

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 58: غشت 2017

✓ مع مواضع العدد 58: غشت 2017 :

- الفروق في نظام الإجراءات الجزائية السعودي.
- القواعد الفقهية ودورها في حفظ الثروة الحيوانية.
- إزامات ابن حزم للفقهاء في مسائل رفع الحدث.
- الطبيعة القانونية للخطبة وأثار العدول عنها.
- التلقيح الصناعي في الفقه والقانون التونسي.
- حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة قبل التعاقد.
- دعوى طرد الشخص المحتل لعقار بدون سند مشروع.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبرقيات: sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلقسية

حوارات علمية

تقارير حامية

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تنتشر بالمجلة

استغلال القضاء - أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد

كتاب القانون الدولي الخاص: إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد

إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي: الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد

قراءة في النظام الفكري المصواتي (قانون 02/15): الأستاذ التقني الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد

العدد الثامن والخمسون: غشت 2017

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثامن والخمسون : لشهر غشت 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 58 لشهر غشت 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....03
- ✓ **دراسات وأبحاث بالعربية :**
2. الفُرُوقُ فِي نِظَامِ الإِجْرَاءَاتِ الْجَزَائِيَّةِ السُّعُودِيَّةِ - دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام : الأستاذ الدكتور عبد الرحمن بن نافع السُّلَمِي ، أستاذ الدراسات القضائية بجامعة الملك عبد العزيز بجدة ، المملكة العربية السعودية.....05
3. القواعد الفقهية ودورها في حفظ الثروة الحيوانية : الدكتور عدنان صادق ضاهر ، معلم حكومي لدى وزارة التربية والتعليم غزة - فلسطين.....34
4. إِلْزَامَاتُ ابْنِ حَزْمٍ الظَّاهِرِيِّ لِلْفُقَهَاءِ فِي مَسَائِلِ رَفْعِ الْحَدِّثِ دِرَاسَةٌ وَتَقْوِيمٌ : الدكتور ضيف الله بن عامر بن سعيد الشهري ، أستاذ الفقه المساعد بجامعة الملك عبد العزيز ورئيس قسم المواد العامة والمستشار بوزارة التعليم العالي بالمملكة العربية السعودية سابقا.....48
5. الطَّبِيعَةُ الْقَانُونِيَّةُ لِلخِطْبَةِ وَأَثَارُ الْعُدُولِ عَنْهَا - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : الأستاذ بلبشير يعقوب أستاذ مساعد ، كلية الحقوق جامعة الشلف - الجزائر.....85
6. نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي : الدكتور شكري الدربالي ، حاصل على الدكتوراه في العلوم الإسلامية ، جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية.....116
7. حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة قبل التعاقد : رحال بومدين ، طالب دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة طاهري محمد، بشار-الجزائر.....130
8. دعوى طرد محتل بدون سند قانوني نموذجاً : الأستاذ عبد اللطيف اكدي ، باحث بالسنة الثانية من سلك الدكتوراه شعبة القانون الخاص ، جامعة عبد الملك السعدي - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة المملكة المغربية163

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الثامن والخمسين لشهر غشت 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدالك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الثامن والخمسين لشهر غشت 2017 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد سعدنا بالتواصل في هذا العدد مع الأشقاء بفلسطين و بجامعة الملك عبد العزيز بجدة بالمملكة العربية السعودية ، وكلية الحقوق جامعة الشلف بالجزائر، وجامعة الزيتونة بالجمهورية التونسية، ثم جامعة طاهري محمد، بشار بالجزائر، ، وجامعة عبد الملك السعدي ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة بالمملكة المغربية.

وقد زخر العدد الجديد بمجموعة من الدراسات والأبحاث القيمة من بينها :

- الفُرُوقُ فِي نِظَامِ الإِجْرَاءَاتِ الجَزَائِيَّةِ السُّعُودِي - دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام.
- القواعد الفقهية ودورها في حفظ الثروة الحيوانية.
- إِلْزَامَاتُ ابْنِ حَزْمٍ الطَّاهِرِيِّ لِلْفُقَهَاءِ فِي مَسَائِلِ رَفْعِ الحَدَثِ دِرَاسَةٌ وَتَقْوِيمًا.
- الطَّبِيعَةُ القَانُونِيَّةُ لِلخِطْبَةِ وَأَثَارِ العَدُولِ عِنهَا - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي.
- حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة قبل التعاقد.
- دعوى طرد محتل بدون سند قانوني.

ختاماً لا تنسوننا من توجيهااتكم ودعائكم ، ونتمنى لكم تصفحاً ممتعاً بين جنبات هذا العدد الجديد، والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدالك

www.majalah.new.ma

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

الفُرُوقُ فِي نِظَامِ الإِجْرَاءَاتِ الْجَزَائِيَةِ السُّعُودِيَّةِ - دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام -



أ.د. عبدالرحمن بن نافع السُّلَمِي
أستاذ الدراسات القضائية بجامعة
الملك عبدالعزيز بجدة - السعودية

مستخلص البحث :

يستطلع هذا البحث الفروق بين المصطلحات المتشابهة صورة، والمختلفة حكماً في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، وتنبع أهمية هذا البحث من أهمية البحث في علم الفروق الذي يعد من أعظم العلوم نفعاً، وأجلها قدراً، وأدقها نظراً وفكراً، والبحث فيه يبني ملكة علمية تقوي الفهم، وتشحذ الذهن، وتساعد على التمييز بين المسائل المتشابهة. وقد اشتمل هذا البحث على مقدمة وستة مباحث وخاتمة وقائمة بالمصادر والمراجع، ففي المبحث الأول ذكرت الفرق بين نظام الإجراءات الجزائية ونظام المرافعات الشرعية، وفي المبحث الثاني وضحت الفرق بين البلاغ والشكوى، وفي المبحث الثالث تعرضت للفرق بين حفظ الأوراق وحفظ الدعوى، وفي المبحث الرابع بينت الفرق بين القبض والاستيقاف، وفي المبحث الخامس ناقشت الفرق بين الاستجواب وسؤال المتهم، وفي المبحث السادس درست الفرق بين الشاهد والخبير، ثم ختمت البحث بخاتمة ذكرت فيها أهم نتائج البحث، ثم وضعت قائمة بمصادر ومراجع البحث.

