولوجية بيئية مسببة للإصابة به، بل يغلب الظن بأن العوامل المسببة له ذات جذور عضوية في المخ والجهاز العصبي المركزي".[1]

وهناك العديد من التعريفات التي قدمها أخصائيون في مجالات الصحة النفسية والتربية والسلوك، لم تبتعد في مجملها عن العناصر الرئيسة التي وردت في التعريف السابق، وهذه العناصر هي:

1- إن مرض التوحد هو إعاقة تطورية، واضطراب نمائي يشمل خللا في معظم جوانب النمو، ومنها نمو العقل.
2- تظهر أعراضها عادة خلال الطفولة المبكرة، في غضون السنوات الثلاث الأولى من عمر الطفل.
3- إن هذه الإعاقة تدوم-في الغالب-مدى الحياة.
4- أهم صفاتها: ضعف في السلوك الاجتماعي، والإدراك الحسي، والتواصل مع الناس، والاعتماد على الذات؛ عجز في الانتباه، اضطراب في الكلام، ضعف شديد في اللغة.
5- يغلب الظن أن العوامل المسببة له ذات جذور عضوية في المخ والجهاز العصبي المركزي.
6- يحدث في كل المجتمعات بغض النظر عن الأصول العرقية، أو البيئة الاجتماعية.
7- نسبة إصابة الذكور به أعلى منها في الإناث بنسبة 4 : 1.
8- أعراضه تختلف من شخص لآخر، وتؤثر على الأشخاص بشكل مختلف، وبدرجات متفاوتة. ولذلك تسمى بـ "طيف التوحد". إذ تشير كلمة "الطيف" إلى وجود تباين واسع في سلوك التوحد يمتد من حالات معتدلة إلى حالات حادة.[2]

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتوحد:

أولا: الجنون:

لغة: مصدر جن: بمعنى ستر، وجن الشيء يجنه جنا: ستره.[3]

واصطلاحا: ذهاب العقل لآفة، ومظهره: جريان التصرفات القولية والفعلية على غير نهج العقلاء.[1]

---

[1] القمش: مصطفى نوري، **إضرابات التوحد**، ط1،عمان، دار المسيرة، 1432هـ-2011م، 23.
[2] تيرل وباسينجر، **التوحد-فرط الحركة-خلل القراءة والأداء**، 48.
[3] مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط**، مادة (جن)، 141/1.

ثانيا: الصغر:

لغة: من (صغر) صغرا: قل حجمه أو سنه فهو صغير.[2]

اصطلاحا: هناك نوعان من الصغر:

الصغير المميز: وهو الصبي دون البلوغ، الذي يفرق بين الضار والنافع.

الصغير غير المميز: وهو الصبي دون البلوغ، لكنه لا يفرق بين الربح والخسارة، ولا بين الضار والنافع.[3]

المطلب الثالث: أنواع مرض التوحد ومراتبه.

يضم اضطراب طيف التوحد أربعة أنواع من التوحد، كما جاء في الدليل التشخيصي والإحصائي للطب النفسي في طبعته الخامسة، وهذه الأنواع هي:

1- **اضطراب التوحد الكلاسيكي:** يظهر قبل سن الثالثة من العمر، وتختلف أعراضه من شخص لآخر، ويغلب على هذه الفئة التأخر الذهني،وعدم الاكتراث بالآخرين، ويكون لديهم صعوبة في استخدام التواصل البصري واللغوي، وتأخر في الكلام، إضافة إلى فقدان القدرة على التخيل، مع حركات جسدية نمطية تكرارية كرفرفة اليدين، وتنتابهم نوبات غضب شديدة في حال تغير الروتين المعتاد.
2- **اضطراب الانتكاس الطفولي:** وهو أندر الحالات، إذ يصيب طفلا واحدا من بين مائة ألف طفل، وفي هذا النوع ينمو الطفل بشكل طبيعي من حيث المهارات الحركية والاجتماعية، لفترة تصل لعمر بين 2-10 سنوات، ثم يبدأ بعدها التدهور بحيث يفقد الطفل المهارات التي اكتسبها سابقا، كالمهارات الاجتماعية، والكلام، وقد يصاب بالبكم، وتنشأ لديه بعض الحركات النمطية، ويفقد السيطرة على التبول والتبرز.
3- **متلازمة أسبرغر:** يتمتع الأسبرغر بدرجة ذكاء طبيعية، ولا يكون لديه تأخر في اكتساب المقدرة الكلامية، لكن أعراضه تتمثل في: عجز شديد في التواصل الاجتماعي، قصور في الاستخدام العملي للغة، صعوبات في العلاقات الاجتماعية، أعمال نمطية متكررة، فقدان القدرة على التخيل، صعوبات في المهارات الحركية، وتعتبر متلازمة أسبرغر أكثر شيوعا من اضطراب التوحد الكلاسيكي.

---

(1) محمد قلعجي وحامد قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، ط2،دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ-1988م، 167.

(2) مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط**، مادة (صغر)، 515/1.

(3) قلعجي وقنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، 274.

4- **الاضطراب النمائي الشامل-غير المحدد**: وهو أكثر الأنواع انتشارا، ويُشخّص عند وجود بعض ملامح التوحد، وتكون أعراضه أقل شدة من أعراض التوحد الكلاسيكي، وتكون لدى المريض قدرات إدراكية طبيعية، لكنه يواجه صعوبة في التفاعل الاجتماعي، والتواصل اللفظي وغير اللفظي.[1]

وطبقا لهذا التصنيف، فإن اضطراب التوحد الكلاسيكي، واضطراب الانتكاس الطفولي، هي أشد مراتب التوحد، وعادة ما يصاحبها تخلف عقلي بنسب متفاوتة، إذ وجدت الدراسات أن التخلف العقلي يصاحب (70-89%) من حالات التوحد الكلاسيكي.[2]

أما فئة متلازمة أسبرغر، فهم يعانون من مشكلات حسية معتدلة ونسبة ذكاء متوسطة إلى طبيعية؛ فليست مشكلتهم عقلية بالدرجة الأولى، لكن بسبب العجز الشديد في التواصل الاجتماعي، والقيام بأعمال نمطية متكررة، وفقدان القدرة على التخيل، تم تصنيفهم من الحالات المعتدلة من التوحد.[3]

ويبقى الاضطراب النمائي الشامل غير المحدد، في المرتبة الأخيرة من مراتب التوحد، إذ يمتلك المريض قدرات إدراكية طبيعية، لكن تم اعتبارهم من مرضى التوحد، بسبب صعوبات التفاعل الاجتماعي والتواصل اللفظي.

المطلب الثالث: الخصائص الإدراكية والسلوكية لدى مرضى التوحد.

الفرع الأول:الخصائصالإدراكية لمريض التوحد.

إن ردود فعل الشخص المصاب بالتوحد للخبرات الحسية يكون شاذا في الغالب، ويميلون للاستجابة لبعض المثيرات بشكل غير طبيعي، ومن الممكن ألا يبالي بالألم أو البرودة، فقد يحدث له جرح فينزف بالدم دون أن يطلب المساعدة من أحد لعدم شعوره بالألم.كما أن الانتباه لدى مريض التوحد يكون غير طبيعي، فقد يتمكن من إدامة انتباهه لفترات طويلة للأشياء التي تهمه، في حين يواجه صعوبة في الانتباه للأشياء الأخرى، وخاصة صعوبة التوجه نحو الأشخاص والأشياء.[4]

ومن السمات الإدراكية لدى مرضى التوحد عدم تقديرهم للمخاطر التي قد يتعرضون لها عند الاقتراب من الأماكن الخطرة، مثل الحرائق، والمناطق المرتفعة، وعدم ظهور أي رد فعل تجاه تلك المخاطر.[5]

---

[1] بوشهاب، **(اضطراب طيف التوحد (ASD))**، 276.
[2] القمش، **اضطرابات التوحد**، 113.
[3] بوشهاب، **(اضطراب طيف التوحد (ASD))**، 274.
[4] مصطفى والشربيني، **التوحد**، 95.
[5] القمش، **اضطرابات التوحد**، 54.

الفرع الثاني: الخصائص السلوكية لمريض التوحد:

يمكن إجمال سلوكيات مريض التوحد على النحو التالي:[1]

1- سلوكيات لا إرادية، مثل: رفرفة اليدين، وهز الجسم ذهابا وإيابا.
2- قصور في دافعيته تجاه المثيرات الموجودة في البيئة المحيطة.
3- النمطية، ويشعرون بقلق زائد عند تغيير نمط محدد تعودوا عليه.
4- العدوانية تجاه النفس، وتجاه الآخرين: وغالبا ما يكون عدوان التوحدي نحو نفسه لتخفيف الشعور بالقلق، لكن في بعض الأحيان، قد يتحول هذا العدوان نحو الآخرين، خاصة أثناء اللعب مع الآخرين، وذلك ناتج عن عدم قدرة التوحدي على التفاعل الاجتماعي؛ كما قد يتوجه هذا العدوان نحو الأشياء، بتدمير وتكسير الأشياء والممتلكات.
5- اضطرابات الإخراج: ويقصد بها عدم التحكم بالتبول أو الغائط.
6- اضطرابات النوم: وتبلغ معدلات انتشار اضطرابات النوم عند التوحديين ما بين 44% إلى 83%.
7- السلوك النمطي والطقوسي: والذي قد يكون عدوانيا موجها نحو الذات أو الآخرين.

المبحث الثاني: أثر مرض التوحد في أهلية المصاب به:

المطلب الأول: حالات العقل وأثرها في التكليف:

الفرع الأول: معنى التكليف وأركانه وشروطه:

التكليف لغة من الكَلَف: وهو الولوع بالشيء مع شَغْلِ قلبٍ ومشقة، وكلَّفه تكليفاً: أمره بما يشق عليه.[2]

وأما اصطلاحا، فقد عرفه الأصوليون بعدة تعريفات، اختار منها الباحث تعريف: "الخطاب بأمر أو نهي".[3] ومع أن هذا التعريف لا يشمل المباح، فإنه أُلحق بالأحكام التكليفية من باب التغليب والتسامح.

وللتكليف أربعة أركان:

1- المكلِّف: وهو الله عز وجل.
2- المكلَّف: وهو البالغ العاقل.
3- المكلَّف به: وهو الفعل والترك.

---

[1] مصطفى والشربيني، التوحد، ط1، عمان، الأردن، دار المسيرة، 2011م-1432هـ، 73-85.
[2] ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (كلف)، 307/9.
[3] ابن قدامة: موفق الدين المقدسي، **روضة الناظر وجنة المناظر**، ط2،بيروت، لبنان، مؤسسة الريان، 1423هـ-2002م، 154/1.

4- صيغة التكليف: وهي الأمر والنهي، وما جرى مجراهما.[1]

وأما شروط التكليف: فما يهم منها في هذه الدراسة، الشرط الذي يرجع إلى المكلف، وهو أن يكون عاقلا؛ فللعقل دور كبير في التكليف.[2]

الفرع الثاني: حالات العقل، وكيف تؤثر في التكليف:

حالات العقل التي نص عليها العلماء هي:

أولا: حضور العقل وثباته: ويُقصد بذلك أن يكون العقل حاضرا قادرا على أداء وظيفته من إدراك، وتذكر، وتفكير، وفهم للخطاب.وفي هذه الحالة يكون المكلف أهلا للتكليف.[3]

ثانيا: زوال العقل:إذا لم يقم العقل بوظيفته في الإدراك والتذكر والفهم، فلا يصح خطابه بالأحكام.[4]فعن عائشة-رضي الله عنها-أن رسول الله ρ قال:" رُفِعَ القلمُ عن ثلاثةٍ: عن النائم حتى يستيقظَ، وعن المُبتَلَى حتى يبرأ، وعن الصَّبيِّ حتى يَكْبَرَ".[5].وفي هذه الحالة يسقط التكليف عن المكلف، ولا أثر لأقواله ولا أفعاله، إلا ما كان فيها ضرر بالغير، فيكون عليه الضمان إذا ترتب عليه ضمان، فلو قتل قتيلا فلا إثم عليه ولا قصاص، ولكن الضمان يثبت في ماله أو على عاقلته، لأن الضمان ليس مشروطا بالتكليف.[6]

ثالثا: غفلة العقل: ويقصد بها زوال العقل لعارض مؤقت، كالنوم، والسهو، والغفلة، وأشباه ذلك.فلا يدخل تحت التكليف حتى يزول هذا العارض،[7] فإذا زال عنه العارض خوطب بالأحكام، وصار يؤاخذ على أقواله وأفعاله.

الفرع الثالث: علاقة التوحد بحالات العقل:

يمكن تفصيل علاقة التوحد بحالات العقل على النحو التالي:

---

[1] السلمي: عياض بن نامي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط1،الرياض، دار التدمرية، 1426هـ-2005م، 69.

[2] ابن قدامة، **روضة الناظر وجنة المناظر**، 167/1.

[3] الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، **المستصفى**، ط1،بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1413هـ-1993م، 67.

[4] السلمي: **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، 71.

[5] **رواه أبو داود في سننه**: كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، حديث رقم (4399). وصححه الأرناؤوط في التحقيق.

[6] السلمي: **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، 82.

[7] الباقلاني: أبو بكر محمد بن الطيب، التقريب والإرشاد (الصغير)، ط2،بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، 1418هـ-1998م.241/1.

أولا: التوحد الكلاسيكي: وهذا غالبا ما يصاحبه تخلف عقلي من شديد إلى متوسط. فإذا ما صاحبه تخلف عقلي، فإنه يعتبر كالمجنون، ولأن مرض التوحد يدوم مدى الحياة، فإنه يصنف ضمن حالة زوال العقل الدائم، فلا يخاطب بالأحكام الشرعية. أما إذا لم يصاحبه تخلف عقلي، فإن العقل في هذه الحالة لا يكون هو المانع من خطاب التكليف، وقد يكون هناك أمور أخرى، يتم بحثها لاحقا.

ثانيا: الانتكاس الطفولي: وهي حالة أشد من التوحد الكلاسيكي، وهذا الانتكاس-في العادة-يشمل كل المهارات التي اكتسبها الطفل، ولا شك أن العقل يتأثر بذلك تأثرا كبيرا، فإذا ما أدى إلى تخلف عقلي، فإنه يصنف ضمن حالة زوال العقل، ولا يخاطب بالأحكام الشرعية.

ثالثا: متلازمة أسبرغر: وهي حالة متوسطة، ولا تؤثر عادة على القدرات العقلية للمريض، بل على قدرته على التواصل الاجتماعي واللفظي، وهذا لا يمكن اعتباره من حالة زوال العقل، فعقله حاضر، ولكن هناك بعض المؤثرات الأخرى التي تؤثر في سلوكه،ويمكن بيان حالته حسب نوع أهليته، كما سنعرض لذلك لاحقا.

رابعا: الاضطراب النمائي الشامل-غير المحدد: وهو أخف حالات التوحد، وهذه الحالة لا تؤثر على القدرات العقلية للمريض، وتأثير التوحد على سلوكه يكون أقل من الحالات السابقة، ولذلك يمكن اعتباره من حالات حضور العقل، وسيتم بحث أهليته للأداء فيما يأتي.

المطلب الثالث: أنواع الأهلية وعوارضها في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: التعريف بالأهلية وأنواعها في الشريعة الإسلامية.

الأهلية لغة: الصلاحية، يقال: فلان أهل لكذا، أي صالح له.[1]

وهي في اصطلاح الأصوليين تنقسم إلى قسمين:

1- **أهلية الوجوب**: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.[2] وأساس وجوبها الحياة، لذا فهي تثبت حتى للجنين، وإن كانت ناقصة، لوجود الحياة فيه.[3]

---

[1] مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط**، مادة (أهل)، 32/1.

[2] البخاري: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، (دط)، دار الكتاب الإسلامي، (دت)، 237/4.

[3] زيدان: عبد الكريم، **الوجيز في أصول الفقه**، ط6،القاهرة، مصر، مؤسسة قرطبة، 1396هـ-1976م، 92.

2- **أهلية الأداء**: وهي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعا،[1]وأساسها التمييز وليس مجرد الحياة.

والأهلية-بنوعيها-منها كاملة، ومنها ناقصة، وذلك حسب حالة الإنسان ومرحلة حياته:

- فالجنين تثبت له أهلية وجوب ناقصةلاكتساب الحقوق فقط،والتي لا يحتاج في ثبوتها إلى قبول: كالميراث، والوصية. أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول: كالهبة، فلا تثبت له وإن كانت نفعا محضا. أما أهلية الأداء فلا وجود لها بالنسبة للجنين.
- فإذا انفصل الجنين عن أمه حيا، تثبت له أهلية وجوب كاملة، فتجب الحقوق له وعليه، ويؤديها وليه نيابة عنه حتى سن التمييز. وهذه الحقوق صنفين:
  - **حقوق العباد**: فما كان من الحقوق المالية كضمان المتلفات، فإنها تجب على الصبي، لأن المقصود منها هو المال، وأداؤه يحتمل النيابة؛ وما كان من حقوق العباد عقوبة كالقصاص، فلا يجب على الصبي لأنه لا يصلح لحكمه، لقصور معنى الجناية في فعله.
  - **حقوق الله تعالى**: لا يجب عليه شيء منها، سواء منها ما كان من العبادات، لأنه ليس أهلا للابتلاء؛ أو ما كان عقوبات كالحدود، لأنه غير مؤاخذ بالعقوبة.

أما أهلية الأداء، فمنعدمة تماما في حقه لعدم التمييز، ولذلك فلا يترتب على أقواله وتصرفاته أي أثر شرعي، ولا يطالب بأداء شيء من العبادات.[2]

- فإذا بلغ الصبي سن السابعة، تثبت له أهلية الوجوب الكاملة، كما تثبت له أهلية أداء ناقصة حتى بلوغه، ويترتب على ذلك صحة الأداء منه بالنسبة للإيمان وسائر العبادات البدنية، ولا يُلزم بها إلا على وجه التمرين.[3] أما تصرفاته المالية: فإن كانت نفعا محضا فإنها تصح من دون إجازة الولي؛ وأما التصرفات الضارة له ضررا محضا فلا تصح منه، ولا تنعقد أصلا، ولا يملك الولي أو الوصي تصحيحها بالإجازة. فإن كانت هذه التصرفات مترددة بين النفع والضرر بحسب أصل وضعها فإنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.[4]
- فإذا بلغ الإنسان الحلم عاقلا رشيدا، ثبتت في حقه أهلية الوجوب والأداء كاملة،[5] فيخاطب حينها بجميع الأحكام الشرعية، ويؤاخذ بكل تصرفاته وأفعاله، وتصح منه جميع العقود

---

[1] السلمي: **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، 79.
[2] زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، 96.
[3] السلمي: **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، 80.
[4] زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، 98.
[5] السلمي: **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، 81.

والتصرفات دون توقف على إجازة من أحد، إلا ما كان هناك من عوارض، تمنع تمتعه بهذه الأهلية الكاملة، كما سيتم بيانه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية:

العوارض جمع عارِض وعَرَض، من عرض الشيء يعرض واعترض: انتصب، ومنع.[1] والعرض: ما يطرأ ويزول من مرض ونحوه،[2]وهو من الأشياء: الطارئ خلاف الأصلي.[3]

ويظهر من التعريفات اللغوية للعارض، أنه يأتي بمعنى المانع، فعوارض الأهلية هي: موانع من ثبوت الأهلية للإنسان، كليا أو جزئيا، بحسب نوع هذا العارض وديمومته.

وقد قسم الأصوليون عوارض الأهلية إلى قسمين: عوارض سماوية، وهي التي لا يكون لاختيار العبد فيها مدخل، بل هي تثبت من قبل صاحب الشرع؛ وعوارض مكتسبة: وهي التي يكون لكسب العباد مدخل فيها بمباشرة الأسباب، كالسكر والجهل.[4]

وما يهم الباحث في هذه الدراسة العوارض السماوية، إذ إن مرض التوحد ليس للإنسان فيه اختيار، لذلك يمكن عدّ مرض التوحد من العوارض السماوية.

والعوارض السماوية التي ترتبط بمرض التوحد ما يلي:

أولا: الجنون: وهو ذهاب العقل لآفة، ومظهره: جريان التصرفات القولية والفعلية على غير نهج العقلاء.([5])وقد اتفق العلماء على أن الجنون يمنع التكليف في الجملة، لأن العقل هو مناط التكليف.[6]

والجنون نوعان:

1- أصلي: وهو أن يبلغ الإنسان مجنونا.
2- طارئ: وهو أن يبلغ الإنسان عاقلا، ثم يطرأ عليه الجنون.

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (عرض)، 168/7.
[2] مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط**، مادة (عرض)،594/2.
[3] قلعجي وقنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، 300.
[4] الجرجاني: على بن محمد بن علي الزين الشريف، **كتاب التعريفات**، ط1،بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1403هـ-1983م. 159.
[5] قلعجي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، 167.
[6] السلمي: **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، 81.

والجنون بنوعيه لا يؤثر في أهلية الوجوب، لأنها تثبت بالحياة، ولا علاقة للعقل والتمييز بها. لكنه يؤثر في أهلية الأداء، فيعدمها، لأن ثبوتها يكون بالعقل والتمييز. ويكون حكمه حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأفعاله.[1]

ثانيا: العته: آفة تجعل الإنسان مختلط العقل، فبعض كلامه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين.(2)

وهو نوعان:

1- عته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز، وفي هذه الحالة تثبت له أهلية الوجوب، فيما تنعدم فيه أهلية الأداء، ويكون في الأحكام كالمجنون.[3]
2- عته يبقى معه إدراك وتمييز، لكن ليس كإدراك العقلاء، وفي هذه الحالة تثبت له أهلية وجوب كاملة، فيما تثبت له أهلية أداء ناقصة، ويكون حكمه في هذه الحالة حكم الصبي المميز.[4]

الفرع الثالث: أثر التوحد في الأهلية:

بعد العرض الموجز للأهلية بأنواعها وعوارضها، يمكن تصور أثر التوحد في الأهلية على النحو التالي:

أولا: التوحد الكلاسيكي: هذا النوع يصاحبه في أغلب الأحيان تخلف عقلي بنسب متفاوتة، وتفصيل هذه الحالة يكون على النحو التالي:

1- إذا صاحبه تخلف عقلي، فهو كالمجنون، ولذلك تثبت له أهليه الوجوب، بينما تنعدم في حقه أهلية الأداء.
2- إذا لم يصاحبه تخلف عقلي، ينظر إلى مقياس شدة أعراض التوحد لديه:

- فإن كانت شديدة تكون أهليته كأهلية الصبي غير المميز، بسبب القصور الإدراكي لديه، فلا تمييز عنده بين الأمور خيرها وشرها؛ ولذلك تثبت له أهلية الوجوب، بينما تنعدم لديه أهلية الأداء.
- وإن كانت إصابته بالأعراض متوسطة، تكون أهليته كأهلية الصبي المميز، إذ رغم وجود ضعف لديه في الإدراك، إلا أنه يتمتع بتمييز يشابه تمييز الصبي المميز إلى حد ما؛فتثبت لديه أهلية وجوب كاملة، وأهلية أداء ناقصة.

---

[1] زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، 103.
(2)قلعجي وقنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، 304.
[3] زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، 104.
[4]البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، 275/4.

ثانيا: الانتكاس الطفولي: وهي أندر حالات التوحد، والفرق الوحيد بينها وبين التوحد الكلاسيكي، هي بداية ظهور التدهور النمائي لديه، ولذلك فإن أهليته تكون كأهلية المصاب بالتوحد الكلاسيكي.

ثالثا: متلازمة أسبرغر: وهذه الحالة لا يصاحبها في العادة تخلف عقلي، بل إن المصابين بمتلازمة أسبرغر يتمتعون في العادة بقدرات عقلية طبيعية، ولذلك ينظر في هذه الحالة إلى مقياس شدة أعراض التوحد لديهم:

- فإن كانت أعراض التوحد لديهم شديدة، تكون أهليتهم كأهلية الصبي غير المميز، إذ لا تمييز لديهم بين الخطأ والصواب، والخير والشر، بسبب القصور الإدراكي لديهم. ولذلك تثبت لديهم أهلية وجوب كاملة، في حين تنعدم في حقهم أهلية الأداء.
- وإن كانت أعراض التوحد لديهم غير شديدة، تكون أهليتهم كأهلية الصبي المميز، فعلى الرغم من وجود قدرات عقلية طبيعية لديهم، إلا أن ضعف القدرات الإدراكية لا تمنحهم أهلية أداء كاملة.

رابعا: الاضطراب النمائي الشامل-غير المحدد: وهؤلاء في العادة تكون لديهم قدرات عقلية طبيعية، وتكون إصابتهم بأعراض التوحد بين متوسطة إلى خفيفة، ولذلك:

- إذا كانت شدة أعراض التوحد متوسطة، فإنهم يعاملون معاملة الصبي المميز، فتثبت في حقهم أهلية الوجوب الكاملة، بينما تثبت لهم أهلية أداء ناقصة، بسبب ضعف القدرات الإدراكية لديهم.
- وإن كانت شدة أعراض التوحد خفيفة، فإن ذلك لا يؤثر في أهلية الوجوب والأداء، إذ إن قدراتهم العقلية تكون طبيعية، في حين تكون قدراتهم الإدراكية شبه طبيعية، ولا حاجة لسلبهم أهلية الأداء.

ويرى الباحث تصنيف حالات التوحدإلى صنفين، لاعتمادهما في دراسة المسؤولية الجنائيةلمريض التوحد على النحو التالي:

الصنف الأول: يصنّف كالمجنون، والصبي غير المميز، ويعامل معاملتهما في الأحكام الشرعية، وتثبت له أهلية الوجوب كاملة، في حين تنتفي في حقه أهلية الأداء، ويدخل فيه كل من:

1- التوحد الكلاسيكي: إذا صاحبه تخلف عقلي؛ أو لم يصاحبه تخلف عقلي، ولكن كانت شدة أعراض التوحد لديه شديدة، حسب مقياس شدة الأعراض.

2- الانتكاس الطفولي: إذا صاحبه تخلف عقلي؛ أو لم يصاحبه تخلف عقلي، ولكن كانت شدة أعراض التوحد لديه مرتفعة، حسب مقياس شدة الأعراض.
3- متلازمة أسبرغر: إذا كانت شدة الأعراض لديه كبيرة حسب مقياس شدة الأعراض.

الصنف الثاني: يصنف كالصبي المميز، ويعامل معاملة الصبي المميز في الأحكام الشرعية، وتثبت له أهلية وجوب كاملة، في حين تثبت له أهلية أداء ناقصة، ويدخل فيه كل من:

1- التوحد الكلاسيكي: إذا لم يصاحبه تخلف عقلي،وكانت شدة الأعراض متوسطة حسب مقياس شدة الأعراض.
2- الانتكاس الطفولي: إذا لم يصاحبه تخلف عقلي، وكانت شدة الأعراض متوسطة حسب مقياس شدة الأعراض.
3- متلازمة أسبرغر: إذا كانت شدة الأعراض متوسطة حسب مقياس شدة الأعراض.
4- الاضطراب النمائي الشامل-غير المحدد: إذا كانت شدة الأعراض متوسطة حسب مقياس شدة الأعراض.

ولن يتم تصنيف المصاب بالاضطراب النمائي الشامل-غير المحدد في حالة كانت شدة الأعراض خفيفة ضمن هذه الأصناف، لثبوت أهلية الوجوب والأداء لديه كاملتين، كالإنسان السوي، كما تم بيانه سابقا.

ويلاحظ مما سبق، أن مقياس شدة الأعراض لمرضى التوحد كان عاملا مهما في تصنيف المصابين بالمرض.

المبحث الثالث: المسؤولية الجنائية لمريض التوحد:

المطلب الأول: مفهوم الجناية في التشريع الإسلامي:

الجناية في اللغة: من (جنى) الذنب عليه جناية: جره، والجناية: الذنب والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة.[1]

وأما الجناية في الاصطلاح الفقهي: فهي "اسم لفعل محرم شرعا، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أوغير ذلك".[2]والجناية والجريمة كلمتان تترادفان كثيرا في كتب الفقهاء، وكثيرا ما يعبرون عن الجريمة بالجناية.

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (جنى)، 154/14.
[2] عودة: عبدالقادر، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، (دط)، بيروت، دار الكتاب العربي، (دت) ، 67/1.

والجرائم في الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام، بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها، وهي:

1- **جرائم الحدود:** وهي الجرائم التي وجبت حقا لله تعالى،ويعاقب عليها الشارع بالحد،ومنها: الردة، والزنا، والقذف، وشرب المسكر، والسرقة، والحرابة.
2- **جرائم القصاص والدية:** وهي الجرائم التي يعاقب عليه الشارع بقصاص أو دية، ومنها: القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجناية على ما دون النفس عمدا أو خطأ.
3- **جرائم التعزير:** وهي الجرائم التي يعاقب عليه الشارع بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير، وهذه الجرائم غير محدودة، فقد نصت الشريعة على بعضها، مثل الربا، وخيانة الأمانة، والرشوة، وتركت لأولي الأمر النص على غيرها، بحسب ما تقتضيه الظروف وحالة الجماعة ومصالحها، دون أن يكون ذلك مخالفا لمبادئ الشريعة وقواعدها العامة.[1]

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية في التشريع الإسلامي:

يقصد بالمسؤولية الجنائية: أن يتحمل الإنسان عواقب أفعاله التي اقترفها مختارا، مدركا لمعانيها ونتائجها، ويطلق عليها في التشريع الإسلامي: "تحمل التبعة"، فينظر إلى الجريمة من حيث مقدار ما يتحمله الجاني من تبعات هذه الجريمة، ومقدار إدراكه وقصده لها ولتبعاتها.[2]

وأول شروط المسؤولية الجنائية أن تكون الجناية ناشئة من تصرف الشخص، سواء كان مباشرا أصليا لها، أو شريكا في ارتكابها، بحسب نوع الجناية، فإن لم يكن فاعلا أو شريكا فإنه لا يسأل عن هذه الجناية. قال تعالى: "ولا تكسب كل نفس إلا عليها، ولا تزر وازرة وزر أخرى"[3]وهذا المبدأ يسمى "شخصية المسؤولية الجنائية"، وقد طُبِّق تطبيقا دقيقا في الشريعة الإسلامية، ولم يكن له إلا استثناء واحد، هو تحميل العاقلة الدية مع الجاني في القتل الخطأ وشبه العمد.[4]

فإذا ثبت قيام الشخص بالجريمة، ينظر عندئذ في أهليته ليكون محلا للمسؤولية الجنائية، وذلك بأن يكون بالغا عاقلا مختارا، فلا مسؤولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد للإدراك، ولا مسؤولية على

---

[1] عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، 80/1.
[2] أبو زهرة: محمد، **الجريمة**، (دط)، القاهرة، دار الفكر العربي، 1998م، 302.
[3] **سورة الأنعام**، الآية، 164.
[4] عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، 395/1.

مكره أو مضطر.[1] فعن عائشة-رضي الله عنها-أن رسول الله ρ قال:" رُفِعَ القلمُ عن ثلاثةٍ: عن النائم حتى يستيقظَ، وعن المُبتَلَى حتى يبرأ، وعن الصَّبي حتى يَكْبَرَ".[2]

ولا يعني انتفاء المسؤولية الجنائية عن الصغير والمجنون أنه لا تجب عليهم مسؤوليات أخرى، فقد يترتب على أفعالهم مسؤوليات تختلف باختلاف الجناية أو الجريمة التي ارتكبوها، كالضمان في الأموال المتلفة، والانتقال إلى عقوبة بديلة، وغير ذلك، مما سيأتي بحثه وبيانه.

المطلب الرابع: أحكام مريض التوحد في جرائم الحدود:

الحد في اصطلاح الفقهاء: عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى، زجرا لتمنع من الوقوع في مثله.[3] وبناء على ذلك، لا يعد القصاص من الحدود، لأنه عقوبة مقدرة لحق العبد، ولا يعد التعزير من الحدود لعدم تقديره.[4]

ومن الجرائم التي تستلزم في عقوبتها حدا: الزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقة، والردة، والحرابة.[5]

وقد اتفق الفقهاء على أن من شروط إقامة الحد أن يكون مقترف الجريمة محلا للمسؤولية الجنائية، بأن يكون بالغا عاقلا[6]، ولذلك؛ لا تقام الحدود على مريض التوحد سواء كان من الصنف الأول أم من الصنف الثاني إذا اقترف حدا من هذه الحدود، لأنه ليس محلا للمسؤولية الجنائية، ولكن يمكن معاقبة مريض التوحد من الصنف الثاني بالضرب غير المبرح، أو الحبس، إذا اقترف بعض جرائم الحدود من باب التأديب لا من باب العقوبة، قياسا على ضرب الصبي المميز على ترك الصلاة،وقد قال بعض الفقهاء: "ما أوجب حدا على مكلف، عُزّر به المميز".[7] في حين يضمن مريض التوحد ما ترتب على جريمته من إتلاف للأموال، لأن وجوب ضمان المال لا تشترط له الجناية ولا التكليف.[8]

---

[1] عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، 393/1.

[2] **سبق تخريجه**، صفحة 13.

[3] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، 3/4. البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، 77/6.

[4] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، 4/4.

[5] عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، 634/1.

[6] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، 43/4. الكاساني، **بدائع الصنائع**، 34/7 و39و 91 و134. الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 62/8. القرافي، **الذخيرة**، 134/12. الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، 426/7. البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، 175/6.

[7] البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، 562/4.

[8] الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، 67/7.

المطلب الرابع: أحكام مريض التوحد في جرائم القصاص (الجنايات).

القصاص في اللغة من قص الشَّعر : قطعه، والقص: تتبع الأثر، والقصاص: القود بالقتل أو الجرح بالجرح.[1]

ومعنى القصاص في الشرع: أن يعاقب الجاني بمثل فعله، فيقتل كما قتل، ويجرح كما جرح.[2]

والأصل في مشروعية القصاص قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى"[3] وقوله تعالى: "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص".[4]

وقد قسم الفقهاء القصاص إلى قسمين:

- قصاص صورة ومعنى: وهو أن ينزل بالجاني من العقوبة المادية مثل ما أنزل بالمجني عليه، وهو الأصل في القصاص.
- قصاص معنى: وهو العقوبة المالية للجناية، كالدية والأرش، ولا ينتقل إليه إلا إذا تعذر القصاص الأصلي، إما لأنه غير ممكن في ذاته، وإما لعدم استيفاء شروط القصاص الأصلي.[5]

والجرائم التي يتعلق بها القصاص هي الجرائم التي يتم فيها الاعتداء على النفس المعصومة، إما بالجناية على النفس، وهو القتل، أو بالجناية على ما دون النفس من قطع الأطراف أو الجراح.

فأما القصاص صورة ومعنى، فقد اتفق الفقهاء[6] على أن من شروط وجوب القصاص، أن يكون الجاني مكلفا، فلا قصاص على صبي ولا مجنون، لحديث عائشة-رضي الله عنها-أن رسول الله ρ قال: "رُفِعَ القلمُ عن ثلاثةٍ: عن النائم حتى يستيقظَ، وعن المُبتَلَى حتى يبرأ، وعن الصَّبيِّ حتى يَكْبَرَ"،[7] كما إنهما ليسا من أهل العقوبة، لأن العقوبة لا تجب إلا بالجناية، وفعلهما لا يوصف بالجناية.[8] وبناء على ذلك، فإن

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (قصص)، 7/73-76.

[2] الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 7/5661. عودة، **التشريع الجنائي في الإسلام مقارنا بالقانون الوضعي**، 1/663.

[3] **سورة البقرة**، الآية، 178.

[4] **سورة المائدة**، الآية، 45.

[5] أبو زهرة، **الجريمة**، 78.

[6] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، 6/532. الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 8/3. الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، 7/267. البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، 5/521.

[7] **سبق تخريجه**، صفحة 13.

[8] الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، 7/234.

مريض التوحد لا يعاقب بالقصاص إذا اعتدى على نفس معصومة بالجناية على النفس أو ما دون النفس ، وينتقل حكمه من القصاص إلى العقوبات المالية المقدرة لذلك، وهي الدية والكفارة والمنع من الميراث في القتل، والأرش في الجراحات.

فأما الدية، فقد اتفق الفقهاء على عدم اشتراط العقل والبلوغ في وجوبها،[1]لعموم قوله تعالى: "ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا"،[2] ولم يأت في ذلك تخصيص بالعقل أو البلوغ، فإذا حصل من مريض التوحد جناية على النفس وجبت الدية على عاقلته، لاعتبارها قتلا خطأ، وتتحملها العاقلة عنه بطريق التعاون، لأن النبي ρ قضى أن دية المرأة على عاقلة الضاربة.[3]

وأما الكفارة، فإن الكفارة بتحرير رقبة مؤمنة لا تتصور من مريض التوحد، إذ لا سبيل إليها اليوم؛ وأما الكفارة بالصيام، فإنها لا تجب على مريض التوحد لأنه ليس من أهل التكليف، وإنما تتعلق بذمته، فإن شفي من مرضه، صام شهرين متتابعين كفارة لجريمته التي اقترفها حال مرضه، وإلا فإنها تسقط عنه، لأنها متعلقة بحق الله تعالى، وهو ليس من أهل التكليف.

وأما المنع من الميراث، فقد قال جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة: إن القتل بغير الحق، الموجب للقود أو الدية أو الكفارة، يمنع الميراث، عمدا كان أو خطأ،[4] لأن فيه تهمة الاستعجال، فاقتضت المصلحة حرمانه، ولأن القتل قطع الموالاة، وهي سبب الإرث. وهو ما يميل إليه الباحث، لعموم قول النبي ρ: "ولا يرث القاتل شيئا"،[5] إذ عم اللفظ كلَّ قاتل، وقد خصص العلماء منها القتل الذي لا يُضمن،[6] فبقي ما عداه على مقتضى العموم. وبناء عليه، فإن مريض التوحد إذا قتل مورثه بغير حق، فإنه لا يرثه، سواء كان مباشرا للقتل أم متسببا به، متعمدا ذلك أم عن طريق الخطأ، فكل ذلك مما يمنع الميراث في قول جمهور الفقهاء.

---

[1] الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، 252/7. الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 46/8. الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، 316/7. البهوتي، **كشاف القناع عن شرح المنهاج**، 66/6.

[2] **سورة النساء**، الآية، 92.

[3] **رواه البخاري في صحيحه**: كتاب الديات، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد، حديث رقم (6910).

[4] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، 767/6. الشربيني، **مغني المحتاج** ، 47/4. البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، 492/4.

[5] **رواه أبو داود في سننه**: كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، حديث رقم (4564)، وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته، حديث رقم (5421).

[6] ابن قدامة، **المغني**، 152/9.

وأما الأرش: وهو دية الجراحة، أو ما يجب من المال في الجناية على ما دون النفس.[1]فهو نوعان:

الأرش المقدر: وهو ما حدد له الشرع مقدارا ماليا معينا،[2]كالدية الكاملة في قطع اليدين أو الرجلين، ونصف الدية في قطع يد واحدة، ونصف عشر الدية في السن والضرس، وهكذا.

والأرش غير المقدر، ويسمى "الحكومة": وهو ما لم يحدد له مقدارا معلوما من الشرع، وسمي حكومة، لأن تقديره يترك للقاضي أو الحاكم بحسب حالة الجرح.[3]

ولم يشترط الفقهاء العقل والبلوغ في وجوب الدية في الجناية على ما دون النفس، بناء على عدم اشتراط وجوبها في الجناية على النفس،[4] ولذلك تجب الدية في جناية الصبي والمجنون على ما دون النفس، ولكن اختلف الفقهاء فيما تحمله العاقلة من دية الجناية على ما دون النفس:

فقال الحنفية: إذا بلغت نصف عشر الدية فأكثر تكون على عاقلته، وإن لم تبلغ نصف العشر وجبت في ماله.[5]

وقال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة:[6] تحمل العاقلة ما زاد على ثلث الدية الكاملة، وهي دية الذكر الحر المسلم، لأن الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه هو المتلف، فكان عليه الضمان كغيرها من المتلفات، وإنما خولف في الثلث لكثرته، فما عداه يبقى على الأصل.

وبناء على رأي جمهور الفقهاء، فإن الدية تجب في الجناية الصادرة من مريض التوحد على ما دون النفس، وتحملها عنه عاقلته فيما زاد عن ثلث دية الذكر المسلم الحر، فإن نقصت عن ذلك تحمّلَها من ماله، قياسا على ضمانه في سائر المتلفات.

المطلب السادس: أحكام مريض التوحد في الجرائم التعزيرية.

التعزير في اصطلاح الفقهاء: العقوبة المشروعة على معصية أو جناية لا حد فيها ولا كفارة، سواء كانت في حق الله تعالى، أو في حق العباد.[1]

---

[1] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، 573/6.

[2] الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 5758/7.

[3] الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 5759/7.

[4] الكاساني، **بدائع الصنائع**، 252/7. الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 46/8. الرملي، **نهاية المحتاج**، 316/7. البهوتي، **كشاف القناع عن شرح المنهاج**، 66/6.

[5] ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، 587/6.

[6] الخرشي، **شرح مختصر خليل**، 45/8. الشربيني، **مغني المحتاج**، 362/5. البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، 362/5.

والأصل في مشروعية التعزير قوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن"،[2] فأباح الله تعالى الضرب عند النشوز، فكان فيه تنبيه على التعزير،[3] و عن عبد الله بن عمروτ، أن رجلا من مزينة أتى رسول الله ρفقال: يا رسول الله، كيف ترى في حريسة الجبل؟ فقال: "هي ومثلها والنكال، وليس في شيء من الماشية قطع إلا فيما آواه المراح فبلغ ثمن المجن ففيه قطع اليد، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال"،[4] فكان الجلد فيها عقوبة تعزيرية.

وقد اتفق الفقهاء على أن شرط وجوب التعزير العقل فقط،[5] فكل من ارتكب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع عُزّر، سواء كان ذكرا أم أنثى، مسلما أم غير مسلم، بالغا أو صبيا عاقلا، لأنهم من أهل العقوبة، إلا الصبي العاقل، فإنه يعزر من باب التأديب لا من باب العقوبة. لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ρ: "مرُوا أولادكمِ بالصلاةِ وهم أبناءُ سبعِ سِنينَ، واضرِبوهم عليها وهم أبناءُ عَشرٍ، وفرِّقوا بينهم في المَضاجِعِ"[6]،لكن لا يعزر الصبي العاقل عقوبة تعزيرية تصل للقتل أو القطع، لأنه ليس من أهل التكليف.[7]

وبناء على اتفاق الفقهاء في هذه المسألة، فإن مريض التوحد من الصنف الأول لا يعاقب عقوبات تعزيرية، ولكنه يضرب أو يحبس إذا اقترف ما يوجب ذلك زجرا ومنعا له من معاودة فعلته، وأما مريض التوحد من الصنف الثاني، فإنه يؤدب بالتعزير في الجنايات التي توجب حدا على المكلفين، وفي الجنايات التي لا حد فيها، من باب التأديب لا من باب العقوبة، بعد استشارة المختصين في المرض والقائمين على رعاية المريض لتحديد نوع العقوبة ومقدارها، وبشرط ألا يصل التعزير إلى القتل أو القطع مهما كانت المعصية أو الجريمة، لأن هذه العقوبة تستدعي جناية، وفعله لا يوصف بكونه جناية.

---

[1] الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 5591/7.

[2] **سورة النساء**، الآية، 34.

[3] الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، 523/5.

[4] **رواه النسائي في سننه**: كتاب قطع السارق، باب القطع فيما آواه المراح من المواشي، حديث رقم (7405). وحسنه الألباني في إرواء الغليل، 69/8، حديث رقم (2413).

[5] الكاساني، **بدائع الصنائع**، 64/7. القرافي، **الذخيرة**، 119/12. الشربيني، **مغني المحتاج**، 524/5. البهوتي، **كشاف القناع**، 122/6.

[6] **رواه أبو داود في سننه**: كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم (367)، وحسنه الأرناؤوط أيضا. وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود (401/2).

[7] الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، 524/5. البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، 122/6.

الخاتمة:

أولا: أهم النتائج:

1- هناك أربعة أنواع من اضطرابات طيف التوحد، وقد ترافق هذه الاضطرابات اضطرابات أخرى تكون مصاحبة لها، كما أن هناك ثلاثة مستويات للإصابة بمرض التوحد، ولذلك لا بد من التعامل مع مرضى التوحد بناء على تباين هذه المستويات، ولا يمكن المساواة بينهم في التكليف بالأحكام.

2- وبسبب تباين أعراض التوحد وشدتها من مريض إلى آخر، فإنه يمكن تصنيف حالات التوحد إلى صنفين، من حيث الأهلية والأحكام الشرعية المرتبطة بها:

أ- **الصنف الأول:** يصنف كالمجنون، والصبي غير المميز، ويعامل معاملتهما في الأحكام الشرعية، وتثبت له أهلية الوجوب كاملة، في حين تنتفي في حقه أهلية الأداء.

ب- **الصنف الثاني:** يصنف كالصبي المميز، ويعامل معاملة الصبي المميز في الأحكام الشرعية، وتثبت له أهلية وجوب كاملة، في حين تثبت له أهلية أداء ناقصة.

3- تنتفي عن مريض التوحد المسؤولية الجنائية، بغض النظر عن تصنيفه، فلا تقام عليه الحدود بأنواعها، ولا يقتص منه، إذ لا توصف أفعاله بالجنايات، وتترتب عليه في المقابل عقوبات أخرى: كضمان المتلفات، والدية، وبعض العقوبات التعزيرية، التي تحفظ أمن المجتمع ونظامه.

4- لا يعاقب مريض التوحد من الصنف الأول بعقوبات تعزيرية، إلا إذا اقترف ما يوجب ضربه وزجره منعا له من معاودة فعلته، وأما مريض التوحد من الصنف الثاني، فإنه يؤدب بالتعزير في الجنايات التي توجب حدا على المكلفين، وفي الجنايات التي لا حد فيها، من باب التأديب لا من باب العقوبة، بشرط ألا يصل التعزير إلى القتل أو القطع مهما كانت المعصية أو الجريمة، لأن هذه العقوبة تستدعي جناية، وفعله لا يوصف بكونه جناية.

ثانيا: التوصيات:

1- يوصي الباحث بأن تقوم الجهات التشريعية باعتبار مرض التوحد صنفا خاصا، تتعلق به أحكام خاصة في أبواب الجنايات، وذلك لاختلاف أحكام المرضى المصابين به عن الأمراض المشابهة، مثل: الجنون والسفه، واعتماد هذه الأحكام في المحاكم المختصة بذلك.

2- يوصي الباحث بأن يقوم المشرعون والباحثون وطلبة العلم، في العلوم القانونية والشرعية، بإجراء البحوث والدراسات المكثفة حول مرضى التوحد، في المجالين القانوني والشرعي، والخروج بتشريع خاص بهم يحفظ حقوقهم، ويقرر ما لهم وما عليهم، باعتبارهم فئة من المجتمع، لهم أوضاع خاصة لا بد من مراعاتها.

المصادر والمراجع:

1. الألباني: محمد ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، ط2، بيروت، المكتب الإسلامي، 1405هـ-1985م.
2. الألباني: محمد ناصر الدين، **صحيح الجامع الصغير وزيادته**،(دط)، المكتب الإسلامي، (دت).
3. الألباني: محمد ناصر الدين، **صحيح سنن أبي داود**، ط1،الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1420هـ-2002م.
4. الباقلاني: القاضي أبو بكر محمد بن الطيب، **التقريب والإرشاد (الصغير)**،ط2،بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، 1418هـ-1998م.
5. البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، **صحيح البخاري**، (دط)، القاهرة، دار الفجر للتراث، 1426هـ-2005م.
6. البخاري: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**،(دط)، دار الكتاب الإسلامي، (دت).
7. البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، (دط)، بيروت، لبنان، عالم الكتب، 1403هـ-1983م.
8. بوشهاب: مريم عيسى خليفة، (**اضطراب طيف التوحد (ASD)**)، مجلة القراءة والمعرفة، مصر، جامعة عين شمس، العدد 208، شباط 2019.
9. تيرلوباسينجر، **التوحد-فرط الحركة-خلل القراءة والأداء**، ط1، بيروت، دار المؤلف، 1434هـ-2013م.
10. الجرجاني: على بن محمد بن علي الزين الشريف، **كتاب التعريفات**، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1403هـ-1983م.
11. الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله، **شرح مختصر خليل**، (دط)، بيروت، دار الفكر، (دت).
12. أبو داود: سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، ط1، بيروت،دار الرسالة العالمية، 1430هـ-2009م.
13. الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**،ط3،بيروت، دار الكتب العلمية، 1424هـ-2003م.
14. الزبيدي: محمد مرتضى الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، الكويت، وزارة الإرشاد والأنباء، 1422هـ-2001م.
15. الزحيلي: وهبة بن مصطفى، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط4،دمشق، سورية، دار الفكر، (دت).
16. أبو زهرة: محمد، **الجريمة**، (دط)، القاهرة، دار الفكر العربي، 1998م.
17. زيدان: عبد الكريم، **الوجيز في أصول الفقه**، ط6، القاهرة، مصر، مؤسسة قرطبة، 1396هـ-1976م.

18. الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط1،القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ.
19. السلمي: عياض بن نامي، **أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله**، ط1،الرياض، دار التدمرية، 1426هـ-2005م.
20. الشربيني: شمس الدين محمد ب أحمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**،ط1،بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م.
21. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الدمشقي، **رد المحتار على الدر المختار**،ط2، بيروت، دار الفكر، 1412هـ-1992م.
22. عودة: عبدالقادر، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، (دط)، بيروت، دار الكتاب العربي، (دت).
23. الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، **المستصفى**، ط1،بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1413هـ-1993م.
24. ابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي، **روضة الناظر وجنة المناظر**،ط2،بيروت، لبنان، مؤسسة الريان، 1423هـ-2002م.
25. ابن قدامة: موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعيلي، **المغني**، ط3، الرياض،دار عالم الكتب، 1417هـ-1997م.
26. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، **الذخيرة**، ط1،بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994.
27. القمش: مصطفى نوري، **إضرابات التوحد**، ط1،عمان، دار المسيرة، 1432هـ-2011م.
28. الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2،بيروت، دار الكتب العلمية، 1406هـ-1986م.
29. محمد قلعجي وحامد قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، ط2،دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ-1988م.
30. مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط**،(دط)، دار الدعوة، (دت).
31. مصطفى والشربيني، **التوحد**، ط1، عمان، الأردن، دار المسيرة، 2011م-1432هـ.
32. ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، **لسان العرب**، ط3،بيروت، دار صادر، 1414هـ.
33. النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، **السنن الكبرى**، ط1،بيروت، مؤسسة الرسالة، 1421هـ-2001م.

اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة2001

Third party objection in the Palestinian Civil and Commercial Procedure Code No. 2 of 2001

إيهاب محمود راغب كميل- محاضر في الجامعة العربية الأمريكية _ فلسطين

Ehab Mahmud ragheb kmail- Lecturer at the Arab American University – Palestine- Ehab.kmail@aaup.edu

الملخص

تعتبر الدعوى القضائية من أهم السبل التي تعمل على حفظ وحماية حقوق الآخرين، من خلال التوجه إلى السلك القضائي ليتم الحصول على حكم بحق الشخص المعتدي على غيره، وفي بعض الأحيان يكون الحكم الصادر قد مس بحق من حقوق من كان خارج عن الخصومة ويلحق به الضرر ، ونتيجة لذلك، قام المشرع الفلسطيني بتقرير طريق طعن غير عادي وهو اعتراض الغير، ومن هذا المنطلق اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي في بيان ماهية اعتراض الغير وأنواعه ونطاقه، بالإضافة إلى توضيح الإجراءات المتبعة لتقديم هذا الطعن، وبيان أهم الآثار القانونية المترتبة على تقديمه، وقد خرج الباحث في نهاية هذه الدراسة بأهم النتائج والتوصيات .

Summary

The lawsuit is considered one of the most important ways that works to preserve and protect the rights of others, by going to the judiciary to obtain a judgment against the person who assaulted others, and sometimes the judgment issued has affected the rights of those who were outside the litigation and harmed him, As a result, the Palestinian legislator decided on an unusual method of appeal, which is the objection of others. From this standpoint, the researcher followed the descriptive analytical approach in explaining the nature, types and scope of the objection of others, in addition to clarifying the procedures used to submit this appeal, and indicating the most important legal implications of its submission. At the end of this study, the researcher presents the most important findings and recommendations.

المقدمة

تعد الدعوى القضائية وسيلة من الوسائل القانونية لتحقيق العدالة الأمر الذي تسعى إليه كافة المجتمعات على مر الزمان، حيث من خلال الدعوى تمكن الشخص من حماية حقوقه وذلك عن طريق رفع دعوى

واستصدار حكم على الذي تعدى على أي حق من حقوقه، على اعتبار أن الأحكام الصادرة عن المحاكم تعبر عن الحقيقة بالتالي يجب على الأشخاص احترامها[1]، وكل ذلك من أجل بث الاطمئنان والاستقرار في المجتمعات[2]. لكن لا بد أن ننوه أنه بالرغم من السعي المستمر والمتواصل نحو تحقيق محاكمة عادلة إلا أنه قد يشوب هذه الأحكام بعض الأخطاء، وعلى أثر ذلك، قام المشرع الفلسطيني ودرج على ذلك الفقهاء إلى تشريع طرق الطعن بهدف الوصول إلى الحكم العادل من خلال القيام بتعديله أو إبطاله وذلك حسبما يتراءى للمحكمة[3]، وقد قسم مشرعنا الفلسطيني طرق الطعن في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية إلى نوعين : طرق طعن عادية وهي الاستئناف، أما طرق الطعن غير العادية تتمثل في النقض، اعتراض الغير وإعادة المحاكمة [4].

وسوف تقتصر هذه الدراسة على موضوع الطعن وهو اعتراض الغير، ولا بد من الإشارة، أن طرق الطعن العادية لم تجز لمن لم ينطبق عليه صفة الخصم في الدعوى القضائية سلوكها، ونتيجة لذلك، قام المشرع الفلسطيني بالسماح للأشخاص الذين يتضررون ولم يكونوا من أطراف الخصومة، وإنما خارجها باللجوء إلى طريق طعن وهو عن طريق اعتراض الغير. وقام المشرع الفلسطيني في تنظيم بعض جوانب هذا الطريق من الطعن بشكل دقيق، وهذا يعني أن الدقة لم تشمل جميع الجوانب، على عكس ما هو موجود في طرق الطعن القانونية الأخرى، وأيضاً الدراسات الفقهية لم تعطيه حقه كما يجب، حيث كان يجيء ذكرها من

---

[1] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م ،ص373.

[2] حامد ، عامر سعدون ، ***اعتراض الغير على الحكم المدني*** ، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل – كلية الحقوق – مجلد 13 ، عدد 48 ، 2011 م،ص129 .

[3] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م ،ص374.

[4] المشاقي، حسين أحمد، ***الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والفلسطيني*** ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، جامعة النجاح الوطنية – فلسطين– ،2011 م،ص298 .

قبلهم بشكل عام ضمن شروح قوانين أصول المحاكمات المدنية على حد سواء، وفي هذه الدراسة سوف أقوم ببيان جميع ما يتعلق باعتراض الغير.

أهمية الدراسة

تعد دراسة الطعن عن طريق اعتراض الغير ذات مستوى عال من الأهمية، لكونه موضوع قلت الدراسات بشأنه، ومعظم الباحثين تعرضوا لذلك الموضوع بشكل مجمل وعام ولم يقوموا بتخصيصه في أبحاث مستقلة ومنفصلة، مما أدى إلى عدم التعمق فيه وافتقار المكتبات القانونية الفلسطينية لهذه الدراسة، بالإضافة إلى ذلك، وحال هذه الدراسة نراه بشكل كبير على الصعيد العملي، حيث بهذه الطريقة بالإمكان أن تؤدي إلى إلغاء الحكم أو تعديله، لمساس هذا الطعن بشكل مباشر بمبدأ قوة القضية مقضية ، باعتباره وسيلة وطريق لحماية حقوق من هم خارج الخصومة، وذلك عند صدور أحكام في الدعوى تمس حقوقهم، وحتى لا يرضخ لحكم مخالف للحقيقة ، حيث أن حالات المساس بالحقوق خصوصاً لمن هم خارج الخصومة آخذة في ازدياد لتعدد المصالح وترابطها ببعضها البعض .

إشكالية الدراسة : هذه الدراسة تثير إشكاليات،ويمكن عكسها بسؤال رئيسي، ما هي أحكام الطعن بطريق اعتراض الغير وفق التشريع الفلسطيني؟ وهذا ما يتفرع عنها أسئلة وسوف يتم طرحها على الآتي:

1. ما المقصود بالطعن باعتراض الغير؟
2. ما هي الطبيعة القانونية لاعتراض الغير ؟
3. ما أنواع اعتراض الغير ؟
4. من الأشخاص الذين يحق لهم باللجوء إلى هذا الطريق ؟
5. ما هي الأحكام التي تقبل الطعن بطريق اعتراض الغير ؟
6. ما هو الأثر المترتب على تقديم طلب اعتراض الغير ؟
7. ما هي أوجه النقص التي وقع فيها المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ؟

أهداف الدراسة :

إلقاء الضوء بشكل مباشر على موضوع الطعن باعتراض الغير، ومعرفة جميع الجزئيات المتعلقة فيه، وتوضيح الأماكن المبهمة فيه من خلال تحليل نصوص القانون، وذلك حسب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في فلسطين، ولفت النظر إلى أوجه القصور التي وردت في هذا القانون ومحاولة علاجها .

نطاق الدراسة

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 .

منهج الدراسة

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، كونه أفضل المناهج في هذا الموضوع الذي يقوم بوصف وجمع المعلومات، وذلك من خلال الاطلاع على الكتب والقوانين ورسائل الماجستير ذات العلاقة بموضوع الدراسة بالإضافة إلى الاستعانة بالأحكام القضائية، وكذلك الاستعانة بالآراء الفقهية المختلفة ذات العلاقة بالموضوع .

خطة الدراسة :

إن دراسة اعتراض الغير كطريق من طرق الطعن الغير العادية يقتضي منا تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول بعنوان ماهية اعتراض الغير وأنواعه ونطاقه والذي تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب فالأول بعنوان، تعريف اعتراض الغير وطبيعته القانونية، والثاني بعنوان أنواع اعتراض الغير،أما الثالث بعنوان نطاق اعتراض الغير من حيث الأحكام والأشخاص. أما المبحث الثاني بعنوان، إجراءات تقديم طلب اعتراض الغير وآثاره القانونية، والذي تم تقسيمه إلى مطلبين، الأول بعنوان إجراءات تقديم الطلب، والثاني بعنوان آثار تقديم طلب اعتراض الغير والحكم الصادر فيه .

المبحث الأول

ماهية اعتراض الغير وأنواعه ونطاقه

بادئ ذي بدء، قام المشرع الفلسطيني بتنظيم الأحكام الخاصة والمتعلقة باعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني وذلك في المواد المحصورة مابين (244-249) ، وعليه، سيقوم الباحث بتوضيح التعريف بالطعن باعتراض الغير وذلك في المطلب الأول، وأما في المطلب الثاني سوف أقوم ببيان أنواع اعتراض الغير.

المطلب الأول :ماهية الطعن باعتراض الغير

يعتبر الحكم الصادر في الدعوى القضائية حجة لما تم الفصل فيه من حقوق المتعلقة بالخصوم، وذلك عند حيازته على الدرجة القطعية، وهذه الحجة لا تمتد إلى من لم يكن فيها خصم، وعلى الرغم من هذا، قد يكون هذا الحكم الصادر قد مس بحق من حقوق من اللذين يعتبرون خارجون عن الخصومة، وعلى اثر ذلك ، قام المشرع بإقرار الوسيلة الحمائية لحقوق الذين يعتبرون خارج الخصومة، مما فسح له المجال في سلوك طريق الطعن عن طريق اعتراض الغير[1] .

وتماشياً مع مما تم ذكره، علينا أن نبين ما هو المقصود من اعتراض الغير وبيان طبيعته القانونية، وهذا الأمر يتطلب تقسيم المطلب المذكور إلى فرعين، الأول ،التعريف باعتراض الغير أما الثاني الطبيعة القانونية لاعتراض الغير.

[1] حامد ، عامر سعدون ، ***اعتراض الغير على الحكم المدني*** ، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل – كلية الحقوق – مجلد 13 ، عدد 48 ، 2011 م ،ص131 .

الفرع الأول : التعريف باعتراض الغير

عند قراءة النصوص المتعلقة باعتراض الغير أي المواد (244-249)، باعتبار هذه الطريقة من طرق الطعن، أننا نلاحظ من هذه النصوص لم يكن فيها أي تعريف حدد وواضح للطعن باعتراض الغير، ويعود السبب في رأي الباحث في عدم وضع تعريف له، على أن مهمة وضع التعاريف على الأغلب يكون من اختصاص الفقه[1] .

وعليه ، عند الرجوع لتعريف الطعن باعتراض الغير في كتب الفقهاء نجد بعضهم قام بتعريفه على أنه : يعد طريق طعن غيرالعادية وقام القانون بإجازتها للأشخاص اللذين لم يكونوا خصوماً أو متدخلين أو ممثلين في الدعوى، وذلك في حالة كان الحكم الصادر فيها ماساً بحقوقه[2].

وعرف أيضاعلى أنه : طريقا غير عاديا فتحه المشرع لكل من لم يكن طرف أو ممثل في الخصومة، ويكون باستطاعته من خلال هذا الطريق دفع آثار الحكم الصادر في الدعوى لكونه مس بحقه ومصلحته[3]. وفي ضوء ذلك ، يستطيع الباحث بتعريفه على أنه، طريق طعن غير عادي ويتم منحه لمن لم يكن خصم ولا ممثل ولا متدخل في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه وذلك لدفع اثر الحكم الذي مس حق من حقوقه[4] .

وفي هذا المقام، قام المشرع الفلسطيني برسم هذا الطريق لشخص ثالث خارج الخصومة، انطلاقاً من فكرة أنه قد يصدر حكم في دعوى بين خصمين ولكن يكون هذا الحكم ماس بشخص الغير، وهذا فيه احتمالية

---

[1] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص13

[2] أبو الرب ، فاروق يونس ، ***المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة النور – جنين– فلسطين ، 2002 م ،ص571

[3] الزعبي، د.عوض أحمد ، ***أصول المحاكمات المدنية ، "دراسة مقارنة"***، الجزء الثاني التقاضي – الأحكام وطرق الطعن ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق–عمان– ، 2003 م ،ص950.

[4] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م .،ص378.

من لجوء أطراف الدعوى لأساليب احتيالية على القانون ليتم هدر أو استلاب هذا الحق المتعلق بالغير، وعليه، كان واجباً على المشرع التصدي لأي أمر قد يمس بالغير لكونه بتشريع طريق الطعن باعتراض الغير يحقق نوع من العدالة والذي ينعكس إيجاباً على المجتمع ككل[1].

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لاعتراض الغير

فيما يتعلق بطبيعة اعتراض الغير، هناك بعض الفقهاء قالوا بأنه لا يعتبر طريقا للطعن في الحكم ويراه بعضهم بأنه تدخل في خصومة حتى لو كان يقع بعد إصدار الحكم، وقال بعضهم على أنه باعتباره وسيلة لدفع الأضرار التي تصيب المعترض من حكم حيث الأصل لا يمتد إليه أثر.

وفي هذا الصدد ، يرى الباحث أن الاراء التي تم ذكرها قد تجانبوا الفقهاء، حيث إن اعتراض الغير من طرق الطعن والدليل على ذلك بأنه جاء قانون أصول المحاكمات الفلسطيني بذكره في الباب المتعلق بالطعون على الأحكام وبالإضافة إلى ذلك يعتبر طريق طعن غير عادي[2] ، حيث جاء في حكم محكمة النقض الفلسطينية، :" هذه النصوص أن المشرع أفرد لدعوى اعتراض الغير الفصل الرابع مستقلاً عما سبقه من الفصول المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام، والمستفاد من هذه النصوص، بحيث جعل من الطبيعة القانونية لدعوى اعتراض الغير على أنها تعد طريق طعن غير عادية، لا يمكن سلوك هذا الطريق إلا من قبل كل شخص يعد من الغير عن الدعوى الصادر فيها حكم لم يكن طرفاً فيها لا بنفسه ولا بواسطة غيره، ممن تتوافر فيه الشروط الأساسية لقبول دعوى اعتراض الغير وفق صراحة نص المادتين (244،245) من القانون "[3] .

---

[1] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص13.

[2] مرجع سابق ،ص13

[3] محكمة النقض الفلسطينية ، بصفتها الحقوقية ، رقم 104 لسنة 2019 ، في تاريخ ، 2019/2/18 م ، قسطاس .

المطلب الثاني :أنواع اعتراض الغير

أغلب القوانين قامت بالتمييز بين أنواع اعتراض الغير وتبنتها، وقد أطلق على أحدهم اعتراض الغير الأصلي أما الآخر اعتراض الغير الطارئ،وتم إقرار لكل منهما أحكام خاصة بهما، وفي المقابل من ذلك، هناك قوانين لم تتبنى إلا اعتراض الغير الأصلي كما هو الحال في التشريع الجزائري على سبيل المثال[1]، ولبيان موقف المشرع الفلسطيني في هذه المسألة، سوف يتم بيان الأنواع في فرعين.

الفرع الأول : اعتراض الغير الأصلي

عرف بعض الفقهاء الاعتراض الأصلي على أنه : على أنه يقوم الغير في مبادرة الطعن بالحكم الماس بحقه، ويتم تقديمه للمحكمة ذاتها التي قامت بإصدار الحكم وذلك وفق الإجراءات المعتادة في رفع الدعوى، فهو تعرض يقوم على حكم أمام المحكمة التي أصدرته وليس في دعوى مقامة لديها بالاستناد من أحد الخصوم والسبب في تسميته أصلي، يتمثل بأن الحق في الطعن من خلاله لم يكن عرضا خلال نظرها في الدعوى[2].

ويتضح لنا من هذا التعريف بأنه يقدم إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم سواء كانت من درجة أولى أو من درجة ثانية، وذلك بنفس الأوضاع المعتادة لرفع أي دعوى وهذا ما نصت عليه المادة (24) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني[3].

---

[1] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص15

[2] الزعبي، د.عوض أحمد ، ***أصول المحاكمات المدنية ، "دراسة مقارنة"***، الجزء الثاني التقاضي – الأحكام وطرق الطعن ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق–عمان– ، 2003 م ،ص985.

[3] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م .،ص386.

الفرع الثاني : اعتراض الغير الطارئ

يكون هذا النوع بشأن حكم سابق قام أحد أطراف الخصومة بإبرازه ، وذلك أثناء النظر في دعوى قائمة فعلا ، وذلك حتى يثبت ادعاءه أو ليدحض ادعاء الخصم الآخر ، فيقوم هذا الخصم الأخير بالاعتراض على الحكم الذي لم يكن فيه طرف أو ممثل أو متدخل ويكون هذا أمام المحكمة التي نظرت في الدعوى القائمة فعلا بطلب عارض .

ولا بد من الإشارة ، أن هناك شروط ليتم قبول هذا النوع من الاعتراض والتي تتمثل في ، أن يتم تقديمه بلائحة للمحكمة الناظرة في الدعوى الرائجة إذا كانت مساوية أو أعلى درجة من المحكمة التي قامت بإصدار الحكم الذي تم الاعتراض بشأنه ، وأيضا كون النزاع الذي تم صدور فيه الحكم كان من اختصاصها هذه المحكمة، وأيضاً أن يتم تقديم هذا الاعتراض خلال سريان دعوى أخرى أمام محكمة المقدم إليها الاعتراض.

واستنادا لما سبق ، عند تخلف شرط من هذه الشروط ، على المعترض أن يقدم اعتراض الغير الأصلي . وفيما يتعلق بالمشرع الفلسطيني، فلم يقم ببيان أنواع اعتراض الغير وهذا الأمر يؤدي بدوره إلى تحليل المواد الواردة بخصوص اعتراض الغير[1]. برجوعنا لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني نلاحظ أنه جاء بتقديم اعتراض الغير بلائحة دعوى إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وهذا ما نصت عليه المادة (1/246) : "يقدم اعتراض الغير بلائحة دعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه " .

[1] الزعبي، د.عوض أحمد ، ***أصول المحاكمات المدنية ، "دراسة مقارنة"***، الجزء الثاني التقاضي – الأحكام وطرق الطعن ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق–عمان– ، 2003 م،ص959.

والغاية من هذه المادة، هو بيان نوع الاعتراض الذي تبناه قانون أصول المحاكمات الفلسطيني حيث قام بالأخذ بنوع اعتراض الغير الأصلي، ولم يقم بالأخذ بالنوع الآخر وهذا الأمر واضح من المادة التي تم ذكرها في هذا السياق[1].

المطلب الثالث : نطاق اعتراض الغير

قامت التشريعات المختلفة بالسماح للغير في المطالبة برفع الضرر الواقع عليه، من جراء صدور حكم قضائي ماس بحقوقه، وذلك عن طريق اللجوء إلى الطعن باعتراض الغير، فما هي الشروط الواجب توافرها في الأشخاص لسلوك هذا الطريق ؟ وما هي الأحكام التي تقبل الطعن بهذا الطريق ؟ هذا ما سنبينه في هذا المطلب، وسيتناول الفرع الأول، نطاق اعتراض الغير من حيث الأشخاص، أما الثاني سوف يتناول نطاق اعتراض الغير من حيث الأحكام[2].

الفرع الأول :نطاق اعتراض الغير من حيث الأشخاص

أجاز القانون للغير الذي يمسه الحكم الصادر في حق من حقوقه في مطالبته برفع الضرر الذي وقع عليه، من خلال الطعن باعتراض الغير[3]، حيث نصت المادة (244) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على :" لكل شخص لم يكن خصماً ولا ممثلاً ولا متدخلاً في دعوى صدر فيها حكم يعتبر حجة عليه أن يعترض على هذا الحكم اعتراض الغير، ويستثنى من ذلك أحكام محكمة النقض. 2- يحق للدائنين

---

[1] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص19

[2] حامد ، عامر سعدون ، ***اعتراض الغير على الحكم المدني ، مجلة الرافدين للحقوق***، جامعة الموصل – كلية الحقوق – مجلد 13 ، عدد 48 ، 2011 م ،ص164.

[3] حامد ، عامر سعدون ، ***اعتراض الغير على الحكم المدني*** ، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل – كلية الحقوق مجلد 13 ، عدد 48 ، 2011 م ،ص164.

والمدينين المتضامنين أو بالتزام غير قابل للتجزئة أن يعترضوا على الحكم الصادر على دائن أو مدين آخر إذا كان مبنياً على غش أو حيلة تمس حقوقهم بشرط إثبات الغش أو الحيلة. 3- يحق للوارث أن يستعمل هذا الحق إذا مثله أحد الورثة في الدعوى التي لمورثه أو عليه إذا صدر الحكم مشوباً بغش أو بحيلة" .

ونلاحظ من هذا النص، أن المشرع الفلسطيني قام بذكر عبارة وهي "يعتبر حجة عليه " أرى فيها بأنه ابتعد عن الصواب، لكون الحكم تكون حجيته قاصرة على أطراف الدعوى وكنت أتمنى باستبدال عبارة " يعتبر حجة عليه " بعبارة أخرى ألا وهي " يمس حق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه "[1]، وعلى أية حال علينا بيان الشروط التي يجب توافرها ليتم قبول الاعتراض :

أولاً : أن لا يكون المعترض خصماً في الدعوى ولا ممثلا ولا متدخلاً فيها .

نلاحظ هنا أن المشرع اشترط ليتم قبول الطعن باعتراض الغير أن لا يكون المعترض له صفة الخصم في الدعوى القضائية، واستناداً إلى ذلك، من كان مدعياً أو مدعى عليه أو متدخلاً سواء إدخالاً جبرياً أو تدخلاً اختيارياً، فلا يجوز له تقديم طعن اعتراض الغير[2].

وسبب عدم الإجازة يكمن في، أن هذا الخصم كانت لديه إمكانية الإدلاء بما عنده سواء من طلبات و دفوع، وبالإضافة إلى ذلك إمكانيته في اللجوء إلى طرق الطعن الأخرى التي منحه إياها المشرع، بالتالي في حالة تخلف أحد الخصوم عن حضور الجلسات، فلا يكون له أي أحقية في الطعن بهذا الطريق[3] .

---

[1] الزعبي، د.عوض أحمد ، ***أصول المحاكمات المدنية ، "دراسة مقارنة"***، الجزء الثاني التقاضي – الأحكام وطرق الطعن ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق–عمان– ، 2003 م ،ص952

[2] التكروري،أ.د. عثمان، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الطبعة الرابعة، المكتبة الأكاديمية – فلسطين–، 2019 م ،ص481.

[3] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م ،ص379.

ويكون الشخص ممثلاً في الدعوى، إما من خلال الوكيل الاتفاقي له أوالوكيل القانوني أو من خلال السلف، كما من المعلوم أن الدائن أو الوارث أو أي خلف آخر يكون ممثلاً من خلال المدين أو السلف . ونتيجة لذلك لا يكون لهم أي أحقية في تقديم طلب اعتراض الغير في الحكم الصادر على سلفهم . ولكن لا بد من التنويه، إلى الحالة التي يكون للشخص صفة الخصم في دعوى ، هنا يكون لديه الإمكانية في تقديم اعتراض الغير، ولكن بصفة أخرى تختلف عن صفته لكونه ممثلاً في الدعوى، على سبيل المثال، صدور حكم في مواجهة خصم لكونه ممثل عن شخص، وعليه هنا يحق للشخص الذي صدر الحكم في مواجهته وكان الحق يمس حقاً من حقوقه، أن يقوم بالاعتراض من خلال الطعن باعتراض الغير، على أن يكون هذا الطعن بصفته الشخصية[1] .

ومن خلال قراءتنا لنص المادة (244) نلاحظ أن المشرع الفلسطيني، قد أورد لفظ الغير بصورة مطلقة، ومن ثم جاء في المادة (3+2/244) ، باستثناء أشخاص لا ينطبق عليهم وصف الغير، فهؤلاء الأشخاص يعتبرون خلفاً للخصوم الذي تم صدور الحكم في مواجهتهم، فسمح لهم المشرع اللجوء إلى اعتراض الغير، متى ما كان في الحكم غش أو احتيال الصادر في مواجهتهم ، وهم :

1. الدائنين والمدينين المتضامنين ، بالإضافة إلى الدائنين والمدينين بالتزام غير قابل للتجزئة .
2. الورثة إذا مثلهم أحدهم في الدعوى التي لمورثهم أو عليه [2].

وهنا نلاحظ هنا أن المشرع في المادة 244 الفقرة الثانية من القانون، قام بذكر فئتين :

أ. الدائنين والمدينين المتضامنين ، كقيام الدائن برفع دعوى على أحد المدينين المتضامنين، فيصدر الحكم فيها بالحكم للدائن المدعي بطلباته ، لسبب يعود إلى غش أو حيلة ما بين الطرفين . فهذا الحكم إذا أصبح قطعياً يؤدي للإضرار بهذا الدائن المتضامن الذي تم المساس بحق من حقوقه .

[1] التكروري، أ.د. عثمان، ***الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية*** ، الطبعة الرابعة، المكتبة الأكاديمية – فلسطين–، 2019 م ،ص481.
[2] مرجع سابق ،ص481.

أما فيما يتعلق بالمدين المتضامن، نحو قيام الدائن برفع دعوى على أحد المدينين المتضامنين ومطالبته بكل مبلغ الدين، فيكون الحكم الصادر يقضي بإلزام المدين المتضامن بدفعه كاملاً، وأيضاً لسبب يعود نتيجة حيلة أو غش حاصل فيما بينهم.وعند تنفيذ الحكم بشأن المحكوم عليه أي المدين المتضامن، بالتأكيد سيؤدي إلى المساس بحقوق المدين المتضامن الآخر الذي لم يمكن خصم في الدعوى[1].

ب. الدائنون والمدينون بالتزام غير قابل للتجزئة ، عند وروده على محل يكون بطبيعته لا يقبل التجزئة، كحق الارتفاق الذي لا يقبل التجزئة عند ترتيبه أو نقله، وأيضاً إذا ذهبت إرادة الأطراف بشكل صريح أو ضمني في عدم جواز التجزئة للوفاء بالالتزام الذي يعنيهم [2].

وأيضا، وفقا لنص المادة فيما يتعلق بالورثة، يتبين لنا أن من حق الورثة سلوك هذا الطعن باعتراض الغير في الحكم الذي تم صدوره ضد من يمثلهم من الورثة في دعوى لمورثهم أو عليه وذلك عندما تكون الدعوى منصبة على دين متعلق في التركة على أن يكون الحكم صادراً بناء على حيلة أو غش من ممثلهم [3]، كقيام أحد الأشخاص برفع دعوى على أحد الوارثين وكان المدعي يطالب بدين مترتب في ذمة مورثهم وصدر حكم يقضي بإلزام التركة لهذا الدين المترتب، وذلك بسبب حصول حيل أو غش بين المدعي وبين الوارث الذي يعد ممثل لهؤلاء الورثة، فهنا في هذه الحالة، يجوز لأي منهم أن يقدم طعن بالحكم الصادر عن طريق اعتراض الغير[4].

---

[1] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م ،ص383 .

[2] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص38.

[3] مرجع سابق،ص40.

[4] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته***، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م ،ص383 .

لا بد من الإشارة، أن صور الغش والاحتيال كثيرة فهي ليست محصورة في صور معينة ، كأن يخفي أحدهم مستندات مهمة وضرورية في الدعوى والتنازل عن الحق المطالب به[1] . ونستنتج من ما تم ذكره، على المعترض أن يقوم بإثبات الغش أو الحيلة بكل طرق الإثبات، لأنها مسألة موضوعية وتقديرها يترك للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية[2] .

ولا يقبل اعتراض الغير إذا تم تقديمه بعد تنفيذ الحكم ، إلا في حالة كان التنفيذ من غير حضور الشخص المعترض أو من يقوم بتمثيله ، وهذا ما جاءت المادة (245) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينيوالتي نصت على :"لا يقبل اعتراض الغير بعد تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا إذا كان التنفيذ قد تم دون حضور المعترض أو من يمثله".

ثانياً : توافر المصلحة والصفة من تقديم هذا الطعن .

هذا الشرط من الشروط الأساسية لقبول أي طلب وأي دعوى ، وذلك تطبيقاً للقاعدة بأنه لا دعوى بدون توافر المصلحة . وتتمثل المصلحة هنا إذا أصاب الطاعن أي المعترض ضرر من الحكم الذي تم الطعن فيه، و يقع على عاتق المعترض إثبات ما أصابه من ضرر سواء كان حالاً أو محتملاً، وأنه لم يقبل الحكم الذي قدم بشأنه اعتراض الغير، حيث هذا القبول يعمل على نفي المصلحة من هذا الاعتراض سواء كان ضمنياً أو صريحاً[3] .

---

[1] مرجع سابق ،ص380.

[2] التكروري،أ.د. عثمان، ***الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية*** ، الطبعة الرابعة، المكتبة الأكاديمية – فلسطين–، 2019 م . ص481.

[3] مرجع سابق،ص482.

ومن زاوية أخرى، هذا الشرط مفترض في الدعاوى، لكي لا تنشغل المحاكم بنزاعات لا فائدة منها سوى تضييع الوقت[1] ، حيث جاءت المادة (1/3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني :" لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون".

والمصلحة المقصود توافرها في هذا النوع من الطعون والتي تبرر قبوله، عندما يتحقق الضرر نتيجة الاحتجاج على المعترض بالحكم المعترض عليه .ولا بد أن نشير هنا، تكون للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير مدى وجود الضرر أي تقدير توافر المصلحة يعود للمحكمة[2] . حيث قضت محكمة التمييز الأردنية على : " ولا يكفي توافر المصلحة وإنما يجب أن تتوافر الصفة في المعترض ، بكونه هو صاحب المركز القانوني الذي يهدف لحمايته أو من يقوم مقامه أو من ينوب عنه، حيث نصت المادة (3) في فقرتها الأولى من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني الجديد : "لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون".

الفرع الثاني :نطاق اعتراض الغير من حيث الأحكام

استناداً لما نصت عليه المادة (244/1) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية : "لكل شخص لم يكن خصماً ولا ممثلاً ولا متدخلاً في دعوى صدر فيها حكم يعتبر حجة عليه أن يعترض على هذا الحكم اعتراض الغير، ويستثنى من ذلك أحكام محكمة النقض ".

بالنسبة للأحكام التي تقبل اعتراض الغير، لم يقم المشرع الفلسطيني بتقييد الأحكام بأنواعها المختلفة ليتم قبولها للطعن فيها بهذا الطريق، وعليه، تكون جميع الأحكام قابلة للطعن باعتراض الغير، على أن يكون هناك مساس بحق من حقوق الغير، سواء كانت هذه الأحكام صادرة من محكمة ذات درجة أولى أو حتى من محكمة ذات درجة ثانية، وسواء كانت أحكام بدائية أو نهائية، صادرة عن جهات قضائية عادية أو صادرة

[1] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص44.

[2] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص46

عن القضاء المستعجل. ولكن يستثنى من ذلك،الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، لكون هذه الأحكام الصادرة عنها ليس من الممكن أن تمس بحق من حقوق الغير لكونها لا تبحث في المسائل الموضوعية، وإنما فقط في المسائل القانونية .[1]

المبحث الثاني

إجراءات تقديم الطعن باعتراض الغير وآثاره القانونية

قام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، بتحديد الإجراءات لكل طرق الطعن المقررة في هذا القانون الذي يجب إتباعها عند تقديم الطعن باعتراض الغير، كما حدد أيضاً الجهة القانونية التي يقدم إليها الطعن مع الشروط الواجبة لتقديمه وقام ببيان لائحة الطعن ومشتملاتها والآثار القانونية التي تترتب عند تقديم طلب الطعن سواء بما يتعلق بالأثر المترتب على تقديم طلب الاعتراض والأثر المترتب عند قبوله أو رفضه للاعتراض[2] ، وعلى هذا قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول الإجراءات القانونية لتقديم اعتراض الغير، والثاني الآثار القانونية المترتبة على تقديمه .

المطلب الأول: الإجراءات القانونية لتقديم اعتراض الغير

قام القانون بتحديد الإجراءات الواجبة الإتباع عند تقديم أي طعن من الطعون المقررة قانوناً وأيضاً قام بتحديد المدد الزمنية الواجب تقديم الطعن خلالها، وأن ما يعنينا في هذه الدراسة الإجراءات المتعلقة في تقديم اعتراض الغير مبيناً في ذلك المحكمة المختصة في تقديم الطعن لها ونظرها فيه والمدة الزمنية الواجب

[1] التكروري،أ.د. عثمان، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الطبعة الرابعة، المكتبة الأكاديمية – فلسطين–، 2019 م .،ص483.

[2] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص55 .

تقديم الطعن خلالها[1] ، وعليه، سوف أقسم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول الإجراءات لتقديم اعتراض الغير والمحكمة المختصة، والثاني المدة الزمنية الواجب تقديمه خلالها .

الفرع الأول : المحكمة المختصة والإجراءات المتبعة

بالرجوع على جاءت المادة (1/246) والتي نصت على : "يقدم اعتراض الغير بلائحة دعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه ".

نلاحظ من هذا النص أن المشرع الفلسطيني حدد المحكمة المختصة، وذلك بتقديمه حصراً إلى المحكمة التي قامت بإصدار الحكم الذي تم تقديم بشأنه اعتراض الغير نتيجة المساس بحقوق هذا المعترض، وأرى هذا النص جاء في مكان سليم وصحيح لأن من المنطق لا تمتلك المحكمة ذات الدرجة الأدنى في إبطال أو فسخ أو تعديل حكم صادر من محكمة ذات درجة أعلى[2] . ويتم تقديم هذا الطعن بلائحة دعوى إلى تلك المحكمة التي تم تبيانها آنفا، وذلك وفقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى العادية المنصوص عليها في القانون[3]، وهذه اللائحة تكون مشتملة على بيان أسماء الخصوم والحكم المعترض عليه، وأيضاً أسباب الاعتراض موضحا فيه كيف تم مساس الحكم الصادر بأي حق من حقوقه[4].

الفرع الثاني :المدة الزمنية الواجب تقديم اعتراض الغير خلالها

---

[1] مرجع سابق ،ص55

[2] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، اعتراض ***الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص56.

[3] أبو الرب ، فاروق يونس ، ***المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة النور – جنين– فلسطين ، 2002 م،ص575.

[4] التكروري،أ.د. عثمان، ***الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية*** ، الطبعة الرابعة، المكتبة الأكاديمية – فلسطين–، 2019 م .،ص485 .

إن الطعن بطريق اعتراض الغير مثله كمثل باقي طرق الطعن، أي من الواجب تقديمه قبل انتهاء المدة الزمنية لتقديمه ، وهذا يعد شرطاً ليتم قبوله شكلياً، حيث قام مشرعنا الفلسطيني بتحديد المهل الزمنية لكل طريق من طرق الطعن في القانون، ولكنه نلاحظ عند قراءتنا للنصوص المتعلقة باعتراض الغير لم يأتي بنص صريح وواضح فيما يتعلق بالمهلة التي يجب على الطاعن أن يقدم اعتراض الغير خلالها [1].

بالتالي ، مشرعنا لم يشترط مدة معينة يتم خلالها تقديم اعتراض الغير، لأن الأشخاص اللذين يحق لهم تقديم اعتراض الغير لا يعدون أطراف في الخصومة التي تم إصدار حكم فيها، والذي تم الاعتراض عليه، بالتالي لا تسري في مواجهة الغير مدد الطعن المقررة قانوناً .

بالإضافة إلى ذلك، أن الأشخاص اللذين يحق لهم استثناء تقديم هذا الطعن، من الممكن أن لا تنكشف الحيلة أو الغش فوراً أو بعد صدور الحكم أو بعد تبليغه. وعليه، يكون الحق في تقديم اعتراض الغير إلى حين سقوط الحق الموضوعي بمرور الزمن أي التقادم .

ولكن لا بد أن ننوه إلى إذا تم التنفيذ للحكم في حالة حضور الطاعن أو من يمثله، فهنا لا يحتسب بأنه معذور، بالتالي يسقط حقه في اعتراض الغير ، لأنه يجب عليه عند حضوره أن يقوم بتقديم اعتراضه بمجرد البدء بالتنفيذ[2] . بمعنى أنه لا يجوز له إذا حضر ولم يقم بالاعتراض أن يقوم بعدها بتقديم اعتراض الغير بعد تمام التنفيذ، وهذا ما ورد في المادة (245) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني :"لا يقبل اعتراض الغير بعد تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا إذا كان التنفيذ قد تم دون حضور المعترض أو من يمثله ".

---

[1] مرجع سابق ،ص60 .

[2] التكروري،أ.د. عثمان، ***الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية*** ، الطبعة الرابعة، المكتبة الأكاديمية – فلسطين–، 2019 م .،ص485.

المطلب الثاني : أثر تقديم اعتراض الغير

قام المشرع الفلسطيني بتنظيم الآثار القانونية المترتبة على اعتراض الغير في المواد (247 -249) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، والتي جاء من خلالها ببيان الأثر المترتب على تقديم الاعتراض في مواجهة تنفيذ الحكم الذي طعن فيه ، بالإضافة إلى بيان الأثر المترتب في حال ثبوت الاعتراض أو عدم ثبوته[1]. وعليه، سوف يقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، ويكون الأول الآثار المترتبة على تقديم اعتراض الغير والثاني، الأثر المترتب على الحكم الصادر في اعتراض الغير.

الفرع الأول : الآثار المترتبة على تقديم اعتراض الغير

في البداية، علينا أن ننوه إلى أن الأثر الأكبر للحكم القضائي يتمثل بفض وإنهاء النزاع ما بين الأطراف والتمكن من الوصول للحقيقة [2]، وعليه نصت المادة (247) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني : "لا يترتب على تقديم اعتراض الغير وقف تنفيذ الحكم المعترض عليه ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، بناءً على طلب المعترض متى كان في مواصلة تنفيذه ضرر جسيم بكفالة أو بدونها ".

من خلال قراءتنا لهذا النص، يتبين لنا أن المشرع قام بإقرار مادة مهمة جداً، ألا وهي أن تقديم طلب اعتراض الغير لا يؤدي إلى تأخير أو وقف تنفيذ الأحكام التي صدرت عن المحكمة، كما أن المشرع في نفس

---

[1] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8، 2007 م ،ص391 .

[2] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص65.

الوقت قام بالسماح للمعترض أن يقوم بالطلب من المحكمة في وقف التنفيذ إذا كان هناك ضرر جسيم عند المواصلة والاستمرارية في التنفيذ على أن يقوم بإثباته[1].

استخلاصاً لما سبق، وجدنا أن اعتراض الغير لا يوقف تنفيذ الحكم الذي تم الاعتراض عليه، إلا إذا كان هناك قرار من المحكمة إذا اقتنعت أن الاستمرارية في تنفيذ الحكم يؤدي إلى إلحاق الضرر لا يمكن للمعترض تفاديه [2]، ويكون قرارها بناء على طلب المعترض في حالة كان هناك في مواصلة التنفيذ إلحاق ضرر لا يمكن تلافيه واستبعاده، وعندما تقرر المحكمة وقف التنفيذ بناء على طلب المعترض، جاز لها أن تأمر الغير بتقديم كفالة ليضمن للمدعى عليه أي ضرر قد يلحق به نتيجة وقف تنفيذ الحكم أو أن تقوم بإعفائه منها، وذلك يعود لسلطتها التقديرية حسب ظروف القضية وملابساتها [3].

تماشياً مع ما تم ذكره، لو كان هناك ادعاء من قبل رجل على امرأة على أساس أنها تكون زوجته وأعطاها المعجل من المهر، ومن ثم قام بطلب بحكم الزوجية وطاعتها ، فقامت هذه المرأة بالإنكار إلا أن هذا الزوج أثبت دعواه وعليه ، قامت المحكمة بإصدار حكم بالزوجية والطاعة، وبعد ذلك وصل هذا خبر الحكم الصادر في هذه الدعوى إلى شخص آخر يعتبر من الغير، حيث هذا الشخص كان باعتقاده أن هذه المرأة تكون زوجته وقام بالعقد عليها بتاريخ متقدم، فهنا يكون باستطاعة الشخص الذي من الغير أن يقوم بالطعن وذلك بتقديم اعتراض الغير، ومن ثم يقوم يطلب وقف تنفيذ الحكم حتى ينتهي الاعتراض، لما فيه

---

[1] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8، 2007 م ،ص391 .