المُقَدِّمَةُ :

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ}. [سورة آل عمران : 102].

{ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً }

وَأَتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا} . [سورة النساء : 1].

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا * يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا}. [سورة الأحزاب : 70-71].

أما بعد :

فإن علم الفروق يبين أسرار العلوم، وحقائقها، ومداركها، حيث يدرك به وجوه الاتفاق والاختلاف بين المسائل، فيلحق كل فرع بأصله، ويعطى النظر حكم نظيره، فيجمع بين مؤتلفها، ويفرق بين مختلفها؛ مما يبني ملكة علمية تقوي الفهم، وتشحذ الذهن، وتساعد على التمييز بين المسائل المتشابهة.

قال جمال الدين الإسني : "إن المطارحة بالمسائل ذوات المآخذ المؤتلفة المتفقة، والأجوبة المختلفة المفترقة، مما يثير أفكار الحاضرين في المسالك، ويبعثها على اقتناص أبقار المدارك، ويميز أقدار الفضلاء، ومواضع مجال العلماء"⁽¹⁾. وقد احتوت الأنظمة العدلية السعودية على العديد من المصطلحات المتشابهة صورة، والمختلفة حكماً؛ ومن تلك الأنظمة نظام الإجراءات الجزائية السعودي⁽²⁾، الذي اشتمل على مصطلحات مهمة، بينها تشابه وافتراق؛ تحتاج إلى بيان وتوضيح، لذلك رأيت أن أجمع أهم هذه المصطلحات، وأقوم بشرحها؛ ليزول الإشكال في فهمها وتطبيقها، ولأشجع غيري من الباحثين على جمع ودراسة مسائل الفروق في غيره من الأنظمة العدلية.

● الدراسات السابقة :

- الفروق أو خلاصة القانون أصولاً وفروقا تأليف مراد فرج، مطبعة الرغائب بمصر في 27 إبريل 1917هـ.

وقد قسم المؤلف كتابه إلى خمسة أقسام: مدني، ومرافعات، وتجاري، وجنائي، ثم قسم عام، وفرق بين هذه الأقسام بشكل عام موضحاً كل قسم على حدة، وقد تطرق المؤلف إلى أصول المسائل القانونية وأقسامها، وبين الفروق والمزايا وأوجه الشبه بينها وبين بعضها ووصف كتابه بأنه كتاب موجز مقرب للبعيد جامع للشكوك مفرق بين المتشابهات يميز بين المتنوعات.

● دراسات أخرى :

سجلت 4 رسائل دكتوراه⁽³⁾ في الفروق المتعلقة بالأنظمة العدلية السعودية في مسار الدراسات القضائية بقسم الشريعة والدارسات الإسلامية بجامعة الملك عبدالعزيز بجدة وهي :

1. الفروق في الأنظمة العدلية السعودية دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام إعداد الطالب : إبراهيم بن سليمان الغامدي، نوقشت في شعبان 1436هـ-2015م.
2. الفروق بين القديم والجديد في الأنظمة العدلية السعودية دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام إعداد الطالب: إبراهيم بن منيع النحياي، نوقشت في رمضان 1437هـ-2016م.

(1) مطالع الدقائق في تحرير الجوامع والفوارق ص1.

(2) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ.

(3) سجلت هذه الرسائل بعد تحكيم هذا البحث، فأحببت وأنا أعد بحثي هذا للنشر أن أفيد الباحثين بهذه الرسائل العلمية، وكنت أهدف من كتابتي لهذا البحث حث طلبة الدراسات العليا المتخصصين على تسجيل موضوعات موسعة عن الفروق في الأنظمة العدلية السعودية، فحصل المقصود والله الحمد.

3. الفروق في أنظمة الجرائم التعزيرية في السعودية دراسة مقارنة في ضوء الفقه والنظام إعداد الطالب : عبد اللطيف بن عبد الله بن محمد الغامدي 1435هـ - 2014م.
4. الفروق في الأنظمة السعودية المتعلقة بالجرائم الاقتصادية دراسة مقارنة في الفقه والنظام إعداد الطالب: صالح حسن ربيع النفيعي 1435 - 2014م.

وقد اشتمل هذا البحث على مقدمة، وستة مباحث، وخاتمة، وفهرس للمصادر والمراجع؛ وذلك على النحو الآتي :

المقدمة.

المبحث الأول : الفرق بين نظام الإجراءات الجزائية ونظام المرافعات الشرعية.

المطلب الأول : نظام الإجراءات الجزائية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : نظام المرافعات الشرعية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين نظام الإجراءات الجزائية ونظام المرافعات الشرعية.

المبحث الثاني : الفرق بين البلاغ والشكوى.

المطلب الأول : البلاغ في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : الشكوى في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين البلاغ والشكوى.

المبحث الثالث : الفرق بين حفظ الأوراق وحفظ الدعوى.

المطلب الأول: حفظ الأوراق في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أسباب حفظ الأوراق.

المطلب الثالث: حفظ الدعوى في اللغة والاصطلاح.

المطلب الرابع: مواطن الاتفاق والاختلاف بين حفظ الأوراق وحفظ الدعوى.

المبحث الرابع : الفرق بين القبض والاستيقاف.

المطلب الأول : القبض في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : مشروعية القبض.

المطلب الثالث : الاستيقاف في اللغة والاصطلاح.

المطلب الرابع : مواطن الاختلاف بين القبض والاستيقاف.

المبحث الخامس : الفرق بين الاستجواب وسؤال المتهم.

المطلب الأول : الاستجواب في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : أهداف الاستجواب.

المطلب الثالث : مشروعية الاستجواب.

المطلب الرابع : سؤال المتهم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الخامس : مشروعية سؤال المتهم.

المطلب السادس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الاستجواب وسؤال المتهم.