[2] مرجع سابق ،ص392 .

[3] أبو الرب ، فاروق يونس ، ***المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة النور – جنين– فلسطين ، 2002 م،ص576

من الخطورة في حالة الاستمرارية في تنفيذه والتي تتمثل في اختلاط الأنساب [1].وفي هذا الصدد ، قضت محكمة النقض الفرنسية، على القاضي الذي يقوم بالنظر في طلب طعن اعتراض الغير يكون ملزماً في التوقف في إجراءات التنفيذ بما يتعلق بالحكم المعترض عليه لما يترتب في مواصلة التنفيذ ضرر جسيم [2] .

وقد جاءت محكمة استئناف رام الله :

"(قد أشارت بأنه لا يترتب على تقديم اعتراض الغير وقف تنفيذ الحكم المعترض عليه ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك بناء على طلب المعترض متى كان بمواصلة تنفيذه ضررا جسيما بكفالة

أو بدونها) أي إن الأصل بإحكام هذه المادة أن تقديم دعوى اعتراض الغير لا يوقف التنفيذ ولا يترتب عليه وقف التنفيذ وان الجهة المستأنف عليها لم تتقدم بأية بينة تثبت أن مواصلة التنفيذ

يسبب ضررا جسيما وفق البينات المقدمة في هذا الطلب"[3].

وعليه، حسناً فعل مشرعنا الفلسطيني، بأنه جعل مسألة توقيف التنفيذ للحكم أو عدم التوقيف من الصلاحيات التي ترجع للمحكمة والتي تقرر ذلك حسب قناعتها من خلال ما يتبين لها في الواقع ومن الظروف والبينات المقدمة، لأنه إذا ترك الباب مفتوحاً بالنسبة لأثر تقديم اعتراض الغير على تنفيذ الحكم، كما لو كان تنفيذ الحكم يتوقف بمجرد تقديم هذا الطلب لكان يؤدي إلى حصول خلل فادح ومشاكل عديدة في الإجراءات، والتي تتمثل أهمها في عدم تمكن أي طرف في الخصومة من تنفيذ الحكم، فسيقوم في هذا الحالة المطلوب منه التنفيذ بإجراء فعل التحريض أو التكليف من قبل شخص آخر أي شخص ثالث ليقوم

---

[1] الكعبي ،هادي حسين ، السودي، مروى عبد الجليل، ***الطعن بطريق اعتراض الغير، –دراسة مقارنة–***، مجلة المحقق الحلي السياسية والقانونية ، العدد الأول ، السنة الخامسة،ص35.

[2] مرجع سابق ،ص36.

[3] محكمة الاستئناف الفلسطينية بصفتها الحقوقية ، رقم 705 لسنة 2019 ، في تاريخ 2019/10/23 ، قسطاس .

بتقديم اعتراض الغير عندما يطرح الحكم لتنفيذه، لما له انعكاساً سلبياً فيجعل هذا الأمر من الأحكام القضائية المطروحة للتنفيذ غير عملية وهذا الأمر يؤدي إلى جعل المحاكم في حالة شلل كامل[1] .

الفرع الثاني : الأثر المترتب على الحكم الصادر في اعتراض الغير

عند قيام الغير بتقديم طلب اعتراضه على الحكم الصادر في الدعوى، على أن هذا الحكم مس بحق من حقوقه، فإن المحكمة التي قامت بالنظر في هذا الطلب تصدر قرارها، وعليه، يكون هذا القرار إما بقبول هذا الاعتراض أو رفضه فتقوم برده[2] ، وهذا ما سيبنه الباحث في هذا الفرع :

أولاً : الحكم بقبول اعتراض الغير

استناداً لنص المادة (248) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني :" إذا كان الغير محقاً في اعتراضه عدلت المحكمة الحكم في حدود ما يمس هذا الغير. 2- إذا كان الحكم المعترض عليه لا يقبل التجزئة عدلت المحكمة الحكم بكامله ".

نلاحظ هنا في هذا النص، أن المحكمة متى ما قبلت الطعن باعتراض الغير، تقوم بتعديل الحكم الذي تم الاعتراض عليه، وذلك في الحدود التي تمس حقوق المعترض والذي قدم بشأنها اعتراض الغير، وهذا يعني ، قيام المحكمة بحصر التعديل بما يتعلق بالشخص الذي قدم طعن اعتراض الغير، وفي المقابل من ذلك، بقاء

---

[1] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص67 .

[2] الكعبي ،هادي حسين ، السودي، مروى عبد الجليل، ***الطعن بطريق اعتراض الغير، –دراسة مقارنة–***، مجلة المحقق الحلي السياسية والقانونية ، العدد الأول ، السنة الخامسة ،ص36 .

الحكم الأصلي وآثاره نافذة بين أطراف النزاع الأصلي ، لكون المغزى من هذا الطعن إزالة الأضرار التي وقعت على مقدم اعتراض الغير[1] .

حيث جاء محكمة التمييز الأردنية ب:

"كل شخص لم يكن خصماً ولا ممثلاً ولا متدخلاً في دعوى صدر فيها حكماً يعتبر حجة عليه أن يعترض على هذا الحكم اعتراض الغير أي إن من شروط صحة دعوى اعتراض الغير أن يكون المعترض غير ممثل في الدعوى من حيث الشكل ، وفقاً لأحكام المادة (206) من قانون أصولالمحاكمات المدنية 3- إذا كان الغير محقاً في اعتراضه، أن تعدل الحكم في حدود ما يمس حقوق الغير وإذا كان الحكم المعترض عليه لا يقبل التجزئة فتعدل المحكمة الحكم بكامله ، وذلكوفقاُ لأحكام المادة (211) من قانون أصول المحاكمات المدنية"[2].

لكن لا بد أن ننوه إلى الحالة التي يكون الحكم فيها لا يقبل التجزئة أو إذا كان يتعذر تنفيذ الحكمين في وقت واحد[3] ، كأن يكون الحكم المعترض عليه متعلق بعقار تعود ملكيته إلى الغير الذي قدم طلباً باعتراض الغير أو

---

[1] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م ،ص394 .

[2] محكمة التمييز الأردنية ، بصفتها الحقوقية ، رقم 1430 لسنة 2016 ، في تاريخ 2016/5/4 م ، قسطاس .

[3] صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، ***اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، "رسالة ماجستير " ،جامعة النجاح –نابلس–فلسطين ، 2013م ،ص68 .

يكون ذلك الحكم متعلق بشيء غير قابل للانقسام بحكم القانون [1]، فتقوم المحكمة بتعديل الحكم الذي قدم بشأنه اعتراض الغير بشكل كلي، وتمتد آثاره لتشمل جميع الخصوم في الدعوى [2].

ثانياً : الحكم برفض الطعن باعتراض الغير

بالرجوع إلى المادة (249) التي وردت ذكرها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني التي نصت على :" إذا أخفق الغير في اعتراضه يرد الاعتراض مع إلزامه بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة ".

بعد قراءة هذا النص يتبين لنا، إذا توصلت المحكمة أن الغير المعترض بأنه غير محقاً في تقديم اعتراضه وذلك لوجود أسباب أدت إلى إخفاقه في إثبات ما ادعاه فهنا تقوم المحكمة بالحكم برد الاعتراض [3]، كأنيتبين لها أن الطاعن من الخصوم في الدعوى التي تم تقديم فيها طعن اعتراض الغير على حكمها أو لكون عريضة الاعتراض لم تستوفي بياناتها أو شروطها ، أو لقيامه بتقديم طلب الطعن بعد انتهاء المدة القانونية لتقديمه، أو حتى لانتفاء الشروط العامة المقررة لقبول الدعاوى، وغير ذلك من الأسباب التي تعد إخفاقاً من قبل المعترض [4].

---

[1] الكعبي ،هادي حسين ، السودي، مروى عبد الجليل، ***الطعن بطريق اعتراض الغير، –دراسة مقارنة–***، مجلة المحقق الحلي السياسية والقانونية ، العدد الأول ، السنة الخامسة ،ص38 .

[2] أبو الرب ، فاروق يونس ، ***المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة النور – جنين– فلسطين ، 2002 م،ص577 .

[3] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8 ،2007 م ،ص394 .

[4] الكعبي ،هادي حسين ، السودي، مروى عبد الجليل، الطعن بطريق اعتراض الغير، –دراسة مقارنة–، مجلة المحقق الحلي السياسية والقانونية ، العدد الأول ، السنة الخامسة .،ص38 .

والجدير بالذكر، أن رد الاعتراض يلحقه بقاء الحكم الذي قدم بشأنه اعتراض الغير بجميع الآثار المترتبة على ذلك الحكم . على أن يقوم المعترض بدفع الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة [1].

استناداً لما سبق، نلاحظ أن المشرع الفلسطيني لم يقم بإلزام المعترض المخفق في اعتراضه في دفع غرامة مالية لما فيها من ردع لكل كيد، لذلك كنت أتمنى من مشرعنا الفلسطيني بإعادة الصياغة لنص هذه المادة وإضافة ما يفيد تمكين المحكمة من فرض الحكم بالغرامة بالرغم أنها ذو طابع جزائي والتي تقدر بحسب ظروف الدعوى، لما ينعكس هذا بشكل إيجابي لما يؤدي إلى استقرار في الأحكام، فعند إلزام المعترض المخفق في اعتراضه في دفعه إلى غرامة يشكل هذا رادع لكل من كان هدفه من تقديم الاعتراض إلى إطالة إجراءات التقاضي ولكل من استند إلى أسباب غير حقيقية في الواقع عند تقديمه لطعن باعتراض الغير [2].

وفي نهاية المطاف، لا بد أن ننوه إلى أن الحكم الذي يصدر في اعتراض الغير، يكون قابلاً للطعن حسب القواعد العامة المقررة في هذا القانون، باستثناء الطعن في أحكام محكمة النقض وذلك حسب المادة (244) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني [3].

الخاتمة

عرض الباحث من خلال هذه الدراسة موضوع اعتراض الغير كطريق غير عادي من طرق الطعن المقررة قانونا ، وقمت بتفصيله بكل المسائل المتعلقة به، والذي أخذ به المشرع الفلسطيني كطريقة من طرق الطعن في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ،وأفرد له الفصل الرابع في الباب العاشر المخصص لطرق الطعن في الأحكام.

---

[1] اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، ***اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته*** ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8، 2007 م ،ص394 .

[2] مرجع سابق،395 .

[3] المشاقي، حسين أحمد، ***الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والفلسطيني*** ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، جامعة النجاح الوطنية – فلسطين– ،2011 م ،ص303 .

النتائج

ومن خلال هذه الدراسةتوصل الباحث إلى عدة نتائج ، أهمها :

1. اعتراض الغير من طرق الطعن الغير عادية ، حيث شرعه المشرع للطرف الثالث الخارج عن الخصومة عند مساس الحكم بحق من حقوقه .
2. قام المشرع الفلسطيني بتبني اعتراض الغير الأصلي ولم يأخذ باعتراض الغير الطارئ
3. أن يكون هناك للغير مصلحة من طعنه في طريق اعتراض الغير .
4. اعتراض الغير هو اختياري بالنسبة للغير ، فله أن يعترض وله أن يستغني عنه .
5. يقدم اعتراض الغير إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه وذلك بتقديم لائحة دعوى وفق لإجراءات الدعوى .
6. إذا كان الغير محقا في اعتراضه ، قامت المحكمة بتعديله في الحدود التي تمس هذا الغير أي الشخص المعترض .
7. إذا كان الحكم الذي تم الاعتراض عليه غير قابل للتجزئة تقوم المحكمة بتعديل هذا الحكم بكامله وبذلك تكون آثاره شاملة لجميع الأطراف .
8. الحكم الذي يصدر نتيجة اعتراض الغير يكون قابل للطعن ، مثله مثل أي حكم .
9. اعتراض الغير لا يؤدي إلى وقف التنفيذ للحكم إلا في حال قررت المحكمة خلاف ذلك، وذلك بناء على طلب من الطاعن إذا كان هناك ضرر جسيم من مواصلة تنفيذه .

التوصيات :

1. يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بإضافة نصصريح وواضح يفيد تحديد ميعاد لتقديم الطعن باعتراض الغير.

2. يوصي الباحث بتعديل المادة (249) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، بجعل الحكم على المخفق باعتراض الغير بفرض غرامة مالية بالرغم من طابعها الجزائي إلا إنها وسيلة رادعة بشكل قوي .
3. يوصي الباحث بتعديل المادة (2/246)، وذلك بإضافة جميع مشتملات لائحة الدعوى المقررة في القانون، وذلك حتى يكون النص كامل متكامل، حيث المشرع قام بالإشارة إليهن بشكل مقتضب .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 .

ثانياً :المراجع

الكتب :

2. المشاقي، حسين أحمد، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والفلسطيني ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، جامعة النجاح الوطنية– فلسطين- ،2011 م .
3. التكروري،أ.د. عثمان، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الطبعة الرابعة، المكتبة الأكاديمية–فلسطين-، 2019 م .
4. د. الزعبي، عوض أحمد ، أصول المحاكمات المدنية ، "دراسة مقارنة"، الجزء الثاني التقاضي – الأحكام وطرق الطعن ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق-عمان- ، 2003 م .
5. أبو الرب ، فاروق يونس ، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م ، الطبعة الأولى ، مطبعة النور- جنين- فلسطين ، 2002 م .

الرسائل الجامعية :

رسائل ماجستير:

6. صالح ، خالد إسماعيل رشيد ، اعتراض الغير في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 م ، "رسالة ماجستير" ،جامعة النجاح –نابلس-فلسطين ، 2013م

أبحاث ومقالات :

7. حامد ، عامر سعدون ، اعتراض الغير على الحكم المدني ، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل – كلية الحقوق –مجلد 13 ، عدد 48 ، 2011 م .
8. اللصاصمة، عبدالعزيز سلمان عبدالعزيز ، اعتراض الغير وفق قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، مجلد 13 ، عدد8، 2007 م .
9. الكعبي ،هادي حسين ،السودي، مروى عبد الجليل، الطعن بطريق اعتراض الغير، -دراسة مقارنة-، مجلة المحقق الحلي السياسية والقانونية ، العدد الأول ، السنة الخامسة .

مواقع إلكترونية :

10. قرارات محكمة النقض الفلسطينية (قاعدة بيانات قسطاس / الجامعة العربية الأمريكية) .
11. قرارات محكمة التمييز الأردنية(قاعدة بيانات قسطاس / الجامعة العربية الأمريكية).

الوعد الملزم وأثره الشرعي في المرابحة المصرفية

(البنك الإسلامي العربي أنموذجًا)

A binding promise and its legal impact on banking Murabaha

(The Arab Islamic Bank as a model)

ب. عبد الله جرادات / طالب دكتوراة / جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم / تركيا

Abdallah jaradat PhD student Istanbul Sabahattin Zaim University

Turkey

البريد الالكتروني: Ab.jaradat1994@gmail.com

الملخص: جاء هذا البحث بعنوان "الوعد الملزم وأثره الشرعي في المرابحة المصرفية (البنك الإسلامي العربي أنموذجًا)" للبحث في ماهية الوعد ولزومه، وتحديد مفهوم المرابحة المصرفية، وتبيان الفرق بين العقد والوعد، وتناول البحث أدلة القائلين بلزوم الوعد وأدلة القائلين بعدم لزومه في المرابحة المصرفية، مع التجريح بينها، وبيان الأثر الشرعي للوعد الملزم في عقد المرابحة المصرفية لدى البنك الإسلامي العربي.

وقد هدف البحث للإجابة على كافة التساؤلات السابقة، متناولًا إياها بشيء من التفصيل، وقد خرج البحث بنتائج عديدة منها: أن لزوم عقود المرابحة لا تجيزه المذاهب الفقهية الأربعة، أجاز اللزوم بالوعد بعض المتأخرين من العلماء، وأن الراجح هو عدم جواز اللزوم في وعد المرابحة للأدلة المذكورة في البحث، إلزام العميل بوعده في عقد المرابحة لدى البنك الإسلامي العربي لا يجوز بحال.

وهنا أوصى الباحث بعدة توصيات منها: إجراء مزيد من الدراسات والأبحاث المتعلقة بموضوع الدراسة، وضرورة مراجعة الموضوع من قبل لجان الإفتاء والرقابة الشرعية في البنك الإسلامي العربي، التي تتبنى الرأي القائل بجواز الوعد، وأهمية أن يكون للبنك معارض خاصة به، للبيع مباشرة للعميل والخروج من الخلاف.

الكلمات المفتاحية: الوعد، الملزم، المرابحة، المصارف الإسلامية، البنك الإسلامي العربي.

Abstract: This research came under the title "A binding promise and its legal impact on banking Murabaha (Arabic Islamic Bank as a model)" to investigate the nature of a promise and its necessity, define the concept of banking Murabaha, and clarify the difference between a contract

and a promise. , with defamation between them, and a statement of the legal effect of the binding promise in the banking Murabaha contract with the Arab Islamic Bank.
The research aimed to answer all the previous questions, addressing them in some detail, and the research came out with many results, including: that the obligation of Murabaha contracts is not permitted by the four schools of jurisprudence. Mentioned in the research, obligating the customer to his promise in the Murabaha contract with the Arab Islamic Bank is not permissible under any circumstances.
Here, the researcher recommended several recommendations, including: conducting more studies and research related to the subject of the study, and the necessity of reviewing the subject by the Fatwa and Shariah Supervision Committees in the Arab Islamic Bank, which adopt the opinion that the promise is permissible, and the importance of the bank having its own exhibitions, to sell directly to the customer and exit from discord.

Keywords: promise, binding, murabaha, Islamic banks, Arab Islamic Bank.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذي أحاط بكل شيء علمًا، والصلاة والسلام على المبعوث للعالمين بشيرًا ونذيرًا، وعلى آله وصحبه أجمعن، أما بعد:

فإن المعاملات المالية اتخذت صورًا كثيرة عبر العصور، كل زمان بما يتلاءم وحاجات الناس، حتى ظهر في زماننا النظام المصرفي، وفيما بعد ظهر النظام المصرفي الإسلامي، الذي يتميز بعقود واستثمارات تخصه عن غيره من البنوك، منها عقود الاستصناع والمزارعة والمرابحة، وهو ما أدى بدوره لاجتهادات جديدة في الفقه، تتناسب مع طبيعة هذه العقود.

ومن هنا ظهر عقد المرابحة، حيث يعتبر من أكثر العقود المطبقة لدى المصارف الإسلامية عمومًا، وذلك لسهولة تطبيقه، وربحه المرتفع مقارنة بغيره من العقود، إضافة لانخفاض مخاطره المصرفية، حيث يتخذ البنك عدة إجراءات لتقليل مخاطر المرابحة لأدنى مستوى، كالضمانات والرهونات والكفالات، وإلزام العميل بوعده بالشراء حين طلب تمويل المرابحة،، وهو موضوع البحث، حيث ناقش البحث لزوم الوعد في بيوع المرابحة المصرفية لدى البنك الإسلامي العربي، وآراء الفقهاء في ذلك، بين مجيز ومانع، مبينًا أثر لزوم الوعد على العقد ذاته لدى البنك من ناحية شرعية.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره

وتبرز أهمية البحث من خلال الآتي:

1. توضيح مفهوم لزوم الوعد في المرابحة المصرفية.
2. تبيان أثر لزوم الوعد على عقد المرابحة.
3. تعداد آراء العلماء المتقدمين والمتأخرين في موضوع لزوم وعد المرابحة.
4. الفائدة العلمية المتعلقة بالبحث، فهو يتعلق بموضوع هام وحساس في عمل البنوك الإسلامية وهو المرابحة وما يتعلق بها.

أهداف البحث

يهدف البحث لعدة أمور منها:

1. ارثاء المكتبة العلمية بموضوع هام حول عمل البنوك الإسلامية وهو المرابحة ولزوم الوعد فيها.
2. كما يهدف البحث إلى تغيير الآراء في البنوك الإسلامية عامة ولدى البنك الإسلامي العربي خاصة، ولدى لجان الإفتاء والرقابة الشرعية فيها حول لزوم الوعد في المرابحة المصرفية.

مشكلة / أسئلة البحث

تتمثل مشكلة البحث بالآتي:

1. ما هو المقصود بلزوم الوعد في المرابحة المصرفية؟
2. ما هي أراء الفقهاء المتقدمين والمتأخرين في لزوم الوعد في المرابحة؟
3. ما تأثير لزوم الوعد على المرابحة المصرفية لدى البنك الإسلامي العربي؟

منهجية البحث

1. الاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان مفهوم لزوم الوعد في المرابحة المصرفية.
2. الرجوع إلى المصادر المتعلقة بالموضوع، القديمة منها والحديثة، وذلك لأن موضوع البحث تناوله المتقدمين والمتأخرين.
3. دراسة أقوال الفقهاء وآرائهم، والترجيح بينها، حسب قوة الدليل وروح الشريعة.

محتوى البحث:

المبحث الأول: مفهوم الوعد والمرابحة المصرفية

المطلب الأول: مفهوم الوعد في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: مفهوم المرابحة المصرفية

المطلب الثالث: الفرق بين الوعد والعقد

المطلب الرابع: حكم الوعد في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حكم الوعد الملزم في المرابحة

المطلب الأول: القائلون بعدم لزوم الوعد في المرابحة

المطلب الثاني: القائلون بلزوم الوعد في المرابحة

المطلب الثالث: ترجيح الآراء وتطبيقها

المبحث الأول: مفهوم الوعد والمرابحة المصرفية

المطلب الأول: مفهوم الوعد في اللغة والاصطلاح

الوعد في اللغة: وعَدَ يَعِد، وَعْدًا، وعِدَةً، وموعِدًا، فهو واعد، والمفعول مَوْعود، ووعَد فلانًا: أنذره وهدَّده. ووعَد فلانًا الأمرَ: منّاه به، قال إنه يعطيه له أو ينيله إيّاه.[1]

وقال ابن زكريا: أوعدته خيرا وهو نادر، وفي الصحاح: تواعد القوم أي: وعد بعضهم بعضًا هذا في الخير، وأما في الشر: فيقال: اتعدوا، والإيعاد أيضا قبول الوعد.[2]

والوعد في الاصطلاح: هو الإخبار بإيصال الخير في المستقبل والإخلاف جعل الوعد خلافًا، وقيل عدم الوفاء به وهو إخبار عن إنشاء المخبر معروفًا في المستقبل.[3]

[1] ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (1987م) لسان العرب، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط1/ص123

[2] ابن زكريا، أبي الحسين أحمد فارس (1979م) معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ص201

[3] الغزالي، أبي حامد محمد، احياء علوم الدين، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة/ط1، ص127

نلاحظ أن التعريف الاصطلاحي للوعد اعتمد التعريف اللغوي بمعناه الايجابي، فاعتبر أن الوعد هو الالتزام بما هو يعد معروفًا بين الناس، أما الوعد بالشر فلا يجب الايفاء به.

المطلب الثاني: مفهوم المرابحة المصرفية

تعد المرابحة المصرفية، من أهم الصيغ الاستثمارية التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية، باعتبارها وسيطًا ماليًا، بين فئة تملك فائضًا ماليًا، وفئة تحتاج هذا المال، كذلك تعتبر المرابحة من أكثر الصيغ التي تستخدمها المصارف الإسلامية، وذلك نظرًا لما تحققه من أرباح عالية ومضمونة نوعًا ما، إذا ما قورنت بغيرها من الصيغ الاستثمارية الأخرى.

ويمكن تعريف المرابحة المصرفية كما تجريها المصارف الإسلامية اليوم: " بأن يتقدم العميل للمصرف طالبًا منه شراء سلعة معينة بالوصف الذي يحدده العميل، وعلى أساس وعد من العميل بشراء تلك السلعة فعلًا، بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسطًا حسب الاتفاق المبرم بينهما." [1]

وتتم صورتها في المصرف كالآتي: [2]

1. يتقدم العميل للبنك بطلب شراء سلعة/ محددًا مواصفاتها بدقة.
2. في حال موافقة البنك على طلب العميل، يتفقان على الآتي:

أ. ثمن السلعة التي يدفعها البنك لشراء السلعة، مضافًا إليها كافة المصاريف والتكاليف التي تحملها البنك.

ب. يتفق البنك مع العميل على آلية الدفع المؤجلة.

3. بعد الاتفاق بين البنك والعميل، يتم كتابة ذلك بعقد يسمى (وعد الشراء)
4. بعد توقيع العقد يقوم البنك بشراء السلعة وفق المواصفات المطلوبة.
5. يقوم البنك بتملك البضاعة لتدخل في حوزته وملكه.
6. بعد تملك البنك للبضاعة تملكًا حقيقًا، يقوم بتوقيع عقد جديد مع العميل لبيعه السلعة المتفق عليها، ثم يبدأ البنك بأخذ الثمن وفق آلية التقسيط المتفق عليها سابقًا مع العميل.

[1] حمود، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مطبعة الشرف/عمان، ط2/1982م، ص85

[2] شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، عمان/الأردن، دار النفائس، ط1/1996م، ص264

المطلب الثالث: الفرق بين الوعد والعقد

ورد لفظ العقد في القرآن الكريم، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، والعقد هنا بمعنى الدين، وهو ما عقده الشخص على نفسه من بيع وشراء، وإجارة ومزارعة ونحو ذلك، وكذلك ما فرضه الإنسان على نفسه من طاعات ونذر وفرائض كالحج وغيره.[1]

أما العقد بمعناه العام، فهو كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإدارة منفردة كالوقف والإبراء، أو احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع، فهو يتناول الالتزام مطلقًا سواء من شخص أو من شخصين، فالعقد بالمعنى العام ينظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام.[2]

والعقد بمعناه الخاص، هو ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع ثبت أثره في محله، أي في المعقود عليه، كالمبيع والموهوب والمرهون.[3]

بهذا التعريف للعقد بمعناه الخاص، يمكن التفريق بينه وبين الوعد بالنقاط الآتية:[4]

1. إن العقد بمعناه الخاص لا يتحقق إلا باجتماع ارادتين، تما الوعد فيتحقق بإرادة واحدة.
2. إن العقد يلزم الوفاء به ديانة وقضاء باتفاق الفقهاء، أما الوعد فهو محل خلاف من حيث لزومه.
3. إن العقد إنشاء تصرف في الحال يترتب عليه حكم شرعي، أما الوعد فهو مجرد إعلان عن رغبة في فعل أمر في المستقبل.

المطلب الرابع: حكم الوعد في الفقه الإسلامي

في الوعد عند الفقهاء ثلاثة آراء: الوفاء به مستحب وهو رأي الجمهور، والوفاء به واجب إلا لعذر وهو رأي ابن شبرمة وآخرين، والوفاء به واجب إذا دخل الموعود في ورطة (كلفة) كأن يقول له تزوج ولك 10 آلاف، فإن تزوج وجب عليه الوفاء بوعده، وهو رأي المالكية. وفيما يلي تفصيل لآرائهم.

الوفاء به مستحب، وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، أما عند الحنفية فقد سئل ابن عابدين "فيما إذا وعد زيد عمرًا أن يعطيه غلال أرضه الفلانية، فاستعمله وامتنع من أن يعطيه من الغلة شيئًا، فهل يلزم زيد بشيءٍ لمجرد الوعد، قال لا يلزمه الوفاء بالوعد شرعًا وإن وفى فبها ونعمت."[1]

---

[1] القرطبي، محمد أحمد، الجامع لأحكام القرآن، مجلد3، ج5/ص32

[2] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وادلته، دمشق/سوريا، دار الفكر المعاصر، ط2002/4م، ص2917

[3] الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، بيروت/لبنان، دار الفكر، ط1968/9م، ص291

[4] العموري، محمود فهد أحمد، الوعد الملزم في صيغ التمويل المصرفي الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك/الأردن، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، 2004م، ص11

وعند المالكية نقل عن ابن رشد قولًا بعد اللزوم بالوعد.[2] ونقل عن ابن علان عن الشافعية قوله "قد تقرر في مذهبنا أن الوفاء بالوعد مندوب لا واجب"[3] وورد عن ابن مفلح عند الحنابلة قوله "لا يلزمه الوفاء بالوعد نص عليه الإمام احمد وقاله أكثر العلماء."[4]

ومن أدلة القائلين باستحباب الوفاء بالوعد:[5]

1. القياس على الهبة، ودليل الجمهور على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه، أنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقًا من ماله، فلما حضرته الوفاة قال، يا بنية، ما أحب إلي منك وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا من مالي، وإذ هو اليوم مال الوارث، فاقتسموه على كتاب الله.[6]
2. الموعود لا يضارب بما وعد به الغرماء، بمعنى أن الشخص إذا وعد بعطية أو هبة، ومات الواهب، وكان مدينًا أو مفلسًا فإن الموعود له لا يأخذ سهمًا مع الغرماء فيما تبقى من مال الواهب.
3. حرمة الوعد بدون استثناء، لقوله تعالى (وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا) الكهف/23 فصح تحريم الوعد لغير استثناء فوجب أن من وعد ولم يستثن فقد عصى الله تعالى في وعده ذلك، ولا يجوز ان يجبر أحد على معصية، فإن استثنى فقال -إن شاء الله-أو نحوه مما يعلقه بإرادة الله تعالى فلا يكون مخلفًا لوعده إن لم يفعل؛ لأنه إنما وعده أن يفعل إن شاء الله تعالى، وقد علمنا أن الله تعالى لو شاء لأنفذه فلم يشأ الله تعالى كونه.

الوفاء به واجب، وهو رأي ابن شبرمة[7]، وابن الأشوع (سعيد ابن عامر) خرج البخاري في صحيحه أن ابن الأشوع قضى بالوعد، ونقل عن الجصاص قوله "أن كل من ألزم نفسه عبادة أو قربة وأوجب على نفسه عقدًا لزمه الوفاء له، فإذا ترك الوفاء به يوجب أن يكون قائلًا مالا يفعل، وقد ذم الله فاعل ذلك."[8]

ومن أدلتهم:

---

[1] ابن عابدين، محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، القاهرة/مطبعة الميمنة، 1310هـ، ج2/ص353

[2] ابن رشد، محمد أحمد، البيان والتحصيل، ج8/ص18

[3] ابن علان، محمد، الفتوحات الربانية على الأذكار النووية، المكتبة الإسلامية، ج5/ص260

[4] ابن مفلح، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، دمشق، المكتب الإسلامي، ج9/ص345

[5] العموري، مرجع سابق، ص32

[6] مالك، ابن أنس، الموطأ رواية محمد بن الحسن الشيباني، لبنان، دار القلم، ص286

[7] ابن حزم، علي أحمد، المحلى، ج8/ص28

[8] الجصاص، أحمد علي، أحكام القرآن، لبنان، دار الكتاب العربي، ج3/ص442

1. قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لا تَفْعَلُونَ) الصف/2 وقد ذهب العلماء إلى أنه يجب الوفاء بالوعد مطلقًا سواء ترتب عليه عزم الموعود أم لا.
2. قول النبي صلى الله عليه وسلم، "أربع من كنا فيه كان منافقًا وإن كانت خصلة منهن فيه كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا خاصم فجر وإذا عاهد غدر."[1]

الوفاء به واجب إذا دخل الموعود في كلفة، كأن يقول الرجل لآخر، طلق زوجك وإن فعلت فلك مبلغ من المال، فإن طلقها وجب له المبلغ الموعود، وهذا هو الرأي الراجح والمشهور عن المالكية.[2]

ومن أدلتهم:

1. دفع الضرر، وذلك أن الموعود إذا دخل في السبب بناءًا على وعد الواعد، ثم أخلف الواعد بوعده، تسبب بضرر للموعود، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول لا ضرر ولا ضرار، واستنبط العلماء منها قاعدة الضرر يزال، وعليه فإن الواعد ملزم بوعده إذا دخل السبب حتى لا يسبب الضرر لغيره.
2. حرية إنشاء الشروط، وذلك ان المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا، وعليه قالوا بجواز الإلزام بالوعد في حال دخول سبب الشرط.

هذا الخلاف في الوعد المجرد خلاف منطقي ومقبول، ويدخل في باب "ما يجوز فيه الخلاف لكن بعض الفقهاء المعاصرين قد نقلوا هذا الوعد من باب التبرعات إلى باب المعاوضات، ليحل محل العقد، فقد وجد هؤلاء أن المرابحة لا تجوز، لأنها تدخل في بيع ما ليس عنده (السلعة غير موجودة عند المصرف)، فاستبدلوا الوعد بالعقد، أي جعلوا العقد وعدًا، ولو وقفوا هنا، وكان الوعد غير ملزم لما كان فيه مشكلة، ولكنهم قالوا بعد ذلك، وهنا تكمن الخطورة: نجعل الوعد ملزمًا، وأطالوا الكلام وفصلوا وشققوا وفرعوا وخوفوا الناس من عدم الوفاء بالوعد، فحل الوعد الملزم الحلال عندهم، محل العقد الحرام في الشرع، فهل يجوز؟ أي فرق هنا بين العقد والوعد الملزم.

المبحث الثاني: حكم الوعد الملزم في المرابحة

تظهر أهمية استخدام الوعود الملزمة المتبادلة في التطبيقات المعاصرة في المصارف الإسلامية بشكل واضح في صيغة المرابحة للآمر بالشراء، وقد تباينت أراء الفقهاء المعاصرين حول لزوم الوعد، أو عدم لزومه، انطلاقا

[1] النووي، يحيى شرف الدين، صحيح مسلم بشرح النووي، لبنان/دار الكتب العلمية، ج2/ص48
[2] ابن رشد، مرجع سابق، ص255

من نكول الآمر بالشراء عن تنفيذ وعده، مما يسبب إشكالًا للمصرف جراء امتلاكه للسلعة التي وعد العميل بشرائها منه، لذلك فإن مصلحة المصرف تدور حول إلزامية الوعد.

وتستخدم المصارف الإسلامية الوعد الملزم للتحوط من خطر نكول العميل، الأمر الذي يتسبب في خسارة المصرف، فبعد أن يشتري المصرف السلعة وتدخل في ذمته قد يتراجع العميل عنها، وهنا تحمَّل المصرف السلعة ولم يستفد منها، الأمر الذي قد يهدد المصرف، بل إن بعض مجيزي الوعد الملزم من حججهم أن عدم لزومية الوعد قد تؤدي لخروج المصرف من السوق، فالأمر يصير وجود وعدم، حياة أو موت بالنسبة للمصرف. من هنا تباينت آراء الفقهاء بين القائلين بلزوم الوعد وبين القائلين بعد لزومه، وفي المطالب الآتية توضيح لذلك.

المطلب الأول: القائلون بعدم لزوم الوعد في المرابحة

ممن يرى عدم جواز الإلزام، ابن تيمية في إقامة الدليل على إبطال التحليل[1]، والشوكاني في أدب الطلب[2]، وابن بطة في إبطال الحيل[3]، ومحمد عبد الوهاب بحيري في الحيل في الشريعة الإسلامية[4]، ومحمد بن إبراهيم في الحيل الفقهية في المعاملات المالية[5]، والمصري في المصارف الإسلامية (دراسة شرعية)[6]، والسبهاني في الوجيز في المصارف الإسلامية[7]

وأما آراء المذاهب الفقهية الأربعة المعتمدة من المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة، فهي كالآتي:

1. رأي الشافعية: أجاز الشافعي البيع بهذه الصورة شريطة عدم الإلزام، جاء في الأم: " إذا أرى الرجل (المشتري) الرجل (التاجر/المصرف) السلعة، فقال اشتر هذه (عيَّن السلعة بالإشارة) وأربحك

[1] ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس، إقامة الدليل على إبطال التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1/ص259

[2] الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، (ت:1250هـ)، أدب الطلب ومنتهى الأدب، تحقيق: عبد الله يحيى السريحي، دار ابن حزم: بيروت، ط1/1419هـ، ص1201

[3] ابن بطة، أبو عبد الله عبيد الله بن محمد بن محمد بن حمدان العُكْبَري، إبطال الحيل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ، ص707

[4] البحيري، محمد عبد الوهاب، الحيل في الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة/القاهرة، ط1/1974م، ص189

[5] ابن إبراهيم، محمد (2008م) الحيل الفقهية في المعاملات المالية، دار سحنون للنشر والتوزيع: تونس، ط1

[6] المصري، رفيق يونس، المصارف الإسلامية (دراسة شرعية)، دار المكتبي، دمشق، 2009م

[7] السبهاني، عبد الجبار (2014م) الوجيز في المصارف الإسلامية، مطبعة حلاوة، إربد، ط1

فيها بكذا، فاشتراها الرجل (التاجر/المصرف)، فالشراء جائز والذي قال أربحك فيها بالخيار: إن شاء أحدث فيها بيعًا (أنجز وعده)، وإن شاء تركه"[1]

2. رأي المالكية: ذهب المالكية في عدم جواز مطلق المواعدة على الشراء بثمن آجل أعلى من الحال، فقد نقل الشوكاني: " حرمة بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء (حتى بدون وعد)، ونسب هذا إلى زين العابدين والناصر والمنصور بالله والهادوية ويحيى من الزيدية وأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي. "[2]

3. رأي الحنفية والحنابلة: جاء في المبسوط: " رجل أمر رجلًا أن يشتري دارًا بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل اشتراها (الآمر) منه بألف ومائة، فخاف المأمور إن اشتراها ألا يرغب الآمر في شرائها، قال محمد مجيبًا عن هذا الاحتمال: يشتري الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام."[3] ويفهم من هذا النقل جواز المواعد عندهم دون جواز الإلزام فيها، لأنه لو جاز الإلزام بالموعد لما اجتهدوا لدفع الضرر عنه بخيار الثلاثة أيام.

والخلاصة إذًا أنَّ المالكية رفضوا بيع المرابحة للوعد بالشراء مطلقًا كما اتضح من نقولهم المتقدمة، أما الشافعية والحنفية والحنابلة، فقد أجازوا هذا البيع شريطة عدم إيراد الوعد ملزمًا، صرح بذلك الإمام الشافعي، وفهم من فحوى نقول الحنفية والحنابلة في الحيلة التي يستدفع بها الضرر.

ومن أدلة القائلين بعدم لزوم وعد المرابحة:

1. النهي عن بيع ما ليس عندك، ففي حالة إلزام العميل على شراء السلعة من قبل البنك، الدخول في شبهة أن البنك يبيع ما ليس عنده، المجمع على تحريمها، فعند توقيع البنك مع العميل الاتفاقية الأولى للشراء لم يكن البنك قد تملك السلعة بعد.
2. النهي عن بيع ما لم يضمن، فالسلعة وإن كانت معينة أو موصوفة وصفًا دقيقًا، فهي لم تدخل في حيازة البنك وضمانه بعد، وعليه لا يحق للبنك إلزام العميل بها وضمان ربحها وهي لم تدخل في ضمان البنك.

---

[1] الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان، (ت:204هـ)، الأم، دار المعرفة: بيروت، (بدون طبعة/1990م)

[2] الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت:1250هـ) أدب الطلب ومنتهى الأدب، تحقيق: عبد الله يحيى السريحي، دار ابن حزم: بيروت، ط1/1419هـ

[3] السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت:483هـ) المبسوط، دار المعرفة: بيروت، (1993م)

3. قياس عقد البيع على سائر العقود، فكما أن عقد الطلاق لا يقع بمجرد الوعد به، وعقد النكاح لا يقع بمجرد الوعد به، كذلك عقد البيع لا يقع بمجرد الوعد به.

المطلب الثاني: القائلون بلزوم الوعد في المرابحة

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى القول بجواز الإلزام بالوعد في بيع المرابحة المصرفية، ومنهم الدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور سامي حمود، والشيخ عبد الله بن منيع، والدكتور علي القرة داغي والدكتور إبراهيم فاضل الدبو.
كما أن غالبية البنوك اليوم ولجان الإفتاء والرقابة الشرعية تتبنى الرأي القائل بلزوم الوعد على العميل، منها مجموعة دلة البركة وبيت التمويل الكويتي ومصرف قطر الإسلامي. والكثير من البنوك الإسلامية.

ومن أدلة القائلين بلزوم الوعد:

1. قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تدل هذه الآية بعمومها على وجوب الالتزام بالعقود المبرمة بين المسلمين.
2. الضرر الكبير الذي سيقع على البنك في حال عدم إلزامه العميل باستكمال البيع، ففساد الذمم اليوم دفع البنوك لإلزام العملاء بالمرابحة خوفًا من النكول وإلحاق الضرر بالصيرفة الإسلامية.
3. الأصل في المعاملات الإباحة، فلم يرد ضليل صريح على تحريم الإلزام بالوعد في المرابحة، وعليه فإن القاعدة الفقهية تقول إن الأصل في البيوع والمعاملات الإباحة.
4. المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا، والأصل في البيوع الحل، فإلزام العميل بالمرابحة هو شرط اتفق عليه بين البنك والعميل.
5. القياس على الاستصناع، فعقد الاستصناع وان اجيز استحسانًا، فهو عقد على بيع موصوف في الذمة، أي أن المبيع غير موجود وغير مملوك للبائع حال انعقاد العقد، ومع ذلك فإن المستصنِع ملزم بالعقد إن كان صحيحًا ومستوفيًا للشروط.
6. أن المصرف لا يبيع البضاعة إلا بعد تملكها، فربحه فيها يكون قد ربح فيما استقر عليه ضمانه.
7. قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وأن قواعد الشريعة جاءت لرفع الظلم والضرر عن الناس، ففي نكول العميل عن إتمام البيع، يوقع ضررًا جسيمًا في البنك.
8. تحريم البيع قبل التملك إنما هو خشية الغرر، ويغتفر في الغرر ما لا يغتفر في غيره، خاصة إن كان تابعًا أو يسيرًا.

المطلب الثالث: ترجيح الآراء وتطبيقها

قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة لعام 1988 في دورة مؤتمره الرابع بخصوص إلزام الوعد في المرابحة ما يلي:

أولاً: أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد – وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد – يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة – وهي التي تصدر من الطرفين – تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

وتعليقًا على قرار مجمع الفقه الإسلامي، فإن قرار المجمع بمنع الإلزام للطرفين وأجازه لأحدهما هذا قرار غير مفهوم وغير معلل من قبل المجلس، فإما إلزام الطرفين أو لا أحد، وأما أن يلزم طرفًا دون الآخر فهذا غير منطقي ولا مقبول. ويعلق السهاني على قرار المجمع قائلًا: "ولم أستنهض سندًا لتمييز قرار مجمع الفقه بين الوعد الملزم والمواعدة الملزمة والذي اعتمده النظر المصرفي المعاصر، إلا إذا قلنا بالفرق بين البيع والمبايعة [1] والمآخذ على هذا القرار يمكن تلخيصها بالآتي: [2]

1. استند المجمع إلى بحوث في الوعد، جاءت منفصلة عن موضوع المرابحة، وتجاهل كاتبوها صلة الوعد بالمرابحة، مع أن احكام الوعد المجرد تختلف تمامًا عن أحكام الوعد في المرابحة وسائر المعاوضات.

[1] السهاني، الوجيز في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص87

[2] المصري، رفيق يونس، الوعد الملزم في معاملات المصارف الإسلامية، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، 2003م، ص121

2. ميز القرار بين الوعد والمواعدة، ولئن كان المراد من الوعد هو التبرعات، ومن المواعدة المعاوضات، إلا أن هذا التمييز بين بين الوعد والمواعدة تمييز غير مفهوم علميًا، وكان من الأفضل أن يقال بأن الوعد المجرد يجوز أن يجري في خلاف الفقهاء في الإلزام وعدمه، وام إذا كان الوعد بديلًا لعقد محرم، فلا يجوز أن يكون ملزمًا بحال، لأن العقد إذا حرم في شيء حرم فيه الوعد الملزم، يضاف إلى ذلك ان الوعد والمواعدة شيء واحد، لأن الإنسان في الوعد لا يمكن ان يقال بأنه يعد نفسه، ففي كل منهما طرفان، طرف إيجاب وطرف قبول.
3. منع القرار الإلزام للطرفين ولكن أجازه لأحدهما، وهذا تحكم غير مفهوم أيضًا، فالواجب إما الإلزام للطرفين أو الخيار لهما، أما الإلزام لأحدهما دون الآخر فهذا غير منطقي ولا مقبول.

وعليه فإن العقد إن كان بديلًا لعقد محرم، وهو بيع ما ليس عنده، فلا يجوز أن يكون ملزمًا لأن الوعد الملزم كالعقد، وكل قول بإلزام الطرفين أو أحدهما بطريقة صريحة أو ضمنية، كالتعويض عن الضرر أو الخسائر، بمذكرة تفاهم جانبية أو اتفاق داخل العقد، فإنه لا يستند إلى دليل مشروع.

الرد على حجج القائلين بلزوم الوعد في المرابحة:

الحجة الأولى: قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: وعموم الآية حجة لنا، لأنها بمطلقها تتناول ذم من قال ما لا يفعل، على أي وجه كان مطلق أو مقيد بشرط.[1] والآية هنا تتكلم عن العقود بشكل عام لا عن عقد مخصوص.

الحجة الثانية: لا ضرر ولا ضرار، والضرر الذي سيقع على البنك نتيجة نكول العميل عن وعده بالشراء، ويجاب على هذا أن البنك ليس مجرد وكيل يقوم بشراء السلعة للعميل، وإنما هو طرف بالعقد يقوم بالشراء والبيع، وإذا ما عد وكيلًا في العقد فإن الربح الحاصل له مجرد ربا لا يحل له.

وإذا اعتبرنا المصرف تاجرًا يريد الشراء والبيع، فإنه لا يحق له أن يضمن الربح ويحمل الخسارة لغيره، وإذا اشترط التاجر ذلك عد العقد باطلًا، لأنه يخالف مقتضى العقد، فطبيعة التجارة أن يتحمل التاجر الغرم، مقابل حصوله على الغنم الحلال إن تحقق.

الحجة الثالثة: الأصل في المعاملات الإباحة، وهذه قاعدة عامة وصحيحة، ولكن كما بينا أن الإلزام بالعقد به محظورات شرعية، فلم تشمله هذه القاعدة.

[1] القرطبي، شمس الدين بن أحمد بن أبي بكر أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق سمير البخاري، دار عالم الكتب/الرياض، 2003م

الحجة الرابعة: المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حلالًا أو حرم حرمًا، تناقش هذه الحجة بأن الشرط هنا (وهو إلزام العميل بعقد المرابحة) قد أجاز عقد حرامًا (وهو بيع البنك ما ليس عنده) فالوعد الملزم كالعقد ولا فرق بينهما.

الحجة الخامسة: القياس على الاستصناع، وعقد الاستصناع عقد غير لازم عند جمهور الفقهاء، لم يقل بلزومه إلا قليل، ومنهم أبو يوسف تلميذ أبي حنيفة، وعليه لا يصح القياس هنا.

الحجة السادسة: المصرف لا يبيع البضاعة إلا بعد تملكها، والقول بأن المصرف لا يبيع البضاعة إلا بعد تملكها قول غير صحيح؛ لأن اعتبار البيع لازمًا بالاتفاق الأول وقبل تملك البضاعة، يجعل الاتفاق الجديد بعد تملك البضاعة صوريًا، لأنه لا أثر له في لزوم البيع، ولا أثر له في قيمة السلعة، وايجاب وقبول هذا شأنهما، لا قيمة لهما، فإن الايجاب والقبول من طبيعتهما يحددان السلعة ويحددان قيمتها، ويعبران عن رضا المتعاقدين، ويكون المشتري بالخيار قبل صدور القبول، وهذا غير موجود في الايجاب والقبول الحادثين بعد تملك المصرف للبضاعة.[1]

الحجة السابعة: تحريم البيع قبل التملك نتيجة الغرر، والغرر اليسير يغتفر، يجاب على ذلك أن تحريم بيع ما لا تملك وبيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، جاء بالتحريم بنصوص صريحة، وأن المصلحة هنا ملغاة من وجهة نظر الشارع، فجعل الوعد لازمًا يجعله كالعقد، والعقد على ما لا تملك محرم بالاتفاق.

يقوم البنك الإسلامي العربي، بالأخذ بالرأي القائل بجواز إلزام العميل بالوعد الصادر منه حال طلبه بعقد المرابحة، والرأي الراجح للباحث هو جواز عقد المرابحة المصرفية بشرط عدم اللزوم في الوعد، وإن جعلنا الوعد لازمًا صار كالعقد، والعقد ببيع ما ليس عندك محرم بالاتفاق.

وعليه ما يقوم به البنك الإسلامي العربي، من إلزام العميل بوعده في عقد المرابحة، لا يجوز على رأي الباحث، وعلى البنك مراجعة الآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع، ودراستها بحيادية وتعمق، للخروج بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، وبشكل لا يلحق الضرر بالعميل أو البنك نفسه.

الخاتمة

يجدر بي وانا في نهاية البحث، ذكر النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي:

[1] الدبيان، دبيان محمد، الإلزام بالواعد في صيغ المرابحة للآمر بالشراء، شبكة الألوكة، الآفاق الشرعية، 2011م

1. أجازت المذاهب الثلاث (الشافعية والحنفية والحنابلة) صورة بيع المرابحة كما تجريها البنوك اليوم، بشرط عدم لزوم الوعد، ولم يجز المذهب المالكي صورة بيع المرابحة كما تجريها البنوك اليوم.
2. بيع المرابحة المصرفية يدخل في بيع ما ليس عندك، وهو محرم بالإجماع عند المسلمين، تجيزه المذاهب في حال عدم لزوم الوعد، وفي حال لزوم الوعد صار الوعد عقدًا، والعقد على بيع ما ليس عندك محرم.
3. تفريق مجمع الفقه الإسلامي بين الوعد والمواعدة غير مستساغ ولا مبرر، واشتراط اللزوم على طرف دون الآخر غير مفهوم أيضًا، فإما أن يكون ملزمًا للطرفين أو غير ملزم لهما.
4. رجح الباحث عدم جواز لزوم الوعد في المرابحة المصرفية.
5. بطلان عقد المرابحة المصرفية لدى البنك الإسلامي العربي، وذلك لأخذه بالرأي القائل بزوم الوعد.
6. كما يوصي الباحث لجان الإفتاء والرقابة في المصارف الإسلامية بمراجعة موضوع لزوم الوعد في المرابحة، والوقوف بجدية على آراء المذاهب الأربعة المتعلقة بمنع جواز لزوم الوعد.
7. أن تعمل المصارف الإسلامية على إيجاد السلع لديها، وبيع العميل مباشرة من معارضها، للخروج من الخلاف ومن بيع ما ليس عندك.

قائمة المصادر والمراجع

1. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (1987م) لسان العرب، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط1/ص123
2. ابن زكريا، أبي الحسين أحمد فارس (1979م) معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ص201
3. الغزالي، أبي حامد محمد، احياء علوم الدين، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة/ط1، ص127
4. حمود، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مطبعة الشرف/عمان، ط1982/2م، ص85
5. شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، عمان/الأردن، دار النفائس، ط1996/1م، ص264
6. القرطبي، محمد أحمد، الجامع لأحكام القرآن، مجلد3، ج5/ص32
7. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وادلته، دمشق/سوريا، دار الفكر المعاصر، ط2002/4م، ص2917
8. الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، بيروت/لبنان، دار الفكر، ط1968/9م، ص291
9. العموري، محمود فهد أحمد، الوعد الملزم في صيغ التمويل المصرفي الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك/الأردن، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، 2004م، ص11

10. ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (1418هـ) إقامة الدليل على إبطال التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1/ص259
11. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، (ت:1250هـ)، أدب الطلب ومنتهى الأدب، تحقيق: عبد الله يحيى السريحي، دار ابن حزم: بيروت، ط1419/1هـ، ص1201
12. ابن بطة، أبو عبد الله عبيد الله بن محمد بن محمد بن حمدان العُكْبَري، (ت:387هـ)، إبطال الحيل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ، ص707
13. البحيري، محمد عبد الوهاب، الحيل في الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة/القاهرة، ط1974/1م، ص189
14. ابن إبراهيم، محمد (2008م) الحيل الفقهية في المعاملات المالية، دار سحنون للنشر والتوزيع: تونس، ط1
15. المصري، رفيق يونس، المصارف الإسلامية (دراسة شرعية)، دار المكتبي، دمشق، 2009م
16. السبهاني، عبد الجبار (2014م) الوجيز في المصارف الإسلامية، مطبعة حلاوة، إربد، ط1
17. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان، (ت:204هـ)، الأم، دار المعرفة: بيروت، (بدون طبعة/1990م)
18. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت:1250هـ) أدب الطلب ومنتهى الأدب، تحقيق: عبد الله يحيى السريحي، دار ابن حزم: بيروت، ط1419/1هـ
19. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت:483هـ) المبسوط، دار المعرفة: بيروت، (1993م)
20. المصري، رفيق يونس، الوعد الملزم في معاملات المصارف الإسلامية، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، 2003م، ص121
21. القرطبي، شمس الدين بن أحمد بن أبي بكر أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق سمير البخاري، دار عالم الكتب/الرياض، 2003م
22. ابن عابدين، محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، القاهرة/مطبعة الميمنة، 1310هـ، ج2/ص353
23. ابن رشد، محمد أحمد، البيان والتحصيل، ج8/ص18
24. ابن علان، محمد، الفتوحات الربانية على الأذكار النووية، المكتبة الإسلامية، ج5/ص260
25. ابن مفلح، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، دمشق، المكتب الإسلامي، ج9/ص345
26. مالك، ابن أنس، الموطأ رواية محمد بن الحسن الشيباني، لبنان، دار القلم، ص286
27. ابن حزم، علي أحمد، المحلى، ج8/ص28
28. الجصاص، أحمد علي، أحكام القرآن، لبنان، دار الكتاب العربي، ج3/ص442
29. النووي، يحيى شرف الدين، صحيح مسلم بشرح النووي، لبنان/دار الكتب العلمية، ج2/ص48

القانون الدولي وعلاقته بالتشريع الوطني

International law and its relationship to national legislation

منى يحيى الدسوقي يوسف، باحثة بالدراسات العليا

كلية الحقوق جامعة عين شمس- القاهرة

ملخص:

تثير مسألة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني عدة تساؤلات وهي؛ هل القانون الدولي أسمى أو أدنى مرتبة من القانون الوطني؟ ما هو الأساس القانوني للالتزام بالقانون الدولي؟ ما هي القاعدة الأعلى القانون الدولي أم القانون الداخلي؟ وهل يتم التعامل مع القانون الدولي بذات الطرق التي يتم التعامل بها مع القانون الداخلي داخل إطار الدولة؟ هذه التساؤلات عملت على وجود العديد من المذاهب النظرية القانونية كي تتوصل للحلول العلمية لها. لذا وجب التفرقة بين مذهبين أولهما يميل لفكرة وجود وحدة القانونين، والأخرى تميل لوجود فكرة ثنائية القانونين. وحتى نتوصل لمكانة القانون الدولي في النظام القانوني الوطني نجد أن الدستور الوطني في كل دولة هو الذي يحدد العلاقة بينهما. فهناك علاقة وثيقة بين القانون الدولي والقانون الوطني وهناك عدة اختلافات حول طبيعة هذه العلاقة.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي، القانون الداخلي، القانون الوطني، وحدة القانونين، ثنائية القانونين، المعاهدات الدولية.

Abstract:

The question of the relationship between international law and national law raises several questions: Is international law higher or lower than national law? What is the legal basis for adherence to international law? What is the supreme rule of international law or domestic law? Is international law dealt with in the same ways as domestic law within the State's framework? These questions worked on the existence of many doctrines of legal theory to come up with scientific solutions to them. The first two doctrines had to be distinguished from the idea of a unity of laws, and the other tended to have a two-law idea. Until we find the place of international law in the national legal system, it is each State's national Constitution that defines their relationship. There is a close relationship between international law and national law and there are several differences about the nature of this relationship.

Keywords: International Law, Domestic Law, National Law, Unity of Laws, Bilateral Law, international treaty.

المقدمة:

تواجد العلاقات بين الدول وبعضها البعض، فرض عليهم تطوير القانون الدولي وتقدمه وأصبحت موضوعاته من صميم الاختصاص الداخلي للدولة. ومن المعروف أن مبدأ سيادة الدول هو حجر الأساس الذي بُنيت عليه قواعد القانون الدولي ويتثمل في فرض سيطرة الدول على إقليمها بالكامل واستقلال هذه الدول، وأنه لا يحق لأي دولة أن تتدخل في شئون أي دولة أخرى دون رضاها. فمن بديهيات مظاهر سيادة الدولة هو وضعها لقوانين تُطبق داخل حدود إقليمها، إلا انها قد تصطدم بقواعد القانون الدولي الواضح في المعاهدات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها. فيسعى القضاء دوماً للتوازن بين قوعد القانون الدولي والداخلي.

أهمية البحث:

هذا البحث يسلط الضوء على العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني وأيهما يكون له السلطة على الأخر ومن يكون له السمو. كما يتم توضيح النتائج المترتبة على كل من النظريتين والنقد الذي يوجه إليهما. فمن الدارج رؤيته أن القانون الدولي يسمو القانون الداخلي وتطبق المعاهدات والاتفاقيات الدولية على الدولة المصدقة عليها.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى توضيح طبيعة العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي، وتوضيح النظريات التي تحكم العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي، وتوضيح موقف القضاء والأنظمة القانونية الداخلية فيما يخص العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني، وسرد موقف الدول من موقف الفصل بين القانون الدولي والقانون الداخلي.

مشكلة البحث:

أن هناك العديد من النظريات في تفسير ما إذا القانون الداخلي جزء من القانون الدولي ويكون القانون الداخلي في المرتبة الأعلى وفي هذا الشأن يطبق القانون الداخلي حتى إذا كان متعارض كلياً مع القانون الدولي، أم أن القانون الدولي جزء من القانون الداخلي ويصبح القانون الدولي بمثابة القاعدة القانونية الموجودة في قمة هرم القواعد القانونية وتلتزم الدولة بتطبيقه من خلال الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في المحاكم الوطنية لها.

منهجية البحث:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، والذي قد يكون معتمد في أغلب الأبحاث القانونية حيث إنه يعتمد على وصف الموضوع محل الدراسة وجمع المعلومات من مختلف الجوانب ووضع الحلول المناسبة لها.

خطة البحث:

سيقسم هذا البحث إلى عدة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي والنظريات التي تحكم العلاقة بينهما، ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي.

المطلب الثاني: النظريات التي تحكم العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني.

المبحث الثاني: موقف القضاء الدولي من العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي

المبحث الثالث: موقف الأنظمة القانونية المقارنة والدساتير من العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: موقف الأنظمة القانونية المقارنة من العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي.

المطلب الثاني: موقف الدساتير من العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي.

المبحث الأول: علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي والنظريات التي تحكم العلاقة بينهما:

المطلب الأول: علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي:

تحديد العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني تكمن أهميته في إذا تواجد تنازع قائم بين دولتين، أحداهما تتمسك بتطبيق القانون الدولي الذي ينظم مسألة الخلاف، أما الأخرى تريد أن تُطبق القانون الوطني لها. لذا يكون السؤال المطروح هو أي من القانونين سيطبقه القاضي على النزاع المُثار، القانون الدولي أم القانون الوطني؟ فقد أثارت العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الوطني جدل كبير بين فقهاء القانون ويتمثل هذا الخلاف حول أي من القانونين سيكون له الأولوية في التطبيق. لذا فالسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هي طبيعة الأساس القانوني لالتزام الدول بالقانون الدولي؟ هناك مذهبين بشأن هذا التساؤل؛ فالمذهب الأول هو مذهب موضوعي، ويميل من يتبنى هذا المذهب إلى الأخذ بنظرية وحدة القانونين، ويتطرق إلى أنه يجب الإشارة لفكرة وجود هرم القواعد القانونية، فكل قاعدة قانونية يعلوها قاعدة قانونية أخرى إلى أن نصل إلى قمة هذا الهرم وهو القانون الدولي الذي يتمثل في المعاهدات الدولية المُوقعة عليها من قبل الدولة. وبناءً عليه فأن أي قاعدة قانونية تتعلق بالقانون الوطني تخالف القانون الدولي فهي قاعدة غير مشروعة. أما المذهب الأخر فهو يتعلق بإرادة الدول (فكرة الإرادية)، ومن يناصر هذا المبدأ يعتمد على نظرية ثنائية القانونين؛ فهذه الفكرة تتعلق بمبدأ سيادة الدولة وأن الدولة لا يمكنها الخضوع لإرادة أعلى من

إرادتها كي لا تفقد كيانها، وبالتالي لا يمكنها أن تخضع لأي سلطة أعلى منها سوى إرادتها ولا يمكن فرض أي قانون عليها من قبل سلطة أخرى.

وما يُبرر فكر هذه المذاهب هو أنه قد نصت العديد من الدساتير الوطنية على سمو المعاهدات الدولية، وأن القانون الدولي جزء لا يتجزأ من القانون الداخلي للدولة وأن الدول تجتمع إراداتها على قبول الارتباط والتقيد بالتصديق على المعاهدات الدولية المختلفة. بينما لا تُعلي بعض الدساتير القانون الدولي على قانونها الداخلي.

المطلب الثاني: النظريات التي تحكم العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني:

هناك نظريتان يحكمان العلاقة بين القانونين الدولي والوطني؛ الأولى منهما هي نظرية ثنائية القانونين، والثانية هي نظرية وحدة القانونين.

الفرع الأول: نظرية ثنائية القانونين؛

تتمثل في اعتبار القانون الدولي نظاماً قانونياً منفصلاً ومستقلاً تمام الاستقلال عن القانون الوطني، فمن أبرز من نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني " هنريش تريبيل" (1946- 1868)، والفقيه "أنزيلوتي" (1950-1868). فان هذه النظرية تقوم على أن كلاً من القانون الدولي والوطني لا يتصور أن يكون هناك تعارض بينهما، فكلا القانونين يختلفان اختلافاً كلياً عن بعضهما البعض فهما غير متداخلين ولا يخضع أي منهما لسلطة الآخر. فالفكرة الأساسية لهذه النظرية أن قواعد القانون الداخلي مستقلة تمام الاستقلال عن قواعد القانون الدولي، ويترتب على ذلك أن قواعد القانون الدولي لن يتم تطبيقها في إقليم الدولة إلا إذا أصبحت هذه القواعد مُدرجة ضمن القواعد الوطنية للدولة وتصدر من السلطة المختصة بها.

أولاً: الأسانيد النظرية:

1- **اختلاف مصادر القانونين**؛ فالقانون الدولي مصدره هو اتفاق إرادات الدول المشتركة بتكوين قواعده من خلال إبرام معاهدات دولية بشكل صريح، أو بشكل ضمني من خلال العرف الدولي. أما

القانون الوطني يكون مصدره متمثل في إرادة الدولة المنفردة حيث يكون من خلال نص دستوري أو نص تشريعي أو لائحة داخلية. إذا فمصادر القانونين مختلفة فالقانون الدولي يكون من خلال الإرادة المشتركة بين الدول، أما القانون الداخلي يعتمد على الإرادة المنفردة للدولة.

2- **أيضاً اختلاف الأشخاص المخاطبين** بكلاً من القانونين واختلاف موضوعاتهما؛ القانون الوطني من شأنه الاهتمام بما يتعلق بمنازعات بين الأفراد وبعضهم البعض مثل القانون المدني أو بين الأفراد ومؤسسات الدولة مثل القانون الإداري، أما في القانون الدولي فأنه ينظم العلاقة بين أشخاص القانون الدولي مثل الدول والمنظمات الدولية.

3- **كما أنه يوجد أيضاً اختلاف في الطبيعة القانونية والبنيان القانوني للقانونين**؛ فالقانون الوطني تكون مُلزمة بشكل اجباري على جميع الأفراد ومؤسسات الدولة، أما القانون الدولي يكون مُلزم للدول بشكل رضائي فهو يعمل على التنسيق بين دول متساوية في السيادة. فبالنسبة للبنيان القانوني؛ لا يحتوي القانون الدولي على سلطات واضحة ومعروفة، أما في القانون الوطني فهو يتضمن سلطات معروفة الشكل والاختصاص وواضحة مثل السلطة التشريعية لسن القوانين، والسلطة التنفيذية لتطبيقها، والسلطة القضائية لمعاقبة من يخالفها.

ثانياً: النتائج المترتبة على الأخذ بنظرية ثنائية القانونين:

1- **عدم التعارض بين قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الوطني:** نظرًا لأن التعارض بين القواعد القانونية التي تنتمي إلى نظام قانوني يستند إلى فكرة التسلسل الهرمي بين القواعد التي تنتمي إليه، فليس من المتصور أن مثل هذه النزاعات يمكن أن تحدث بسبب الاختلافات في نطاقات التطبيق ذات الصلة بين قواعد القانون الدولي وقانون محلي، بمعنى أن لكل قانون منهما الموضوع الذي ينظمه والنطاق الذي يطبق فيه وبالتالي لا يمكن تصور فكرة التعارض بينهما وعدم تأثر أحدهما بالأخر. لذا فعدم مشروعية العمل في القانون الدولي لا يؤثر على مشروعيته في القانون الداخلي، وهذا يعني أنه إذا كان القانون الوطني يحتوي على مخالفة لالتزامات دولية، فلا يؤدي ذلك إلى بطلانه.

2- **استحالة تطبيق قواعد القانوني الدولي مباشرة:** فقواعد القانون الدولي مستقلة عن قواعد القانون الداخلي، فلا يحق للقاضي الوطني أن يفسر أو يطبق القاعدة الدولية إلا بإذن دستوري. ومن البديهي أنه لا يتصور تطبيق قواعد القانون الدولي أما المحاكم الوطنية للدولة إلا إذا تم تحويلها إلى قواعد داخلية وفقاً لما يتم النص عليه في الدساتير الوطنية لتطبيق الاتفاقيات الدولية. فوفقاً لدساتير الدول الآخذة بنظرية ثنائية القانونين، أنه يمتنع على القضاء الوطني تطبيق القواعد القانونية الدولية إل إذا تم تحويلها لقواعد وطنية داخل إقليم الدولة.

3- **اختلاف نطاق تطبيق كلاً منهما عن الأخر:** فلكل من القانون الدولي والقانون الوطني دائرة انطباق، فكل دائرة انطباق تختلف عن دائرة انطباق القانون الأخر. فالقانون الدولي لا ينطبق مباشرة داخل إقليم الدولة على عكس دائرة انطباق القانون الداخلي الذي ينطبق بشكل واضح وصريح ومباشر داخل إقليم الدولة، لذا لا يمكن تصور تطبيق قواعد القانون الدولي أمام محاكم القانون الداخلي.

ثالثاً: الاستثناءات:

هناك استثناءات يقرها أنصار هذه النظرية، وهي تتعلق بتطبيق قواعد القانون الدولي في نطاق القانون الوطني ومنه ما يلي:

1- **الإحالة:** والمقصود بها هو إحالة قواعد القانون الداخلي للقانون الدولي كي يكون هناك تكيف قانوني معين ينظم مسألة أو صفة معينة؛ كأن يقر القانون الداخلي قواعد قانونية خاصة بالدبلوماسي أو الحرب أو أعالي البحار أو البحر الإقليمي، فتشير قواعد القانون الداخلي لتلك المصطلحات القانونية وتحدد وجوب تمتع المبعوثين الدبلوماسيين بالحصانات الدبلوماسية تاركة تعريف الحصانات الدبلوماسية والمبعوثين الدبلوماسيين لقواعد القانون الدولي.

2- **التحويل**: ويقصد به تحويل القاعدة القانونية الدولية لقاعدة قانونية داخلية عن طريق تشريع داخلي بالإجراءات القانونية المتبعة وفقاً لدستور كل دولة، بعبارات أخرى أنه يكون تحويل قاعدة قانونية دولية موجودة بالفعل لقاعدة وطنية عبر الإجراءات الداخلية.

3- **الإدماج**: يقصد به دمج القواعد القانونية الدولية في التشريع الداخلي للدولة؛ وذلك عندما يحتوي الدستور الوطني على نص يبيح اعتبار قواعد القانون الدولي جزء من التشريع الداخلي، وبالتالي يكون مباح للقاضي الوطني أن يطبق قواعد القانون الدولي في المحاكم الوطنية باعتبار أن الدستور الوطني سمح بتطبيقها، فتتقيد بها السلطات الداخلية للدولة ويلتزم بها الأفراد.

ومن خلال ما تقدم، فأن أنصار هذه النظرية يعملون جاهدين للتوفيق بين سيادة الدولة الداخلية وخضوعها في نفس ذات الوقت للقواعد القانونية الدولية ولكن محاولاتهم قد تبوء بالفشل بسبب أن لقانون الدولي يكون أساسه وتطبيق مبدأ سيادة الدولة، وبالتالي لا يمكنه تقبل الفكرة الأساسية التي تقوم عليها هذه النظرية والتي تقتضي أن القاعدة الوطنية المخالفة للقانون الدولي غير قابلة للإلغاء دولية وهي لا ترتب سوى المسئولية الدولية على الدولة، والواقع أن القضاء الدولي لا يزال قضاء تعويض ولم يصبح بعد قضاء إلغاء.

رابعاً: الانتقادات التي وجهت لنظرية ثنائية القانونين:

1- **الخلط الغير صحيح بين أصل القاعدة القانونية ووسيلة التعبير عنها**، فالقاعدة القانونية في كلاً من النظامين مستوحاة من الحياة الاقتصادية والاجتماعية التي تمر بها الدولة وعملت على إصدار مثل هذه القوانين ولكنها متعددة الصور فتكون في شكل معاهدة دولية أو تشريع أو عرف. لذا فحجة اختلاف المصدر ليست صحيحة، فهناك اختلاف بين أصل ومصدر القاعدة القانونية وبين طريقة التعبير عنها.

2- **الحجة التي تم الاستناد في فكرتها أنه هناك اختلاف لكل من النظامين**؛ تكون معتمدة على التطور التاريخي، فالقانون الوطني سبق القانون الدولي زمنياً مما يجعله متطرق بصورة كبيرة لسلطات ليست متواجدة في النظام الدولي.

3- **الحجة التي تفترض اختلاف الشخص المخاطب بالقاعدة القانونية**، فهذه الحجة يكون الدحض المناسب لها أن القانون الدولي يخاطب الأفراد ولكن عن طريق دولتهم باعتبارها وسيط وباعتبارها شخص معنوي. فمن البديهي انه لا وجود للدولة دون الأفراد سواء كانوا من أصحاب السلطة أو أفراد عادين.

4- **الزعم أن القاضي الداخلي يطبق قانونه الوطني** حتى وأن كان متعارض مع القانون الوطني، هذا أمر بديهي لأنه قد يحدث أن يكون هناك قانون متعارض مع دستور نفس الدولة الذي يعد في قمة هرم القواعد القانونية في الدولة.

الفرع الثاني: نظرية وحدة القانون؛

أنصار هذه النظرية يتخذون اتجاهاً مغايراً لاتجاه أصحاب النظرية الأولى التي تتعلق بثنائية القانونين، فقد تبنوا فكرة أن القانون الدولي والقانون الوطني هما وحدة واحدة لا تقبل التجزئة ويشكلان نظام قانوني واحد. وتقرر هذه النظرية وحدة القانونين مع وجود فكرة التدرج بينهما، واختلفوا حول القاعدة العامة الأساسية فهل هي موجودة في القانون الوطني أم القانون الدولي، فمنهم من ذهب لفكرة وجودها في القانون الوطني وبالتالي سمو القانون الوطني على القانون الدولي، ومنهم من ذهب لفكرة وجودها في القانون الدولي وبالتالي أخذ في فكرة سمو القانون الدولي على القانون الوطني.

وما يتم استنتاجه من تلك النظرية أن أي تصديق من لدول على المعاهدة والاتفاقية الدولية يجعل الدول المصدقة ملتزمة بتطبيق هذه المعاهدة أو الاتفاقية، على أساس أن الانتساب لهذا النوع من المصادر الدولية، يجعلها راضية بإدراج هذه الأحكام ضمن منظومتها القانونية.

ويسلم أنصار هذا الاتجاه بإمكانية وجود تنازع بين القانونين مع الاختلاف في تقرير رجحان أحدهما على الأخر، وظهر ضمن هذه النظرية رأيان:

أولاً: وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي:

يعتمد أنصار هذا الرأي على فكرة وحدة القانونين واندماجهم مع علو القانون الداخلي على القانون الدولي، ويعتمدون على أن القانون الدولي منبثق من القانون الوطني مع تفضيل القانون الوطني للدولة. فما تتبعه هذه النظرية أن الأساس الملزم للمعاهدات الدولية يكون من النص عليها في دستور الدولة الداخلي والذي يعتبر بمثابة القانون الأسمى داخل الدولة. ويترتب على هذا القول ان القانون الدولي العام سيكون فرع من فروع القانون الوطني والمعاهدات الدولية تكتسب إلزاميتها من الدستور. وما يؤخذ على هذا الرأي أن مصير المعاهدة سيكون نفس مصير الدستور في حالة تعديله أو إلغائه، وهذا يتعارض مع طبيعة المعاهدة الدوية التي يجب أن تكون ثابتة ومستقرة.

ثانياً: وحدة القانونين مع سمو القانون الدولي:

هذا الاتجاه يميل إليه أغلب الفقهاء وأحكام المحاكم الدولية، ويقضي هذا الاتجاه بأن القاعدة الأساسية العامة الموجودة في القانون الدولي العام، لذا فان هذا الاتجاه يقضي بوحدة القانونين مع علو قاعدة القانون الدولي ويعتبر أن القانون الداخلي منبثق من القانون الدولي، والذي يعتبر الأعلى منزلة مع تبعيه القانون الداخلي له. وما يؤخذ على هذا الرأي، حجة أن القول بوحدة القانونين هي غير صحيحة، لأن كلاً من القانونين نشأ نشأة مستقلة عن الأخر فيعتبر القانون الوطني سبق القانون الدولي في الظهور، كما أنهما يختلفان من حيث المصدر وطبيعة التنظيم لكل منهما. وأن قواعد القانون الوطني لا يتم إبطالها تلقائياً وإلغائها أو تعديلها لأنها في المرتبة الأقل، وإنما يتم اتباع إجراءات داخلية مماثلة للإجراءات التي وضعت بها.

المبحث الثاني: موقف القضاء الدولي من العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي:

أكد القضاء الدولي في محافل عديدة على مبدأ سمو القانون الدولي على القانون المحلي، وبالتالي فأن قواعد القانون الدولي سواء كانت اتفاقية مكتوبة كالمعاهدات والاتفاقيات أو عرفية تسمو على سائر قواعد القانون الوطني أيا كانت سواء كانت قواعد دستورية أو تشريعية أو لائحية أو أحكام قضائية. لذا فان المحاكم الدولية استقرت على تغليب قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الداخلي عند التعارض بينهما.

تؤكد العدالة الدولية مسؤولية الدولة عندما تنتهك قواعد القانون الدولي، وتطلب من تشريعاتها المحلية أن تتوافق مع القواعد الدولية التي تلتزم بها، وتؤكد أن القانون الدولي أعلى من القانون المحلي. ويعتبر هذا توجهاً لتأكيد مبدأ وحدة القانون الدولي، وينحرف عن النظرية القائلة بأن القانون المحلي أعلى من القانون الدولي. فهناك مجموعة من الأحكام والآراء التي تخدم فكرة ومفهوم سمو القانون الدولي على القانون الوطني في التعاملات الدولية؛ ومن ضمن هذه الأحكام؛

أولاً: أحكام محاكم التحكيم الدولية فقد حرصت أحكام هذه المحاكم على علو القانون الدولي على القانون المحلي، ومن ضمن أمثلة هذه المحاكم هو حكم محكمة التحكيم في قضية المستثمر الأمريكي (شوفيلت) التي أثارت خلافاً بين دولة غواتيمالا والولايات المتحدة الأمريكية، فقد أبرم المستثمر الأمريكي عقد استثمار مع حكومة دولة غواتيمالا ووافق البرلمان على ذلك، وبعد عدة أعوام أصدرت غواتيمالا قانون داخلي وفي فحواه أن الحكومة لها الحق في وضع اليد على مشروعات المستثمرين، وطالبت الحكومة الأمريكية بالتعويض لصالح مواطنيها، وتم عرض النزاع على محكمة تحكيم دولية والتي قضت بعدم قبول احتجاج غواتيمالا بدستورية القانون المحلي الذي أجاز لها وضع اليد على مشروعات المستثمرين وأكدت سمو القواعد القانونية الدولية على القوانين المحلية، لأن هناك مبدأ ثابت في القانون الدولي هو عدم جواز الاحتجاج بالقوانين المحلية بغرض الإفلات من الالتزامات الدولية وإلحاق الضرر بمواطنين دولة أخرى.

وأيضاً أُثيرت المكسيك وفرنسا مشكلة العلاقة بين الاتفاقية الدولية والأحكام المتعلقة بمنح الجنسية في الدستور المكسيكي في قضية جورج بينسون 1928، فقد صدر حكم التحكيم في صالح الاتفاقية الدولية

المعقودة بين المكسيك وفرنسا بدلاً من قواعد الدستور المكسيكي، حيث إنه من المسلم به أن القانون الدولي يسمو على القانون المحلي فالمحاكم الدولية لا تتقيد بالنصوص الوطنية.

ثانياً: فتاوى محكمة العدل الدولية عملت على سمو القانون الدولي على القانون المحلي؛ فمن ضمن الفتاوى التي تقضي بذلك هو فتوى المحكمة بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة في 2004، والتي أكدت فيها ان تشيد الجدار الذي تقوم به دولة الاحتلال في أراضي الدولة المحتلة هو مخالف للقانون الدولي واشارت في نص ذلك الفتوى لقرار مجلس الأمن رقم 478 لسنة 1980 والذي تضمن أن سن ذلك القانون لأساسي الذي يجعل القدس عاصمة إسرائيل هو يشكل انتهاك واضح للقانون الدولي.

ثالثاً: أحكام محكمة العدل الدولية الدائمة: فقد اتجهت أيضاً محكمة العدل الدولية الدائمة لسمو القانون الدولي على القانون الوطني في القضايا التي كان بها تعارض بين القانون الدولي (المعاهدات الدولية) والقانون الداخلي، ومن أبرز الأحكام التي تدل على ذلك، الحكم الذي صدر في قضية السفينة ويمبيلدون 1923 والذي قضى بأن القانون الدولي يعلو القانون المحلي وبناءً على ذلك فانه يتوجب تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية وتغليبها على القانون الوطني عند التعارض بينهما، حيث إن المحكمة رفضت وجهه النظر المتبنية لفكرة أن إبرام اتفاقية دولية من شأنها أن تجعل الدولة تلتزم بالقيام بعمل ما أو تمنع الدول من القيام بعمل ما، أن هذا يكون تنازل عن سيادة الدولة ولكن من البديهي أن أهلية إبرام اتفاقيات دولية وتحمل الدولة التزامات دولية هي صفة أساسية من صفات سيادة الدولة.

وأيضاً أصدرت محكمة العدل الدولية الدائمة فتوى في قضية تبادل السكان بين تركيا واليونان 1925 تقضي بانه من المبادئ المسلم بها أن الدولة إذا تقيدت بالتزام دولي، فيتوجب عليها أن تدخل على تشريعاتها تعديلات تكفل هذا الالتزام وتوضح كيفية تنفيذه، فمن التزامات الأطراف المتعاقدة جعل تشريعاتها تتوافق مع اتفاقية لوزان لعام 1923.

ونستخلص من ذلك أن المحاكم الدولية رسخت في أحكامها والفتاوى التي تصدرها مبدأ سمو القانون الدولي والذي يتضمن المعاهدات والاتفاقيات الدولية على القانون المحلي حتى وأن كان هناك تعارض واضح بينهما.

المبحث الثالث: موقف الأنظمة القانونية المقارنة والدساتير من العلاقة بين القانون الدولي القانون المحلي:

المطلب الأول: موقف الأنظمة القانونية المقارنة من العلاقة بين القانون الدولي القانون المحلي:

هل الأنظمة القانونية تتبنى القواعد الدولية العرفية أم أنها تتبنى القواعد الدولية الاتفاقية ام أنها تتبنى موقف موحد من هذين النوعين؟ لذا وجب التفرقة بين القواعد الدولية الاتفاقية وقواعد القانون الدولي العرفية؛

الفرع الأول: القواعد الدولية الاتفاقية:

تشمل القواعد الدولية الاتفاقية المعاهدات والاتفاقيات الدولية وتتحدد العلاقة بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني من خلال نصوص الدساتير الوطنية. فالقواعد الاتفاقية الدولية تتصل بصورة أو بأخرى بالسلطة التنفيذية وحدها في الدولة أو بالسلطة التنفيذية والتشريعية معاً كي تتم إجراءات إبرام المعاهدة وادخالها في النظام الداخلي للدولة، وعلى النقيض من العلاقة القائمة بين القواعد الدولية العرفية والقانون الداخلي والتي لا تتضمن أي اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات لطبيعة نشأتها التقليدية واتباع الدولة مسلك معين مع الشعور بإلزاميته.

الفرع الثاني: القواعد القانونية الدولية العرفية:

العرف الدولي هو المصدر الثاني للقانون الدولي بعد المعاهدات الدولية، والعرف الدولي يتكون من عنصرين، أولهما هي الممارسات التي تسير عليها الدول، وثانيهما هو الشعور بإلزامية إتباع تلك الممارسات، وأصبح الآن العرف الدولي يحظى بقبول ن المجتمع الدولي وأصبح بمثابة قاعدة قانونية ملزمة. وهناك بعض الموضوعات التي كانت تنظمها قواعد القانون الدولي العرفي من قل، والآن تم تقنينها عن طريق المعاهدات والاتفاقيات كقانون البحار والحصانات، أيضاً اعتبر بعض الشراح أن النص العالمي لحقوق الإنسان هو من قبيل

القانون الدولي العرفي. وتقنين بعض القواعد العرفية في صورة معاهدات أو اتفاقيات لم ينه الدور الأساسي للعرف الدولي كمصدر مستقل من مصادر القاعدة القانونية الدولية.

فطبيعة العلاقة بين القانون الدولي العرفي والقانون الوطني تختلف باختلاف موقف الدول بالنسبة لطبيعة قواعد القانون الدولي ذات الصلة. فقد تعتنق الدولة مذهب وحدة القانونين بالنسبة للمعاهدات الدولية وقد تعتنق مذهب ثنائية القانونين بالنسبة للعرف الدولي في آن واحد وخير مثال على ذلك دستور ألمانيا والنمسا وإيطاليا الذي يجعل القانون الدولي العرفي أسمى من التشريعات الداخلية على عكس المعاهدات الدولية التي يعتبرها متساوية القيمة مع التشريعات الداخلية، وعلى النقيض تماماً بالنسبة للدستور الهولندي 1983 الذي يجعل المعاهدات الدولية في مكانة أعلى من الدستور حيث ينص بشكل صريح على أنه اذا كان هناك نص من القانون الداخلي يتعارض مع القانون الدولي يعتبر ملغي على عكس أنه لا يعترف بقيمة القانون الدولي العرفي أصلاً، ومما سبق نستنتج أن الدساتير الوطنية عليها أن تحدد مكانة المعاهدات الدولية بالنسبة لقانونها المحلي.

المطلب الثاني: موقف الدساتير من العلاقة بين القانون الدولي القانون المحلي:

بعض الدساتير تنص على أنه لا أثر للمعاهدة الدولية الا بعد أن تصبح قانون داخلي، والبعض الأخر يأخذ بمفهوم وحدة القانونين والذي بمقتضاه أن الاتفاقية أو المعاهدة الدولية يمتد أثرها دون حاجة لتحويلها لقانون داخلي ولكن انقسمت الدساتير التي أخذت بهذا النهج إلى قسم يعلي شأن القانون الدولي على حساب القانون الوطني، وقسم الأخر يأخذ نهج أن يكون القانون المحلي له أعلى مكانه من القانون الدولي، وقسم أخر يناصر نهج أن القانون الدولي في مرتبة متساوية مع القانون المحلي، والقسم الأخير يجعل المعاهدة الدولية أدنى من الدستور وأعلى من القوانين المحلية.

فالقسم الأول الذي يتبنى فكرة أن القانون الدولي أعلى مكانة من الدستور الوطني والقانون الوطني؛ فالدستور الهولندي عام 1963هو خير مثال للدساتير التي تتبنى هذا النهج، فانه يجعل القانون الدولي في

مرتبة أعلى منه فيمكن للمعاهدة الدولية التي تصدق عليها هولندا أن تكون مخالفة للتشريعات الداخلية ولكن ذلك يكون في سياق ضروريات الحياة الدولية.

أما القسم الثاني والذي يتبنى فكرة أن القانون المحلي له أعلى مكانه من القانون الدولي، ففي الدستور الألماني – على سبيل المثال- أنه يتضمن أن التشريعات الوطنية أعلى مكانه من القواعد القانونية العرفية.

بينما القسم الثالث والذي يناصر فكرة أن القانون الدولي متساو مع القانون الوطني فيكون مثاله الدستور المصري، حيث إنه أعطى للمعاهدة الدولية المصدق عليها والمنشورة في الجريدة الرسمية قوة القانون أي أنها في نفس ذات مرتبة القانون وهذا منذ دستور 1956 حتى الدستور الحالي 2014، ولكن هناك عدة شروط كي تكون المعاهدة الدولية قانون يعتد به، فيجب أولاً أن تبرم المعاهدة بواسطة رئيس الجمهورية وفقاً للدستور، ويوافق عليها مجلس النواب، ويصدق عليها رئيس الجمهورية بعد الموافقة، وأخيراً أن تنشر في الجريدة الرسمية وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون، وبعد ذلك تكون المعاهدة الدولية في نفس مرتبة القانون بمعنى أن لا يعلو القانون فوق المعاهدة ولا تعلو المعاهدة فوق القانون ولكن اذا حدث تعارض بين المعاهدة الدولية بعد أن استوفت جميع الإجراءات المطلوبة كي تكون قانوناً وبين واي قانون لاحق لها، فالأولوية تكون لتطبيق القانون دون المعاهدة.

أما القسم الأخير والذي يجعل القانون الدولي في مرتبة متوسطة بين الدستور والقانون الوطني، وهذا من شأنه أن يجعل الاتفاقيات الدولية تحظى بشأن أعلى من التشريعات الداخلي ولمنها تكون في مرتبة أدنى من الدستور. ومن أمثلة الدساتير التي أخذت بهذا النهج هو دستور فرنسا عام 1958، ودستور الجزائر عام 1996، ودستور تونس لعام 1989 وجميعهم جاء في نصوصهم أن المعاهدات الدولية التي تم التصديق عليها ونشرت بالإجراءات المتبعة وفقاً للدستور فهي أعلى من التشريعات الداخلية وأقل من الدستور.

خاتمة:

عرض هذا البحث الخطوط العريضة للعلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني، وتكمن أهمية هذا البحث في انه موضوع يمس سيادة الدولة وفي نفس الوقت يمس التزامات الدولة مع الدول الأخرى. فقد

استخدم للباحث المنهج الوصفي التحليلي، وأوضح انقسامات الفقه فيما يتعلق بطبيعة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني إلى مذهبين الأول منهما هو مذهب الوحدة، والثاني هو مذهب الثنائية. أما ما توصلنه إليه بشأن القضاء الدولي أنه استقر على مبدأ سمو القاعدة القانونية الدولية على القاعدة القانونية المحلية، وأغلب دساتير الدول تأخذ بوحدة القانونين مع سمو القاعدة القانونية الدولية وسموها على القانون المحلي ولذلك لضرورة الالتزام باحترام قواعد القانون الدولي المتفق عليها والقواعد العرفية منه.

وتشترك معظم الأنظمة القانونية في الدول المختلفة في انها تُعلي من شأن قواعد القانون الدولي الذي يتمثل في الاتفاقيات الدولية والمعاهدات الدولية - عندما يتم التصديق عليها من قبل السلطة المختصة في الدولة والموافقة عليها ونشرها وفقاً للإجراءات التي يتبعها دستور كل دولة - على التشريعات الداخلية.

المصادر والمراجع:

1- **الكتب:**

- جبار، رياض عبد المحسن، محاضرات في القانون الدولي العام، بحث منشور على موقع الجامعة الإسلامية،

  النجف، العراق.

- مكاي، ليان (2015)، نحو ثقافة سيادة القانون، معهد الولايات المتحدة للسلام، واشنطن، الولايات المتحدة، الطبعة الأولى.
- العنزي، نايف راشد هزاع (2016)، العلاقة بين المعاهدة الدولية والتشريعات الوطنية، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 3، 2016.
- البطمة، ريم، المعاهدات الدولية والقانون الوطني، بحث منشور صادر عن المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء.

- شطناوي، فيصل عقلة (2015) الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 42، العدد الأول.
- الشكري، علي يوسف (2008) الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة في الدساتير العربية، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد الأول، العدد السابع.
- أبو غزالة، محمد ناصر (1996)، التنازع بين المعاهدة الثنائية والقانون في المجال الداخلي في ضوء أحكام القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر.
- شرون، حسينة، موقف القضاء الدولي من التعارض بين الاتفاقيات والقانون الداخلي، بحث منشور في مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
- أبو الخير، أحمد عطية (2003)، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر.

2- القوانين:

- أحكام محكمة العدل الدولية.
- أحكام محكمة التحكيم الدولية.
- أحكام محكمة العدل لدولية الدائمة.
- الدستور المصري 2014.
- الدستور الفرنسي 1958.
- الدستور الجزائري 1996.
- الدستور الهولندي 1983.

عُقوبة المُرتد عن الإسلام مُراجَعَةٌ في الخِلافِ الفِقهي القَديمِ والمُعاصِر

Punishment for Apostate from Islam

A review of the Ancient and Contemporary Jurisprudential Dispute

د. لؤي عزمي الغزاوي-الأستاذ المساعد في كلية الشريعة/ جامعة الخليل

Dr. Loai Azmi Ghazawi- Assistant Professor, Hebron University/ Palestine

ملخص

يتناول هذا البحث موضوع "عقوبة المرتد عن الإسلام، مراجعة في الخلاف القديم والمعاصر". وقد انقسم البحث إلى مبحثين اثنين وخاتمة، أما المبحث الأول فقد تناول تعريف الردة، والفرق بينها وبين الحرية، والأمور التي يحصل بها الرجوع عن الإسلام وشروط المرتد، ومن ثم مناقشة الإجماع في مسألة قتل المرتد. أما المبحث الثاني فقد سلط الضوء على عقوبة المرتد البدنية، فناقش الرأي الأول الذي يرى أن عُقوبة الردَّة حدية، فطرح الأدلة وناقشها مناقشة علمية بعيدة عن التعصب، ثم تناول البحث الرأي الذي يرى أن عقوبة المرتد تعزيرا وليست حداً، وسرد الأدلة التي استدلوا بها وناقشها. وانتهى هذا المبحث بمناقشة آراء القائلين بأنه لا عقوبة للردة لأن عقوبة الردة تتناقض مع حرية العقيدة فبين مدى موافقة هذه الآراء للنصوص الشرعية الآمرة بقتل المرتد. وخلص البحث إلى أن المُشككين في حَد الردّة ما قالوا ذلك إلا محاولة للتخفيف من حِدة هجمة الغرب على المسلمين، كما توصل البحث إلى أن لفظ "التارك لدينه" لفظ عام في كل مرتد وبأي ردة كانت ولا يشترط أن يُصاحب ردته حرباً للإسلام والمسلمين، لأن مجرد ردته عن الإسلام تعتبر خيانة عظمى، وبناءً على ذلك فإن المرتد يُقتل ولو لم يظهر حرباً.