- المبحث السادس : الفرق بين الشاهد والخبير.
 المطلب الأول : الشاهد في اللغة والاصطلاح.
 المطلب الثاني : مشروعية الشهادة.
 المطلب الثالث : الخبر في اللغة والاصطلاح.
 المطلب الرابع : مشروعية الخبرة.
 المطلب الخامس : مواطن الاتفاق والاختلاف بين الشاهد والخبير.
 الخاتمة.

فهرس المصادر والمراجع.

• منهج البحث :

وقد سرت في هذا البحث وفق منهج البحث العلمي المتبع، وأهم الأمور التي التزمت بها في هذا البحث ما يأتي:

1. الالتزام عند كتابة آيات القرآن الكريم بذكر السورة ورقم الآية.
2. توثيق النصوص والمذاهب والآراء من مصادرها المعتمدة.
3. توضيح المصطلحات والعبارات الغامضة من مصادرها المعتمدة.
4. الاقتصار على ذكر أهم الفروق الواردة في النظام حسب تقديري واجتهادي.
5. ذكر أهم مواطن الاتفاق والاختلاف بين المصطلحين المراد التفريق بينهما، وتارة أقتصر على مواطن الاختلاف فقط.

وختاماً أسأل الله - سبحانه وتعالى - أن أكون قد وفقت في دراسة هذا الموضوع، وبيانه، وتوضيحه، كما أسأله أن ينفع بهذا العمل، وأن يجعله من العلم النافع الذي لا ينقطع أجره، إنه على ذلك قدير، وبالإجابة جدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

المبحث الأول : الفرق بين نظام الإجراءات الجزائية ونظام المرافعات الشرعية.

المطلب الأول : نظام الإجراءات الجزائية في اللغة والاصطلاح.

• النظام في اللغة : من نظم ينظم نظاماً ونظاماً، والنون والطاء والميم أصل يدل على تأليف شيء وتكثيفه، و نظمت اللؤلؤ أي جمعته في السلك وكل شيء قرنته بآخر أو ضمنت بعضه إلى بعض ، فقد نظمته، والنظام الترتيب والاتساق، ويقال نظام الأمر قوامه وعماده⁽¹⁾.

• الإجراءات في اللغة : الإجراءات جمع إجراء، من أجرى الأمر أمضاه، ويقال أجرى القصاص أوقعه، وأجرى الماء أساله و السفينة سيرها و فلاناً في حاجته أرسله، وأجرى عليه كذا : أي أدمت له، ومنه جرى الفرس جرياً وجرأ إذا اندفع وسار، وجرى الماء جرياناً وجرية إذا اندفع في الحدار واستواء أو مرَّ سريعاً⁽²⁾.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة 443/5؛ لسان العرب 578/12؛ المعجم الوسيط 933/2.

(2) انظر: تاج العروس 350/37؛ المعجم الوسيط 119/1؛ المنجد في اللغة ص 88-89.

ويمكن القول بأن معنى الإجراء اللغوي القريب من المعنى الاصطلاحي المستخدم حالياً هو: إرسال الأشياء في مجاريها المعتادة لتصل إلى غايتها المقصودة.

• الجزائية في اللغة: من جزي أو جزي يقال جزيته فلاناً أجزيه جزاءً وجازيته مجازةً، والجيم والزاء والياء قيام الشيء مقام غيره ومكافأته إليه، ويطلق الجزاء على عدة معان منها: المكافأة على الشيء، وذلك كقوله تعالى: {وذلك جزاء من تزكى}. [طه:76].

ومنها: العقوبة، قال الله تعالى: {قالوا فما جزاؤه إن كنتم كاذبين}. [يوسف:74]. أي ما هي عقوبته؟. ويطلق على القضاء، قال الله تعالى: {واتقوا يوماً لا تجزي نفس عن نفس شيئاً}. [البقرة:48]. أي لا تقضي فيه نفس عن نفس شيئاً⁽¹⁾.

• الإجراءات الجزائية في الاصطلاح: عرفت بأنها: "القواعد والمبادئ التي تحكم الدعوى العقابية أو الجزائية من ضبط الجريمة، والكشف عنها، وتحقيقها إلى الحكم على مرتكبيها، وتنفيذ هذا الحكم على المحكوم عليه، كما تشمل قواعد الاختصاص والتنظيم القضائي"⁽²⁾.

وعرفت أيضاً بأنها: "مجموعة من القواعد القانونية تنظم النشاط الذي تباشره السلطات العامة بسبب جريمة ارتكبت، وتستهدف به تحديد المسؤول عنها وإنزال العقوبة أو التدبير الاحترازي به"⁽³⁾.

وتلتقي تعريفات الإجراءات الجزائية في إثبات أن الإجراءات الجزائية هي طريق الدولة لممارسة حقها في معاقبة من ارتكب الجريمة، من خلال تحديد الخطوات والوسائل التي تمكن السلطات المختصة من ممارسة اختصاصاتها المقررة لها في الدعوى الجزائية⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: نظام المرافعات الشرعية في اللغة والاصطلاح.

• سبق تعريف النظام في المطلب الأول. أما المرافعات في اللغة: فهي جمع مرافعة، والمرافعة من رفع، والراء والفاء والعين أصل واحد يدل على خلاف الوضع تقول رفعت الشيء رفعا وهو خلاف الخفض، ومن الباب الرفع بمعنى تقريب الشيء، قال الله جل ثناؤه: {وفرش مرفوعة}. [الواقعة:34]. أي مقربة لهم. والرفع إذاعة الشيء وإظهاره. ورافعه إلى الحاكم وغيره إذا شكاه، وترافعا إلى الحاكم أي تحاكما، و ترفع الحامي عن المتهم أمام القضاء أي دافع عنه بالحجة⁽⁵⁾.

• والشرعية في اللغة: نسبة إلى الشريعة من شرع، والشين والراء والعين أصل واحد وهو شيء يفتح في امتداد يكون فيه، والشريعة مشرعة الماء، وهي مورد الشاربة، واشتق من ذلك الشرعة في الدين، والشرعية ما شرع الله لعباده من الدين وقد شرع لهم أي سن⁽⁶⁾.

(1) انظر: تهذيب اللغة 99-98/11: معجم مقاييس اللغة 456-455/1: تاج العروس 350/37.

(2) تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية لمحمود مصطفى ص 8.

(3) شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 1.

(4) انظر: الإجراءات الجزائية في نظام مكافحة الغش التجاري السعودي لطلال المطرفي ص 9.

(5) انظر: معجم مقاييس اللغة 423/2: المعجم الوسيط 360/1.

(6) انظر: معجم مقاييس اللغة 262/3: مختار الصحاح ص 141.

• المرافعات الشرعية في الاصطلاح : جاء تعريف المرافعة بمعناها الاصطلاحي في المعجم

الوسيط بأنها: " إجراءات مقررة لتصحيح الدعوى و السير فيها"⁽¹⁾. كما جاء فيه تعريف قانون المرافعات بأنه : " قانون ينظم الإجراءات التي تتبع في رفع الدعوى أمام المحاكم"⁽²⁾.

وعرف الشيخ عبدالله آل خنين فقه المرافعات بأنه : "الأحكام والقواعد التي تنظم سير المرافعة وما يتعلق به منذ بداية الدعوى حتى الفصل فيها"⁽³⁾.

كما عرف نظام المرافعات بأنه: " النصوص الفقهية المقررة لتنظيم قواعد وأحكام سير المرافعة وما يتعلق بها منذ بداية الدعوى حتى الفصل فيها"⁽⁴⁾.

ويتضح مما سبق أن المقصود بنظام المرافعات هو النظام الذي ينظم أصول المحاكمات والطرائق التي ينبغي أن تتبع منذ بداية المحاكمة حتى نهايتها⁽⁵⁾.

المطلب الثالث : مواطن الاتفاق والاختلاف بين نظام الإجراءات الجزائية ونظام المرافعات الشرعية.
أولاً: مواطن الاتفاق:

يتفق نظام الإجراءات الجزائية والمرافعات الشرعية في أن كلاً منهما ينظم إجراءات الدعوى دون التعامل مع موضوعها⁽⁶⁾.

ثانياً: مواطن الاختلاف :

يختلف هذان النظامان في الموضوع، فموضوع نظام الإجراءات الجزائية هو الدعوى الجزائية العامة، أما موضوع نظام المرافعات الشرعية فهو دعوى الحقوق الخاصة أي حقوق الأدميين.

والجدير بالذكر أن نظام الإجراءات الجزائية لم يغفل الحديث عن الحقوق الخاصة التي تنتج عن القضايا الجنائية.

جاء في (م/16) من نظام الإجراءات الجزائية : " للمجني عليه أو من ينوب عنه، ولوارثه من بعده، حق رفع الدعوى الجزائية في جميع القضايا التي يتعلق بها حق خاص، ومباشرة هذه الدعوى أمام المحكمة المختصة، وعلى المحكمة في هذه الحالة تبليغ المدعي العام بالحضور" .

وجاء في (م/69) : " لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقه الخاص أثناء التحقيق في الدعوى، ويفصل المحقق في مدى قبول هذا الادعاء خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه إليه. ولن رُفصَ طلبه أن يعترض على هذا القرار لدى رئيس الدائرة التي يتبعها المحقق خلال أسبوع من تاريخ إبلاغه بالقرار، ويكون قرار رئيس الدائرة في مرحلة التحقيق نهائياً".

كما أجاز نظام الإجراءات الجزائية الأخذ بالأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية جاء في (م/218): " تطبق الأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية فيما لم يرد له حكم في هذا النظام، وفيما لا يتعارض مع طبيعة القضايا الجزائية" .

وقد وضع النظام شرطين لتطبيق أحكام نظام المرافعات الشرعية :

(1) المعجم الوسيط 360/1.

(2) المصدر نفسه.

(3) المدخل إلى فقه المرافعات ص20.

(4) المصدر نفسه ص181 .

(5) انظر: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ(السُّلطة القضائية) لظافر القاسمي 438 :45/2.

(6) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص13: الإجراءات الجنائية لعبد الحميد الحرقان ص17.

الشرط الأول : عدم وجود حكم في المسألة في نظام الإجراءات الجزائية.

الشرط الثاني : أن لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الجزائية.

وتتضح أهمية الشرط الثاني إذا عرفنا أن في نظام المرافعات الشرعية أحكاماً تتعارض مع طبيعة القضايا الجزائية فلا يمكن تطبيقها عليها، ومن ذلك انقطاع الخصومة، وشطب الدعوى، وغيرها⁽¹⁾.

• وما يجدر ذكره أيضاً أن فقهاء الشريعة قد قسموا الدعوى بالنظر إلى تنوع الشيء المدعى به إلى قسمين: 1- دعوى تهمة وعدوان (الدعوى الجنائية) 2- دعوى غير التهمة والعدوان (الدعوى المدنية والأموال)⁽²⁾. وقد عرف شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- دعوى التهمة والعدوان فقال: "دعوى التهمة أن يدعى فعل محرّم على المطلوب يوجب عقوبته، مثل قطع الطريق أو القتل أو سرقة أو غير ذلك"⁽³⁾.

ومحل دعوى التهمة هو ارتكاب محظورات شرعية زجر الله عنها بجد أو تعزير أو قصاص في الدنيا، ومعنى ذلك أن المدعى به في دعوى التهمة هو ارتكاب فعل محرّم يستوجب فاعله العقاب شرعاً. أما دعوى غير التهمة والعدوان فلا يكون المدعى به فيها كذلك، وإنما قد يكون عيناً منقولاً أو عقاراً، أو ديناً، أو حقاً شرعياً محضاً⁽⁴⁾.

أي أن دعوى غير التهمة يكون محلها في الأصل مباحاً ومشروعاً وجائزاً، ولكن حصل الاختلاف بين الطرفين في هذا الفعل أو في آثاره ونتائجه، أو أساء أحد الأطراف حقه في الاستعمال أو تجاوز حدوده، كدعوى البيع والشركة في دعوى الأموال، وكدعوى الرضاعة، والنسب، والشفعة، وغير ذلك في دعوى الحقوق الشرعية⁽⁵⁾.