Abstract

This research deals with the topic of "Punishment for apostate from Islam, a review of the ancient and contemporary dispute". The research was divided into two sections and a conclusion. As for the first topic, it dealt with the definition of apostasy, the difference between it and freedom, the matters by which a reversion from Islam occurs and the conditions of the apostate, and then discussing the consensus on the issue of killing the apostate. As for the second section, it sheds light on the punishment of the apostate. It discussed the first opinion, which believes that the punishment for apostasy is textual (hudud). It presents the evidence and discusses it in a scientific discussion that is far from fanaticism. This topic ended with a discussion of the opinions of those who say that there is

no punishment for apostasy because the punishment for apostasy contradicts the freedom of belief, so it shows the extent to which these opinions agree with the legal texts ordering the killing of the apostate. The research concluded that the opinion that limit of apostasy only said that as an attempt to mitigate the intensity of the West's attack on Muslims, and the research also concluded that the term "abandoning his religion" is a general term for every apostate and with any apostasy, and it is not required that his apostasy be accompanied by a war against Islam and Muslims, because merely His apostasy from Islam is considered high treason, and accordingly the apostate is to be killed even if he does not appear to be fighting.

مقدمة:

إن الله تعالى أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليدل الناس على الإسلام الذي هو أكمل الشرائع[1]، وأمره أن يدعو الناس ويرشدهم حتى يدخلوا في الإسلام ويلتزموا طاعة الله ورسوله، لكنه صلى الله عليه وسلم لم يُؤمر أن ينقب عن قلوب الناس ولا أن يشق عن بطونهم، ولهذا قبل إسلام الأعراب، ونفى عنهم أن يكونوا مؤمنين، وقبل إسلام المنافقين ظاهرًا، وأخبر أنّه لا ينفعهم يوم القيامة شيئًا، وأنّهم في الدرك الأسفل من النار. فأحكام الله تعالى جارية على ما يظهر للعباد ما لم يقم دليل على أن ما أظهروه خلاف ما أبطنوه[2]. فانقسم الناس تُجاه دعوته إلى المؤمنين الصادقين، والكفار الظاهرين، والمنافقين المستترين، فعامل كلاً بما أظهر، ثم إن أهل الإيمان انقسموا بحسب تفاوتهم في الإيمان إلى درجات كما قال تعالى: "ثم أورثنا الكتاب الذين اصطفينا من عبادنا فمنهم ظالم لنفسه ومنهم مقتصد ومنهم سابق بالخيرات بإذن الله ذلك هو الفضل الكبير".[3]

هذا بحث في مسألة عقوبة المرتد عن الإسلام على ضَوء السياسة الشرعية، أهدف من ورائه اقتفاء رؤية الإسلام في حدّ المرتد تحديدا، منطلقا من فهم نصوص الإسلام ورؤيته المتجددة المتجذرة والتي تطلّ في كل حين عبر النصوص شاهرةً نفسها. ولن يدخل هذا البحث في تفصيلات الرّدّة، ومن تصحّ ردّته ومن لا تصحّ، واختلافات العلماء في الاستتابة وجوبا واستحبابا، وكم تكون؟ ذلك أن بحثي يركز على جزئية واحدة وهي المرتدّ من حيث قتله أم الإبقاء عليه على ضَوْء السياسة الشرعية

لا يشك الباحث بُرهة أن البحث في مسألة الردَّة هو خَطب جَلل، حتى أن البعض يرى في مجرد إثارة "حُكم الردَّة" تآمر على الدين وأهله، لأن المسألة لا تحمل في طيّها أية شبهة، أما البعض الآخر فكان وما زال يرى في

[1] لا يعني بطلان ما سوى الإسلام من الديانات أنها بالضرورة لا تشتمل في تعاليمها وتشريعاتها على شيء من الخير الذي تستحسنه العقول وترتاح إليه النفوس، كالأمر بالرأفة والرحمة والإحسان ونحو ذلك من وجوه الخير، وإنما المقصود أن الأصول التي بنيت عليها هذه الديانات عقائدها وتشريعاتها هي على خلاف ما يرضاه الله تعالى مما أنزله على أنبيائه ورسله؛ لاشتمالها على الكذب الصريح على الله تعالى وعلى أنبيائه في معرفة صفاته وطريقة عبادته.

[2] إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، 126/2.

[3] سورة فاطر، آية 32.

حُكم الردَّة إشكالاً حقيقياً وتربة خصبة تستأهل من الفقهاء المعاصرين التبصر والتأمل للوصول إلى الحق في هذه المسألة الشائكة. يقول الدكتور أحمد الريسوني معلقاً على الحديث في هذه المسألة: "والحقيقة أن قضية الردَّة وعُقوبة المُرتد، هي من المعضلات في الفقه الإسلامي، وإذا كان الفقه القديم قد حل هذه المعضلة بطريقته، وفي سياقه التاريخي وملابساته السياسية، فإن الفقه الحديث مدعو لمزيد من النظر والمراجعة والاجتهاد لهذه القضية، وهو ما قد بدأ يحصل، لكن على تخوف وتهيب، نظرا لوجود إجماع أو ما يشبه الإجماع على قتل المُرتد، عند الفقهاء المتقدمين".[1]

لأجل ذلك ارتأى الباحث أن يخوض غمار هذه المسألة الشائكة، داعياً الله جل وعلى أن يُجري على لسانه الحق، وأن يكون هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، فإن أصاب فبفضل من الله تعالى، وإن أخطأ فمن نفسه ومن الشيطان والله من وراء القصد.

الدراسات السابقة:

- كثيرةٌ هي المراجع الفقهية التي تحدثت في حُكم الردَّة والمُرتدين، فهي مسألة فقهية شائعة متناثرة في بطون أمهات الكتب الفقهية القديمة، أما من المُحْدثين، فقلة هم الذين أثاروا هذا الموضوع، ومن هؤلاء الدكتور طه جابر العلواني في كتابه "لا إكراه في الدين: إشكالية الردَّة والمُرتدين من صدر الإسلام إلى اليوم" الصادر عن مكتبة الشروق الدولية بالقاهرة عام 2003م، تناول فيه صاحبه عُقوبة الردَّة في الدنيا هل هي القتل أم أنه لا عُقوبة لها أصلاً، واستعرض القول بأن عُقوبة الردَّة هي القتل وناقشها وخرج بنتيجة أن لا عُقوبة للردَّة في الدنيا. وقد تناول البحث بالنقاش ما توصل إليه الشيخ العلواني من نتائج بعد بيان مدى صحة الأدلة التي استدل بها وتمت مناقشته ومحاورته بأسلوب علمي بعيد عن كل تعصب مع استحضار أدلة أخرى لم يستدل بها تتعلق بعُقوبة المُرتد.
- كما قدّم الدكتور محمد سليم العوا بحثا بعنوان "عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً" منشور على موقع إسلام أون لاين الإلكتروني، تناول فيه صاحبه هل عقوبة الردة تعزيرية أم هي حد من الحدود، فخرج بنتيجة أنها عقوبة تعزيرية متروكة للإمام. وقد ناقشت ما ذهب إليه من الأدلة التي استدل بها على ما توصل إليه من نتائج وأضفت عليها مباحث أخرى ناقشت فيها أقوال من ذهبوا أنه لا عقوبة للردة بالإضافة إلى بيان وجوه السياسة الشرعية في عقوبة المرتد.
- ومن الذين أدلَوْ بدلوهم بكلام حسَنٍ الدكتور أحمد الريسوني في بحثه "حد الردَّة والإشكال الأصولي" المنشور على موقع إسلام أون لاين، تطرق فيه الباحث إلى مسألة عُقوبة المُرتد، خاصة الأحاديث النبوية التي صرحت بوجوب قتله، وخَلُص الباحث إلى أن الأحاديث جميعا ينبغي أن تُفسر في ضوء الأصل العام الذي أرساه المولى في قوله "لا إكراه في الدين".

[1] حد الردَّة والإشكال الأصولي، أحمد الريسوني، موقع إسلام أون لاين www.islamonline.net تاريخ النشر: 28-2-2002.

- ومن الذين أسهموا في هذا الموضوع الشائك الأستاذ جمال البنا في مقالته "لا عُقوبة للردَّة، وحرية الاعتقاد عماد الإسلام"، منشور على موقع إسلام أون لاين، تناول فيه صاحبه مجموعة من الأدلة تشير على أنه لا عُقوبة للردَّة في الدنيا وأن عُقوبة الردَّة تتناقض مع حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية.
- ومن الذين أدلوْ بدلوهم في هذا المقام الأستاذ محمد عابد الجابري في مقاله "الردة بين الخيانة للأمة والحق في الخطأ" حاول فيه كاتبه تتبع الحُكم الشرعي في قتل المرتد، كما حاول إيجاد المبرر للمرتد في ارتداده عبر ابتداع فكرة "الحق في الخطأ"، فيتحول الكفر -على رأي الكاتب- لمجرد "حق في الخطأ" ويتم مَحو مفردة المنكر إذ أنَّ كل شيء أضحى مباحا.
- وقد سبق هؤلاء جميعاً من أشار إلى هذا الموضوع من أمثال الدكتور عبد الحميد متولي في كتابه "مبادئ نظام الحكم في الإسلام"، والصادق المهدي في كتابه "العقوبات الشرعية"، والكاتب فهمي هويدي في "القرآن والسلطان"، وعبد المتعال الصعيدي في "الحرية الدينية في الإسلام"، ومن قبل هؤلاء جميعهم الشيخ محمد عبده وآخرون. وقد تميزت دراستي عن هذه الأبحاث والمقالات بأنها شاملة لكل الآراء بالدراسة والتمحيص والاستدلال، ولم يكن الهدف الانتصار لرأي دون آخر، بل الهدف جمع كل مما قيل في هذه المسألة ومن ثم دراستها دراسة فقهية على ضوء فقه الواقع والسياسة الشرعية. فقمت بدراسة كل الأدلة والرد عليها بالإضافة إلى كتابة مباحث أخرى لم يتطرقوا إليها بالدارسة.

أهداف البحث:

سعى الباحث من خلال الكتابة في هذا الموضوع إلى تحقيق الأهداف التالية:

- بيان معنى الردَّة وخطورتها وأنها خروج على نظام الأمة.
- خطورة التشكيك في ثوابت الأمة وزعزعة عقيدتها.
- التأكيد على أن الإسلام لا يجبر أحداً على اعتناقه وإظهار معنى "لا إكراه في الدين".[1]
- بيان خطورة طرح هذا الموضوع الحسّاس والشائك بين عوام المسلمين، والتأكيد على أن مجال الحوار والنقاش فيها بين خواص أهل العلم المشهود لهم بالتقوى والصلاح.
- دراسة الإجماع المنعقد على إقامة حد الردَّة دراسة علمية وموضوعية.
- مناقشة الآراء المطروحة في عقوبة الردة دراسة موضوعية دون تحيز، وترجيح ما رجحه الدليل.
- دراسة الآيات والأحاديث التي تناولت مسألة الردَّة ثم إثبات نفي التعارض بينها وبين قوله تعالى "لا إكراه في الدين".

حدود الدراسة:

تركز دراستي هذه على عُقوبة المُرتد الدنيوية هل هي الحد أم التعزير أم لا هذه ولا تلك، ولن يتناول البحث ما يعتري المُرتد من أحكام في الفقه الإسلامي، كما لا يتناول البحث عُقوبة المُرتد الأخروية.

[1] سورة البقرة، آية 256.

طريقة البحث:

لقد سلَكْت في هذا البحث المنهج الوصفي، مستفيداً من المنهجين الاستقرائي والاستنباطي.

موضوعات البحث:

انقسم البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة،

المبحث الأول: تعريف الردَّة وتبشيع الشرع الحنيف لها والفرق بينها وبين الحرية، وانقسم إلى ستة مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف الردَّة لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: المُرتد مُنقلب على الأمة

المطلب الثالث: بين الردَّة والحرية

المطلب الرابع: الأمور التي يحصل بها الرجوع عن الإسلام

المطلب الخامس: شروط الردة

المطلب السادس: هل في قتل المرتدّ إجماع؟

المبحث الثاني: عُقوبة المرتد عن الإسلام في الإسلامي، وانقسم إلى ستة مطالب:

المطلب الأول: القائلون بأن عُقوبة الردَّة هي الحد

المطلب الثاني: أدلة القائلين بأن عقوبة الردة حدية

المطلب الثالث: القائلون بأن عُقوبة الردَّة هي التعزير

المطلب الرابع: أدلة القائلين بأن عقوبة الردة تعزيرية

المطلب الخامس: القائلون بأنه لا توجد عُقوبة دنيوية للمرتد لا حداً ولا تعزيراً

المطلب السادس: أدلة هذا الفريق

وأما الخاتمة فشملت على أهم النتائج والتوصيات

المبحث الأول: تعريف الردَّة وتبشيع الشرع الحنيف لها والفرق بينها وبين الحرية

المطلب الأول: تعريف الردَّة لغة واصطلاحاً:

الفرع الأولً: تعريف الردَّة لغةً:

الردَّة في اللغة: الرجوع عن الشيء والتحول عنه، سواء تحوّل عنه إلى ما كان عليه قَبْل، أو لأمرٍ جديد، فيقال: ارتدّ عنه ارتدادًا، أي تحوّل، ويقال ارتد فلانٌ عن دينه إذا كفر بعد إسلامه.[1]

والردّ: صرف الشيء بذاته أو بحالة من أحواله، يُقال: رددته فارتد، قال الله تعالى "وَلَا يُرَدُّ بَأْسُهُ عَنِ الْقَوْمِ الْمُجْرِمِينَ"[2]، فمن الردّ بالذات، قوله تعالى "فَرَدَدْنَاهُ إِلَى أُمِّهِ"[3]، ومن الردّ إلى حالة كان عليها، قوله تعالى "يَرُدُّوكُمْ عَلَى أَعْقَابِكُمْ"[4]، والردَّة عن الإسلام، أي الرجوع عنه إلى غيره، ويُقال: ارتد فلان عن دينه إذاً كفر بعد إسلامه.[5]

الفرع الثاني: تعريف الردَّة اصطلاحاً:

الردَّة اصطلاحاً عند الحنفية: "الرجوع عن الإيمان"[6]، وعند المالكية "كفرُ المسلم بصريحٍ أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمّنه"[7]، وعند الشافعية الردَّة "قطع الإسلام بِنِيّة أو قولِ كفرٍ أو فعلٍ، سواء قاله استهزاءً أو عنادا أو اعتقادا"[8]، أما الحنابلة فقد عرفوا المُرتد بقولهم "المُرتد هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر."[9]

هذا، فقد نبَّه الفقهاء إلى عظيم خطر الحُكم بالتكفير أو الردَّة، لأنه من أعظم الذنوب، وعقوبته الدنيوية من أعظم العقوبات، وفي الآخرة هي أعظمها، وفيه حكمٌ على غيب في قلب الإنسان، نقل ابن عابدين عن

---

[1] معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، 386/2، لسان العرب، ابن منظور، 172/3، القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، 360.

[2] سورة الأنعام، آية 147.

[3] سورة القصص، آية 13.

[4] سورة آل عمران، آية 149.

[5] الروض المربع مع الحاشية 399/7.

[6] بدائع الصنائع، الكاساني، 526/9.

[7] مختصر العلامة خليل المالكي، 238.

[8] مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، 427/5.

[9] المغني، ابن قدامة المقدسي، 86/12.

الخلاصة في فقه الحنفية أنه "إذا كان في المسألة وجوهٌ توجب التكفير، ووجه واحدٌ يمنعه، فعلى المفتي أن يميل إلى الوجه الذي يمنع التكفير، تحسينا للظنّ بالمسلم".[1]

ومفهوم الرجوع الوارد في بعض التعريفات المذكورة يقضي بأن ثمة شيئا كان الإنسان فيه ففارقه ثم رجع إليه، فهل هذا هو المقصود من الرّدّة، أي هل المقصود من الرّدّة أن المرتدّ كان كافرا ثم أسلم ثم رجع إلى الكفر؟

أحسب أن الجواب عن هذا السؤال يستحق البحث، لكن ها هنا أقول: إنه فيما يبدو لي عائد إلى أن من جاء إليهم الرسول ρ كانوا كفارا، فأسلم من أسلم منهم، فلما كفر بعض من أسلموا، كانوا في حقيقتهم راجعين إلى دين كانوا عليه قبل إسلامهم، ذلك أن مصطلح الرّدة تعبير عن مفهوم قرآني في الأساس، فالقرآن هو الذي استعملها في آيات عديدة، وكان حديثه فيها يدور حول أناس كانوا في الأصل كافرين، ثم أسلموا، ثم رجعوا إلى الكفر، فالشريحة التي كانت قد ارتدّت، كانت قبل إسلامها كافرة، ثم بعد إسلامها رجعت إلى ما كانت عليه، ثم انسحب هذا اللقب على كل من كفر بعد أن كان مسلما، وإن لم يكن قد سبق إسلامَه كفرٌ، وذلك من باب تغليب أصل التسمية القرآنية، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: المُرتد مُنقلب على الأمة:

وصف الأستاذ محمد أحمد باشميل المُرتد –حتى وإن كان منفرداً- بأنه مُنقلب على الأمة ونظامها العام،[2] وقد أدرك المسلون الأوائل خطورة الردَّة وظهر ذلك جليا في فهمهم، خاصة إذا رافقها خروج مسلّح ضد الأمة، وهذا الذي ظهر في حرب أبي بكر τ للمرتدّين.[3] فالمُرتد حقيقة مُعلن للحرب على الله تعالى وعلى الأمة المسلمة، يقول تعالى "ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردّوكم عن دينكم إن استطاعوا ومن يرتدد منكم عن دينه فيَمُتْ وهو كافر، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون"[4]، وقد جعل تعالى جزاء من يكفر بعد إسلامه الطردَ من رحمته سبحانه، وهو مفهوم اللعنة المذكور في قوله تعالى "كيف يهدي الله قوما كفروا بعد إيمانهم وشهدوا أن الرسول حقٌّ وجاءهم البينات، والله لا يهدي القوم الظالمين، أولئك جزاؤهم أن عليهم لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، خالدين فيها لا يُخفّف عنهم العذاب ولا هم يُنظرون"[5]. فالردَّة سبب

[1] حاشية ابن عابدين، 225/4.

[2] حروب الردَّة، محمد أحمد باشميل، 6|13.

[3] المصدر السابق، ص 18، 20، 25.

[4] سورة البقرة، آية 217.

[5] سورة آل عمران، آية 86-88.

إحباط العمل، والخلود في العذاب الأليم؛ والشرع بنصوصه ومسالك تطبيقه، قد حذّر أشدّ التحذير من الردَّة، والعلماء فيما بعدُ طغى على كلامهم التحذير والتخويف منها، وتبشيع أمرها، وهي أفحش الكفر وأغلظُه حكما[1]، وانطلاقا من هذه البشاعة نقلت المذاهب الأربعة وجوب قتل المُرتد[2]، بل نقل جماعة من العلماء الإجماع على ذلك[3]، وهذا دالٌّ على خطورة أمرها شرعاً[4]. يقول شوقي أبو خليل "إن المُرتد متمرد على الدولة الإسلامية، والضرر الذي ينتج منه يعود على الجماعة التي يستمتع المُرتد بمزايا وجوده بين ظهرانيها، ومنه فخطر الارتداد في هذا المجتمع كخطر الخمر والزنا فيه العدوى التي لو كانت غير عقاب لانتشرت".[5]

المطلب الثالث: بين الردَّة والحرّية:

في هذا المقام الخَطير يجب التفريق بين الردَّة والحرّية، تلك الكلمة التي لطالما تَغنى بها منظروا القرن العشرين وما بعده، وهذا الذي حدا بالكاتب الإسلامي محمد سليم الغزوي أن يتساءل: هل حريّة الاعتقاد التي كفلها الإسلام، والمعطاة في الابتداء لغير المسلم، تبقى له بعد دخوله، فلا يؤاخذ بارتداده عن الإسلام، كما لم يؤاخذ بعدم إيمانه قبل دخوله فيه[6]. الحق أقول: لقد تأثر بعض الكتاب بالفكر الغربي مما حدا بالبعض منهم إلى التهوين من الردَّة، حتى اعتبروها عملاً عادياً يُقرّ الإنسان عليه، من هؤلاء الشيخ عبد المتعال الصعيدي الذي اعتبر الحرية الدينية حق عامٌّ لكل شخص في الإسلام، فلكل شخص في دولته من مسلم وغيره أن يعتمد ما يشاء، وأن يتنقل من دينه إلى دين آخر في كل وقت وفي كل مكان، ولا فرق في هذا بين دين ودين، ويجب أن يدخل في هذا الحُكمِ دينُ الإسلام نفسه، حتى لا يؤخذ عليه أنه يستعمل سلطاته ويميز في هذا نفسه على غيره.[7]

---

[1] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، 427/5.

[2] يُنظر: المبسوط، للسرخسي، 98/10، وشرح أحمد الدردير على متن خليل، مع حاشية الدسوقي عليه، 304/4، والمنهاج، للنووي، مع شرحه مغني المحتاج، الشربيني، 436/5، المغني، ابن قدامة، 86/12.

[3] المغني، ابن قدامة، 86/12.

[4] نقل العلماء وقوع الردَّة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم: منها قصّة عبيد الله بن جحش، فإنّه كان قد أسلم وهاجر مع زوجته أم حبيبة بنت أبي سفيان إلى الحبشة فرارًا بدينه، قالت أم الحبيبة: رأيت في النوم عبيد الله زوجي بأسوأ صورةٍ وأشوهها، ففزعت وقلت: تغيّرت والله حالُهُ! فإذا هو يقول حيث أصبح: إنّي نظرت في الدين، فلم أر دينًا خيرًا من النصرانية، وكُنت قد دنت بها، ثم دخلت في دين محمد، وقد رجعتُ، فأخبرتُهُ بالرؤيا، فلم يحفِل بها، وأكبَّ على الخمر.. حتى مات. سير أعلام النبلاء 221/2، طبقات ابن سعد 97/8. ومنها ما حصل في غزوة تبوك: قال رجل في غزوة تبوك: ما أرى قراءنا هؤلاء إلا أرغبنا بطونًا، وأكذبنا ألسنةً وأجبننا عند اللقاء، فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء إلى رسول الله وقد ارتحل وركب ناقته فقال: يا رسول الله إنما كنا نخوض ونلعب. فقال "أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزؤن لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم"، تفسير ابن كثير 227/7. السيرة لابن هشام 542/2، تفسير الطبري 333/14.

[5] الإسلام في قفص الاتهام، شوقي أبو خليل، دار الفكر، دمشق، 1992، 156.

[6] الحريات العامة في الإسلام، محمد سليم غزوي، 95.

[7] حرية الفكر في الإسلام، عبد المتعال الصعيدي، نقلا عن الحريات العامة في الإسلام، محمد سليم محمد غزوي، 96.

وأجيب على ذلك بأن الإسلام لا يَأخذ مفاهيمه وقيمه من تجارب البشر، أخطأت أم أصابت بل مرجعُه نصوصُه، والاجتهاداتُ الصحيحة فيها، وهو يرى أن الردَّة لا تخلو من خلل فكري شنيع عشّش في رؤوس البعض، يُخشى إن تُرك وشأنَه أن يفسد عقولا أخرى؛ أو هي مؤامرة خبيثة بعيدة عن دعوى الحرية، وهي تُريد اتخاذها سلَّما تصل عبره إلى زلزلة كيان الإسلام ذاته؛ والإسلام في كِلا الحالين لا يقف مكتوف الأيدي، بل يواجه كل حالة بما يكافئها غير هيّاب من قِيَمٍ نبتت في أهواء البشر؛ فليس ثَمة شيء اسمُه عدمُ المؤاخذة، فالشّرع مهما تسامح في حرية الإنسان، فله مفهومه الخاصّ بها، وهو يقسم السلطة التي تواجه حريّة الإنسان بشكل من الأشكال إلى قسمين: سلطة الأمة، ممثّلة بأولياء أمرها؛ وسلطة الجَبّار سبحانه متمثّلة بمعاقبة المُرتد والكافر في الآخرة بالعذاب المستديم؛ إنه لا يمكن التعامل مع الردَّة بمنطق ذلك التسامح المُدّعى عند الغرب، والقاضي بترك الإنسان وما يدين مطلقا، دونما تدخّل في شأنه، انطلاقا من صنم الحرّيّات الذي بنَوْه وكبّروه وعظّموه، ثم عكفوا عليه وعبدوه.

المطلب الرابع: الأمور التي يحصل بها الرجوع عن الإسلام:

يحصل الرجوع عن الإسلام بأحد أمور ثلاثة:

أولاً: اعتقاد مناف للإسلام كالاعتقاد بقِدم العالم، أو حدوث الصانع وهو الله تعالى أو إنكار الذات الإلهية أو الشك في الله أو رسالة رسوله –صلى الله عليه وسلم- أو في شيء من القرآن أو في اليوم الآخر أو في وجود الجنة أو النار أو في حصول الثواب للمطيع والعقاب للعاصي أو فيما هو مجمع عليه مما هو معلوم من الدين بالضرورة أو اعتقاد صفة من صفاته تعالى أو تحليل ما هو حرام[1]، فإذا صاحب هذا الاعتقاد قول أو فعل يعد صاحبه مرتداً، وإلا فلا يحكم بالردَّة قضاء، وبالتالي فلا عقاب على مجرد النوايا، لأنها حبيسة الصدور، ولا تعلم إلا بما يدل عليها من قول أو عمل.[2]

ثانياً: فعلٌ مناف للإسلام كالسجود لغير الله تعالى كصنم أو شمس أو قمر أو إنسان، أو كإلقاء المصحف وكتب الحديث في القاذورات أو وطأها استهزاءً بها أو استخفافاً بما جاء فيها أو عناداً أو إتيان المحرمات مع استحلال إتيانها كأن يزني الزاني وهو معتقداً أن الزنا غير محرم.[3]

[1] إعانة الطالبين، البكري الدمياطي، 132/4، التشريع الجنائي في الإسلام، عبد القادر عوده، 629/2.

[2] التشريع الجنائي في الإسلام، عبد القادر عودة، 636/2.

[3] المرجع السابق 626/2، وانظر: إعانة الطلبين، البكري الدمياطي، 132/4.

ثالثاً: قول مناف للإسلام كسب الذات الإلهية أو كقول الرجل كفرت بالله أو برسوله أو كفرت بالقرآن، أو بلفظ يستلزم الكفر استلزاماً بيناً كجحد مشروعية شيء معلوم من الدين بالضرورة كجحد فرضية الصلاة مثلاً، سواء حصل هذه القول استهزاءً أو عناداً أو اعتقاداً[1]. وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته ضابطاً للردَّة فقال "لا يخرج الرَّجل من الإيمان إلا جحود ما أدخله فيه ثم ما تيقن أنه ردَّة يحكم بها، وما يشك أنه ردَّة لا يحكم بها، إذا الإسلام الثابت لا يزول بالشك مع أن الإسلام يعلو".[2] وفي هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- "قد تقرّر من مذهب أهل السنة والجماعة ما دلّ عليه الكتاب والسنة أنهم لا يكفّرون أحداً من أهل القبلة بذنب، ولا يخرجون من الإسلام بعمل، مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر ما لم يتضمن ترك الإيمان، وأما إن تضمن ترك ما أمر الله بالإيمان به، مثل الإيمان بالله وملائكته ورسله والبعث بعد الموت فإنه يكفر به، وكذلك يكفر بعدم اعتقاد وجوب الواجبات الظاهرة المتواترة، وعدم تحريم المحرمات الظاهرة المتواترة".[3]

ولخطورة هذا الأمر وعظم ما يترتب عليه، فإن الذي يملك الفتوى بردَّة مسلمٍ عن دينه وخروجه من رقبة الإسلام هم العلماء الربّانيون الراسخون في العلم، الذين يميزون بين القطعي والظني، وبين ما يقبل التأويل وما لا يقبله، أهل الفهم عن الله ورسوله –صلى الله عليه وسلم–، ولأن يُخطئوا فيحكموا عليه بالإسلام، أهون عند الله تعالى من الحُكم عليه بالكفر إن كان الأمر محتملاً، وهذا كله من باب الاحتياط بل كل الاحتياط عند الحكم بتكفير مسلم ثبت إسلامه بيقين.

المطلب الخامس: شروط الردَّة:

تحدث الفقهاء عن شروطٍ[4] يجب أن تتوفر في المُرتد أهمها:

1- التكليف: ويشمل العقل والبلوغ، فالردَّة لا تصح إلا من عاقل، فأما من لا عقل له، كالمجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء يباح شربه فلا تصح ردته، ولا حكم لكلامه بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن المجنون إذا ارتد في حال جنونه، أنه مسلم على ما كان عليه

[1] التشريع الجنائي في الإسلام، عبد القادر عودة، 636/2، 637.

[2] حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، 224/4.

[3] مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 90/20.

[4] انظر: المغني: 90/12، المجموع شرح المهذب، النووي، 369/20، الموسوعة الفقهية الكويتية،7778/2.

قبل ذلك"[1]. وكذلك لا تقع الردَّة من صغير دون سن البلوغ، ودليل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث؛ عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق".[2]

2- الاختيار: يشترط في المُرتد أن يكون مختاراً غير مُكرهٍ على الردَّة، وإن ثبت الإكراه فلا يكون مرتداً لقوله تعالى "مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"[3]، ولقول الرسول صلى الله علية وسلم "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".[4]

3- القصد: يشترط في المُرتد أن يكون قاصداً الردَّة سواءً بما قاله أو فعلة أو اعتقده، فمن كان جاهلاً لمعنى ما قال أو اعتقد فلا يكفر ولا يحكم بردته، وأيضا من سبق لسانه بكلمة الكفر أو قالها مدهوشاً فإن قامت قرينة على الغلط أو الخطأ فإن القائل معذورٌ غير محاسب.[5]

المطلب السادس: هل في قتل المرتدّ إجماع؟

اشتهر بين كثير من العلماء أن قتل المرتدّ مجمعٌ عليه، وقد نقلتُ دعوى الإجماع عن ابن قدامة رحمه الله تعالى، وصرّح بها غيره أيضا، مما لا داعي للإطالة بذكره، فهل دعوى الإجماع على قتل المرتدّ صحيحة؟

الذي يتّضح لي أنه لا إجماع في المسألة، وأن ثمة خلافا فيها يمنع صحة دعوى الإجماع، فقد ذكر ابن حزم رحمه الله قولا آخر في المسألة، مضمونه: الحكم بسجن المرتدّ أبدا دون قتله، ذكر ذلك في المُحلّى مرّتين، استعرض في الأولى أقوال العلماء في المرتدّ قائلا: "وطائفة قالت: يُستتاب أبدا ولا يُقتل"[6]، وحين استعرض خلاف القائلين باستتابة المرتدّ وكم مرّةً يُستتاب قال رحمه الله تعالى: "ومنهم من قال بالاستتابة أبدا، وإيداع السجن فقط، كما قد صحّ عن عمر مما قد أوردناه قبلُ، ووجوب القتال هو حكمٌ آخر غير وجوب القتل بعد القدرة، فإن قتال من بغى على المسلم، أو منع حقّا قِبَله، وحارب دونه، فرضٌ واجبٌ بلا خلاف، ولا حجة في قتال أبي بكر τ أهل الردّة، لأنه حق بلا شكّ،...، ولا يصحّ أصلا عن أبي بكر أنه ظفر بمرتدّ عن الإسلام غير

[1] المغني، ابن قدامة، 19/ 446.

[2] سنن أبي داود، أبو داود السجستاني، كتاب الحجر، 243/4، وقال الألباني حديث صحيح.

[3] سورة النحل، اية 106.

[4] أخرجه الطبراني في الكبير 7/287، قال الألباني حديث صحيح، انظر: مختصر إرواء الغليل،1 /511، المجموع، النووي، 369/20.

[5] الوجيز في أحكام الحدود والقصاص، ماجد ابو رخية، 172، التشريع الجنائي في الإسلام، عبد القادر عودة، 636/2، 637.

[6] المحلّى، لابن حزمٍ، 189/11.

ممتنع باستتابة فتاب فتركه، أو لم يتُب، فقتله، هذا ما لا يجدونه"[1] ، وقال ابن حزمٍ أيضا: "وأما قول الله تعالى: "لا إكراه في الدين"، فلا حجة لهم فيه، لأنه لم يختلف أحدٌ من الأمة كلها في أن هذه الآية ليست على ظاهرها، لأن الأمة مجمعةٌ على إكراه المرتدّ عن دينه، فمِن قائلٍ: يُكرهُ ولا يُقتَل، ومِن قائل: يُكرَه ويُقتَل[2]"؛ وكذلك ورد ما يدلّ على عدم قتل المرتدّ عن النخعي وسفيان الثوري رحمهما الله تعالى، روى عبد الرزّاق عن الثوري عن عمرو بن قيس عن إبراهيم النخعي أنه قال في المرتدّ: "يستتاب أبدا"، قال سفيان: "هذا الذي نأخذ به.[3]

لقد ظهر أن ثمة رأيا هو بخلاف دعوى الإجماع التي ذكرها كثير من الأئمة ψ، وبالتالي، فالمسألة ليست محلّ إجماعٍ، إذ كيف يكون الإجماع في مسألة مضى فيها كل هذا الذي ذكَرْتُه من خلاف فيها؟

فإذا لم يكن في قتل المرتدّ إجماعٌ، فحينها يخرج الاستناد على الإجماع في المسألة، ويبقى البحث في النصوص الهادية، لاستكشاف المسألة على هداها، وهي القادرة على إنشاء الفكرة في عقل المسلم، وإنشاء الحكم في تفكيره، فكيف يكتشف البحث حكم المسألة؟

المبحث الثاني: عُقوبة المرتد عن الإسلام في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: القائلون بأن عُقوبة الردَّة هي الحد[4]

طبقاً للتوجه السائد عند أغلب الفقهاء والذي يعتمد أساسا على ظواهر النصوص الشرعية، يرى جمهور الفقهاء[5] في الردَّة جريمة عقوبتها القتل حداً[6]، وعند تدقيق النظر في هذا الاتجاه الفقهي، يُلحظ أن بعض

---

[1] المحلّى، لابن حزمٍ، 11/193-194.

[2] المحلّى، لابن حزمٍ، 11/195.

[3] المصنف، لعبد الرزاق بن همام الصنعاني، 10/166، حديث 18697.

[4] الحد: عُقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى، والمراد بالعُقوبة المقدرة: أنها معينة ومحددة لا تقبل الزيادة والنقصان، ومعنى أنها حق لله تعالى: أنها لا تقبل العفو والإسقاط بعد ثبوتها ولا يمكن استبدال عُقوبة أخرى بها، لأنها ثبتت بالأدلة القطعية، فلا يجوز فيها التعدي والإسراف، وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء، انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الكويتية، 4/192.

[5] إن كان المُرتد رجلا قُتل إجماعا على ما نصّ عليه النووي في شرح صحيح مسلم وابن قدامة بقوله "وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المُرتد"؛ وخالف الحنفية في المرأة إذا ارتدّت، وذهب أبو حنيفة رحمه الله، إلى أن المرأة لا تقتل بل تحبس ويضيق عليها حتى تتوب، واستدل على ذلك بالنهي عن قتل النساء وبأن المرأة لا تقتل بالكفر الأصلي، فلا تقتل بالكفر الطارئ، قال المرغيناني الحنفي "وأما المُرتدة فلا تقتل، ولكن تُحبس حتى تسلم"، وهذا الاستدلال غير قوي، انظر: شرح صحيح مسلم، للنووي، 6/454، المغني، ابن قدامة، 12/86، الهداية، المرغيناني، 2/872؛ ويُنظر قول المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة في قتل المُرتدة: الشرح الكبير، ابن عرفة المالكي، مع حاشية الدسوقي عليه، 4/304، مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، 5/436، والمغني، ابن قدامة، 12/88.

[6] من المعاصرين الذين قالوا بقتل المرتد الشيخ الطاهر بن عاشور في كتابه أصول النظام الاجتماعي، والشيخ يوسف القرضاوي في كتابه جريمة الردة وعقوبة المرتد في ضوء القرآن والسنة، والأستاذ عبد القادر عوده في كتابه التشريع الجنائي في الإسلام مقارنا بالقانون الوضعي، وشوقي أبو خليل في كتابه الإسلام في قفص الاتهام

أصحاب هذا الرأي يتبنى اتجاهاً يَفترض فيه مساواة الردَّة بالحرابة[1]، بمعنى أن من أعلن بردته عن الإسلام، ونافح عن أفكاره المناهضة له، وأصرّ على ذلك، فعزْم الحرابة في نفسه واضحٌ إلى درجة القطع واليقين، وهو الكيد لله تعالى ولرسوله وللمسلمين. قال شيخ الإسلام ابن تيميّة ".. ولكونهم أظهروا الكفر والردَّة، لهذا دعاهم إلى التوبة فقال "فإن يك خيرًا لهم وإن يتولوا" عن التوبة "يعذبهم عذابًا أليمًا في الدنيا والآخرة" وهذا لمن أظهر الكفر فيجاهده الرسول بإقامة الحد والعُقوبة[2]. وقال ابن الجوزي رحمه الله "قوله تعالى "إن يتولوا" أي يعرضوا عن الإيمان "يعذبهم الله عذابًا أليمًا في الدنيا" بالقتل وفي الآخرة بالنار".[3]

المطلب الثاني: أدلة القائلين بأن عُقوبة الردَّة حدية:

أولاً: استدل الجمهور بآيات عديدة من القرآن الكريم، كلُّها أشارت إلى أن الرّدّة جريمة بشعة في الشرع، والحرّية المعطاة للإنسان شرعاً، لا تخوّله إذا ارتدّ حقّ ابتسام غيره في وجهه، وحقّ ترحيب غيره بشأنه وإعلاء مقامه. هذه الآيات أشارت على تَوعُد المُرتد بالعذاب الأليم في الدنيا، والخزي والعار والخسران المبين في الآخرة، من هذه الآيات قوله تعالى "مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"[4]، وقوله تعالى "وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ"[5]، وقوله تعالى "إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ"[6]، وقوله تعالى "كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ وَشَهِدُوا أَنَّ الرَّسُولَ حَقٌّ وَجَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ، أُولَئِكَ جَزَاؤُهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ لَعْنَةَ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ خَالِدِينَ فِيهَا لَا يُخَفَّفُ عَنْهُمُ الْعَذَابُ وَلَا هُمْ يُنْظَرُونَ"[7]، واستدلوا أيضا بقوله تعالى "وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ

وغيرهم.

[1] هذا رأي المذهب الحنفي، انظر، الهداية، للمرغيناني، 872/2.

[2] مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 273/7.

[3] زاد المسير ص 596 ؛ ومثله في الكشاف للزمخشري ص 442 ؛ فتح القدير، الشوكاني 545/2.

[4] سورة النحل، آية 106.

[5] سورة البقرة، آية 127.

[6] سورة آل عمران، آية 77.

[7] سورة آل عمران، آية 86-87.

مَصِيرًا"[1]، وقوله تعالى "إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا"[2]، وقوله تعالى "إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا ..."[3]، يقول ابن تيمية معلقاً على الآية الأخيرة "والمحاربة باللسان في باب الدين قد تكون أنكى من المحاربة باليد، وكذلك الإفساد قد يكون باليد وقد يكون باللسان وما يفسده اللسان من الأديان قد يكون أعظم مما تفسده اليد".[4]

وقد ردّ أصحاب الرأي الثاني هذه الآيات بأنها جميعاً تتحدث عن لعنة الله وغضبه، وأن العقاب المذكور هو عقاب أخروي ولم تتحدث الآيات عن عقوبة دنيوية.[5]

كما استدل الجمهور بقوله تعالى "يحلفون بالله ما قالوا، ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم، وهمّوا بما لم ينالوا، وما نقموا إلا أن أغناهم الله ورسوله من فضله، فإن يتوبوا يكُ خيرا لهم، وإن يتولَّوْا يعذّبهم الله عذابا أليما في الدنيا والآخرة، وما لهم في الأرض من وليّ ولا نصير"[6]. الآية نصَّت صراحة على أنهم كفروا بعد إسلامهم، وقد توقف الشيخ العلواني عند هذه الآية تحديداً وركز على التعامل النبوي مع من نزلت بحقّه[7]، ثم انتهى إلى أن النبي –صلى الله عليه وسلم- لم يُنقل عنه أنه قتل منافقاً .[8]

ثانياً: استدل الجمهور بعدد من الأحاديث التي رُويت عن النبي –صلى الله عليه وسلم منها:

---

[1] سورة النساء، آية 115.

[2] سورة النساء، آية 137.

[3] سورة المائدة، آية 33.

[4] الصارم المسلول، ابن تيمية، 321.

[5] تحاشيا للتكرار والإطالة، انظر الرد بالتفصيل ص 16 من هذا البحث.

[6] سورة التوبة، آية 74.

[7] لقد ذكر القرطبي في تفسيره أنها نزلت في أحد المنافقين واسمه الجُلاس بن سويد بن الصامت، وذلك أنه وقع في رسول الله ρ، ونقل القرطبي عن ابن العربي قولا ثانيا هو أنها نزلت في كل المنافقين، والشاهد الأهم في الآية هو التعامل النبوي مع هذه القصة، فرغم أن الجُلاس بن سويد، قال ما قال، ووصفه القرآن بالكفر بعد الإسلام، فإنه لم يُنقل عن الرسول ρ أنه قتله أو قتل منافقا ممن وصفتهم الآية بأنهم كفروا بعد إسلامهم، بل ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يتحدّثُ الناسُ أن محمدا يقتل أصحابَه". رواه الشيخان، انظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 206/8.

[8] انظر هذا الدليل والرد عليه بالتفصيل ص 24 من هذا البحث.

أ- ما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "من بدَّل دينه فاقتلوه" .[1] يدل هذا الحديث صراحة على وجوب قتل المُرتد وهو خطاب عام يشمل الذكر والأنثى، لأن كلمة "من" تفيد العموم.[2] ويرى العوا والريسوني أن هذا الحديث –والذي يعتبر الأهم في باب الردَّة- يَستحق أن يُبحث في سياقه الذي ورد فيه، ليَحسُن استخراج الحُكم منه، هذا ما أشار إليه الريسوني في بحثه "حد الردَّة والإشكال الأصول"، والذي أكّد فيه أن كثيرا من حالات دخول الإسلام والخروج منه في ذلك العهد كان عملا تآمريا يُضمِر صاحبه الغدر، وأن كثيرا من حالات الردَّة كان متعلقا بما يقترن عادة مع الردَّة من جرائم أو التحاق بصفّ العدو، أو نحوها من الأفعال الموجبة للعُقوبة[3]، إذن الردَّة عمل تآمري وحركة انقلابية ضد الأمة والدين؛ وليس فقط تحول من دين إلى آخر .[4]

ب- كما استدلوا بما رواه عبد الله بن مسعود-رضي الله عنه- قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"[5]. وقد علق الإمام النووي على هذا الحديث بأنه عام في كل مرتد عن الإسلام بأي ردَّة كانت فيجب قتله إن لم يرجع إلى الإسلام.[6]

ج- عن ابن عباس –رضي الله عنهما- "أن أعمى كانت له أم ولد كانت تشتم النبي صلى الله عليه وسلم وتقع فيه، فينهاها فلا تنتهي، يزجرها فلا تنزجر، قال: فلما كان ذات ليلة جعَلت تقع في النبي صلى الله عليه وسلم وتشتمه فأخذ المِغول فوضعه في بطنها، واتكأ عليه فقتلها، فوقع بين رجليها طفل، فلطخت ما هنالك بالدم، فلما أصبح ذُكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فجمع الناس فقال: "أنشد الله رجلاً فعل ما فعل لي عليه حق إلا قام، "فقام الأعمى يتخطى الناس وهو يتزلزل حتى قعد بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم فقال:

---

[1] 63 صحيح البخاري، كتاب استتابة المُرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المُرتد والمُرتدة، حديث رقم 6922

[2] 64 انظر سبل السلام ، للصنعاني ، دار ابن حزم ، بيروت-لبنان ،ط1، 1423هـ-2003م، شرح حديث رقم 1127 ، ص 756

[3] حد الردَّة والإشكال الأصولي، أحمد الريسوني، موقع إسلام أون لاين www.islamonline.net. تاريخ النشر: 28-2-2002.

[4] ويؤيّد ذلك السياق –في نظر العوا والريسوني ومن معهم- ما رواه الشيخان عن أبي قِلابة عن أنس بن مالك قال: قدم أناسٌ من عُكْلٍ أو عُرَينة، فاجتوَوْا المدينة، فأمرهم النبي ρ بلقاح، وأن يشربوا من أبوالها وألبانها، فانطلقوا، فلمّا صحّوا، قتلوا راعي النبي ρ واستاقوا النَّعَم، فجاء الخبر في أول النهار، فبعث في آثارهم، فلمّا ارتفع النهار جيء بهم، فأمَر فقطَع أيديَهم وأرجلهم، وسُمِّرَت أعينُهم، وأُلْقُوا في الحَرّة يستسقون فلا يُسقَوْن؛ قال أبو قِلابة: فهؤلاء سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم، وحاربوا الله ورسولَه. إن ردَّة عُكْلٍ أو عُرَينة لم تكن بمجرّدها سبب قتل هؤلاء، بل لقد أمر الرسول ρ بقتلهم لِما ظهر من المحاربة التي مارسوها، كما هو ظاهر في قصّتهم. تحاشيا للتكرار والإطالة، انظر الرد بالتفصيل على هذا لرأي ص 23-24 من هذا البحث.

[5] 67 متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب رقم 6 قوله تعالى "إن النفس بالنفس..." حديث رقم 6878، وانظر صحيح مسلم، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، حديث رقم 1676

[6] 68 انظر شرح صحيح مسلم، للإمام النووي، بيت الأفكار الدولية، شرح حديث رقم 1676 ، ص 1073

يا رسول الله، أنا صاحبها، كانت تشتمك وتقع فيك فأنهاها فلا تنتهي، وأزجرها فلا تنزجر، ولي منها ابنان مثل اللؤلؤتين، وكانت بي رفيقة، فلما كان البارحة جعلت تشتمك وتقع فيك، فأخذت المِغول فوضعته في بطنها، واتكأت عليها حتى قتلتها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "ألا اشهدوا أن دمَها هدر"[1]. الحديث فيه دلالة واضحة على أن سابّ النبي صلى الله عليه وسلم مهدور دمه، فهو في حكم المُرتد ويقتل حدّا.[2]

د- عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن معاذ بن جبل قدم عليه وهو باليمن فإذا رجل عنده موثق قال ما هذا؟ قال كان يهوديا فاسلم ثم تهود، قال اجلس، قال لا أجلس حتى يُقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات فأمر به فقتل.[3]

هـ- عن عكرمة –رضي الله عنه- قال: أُتِي علي رضي الله عنه بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم لنهْي رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا تعذبوا بعذاب الله" ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من بدل دينه فاقتلوه".[4]

ز- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسًا إذ دخل رجلان وافدين من عند مسيلمة فقال لهما رسول الله "أتشهدان أني رسول الله؟ فقالا له: أتشهد أنت مسيلمة رسول الله؟ فقال: آمنت بالله ورسله لو كنت قائلاً وافدًا لقتلتكما[5]. وجاء من حديث نعيم بن مسعود الأشجعي: أما والله لو لا أنّ الرسل لا تُقتل لضربت أعناقكما.[6]

---

[1] انظر شرح صحيح مسلم، للإمام النووي، شرح حديث رقم 1676 ، ص 1073.

[2] سبل السلام شرح بلوغ المرام، للصنعاني ، شرح حديث رقم 1128، ص757.

[3] صحيح البخاري ، كتاب استتابة المُرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المُرتد والمُرتدة، حديث رقم 6923.

[4] صحيح البخاري ، كتاب استتابة المُرتدين والمعاندين وقتالهم ، باب حكم المُرتد والمُرتدة ، حديث رقم 6922. وهناك قول للحنفية خلافاً للجمهور وهو أن المرأة المُرتدة لا تقتل، ولكن تجبر على الإسلام ويكون ذلك بحبسها حتى تعود إلى الإسلام أو تموت، وعندما تحبس تخرج في كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام فإن أسلمت فهو المطلوب والا حبست ثانياً وهكذا يتكرر مثل ذلك على أن تسلم أو تموت، وقيل تضرب أسواطاً في كل مرة تعزيراً على ردتها. وأجاب الحنفية عن أحاديث عموم قتل المُرتد السابقة بأنها محمولة على الذكور دون الإناث. انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني، دار الفكر بيروت –لبنان، ط1 1996م، 200/7.

[5] رواه الدارمي، حديث رقم 2545 وصححه ابن حبان4879.

[6] سنن أبي داود 2762 وصححه الألباني في صحيح الجامع 5328.

ح- الاستدلال بحديث معاذ عندما أرسله النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقال له "أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه فإن عاد وإلا فاضرب عنقه، وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها، فإن عادت وإلا فاضرب عنقها" .[1]

كما استدل الجمهور على رأيهم بالمعقول، من ذلك أن فَتح هذا الباب لبعض ضعاف النفوس يجعل من الدّين ألعوبة بيد هؤلاء، فيدخل فيه اليوم ويخرج منه غداً، وذلك على طريقة اليهود الذين وصفهم رب العزة بقوله "وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ آمِنُوا بِالَّذِي أُنزِلَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَجْهَ النَّهَارِ وَاكْفُرُوا آخِرَهُ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ".[2] يقول الشيخ القرضاوي في ذلك "إن فتح الباب للردَّة يجعل المُرتد داعياً لها وبهذا يكون خطره أكبر بكثير من حرب السلاح، وبدعوته هذه يصبح من الذين يحاربون الله ورسوله- صلى الله عليه وسلم-، فكان من باب السياسة الشرعية منع الردَّة حتى لا تقوى شوكة أعداء الإسلام.[3]

هذه جملة الأدلة التي استدل بها الجمهور على أن المُرتد يقتل حداً، وقد ناقش الفريق الثاني الذي يرى أن الردَّة تعالج في باب التعزير لا الحدود، أن كل هذه الأحاديث التي ذُكرت في قتل المُرتد يجب أن تُفسر بناءً على الأصل العام الذي أورته سورة البقرة "لا إكراه في الدين"[4]، وغيرها من النصوص القرآنية التي تحدّثت عن ردَّة غير مواجهة بالقتل إلا إذا قارنها حربٌ أو قتال أو خروج من قِبَل المُرتد على نظام الأمة[5]. وهو ما يمكن أن يفسّر به سياق جميع الأحاديث التي ذُكرت آنفاً، ويمكن القول أن هذا الذي ارتد عن الإسلام يعيش في سياقٍ حياتي يجعل منه محاربا ومقاتلا لأمة الإسلام، فإن لم يحصل هذا منه، وخرج هو عن سياق تلك الحياة، فلم يحارب الإسلام وأهله، فقوله تعالى "لا إكراه في الدين" لا تسمح بحربه أو قتله. ويعلق الريسوني على ذلك بأن الشرع لا يمكن أن يؤصّل أصلا، ثم يأتي في فرعٍ من فروعه لينقض هذا الأصل الذي أسّسه، والقول بأن القتل يكون للردَّة وحدها ولا شيء معها أو سواها، يتنافى تنافيا واضحا مع آية "لا إكراه في الدين".[6] إن القرآن

[1] فتح الباري، 272/12، ذكر هذه الرواية الحافظ في فتح الباري وحسنها.

[2] سورة آل عمران: 72.

[3] يوسف القرضاوي، خطورة الردَّة، ومواجهة الفتنة، www.al-qaradawi.net تاريخ النشر: 28-2-2002.

[4] سورة البقرة، آية 256.

[5] حد الردَّة والإشكال الأصولي، أحمد الريسوني، www.islamonline.net. عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، العوا، ص7.

[6] حد الردَّة والإشكال الأصولي، أحمد الريسوني، www.islamonline.net. تاريخ النشر: 28-2-2002.

الذي قرّر حرية الاعتقاد، لا يتناقض والسنّة الشريفة التي تفرض قتل المُرتد، ذلك أن قتله لا يكون لمجرّد ردّته إن قُتل، بل يُنظر قبل الحكم عليه فيما أوجد من فتن، وأسّس من بلبلةٍ في مجتمع السلامة الإسلامي.[1]

المطلب الثالث: القائلون بأن عُقوبة الردَّة هي التعزير:[2]

يرى بعض المعاصرين[3] أن عُقوبة الردَّة ليست من الحدود أصلاً، واعتمدوا على تأويل يُدرج المسألة من خلال البحث في باب التعزير أو علم السياسة الشرعية، حيث يتحول قتل المُرتد من واجب شرعي إلى ضرورة سياسية، ومن أبرز الذين قالوا أن عُقوبة الردَّة هي التعزير لا الحد الدكتور محمد سليم العوا، حيث يقول: "إن عُقوبة الردَّة عُقوبة تعزيرية مفوضة إلى السلطة المختصة في الدولة الإسلامية، تقرِرُ بشأنها ما تراه ملائماً من أنواع العقاب ومقاديره، ويجوز أن تكون العُقوبة التي تقررها الدولة للردَّة هي الإعدام".[4]

المطلب الرابع: أدلة القائلين بأن عقوبة الردة تعزيرية:

أولاً: قوله تعالى: "لا إكراهَ في الدين قد تبيّن الرّشدُ من الغَيّ"[5]، وهي آية محكمةٌ غير منسوخة، فلم يأتِ ما ينسخها في نصوص الوحي، قرآنا وسُنّةً، ولم يذكرْها السيوطي ضمن الآيات الإحدى والعشرين التي نقلْتُ عنه إنها منسوخة.[6]؛ هذا، وليس من بين هذه الآيات الكريمة ذِكْرٌ لقوله تعالى: "لا إكراه في الدين"؛ إنه بعد هذا، لا يصحّ النسخ بالدّعوى، بل بالدّليل، ومن قرّر أن آيةً ما منسوخة، فهو مطالب بالدّليل.

وقد ذكر الطبري رحمه الله تعالى اختلاف القول في شأنها عن جماعة من المفسّرين، غير أنه رجّح أخيرا أنها محكمة غير منسوخة، وإن كان جعَلَها مما يخصّ الموقف من أهل الكتاب والمجوس[7]؛ وكذا رجّح الإمام محمد

---

[1] المصدر السابق، تحاشيا للتكرار والإطالة، انظر الرد بالتفصيل على هذا لرأي ص 21 من هذا البحث.

[2] التعزير هو: التأديب على ذنوب لم يشرع فيها حد ولا كفارة، وهو عُقوبة غير مقدرة تختلف باختلاف الجناية وأحوال الناس، فتقدر بقدر الجناية، ومقدار ما ينزجر به الجاني، ومن الناس من ينزجر باليسير، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 193/4.

[3] من أشهر المعاصرين الذين دافعوا عن هذا الرأي الدكتور محمد سليم العوا في بحثه عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً"، www.islamonline.com والدكتور أحمد الريسوني في بحثه حد الردَّة والإشكال الأصولي.

[4] عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، العوا، ص7.

[5] سورة البقرة، آية 256

[6] قال السيوطي: " لا يصحّ دعوى النسخ في غيرها"، الإتقان في علوم القرآن، للسيوطي، (3/66-68)، ومعترك الأقران في إعجاز القرآن، له أيضا، 115/1-118.

[7] جامع البيان عن تأويل آي القرآن، للطبري، 1498/2.

الطاهر بن عاشور كونها محكمة غير منسوخة، بل قلب ابن عاشور الأمر، واعتبر آيتنا هذه هي الناسخة لجملة من الآيات التي هي من قَبيل قوله تعالى: "وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله".[1]

وفي دراسة تعتبر الأدق والأكثر تحقيقا في الناسخ والمنسوخ، تقعيدا وتأصيلا وتفصيلا، اعتبر صاحبها العلاّمة الدكتور مصطفى زيد رحمه الله آية نفي الإكراه محكمة غير منسوخة، قال رحمه الله عن قوله تعالى: "لا إكراه في الدين"، إنه "عامٌّ في نفي الإكراه، فهو خبر لا يقبل النسخ[2]؛ ويؤكّد رحمه الله أن الآية عامّةٌ، وأنها ليست خاصّة بأهل الكتاب، كما قد رأى بعض المفسّرين كالطبري مثلا كما نقلْتُه عنه، يقول مصطفى زيد رحمه الله: "لكننا نقول: إن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وإن لفظ الآية عامّ في نفي جنس الإكراه، والتعليل الذي ذكرْتُه لهذا النفي، أو النهي، عامٌّ أيضا، ونعني به قوله تعالى: "قد تبين الرشد من الغي"؛ وهذه الآية بعد هذا كلّه تقرّر مبدأً لا ينبغي أن يُدَّعى عليه النسخ، إذ هو من المبادئ التي يعتزّ بها الإسلام في تاريخه الطويل، وهو الدين الذي حرّر النفس من ربقة الهوى، وربأ بالعقل عن عبودية التقليد."[3]

والآية تقرّر نفيَ الإكراه في الدين، وهو في معنى النهي، قال الأستاذ الإمام محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله تعالى: "ونفيُ الإكراه خبر في معنى النهي، والمراد: نفيُ أسباب الإكراه في حكم الإسلام، أي لا تُكرهوا أحدا على اتّباع الإسلام قسْرا[4]"؛ أي يكون المعنى: ليس من شأن الدين أن يُكرَه أحدٌ عليه؛ ويتضمن معنى النفي: بيان أن ذات الدين تتنافى مع ذات الإكراه، وهو معنى أبلغ من معنى النهي عن الإكراه، وإن كان المؤدّى واحدا فيما يتعلق بموضوع الرّدّة.

إن هذا الأصل الأصيل الذي تؤكّده هذه الآية –حسب ما يرى الفريق الثاني-، هو ما ينبغي أن نستصحبه في بحث مسألة المرتدّ، وهو يكمن في كون الدين ليس من شأنه أن يدخل نفسا بإكراه، دونما تفريق بين الكافر الأصلي أو المرتدّ، ذلك أنه في الأصل "لا يُتصوّر الإكراه في الدين[5]"، مما يعني أن مكان الإيمان، وهو القلب، غير خاضع لسلطة مُكرِه؛ وإذا كان الشرع يتعامل مع الكافر الأصلي بهذا المنطق، فإن الكافر بالارتداد يقع في

[1] التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، (26/3)؛ ويُنظر لبيان اجتهادات مذاهب العلماء في نسخها أو إحكامها: تفسير القرطبي، 280/3.

[2] النسخ في القرآن الكريم، لمصطفى زيد، 14/2.

[3] النسخ في القرآن الكريم، لمصطفى زيد، 15/2.

[4] التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، 26/3.

[5] روح المعاني، للألوسي، (19/2).

المقام ذاته، يقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: "كُفر الكافر الأصلي وكفر الكافر المرتدّ سواء، مع أننا لا نقتل الكافر الأصلي.[1]

ويُرد على ذلك بالقول ألا يكفي أن تُشرع العُقوبة في سنة النبي –صلى الله عليه وسلم، أضف إلى ذلك أن الآية تتحدث عن ضمان حرية العقيدة لغير المسلمين فقط ولا يدخل فيها من دخل الإسلام ثم ارتد، فقد ورد عن بن عباس –رضي الله عنه- سبب نزول هذه الآية "أن المرأة تكون مقلاتا، فتجعل على نفسها إن عاش لها ولد أن تُهوده، فلما أجليت بنو النضير كان فيهم من أبناء الأنصار، فقالوا لا ندع أبناءنا، فأنزل الله عز وجل "لا إكراه في الدين"[2]، قال أبو داود: المقلات التي لا يعيش لها ولد[3]. ومن القواعد الأصولية المفسِرة لهذه المسألة "أن النص الخاص يُخرِج ما دلّ عليه من النص العام، ويبقى العام دالاً ما عدا ما أخرجه النص الخاص"، وعلى هذا يكون عدم الإكراه في الآية الكريمة مقصوراً على من لم يدخل الإسلام أصلاً، ويخص بالقتل من خرج من الإسلام من المسلمين.

يقول الشيخ يوسف القرضاوي: "إن الإنسان لم يغصبه أحد على الدخول في هذا الدين وبما أنه دخل فيه فهو ملزم بكل ما جاء فيه ومنها عُقوبة الردَّة وربما يقول قائل: دخَلت فيه ثم تبين لي بعض التفاصيل التي لم تعجبني فيما بعد. الرد على ذلك أنك قبل الدخول في الإسلام مخير ونقول "لا إكراه في الدين" هذا يفهم من سبب نزول هذه الآية كما سيأتي, ولكن بما أنك دخلت في الإسلام فقد قبلت بكل أحكامه وقد بلغك عُقوبة ترك هذا الدين".[4]

ثانيا: إن النصوص المتعلقة بالردَّة في آيات القرآن الكريم كقوله تعالى "وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ"[5] ، وكقوله تعالى "إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْراً لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلاً"[6]، وكقوله

---

[1] الحوار سبيل التعايش مع التعدّد والاختلاف، 89، وهو عنوان الندوة التي دعت إليها دار الفكر -بدمشق، بالتعاون مع معرض بيروت الدائم للكتاب، في 1994/5/13م، وكان البوطي مشاركا فيها، وكانت كلمته هذه جوابا عن سؤال حول الرّدّة وهل تدخل في باب حرية الرأي والاختلاف المسموح به؟

[2] سورة البقرة، آية 256.

[3] سنن أبي داوود بحكم الألباني، باب الأسير يكره على الإسلام، حديث رقم 2682 ، صححه الألباني. وانظر: التأويل بين ضوابط الأصوليين وقراءات المعاصرين، إبراهيم بويدان، 293.

[4] يوسف القرضاوي، خطورة الردَّة.. ومواجهة الفتنة، www.islamonline.net، قال ابن جرير الطبري في تفسير قوله تعالى "لا إكراه في الدين" إنما هو لا اكراه في الدين لأحد ممن حل قبول الجزية منه بأدائه الجزية، ورضاه بحكم الإسلام، جامع البيان في تأويل القرآن، تفسير الطبري، ابن جرير الطبري، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م، المكتبة الشاملة الإصدار الثالث، 5/414-415.

[5] سورة البقرة، آية 217.

[6] سورة النساء، آية 137.

تعالى:"لا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ إِنْ نَعْفُ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْكُمْ نُعَذِّبْ طَائِفَةً بِأَنَّهُمْ كَانُوا مُجْرِمِينَ"[1]، وغيرها من آيات القرآن الكريم التي تحدثت عن الردة، لا يوجد فيها عُقوبة دنيوية للمرتد وإنما يوجد فيها تهديد ووعيد متكرر بالعذاب الأخروي.[2]

ويُرد على هؤلاء بأن العُقوبة الدنيوية لا يُشترط أن تذكر في القرآن الكريم، فأين عُقوبة رجم الزاني وعُقوبة شارب الخمر في القرآن الكريم، إنما يكفي أن ترد العُقوبة في سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وقد فرض الله سبحانه وتعالى في كتابه طاعة رسوله والنزول على حكمه، وعُقوبة المُرتد من هذا القبيل في الأحاديث التي سبق ذكرها.

يقول الشيخ القرضاوي رادّاً على ذلك "إن السنة الصحيحة مصدر للأحكام العملية باتفاق جميع المسلمين"، وقد قال الله تعالى: "قُلْ أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ"[3]، وقال أيضًا: "مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللهَ".[4]

ثالثا: ناقش أصحاب هذا الرأي حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي يرويه البخاري ومسلم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والتارك لدينه المفارق للجماعة"، وفي رواية البخاري "والمارق من الدين التارك الجماعة"[5]، حيث يرى جمهور الفقهاء بأن "المارق من الدين المفارق للجماعة" هو المُرتد، وقرروا بناءً على ذلك أن المُرتد يقتل حداً بنص هذا الحديث. أعترض العوا والريسوني على هذا الفهم، وأثبتا أن هذا التفسير ليس محل اتفاق بين الفقهاء، فابن تيمية –رحمه الله- قرر أن المقصود بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المارق من الدين المفارق للجماعة "يحتمل أن يكون المحارب قاطع الطريق لا المُرتد، ويستند ابن تيمية في رأيه هذا إلى أن رواية أخرى للحديث المذكور قد جاءت مُفَسرة على هذا النحو عن عائشة رضي الله عنها، فقد روى أبو داود بسنده عن عائشة-رضي الله عنها- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا في ثلاث: رجلٌ زنى بعد إحصان فإنه يرجم، ورجل خرج محارباً لله ورسوله فإنه يُقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض، أو يَقتل نفساً

---

[1] سورة التوبة، آية 66.

[2] عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، العوا، ص2، حد الردَّة والإشكال الأصولي، أحمد الريسوني.

[3] سورة النور، آية 54.

[4] سورة النساء، آية 80، انظر: خطورة الردة.. ومواجهة الفتنة، د. يوسف القرضاوي.

[5] صحيح البخاري كتاب الجنايات، باب لا يحل دم امرء مسلم، حديث رقم 6878 وصحيح مسلم ، كتاب الجنايات، حديث رقم 1676.

فيُقتل بها"[1]، وأخذاً بهذا الحديث قال ابن تيمية "فهذا المستثنى هو المذكور في قوله: التارك لدينه المفارق للجماعة، ولهذا وصفه بفراق الجماعة، وإنما يكون هذا بالمحاربة".[2]

فإذا سلمنا بصحة تفسير ابن تيمية، فإن الأسباب المبيحة لدم المسلم والمذكورة في حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه هي نفسها التي وردت في حديث عائشة رضي الله عنها الذي رواه أبو داود، ويكون النص إذا في هذا الحديث على المروق من الدين ومفارقة الجماعة مقصوداً به من ارتد ثم حارب الله ورسوله، وليس بمجرد الردَّة، وعلى ذلك فإن حُكم المُرتد الذي لم تقترن ردته بمحاربة جماعة المسلمين لا يُستدل بها عليه بهذا الحديث. وبعبارة أخرى فإن هذا الحديث لا يقرر حُكم الردَّة المجردَّة، وإنما يقرر حكم المُحارب لله ولرسوله وللمسلمين، والمحارب يقتل سواءً أكان مسلماً أو غير مسلم، فلا يسوغ الاستناد إلى قوله صلى الله عليه وسلم "المارق من الدين المفارق للجماعة" في إثبات عُقوبة القتل حداً للمرتد.[3]

ومع كل تقديري لرأي الشيخ العوا ومناقشته العلمية البناءة، فإن الأمانة العلمية تقتضي بأن يُفهم ما نقله ابن تيمية في جميع سياقه، صحيح أن ابن تيمية اجتهد رأيَه فقال أن المقصود في الحديث ليس المُرتد وإنما هو المحارب للجماعة، ولكن لا يعني هذا الفهم لابن تيمية أنه لا يقول بقتل المُرتد إن لم يفارق الجماعة، وكان الأولى أن يُنقل كلام ابن تيمية كاملاً حتى تتضح الصورة حيث يقول "لو كان أريد المُرتد المجرد لما احتج إلى قوله "المفارق للجماعة" فإن مجرد الخروج من الدين يوجب القتل وإن لم يفارق جماعة الناس فهذا وجه يحتمله الحديث"[4]. ويقول أيضاً –رحمه الله- "ولأنه لا يُقتل لمجرد الكف والمحاربة لأنه لو كان كذلك لما قُتل المترهب والشيخ الكبير والأعمى والمقعد والمرأة ونحوهم، فلما قتل هؤلاء عُلم أن الردَّة حد من الحدود لا تسقط بالتوبة"[5]. أضف إلى ذلك أنه قد ورد في الحديث عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن المُرتد يُقتل لمجرد ردته ولا يشترط حصول الضرر بخروجه وقتاله للجماعة، فعن عثمان رضي الله عنه أنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: رجل زنى بعد إحصانه فعليه الرجم، أو قتل عمداً فعليه القود، أو ارتد بعد إسلامه فعليه القتل"[6]، وفي روايةٍ عن عثمان رضي الله عنه "أو

---

[1] سنن أبي داوود بحكم الألباني، كتاب الحدود ، باب الحكم فيمن ارتد، حديث رقم 4353، صححه الشيخ الألباني.

[2] الصارم المسلول على شاتم الرسول، ابن تيمية، المكتبة الشاملة، الإصدار الثالث، 320/1.

[3] عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، العوا، ص4.

[4] الصارم المسلول على شاتم الرسول، إبن تيمية، 320/1.

[5] المرجع السابق ، 283/12.

[6] سنن النسائي بحكم الألباني، كتاب تحريم الدم، باب الحكم في المُرتد، حديث رقم 4057، صححه الشيخ الألباني.

يكفر بعد إسلامه فعليه القتل"[1]. كما يُرد على هذا الفريق بأن لفظ "التارك لدينه" الوارد في الحديث، لفظ عام في كل من ارتد وبأي ردَّة كانت، ولا يشترط أن يصاحب ردته حرباً للإسلام والمسلمين، ولفظ "المفارق للجماعة" يتناول كل خارج عن الجماعة المسلمة سواء كان ببدعة أو نفي إجماع أو أي فعل أو قول مخرج من ملة الإسلام.[2]

يرى أصحاب هذا الرأي بأن حديث "من بدل دينه فاقتلوه[3]، حديثٌ لا يُشك في صحته من حيث السند، إلا أن الأمر الوارد فيه بقتل المُرتد لا يُحمل على الظاهر، وإنما المراد منه إباحة القتل لا إيجابه، ومن ثَم تكون عُقوبة المُرتد عُقوبة تعزيرية مفوضة إلى السلطة المختصة في الدولة الإسلامية، تقرر فيها ما تراه ملائماً من العقوبات والتي قد تصل إلى قتل المُرتد[4]. ويعتمد العوا والريسوني في نقاشهما هذا على أن الحديث آنف الذكر صُرِف فيه الأمر من الوجوب على إلى الإباحة، وذلك لوجود قرائن أخرى من سنة الرسول صلى الله عليه وسلم تشير على أنه صلى الله عليه وسلم لم يعاقب على مجرد الردَّة إن لم ترتبط بخروج على نظام الدولة. لذلك – يناقش العوا- أن كل الأحاديث التي ورد فيها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتداً أو مرتدة أو أمر بأيهما أن يقتل، كلها لا تصح من حيث السند، ومن ثم فإنه لا يثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عاقب على مجرد الردَّة.[5]

ويُرد على ذلك بأن الأمر الوارد في الحديث يُحمل على الوجوب، بدليل أن معاذاً –رضي الله عنه- لم يرض بغير القتل حُكماً لليهودي الذي ارتد عن الإسلام، وكذا فعل علي –رضي الله عنه- في الزنادقة الذين حرقهم في النار.[6]

ويضيف العوا أن هناك أحاديث صحيحة رُويت عنه صلى الله عليه وسلم تشير بكل وضوح أنه قَبِل خروج أحد المُرتدين من المدينة دون أن يقيم عليه الحد. فقد روى البخاري ومسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه "أن أعرابياً بايع رسول الله صلى الله عليه وسلم على الإسلام فأصابه وَعك فقال: أقلني بيعتي فأبى ثم جاءه فقال أقلني بيعتي فأبى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما المدينة كالكير تنفي خبثها وينصع

[1] انظر المرجع السابق، حديث رقم 4058، صححه الشيخ الألباني.

[2] انظر شرح صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين، باب ما يباح به دم المسلم، شرح حديث رقم 1676.

[3] صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب لا يعذب بعذاب الله، حديث رقم 6922.

[4] عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، العوا، ص6، الردَّة والإشكال الأصولي، الريسوني، ص 2-3.

[5] المرجعين السابقين.

[6] انظر الرد بالتفصيل على هذا الدليل ص 21 من هذا البحث.

طيبها"[1]. الحديث يشير إلى أننا أمام حالة ردَّة ظاهرة جلية، ومع ذلك لم يعاقب الرسول صلى الله عليه وسلم الرجل ولا أمر بعقابه، بل تركه يخرج من المدينة دون أن يعرض له أحد.[2]

ويُجاب عن ذلك بأن المقصود بالإقالة هنا ليس الإقالة من الإسلام وإنما من الهجرة، فقد نقل ابن حجر العسقلاني أن المسالة تحتمل الأمران معاً، فقال رحمه الله "ظاهره أنه سأل الإقالة من الإسلام وبه جزم بن عياض، وقال غيره إنما استقاله من الهجرة وإلا لكان قتَله على الردَّة" [3]. فالنبي صلى الله عليه وسلم لا يعين على معصية، لأن البيعة في أول الأمر كانت على أن لا يَخرج أحد من المدينة إلا بإذنه –صلى الله عليه وسلم- فخروجه عصيان، وكانت الهجرة إلى المدينة فرضاً قبل فتح مكة على كل من أسلم، ثم أَذن بالهجرة من المدينة بعد فتح مكة.[4]

ثم إن هناك حديثا آخر رواه البخاري ومسلم عن أنس بن مالك –رضي الله عنه- قال: "كان رجلٌ نصرانياً فأسلم وقرأ البقرة وآل عمران، فكان يكتب للنبي صلى الله عليه وسلم فعاد نصرانيا، فكان يقول: ما يدري محمد إلا ما كتبت له، فأماته الله فدفنوه، فأصبح وقد لفظته الأرض...."[5]. والحديث فيه دِلالة واضحة أن هذا الرجل قد تنصر بعد إسلامه وتعلمه سورتي البقرة وآل عمران، وكان يكتب للنبي صلى الله عليه وسلم، ومع ذلك فلم يعاقبه النبي صلى الله عليه وسلم ومات على ردته.[6]

ويُرد على ذلك بأن المتتبع لبقية الحديث وللروايات الأخرى يجد أن هذا الرجل الذي ارتد قد هرب من المدينة، فكيف بمحمد صلى الله عليه وسلم أن يقيم عليه الحد، فرواية البخاري تشير إلى ذلك "فأصبح وقد لفظته الأرض، فقالوا: هذا فعل محمد وأصحابه لما هرب منهم نبشوا عن صاحبنا فألقوه..."[7]. وجاء في رواية الإمام مسلم عن أنس ابن مالك قال: "كان منا رجل من بني النجار، قد قرأ البقرة وآل عمران، وكان يكتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فانطلق هارباً حتى لحق بأهل الكتاب قال: فرفعوه، قالوا: هذا قد كان يكتب لمحمد فأعجبوا به، فما لبث أن قصم الله عنقه فيهم فحفروا له فواروه، فأصبحت الأرض قد نبذته على وجهها، ثم

---

[1] صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب بيعة الأعراب، حديث رقم 7209، وانظر صحيح مسلم، كتاب الحج، باب: المدينة تنفي شرارها، حديث رقم 1383.

[2] عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، العوا، ص 6.

[3] فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، 139/4.

[4] انظر المرجع السابق، 285/13 ، وانظر شرح صحيح مسلم، كتاب الحج ، باب من أراد أهل المدينة بسوء أذا به الله، شرح حديث رقم 1383.

[5] صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب: علامات النبوة في الإسلام، حديث رقم 3617، وانظر: صحيح مسلم، كتاب صفات المنافقين وأحكامه، حديث رقم 2781.

[6] عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً العوا، ص6.

[7] صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب بيعة الأعراب، حديث رقم7209.

عادوا فحفروا له فواروه، فأصبحت الأرض قد نبذته على وجهها، ثم عادوا فحفروا له فواروه فأصبحت الأرض قد نبذته على وجهها فتركوه منبوذا.[1]

ومن الأدلة التي ساقها هذا الفريق على رأيه ما ورد في القرآن الكريم عن بعض اليهود الذين كانوا يترددون بين الإسلام والكفر ليفتنوا المؤمنين عن دينهم ويردوهم عن الإسلام، قال تعالى "وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ آمِنُوا بِالَّذِي أُنْزِلَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَجْهَ النَّهَارِ وَاكْفُرُوا آخِرَهُ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ"[2] فالردَّة في هذه القصة كانت جماعية في المدينة المنورة والدولة الإسلامية قائمة ورسول الله صلى الله عليه وسلم حاكمها، ومع ذلك لم يُعاقب هؤلاء المُرتدين الذين يرمون إلى فتنة المؤمنين في دينهم وصدهم عنه.[3]

والمتأمل في هذه الآية يجد أن هناك تفسيراً آخرَ لها، فقد نقل القرطبي في الجامع أن هذه الآية نزلت بخصوص تحويل القبلة من القدس إلى الكعبة، فشق ذلك على يهود، فقال كعب بن الأشرف ومالك بن الصيف –من زعماء يهود-، آمنوا بما أُنزل على محمد من أمر الكعبة وصلوا إليها أول النهار وارجعوا آخره، لعل أصحاب محمد وضعفاء الإيمان يشكون فيقولوا هم أعلم منا فيرجعون عن قبلتهم[4]. فالآية إذن مُحتمِلة وليست قطعية الدِلالة على أن هؤلاء القوم من اليهود قد أسلموا ثم ارتدوا عن الدين، ثم إنه لم يثبت يقينا أن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم يعاقبهم على ذلك، فهي بذلك لا تستطيع أن تنقل الأمر في الحديث من الوجوب إلى الإباحة.

المطلب الخامس: القائلون بأنه لا عُقوبة دنيوية للمرتد لا حداً ولا تعزيراً:

برزت في مسألة الردَّة قراءة جديدة تحاول التحليق برؤية كلية للشريعة الإسلامية عبر علم المقاصد لترى بمنظاره أن قتل المُرتد يصطدم مع تلك المقاصد العامة للتشريع الإسلامي، وعلى رأي هذا الفريق هناك تعارض بين أمر الاستخلاف للإنسان وبين فعل تعطيل هذا العقل وإقالته من التفكير، إذ كيف يكون العقل مناط التكليف والاستخلاف في الخطاب الإلهي، ثم يجيء الخطاب الشرعي نفسه ليعزله؟ هذا الرأي اعتمد على القرآن الكريم مرجعية وحيدة في هذا الحكم، وهكذا يرى أصحاب هذا الرأي أن تأويل النص النبوي المُثبت للعُقوبة بات ممكناً وضروريا في آن معاً، فيرى أصحاب هذا الرأي أن الردَّة عن الإسلام لا تستوجب حداً ولا

[1] صحيح مسلم ، كتاب الحج ، باب المدينة تنفي شرارها، حديث رقم 6922.

[2] سورة آل عمران، آية 72.

[3] عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، العوا، ص6.

[4] الجامع لأحكام القرآن، القرطبي 99/4.

تعزيراً[1]، هذا الذي يؤكده القرآن الكريم في كل الآيات التي تتحدث عن الردَّة، وأن العُقوبة على الردَّة هي عُقوبة أخروية موكولة إلى الله تبارك وتعالى. ويناقش الشيخ العلواني ذلك بأن تطبيق حد الردَّة يوقعنا في إشكالية واضحة، وذلك لأن القرآن الكريم يدعو إلى حرية المعتقد بصورة واضحة لا تحتمل اللُبس ولا التأويل، وبناءً على ذلك –يرى الشيخ العلواني والبنا- فإن الإنسان يملك بمفرده حرية اختيار الدين الذي يتدين به، وهي حرية ذاتية نابعة من عمق اختياره، وهو مؤتمن عليها من الخالق جل وعلا، فالحرية إذن هي مناط المسؤولية الإنسانية، وبالتالي فإن المُكرَه والمجبَر على دين معين يعتبر خارج دائرة التكليف.[2]

المطلب السادس: أدلة هذا الفريق:

استدل هذا الفريق بالمبدأ العام الذي يُقرر أن الأصل حرية العقيدة وأن لا إكراه في الدين وأن عُقوبة المُرتد سواء أكانت حداً أم تعزيراً تناقض هذا الأصل، هذا الأصل دلت عليه كثير من آيات القرآن مثل قول تعالى "لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ[3]"، وقوله تعالى "وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ"[4] وغيرها، يقول الشيخ العلواني "من ذلك كله يتضح أن حرية العقيدة في القرآن أحيطت بسائر الضمانات القرآنية التي جعلت منها حرية مطلقة لا تحدها حدود ما دامت في إطار حرية اختيار المعتقِد، وأن الحساب عليها خاصّ بالله جل شأنه لا يجاوزه إلى سواه"[5]، ويعلق البنا على ذلك بأن العُقوبة على الردَّة هي أخروية فقط ولا توجد عليها عُقوبة في الدنيا[6]، وأما العُقوبة التي كانت في الدنيا لبعض المُرتدين، فذلك لأنهم أظهروا مع ردتهم حرباً على الإسلام

---

[1] أشهر الذين قالوا بذلك الدكتور طه جابر العلواني في كتابه "لا إكراه في الدين: إشكالية الردَّة والمُرتدين من صدر الإسلام إلى اليوم"، وجمال البنا في مقاله "لا عُقوبة للردَّة، وحرية الاعتقاد عماد الإسلام"، وورد مثل ذلك عن الدكتور حسن الترابي، ففي مقالة له في جريدة المحرر قال: "نريد الحوار مع الغرب، لا نريد حرباً معه، نريد أن نحتكم معاً إلى ديموقراطية عالمية، أما في بلدي، فالأولى بي وأنا أدعو للحوار في مواجهة الآخر، أن أتحاور مع كل من حولي، مسلماً كان أم غير مسلم، وعربياً كان أم غير عربي، أتحاور معه وأترك له حرية أن يقول ما يشاء، ويسود بنتيجة الحوار هذا الرأي أو ذاك، وأزيد على كل هذا رأياً هو رأيي الشخصي: حتى إذا ارتد المسلم تماماً وخرج من الإسلام ويريد أن يبقى حيث هو، فليبق حيث هو، لا إكراه في الدين.. لا إكراه في الدين.. وأنا لا أقول إنه ارتد أو لم يرتد فله حريته في أن يقول ما يشاء، شريطة أن لا يفسد ما هو مشترك بيننا من نظام". ويقول أيضاً: "وأود أن أقول: إنه في إطار الدولة الواحدة والعهد الواحد يجوز للمسلم كما يجوز للمسيحي أن يبدل دينه.. أما الردَّة الفكرية البحتة التي لا تستصحب ثورة على الجماعة ولا انضماماً إلى الصف الذي يقاتل الجماعة كما كان يحدث عندما ورد الحديث المشهور عن الرسول ρ، فليس بذلك بأس يذكر، ولقد كان الناس يؤمنون ويكفرون، ثم يؤمنون ويكفرون، ولم يطبق عليهم الرسول ρ حد الردَّة". مقابلة مع حسن الترابي، أجرتها جريدة المحرر،العدد: 263، آب 1994.

[2] لا إكراه في الدين، إشكالية الردَّة والمُرتدين، طه جابر العلواني، ص 94.

[3] سورة البقرة، آية 256.

[4] سورة الكهف، آية 29.

[5] لا إكراه في الدين، إشكالية الردَّة والمُرتدين، طه جابر العلواني، ص 94.

[6] انظر المرجع السابق، ص ص 175-176، وانظر: لا عُقوبة للردَّة وحرية الإعتقاد عماد الإسلام، أ.جمال البنا.

والمسلمين، أو خروجاً على النظام السياسي للدولة وليس لمجرد الردَّة، ومثّل لذلك قتال أبي بكر-رضي الله عنه- للقبائل التي ارتدت بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ورفضوا دفع الزكاة.[1]

ويرد على هذا الاستدلال بذات الرد على أصحاب القول الثاني.[2]

وأما استدلالهم بأن الردَّة في عهد النبي –صلى الله عليه وسلم– وأصحابه ارتبطت بمعاداة الإسلام وأهله وحربهما والخروج على جماعة المسلمين وأنها ردَّة سياسية بامتياز، وبالتالي تُحمل أحاديث وجوب قتل المُرتد على حالة الحرب أو الخروج المسلح على الدولة المسلمة، فيُجاب عنه: بأن هذا التقييد وهذا التخصيص، تقيّد من غير مقيد وتخصيص من غير مخصص، وهو نوع من أنواع التأويل المرفوض، فحديث "من بدّل دينه فاقتلوه" عام ومطلق في نفس الوقت، و"من" هي من صيغ العموم وجاءت في سياق الشرط، فكانت من أبلغ صيغ العموم، فلا يجوز إذاً تخصيصه أو تقييده بحالة الحرب والخروج المسلح على الدولة المسلمة لانعدام الدليل[3]. ثم إن الزنادقة الذين حَرّقهم علي –رضي الله عنه– لم يكونوا محاربين ولم يحملوا السلاح في وجه الدولة، وكذلك اليهودي الذي أمر معاذٌ بقتله لم يَرفع سلاحاً في وجه الدولة، وإنما غاية ما فعله هو ارتداده عن الإسلام.

ثم أنني أتساءل حيال حالة الردَّة تلك، كيف لا يمثل المُرتد تهديدًا للأمة وكيانها وأمنها، ونحن نرى تهديد الأمة اليوم من قوم بين ظهرانينا، لا يزالون يدَّعون التديُّن، ويقفون في صف من يحاربون تطبيق الإسلام باسم الحداثة والحرية وحقوق الإنسان؟

ثم ناقش الشيخ العلواني دعوى الإجماع على قتل المُرتد، وتوصل إلى أن هذه الدعوى غير صحيحة، يقول الشيخ العلواني "لكن القائلين بوجود حد القتل للمرتد في شريعتنا ادّعوا الإجماع، ليحولوا دون الالتفات إلى مخالفة عمر بن الخطاب وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري، وغيرهم من ناحية، وليغلقوا الباب دون التفكير بأية مراجعة لهذا الحد من المتأخرين، ومن الذي يستطيع أن يراجع حكماً أجمع علماء الأمة عليه".[4]

ويُرد على هذا الاستدلال بأن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – كان يقول بوجوب قتل المُرتد مطلقاً ولم يصح عنه الرجوع عن هذا الرأي، ويبدو أنّ إمهال عمر للمرتد كي يتوب ويتراجع، حتى أنه حبسه لأجل ذلك،

---

[1] لا عُقوبة للردَّة، جمال البنا، تحت عنوان: مثال تاريخي ونموذج معاصر.

[2] انظر ص 17-18 من هذا البحث.

[3] التأويل بين ضوابط الأصوليين وقراءات المعاصرين، إبراهيم بويدان، 296.

[4] انظر: لا إكراه في الدين، إشكالية الردَّة والمُرتدين " للدكتور طه جابر العلواني، ص 19.

هو الذي أحدث الإشكال عند هذا الفريق ففهموا من ذلك أن حبس عمر للمرتد هو الحكم في حقه لا القتل! وقد ذكر الدكتور محمد رواس قلعجي في كتابه "موسوعة فقه عمر بن الخطاب، عصره وحياته"،أن عمر بن الخطاب أراد من حبس المُرتدين مجرد الاستتابة لأيام، وليس الحبس كعُقوبة بدل القتل، فقد روي عنه أن المُرتد يُستتاب ثلاثاً، فإن تاب ترك، وإن أبى قُتل.[1] ونحو ذلك مما جاء عنه في اتفاقه هو والصحابة على قتل قدامه بن عبد الله إن أصر على استحلال الخمر،وهل يعني ذلك شيئاً آخر غير ردّته[2]!. ويؤيد هذا الفهم لفقه عمر بن الخطاب ما رواه الإمام مالك رضي الله عنه "أنه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى الأشعري فقال له عمر: هل كان من مغربه خبر؟ قال نعم رجل كفر بعد إسلامه، فقال ما فعلتم به؟ قال قربناه فضربنا عنقه، قال عمر: فهلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله، اللّهم لم أحضر ولم آمر ولم أرض إذ بلغني".[3]

فالحديث لا يدل على أن عمر لم يرَ قتل المُرتد، وإنما براءة عمر من قتل المُرتد قبل استتابته لأنه كان من الممكن إصلاحه، فرأي عمر بالحبس هو لاستتابة المُرتد قبل قتله، وإلا فما معنى فهلّا حبستموه ثلاثاً؟ فإن لم تتم التوبة فماذا سيكون بعدها؟ هل يكون إطلاق سراحه؟! مَعاذ الله أن يكون هذا فهماً لعمر رضي الله عنه، وإنما قد تكون الردَّة لشبهة فقد يحتاج لمدة لكشف هذه الشبهة عن المُرتد ورده لصوابه فيحتاج إلى وقت، ومن هنا رأى عمر الحبس للمرتد قبل قتله.[4]

أما بالنسبة لما نُقل عن إبراهيم النخعي رحمه الله، وهو "أن المُرتد يُستتاب أبداً"، يبدو أن المقصود من ذلك أن المُرتد كلما ارتد دُعي إلى التوبة وذلك بحبسه وإعطاءه مهلة للمراجعة والتوبة، حتى لو كان ارتداده عن الإسلام للمرة الثانية والثالثة والرابعة وهكذا، وليس في مقصوده "الحبس المؤبد". ومما يؤيد هذا التفسير ما نقله العلامة ابن حجر رحمه الله في فتح الباري في تعليقه على قول النخعي "من أن المُرتد يُستتاب أبداً" ، "كذا نقل عنه مطلقاً، والتحقيق أنه فيمن تكررت منه الردَّة".[5]

---

[1] موسوعة فقه عمر بن الخطاب، عصره وحياته، محمد رواس قلعجي، ص 430.

[2] التأويل بين ضوابط الأصوليين وقراءات المعاصرين، إبراهيم بويدان، 300.

[3] موطأ مالك، المكتبة الشاملة، الإصدار الثالث، باب القضاء فيمن أرتد عن الإسلام حديث رقم 2728، 1066/4.

[4] المغني، ابن قدامه، 93/12.

[5] فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 282/12، وانظر: التأويل بين ضوابط الأصوليين وقراءات المعاصرين، إبراهيم بويدان،301.