• وما يوضح لنا الفروق بين نظام الإجراءات الجزائية ونظام المرافعات الشرعية معرفة الفروق بين قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية؛ ومن أهم هذه الفروق ما يأتي⁽⁶⁾:

1. قانون الإجراءات الجزائية ينظم الدعوى الجنائية، في حين أن قانون المرافعات المدنية والتجارية ينظم الدعوى المدنية.

2. تطبيق العقوبات لا يتصور دون دعوى جنائية يتدخل فيها القضاء، في حين أن الأصل في القانون المدني أو التجاري أن تطبق قواعده بالتراضي.

3. إذا حصل نزاع مدني أو تجاري فيجوز أن يعهد أطرافه به إلى التحكيم في حين أنه لا وجود للتحكيم في الإجراءات الجنائية.

4. من المراحل الأساسية في الدعوى الجنائية مرحلة التحقيق الابتدائي، بل قد يسبق التحقيق استدلال، ويعني ذلك أن الأصل في الدعوى الجنائية ألا تقام أمام القضاء مباشرة، وفي مقابل ذلك فإن الدعوى المدنية تقام أمام القضاء مباشرة.

• وما يبين لنا الفروق بين قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية أيضاً، معرفة الفروق بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية، ومن أهم هذه الفروق ما يأتي⁽⁷⁾:

(1) انظر: دفع الدعوى الجزائية أثناء المحاكمة لعبدالرحمن البليبي ص 26-27.

(2) انظر: الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات لابن أبي الدم ص 154؛ مجموع الفتاوى لابن تيمية 389/35.

(3) مجموع الفتاوى 389/35.

(4) انظر: الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات لابن أبي الدم ص 154.

(5) انظر: في الدعوى الجنائية لفؤاد عبدالمنعم ص 154.

(6) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني، ص 14-15، 58.

(7) انظر: المصدر نفسه.

1. أن المدعي في الدعوى الجنائية هو المجتمع؛ حيث ارتكبت الجريمة إضراراً به، والمدعى عليه في هذه الدعوى هو المسؤول عن الجريمة، أي فاعلها أو الشريك فيها. أما المدعي في الدعوى المدنية فهو الشخص الذي أصابه الضرر من جراء الجريمة، ويعد مدعياً فيها كذلك كل شخص يخلف المتضرر في حقه، والمدعى عليه في الدعوى المدنية هو المسؤول عن تعويض الضرر، وهو بصفة أساسية المتهم؛ ولكن قد يكون المتهم سواء كوارثه مثلاً.
2. أن موضوع الدعوى الجنائية - أي ما يطالب به ممثل المجتمع - هو العقوبة أو التدبير الاحترازي، أما موضوع الدعوى المدنية فهو التعويض.
3. ليس لممثل المجتمع أن يتنازل أو يتصالح عن الدعوى الجنائية سواء قبل تحريكها أو بعد ذلك، وفي الدعوى المدنية للمدعي أن يتنازل أو يتصالح عنها في أية حالة كانت.
4. لا يتقيد القاضي في الدعوى الجنائية بطلبات ممثل المجتمع، بل له أن يحكم على الواقعة بعقوبات أشد مما طلبه، أما في الدعوى المدنية فيتقيد القاضي بطلبات المدعي، ولا يجوز له أن يحكم بأكثر مما طلبه.

المبحث الثاني: الفرق بين البلاغ والشكوى:

المطلب الأول: البلاغ في اللغة والاصطلاح.

• البلاغ في اللغة: من بلغ الشيء يبلغه بلوغاً وبلاغاً: أي وصل وانتهى، ومنه قول أبي قيس بن الأسلت:

قالت ولم تقصد لقليل الحنى ***** مهلاً فقد أبلغت أسماعي

والباء واللام والغين أصل واحد وهو الوصول إلى المكان، تقول بلغت المكان إذا وصلت إليه، وتبلغ بالشيء: وصل إلى مراده، والبلاغ: ما بلغك، ويطلق على الكفاية، والإبلاغ: الإيصال، وكذلك التبليغ والاسم منه البلاغ، ومنه البلاغة التي يمدح الفصيح اللسان بها؛ لأنه يبلغ بها ما يريد، والبلاغات: الوشايات⁽¹⁾.

• البلاغ في الاصطلاح: جاء تعريف البلاغ في مشروع اللائحة التنفيذية بأنه: "نقل العلم بوقوع حادث أو جريمة إلى السلطات المختصة كتابة أو شفاهة"⁽²⁾.

وقيل هو: "إخطار يقدمه أي شخص إلى السلطات المختصة عند وقوع جريمة"⁽³⁾.

وعرف أيضاً بأنه: "التصرف الذي بمقتضاه يخبر شخص ما السلطات عن ارتكاب جريمة"⁽⁴⁾.

وقيل أيضاً هو: "عبارة عن إعلام سلطات الضبط الجنائي أو السلطات المختصة بوقوع جريمة أو بأن هنالك جريمة سوف تقع بناء على أسباب معقولة"⁽⁵⁾.

• وينقسم البلاغ إلى قسمين:

القسم الأول: البلاغ الجوازي: وهو قيام كل فرد وصل إلى علمه نبأ وقوع الجريمة بالإبلاغ عنها سواء كان ذلك شفهيّاً أو كتابياً إلى جهة التحقيق أو إلى أحد مأموري الضبط الجنائي بشرط أن تكون تلك الجريمة مما يجوز رفع الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى أو طلب⁽⁶⁾.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة 1/301-302؛ لسان العرب 8/420-421.

(2) انظر: مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية. وهو مشروع لم يعتمد وقد كتب على نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/39) وتاريخ 1422/7/28هـ، ويفضل بعض الزملاء عدم الرجوع إليه في البحوث والدراسات لأنه لم يعتمد؛ لكن المتأمل لهذا المشروع يجده كتب بعناية، وفيه فوائد وإضافات جديدة بالنقل.

(3) الإجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص333.

(4) اختصاص رجال الضبط القضائي للحلبي ص110.