وكذا نقل البخاري في صحيحه في باب حكم المُرتد والمُرتدة حيث يقول رحمه الله "وقال ابن عمر والزهري وإبراهيم –النخعي- تقتل المُرتدة".[1] ونُقل ذلك أيضا عن عبد الرزاق في مصنفه نقلاً عن النخعي في حكم المرأة التي ترتد قال "تستتاب فإن تابت وإلا قتلت".[2]

وبهذا يتضح أن من رُوي عنه القول بعدم قتل المُرتد، عارضه ما روي عنه من قتله، وترجيح الروايات بالقتل على الروايات بعدمه، لموافقتها لسنة صلى الله عليه وسلم، وتطبيق صحابته وغيرهم. ثم لو فرضنا ثبوت القول بعدم قتل المُرتد عن عالِم أو أكثر، فلا حجة في ذلك لإطباق غيرهم على القول بقتله، ولثبوت قتله عن الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل أصحابه في حياته وبعد مماته.

وكذلك الأمر بالنسبة لسفيان الثوري رحمه الله، فهو يرى وجوب قتل المُرتد ولكن بعد استتابته المتكررة في كل مرة يرتدُّ فيها[3]، وفق ما سبق بيانه في توجيه كلام إبراهيم النخعي، فقد نقل عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري قوله "إذا قتل المُرتد قبل أن يرفعه إلى الإمام فليس على قاتله شيء"[4]، وهذا معناه أن سفيان الثوري يرى أن دم المُرتد هدر، فإن تكررت ردته فإنه يستتاب ولا يقتل مباشرة، وهذا مثل الذي قيل في توجيه رأي إبراهيم النخعي.

واستعرض الشيخ العلواني والبنا أحاديث قتل المُرتد التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم، وتوصّل بعد نقاش مطوّل أن هذه الأحاديث "أخبار آحاد ظنية" ولا تقوى على أن تكون حجة لقتل الأنفس، ولا تقوى أن تُعارض عموم الآيات القرآنية التي تأمر بحرية العقيدة وعدم الإكراه في الدين[5]. ثم أطال الشيخ العلواني والبنا النقاش في قوله صلى الله عليه وسلم "من بدل دينه فاقتتلوه" ويرى هذا الفريق أن هذا الحديث "خبر آحاد

[1] فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 377/12.

[2] مصنف عبد الرازق، المكتبة الشاملة الإصدار 3.64، باب كفر المرأة بعد إسلامها حديث 18726، 176/10

[3] المغني لابن قدامه، 74/12.

[4] مصنف عبد الرزاق، باب من استقاد بعد أمر السلطان، حديث رقم 7850 ، 418/9. وانظر، المغني، لابن قدامه، 91/12.

[5] لا عُقوبة للردَّة، جمال البنا، تحت عنوان نماذج من الفقه التقليدي في قضية الردَّة.

ومرسل" .[1]كما أنه لا يصح تقديم هذا الحديث على صريح القرآن الكريم الذي لم يحدد عُقوبة دنيوية للردَّة[2]، وأن هذا الحديث لم يُبين من هو المقصود فيه، فهل يقصد به المسلمون أم غيرهم[3]؟

وأودُّ قبل مناقشة هذا الرأي أن أنقل ما قاله ابن الصّلاح في مقدمته في علوم الحديث بأن ما أتفَق عليه البخاري ومسلم أو ما أنفرد به كلٌ منهما يندرج تحت الأحاديث التي تفيد اليقين، لأن الأمة تلقَّت كل واحد من كتابيهما بالقَبول، "وهذا القسم جميعه مقطوع بصحته والعلم اليقيني النظري واقع به، خلافاً لقول من نفى ذلك محتجاً بأنه لا يفيد في أصله إلا الظن" .[4]

ثم ماذا يقول الشيخ العلواني في رأي المذاهب الفقهية الأربعة التي تبنت أحاديث الآحاد في عُقوبة شارب الخمر[5]، مع أن ما ورد في عُقوبة الردَّة أصح وأوفر مما ورد في عُقوبة شرب الخمر، ولو صح هذا الزعم أن أحاديث الآحاد لا يعمل بها في الأحكام، لكان معناه إلغاء الشريعة لأن أحاديث الآحاد هي الغالبية العظمى من أحاديث الأحكام، والحديث المتواتر الذي هو في مقابل الآحاد نادرٌ جداً.

أما القول بأن حديث "من بدل دينه فاقتلوه" من المراسيل[6]، فهو قول مستهجن، لأن المرسل مردود للجهل بحال المحذوف، وكيف يكون كذلك وهو في صحيح البخاري، إضافة إلى أن أحداً من علماء الحديث القدامى أو المحدثين المعتبرين لم يطعن في صحة الحديث.

حتى أن الشيخ عبد الله بن بيه –وهو الذي قدَّم لكتاب الشيخ العلواني- استغرب هذا التضعيف لمثل هذه الأحاديث، فلو أعملنا هذا المنطق، لخرجت حقوق الله من دائرة الزواجر وأصبح المسلم وغيره في دائرة سواء[7]. وهنا ينبغي التأكيد بكل وضوح أن ما انفرد به البخاري أو مسلم مندرج في قبيل ما يُقطع بصحته لتلقي الأمة

---

[1] لا إكراه في الدين، إشكالية الردَّة والمُرتدين، طه جابر العلواني، ص124.

[2] المرجع السابق ص125.

[3] انظر لا عُقوبة للردَّة، جمال البنا، تحت عنوان "مصادر الإشكال في حديث ابن عباس".

[4] مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث، أبو عمر الشهرزوري، ص10.

[5] العناية شرح الهداية، المرغيناني، المكتبة الشاملة، 252/7، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين الكاساني الناشر دار الكتاب 1982، بيروت، 63/7، الحاوى الكبير، أبو الحسن الماوردى، دار الفكر، بيروت، 243/13، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.. لبنان،1419، 181/10.

[6] الحديث المرسل: الذي يقول فيه التابعي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا أو فعل كذا، ورد المحدثون المرسل للجهل بحال المحذوف، لأنه يحتمل أن يكون صحابيا، أو تابعيا، ولا حجة في المجهول، الموسوعة الفقهية الكويتية، 230/26.

[7] انظر تعليق الشيخ عبد الله بن بيه على كتاب "لا إكراه في الدين" طه العلواني، في نفس الكتاب، ص187.

كل واحد من كتابيهما بالقبول، أما أن نفتح هذا الباب لكل من يَعلم أو لا يعلم، فإنه من الخطورة بمكان، بحيث يتكلم كل من له شهوة أو شبهة أو مطعن في الدين، وبالتالي يتكلم الرعاع والعوام ويُلبس على الناس، فهذا ما لا ينبغي أن يكون ولا بأي حال من الأحوال. ثم إن الواضح من نص الحديث أن المقصود به هو المسلم الذي يترك الإسلام إلى دين آخر أو إلى غير دين، وليس غير المسلم الذي ينتقل من دينه إلى دين آخر غير الإسلام، وتعليل ذلك أن الكفر ملة واحدة، فالمراد بالدين هنا الإسلام لأن الدين في الحقيقة هو الإسلام لقوله تعالى "إن الدين عند الله الإسلام"[1] وما عداه فهو الباطل.[2]

وأما طعن الشيخ العلواني بعكرمة مولى ابن عباس -راوي الحديث-، واتهامه بأنه كذوب لا يُؤخذ من مثله[3]، يُرد عليه بعبارة سعيد بن جبير "إنكم تتحدثون عن عكرمة بأحاديث لو كنت عنده لما حدث بها"، والحق أنها مشتقة من العبارة الآتية: "عن أبي إسحاق قال: سمعت سعيد بن جبير يقول: إنكم لتحدثون عن عكرمة بأحاديث لو كنت عنده ما حدث بها، قال فجاء عكرمة فحدثه بتلك الأحاديث كلها، قال والقوم سكوت فما تكلم سعيد، قال ثم قام عكرمة فقالوا: يا أبا عبد الله ما شأنك؟ قال فعقد ثلاثين وقال: أصاب الحديث.[4]

لقد اتضح للباحث أن الشيخ العلواني عَمَد إلى اختيار ما يُؤيد رأيه في وصف عكرمة، وكأنه لم يقرأ ما ورد في فضل هذا الرجل في نفس المرجع الذي استقى منه ما دل على رأيه، فالعبارات التي استقاها للتدليل على الطعن في عكرمة مجتزأة مقطوعة من نصها الكامل، ويكفي أن أذكر هنا بعض العبارات التي قيلت في حق عكرمة -رضي الله عنه- من نفس المرجع الذي أخذ منه العلواني من الطبقات.

" -1قال سلام بن مسكين: كان عكرمة من أعلم الناس بالتفسير".

2- عن عمرو بن دينار قال: دفع إليَّ جابر بن زيد مسائل أسأل عنها عكرمة وجعل يقول: هذا عكرمة، هذا مولى بن عباس، هذا البحر فسلوه .[5]

---

[1] سورة آل عمران، آية 19.

[2] انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، 382/12.

[3] عكرمة بن عبد الله البربري المدني، أبو عبد الله، مولى عبد الله بن عباس (25 - 105هـ) تابعي، كان من أعلم الناس بالتفسير والمغازي، طاف البلدان، وروى عنه زهاء ثلاثمائة رجل، منهم أكثر من سبعين تابعيا. ذهب إلى نجد الحروري، فأقام عند ستة أشهر، ثم كان يحدث برأي نجدة، وخرج إلى بلاد المغرب، فأخذ عنه أهلها رأي "الصفرية"، وعاد إلى المدينة، فطلبه أميرها، فتغيب عنه حتى مات. كانت وفاته بالمدينة هو و "كثير عزة" في يوم واحد فقيل: مات أعلم الناس وأشعر الناس. انظر: الأعلام، خير الدين الزر كلي، 4/، 44، دار العلم للملايين، بيروت، ط17 .

[4] وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، 265/3، دار صادر، بيروت، م . ش.

[5] الطبقات الكبرى, 5/ 287 وما بعدها

وفي معرض دفاعه عن رأيه، ساق الشيخ العلواني عدة وقائع عن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقم فيها بقتل المُرتد، من ذلك حادثة الردَّة في واقعة الإسراء والمعراج،[1] وقصة عبيد الله بن جحش الذي ارتد بعد الهجرة إلى الحبشة[2]. وردَّة كاتب الوحي من بني النجار وعبيد الله بن سعد بن أبي السرح القرشي العامري[3]، وظاهرة النفاق التي كانت شائعة في المدينة والمنافقون أخطر من المُرتدين ومع ذلك لم يقم النبي صلى الله عليه وسلم الحد عليهم[4]، وما ورد من شرط في صلح الحديبية أن من أراد من المسلمين أن يلحق بالمشركين فله ذلك دون ملاحقة أو مطالبة من محمد، فيفهم من ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم وافق على ترك من ارتد عن الإسلام إلى قريش من دون إقامة حد الردَّة عليه، ولا يكون من النبي صلى الله عليه وسلم أن يُهمل تنفيذ حكم يظن أنه من الحدود الشرعية.[5]

ويُرد على هذه الأدلة بأنها جميعاً كانت قبل تشريع قتل المُرتد، فمن المُسلّم به أن التشريعات نزلت في المدينة المنورة، فكيف يقال بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل المُرتدين بهذا الاستدلال. أضف إلى ذلك أن حادثة الردَّة في مكة وقعت والمسلمون لا يستطيعون حماية أنفسهم من بطش قريش، وما كانوا يستطيعون إلزام أحد بالبقاء على دين الإسلام. وأما بالنسبة لعبيد الله بن جحش الذي ارتد بعد الهجرة إلى الحبشة فإن النبي صلى الله عليه وسلم –وقت حدوث الردَّة- ما كان يملك أن يقيم حداً في الحبشة لأنها لا تخضع لسلطته وسيطرته.

وأما ما استدل به بخصوص المنافقين، فقد تبين أنهم حمَواْ أنفسهم من القتل بسبب كفرهم عن طريق الأيْمان الكاذبة والحَلف الباطل لإرضاء المؤمنين، وهذا الذي أكده المولى جل وعلا حين قال: "يحلفون لكم لترضوا عنهم"[6]. وقال أيضا في حقهم: "يحلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم.."[7]، فالآيات تؤكد أنهم يُنكرون الكفر، ويؤكدون ذلك بأيْمانهم المغلظة، ويحلفون أنهم لم يكفروا، فدل ذلك على أن وصف الردَّة لا ينطبق عليهم، فالإسلام لم يأمر بشق قلوب العباد، وإنما يَحكم بالظاهر والله يتولى

---

[1] انظرلا إكراه في الدين، إشكالية الردَّة والمُرتدين، د. طه جابر العلواني، ص101.

[2] المرجع السابق: ص103.

[3] المرجع السابق: ص 104

[4] المرجع السابق: ص 109.

[5] المرجع السابق: ص114.

[6] سورة التوبة، آية 96.

[7] سورة التوبة، آية 74.

السرائر، لذلك فإن النبي صلى عليه وسلم قال لأسامة ابن زيد عندما قتل رجلاً لاذ منه وهو يقول لا إله إلا الله "أفلا شققت عن قلبه".[1]

وأخيراً، ركّز الشيخ العلواني في دفاعه عن وجهة نظره بأن القول بقتل المُرتد يعمق الهوة بين المسلمين والمجتمع الغربي، ويؤكد على تلك الصورة النمطية السلبية المأخوذة عن الإسلام والمسلمين، كما يعرِّض الدين للنقد والعزوف عن الدخول فيه، ويعرِّض المسلمين الذين يعيشون هناك بوصفهم بالإرهاب.[2]

ويُجاب عن ذلك بأن الحرّية المعطاة للإنسان شرعاً، لا تخوّله إذا ارتدّ حقّ ابتسام غيره في وجهه، وحقّ ترحيب غيره بشأنه وإعلاء مقامه، بل سيلقى من المجتمع الإسلامي أصناف من التحقير، ذلك المجتمع الذي انبنت أسسُه على إعظام مقام الله سبحانه، والمُرتد إنما انتهك أول ما انتهك: مقامه تعالى؛ إنه لا أحد يستهين بالردَّة، ولا أحد يسوّغ ارتداد المُرتد، وليس للمرتدّ من مظلّة دينية إسلامية ترحّب به وتُكرّمه، بل هو منبوذ الفكر ضائع المصير، قَضى على دنياه وأخراه، بعد أن لحق بهوى غيره أو بعد أن لحق بهواه. لا ينبغي أن نرفع مقام الردَّة عن درَكات البشاعة التي ألقتها فيها مفاهيم الشرع، كما لا ينبغي أن نرفع المُرتد عن مستوى القباحة التي أوقع نفسه فيها.

فالدين ليس مُتهماً حتى ندافع عنه أمام هؤلاء، فهذه أحكام الله تعالى ويجب أن تظهر ولا تخفى، مع العلم أن كثيراً من الغربيين يدخلون في الإسلام مع علمهم بحكم الردَّة عن هذا الدين، فأكثرهم يدرسون الإسلام قبل الدخول فيه. يقول الشيخ القرضاوي "إن الإنسان لم يغصبه أحد على الدخول في هذا الدين وبما أنه دخل فيه فهو ملزم بكل ما جاء فيه، ومنها عُقوبة الردَّة، وربما يقول قائل: دخلت فيه ثم تبين لي بعض التفاصيل التي لم تعجبني فيما بعد. الرد على ذلك أنك قبل الدخول في الإسلام مخير ونقول "لا إكراه في الدين" هذا يفهم من سبب نزول هذه الآية كما سيأتي, ولكن بما أنك دخلت في الإسلام فقد قبلت بكل أحكامه وقد بلغك عُقوبة ترك هذا الدين.... ، فلا بدّ من أن تُوضع لهم عقوباتٌ صارمة لئلا تسوّل لهم نفوسهم أن يتّخذوا الإسلام لعبة وأن يتّخذوه طريقًا سهلا، الدّخول في الطّريق ليس مثله الرّجوع منه، فالرّجوع صعب، ما دمت قد دخلت فليس لك أن ترجع بالسّهولة ذاتها، ادرس الإسلام حتّى إذا اقتنعت به فاتّبعه، فإذا اتّبعته فلْتكن مخلصًا له".[3]

الخاتمة: وتشمل أهم النتائج والتوصيات

[1] صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب تحريم قتل الكافر أن قال لا إله إلا الله، حديث رقم 155.

[2] انظر المرجع السابق، الصفحات من 22-23.

[3] خطورة الردَّة.. ومواجهة الفتنة، يوسف القرضاوي، www.islamonline.net تاريخ النشر: 28-2-2002.

بعد هذه الرحلة النصّيّة مع الردَّة والمُرتدين، تعريفاً وتبشيعاً لحالهم، وتبيانا لكيفية التعامل معهم على تعدّد أحوالهم، فها هي نتائج البحث تُعلن عن نفسِها ماثلة في هذه الخاتمة التي أسأل الله حُسنها، فكانت النتائج كما يلي:

1. إن المُرتد كائنٌ من لحم ودم، يعيشُ الحياة بأهوائها وشهواتها، بفضائلها ونقائصها، لقد أدرك الإنسان المعاصر، أن من أهم ما يُبحث عنه هو بناء الإنسان وتأسيسه بعمق من خلال الأطر والمناهج التي تُؤسِس النفس الإنسانية المسلمة المتأقلمة مع الواقع المعاش، فالتغييرات يجب أن تكون جذرية شاملة تشمل النظام المدني والسياسي في توازناته العميقة.
2. إن اختلاف الناس سنة كونية، أشار إليها رب العزة في قوله تعالى "ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين، إلا من رحم ربك ولذلك خلقهم"[1]، وفي قوله تعالى "ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين".[2]
3. هذا الاختلاف الكوني القَدَري في الناس لا يعني مطلقا أن الكافر معذور في كفره، وأن الله ضمن له حرية الكفر شرعا، وإنما المراد من الآيات تنبيهُ النبيَ صلى الله عليه وسلم إلى أن عدم استجابة الكفار لدعوته غيرُ خارجة عن السنة الإلهية الكونية، فلا ينبغي الجزع من إعراضهم؛ فإن إطباق الناس على الإيمان غير وارد أصلا، كما قال سبحانه لنبيه "وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين".[3]
4. الردَّة دِلالة على تفكير معوجٍّ، مدفوعٍ بشهوة أو شبهة، إذ لا يرتدّ إنسان من الإسلام المشرق نوره، إلا بغياب حقيقة عنه، أو بانصياعه إلى شهوة شيطانية.
5. المُرتد أسقط نفسه من المقام العالي الذي كان قد ناله بالإسلام، فنال على ذلك التحقير من الوجدان الإسلامي المنطلق من نصوص الوحي.
6. الموقف من المُرتد موقف حاسِم، يبدأ بنزع تكريمه في الوجدان الديني والشعبي الإسلامي، وينتهي بعُقوبة عظيمة، تتمثل بالقتل إذا لم يتب.
7. إن من بدا له أن يكفر بعد إسلامه، ففي إشهاره لردّتَه دعوةٌ للناس إلى الاقتداء به، وهذا في تقدير الشرع خيانة عظمى لله ولرسوله وللمؤمنين، وهي أولى بعقوبة القتل مما أجمعت عليه دساتير العالم اليوم من استحقاق الخائن لوطنه عقوبة الإعدام.
8. إن المُشككين في حَد الردّة ما قالوا ذلك إلا محاولة للتخفيف من حِدة هجمة الغرب على المسلمين، ويبدو أنهم انساقوا خلف دعوات التحرر وحرية العقيدة والرأي وحقوق الإنسان.
9. إن لفظ "التارك لدينه" لفظ عام في كل مرتد وبأي ردة كانت ولا يشترط أن يُصاحب ردته حرباً للإسلام والمسلمين، لأن مجرد ردته عن الإسلام تعتبر خيانة عظمى، وبناءً على ذلك فإن المرتد يُقتل ولو لم يظهر حرباً.

---

[1] سورة هود، آية 118-119.

[2] سورة يونس، آية 99.

[3] سورة يوسف، آية 103.

10. ثبت أن عمر بن الخطاب وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري يقولون بقتل المرتد، وفكرة حبسه التي اشتهرت عنهم هي لتوبته ورجوعه إلى الحق وإن تكررت منه الردة.
11. الذين قالوا أن لا عقوبة للردة حجتهم داحضة واهية، وذلك لمخالفتها صريح الأحاديث الصحيحة.

ويوصي الباحث بعدم طرح هذا الموضوع الحسّاس والخطير والذي يتعلق بثوابت الأمة الكبرى، على الملأ والعَوام والفضائيات ووسائل التواصل الاجتماعي، وليكن مجال الحوار والنقاش فيه بين خواص أهل العلم المشهود لهم بالتقوى والصلاح.

كما ويوصي الباحث بعقد مؤتمرات تجمع أهل الفقه والقانون وتُعرض فيه البحوث التي ترمي إلى تعزيز ما تنطوي عليه الشريعة الإسلامية من أحكام غراء تتعلق بإصلاح الفكر والسلوك تحقيقاً لما يرنو إليه المسلم المعاصر والله تعالى أعلم.

قائمة المصادر والمراجع:

1. القرآن الكريم
2. الإسلام في قفص الاتهام، شوقي أبو خليل، دار الفكر، دمشق، 1992.
3. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، مكتبة الإيمان، المنصورة، ط 1، 1999، تحقيق رضوان جامع رضوان.
4. الأعلام، خير الدين الزر كلي, دار العلم للملايين، بيروت، ط 17.
5. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت،. لبنان،1419.
6. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1996م.
7. التأويل بين ضوابط الأصوليين وقراءات المعاصرين، إبراهيم بويدان، رسالة ماجستير في جامعة القدس، 2001.
8. التشريع الجنائي في الإسلام مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عوده، مكتبة دار التراث، القاهرة، 2005.
9. تفسير التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، بلا ناشر ولا تاريخ نشر.
10. تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن كثير الدمشقي، تحقيق السيد محمد السيد وزملائه، دار الحديث، القاهرة، 2002م.
11. التفسير الكبير، لمحمد بن عمر الشهير بالفخر الرازي، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.
12. تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق محمد عوامة، دار ابن حزم، بيروت، 1999م.
13. تهذيب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد الدكن، الهند، 1325هـ.

14. التوقيف على مهمات التعاريف، لمحمد بن عبد الرؤوف المناوي، تحقيق محمد رضوان الداية، دار الفكر، دمشق، 1990م.
15. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، تحقيق أحمد عبد الرزاق البكري وزملائه، دار السلام، القاهرة، 2007م.
16. تفسير ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1999م.
17. تفسير الطبري، ابن جرير الطبري، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م، المكتبة الشاملة، الإصدار 3.64.
18. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر.
19. حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، المكتبة الشاملة، الإصدار الثالث، 2001م.
20. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
21. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بلا تاريخ.
22. الحاوي الكبير، أبو الحسن الماوردى، دار الفكر، بيروت، المكتبة الشاملة، الإصدار 3.64.
23. الحريات العامة في الإسلام، لمحمد سليم محمد غزوي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بلا تاريخ.
24. حروب الردَّة، محمد أحمد باشميل، دار الفكر، بيروت، 1979م.
25. الحوار سبيل التعايش، ندوة فكرية لدار الفكر بدمشق، أُلقيت كلماتها، وأُجريت نقاشاتها في معرض الكتاب الدائم ببيروت، بتاريخ 1994/5/13م، طبعتها فيما بعد دار الفكر بدمشق، 1995م.
26. خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، لفتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1982م.
27. خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لأحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1979م.
28. سبل السلام شرح بلوغ المرام، الصنعاني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2003م.
29. سنن أبي داود بحكم الألباني، أبو داود السجستاني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1.
30. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
31. سنن النسائي بحكم الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1.
32. سير أعلام النبلاء، المكتبة الشاملة، قسم الرجال والتراجم والطبقات.
33. السيرة النبوية، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري، المكتبة الشاملة، الإصدار 3.64.
34. الشرح الكبير، أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، موقع يعسوب، المكتبة الشاملة.
35. شرح صحيح مسلم، للإمام النووي، بيت الأفكار الدولية.
36. الصارم المسلول على شاتم الرسول، ابن تيمية، المكتبة الشاملة، الإصدار 3.64.
37. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، مكتبة الإيمان، المنصورة، 2003م.
38. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، مكتبة الإيمان المنصورة. 2002م
39. الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي، الدار التونسية للنشر، تونس 1982.

40. العناية شرح الهداية، المرغيناني، المكتبة الشاملة، الإصدار 3.64.
41. فتح الباري في شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، دار مصر للطباعة، ط1.
42. الفجر الساطع على الصحيح الجامع، ناصر الدين الألباني، المكتبة الشاملة، الإصدار 3.64.
43. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987م.
44. لا إكراه في الدين، إشكالية الردَّة والمُرتدين، طه جابر العلواني، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط2، 2006م.
45. لسان العرب محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري, دار صادر بيروت , ط1.
46. المبسوط، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000م
47. المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، ط 2005م، تحقيق د. محمود مطرحي.
48. مختصر العلامة خليل المالكي، خليل بن إسحاق الجندي، تحقيق أجمد جاد، دار الحديث، القاهرة، 2005.
49. مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق ابن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403.
50. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، دار الكتب العلمية، 1999.
51. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، دار الحديث القاهرة، ط2006م
52. المغني، ابن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، دار الحديث، القاهرة، ط2004م.
53. مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث، أبو عمر الشهرزوري، المكتبة الشاملة، الإصدار 3.64.
54. الموافقات، لإبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الخُبَر، 1997م.
55. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الكويتية،
56. موسوعة فقه عمر بن الخطاب، عصره وحياته، محمد رواس قلعجي، دار النفائس، عمان، ط5، 2007.
57. موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، دار القلم، دمشق، ط1 ،1413هـ.
58. الموطّأ، لمالك بن أنس، تحقيق وترقيم وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، بلا تاريخ.
59. الميزان، لعبد الوهاب الشعراني، مطبعة التقدم العلمية، القاهرة، 1321هـ.
60. النسخ في القرآن الكريم، لمصطفى زيد، تعليق وعناية محمد يسري إبراهيم، دار اليسر، القاهرة، 2006م.
61. نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي، الشركة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1963م.
62. نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، الرياض، 1427هـ.

63. الهداية، لعلي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، القاهرة، 2000م.
64. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، دار صادر، بيروت، الموسوعة الشاملة. الإصدار 3.64.

المواقع الإلكترونية:

1- حد الردَّة والإشكال الأصولي، أحمد الريسوني، 28-2-2002. www.islamonline.net
2- خطورة الردَّة ومواجهة الفتنة، يوسف القرضاوي، 28-2-2002. www.al-qaradawi.net
3- طبقات ابن سعد، موقع جامع الحديث، المكتبة الوقفية، http://waqfeya.com
4- عُقوبة الردَّة تعزيراً لا حداً، محمد سليم العوا، **28-2-2002.** www.islamonline.net
5- لا عُقوبة للردَّة وحرية الاعتقاد عماد الإسلام، جمال البنا ، 28-2-2002. www.islamonline.net

استعمال المياه العادمة في رعاية المصالح الزراعية في التشريع الإسلامي

The use of wastewater in the care of agricultural interests in Islamic legislation

أ.إبراهيم ذويب - كلية الآداب- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

Ibrahim Thwaibe - Faculty of Arts - Palestine Ahliya University - Palestine

د. سهيل الأحمد- كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

Dr. Suhail Al-ahmed/ Faculty of Law / Palestine Ahliya University/ Palestine

الملخص:

تناولت هذه الدراسة **استعمال المياه العادمة في رعاية المصالح الزراعية في التشريع الإسلامي**، هادفة إلى التعرف على الاستحالة أسبابها ومدى إمكانية الانتفاع من المياه العادمة في أعمال الزراعة وما ينتج عنها من حيوانات قد يأكلها الإنسان مع أنها تعيش في المياه العادمة، حيث تم الوقوف على أهمية المياه والحفاظ عليها، وتنظيم الأحكام الخاصة بنظافتها والتطهير بها في التشريع الإسلامي، ثم عالجت الدراسة إمكانية الانتفاع من المياه الملوثة والعادمة في أغراض الزراعة وما ينتج عنها من مصالح للإنسان ترتبط بطعامه وشرابه وطهارته ونحو ذلك وهذا من خلال نصوص واضحة وأحكام وتفصيلات وردت في هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: المياه العادمة، الملوثة، الزراعة، الفقه الإسلامي، الموارد الطبيعية، البيئة.

ABSTRACT: This study dealt with the use of wastewater in the care of agricultural interests in Islamic legislation, aiming to identify the impossibility, its causes, and the possibility of benefiting from wastewater in agricultural work and the resulting animals that humans may eat even though they live in wastewater. And preserving it, organizing the provisions related to its cleanliness and purification in Islamic legislation, then the study dealt with the possibility of benefiting from polluted and waste water for the purposes of agriculture and the resulting interests of man related to his food, drink, purification, and so on, and this through clear texts, provisions and details contained in this study.

Key words: Waste water, polluted water, agriculture, Islamic jurisprudence, natural resources, environment.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد؛

فإن النصوص الشرعية قد أظهرت كيف أن الله عز وجل قد جعل الماء حياة لكل شيء حيث قال سبحانه: " وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاء كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ" (الأنبياء :30)؛ ولأجل هذا الأمر فقد اهتمت التشريعات الإسلامية بتنظيم الأحكام المتعلقة بالماء، وهذا لاعتباره المؤثر في بقاء الحياة البشرية، واستمرار حياة للثروة الحيوانية، ورعاية الثروة النباتية، ولما له من أهمية بالغة ترتبط بعمود الدين الإسلامي المتمثل بفريضة الصلاة التي لا يصح القيام بها أو الشروع في ذلك إلا من خلال الطهارة والوضوء وهذا أمر لا يمكن فيه العمل والتطبيق إلا باستعمال المياه التي لا بد فيه من معرفة للأحكام والتصورات من الناحية الشرعية والصحية.

إن التشريعات الإسلامية قد جعلت للمياه أحكامًا خاصة تتعلق بها من حيث طهارتها ونجاستها وبالتالي تقرير مسألة الانتفاع بها من خلال وسائل تقليدية أو غير تقليدية وهذا بهدف الانتقال بالماء من صفة النجاسة والقذارة إلى حكم الطهارة والنظافة التي تعد من المباديء المؤثرة في شرعية العبادات ومشروعيتها،

وهذا ما سيتم تناوله في هذه العجالة العلمية التي ستقف على موضوعات البحث ومتعلقاته العلمية والدلالية بدراسة أقوال الفقهاء، والمجامع الفقهية وفتاوى مؤسسات الإفتاء الرسمية في الدول الإسلامية بخصوص مسألة ري المزروعات والمظاهر البيئية باستعمال المياه العادمة بعد تكريرها، وهو ما سيتم تناوله في هذا البحث تحت عنوان: "**استعمال المياه العادمة في رعاية المصالح الزراعية في التشريع الإسلامي**".

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع بالبيئة الطبيعية، والموارد التي لا بد من حمايتها وتحقيق فلسفة الرعاية والحماية لها من حيث الماهية والتفصيلات الحاصلة وفق المفهوم الشرعي.
2. إظهار أهمية الوقوف على التشريعات الإسلامية والفقهية التي تحدثت عن رعاية البيئة الموارد الزراعية وعالجت موضوعات ذلك من حيث الوصف والتأصيل.
3. بيان أن معرفة النصوص الشرعية الخاصة برعاية الموارد الزراعية والطبيعية والمياه مسألة مهمة للباحثين والمختصين من خلال ما تعالجه من ثوابت رعاية المصالح الزراعية ومستجدات ذلك في الواقع المعاش.
4. مساس هذا الموضوع بالواقع المعاصر، وأهمية ما يرتبط به من مقاربات موضوعية توجب على الدراسات الشرعية أن تقف على هذه المسائل بهدف المعالجة العلمية.
5. تناول جزئيات الفقه الإسلامي ودراستها دراسة معاصرة والمحاولة في إيجاد حلول وإجابات لكل ما تطرحه المجتمعات من تساؤلات وإشكالات.

أهداف البحث:

وهي متمثلة بما يأتي:

1. تحديد ماهية الاستحالة وبيان كيفية حفظه المصادر المائية والزراعية ورعاية ذلك للوصول إلى الموقف الشرعي المتعلق بذلك.
2. بيان كيف تكون أسباب الاستحالة وإمكانية حفظ حقوق الكائنات الحية في الشرب والانتفاع من المياه في المفهوم الشرعي.
3. دراسة ما يرتبط بموضوعات الانتفاع من المياه العادمة في المصالح الزراعية في الفقه الإسلامي من أجل الوقوف على هذه القضية بدقة ووضوح.

مشكلة/ أسئلة البحث:

وهي متمثلة بأمور هي:

1. ما مفهوم الاستحالة وأسبابها في الفقه الإسلامي؟
2. ما هي مظاهر رعاية المياه وطبيعة استخدامها في الفقه الإسلامي؟

3. هل يوجد نصوص وتشريعات فقهية عالجت مسألة رعاية المصالح الزراعية والانتفاع من المياه العادمة في ذلك أم لا؟
4. ما هي المظاهر الخاصة بتحقيق مصلحة المجتمعات من خلال حفظ المياه في رعاية الموارد الزراعية في الفقه الإسلامي؟
5. كيف يكون الانتفاع من المياه العادمة وما يقتات عليها من كائنات حية في الفقه الإسلامي؟

منهجية البحث:

ولقد كان منهج الباحثين كالآتي:

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان ماهية الاستحالة والانتفاع من المياه العادمة والأحكام الخاصة به، وكذلك النصوص الشرعية والفقهية المتعلقة بذلك، ومن ثم تحليل هذه النصوص بهدف الوقوف على المنظور الشرعي لمتعلقات البحث.
2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث.

محتوى البحث:

وقد جاءت هذه الدراسة - إضافة للمقدمة والخاتمة - في أربعة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: أهمية الماء وطبيعة الاهتمام بنظافته من منظور شرعي

المبحث الثاني: مظاهر المحافظة على المياه وتحسين طرق استخدامها من الأمور التي حث عليها الإسلام

المبحث الثالث: استحالة المياه النجسة ومنها المياه الملوثة (العادمة) إلى طاهرة عند الفقهاء

المبحث الرابع: استعمال المياه العادمة في الزراعة ونحوها من منظور شرعي

وأخيراً : فهذا غاية جهد الباحثين، فإن كان ثم توفيق فبفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير ونستغفر الله العظيم.

المبحث الأول: أهمية الماء وطبيعة الاهتمام بنظافته من منظور شرعي

ويتجلى بيان أهمية الماء وتنظيم العلاقة مع نظافته وغيره من الموارد الطبيعية ونحو ذلك في أمور بيانها فيما يأتي:

المطلب الأول: أهمية المياه في الإسلام

الماء نعمةٌ من الله عظيمةٌ حيث به تدوم الحياة وتعيش الكائنات وتخضر الأرض وتنبت من كل زوج بهيج؛ وهو عنصر الحياة وسبب البقاء، كما في قوله تعالى: (وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ أَفَلا يُؤْمِنُونَ) [1]. وبالماء تطيب النفوس وتتفاءل الأرواح وتنشر الرحمة؛ قال تعالى: (وَهُوَ الَّذِي يُنَزِّلُ الْغَيْثَ مِنْ بَعْدِ مَا قَنَطُوا وَيَنشُرُ رَحْمَتَهُ وَهُوَ الْوَلِيُّ الْحَمِيدُ) [2].

والماء أصل المعاش وسبيل الرزق، يقول عمر رضي الله عنه: "أينما كان الماء كان المال"، وهو عماد اقتصاد الدول، ومصدر رخائها، وبتوافره تتقدم وتزدهر، وبشح موارده تحل الكوارث والنكبات، قال تعالى: (قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ أَصْبَحَ مَاؤُكُمْ غَوْراً فَمَنْ يَأْتِيكُمْ بِمَاءٍ مَعِينٍ) [3]. وعن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إِنَّ أَوَّلَ مَا يُسْأَلُ عَنْهُ يَوْمَ القِيَامَةِ، يَعْنِي العَبْدَ مِنَ النَّعِيمِ، أَنْ يُقَالَ لَهُ: أَلَمْ نُصِحَّ لَكَ جِسْمَكَ، وَنُرْوِيَكَ مِنَ الْمَاءِ البَارِدِ).

إن المتتبع لآيات القرآن الكريم، يلحظ عناية واضحة بالماء، حيث ورد ذكره في القرآن الكريم ثلاثًا وستّين مرة [4]، ومن هنا فقد برزت أهمية الماء من خلال عدة أمور هي:

أولاً: الماء مصدر للشرب، لا يستغني عنه إنسان، أو حيوان، أو نبات، يقول الله تعالى : "وَهُوَ الَّذِي أَرْسَلَ الرِّيَاحَ بُشْرًا بَيْنَ يَدَيْ رَحْمَتِهِ وَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاء مَاء طَهُورًا لِنُحْيِيَ بِهِ بَلْدَةً مَّيْتًا وَنُسْقِيَهُ مِمَّا خَلَقْنَا أَنْعَامًا وَأَنَاسِيَّ كَثِيرًا "[5]، أي: وليشرب منه الحيوان، من أنعام، وأناسي، محتاجين إليه غاية الحاجة؛ لشربهم، وزروعهم، وثمارهم.[6]

ثانياً: الماء متطلّب لازم للنظافة، وبعض العبادات تشترط الطهارة لصحتها، ومن معاني الطهارة لغة: النقاء من الدنَس، وشرعًا: النظافة عن النجاسة حقيقية كانت وهي الخَبث (عين مستقذرة شرعًا)، أو حكمية وهي الحدث، وهو: وصفٌ شرعي يحلّ في الأعضاء فيزيل الطهارة [7]، ويشمل الحدث الأصغر الذي يزيل

---

[1]– الأنبياء/ 30

[2]– الشورى/ 28

[3]– الملك/ 30

[4]– انظر، السروري، أحمد: الماء والإنسان والكون ط. 1 ،القاهر، عالم الكتب، 1428 – هـ 2008م، 58

[5]– الفرقان : 48–49

[6]– ابن كثير، إسماعيل بن عمر: تفسير ابن كثير ، بلا رقم طبعة. بيروت، دار الفكر، 1401هـ، (322/3).

[7]– نظر: المقري، أحمد بن محمد بن علي: المصباح المنير . ، ط1 .بيروت: المكتبة العلمية، لم يذكر تاريخ ال نشر، كتاب الطاء ، ماد ة طهر ، 379/2 .

الوضوء، والحدث الأكبر الذي يزول بالغسل.[1] ولا يصار إلى غير الماء إلّا عند فقده، أو تعذّر استعماله لسبب شرعي.

ثالثاً: الماء مكون أساسي للبيئة، وضروري لاستمرار الحياة، ونشاطات البشر الزراعية والصناعية وغيرها، كما أنّه سبب الخُضرة، والنضارة، والمتعة، والرفاهية، والنعيم .[2]

المطلب الثاني: اهتمام التشريع الإسلامي بمبدأ النظافة والطهارة بشكل عام

إن نظام النظافة والطهارة يعد من المباديء الأساس والقضايا الجوهرية المؤثرة في تكوين النظام الإسلامي في جانب العبادات ومستلزماتها من الموارد الطبيعية والزراعية، وبالتالي فقد كان ذلك من المحددات التي لا يمكن إهمالها أو التجاوز عنها، أو حتى الابتعاد عن معرفتها والاهتمام بها، فالنظافة والطهارة وفق المنظور الشرعي من المكونات الأساس في الإسلام حيث يرتبط ذلك بعقيدة المسلم التي تلزمه تطبيق أبعادها الدينية إضافة إلى أبعادها القيمية والحضارية، من حيث الحرص على تطبيق ذلك لدى ثقافات المجتمعات الإنسانية بعمومها وخصوصها، امتثالًا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الإيمان بضع وسبعون شعبة فأفضلها: قول لا إله إلا الله وأدناها: إماطة الأذى عن الطريق والحياء شعبة من الإيمان"[(3)]. حيث عد النبي صلى الله عليه وسلم النظافة نصف الإيمان عندما قال: "الطهور شطر الإيمان، والحمد لله تملأ الميزان، وسبحان الله والحمد لله تملآن " أو تملأ " ما بين السماء والأرض، والصلاة نور، والصدقة برهان، والصبر ضياء، والقرآن حُجه لك أو عليك، كل الناس يغدو فبايع نفسه فمعتقها أو موبقها[(4)].

وبخصوص هذا الأمر يظهر لدينا أنه لا يصح إسلام المرء إلا بمعرفة متعلقات النظافة ومكوناتها المحورية في بناء العبادة الشرعية وبالتالي تحقيقها وكذلك قبولها في حياة المسلم وعباداته، فالطهارة

---

[1]– مصطفى، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، باب: الحاء، مادة حدث، 160/1.

[2]– الزواوي، خالد محمد، الماء الذهب الأزرق في الوطن العربي، ط1. القاهرة: مجموعة النيل العربية، 2004م، (69) .

[3] – البخاري، محمد بن إسماعيل، الصحيح، كتاب الإيمان، باب أمور الإيمان، برقم 9، بيت الأفكار الدولية، عمان، 2004، د.ط. مسلم، ابن الحجاج النيسابوري، الصحيح، كتاب الإيمان، باب شعب الإيمان، برقم 35، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ت، د.ط.

[4] – مسلم، ابن الحجاج النيسابوري، الصحيح، كتاب الطهارة، باب فضل الوضوء، برقم 360.

والنظافة المرتبطة بها تعد شرطًا لصحة الصلاة ومن لم يحققها في ذلك فلن تصح صلاته، ولا يمكن أن تنتظم عباداته إلا إذا كانت الطهارة من العوامل المؤثرة في الفهم والسلوك والفكر والتطبيق، ولهذا فإن الواجبات والمستحبات الشرعية التي طلب من المسلمين إعمالها في عباداتهم ترمي إلى إصابة هدفين وتحقيق غايتين في آن واحد: أولهما غاية دينية وثانيهما غاية صحية[1].

وهو ما يحرص عليه في بناء التصور الشرعي للعلاقة مع الماء وبناء مبدأ الحفاظ عليه وعلى الموارد الطبيعية وكذلك الزراعية بأن تكون نقية صالحًة للاستعمال والتعامل من الناحية الشرعية والصحية.

المبحث الثاني: مظاهر المحافظة على المياه وتحسين طرق استخدامها من الأمور التي حث عليها الإسلام

ويظهر ذلك من خلال أمور هي فيما يأتي:

المطلب الأول: تحسين طرق استخدام المياه في التشريع الإسلامي

جاء التشريع الإسلامي بمبدأ زرع فلسفة المسؤولية الإيجابية لدى الأفراد والجماعات تجاه الموارد الطبيعية وذلك من خلال العمل على رعايتها بتقرير المبدأ القائل: "كلكم راع، ومسؤول عن رعيته..."[2]. حيث جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم تنظيف الطرق والأماكن من المستقذرات وإبعاد الأذى عنها، من الأمور المحصلة للثواب، فعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (يميط الأذى عن الطريق صدقة)[3]. ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الإيمان بضع وسبعون أو بضع وستون شعبة، فأفضلها قول لا إله إلا الله، وأدناها إماطة الأذى عن الطريق، والحياء شعبة من الإيمان)[4]. وهذا لإعمال قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن الله كتب الإحسان على كل شيء...)[5]. ومن الإحسان المحافظة على الموارد الزراعية والبيئة الطبيعية .

---

[1] – الثبيتي، علي بن جابر وادع، الوقاية الصحية في الإسلام. مجلة الداعي الشهرية الصادرة عن دار العلوم ديوبند ، المحرم – صفر 1439 هـ = سبتمبر – نوفمبر 2017م، العدد: 1 – 2، السنة: 42، برابط: http://www.darululoom-deoband.com/

([2]) **صحيح البخاري**، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: العبد راعٍ في مال سيده، ولا يعمل إلا بإذنه، الحديث رقم 2409، صفحة 412.

([3]) **صحيح البخاري**، كتاب المظالم، باب: إماطة الأذى، الحديث رقم 2827، صفحة 423.

([4]) **صحيح مسلم بشرح النووي**، كتاب الإيمان، باب: بيان عدد شعب الإيمان وأفضلها وأدناها وفضيلة الحياء وكونه من الإيمان، الحديث رقم 58 (35)، الجزء الأول، صفحة 218.

([5]) **صحيح مسلم بشرح النووي**، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب: الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة، الحديث رقم 57 (1955)، الجزء السابع، صفحة 94.

وبشأن المحافظة على المياه فقد جاء الإسلام بوجوب الاقتصاد في استعمال المياه، وتجنب الإسراف في استخدامها، حيث قال اللهُ تعالى: (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ)[1]، ولتأكيد معنى الاقتصاد في استعماله أن النبي صلى الله عليه وسلم: (كان يَغْتَسِلُ بِالصَّاعِ، وَيَتَوَضَّأُ بِالْمُدِّ)[2]، وفي رواية: "كَانَ يَغْتَسِلُ، بِالصَّاعِ إِلَى خَمْسَةِ أَمْدَادٍ، وَيَتَوَضَّأُ بِالْمُدِّ". وجاء رجل إلى ابن عباس رضي الله عنهما، فقال: (يا ابن عباس كَمْ يَكْفِينِي مِنَ الوُضُوءِ؟ قَالَ: مُدٌّ. قَالَ: كَمْ يَكْفِينِي لِلغُسْلِ؟ قَالَ: صَاعٌ، قَالَ: فَقَالَ الرَّجُلُ: لَا يَكْفِينِي. قَالَ: لَا أُمَّ لَكَ " قَدْ كَفَى مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْكَ، رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)[3]. وروي أنه: (جَاءَ أَعْرَابِيٌّ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْأَلُهُ عَنِ الْوُضُوءِ، فَأَرَاهُ الْوُضُوءَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا، ثُمَّ قَالَ: هَكَذَا الْوُضُوءُ، فَمَنْ زَادَ عَلَى هَذَا فَقَدْ أَسَاءَ وَتَعَدَّى وَظَلَمَ)[4].

وبخصوص منع ضياع المياه وعدم تسريبها صدرت فتوى عن دائرة الإفتاء الأردنية تحت رقم: 3290[5]، تتعلق بتبليغ الجهات المختصة عن تسريب المياه في الأماكن العامة، وفيها: " المجتمع المسلم تتكامل فيه المسؤولية المتعلقة بالمصالح العامة، ويستشعر كل فرد فيه ثقل الأمانة التي يتحملها تجاه أسباب الصلاح وموارد الحياة، ومن شواهد هذا العموم قوله تعالى: (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ)[6]؛ فكل ما كان من الخير والمعروف مطلوب من المسلم الأمر به، والدعوة إليه، والتمسك به، فالمؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضًا، فعلى كل فرد في المجتمع أن يراعي المصالح الكلية لمجتمعه، ويحرص على المحافظة عليها. ولا ريب أن الماء فيه قوام الحياة، ووجوده والمحافظة عليه من الهدر ركيزة من ركائز أمن المجتمع، وأسباب العيش الأساسية التي أكرم الله عز وجل بها الإنسان، وأمره بصيانتها وشكرها. وعليه؛ فإن التبليغ والتواصل مع الجهات المختصة في حال حصول خلل أو تسريب في شبكات تزويد المياه واجب مجتمعي وفرض كفائي؛ لما فيه من تحقيق معنى تحمل المسؤولية ووجوب دفع المفسدة، وجلب

---

1 – الأعراف، 31.

2 – رواه أحمد ومسلم

3 – رواه أحمد

4 – رواه النسائي

5 – **فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، برقم 3290،** https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId

6 – آل عمران/ 104

المصلحة، وهو من التعاون على الخير والنصح للعامة. قال عليه الصلاة والسلام: (الدِّينُ النَّصِيحَةُ. قُلْنَا: لِمَنْ؟ قَالَ: لِلَّهِ وَلِكِتَابِهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ)"[1].

المطلب الثاني: مظاهر الاهتمام بالمصادر المائية في النصوص الشرعية

إن إهمال صيانة الموارد الطبيعية التي تعتمد عليها الزراعة يؤثر في استقرار أنظمة الأغذية في المستقبل، وفي توفير متطلبات الحياة من معدات ومتعلقات. ولهذا فإن ترشيد استهلاك الموارد والثروات الطبيعية يُعَدّ من أهم الوسائل العملية لحماية البيئة، والمحافظة عليها. حيث اهتمت التشريعات الإسلامية بذلك فحثّت على الاعتدال في جميع شؤون الحياة، وهذا حتى لا يؤدي ذلك إلى قصور وسائل الإنتاج في توفير المتطلبات الضرورية والحاجية للمجتمعات. وتحفل النصوص الإسلامية بمظاهر تحث على حماية الموارد الطبيعية والزراعية ومن ذلك:

حماية المصادر المائية من التلوث، حيث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التبول في الماء الراكد حفاظا على سلامة الماء من التلوث؛ فقد روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه: (نهى أن يُبال في الماء الراكد)[2]. وقال عليه الصلاة والسلام: (لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لا يجري، ثم يغتسل فيه)[3]. ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اتقوا الملاعن الثلاث: البراز في الموارد، وقارعة الطريق، والظل)[4]. وعنه صلى الله عليه وسلم قال: (اتقوا اللعانين). قالوا: وما اللعانان يا رسول الله؟ قال: (الذي يتخلى في طريق الناس أو في ظلهم)[5]. وهذا لأجل المحافظة على سلامة الطرق وأماكن الظل كالحدائق العامة ونحو ذلك.

---

[1] – الزعبي، **محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث**، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId

([2]) **صحيح مسلم**، كتاب الطهارة، باب النهي عن البول في الماء الراكد، الحديث رقم 94 (281)، الجزء الثاني، صفحة 162.

([3]) **صحيح البخاري**، كتاب الوضوء، باب: البول في الماء الدائم، الحديث رقم 239، صفحة 58: 59. وانظر: **صحيح مسلم**، كتاب الطهارة، باب النهي عن البول في الماء الراكد، الحديث رقم 95 (282)، **الجزء الثاني**، صفحة 162.

([4]) **سنن أبي داود**، كتاب الطهارة، باب: المواضع التي نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن البول فيها، الحديث رقم 26، صفحة 9.

([5]) **صحيح مسلم بشرح النووي**، كتاب الطهارة، باب النهي عن التخلي في الطرق والظلال، الحديث رقم 68 (269)، الجزء الثاني، صفحة 140.

ومن النصوص أيضًا بيان أنه لا يقبل هدر المصادر المائية حيث روي أنه: كان النبي صلى الله عليه وسلم يغسل - أو كان يغتسل - بالصاع إلى خمسة أمداد، ويتوضأ بالمدّ)[1]. وروي أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله: كيف الطُّهور؟ فدعا بماء في إناء، فغسل كفيه ثلاثاً، ثم غسل وجهه ثلاثاً، ثم غسل ذراعيه ثلاثاً، ثم مسح برأسه، فأدخل إصبعيه السباحتين في أذنيه، ومسح بإبهاميه على ظاهر أذنيه، وبالسباحتين باطن أذنيه، ثم غسل رجليه ثلاثاً ثلاثاً، ثم قال: (هكذا الوضوء، فمن زاد على هذا أو نقص، فقد أساء وظلم)، أو (ظلم وأساء)[2]. فهذا يدل على كراهة الإسراف في الماء وقيل: إنه مكروه كراهة تنزيه[3].

ولضبط التصرفات العقدية بين الناس بخصوص موارد المياه فقد "نَهَى النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ"[4]. والمقصود أنه: "نهى عن بيعه قبل أن يحرز. والإحراز لا يكون إلا في الأوعية والآنية، فأما الآبار والأحواض فلا"[5]. وروي أيضًا أنه: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء"[6].

ولذلك فقد جاءت النصوص الشرعية بتنظيم استخدام الموارد الطبيعية فقد روي أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند النبي صلى الله عليه وسلم في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرّح الماء يمر. فأبى عليه. فاختصما عند النبي صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير: "اسْقِ يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك"، فغضب الأنصاري، فقال: أن كان ابن عمتك؟، فتلوّن وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم قال: "اسق يا زبير، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر". فقال الزبير: والله إني لأحسب أن هذه الآية نزلت في ذلك: فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم...."[7]

([1]) **صحيح البخاري**، كتاب الوضوء، باب: الوضوء بالمد، الحديث رقم 201، صفحة 54.

([2]) **سنن أبي داود**، كتاب الطهارة، باب: الوضوء ثلاثاً ثلاثاً، الحديث رقم 135، صفحة 25.

([3]) **نيل الأوطار**، محمد بن علي الشوكاني، دار الجيل، بيروت، الجزء الأول، صفحة 250.

([4]) **سنن الترمذي**، كتاب البيوع عن رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وسَلَّم، باب: مَا جَاءَ في بيع فضل الماء، الحديث رقم 1271، صفحة 302.

([5]) **الخراج**، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، تحقيق: د. محمد إبراهيم البنا، دار الاعتصام، القاهرة، صفحة 97.

([6]) **صحيح مسلم بشرح النووي**، كتاب المساقاة، باب تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ وتحريم منع بذله وتحريم بيع ضراب الفحل، الحديث رقم 34 (1565)، الجزء الخامس، صفحة 390.

([7]) **صحيح البخاري**، كتاب المساقاة، باب: سكر الأنهار، الحديث رقم 2359- 2360، صفحة 404. **صحيح مسلم**، كتاب الفضائل، باب: وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم، الحديث رقم 129 (2357)، الجزء الثامن، صفحة 95: 96. "شِراج الحرة: جمع شَرْج، وشرجة، مسيل الماء، وإنما أضيفت إلى الحرة لكونها فيها، والحرة موضع معروف بالمدينة، وحتى يرجع إلى الجدر، أي: يصير إليه، والجَدْر: الحواجز التي تحبس الماء، انظر: **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ابن حجر العسقلاني، الجزء الخامس، صفحة 44: 46.

المبحث الثالث: استحالة المياه النجسة ومنها المياه الملوثة (العادمة) إلى طاهرة عند الفقهاء

ويتجلى بحث ذلك في بيان حقيقة الاستحالة والحديث عن أسبابها ومن ثم الوقوف على حكمها وذلك فيما يأتي:

المطلب الأول: حقيقة الاستحالة وأسبابها في المفهوم الشرعي

الاستحالة هي: تغير العين وانقلاب حقيقتها إلى حقيقة أخرى كانقلاب الخمر خلًا والخنزير ملحًا والسرجين رمادًا، أو هي: تغير يحصل في العين النجسة يؤدي إلى زوال أعراضها وتبدل أوصافها كالخمر ينقلب خلاً ونحو ذلك، وقيل: هي إزالة صفات العين النجسة إلى صفات أخرى، وهي كذلك زوال صفة طارئة على عين[1]. والاستحالة في الأصل انقلاب الشيء بذاته وبفعل طبيعي إلى شيء آخر، دون أن يكون ذلك بفعل فاعل، ولكن الاستحالة قد تطلق على تحويل الشيء إلى شيء آخر بفعل فاعل أي بغير الأفعال الطبيعية الفطرية، وذلك لأن النتيجة في المحصلة واحدة يتم تغيير الشيء فيها إلى شيء آخر، ولكن هل إن الاستحالة مرتبطة بشيء واحد محدد أم بعدة أمور وأسباب؟

إن الناظر في طبيعة الاستحالة يجد أنها تتعلق بعدة أسباب منها ما يأتي[2]:

التخلل والتخليل: كتحول الخمر إلى خل، إما بفساد طبيعتها الأولى بصورة تلقائية، أو بوضع مادة أخرى فيها مثل الخل ذاته أو الخميرة أو غيرهما، أو بنقلها من الظل إلى الشمس أو العكس، أو بغير ذلك من الوجوه.

النار: كاحتراق العين النجسة وتحولها إلى رماد، وكصيرورة الطين النجس فخارًا، والزبيب المتنجس دبسًا، بالطبخ والغليان.

الاستهلاك والمكاثرة: كوقوع العين النجسة في مادة طاهرة فتندثر وتفنى فيها بجميع أجزائها وعناصرها، وتنقلب مادة طاهرة كسقوط ميتة أو خنزير في ملاحة وانقلابها ملحًا، ومثل ذلك: سقوط نجاسة قليلة في مائع طاهر يغلب عليها ويجعلها منه.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، 210/1، والحطاب، مواهب الجليل، 97/1، الرملي، نهاية المحتاج، 248/1، البهوتي، كشاف القناع، 187/1، ابن حزم، المحلى، 166/1.

(2) الروكي، محمد، أثر الاستحالة في تطهير المواد المنجسة وحليتها، دعوة الحق، مجلة شهرية تعنى بالدراسات الإسلامية وبشؤون الثقافة والفكر أسست سنة 1957، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، https://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item ، العدد 334 ذو الحجة 1418/ أبريل 1998

الاختلاط بالأرض والتقادم والتعرض للعوامل الطبيعية: كوقوع النجاسة في الأرض وانقلابها ترابًا بعد مدة، أو انقلابها إلى أجزاء من النبات والشجر، أو انقلابها إلى طين يابس أو كتعرضها أو تعريضها زمانًا لفعل الشمس والمطر والريح فتستحيل إلى مادة أخرى طاهرة.

الدباغ: كدبغ جلود الميتة فإنه يحيلها إلى مواد طاهرة تصلح للفراش واللباس والانتعال واستيعاب الأشياء، وغير ذلك من وجوه الاستعمال.

العمل الكيماوي: وهو أوسع هذه الأسباب وأشدها تأثيرًا في عملية الاستحالة اليوم. وأعني به أن تتحول العين النجسة إلى عين أخرى بفعل كيماوي، يمكن الكيميائيين من تحويل بعض المواد النجسة إلى مواد طاهرة، وبالأحرى رد المواد المتنجسة إلى أصلها وحال طهارتها. برصد مادة النجاسة وتجميع عناصرها وفرزها عما سواها لتنفك عنه. ويدخل في هذا الباب من الأمثال القديمة: الخمر إذا صارت مادة جامدة فقد ذكرها خليل المالكي معطوفة على الطاهرات. وكذلك انقلاب العين النجسة إلى صابون[1]

المطلب الثاني: حكم الاستحالة في الفقه الإسلامي

ومسألة الاستحالة فيها خلاف بين العلماء على قولين[2]:

القول الأول: أن نجس العين يطهر بالاستحالة وهو مذهب الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد وهو مذهب الظاهرية[3]. واستدلوا بما يأتي:

أ- أن عين النجاسة قد زالت واستحالت فلم يبق لها أثر فينبغي أن ينتفي حكمها، لأنها صارت من الطيبات، والله تعالى يقول: "ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث". قال ابن حزم: (إذا استحالت صفات عين النجس أو الحرام فبطل عنه الاسم الذي به ورد ذلك الحكم وانتقل إلى اسمٍ آخر وارد على حلالٍ طاهر فليس هو ذلك النجس ولا ذلك الحرام، بل قد صار شيئاً آخر ذا حكم آخر) .

---

(1) الروكي، محمد، أثر الاستحالة في تطهير المواد المنجسة وحليتها، دعوة الحق، مجلة شهرية تعنى بالدراسات الإسلامية وبشؤون الثقافة والفكر أسست سنة 1957، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، https://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item ، العدد 334 ذو الحجة 1418/ أبريل 1998

(2) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي: 6 / 290، والمجموع للنووي: 2 / 579. المغني لابن قدامة : 10 / 338، ابن عابدين، رد المحتار، 210/1، والحطاب، مواهب الجليل، 97/1، الرملي، نهاية المحتاج، 248/1، البهوتي، كشاف القناع، 187/1، ابن حزم، المحلى، 166/1. وانظر: إدريس، عبد الفتاح، أثر استحالة الأعيان النجسة على حكمها حلًا وحرمة، ص48، مجلة البحوث الإسلامية، السنة السابعة، العدد 63، يناير، 2021. دار المنظومة، 2022.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، 210/1، والحطاب، مواهب الجليل، 97/1، الرملي، نهاية المحتاج، 248/1، البهوتي، كشاف القناع، 187/1، ابن حزم، المحلى، 166/1.

ب- القياس على ما يطهر بالاستحالة كالمسك فإنه طاهر مع أنه من الدم، لأنه استحال عن جميع صفات الدم، والخمرة تطهر إذا انقلبت بنفسها خلاً، والدم يصبح منياً، والعلقة تصبح مضغة، ولحم الجلالة الخبيث يصبح طيباً إذا علف الطيب، وما سقي بنجس إذا سقي بالماء الطاهر، والجلد يصبح طاهراً بعد الدبغ.

قال ابن تيمية (رحمه الله): وتنازعوا فيما إذا صارت النجاسة ملحاً في الملاحة أو صارت رماداً، أو صارت الميتة والدم والصديد تراباً كتراب المقبرة فهذا فيه خلاف، ثم قال: والصواب أن ذلك كله طاهر إذ لم يبق شيء من النجاسة لا طعمها ولا لونها ولا ريحها[1]. وقال ابن قدامة: يتخرج أن تطهر النجاسات كلها بالاستحالة[2].

القول الثاني: أن النجاسة العينية لا تطهر بالاستحالة وهو قول الشافعي وأحد القولين في مذهب مالك وهو إحدى الروايتين في مذهب أحمد[3]. واستدلوا بما يأتي:

أ- أن النجاسة لم تحصل بالاستحالة فلم تطهر بها كالدم إذا صار قيحاً وصديداً.

ب- واحتياطاً للشك في النجاسة.

ج- ولأن الأجزاء الجديدة هي تلك الأجزاء السابقة للنجاسة.

د- قياساً على الجلالة فمع أن النجاسة استحالت لم يحكم بطهارتها. ونوقش هذا بأن النجاسة قد زالت، وأما الجلاّلة فإنها تطهر بإطعامها الطاهر.

ورجح القول الأول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله أن نجس العين يطهر بالاستحالة، حيث قال: "العين النجسة الخبيثة إذا استحالت حتى صارت طيبة كغيرها من الأعيان الطيبة مثل أن يصير ما يقع في الملاحة من دم وميتة وخنزير ملحاً طيباً كغيرها من الملح أو يصير الوقود رماداً ونحو ذلك ففيه للعلماء قولان:

أحدهما: لا يطهر كقول الشافعي وهو أحد القولين في مذهب مالك وهو المشهور عن أصحاب أحمد وإحدى الروايتين عنه. والرواية الأخرى: أنه طاهر وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك في أحد القولين وإحدى الروايتين عن أحمد ومذهب أهل الظاهر وغيرهم: أنها تطهر وهذا هو الصواب المقطوع به فإن هذه الأعيان

---

(1) ابن قدامة، المغني، 72/1، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 72/21.

(2) ابن قدامة، المغني، 72/1.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 97/1، الرملي، نهاية المحتاج، 248/1، البهوتي، كشاف القناع، 187/1، ابن قدامة، المغني، 72/1، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 68/21.

لم تتناولها نصوص التحريم لا لفظاً ولا معنى فليست محرمة ولا في معنى المحرم فلا وجه لتحريمها بل تتناولها نصوص الحل فإنها من الطيبات وهي أيضاً في معنى ما اتفق على حله فالنص والقياس يقتضي تحليلها"[1].

وقال ابن عثيمين: "إزالة النجاسة ليست مما يُتعبد به قصداً أي أنها ليست عبادة مقصودة وإنما إزالة النجاسة هو التخلي من عين خبيثة نجسة فبأي شيء أزال النجاسة وزالت وزال أثرها فإنه يكون ذلك الشيء مطهِّراً لها سواء كان بالماء أو بالبنزين أو أي مزيل يكون فمتى زالت عين النجاسة بأي شيء يكون فإنه يُعتبر ذلك تطهيراً لها حتى إنه على القول الراجح الذي اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية لو زالت بالشمس والريح فإنه يطهر المحل لأنها كما قلت: هي عين نجسة خبيثة متى وجدت صار المحل متنجِّساً بها ومتى زالت عاد المكان إلى أصلة أي إلى طهارته فكل ما تزول به عين النجاسة وأثرها ... فإنه يكون مطهِّراً لها".

وقال أيضاً: (ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن الشمس تطهر المتنجس إذا زال أثر النجاسة بها وأن عين النجاسة إذا زالت بأي مزيل طهر المحل وهذا هو الصواب لما يلي:

1- أن النجاسة عين خبيثة نجاستها بذاتها فإذا زالت عاد الشيء إلى طهارته.

2- أن إزالة النجاسة ليست من باب المأمور بل من باب اجتناب المحظور فإذا حصل بأي سبب كان ثبت الحكم، ولهذا لا يشترط لإزالة النجاسة نية فلو نزل المطر على الأرض المتنجسة وزالت النجاسة طهرت ولو توضأ إنسان وقد أصابت ذراعه نجاسة ثم بعد أن فرغ من الوضوء ذكرها فوجدها قد زالت بماء الوضوء فإن يده تطهر ...)

المبحث الرابع: استعمال المياه العادمة في الزراعة ونحوها من منظور شرعي

وبناء على ما جاء في المحور الثالث في حكم استحالة المياه النجسة ومنها المياه الملوثة (العادمة) إلى طاهرة عند الفقهاء فإن الراجح في ذلك أن المياه العادمة ومياه الصرف الصحي تعد طاهرة إذا زالت النجاسة تماماً لزوال أوصافها وهي اللون والطعم والرائحة، حيث تعود المياه إلى أصلها وهو الطهورية وإن كان ينبغي للمسلمين اجتنابها اكتفاءً بالمياه الأخرى ما وجدوا إلى ذلك سبيلاً احتياطاً، ولأن النفس قد تعاف تلك المياه وتستقذرها، وبالتالي فإنه يجوز استعمال هذه المياه المعالجة والعائدة إلى طهوريتها في الزراعة، وهذا ما أفتنت به دور الإفتاء كالإفتاء الأردنية، والمجامع الفقهية، وكذلك اللجنة الدائمة للبحوث العلمية

([1]) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 68/21، **الحطاب، مواهب الجليل، 97/1، الرملي، نهاية المحتاج، 248/1، البهوتي، كشاف القناع**، 187/1، ابن قدامة، المغني، 72/1، ابن حزم، المحلى، 166/1.

والإفتاء[1]، وخاصة حال إجابتهم المتعلقة باستخدام المياه العادمة بعد تكريرها في سقاية المزروعات لاسيما التي يأكل الإنسان من ثمرها، ومن هذه الفتاوى ما يأتي:

أولًا: قرار مجلس الإفتاء الأردني رقم: 217 حول حكم ري المزروعات بالمياه المعالجة من محطات الصرف الصحي.

وفيه: فإن مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية في جلسته التاسعة المنعقدة يوم الخميس (24/ ذو الحجة/1436هـ)، الموافق (2015/10/8م) قد اطلع على السؤال الوارد من عطوفة أمين عام سلطة المياه المهندس توفيق الحباشنة، حيث جاء فيه[(2)]:

أرجو سماحتكم العلم أن محطات التنقية (الصرف الصحي) تنتج مياه عادمة معالجة وفق أحدث التقنيات العالمية، بما يتطابق مع المواصفات الدولية والعالمية والمحلية.

ونظرًا لأهمية استخدام المياه المعالجة الخارجة من محطات الصرف الصحي وفق مواصفة المياه العادمة المعالجة الأردنية، بحيث تصبح ذات فائدة للاستخدامات المختلفة، خاصة في عمليات الري المقيد بما يضمن توفير كميات كبيرة من المياه النقية المخصصة للري. أرجو سماحتكم عرض الموضوع على أصحاب الفضيلة من ذوي الاختصاص لبيان الرأي الشرعي في استخدام المياه المعالجة الخارجة من محطات الصرف الصحي بعمليات ري المزروعات والأشجار؟ وبعد الدراسة والبحث ومداولة الرأي قرر المجلس ما يأتي: "لا حرج في سقاية المزروعات من المياه العادمة المعالجة، ولا حرج في الأكل من نتاج هذه المزروعات، فحكم الثمر لا يتأثر بالمياه سواء كانت طاهرة أو غير طاهرة، كما سئل الإمام النووي رحمه الله: إذا سقي الزرع والبقل والثمر بماء نجس أو زبلت أرضه، هل يحل أكله؟ فأجاب بقوله: يحل أكله. [فتاوى النووي].

ولكن لا بد من مراعاة التعليمات الصحية التي تقررها الجهات المختصة في هذا الشأن، كي تكون عملية السقاية سالمة، لا تلوث البيئة، ولا تفسد الزرع والثمر، ولا تضر الإنسان. وعليها أن تلتزم بالمعايير العلمية والطبية في هذا المجال"[(1)].

---

[1]- الشحود ، علي بن نايف ، موسوعة البحوث والمقالات العلمية حوالي خمسة آلاف وتسعمائة مقال وبحث ، العدد35 ، ص : 35.

[2] - مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية في جلسته التاسعة المنعقدة يوم الخميس (24/ ذوالحجة/1436هـ)، الموافق (2015/10/8م) برقم 217، الزعبي، محمد، **فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث**، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId

ثانيًا: رأي لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية على الإنترنت.

وقد جاء في سؤال موجه إلى عدد من العلماء المتخصصين، ما نصه: " ما حكم استعمال مياه الصرف الصحي - بعد تكريرها معمليا وتنقيتها بشكل تام من كل الشوائب - في العادات والعبادات، في الشرب والأكل وفي الوضوء والغسل وسائر الطهارات؟ علمًا بأن هذه المياه- كما جاء في النشرات الحكومية - بأنها أنقى من مياه الآبار المستعملة قبل ذلك والتي نضب جزء كبير منها.. أفيدونا جزاكم الله خيراً ؛ فكان الجواب على النحو الآتي:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أما بعد: **"فإذا أمكن تكرير هذه المياه وتنقيتها من آثار النجاسة طعماً ولونا ورائحة فلا حرج في استعمالها للطهارة، ولا حرج في استعمالها كذلك في الأكل والشرب إذا ثبت خلوها من الضرر، وذلك لما قرره أهل العلم من أن الماء الكثير المتغير بنجاسة يطهر إذا زال تغيره بنفسه أو بإضافة ماء طهور إليه أو إزالة تغيره بطول مكث ونحوه، فزوال علة النجاسة وهي التغير، والحكم يزول بزوال علته والله أعلم".**[2]

ثالثًا: وقد صدر قرار من هيئة كبار العلماء في حكم إعادة استعمال مياه الصرف بعد تنقيتها.

وفيه:" ففي الدورة الثالثة عشرة لهيئة كبار العلماء المنعقدة في النصف الآخر من شهر شوال 1398هـ بمدينة الطائف وبناء على رغبة المجلس التأسيسي لرابطة العالم الإسلامي في إحالة موضوع الاستفتاء الوارد إلى الرابطة من رئيس تحرير جريدة (مسلم نيوز) الصادرة بكيب تاون إلى هيئة كبار العلماء لإعداد بحث في الموضوع وتقرير ما تراه الهيئة نحوه، والمتضمن الإفادة بأن المسلمين في تلك الجهة يواجهون مشكلة كبيرة بسبب ما أقدم عليه مجلس مشروع التحقيقات العالمية والصناعية الذي يعمل على إنتاج ماء للشرب النقي من مياه المجاري ، وأنهم يسألون عن حكم استعمال هذه المياه بعد تنقيتها للوضوء. بناء على ذلك فقد اطلع المجلس على البحث المعد في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، كما اطلع المجلس على خطاب معالي وزير الزراعة والمياه رقم 1299/1 وتاريخ 1398/50/30 هـ وبعد البحث والمداولة والمناقشة قرر المجلس ما يلي:

بناءً على ما ذكره أهل العلم من أن الماء الكثير المتغير بنجاسة يطهر إذا زال تغيره بنفسه أو بإضافة ماء طهور إليه، أو زال تغيره بطول مكث أو تأثير شمس ومرور الرياح عليه أو نحو ذلك لزوال الحكم بزوال

---

[1] – الزعبي، **محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId**

[2]– لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية ، فتاوى الشبكة الإسلامية ، 1 ذو الحجة 1430، هـ = 18 نوفمبر، 2009 م ، http://www.islamweb.net

علته. وحيث إن المياه المتنجسة يمكن التخلص من نجاستها بعدة وسائل، وحيث إن تنقيتها وتخليصها مما طرأ عليها من النجاسات بواسطة الطرق الفنية الحديثة لإعمال التنقية يعتبر من أحسن وسائل الترشيح والتطهير، حيث يبذل الكثير من الأسباب المادية لتخليص هذه المياه من النجاسات، كما يشهد بذلك ويقرره الخبراء المختصون بذلك ممن لا يتطرق الشك إليهم في عملهم وخبرتهم وتجاربهم؛ ولذلك **فإن المجلس يرى طهارتها بعد تنقيتها التنقية الكاملة بحيث تعود إلى خلقتها الأولى لا يرى فيها تغير بنجاسة في طعم ولا لون ولا ريح، ويجوز استعمالها في إزالة الأحداث والأخباث، وتحصل الطهارة بها منها**، كما يجوز شربها إلا إذا كانت هناك أضرار صحية تنشأ عن استعمالها فيمتنع ذلك للمحافظة على النفس، وتفادياً للضرر، لا لنجاستها. والمجلس إذ يقرر ذلك يستحسن الاستغناء عنها في استعمالها للشرب متى وجد إلى ذلك سبيل، احتياطاً للصحة، واتقاءً للضرر، وتنزهاً عما تستقذره النفوس، وتنفر منه الطباع.[1]

رابعًا: الانتفاع بالأكل أو الشرب من الأحياء التي تعيش في المياه العادمة

ينظر في المسألة من جانب إمكانية أكل السمك الذي يعيش في المياه غير النقية، وكذلك مدى جواز الأكل من ثمرة شجرة تعيش على مياه حفرة امتصاصية، وبيان ذلك فيما يأتي:

الأول: حكم السمك الذي يعيش في المياه الملوثة.

الناظر في ذلك أن له حالتين[(2)]:

1. إذا تغير ماء السيل بالنجاسة، ثم أثر في السمك حتى غير طعم لحمه أو ريحه أو لونه؛ فالأصح في مذهبنا كراهة أكل هذا السمك حتى يُنقل إلى الماء الطاهر فيذهب عنه أثر النجاسة؛ فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن (أكل الجلالة) رواه أبو داود. والجلالة: كل حيوان يأكل الجلة - أي النجاسة - حتى يتغير وصفه.

جاء في "مغني المحتاج شرح المنهاج[(3)]": "إذا ظهر تغير لحم جلالة من نعم أو غيره كدجاج, ولو يسيرا حرم أكله, وبه قال الإمام أحمد; لأنها صارت من الخبائث, وقد صح النهي عن أكلها وشرب لبنها وركوبها كما قاله

---

[1]– فتوى صادرة عن هيئة كبار العلماء في الدورة الثالثة عشرة لهيئة كبار العلماء المنعقدة في النصف الآخر من شهر شوال 1398هـ بمدينة الطائف https://islamqa.info

[2] – الزعبي، **محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId**

[3] – الشربيني الخطيب، مغني المحتاج" (156/6).

أبو داود وغيره... - وقال النووي -: الأصح يكره؛ لأن النهي إنما هو لتغير اللحم, وهو لا يوجب التحريم، كما لو نتن اللحم المذكى وَتَرَوَّحَ؛ فإنه يكره أكله على الصحيح"[1].

2. أما إذا لم يؤثر الماء النجس في الأسماك التي تعيش فيه، فلا حرج في أكله؛ إذ الأصل فيه الإباحة، ولكن بشرط أن يؤمن ضرره على صحة الإنسان، فالدراسات العلمية تنذر بالخطر الذي تحمله الأسماك الملوثة بسبب ما تحمله من الطفيليات والبكتيريا الخطيرة على صحة الإنسان، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: (لا ضرر ولا ضرار)[2]

الثاني: حكم الأكل من ثمرة شجرة قرب حفرة امتصاصيّة[3]

وبيان ذلك أن: الحفرة الامتصاصية هي التي تُحفر بجانب المنزل لتجتمع فيه المياه المستعملة في المنزل للطهارة والنظافة وهي مياه متنجِّسة، وامتصاص عروق الشجر للمياه المتنجِّسة لا يُحرِّم أكل ثمر الشجرة ولا ورقها إن كان يُؤكل، هذا مذهب الشافعية وغيرهم. لكن إذا ثبت طبيّاً أن ثمرها مضِرٌّ بالصحَّة حرم أكل ثمرها، لأن أكل كلّ مضرٍّ حرام لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ)[4].

خاتمة

وبعد هذه المحطة في تناول موضوع **استعمال المياه العادمة في رعاية المصالح الزراعية في التشريع الإسلامي** فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

- إن حفظ الحقوق المائية والعمل على رعاية البيئة من المقاصد الضرورية للشريعة الإسلامية التي يجب احترامها في كل حال.
- يحتاج الوقوف على ماهية الاستحالة ومعرفة أسبابها وحكمها إلى الرجوع إلى الكتابات المختصة بذلك من الناحية الشرعية.
- إن التشريعات الإسلامية بنصوصها ومبادئها اهتمت بالمصالح الزراعية والمياه بل حثت على رعاية ذلك بإحسان ظاهر.

---

[1] - الزعبي، محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId

[2] - رواه ابن ماجه، الزعبي، محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId

[3] - الزعبي، محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId

[4] - رواه أحمد وابن ماجه، انظر: الزعبي، محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId

- الناظر في النصوص الإسلامية يجد أنها منعت إهدار المياه والمصالح المائية وشددت على رعايتها وحمايتها بما يكفل الاستقرار والاستمرار.
- من الواضح أن التشريعات الإسلامية كانت موضوعية وتفصيلية في مسائل المياه والموارد الزراعية ورعاية الصالح الناشئة عن ذلك دون تفريط أو تقصير.

وأخيراً؛ فإننا نتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقنا لتحصيل العلم، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا، وأن يزدنا علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع

- ابن أبي شيبة الكوفي، أبو بكر عبد الله بن محمد، مصنف ابن أبي شيبة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، تحقيق كمال يوسف الحوت .
- إدريس، عبد الفتاح، أثر استحالة الأعيان النجسة على حكمها حلًا وحرمة، ص48، مجلة البحوث الإسلامية، السنة السابعة، العدد 63، يناير، 2021. دار المنظومة، 2022.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الصحيح، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، 1994م.
- الترمذي، السنن، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004.
- الثبيتي، علي بن جابر وادع، الوقاية الصحية في الإسلام. مجلة الداعي الشهرية الصادرة عن دار العلوم ديوبند ، المحرم – صفر 1439 هـ = سبتمبر- نوفمبر2017م، العدد: 1 – 2، السنة: 42، برابط: http://www.darululoom-deoband.com/
- **الخراج**، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، تحقيق: د. محمد إبراهيم البنا، دار الاعتصام، القاهرة، صفحة 97.
- أبو داوود، السنن، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004.
- الروكي، محمد، أثر الاستحالة في تطهير المواد المنجسة وحليتها، دعوة الحق، مجلة شهرية تعنى بالدراسات الإسلامية وبشؤون الثقافة والفكر أسست سنة 1957، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، https://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item ، العدد 334 ذو الحجة 1418/ أبريل 1998
- الزعبي، **محمد، فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، دائرة الإفتاء الأردني، دراسات وبحوث، https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId**
- الزواوي، خالد محمد، الماء الذهب الأزرق في الوطن العربي، ط1. القاهرة: مجموعة النيل العربية، 2004م، (69) .
- السروري، أحمد: الماء والإنسان والكون ط. 1 ،القاهر، عالم الكتب، 1428 - هـ 2008م، 58

- الشحود ، علي بن نايف ، موسوعة البحوث والمقالات العلمية حوالي خمسة آلاف وتسعمائة مقال وبحث ، العدد35 ، ص : 35 .
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، 1973م، د.ط.
- العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، 353/3.
- العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مص، ط 1، 1392هـ، 1972م.
- **فتاوى دائرة الإفتاء العام الأردنية في تحسين كفاءة استخدام المياه، برقم 3290،** https://aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId
- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ابن حجر العسقلاني، الجزء الخامس، صفحة 44: 46.
- فتوى صادرة عن هيئة كبار العلماء في الدورة الثالثة عشرة لهيئة كبار العلماء المنعقدة في النصف الآخر من شهر شوال 1398هـ بمدينة الطائف https://islamqa.info
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن سعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ط2، 1982م.
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، 1401هـ ، د.ط.

لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية ، فتاوى الشبكة الإسلامية ، 1 ذو الحجة 1430، هـ = 18 نوفمبر، 2009 م ، http://www.islamweb.net

- ابن ماجه، السنن، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الأحكام السلطانية ، المكتبة التوفيقية ، مصر ، د. ت، د. ط.
- مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية في جلسته التاسعة المنعقدة يوم الخميس (24/ ذو الحجة/1436هـ)، الموافق (2015/10/8م) برقم 217,
- مصطفى، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، باب: الحاء، مادة حدث، 160/1.
- المقري، أحمد بن محمد بن علي: المصباح المنير . ، ط1 .بيروت: المكتبة العلمية، لم يذكر تاريخ ال نشر، كتاب الطاء ، ماد ة طهر ، 379/2 .
- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن يحيى بن شرف، المجموع، دار إحياء التراث العربي، 1995م، د.ط، تحقيق محمد نجيب المطيعي.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث، بيروت، ط2، 1392هـ.

أثرا استخدام بطاقة التيسير في زياد الاقبال على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني في محافظتي بيت لحم والخليل

The impact of the use of the Tayseer card on demand of the products of Palestinian Islamic Bank in the governorates of Bethlehem and Hebron

سعدي محمود ارزيقات / منسق برنامج التأمين وإدارة المخاطر – كلية العلوم الادارية والمالية - جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين - بيت لحم

Mr. Sadi Irzigat- Lecturer at College of Administrative and Financial Sciences & Coordinator of Insurance and Risk Management Program- Faculty of Administrative and Financial Sciences - Palestine Al-Ahliya University- Palestine - Bethlehem

ملخص

هدفت هذه الدراسة الى الكشف عن أثر استخدام بطاقة التيسير في البنك الاسلامي الفلسطيني على زيادة الاقبال على المنتجات التي يقدمها البنك، وكذلك الميزات التي تقدمها هذه الخدمة، وما هي المضار التي يمكن أن تنشأ بسبها، كما وحاولت الدراسة الاجابة على العديد من الاستفسارات حول شرعية هذه البطاقة، وكيف يمكن اعتبارها بديلاً عن بطاقات الائتمان في البنوك التجارية، هذا وتوصلت الدراسة الى العديد من النتائج كان من أهمها: أنَّ البطاقة توفّر للعملاء سهولة الاستخدام واتمام عمليات الشراء، كما أنَّ هذه البطاقة تعطي حاملها صلاحية السحب النقدي متى أراد ذلك وفق سقفه المحدد من قبل البنك حال الضرورة، وتوصلت الدراسة الى أنّ التعامل مع بطاقة التيسير يمكن أنّ يزيد من نسبة تحويل الرواتب الى حسابات البنك نفسه مقدم هذه الخدمة، بالإضافة الى أنَّ هذه البطاقة تعطي ميزة للعملاء وهي عدم الوقوع بالربا أو الفوائد الربوية الناتجة عن التعامل مع بطاقات الائتمان، وهو ما انشأت هذه البطاقة من أجلة، هذا وقد أوصت الدراسة بعدد من التوصيات كان من أهمها : ضرورة العمل على زيادة الرقابة على مشتريات البطاقة، حيث أشار العديد من العملاء بضعف الرقابة عليها من قبل البنك الاسلامي الفلسطيني، والعمل على نشر الوعي عن بطاقة التيسير بين المتعاملين، وشرح ميزاتها للعديد من العملاء مع البنك، خاصةً من لم يستخدموها حتى الآن، مع ضرورة تسهيل

اجراءات الحصول عليها بما يتوافق مع المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية .

Abstract

This study aimed to reveal the effect of using the facilitation card in the Palestinian Islamic Bank on increasing the demand for the products offered by the bank, as well as the advantages offered by this service, and what are the harms that can arise because of it. The study also tried to answer many inquiries about the legitimacy of this The card, and how it can be considered as a substitute for credit cards in commercial banks. The study found many results, the most important of which was that the card provides customers with ease of use and completion of purchases, and the card gives its holder the power to withdraw cash whenever he wants according to the ceiling specified by him. The bank in case of necessity, and the study concluded that dealing with the facilitation card can increase the percentage of salary transfer to the accounts of the same bank that provides this service, in addition to that this card gives an advantage to customers, which is not to fall into usury or interest resulting from dealing with credit cards, which is What this card was created for, and the study recommended a number of recommendations, the most important of which were: the need to work on increasing control over card purchases, as many customers indicated that the It is supervised by the Palestine Islamic Bank, and works to spread awareness about the facilitation card, and explain its advantages to many customers with the bank, especially those who have not used it yet, with the need to facilitate the procedures for obtaining it in accordance with the Sharia standards issued by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions.

مقدمة

يستخدم الناس النقود في كافّة معاملاتهم اليومية، ففي العام 1914، وبالتزامن مع ظهور المصارف في العالم اعتمَدت الفنادق في عملها على استِخدام بطاقات خاصّة لعملائها المميّزين لتسديد المبالغ الماليّة المترتبة عليهم، وذلك بهدف تقليل الوقت المُستغرق في عملية السداد، ومع توفير التزام مُعتمدٍ على مُدّةٍ مُحدّدةٍ لدفع المُستحقات الماليّة لهم، ومن ثمّ حرصت بعض المتاجر على إصدار هذا النوع من البطاقات التي ظلّت مُستخدمةً

حتى فترة الحرب العالميّة الثانيّة؛ حيث أدّت القيود الصادرة من الحكومات على الأدوات الائتمانيّة إلى تقليل إصدار هذه البطاقات، وبعد انتهاء الحرب عادت البطاقات للعمل مُجدداً وانتشرت بشكلٍ سريع، ممّا ساهم في استخدامها في القطارات والمطارات، وبعد ذلك ظهر نوع آخر من البطاقات اعتمد على فكرة الوساطة التجاريّة بين الشركات وأصحاب البطاقات، حيث تُحقق الشركة المُصدرة لهذه البطاقات أرباحاً ماليّةً كجُزءٍ من المبلغ المالي الذي يُفرض على سداد قيمة المُشتريات من المحلات التجاريّة، مثل المتاجر والمطاعم، وفي عام 1951م أصبح إصدار البطاقات الائتمانيّة معتمداً على المصارف كمصدرٍ رئيسيّ لها، حيث يُعدّ مصرف فرانكلين في مدينة نيويورك أوّل من أصدر هذه البطاقات، ومن ثمّ تبعته العديد من المصارف الأُخرى مع مرور الوقت، وفي عام 1959م أصدر أحد المَصارف الكبرى في أمريكا بطاقة ائتمانيّة وحرص على تطويرها مِن خِلال جعل المُؤسّسة المسؤولة عن إصدارها مُستقلةً عن المصرف، ولاحقاً أصبحت البنوك تَطمح لإصدار بطاقات ائتمانيّة خاصّة بها، ففي عام 1977م اتفقت المصارف معاً على تأسيس مُنظمة تجمع بينها من أجل إصدار بطاقات تحمل أسماء كلٍّ منها، وعُرِفت هذه المُنظمة باسم منظمة الفيزا.

يظهر لنا أنَّ التطورات المالية والمصرفية المتسارعة في مختلف نواحي الحياة فرضت على المؤسسات المالية ومنها المؤسسات المالية الاسلامية لمواكبة التطورات والمتغيرات، ونتيجة لذلك أصبح من الضروري تقديم خدمات تتلائم وحاجات المؤسسات والأفراد معاً، ومن هذه الخدمات بطاقة التيسير أو الميسر والتي يقدمها البنك الاسلامي الفلسطيني كأحد أهم الخدمات المصرفية البديلة عن الخدمات المقدمة من قبل المؤسسات التجارية، والتي لا تتعامل بالربا أخذاً أو عطاءً، والتي من الممكن أن تكون بديلاً شرعياً يلبي احتياجات المتعاملين، وسبباً في زيادة الاقبال على الخدمات التي يقدمها البنك نفسه .

وتعتبر بطاقة التيسير ابتكار خاص بالبنك الاسلامي الفلسطيني، تتم من خلالها منح العميل سقف ائتماني يتناسب ووضعه الائتماني، وبالتالي يمكن من خلالها القيام بعمليات الشراء عن طريق المواقع الإلكترونية المتعددة، أضف الى ذلك امكانية السحب النقدي، على أن يقوم المستفيد من هذه الخدمة بتسديد قيمتها الى

البنك عن طريق قيد على حسابه على شكل أقساط شهرية مقابل استيفاء رسوم اشتراك سنوية تدفع بشكل شهري، وذلك فق مقدرة العميل، ووضعه المالي[1].

هذا ويعدُّ البنك الاسلامي الفلسطيني من أوائل البنوك الاسلامية في فلسطين، حيث تم تأسيسه في العام 1995م، وباشر أعماله في العام 1997م، برأسمال مصرح به 100 مليون سهم بقيمة اسمية دولار أمريكي للسهم الواحد حتى وصل في العام 2022م الى رأس مال مدفوع 90 مليون دولار[2].

ومنذ تأسيسه يسعى البنك الى أن يكون رائداً في مجال تقديم الخدمات المصرفية الاسلامية، والتي تلبي شريحة كبيرة من المجتمع الفلسطيني وفقاً لأحكام ومعايير شرعية من خلال شبكة فروعه المنتشرة في جميع مدن فلسطين، والتي تزيد عن 40 فرعاً ومكتباً.

وانطلاقاً من دوره بمهام المصرف الرقمي وخدماته، يسعى البنك الى تقديم كل ما هو جديد ويلبي احتياجات الافراد بكافة الشرائح، ومنها المنتجات الرقمية التي تتوافق مع المعايير الشرعية، على سبيل المثال لا الحصر بطاقة الميسر أو التيسير، وهي موضوع بحثنا هذا .

مشكلة البحث

ان استخدام بطاقة التيسير يعتبر من الخدمات المصرفية الالكترونية الحديثة، والتي قدمت من قبل البنك الاسلامي الفلسطيني تلبية لحاجات العملاء الباحثين عن خدمات مصرفية بدون فوائد، إلا أنّ العديد من العملاء لم يسمع عنها أو لم يستخدمها حتى الآن، والبعض الاخر استفاد منها بقدر احتياجاته ومعاملاته، إلا أنّ انتشار هذه البطاقة محدوداً وليس كبيراً بالرغم من النجاح الملحوظ الذي حققته بداية اصدارها، حيث يرتبط تقديم خدمة مثل هذه بمدى الاقبال عليها وانتشارها بين الجمهور، ونظراً لذلك وجد الباحث قلة من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، بحيث تكاد تكون معدومة، وربما بسبب حداثتها نوعاً ما، أو التخوف منها في زيادة الطلب الاستهلاكي الغير ضروري عندهم، وهنا تكمن مشكلة الدراسة في السؤال الرئيسي التالي :

[1] مقابلة مع مدير التسهيلات- الادارة العامة، البنك الاسلامي الفلسطيني، رام الله، فلسطين 2022م.
[2] موقع البنك الاسلامي الفلسطيني: www.islamicbank.ps

هل استخدام بطاقة الميسر يمكن أن يؤثّر في زيادة الاقبال على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني؟ والذي يتفرع منه أسئلة أخرى، كما يلي :

- ما مستوى الوعي ببطاقة التيسير من قبل جمهور المتعاملين مع البنك الاسلامي الفلسطيني ؟
- ما تأثير استخدام بطاقة الميسر على الخدمات المقدمة من قبل البنك الاسلامي الفلسطيني ؟

أهداف البحث

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على أهم الخدمات المبتكرة من قبل البنك الاسلامي الفلسطيني، وهي ما تسمى ببطاقة الميسر أو التيسير، وذلك من خلال بيان الفروق الجوهرية بينها وبين البطاقات الائتمانية، ثم التعرف على مدى استجابة العملاء للخدمة، كذلك بيان أهمية وأثر هذه البطاقة في زيادة اقبال العملاء على التعامل مع الخدمات المقدمة من البنك، بالإضافة الى معرفة آراء المتعاملين مع هذه الخدمة من حيث الراحة والسهولة في التعامل، ومقارنتها بخدمات بنوك تجارية .

أهميه البحث

تنبع أهمية هذه الدراسة من خلال تعريف جمهور المتعاملين مع البنك بهذه الخدمة، وذلك من خلال استطلاع آراءهم، وما هي ردود أفعالهم حول الخدمات الاخرى المقدمة من قبل البنك، وكيف يمكن لهم استخدام هذه البطاقة، وما هي المخاطر والتحديات التي تواجههم خلال وبعد استخدامها، وذلك من أجل الوقوف عليها في محاولة لتحليلها، وإيجاد الحلول المناسبة لها، ووضع التوصيات الفنية المناسبة لها، بحيث أنه من المتوقع أن تلقى هذه الخدمة إقبالاً واسعاً خلال الاعوام القادمة لحاجتها الكبيرة[1]، وتنوع متطلبات العملاء والمؤسسات .

فرضيات البحث

1. يؤثر استخدام بطاقة التيسير في مستوى اقبال العملاء على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني
2. لا يؤثر استخدام بطاقة التيسير في مستوى اقبال العملاء على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني.

[1] مقابلة مع مدير البنك الاسلامي الفلسطيني، فرع بيت لحم ، بتاريخ 2022/9/11م .

منهج البحث

تم اعتماد المنهج الوصفي، والذي تم من خلاله استقراء المادة العلمية وجمعها وتوظيفها بما يخدم أغراض هذه الدراسة ، وكذلك المنهج التحليلي والذي تم من خلاله معالجة هذ البيانات وتحليلها بما يحقق الأهداف المرجوة والموضوعة للدراسة، كما تم الاعتماد على الأسلوب الإحصائي في جمع وتحليل البيانات الخاصة بالعملاء مع البنك، بالإضافة الى أسلوب المقابلات الإدارية والتي تم استخدامها كمادة علمية تم الاستفادة منها في خدمة أغراض الدراسة.

الدراسات السابقة :

نتيجة قلة الدراسات السابقة في هذا الموضع أو حتى عدمها، نكتفي بعدد قليل من الدراسات، خاصةً أنّ الدراسة تبحث موضوع تحليلي لا نظري بالأغلب، ومن الدراسات التي حاولت وصف الموضوع ما يلي :

1- دراسة شاشو 2011م بعنوان : بطاقة الائتمان حقيقتها وتكييفها الشرعي: هدفت هذه الدراسة إلى التعرّف على ماهيّة التطبيقات والخدمات المصرفية، والتي فرضت نفسها في السنوات الأخيرة، وذلك من خلال التعريف بها وبأنواعها، وما هو تكييفها الشرعي مع اقتراح صيغة لبطاقة ائتمان شرعية، وقد توصّلت الدراسة الى أنّ الائتمان المتجدد مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية، كذلك بطاقات الحسم، على عكس بطاقة الحسم الفوري والتي لا تتعامل بالفائدة المصرفية، حيث توصلت الدراسة الى أنّ البديل الشرعي لبطاقات الحسم الآجل والمتجدد تكمن في بطاقة الحسم الشهري فقط..

2- دراسة عرفات 2007م بعنوان : بطاقة الائتمان البنكية في الفقه الاسلامي، وهدفت هذ الدراسة التعرّف على بطاقات الائتمان المصرفية وما يرتبط بها من أحكام شرعية، خاصةً بعد أن بادرت العديد من البنوك الاسلامية بإصدارها، وقد توصلت الدراسة الى العديد من النتائج كان من أهمها: أن استخدام البطاقات يحقق مكاسب لجميع أطراف العملية كل وفق طبيعة عمله، كما أنّه لا يجوز اصدار بطاقة غير مغطاة اذا كانت مشروطة بفائدة محددة، ويجوز للبنك الاسلامي الذي قام باصدار البطاقة بأن يأخذ رسوم استخدام شهرية شريطة أن يبيع التاجر بالطاقة بنفس السعر المتفق عليه في السوق، هذا وقد توصلت الدراسة الى العديد من التوصيات كان من أهمها :

ضرورة توفير الغطاء النقدي الخاص بالبطاقة الائتمانية، وعدم اعادة بيع البضاعة لنفس التاجر الذي تم الشراء منه للحصول على السيولة النقدية لما لذلك من مخالفة شرعية صريحة .

منهجية البحث

تم تقسيم البحث الى مبحثين وتفريعات، بحيث تناول المبحث الاول : ماهية بطاقة الائتمان في البنك الاسلامي الفلسطيني وحكمها (دراسة نظرية)، من حيث مفهوم البطاقة الائتمانية في البنك الاسلامي، مزايا وشروط بطاقة التيسير، ثم حكم بطاقة التيسير، وما هي آثار استخدام بطاقات الائتمان، أما المبحث الثاني فتناول الدراسة الاحصائية، من حيث مجتمع الدراسة، وثباتها، ثم مناقشة نتائجها .

المبحث الاول : ماهية بطاقة الائتمان في البنك الاسلامي الفلسطيني وحكمها

أولاً : ماهية بطاقة الائتمان في البنك الاسلامي الفلسطيني

بدايةً تعرف بطاقة الائتمان على أنها بطاقة معدنية بلاستيكية ممغنطة، يكون عيها اسم حاملها، ورقم سري لا يعرفه إلا صاحبها، وقد عرفها مجمع الفقه الاسلامي بقراره رقم (7/1/65) لعام 1991م بأنها هي مستند يعطيه مصدره، لشخص طبيعي أو اعتباري – بناء على عقد بينهما – يمكنه من شراء السلع، أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالاً، لتضمنه التزام المصدر بالدفع.

من هذا التعريف يتبين أن عقد إصدارها مركب من عقدين متلازمين فيهما طرف من الإذعان، وهما: عقد بين المصدر، وبين حاملها، يتضمن سقفاً – حداً أقصى – للائتمان ، وشروط العلاقة.

وهو عقد بين المصدر، وبين من يعتمدها من مؤسسات، وشركات، ومصارف. ومن أهم محتويات هذا العقد، العمولة التي يأخذها المصدر من الذين يتعاملون بهذه البطاقة من أصحاب المحلات والخدمات.

هذا هو التعريف العام للبطاقة الائتمانية، ولكن لا ينطبق على كل بطاقة ائتمانية، نظراً لاختلاف الشروط، والمواصفات، من مصدر إلى آخر، لهذا فإن الحكم لابد أن يلحق كل بطاقة بعينها، بمالها من شروط، ومواصفات، فضلاً عن الحكم على مجموعة الشروط [1].

أما بطاقة التيسير فهي بطاقة من ابتكار البنك الإسلامي الفلسطيني، تقوم بمنح العميل سقف ائتماني مناسب يمكن من خلاله القيام بعمليات الشراء العادي أو من خلال مواقع التجارة الإلكترونية، إضافة إلى السحب النقدي عن طريق جميع الصرافات ونقاط البيع على أن يقوم البنك بتسديد قيمة السحوبات وقيد قيمتها على حساب بطاقة العميل، ويقوم العميل بتسديد المبالغ المستحقة عليه على شكل أقساط شهرية، وذلك مقابل استيفاء رسوم اشتراك سنوية يتم تحصيلها بشكل شهري [2].

ثانياً : مزايا وشروط بطاقة التيسير

تتحد مزايا استخدام بطاقة التيسير بناءً على الاحتياجات التي تلبيها، ومن المزايا التي تقدمها هذه البطاقة لحاملها ما يلي :

- سقف ائتماني متجدد يصل إلى ثلاثة أضعاف الراتب بحد أقصى 6000 دولار .
- إمكانية الشراء والسحب النقدي من خلال نقاط البيع والمواقع الإلكترونية والصرافات الآلية المنتشرة في جميع أنحاء العالم .
- السداد على أقساط شهرية بواقع 8.33 % من السقف المستغل للقسط الواحد شهريا وبحد أدنى 25 دولار .
- لا توجد أي أرباح او عمولات على الرصيد المستغل والقائم.
- اصدار كشف حساب شهري بقيمة السحوبات (سحب نقدي ومشتريات) من البطاقة .
- اشعار العميل بأي عملية سحب أو شراء عبر ارسال رسالة نصية قصيرة على الهاتف الخلوي .
- امكانية سحب الرصيد المتاح في البطاقة من خلال صرافات البنك الاسلامي الفلسطيني ودون عمولة .
- إمكانية الشراء عبر الانترنت من خلال البطاقة .

---

(1) قرار مجمع الفقه الاسلامي لعام 1991 ص 377- 378 .
(2) الموقع الرسمي للبنك الاسلامي الفلسطيني الموضوع : بطاقة التيسير: www.islamicbank.ps

- يتم استقطاع أجرة شهرية ثابتة على البطاقة .
- التمتع باسترداد نقدي على قيمة المشتريات لدى العديد من الشركات والمعارض .

مما سبق نلاحظ أن هذه البطاقة تقدم العديد من المزايا لحاملها شريطة الالتزام بالشروط الفنية والشرعية والمحددة من قبل هيئة الرقابة داخل البنك، وهي :

- تحويل راتب العميل وفي حال كان العميل غير محول الراتب، يطلب توفير كفيل موظف محول الراتب .
- تأمين نقدي بقيمة 100% للعملاء غير محولي الراتب في حال كان التأمين النقدي بنفس عملة البطاقة وبقيمة 120% في حال كان التأمين النقدي بعملة أخرى غير عملة البطاقة .
- ألا تزيد اجمالي التزامات العميل الشهرية عن 50% من الدخل الشهري المثبت والمعتمد للأسرة بما فيها قسط بطاقة التيسير.
- التوقيع على شروط وأحكام اصدار البطاقة وعلى كمبيالة بقيمة 100% من قيمة البطاقة .

أما بخصوص سلة الخدمات التي تقدمها البطاقة للمستخدمين منها، فقد حددها البنك الاسلامي وفق الجدول التالي :

سلة الخدمات	الشريحة الاولى	الشريحة الثانية	الشريحة الثالثة	الشريحة الرابعة	الشريحة الخامسة	الشريحة السادسة
تمكنك البطاقة من السحب النقدي عبر شبكة صرافات البنك مجانا	✔	✔	✔	✔	✔	✔
تمكنك البطاقة من السحب النقدي من خارج شبكة صرافات البنك بعمولة مقابل خدمات السحب	✔	✔	✔	✔	✔	✔
الشراء بدون عمولة عبر التسوق الإلكتروني و من	✔	✔	✔	✔	✔	✔

خلال المراكز التجارية القابلة للبطاقة						
اعفاء من عمولة حوالة صادرة خلال الربع الأول بحد اعلى 10 دولار أمريكي	-	-	✔	✔	✔	✔
اصدار وتجديد بطاقة الصراف الآلي مجاناً	-	-	-	✔	✔	✔
إصدار دفتر شيكات عادي 20 ورقة أو دفتري شيكات 10 ورقات عدد 2 لمرة واحدة سنوياً مجاناً	-	-	-	-	✔	✔
اعفاء بقيمة 50دولار أمريكي من عمولة صندوق حديدي	-	-	-	-	-	✔
الاستفادة من مشتريات وسحوبات نقدية و مشتريات / دولار أمريكي	1,000$	2,000$	3,000$	4,000$	5,000$	6,000$
الاسترداد النقدي						
شركة سبيتاني	%8.33	%8.33	%8.33	%8.33	%8.33	%8.33
مختبرات ميديكير	%5	%6	%6	%6	%6	%6
الأمين للمفروشات - رام الله	%5	%5	%5	%5	%5	%5
مجمع العمرو للمفروشات - جنين	%5	%5	%10	%10	%10	%10
عيادة بيوتي سمايل للأسنان - نابلس	%5	%6	%6	%6	%6	%6

سوبر ماركت الجاردنز	%2	%2	%2.5	%2.5	%2.5	%2.5
نيوتري هيلث	%12	%12	%15	%15	%20	%20
فندق ومطعم الروتس-غزة	%6	%6	%8	%8	%12	%12
محلات ابو مرق للملابس -غزة	%10	%10	%15	%15	%20	%20
مركز تكنو جيم للياقة البدنية - غزة	%5	%5	%8	%8	%10	%10
مطعم وكفي أب تاون - غزة	%10	%10	%12	%12	%15	%15
عيادة أراك لطب الأسنان	%10	%10	%15	%15	%20	%20

المصدر: موقع البنك الاسلامي الفلسطيني – البطاقات - سلة الخدمات .

ثالثاً : حكم بطاقة التيسير

أقرت هيئة الرقابة الشرعية للبنك الاسلامي الفلسطيني نماذج وعقود وشروط اصدار بطاقة الائتمان الاسلامية (بطاقة التيسير الفضية والذهبية) التي يصدرها البنك الاسلامي الفلسطيني، بحيث أنها تتوافق مع أحكام والمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية، ومع ما قررته المراجع والمجامع الفقهية للمصارف الاسلامية .

حيث يجوز للبنك الاسلامي أن يتقاضى رسوم اشتراك شهرية من حامل هذه البطاقة، وقد جاء هذا في المعيار الشرعي الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية بهذا الخصوص: أنه يجوز للمؤسسات المالية الاسلامية أن تتقاضى رسوم شهرية ما لم تشتمل على فوائد ربوية، بحيث تغطي رسوم الاشتراك رسوم

العضوية لشركة الفيزا، والتفعيل وخدمات الرسائل النصية القصيرة، ورسوم حركة البطاقة والتي تدفعها المؤسسة الاسلامية لشركة الفيزا العالمية، وأية رسوم أخرى تدفعها المؤسسة لحامل هذه البطاقة والمنتفع منها [1].

وحيث أن الأصل الشرعي في المعاملات هو الحل، وهذا من محاسن الشريعة، أي أنّ أي معاملة أو شرط فيها لا تنتقل من هذا الأصل وهو" الحل " إلا إذا كان فيها ظلم للطرفين أو مضرة أو لأحدهما باشتمالها علي محرم شرعاً، أو أكلا لأموال الناس بالباطل، و أن كل معاملة تنقل عن هذا الأصل، وتحوله إلي قالب التحريم، لابد و أن تعود إلي واحدة من قواعد التحريم الثلاث، و هي :

1. قاعدة تحريم الربا، ومنه كل قرض جر نفعاً فهو رباً.
2. قاعدة تحريم التغرير مثل بيع المعيب .
3. وقاعدة تحريم الغرر، مثل العجز عن التسليم .

وهذا ما لا يجري في هذا النوع من المعاملات وفق تكييفها الشرعي والصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية .

رابعاً : أثر استخدام بطاقات الائتمان

بطاقة الائتمان Credit Card هي بطاقة تصدر عن المُؤسّسات الماليّة وتحديداً البنوك، وتُوفّر لصاحبها إمكانية الحصول على المال، وغالباً يُستخدم هذا النوع من البطاقات الائتمانيّة في كلٍّ من عمليات البيع، والحصول على تمويلات ماليّة قصيرة المدى، حيث أنّ هناك آثار كبيرة يمكن أن تأتي من خلال استخدام بطاقة الائتمان وغالبها ايجابية، سواء على القطاع المصرفي من ناحية العمولات أو الرسوم المستوفاة، أو على مستوى الافراد المنتفعين من حيث الراحة وسهولة الاستخدام والأمان الذي توفره تلك البطاقات .

ومن جهة أخرى يوجد آثار لتلك البطاقات من حيث مقدار وكيفية الانفاق، خاصةً لحاملي هذه البطاقات، بحيث أنّ العلاقة بين الدخل والانفاق على قرار الاستهلاك هي علاقة طردية، مما يعني توفر السيولة انفاق أكبر، ذلك أنّ من أهم العوامل التي تحدد الانفاق الاستهلاكي هو عامل التوقع المستقبلي، وبالتالي زيادة الطلب

[1] فتوى التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان المصرفية – البنك الاسلامي الفلسيني – رام الله -فلسطيني ، 2022م.

على السلع والخدمات، باعتبار أن الدفع سيتم مؤجلاً من خلال الدخول المستقبلية المتوقعة، مما قد يترتب عليه زيادة في الانفاق الاستهلاكي، الأمر الذي يعود على المؤسسات المصدرة لتلك البطاقات بالنفع والربح الوفير، سواء من ناحية العمولات أو الاشتراكات الشهرية .

وفي المقابل قد يؤثر ذلك سلباً على مستوى اقبال العملاء على الخدمات التمويلية المقدمة من قبل البنك على التمويلات الاستهلاكية خاصةً، ذلك ان تلك البطاقات قامت مقام التمويلات بشكل أو بآخر .

أما فيما يتعلق بتأثير بطاقات الائتمان على زيادة عرض النقود، فإن زيادة عرض النقود في المدى القصير تؤدي الى ارتفاع المستوى العام في الاسعار، وبالتالي انخفاض قيمة النقود بسبب الزيادة في الطلب على السلع والخدمات بشكل لا يستطيع الجهاز الانتاجي أن يستوعبها، مما يترتب عليه زيادة في معدلات التضخم، وبالتالي لجوء الحكومات الى سياسات نقدية من أجل تقليل المعروض من النقد بما فيه التمويلات المقدمة من قبل المصارف .

أما من ناحية اعتماد المصارف للشركات المقدمة لهذه البطاقات، فقد إعتبر البعض بأنّها تعزز من تبعية هذه المصارف على الشركات المصدرة لها، سواء على مستوى التبعية الاقتصادية والمالية الناتجة عن سياسات العولمة المالية والمصرفية، وبالتالي تفقد البنوك المحلية قدرتها على التأثير على السوق المحلي، مما يجعلها خاضعة لضغوط البنوك العالمية واتباع سياستها المختلفة في الجهاز المصرفي، مما قد يجعل المصرف تابع في اختيار أدواته التمويلية بما قد لا يتناسب مع أهدافه ورؤيته المستقبلية[1].

المبحث الثاني : الدراسة الاحصائية

أولاً : مجتمع وعينة الدراسية

تكوَّن مجتمع الدراسة من فئة المستفيدين من البطاقة في البنك الإسلامي الفلسطيني في محافظتي بيت لحم والخليل، وعددهم 50، بحيث تمّ توزيع الإستبيان بالتساوي بين الفروع، تم إسترداد 43 منها، وبنسبة بلغت

[1] اسماعيل، محمد ناصر وآخرون: البطاقة الذكية وأثرها في التقليل من بعض المخاطر المصرفية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد السابع والثلاثون، جمهورية العراق-بغداد، ص 88 .

86%، بحيث تعتبر هذه النسب كافية لتمثّل عينة الدراسة، ويمكن الإعتماد عليها وتحليلها وتعميم نتائجها بعد أن تمّ التأكد من تحقق الشروط الإحصائية اللازمة لذلك.

عينة الدراسة

تكوّنت عينة الدراسة من مجموعة المستخدمين لبطاقة التيسير في البنك الاسلامي الفلسطيني، والذي بلغ مجموع أفرادها 50 شخص، وقد تمّ اختيار أفراد عينة الدراسة بالطريقة العشوائية من بين أفراد مجتمع الدراسة، حيث تم توزيع (50) إستمارة وتم استرداد (43) منها، وعليه بلغت العينة (43) شخص، والجدول التالي يوضح خصائص هذه العينة.

جدول 1: خصائص العينة الديموغرافية

المتغير	مستويات المتغير	العدد(n=43)	النسبة %
الجنس	ذكر	32	%75
	أنثى	11	%25
العمر	أقل من 30 سنة	3	%6
	من 31 إلى 40	32	%74
	من 41 إلى 50	2	%05
	أكثر من 50	6	%1
المؤهل العلمي	بكالوريوس	25	%58
	ماجستير	4	%10
	دبلوم متوسط فما دون	14	%32
طبيعة العمل	موظف	8	%18
	صاحب مهنة	17	%39

المتغير	مستويات المتغير	العدد(n=43)	النسبة %
	تاجر	13	%30
	بائع	5	%11

ثانياً : ثبات أداة الدراسة:

تمّ حساب الثبات بطريقة الاتساق الداخلي لأسئلة الاستبانة وهي قوة الارتباط بين درجات كل مجال ودرجات أسئلة الاستبانة الكلية، ولمعرفة الاتساق الداخلي تم حساب معادلة الثبات كرونباخ ألفا، كما هو موضح في الجدول (2).

جدول رقم (2) : نتائج معامل كرونباخ ألفا لثبات أداة الدراسة

محاور الدراسة	عدد الفقرات	قيمة ألفا
المحور الأول	5	0.91
المحور الثاني	5	0.82
الدرجة الكلية	10	0.86.5

تشير المعطيات الواردة في الجدول(2) وبعد أن تمّ التحقق من ثبات الأداة عن طريق حساب معامل الثبات كرونباخ ألفا بلغ معامل الثبات الكلي ما يقارب 86، وهو معامل ثبات مقبول ودال إحصائياً، حيث أن النسبة المقبولة هي 0.70 وما فوق، وبذلك يتمتع الاستبيان بدرجة عالية من الثبات وقابلة لاعتمادها لتحقيق أهداف الدراسة .

تصحيح المقياس

تم تفريغ الاستبانة حسب مقياس ليكات الخماسي والذي يعطي الدرجات التالية للاختيارات :

كبيرة جدا	كبيرة	متوسطة	قليلة	قليلة جدا
5	4	3	2	1

- يستخدم المتوسط الحسابي العادي في حساب الدرجة الكلية التي يحصل عليها المفحوص على المقياس.
- الدرجة العالية تشير الى ارتفاع في الموافقة على السؤال والعكس صحيح، وبالتالي يمكن الاستعانة بمفتاح المتوسطات الحسابية التالية كما في الجدول رقم (3).

جدول رقم (3) : مفتاح التصحيح لفقرات المقياس

المتوسط الحسابي	مقياس التدبر النفسي	المعيار
1-2.33	منخفضة	-انحراف معياري من الوسط
2.43-3.66	متوسطة	الوسط
3.67-5	مرتفعة	+انحراف معياري عن الوسط

ثالثاً : تحليل نتائج الدراسة، واختبار الفرضيات

جدول رقم (4) : أثر التعامل مع بطاقة التيسير في زيادة الاقبال على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني

المحور الاول : بطاقة التيسير وزيادة الاقبال على المنتجات	**المتوسط الحسابي**	**الانحـــراف المعياري**
توفر البطاقة لك ميزة عدم التعامل الربوي مع بطاقات الائتمان التجارية	3.63	0.76
للبطاقة دور في زيادة سمعة البنك فيما يتعلق بجانب التكنولوجيا المالية	3.73	0.74
تعمل البطاقة على زيادة نسبة التمويلات المقدمة من قبل البنك الاسلامي	3.73	0.64
توفر لي الراحة في المعاملات الشرعية على وجه الخصوص	3.77	0.63
تعمل بطاقة التيسير على زيادة عدد المتعاملين مع البنك وأنا منهم	3.79	0.68
الكلية	3.73	0.50

نلاحظ من الجدول أعلاه، أنّ أقصى درجة كانت، التعامل مع بطاقة التيسير تؤدي الى زيادة عدد العملاء بمتوسط حسابي بلغ 3.79 وهي درجة كبيرة جداً، مما يدلل ذلك على أن المجيبين مقتنعين بأن التعامل مع هذه الخدمة يمكن أن يجعل منهم عملاء لدى البنك، مما يزيد من قاعدة العملاء لديه .

أما أقل الفقرات موافقة فقد كانت : أنَّ البطاقة توفر ميزة عدم التعامل الربوي، بمتوسط حسابي بلغ 3.63، ويدلل ذلك على أنّ نسبة ليست بالقليل مقتنعين أن البطاقة مثلها مثل بطاقات الائتمان في البنوك التجارية، وربما يعود السبب الى الرسوم التي تدفع، وهو ما يحتسبها العميل بسعر الفائدة على البطاقة التجارية، الأمر الذي يتطلب من البنك زيادة الوعي لدى المتعاملين، وايضاح مبررات الرسوم التي يتقاضاها .

جدول رقم (5) : أثر استخدام بطاقة التيسير على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني

المحور الثاني : بطاقة التيسير واثرها على باقي منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني	**المتوسط الحسابي**	**الانحراف المعياري**
تؤثر البطاقة ايجابياً على رضا الزبائن من الخدمات	3.3	0.84

تزيد البطاقة من الاقبال على الخدمات الاخرى	3.43	0.86
للبطاقة تأثير في زيادة الاقبال على خدمة Islamic online	3.53	0.78
يمكن أن يزيد استخدام بطاقة التيسير على فتح حسابات جديدة لدى البنك	3.57	0.73
للبطاقة تأثير في قناعة المتعاملين في تحويل رواتبهم الى البنك وأنا منهم	3.6	0.77
الكلية	3.49	0.55

يلاحظ من الجدول أعلاه أنَّ أقصى درجة هي فقرة : للبطاقة تأثير في قناعة المتعاملين في تحويل رواتبهم الى البنك بمتوسط حسابي بلغ 3.6 وهي درجة مقبولة في التحليل الاحصائي، ويدلل ذلك على أنّ أغلب المتعاملين بالبطاقة هم من فئة الموظفين المحولة رواتبهم، الأمر الذي يفسّر سبب الاقبال الشديد عليها من هذه الفئة، وهو الحاجة الى توفير خدمات لا تحتاج الى وقت، وفي ذات الوقت توفر لهم المتطلبات من الشراء والاستهلاك اليومي .

أما أقل الفقرات موافقة فقد كانت : أنذَ البطاقة يمكن أن تؤثّر على رضا العملاء عن الخدمات المقدمة من البنك الاسلامي الفلسطيني بمتوسط حسابي بلغ 3.3 وهي درجة متوسطة مقبولة، ويفسّر ذلك أنّ المتعاملين مع هذه الخدمة لا يبالون إن كانت تقدم لهم ميزة شراء، وينعكس ذلك على الخدمات الاخرى، إما لسبب عدم فهم السؤال أو لعدم المقدرة على ايجاد رابط بين هذه الخدمة والخدمات الاخرى .

جدول رقم (6) : توافق بطاقة التيسير مع متطلبات المعايير الشرعية

المحور الثالث : بطاقة التيسير والمعيار الشرعي	**المتوسط الحسابي**	**الانحراف المعياري**
هناك شبهات حول بطاقة التيسير	3.17	0.87
قلة الكوادر البشرية المتخصصة في هذه الخدمات جعل منها مثل البطاقات التجارية	3.2	0.81
هناك ضعف في الوعي بمبدأ عمل البطاقة	3.23	0.90
يلتزم البنك الاسلامي الفلسطيني بالمعيار الشرعي الخاص بالبطاقة	3.3	0.93
هناك ضعف في رقابة البنك على المشتريات التي تتم عن طريق هذه البطاقة	3.5	0.82
الكلية	3.3	0.65

يلاحظ من الجدول أعلاه أن أقصى درجة كانت فقرة : أنَّ هناك ضعف في رقابة البنك الاسلامي الفلسطيني على المشتريات التي تتم عن طريق البطاقة، بمتوسط حسابي بلغ 3.5، وهي درجة كبيرة جداً من التوافق، الأمر الذي يدلل على أن المتعاملين مع هذه البطاقة قد يشترون أشياء لا تتوافق مع المعايير الشرعية دون رقابة من البنك أو

الجهة المصدرة لها، مما يتطلب من البنك وضع آلية لرقابة المشتريات خوفاً من وقوع بعض العملاء في المشتريات التي لا تتوافق والمعايير الشرعية.

أما أقل الفقرات موافقة فقد كانت : أنَّ هناك شبهات حول بطاقة التيسير وبمتوسط حسابي بلغ 3.13، وهي درجة متوسطة، ويمكن أن يفسّر ذلك الى أنَّ المتعاملين مع هذه البطاقة مقتنعين أنها متوافقة مع معايير شرعية، وأنها صادرة بناءً على فتوى من هيئة الرقابة داخل البنك .

مما سبق نلاحظ أنَّ اجابات أفراد العينة كانت متباينة، بين موافق بشدة وموافق، وبين محايد، مما يشير الى أنّ المتعاملين مع هذه البطاقة مقتنعين أن لها تأثير على منتجات البنك وأهميتها لهم، سواءً من حيث زيادة الاقبال على خدماته، أو حتى على مستوى توسعة قاعدة العملاء، مما يوفر ميزة للبنك المصدر لهذه البطاقة على البنوك الاخرى.

وبالتالي تشير الدلالات الاحصائية على أنَّ معظم اجابات افراد العينة كانت نحو تأثير استخدام بطاقة التيسير على زيادة الاقبال على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني في محافظتي بيت لحم والخليل، وبذلك تقبل الفرضية الاولى وهي : يؤثر استخدام بطاقة التيسير في مستوى اقبال العملاء على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني، وترفض الفرضية الثانية وهي : لا يؤثر استخدام بطاقة التيسير في مستوى اقبال العملاء على منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني.

خلاصة الأمر، نستنتج أنّ التعامل مع بطاقة التيسير

النتائج والتوصيات

1. أكد أكثر من 87% من العملاء أنَّ بطاقة التيسير تؤدي الى زيادة عدد العملاء مع البنك الاسلامي الفلسطيني، حيث أنَّها تعمل على جذب مزيد من المتعاملين لم يكونوا عملاء سابقين للبنك، كونه البنك الاسلامي الوحيد الذي يقدمها .
2. توفّر بطاقة التيسير الراحة للعملاء، وقد ثبت ذلك من خلال الاجماع على الاجابة، كون البطاقة تعطي حاملها امكانية الشراء والسحب النقدي حال الضرورة .

3. أنَّ هناك اتفاق على أنَّ البطاقة تعطي ميزة للبنك الاسلامي الفلسطيني في مجال مجاراة التكنولوجيا المالية دون غيره .
4. كما أنَّ هناك اتفاق على أنَّ البطاقة تعمل على زيادة اقبال العملاء على التمويلات الممنوحة من قبل البنك، وتعمل على زيادة ثقة العملاء بالخدمات المقدمة من قبله .
5. توصلت الدراسة الى أنّ التعامل مع بطاقة التيسير يمكن أنّ يزيد من نسبة تحويل الرواتب، خاصةً أنها مرتبطة براتب أو مصدر دخل آخر.
6. تعطي البطاقة ميزة هامة للعملاء وهي عدم التعامل بالربا أو الفوائد الربوية الناتجة عن التعامل مع بطاقات الائتمان، وهو ما أنشأت هذه البطاقة من أجلة، وبالتالي تقليل الحرج على المتعاملين مع البطاقات التجارية من خلال تقديم خدمات تلبي احتياجاتهم وفق المعايير الشرعية .

وبناءً على ما توصلت اليه الدراسة، أوصي بما يلي :

1. نشر الوعي بشكل أكبر عن بطاقة التيسير أو الميسر، وشرح ميزاتها للعديد من العملاء مع البنك الغير مستخدمين لها على وجه الخصوص .
2. العمل على تطوير بطاقات ذات طابع استثماري وليس استهلاكي فقط، وذلك من خلال أدوات التمويل المختلفة .
3. ضرورة العمل على زيادة الرقابة على مشتريات البطاقة، حيث أشار العديد من العملاء بضعف الرقابة عليها .
4. ضرورة تسهيل اجراءات الحصول على بطاقة التيسير، وبما لا يتعارض مع المعايير الشرعية .
5. ضرورة قيام البنك الاسلامي الفلسطيني بمجاراة تكنلوجيا الخدمات المالية الاسلامية، ومواكبة التطورات .
6. العمل على انشاء مؤسسة أو منظمة اسلامية خاصة تعمل على اصدار هذا النوع من البطاقات، وبما يتوافق مع المعايير الشرعية الخاصة بها في جميع مراحل استخدامها .

المصادر والمراجع :

1. ابراهيم محمد شاشو، وأسامة الحموري : بطاقة الائتمان – حقيقتها وتكييفها الشرعي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم 27، العدد الثالث، 2011م .
2. دار الافتاء الفلسطينية، حكم بطاقة التيسير – القرار رقم 129/3/ لعام 2015م .

3. البنك الاسلامي الفلسطيني – التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان الاسلامية (بطاقة التيسير الذهبية والفضية)، رام الله فلسطين 2021م .
4. حسام علي عبد الله: مغالطات في التوصيف التطبيقي للفضالة في البطاقات الائتمانية التي تعتمد على مبدا الدفع بالتقسيط، بطاقة تيسير الاهلي التجاري السعودي، مركز أبحاث فقه المعاملات الاسلامية 2017م.
5. محمد عثمان شبير: السحب على المكشوف وحكمه في الفقه الاسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد 25، المجلد 22 لعام 2002م.
6. أحمد محي الدين: الاسس الشرعية لبطاقات الائتمان الآجلة، مؤتمر مجموعة دلة البركة المصرفية المنعقد في المملكة العربية السعودية – جدة في العام 2005م.
7. خالد الدعجي : المخالفات الشرعية في بطاقتي الخير وتيسير الائتمانيتين، مجلة البيان، العدد 19، المملكة العربية السعودية، 2004م .
8. صالح احمد بدار : منشورات مؤتمر المصارف الاسلامية (الواقع...وتحديات المستقبل، نادي رجال الاعمال اليمنيين، صنعاء-الجمهورية العربية اليمنية، 2010م.
9. عبد الحليم غربي : تقييم تجربة الخدمات المالية الاسلامية في السوق الجزائرية وآفاقها المستقبلية، الندوة العلمية الدولية حول الخدمات المالية وإدارة المخاطر في المصارف الاسلامية ، جامعة سطيف، الجزائر، 2010م.
10. عبد الهادي مسعودي : إدارة المخاطر في البنوك الاسلامية، الامكانات والتحديات، جامعة عمار ثليجي الاغواط، الجزائر، 2015م.
11. محمد ناصر اسماعيل وآخرون: البطاقة الذكية وأثرها في التقليل من بعض المخاطر المصرفية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد السابع والثلاثون، جمهوية العراق-بغداد 2013م.
12. نادر شعبان ابراهيم: النقود البلاستيكية، الطبعة الاولى، منشورات الدار الجامعية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، 2006م.
13. فتحي شوكت مصطفى عرفات: بطاقات الائتمان البنكية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس – فلسطين، 2007م.

ملحق الاستبيان

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ,,,

يقوم الباحث بإعداد دراسة حول اثر بطاقة التيسير على زيادة اقبال العملاء على خدمات البنك الاسلامي الفلسطيني، حيث يمثل هذا الاستبيان أحد الجوانب الهامة في الدراسة، والتي تهدف إلى توضيح هذه الخدمة، بما لها وما عليها، بالإضافة الى التعرف على طريقة بيعها، وهل لذلك أثر في زيادة اقبال العملاء على منتجات البنك .

لذا أرجو من حضرتكم التكرم بالاجابة على الأسئلة أدناه وتزويد الباحث بآرائكم الهامة من خلال وضع إشارة مناسبة على الإجابة التي ترونها ملائمة، كما وأتوقع أن تغني إجاباتكم وترفع من المستوى البحث العلمي لهذه الدراسة .

عزيزي الفاضل ,,,

يرجى العلم أن جميع الأسئلة المطروحة ضمن هذا الاستبيان لأغراض البحث العلمي فقط، وأن إجاباتكم ستكون محاطة بالسرية والعناية العلمية الفائقة .

شاكراً تعاونكم وحسن استجابتكم,,,

الباحث سعدي ارزيقات

المعلومات العامة : يرجى الاجابة على الأسئلة التالية أدناه بوضع إشارة دائرة حول الرقم المناسب

أولاً : الجنس

1. مذكر 2. مؤنث

ثانياً: العمر

1. أقل من 30 سنة 2. من 31 إلى 40 3.من 41 إلى 50 4. أكثر من 50

ثالثاً: المؤهل العلمي

1. بكالوريوس 2.ماجستير 3.دبلوم متوسط فما دون

رابعاً: طبيعة العمل

1. موظف
2. تاجر
3. صاحب مهنة
4. بائع

يرجى التفضل بوضع إشارة (×) في الخانة المناسبة إزاء كل من العبارات التالية أدناه:

رقم	السؤال	موافق بشدة	موافق	محايد	غير موافق	غير موافق بشدة
المحور الأول : بطاقة التيسير وزيادة الاقبال على المنتجات						
1	توفر البطاقة لك ميزة عدم التعامل الربوي مع بطاقات الائتمان التجارية					
2	للبطاقة دور في زيادة سمعة البنك من جانب التكنولوجيا المالية					
3	تعمل البطاقة على زيادة نسبة التمويلات المقدمة من قبل البنك الاسلامي					
4	توفر لي الراحة في المعاملات الشرعية على وجه الخصوص					
5	تعمل بطاقة التيسير على زيادة عدد المتعاملين مع البنك					
رقم	السؤال	موافق بشدة	موافق	محايد	غير موافق	غير موافق بشدة
المحور الثاني : بطاقة التيسير واثرها على باقي منتجات البنك الاسلامي الفلسطيني						
1	تؤثر البطاقة ايجابياً على رضا الزبائن من الخدمات					
2	تزيد البطاقة من الاقبال على الخدمات الاخرى					
3	للبطاقة تأثير في زيادة الاقبال على خدمة Islamic online					
4	يمكن أن يزيد استخدام بطاقة التيسير على فتح حسابات جديدة لدى البنك					
5	للبطاقة تأثير في قناعة المتعاملين في تحويل رواتبهم الى البنك					
رقم	السؤال	موافق بشدة	موافق	محايد	غير موافق	غير موافق بشدة
المحور الثالث : بطاقة التيسير والمعيار الشرعي						
1	هناك شبهات حول بطاقة التيسير					

2	قلة الكوادر البشرية المتخصصة في هذه الخدمات جعل منها مثل البطاقات التجارية					
3	هناك ضعف في الوعي بمبدأ عمل البطاقة					
4	يلتزم البنك الاسلامي الفلسطيني بالمعيار الشرعي الخاص بالبطاقة					
5	هناك ضعف في رقابة البنك على المشتريات التي تتم عن طريق هذه البطاقة					

لطفاً، يرجى التفضل بإجابة السؤال التالي :

برأيك هل يمكن أن يؤثر استخدام بطاقة التيسير على زيادة الاقبال على منتجات البنك الاسلامي؟ ولماذا ؟

.....

.....

.....

شكراً جزيلاً

التحكيم في مادة المنازعات الإدارية
دراسة مقارنة بين المملكة العربية السعودية وتونس

أ. م. سعد بن ناصر آل عزام

باحث في إدارة الأعمال والقانون والأمن السيبراني والمدن الذكية

كلية الأعمال - قسم إدارة الأعمال - جامعة الملك خالد

كلية القانون والدراسات القضائية – قسم القانون - جامعه جدة

كلية الحاسبات ونظم المعلومات- قسم الأمن السيبراني - جامعة بيشة المملكة العربية السعودية

د. سمير سالم محمد بن حديد

أستاذ مساعد

كلية العلوم والدراسات النظرية

الجامعة السعودية الالكترونية

المملكة العربية السعودية

المستخلص:

هدفت الدراسة إلى إبراز موضوع التحكيم في مادة المنازعات الإدارية بالمقارنة مع بعض القوانين، حيث استخدم الباحث المنهج التحليلي المقارن وذلك باعتباره المنهج الأنسب لموضوع البحث وذلك من خلال الحصول على المادة اللازمة لإتمام هذا البحث من المصادر والمراجع المتوفرة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث، وقد توصلت الدراسة لعدة نتائج منها: أجاز التشريع في كل من تونس والمملكة اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية غير أنه هناك اختلاف في طريقة معالجة كل مشرع لهذه المسألة. كما أوصت الدراسة بعدة توصيات منها: 3- ضرورة أن تقام لجنة إصلاح في كل من السعودية وتونس، تراعي هذه الجنة دائما الصلة الوثيقة بين التحكيم والاستثمار بحيث تستوحي حلولاً عملية وناجعة تم اعتمادها في الأنظمة المقارنة مثل القانون الفرنسي والقانون الأمريكي وغيره من القوانين.

كلمات مفتاحية: التحكيم- المنازعات الإدارية- تونس- المملكة العربية السعودية

Arbitration in the Article of Administrative Disputes
A Comparative Study between Tunisia and Saudi Arabia

Abstract:

The study aimed to highlight the subject of arbitration in the article of administrative disputes in comparison with some laws. The researcher has used the comparative analytical method, as it is the most appropriate method for the subject of the research, by obtaining the necessary material to complete this research from the available resources and references and analyzing the legal texts related to the topic of the research. The study found several results, including: Legislation in both Tunisia and the Kingdom permitted arbitration in the field of international administrative contracts, but there is a difference in the way each legislator deals with this issue. The study recommended several recommendations, including: 3- The necessity of establishing a reform committee in both Saudi Arabia and Tunisia. This committee always takes into account the close link between arbitration and investment so as to inspire practical and effective solutions that have been adopted in comparative systems such as French law, American law and other laws.

***Keywords**: Arbitration, Administrative Disputes, Tunisia, Saudi Arabia*

مقدمة:

يشير التحكيم إلى "قيام الأطراف المتنازعة في مسألة معينة بالاتفاق على إخضاع نزاعهم إلى طرف ثالث يختارونه لحسم هذا النزاع بقرار ملزم لهم". وقد أقرت العديد من التشريعات معياراً عاماً يتم من خلاله قبول المنازعة للتحكيم"، فكل منازعة تتعلق بحقوق مالية وتقبل الصلح والتصرف يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم، ومن أمثلة هذه المنازعات: الدعاوى المختصة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن أنشطة الإدارة القانونية والمالية، كذلك النزاع الذي ينتج عن العقد الإداري، إضافة إلى المنازعات المتعلقة بالتسويات المالية الخاصة بالموظفين العموميين[1].

وقد حظي التحكيم بأهمية بارزة في العديد من الأنظمة القانونية للدول، فإنشاء هيئات التحكيم ومراكز خاصة به هو خير دليل على الاهمية التي حظي بها موضوع التحكيم لدى هذه الدول، بل إن الامر تعدى ذلك بكثير إذ خصصت بعض النظم القانونية تشريعات خاصة بالتحكيم تلبية لتحقيق أغراض معينة تتجسد في حفظ النظام والتوازن المالي بين مصالح الأفراد والدولة متمثلة في الإدارة كسلطة عامة في حالة نشوب منازعة بينهم تتعلق بتنفيذ هذا الالتزام التعاقدي القائم بينهم، وبالتالي لم يعد التحكيم مقتصراً على النزاع المتعلق بالأمور التجارية والمدنية فحسب، بل تخطى ذلك ليشمل الإدارية العقدية، الأمر الذي ساهم في تطوير هذا النظام القانوني، والذي عرف كوسيلة بديلة واستثنائية عن الأصل العام في حل النزاع الإداري[2].

وهكذا، فإن التحكيم يعتبر طريق لفض النزاعات، حيث أصبح من مظاهر العصر كونه إحدى وسائل حل النزاعات الناشئة في المعاملات، بجانب القضاء الوطني التي يتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، ويكون اتفاق الأطراف على التحكيم بموجب عقد يستمد منه المحكم سلطته، وتنتهي إرادة الأطراف بصدور حكم التحكيم الواجب تنفيذه، ويظهر موضوع التحكيم في صورة سهلة إلا أنه في الواقع يثير عدد من المشكلات القانونية تستوجب الوقوف عندها[3].

وأمام الأهمية الواضحة والبارزة التي يتمتع بها التحكيم اليوم في فض المنازعات، الأمر الذي دفع الباحث إلى استعراض موضوع التحكيم في مادة المنازعات الإدارية وذلك من خلال المقارنة بين الجمهورية التونسية والمملكة العربية السعودية بشكل أكثر تفصيلاً.

---

(1) حسان عمامرة، المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، 2017: ص195.

(2) محمد أبو القاسم أبريبش، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية: دراسة مقارنة بين القانون الأردني والليبي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2016: ص2.

(3) عبد الله محمد المحاميد، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2018: ص1.

مشكلة الدراسة

تكمن المشكلة في هذه الدراسة حول السؤال الرئيس: **ما مدى جواز لجوء الإدارة للتحكيم في كل من التشريع التونسي والسعودي؟** ويندرج عن هذا التساؤل العديد من الأسئلة الفرعية وهي كما يلي:

أسئلة الدراسة:

1- ما ماهية اتفاق التحكيم؟

2- ما موقف التشريع السعودي والتونسي من التحكيم في المنازعات الإدارية؟

3- ما موقف الفقه والقضاء السعودي والتونسي من التحكيم في المنازعات الإدارية؟

أهداف الدراسة:

1- استعراض الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

2- بيان موقف التشريع السعودي والتونسي من التحكيم في المنازعات الإدارية.

3- إبراز موقف الفقه والقضاء السعودي والتونسي من التحكيم في المنازعات الإدارية.

أهمية الدراسة:

تشكل هذه الدراسة أهمية واضحة من خلال الآتي:

1- استعرضت موضوع يعتبر من أهم الموضوعات والجزيئيات في القانون السعودي والتونسي وهو موضوع التحكيم في مادة المنازعات الإدارية، والتي عادة ما تدور حولها العديد من التساؤلات والمشكلات، والتي تصدت لها هذه الدراسة.

2- تكشف هذه الدراسة عن وجه اهتمام التشريع السعودي والتونسي بحقوق الأفراد من خلال الاهتمام بهذه القوانين المتعلقة بالتحكيم في المنازعات الإدارية.

3- تمثل الدراسة إسهامًا علميًا في مجال المعرفة من الناحية القانونية بشكل عام، وبالتالي تساعد على نشر ثقافة قانونية بخصوصها، فينعكس أثرها على أبناء المجتمع بصورةٍ إيجابية؛ لأن كثيرًا مما يتصل بموضوعها من جوانب وزوايا هامّة لا تزال الكتابة فيه محدودة أو غير كافية.

4- يمكن لهذه الدراسة أن تفيد القانونيين والمهتمين والذين يعملون في هذا المجال، إضافة إلى إفادة المشرع السعودي والتونسي في تلافي الثغرات القانونية فيما يخص موضوعها بالأخذ، بالتوصيات التي يتوصل الباحث إليها.

حدود الدراسة:

1- **الحدود الموضوعية:** حيث يتمثل الحد الموضوعي في التحكيم في مادة المنازعات الإدارية: دراسة مقارنة بين تونس والسعودية.

2- **الحدود الزمانية:** تتمثل في قوانين التحكيم في كل من السعودية وتونس والقوانين الأخرى المناسبة لموضوع الدراسة ووقت إصدارها.

3- **الحدود المكانية:** تتمثل في كل من المملكة العربية السعودية وجمهورية تونس.

منهج الدراسة:

تم الاعتماد في البحث على المنهج الوصفي التحليلي المقارن وذلك باعتباره أحد المناهج التي تناسب موضوع البحث وهو موضوع التحكيم في مادة المنازعات الإدارية، وذلك من خلال الحصول على المادة اللازمة لإتمام هذا البحث من المصادر والمراجع المتوفرة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث، ومقارنتها بالنصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة في التشريع المقارن لكلا البلدين.

الدراسات السابقة:

1- **دراسة بودلال، فطومة (2016)**، وهي بعنوان "التحكيم في العقود الإدارية", وهي رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الجيلالي ليابس، الجزائر. حيث هدفت الدراسة إلى استعراض موضوع التحكيم في العقود الإدارية من خلال استعراض القانون الجزائري والتطبيق عليه. وقد استخدمت الدراسة العديد من المناهج من أجل الوصول إلى المشكلة ومنها: المنهج التاريخي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن وغيره. وقد توصلت الدراسة لعدة نتائج منها: أن مسألة التحكيم في العقد الإداري من المسائل الشائكة في النظام القانوني لعدم اتفاق التحكيم مع العقد الإداري. وتوصل البحث لتوصيات منها: ضرورة توسيع نطاق التحكيم ليشمل المسائل الجزائية التي يغلب عليها الحق الخاص على الحق العام.

2- **دراسة محمد، علي (2017)**، وهي بعنوان "ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية", وهي دراسة منشورة، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد2. حيث استخدمت الدراسة العديد من المناهج من أجل الوصول إلى المشكلة ومنها: والمنهج الوصفي التحليلي، وغيره. وقد توصلت الدراسة لعدة نتائج منها: أن اللجوء للتحكيم لا يعني التنازل عن اللجوء للقضاء. وتوصل البحث لتوصيات منها: ضرورة تنظيم أحكام التحكيم في تقنين خاص ووضع قواعد تفصيلية تتعلق بشروط وإجراءات وضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

3- **دراسة الخضير، خالد بن عبد الله (1432هـ)**، وهي بعنوان "التحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية", وهي دراسة منشورة، مجلة القضائية، السعودية، العدد1. حيث استخدمت الدراسة العديد من المناهج من أجل الوصول إلى المشكلة ومنها: المنهج التحليلي، والمنهج المقارن وغيره. وقد توصلت الدراسة لعدة نتائج منها: أن الأحكام والقرارات التحكيمية في السعودية جلها في قضايا المنازعات التجارية.

4- **دراسة أبريبش، محمد أبو القاسم (2016)**، وهي بعنوان "أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية دراسة مقارنة بين القانون الأردني والليبي", وهي رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن. حيث استخدمت الدراسة العديد من المناهج من أجل الوصول إلى المشكلة ومنها: المنهج التحليلي الوصفي،

والمنهج المقارن وغيره. وقد توصلت الدراسة لعدة نتائج منها: أن الدولة التي تقبل بشرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المترتبة عن تعاقدها مع أشخاص القانون الخاص في المعاملات التجارية لا يجوز لها فيما بعد التمسك بالحصانة القضائية أو التنفيذية أمام هيئات التحكيم أو القضاء الأجنبي، في حين يجوز لها التمسك بذلك في المنازعات الإدارية العقدية لان الدولة في هذه الطائفة من العقود تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تشكل مظهراً من مظاهر السيادة للدولة. وتوصل البحث لتوصيات منها: ضرورة قيام الدول بالحد من التمسك بالحصانة القضائية للدولة في مواجهة التحكيم حتى يحقق التحكيم الهدف الذي يسعى إليه على أكمل وجه.

5- **دراسة الدليمي، سعدي عجلان، وفرج الله، وليد خضر، خالد بن عبد الله (2021)**، وهي بعنوان "التحكيم كوسيلة غير قضائية لفض منازعات العقود الإدارية", وهي دراسة منشورة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد22، العدد2. حيث استخدمت الدراسة العديد من المناهج من أجل الوصول إلى المشكلة ومنها: المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن وغيره. وقد توصلت الدراسة لعدة نتائج منها: أن التحكيم الإداري أسلوباً أو وسيلة من وسائل فض المنازعات الإدارية وبالأخص العقود الإدارية يسمح للخصوم في المنازعات الإدارية بأن يتفقوا على حل منازعة حالة او مستقبلية، ناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري داخلية كانت او دولية ودون اللجوء للسلطة القضائية. وقد توصلت الدراسة لتوصيات منها: السماح للوزارات باللجوء للتحكيم لحل بعض المشكلات التي تعترضها في عملها مع القطاع الخاص بدلاً من بقاءه في أروقة المحاكم لسنوات طويلة وأحياناً دون اللجوء لنتائج مرضية.

التعليق على الدراسات السابقة:

اتفقت هذه الدراسة مع العديد من الدراسات السابقة في أن هذه الدراسات عالجت جميعها موضوعات التحكيم في مادة المنازعات الإدارية ، إلا أنها لم تستطع الإحاطة بالجوانب المختلفة للموضوع من خلال القوانين المقارنة سواء التونسية أو السعودية، وما يمكن أن تحيط بهذا الموضوع من جوانب خفية وغير مرئية للبعض وهو ما سوف تقوم به الدراسة. أما هذه الدراسة فتختلف عن بقية الدراسات السابقة في إحاطتها بالعديد من التشريعات المهمة وهي القانون السعودي والتونسي، وهو ما لم تحط به الدراسات السابقة،والتي بدورها لم تنشر إلى القوانين المختلفة محل الدراسة ، وكذلك أخذت بقوانين مختلفة كالقانون الجزائري أو الليبي أو الأردني. كما أنه لم يمس الكثير من الباحثين موضوع التحكيم في مادة المنازعات الإدارية: دراسة مقارنة بين تونس والمملكة العربية السعودية، كما تفتقر المكتبات العربية عن مواضيع تحدثت عن هذا العنوان بشكل أكثر تفصيلاً، لكن تم تناوله بكثير من القصور، وبعناوين هامشية دون شرح وتفصيل.

تقسيم الدراسة

المبحث الأول : ماهية اتفاق التحكيم

المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وشروطه

المطلب الثاني: محل اتفاق التحكيم واستقلال شرطه

المبحث الثاني: موقف التشريع السعودي والتونسي من التحكيم في المنازعات الإدارية

المطلب الأول: بالنسبة للتحكيم الداخلي

المطلب الثاني: بالنسبة للتحكيم الدولي

المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء في كل من البلدين من التحكيم في المنازعات الإدارية

المطلب الأول: تطور موقف الفقه نحو قبول التحكيم

المطلب الثاني: موقف القضاء في الدولتين من المسألة

المطلب الثالث: تباين موقف القضاء في الدولتين من المسألة

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم

المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم وشروط صحته

الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

يشير اتفاق التحكيم إلى: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل"[(1)].

وتعددت تعريفات الفقه والقضاء والتشريع للتحكيم. ومنها أنه: "اتفاق رضائي بين الطرفين على حل نزاع قائم أو قد يحدث في المستقبل، بعيداً عن قضاء الدولة المختص بإسناد أمر النظر فيه إلى شخص أو عدة أشخاص، على أن يكون الحكم الصادر ملزم للخصوم. وهذا ما يميز التحكيم عن الأنظمة البديلة لحل المنازعات التي تكتفي بتقريب وجهة النظر للمتنازعين[(2)].

وقد نصت المادة (1/1) من المرسوم الملكي السعودي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433 بشأن نظام التحكيم على أنه : "اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي

---

(1) فارس محمد عمران، موسوعة الفارس: قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، المركز القوم للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط2، 2015: ص122.

(2) كفاح حمودي حسون، الآثار القانونية لقرار التحكيم التجاري، مجلة الجامعة العراقية، الجزء2، العدد44، 2019: ص324.

نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواءً أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة"[1].

وفي هذا الإطار أشارت المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي لسنة 1403هـ على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة تنفيذ هذا العقد".

كذلك تجيز مجلة التحكيم التونسية صورتي التحكيم، حيث يؤكد الفصل الثاني من المجلة على: "اتفاقية التحكيم هي التزام أطراف على أن يفضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. وتكتسي الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم".

كذلك فإن القانون التونسي أكد على مفهوم التحكيم في قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1993م، حيث نص الفصل الأول من القانون على أن اتفاق التحكيم هو: "طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الاطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم"[2]. أما الفصل الثاني من الاتفاقية فقد أشارت إلى مفهوم اتفاقية التحكيم بانها: "التزام أطراف على أن يفضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية وتكتسي الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم"[3].

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم

أولاً: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

1- **التراضي**/ حيث يعتبر التراضي ركن اتفاق التحكيم الذي لا يقوم بدونه بسبب أن التحكيم نظام قضائي اتفاقي قوامه توافق وتراضي إرادات أطرافه على قبوله كأداة لتسوية منازعاتهم، وجوهر التراضي هو تلاقي إرادتين متطابقتين للطرفين الراغبين في التحكيم، وهو يتطلب صدور إيجاب من أحد الطرفين يعبر فيه عن رغبته في اتخاذ التحكيم طريقاً لتسوية النزاع بعيداً عن قضاء الدولة، ثم يلتقي هذا الإيجاب بقبول الطرف الآخر له[4].

---

[1] المادة (1/1) من مرسوم سعودي ملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24هـ بشأن نظام التحكيم.

[2] الفصل الأول من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993م.

[3] الفصل الثاني من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993م.

[4] محمد الهادي المهدي الشامس، إشكاليات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2019: ص113.

2- **الأهلية/** فصحة اتفاق التحكيم تتوقف على أهلية الأطراف وفقاً لقوانين الدولة التي ينتمون إليها بجنسياتهم، حيث اختلف رأي الفقه بحق القاصر المأذون له بالتجارة، إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى عدم أهليته في إبرام اتفاق التحكيم، كون التحكيم يتطلب أهلية التصرف وهي تختلف عن أهلية التفاوض[1].

لقد اتجه المشرع السعودي في المرسوم الملكي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433 الخاص بنظام التحكيم إلى ضرورة اعتبار طرفي التحكيم الالكتروني يتمتعون بالأهلية والصفة القانونية والطبيعية للتحكيم، فقد نصت المادة العاشرة فقرة 1 من المرسوم على أنه: "1- لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعيًّا . أو من يمثله . أم شخصاً اعتباريًّا".[2].

أما التشريع التونسي فقد أبرز ذلك في الفصل العاشر من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، والذي نص على أنه: "الفصل 10- يجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعيا رشيداً كفء ومتمتعا بكامل حقوقه المدنية وبالاستقلالية والحياد إزاء الأطراف وإذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً اعتباريا فإن هذا الشخص الاعتباري ينحصر دوره في تعيين هيئة التحكيم".[3].

وهكذا، فإن التراضي والأهلية الواجب تمتع طرفي النزاع بها تعتبر من الشروط المهمة لاتفاق التحكيم، والتي أبرزها المشرع الفلسطيني والأردني بشكل واضح.

ثانياً: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

1- **الكتابة/** إذا كانت القاعدة العامة في شأن اتفاق التحكيم تقضي بخضوعه للقانون الموضوعي المطبق على العقد، لذا وجب الرجوع إلى مثل هذه القوانين لمعرفة مدى تطلبه شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم من عدمه، وباستقراء موقف قوانين الدول المتعددة من النص على هذا الشرط نجد أنها اختلفت وتباينت، لكنها في الوقت ذاته سعت إلى إحالة اتفاق التحكيم بضمانات معينة وإدخاله في دائرة التصرفات التي يجب إفراغها في شكل معين كالهبة والوصية، ومن ثم تطلبت شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم وذلك حتى يمكن التحقق من إرادة الأفراد[4].

وعليه، اتجه المشرع السعودي في المرسوم الملكي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433 لوجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، حيث أشارت المادة التاسعة في فقرتها الثانية والثالثة من المرسوم السابق على أنه:"2-يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً، 3- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو المكتوبة، وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم،

---

[1] ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم: دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2018.: ص92.

[2] المادة العاشرة من المرسوم الملكي السعودي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433 الخاص بالتحكيم.

[3] الفصل العاشر من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.

[4] محمد شعبان سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014: ص93.

بمثابة اتفاق تحكيم، كما يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"[1].

أما المشرع التونسي فقد أوضح ضرورة وجود الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم في الفصل 6 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، حيث نص الفصل السادس على أنه: "لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضر محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها. وتعتبر الاتفاقيات ثابتة بكتب إذا وردت في وثيقة موقعة من الأطراف أو تبادل رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال التي تثبت وجود الاتفاقية أو في تبادل ملحوظات الدعوى وملحوظات الدفاع التي يدعي فيها أحد الأطراف وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر وتعتبر الإشارة في عقد من العقود إلى وثيقة تشتمل على شرط تحكيمي بمثابة اتفاقية تحكيم شرط أن يكون العقد ثابتاً بكتب وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث يجعل ذلك الشرط جزء من العقد."[2].

2- **تحديد موضوع النزاع/** حيث أنه من الواجب على أطراف التحكيم تحديد موضوع النزاع ليتسنى فيما بعد مراقبة مدى التزام هيئة التحكيم حدود الولاية دون التعدي على اختصاص القضاء في النظر للمسائل التي لا يشملها اتفاق التحكيم وخصوصاً وأن النزاع قائم أصلاً بخلاف الحال بالنسبة لشرط التحكيم كون النزاع لم ينشأ بعد، إنما محتمل الحدوث، وبالتالي يسعد أن يتضمن هذا البيان لأن الإحالة إلى التحكيم بموجب شرط التحكيم تأتي كنتيجة منطقية في حالة حصول نزاع بين الأطراف لوجود هذا الشرط المسبق[3].

يمكن القول بناءً على ما سبق ذكره، شرط تعيين موضوع النزاع الذي يتم عرضه على لجنة التحكيم يعود في الأصل إلى ان التحكيم يعتبر نظام استثنائي يتكاتف مع نظام القضاء لفض النزاعات بين الأفراد، كونه يحمل بين طياته وسائل غير معروفة في القضاء العادي، بل يقتصر في مجمله على إرادة الطرفين بعرض هذا الموضوع على التحكيم، حيث ينتج عنه مدى مراعاة لجنة التحكيم لحدود ولايتها، فإذا التزمت بها كان الحكم صحيحاً، وإلا تمت إعادته بدعوى البطلان في حالة عدم التزامها بهذه الحدود[4].

المطلب الثاني: محل اتفاق التحكيم واستقلال شرطه

الفرع الأول: محل اتفاق التحكيم

يقصد بمحل اتفاق التحكيم موضوع المنازعة أو المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم، والتي ينص على حلها بطريق التحكيم، فلا يجوز أن يكون محل الالتزام في عقد التحكيم مستحيلاً في ذاته، وإلا كان العقد باطلاً، كما أن محل الالتزام يتوجب أن يكون معيناً بذاته، فإذا استحال ذلك اصبح معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان

---

(1) المادة التاسعة فقرة 2 و3 من المرسوم الملكي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433.

(2) الفصل 6 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.

(3) مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر التحكيم إلى الغير: دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013: ص37.

(4) المرجع السابق: ص37–38.

العقد باطلاً[1]. ويتم اتفاق التحكيم بعد نشوء الخلاف أو النزاع، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفاً ويمكن تحديده بدقة وبشكل خاص دون تفصيل أوجه النزاع، مما يتسنى للمحكمين بسط رقابهم على موضوع النزاع وتحديد مسؤولياتهم[2].

وعليه، يشترط في المحل في اتفاق التحكيم أن يتم الاتفاق على تحديدها دون أن يكون الشرط عاماً لأي منازعات تنشأ بين الطرفين، وإنما يجب أن تكون محددة بالمنازعات الناشئة عن العقد أو التي ستنشأ أو العقد الأصلي، أيضاً فإنه يتحتم ألا يخالف محل التحكيم الآداب والنظام العام والأخلاق العامة، وأن يكون معيناً أو قابل للتعيين، وأن يكون موجود أو قابل للوجود[3].

وعليه، أشار المشرع السعودي إلى الموضوعات التي يجوز الاتفاق بشأنها على التحكيم، وهو يسري على كافة المعاملات التجارية والمدنية بكافة أشكالها، ما عدا بعض النقاط التي لا تخضع لاتفاق التحكيم، والتي أشارت إليها المادة 2 من مرسوم ملكي سعودي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433. والتي أشارت إلى: "ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح"[4].

أما المشرع التونسي فنص في الفصل 7 من قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1993 على أنه: " الفصل 7- لا يجوز التحكيم: **أولاً** – في المسائل المتعلقة بالنظام العام. **ثانياً** – في النزاعات المتعلقة بالجنسية. **ثالثاً**- في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها. **رابعاً**- في المسائل التي يجوز فيها الصلح. **خامساً**- في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من المجلة."[5].

وهكذا، فإن العديد من القوانين خاصة السعودي والتونسي قد اشترطت أن يكون هناك موضوع للدعوى أو محل نزاع حتى تكتمل أركان هذه الدعوى كما اشترطت أن لا يكون محل النزاع معيباً أو به نقص يحول دون إتمامه شرط الاتفاق.

الفرع الثاني: استقلال شرط التحكيم

يعد وجود شرط التحكيم كشرط مستقل من أهم المميزات الموجودة في التحكيم، حيث اختلف الفقه القانوني حول موضوع شرط التحكيم ومدى استقلاله عن العقد الأصلي في ظل النصوص الخاصة بالتحكيم، فذهب جانب من الفقه لانكسار استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك لأن القاعدة أن

---

(1) محمود عارف الكفارنة، النظام القانوني للتحكيم التجاري في ظل القانونين المصري والأردني دراسة مقارنة، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، عمان، 2019: ص78.

(2) المرجع السابق: ص78–79.

(3) صلاح محمد سليمة، التنظيم القانوني للإنقاذ البحري للأشخاص والأموال والبيئة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 2014: ص551.

(4) المادة 2 من مرسوم ملكي سعودي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433.

(5) الفصل 7 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.

المحكم يستمد سلطاته من العقد الذي يتم الاتفاق فيه على التحكيم، فإذا كان هذا العقد محل خلاف بين الخصوم وحصل التمسك ببطلانه أو فسخه، فلا يجوز للمحكم نظر هذا الأمر أو ذاك لأنه لا يملك الحكم بنفسه في شأن توافر صفته كمحكم أو عدم توافرها أو في شأن جواز طرح التحكيم عليه أو عدم جوازه أو بطلان أو صحة الاتفاق على منحه سلطة الحكم في النزاع. كما اتجه رأي فقهي آخر إلى أن شرط التحكيم لا يستقل عن العقد الذي تضمنه ورتب على ذلك أنه إذا تم الادعاء أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد فإن هيئة التحكيم بوصفها خارجة عن إطار محاكم الدولة لا تستطيع الفصل في الادعاء، ويتعين على هيئة التحكيم عندئذ أن توقف الإجراءات أمامها إلى حين صدور حكم قضائي يفصل في مسألة بطلان العقد من المحام القضائية المختصة[1].

وقد أخذت العديد من الدول العربية بمبدأ استقلالية شرط التحكيم، ومن هذه الدول السعودية وتونس، حيث اتجه المشرع السعودي لهذا المبدأ بشكل صريح وواضح، فقد نصت المادة 21 من مرسوم ملكي سعودي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433على أنه: "يعد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان العقد . الذي يتضمن شرط التحكيم . أو فسخه أو إنهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته."[2].

أما المشرع التونسي فقد اتخذ الاتجاه ذاته الذي اتخذه المشرع السعودي في استقلال شرط التحكيم، حيث نص الفصل 61 فقرة 1 من قانون التحكيم التونسي على أنه: " 1- تبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقاً مستقلا عن شروطه الأخرى والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانوناً بطلان الشرط التحكيمي"[3].

المبحث الثاني: موقف التشريع السعودي والتونسي من التحكيم في المنازعات الإدارية

اختلف موقف التشريعين التونسي والسعودي من مسألة التحكيم في المادة الإدارية، ففي تونس كان محظوراً أن يتم فض النزاع عن طريق اللجوء إلى هيئة التحكيم خاصة في العقد الإداري إلا أن هذا الوضع بدأ يتغير شيئاً فشيئاً. فالحظر يقتصر اليوم على العقود الإدارية الداخلية دون العقود الإدارية الدولية مع وجود بعض الاستثناءات. أما في المملكة فالمشرع يجيز التحكيم بشرط الموافقة المسبقة دون تمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي[4].

---

(1) الخواجا، مرجع سبق ذكره: ص55–56.

(2) المادة 21 من مرسوم ملكي سعودي رقم م / 34 بتاريخ 24 / 5 / 1433.

(3) الفصل 61 فقرة 1 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.

(4) التحكيم بحسب طبيعته يكون إما: داخلياً: أي التحكيم الذي يتم تنظيمه داخل تراب الدولة ويمس بمصالح مدنية تجارية داخلية ويتم بين أطراف لهم محل عمل داخل الدولة، أي أن التحكيم الداخلي يحكم علاقة وطنية داخلية بعيدة عن المصالح الدولية. أو دولياً: يعتبر التحكيم دولياً عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية المرتبطة

المطلب الأول: بالنسبة للتحكيم الداخلي

يجيز كل من التشريعين السعودي والتونسي اليوم اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة، لكن صعوبة التحكيم تنشأ عندما يتعلق الأمر بالأشخاص المعنوية العامة نظرا للطابع الاستثنائي الذي يشكله كل من النظام القانوني والقضائي الذي يحكمها. وهذا ما يفسر أن المنظم في المملكة لا يجيز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة إلا بترخيص، حيث تنص المادة العاشرة من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م\34 وتاريخ 24\5\1433هـ على:

"2- لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك". انطلاقا من هذه المادة، نستنتج أن المبدأ هو إجازة التحكيم في جميع الدعاوى الإدارية لكن بشرط الموافقة الأولية من رئيس الوزراء، فالنظام السعودي جعل موافقته على التحكيم شرطاً لازماً سواء كان شرطاً أم مشارطة.

لكن نفس المادة أوردت استثناء لشرط الموافقة الأولية، يتمثل في وجود نص خاص يجيز التحكيم دون أخذ الموافقة المسبقة لرئيس الوزراء، ومن النصوص الخاصة التي تجيز اللجوء إلى التحكيم مباشرة، نظام الاستثمار التعديني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م\47 بتاريخ 20\8\1425هـ، فقد نصت المادة 58 منه على أنه: "يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم، وفقا لنظام التحكيم السعودي".

كذلك جاء الاستثناء من شرط الموافقة الأولية للتحكيم في نظام الكهرباء الصادر بالمرسوم الملكي م\56 بتاريخ 20\10\1426هـ من خلال المادة الثالثة عشرة التي تنص في الفقرة الثامنة على أنه: "يجوز

بعملية حركة انتقال البضائع والخدمات عبر حدود أكثر من دولة، أي عندما يرتبط النزاع بأكثر من دولة واحدة. وقد نص القانون النموذجي لليونسترال على أن التحكيم يكون دولياً في إحدى الحالات التالية (المادة 1\3):

1– إذا كان مقراً عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

2– إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

أ. مكان التحكيم إذا كان محدداً في اتفاق التحكيم.

ب. أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

3– إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

هذا وقد أخذت مجلة التحكيم التونسية بهذا التعريف الذي قدمه القانون النموذجي لليونسترال (الفصل 48 من المجلة). كذلك أوجد الفقه الحديث معياراً آخر للتمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وأخذ به خاصة القضاء الفرنسي، يتعلق بطبيعة النزاع، ومنه يستند النزاع التحكيمي الدولي إلى الطبيعة الدولية للنزاع، فإذا كان ناشئاً عن معاملات تجارية دولية فإنه يعتبر دولياً.

الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين أي مرخص له والهيئة عن طريق التحكيم وفقا لأحكام نظام التحكيم".

أما في تونس فإن الاستعانة بالتحكيم خاصة في العقد الإداري ظل لفترة طويلة محظورا في ظل مجلة الإجراءات والمرافعات المدنية والتجارية ولم يكن مسموحاً به إلا في بعض المجالات المحددة والضيقة وبمقتضى نصوص قانونية خاصة مثل نص القانون عدد 45 لسنة 1991 المتعلق بمنتوجات النفط الذي يفرض في فصله 11 اللجوء القسري وبصفة آمرة في كل الخلافات التي قد تحصل على وجه الخصوص بين المتدخلين في السوق الداخلية من مكررين وموردين وموزعين وبائعين، إلى التحكيم[1].

ثم جاءت مجلة التحكيم[2] سنة 1993 التي أقرت وقننت التحكيم في تونس ونظمته وقامت بتعريفه[3] وتمييز الشرط التحكيمي عن الاتفاق على التحكيم[4]. لكنه ظل محظورا بالنسبة لأشخاص القانون العام. فالفصل السابع من مجلة التحكيم في فقرته الخامسة ينص على أنه: "لا يجوز التحكيم: "... **خامساً**: في

---

[1] – الفصل 11 من القانون عدد 45 لسنة 1991 مؤرخ في 1 جويلية 1991 المتعلق بمنتوجات النفط ينص على: "كل خلاف بين المتدخلين من الأصناف المذكورة بالفصل 10 أعلاه والذي قد يشكل خطرا على استمرارية تزويد البلاد يعرضه وجوبا أحد الأطراف على لجنة تحكيم متألفة من ثلاثة محكمين. يعين كل طرف محكما وهؤلاء يعينان محكما ثالثا، وفي صورة عدم الوصول إلى حل يقع تعيين المحكم الثالث من طرف رئيس المحكمة المختصة. ويجب على المحكمين أن يصدروا حكمهم في أجل شهر ابتداء من تاريخ قبولهم للتحكيم. وإن لم يقع القبول في يوم واحد فمن تاريخ قبول آخرهم. ويكون حكمهم نافذا مؤقتا وقابلا للطعن طبقا لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية كما يجب على المحكمين أن يتبعوا في أحكامهم القواعد القانونية وفي انتظار مآل التحكيم يمكن للوزير المكلف بالطاقة أن يتخذ بمقتضى قرار إجراءات وقتية لضمان مواصلة تزويد البلاد." الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49، المؤرخ في 9 جويلية 1991.

[2] – تنظيم التحكيم في تونس ظل حتى أواخر القرن العشرين ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولم يفرد المشرع قانون خاص به إلا سنة 1993 بمقتضى القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1993). هذا القانون عوض الفصول من 258 إلى 284 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وهو يقوم بالأساس على التمييز بين التحكيم الداخلي (الباب الثاني) والتحكيم الدولي (الباب الثالث) مع وضع أحكام وقواعد مشتركة لجميع أنواع التحكيم.

[3] – الفصل الأول من مجلة التحكيم ينص على: "التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم".

[4] – بعد أن عرفت المجلة في الفصل الثاني اتفاقية التحكيم ميزت بين الشرط التحكيمي والاتفاق على التحكيم ثم قامت بتعريف كل صيغة في الفصلين الثالث والرابع. الفصل الثالث ينص على أن الشرط التحكيمي هو: "هو التزام أطراف عقد بإخضاع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم". والفصل الرابع ينص على أن الاتفاق على التحكيم هو: "التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على هيئة تحكيم. ويجوز إبرام الاتفاق على التحكيم ولو أثناء قضية منشورة أمام المحكمة.".

النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

وبالتالي فإن القانون في تونس قد أقر مبدأ حظر التحكيم في المنازعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العامة ذات الصفة والجماعات المحلية. لكن هذا الحظر لا يشمل جميع أشخاص القانون العام في تونس لأن الفصل السابع يستثني فقط الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية. وبالتالي يمكن للمؤسسات العمومية ذات الصبغة غير الإدارية اللجوء إلى التحكيم الداخلي. فالمشرع التونسي قام بتقسيم المؤسسات العمومية في تونس إلى مؤسسات عمومية إدارية ومؤسسات عمومية غير إدارية منذ القانون عدد9 لسنة 1989 المؤرخ في غرة فيفري 1989 المتعلق بالمساهمات والمنشآت والمؤسسات العمومية ثم بمقتضى القانون عدد 74 لسنة 1996 المؤرخ في 29 جويلية 1996 الذي نقح قانون غرة فيفري 1989. وقد اعتبر هذا القانون في فصله الثامن أن "المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية" هي إحدى مكونات المنشآت العمومية. ثم قسم المشرع المؤسسات العمومية التي لا تكتسي صبغة إدارية إلى صنفين: الصنف الأول، تعتبر منشآت عمومية ضبط قائمتها بأمر هو الأمر عدد 2199 لسنة 2002 المؤرخ في 7 أكتوبر 2002 والذي تم تعديله في عدة مناسبات وهي المؤسسات ذات الصبغة الاقتصادية والصناعية والتجارية. الصنف الثاني من المؤسسات العمومية غير الإدارية لا تعتبر منشآت عمومية بل هي امتداد للإدارة، يضبط نظامها القانوني الباب الخامس من قانون غرة فيفري 1989 ويحددها الأمر عدد 2200 لسنة 2002 المؤرخ في 7 أكتوبر 2002[1].

هذه الامكانية المتاحة للمؤسسات العمومية غير الإدارية تدخل في إطار حرص المشرع على تمكين هذه المؤسسات من أداء دورها الاقتصادي على أفضل وجه ووفقا للاعتبارات التي يتطلبها مجال نشاطها. هذه الإمكانية تحد من حظر الاستعانة بالتحكيم الداخلي من خلال التمييز بين أشخاص القانون العام.

وبعد الثورة، خطا المشرع خطوات جديدة باتجاه الانفتاح على التحكيم في مجال العقود الإدارية. فالفصل 30 من قانون الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص[2] ينص على: "في حالة نزاع ناجم عن تنفيذ العقد، يجب التنصيص على فض النزاع بالحسنى في مرحلة أولى وعلى المدة القصوى المخصصة لهذه المرحلة وذلك قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم إن اقتضى الأمر وتعذرت المساعي الصلحية، وفي صورة اللجوء إلى التحكيم، ينص العقد وجوبا على أن القانون التونسي هو المطبق على النزاع".

انطلاقاً من هذا النص الجديد في التشريع التونسي يمكن القول أن التشريع التونسي قد بدّل رفضه وحظره للجوء إلى التحكيم إلى موافقته وإباحته ذلك. هذا التوجه الجديد تعزز من خلال مجلة الاستثمارات

---

(1) – للتعمق والمزيد من المعلومات حول المؤسسات العمومية غير الإدارية في تونس، يمكن الاطلاع على بحث الأستاذ محمد ميدون، "المؤسسات العمومية غير الإدارية، مؤسسات عمومية من نوع ثالث؟"، في إطار مجموعة أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الجبيب العيادي، مركز النشر الجامعي بنونس،2000، ص 665 وما يعدها.

(2) - قانون عدد 49 لسنة 2015 مؤرخ في 27 نوفمبر 2015 يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 96 بتاريخ 1 ديسمبر 2015.

الجديدة[1] التي تنص في فصلها 24 على: "عند تعذر تسوية النزاع الناشئ بين الدولة التونسية والمستثمر الأجنبي بالمصالحة، يمكن اللجوء إلى التحكيم بمقتضى اتفاقية خصوصية بين الطرفين. وعند تعذر تسوية النزاع الناشئ بين الدولة التونسية والمستثمر التونسي بالمصالحة، وكانت له موضوعياً صبغة دولية، يمكن للأطراف عرضه على التحكيم بمقتضى اتفاقية تحكيم، وتخضع عندئذ إجراءات التحكيم لأحكام مجلة التحكيم.

وفيما عدا ذلك، تختص المحاكم التونسية بالنظر في النزاع". وبالتالي خطا المشرع التونسي خطوات شجاعة في تبني وإقرار التحكيم في العقود الإدارية الداخلية لأول مرة، متجاوزا بذلك مختلف الانتقادات التي وجهها له الفقه.

المطلب الثاني: بالنسبة للتحكيم الدولي

لقد أجاز التشريع في كل من تونس والمملكة العربية السعودية اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية غير أنه هناك اختلاف في طريقة معالجة كل مشرع لهذه المسألة. ففي المملكة تطور التشريع من الحظر المطلق إلى الحظر النسبي لأن الأصل هو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلا إذا أجازه نص تشريعي صريح.

وفي المقابل يجيز المشرع التونسي منذ سنة 1993، تاريخ صدور مجلة التحكيم، اللجوء إلى التحكيم الدولي في العقود الإدارية. فصياغة الفقرة الخامسة من الفصل السابع تعبر عن انفتاح محدود نحو التحكيم الداخلي مقابل انفتاح واسع نحو التحكيم الدولي. هذا الأخير خصه المشرع التونسي بأحكام متميزة عن التحكيم الداخلي تناغما مع التزام تونس باتفاقية نيويورك لسنة 1958[2]. فالفقرة الخامسة من الفصل السابع من مجلة التحكيم استثنت العقود الإدارية الدولية من قاعدة المنع[3] عندما نصت على أنه: "لا يجوز

---

[1] - قانون عدد 71 لسنة 2016 مؤرخ في 30 سبتمبر 2016 يتعلق بقانون الاستثمار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 لسنة 2016.

[2] - اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. للتفاصيل: https://shortest.link/3WWh

[3] - العقد الإداري الدولي، هو عقد تبرمه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام المتفرع عنها باعتبارهم سلطة عامة، مع شخص طبيعي أو معنوي أجنبي، ويترتب عليه تبادل الخدمات والأموال عبر الحدود. فهو يتصل بمصالح التجارة الدولية. وبالتالي يجمع العقد الإداري الدولي بين مقومات العقد الإداري كون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ويتعلق بمرفق عام وبين الصفة الدولية من حيث اتصاله بمصالح التجارة الدولية (د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ص، 108). وقد اختلف الفقه في تعريف العقود الإدارية الدولية. فذهب اللورد Mc Nair مثلا إلى اعتبار العقد الإداري الدولي: "عقد طويل المدة يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية من جانب آخر ويتعلق باستغلال الموارد الطبيعية، ويتضمن شروطا غير مألوفة في العقود الداخلية مثل شرط الإعفاء الجمركي ويخضع هذا العقد في بعض جوانبه للقانون العام وفي بعض جوانبه للقانون الخاص". (Mc Nair, “The general principals of law , recognized, by civilized nations”, B,I,1957, p1 ets)

التحكيم: ... **خامساً**: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة."

يتضح من خلال الفقرة السابقة أن القانون التونسي عدل عن موقفه الرافض للتحكيم بالنسبة للدولة وأشخاص القانون العام الأخرى، وذلك حينما نص صراحة على إمكانية لجوئهم إلى التحكيم في المنازعات الخاصة بعلاقاتهم التجارية الدولية. وهذا يعني أن القانون في تونس لا يقر بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية وقصر إمكانية استعانة الأفراد المعنوية العامة إلى التحكيم على علاقاتهم التجارية الدولية. وقد خصصت مجلة التحكيم الباب الثالث منها (الفصول من 47 إلى 82) إلى التحكيم الدولي. فالفصل 47 ينص على أن أحكام هذا الباب تنطبق على التحكيم الدولي مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي التزمت الدولة التونسية بتنفيذها. وحدد الفصل الموالي الحالات التي يكون فيها التحكيم دوليا وهي على التوالي: "أ- إذا كان محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفتين. فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من محل عمل، فالمعتبر هو محل العمل الأوثق صلة باتفاقية التحكيم، وإذا لم يكن لأحد الأطراف محل عمل فالمعتبر هو محل إقامته المعتاد. ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف: 1) مكان التحكيم إذا نصت عليه اتفاقية التحكيم أو وقع تحديده وفقا لها.2) أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به. ج- إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة. بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية"[1].

يتضح من المادة أن القانون في تونس وسع من النطاق المكاني للمنازعات التي يمكن أن تخضع للباب الثالث من مجلة التحكيم وجعلها تشمل التجارة الدولية. وقد مكنت هذه المادة المشرع التونسي من مواكبة التطور العالمي وتقديم ضمانات للمستثمرين الدوليين في تونس. لذلك اعتبر جانب كبير من الفقه التونسي والأجنبي[2] أن هذه المادة السابعة من مجلة التحكيم، تمثل رؤية متطورة لقانون التحكيم. يضاف إلى ذلك ما جاء به القانون عدد 120 لسنة 1993 المتعلق بتشجيع الاستثمارات، من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار الدولية. فالفصل 67 من مجلة تشجيع الاستثمارات أقر اختصاص المحاكم التونسية بالنظر

كذلك ذهب الفقيه Piere Regli إلى اعتبار العقود الإدارية الدولية بمثابة "عقود طويلة المدة طرفاها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو معنوي من جهة أخرى وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة، وتتضمن شروطا ومزايا غير مألوفة". (د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، 1996، ص 36.).

[1] – الحالات التي يكون فيها التحكيم دوليا حسب الفصل 48 من مجلة التحكيم التونسية، مأخوذة عن المادة 3/1 من القانون النموذجي لليونسترال.

[2] E. Gaillard, Arbitrage commercial international – Convention d arbitrage–, JurisClasseur, Droit international, Fasc. 586-3, n 16.

في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية لكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم في حالة اتفاق ينص عليه "شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة، أو تطبيقا للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات..."[1].

لكن نجاعة المنظومة القانونية لا تتمثل في كثرة إصدار النصوص التشريعية بل في مدى تطبيقها من قبل المتعاملين واحترامها من قبل الأجهزة القضائية.

المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء في كل من البلدين من التحكيم في المنازعات الإدارية

لقد أحدث موضوع جواز الاستعانة بالتحكيم في مجال العقد التجاري العديد من الشبهات والجدال سواء من الناحية الفقهية او القضائية. ولكن ما عدى الحالات التي يوجد فيها نصوص تشريعية تؤكد وتعطي الحق باللجوء والاستعانة بالتحكيم إلى التحكيم لفض المنازعات الإدارية، فإن القضاء في الدولتين قد كشف عن اتجاه معارض للتحكيم كوسيلة لحسم هذه المنازعات، مقابل ظهور عدة اتجاهات في الفقه بشأن مدى جواز الاستعانة بهيئة قضائية تحكيمية لفض النزاع الذي ينشأ عن العقد الإداري.

المطلب الأول: تطور موقف الفقه نحو قبول التحكيم

اليوم يعتبر أغلب الفقه، في تونس والمملكة على حد سواء، أنه يمكن الاستعانة بهيئة تحكيمية في النزاع الناشئ عن العقد الإداري. ولو أنه بالنسبة للفقه التونسي، يمكن القول أنه لم تكن هناك دراسات حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية. وأن أغلب الدراسات تعلقت بالجوانب الأخرى للتحكيم.

أما سابقاً، فقد كان جانب من الفقه التونسي مثله مثل الفقه الفرنسي وعلى رأسه الفقيه إدوارد لافارير[2]، يرفض اللجوء إلى التحكيم في نزاع العقد الإداري على أساس أنه يتعارض مع سيادة الدولة بسلبه اختصاص القضاء الإداري في نظر هذه المنازعات. وذلك استنادا إلى وجود قضاء وطني مختص وهو قضاء مجلس الدولة، حيث من غير المنطقي أن تقوم الأشخاص المعنوية العامة بمنح هيئة التحكيم جواز أن تفصل في النزاع الإداري في حين أن المحكمة العادية لا يجوز لها النظر في هذه المنازعات.

ثم تطور موقف الفقه لاحقا، وذهب شق من الفقهاء نحو ضرورة التفرقة بين نوعي التحكيم سواء التحكيم الداخلي أو التحكيم الخارجي "الدولي" في العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مثلما فعل المشرع في مجلة التحكيم. ويذهب إلى أنه لا يجوز تضمين عقود الدولة الداخلية شرط التحكيم عكس التحكيم

---

[1] - الفصل 67 من مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية الصادرة بمقتضى القانون عدد 120 لسنة 1993، مؤرخ في 27 ديسمبر 1993، يتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد99 لسنة 1993 مؤرخ في 28 ديسمبر 1993.

[2] - بالنسبة لهذا الفقيه المبدأ يقتضي أنه لا يمكن للدولة أن تعرض نزاعاتها على المحكمين E. LAFERRIERE: Traité de la juridiction administrative 1888 tome II, p. 145.

الدولي، فلا مانع من تضمين العقود شرط التحكيم بضوابطه التي تحقق للدولة مجموع مصالحها في المسائل الاقتصادية والاجتماعية. فانضمام تونس للاتفاقيات التي تجيز التحكيم وتنفيذ أحكام المحكمين لم يكن على أساس التمييز بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص لأنه لا مجال لإيجاد هذه التفرقة في المعاهدات الدولية من جهة، ومن جهة أخرى فإن المعاهدات الدولية المصادق عليها، وفقا للدستور التونسي سواء القديم (دستور 1959) أو الجديد (دستور 2014) أقوى نفوذا من القوانين الداخلية[1].

أما اليوم فغالبية الفقهاء يؤكدون على ضرورة إجازة التحكيم. ويعتبرون بأن دوافع ومبررات رفض التحكيم في المادة الإدارية لم تعد مقبولة في ظل تطور دور الدولة والمؤسسات العمومية الراجعة لها وتدخلها في جميع مجالات الحياة[2]. فالدولة أصبحت اليوم تتصرف مثل التاجر أو الشركات التجارية وتهدف إلى تحقيق الربح المادي وأصبحت بالتالي المحرك الرئيسي للتجارة الدولية. وبالتوازي مع ذلك يمثل التحكيم اليوم أهم أداة لفض منازعات التجارة الدولية. وبالتالي لابد للدولة ومؤسساتها من أن تقبل بالتحكيم ولابد لهذا الأخير من أن يساير التطور الذي عرفته الدولة ويتكيف مع الدور الجديد لهذا اللاعب المحوري والأساسي للتجارة الدولية. ولكن بما أن الفصل السابع من المجلة أورد العديد من الاستثناءات، فإنه يجب تفسير هذه الاستثناءات تفسيرا ضيقا. ليس انطلاقا من مبدأ أن الاستثناء يفسر تفسيرا ضيقا ولا يجب التوسع في تأويله، بل من منطلق أهمية التحكيم بالنسبة للدولة بصفة خاصة وأشخاص القانون العام بصفة عامة. لأنه لا يمكن، اليوم، اعتبار الاستعانة بالتحكيم التجاري الدولي يعتبر مساساً بالسيادة الوطنية للدولة، خاصة في وجود القضاء الوطني المحلي الذي يمتلك دور المراقب على العملية التحكيمية ومدى نجاحها ومطابقة شروطها للتحكيم، وذلك دون أن يتم المساس والتدخل في العلاقات التعاقدية بين طرفي التحكيم، مع ضرورة السعي لتحقيق أقصى الضمانات الممكنة لسلامة أي قرار تحكيمي يم اتخاذه، لضمان حقوق هؤلاء الأطراف، على أنه يجب على الدولة حماية مصالحها الوطنية بحسن صياغة عقود الاستثمار وإتقان الاتفاقيات الدولية للاستثمار بصيغ دقيقة بدلا عن الصياغات العامة التي تشير إلى المبادئ العامة للقانون.

---

[1] المادة 32 من دستور 1959 تنص في فقرتها الأخيرة على: "...والمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النواب أقوى نفوذا من القوانين". والمادة 20 من الدستور الحالي (2014) تنص على: " المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور".

[2] لطفي الشادلي، الإدارة والتحكيم (قراءة للفقرة الخامسة من الفصل السابع من مجلة التحكيم التونسية)، مقال بحثي باللغة الفرنسية قدمه صاحبه بمناسبة الندوة العلمية التي نظمتها الجمعية التونسية للعلوم الإدارية حول الإدارة وقانونها، أية تحولات؟، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 18-19 أفريل 2002. منشور في [2] - بالنسبة لهذا الفقيه المبدأ يقتضي أنه لا يمكن للدولة أن تعرض نزاعاتها على المحكمين E. LAFERRIERE: Traité de la juridiction administrative 1888 tome II, p. 145.