(5) المرجع نفسه ص109.

(6) انظر: أصول الإجراءات الجنائية لحسن المرصفاوي ص303.

القسم الثاني: البلاغ الوجوبي: وهو قيام كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز لجهة التحقيق رفع دعوى عنها بغير شكوى أو طلب بالإبلاغ عنها فوراً إلى جهة التحقيق أو أقرب مأمور من مأموري الضبط الجنائي⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الشكوى في اللغة والاصطلاح.

• الشكوى في اللغة: من شكا الرجل أمره يشكو شكواً و شكاوة و شكاية إذا أخبرته عنه بسوء فعله بك، فهو مشكو و مشكي، والاسم الشكوى، والشكاية والشكية: إظهار ما يصفك به غيرك من المكروه، والاشتكاء إظهار ما بك من مكروه أو مرض ونحوه. وفي التنزيل العزيز: {إنما أشكو بثي وحزني إلى الله}. [يوسف:86]. والشكو أصل واحد يدل على توجع من شيء، وأصل الشكو فَتَحَ الشَّكْوَةَ، وإظهار ما فيها، وهي سِقَاءٌ صَغِيرٌ، وكأنه في الأصل اسْتِعَارَةٌ كَقَوْلِهِمْ: بَثَّتْ لَهُ مَا فِي وَعَائِي، وَنَفَضَتْ لَهُ مَا فِي جِرَابِي، إِذَا أَظْهَرْتَ مَا فِي قَلْبِكَ. والشكوى: التهمة، يقال: يشتكي بكذا أي: يتهم⁽²⁾.

• الشكوى في الاصطلاح: عرّف الشكوى بأنها: "تعبير المجني عليه عن إرادته في أن تتخذ الإجراءات الجنائية الناشئة عن الجريمة"⁽³⁾.

وقيل هي: "تعبير عن إرادة المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية ضد المشكو في حقه لإثبات مسؤوليته الجنائية ومعاقبته قانونياً"⁽⁴⁾.

وعرفت أيضاً بأنها: "إجراء مباشر من شخص معين، وهو المجني عليه في جرائم محددة يعبر عن إرادته الصريحة في تحريك ورفع الدعوى الجنائية لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقوبة بالنسبة للمشكو"⁽⁵⁾.

وعرّف في مشروع اللائحة التنفيذية بأنها: "ادعاء من المجني عليه أو من ينوب عنه ضد شخص ارتكب جريمة يُقَدَّمُ للسلطة العامة، أو لأحد رجال الضبط الجنائي، أو عضو الهيئة المختص، شفاة أو كتابة، أو إلى الجهة القضائية المختصة"⁽⁶⁾.

المطلب الثالث: مواطن الاتفاق والاختلاف بين البلاغ والشكوى.

أولاً: مواطن الاتفاق:

يتفق البلاغ والشكوى في أن كلاهما يقدمان إلى رجال الضبط الجنائي⁽⁷⁾ (8).
جاء في (م/27) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي ما نصه:

(1) انظر: المصدر نفسه؛ الإجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص 81.

(2) انظر: معجم مقاييس اللغة 207/3؛ لسان العرب 439/14-440؛ تاج العروس 38/388.

(3) شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 119.

(4) الاجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص 81.

(5) قانون الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ص 64.

(6) انظر: مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.

(7) انظر: الإجراءات الجنائية لسعد بن ظفير ص 19.

(8) حددت (م/26) من نظام الإجراءات الجزائية من يقوم بأعمال الضبط الجنائي، حسب المهام الموكولة إليهم، وهم كل من: 1- أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام، في مجال اختصاصهم. 2- مديري الشرط ومعاونتهم في المدن والمحافظات والمراكز. 3- الضباط في جميع القطاعات العسكرية - كل بحسب المهمات الموكولة إليه - في الجرائم التي تقع ضمن اختصاص كل منهم. 4- محافظي المحافظات ورؤساء المراكز. 5- رؤساء المراكب السعودية البحرية والجوية، في الجرائم التي ترتكب على متنها. 6- رؤساء مراكز هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، في حدود اختصاصهم. 7- الموظفين والأشخاص الذين خولوا صلاحيات الضبط الجنائي، بموجب أنظمة خاصة. 8- الجهات واللجان والأشخاص الذين يكلفون بالتحقيق، بحسب ما تقضي به الأنظمة.

" على رجال الضبط الجنائي كل بحسب اختصاصه أن يقبلوا البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم في جميع الجرائم، وعليهم وعلى رؤوسهم تحت إشرافهم أن يقوموا بفحصها وجمع المعلومات المتعلقة بها في محضر يوقعون عليه، ويسجلوا ملخصها وتاريخها في سجل يعد لذلك، مع إبلاغ هيئة التحقيق والادعاء العام بذلك فوراً. ويجب أن ينتقل رجل الضبط الجنائي بنفسه إلى مكان الحادث للمحافظة عليه، وضبط كل ما يتعلق بالجريمة، والمحافظة على أدلتها، والقيام بالإجراءات التي تقتضيها الحال، وعليه أن يثبت جميع هذه الإجراءات في محضر خاص بذلك يوقع عليه هو ومعاونوه".