[2] المادة 32 من دستور 1959 تنص في فقرتها الأخيرة على: "...والمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النواب أقوى نفوذا من القوانين". والمادة 20 من الدستور الحالي (2014) تنص على: " المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور".

[2] لطفي ا مجلة الدراسات القانونية، 2006، رقم 13، ص 173.

ثم إن القول بأن التحكيم يسلب اختصاص القاضي الإداري في النظر في هذه النزاعات كما كفله له المشرع في الفصل الثاني من القانون عدد40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية التونسية[1]، يجانب الصواب حسب نظرنا، لأن المشرع لم يقصد في هذا الموضع استبعاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الإدارية، وإنما مجرد استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي للفصل في تلك المنازعات.

ويؤكد بعض الفقهاء على ضرورة فسح المجال للدولة وأشخاص القانون العام للاستعانة بالتحكيم كلما تخلوا عن امتيازات السلطة العامة وتصرفوا مثل أشخاص القانون الخاص سواء كانت الدولة نفسها أو المؤسسات العامة الإدارية أو الجماعات المحلية بالرغم من حظر الفقرة الخامسة من الفصل السابع وفي المقابل لا يمكن السماح للمؤسسات العمومية غير الإدارية باللجوء إلى التحكيم إذا ظهرت بمظهر السلطة العامة واستعملت امتيازات السلطة العامة بالرغم من استثنائها ضمنيا من المنع في الفقرة الخامسة من الفصل السابع[2].

أما بالنسبة للمملكة، فالفقه يجمع تقريباً على أنه في حالة عدم وجود نص قانوني يجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، فإنه لا يجوز لها أن تسلك هذا الطريق لفض المنازعات الإدارية لأن المنظم في هذا الصدد قد كان واضحاً من خلال اشتراط أن استجابة وموافقة الوزير المختص أو من ينوب عنه. وفي هذا الخصوص يرى بعض الفقه بأنه في صورة عدم حصول الإدارة المعنية على موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم، وتقدم عليه، فإنها تتحمل المسؤولية عن خطئها هذا، إذا كان الطرف الآخر حسن النية. بينما يرى البعض الآخر، بأن هذا الحل في حد ذاته غير كاف، لأنه لا يجوز للإدارة أن تتنكر لاتفاق التحكيم، مادام ذلك مخالف للنظام العام الدولي.

كما سلك العديد من الفقهاء مسلك تقييم المادة العاشرة، وانتهوا إلى ان المشرع اقتصر أن يوافق رئيس الوزراء على إمكانية جواز الاستعانة بالتحكيم في العقد الإداري، وهو ما أحدث بدوره جدلاً بين قضاة ديوان المظالم وهيئات التحكيم المختلفة في كيفية الحصول على الموافقة من رئيس الوزراء بشكل سهل وسلس دون تعقيدات. حيث ان هيئة التحكيم تعتبر أن موافقة رئيس الوزراء هي إجراء شكلي لا يغير من حكم التحكيم ولا يضير شروط صحة التحكيم، أما القاضي الإداري فإنه يعتبر أن هذه الموافقة تعتبر من الشروط الرئيسة التي يترتب عليه استبدال أحكام قانونية بخصوص العقد الإداري بأحكام مقررة أساساً، وذلك سعياً لتحقيق توازن بين الصالح والمصلحة العامة، والتي يلزم معها التحقق من صحة موافقة الوزير مع وجود جزاء على تخلف هذه الموافقة ببطلان حكم التحكيم.

كما أن هذا الجدل في التكيف القانوني يرجع في الأصل إلى للمنظومة القانونية النافذة اليوم في مادة التحكيم في العقد الإداري، والتي بدورها لم تقدم حلاً ناجحاً من أجل تجاوز هذا الجدل والخلاف، وتوحد

---

[1] الفصل الثاني من القانون عدد 40 لسنة 1972 (كما تم تنقيحه بمقتضى القانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996)، ينص على: "تنظر المحكمة الإدارية بهيئاتها القضائية المختلفة في جميع النزاعات الإدارية عدا ما أسند لغيرها بنص خاص". الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 47، بتاريخ 11-06-1996.

[2] لطفي الشاذلي، مرجع سابق، ص، 193.

الرؤية بين القاضي الإداري وبين هيئات التحكيم في إطار منظومة قانونية تراعي مختلف اعتبارات المصلحة العامة والمصالح الخاصة للمتعاقدين.

لكن إن كنا نتفق مع الرأي السابق لكن يرى الباحث أن عدم الحصول على موافقة الجهة المختصة، لا يؤثر على صحة الاتفاق على التحكيم كون هذه المسألة من التشريعات الوطنية الداخلية التي لا يجوز للجهات الحكومية في المملكة أن تتمسك به من أجل الإخلال ببنود الاتفاق التحكيمي الذي وافقت عليه منذ البداية، والقول بغير ذلك يمكنه أن يصبح إخلالاً ومساساً بمبدأ حسن النية في التعاقد والالتزام بهذا المبدأ من أصول هذه التعاقدات، كما أن الإخلال بهذا المبدأ يثير قلق المتعاقدين بسبب عدم احترام الدولة أو بقية أشخاص القانون العام لالتزاماتهم العقدية.

وبالتالي، يرى أغلبية فقهاء القانون السعودي عدم جواز الاستعانة بالتحكيم في العقد الإداري، وأنه من الأمور المحظورة إلا إذا ورد نص صريح بالجواز. لكن الفقه التونسي يعيش اختلافات حادة فيما يخص هذا الموضوع بسبب تبني المشرع والقضاء بشكل قاطع، إلى وقت قريب، لمبدأ عدم جواز اللجوء للتحكيم الداخلي وغموض الموقف بالنسبة للجوء إلى التحكيم الدولي.

المطلب الثاني: موقف القضاء في الدولتين من المسألة

لم يساير القضاء في تونس تطور التمشي الذي عرفه الفقه والتشريع. فهو لا يزال يرفض التحكيم لفض النزاع الذي ينشأ عن العقد الإداري. فقد ذهب إلى أن حظر التحكيم في منازعات أشخاص القانون العام يعتبر بمثابة مبدأ من المبادئ القانونية العامة التي تعتبر مصدراً من مصادر المشروعية التي تلتزم بها الجهات الإدارية في الأعمال الصادرة عنها. وبقي متشدداً في تطبيقه لمبدأ حظر لجوء الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام للتحكيم. وأصر على عدم مشروعيتهم سواء تعلق الأمر بعقد من العقود الإدارية أو العقود العادية التي تبرمها جهة الإدارة بالرغم من أن الأساس التشريعي لهذا المبدأ يتعارض مع بعض المعاهدات الدولية التي انضمت إليها تونس، من بينها اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965[1] والاتفاقية المبرمة بين الدول العربية سنة 1974 التي أنشأت المجلس العربي لتسوية المنازعات[2].

وعليه، قضت المحكمة الإدارية التونسية في أكثر من مناسبة بعدم إجازة شرط التحكيم في العقد الإداري، حيث حاججت بذلك بالعديد من النصوص القانونية في التشريع التونسي، إضافة إلى أن اختصاصها ينظر في المنازعات التي تكون طرفاً فيها الأفراد العامة ولا يجوز مخالفته بأي حال من الأحوال، ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية مستندة في ذلك إلى نصوص القانون التونسي وإلى أن اختصاصها بنظر

[1] - نص الاتفاقية التي صادقت عليها الدولة التونسية في 22 جوان 1966 والمملكة العربية السعودية في 8 ماي 1980 متاح على الرابط التالي: http://www.lcica.org/ar/download3

[2] - اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى بتاريخ 10.06.1974 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها من النظام العام ولا يمكن مخالفته. فقد اتخذ هذا الجهاز القضائي في تونس موقفا متشدداً من التحكيم في العقود الإدارية بغض النظر عن كونها داخلية أو دولية. فالقاعدة بالنسبة للقضاء الإداري التونسي هي عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، حيث استقر قضاء المحكمة الإدارية منذ تأسيسها سنة 1972 على بطلان لجوء أشخاص القانون العام في علاقاتهم التعاقدية إلى التحكيم. ومن هذه الأحكام، الحكم الاستئنافي الصادر في القضية عدد 21920 بتاريخ 16 جوان 2000 الذي أكدت فيه المحكمة الإدارية على أن فقه قضائها استقر على أن إدراج شرط تحكيمي في صفقة عمومية يعتبر باطلا ولا عمل عليه. ونصت على أن: "التمسك بوجوب عرض النزاع على التحكيم قبل القيام لدى القضاء يعتبر والحالة ما ذكر في غير محله واتجه بالتالي رفض هذا الفرع من المستند".

وقد ساير القضاء العدلي توجه القضاء الإداري الرافض للتحكيم في المادة الإدارية حيث أقرت محكمة التعقيب سنة 1993[1] مبدأ منع اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام. ثم كرست محكمة الاستئناف بتونس هذا التوجه وحكمت، تطبيقاً للفقرة الخامسة من الفصل السابع، بأن عقد صفقة عمومية أبرمته وزارة الفلاحة من أجل إنشاء سد بمنطقة "سيدي عيش"، هو عقد إداري لكن النزاعات المتعلقة به لا تخضع للتحكيم حتى ولو كانت دولية. فقد نص حكم محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 19 ماي 2009 في القضية رقم 69135، المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الفلاحة ضد "مجمع كومترى"[2](arret Ferrocom) على أن: "...المشرع التونسي كرس مبدأ منع التحكيم بالنسبة للصفقات العمومية مع وضع استثناء خاص بالتحكيم الدولي في الفقرة الخامسة من الفصل السابع. هذا الاستثناء يتعلق بالنزاعات الناتجة عن علاقات دولية اقتصادية أو تجارية أو مالية. وبالتالي تطرح مسألة تفسير المقصود بـ"العلاقات الدولية الاقتصادية أو التجارية أو المالية" وهي مفاهيم ومصطلحات واسعة، عامة وغير محددة ويمكن أن تشمل جزءاً هاماً من العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف آخر أجنبي. لكن عقد الصفقة العمومية موضوع هذا النزاع، لا يمكن أن يندرج ضمن هذا الاستثناء لأنها ترتبط بالمهام والوظائف الأساسية للدولة (بناء سد من صميم وظائف المرفق العام ويهدف لتحقيق المصلحة العامة ولا يمكن أن يتعلق بالتجارة الدولية والاستثمار، موضوع الفقرة الخامسة من الفصل السابع...وبالتالي، المحكمة تعتبر أن موضوع هذا العقد لا يمكن أن يخضع للتحكيم".

اعتبرت المحكمة بمناسبة هذه القضية، أن كل عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام من أجل مقتضيات المرفق العام لا يمكن أن يخضع للتحكيم. وهنا يطرح السؤال: هل يمكن للدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام أن يبرم عقدا خارج حاجيات المرفق العام؟

---

[1] – حكم تعقيبي رقم 36039، بتاريخ 27 أكتوبر 1993، الدائرة التجارية السادسة تحت رئاسة السيد محمد العلاني، غير منشور. جزء منه منشور في المجلة التونسية للإدارة العمومية، 1996، عدد 22، الثلاثية الرابعة، ص. 25.

[2]– Ahmed OUERFELLI,"L arbitrage dans la jurisprudence tunisienne", ed. GLD–LGDJ, Tunis–Paris, 2010, p. 257–258.

وبالرغم من أن الأطراف، في القضية أعلاه، اتفقت على التحكيم، فإن المحكمة استندت على الفصل 547 من مجلة العقود والالتزامات[1] من أجل إقرار طلب الإدارة في الرجوع في اتفاق التحكيم واعتباره بالتالي باطلاً.

هذا الموقف الذي اتخذه القضاء التونسي من خلال قضية Ferrocom وعدة قضايا أخرى، يدفع المؤسسات الأجنبية نحو عدم المشاركة في الصفقات العمومية وبالتالي حرمان البلاد من التكنولوجيا الحديثة وتدفق الاستثمار الخارجي.

ثم إن إبطال حكم التحكيم في تونس لا يمنع المؤسسة المستفيدة من طلب تنفيذ الحكم في فرنسا مثلاً أو الولايات المتحدة باعتبار وأن القضاء في البلدين، يعتبر أن إبطال حكم التحكيم في بلد المنشأ، لا يمنع إكساءه بالصبغة التنفيذية وهذا ما حصل بالفعل في العديد من المناسبات والقضايا ومنها قضية Becfreres & Grand's Travaux d Afrique. ففي سنة 1981 أبرم عقد أشغال عامة بين الحكومة التونسية من جهة وشركة إخوان بيك الفرنسية وشركة الأشغال الكبرى التونسية من جهة أخرى، وكانت دولة الكويت هي الممول للمشروع. وقد تم الاتفاق في العقد على شرط التحكيم لحل النزاع الذي يمكن ان ينشأ عنه. وعندما حصل نزاع بين الطرفين أحالته الشركة إلى مؤسسة التحكيم المتفق عليها للفصل فيه، لكن الحكومة التونسية دفعت ببطلان شرط التحكيم على أساس مبدأ يمنع استعانة الأشخاص في القانون العام بالتحكيم في العقد الإداري، المعمول به في تونس وفرنسا في ذلك الوقت. وقد صدرت الأحكام القضائية في تونس سواء من القضاء العدلي أو القضاء الإداري ببطلان شرط التحكيم. وفي المقابل ذهبت هيئة التحكيم، من خلال حكمين منفصلين بتاريخ 8 فيفري 1990 و13 سبتمبر 1990، إلى الإقرار بصحة شرط التحكيم ودفع مبلغ مالي إلى الشركتين وتحميل الدولة التونسية كافة نفقات التحكيم. وبالتالي التجأت الشركتين إلى طلب تنفيذ حكم التحكيم من المحكمة الابتدائية بباريس. وبناء عليه صدر بتاريخ 15 أفريل 1991، أمران عن السيد المفوض من قبل رئيس المحكمة الابتدائية بباريس أعطى بموجبهما الحكمين الصادرين عن هيئة التحكيم القوة التنفيذية في فرنسا. فقامت الدولة التونسية بالطعن في هذين القرارين أمام محكمة الاستئناف في باريس التي أقرت قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا بتأييد القرارين المطعون فيهما[2]. وعندها طعنت الحكومة التونسية بالنقض على هذا الحكم بناء على المادة 1009 من قانون المرافعات الفرنسي، أمام محكمة التعقيب الفرنسية لكن هذه الأخيرة أيدت الحكم الاستئنافي[3].

---

[1] - الفصل 547 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ينص على: "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح".

[2] حكم محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 24 فيفري 1994.

[3] ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2006، ص 399 وما بعدها.

هذا التمشي جعل جانب من الفقه التونسي يؤكد أن القضاء يطبق الحظر دون احترام مقتضيات النصوص القانونية. ويأمل تطور موقف المحكمة الادارية في هذا الشأن[1].

وهذا ما دفع المشرع التونسي إلى التفكير في إعادة صياغة مجلة التحكيم، حيث تعمل اليوم لجنة فنية خاصة على مستوى وزارة العدل على مراجعتها. وبالتالي نرى أنه على هذه اللجنة اقتراح حلول ثورية تجعل من تونس مركزا إقليمياً ودولياً للتحكيم. هذه الحلول يجب أن تشمل جميع جوانب التحكيم بدءاً من اتفاقية التحكيم ووصولاً إلى تنفيذ قرارات التحكيم. والأهم حسب رأينا أن تراعي لجنة الإصلاح دائماً الصلة الوثيقة بين التحكيم والاستثمار بحيث تستوحي حلولاً عملية وناجعة تم اعتمادها في الأنظمة المقارنة مثل القانون الفرنسي والقانون الأمريكي.

أما بالنسبة لموقف القضاء في المملكة فقد اتخذ هو كذلك موقفاً متشدداً من التحكيم في العقد الإداري بصرف النظر عن كونها داخلية أو دولية فالقاعدة عنده هو عدم جواز التحكيم في العقد الإدارية بصفة عامة، ما عدا الحالات التي تتضمن نصوص قانونية صريحة تجيز ذلك أو ترخيص من قبل رئيس الوزراء.

المطلب الثالث: تباين موقف القضاء في الدولتين من المسألة

توافقت كل من السعودية ودولة تونس انه لا يجوز التحكيم في المادة الإدارية ولكن السعودية استثنت وفقا للمادة العاشرة الفقرة 2 (نظام التحكيم الصادر مجلس الوزراء لعام 1433 هـ) نتطرق في هذا المطلب الى فرعين كمقارنة بين الدولتين:

الفرع الاول: تمسك القضاء التونسي برفض التحكيم في المادة الإدارية

يعد النزاع الحاصل في دولة تونس واللجوء الى التحكيم في المادة الإدارية مرفوضا وذلك وفق لنظام قانون التحكيم التونسي لسنه 1993 حيث نص الفصل السابع انه لا يجوز التحكيم في: " 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام. 2- النزاعات المتعلقة بالجنسية. 3- النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية والمالية. 4- المسائل التي يجوز فيها الصلح. 5- النزعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والجماعات المحلية الا اذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية او مالية ينظمها الباب الثالث من هذا النظام".

نجد ان النظام التونسي توافق مع النظام السعودي ان يكون التحكيم في الأمور المتعلقة بالتجارة الدولية والمنازعات الدولية باستثناء ان السعودية تطلب موافقة رئيس الوزراء.

تتميز المنازعات الإدارية بطبيعة خاصة ومغايرة لكافة المنازعات الأخرى، والقضاء الإداري عندما ينظر في المنازعات الإدارية ينظرها بشيء من التمايز والتغاير الذي يتلاءم مع طبيعة القضية الإدارية والذي لا يطبقه التحكيم في الغالب لدى نظره منازعات الإدارة للقانون التونسي فقد حظرا اللجوء للتحكيم في النزاع الإداري.

---

[1] أحمد الورفلي، مرجع سابق.

وكذلك الحال في المغرب حيث نص الفصل على: "غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه في المسائل التي تمس النظام العام، وخاصة النزاعات المتعلقة بالدولة خاضعة لنظام يحكمه القانون العام".

موقف القضاء عدم جواز الالتجاء للتحكيم في المنازعات الإدارية، ولقد استقر القضاء التونسي على اعتبار شرط التحكيم في المنازعة الإدارية الداخلية باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويمتد البطلان كذلك إلى مشارطة التحكيم وقد فرقت أحكام القضاء التونسي بين التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والعقود الدولية فحظرت اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية الداخلية أما القضاء الإداري التونسي فإنه اعتنق الرأي القائل بحظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية ويعتبر القضاء الإداري التونسي رائد الاتجاه المعارض في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وهذا الحظر مقرر من قبل مجلس الدولة منذ وقت طويل وقد بين حكم صادر من مجلس الدولة التونسي سبب الحظر حيث ذكر أن الوزراء لا يستطيعون اللجوء إلى التحكيم لحل المسائل المتنازع عليها، لأن هذا العمل محظور عليهم، كما ذكر مجلس الدولة سببا آخر وهو نقص أهلية الجهة الإدارية إلى إبرام اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: موقف القضاء السعودي من التحكيم في المادة الإدارية:

في هذا الفرع سوف يتم توضيح القرارات الوزارية وموقف ديوان المظالم والنظام السعودي من التحكيم في المنازعات الإدارية، فقد صدر قرار مجلس الوزراء السعودي رقم 58 وتاريخ 1383/1/117هـ الذي نص على أنه: "لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي نشب بينها وبين أي فرد او شركة أو هيئة خاصة ويستثنى من ذلك الحالات التي تمنح فيها الدولة امتيازاً هاما، وتظهر لها مصلحة في منح الامتياز شرط التحكيم". وقد ترتب على صدور هذا القرار التالي:

1- هذا القرار اول قرار نظم التحكيم بما يتعلق بالمنازعات الإدارية في النظام السعودي.

2- ان النظام السعودي حضر التحكيم في المنازعات الإدارية.

3- حضر على الجهات الإدارية التحكيم سوأ داخليا او خارجيا، وجاء مجملا.

4- استثني القرار التحكيم في المنازعات الأخرى التي تتضمن مصالح حيوية للدولة وهنا يظهر اهتمام المنظم السعودي بالتحكيم ي المنازعات الإدارية

5- والقرار وضح انه لابد من موافقة الدولة ممثلة في رئيس الوزراء على قبول التحكيم في المنازعات الإدارية.

وضل العمل بهذا القرار حتى صدر القرار رقم 46/م وتاريخ 1403/7/12 هـ، وانتهي العمل بالقرار أعلاه وبذات مرحلة جديدة لتنظيم التحكيم في النزاع الإداري في التشريع السعودي، وقد تضمن هذا القرار التالي:

1- أجاز المنظم التحكيم في المنازعات الإدارية منها العقود الإدارية فقط.

2- لابد من موافقة رئيس الوزراء عند طلب الجهة الإدارية التحكيم والموافقة هنا للرئيس فقط دون غيره من أعضاء مجلس الوزراء

ثم صدر نظام التحكيم لعام 1433 هـ والذي حددت المادة العاشرة من هذا النظام انه يحضر على الجهات الإدارية اللجوء للتحكيم الا بموافقة رئيس مجلس الوزراء "الملك".

ومن هنا فان الباحثين يرون ان هناك توافق بين نظامي تونس والسعودية في منع جميع الجهات الإدارية والمعنوية للجوء الى التحكيم الا بموافقة رئيس مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية وموافق رئيس الدولة في تونس.

الخاتمة والنتائج والتوصيات:

بعد أن استعرضت الدراسة موضوع التحكيم في مادة المنازعات الإدارية: دراسة مقارنة بين تونس والسعودية، توصل الباحث إلى العديد من النتائج يمكن إجمالها على النحو الآتي:

1- إن التراضي والأهلية التي يجب أن يتمتع بها طرفي النزاع تعتبر من الشروط المهمة لاتفاق التحكيم، والتي أبرزها المشرع الفلسطيني والأردني بشكل واضح.

2- بين كل من المشرع السعودي والتونسي على ضرورة وجود الكتابة وتحديد موضوع النزاع كشروط لصحة اتفاق التحكيم.

3- اشترط القانون السعودي والتونسي أن يكون هناك موضوع للدعوى أو محل نزاع حتى تكتمل أركان هذه الدعوى كما اشترطت أن لا يكون محل النزاع معيباً أو به نقص يحول دون إتمامه شرط الاتفاق.

4- يعد وجود شرط التحكيم كشرط مستقل من أهم المميزات الموجودة في التحكيم، وهو ما نادت به العديد من التشريعات كالتشريع التونسي والسعودي وغيره.

5- خطا المشرع التونسي خطوات مهمة في تبني وإقرار التحكيم في العقود الإدارية الداخلية لأول مرة، متجاوزاً بذلك مختلف الانتقادات التي وجهها له الفقه.

6- أجاز التشريع في كل من تونس والمملكة اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية الدولية غير أنه هناك اختلاف في طريقة معالجة كل مشرع لهذه المسألة

7- إن نجاعة المنظومة القانونية لا تتمثل في كثرة إصدار النصوص التشريعية بل في مدى تطبيقها من قبل المتعاملين واحترامها من قبل الأجهزة القضائية.

8- اتخذ الجهاز القضائي في تونس موقفاً متشدداً من التحكيم في العقود الإدارية بغض النظر عن كونها داخلية أو دولية. فالقاعدة بالنسبة للقضاء الإداري التونسي هي عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة.

9- ان النظام التونسي توافق مع النظام السعودي ان يكون التحكيم في الأمور المتعلقة بالتجارة الدولية او المنازعات الدولية باستثناء السعودية تتطلب موافقة رئيس مجلس الوزراء.

10- أن سبب الحظر للتحكيم في القضاء التونسي جاء بسبب عدم القدرة على اللجوء إلى التحكيم لحل المسائل المتنازع عليها، بسبب نقص أهلية الجهة الإدارية إلى إبرام اتفاق التحكيم.

11- ان هناك توافق بين نظامي تونس والسعودية في منع جميع الجهات الإدارية والمعنوية للجوء الى التحكيم الا بموافقة رئيس الوزراء بالسعودية وموافق رئيس الدولة في تونس.

توصي الدراسة ب:

1– ضرورة فسح المجال للدولة وأشخاص القانون العام للجوء إلى التحكيم كلما تخلوا عن امتيازات السلطة العامة وتصرفوا مثل أشخاص القانون الخاص سواء كانت الدولة نفسها أو المؤسسات العمومية الإدارية أو الجماعات المحلية.

2– ضرورة اقتراح حلول ثورية تجعل من تونس مركزاً إقليمياً ودولياً للتحكيم. هذه الحلول يجب أن تشمل جميع جوانب التحكيم بدءاً من اتفاقية التحكيم ووصولاً إلى تنفيذ قرارات التحكيم.

3– ضرورة أن تقام لجنة إصلاح في كل من السعودية وتونس، تراعي هذه الجنة دائما الصلة الوثيقة بين التحكيم والاستثمار بحيث تستوحي حلولاً عملية وناجعة تم اعتمادها في الأنظمة المقارنة مثل القانون الفرنسي والقانون الأمريكي.

4– ضرورة إعداد العديد من الأبحاث والدراسات المختصة بالموضوع لما له من اهمية بالغة سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

قائمة مراجع الدراسة:

التشريعات والقوانين:

1- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى بتاريخ 10.06.1974 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

2- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

3- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، مع التعديلات التي اعتُمدت في عام 2006.

4- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993م.

5- قانون عدد 49 لسنة 2015 مؤرخ في 27 نوفمبر 2015 يتعلق بعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 96 بتاريخ 1 ديسمبر 2015.

6- قانون عدد 71 لسنة 2016 مؤرخ في 30 سبتمبر 2016 يتعلق بقانون الاستثمار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 لسنة 2016.

7- مرسوم سعودي ملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24هـ بشأن نظام التحكيم.

أحكام المحاكم:

1- حكم تعقيبي رقم 36039، بتاريخ 27 أكتوبر 1993، الدائرة التجارية السادسة تحت رئاسة السيد محمد العلاني، غير منشور. جزء منه منشور في المجلة التونسية للإدارة العمومية، 1996، عدد 22، الثلاثية الرابعة.

2- حكم محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 24 فيفري 1994.

3- المحكمة الإدارية، الدائرة الاستئنافية الثالثة، قضية عدد 21920، حكم بتاريخ 16 جوان 2000، المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الفلاحة ضد شركة الأشغال الكبرى مغيث

الكتب العربية:

1- السعيدي، ثامر عبد الجبار (2018)، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم: دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1.

2- حداد، حفيظة السيد (1996)، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية.

3- الشامس، حمد الهادي المهدي (2019)، إشكاليات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

4- سليمة، صلاح محمد (2014)، التنظيم القانوني للإنقاذ البحري للأشخاص والأموال والبيئة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1.

5- الشيخ، عصمت عبد الله (د.ت)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية.

6- عمران، فارس محمد (2015)، موسوعة الفارس: قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط2.

7- سيد، محمد (2014)، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان.

8- ميدون، محمد (2000)، "المؤسسات العمومية غير الإدارية، مؤسسات عمومية من نوع ثالث؟"، في إطار مجموعة أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الجبيب العيادي، مركز النشر الجامعي بتونس.

9- الكفارنة، محمود عارف (2019)، النظام القانوني للتحكيم التجاري في ظل القانونين المصري والأردني دراسة مقارنة، دار الكتاب الثقافي للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، عمان.

10- عثمان، ناصر (2006)، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة.

الرسائل العلمية:

1- المحاميد، عبد الله محمد (2018)، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

2- أبريبش، محمد أبو القاسم (2016)، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية: دراسة مقارنة بين القانون الأردني والليبي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

3- الخواجا، مها عبد الرحمن (2013)، امتداد أثر التحكيم إلى الغير: دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

الدراسات والأبحاث:

1- عمامرة، حسان (2017)، المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 18.

2- حسون، كفاح (2019)، الآثار القانونية لقرار التحكيم التجاري، مجلة الجامعة العراقية، الجزء2، العدد44.

3- الشاذلي، لطفي (2006)، الإدارة والتحكيم (قراءة للفقرة الخامسة من الفصل السابع من مجلة التحكيم التونسية)، مقال بحثي باللغة الفرنسية قدمه صاحبه بمناسبة الندوة العلمية التي نظمتها الجمعية التونسية للعلوم الإدارية حول الإدارة وقانونها، أية تحولات؟، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 18-19 أفريل 2002. منشور في مجلة الدراسات القانونية، رقم13.

المواقع الالكترونية

1- نص الاتفاقية التي صادقت عليها الدولة التونسية في 22 جوان 1966 والمملكة العربية السعودية في 8 ماي 1980 متاح على الرابط التالي: http://www.lcica.org/ar/download3

المراجع الأجنبية

1- Mc Nair, “The general principals of law , recognized, by civilized nations”, B,I,1957.

2- E. Gaillard, Arbitrage commercial international – Convention d‘arbitrage-, JurisClasseur, Droit international, Fasc..

3- E. LAFERRIERE: Traité de la juridiction administrative 1888 tome II.

4- Ahmed OUERFELLI,”L arbitrage dans la jurisprudence tunisienne”, ed. GLD-LGDJ, Tunis-Paris, 2010, p257-258.

مدى جواز إلزام ولي الأمر القاضي الحكم بمذهب معين أو بقانون وضعي "دراسة فقهية مقارنة"

The extent of the permissibility of obligating the guardian judge to rule by a specific doctrine or positive law "a comparative "jurisprudential study

د.أحمد حنشل

DR.AHMED HANSHAL

أستاذ مشارك في الفقه المقارن- كلية الحقوق

جامعة عدن- اليمن.

ملخص البحث:

إذا كانَّ إلزام القاضي بمذهب معين يقضي به، ولا يخرج عنه، هو الواقع، وعليه العمل من زمن قديم، فالقضاة في كل البلاد الإسلامية يحكمون وفق مذهب معين من المذاهب الأربعة المشهورة، والذي يشهد له الواقع وما جرى عليه العمل منذُ زمن قديم، هو التزام القاضي بأمر ولي الأمر في أحكامه بالتقيد بمذهب معين لا يخرج عنه، وعلى هذا الأساس فقد رأيت أنه من المفيد أن أذكر أولاً مسألة إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين كما وردت عند الفقهاء القدامى والمعاصرين لبيان المعالجة الفقهية التي قدمها الفقهاء في مسألة إلزام ولي الأمر القاضي الحكم بمذهب معين ، وذلك لتسليط الضوء على هذه الأمور ودراستها بصورة تفصيلية وذلك من خلال تحديد حكم إلزام ولي الأمر القاضي بالحكم بمذهب معين دون سواء أو إلزامه بالحكم بموجب قانون وضعي يتم وضعه من قبل ولي الأمر أو من يتوب عنه من أهل الاختصاص من علماء الشرع والقانون.

الكلمات المفتاحية: قاضي، مذهب، قانون، حكم قضائي.

Abstract

If the judge's obligation adhere to a specific school of thought, and does not deviate from it, is the reality, and has to work from an ancient time, then judges in all Islamic countries judge according to a specific doctrine of the four well-known schools, which is witnessed by reality and what has been done since ancient times, is an obligation of the judge by the orders of the guardian in his rulings to adhere to a specific school of thought that does not depart from it, therefore , I thought it useful to mention, first of all the issue of obligating the judge to rule with a particular doctrine as it was mentioned by ancient and contemporary

jurists to explain the jurisprudential treatment provided by the jurists in the issue of obligating the judge's guardian to rule with a specific doctrine , in order to shed light on these matters and study them in detail, by defining the rule of obligating the guardian of the judge to rule in a particular doctrine without any others, or obligating him to rule according to a man-made law that is established by the guardian or those or his representative from among the scholars of Sharia and law.

مقدمة

فإن مسألة إلزام ولي الأمر القاضي بالحكم بمذهب معين أو القانون الوضعي من الأمور التي تحتاج إلى تحديد حكمها الشرعي عند الفقهاء القدامى والمعاصرين لبيان المعالجة الفقهية التي قدمها الفقهاء في مسألة إلزام ولي الأمر القاضي الحكم بمذهب معين ومدى معرفة الفقه الإسلامي القديم والمعاصر بمسالة التقنين من حيث وضع النصوص الفقهية في قوالب محدده يسهل العمل بها من قبل القاضي ،وقد جاء هذا البحث لتسليط الضوء على هذه الأمور ودراستها بصورة تفصيلية وذلك من خلال تحديد حكم إلزام ولي الأمر القاضي بالحكم بمذهب معين دون سوا أو إلزامه بالحكم بموجب قانون وضعي يتم وضعه من قبل ولي الأمر أو من يتوب عنه من أهل الاختصاص من علماء الشرع والقانون .

إشكالية البحث: تتمحور إشكالية البحث حول مدى إلزام القاضي بمذهب أو قانون معين، ومن هذا الإشكالية الرئيسية تتفرع أسئلة فرعية أهمها: من الجهة المخولة في إلزام القاضي بتباع مذهب أو قانون معين، وهل في كل المسأل يجب أن يتقيد القاضي بحكمه، أم أن هناك بعض الأمور وجب عليه التقييد بذلك فقط.

منهج البحث

وقد اعتمدت في هذا البحث على المنهج العلمي المقارن من خلال المقارنة بين أقوال الفقهاء واختيار الراجح منها مع بيان سبب ذلك وتم الاعتماد على كتب الفقهاء الأقدمين والمعاصرين وفي تخريج الأحاديث تم ذكر الحديث مع ذكر الحكم عليه إن لم يرد في الصحيحين وقد جاء هذا البحث تحت عنوان مدى جواز إلزام ولي الأمر القاضي الحكم بمذهب معين أو بقانون وضعي "دراسة فقهية مقارنة" واقتضت خطة البحث تقسيمه على ثلاثة مباحث وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول:

حكم إلزام ولي الأمر القاضي بمذهب معين

مسألة حكم إلزام القاضي بقول واحد يحكم به ولا يتجاوزه وإن خالف اجتهاده، هي حقيقة التقنين كما سنبين ذلك لاحقا، وهذه المسألة مما اختلف فيها الفقهاء المتقدمون وجاءت آراؤهم على قولين:

القول الأول : لا يجوز للحاكم الاشتراط على القاضي بالحكم بمذهب معين، وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة كما أنه قول القاضي أبي يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة، [1] وقال ابن قدامة : ولم أعلم فيه خلافاً،[2] وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وقد حكى الاتفاق على ذلك [3].

واستدلوا لذلك بأدلة منها قوله تعالى (فاحكم بين الناس بالحق)
والحق لا يتعيّن بالمذهب، وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب.[4]

ثم إنه ليس لمن ولي أمرا من أمور المسلمين منع الناس من التعامل بما يسوغ فيه الاجتهاد لما في ذلك من التخفيف على المسلمين، وذكروا أن عمر بن عبدالعزيز كان يقول :" ما يسرني أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا ؛ لأنهم إذا اجتمعوا على قول فخالفهم رجل كان ضالاً وإذا اختلفوا فأخذ رجل بقول هذا ورجل بقول هذا كان في الأمر سعة "[5].

استدلوا بقوله ρ: " القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأمَّا الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجارفي الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار"[6]، ففيه بيان الوعيد للقاضي إذا حكم على خلاف ما يعتقده حقاً لأنه عمل محرم، ولا خلاف في تحريمه عند أهل العلم .قالَ شيخُ الإسلامِ ابنُ تيميةَ رحمهُ الله : (ويجبُ العملُ بمُوجبِ اعتقادِه فيما لَهُ وعليه إجماعاً)[7] وهذا الصدد جاء في مواهب الجليل [8] ما نصه ما يلي: "إِنَّ الإمام لو شرط على القاضي الحكم بما يراه من مذهب معين أو اجتهاد له، صح العقد وبطل الشرط".

كما ذكر ابن فرحون[9] في التبصرة ما نصه :" القاضي يوليه الإمام القضاء ويشترط عليه ألا يحكم إلا بمذهب إمام معين ...، فهذا على ضربين: أحدهما: أن يشترط ذلك عموماً في جميع الأحكام، فالعقد باطل والشرط باطل ...، دليلنا أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ فإن العقد يقتضي أن يحكم بالحق عنده، وهذا الشرط قد حجره عليه، واقتضى أن يحكم بمذهب إمامه، وإن بان له أن الحق في سواه ".

ونقل عن الشافعية: أنه لا يجوز أَنْ يعقد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه؛ مصداقا لقوله I : (فاحكم بين الناس بالحق)[10]، والحق ما دل عليه الدليل، وذلك لا يتعين في مذهب بعينه، فإن قُلِّد على هذا الشرط بطلت التولية؛ لأنه علقها على شرط، وقد بطل الشرط، فبطلت التولية[1].

---

(1)مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبدالله بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، ج6، ص98، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.

(2) المغني، لعبدالله بن أحمد بن قدامه، ج10، ص136،

(3) مجموع الفتاوى ج35 / ص357، 360، 372، 373.دار عالم الكتب 1412 هـ

(4)مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب، ج6، ص98، والمهذَّب، لأبي إسحاق الشيرازي، ،، ج2، ص291، والمغني، لابن قدامه، ج10، ص136.

(5) المغني، لعبدالله بن أحمد بن قدامه، ج10، ص136،و المهذَّب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، ج2، ص291.

(6) رواه أبو داود، في سننه، في باب القاضي يخطئ، ج9، ص463، برقم 3102. قال أبو داود وهذا أصح شيء فيه يعني حديث ابن بريده القضاة ثلاثة. [سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ط، د. ت]، ورواه الترمذي، في الجامع الكبير، باب ما جاء في نضج بول، ج3، ص6، برقم 1322. [الجامع الكبير،لأبي عيسى محمد بن عيسى ا لترمذي، ،دار الجيل،بيروت،دار العرب الإسلامي،بيروت،ط2، 1998م] ".

(7) مجموع الفتاوى ج35 / ص357، 360، 372، 373.دار عالم الكتب 1412 هـ

(8) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب، ج6، ص98.

(9) تبصرة الحكام، لابن فرحون، ج1، ص16-17، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه، للدردير، ج4، ص130، وعقد الجواهر الثمينة، لابن شاس، ج3، ص101، والذخيرة، للقرافي، ،، ج10، ص125.

(10)سورة ص، الآية 26.

القول الثاني: يجوز للحاكم أن يلزم القاضي بالحكم بمذهب معيّن، وهذا القول مروي عن أبي حنيفة وقد خالفه صاحباه كما تقدّم، وقد استدل لذلك بأن تولية القضاء تتخصص بالزمان والمكان والشخص، فلو ولاّه السلطان القضاء في زمان مخصوص أو مكان مخصوص أو على جماعة مخصوصة تعين ذلك، لأنه نائب عنه، ولو نهاه عن سماع بعض المسائل لم ينفذ حكمه فيها.[2]

وعلى ذلك فان جواز إلزام ولي الأمر للقاضي بالحكم بمذهب معين وتقييده به، وفق رأي أبي حنيفة ، مبنية على أن ولاية القاضي مستمدة من ولاية السلطان لكون القاضي وكيلاً عنه[3]،: " فالذي يقول له السلطان: وليتك القضاء على مذهب فلان، ليس له أن يتجاوز مشهور ذلك المذهب إن كان مقلداً، وليس له مجاوزة ذلك المذهب، مقلداً كان أو مجتهداً؛ لأن التولية حصرته"[4]. وعلى ذلك ،فلو قيّد السلطان القاضي بصحيح مذهبه ، تقيد بلا خلاف[5].

كما ذهب إلى جواز إلزام القاضي بمذهب معين إذا كان القاضي مقلدا بعض فقهاء متأخري المالكية [6] وبه قال الإمام السبكي وغيره من متأخري الشافعية، وحملوا أقوال أئمتهم المتقدمين على القاضي المجتهد. من ذلك ما ذكره ابن فرحون في التبصرة :"أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولو رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده، قال الشيخ أبوبكر: وهذا جهل عظيم منهم. يريد لأن الحق ليس في شيء معين. وإنما قال الشيخ أبوبكر هذا لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه، وكان معاصراً للإمام أبي عمر بن عبدالبر، والقاضي أبي الوليد الباجي، والقاضي أبي الوليد بن رشد، والقاضي أبي بكر بن العربي، والقاضي أبي الفضل عياض، والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير، وغير هؤلاء من نظرائهم، وقد عُدِم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب"[7].

وعند الحنابلة وجدنا أن بعض المتأخرين من الحنابلة يرون جواز إلزام القاضي بمذهب معين حال القدرة على الحكم بالعدل جاء في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ما نصه: " ثم قد يكون الحاكم وقت الوقف له مذهب، وبعد ذلك يكون للحاكم مذهب آخر، كما يكون في العراق وغيرها من بلاد الإسلام، فإنهم كانوا يولون القضاء تارة لحنفي، وتارة لمالكي، وتارة لشافعي، وتارة لحنبلي، وهذا القاضي يولّي في الأطراف من يوافقه على مذهبه تارة ومن يخالفه أخرى، ولو شرط الإمام على الحاكم، أو شرط الحاكم على خليفته أن يحكم بمذهب معين بطل الشرط، وفي فساد العقد وجهان.

---

(1) المهذّب، لأبي إسحاق الشيرازي، ،، ج2، ص291، والأحكام السلطانية، للماوردي، ،، ص68، وروضة الطالبين وعمدة المفتين،للنووي، ،، ج11، ص199، ومغني المحتاج، للخطيب الشربيني، ،، ج4، ص377، والحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، للماوردي، ،، ج16، ص24، وبقية مراجع الشافعية السابقة ينظر: ص111.

(2) حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ،، ج4، ص399، وموجبات الأحكام وواقعات الأيام، لقاسم بن قطلوبغا الحنفي، ص194، مطبعة الإرشاد، بغداد، من منشورات وزارة الأوقاف، د. ط، د. ت، وفتح القدير، لابن الهمام، ،، ج7، ص306.

(3) فتح القدير، لابن الهمام، ،، ج7، ص306.

(4) موجبات الأحكام وواقعات الأيام، لابن قطلوبغا، ،، ص194.

(5) حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ،، ج4، ص369.

(6) البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ج1، ص41، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ.

(7) تبصرة الحكام، لابن فرحون، ،، ج1، ص52.

ولا ريب أن هذا إذا أمكن القضاة أن يحكموا بالعلم والعدل من غير هذا الشرط فعلوا، فأما إذا قُدّر أن في الخروج عن ذلك من الفساد جهلاً وظلماً أعظم مما في التقدير، كان ذلك من باب دفع أعظم الفسادَين بالتزام أدناهما"[1]. وهناك مِن متأخري الحنابلة مَن يحمل المنع على القاضي المجتهد، ويقول بأن عمل الناس على خلافه[2].

كما استدل أصحاب هذا القول بالشواهد التاريخية التي تدل على وجوب إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين ؛ إذ يرى أصحاب هذا القول أنَّ فكرة إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين لايتعداه قد وُجِدت منذ عصر الرسالة، وما تلاه من عصور، ومن هذه الشواهد مايلي:

1- دستور المدينة المنورة: وهو الوثيقة التي دوَّن فيها الرسولρحقوق المسلمين، وغير المسلمين في المدينة المنورة[3]،وكذلك وثيقة زكاة الإبل والغنم[4].

2- جمع القرآن الكريم، وإرسال نسخ منه إلى الأمصار للالتزام بها. وكذلك تدوين السنة في القرنين الثاني والرابع الهجري[5].

3- موطأ الإمام مالك (ت 179هـ)، والذي طلب منه الخليفة العباسي المنصور[6] أن يكون دستوراً للدولة آنذاك.

5- كتاب الخراج لأبي يوسف (ت183هـ) والذي كتب في مقدمته أنه وضعه بناءً على طلب من الخليفة العباسي هارون الرشيد[7].

بعد عرض القولين لابد من تقرير بعض الأمور وتجليتها بصورة صحيحة حتى يتضح المقصود من ترجيح هذا القول أو ذاك إذ لابد أن نقرر أمور :

الأمر الأول: أن ماذهب إليه أصحاب القول الثاني القائل بجواز إلزام ولي الأمر للقاضي بالحكم بمذهب معين يتقيد به في قضائه ولا يتجاوزه فيه من القبول والإقرار بالواقع المعيش آنذاك ؛ لأن الغالب على القضاة في عهد الحنفية ومتاخري فقهاء المالكية والشافعية هو التقليد، ونُدرةُ وجودِ قاض بلَغَ رتبةَ الاجتهادِ في ذلك الزمان ؛ كما لا يوجد اليوم القاضي المجتهد الذي يستطيع النظر في الأدلة الشرعية، واستنباط الأحكام منها؛ ومن ثم الحكم بما يرى أنه الحق والعدل، ولا يوجد حتى القاضي المقلد .

والذي يشهد له الواقع، وما عليه العمل منذُ زمن قديم ، هو التزام القاضي بأمر ولي الأمر في أحكامه بالتقيد بمذهب معين لا يخرج عنه ؛حيث يروى أن القاضي شريح تولى القضاء لعلي ومعاوية، وكان معاوية يرى أَنَّ غير المسلم لا يرث المسلم وأن المسلم يرث غير المسلم، بينما شريح -وهو حُجّة غير مُقلِّد- يرى

---

(1) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ،، ج31، ص73-74.

(2) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للفقيه العلامة/ مصطفى السيوطي الرحيباني، ج9، ص257، د. ت، ط3، 1421هـ، والإقناع لطالب الانتفاع، لشرف الدين الحجاوي المقدسي، ج4، ص394، تحقيق: د/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي، دار هجر، د. بلد نشر، ط1، 1418هـ.

(3) وقد ورد نص الوثيقة في: السيرة النبوية، لمحمد بن عبدالملك ابن هشام، ج1، ص571، تحقيق: مصطفى السقه، وإبراهيم الإيباري، وعبد الحافظ شلبي، دار الفكر، بيروت، د. ط، 1986م، والبداية والنهاية، للحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير، ج3، ص224، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1405هـ-1985م..

(4) وهي عبارة عن بيان أنصبة الزكاة للإبل والغنم. المغازي، لأبي عبدالله محمدبن عمربن واقد الواقدي، ج3، ص1084 ، عالم الكتب، بيروت، د. ط، د. ت، وتاريخ الخلفاء، لعبدالرحمن بن أبي بكرالسيوطي، ص173، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1371هـ - 1952م.

(5) الإتقان في علوم القرآن، للحافظ جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، ج1، ص282-283، تحقيق: د/ محمود أحمد القيسية، ومحمد أشرف سيد الأتاسي، مؤسسة النداء، أبو ظبي، الإمارات، ط1، 1424هـ-2003م، ص124..

(6) كشف المغطّا في فضل الموطأ، للحافظ أبو القاسم علي بن هبة الله الدمشقي ابن عساكر، ص47، دار الفكر، بيروت، د. ط، 1415هـ-1995م، وسير أعلام النبلاء، للحافظ الذهبي، ،، ج8، ص79.

(7) الخراج،لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم،ص3، المطبعة السلفية،القاهرة، ط3، 1382هـ..

أنه لا توارث بين أهل مِلَّتين شتى؛ فالمسلم لا يرث غير المسلم، كما أن غير المسلم لا يرث المسلم. فإذا جاءت هذه المسألة يقول فيها: هذا ما قضى به أمير المؤمنين معاوية، بينما يقول في غيرها هذا قضاء الله ورسوله[1].

كما أن فكرة التقنين كانت موضع التنفيذ في صورة الإلزام بالحكم بمذهب إمام بعينه ،ولا يزال العمل بهذا جاريا في بعض البلاد. ومن ذلك في العصر الحاضر تبنِّي المملكة العربية السعودية بشكل رسمي المذهب الحنبلي، وألزمت القضاة بالحكم وفقاً للمفتى به من ذلك المذهب، فمنذُ أوائل إنشاء الهيئة القضائية أصدرت تلك الهيئة قرارها رقم 3 بتاريخ 1347/1/7هـ، المقترن بالتصديق العالي بتاريخ 1347/3/24هـ، ليكون نافذاً وملزماً، وقد نص هذا القرار على ما يلي:

أ – أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ نظراً لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسائله.

ب – إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم، يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب، بما تقتضيه المصلحة، ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاةً لما ذكر.

ج – يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب الآتية:

1- شرح المنتهى. 2 – شرح الإقناع.

فما اتفقا عليه أو انفرد به أحدهما فهو المتبع، وما اختلفا فيه، فالعمل على ما في المنتهى، وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران، يكون الحكم بما في شرحي الزاد، أو الدليل، إلى أن يحصل بها الشرحان، وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة، طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي هي أبسط منها، وقضى بالراجح"[2].ولكن مع كل ذلك فالأخذ بهذا الرأي يؤدي حرمان الأمة من الثروة الفقهية العظيمة للمدارس الفقهية المختلفة.

<u>الأمر الثاني</u>: أن ما قاله أصحاب القول الأول وهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين يرون عدم جواز إلزام ولي الأمر القاضي بمذهب معين فيه من الفوائد الكثيرة للأمة ؛لان إلزام ولي الأمر القاضي بمذهب معين يعد حرمان الأمة من الاستفادة من الثراء الفقهي للمدارس الفقهية الأخرى ،كما أن ذلك يبعث على جر القاضي والفقهاء إلى الاكتفاء على مذهب بعينه وهذا يؤدي إلى الجمود الفكري والاحتكار الفقهي وفي هذا من المساوي ما يفوق المنافع التي ذكرها المجيزون للتقييد بمذهب بعينه.

<u>الأمر الثالث</u>: أن ما ذكره أصحاب القول الثاني (المجيزون للتقييد بمذهب معين) من تبريرات لهذا القول لم يعد لها صدى في الواقع المعاصر لأسباب كثيرة منها:

-وجود المدونات القانونية المعاصرة التي لا يستطيع المشرع الوطني أن يحصرها في مذهب بعينه بسبب كثرة المستجدات التي افرزها الواقع.

-لم يعد القاضي مجتهدا ،ولا مقلدا ؛فقد صار مطبقا للنصوص فقط ومن ثم فليس للقاضي اليوم مذهبا معينا ؛ إذ مذهبه القضائي ،إن جاز التعبير هو نصوص القانون فقط .

---

(1) سنن سعيد بن منصور، ،، ج1، ص87.

(2) المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه، للدكتور/محمد ظافري حمدي، ،، ص415-416، والنوازل التشريعية: تقنين الأحكام وإلزام القضاة به، للدكتور/ناصر الميمان، ،، ص87-88.

- أن بعض الدول التي ألزمت قضائها بمذهب معين قد ضيقت الواسع لغير ضرورة وهي قليلة ومحصورة جدا إذا ما قورنت بالبلدان العربية والإسلامية التي أخذت بالقوانين المستقاة من المذاهب المختلفة.

وعلى هذا الأساس فقد ظهر رجحان رأي الجمهور لما فيه من توسعة وفائدة كبيرة لان القاضي سينهل من كل المذاهب.

المبحث الثاني

تعريف تقنين الفقه الإسلامي،ونشأته،وتطوره.

المطلب الأولى:

تعريف التقنين

أولا معنى التقنين لغة: التقنين لغة مصدر "قنّن" بمعنى "وضع القوانين" وهي كلمة رومية وقيل فارسية[1] [2]، وقيل إنها سريانيَّة[3]، والقانون "مقياس كل شيء، وطريقة". جاء في معجم لغة الفقهاء: "القانون: لفظ معرَّب، جمعه قوانين، وهو المقياس من كل شيء"[4].وتستعمل كلمة القانون في العربية بمعنى "الأصل"، وبمعنى "المقياس" [5].

ثانيا :تعريف التقنين اصطلاحاً: يعرف التقنين في الاصطلاح القانوني بوجه عام بأنه :جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى (مواداً) ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، يلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس.

وقيل هو: تجميع القواعد القانونية الخاصة بفرع معين من فروع القانون، وتنسيق تلك القواعد ورفع ما يكون بينها من تناقض، ثم إيرادها مرتبة مبوبة بحسب المسائل التي تنظمها، في شكل مواد مختصرة متسلسلة، لتتولى السلطة التشريعية المختصة إصدارها في وثيقة رسمية مكتوبة، كالتقنين المدني، والتقنين التجاري، وتقنين العقوبات، وتقنين المرافعات المدنية والتجارية ... وغيرها. كما أن اصطلاح التقنين يطلق على: الوثيقة التي جمعت النصوص التشريعية الخاصة بنوع معين من فروع القانون[6].

---

(1) القاموس المحيط، للفيروز آبادي، باب النون، فصل القاف، مادة (ق ن)، ص1105، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، فصل القاف مع النون وما يثلثهما، ج2، ص517، وتاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، مادة: (ق ن ن)، ج36، ص20، دار الهداية، د. بلد نشر، د. ط، 1307هـ.

(2) وخلافاً لذلك ، فهناك من يرى أن لفظ قانون يونانية الأصل إذ جاء في المعجم الفرنسي (لاروس): أن كلمة قانون يونانية الأصل، نُقِلت إلى اللاتينية ومنها إلى الفرنسية؛ وذلك عندما اقتبس الفرنسيون من كلمة (kanon) اللاتينية، ومعناها: القاعدة أو المسطرة ، كلمة (canon) ليطلقوها على قرارات المجامع الكِنْسية، ثم أخذها الإنجليز عنهم وأطلقوها بدورهم على القانون الكِنْسي(canon law). مشار إليه في كتاب: علم القانون والفقه الإسلامي، للدكتور/سمير عالية، ص44، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط2، 1985م.

(3) الكليات، لأبي البقاء الكفوي، ،، ص734.

(4) معجم لغة الفقهاء، للدكتور/محمد رواس قلعه جي، ود/حامد صادق قنيبي، ص425، دار النفائس، بيروت، ط2، 1408هـ-1988م.

(5) تاج العروس من جواهر القاموس، لزبيدي، مادة: (ق ن ن)، ج36، ص20 ، والقاموس المحيط، للفيروز آبادي، باب النون، فصل القاف، مادة (ق ن ن)، ص1105، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، فصل القاف مع النون وما يثلثهما، ج2، ص517.

(6) المدخل للعلوم القانونية، للدكتور/ توفيق حسن فرج، ،، ص223، والمدخل للعلوم القانونية، للدكتور/ سليمان مرقس، ،، ص159، وأصول القانون، لعبد المنعم الصدّه، ،، ص114.

وعليه فانه ينبغي أن تتوافر في التقنين الشكل الرسمي، أي أن يكون التقنين في وثيقة رسمية صادرة من المشرع، يتم فيها تجميع القواعد القانونية الخاصة بنوع متجانس من فروع القانون، وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة ، وفي صورة مواد مرقمة ومتسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة وإلزام القضاة بالحكم بها.، ولو كان مخالفًا لرأيه هو، فلا يكون تقنيناً ما لم يكن ملزماً[1]..

ثالثا: تعريف تقنين الفقه الإسلامي

مصطلح التقنين من المصطلحات الحديثة والمعاصرة، فهذه التسمية بهذا اللفظ لم تكن موجودة أو معروفة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، ولكن عبر الفقهاء عن هذا المفهوم بـ"إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين كما مر معنا "وعليه سيتم تعريف التقنين عند الفقهاء المعاصرين ،إذ الواضح أنهم قد عرَّفوه بعدة تعريفات نذكر بعضاً منها:

عرَّف بعضهم تقنين الفقه الإسلامي بأنه: " وَضْعُ مَوادِّ تشريعيةٍ يَحكُمُ بها القاضي ولا يتجاوَزُها " أوْ بمعنى : صِياغةُ الأحْكامِ الشرعيةِ في عِباراتٍ إلزاميةٍ , لأجْلِ إلزامِ القضاةِ بالحكمِ بها " .

وعرَّفه بعضهم بأنه: "صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها، جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية، يسهل الرجوع إليها"[2].

كما عرَّفه بعض الباحثين بأنه: "صياغة أحكام الشريعة الإسلامية، القابلة للتقنين، من قِبَل أهل الخبرة والاختصاص، في صورة مواد متجانسة، قابلة للتطبيق والتنفيذ، بصورة ملزمة من الحاكم، يَسهُل الرجوع إليها"[3].

ومن تعريفات تقنين الفقه الإسلامي: "صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد، التي لم يُترك تطبيقها لاختيار الناس، في عبارات آمره يُميَّز بينها بأرقام متسلسلة، ومرتبة ترتيباً منطقياً بعيداً عن التكرار والتضارب"[4].

ومما سبق يتضح أن تقنين الفقه الإسلامية يقصد به صياغة بعض الأحكام الفقهية القابلة للتقنين ووضعها في مواد قانونية مختصرة يسهل تطبيقها من قبل المختصين وهذا التقنين من لا باس أن يخضع للمراجعة بعد كل مدة بحسب النوازل والمستجدات

المطلب الثاني

تاريخ نشأة فكرة التقنين وتطوره

يرى بعض الباحثين أن مبدأ فكرة جمع الناس على رأي واحد في القضاء -وهو خلاصة (فكرة التقنين)- قد جاء من قبل الأديبُ عبد الله بن المقفع ؛حيثُ حاولَ ابنُ المقَفَّعِ إقناعَ أبي جعفرٍ المنصور

(1) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق، للدكتور/ محمد زكي عبد البر، ص35، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1407هـ-1986م. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، للدكتور/ رمضان أبو السعُود، ،، ص255.

(2) جهود تقنين الفقه الإسلامي، للدكتور/ وهبة الزحيلي، ،، ص35.

(3) تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ليحيى الخلايلة، ،، ص25.

(4) مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه، للدكتور/ شويش المحاميد، ،، ص437.

بالتَّقنينِ في بدءِ العهدِ العباسي في رسالة سمَّاها : (رسالة الصحابة) أي صحابة الولاة والخلفاء.,واقترحَ على الخليفة بجمع الأحكام الفقهية وإلزام القضاة بالحكم بها [1].

كما أن فكرة إلزام الناس بالتقاضي على رأي واحد قد رويت في لقاء الإمام مالك بن أنس وأبي جعفر المنصور، والمهدي، ولكن الإمام رفض ذلك وقال لأبي جعفر: إن الناس قد سيقت إليهم أقاويل، وسمعوا أحاديث، ورووا روايات، وأخذ كلّ قوم بما سيق إليهم وعمِلوا به ودانوا من اختلاف أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وغيرهم، وإن ردّهم عما اعتقدوه شديد، فدع الناس وما هم عليه، وما اختار أهل كل بلد لأنفسهم[2].

أما التقنيين بمعناه المعاصرة؛ فهو على الأرجح لم يظهر إلا في عهد الدولة العثمانية، لاسيما في أواخر القرن الثالث عشر الهجري، عندما تم إنشاء المحاكم النظامية، وتم نقل إليها بعض اختصاصات القضاء الشرعي، فهنا واجه قضاه هذه المحاكم(وهم ليسوا من أهل الاجتهاد) مشقة في مطالعة كتب الفقه الكثيرة، وفهم ما تحتويه؛ والموازنة بين الآراء المتنوعة التي تعج بها هذه الكتب؛ لهذه الأسباب مجتمعة تم تشكيل لجنة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية، بدأ عمل اللجنة من سنة 1285هـ/1869م، حتى سنة 1293هـ-1876م، وتم في نهاية المطاف تتويج هذا العمل بإصدار مدونة قانونية وفق المذهب الحنفي سميت مجلة الأحكام العدلية؛ وتميزه بالسهولة وعدم التعقيد في صياغتها وجاءت على شكل مواد قانونية متسلسلة؛ إذ احتوت على ما يقرب من1851 مادة؛ ومازالت هذه المجلة في متناول الباحثين والمطلعين؛ وهي زاخرة بالأحكام التي استقتها من المذهب الحنفي؛ وبعد هذا العمل جاءت محاولات أخرى اقتفت اثر مجلة الأحكام العدلية؛ ومن ذلك كتاب مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، الذي قنن بعض أحكام المعاملات من المذهب الحنفي على طريقة مجلة الأحكام العدلية[3]،ثم بعد ذلك اجتاحت القوانين الوضعية غير الإسلامية العالم العربي في نهاية القرن التاسع عشر مع أفول نجم الخلافة العثمانية وبروز الاحتلال الأجنبي وأدواته[4].

وفي في عهد الخديوي إسماعيل باشا بمصر تم تشكيل لجنة في سنة 1883هـ برئاسة حسين فخري باشا، وعضوية كل من فأشير النائب العمومي في المحاكم المختلطة، وبطرس غالي باشا وكيل وزارة العدل، (ومور ويندو) الإيطالي، (ولو) الانجليزي القاضيين بالمحاكم المختلطة، فأصدرت هذه اللجنة مجموعة من القوانين؛ ومنها: القانون المدني والتجاري والبحري والجنائي، وغير ذلك من القوانين الوضعية وقد كانت هذه أول بذرة شيطانية كان الهدف منها إزاحة الفقه الإسلامي، وإحلال القوانين الوضعية محله في البلاد

([1]) الإسلام وتقنين الأحكام، د/ عبدالرحمن القاسم،، ص239-243، ود/ بكر أبو زيد، فقه النوازل: التقنين والإلزام، ،، ج1، ص17، ود/ عبدالرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، ص2-3، بحث منشور على الموقع الإلكتروني (الإسلام اليوم) : http:www.islamtoday.net ، ود/ عبدالرحمن بن سعد الشتري، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه، ص8، دار التوحيد، الرياض، الطبعة الأولى، 1435هـ، ود/ عبد المؤمن عبدالقادر شجاع الدين، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ،، ص7].

([2]) كشف المغطّا في فضل الموطأ،لابن عساكر، ،، ص47، وترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي، ج1، ص192-193، تحقيق: أحمد بكير محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت، د. ط، د. ت .

([3])هذا الكتاب يسمى مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قدري باشا، وقد طبع في المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، 1308هـ-1891م؛ ومازال متداولا في المكاتب العلمية؛ وكذلك مجلة الأحكام الشرعية على المذهب الحنبلي التي ألفها القاضي أحمد بن عبدالله القاري سنة 1350هـ،وهو من أبناء مكة المكرمة؛ ونشرت محققة في 1981م، على قرار مجلة الأحكام العدلية؛ولكنه استمد موادها من المذهب الحنبلي؛ لاسيما شرح منتهى الإرادات؛ وكشاف القناع؛ ولم يتم العمل بها في السعودية لعدم أخذهم بفكرة التقنيين.

([4]) مسيرة تقنيين الفقه الإسلامي المعاصر للدكتور شويش هزاع علي المحاميد، ص 225 ومايلها، وتاريخ التشريع الإسلامي، لمناع القطان، ص286.

الإسلامية؛ وهذا ما أثبته الواقع فلم يتم العمل بمجلة الأحكام العدلية؛ وعلى أثر ذلك تم تنحية الشريعة الإسلامية بعيداً عن حياة الناس ومعاملاتهم بحجة أن مؤلفات الفقهاء لا يمكن التقنيين منها؛ وهذا ما دفع أهل الإسلام في مصر للدفاع عن شريعتهم؛ وكان من بينهم العلامة محمد قدري باشا وزير العدل الذي ألف كتابه المشهور مرشد الحيران رداً على هذه الهجمة الغربية؛ ولكن مع هذا وذاك فمازالت كثير من القوانين العربية مصابة بداء التقنيين الغربي ولا علاج ناجع لها إلا بالعودة إلى الشريعة لتنهل من معينها الذي لا ينضب[1].

أما تجربة اليمن في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، فلا شك في أن اليمن من الدول العربية التي عملت بهذا الأمر فقد شكلت لجنة لتقنيين أحكام الشريعة الإسلامية منذ منتصف سبعينيات القرن الماضي؛ وعملت اللجنة على إصدار العديد من القوانين التي في جملتها مستمدة من الفقه الإسلامي ؛ كما أن الدستور اليمني النافذ قد نص في المادة الثالثة منه على أن" الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات"؛ وعليه فلا يجوز إصدار أي قانون يخالف أحكام الشريعة الإسلامية؛ وبذلك فقد تولت السلطة التشريعية إصدار القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي[2] ، فقد صدر القانون المدني بتاريخ: 25/رمضان/1412هـ بقرار جمهوري بالقانون رقم 1992/19م، وعُدِّل أكثر من مرة، وقد جاء نص المادة الأولى منه، مؤكداً لما ورد في النص الدستوري السابق من وجوب موافقة كل التشريعات للشريعة الإسلامية؛ إذ جاء فيها: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه، يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حَكَم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف، فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية، ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة".

كما صدر قانون الأحوال الشخصية: بتاريخ 25/رمضان/1412هـ الموافق: 29/مارس/1992م، بقرار جمهوري بالقانون رقم (20) لسنة 1992م، ونشر في الجريدة الرسمية العدد (6) الصادر بتاريخ: 27/رمضان/1412هـ، الموافق: 31/مارس/1992م. وقد أخذ هذا القانون بأرجح الآراء الفقهية وأصلحها، فجاء موافقاً لأحكام الشريعة إجمالاً[(1)]، وقد نصت المادة (349) منه على أنَّ: "كل ما لم يرد به نص في هذا القانون، يُعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية"، وهذا فيه تأكيداً للعمل بأحكام الشرع. وصدر أيضاً القرار الجمهوري بالقانون رقم (28) لسنة 1992م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، وقد ألغي بقرار جمهوري بالقانون رقم (40) لسنة 2002م، وعُدِّل وفق القرار الجمهوري رقم (2) لسنة 2010م.

[1]) تاريخ التشريع الإسلامي، لمناع القطان، ص286.

[2]) تجربة الجمهورية اليمنية في تقنين أحكام الشريعة، للدكتور أحمد صالح قطران،ص3، ومايليها

المبحث الثالث

مدى جواز إلزام ولي الأمر القاضي بالحكم بتقنين وضعي

هنا يجري الحديث عن مدى جواز إصدار مدونات قانونية ملزمة للقاضي ليحكم بما جاء فيها من نصوص قانونية[1]؛ والواقع أن هذه المسألة حديثة نسبيا فلم يكن التقنين معروفا لدى الفقهاء القدامى رحمهم الله إلا ما ورد عنهم في مسألة تقييد القاضي بمذهب بعينه كما مر معنا سابقا؛ والواقع أن مسألة تقنيين الفقه الإسلامي من المسائل التي أختلف فيها الفقهاء المعاصرين آراؤهم على قولين القول الأول وهو لغالبية الفقهاء المعاصرين[2] ؛ ويرون انه يجوز تقنيين الفقه الإسلامي في قوانين معاصرة شريطة أن يتولى ذلك لجنة متخصصة من علماء الشريعة والقانون؛ وأن يتم تقنيين الراجح أو الملائم من أقوال الفقهاء القدامى، ولا ينحصر التقنيين في مذهب بعينه؛بل يتم النظر في جميع المذاهب الفقهية المعتبرة ، واستنباط الأحكام من هذه المذاهب ؛ولا باس أن يجتهد علماء الأمة لإصدار الأحكام للوقائع المستجدة التي لم ترد في عهد الفقهاء القدامى؛ وقد استدل المجيزون للتقنين[3] بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ..)[4] قالوا فإن ولي الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية، ولا يتعارض مع أحكام الشريعة وجبت طاعته لهذه الآية، والإلزام بالتقنين ليس فيه معصية؛ لأن تنفيذ القضاة لما في التقنين الذي ألزموا به التزام بطاعة ولي الأمر التي أمرت بها الآية الكريمة. والتقنين مصلحة رآها ولي الأمر لإقامة العدل؛ ولذا يجب الالتزام به[5]

وقال الدكتور عبدالكريم زيدان: إذا جاز لولي الأمر تقييد القضاة بمذهب معين للمصلحة وللضرورة، فإنه يجوز لولي الأمر تقنين الأحكام الفقهية التي احتواها المذهب الفقهي الذي أُلزم القضاة بالأخذ به، عن طريق اختيار نخبة من أهل الفقه والصلاح والدين لتُقنّن هذه الأحكام الفقهية[6].

كما قالوا إنَّ الإلزام بالتقنين يأتي بناءً على المصلحة التي تتحقق من العمل به، إذ أن ولي الأمر مطالب شرعاً بأن يعمل على درء المفسدة وتقليلها، وتحقيق المصلحة وتكثيرها[7]، وعليه فإن إلزام ولي الأمر بالتقنين هو تطبيقاً لما قرره الفقهاء في قواعدهم، والتي منها: "تصرُّف الإمام على الرعية منوطٌ بالمصلحة"[8].

والحقيقة الواضحة التي يجب ذكرها في هذا المقام أن اليمن من الدول العربية التي عملت بالتقنين منذ زمن كما أسلفنا ذلك فقد شكلت لجنة لتقنيين أحكام الشريعة الإسلامية وألزم المشرع اليمني القاضي اليمني بالحكم بموجب القانون اليمني؛ وهذا ما ماقضت به صراحة المادة (8) من قانون المرافعات

---

(1) الحديث هنا يجري عن مدونات قانونية مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي وليست مخالفه لأحكام الشريعة الإسلامية.

(2) من المجيزين لفكرة تقنين الفقه الإسلامي الكثرة الكثيرة من الفقهاء المعاصرين، من هيئة كبار العلماء وهم الشيخ صالح بن غصون، والشيخ عبدالمجيد بن حسن، والشيخ عبدالله بن منيع، والشيخ عبدالله خياط، والشيخ راشد بن خنين،

(3) يراجع في الاستدلال بماورد في استدلال المجيزينلالزام القاضي بمذهب معين ص من البحث

(4) سورة الآية

(5) تقنين الفقه الإسلامي، للدكتور/ محمد زكي البر، ،، ص50، ونظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، للدكتور/ عبدالناصر أبو البصل، ،، ص293، والمتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه، للدكتور/ محمد حمدي ظافري، ،، ص425-426.

(6) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، للدكتور/ عبدالكريم زيدان، ص212، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط3، 1430هـ-2009م].

(7) المدخل الفقهي العام، للدكتور/ مصطفى الزرقاء، ،، ج1، ص217، والإسلام وتقنين الأحكام، للدكتور/ عبدالرحمن القاسم، ،، ص78 وما بعدها، وإلزام ولي الأمر وأثره في المسائل الخلافية، لعبدالله المزروع، ،، ص20وما بعدها.

(8) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،للإمام عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي، ص240، تحقيق: سعيد بن محمد السِنَّاري.

اليمني،رقم (40) لسنة 2002م، إذ جاء فيها مانصه: "يتقيد القاضي في قضائه بالقوانين النافذة، ويجب عليه تطبيق أحكامها"[1] وجاء في المادة 24 أنه" لايجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم فيما ولي فيه بدون وجه حق قانوني وإلا عد منكراً للعدالة؛ ولصاحب الشأن أن يقوم بإعلان القاضي عن طريق محضر بمعرفة رئيس محكمة الاستئناف التابع لها". ؛ وبذلك فقد أصبحت مهمة القاضي في اليمن؛ محصورة في الحكم بما ورد في نصوص هذه القوانين وعدم الخروج عنها.

الرأي الثاني وهو لهيئة كبار العلماء المعاصرين بالمملكة العربية السعودية دون غيرهم ؛ ويرى أصحاب هذا الرأي عدم جواز تقنين الفقه الإسلامي إذ قالت به في قرارها الذي صدر بالأكثرية مانعاً من التقنين سنة: 1393هـ، [2] وقد تبعهم في القول بالمنع للتقنين مجموعة من الفقهاء والباحثين السعوديين المعاصرين[3] ومن ابرز الحجج التي برر بها المانعون للتقنين قالوا إن تقنين الأحكام الفقهية يترتب عليه جمود وركود الاجتهاد، وإهمال الثروة الخلافية والأقوال المتعددة التي استنبطها الفقهاء وتحويها كتبهم بمختلف المذاهب؛ وإهمال الاجتهادات بالكلية .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي على قولهم بعدم جواز تقنين الفقه الإسلامي بنفس الأدلة التي استدل بها جمهور الفقهاء القدامى من المالكية والشافعية والحنابلة القائلون بعدم اشتراط الحاكم على القاضي بالحكم بمذهب معين[4]،على الرغم من أجازتهم إلزام القاضي بالراجح من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وإلزام القضاة بالراجح من المذهب الحنبلي معمول به في النظام القضائي السعودي منذ صدور قرار الهيئة وحتى يومنا هذا، ويندر خروج أحد القضاة عن الالتزام به، فإن خرج نُقِضَ حكمه.

والذي يبدو لي أن القول الثاني القائل بالتقنين هو الأجدر بالقبول نظرا لما استجد في واقعنا المعاصر من ظروف تقتضي إعادة النظر في النظام القضائي، ليكون هذا النظام أكثر ضبطاً ووضوحا بالنسبة للقاضي أو المتقاضي، وكذلك فإن احتكاك بلدنا ببقية بلدان العالم وخاصة مع الانفتاح العالمي على غيرنا، مما يستدعي كتابة المواد التي يتقاضى إليها. خاصة وأن غيرنا سيطالبنا بها، إذا أردنا أن نقاضيه إلى شرعنا، فلا يمكن أن نحيله إلى مجموعة من كتب الفقه المذهبي أو المقارن. فإن لم يوجد شيء مقنن ومرتب، فإما أن تفوت علينا مصالح لا نستغني عنها، وإما أن نتحاكم إلى قوانين ليس لها علاقة بالشريعة السلمية.

والتقنين وإن لم يسلم من المؤاخذات، إلا أن الأخذ به في هذا الوقت من باب ارتكاب أأدنى المفسدتين لدرء أعلاهما.

لكنني أرى أن التقنين يستلزم الانفتاح على المذاهب الفقهية المعتبرة وآراء المفتين من الصحابة والتابعين، وأخذ أفضل ما في كل منهما في كل مسألة بعد النظر والتمحيص في ضوء الأدلة وقواعد

---

(1) القرار الجمهوري بالقانون رقم بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، وفقا للتعديلات الصادرة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (2) لسنة 2010م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد الثاني، بتاريخ 16/صفر/1431هـ، الموافق31/يناير/2010م.

(2) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، مرجع سابق، ج3، ص231، وما بعدها.

(3) ومن العلماء المعاصرين في المملكة العربية السعودية الذين حذو الهيئة في القول بتحريم التقنين: الشيخ عبدالله البسام، والشيخ بكر أبو زيد، وعبدالرحمن الشتري، والشيخ عبدالله الجبرين، وعبدالرحمن بن صالح المحمود، وعبدالله بن عبدالرحمن السعد.[يراجع: فقه النوازل: التقنين والإلزام، لبكر أبو زيد، مرجع سابق، ج1، ص98، وتقنين الشريعة أضراره ومفاسده، مقالة للشيخ/ عبدالله بن عبدالرحمن البسام، نشرت على موقع الشبكة الفقهية: www.feqhweb.com، وحكم تقنين الشريعة الإسلامية، لعبدالرحمن الشتري، مرجع سابق، ص50، 51، وقد ذكر الشتري عدداً ممن قالوا بمنع التقنين من علماء ومشايخ المملكة فليراجع].

(4) للاستزادة راجع ص من البحث .

الاستنباط، إذ لا يوجد مذهب واحد يحتوي على الراجح في كل مسألة. ولعل في هذا المسلك ما يدفع لزيادة الاهتمام بدراسة الفقه المقارن في الجامعات الإسلامية وفي كليات القانون، وإلى خدمة فقه المذاهب بمؤلفات جديدة تخرجه من التعقيد الوعر الذي يشاهد في كتب المذاهب، إلى التعقيد والتبسيط[1].

كما انه من المهم الإشارة إلى انه لأي جوز إطلاقا تقنين القوانين الوضعية المستمدة من غير أحكام الفقه الإسلامي لاسيما التي نصوصها تخالف مخالفة صريحة لأحكام الفقه الإسلامي ولا تتفق كلية مع مقاصد الشريعة الإسلامية وهذا الأمر قد اجمع عليه الفقهاء المعاصرون فهم قد قالوا بعدم جواز تقنين النصوص المأخوذة من الفقه الأجنبي المخالف للشريعة الإسلامية ؛لان شريعتنا من عند الله سبحانه وتعالى وتلك القوانين مستمدة من العقل البشري الناقص.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا لموضوع تقنين أحكام الفقه الإسلامي، نبين أهم النتائج التي توصلنا لها، كما نشير إلى أبرز التوصيات المتعلقة بهذه النتائج، مُستلهِمين كتابة ذلك من فصول هذه الرسالة، وما تناولناه خلالها من مواضيع.

أولاً: أهم النتائج:

وتتلخص أهم نتائج البحث فيما يلي:

1- تبين لنا من خلال البحث أن جمهور الفقهاء القدامى من المالكية، والشافعية، والحنابلة، يرون بأنه لا يجوز للحاكم إلزام القاضي بالحكم بمذهب بعينه، واحتجوا بأن الحق لايتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب وإذا ظهر له الحق وجب عليه العمل به.

2- يرى الحنفية جواز إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين ويصح اشتراط الحاكم على القاضي أن يقضي به، وهو قول عند المالكية وبه قال السبكي وغيره من الشافعية .

3- إن إلزام ولي الأمر القاضي بمذهب معين يعني حرمان الأمة من الاستفادة من الثراء الفقهي للمدارس الفقهية الأخرى ،كما أن ذلك يبعث على جر القاضي والفقهاء إلى الاكتفاء على مذهب بعينه وهذا يؤدي إلى الجمود الفكري والاحتكار الفكري يبعث على جر القاضي والفقهاء إلى الاكتفاء على مذهب بعينه وهذا يؤدي إلى الجمود الفكري والاحتكار الفقهي وفي هذا من المساوي ما يفوق المنافع التي ذكرها المجيزون للتقييد بمذهب بعينه كما أن عدم إلزام ولي الأمر القاضي بمذهب معين فيه من توسعة وفائدة كبيرة لان القاضي سينهل من كل المذاهب.

4- -التقنين من من القضايا الاجتهادية، التي يسوغ فيها الخلاف. كما أن مسألة التقنين ليست وليدة الساعة، وليس بحثها وتوضيح القول فيها بدعا من القول، فقد عمل بالتقنين قديما تحت مسمى إلزام ولي الأمر القاضي بالحكم بمذهب معين كما أشار بذلك الخليفة العباسي المنصور على الإمام مالك، وقد جرى تطبيق التقنين عمليا في العصر الحديث لاسيما في أواخر القرن الثالث عشر الهجري عبر مجلة الأحكام العدلية في أواخر عهد الدولة العثمانية.

---

(1) فتاوى مصطفى الزرقا ص 373

5- الأخذ بالرأي الذي يرى جواز التقنين نظرا لما استجد في واقعنا المعاصر من ظروف تقتضي إعادة النظر في النظام القضائي ليكون هذا النظام أكثر ضبطاء ووضوحا بالنسبة للقاضي أو المتقاضي وكذلك فإن احتكاك بلدنا ببقية بلدان العالم وخاصة مع الانفتاح العالمي على غيرنا مما يستدعي كتابة المواد التي يتقاضى إليها.

7- تعد اليمن من الدول العربية التي عملت بالتقنين منذ منتصف سبعينيات القرن الماضي فقد شكلت لجنة لتقنيين أحكام الشريعة الإسلامية وألزم المشرع اليمني القاضي اليمني بالحكم بموجب القانون اليمني

8- لا يجوز إطلاقا تقنين القوانين الوضعية المستمدة من غير أحكام الفقه الإسلامي لاسيما التي نصوصها تخالف مخالفة صريحة لأحكام الفقه الإسلامي ولا تتفق كلية مع مقاصد الشريعة الإسلامية وهذا الأمر قد اجمع عليه الفقهاء المعاصرون.

ثانياً: التوصيات:

1- يوصي الباحث القائمين على شؤون الجامعات الأكاديمية بصفة عامة وكليات الحقوق بصفة خاصة الاهتمام بدراسة الشريعة الإسلامية في مجالات التقنين المختلفة ولاسيما أن الفقه الإسلامي لم ينل العناية الكافية من الباحثين ، لذا فإن بحث مسائل الشريعة الإسلامية في مجالات المعرفة القانونية أمر في غاية الأهمية .

كما ينبغي جعل مادة التربية الإسلامية في المدارس مادة أساسية لها قيمة ومنطلق في السلم التعليمي .

2- يُوصِي البحث القائمين على تقنين أحكام الفقه الإسلامي في اليمن –والبلاد العربية والإسلامية- التوسع في الأخذ بكل المذاهب الفقهية المعتبرة وآراء المفتين من الصحابة والتابعين، وأخذ أفضل مافي كل منهما في كل مسألة بعد النظر والتمحيص في ضوء الأدلة وقواعد الاستنباط،دون الاعتماد على مذهب بعينه، إذ لايوجد مذهب واحد يحتوي على الراجح في كل مسألة.

3- يُوصِي البحث القائمين على شئون تقنين أحكام الفقه الإسلامي عند صياغة الأحكام الفقهية القابلة للتقنين أن يتم وضعها في مواد قانونية مختصرة يسهل تطبيقها من قبل المختصين وهذا التقنين لاباس أن يخضع للمراجعة بعد كل مدة بحسب النوازل والمستجدات، يؤخذ فيه رأي القضاة، وأهل العلم الذين يقدمون مسوغات كافية لإعادة النظر في المواد التي قيدت، وكذلك المحامون والمهتمون بشأن القانون عموما.

4- يوصي البحث بضرورة الاستفادة من التجارب السابقة للتقنين حتى تلك التجارب التي لم يكتب لها أن ترى النور إلى التطبيق، فإن المعرفة تراكمية،وذلك حتى يتم تجنب السلبيات التي رافقت تلك التجارب.

5- يوصي البحث بضرورة وضع مذكرات توضيحية، لمواد التقنين ،وذلك لكي تفصل الحالات وتذكر الاحترازات،وتستدرك ما لم تتضمنه هذه المواأد من التفصيل.

6- يُوصِي البحث بضرورة تشكيل لجنة عليا في الدولة، مرتبطة بأعلى المسؤولين، لصياغة مواد التقنين، وهذا يتطلب عددا وافرا من العلماء، وأساتذة الجامعات من الأقسام الشرعية والقانونية، وكذلك من الباحثين. وكذلك من الجامعات التي تحوي كليات الشريعة والقانون بما فيها من علماء وأساتذة وباحثين. كما تقوم تلك اللجنة بتفعيل الندوات، والمؤتمرات، التي تتناول بحث التقنين بكل مسائله، ومناهجه الشكلية، والموضوعية، وتشجيع طلابها على خوض مضمار مشروعات التقنين وهذا من شأنه أن يُعزِّز مكانة الشريعة والفقه الإسلامي عند المشتغلين بالقانون، وبذلك يتخرّج العديد من النوابغ العلمية التي تجمع بين الفقه الإسلامي –وهو الأصل- والقانون؛.

7- يُوصي البحث بضرورة إعداد القضاة ، والعناية بهم ، وتأهيلهم ورفع قدراتهم العلمية، والعملية، وتدريبهم عمليا على أعمال القضاء ، ولو بدورات دراسية وتدريبية لمن يحتاج لذلك ممن على رأس العمل، مع ضرورة الاستفادة من خبراتهم العملية، لاحتواء كل جديد من شأنه أن يخدم الشريعة الإسلامية، مع الاهتمام بما يبدونه من آراء تسهم بشكل عمليا وجدي في تجاوز الاختلالات التي قد تظهر في التقنين اثنا عملية التطبيق.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وعلومه.

1)-الإتقان في علوم القرآن، للحافظ جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، تحقيق: د/ محمود أحمد القيسية، ومحمد أشرف سيد الأتاسي، مؤسسة النداء، أبو ظبي، الإمارات، ط1، 1424هـ-2003م.

2)-البرهان في علوم القرآن، لبدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية، د. بلد نشر، ط1، 1376هـ - 1957م.

3)- مباحث في علوم القرآن، لمنَّاع القطان، ص115وما بعدها، الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ-2006م.

4)- مناهل العرفان في علوم القرآن، محمد عبدالعظيم الزرقاني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1996م.

ثانياً: كتب الحديث النبوي، وعلومه:

5)-الجامع الكبير، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: د/ بشار عواد معروف، دار الجيل، بيروت، دار العرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1998م.

6)-السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي، لمؤلفه: علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، حيدر آباد، ط1، 1344هـ.

7)-سنن النسائي الكبرى، لأحمد بن شعيب أبي عبدالرحمن النسائي، تحقيق: الدكتور/ عبد الغفار سليمان البنداري, وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م.

8)-سنن سعيد بن منصور، لسعيد بن منصور بن شعبة الخرساني المكي، تحقيق: د/ سعد بن عبدالله بن عبدالعزيز آل حميد، دار العصيمي، الرياض، ط1، 1414هـ.

9)-فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام الحافظ/ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبدالعزيز عبدالله بن باز، دار الحديث، القاهرة، د. ط، 1424هـ-2004م.

10)-النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبن الأثير أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، دار إحياء التراث، بيروت، د. ط، د. ت .

كتب الفقه:

11)- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1402هـ.

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، د. بلد نشر، ط2، د. ت.

12)- حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الدمشقي، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386هـ.

13)- الخراج، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، المطبعة السلفية، القاهرة، ط3، 1382هـ.

14روضة القضاة وطريق النجاة، لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد السمناني، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط2، 1984م.

15)-موجبات الأحكام وواقعات الأيام، لقاسم بن قطلوبغا الحنفي، تحقيق: د/ محمد سعود المعيني، مطبعة الإرشاد، بغداد، من منشورات وزارة الأوقاف، د. ط، د. ت.

16)-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت.

17)-البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، تحقيق: محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ.

18)-الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه، لأحمد بن محمد الدردير، طبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، د. ط، د. ت.

19)مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبدالله بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.

20)-الأحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن محمد ابن حبيب البصري الماوردي، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، د. ط، 1427هـ-2006م.

21)-تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، لسراج الدين عمر بن علي بن أحمد بن الملقن، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، ط1، 1406هـ.

22)-الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، ج16، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م.

23)-روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف لنووي، تحقيق بإشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ.

24)-فتاوى السبكي، لأبي الحسن علي بن عبد الكافي السبكي، دار المعرفة، بيروت، د. ط، د. ت.
25)-مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت.
26)-المهذَّب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: د/ محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1412هـ.
27)-نهاية المحتاج شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1413هـ.
28)-الأحكام السلطانية، لأبي يعلى محمد بن الحسن الفراء، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط، 1403هـ.
29)-الإقناع لطالب الانتفاع، لشرف الدين الحجاوي المقدسي، تحقيق: د/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي، دار هجر، د. بلد نشر، ط1، 1418هـ.
30)-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، لعلي بن سليمان المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، د. ت.
31)-السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لشيخ الإسلام أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية، تحقيق: بشير محمد عون، مكتبة دار البيان، دمشق، د. ط، 1405هـ.

<u>كتب اللغة العربية:</u>

9192)-تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، دار الهداية، د. بلد نشر، د. ط، 1307هـ.
37)-القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، باب الهاء، دار الفكر، بيروت، طبعة مصححة، 1432هـ-2010م.
38)-لسان العرب، للإمام العلامة/ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، لبنان، ط2، 2003م.
39)-مختار الصحاح، للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار الحديث، القاهرة، طبعة جديدة، 1424هـ-2003م.
40)-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، كتاب الفاء، دار المعارف، القاهرة، ط2، د. ت
41)-المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 1425هـ-2004م.
42)-معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، 1429هـ-2008م.

ثامناً: الكتب الفقهية، والقانونية المعاصرة:

43)-أصول القانون، للدكتور/ عبد المنعم فرج الصدّه، دار النهضة العربية، بيروت، ط بدون، 1987م.

44) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، للدكتور/ عبدالناصر أبو البصل، ،، ص293،

45)-إلزام ولي الأمر وأثره في المسائل الخلافية، لعبدالله بن محمد المزروع، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط1، 1434هـ.

46 تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق، للدكتور/ محمد زكي عبد البر، ص35، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1407هـ-1986م.

47)-تاريخ التشريع الإسلامي، للدكتور/ وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، ط1، 1421هـ.

48)-تاريخ التشريع الإسلامي، لمناع القطان، الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2001م.

49)-تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، للدكتور/ بدران أبو العينين بدران، دار النهضة العربية، بيروت، ط بدون، د. ت .

50)-تاريخ الفقه الإسلامي، للدكتور/ أحمد فرّاج حسين، الدار الجامعية، بيروت، د. ط، 1988م.

51)-تجديد الفقه الإسلامي، للدكتورين/ جمال الدين عطية، ووهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريه، ودار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط بدون، 1422هـ-2002م.

52)-المدخل الفقهي العام، للدكتور/ مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، ط2، 2004م.

194

53)-المدخل لدراسة العلوم القانونية، للدكتور/ عبد القادر الفار، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 1999م.

54)-المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، للدكتور/ علي أحمد القليصي، مكتبة الإرشاد، صنعاء، ط1، 2001م.

ثالث عشر: القوانين:

62)-الدستور الدائم للجمهورية العربية اليمنية في 1970/12/28م، المنشور بالجريدة الرسمية العدد (7) بتاريخ:1970/12/30م.

63)-دستور دولة الوحدة، الصادر في 27 شوال 1410هـ، الموافق 22 مايو 1990م، وتم نشره في الجريدة الرسمية العدد (الأول)، السابع من شهر ذو القعدة لسنة 1410هـ، الموافق 31 مايو 1990م، وزارة الشئون القانونية بالجمهورية اليمنية.

64)-القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م، والصادر بتاريخ: 27/ محرم/ 1423هـ، الموافق: 10/ ابريل/ 2002م.

آثار القيد في نظام السِّجل العيني
دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون المصري

Effects of Registration in the In-kind Registry System

A Comparative study in Arab legislation and Egyptian law

دكتور **محمد مختار السيد السيد**

Dr. MOHAMMED MUKHTAR ELSAYED ELSAYED

دكتوراه القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة الزقازيق

PhD in Civil Law

Faculty of Law - Zagazig University

البريد الالكتروني:dr.mohamedmokhtar89@gmail.com

المستخلص

هدفت هذه الدراسة إلى توضيح الأثر المنشئ للقيد في السجل العيني، بيان الأثر المطهر للقيد في السجل العيني، **إبراز أثر القيد في السجل العيني على التنمية الاقتصادية.**

وقد جاءت مشكلة الدراسة من خلال التساؤل: ما أبرز الآثار الناتجة عن القيد في السجل العيني سواء على القيد أو على التنمية الاقتصادية؟

وقد اتبعت خلال هذه الدراسة المنهج الوصفي لمناسبته لذلك النوع من الدراسات.