ثانياً: مواطن الاختلاف :

من أهم الأمور التي يختلف فيها البلاغ عن الشكوى ما يأتي :

1. البلاغ يقدم من أي شخص الغالب فيه أنه غير متضرر في ذاته؛ ولكن يقصد بذلك مصلحة عامة، وقد يكون مقدم البلاغ متضرراً؛ ولكنه يبلغ لأجل الحق العام فقط، ولا يطالب بحق شخصي تجاه المتهم، ويمكن أن يكون البلاغ من الجاني نفسه بشرط أن يكون قبل علم الجهات المختصة بالجريمة وهو ما يعرف بالإقرار أو الاعتراف عند الفقهاء، فإذا كان لاحقاً لعلم الجهات المختصة أصبح اعترافاً فقط ولا يسمى بلاغاً⁽¹⁾.
2. أما الشكوى فلا بد أن تكون من المجني عليه أو من ينوب عنه أو وارثه من بعده⁽²⁾.
3. الأصل في إقامة الدعوى الجزائية أو إجراءات التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد أن تكون بناء على شكوى من المجني عليه أو من ينوب عنه أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة؛ إلا إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم⁽³⁾، أما البلاغ فلا يشترط فيه ذلك.
4. في البلاغ قد يعاقب الشخص الذي لم يبلغ عن الجريمة تواطئاً مع المتهمين بخلاف الشكوى⁽⁴⁾.
5. الشكوى حق خاص لصاحبها، وبناء عليه فله حق المطالبة، وله العفو والتنازل عما يخصه فقط، أما البلاغ فتجري فيه الأحكام التكليفية الخمسة (الوجوب والندب والإباحة والكرهية والتحریم)، وليس من حق صاحبه العفو أو التنازل؛ لأن هذا لا يخصه⁽⁵⁾.
6. الشكوى لا بد أن تكون ضد شخص معين بالذات لتحريك الدعوى الجنائية قبله، فلا يعتد بالشكوى التي يقدمها المجني عليه ضد مجهول، أما البلاغ فلا يشترط فيه ذلك؛ حيث يجوز أن يكون ضد معلوم ومجهول⁽⁶⁾.

(1) انظر: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط محمد الجبور ص 58؛ الإجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص 333؛ الإجراءات الجنائية لسعد بن ظفير ص 17-18.

(2) انظر: (م/17) من نظام الإجراءات الجزائية.

(3) انظر: (م/17) من نظام الإجراءات الجزائية.

(4) انظر: سلطات مأموري الضبط القضائي لطنطاوي ص 256-257؛ اختصاص رجال الضبط للحلي ص 114؛ الإجراءات الجنائية لسعد بن ظفير ص 18.

(5) انظر: (م/29) من نظام الإجراءات الجزائية؛ الإجراءات الجنائية ص 18-19.

(6) انظر: الإجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص 90.

المبحث الثالث : الفرق بين حفظ الأوراق وحفظ الدعوى.

المطلب الأول : حفظ الأوراق في اللغة والاصطلاح.

• حفظ الأوراق في اللغة :

• **الحفظ في اللغة :** من حفظ الشيء يحفظه حفظاً، والحاء والفاء والظاء أصل واحد يدل على مراعاة الشيء، وحفظ الشيء حرسه ورعاه، والحفظ التعاهد وقلة الغفلة، والحفاظة الذب والمنع، والتحفظ التيقظ والاحتراز⁽¹⁾.

• والأوراق في اللغة : جمع ورقة وهي الرقاق التي يكتب فيها أو يطبع عليها⁽²⁾.

• حفظ الأوراق في الاصطلاح :

هو إجراء تصدره هيئة التحقيق والإدعاء العام بوصفها سلطة استدلال وليس بوصفها سلطة تحقيق، ويترتب عليه عدول الهيئة عن توجيه الاتهام ورفع الدعوى العامة؛ لعدم صلاحيتها للسير فيها⁽³⁾.

وجاء تعريفه في مشروع اللائحة التنظيمية لنظام هيئة التحقيق والادعاء العام بأنه: "سوف النظر عن اتخاذ إجراءات التحقيق أو الادعاء العام من جانب الهيئة؛ لعدم ترجح ارتكاب جرم ما بناء على ما ورد في محضر جمع الاستدلال دون أن يجوز هذا القرار أي حجية".

وأمر الحفظ هنا إجراء إداري وليس إجراءً قضائياً؛ لأنه يصدر قبل تحريك الدعوى⁽⁴⁾ بإجراء من إجراءات التحقيق⁽⁵⁾.

جاء في (م/63) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه :

"للمحقق إذا رأى أن لا وجه للسير في الدعوى أن يوصي بحفظ الأوراق، ولرئيس الدائرة التي يتبعها الأمر بحفظها".

وجاء في (م/64) : "إذا صدر أمر بالحفظ وجب على المحقق إبلاغ المجني عليه والمدعي بالحق الخاص، وفي حال وفاة أحدهما يكون الإبلاغ لورثته جميعهم في مكان إقامة المتوفى".

المطلب الثاني : أسباب حفظ الأوراق.

جاء في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية (م 1/62)⁽⁶⁾ "للمحقق أن يوصي بحفظ الأوراق في الأحوال التالية :

أ. إذا لم تصح نسبة الوقائع إلى المتهم .

ب. إذا وجد مانع مسؤولية، أو عذر يعفي من العقاب.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة/2:87؛ تاج العروس/20:218-221.

(2) انظر: المعجم الوسيط 1/345، 2/1026.

(3) انظر: قانون الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ص293؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 403؛ مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ص341؛ الإجراءات الجنائية لسعد بن ظفير ص69.

(4) يقصد بتحريك الدعوى الجنائية: "العمل الافتتاحي للدعوى الجنائية أمام جهات التحقيق أو الحكم، ويعد تحريكاً للدعوى رفعها بمعرفة صاحب الحق الذي وقعت الجريمة اعتداء عليه أمام الجهات القضائية المختصة، وبعد قرار هيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة بإجراء التحقيق بمعرفتها أو انتداب الهيئة لأحد مأموري الضبط القضائي لإجراء عمل من أعمال التحقيق تحريكاً للدعوى الجنائية، ولا تعتبر إجراءات الاستدلال- وهي إجراءات تمهيدية تسبق الدعوى الجنائية- من أعمال التحقيق". (في الدعوى الجنائية لفؤاد عبد المنعم ص53).

(5) انظر: قانون الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ص293؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 403؛ مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ص341.

(6) المادة 62 في النظام القديم هي المادة 63 في النظام الجديد.

ت. إذا انقضت الدعوى الجزائية العامة أو الخاصة بإحدى الأحوال المذكورة في المادتين (22، 23) ⁽¹⁾ من هذا النظام .

ث. إذا كان الضرر الناتج عن الجريمة طفيفاً .

ج. إذا كانت الملاحقة القضائية تولد مفسدة تفوق بضررها ما يمكن أن تحققه من نتائج، وكان هذا الضرر أشد من ضرر الجريمة .