وقد خرجت بعدة نتائج أبرزها: للقيد في السجل العيني أثر منشئ على الحقوق العينية العقارية، نصت بعض التشريعات العربية كالتشريع السوري واللبناني والمغربي صراحة على اعتبار القيد مصدر مباشر للحقوق العينية العقارية بينما لم يورد البعض الآخر أي نص على ذلك، كما أن الأثر المطهر للقيد معناه تطهير العقار من كافة الحقوق غير المقيدة أيًا كان سبب القيد. فعدم قيد الحقوق معناه خلو العقار منها، وللقيد في السجل العيني أثر على التنمية الاقتصادية إذ أن القيد يضفي أمَّان واطمئنان لمن يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالصحيفة العقارية يجعله ممثلاً للحقيقة

كما خرجت بعدة توصيات أبرزها: وجوب تخفيض رسوم التسجيل بحيثُ تكون رمزية، فالتسجيل ضروري وليس من الكماليات، التوسع في الإسكان الاجتماعي والاقتصادي على حساب الإسكان الفاخر، التقليل من الروتين الحكومي واللوائح بمصلحة الشهر العقاري من أجل التسجيل والإجراءات، حتى لا يؤدي إلى هجر الأغلبية للتسجيل، العمل على تحسين الإنتاج وزيادة التصدير، وهو ما يخلق فرص المنافسة أمام السلع الأجنبية وفتح منافذ جديدة داخل الأسواق المصرية والعربية.

الكلمات الرئيسية:

-السجل العيني.

-الوحدات العقارية.

- الملكية العقارية.

abstract

This study aimed to clarify the constitutive effect of registration in the in-kind register, to show the purifying effect of registration in the in-kind register, and to highlight the impact of registration in the in-kind register on economic development.

The problem of the study came through the question: What are the most prominent effects resulting from registration in the in-kind register, whether on registration

n or on economic development?

During this study, the descriptive approach was followed due to its relevance to this type of studies.

It came out with several results, the most prominent of which are: Registration in the in-kind registry has a constitutive effect on real-estate rights. Some Arab legislations, such as the Syrian, Lebanese and Moroccan legislations, have explicitly stated that the record is a direct source of real-estate rights, while others did not provide any text on that, and the purifying effect of the record is its meaning. Clearing the property of all unrestricted rights, whatever the reason for the restriction. The non-registration of rights means that the property is free of them, and the registration in the real estate register has an impact on economic development, as the registration adds security and reassurance to those who deal with the property according to the fixed data in the real estate newspaper, making it a representative of the truth.

It also came out with several recommendations, the most prominent of which are: The registration fee should be reduced so that it is symbolic, registration is necessary and not a luxury, expansion of social and economic housing at the expense of luxury housing, reducing government red tape and regulations in the interest of the real estate registry for registration and procedures, so as not to lead to the majority abandonment of registration. Working on improving production and increasing exports, which creates competition opportunities for foreign goods and opens new outlets within the Egyptian and Arab markets.

مقدمة

إن العقار هو أحد أهم القطاعات المحركة للتنمية داخل المجتمعات، سواء التنمية الاقتصادية أو السياسية أو البيئية أو الاجتماعية، فهو يتقاطع بشكل أفقي مع سائر القطاعات الأخرى، فهو يعد اللبنة الأساسية التي تنطلق منها كافة المشروعات العمرانية والسياحية والاستثمارية...الخ. فالعقار هو مرادف الثروة، فلا زال العقار هو أثمَّن ما يمتلكه المواطن في أي مكان بالعالم، فهو يُحقِّق له الثروة والاستقرار، سواء كان هذا العقار أرض فضاء، أو أرض زراعية أو مبنى، من هنا سارع المشرع المصري في حماية هذا العقار لما يمثله من أهمية لدى المواطنين. وتتراوح قيمة الثروة العقارية في مصر بين 150 و200 تريليون جنيه مصري، وهي أرقام قابلة للزيادة، مع الأخذ في الاعتبار معدلات القوة الشرائية، ومؤشرات التضخم، وغير ذلك من المؤشرات التي تؤثر في قياس قيمة العقارات[1].

وفي دول الخليج ارتفع حجم الاستثمار العقاري نظرًا لزيادة السيولة، إذ وصل حجم الاستثمار في مشروعات عقارية جديدة في دول الخليج، ففي دبي سجلت سوق العقارات استثماراتها العقارية والتي تتجاوز 230 مليار دولار بنهاية العام الحالي2022م[2]. وقد أعلن المركز المالي الكويتي حول النظرة المستقبلية للقطاع العقاري لعام 2022 في المملكة العربية السعودية والإمارات المتحدة أن قطاع العقار يشهد نمو كبيرًا ومتسارعًا خلال النصف الثاني من العام الجاري 2022 يتبعه قاعدة اقتصادية راسخة في العديد من القطاعات السكنية والمكتبية والتجزئة وغيرها[3].

إن الأثر الأساسي للقيد الأول للوحدات العقارية والذي يتفرع عنه كافة الآثار الأخرى المترتبة عن قيد الحقوق هو إنشاء وتأسيس السجل العيني ابتداء؛ فنظام السجل العيني إلى حماية تلك الملكية العقارية لما لها من أهمية كبيرة للدول، لذا فمن الطبيعي أن تلك الحماية تتحقق بتثبيت وشهر تلك الحقوق وفقًا لقواعد قانونية صحيحة، فإن لم تقم تلك القواعد على أُسس سليمة ترتب عليه صعوبة إقامة نظام عقاري سليم داخل المجتمع ويؤدي بالتبعية للتنمية الاقتصادية.

يترتب على قيد العقارات لأول مرة في السِّجل العيني أن توجد الحقوق العينية، وإذا لم يتم قيدها فلا تكون حجة بالنسبة للكافة، وإذا تم قيدها تكون بمنحى عن أي طعن، وهذا هو مبدأ الحجية المطلقة للقيد، وكذلك يترتب على القيد تطهير العقار بما قد يشوبه من عيوب.

---

[1] حوار تلفزيوني مع وكيل لجنة الإسكان في مجلس النواب المصري، بعنوان: كم تبلغ قيمة الثروة العقارية في مصر؟، موقع قناة العربية، 3 مارس 2021م، تاريخ الاطلاع 2022/10/23م.

https://www.alarabiya.net/aswaq/realestate/03/03/2021

2- موقع العربية، الأحد 27 ربيع الأول 1444 هـ - 23 أكتوبر 2022م، تاريخ الاطلاع 2022/10/23م

https://www.alarabiya.net/aswaq/realestate/230/17/07/2022-

3- تقرير المركز المالي الكويتي، تاريخ 2022/7/17م، "المركز" يتوقع تسارع نمو القطاع العقاري في السعودية والإمارات خلال النصف الثاني من العام 2022، تاريخ الاطلاع 2022/10/24م

/2022-2https://www.markaz.com/ar/media-center/our-news/markaz-real-estate-outlook-reports-for-ksa-and-uae-forecast-sector-acceleration-in-h

مشكلة البحث

إن نظام السجل العيني هدفه الرئيس الوصول لمنع النزاعات التي تتعلق بالحقوق العقارية منذ البداية أو حل النزاعات التي تحدث بعد ذلك، إذ يؤدي شهر تلك الحقوق العقارية ونفاذها أن تكون حُجة أمام الغير.

فالهدف الأساسي لنظام السجل العيني هو إعلام الكافة بحالة العقار الحقيقية لتمكين الغير من الاطلاع عليها إذا ما أراد أن يبرم اتفاق بشأنها، لذلك افترض القانون أن بالقيد في السِّجل العيني يتم قيد كافة ما للعقار من حقوق وما عليه من أعباء والتزامات حتى يمكن الاحتجاج بتلك الحقوق أو الأعباء على الغير. وهذا الأمر ما نص عليه قانون السِّجل العيني المصري بأنه: "يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية. ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

وقد تناول البحث إشكاليه من خلال التساؤل: ما أبرز الآثار الناتجة عن القيد في السجل العيني سواء على القيد أو على التنمية الاقتصادية؟

أهمية البحث

تأتي أهمية هذا البحث نظرًا لما يمثله القيد في السجل العيني من آثار كبيرة سواء على القيد ذاته أو على التنمية الاقتصادية فالتسجيل في السجل العيني له الأثر الكبير على دعم الثروة العقارية وحماية واستقرار المعاملات في السوق العقاري، إذ أن القيد في السجل العيني على الاقتصاد الوطني من خلال دعم وحماية استقرار في سوق العقارات، إلا أن هناك بعض المعوقات في تطبيق نظام السِّجل العيني، والتي يجب مواجهتها قبل البدء في تطبيق هذا النظام.

إذ أن استقرار الملكية العقاريةُ يساهم في تنمية ثروة البلاد والدخل الفردي والقومي في آن واحد، حيثُ يتم الاعتماد عليه في كافة المشروعات الصناعية والزراعية وغيرها ممَّا اقتضى أن تقوم تلك الملكية العقارية على أساس ثابت يبعث الاطمئنان في نفوس الكافة. لذا فإن الحفاظ عليه وعلى استقراره سواء من الناحية التشريعية والفنية والمحافظة على حمايته ومكوناته يعد أمر هام وضروري. فلقد أدركت الدول تلك الحقيقة وهو ما جعلها تسعى في الحفاظ عليها وسن القوانين لحمايتها وتحقيق العلانية في التصرفات الواردة على العقارات ليتحقق للمتعاملين فيها العلم بتلك التصرفات وهو ما عُرف بنظم الشهر العقاري.

أهداف البحث

1-توضيح الأثر المنشئ للقيد في السجل العيني.

2- بيان الأثر المطهر للقيد في السجل العيني.

3- إبراز أثر القيد في السجل العيني على التنمية الاقتصادية.

منهج البحث

سأتبع خلال هذا البحث المنهج الوصفي لمناسبته لذلك النوع من الدراسات.

خطة البحث

اقتضت دراسة الموضوع إلى تقسيم البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: الآثار القانونية للقيد في نظام السِّجل العيني.

المطلب الثاني: آثار القيد في نظام السِّجل العيني على التنمية الاقتصادية.

المطلب الأول

الآثار القانونية للقيد في نظام السِّجل العيني

إن القيد في نظام السِّجل العيني معناه نقل التصرفات والأحكام الكاشفة أو المقررة للحقوق العينية العقارية الأصلية بالسِّجل العيني، ويترتب على ذلك القيد وجود القوة الثبوتية المطلقة في مواجهة الكافة، سواء بين طرفي العقد أو الغير، فقانون السِّجل العيني يأخذ بمبدأ القوة والحجية المجردة، سواء كان هناك حسن نية أو سوء نية في أطراف العقد أو الغير، حرصًا منه على استقرار الملكية العقارية وتوفير الثقة والاطمئنان في المعاملات في المجال العقاري. وإن وقع الغير في طريق النصب أو الغش أو الاحتيال والتواطؤ أدى لاكتساب أو تقرير ملكية أو حق عيني على العقار هنا يكون للقضاء الفصل وصولاً للعدالة، ونرى ألا تتسرع الجهات القضائية في إلغاء تصرفات معينة إلا في أضيق الحدود؛ نظرًا لما يقوم عليه التسجيل العيني من ثقة وأمَّانة وحياد في التعاملات كما أنه لا يتم القيد إلا بعد أن يتم التدقيق والفحص والمراجعة الفنية والقانونية والتأكد من سلامة المستندات والإجراءات والإرادة لدى طرفي العقد.

كما يترتب على هذا القيد أثرين هما: الأثر المنشئ للقيد في السجل العيني، والأثر المطهر للقيد في السجل العيني. وهو ما نتناوله على النحو التالي:

أولاً: الأثر المنشئ للقيد في السِّجل العيني

الأثر المنشئ effect constitutif للقيد هو أن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ إجراء القيد، فيعتد بالتصرف الوارد على العقار من وقت قيده لا من وقت تاريخ إبرامه، فلا تسري الحقوق العينية العقارية أمام الكافة إلا من وقت القيد، فتستمد الحقوق العينية العقارية -سواء كانت أصلية أم تبعية- وجودها من القيد في السِّجل العيني.

فالأثر المنشئ للقيد معناه أن تلك الحقوق العينية العقارية لا وجود لها قبل القيد في السِّجل العيني، فلا تنشأ أو تنقل أو تعدل أو تزول إلا بالقيد في السِّجل العيني، فالقيد ليس واجبًا من أجل شهر الحق أمام الغير، بل هو لازم لنشأته بين المتعاقدين أنفسهم، إذ أن القيد في السِّجل العيني هو الإجراء اللازم من أجل نشوء الحق العيني[1].

1- نجيدة، علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، طبعة أولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986م، ص164، أبو النجا، إبراهيم السِّجل العيني في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، مطابع جريدة السفير، 1978م ، ص437.

ويُسمَّى هذا المبدأ أيضًا بـ (مبدأ الأثر المنشئ والمقرر للقيد في السِّجل العيني) وهو يعني أن كافة الحقوق المسجلة لا تكون حجة على الأطراف أو أمام الغير إلا بالتسجيل، فالحقوق تستمد قوتها من التسجيل.

فمبدأ الأثر المنشئ لا يقف عند حد الربط بين القيد في السِّجل العيني وإنشاء الحق العيني، بل إن الحق العيني يدور وجودًا وعدمًا بالقيد فهناك التصاق بين الحق العيني والقيد في السِّجل العيني في نشأته واستمراره وزواله[1].

أثر القيد المنشئ على الحقوق

إن مصدر الحق هو سبب إنشاءه طبقًا لأحكام القواعد العامة لكسب الحقوق، ففي السِّجل العيني لا ينشأ الحق العيني العقاري إلا بالقيد، فنظام السِّجل العيني لا يعتد إلا بقيد الحق كسبب لكسبه، أي أن القيد في السِّجل العيني هو مصدر للحقوق العينية العقارية.

وقد نصت بعض التشريعات صراحة على أن القيد في السِّجل العيني هو مصدر للحقوق العينية العقارية كالتشريع السوري واللبناني[2] والمغربي[3].

ولكن حتى وإن لم يتم النص صراحة على أن القيد في السِّجل العيني أنه مصدر للحقوق فيفهم من المبادئ التي يقوم عليها نظام السِّجل العيني ذلك ومنها مبدأ القيد المطلق، فكون القيد هو مصدر للحقوق هو نتيجة طبيعية لهذا المبدأ بأن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بقيدها في السِّجل العيني[4].

وفي مصر والتي لا يزال نظام الشهر الشخصي مُطبَّق عليها نصت المادة (9) من قانون الشهر العقاري على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون التصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن"[5].

ثُمَّ أعاد المشرع المصري الحكم ذاته بموجب قانون رقم 142 لسنة 1964م والذي أخذ بنظام السِّجل العيني، والذي لم يوضع إلى الآن موضع التطبيق، فنجد أن المادة (26) منه نصت على أن:

1- عبد الله، هدى، أحكام الشهر العقاري في القانون اللبناني، طبعة أولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،2020م، ص321.

2 -نصت المادة (11) من القرار 188 على أن "... الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه او تعديله أو اسقاطه لا تكون نافذه حتى بين المتعاقدين إلا اعتبارًا من تاريخ قيدها".

3- وقد اعتبر التشريع المغربي بتاريخ 9 رمضان 1331هـ الموافق 12 أغسطس 1913م على أن "رسم الملك – أي سند الملكية – له صفة نهائية ولا يقبل الطعن وهو يكشف نقطة".

4 -أبو النجا، إبراهيم، المرجع السابق، ص442.

5- يحيى، ياسين محمد، نظام السِّجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، طبعة أولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982م، ص126-128.

"جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها في السِّجل العيني. ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية، ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

ونُلاحظ من خلال نصي المادتين (9) من قانون الشهر العقاري أو (26) من السِّجل العيني هو تشابههما حيثُ لا ينشأ أو ينتقل أو يزول حق من الحقوق العينية الأصلية سواء بين المتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل. وإن لم يتم التسجيل فلا يترتب سوى التزامات شخصية بين ذوي الشأن.

وقد أثير التساؤل حول مدى اعتبار التسجيل مصدرًا للحق؟ أم أن التصرف القانوني هو مُنشئ هذه الحقوق، أم أن المشرع هو من اشترط التسجيل ليصبح التصرف حُجَّة بتسجيله؟

ذهب **البعض**[1] **إلى القول بأن:** "نظام السِّجل العيني لا يعرف إلا القيد وحده طريقًا لكسب الحق العيني العقاري، فإن ذلك يعني حتمًا أن القيد في السِّجل العيني هو مصدر الحق العيني العقاري، ولذلك ذهب بعضهم إلى أنه: إذا كانت الحيازة في المنقول سند الحائز، فإن القيد في العقار هو سند الملكية".

وأن القول بأن التصرف القانوني هو مصدر الحق لا يعني أنه مصدر الحق الوحيد، بل يمكن كذلك أن تكون الواقعة القانونية مصدرًا للحق كالميراث فلا يعد الميراث حجة أمام الغير إلا بعد نقل الحقوق من المورث إلى الورثة وقيدها بالسِّجل العيني. وبالتالي فاعتبار القيد بالسِّجل العيني هو مصدرًا للحق العيني يعد مُطهرًا له من كافة العيوب، ولا قيمة بعد ذلك للعيوب التي تمس التصرفات القانونية.

ويرى **البعض الآخر**[2] أن هذا الرأي معناه إزالة كافة الآثار القانونية عن التصرفات غير المسجلة وتصبح كأن لم تكن وهذا غير صحيح لأن تلك التصرفات القانونية الصحيحة تظل منتجة لآثارها حتى وإن تطلب المشرع قيدها للاعتراف بها.

ومن هنا **يؤكد البعض**[3] على القول بأنه: "ينعقد التصرف العقاري خارج مكاتب ومأموريات السِّجل العيني ويرتب آثاره القانونية كافة فيما عدا نشوء الحق العيني الذي يجب لنشوئه أن يقيد الحق في السِّجل العيني..."

1- أبو النجا، إبراهيم، المرجع السابق، ص440.
2- العساف، تيسير عبد الله المكيد العساف، السجل العقاري دراسة قانونية مقارنة، طبعة أولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009م ، ص175.
3- أبو النجا، إبراهيم، المرجع السابق، ص444.

أي أن إعمال مبدأ الأثر المنشئ للقيد وجعله مصدرًا للحق العيني فلا وجود له قبل تمام القيد، وهو ما يمكن القول إن هذا التصرف المتعلق بحق عيني عقاري يصبح تصرف شكلي يدور وجودًا وعدمًا مع القيد في السِّجل العيني، وبالتالي الحق يستمد قوته من القيد في السجل وليس من الاتفاق أو التصرف.

وهو ما يؤكده **البعض**[1] من القول بأنه من الأوفق لمبادئ القانون المصري أنه يفترض لكل قيد سبب صحيح سواء من واقعة أو تصرف منتج للحق، فلو ذكر السبب افترض صحته وإنشاء قرينة قانونية قاطعة لا يمكن دحضها إلا بسبب أجنبي، وهذا السبب الأجنبي قد يمنع المالك الحقيقي من الطعن أمام اللجنة. كما أن تلك القرينة القاطعة قد تكون بين أطراف التصرف. فحين يكون القيد مبني على عقد ثُمَّ قضي ببطلانه فلا يتأثر القيد الأول بذلك.

ومن مبررات هذا الأثر:

1-لو عملنا بانتقال الملكية بموجب العقد فقط قبل قيده، سيؤدي ذلك لوجود ملكية ظاهرة، وهو ما يفسح للعديد من النزاعات ويتناقض مع المبادئ التي يقوم عليها نظام السِّجل العيني، ومنه تحقيق الاستقرار والأمَّان للملكية العقارية وخلوها من النزاعات قدر الإمكان.

2-إن أحكام نظام السِّجل العيني تؤكد على دورها في خدمة الفرد، وتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية وبث الثقة في نفوس الأفراد ضمانًا لتسهيل عمليات الاقتراض والاستثُمار، وزيادة الدخل الفردي والوطني، ويؤدي الأخذ بمبدأ الأثر المنشئ للقيد يعمل على تحقيق تلك الوظيفة الاجتماعية ودعم الاستقرار وتوفير الثقة والأخذ بالمالك الحقيقي للعقار أو الحق العيني دون غيره[2].

كذلك من فوائد هذا المبدأ:

1- الحق العيني يختلف عن الحق الشخصي في دوره الاقتصادي والاجتماعي، فأثر الملكية العقارية لا يكون على الفرد فقط، بل على المجتمع ككل. فكُلَّما كانت الملكية العقارية أكثر استقرارًا تبعث الثقة العامة في نفوس الكافة وهو ما يزيد معاملاتهم العقارية وتدفعهم لتحسين عقاراتهم واستثُمارها في مضاعفة ثرواتهم ممَّا ينعكس على الدخل القومي سواء من ناحية قيمة العقار نفسه أو من ناحية الدخل القومي العام، وهو ما يُساهم في دفع عجلة التنمية الاقتصادية إلى الأمام، فإذا كان هدف المجتمع ومصلحته تثبيت الملكية العقارية وبناءها على أُسس سليمة يجب إذن أن يكون ذلك تحت مظلة وإشراف ومراجعة الدولة. فلا يُعد مالكًا للعقار إلا من أقرَّت له الدولة بذلك من خلال قيده في السِّجل العيني.

2-العمل بالأثر الإنشائي للقيد سيدفع المتعاقدين إلى الإسراع بتسجيل عقدهم في السِّجل العيني دون تباطؤ، فعلى سبيل المثال المشتري لن يستطيع أن يستثُمَّر العقار أو يجني ثُماره إلا من وقت قيده في السِّجل العيني إذ قبلها لا يعد مالكًا إلا من هذا التاريخ، ممَّا يدفعه إلى الإسراع بالقيد، إذ أنه لو كان الحق نافذًا بين طرفيه دون إجراء القيد لتكاسل المتعاقدين أو ربَّما هربا من إجراء القيد توفيرًا للنفقات وهو ما يفوت المبالغ الطائلة على خزينة الدولة.

1 -الجارحي، مصطفى عبد السيد ، أحكام الظاهر في السِّجل العيني دراسة في القانون المصري، طبعة ثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988م، ص34.

2- شمس الدين، عفيف، القوة الثبوتية لقيود السجل العقاري، رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، جامعة بيروت، كلية الحقوق، 1980م ، ص229.

3-تتجلى أهمية الأثر الإنشائي للقيد من ناحية ما يؤكده من تطابق بين القيود في السِّجل العيني وبين الحالة القانونية والواقعية للعقار، فلا يعتبر مالكًا للعقار على الطبيعة إلا من كان العقار مُقيدًا باسمه في السِّجل العيني، وبتلك الطريقة لا يحدث التناقض بين الملكيات العقارية، بل تتوحد فالمشتري لا يعد مالكًا بمجرد العقد سواء تجاه البائع أو الغير إلا من وقت شهر هذا البيع.

4- يؤكد الأثر الإنشائي للقيد على نبذ النزاعات بين الأفراد، فلو كان انتقال الملكية يتم بمجرد إتمام العقد لحدثت النزاعات والدعاوى والتي يتوخى نظام السِّجل العيني حصولها. فلو قام البائع بنقل الحق العيني ذاته لأكثر من شخص وحدثت تصرفات متتالية لأحدهم دون علم الآخرين ويظن كل منهم أنه اكتسب الحق وحده فلو سارع أحدهم بقيد الحق صار نافذًا في مواجهة الآخرين حتى من سبقوه في التعامل، وهو ما يعمل على ضياع الحقوق[1].

كما يترتب عليه عِدَّة نتائج وهي:

1-أن مشتري العقار لن يكون مالكًا إلا بتسجيل المبيع، حيثُ تظل الملكية للبائع إلى أن ينقلها المشتري بالتسجيل، لذلك إذا تعدد المشترين من نفس البائع كانت الأفضلية لمن سبق بالتسجيل بشرط أن يكون عقده صحيحًا وليس باطلاً، وجديًا وليس صوريًا، كذلك لا يعتبر البائع في تلك الحالة بائعًا لملك الغير؛ لأنه وقت بيعه للمشتري الذي قام بالتسجيل كان لا زال مالكًا، كما لا يستطيع المشتري الذي لم يسجل أن ينقل ملكية العقار لأن الملك لن تؤول إليه إلا بالتسجيل، كما أنه ليس من حق المشتري غير المسجل أن يطالب من خلال دعوى يرفعها بتثبيت ملكية العقار المبيع؛ لأنه لا يُعد مالكًا وتلك الدعوى لم تستكمل شروطها، ودائن المشتري غير المسجل لا يمكنه التنفيذ على العقار المبيع ولا أن يأخذ عليه اختصاصًا؛ لأن الملكية لا زالت للبائع وليس لمدينه.

على عكس دائن البائع فَلَه الحق في التنفيذ على العقار المبيع وأخذ حق اختصاص عليه، كما أن له أن يرفع دعوى نزع ملكية قبل تسجيل المشتري لعقده ما يجعل البيع غير نافذ في مواجهته.

2-في حالة وفاة البائع فالملكية تنتقل إلى ورثته بعكس وفاة المشتري الذي لم يُسجل فلا تنتقل الملكية لورثته. فإن قام وارث البائع ببيع العقار مرة أخرى، نكون أمام تنازع بين مشترين أحدهما من المورث والآخر من الوارث، فإن سارع المشتري من الوارث بالتسجيل فُضل على المشتري الذي لم يسجل لأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ويفضل المشتري من الوارث في تلك الحالة وهو ما أجمع عليه الفقه والقضاء.

ولكن رغبة من المشرع في حماية المشتري من المورث بشكل خاص وحماية دائني المورث بشكل عام فقد أوجب تسجيل حق الإرث، ورتب على عدم تسجيله منع إشهار أي تصرف صادر من الوارث في أي من عقارات التركة قبل شهر حق الإرث، والعلة في ذلك أن يتسنى لدائني المورث ومنهم المشتري بعقد غير مسجل التأشير بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث. وبذلك فأي تصرف يصدر من الوارث بعد هذا التأشير غير نافذ في حقهم[2].

1- عبد الله، هدى، المرجع السابق، ص323

2- نجيدة، علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص165 وما بعدها

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن:

"المفاضلة عند تزاحم المشترين لذات العقار المبيع بأسبقية التسجيل. شرطها. شراؤهم له من مالكه. مقتضاه. تسلم أحد المشترين للعقار المبيع. أثره. عدم جواز نزعه من يده وتسليمه لآخر إلا بعد تسجيل الأخير عقده"[1].

كما قضت أيضًا بأنه:

"ملكية العقار المبيع. انتقالها من البائع إلى المشترى. شرطه. تسجيل عقد البيع أو الحكم النهائي المثبت للتعاقد أو التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بصحته ونفاذه إذا كانت قد سجلت. المادتان ٩، ١٧ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦م بتنظيم الشهر العقاري. حق المشترى في الحالة الأخيرة الاحتجاج به على من تؤول إليه ملكية العقار بأي تصرف لاحق ناقل للملكية. عدم تسجيل العقد. مؤداه. بقاء الملكية للبائع واعتبار تصرفه فيه إلى مشترٍ ثانٍ صادر من مالك لا يحول دون الحكم له بصحة ونفاذ عقده"[2].

3-لا يحق للمشتري غير المسجل عقده أن يُطالب بحقه في الشفعة، وذلك لأن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكًا للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة (أي وقت بيع العقار الذي يشفع فيه)، وطالما لم يسجل عقده فلا يعد مالكًا له.

4-إن المشتري غير المسجل لعقد البيع العقاري لا يحق له تملُّك المباني على الأرض المبيعة، فتلك المنشآت تؤول للبائع بموجب قواعد الالتصاق، وللمشتري أن يدفع أقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد عن ثُمَّن الأرض بسبب تلك المنشآت، وذلك لأن حق الملكية لا ينتقل إلا بموجب التسجيل.

5-إذا هلك العقار المبيع في يد البائع بناءً على قوة قاهرة أو حادث مفاجئ قبل أن يتم تسجيل عقد البيع، فإنه يقع على البائع الالتزام بتحمل مخاطر الهلاك وليس المشتري والذي يحق له المطالبة بإعادة الثُمَّن المدفوع، وذلك باعتبار أن العقد غير المسجل لا ينقل الملكية قبل الهلاك، إلا إذا أثبت البائع أن التأخر في التسجيل كان بسبب المشتري[3].

وتجدر الملاحظة إلى أن حق المشتري في مواجِهة البائع فقط ويقدر بما يقتضيه ذلك، لكن لا يجوز أن يكون هذا الحق في مواجِهة المستأجر، فالمشتري لن يكون خلفًا للبائع إلا في حالة انتقال الملكية بالتسجيل. والقانون المصري كما كان في نظام الشهر الشخصي قانون تنظيم الشهر العقاري كرس ذلك أيضًا في قانون السِّجل العيني رقم 142 لسنة 1964م.

وهكذا يُمكن القول إن الأثر المنشئ للقيد بالسِّجل العيني هو من الأُسس التي يرتكز عليها، والذي يهدف لتأمين التعاملات العقارية من أجل بيان حالتها القانونية أمام الغير الذي يريد أن يتعامل على العقار والوقوف على حقيقته والحقوق العائدة له والالتزامات المترتبة عليه، ولذلك فرض القانون قيد كافة الحقوق والأعباء للعقار في الصحيفة العينية وأن الحقوق غير المقيدة لا يمكن الاحتجاج بها أمام الغير.

1- الطعن رقم 954 لسنة 81 قضائية، الدوائر المدنية، جلسة 2019/5/5م

2- الطعن رقم 7002 لسنة 80 قضائية، الدوائر المدنية، جلسة 2018/11/3م.

3 - شمس الدين، عفيف، المرجع السابق، ص230.

وكذلك ينبغي القول إن الأثر المنشئ للقيد وما يترتب عليه من آثار لا يحول دون إحداث أثر للتصرفات الشخصية كالالتزامات الشخصية فهي تنتج بغض النظر عن القيد أم لا. وهو ما نص عليه المشرع في قانون السِّجل العيني صراحة في المادة (26) سالفة الذكر.

الفرع الثاني

الأثر المطهر للقيد في السِّجل العيني

إن الأثر المطهر للقيد معناه تطهير العقار من كافة الحقوق غير المقيدة أيًا كان سبب القيد. فعدم قيد الحقوق معناه خلو العقار منها، كما يقصد به تطهير الحقوق المقيدة من كافة العيوب التي تعتري القيد فالقيد يعطي لصاحبه حق جديد غير قابل للطعن.

وتأتي أهمية الأثر المطهر للقيد في أنه يعمل على دعم الملكية العقارية فالحماية القانونية للقيد تكون من خلال تطهيره ممَّا يشوبه وتشمل الحالة المادية والقانونية للعقار المقيد فلا يُمكن المساس بحدوده ومساحته أو الحقوق العينية التي له أو عليه. فالقيد يصبح غير قابل للطعن أو المسَاس حتى ولو صدر حكم قضائي بفسخ العقد. فدعوى الفسخ من الدعاوى التي تطعن في التصرف ولا يجوز التعليق بها في السِّجل العيني، لأنها تتعارض مع قوة الثبوت المطلقة، فالقيد في السِّجل العيني هو مصدر الحق العيني وليس التصرف، وبالتالي فالحق العيني المُقيد لا يتأثر بما لحق بالتصرف من عيوب، ومعناه أن الحقوق المقيدة هي الحقيقة المؤكدة الغير قابلة للطعن فيها، أمَّا الحقوق غير المقيدة فلا يعتد بها، ولا يجوز التمسك بها، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، وهذا ما يقضي به مبدأ قوة الثبوت المطلقة والذي يعد من السمات الأساسية لنظام السِّجل العيني[1].

يمكن القول أن مبدأ القوة المطلقة للقيد في السِّجل العيني يعني أنه إذا تم قيد عقار على اسم شخص معين ومرت مواعيد الطعن أو صدر حكم نهائي فيه يترتب على ذلك تطهير العقار من كافة الحقوق السابقة على القيد ما دام تم قيدها في السجل فتلغى تلك الحقوق ولا تقوم بعد ذلك مهما كان سبب عدم قيدها. وكذلك يعني أن من اكتسب حقًا من الشخص الذي قيد العقار في السجل مستندًا إلى بيانات العقار من السِّجل العيني يعد مكتسبًا لحق من مالكه ولو كان الواقع غير ذلك. كذلك فهناك أثر تطهيري للقيد، وبموجبه تطهير الحقوق المقيدة من كل عيب يمكن أن يلحق به، فالحقوق بقيدها في السجل تكون قد بدأت مرحلة جديدة منفصلة عن ماضيها.

[1]- أبو النجا، إبراهيم، المرجع السابق، ص506.

المطلب الثاني

آثار التحول إلى نظام السِّجل العيني على التنمية الاقتصادية

لقد أثبت العقار دوره الاستثماري لكثير من الناس أكثر من أي أصول أخرى، وهو ما جعل الأشخاص يتَّجهون لاستثمار معظم أموالهم في القطاع العقاري، وهو ما شجعهم على اللجوء لتسجيل العقار بعد صدور القوانين المنظمة للعقار.

وممَّا لا شك فيه أن نظام الشهر العقاري بشكل عام يسعى لتحقيق استقرار الملكية العقارية وتدعيم الائتمان العقاري، وإن من أبرز نظم الشهر العقاري وأحدثها هو نظام السِّجل العيني والذي يركز على شهر التصرفات والحقوق الواردة على العقار محل التصرف، باعتبار أن العقار هو وحدة قائمة بذاتها ولها وجود قانوني مُعتبر، من خلال تخصيص لكل وحدة عقارية صحيفة ورقية أو الكترونية تدون فيها كافة التصرفات الواردة على ذلك العقار وبيان حقيقة مركزه القانوني، فإذا ما أراد أي شخص الوقوف على حقيقة الحالة القانونية أو الوصفية للعقار ما عليه سوى الاطلاع على تلك الصحيفة العينية المخصصة للعقار. وهذا الأمر هو أمر في غاية الأهمية إذ يؤدي إلى سهولة وسرعة تداول العقارات وزيادة الائتمان العقاري، وبث الثقة في نفوس المتعاملين مع بيانات السِّجل العيني.

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بالنص على أن: "تنظيم قانون السِّجل العيني للقيد وفقًا لموقع العقارات. مقصوده. بيان كافة التصرفات الواردة عليها. أثره. مطابقة البيانات الواردة به للحقيقة. مؤداه. حماية المتعامل مع المقيد كمالك للعقار من كل دعوى غير ظاهرة في السجل لاستقرار الملكية وانعدام المنازعات بشأنها"[1].

وجدير بالذكر أنه بالنظر إلى التطورات الاقتصادية المتلاحقة التي يشهدها المجتمع المصري والتي تؤثر على الملكية وتتأثر الملكية العقارية في مصر بها اعداد قانون جديد يناسب مع هذه التطورات. فمصر كغيرها من الدول التي اهتمت بالشهر العقاري اهتمامًا كبيرًا، وظلت تعمل على تطويره باستمرار، وقد أدركت مدى أهمية نظام السِّجل العيني في استقرار الملكية العقارية في البلاد التي يطبق بها، فعملت على إدخال نظام السِّجل العيني في البلاد بدلاً من نظام الشهر الشخصي المأخوذ من فرنسا قديمًا والذي كان يتخذ الأشخاص أساسًا للشهر، باختلاف نظام الشهر العيني الذي يتخذ من عين الوحدة العقارية محلاً للشهر، ويعتبر أحدث أنظمة الشهر العقاري الذي تأخذ به معظم الدول والذي يلقى نجاحًا كبيرًا لدى فقهاء القانون، ونظام السِّجل العيني له مزايا عديدة تُفضِّله عن نظام الشهر الشخصي والذي يقوم على نظام شهر الأشخاص أطراف الشهر للتصرف المراد شهره.

ونظرًا للقيمة الكبيرة للعقار باعتباره يمثل ثروة كبيرة وهو ما يجعله مطمعًا للفاسدين وسماسرة الأراضي وهو ما يحدث الكثير من المشكلات، لذا فإن سن التشريعات والنظم الخاصة بالتسجيل العقاري سيؤدي لاستقرار الملكية العقارية ويسد تلك الثغرات ويحد من الاعتداء على أراضي الدولة وعقارات الأفراد

1- الطعن رقم 393 لسنة 70ق، جلسة 2011/10/24م.

والبعد عن تحرير عقود تصرف خارج إطار قانون الشهر العقاري، وهنا يأتي تطبيق نظام السِّجل العيني ليسد تلك الثغرات وعدم السماح لأي تصرف أو حق عيني يحدث خارجه[1].

من ناحية أخرى يسهل نظام السِّجل العيني تداول الائتمان العقاري، ويُقصد بتسهيل تداول الائتمان العقاري "إعطاء الملكية العقارية قيمة الرهن الثابت incommutable، واستعمال هذا الرهن حتى يمكن بذلك أن تُجذب نحو الأرض رؤوس الأموال التي هي في حاجة إليها. فمن الحقائق المؤكدة في الاقتصاد السياسي، أن الأرض لا يمكن أن ترد رؤوس الأموال المستغلة فيها، إلا بعد فترة طويلة ولاسيما في مصر، حيثُ يقل ريع الأرض بالنسبة لثُمَّن اكتسابها"[2].

فالدائن الذي يضطر لإقراض المدين وينتظر عدة سنوات لاستيفاء دينه منه لن يقدم على هذا الإقراض إلا إن كان متأكدًا من سهولة تداول دينه، فإن كان التداول سهلاً سيكتفي بفائدة قليلة. أمَّا إن اضطر لتثبيت أمواله immobilization لفترة غير محددة فيتحمل المدين نتيجة ذلك بزيادة سعر الفائدة. وبالتالي فزيادة الائتمان العقاري والذي يسعى إليه نظام السِّجل العيني يعمل على تشجيع تدفق شركات التمويل العقاري، والتي تقوم عملية التسجيل عليها، إذ لا تُعطى التمويلات إلا لكل عقار مُشهر، حتى تضمن تلك الشركات حقوقها، وهو ما تطبقه الشركات ذات الريادة في مجال التمويل العقاري في ألمانيا.

وفي ظل توجه الدولة المصرية بإنشاء المدن الجديدة والعمل على توسيع المساحة الزراعية، والعمل على جذب الاستثُمارات الأجنبية داخل مصر، وكل ذلك لا يتحقق إلا بوجود نظام عقاري كامل مستقر يؤمن ويسهل المعاملات العقارية، ويحفظ للمتعاملين أموالهم وممتلكاتهم، ومن هنا نجد أهمية السِّجل العيني والذي يلعب دور هام واستراتيجي في تحقيق الحماية للملكية العقارية واستقرارها، وهو الأمر الذي يؤدي لزيادة المشروعات الاستثُمارية في كافة المجالات[3].

يستطيع كل من يريد أن يتعامل على الوحدة العقارية أن يطمئن لوجود نظام عقاري سليم ومنضبط يضمن له أن من يتعامل معه هو المالك الحقيقي للعقار، كما يضمن له الاطلاع بسهولة على حقيقة الحالة القانونية للعقار حسب ما هو مُقيد في الصحيفة العقارية بالسجل، كذلك فنظام السِّجل العيني لا يضمن حقوق المتعاملين على العقار فحسب بل كذلك يستفيد منه الموثقون والقائمون بعملية التسجيل، والمحامون والوسطاء العقاريون، وجميع العاملين في المجال العقاري خاصة إن كان السجل العقاري الكترونيًا.

ويرى الباحث: أن دور السِّجل العيني في الجانب الاقتصادي بالغ الأهمية والدقة في آن واحد، فهو يتناول العقارات والتي تتسع رقعتها لتشمل الأراضي الفضاء والأراضي المعدة للبناءً والأراضي الزراعية والأراضي الصحراوية على الإقليم المصري وما يُقام عليه من أنشطة. كما أن المتعاملين على العقارات هدفهم تنمية ثرواتهم التي ظلوا سنوات طويلة في تحصيلها وتنميتها وأنفقوا أموالاً كثيرة وجهود ضخمة في

1- الهشامي، علي بن عزان بن علي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2014م، ص11.
2- وجيه، منصور محمود، نظام السِّجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1964م، ص482.
3 -إبراهيم، أحمد السيد عبد الحميد ، نظام السِّجل العيني بين عمومية النصوص وثغرات في التطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2020م،ص3.

استثُمارها، وأن الشهر العقاري هدفه الحفاظ عليها، وإذ أن الشهر العقاري يفترض وجود عقار محدد الأوصاف القانونية والمادية، وموقع ثابت ومعروف على الخرائط المساحية، سواء أرض أم مباني، كذلك يفترض متعاملين على العقار، وقد وُكل لأمر تحديد أوصاف العقار الهيئة العامة المصرية للمساحة، أمَّا ما يخص المتعاملين على العقار فيختص بأمر أهليتهم لإبرام التصرفات وتحديد ذواتهم مصلحة الأحوال المدنية.

الخاتمة

إن السِّجل العيني يمتاز بكونه صاحب قدرة كبيرة على تحديد أشكال العقارات في مصر والدول العربية سواء كان العقار سكني أم تجاري أم خدمي، لكونه يضع وصف دقيق لمراقبة المنظومة العقارية المتداخلة والتي تطورت بشكل كبير في السنوات الماضية. لذا فالسِّجل العيني يلعب دور هام في تنشيط التمويل العقاري في مصر ويعمل على تحقيق الاستفادة من الثروة العقارية التي تمثل أهم محور من محاور الاقتصاد القومي. كما أن نظام السِّجل العيني باعتباره على العقار ذاته كأساس للقيد وليس الأشخاص حيثُ تخصص لكل وحدة عقارية صحيفة تدون بها كافة التعاملات الواردة عليه؛ لذا فهو يهدف إلى تحقيق استقرار الملكية العقارية ويسهم في الاستفادة منها واستثُمارها بشكل أسهل وأسرع. كذلك باعتبار ما يملكه نظام السِّجل العيني من معلومات دقيقة عن كل وحدة عقارية فهو يمكنه حل كافة النزاعات ومواجهتها وهو يُساعد على بث الثقة في المتعاقدين على العقار، وبالتالي يكون السِّجل العيني المصدر الوحيد لاستخراج سندات الملكية ويحقق الاطمئنان لكل من يتعامل مع العقار وفق البيانات المدونة بالسجلات والتي تتميز بالثبات والاستقرار.

يكفل القيد في السجل العيني سهولة وبساطة الإجراءات ممَّا يؤدي لاستقرار الملكية والحقوق العينية. كل ذلك سينعكس بكل تأكيد على دعم الاقتصاد. كما أن للسجل العيني دور هام في استقرار الملكية العقارية وتخفيف الضغوط على المواطنين فيما يوفره من سهولة في الكشف عن بيانات الوحدة العقارية، بالإضافة إلى سهولة إجراءاته، لذلك فهو يسهم بشكل فعال في تنشيط التمويل العقاري، لسهولة حصول المالك للوحدة العقارية من الحصول على قرض بضمانها. وبموجب ذلك التنظيم الدقيق الذي يوفره نظام السِّجل العيني سيعود بالفائدة الكبيرة على المواطنين تتمثل في ارتفاع قيمة العقارات، إذ العقار غير المسجل لا يعطي صاحبه الأحقية في أخذ تمويل أو قرض بضمانه، بينما العقار المسجل يكون مستودعًا ماليًا للمواطنين.

كما أن المزايا التي يُحققها نظام السِّجل العيني من بيانات ثابتة للعقار في السجل، والحجية المطلقة للقيد في السجل، ومبدأ القوة الثبوتية المطلقة للقيد في السِّجل العيني يعد حجر الزاوية للقانون والذي يعني أن كل ما هو مقيد في السجل هو عين الحقيقة والذي يجعل القيد خاليًا من كل عيب عالق بسند الملكية بعد فوات مواعيد الطعن المنصوص عليها، وكذلك مبدأ المشروعية والذي يعني الدقة في الإجراءات السابقة على التسجيل من تقديم الأوراق والمستندات حتى لا يقيد إلا الحقوق المشروعة، ولا يستفيد من القيد أي

ادعاء مشكوك فيه وهو ما يؤثر بكل تأكيد على استقرار الملكية العقارية ويخفف من النزاعات المنظورة أمام المحاكم ويخفف العبء على المواطنين.

النتائج:

1-للقيد في السجل العيني أثر منشئ على الحقوق العينية العقارية، وبالتالي فتلك الحقوق تستمد وجودها من اليد في السجل العيني بغض النظر عن مصدر إنشائها أو نقلها أو تعديلها أو انقضائها.

2-نصت بعض التشريعات العربية كالتشريع السوري واللبناني والمغربي صراحة على اعتبار القيد مصدر مباشر للحقوق العينية العقارية بينما لم يورد البعض الآخر أي نص على ذلك.

3-الأثر المطهر للقيد معناه تطهير العقار من كافة الحقوق غير المقيدة أيًا كان سبب القيد. فعدم قيد الحقوق معناه خلو العقار منها.

4-مبدأ القوة المطلقة للقيد في السِّجل العيني يعني أنه إذا تم قيد عقار على اسم شخص معين ومرت مواعيد الطعن أو صدر حكم نهائي فيه يترتب على ذلك تطهير العقار من كافة الحقوق السابقة على القيد.

5-للقيد في السجل العيني أثر على التنمية الاقتصادية إذ أن القيد يضفي أمَّان واطمئنان لمن يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالصحيفة العقارية يجعله ممثلاً للحقيقة، طاهرًا من كافة الشوائب التي قد تشوب الملكية تطبيقًا لمبدأ المشروعية في السِّجل العيني والتحقق من المستندات قبل إتمام القيد.

التوصيات:

1-تخفيض رسوم التسجيل بحيثُ تكون رمزية، فالتسجيل ضروري وليس من الكماليات، وذلك من أجل الحفاظ على الملكية العقارية وتمكين الجميع من الإسراع في التسجيل وعدم قصره على فئة المقتدرين فقط،

2-تخفيض رسم حوالة عمل كشف التحديد المساحي لطلب التسجيل والشهر بحيثُ لا تزيد عن مبلغ معين مهما زادت موضوعات الطلب الواحد.

3-التوسع في الإسكان الاجتماعي والاقتصادي على حساب الإسكان الفاخر وهو ما يتم عمله من خلال المبادرات المطروحة.

4-التقليل من الروتين الحكومي واللوائح بمصلحة الشهر العقاري من أجل التسجيل والإجراءات، حتى لا يؤدي إلى هجر الأغلبية للتسجيل.

5-العمل على تحسين الإنتاج وزيادة التصدير، وهو ما يخلق فرص المنافسة أمام السلع الأجنبية وفتح منافذ جديدة داخل الأسواق المصرية والعربية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العلمية:

- الجارحي، مصطفى عبد السيد ، أحكام الظاهر في السِّجل العيني دراسة في القانون المصري، طبعة ثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988م.
- عبد الله، هدى، أحكام الشهر العقاري في القانون اللبناني، طبعة أولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،2020م.
- العساف، تيسير عبد الله المكيد العساف، السجل العقاري دراسة قانونية مقارنة، طبعة أولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009م.
- نجيدة، علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، طبعة أولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986م.
- يحيى، ياسين محمد ، نظام السِّجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، طبعة أولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982م.

ثانيًا: الرسائل العلمية (الماجستير والدكتوراه):

- إبراهيم، أحمد السيد عبد الحميد ، نظام السِّجل العيني بين عمومية النصوص وثغرات في التطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2020م.
- أبو النجا، إبراهيم السِّجل العيني في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، مطابع جريدة السفير، 1978م.
- شمس الدين، عفيف، القوة الثبوتية لقيود السجل العقاري، رسالة دكتوراه دولة في الحقوق، جامعة بيروت، كلية الحقوق،1980م.
- الهشامي، علي بن عزان بن علي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2014م.
- وجيه، منصور محمود، نظام السِّجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1964م.

ثالثًا: الأبحاث والمقالات المنشورة:

- حوار تلفزيوني مع وكيل لجنة الإسكان في مجلس النواب المصري، بعنوان: كم تبلغ قيمة الثروة العقارية في مصر؟، موقع قناة العربية، 3 مارس 2021م، تاريخ الاطلاع 2022/10/23م.

https://www.alarabiya.net/aswaq/realestate/03/03/2021

- موقع العربية، الأحد 27 ربيع الأول 1444 هـ - 23 أكتوبر 2022م، تاريخ الاطلاع 2022/10/23م
https://www.alarabiya.net/aswaq/realestate/230/17/07/2022-
- تقرير المركز المالي الكويتي، تاريخ 2022/7/17م، "المركز" يتوقع تسارع نمو القطاع العقاري في السعودية والإمارات خلال النصف الثاني من العام 2022، تاريخ الاطلاع 2022/10/24م
https://www.markaz.com/ar/media-center/our-news/markaz-real-estate-outlook-reports-for-ksa-and-uae-forecast-sector-acceleration-in-h/2022-2

المواجهة التشريعية لجريمة الإيذاء المبهج

Legislative confrontation of the crime of happy slapping

م.د.صابرين يوسف عبدالله الحياني

دكتوراه قانون عام/ قانون جنائي

كلية القانون - جامعة البيان / بغداد - العراق

Lect.Dr.Sabreen Yousif Abdullah Al-Hayani

sabreen.yoseif@albayan.edu.iq

College of Law -Al-Bayan University/ Baghdad- Iraq

الملخص:

الإيذاء المبهج جريمة مستحدثة ترتبط بتقنية المعلومات الحديثة، وترتكب عبر استعمال الهواتف الذكية أو الكاميرات الرقمية، وتتكون من ثلاثة أفعال هي الاعتداء وتصوير الاعتداء ونشره عبر الهواتف أو الانترنت، ويمكن أن ترتكب جميع هذه الأفعال من قبل شخص واحد، كما يمكن أن ترتكب من قبل أكثر من شخص، وتترتب عليها أضرار بدنية ومعنوية على قدر من الجسامة، ويكون الضرر المعنوي في العادة أشد من الضرر البدني، وتنتشر هذه الجريمة بين الشباب، وتستهدف جعل الضحية محلا للتسلية والمرح، وهذه الجريمة لا يمكن معاقبة مرتكبيها وفقا للنصوص العقابية النافذة بل لابد من تشريع قانون خاص للحد منها.

الكلمات المفتاحية: مواجهة –تشريعية- إيذاء - ضرر مادي – ضرر معنوي.

Abstract:

Happy Slapping is a new crime related to modern information technology, It is committed through the use of smart phones or digital cameras, and it consists of three acts: violation, photographing the violation and publishing it by phones or the Internet, All of these acts can be committed by one person, and also can be committed by more than a person, it causes severe physical and moral damage, the moral damage is usually more severe than the physical damage, and this crime spreads among young people, it aims to make the victim a means for fun, and this crime cannot be punished their perpetrators according to the punitive texts in force, but it must be enacted special law to reduce them.

Keywords: Confrontation - Legislative- harming - physical damage- moral damage.

مقدمة

انعكست التطورات التكنولوجية الحديثة بصورة سلبية على المجتمع الإنساني، إذ أدى اختراع الهاتف النقال والكاميرات وغيرها من الأجهزة الالكترونية إلى استحداث أنماط جديدة من الإجرام لم تكن موجودة من قبل، وترتبط هذه الجرائم ارتباطاً وثيقاً بالتقنية الحديثة، إذ إنها تعد سبباً أساسياً لانتشارها؛ كونها تعد الوسيلة التي ترتكب عبرها.

وهذه الجرائم تشكل في الغالب خطرا على حرمة الحياة الخاصة وانتهاكاً لكرامة الإنسان، فهي نموذج مستحدث يختلف عن الجرائم التقليدية سواء من حيث مضمونها أم من حيث طريقة ارتكابها، ومن هذه الجرائم المستحدثة ما يسمى بالإيذاء المبهج، أو الصفع بسعادة ، وهي جريمة حديثة نسبيا ظهرت في الآونة الأخيرة في بعض الدول الأوربية، وبدأت تنتشر بشكل كبير في جميع الدول الأخرى.

وتتميز هذه الجريمة عن كل الجرائم الأخرى بأنها تجعل الإنسان محلاً للتسلية والاستمتاع؛ وذلك بتصوير الاعتداء الذي ينصب عليه، والقيام بنشره عبر الوسائل الالكترونية المختلفة، وعليه سنتطرق إلى بحث أهم الجوانب المتعلقة بهذه الجريمة:

أهمية البحث:

ترجع أهمية الموضوع إلى أنه يمثل محاولة لتجريم بعض الأفعال التي تشكل مساساً بكرامة الإنسان، والتي تستهدف جعل الإنسان مجرد مادة للتسلية، فضلاً عن جدة وحداثة هذا الموضوع ،فهو لا يرجع إلى أبعد من سنة 2004، ويضاف إلى ذلك انتشاره الواسع في الكثير من الدول بما فيها الدول العربية في مقابل افتقار تشريعاتها لنصوص عقابية خاصة بمواجهة هذه النوع من الإجرام.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في انتشار الكثير من الأفعال الضارة بدنيا ونفسيا بالأفراد، وبالمجتمع تبعا لذلك، واتساع نطاق ارتكابها بين فئات كثيرة من الشباب ولاسيما المراهقين من طلبة المدارس، وتطورها المستمر الذي تفوق سرعته قدرة المشرع عن الإحاطة بها ومواجهتها في ظل القوانين النافذة، ومن هنا تظهر إشكالية هذا البحث، فالنصوص القانونية النافذة لا تكفي لردعها أو الحد منها، الأمر الذي يستلزم تدخلاً مستمراً من قبله، سواء عن طريق إصدار تشريعات خاصة تعاقب عليها أم الاكتفاء بتعديل قوانين العقوبات النافذة حالياً بالشكل الذي يسمح بإدخالها ضمن نطاقها.

منهجية البحث:

سنتبع في هذا البحث المنهج الاستقرائي كونه المنهج الأنسب في معالجة إشكالية الموضوع، وسنعتمد في دراستنا له على القانون الفرنسي الجديد الذي أدرج ضمن قانون العقوبات النافذ بموجب المادة (222-33-3)، والذي أجازه المجلس الدستوري الفرنسي عام 2007 تحت عنوان قانون الوقاية من الإجرام، كونه أول تشريع جزائي وضع لمجابهة هذا النوع من الجرائم، وسبق به تشريعات جميع الدول الغربية والعربية على

حد سواء، فالمشرع الفرنسي كان له فضل السبق في الوقوف بوجه جريمة الإيذاء المبهج التي انتشرت في المدارس والجامعات وطالت الضحايا بمختلف الأعمار والأجناس ولاسيما طلبة المدارس منهم، وألحقت أضرار نفسية فاقت حجم الأضرار المادية لها، ومنها انتقلت إلى الكثير من الدول، وسنشير إلى ما تضمنه القانون من تجريم وعقاب على تلك الانتهاكات، ونتطرق لبعض الأحكام القضائية الصادرة بشأن بعض الوقائع التي ارتكبت.

خطة البحث:

ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، نبين في الأول منها ماهية جريمة الإيذاء المبهج، وسنوضح من خلال هذا المبحث مفهوم الجريمة من حيث تعريفها وتمييزها عما يشتبه بها في المطلب الأول، ونبين نشأة الجريمة ودوافع ارتكابها في المطلب الثاني، ونتعرف على أركانها في المطلب الثالث، أما في المبحث الثاني فسنتطرق إلى مدى إمكانية مواجهة هذه الجريمة وفقا للنصوص العقابية النافذة، وسنتعرف في المطلب الأول على مدى إمكانية تجريم كل من فعلي التسجيل والتصوير وفقا لنصوص قانون العقوبات النافذ، وفي المطلب الثاني سنتعرض لمدى إمكانية تجريم فعل النشر، في حين سنخصص المبحث الثالث لبيان المواجهة التشريعية وفقا للنصوص العقابية الخاصة، وسنقسمه إلى مطلبين نخصص الأول للتنظيم القانوني لجريمة الإيذاء المبهج بينما نخصص الثاني للتعرف على الآثار المترتبة على هذه الجريمة، ثم سنختتم البحث بأهم ما توصلنا إليه من النتائج والمقترحات.

المبحث الأول

ماهية جريمة الإيذاء المبهج

أن البحث في ماهية جريمة الإيذاء المبهج يقتضي منا الإلمام بكل ما يتعلق بها، وتبعا لذلك سيتم تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب نبين في الأول منها مفهوم الجريمة وسنوضح فيه كل من التعريف بها والتمييز بينها وبين ما يتشابه معها من الجرائم الأخرى، وفي الثاني سنتعرف على نشأة الجريمة ودوافع ارتكابها، ولإكمال إحاطة البحث بالجريمة من كل جوانبها سنبحث في أركانها ضمن المطلب الثالث، وذلك في ضوء التقسيم الآتي:

المطلب الأول: مفهوم جريمة الإيذاء المبهج

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف جريمة الإيذاء المبهج في الفرع الأول، ثم نستعرض أهم ما تتميز به هذه الجريمة عن الجرائم المقاربة لها، ومنها جريمة البلطجة الإلكترونية والتحرش الإلكتروني والإيذاء التقليدي في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف جريمة الإيذاء المبهج

يطلق على هذه الجريمة في اللغة الانجليزية مصطلح "Happy Slapping"، وهو الصفع بسعادة، وأصله مستمد من " Slap-happy"، ويعني الفرح والسعادة والنشوة، فهي تعبير عن حالة السعادة التي يشعر بها الجناة عند نشر صور الضحايا،[1] وبما أن هذه الجريمة هي ظاهرة مستحدثة ظهرت في الدول الغربية، وليس لها مقابل تسمية في الدول العربية، لذا سمتها الدكتورة فتحية محمد بـ "الإيذاء المبهج" نسبة إلى البهجة التي يشعر بها الجاني ومتلقي الصورة (الجمهور)، مستندة في ذلك على السعادة التي تقترن بالاعتداء وتصل إلى درجة النشوة.[2]

وتعرف هذه الجريمة بأنها "تلك الممارسة المتمثلة في تصوير أو تسجيل مقاطع فيديو يوثق الاعتداء على شخص يستوي أن يكون جسديا أو جنسيا أيا كانت جسامته بأية وسيلة كانت وعلى أي دعامة كانت، ثم نشر هذه الصور أو مقاطع الفيديو عن طريق الوسائط الإلكترونية"،[3] أو هي عبارة عن تصوير لكل اعتداء جسدي أو جنسي يقع على الضحية أيا كانت جسامته سواء أكان التصوير باستعمال الهاتف النقال أم أي وسيلة أخرى بهدف نشر الصور وجعل الواقعة محلا للتسلية.[4]

وعرفها البعض على أنها: "تصوير فعل الاعتداء الجسدي أو الجنسي على المجني عليه بغرض نشره والاستمتاع برؤيته"[5]. وأيضاً بأنها: "ممارسة تصوير العدوان الجسدي للشخص باستخدام الهاتف المحمول".[6] وهي أيضا " شكل جديد من أشكال العنف...".[7]

وهنالك من يرى أن الإيذاء المبهج "لا علاقة له بالسعادة. أنه شكل من أشكال التنكر حيث يتعرض الناس للهجوم ويتم تصوير الهجوم على هاتف نقال".[8]

الفرع الثاني: تمييزها عما يشتبه بها

توجد بعض المصطلحات القريبة من الإيذاء المبهج تقوم على العنف أيضا، وتتميز عنه بعدة أمور، ومن هذه المصطلحات البلطجة الإلكترونية والتحرش الإلكتروني والإيذاء التقليدي، وسنبين كل منها على التوالي:

---

[1] د.طارق عفيفي صادق، الجرائم الالكترونية جرائم الهاتف المحمول، ط1،المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص171 هامش2.

[2] د.فتحية محمد قوراري، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإيذاء المبهج، مجلة الشريعة والقانون، العدد (42)، 2010، ص235 هامش 2.

[3] د.فؤاد بنصغير، تجريم تسجيل ونشر مشاهد العنف الجنسي، مقال منشور عام 2017 على الموقع الالكتروني: http://www.da3waa.com/2017/02/blog-post_888.html

[4] د.حزام فتيحة، أحكام جريمة الإيذاء المبهج بواسطة الهاتف النقال-دراسة مقارنة-، مجلة السياسية العالمية، المجلد (5)، العدد (2)، 2021، ص339.

[5] د.طارق عفيفي صادق، مرجع سابق، ص171.

[6] Happy Slapping ,published on: https://fr.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping

[7] Hans Durrer, Happy Slapping, Oder ist nur wirklich, was dokumentiert ist?, Dezember 2006, published on : https://www.medienheft.ch/dossier/bibliothek/d26_DurrerHans.html

8 What is 'happy slapping'?, June 2011 , ,published on: https://www.bbc.co.uk/newsround/13905969

البلطجة الإلكترونية هي عدوان مقصود ومتكرر يمارس عبر التقنية الرقمية ضد الضحية، ويهدف إلى إلحاق الضرر النفسي به والسيطرة عليه وأهانته وإذلاله أو مضايقته والإساءة إليه، وتتخذ هذه الجريمة في العادة صورا متعددة منها نشر الشائعة عن الضحية، أو إرسال رسائل السخرية والتشهير والتهديد، أو بثها، أو إنشاء حسابات غير صحيحة لنشر محتويات غير مشروعة، أو إرسال البريد السري لجميع جهات الاتصال في هاتفه بهدف إذلاله، أو بث صور وهمية أو مزورة تظهر الضحية في مواقف مسيئة وغيرها، ويترتب على البلطجة الإلكترونية أضرارا كبيرة تفوق مثيلاتها التقليدية، نظرا لمشاهدتها من قبل عدد غير قليل من الجمهور، ولإمكان إعادة بث تلك الرسائل المتضمنة إساءة لفظية أو عنف، وهو ما يجعل تأثيرها على المضرور أبلغ وأشد رهبة، وتعتمد هذه الجريمة على ما يملكه البلطجي من مهارات إلكترونية تمكنه من استعمال التقنية الرقمية بالشكل الذي يحول دون الكشف عن شخصيته. ويتمثل الفرق بين الإيذاء المبهج والبلطجة الإلكترونية في أن الجريمة الأولى تعد الأكثر حداثة من الثانية، وأكثر انتشارا بين المراهقين والشباب والطلبة في المدارس والجامعات، وفي الغالب تحدث عندما يهجم فريق من العصابة على الأفراد الآمنين في حين يتولى فريق آخر منهم تصوير الهجوم ونشره عبر الهواتف النقالة وشبكات الانترنت.[1]

كذلك يظهر الفرق بينهما من ناحية أن البلطجة الإلكترونية هدفها الأساس هو الضرر النفسي ويكون سلوكها متكرر،وترتكب من قبل شخص واحد، بينما جريمة الإيذاء المبهج تتضمن الضرر البدني والنفسي معا، ولا يكون التكرار جزء من سلوكها، وترتكب في الغالب من قبل شخصين أحدهما يتولى واقعة الاعتداء والآخر التصوير والنشر، وأحيانا يتدخل شخص ثالث ليقوم بالنشر ، وأحيانا أخرى يتولى شخصا واحدا جميع هذه الأفعال.

أما التحرش الإلكتروني فهو صورة مستحدثة للجرائم ظهرت نتيجة انتشار استعمال الهواتف النقالة، إذ أصبح الأفراد يستعملون تلك الأجهزة في رصد حالات التحرش ونشرها عبر الانترنت خاصة في أماكن العمل، ويراد به أي عبارات أو تصرفات تنطوي على مضايقة للغير ، وتكون ذات إيحاءات مهينة من شأنها أن تحط من كرامة الضحية، سواء ارتكبت بصورة متكررة بقصد ترهيب الضحية والإساءة إليها، أم غير متكررة بقصد الضغط الشديد عليها وإخضاعها لطلبات الجاني أو الغير.[2]

ويظهر مما سبق ذكره، أن جريمة الإيذاء المبهج تختلف عن التحرش في كونها أولا تشمل الاعتداءات البدنية والجنسية على حد سواء، بينما التحرش تقتصر على الأقوال والسلوكيات الجنسية فقط دون أن تشمل بقية الاعتداءات البدنية، وثانيا أن التحرش ممكن أن يتحقق بالقول فقط بينما الإيذاء فشرط تحققه هو الفعل، وثالثا يكون الهدف من الإيذاء المبهج التسلية بينما يكون الهدف من التحرش أما الانتقام وإما لتحقيق غايات أخرى غير مشروعة.

[1] د.سمير حامد عبد العزيز الجمال، المسئولية المدنية عن الإيذاء المبهج، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (68)، أبريل (2019)، ص88-90.
[2] د.سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص91.

والمصطلح الأخير هو الإيذاء التقليدي ويراد به كل اعتداء ينال من الحق في سلامة الجسد سواء أكان بالجرح أو الضرب أو العنف أو بإعطاء أي مادة ضارة أو بفعل ينطوي على مخالفة للقانون، ويتمثل الجرح بالتمزق في أنسجة الجسم أو قطعها، بينما يتمثل الضرب بالضغط على الجسم دون أن يصل إلى درجة القطع والتمزق، أما العنف فيكون أخف ضرر من الصورتين السابقتين، وأحيانا يكتفي بتحققه بالتهديد، في حين تكون المادة الضارة بكل ما من شأنه أن يؤثر على صحة الضحية ويتسبب في اعتلاله وربما يصل إلى درجة الموت أو المرض أو العجز المؤقت، وما عدا ما ذكر ، فأنه يدخل ضمن الفعل المخالف للقانون، وهو الصورة الأخيرة للإيذاء.[1]

ومن هنا يتضح الفرق بين جريمتي الإيذاء المبهج والإيذاء التقليدي، فالجريمة الأولى تتطلب وجود اعتداء بدني أو جنسي على الضحية مع وجود تصوير للفعل ونشر عبر الهواتف النقالة أو أي وسيلة أخرى، بينما تتحقق الجريمة الثانية بأحد صور الاعتداء المذكورة في أعلاه دون أن يصاحب الفعل تصوير أو نشر هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يكون الضرر في الجريمة الأولى أشد من الثانية بالنظر لتحقق صورتي الضرر البدني والمعنوي كلتاهما، ويكون الضرر المعنوي في الغالب أشد قسوة من البدني، بينما يقتصر الضرر في الجريمة الثانية على البدني في أغلب صوره، ومن ناحية ثالثة ترتكب الجريمة في الحالة الأولى في الغالب بهدف التسلية وأحيانا يجتمع معها الانتقام بينما الثانية تكون لغرض الانتقام.

المطلب الثاني: نشأة جريمة الإيذاء المبهج ودوافع ارتكابها

سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة نشأة هذه الجريمة من الناحيتين الزمنية والمكانية، ثم البحث في أهم الدوافع الحقيقية المؤدية إلى ارتكابها، وذلك في ضوء الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول: نشأة جريمة الإيذاء المبهج

ترجع نشأة هذه الجريمة إلى أواخر عام (2004) وبالتحديد في جنوب لندن، إذ تمثل أول ظهور لها بقيام مجموعة من أفراد العصابة بصفع الأطفال والمارة، وقيام البعض الآخر منهم بتسجيل الحدث عبر الفيديو ثم نشره عبر الهاتف و الانترنت، إذ بدأ كمزحة بسيطة ثم تطورت وأصبحت أكثر شراسة،[2] فبعد أن كانت عبارة عن ظاهرة عشوائية تمارس من قبل المراهقين في المدارس والشوارع والمواصلات العامة، أصبحت ترتكب بأكثر الأفعال خطورة كاللكم أو الركل، وقد تصل إلى حد القتل[3]، ثم يتم تبادل اللقطات المسجلة من هاتف إلى آخر عبر البريد الالكتروني للأصدقاء، وأحياناً تنشر عبر الانترنت، وغالباً ما ترتكب في المناطق التي لا

[1] د.فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، طبعة منقحة ومزيدة، شركة العاتك، بيروت، 2016، ص148-149.

[2] The meaning and origin of the expression: Happy slapping,published on: https://www.phrases.org.uk/meanings/170890.html

[3] ففي عام 2005 أصيبت فتاة تبلغ من العمر (17) سنة بعدة طلقات نارية وتم تصويرها في أحد أحياء مدينة ليدز، وفي واقعة أخرى تم اعتقال صبي في الرابعة عشر من العمر من قبل الشرطة البريطانية للاشتباه بارتكاب جريمة اعتداء على طفل يبلغ من العمر(11) سنة بعد مشاهدة الجريمة على هاتف الطالب المحمول، وتم تبليغ السلطات من قبل إدارة المدرسة.

توجد فيها كاميراتCCTV[1]، وكان أشهر ظهور لهذه الممارسة في جنوب لندن عبر شريط عُرف باسم (Slap TV) نشر في انجلترا عام 2004 كبرنامج تلفزيوني، وتم مشاهدته من قبل عشرات الأشخاص، وتضمن هذا الشريط تسجيلاً لوقائع اعتداء بدني، وكان هذا الشريط محل جدل من قبل الكثيرين، وقد تناولته بالتقييم صحيفة التايمز وهي إحدى الصحف البريطانية تحت عنوان " Bullies film fights by phone"، إذ قامت بنشر تحقيق حول هذه الظاهرة المستحدثة في 21/ كانون الثاني/ 2005، وأدرجته في ملحقها التربوي وأتاحت الفرصة للمسؤولين في المدارس (من المعلمين والتربويين) التعليق على هذه الممارسة التي انتشرت بشكل واسع في مدارس لندن،[2]ومن الأمثلة الأخرى الواقعة التي ارتكبت عام (2005) قرب محطة واترلوا في لندن، و تعرض فيها رجل يبلغ من العمر (38) سنة للضرب حتى الموت، وفي عام 2009 تعرض عامل متقاعد أيضا للاعتداء والقتل من قبل مراهقين أثناء مغادرته لمنزله، وكان هذا الهجوم موضوع حلقة BBC3 من Our Crime،[3] وفي أيلول 2018 تعرض أيضاً تلميذ في الرابعة عشرة من عمره من مدينة أولدهام إلى اعتداء من مراهقين وتم تصويره عبر الهواتف الذكية،[4] وفي ايرلندا الشمالية ارتكبت هذه الاعتداءات ضد فرق مكافحة الحرائق.[5]

وبعد ذلك انتشرت من جنوب لندن عبر أوربا وشمال الولايات المتحدة إلى دول كثيرة أخرى، وعلى الرغم من حداثة هذه الجريمة ألا أنها انتشرت بشكل واسع جداً، إذ تدل الإحصائيات المتحققة على مدى سرعة انتشار تلك الجريمة، وخاصة في الدول المتقدمة تقنياً، ونذكر البعض من تلك الوقائع للاطلاع على مدى خطورتها مقارنة بالجرائم التقليدية: ففي فرنسا لوحظ أن هذه الظاهرة بدأت بالنمو منذ عام 2006، إذ بدأت كممارسة شائعة بين طلبة المدارس، وكان ينظر إليها على إنها مظهر من مظاهر طيش المراهقين، وكان يتسامح بها جنائياً إلى أن وصلت درجة من العنف بحيث أصبحت ظاهرة مقلقة[6]، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل في العقاب عليها بموجب القانون الصادر في (5 مارس 2007)، وأضاف بموجبه الفصل (222-33-3) إلى القانون الجنائي.[7]

وفي الدنمارك صدر حكم على فتاة بالسجن لمدة ثمانية أشهر عن هذه الجريمة، علماً أن العقوبات التي كانت مطبقة في عام (2007) هي الغرامة أو السجن (40) يوماً مع وقف التنفيذ إذا لم يكن للجاني سجل إجرامي، ويكون المهاجم عرضة للحكم بالغرامة أو السجن لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات في حالة العكس، ويعد الإيذاء جريمة بسيطة في القانون الجنائي الدنماركي حسب ما نصت المادة (244)، وفي السويد ارتكبت

1 Peter Mörtenböck and Helge Mooshammer, Urban Violence in the Age of Camera Phones, Happy Slapping: puplished on http://www.monu.org/monu5/happySL.pdf
2 Happy Slapping ,published on: https://en.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping
3 Happy Slapping ,published on: https://en.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping
4 Alex Mattbews,Schoolboy battered by gang of teens armed with metal bar in shocking park attack, 2018, published on: https://www.thesun.co.uk/news/7867718/schoolboy-battered-gang-teens-armed-metal-bar-park-attack /
5Happy Slapping ,published on: https://en.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping
6 ومن أشهر الوقائع التي وقعت في فرنسا عام 2005قيام الجاني بالاعتداء على تلميذة في أحدى المدارس وتصوير الاعتداء، ثم القيام بنشره في المدرسة لغرض إيذاء الضحية، وبعدها بعام قام أحد التلاميذ بالاعتداء على معلمته، وقام زميله بتصوير الواقعة ثم نشر التصوير، وذلك في عام 2006. د.طارق عفيفي صادق، مرجع سابق، ص173.
7 محمد أبضار، الصفع المبهج أو الإيذاء المبهج ، مقال منشور على الموقع الالكتروني : http://www.da3waa.com/2017/02/blog-post_888.html

جريمة الإيذاء المبهج في عام (2006) في قضية تتلخص وقائعها بقيام فتى يبلغ من العمر (16) سنة بصفع مهاجرا في البلقان يبلغ من العمر(15) سنة في مدينة أوريبوا، وقامت شقيقته وطعنت الفتى بسكين وصورت الواقعة عبر الانترنت، كذلك الحال في استراليا في عام (2006) حيث باشرت شرطة فيكتوريا تحقيقاً حول قرص DVD تم بيعه في كلية ويريبي الثانوية مقابل (10) دولارات، وقد أظهر هذا القرص عدد من اللقطات لمجموعة شبان يعتدون على فتاة ويشعلون شعرها بالنار.[1]

وتوجد دول كثيرة أخرى ارتكبت ولا تزال ترتكب فيها تلك الجريمة الأمر الذي يكشف عن مدى خطورة هذا النوع من الإجرام، والذي يفرض على جميع الدول ضرورة التدخل التشريعي للحد منها، لكن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا ما هو سبب ظهور هذه الجريمة وانتشارها الواسع بهذا الوقت القصير ؟! وهو ما سنوضح في الفقرة التالية.

الفرع الثاني: دوافع ارتكاب جريمة الإيذاء المبهج

أن الدوافع التي أدت إلى ظهور هذه الجريمة متعددة ومتباينة، فالبعض من الفقه يشير إلى أنها ترجع إلى مظاهر العنف التي يستلهمها الأفراد مما يعرض عبر البرامج التلفزيونية، ملقياً اللوم على العروض المثيرة التي تتضمنها بعض البرامج مثل "Jackass, Bumfights, DirtySanchez" وغيرها من البرامج التي تحمل معنى العنف والاعتداء، والتي تكون ذات تأثير كبير على المتلقي وخاصة الأطفال الذين يتفاعلون معها.[2]

وذهب جانب آخر من الفقه إلى إنها ترجع إلى ذعر معنوي " Panique Morale" ناشئ عن حملة إعلامية خاطئة أو متطرفة مفادها أن تصرفات أو مجموعة أشخاص قد تصبح معايير اجتماعية تهدد المجتمع.

وذهب جانب أخير إلى أن مصدرها يكمن في الإخراج العادي للأذى وتبسيط البربرية ومشاهدتها، ومن الأمثلة على ذلك نشر فضائح سجن أبو غريب التي كانت الدافع الذي حفز مرتكبي جرائم الإيذاء المبهج على ارتكاب جرائمهم.[3]

كما ترجع تلك الدوافع وخاصة بالنسبة لمرتكبيها من المراهقين والشباب إلى الرغبة في إلحاق الأذى بالغير وجعله محلا للتسلية والسخرية منه، إذ أنها وسيلة لجذب الانتباه خاصة للشباب الذين يتلذذون في أذى الآخرين، ويرون أن مشاهدة أفعالهم من قبل الجمهور وإعجابهم بها تكمل نجاحاتهم، وتصورهم الخاطئ بأن مثل تلك السلوكيات تكسبهم احترام الأصدقاء وتجعل منهم قوة، وهناك من يرجع أسبابه إلى خلل في شخصية الجاني، وهذا الخلل ناشئ من التفكك الأسري الذي عايشه بسبب مشاكل الوالدين أو

[1] Happy Slapping ,published on: https://en.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping
2 Peter Mörtenböck and Helge Mooshammer, Urban Violence in the Age of Camera Phones, Happy Slapping: puplished on http://www.monu.org/monu5/happySL.pdf
3 د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، ص237.

انفصالهما، أو المرض، أو وفاة فرد من الأسرة، أو الفقر الذي يعانيه، فيندفع تحت تأثير تلك العوامل نحو ممارسة بعض السلوكيات العدوانية كالإيذاء المبهج بما يتضمنه من حالات مزعجة ومحرجة.[1]

المطلب الثالث: أركان جريمة الإيذاء المبهج

ترتكز فكرة جريمة الإيذاء المبهج على قيام الجاني بارتكاب أحد الاعتداءات الجنسية أو الجسدية ضد المجنى عليه، وتصوير أو تسجيل الواقعة، ثم نشرها إلى الآخرين، وسنبين أركان كل منها في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: جرائم الاعتداء البدني أو الجنسي

نرجع في هذه الجرائم إلى أحكام قانون العقوبات النافذ، إذ لا يوجد أي خلاف بأن فعل الجاني يشكل جريمة تقليدية تدخل ضمن القانون المذكور، ومن ثم يعاقب مرتكبها بالعقوبة المقررة لها، وحسب التكييف القانوني المحدد فيما إذا كانت من الجرائم الأخلاقية كجرائم العرض أو خدش الحياء، أم من جرائم الاعتداء على الأشخاص كالجرح أو الضرب أو القتل...الخ.[2]

وعليه فأن تحديد أركان هذه الجرائم يكون بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات النافذ ليستخلص منها أحكام الركنين المادي والمعنوي؛ لذا لن نتطرق إليها، ونحيل إلى ما ورد في شروح فقهاء القانون الجنائي في كتب قانون العقوبات القسم الخاص.

الفرع الثاني: جريمة التصوير أو التسجيل

تتكون جريمة التصوير من ركنين : مادي ومعنوي، ويتحقق الركن المادي في هذه الجريمة بمجرد تسجيل أو تصوير فعل الاعتداء في مسرح الجريمة، سواء أكان النشاط المرتكب من الجرائم الجسدية[3] أم الجنسية، وتتحقق الجريمة حتى لو انتفت العلاقة بينه وبين مرتكب السلوك الإجرامي، وهو ما يؤكد استقلال نشاط هذا الشخص عن الاعتداء الذي يتم تصويره، ففعل التصوير أو التسجيل لا يكون سبباً مباشراً لفعل الاعتداء.[4]

---

[1] د.سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص84.

[2] د.محمود محمد محمود جابر، الجرائم الناشئة عن استخدام الهواتف النقالة (جرائم نظم الاتصالات والمعلومات)، الكتاب الأول، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2018، ص384.

[3] ففي قضية تعرضت فتاة مراهقة تدعى بيكي سميث(طالبة في (GCSE) من بلاكلي في ضواحي مانشستر) للضرب من قبل بعض المراهقين (بهجوم للإيذاء المبهج) عانت على أثره من شلل مؤقت، وقد تم تصوير الاعتداء وتداول الفيديو بعد يوم واحد من الحادث.

Sam Jones,Girl knocked out in 'happy slap' craze, May 2005,published on : https://www.theguardian.com/uk/2005/may/20/ukcrime.mobilephones&prev=search

4 د.طارق عفيفي صادق، مرجع سابق، ص174.

ومن الجدير بالذكر أن الجريمة أما أن تتحقق بتسجيل مقطع فيديو أو بالتقاط صور عادية، ولا يهم الوسيلة التي ترتكب بها فسواء تم عبر كاميرا الهاتف الذكي أم استخدم أي أداة أخرى للتسجيل كالكاميرات الرقمية وغيرها.[1]

أما عن الركن المعنوي فأن هذه الجريمة تعد من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، إذ يجب أن يكون عالماً بجميع عناصر الجريمة أي يعلم بعدم مشروعية فعل التسجيل أو التصوير، وان من شأن فعله أن يلحق ضرراً بالمعتدى عليه، ومع ذلك تتجه إرادته إلى ممارسة النشاط الإجرامي قاصداً ما يترتب عليه من نتائج.[2]

الفرع الثالث: جريمة النشر

تتكون جريمة النشر من ركنين أيضاً مادي ومعنوي، ويتحقق السلوك الإجرامي في هذه الجريمة بأي نشاط يقوم به الجاني ويستهدف من ورائه نشر التسجيل أو الصور (مشاهد العنف) إلى الغير سواء أكان عبر شبكة الهواتف النقالة (البلوتوث ، الرسائل متعددة الوسائط...) أم عبر شبكة الانترنت (البريد الالكتروني، اليوتيوب، مواقع التواصل الاجتماعي ...)[3]، أم عبر طباعة الصور واطلاع الناس عليها وتداولها، ولا يشترط لقيام الجريمة أن يطلع جميع الناس على التسجيل أو الصور بل يكفي اطلاع شخص واحد عليها.[4]

أما الركن المعنوي، فيفترض لقيام الجريمة أن يكون الجاني عالماً بأن الصور ومقاطع الفيديو التي يريد نشرها، تمثل اعتداءات تمس بسمعة شخص ما،[5] أي أن يكون عالماً بمضمون الصور أو المقاطع المنشورة، فإذا قام بنشر صور اعتداء غير عمدي كحادث سير مثلاً فلا تتحقق الجريمة، وأن يكون عالماً بأن من شأن النشاط الذي يقوم به أن يؤدي إلى نشر الصور أو التسجيل، فإن جهل ذلك انتفت الجريمة، وأن تتجه إرادته بعد تحقق هذا العلم إلى ارتكاب الجريمة [6].

ومن الجدير بالذكر أن نشر الاعتداء المسجل عبر مواقع التواصل الاجتماعي يشكل مساساً خطيراً بكرامة الضحية وسمعته ومستقبله، إذ أن ذلك يؤدي إلى تفاقم الأضرار التي يتعرض لها المعتدى عليه، فالصور والتسجيلات التي يتم نشرها تشاهد من قبل العديد من الأشخاص بما فيهم معارف المعتدى عليه.[7]

وهذا في اعتقادنا المتواضع ما يجعل جريمة الإيذاء المبهج اشد ضرراً من الجريمة التقليدية، ذلك أن الضرر في الحالة الأخيرة يقتصر على الضرر البدني الذي يلحق بالضحية، أما في الجريمة الأولى فبالإضافة

---

[1] المرجع نفسه، ص174.

[2] د. محمد محمود علي الطوالبة وعلي سليمان علي الصالح، المسؤولية الجنائية عن نشر صور الاعتداء، كلية الشريعة الجامعة الأردنية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، المجلد (26)، العدد (1)، 2018، ص 97-98.

[3] د.فؤاد بنصغير، مرجع سابق.

[4] د.طارق عفيفي صادق، مرجع سابق، ص175.

[5] د.فؤاد بنصغير، مرجع سابق.

[6] د. محمد محمود علي الطوالبة وعلي سليمان علي الصالح، مرجع سابق، ص 97-98.

[7] د.فؤاد بنصغير، مرجع سابق.

إلى الضرر البدني الذي يتحمله الضحية، يضاف إليه ضرر آخر هو أشد وطأة منه، وهو الضرر المعنوي الناشئ عن التشهير به، خاصة أن هذا الجريمة كثير ما تستهدف فئات يكون التشهير بها اشد من أي اعتداء مادي تتعرض له، كالمراهقين وطلبة المدارس ولاسيما أن هذه الظاهرة ابتدأت بين تلك الفئات.

ويشترط لقيام الجريمة أن يكون نشاط التسجيل أو التصوير أو النشر منصباً على واقعة عمدية، وان تشكل هذه الواقعة اعتداءً بدنياً أم جنسياً، ومن ثم فإنها تشمل كل اعتداء مادي يمس سلامة الشخص سواء أنصبت على الحق في الحياة كجرائم القتل، أم الحق في سلامة الجسم كالجرح والضرب والعنف والإيذاء والتعذيب ، أم الحق في حماية العرض كالفعل المخل بالحياء ..الخ.

وهذا يعني أن الجرائم المذكورة تنحصر في الاعتداءات المادية فقط، ومن ثم فإنها تستبعد من نطاقها الجرائم القولية التي لا تمس بدن المعتدى عليه كالقذف أو السب أو التهديد الخ ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن طبيعة هذه الجرائم تقتضي وجود اعتداء مادي، يتحقق به الغرض الذي يهدف إليه المعتدي، والمتمثل بإظهار المجنى عليه في وضع مهين، والتلفظ القولي لا يحقق ذلك الغرض لأنه حتى وأن تم بصورة علنية فأنه يعاقب عليه وفق نصوصه الواردة في قوانين العقوبات.[1]

المبحث الثاني

مدى إمكانية مواجهة جريمة الإيذاء المبهج وفقا للنصوص العقابية النافذة

بينا سابقاً إن الإيذاء المبهج ينصب على تصوير أو تسجيل الاعتداءات المادية التي تمس جسد المعتدى عليه أو عرضه من أجل نشرها، فالغاية الأساسية من الاعتداء المادي هو الحصول على التسجيل أو الصور، ومن ثم فإن هذا الاعتداء لم يكن غاية في ذاته، بل وسيلة للوصول إلى الغاية النهائية المتمثلة(كما اشرنا سابقاً) بإهانة المعتدى عليه .

وذكرنا أيضاً أن مرتكب الاعتداء المادي يعاقب حسب التكييف القانوني للجريمة بالعقوبات الواردة في القوانين العقابية النافذة، وأن المشكلة لدينا هي بصدد من يقوم بالتسجيل أو التصوير والنشر، فما هو الحكم بالنسبة له ؟

المطلب الأول: مدى إمكانية تجريم فعل التسجيل والتصوير وفقا لقانون العقوبات النافذ

اتجه جانب من الفقه نحو تجريم فعلي التسجيل والتصوير وفقا للقواعد التقليدية للمساهمة التبعية، بينما ذهب رأي آخر إلى أنها تجرم وفقا لقواعد حرمة الحياة الخاصة أو ما يسمى حماية الصورة، في حين أتجه الفريق الثالث إلى أنها تجرم وفقا للقواعد المتعلقة بالامتناع عن تقديم مساعدة لشخص في خطر، وسنبين ذلك في ثلاثة فروع متتالية:

[1] د. محمد محمود علي الطوالبة وعلي سليمان علي الصالح، مرجع سابق، ص 100.

الفرع الأول: المساهمة التبعية

يذهب هذا الرأي إلى اعتبار الفعل مساهمة تبعية بحجة توافر شروط المساهمة من تعدد للجناة ووحدة للجريمة، فالإيذاء المبهج يتطلب فعليا لتحققه وجود شخصين اثنين على الأقل، أحدهما يرتكب الاعتداء والآخر يقوم بتصويره ونشره، أما وحدة الجريمة فهي تتحقق بوحدة النتيجة التي يرمي إلى تحقيقها الجناة، فعلى الرغم من تعدد أفعالهم ألا أنها تنصب في مشروع إجرامي واحد، وهو نشر الصور محل التسجيل، وعليه فإن هذا الاتجاه يضفي صفة المساهم التبعي على من يقوم بالتصوير والنشر،[1] ولكنه يفرق بين عدة فرضيات منها:

الفرضية الأولى: أن يكون من قام بالتصوير هو السبب وراء وقوع الجريمة، وذلك بان تكون الجريمة ارتكبت من الغير بناءً على طلبه هو، ففي هذه الحالة يعد مصدراً للاعتداء بغض النظر عن الغاية المنشودة، وتترتب مسؤوليته الجنائية على أساس التحريض، وتتمثل هذه الفرضية بإثارة الاعتداء بهدف التصوير.

الفرضية الثانية: أن يكون الشخص قد أتاحت له الظروف مشاهدة الجريمة حال ارتكابها، فيستغل الواقعة ويستفيد منها بتسجيل وقائع الاعتداء، وتترتب مسؤوليته الجنائية على أساس المساعدة، وتتمثل هذه الفرضية باستغلال واقعة الاعتداء والقيام بتصويرها.[2]

ويشير البعض إلى أن الشريك هنا لم يقدم أي مساعدة مادية للجاني وإنما تواجد في مسرح الجريمة وارتكب نشاطاً مغايراً له مستغلاً الاعتداء، والمعروف أن المساهمة التبعية تحتاج إلى ارتكاب نشاط ايجابي، مما يعني انتفاء الاشتراك وانتفاء المسؤولية تبعاً له، ولكن القضاء عدل عن هذا المبدأ في السنوات الأخيرة، واقر بقيام المساهمة التبعية بنشاط المشاهد السلبي، على أن يشكل هذا السلوك السلبي دعماً معنوياً يحفز الفاعل على ارتكاب الجريمة. وبناءً عليه، ذهب جانب من الفقه إلى نفس الاتجاه الذي ذهب إليه القضاء وأقر بصفة المساهم التبعي على الشخص الذي يوجد بين مجموعة معتدين ومزوداً بكاميرا لإضفاء الحيوية على الاعتداء، واستندوا في ذلك إلى أن الإيذاء يعد جريمة تتصل بالشباب في الأصل وترتكب

---

[1] تبنى القضاء الانجليزي أحكام المساهمة التبعية في قضية "Waterhouse"، وتتلخص وقائع هذه القضية بقيام شخصين يبلغ احدهما (19) سنة والآخر (17) سنة بالضرب على وجه الضحية المدعو "Waterhouse" البالغ من العمر (29) في 2007، وركله على الأرض وسحبه، وأثناء ارتكاب الفعل طلب أحدهما من فتاة تبلغ من العمر (15) سنة أن تصور الواقعة بعد أن سلم إليها هاتفه النقال، وقد طلبت تلك الفتاة من الضحية أن يمنحها مبلغ (40) سنتاً لكنه رفض، فأقدمت على تسجيل الواقعة لمدة (15) ثانية، وقد أدى هذا الاعتداء إلى وفاة المعتدى عليه بسبب تمزق الطحال من أثر الضرب، وقد تم نشر هذا المقطع إلى الآخرين، و أتيح لهم مشاهدته عبر الهواتف النقالة، وسميت هذه القضية باسم الضحية، وهي أول قضية تتعلق بالإيذاء المبهج "Happy Slapping" ينظرها القضاء البريطاني في عام 2008، وقد قضت محكمة "Leeds" بإدانة مرتكبي جريمة القتل هذه بالحكم على أحد المتهمين بالإيداع في مؤسسة الأحداث لمدة (7) سنوات، وعلى المتهم الثاني بالحجز لمدة (6) سنوات ، أما الفتاة التي قامت بتسجيل الاعتداء عبر الهاتف النقال فقد أدانتها المحكمة بتهمة المساعدة وتسهيل ارتكاب جريمة القتل، وحكمت عليها بعدّها مساهماً تبعياً بالحجز لمدة سنتين، فضلا عن إلحاقها ببرنامج تدريب، وتعد هذه أول قضية تتم فيها محاكمة ناجحة لمتهم بالمساهمة التبعية تدخل بتصوير"Happy Slapping" حسب ما صرح به جهاز الاتهام في بريطانيا. ينظر المواقع الإلكترونية:

Happy Slapping:published on: https://fr.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping
Emma Henry and agencies 'Happy slap' death girl convicted in legal first, Feb 2008, published on: https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1578655/Happy-slap-death-girl-convicted-in-legal-first.html

[2] د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، ص240 وما بعدها.

ضمن مجموعة، وأن القيام بتسجيل الاعتداء يعد تشجيعاً على ارتكاب الجريمة، و يكشف في الوقت نفسه عن دخوله في القصد الجرمي للمجموعة، وينتقد هذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي بحجة إن فصل نشاط مرتكب الاعتداء ومرتكب التسجيل يعد أمراً غير مقبول لأنه يخفي مجموعة المصالح الموجودة بين الأطراف الرئيسة، فالهدف من الجريمة هو نشر الصور، وبدون التصوير ما كان يتصور أن يتحقق الاعتداء، فضلاً عن أن فعل التسجيل يعتمد على الاعتداء والعكس، الأمر الذي يجعل مرتكب التسجيل أقرب إلى صورة المساهمة الأصلية (مرتكب الجريمة مع غيره) من المساهمة التبعية، يضاف إلى ذلك أن الإيذاء المبهج جريمة مركبة من فعلين ينفذا في الوقت نفسه، وهو ما يتناقض مع المساهمة التي تقوم على وحدة الفعل الإجرامي، ويستدعي البحث عن وصف آخر يكون أكثر انطباقاً.[1]

الفرع الثاني: جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة (حماية الصورة)

بداية لابد من الإشارة إلى أن المقصود بالحق في الصورة هو حق كل إنسان في أن لا تنتج صورته ولا تنشر إلا برضاه أيا كانت وسيلة الإنتاج تقليدية أم حديثة، وهذا الحق يخول صاحبه الاعتراض على أي عمل من شأنه أن يؤدي إلى نشر هذه الصورة أو عرضها ولو كان ذلك في نطاق محدود،[2] وتبعا لذلك ذهب هذا الجانب من الفقه إلى تكييف الإيذاء المبهج على أنه انتهاكاً لنص المادة (226- 1) من قانون العقوبات الفرنسي، والتي عاقبت على انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر تسجيل أو نقل صورة شخص دون رضائه،[3] وتبنت محكمة جنح "Versailles " الابتدائية هذا التكييف في الحكم الذي أصدرته في القضية التي ارتكبت في ثانوية " Porcheville"، وتتلخص تلك القضية بقيام تلميذ بتصوير اعتداء بدني ارتكبه زميله على معلمته، ثم قام بنشر هذا التسجيل بين التلاميذ، وأعقب ذلك نشر التسجيل عبر وسائل الإعلام المرئية والمسموعة، وقد انتهت المحكمة في حكمها إلى إدانة المتهم مرتكب التسجيل بجريمتين أحدهما وفق المادة (223- 6) المتعلقة بعدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، والأخرى وفق المادة (226-1) المتعلقة بالمساس بحرمة الحياة الخاصة،[4] وبررت المحكمة حكمها بأن القاعة الدراسية تعد مكاناً خاصاً طالما يقتصر دخولها على الأشخاص المسموح لهم بذلك، وبما أن الأستاذة لم تأذن بتصوير الواقعة ونقلها، فإن الجاني يعد منتهكاً لحرمة الحياة الخاصة، وحكمت عليه بالحبس لمدة سنة مع وقف تنفيذ جزئي لمدة ستة أشهر من العقوبة؛ وذلك نظراً لانتفاء السوابق الإجرامية لديه. وانتقد هذا الاتجاه على اعتبار أنه يتطلب لانطباقه ارتكاب الفعل بمكان خاص، والمعروف أن اغلب الحالات التي يرتكب فيها الإيذاء المبهج يكون في الأماكن العامة، مما يؤدي إلى إفلات الكثير من الأفعال إذا ما أُخذ بهذا التكييف.[5]

---

[1] المرجع نفسه، ص 240 وما بعدها.

[2] د.زينة زهير محمد شيت، بشار حمد انجاد، المسؤولية الجنائية لتصوير ضحايا الجريمة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني (تاريخ الزيارة 7/ 2022/10): http://wameedalfikr.com/wp-content/uploads/2020/06

[3] د.فتحية محمد قوراري، المرجع السابق، ص 251-252.

[4] د.حزام فتيحة، مرجع سابق، ص347.

[5] د. محمود محمد محمود جابر، مرجع سابق، ص 386-387.

كذلك انتقد بحجة أن جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة غالبا ما تستهدف الشخصيات ذات النفوذ أو المسؤولية أو الشهرة وهو ما لا يتحقق في الإيذاء المبهج،كما أن الأخيرة تعد جريمة تبعية وليست أصلية،إذ تتطلب وجود جريمة سابقة لأجل أن تتحقق على العكس من جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة التي تكون جريمة أصلية متحققة بذاتها.[1]

الفرع الثالث: جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر

ذهب جانب من الفقه إلى تكييف الفعل بأنه جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر، المنصوص عليها في المادة (223 -6) من قانون العقوبات الفرنسي، ومن ثم يكون مرتكب فعل التصوير أو التسجيل فاعلاً أصلياً في هذه الجريمة طالما أمتنع عن تقديم مساعدة بإمكانه تقديمها دون تعريض نفسه أو غيره للخطر، وهو ما أكدته محكمة جنح "Versailles " الابتدائية المشار إليها أعلاه في حكمها المتعلق بواقعة "Happy Slapping " في ثانوية "Porcheville"، وينتقد هذا الرأي على أساس أن اشتراط انتفاء الخطر الذي يهدد المصور أو غيره يحد من إمكانية انطباق النص على هذه الوقائع؛ لأن تدخله لإنقاذ المعتدى عليه قد يفسر من قبل المعتدي على أنه استفزاز، مما يدفعه للرد بالقوة على هذا الشخص الذي تدخل للإنقاذ،[2] كما أن الفعل قد لا يشكل خطرا حقيقيا على حياة المجنى عليه، ومن ثم فأن الفعل يخرج عن نطاق التكييف وفقا لهذا النص، كما يخرج أيضا في حال تم التصوير بعد الانتهاء من تقديم المساعدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يلاحظ أن التكييف هنا يقتصر على تجريم فعل التصوير دون أن يمتد للنشر، وهذا الأخير يكون في العادة بعد انتهاء الاعتداء وبعيدا عن حالة الخطر التي اشترطها المشرع في النص؛ لذا فإن هذا النص لا يكفي للانطباق على الإيذاء المبهج.[3]

المطلب الثاني: مدى إمكانية تجريم فعل النشر وفقا لقانون العقوبات النافذ

تباين الفقه أيضا في تجريم فعل النشر لوقائع الاعتداء عبر الهواتف أو الانترنت، وانقسموا إلى ثلاثة اتجاهات: أحدهما يجرمه وفقا للقواعد التقليدية لجريمة هتك العرض، والثاني يجرمه وفقا لقواعد القذف، والثالث وفقا للقواعد المتعلقة بالنشر، وسنبين كل منها على النحو الآتي:

الفرع الأول: جريمة هتك عرض

ذهب جانب من الفقه إلى تكييف هذا الفعل على أنه هتك عرض يدخل ضمن أحكام قانون العقوبات النافذ،[4] ويستند هذا الرأي في تبرير وجهة نظره على طبيعة الفعل من حيث وقوعه على جسد المعتدى عليه، والمتمثلة في الكشف عن أجزاء من جسمه، دون الأخذ بنظر الاعتبار واقعتي التسجيل والنشر، ويبدو قصور هذا الرأي جلياً، ذلك أن الواقعة التي كانت محلاً للتحقيق لم تقتصر على الاعتداء على جسد

[1] د.حزام فتيحة، مرجع سابق، ص 348.
[2] د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، ص 254 وما بعدها.
[3] أ.د.علي عبد القادر القهوجي، تجريم تصوير الإيذاء ونشره، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (10)، السنة العاشرة، سبتمبر 2021، ص90.
[4] يمثل هذا الاتجاه الفقه الإماراتي الذي يدخله ضمن أحكام المادة (356) من قانون العقوبات الاتحادي.

الضحية وحسب، وإنما تشمل أيضاً التسجيل والنشر، ومن ثم فإن التغاضي عنها وإفلاتها من العقاب لا يمكن التسليم به، وهو ما يؤكد قصور النصوص النافذة. وشهد القضاء الإماراتي –رغم الانتقاد الموجه لهذا الرأي- أول قضية من هذا النوع، وقد كيفت النيابة العامة هذه الواقعة على أنها هتك عرض، وذلك في القضية رقم (1136/ 2005) أمام محكمة جزاء رأس الخيمة، وتتلخص وقائع هذه القضية باتفاق شقيقين مع شقيقتهم على ترتيب موعد في منزلهم، للإيقاع بشخص كان يعاكسها، وعندما حضر للمنزل قاما بضربه ثم تجريده من ملابسه وتصويره، ومن ثم نشر التصوير عبر الهاتف النقال.[1]

الفرع الثاني: جريمة قذف

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن نشر صور الاعتداء البدني والجنسي يشكل مساساً باعتبار المعتدى عليه ومكانته، مما يتيح إمكانية تطبيق نصوص جريمة القذف الواردة في قانون العقوبات النافذ،[2] على اعتبار أن نشر الصور يتضمن إسناد مضمون الوقائع التي يتضمنها التسجيل إلى المعتدى عليه. وينتقد هذا الرأي لأنه يقتضي تجزئة الأفعال التي يتكون منها الإيذاء المبهج (الاعتداء، التسجيل، النشر) وفصلهما بعضهما عن بعض، وإفراد لكل منهما وصف مستقل، وهذا يؤدي إلى تجزئة وحدة الجريمة، كما أن العقوبة ستكون للوصف الأشد، وهذا لا يتناسب مع خطورة هذا النوع من الإجرام، كما أنها لا تنطوي على قصد المساس بالمعتدى عليه وتحقيره، وإن أغلب الحالات التي ترتكب تكون لغرض التسلية والاستمتاع.[3]

الفرع الثالث: جرائم النشر

يرى هذا الاتجاه أن العقاب على الإيذاء المبهج يكون وفقا للنصوص التقليدية المتعلقة بجرائم النشر؛ كون المشرع الفرنسي نص في المادة (227-24) من قانون العقوبات على معاقبة كل من يقوم بنشر رسائل تمس بالكرامة الإنسانية على نحو جسيم بسبب ما تتضمنه من العنف أو الأفعال المخلة بالحياء، متى ما كان بإمكان الحدث الإطلاع عليها أو استقبالها بالحبس لمدة (3) سنوات وغرامة تصل إلى (7500) يورو، وطالما أن جريمة الإيذاء المبهج تنطوي على مشاهد تتسم بالعنف في حال الاعتداءات البدنية، وأفعالا مخلة بالحياء في حال الاعتداءات الجنسية، وبما أنها متاحة للإطلاع من قبل الأحداث ولاسيما أنها ظاهرة منتشرة بين فئات الشباب وبالتحديد فئات المراهقين؛ لذلك فأنها تدخل ضمن جرائم النشر وفقا للمادة المذكورة،[4] لكن هذا الاتجاه منتقد من عدة جهات، منها أن الإيذاء المبهج لا يقوم بالنشر فقط، وإنما بالتصوير والنشر معا، وتكييفها وفقا لجرائم النشر وإهمال التصوير يعد قصورا لا يمكن الأخذ به، فضلا عن اختلاف القصد في الفعلين غالبا، فقد يتوافر القصد ألجرمي في فعل التصوير، بينما يكون القصد من النشر هو المرح فقط.[5]

---

[1] د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها.
[2] يمثل هذا الاتجاه الفقه الإماراتي الذي يدخله ضمن أحكام المادة (372) من قانون العقوبات الاتحادي.
[3] د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها.
[4] د.محمود محمد محمود جابر، مرجع سابق، ص388-389.
[5] د.حزام فتيحة، مرجع سابق، ص347-348.

ويظهر لنا مما سبق ذكره، أن النصوص العقابية النافذة لا يمكن أن تواجه جريمة الإيذاء المبهج بأفعالها المتعددة، لأن كل الأوصاف التي ذكرها الفقه وحاول عبرها إدراج الجريمة ضمنها كانت قاصرة عن استيعاب الواقعة والإحاطة بها، وأمام فشل المحاولات الفقهية السابقة في ضمها إلى نصوص القوانين النافذة، فأن مواجهتها لا يمكن أن تتحقق إلا عن طريق السعي نحو تشريع قانون جديد يكفل بالفعل الحد منها، وهو ما سنتعرف عليه في المبحث التالي.

المبحث الثالث

المواجهة التشريعية وفقا للنصوص العقابية الخاصة

بعد أن استعرضنا محاولات الفقه العديدة لإضفاء أحد الأوصاف الإجرامية الواردة في قانون العقوبات، والتي لم تصمد أمام طبيعة جريمة الإيذاء المبهج المتميزة، لم يكن من بد إلا أن يتدخل المشرع بنصوص خاصة ليضع حد لهذا النوع المستحدث من الإجرام، وقد أدرك المشرع الفرنسي ضرورة ذلك فبادر إلى صياغة تنظيماً قانونياً يكفل للمجتمع حماية ضد خطر الإيذاء المبهج، وتجلى هذا التنظيم بإصدار قانون بشأن الوقاية من الإجرام أدرج في قانون العقوبات النافذ، وذلك باستحداث نصاً قانونياً أضيف إلى القانون برقم (222-33-3) عاقب بمقتضاه على الإيذاء المبهج، وأطلق عليه تسمية قانون الوقاية من الإجرام في (2007/3/5) وأجازه المجلس الدستوري في (2007/3/3)، ووفقا للقانون المذكور سنبحث الكيفية التي نظم بها المشرع جريمة الإيذاء المبهج وما رتبه لها من عقوبات، فضلا عن الحالات التي قرر فيها نفي الجريمة وإباحة الفعل، وهو ما سنبينه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التنظيم القانوني لجريمة الإيذاء المبهج

نظم المشرع الفرنسي جريمة الإيذاء المبهج في القانون الجديد تنظيماً دقيقاً، وان كان قد أنتقد من جانب الفقه في بعض الأحكام التي تضمنها، وسنبين أهم ما جاء في هذا القانون من أحكام:

تعد جريمة الإيذاء المبهج حسب القانون الفرنسي واقعة تتكون من ثلاث أفعال (الاعتداء – التسجيل – النشر)، ويتمثل الاعتداء بارتكاب أحد الأفعال الإجرامية التي حددها المشرع في المادة (222) من قانون العقوبات النافذ، بينما يتمثل التسجيل بقيام الجاني بتصوير أو تسجيل وقائع الاعتداءات المذكورة في هذه المادة أثناء ارتكابها باستخدام أحد أجهزة التصوير أو التسجيل (كالهاتف او الكاميرا الرقمية)، وهذا يعني أن فعل التسجيل مرتبط تمام الارتباط بالاعتداء المرتكب، لذلك نجد المشرع الفرنسي قد نص على عدّ مرتكب التسجيل شريكاً في الجريمة ويعاقب بعقوبة الجريمة المرتكبة نفسها، أي أنه يتساوى في العقوبة مع مرتكب الاعتداء، أما النشر فعلى العكس من التسجيل عدّه المشرع جريمة قائمة بذاتها،[1] وتتحقق بقيام الجاني بأي نشاط من شأنه أن يؤدي إلى اطلاع الغير على صور الاعتداء، ولا يشترط لتحقق الجريمة أن يطلع

[1] المادة(222 -33-3) من قانون العقوبات النافذ.

الغير على الصور أو التسجيل فعلاً، بل يكفي أن يكون الاطلاع محتملاً، فالمشرع الفرنسي بحسب ما منصوص عليه في القانون المذكور جرم النشر في حد ذاته ولم يتطلب الاطلاع الفعلي.[1]

ويرجع سبب تجريم النشر كجريمة مستقلة إلى تلافي الحالات التي يكون فيها القائم بالنشر شخص آخر غير مرتكب الاعتداء أو التسجيل، وأن لم يكن هناك مانع من أن يتحد شخص المسجل والناشر، أو مرتكب الاعتداء والناشر، ويطلق على هذه الحالة التعدد المادي.[2]

ومن الجدير بالذكر أن الإيذاء المبهج يتطلب لتحققه أن ينصب على تصوير جريمة من الجرائم التقليدية المنصوص عليها في قانون العقوبات ونشرها، وقد قصر المشرع الفرنسي الإيذاء المبهج على جرائم محددة أوردها على سبيل الحصر، وهذا يعني أن الإيذاء المبهج لا يشمل كل الاعتداءات الواردة في قانون العقوبات، وإنما فقط الجرائم الواردة في المواد: (222- 1 إلى 222- 14- 1) و (222-23 إلى 222- 31) من القانون النافذ. وعليه فإن التجريم يشمل قسمين من الجرائم فقط، يتمثل **القسم الأول** بجرائم الاعتداء على سلامة الشخص، والمتمثلة بالتعذيب والأعمال البربرية والإيذاء البدني العمدي، واستثنى من ذلك الإيذاء بإعطاء مادة ضارة ومخالفات الإيذاء البدني العمدية البسيطة المنصوص عليهما في المادتين (624-1 و 625 -1) من قانون العقوبات الفرنسي النافذ. وبناءً على هذا الاستثناء فإن الإيذاء العمدي الذي يحقق جريمة الإيذاء المبهج يقتصر على الحالات التي تنطوي على قدر من الجسامة، على اعتبار أن التسجيل والنشر (الإيذاء المبهج) يستهدف المساس بكرامة الإنسان وآدميته، وهذه لا يمكن أن تتحقق إلا إذا كان الفعل المسجل والمنشور على قدر من الجسامة. أما **القسم الثاني** من الأفعال المجرمة، فهي الأفعال الجنسية، وتشمل سائر الأفعال المجرمة في القانون، باستثناء جنح الاعتداءات الجنسية مثل العرض الجنسي، والحث على الممارسات الجنسية.[3]

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي استبعد من نطاق الإيذاء المبهج جريمة القتل العمدي[4]، فإذا تم تسجيل واقعة قتل ونشرها فإن مرتكبها لا يؤاخذ بجرم الإيذاء المبهج، وهذا المسلك انتقد من قبل

---

[1] د.طارق عفيفي صادق، مرجع سابق، ص175.

[2] يتحقق التعدد المادي في جريمة الإيذاء المبهج بصور متعددة فهو يمتد ليشمل كل من المعتدي ومرتكب التسجيل والناشر، فبالنسبة للمعتدي يتحقق التعدد عندما يشترك في التسجيل والنشر(يُسأل هنا عن واقعة اعتداء وعن اشتراك في التسجيل والنشر)، كما قد يتولى أحيانا النشر بنفسه، وعندها يكون مرتكب لثلاث جرائم (فاعل في جريمة الاعتداء والنشر وشريكاً في جريمة التسجيل)، أما مرتكب التسجيل فيتحقق التعدد عن التسجيل والنشر أيضاً، فيكون مرتكب لجريمة التسجيل وفيها يستحق عقوبة الاعتداء الواقع، وجريمة النشر وفيها يستحق العقوبة الخاصة بالنشر (الحبس خمس سنوات والغرامة)، كما يتحقق عند اشتراكه في الاعتداء أيضا سواء بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة، وأخيرا الناشر يتحقق إذا أتحد مرتكب التسجيل والنشر، فيكون شريكاً في التسجيل وفاعلاً أصلياً في النشر، كما قد يساهم في الاعتداء بإحدى وسائل الاشتراك المذكورة في أعلاه.

3 د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، ص 274 وما بعدها.

4 يلاحظ العكس تماماً بالنسبة للدول الأخرى حيث تعاقب على الإيذاء المبهج إذا وصل حد القتل شأنه شأن بقية الأفعال، ومن الأمثلة على ذلك ما حدث في مدينة تونغ جنوب لندن عندما اعتدى اثنان من المراهقين على رجل يبلغ من العمر 67 سنة بعد خروجه من المسجد متجهاً إلى منزله مع حفيدته ماريان البالغة من العمر 3 سنوات، وسبّب هذا الاعتداء تلف دماغي لم يكن بالإمكان إصلاحه مما أدى إلى وفاته بعد أسبوع، وتم الحكم على المتهمين البالغين (16 سنة ليون الكوك)و(15 سنة حمزة ليزاي) سنة بالسجن بعد أن اعترفا بالذنب والقتل ، واشتراكهما في اعتداءات أخرى استهدفوا فيها الضحايا من أجل المتعة.

'Happy slapping' teenagers jailed for attack on grandfather Leon Elcock, 16, and Hamza Lyzai, 15, guilty of manslaughter after attacking man in front of his granddaughter, ,published on: https://www.theguardian.com/uk/2010/jul/26/happy-slapping-teenagers-jailed-manslaughter

جانب كبير من الفقه، وعدّه موقف غير مبرر ولا مفهوم ، ويؤدي إلى نتائج متناقضة باعتبار أن المشرع جرم الإيذاء الذي يصل إلى درجة من الجسامة، ومن باب أولى أن يجرم القتل الذي يعد أشد من الإيذاء، لا بل يعد ذروة الإيذاء العمدي.[1]

ونرى باعتقادنا المتواضع أن موقف المشرع الفرنسي كان موفقا باستبعاد القتل من نطاق جرائم الإيذاء المبهج، وذلك لخطورة هذا النوع من الجرائم وأن عقوبات الإيذاء المبهج قد لا تتناسب مع جسامة هذه الخطورة، لذا فأن بقاءها محكومة بالنصوص التقليدية الواردة في قانون العقوبات يعد أكثر نفعا وتحقيقا للردع العام بحكم جسامة العقوبة المقررة لها، ويمكن للمشرع أن يضيف تعديلا لنصوص القانون الخاصة بالقتل بأن يجعل تسجيل الفعل ونشره ظرفا مشددا للعقوبة.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على جريمة الإيذاء المبهج

يترتب على ارتكاب جريمة الإيذاء المبهج عقوبات تختلف في شدتها تبعا لاختلاف الفعل المكون لها فإذا كان الفعل المرتكب هو جريمة تسجيل لأفعال التعذيب والأعمال البربرية الواردة في المادة (222-1)، تكون العقوبة السجن الذي لا يتعدى الخمس عشرة سنة، وتشدد إلى المؤبد أن كانت هذه الجريمة سابقة لجناية أخرى أو معاصرة أو لاحقة لها، ويستثنى من ذلك جنايات القتل والاغتصاب، في حين شددت الفقرة (3) من المادة المذكورة في أعلاه العقوبة إلى السجن لمدة (20) سنة إذا توافرت أحد الظروف المشددة، ومنها على سبيل المثال أن يكون الضحية قاصراً في عمر الخامسة عشر، أو أحد الأصول، أو شخص يعاني مرض، عاهة، عجز، أو يكون قاضيا، محلفا، محاميا ..الخ، أو باستعمال السلاح والتهديد وغيره من الظروف العشرة الواردة في المادة المذكورة، كما شددت الفقرة الرابعة من المادة نفسها العقوبة إلى السجن لمدة (30) سنة إذا ارتكبت من قبل عصابة منظمة أو وقعت على قاصر لم يبلغ (15) سنة، أو على شخص يعاني من مرض أو قصور بدني أم عقلي أو إعاقة أو ضعف بسبب كبر سنه، أو تكون امرأة حامل، وإذا ترتب على الجريمة عاهة أو عجز دائم، فأن العقوبة تكون السجن (30) سنة وفقا للفقرة الخامسة من المادة نفسها، وإذا أفضى الفعل إلى الموت تكون السجن المؤبد وفقا للفقرة السادسة منها، أما عن واقعة تسجيل العنف فأن العقوبة وفقا للفقرة السابعة من المادة المذكورة سابقا تصل إلى السجن لمدة (15) سنة إذا أفضت لموت الضحية دون قصد، وتحول للمؤبد وفقا للفقرة السابعة أن توافرت إحدى الظروف المشددة الواردة في الفقرة الثالثة سالفة الذكر، وتكون العقوبة عند تسجيل جريمة الاغتصاب وفقا للفقرة (23) لمدة (15) سنة وتشدد إلى العشرين سنة إن توافرت أحد الظروف المشددة الواردة في الفقرة (24)، في حين تكون عقوبة الاعتداءات الجنسية الأخرى وفقا للفقرة (27) الحبس لمدة (5) سنوات والغرامة التي تصل إلى (7500) يورو.[2]

[1] د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، ص 274 وما بعدها.
[2] د.فتحية محمد قوراري، مرجع سابق، 283-295.

وأخيرا نجد أن المشرع الفرنسي قد حدد عقوبة لجريمة النشر في المادة (222 -33-3) من قانون العقوبات بالحبس لمدة خمس سنوات والغرامة بمبلغ (75,000) يورو.[1] وهذه الجريمة تعد من الجنح وهي أقل خطورة مما سبق الإشارة إليه.

وقبل أن نختم هذا الموضوع لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نصّ في قانون العقوبات النافذ على حالتين عدّ تحققهما سبباً من أسباب إباحة الإيذاء المبهج، فلا يؤخذ مرتكبها بالعقاب نظراً لانتفاء القصد ألجرمي من ناحية، ولأهمية الغرض الذي تسعى إلى تحقيقه تلك الحالتين من ناحية أخرى، وهما: إثبات الجرائم وحرية الإعلام.

ففي الحالة الأولى يلاحظ أن المشرع الفرنسي أجاز أفعال الإيذاء المبهج إذا كان القصد من تسجيل الواقعة إثبات وقوع الجريمة، وذلك بتوثيق ارتكابها عبر استخدام كاميرا الهواتف النقالة أم الكاميرا الرقمية ..الخ، وتقتصر الإباحة في هذه الحالة على فعل التسجيل فقط دون الاعتداء. أما في الحالة الثانية فيلاحظ أن المشرع الفرنسي أجاز أيضاً فعل الإيذاء المبهج إذا مارسه الفاعل في إطار حرية الإعلام، وذلك تحقيقاً لخدمة الوقائع الإخبارية وضرورة إعلام الجمهور، فيكون للفاعل حرية تصوير أي شخص دون إرادته طالما تقيد بالأحكام الواردة في قانون حرية الصحافة الصادر في (1981/7/29)، وهذا يعني أن الاستثناء قاصر على فئة الصحفيين الذين يمارسون أعمالهم وفقاً للقانون المذكور، ومهنة الصحافة في فرنسا تقتصر على الصحفيين المحترفين الين يتخذون من الصحافة نشاطاً رئيساً لهم ويمنحون "البطاقة الصحفية" من قبل لجنة تمثل نقابات الصحفيين ومنظمات الصحافة.[2]

الخاتمة

جريمة الإيذاء المبهج جريمة مستحدثة ظهرت على أثر التطورات التقنية الحديثة، وكان أول ظهور لها في عام 2004، بين فئات المراهقين وخاصة طلبة المدارس، وبدأت تنتشر في الكثير من الدول،وبسبب حداثة الجريمة لم تكن هنالك تشريعات خاصة لمكافحتها، لذا نجد أكثر الدول تعمل على تطويع النصوص العقابية النافذة لمواجهتها، ومن خلال دراسة هذه الجريمة توصلنا إلى جملة استنتاجات ومقترحات:

1- أن الإيذاء المبهج جريمة مركبة تحتوي على ثلاثة أفعال إجرامية، أول هذه الأفعال هو واقعة الاعتداء، ويقصد بها ارتكاب إحدى الجرائم التقليدية الواردة في قانون العقوبات (مع مراعاة طبيعة الجريمة)، ثم القيام بتسجيل الواقعة أثناء ارتكابها، وأخيراً نشرها إلى الغير.

2- ترتكب الجريمة من قبل ثلاثة أشخاص كل واحد منهما يقوم بفعل من الأفعال المذكورة أعلاه، كما يمكن أن يقوم أحدهم بارتكاب أكثر من فعل مما يؤدي إلى تحقق حالة التعدد المادي.

[1] Happy Slapping ,published on: https://fr.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping

[2] Happy slapping published on: https://en.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping

3- تهدف الجريمة إلى جعل الإنسان محلاً للتسلية والاستمتاع، ولذا نجد أن اغلب حالات ارتكابها تتم من قبل المراهقين.

4- أن الضرر المترتب على هذه الجريمة يشمل صورتين اثنين: أحدهما مادي يتمثل بالآلام التي يعانيها الضحية من جراء ارتكاب الفعل، وهو يتباين حسب شدة الجريمة، والآخر معنوي يمس شعور المعتدى عليه، بسبب ما يعانيه من امتهان لكرامته، خاصة أن الواقعة غالباً ما تنشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي، مما يجعل الأمر أكثر سوء مما لو ارتكبت الجريمة بطريقة تقليدية.

5- تعد جريمة الإيذاء المبهج جريمة عمدية تتطلب توافر القصد ألجرمي العام القائم على العلم والإرادة، وبالتالي لا يمكن أن تتحقق إذا حصل التسجيل أو النشر نتيجة خطأ.

6- يعد قانون الوقاية من الإجرام الفرنسي أول قانون يصدر لمعالجة جريمة الإيذاء المبهج، وقد تناولها بالتنظيم من كل جوانبها مبيناً أركانها وعقوباتها وحالات إباحتها، لكن مما يعاب على هذا القانون أنه حصر الجرائم التقليدية التي تقوم على أساسها الإيذاء المبهج في حالات وردت على سبيل الحصر، إذ أنه حددها بجرائم الاعتداء البدني والجنسي فقط، وأورد على هذه أيضا بعض الاستثناءات.

وعليه فأن المقترحات التي انتهى إليها البحث تتمثل بالآتي:

1- دعوة المشرع العراقي إلى الاستفادة من التجربة الفرنسية في تصديها للإيذاء المبهج، وذلك بتنظيم قانون على غرار ما فعله المشرع الفرنسي يعالج فيه جريمة الإيذاء المبهج بكل تفاصيلها، ويضع لها عقوبات أشد عن مثيلاتها في الجرائم التقليدية، وأن ينص على تجريم فعل النشر كجريمة مستقلة عن التسجيل وفرض عقوبة تكفل تحقيق الردع العام والخاص معاً.

2- العمل على نشر الوعي والثقافة حول خطورة هذا الفعل ولاسيما بين طلبة المدارس والجامعات وتوعيتهم بمدى ما يمكن أن يترتب عليه من أضرار على مستقبل الجاني بما يتعرض له من عقوبات، والمجنى عليه بما يتعرض له من أضرار خطيرة.

3- وضع رقابة فعالة على وسائل التواصل الاجتماعي، وذلك بإنشاء فريق عمل بالتعاون بين الجهات القضائية والوزارات ذات الشأن، للعمل على رصد جميع الاعتداءات والحد منها، مستعينين في ذلك بالخبراء الفنيين في مجال الأمن ألمعلوماتي.

4- اتخاذ التدابير اللازمة للتخفيف من شدة أضرار هذه الجريمة، وذلك بالعمل على إتلاف التسجيلات أو حذفها من مواقع التواصل الاجتماعي، ووضع مكافأة لكل من يبادر إلى تبليغ الجهات المختصة عن وجود اعتداءات إيذاء مبهج، فضلا عن إتاحة الفرصة للجاني ليصلح خطأه، وذلك بمصالحة المجنى عليه أن كان من شأن ذلك أن يخفف من الأضرار التي لحقت به.

5- تسهيل إجراءات الشكوى أمام الضحايا وتوفير الدعم النفسي لهم ولاسيما بالنسبة للطلبة المراهقين، فضلا عن الدعم الصحي، ووضع إجراءات للمحاكمة تضمن سرعة حسمها.

6- تدريب الفئات العاملة في التحقيق على كيفية التعامل مع هذا النوع من الإجرام لغرض المحافظة على الأدلة المتحصلة منها ولاسيما أنها أدلة فنية (مقاطع التسجيل والصور) قد تتعرض للتلف إذا لم يحسن استخدامها.

7- تفعيل التعاون الدولي للاستفادة من خبرات الدول المتقدمة في طرق تصديها لهذا النوع المستحدث من الجرائم.

المراجع

- **المراجع العربية**

أولا-الكتب

1- د.طارق عفيفي صادق، الجرائم الالكترونية جرائم الهاتف المحمول، ط1،القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.

2- الحديثي،د.فخري عبدالرزاق صلبي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، طبعة منقحة ومزيدة، بيروت: شركة العاتك، 2016.

3- د. محمود محمد محمود جابر، الجرائم الناشئة عن استخدام الهواتف النقالة (جرائم نظم الاتصالات والمعلومات)، الكتاب الأول، بدون طبعة، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2018.

ثانيا-المقالات

1- د.حزام فتيحة، "أحكام جريمة الإيذاء المبهج بواسطة الهاتف النقال-دراسة مقارنة-"، مجلة السياسية العالمية، المجلد (5)، العدد (2)، 2021.

2- الجمال، د.سمير حامد عبد العزيز ، "المسئولية المدنية عن الإيذاء المبهج"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (68)، أبريل (2019).

3- القهوجي، أ.د.علي عبد القادر ، "تجريم تصوير الإيذاء ونشره"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (10)، السنة العاشرة، سبتمبر 2021.

4- الطوالبة، د. محمد محمود علي، و الصالح، علي سليمان علي، "المسؤولية الجنائية عن نشر صور الاعتداء"، كلية الشريعة الجامعة الأردنية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، المجلد (26)، العدد (1)، 2018.

5- د.فتحية محمد، "المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإيذاء المبهج"، مجلة الشريعة والقانون، العدد (42)، 2010.

ثالثا-المواقع الإلكترونية

1- د.زينة زهير محمد شيت، بشار حمد انجاد، "المسؤولية الجنائية لتصوير ضحايا الجريمة"، بحث منشور على الموقع الإلكتروني (تاريخ الزيارة 7/ 2022/10):
http://wameedalfikr.com/wp-content/uploads/2020/06

2- محمد أبضار ، "الصفع المبهج أو الإيذاء المبهج", مقال منشور على الموقع الالكتروني :

http://www.da3waa.com/2017/02/blog-post_888.html

3- د.فؤاد بنصغير، "تجريم تسجيل ونشر مشاهد العنف الجنسي"، مقال منشور عام 2017 على الموقع الالكتروني: http://www.da3waa.com/2017/02/blog-post_888.html

- المصادر الأجنبية:

1-Alex Mattbews,Schoolboy battered by gang of teens armed with metal bar in shocking park attack, 2018, published on: https://www.thesun.co.uk/news/7867718/schoolboy-battered-gang-teens-armed-metal-bar-park-attack . /

2-Emma Henry and agencies 'Happy slap' death girl convicted in legal first, Feb 2008, published on: https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1578655/Happy-slap-death-girl-convicted-in-legal-first.html

3- Sam Jones,Girl knocked out in 'happy slap' craze, May 2005,published on : https://www.theguardian.com/uk/2005/may/20/ukcrime.mobilephones&prev=search

4-Happy slapping' teenagers jailed for attack on grandfather Leon Elcock, 16, and Hamza Lyzai, 15, guilty of manslaughter after attacking man in front of his granddaughter, ,published on: https://www.theguardian.com/uk/2010/jul/26/happy-slapping-teenagers-jailed-manslaughter

5-Happy Slapping ,published on: https://fr.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping

6-Happy Slapping ,published on: https://en.wikipedia.org/wiki/Happy_slapping

7-Hans Durrer, Happy Slapping, Oder ist nur wirklich, was dokumentiert ist?, Dezember 2006, published on : https://www.medienheft.ch/dossier/bibliothek/d26_DurrerHans.html

8-Peter Mörtenböck and Helge Mooshammer, Urban Violence in the Age of Camera Phones, Happy Slapping: puplished on http://www.monu.org/monu5/happySL.pdf

9-The meaning and origin of the expression: Happy slapping,published on: https://www.phrases.org.uk/meanings/170890.html

10-What is 'happy slapping'?, June 2011 ,published on :https://www.bbc.co.uk/newsround/13905969

المحظورات في تجارة حُلِيّ المرأة من الذهب وبيان الحكم الشرعي فيها

"دراسة تحليلية وصفية"

Prohibitions in the trade of women's gold jewelry and the explanation of the legal ruling in it

"A descriptive analytical study"

دكتورة إيمان متعب عياش

أستاذة مساعدة في الدعوة والعقيدة والفلسفة.

البريد الإلكتروني: emnmetieb36@gmail.com

ملخص

تعد قضية محظورات تجارة الحُليّ من النوازل الفقهية الضرورية؛ حيث أن كلاً من التاجر والمشتري في كثير من الأحيان يقع في هذه المحظورات، وقد بينت هذه الدراسة الميدانية صور الوقوع في هذه المحاذير، فبعد بيان نتائج الإحصاء التحليلي ذا الحدود المكانية المحددة والتي شملت البائع والمشتري، ثم بيان المحظورات المرتكبة مع تفصيل الحكم فيها، تبين أنه يُحرَم بيع الحُليّ ومعه غيره بجنسه حتى يفصل عن المصاحب له، كذلك يُحرم المتاجرة بالذهب من خلال البورصة، الشيكات، الكمبيالة والسند الإذني، وبالتقسيط أو الدَّين، وخرجت الدراسة ببعض التوصيات المهمة كتشديد الرقابة وفرض بعض المخالفات ونشر الوعي الدّيني.

الكلمات المفتاحية: فقه المعاملات، الحظر والإباحة، المحظورات، تجارة الحُلِيّ من الذهب.

Abstract

Prohibitions in the trade of women's gold jewelry and the explanation of the legal ruling in it

"A descriptive analytical study"

The issue of the prohibitions of the jewelery trade is one of the necessary jurisprudential calamities. As both the merchant and the buyer often fall into these prohibitions, and this field study showed the images of falling into the legal prohibitions when trading women's jewelry of gold, after showing the results of the analytical statistics with specific spatial limits, which included the seller and the buyer, and then explaining the prohibitions committed With the details of the ruling in it, it was found that it is forbidden to sell jewelry with someone else of his gender until he is separated from his companion, as well as it is forbidden to trade in gold through the stock exchange, checks, bills and promissory notes, and in installments or debt, and the study came out with some important recommendations such as imposing control and spreading religious awareness.

Keywords: jurisprudence of transactions, prohibition and permissibility, prohibitions, gold jewelry trade.

مقدمة:

الحمدلله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

انطلاقاً من أهمية تجارة الذهب، وانطلاقاً من كثرة وقوع التاجر أو المشتري في المحاذير الشرعية سواء بقصد أو دون قصد ومدى خطورة حرمة ارتكاب هذا الجرم، ارتأت الباحثة أن تسلط الضوء على هذه القضية معتمدة على منهجية الإحصاء التحليلي الوصفي ومحاولة بيان الحكم الشرعي في مثل هذه التطبيقات

العملية اليومية المحرمة في سبيل مكافحة هذا الفساد وإفادة وتوعية عباد الله في معرفة الأحكام اللازمة لهم .

مشكلة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لتجيب عن عدة تساؤلات، منها:

ما هي نتائج الإحصاء التحليلي للمحرمات أو المحاذير الشرعية التي يرتكبها التاجر أو المشتري في تجارة الحلي من الذهب؟ وما هو الحكم الشرعي لهذه المحاذير ؟ وما هي التوصيات المقترحة للحد من هذه المشكلة؟

هدف الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لبيان المحظورات التي يقع فيها الناس عند التجارة بالحلي من الذهب، وذلك من خلال الاستبيان الميداني الموزع على فئة واسعة من شرائح المجتمع، وبيان الحكم و الحلول الفقهية المستنبطة من الأدلة الشرعية.

أهمية الموضوع:

1.تنبع أهمية هذه الدراسة من جهة أهمية الذهب كمصدر مُغرٍ جداً للربح الوافر للتجّار، ومن جهةٍ أخرى أهمية تَمَلُّك الحُلِيّ عند المرأة .

2.تسليط الضوء على المحظورات التي يقع فيها البائع أو المشتري بقصد أو بدون قصد في تجارة الذهب.

3.الرد على هذه الأخطاء وبيان الفتوى الشرعية فيها باعتبار أنها نوازل فقهية (واقعية ،جديدة، شديدة) والتي تتطلب اجتهاد واستدلال جمهور الفقهاء واستنباطهم للحكم الشرعي من نصوص القرآن الكريم و السيرة النبوية الشريفة.

5. كون أن هذه الدراسة ميدانية أضافت أهمية على أهميتها .

6. الإسهام في إبراز شمولية الشريعة, وأنها كفيلة باستيعاب جميع النوازل العصرية المستجدة.

الدراسات السابقة:

1.**اتخاذ الذهب والفضة والاتجار بهما** للباحث فهد المطيري, وهي أطروحته للماجستير عام 1418هـ في كلية الشريعة بجامعة الإمام

لم تذكر هذه الرسالة التطبيقات المعاصرة والمعاملات إلا القليل ، بالإضافة إلى أن هذه الرسالة قديمة جدا، ففي ظل هذا التطور هناك الكثير من المستجدات التي تحتاج إلى تسليط الضوء عليها.

2.**بيع الذهب والفضة وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي**، للباحث صدام عبد القادر عبدالله حسين، إشراف الدكتور عبد المجيد صلاحين، أطروحة ماجستير الجامعة الأردنية، 2003م.

بينت هذه الدراسة أن بيع الذهب والفضة يخضع لشروط عقد البيع، و قد توصل البحث إلى أن علة الربا في الذهب و الفضة هي مطلق الثمنية، و أن الثمنية ما زالت موجودة في الذهب في هذا العصر، و قد تعددت صور بيع و شراء الذهب و الفضة في هذه الأيام، فمنها القديمة و منها الحديثة، و الصور الحديثة و الحكم العام في هذه الصور من البيوع أنها جائزة إذا تحققت شروط بيع الذهب و الفضة فيها، و محرمة إذا تخلفت الشروط عنها،تميزت دراستي كونها دراسة إحصائية تقيس مدى وقوع الناس بمحظورات تجارة لذهب وتسليط الضوء على هذه الصور وبيان حكمها عند جمهور الفقهاء.

3.**الأحكام الفقهية لنوازل الذهب والفضة (في المعاملات المالية)**، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، إعداد الطالب / ناصر بن عبد الكريم بن عبدالله البركاتي، إشراف: فضيلة الشيخ الدكتور/ خالد بن زيد الوذيناني، جامعة الإمام محمد بن سعود، 2008.

وما يميز دراستي أنها تعتبر دراسة ميدانية حديثة تركز على المحظورات التي يقع بها المشتري والبائع من خلال الاستبيان الإحصائي ذو الحدود المكانية الواسعة، وملامسة القضايا الواقعية والمستجدة، وبيان الأحكام الشرعية لعباد الله بتمحيصها, وجمع أدلتها, وتبيين جزئياتها.

منهجية الدراسة:

في هذه الدراسة تم اعتماد منهجية في البحث تقوم على: المنهج الوصفي، في وصف المحظورات في تجارة الذهب ، والمنهج الإحصائي التحليلي الوصفي واستنباط النتائج ثم الاعتماد على المنهج العلمي الذي يرد على مشكلة البحث ويبين الحكم الشرعي والمحاولة في إيجاد الحلول لها.

خطة الدراسة:

تكونت خطة الدراسة من مقدمة ومبحثان وخاتمة.

المقدمة في خطة الدراسة، ومنهجها، وأهميتها.

المبحث الأول: في بيان مفهوم النوازل وخصائص الذهب وشروط بيعه.

المبحث الثاني: حالات أو صور بيع وشراء الحُليّ التي قد تكون محل إشكال شرعي.

الخاتمة :ويتم عرض أهم التوصيات والنتائج التي تم التوصل إليها في هذه الدراسة.

المبحث الأول: في بيان مفهوم النوازل وخصائص الذهب وشروط بيعه.

المطلب الأول: مفهوم النوازل

النوازل لغة: جمع نازلة، وجذرها (ن ز ل) يدل على هبوط الشيء ووقوعه[1]. والنازلة الشدة من شدائد الدهر تنزل بالناس[2].

واصطلاحا: «هي الحادثة التي تحتاج إلى حكم شرعي» ، وتطلق بشكل عام على المسائل والوقائع التي تستدعي حكماً شرعياً. والنوازل بهذا المعنى تشمل جميع الحوادث التي تحتاج لفتوى تبينها، سواء أكانت هذه الحوادث متكررة أم نادرة الحدوث، وسواء أكانت قديمة أم مستجدة.[3]

المطلب الثاني : خصائص الذهب

تعشق النفس البشرية الذهب؛ قال تعالى:" زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ۗ ذَٰلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۖ وَاللَّهُ عِندَهُ حُسْنُ الْمَآبِ"[4]

وَفِي " الصَّحِيحَيْنِ ": عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: («لَوْ كَانَ لِابْنِ آدَمَ وَادٍ مِنْ ذَهَبٍ لَابْتَغَى إِلَيْهِ ثَانِيًا، وَلَوْ كَانَ لَهُ ثَانٍ، لَابْتَغَى إِلَيْهِ ثَالِثًا، وَلَا يَمْلَأُ جَوْفَ ابْنِ آدَمَ إِلَّا التُّرَابُ، وَيَتُوبُ اللَّهُ عَلَى مَنْ تَابَ»[5]

---

[1] أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (المتوفى: 395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الفكر، 1399هـ - 1979م، ط1، ج5، ص417.

[2] أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (المتوفى: 395هـ)، **مجمل اللغة**، زهير عبد المحسن سلطان ، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1406هـ - 1986 ، ط2، ج3، ص863.

[3] قلعجي، محمد رواس، **معجم لغة الفقهاء**، تحقيق: حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ - 1988 م، ط2، ص471. أبو البصل، عبد الناصر، **المدخل إلى فقه النوازل**، مؤسسة الرسالة، ج1، ص206.

[4] ال عمران،14.

[5] النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، ت: (٢٠٦ - ٢٦١ هـ)، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م، كتاب الزكاة، باب: (لو أن لابن ادم واديين)، رقم 1048، ج2، ص725.

إن من خصائص الذهب أنه لا يتأثر بالعوامل الخارجية، ؛ فهو لا يصدأ لذلك نجده منذ العصور القديمة، وقيمة الذهب لاتتغير ويتميز بثبات سعره؛ فقوة الذهب الشرائية لا تتغير بشكل كبير كما يحدث في العملات الورقية.

ويعتبر الذهب من المعادن التي يمكن ادخارها أزمنة طويلة, ويمكن استخدامها في أيام المحن والأزمان.[1]

ومن خصائصه أنه إذا دفن في الأرض لا يتأثر ولا يضره التراب، ولا ينقصه شيء من صفاته، ويتميز أن لبرادته الفائدة العظيمة في حال تم خلطها بالدواء ؛ فهي تقي ضعف القلب ويدخل في علاج داء الثعلب ، ويجلو العين ويقويها ومن كان به مرض يحتاج إلى الكيّ يبرأ سريعاً، وإن اتخذ منه ميلا واكتحل به قوّى العين وجلاها.[2]

المطلب الثالث: شروط بيع الذهب والفضة

شدد الإسلام في بيع الأموال الربوية؛ حفاظاً على استقرار النقود والمعاملات ودفعاً للمفاسد الكبيرة التي تترتب على الربا؛ فكان لابد من سنّ القواعد الفقهية واستنباط الشروط اللازم تطبيقها.

أولاً: شروط بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة

1.شرط التقابض أو الحلول

الحلول في مبادلة النقدين، فلا يجوز للعاقدين أو لأحدهما اشتراط التأجيل، فإن اشترطاه فسد العقد، لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق، والأجل يفوته، فيفسد العقد[3].

[1] البركاتي، ناصر بن عبد الكريم بن عبد الله، **الأحكام الفقهية لنوازل الذهب والفضة (في المعاملات المالية)**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة النشر 2008م، ص17.

[2] ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، (المتوفى: 751هـ)، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، بيروت، مؤسسة الرسالة،, 1415هـ /1994م، ط27، ج4، ص284.

[3] انظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، ط2، ج5، ص219. وانظر: أبو عبد الله، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، (المتوفى: 1101هـ)، **شرح مختصر خليل للخرشي** ، بيروت، دار الفكر للطباعة، ج5، ص40. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، **مغني المحتاج**، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م، ج2، ص24. الحنبلى، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، (المتوفى: 1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج3، ص262.

وقد اصطلح الفقهاء على تسمية بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة مراطلة , وعلى تسمية بيع الذهب بالفضة أو بأي ثمن آخر أو العكس صرفا. واشترطوا في المراطلة المماثلة في الوزن والحلول والتقابض في مجلس العقد , واشترطوا في الصرف التقابض في مجلس العقد فقط.

وأصل ذلك ما رواه الإمام أحمد ومسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد , فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد [1] ".[2]

قَالَ أَحْمَدُ وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - (" يَدًا بِيَدٍ ") : وَيُسْتَفَادُ مِنْهُ الْحُلُولُ وَالتَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ[3]، فتقابض البدلين قبل الافتراق، سواء أكان الصرف بيع جنس بجنسه أم بغير جنسه.[4]

قال ابن المنذر: [أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد]. فلذلك يشترط في عملية بيع عملة بأخرى أن يتم تبادل العملتين في المجلس ولا يجوز تأجيل قبض إحداهما وإن حصل التأجيل فالعقد باطل.

وبما أن العملات الورقية تقوم مقام الذهب والفضة وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي فإنه يشترط في بيع هذه العملات بغيرها من العملات التقابض ولا يجوز التأجيل.[5]

وبهذا فإن شرط التقابض كان لا بد منه سواء أكان في حال المراطلة، أو في حال الصرف.

فعِنْد اتِّحَاد الْجِنْس وَالْقدر إِنَّمَا اخْتصَّ من سَائِر الْبياعَات أَنه لَا يَصح بِدُونِ تقابض الْبَدَلَيْنِ قبل افْتِرَاق الْعَاقِدين بأنفسهما فَإِذا عقدا عقد الصّرْف بِأَن بَاعَ دِينَارا بِدِينَار أَو دِينَارا بِعشْرَة دَرَاهِم سَوَاء كَانَا حاضرين وَقت العقد أَولا فَإِنَّهُ ينْعَقد العقد وَينفذ إِذا وجد التَّقَابُض قبل افْتِرَاق الْعَاقِدين[1]

---

[1] مصدر سابق، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الربا، ج3، رقم حديث 1584، ص 1209.

[2] مجموعة من المؤلفين، **فقه المعاملات**، المتاجرة في المعادن عامة وفي الذهب والفضة، ج2، ص208. انظر: ابن نجيم المصري ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف، (ت بعد 1138 ه)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج6، 209ص. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (المتوفى: 595هـ)، **بداية المجتهد**، القاهرة ، دار الحديث، 1425هـ - 2004 م، ج3، ص212. انظر: الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، (المتوفى: 450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد، ج5، ص77. انظر: ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (المتوفى: 1353هـ)، **منار السبيل في شرح الدليل**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، 1409هـ-1989م، ط7، ج1، ص333.

[3] علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ)، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، لبنان بيروت، دار الفكر، 1422هـ - 2002م، ط1، باب الربا، ج5، ص1917.

[4] مصدر سابق، البحر الرائق، ج6، ص209. مصدر سابق، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج3، ص212. مصدر سابق، **الحاوي الكبير**، ج5، ص77. مصدر سابق، **منار السبيل في شرح الدليل**، ج1، ص333. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، (المتوفى: 388هـ)، **معالم السنن**، حلب ، المطبعة العلمية، 1351هـ - 1932 م، ط1، ج2، ص69.

[5] حسام الدين بن موسى محمد بن عفانة ، **فقه التاجر المسلم**، بيت المقدس، 1426هـ - 2005م ، صرف العملة مع تأجيل القبض، ج1، ص155.

ولا يشترط التقابض الفوري عقب العقد , ولا يضر طول لبثهما في الجلوس ولا طول مصاحبتهما إذا وقع القبض قبل التفرق بالأبدان عند جمهور الفقهاء. وخالفهم المالكية فاشترطوا الفورية فيه.[2] فاتفق الفقهاء أن من شرط الصرف أن يقع ناجزاً، واتفق جمهور العلماء أن التقابض في الصرف هو القبض في المجلس وإن تراخى ما لم يفترق المتبايعان بأبدانهما حتى لو قاما من مجلسهما ومشيا معاً في طريق واحد ميلاً أو أكثر ثم تقابضا صح الصرف.[3]

وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال :" إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ بالدراهم، وأبيع بالدراهم واخذ بالدنانير، فقال:" لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء"[4]

ودليل اخر: حدثنا قُتَيْبَةُ قَالَ : حَدَّثَنَا اللَّيْثُ ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ مَالِكِ بْنِ أَوْسِ بْنِ الحَدَثَانِ ، أَنَّهُ قَالَ : أَقْبَلْتُ أَقُولُ مَنْ يَصْطَرِفُ الدَّرَاهِمَ ، فَقَالَ طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ وَهُوَ عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ : أَرِنَا ذَهَبَكَ ، ثُمَّ ائْتِنَا إِذَا جَاءَ خَادِمُنَا نُعْطِكَ وَرِقَكَ ، فَقَالَ عُمَرُ كَلَّا وَاللَّهِ ، لَتُعْطِيَنَّهُ وَرِقَهُ أَوْ لَتَرُدَّنَّ إِلَيْهِ ذَهَبَهُ ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :الوَرِقُ بِالذَّهَبِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَالعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ وَمَعْنَى قَوْلِهِ : إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، يَقُولُ : يَدًا بِيَدٍ[5]،ووجه الدلالة أن المتبايعان لم يفترقا قبل التقابض فأشبه ما لو كانا في سفينة تسير بهما راكبين.[6]

2.شرط التماثل:

هذا الشرط خاص فيما إذا اتحدا البدلان في الجنس كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة، فإنه يجب التماثل بينهما في الوزن وإن اختلفا في الجودة، ولا عبرة بالصناعة والصياغة وهذا باتفاق العلماء، أما إن اختلفا في جنسهما كبيع الذهب بالفضة فيجوز التفاضل بينهما إذا كان يداً بيد.[7]

---

[1] محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540هـ)، **تحفة الفقهاء، كتاب الصرف**، ج3، ص27.

[2] مصدر سابق، **فقه المعاملات**، باب تقابض البدلين، ج1، ص813.

[3] ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (المتوفى: 861هـ) ، **فتح القدير**، دار الفكر، ج7، ص12. انظر: الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، (المتوفى: 772هـ)، **شرح الزركشي**، 1413هـ - 1993 م ، ط1، ج3، ص472. الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري ، المتوفى: 321هـ ، **مختصر اختلاف العلماء**، د. عبد الله نذير أحمد ، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1417 ، ط2، ج3، ص79.

[4] رواه النسائي، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، رقم 4582، ص283.

[5] صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب الشعير بالشعير، حديث رقم 2065، ج2، ص761.

[6] ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، (المتوفى: 620هـ)، **المغني**، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ج4، ص39.

[7] مصدر سابق، **البحر الرائق** ج2، ص192. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، (المتوفى: 204هـ) ، **الأم**، بيروت، دار المعرفة، 1410هـ/1990م ، ج4، ص56. مصدر سابق، **بداية المجتهد** ، ج3، ص211. مصدر سابق، **المغني** ، ج4، ص141.

ودليل ذلك: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ"[1]

فقد اشتُرط تماثل البدلين في بيع الذهب عند اتحاد الجنس، فإن اختلف الجنس جاز التفاضل.[2]

ودليل اخر على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم:"الذهَبُ بِالذهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ. مِثْلًا بِمِثْلٍ. وَالْفِضةُ بِالْفضَةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ. مِثْلًا بِمِثْلٍ. فَمَنْ زَادَ أَو اسْتَزَادَ فَهُوَ رِبًا".[3]

فالمعيار الشرعي في الذهب الوزن لا الكيل حالة كونهما (مثلًا) مقابلًا (بمثل) يعني يشترط التماثل بين العوضين (و) تباع (الفضة بالفضة وزنًا بوزن مثلًا بمثل) يعني أن المعيار فيها أيضًا الوزن فالحديث يدل على وجوب تحقيق المماثلة في بيع الربوي بجنسه وذلك لا يكون إلا بمعيار معلوم مقداره بالشرع أو بالعادة وزنًا أو كيلًا.[4]

وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " الذهب تبرها وعينها، والفضة بالفضة تبرها وعينها، والبر بالبر مدي بمدي، والشعير بالشعير مدي بمدي، والتمر بالتمر مدي بمدي، والملح بالملح مدي بمدي، فمن زاد أو ازداد فقد أربى".[5]

وعن فضالة بين عبيد رضي الله عنه قال:" كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر نبايع اليهود أوقية الذهب بالدينارين والثلاثة، فقال رسول الله عليه وسلم:"لا تبيعو الذهب بالذهب إلا وزنا بوزن".[6]

قَوْلُهُ " وَزْنًا بِوَزْنٍ " يَقْتَضِي اعْتِبَارَ التَّسَاوِي، وَيُوجِبُ أَنْ يَكُونَ التَّسَاوِي فِي هَذَا بِالْوَزْنِ لَا بِالْكَيْلِ، وَالْفُقَهَاءُ قَرَّرُوا أَنَّهُ يَجِبُ التَّمَاثُلُ بِمِعْيَارِ الشَّرْعِ، فَمَا كَانَ مَوْزُونًا فَبِالْوَزْنِ، وَمَا كَانَ مَكِيلًا فَبِالْكَيْلِ.[7]

وقولُه -عليه السّلام-: "لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ، وَلَا الْفِضَّةَ بالْفِضَّةِ، وَلا الْبُرَّ بِالْبُرِّ ... " الحديث إلى قولِهِ: "إِلَّا سَواءً بسَوَاءٍ، عَيْنًا بعَينٍ، يَدًا بَيدٍ" فقال العلّماءُ: الجهلُ في التَّمَاثُلِ في فسادِ البَيْعِ كالعِلْمِ بالتَّفاضُلِ؛ لأنّ النَّبيَّ عليه السّلام شَرَطَ السّواءَ في الكَيْلِ والمِثْلَ في العدَدِ.[1]

---

1 صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، ج3، رقم 1587 2970، ص211.

[2] مصدر سابق، **مغني المحتاج**، ج2، ص24.

[3] صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، ج3، رقم 3074، ص453.

[4] الهرري، محمد الأمين بن عبد الله الأُرَمي العَلَوي، **الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم**، مراجعة: لجنة من العلماء برئاسة البرفسور: هاشم محمد علي مهدي، دار المنهاج، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ط1، ج7، ص307.

[5] رواه أبو داوود في كتاب البيوع، باب : الصرف، حديث رقم : 3349، ج3، ص498.

[6] صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، رقم 1588، ص693.

7 أبي الفتح، تقي الدبن محمد بن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، حديث لا تبيعوا الذهب بالذهب، ج2، ص142.

وقد شرط صلى الله عليه وسلم في التعامل في أموال الربا ثلاثة أشياء، الأول: التماثل في القدر بقوله: ((مثلاً بمثل)) وأكده بقوله: ((سواء بسواء)) لأن المماثلة أعم من أن تكون في القدر بخلاف المساواة، الثاني والثالث: الحلول والتقابض، بقوله صلى الله عليه وسلم ((يداً بيد)) فإنه دال علي الشرطين جميعاً.[2]

وعن أبي هريرة- رضى الله عنه- قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -:"الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما"[3]

وهذا يدل على أنه إذا اتحد جنس العرضين ونوعهما اشترط فيه التماثل والحلول، والتقابض في المجلس.[4]

3. الخلو عن خيار الشرط

اتفق جمهور العلماء عدم جواز خيار الشرط في عقد الصرف، وإلا يعتبر فاسد5؛ لأن الخيار إنما شرع لتبيين الأفضل فيؤخذ أو المفضول فيترك، والعاقبة في المعاوضات والكل منتف هاهنا فقطعنا بانتفاء العلة فينبغي أن نقطع بانتفاء المعلول.[6]

ثانياً: مبادلة الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب

وهذه المبادلة يشترط لصحتها ما يشترط في الحالة السابقة، باستثناء التماثل، فتصح المبادلة مع وجود التفاضل بين البدلين، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»[(7)]

ثالثاً: مبادلة الذهب والفضة بأحد الأصناف الربوية الأخرى

اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط أي شرط زائد عن شروط البيع المطلق في بيع أحد النقدين (الذهب والفضة) بأحد الأصناف الربوية الأخرى التي تختلف معهما في العلة الربوية، كبيع ذهب بتمر.

---

[1] أبو بكر ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله ، (المتوفى: 543هـ)، **المسالك في شرح الموطأ مالك**، علّق عليه: محمد بن الحسين السُّليماني وعائشة بنت الحسين السُّليماني، دَار الغَرب الإسلامي،ط1، ج6 ، 1428هـ - 2007 م، ص25.

[2] شرف الدين الطيبي، الحسين بن عبد الله ،(743هـ) ، **شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى بـ (الكاشف عن حقائق السنن)**، المحقق: د. عبد الحميد هنداوي ، الرياض، مكتبة نزار، 1417هـ - 1997 م ، باب الربا، ج7، ص2125.

[3] أخرجه النسائي، كتاب البيوع ، باب بيع الدينار بالدينار، رقم الحديث: 4568، ص685.

[4] برهان الدين، أبو إسحاق إبراهيم بن عمر بن إبراهيم بن خليل الجعبريّ، **رسوخ الأحبار في منسوخ الأخبار**، (المتوفى: 732 هـ)، تحقيق: الدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل ، بيروت- لبنان، مؤسسة الكتب الثقافيه، ج1، ط1، 1409هـ - 1988 م، ص 416.

[5] ابن عابدين، حمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، (المتوفى: 1252هـ)، **رد المحتار**، دار الفكر-بيروت، 1412هـ - 1992م ، ط2، ج4، ص234. وانظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الكلم الطيب، ص3110.

[6] القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس ، (المتوفى: 684هـ)، **الذخيرة**، بيروت- دار الغرب الإسلامي، 1994م، ط1، ج5، ص23.

[7] صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، رقم 1588، ص693.

قال الإمام الشافعي: "لا خير في أن يصارف الرجل الصائغ الفضة بالحلي الفضة المعمولة ويعطيه إجارته؛ لأن هذا الورق بالورق متفاضلاً[1]."

رابعا: مبادلة الذهب أو الفضة بمال غير ربوي

اتفق الفقهاء أيضا على عدم اشتراط الشروط الخاصة السابقة في مبادلة الذهب أو الفضة بمال غير ربوي، كذهب بعقار، وأنه لا يشترط فيه إلا شروط البيع المطلق.[2]

المطلب الرابع: نتائج التحليل الإحصائي للمحظورات التي يقع فيها البائع والمشتري في تجارة الذهب.

أولاً: تعريف بالاستبيان ومجتمع الدراسة وأسئلتها.

يعتبر هذا الاستبيان أحد أدوات البحث العلمي الذي يحتوي على مجموعة من الأسئلة التي تتعلق بالمحظورات المُرتكبة من قِبَل البائع والمشتري في تجارة الذهب والتي تم عرضها على شرائح المجتمع الفلسطيني بغرض جمع المعلومات عن هذه الظاهرة أو المشكلة وإيجاد الفتوى فيها.

أسئلة الدراسة:

نموذج استبيان المُشتري:

تشتري الذهب بالشيك العادي غير المُصّدّق عليه من البنك.

تتاجر بالذهب عن طريق البورصة.

تشتري الذهب بالكمبيالات والسند الإذني.

تشتري الذهب بالبطاقة الائتمانية.

تشتري الذهب عبر التلفون أو الإنترنت.

يفصل البائع ذهبك المحجر عندما تبيعه له.

تشتري الذهب بالدين أو التقسيط.

---

[1] مصدر سابق ، الأم، ص35.

[2] البركاتي، ناصر بن عبد الكريم ، الأحكام الفقهية لنوازل الذهب والفضة، ط1، ص31.

يشترط البائع عليك شروط معينة عند بيع الذهب.

تشتري الذهب المرسوم عليه رسومات فيها أرواح.

نموذج استبيان البائع:

تبيع الذهب بالشيك العادي غير المُصَدّق عليه من البنك.

تتاجر بالذهب عن طريق البورصة.

تبيع الذهب بالكمبيالات والسند الإذني.

تبيع الذهب الذهب بالبطاقة الإئتمانية.

تبيع الذهب عبر التلفون أو الإنترنت.

تتاجر بالذهب المحجر.

تبيع الذهب بالدين أو التقسيط.

تتم إبراء بعض الشروط عند بيع الذهب للمشتري.

تبيع الذهب المرسوم عليه رسومات فيها أرواح.

ثانياً: تحليل نتائج استبيان البائع

عدد الاستبانات	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5	Q6	Q7	Q8	Q9
1	1	2	1	2	2	2	1	4	1
2	1	1	1	3	3	2	1	1	1
3	2	3	3	3	1	4	2	2	1
4	2	1	2	1	1	3	1	4	1
5	3	3	2	4	3	3	2	4	2
6	2	2	3	3	3	2	3	1	1
7	1	1	1	2	2	2	1	1	1
8	3	3	2	3	3	2	1	1	2
9	1	2	1	3	3	2	2	1	2
10	3	1	2	3	1	4	3	1	1

11	1	2	2	3	2	4	3	4	2
12	1	2	1	2	2	2	2	1	1
13	1	2	2	3	2	4	3	4	2
14	2	1	2	3	3	1	3	2	2
15	1	1	2	1	1	2	2	1	1
16	3	1	1	1	1	1	3	4	1
17	3	1	1	2	3	2	2	1	2
18	1	2	1	3	3	2	2	1	2
19	3	3	2	3	3	2	1	1	2
20	1	1	2	2	2	1	2	1	1
21	1	2	2	3	2	4	3	4	2
22	1	2	1	2	2	2	2	1	1
معارض بشدة	12	9	9	3	5	3	6	13	12
نسبة	0.55	0.41	0.41	0.14	0.23	0.14	0.27	0.59	0.55
معارض	4	9	11	6	8	12	9	2	10
	0.18	0.41	0.50	0.27	0.36	0.55	0.41	0.09	0.45
محايد	6	4	2	12	9	2	7	0	0
	0.27	0.18	0.09	0.55	0.41	0.09	0.32	0.00	0.00
موافق	0	0	0	1	0	5	0	7	0
	0	0	0	0.05	0	0.23	0	0.32	0
موافق بشدة	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0	0	0	0	0	0	0	0	0

ثانيا: تحليل نتائج استبيان المشتري.

عدد الاستبانات	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5	Q6	Q7	Q8	Q9
1	1	1	1	2	2	1	1	2	2
2	2	1	2	2	2	1	1	1	1
3	3	3	3	4	3	2	2	2	2
4	3	2	2	2	3	2	1	2	2
5	2	1	2	2	2	1	2	2	2
6	1	1	1	2	2	2	2	1	1
7	2	1	2	2	2	1	1	2	2
8	2	2	3	3	2	1	1	1	2
9	2	1	2	2	2	1	1	1	1

10	1	1	1	2	2	2	2	1	1
11	1	1	1	2	2	2	1	2	2
12	1	1	2	2	2	2	1	2	2
13	1	1	1	2	2	2	2	2	2
14	2	2	2	2	2	1	1	1	2
15	2	1	1	2	1	2	1	1	1
16	1	2	1	1	2	2	1	3	1
17	3	2	2	2	2	2	2	1	1
18	1	1	1	2	3	2	2	2	2
19	3	1	1	2	3	3	1	1	2
20	3	2	2	2	1	2	1	1	1
21	1	2	2	2	2	2	1	1	1
معارض بشدة	9	14	8	1	2	8	13	11	9
نسبة	0.41	0.64	0.36	0.05	0.09	0.36	0.59	0.50	0.41
معارض	7	6	11	17	15	13	7	9	12
	0.32	0.27	0.50	0.77	0.68	0.59	0.32	0.41	0.55
محايد	5	1	2	2	4	0	1	1	0
	0.23	0.05	0.09	0.09	0.18	0.00	0.05	0.05	0.00
موافق	0	0	0	1	0	0	0	0	0
	0	0	0	0.05	0	0.00	0	0.00	0
موافق بشدة	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0	0	0	0	0	0	0	0	0

نتج عن هذه الدراسة أن كُلًّا من البائع والمشتري يقع في المحظورات التي شملتها أسئلة الدراسة بنسب متفاوتة وباءً عليه تم مناقشة الحالات وتأصيلها من القواعد الفقهية والإفتاء حيالها.

المبحث الثاني:الحالات التي يقع فيها التاجر أو المشتري في تجارة الذهب

الحالة الأولى: بيع حلي خالطه غيره من أحجار رخيصة وغيرها ويكون الثمن نقودا ورقيه مع عدم علم المشتري بحساب وزن الفص مع وزن الذهب.

تشتري إمرأة إسورة فيها حجر كريم، وزن الإسورة مع الحجر الكريم.20 غراما، وسعر الغرام 30 دينار، فدفعت ثمن الإسورة 640 دينارا.

يقوم البائع بوزن الإسورة مع الحجر الكريم وحساب قيمتها على أساس ذلك الوزن، ثم يضيف ثمن المصنوعية، فإذا كان وزن الإسورة مع الحجر الكريم 20 غم وسعر غرام الذهب 30 دينارا تكون قيمة الإسورة على أساس وزنها 600 دينارا ثم يضيف ثمن المصنوعية ولنفرض أنها 40 دينار فيكون الاجمالي 640 دينارا.

فإذا لم يعلم المشتري بحساب وزن الحجر الكريم مع وزن الذهب فالبيع غير جائز لوجود جهالة على المشتري إذ أنه إنما اشترى الإسورة ليحسب وزن الذهب على حده وثمن الفص على حده لا أن يحسب الفص الرخيص بسعر الذهب.

الحالة الثانية: بيع حلي خالطه غيره من أحجار رخيصة وغيرها ويكون الثمن ذهبا مكسورا أو سبائك ذهب

صاحب متجر حلي أراد أن يشتري خمسين خاتما من الذهب فيها فصوص زركون [1] أو غيره، ويدفع ثمنها ذهبا مكسورا أو سبائك ذهب.، فيذهب إلى تاجر الحلي بالجملة، ويختار الخواتم التي يريدها.

يقوم تاجر الجملة بوزن الخواتم مع فصوصها ويضيف اليها ثمن المصنوعية فإذا كان وزن الخواتم مع الفصوص خمسمائة غرام يضيف إليها خمسين غرام ثمن المصنوعية فتكون قيمة الخواتم خمسمائة غرام من الذهب المكسور وثلاثمائة دينار فالخمسمائة غرام من الذهب المكسور ثمن الخواتم مع فصوصها والثلاثمائة دينار ثمن المصنوعية أو يدفع له أربعمائة وخمسين غرام من الذهب المكسور و600دينار فتكون 450 غرام ثمن 450 غرام من الخواتم و 600 دينار ثمن 50 غرام من الخواتم والمصنوعية.

أو يكون ثمن الخواتم الذهب المكسور أكثر من وزن الخواتم مع فصوصها كأن يدفع 550 غرام من الذهب المكسور ،500 غرام منها ثمن 500 غرام من الخواتم ذات الفصوص و50غرام ثمن المصنوعية.

هذه الصورة من البيع حرام وذلك لعدم تحقق المماثلة في بيع الذهب بجنسه، والمماثلة شرط في صحة هذا البيع وقد ورد النص بتحريم هذا البيع كما في حديث فضالة بين عبيد رضي الله عنه قال أتي رسول الله

1 الزركون: معدن يتركب كيماوياً من سيليكات الزركونيوم، يتبلور في فصيلة الرباعي، ويستعمل في صناعة الحراريات وكحجر كريم باسم هياسينث ويعتبر الخام الرئيسي لعنصر الزركونيوم.، أنظر: مصدر سابق، **قاموس المعاني**، ص2658.

صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب وهي من الغنائم تباع فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم عليه السلام الذهب بالذهب وزنا بوزن" وفي رواية لا تباع حتى تفصل.

فالنبي نهى عن بيع القلادة التي فيها ذهب وخرز بالذهب حتى يفصل الذهب عن الخرز وبين سبب هذا النهي وهو عدم تحقق المساواة في بيع الذهب الذي في القلادة مع الذهب الذي دفع ثمنا فقال : " الذهب بالذهب وزنا بوزن" وأمر بفصل الذهب عن الخرز لتعلم المماثلة التي هي شرط في بيع الذهب بالذهب.[1]

المطلب الثالث: بيع حُلِيّ مخالطة لأحجار رخيصة وغيرها ويكون الثمن حليا

تشتري إمرأة خاتماً ذهبياً يحتوي على حجر كريم وتدفع ثمنه إسورة وقد تحتوي هذه الإسورة على حجر كريم أو قد لا تحتوي.

والتاجر يحسب وزن الخاتم بحجره الكريم، أما الإسورة فيحسب ثمن الذهب الذي فيها فقط من غير حجرها إن كانت بها حجر كريم.

وهذا محرم لعدم تحقق المماثلة .

الحالة الرابعة: شراء الحلي الجديد بشرط شراء القديم أو العكس

يبيع رجل حليا قديما ويشتري بثمنه جديدا فيعرض عليه صاحب متجر الذهب شراء الحلي القديم بشرط أن يشتري منه حليا جديدا.

صاحب المتجر يقوم بوزن الذهب القديم وإخراج قيمته بعد الاتفاق على سعر غرام الذهب في حال بيعه وشرائه ويكون ثمن غرام الذهب في حالة الشراء أكثر منه في حالة البيع ثم يزن الحلي الجديد ويخرج قيمته المشتملة على وزن الذهب وثمن المصنوعية ثم يجري المقاصة بين الثمنين ويدفع صاحب الحلي القديم فارق السعر إن وجد ، كأن يبيع رجل إسورة قديمة وزنها 20غم ويشتري قلادة وزنها 30غرام ، فيخرج البائع ثمن الاسورة ولنفرض أنه 100 ثم يقوم بإخراج قيمة القلادة ولنفرض أنه 150 فيجري مقاصة بين الثمنين، ويدفع الرجل فوق الثمن وهو50 دينارا.

[1] صدام عبد القادر عبد الله حسين ، إشراف: عبد المجيد محمود صلاحين ، **بيع الذهب والفضة وتطبيقاته المعاصرة**، رسالة ماجستير، الأردن، الجامعة الأردنية، 2003م ، ص86.

هذا البيع غير جائز لأنه فيه تحايل؛ فحقيقته بيع الذهب بالذهب مع عدم تحقيق المماثلة، ودخلت صورة البيع مع الشرط للتحايل على الربا المتمثل في بيع الذهب الذهب مع عدم المماثلة.

ويتخرج القول بحرمة هذه الصورة من البيع على مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة على اعتبارها بيعتين في بيعة، وهي محرمة [1]عندهم، كذلك اعتبارها بيع وشرط وهو محرم[2]، كما يتخرج القول بالحرمة على مذهب المالكية لقولهم بسد الذرائع **وتوسعهم فيها**.[3]

الحالة الخامسة: شراء الحلي بالحلي مع عدم تحقق المماثلة

مثلا أن تشتري إمرأة عقدا من ذهب وتدفع ثمنه إسورة من ذهب.

فيقوم البائع بحساب ثمن العقد على أساس وزنه ومصنوعيته فإذا كان وزنه عشرين غراما يضيف اليه غراما واحدا ثمن المصنوعية فيكون ثمن العقد 21 غراما من الذهب ثم يقوم بوزن الاسورة فاذا كان وزنها 21 غراما قبلها ثمنا للعقد وان كان أقل من ذلك طلب تكملة ثمن العقد إما من الذهب أو النقود الورقية.

هنا يكون وزن الحلي الجديد أكثر من وزن الحلي القديم أو الذي هو ثمن إذ البائع أضاف ثمن المصنوعية للحلي الذي باعه وأهمل المصنوعية في الحلي الذي دفع ثمنا، وهذا لا يجوز لعدم تحقق المماثلة في بيع حلي الذهب بحلي الذهب.[4]

الحالة السادسة: حكم أخذ الذهب للمشاورة عليه

مثلا أن تشتري إمرأة ذهبا بقيمة 400 دينارا فتدفع للبائع 300 وتقول له ، سأشاور زوجي إن أعجبه فسأرجع وأعطيك 100 دينارا، فهذا حرام لأنه ربا نسيئة، و لعدم جواز خيار الشرط في بيع الذهب والفضة بجنس الأثمان باتفاق.[5]

الحالة السابعة: شراء الذهب بالتقسيط أو الدين

[1] مصدر سابق، **الأم**، ج3 ص67.

[2] السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، (المتوفى: 483)، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ - 1993م ، ج13، ص13

[3] مصدر سابق، **بيع الذهب والفضة وتطبيقاته المعاصرة**، ص92، 2003.

[4] **المصدر السابق**، ص130، 2003.

[5] مصدر سابق، **بدائع الصنائع**، ج5، ص193.

اشترى شخص ذهبا حليا أو سبائك أو غيرها على أن يدفع كل شهر جزءا من ثمنه، كأن يشتري ذهبا بمبلغ 3000 على أن يدفع كل شهر 300 لمدة 10 أشهر ويكتب بذلك شيكات أو كمبيالات أو غيرها وقد يدفع المشتري جزءا من المبلغ دفعة أولى.

وهذا حرام لأنه يعتبر نسيئة قال القرطبي :" لا يجوز بيع ذهب بذهب ولا بفضة نساء، وهذا مجمع عليه "[1]

وكما في حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل .. ولا تبيعوا منها غائبا بناجز"

وهذا حرام حيث لا يجوز تأخير شيء من الثمن ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" الورق بالذهب ربا إلا هاء وهاء.."[2]

الحالة الثامنة : بيع الذهب بالشيكات

أراد شخص شراء حلي فذهب إلى متجر الذهب وأخذ ما يرغب به من الحلي ثم اعطى صاحب المتجر شيكا بقيمة المبلغ.

إذا كان هذا الشيك غير مصدق فإن بيع الذهب بالشيك العادي لا يجوز لعدم تحقق شرط القبض بالمجلس إذ قبضه ليس قبضا لمشموله.

لا يصح قياس البطاقة البنكية على الشيك المصدق لأن الشيك اعتبر نقودا في عرف المتعاملين ويجري تداوله عن طريق التظهير ، ويستطيع حامله استخدامه بأي وقت وهذا بخلاف البطاقة البنكية.

الحالة التاسعة: بيع الذهب بالكمبيالة والسند الإذني

الكمبيالة هي: صك مكتوب وفق شكل حدده القانون، يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا من النقود في تاريخ معين، أو قابل للتعيين لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو لحامله.[3]

[1] القرطبي، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم، (٥٧٨ - ٦٥٦ هـ)، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، مجموعة من المحققين، محيي الدين ديب ميستو - أحمد محمد السيد - يوسف علي بديوي - محمود إبراهيم بزال، دمشق بيروت، دار الكلم الطيب، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م، ط1 ، ج4، ص468.

[2] صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة،2143، ص2354.

[3] محمد صالح، **الأوراق التجارية**، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ط2، 2017، ص (14).

فالكمبيالة ورقة تجارية تتضمن ثلاثة أطراف[1]:

الأول: الساحب: وهو الذي يصدر أمراً لغيره – وغالبا ما يكون مصرفًا – بدفع مبلغ معين من النقود عند الإطلاع، أو في تاريخ معين لشخص ثالث.

الثاني: المسحوب عليه: وهو الذي يلتزم بدفع المبلغ المعين لحامل الكمبيالة.

الثالث: المستفيد: وهو حامل الكمبيالة الذي يستحق المبلغ المعين في الكمبيالة.2

السند الإذني: صك محرر لأوضاع معينة نص عليها القانون، يتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين في تاريخ معين، أو قابل للتعيين، أو بمجرد الإطلاع لأمر المستفيد.[3]

يشتمل السند الإذني على طرفين[4]:

الأول: محرر الصك الذي يتعهد بدفع مبلغ معين في وقت محدد.

الثاني: المستفيد، وهو حامل السند الذي يستحق المبلغ.

صورة المسألة:

أراد صاحب متجر أن يشتري كمية من الحلي لمتجره فيذهب إلى تاجر الحلي بالجملة ويشتري ما يرغب به ويعطي تاجر الجملة كمبيالة أو سندا إذنيا بقيمة المبلغ بعد الاتفاق على ذلك.

وهذا غير جائز لعدم تحقق شرط القبض فالثمن في هذا البيع وهو النقود لم يتم قبضه، وقبض الكمبياله أو السند الإذني غير كافي .

الحالة العاشرة: بيع الذهب بالبورصة

البورصة هي: «سوق منظمة تقام في أماكن معينة، وفي أوقات محددة يغلب أن تكون يومية بين المتعاملين بيعا وشراء، بمختلف الأوراق المالية وبالمثليات التي تتعين مقاديرها بالكيل أو الوزن أو العد، وذلك بموجب قوانين ونظم تحدد قواعد المعاملات، والشروط الواجب توفرها في المتعاملين والسلعة المتعامل بها».[1]

---

[1] أنظر: القليوبي، سميحة، **الأوراق التجارية**، ص (14). زعتري، علاء الدين محمود، **الخدمات المصرفية**، ص (401).

[2] المصدر السابق، ص (14). مصدر سابق، الخدمات المصرفية، ص (401).

[3] المصدر الاسبق، ص (14).

[4] **المصدر السابق** ، ص (19).

العمليات الآجلة :

يتم بيع وشراء الذهب، أو العملات بطريقة العمليات الآجلة، وذلك بتحرير عقود كتابية يتبادلها الطرفان، يتم فيها الاتفاق على أسعار هذه العملية عند التعاقد، بينما لا يتم التقابض للذهب أو العملات المتبادلة إلا في وقت لاحق في المستقبل، تكون الأسعار فيه قد تغيرت غالبا.

وهناك تواريخ تكاد تكون ثابتة للعمليات الآجلة، وهي لمدة شهر، وشهرين، وثلاثة شهور، وستة شهور، وسنة. والعمليات التي تقل عن ستة شهور هي الأكثر تداولا، وسوقها دائما نشطة، أما العقود التي تزيد عن ذلك أي لمدة سنة فهي أقل.[2]

والحكم الشرعي لهذه العملية أنها حرام، والعقد المذكور فيها عقد باطل، لا يعتد به شرعا، ولا يترتب عليه آثاره، لفقدان شرط من شروط الصرف؛ وهو التقابض: فقد قال ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد».[3]

كما أن التعامل بالذهب بيعا وشراء في البورصة أيضًا محرم شرعا، لأمرين:

الأول: دخول الربا في هذا التعامل، فالعميل يفتح حسابا بالدولار في المصرف أو الشركة المالية المتعاملة في البورصة ويأخذ عليها فوائد ربوية، ويأخذ المصرف منه فوائد ربوية على حساب الذهب، هذا إذا دفع العميل كامل قيمة الذهب المشترى، أما إذا دفع العميل جزءا من القيمة وكان الباقي دينا عليه - التعامل بالهامش - فإن المصرف يأخذ منه فوائد ربوية على ذلك الدين.

الثاني: أن التعامل ببورصة الذهب نوع من أنواع المقامرة، فالذهب يشتريه العميل ليس حقيقيا، بمعنى أنه لا يستطيع الحصول عليه، ولا يمكنه أن يقبض معدن الذهب الذي اشتراه، وكل ما في الأمر أنه يشتري أونصات الذهب ويدفع ثمنها، ثم تسجل الأونصات في حسابه - حساب الذهب - , وإذا أراد البيع يبيع ما قيد في حسابه من أونصات الذهب وهكذا.. فليس هناك معدن ذهب يمكن أن يشتريه العميل ويقبضه، وإنما يقوم المتعاملون بالمضاربة على الأسعار ارتفاعا وهبوطا حتى يربحوا فارق السعر.[4]

---

[1] أنظر: الدريوش: أحمد يوسف ، **أحكام السوق في الإسلام**، (564).

[2] أبو عمر، دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، السعودية- الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432م، ط2، ج12، ص185.

[3] سبق تخريجه, ص(32).

[4] مصدر سابق، **الأحكام الفقهية لنوازل الذهب والفضة**، ص62.

الخاتمة:

بعد هذا التحليل لنتائج الاستبيان للمحظورات التي يقع فيها التاجر والمشتري في تجارة الذهب وبيان حكمها، فإن هذه الدراسة قد خرجت بالنتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

يحرم بيع الحُلِيّ ومعه غيره بجنسه حتى يُفصل عن المصاحب له.

يحرم شراء الحلي الجديد بشرط شراء القديم أو العكس

التعامل بالذهب والفضة بيعًا وشراءً في البورصة محرم, لفقدان شرط من شروط الصرف, وهو التقابض ولدخول الربا في هذا التعامل, كما أن التعامل بالذهب والفضة في البورصة فيه نوع من أنواع المقامرة.

يحرم المتاجرة بالذهب عن طريق الشيكات الغير مصدقة

يحرم أخذ الذهب للمشاورة عليه مع سداد جزء من الثمن وشرط تسديد الباقي إن أعجب من يريد مشاورته.

يحرم المتاجرة بالذهب من خلال الكمبيالة والسند الإذني

يحرم شراء الذهب بالدّين أو التقسيط.

التوصيات:

1.نشر الوعي والثقافة لجميع شرائح المجتمع للحد من الوقوع بالمحظورات فيما يتعلق بتجارة الذهب.

2.فرض الرقابة المختصة من قبل الجهات المعنية والإشراف على سير عمليات البيع والشراء على النهج الإسلامي.

3.فرض عقوبات من قبل وزارة الأوقاف والجهات الأمنية لكل من يخالف قواعد الدين الإسلامي في هذه المعاملات.

المصادر والمراجع:

1.البركاتي: ناصر بن عبد الكريم بن عبد الله، **الأحكام الفقهية لنوازل الذهب والفضة (في المعاملات المالية)**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،(دط)، بيروت، دار الكتب العلمية، 2008م.

2.أبو البصل: عبد الناصر، **المدخل إلى فقه النوازل**، ط2، مؤسسة الرسالة،ج1، 2005.

3.الجعبري: برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عمر بن إبراهيم بن خليل ، **رسوخ الأحبار في منسوخ الأخبار**، (المتوفى: 732 هـ)، تحقيق: الدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل ،ط1، بيروت- لبنان، مؤسسة الكتب الثقافيه، 1409هـ - 1988 م .

4.أبو الحسين : أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (المتوفى: 395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط1، بيروت، دار الفكر، ج5، 1399هـ - 1979م.

5.----------، **مجمل اللغة**، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان ،ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة،ج3، 1406 هـ - 1986 .

6.الحنبلي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، (المتوفى: 1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، (دط)، ج3، (دت).

7.الخطابي: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، (المتوفى: 388هـ)، **معالم السنن**، ط1، حلب - المطبعة العلمية، ج2، 1351هـ - 1932 م.

8.ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (المتوفى: 595هـ)، **بداية المجتهد**، (دط)، القاهرة، دار الحديث، ج3، 1425هـ - 2004 م.

9.الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، (المتوفى: 772هـ)، **شرح الزركشي**،ط1، دار الفكر،ج3، 1413هـ - 1993 م .

10.السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، (المتوفى: 483)، **المبسوط**، (دط) بيروت- دار المعرفة،ج13، 1414هـ - 1993م .

11.السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (المتوفى: نحو 540هـ)، **تحفة الفقهاء**، ،ط2، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994 م.

12.شمس الدين: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، **مغني المحتاج**، (دط)، دار الكتب العلمية، ج2، 1415هـ - 1994م

13.صدام عبد القادر عبد الله حسين ، إشراف: عبد المجيد محمود صلاحين ، **بيع الذهب والفضة وتطبيقاته المعاصرة**، رسالة ماجستير، الأردن، الجامعة الأردنية، 2003م

14.ابن ضويان: إبراهيم بن محمد بن سالم (المتوفى: 1353هـ)، **منار السبيل في شرح الدليل**، تحقيق: زهير الشاويش، ط7 ، المكتب الإسلامي،ج1، 1409هـ-1989م.

15.الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري ، المتوفى: 321هـ ، **مختصر اختلاف العلماء**، تحقيق:د. عبد الله نذير أحمد ، ط2، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ج3، 1417هـ .

16.الطيبي: شرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي ،(743هـ) ، **شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى بـ (الكاشف عن حقائق السنن)**، المحقق: د. عبد الحميد هنداوي ، (دط)،الرياض، مكتبة نزار،ج7، 1417هـ - 1997 م .

17.ابن عابدين: حمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، (المتوفى: 1252هـ)، **رد المحتار**، ط2، دار الفكر- بيروت، ج4، 1412هـ - 1992م .

18.أبوعبد الله: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، (المتوفى: 1101هـ)، **شرح مختصر خليل للخرشي** ،(دط)، بيروت، دار الفكر للطباعة، ج5،(دت).

19.عفانة: حسام الدين بن موسى محمد ، **فقه التاجر المسلم**، (دط)، بيت المقدس، ج1، 1426هـ - 2005م

20.ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر ، (المتوفى: 543هـ)، **المسالك في شرح الموطأ مالك**، علّق عليه: محمد بن الحسين السُّليماني وعائشة بنت الحسين السُّليماني،ط1، دَار الغَرب الإسلامي ،ج6، 1428 هـ - 2007 م .

21.علاء الدين: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، دار الكتب العلمية، ج5، 1406هـ - 1986م.

22.العَلَوي : محمد الأمين بن عبد الله الأُرَمي ، **الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم**، مراجعة: لجنة من العلماء برئاسة البرفسور: هاشم محمد علي مهدي،ط1، دار المنهاج، ج2، 1430هـ - ٢٠٠٩ م.

23.علي بن (سلطان) محمد: أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ)، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، ط1، لبنان بيروت، دار الفكر، ج1، 1422هـ - 2002م.

24.عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ط2، السعودية- الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ج12، 1432م.

25.ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، (المتوفى: 620هـ)، **المغني**،(دط)، مكتبة القاهرة، ج4، 1388هـ - 1968م.

26.القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس ، (المتوفى: 684هـ)، **الذخيرة**، ط1، بيروت- دار الغرب الإسلامي،ج1، 1994م.

27.القرطبي: أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم،(٥٧٨ - ٦٥٦ هـ)، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، مجموعة من المحققين، محيي الدين ديب ميستو - أحمد محمد السيد - يوسف علي بديوي - محمود إبراهيم بزال،ط1، دمشق بيروت، دار الكلم الطيب،ج4، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

28.ابن قيم الجوزية : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، (المتوفى: 751هـ)، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ط27، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج4، 1415هـ /1994م.

29.قلعجي: محمد رواس، **معجم لغة الفقهاء**، تحقيق: حامد صادق قنيبي، ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ - 1988 م.

30.الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، (المتوفى: 450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد، (دط)، ج5 ، (دت).

31.مجموعة من المؤلفين، **فقه المعاملات، المتاجرة في المعادن عامة وفي الذهب والفضة**، (دط)، بيروت، دار الفكر، ج1994،2م.

32.ابن نجيم المصري: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت بعد 1138 هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط2، دار الكتاب الإسلامي،ج6، 1992م.

33.نيسابوري: أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، ت: (٢٠٦ - ٢٦١ هـ)، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م.

34.همام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (المتوفى: 861هـ) ، **فتح القدير**، ط2،بيروت، دار الفكر،ج7، (دت).