ح. إذا كان من شأن السير في الدعوى استفحال الخطر، أو زيادة العداوة والخصومات.

خ. إذا كانت الدعوى مقامة من جهة حكومية على أحد منسوبيها ورأت أن لا مصلحة من ملاحظته جنائياً .

د. إذا كان الفعل الجرمي ناتجاً عن إهمال الأبوين أو الأبناء، ولم يتأذ أحد غير أفراد الأسرة.

ذ. وقوع تجاوز يمكن تسويغه في مباشرة حق الولاية أو التعليم أو واجبات الوظيفة .

ر. التخالف في الجرائم المالية في غير جرائم الحدود .

ز. سحب المضرور دعواه التي لا تُحرِّك الدعوى العامة فيها إلا بناء على شكواه".

المطلب الثالث : حفظ الدعوى في اللغة والاصطلاح.

• **حفظ الدعوى في اللغة :** سبق تعريف الحفظ في المطلب الأول، أما الدعوى في اللغة فهي : من دعا يدعو

دعوة ودعوى، والجمع دعاوي ودعاوى بكسر الواو وفتحها⁽²⁾، وتطلق في اللغة على عدة معانٍ منها :

○ الطلب : يقال ادعيت الأمر إذا طلبته لنفسك⁽³⁾.

○ التمني : تقول ادعيت الشيء إذا تمنيته⁽⁴⁾.

○ الإخبار : يقال فلان يدعي بكرم فعالة أي يخبر بذلك عن نفسه⁽⁵⁾.

○ الزعم : تقول ادعيت الشيء، أي زعمته لي حقاً كان أو باطلاً⁽⁶⁾.

○ الدعاء : تقول اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين أو دعوى المسلمين⁽⁷⁾.

• **الدعوى في الاصطلاح :** عرّف الفقهاء الدعوى بتعريفات متعددة ومتنوعة⁽⁸⁾، ومن أجمع هذه

التعريفات وأصحها، تعريف الدعوى بأنها : "مطالبة مقبولة بحق لشخص أو حمايته في مجلس القضاء"⁽⁹⁾.

• **حفظ الدعوى في الاصطلاح :** "هو كل أمر يصدر من سلطة التحقيق - بعد تحقيق - متضمناً

عدم السير في الدعوى الجنائية لتوفر سبب من الأسباب التي تحول دون ذلك"⁽¹⁰⁾.

(1) نص المادة الثانية والعشرين هو: "تنقضي الدعوى الجزائية العامة في الحالات الآتية: 1- صدور حكم نهائي. 2- عفو ولي الأمر فيما يدخله العفو. 3- ما تكون التوبة فيه بضوابطها الشرعية مسقطاً للعقوبة. 4- وفاة المتهم. ولا يمنع ذلك من الاستمرار في دعوى الحق الخاص". ونص المادة الثالثة والعشرين هو: "تنقضي الدعوى الجزائية الخاصة في الحالتين الآتيتين: 1. صدور حكم نهائي. 2. عفو المجني عليه أو وارثه. ولا يمنع عفو المجني عليه، أو وارثه من الاستمرار في دعوى الحق العام".

(2) انظر: المصباح المنير 1/195-196.

(3) انظر: المصدر نفسه.

(4) انظر: المصدر نفسه.

(5) انظر: المصدر نفسه.

(6) انظر: لسان العرب 14/161.

(7) انظر: لسان العرب 14/257؛ التعريفات للجرجاني 1/139.

(8) انظر: الإهداء العام وأحكامه في الفقه والنظام لغوث ص36.

(9) انظر: العناية على الهداية 11/253؛ الفروق للقرافي 4/153؛ أسنى المطالب شرح روض الطالب 4/386؛ الإنصاف للمردواي 11/369.

(10) قانون الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ص421؛ الإجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص474.

وعُرِّفَ في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية بأنه: "صرف النظر مؤقتاً أو نهائياً عن إقامة الدعوى الجنائية أمام الجهات القضائية المختصة بناء على التحقيق".

جاء في (م/124) من نظام الإجراءات الجزائية: "إذا رأى المحقق بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة غير كافية أو أنه لا وجه لإقامة الدعوى، فيوصي رئيس الدائرة بحفظ الدعوى وبالإفراج عن المتهم الموقوف، إلا إذا كان موقوفاً لسبب آخر. ويعد أمر رئيس الدائرة بتأييد ذلك نافذاً، إلا في الجرائم الكبيرة فلا يكون الأمر نافذاً إلا بتصديق رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام أو من ينيبه.

ويجب أن يشمل الأمر بحفظ الدعوى الأسباب التي بُنيَ عليها، ويبلغ الأمر للمدعي بالحق الخاص، وأن له حق المطالبة بالحق الخاص أمام المحكمة المختصة وفق المادة (السادسة عشرة) من هذا النظام، وإذا كان قد توفي فيكون التبليغ لورثته جميعهم في مكان إقامته، ويكون التبليغ المذكور آنفاً وفق نموذج يعد لذلك، ويوقعه المحقق ورئيس الدائرة، وتسلم صورة مصدقة منه إلى المدعي بالحق الخاص أو ورثته - بعد التوقيع على الأصل بالتسليم - لتقديمها إلى المحكمة المختصة، ويسري ذلك على الأمر بحفظ الأوراق المنصوص عليه في المادة (الرابعة والستين) من هذا النظام".

وجاء في (م/125): "القرار الصادر بحفظ الدعوى لا يمنع من إعادة فتح ملف القضية والتحقيق فيها مرة أخرى متى ظهرت أدلة جديدة من شأنها تقوية الاتهام ضد المدعى عليه. ويعد من الأدلة الجديدة شهادة الشهود والمحاضر والأوراق الأخرى التي لم يسبق عرضها على المحقق".

المطلب الرابع: مواطن الاتفاق والاختلاف بين حفظ الأوراق وحفظ الدعوى.

أولاً: مواطن الاتفاق:

يتفق حفظ الأوراق وحفظ الدعوى في كونهما يصدران عن هيئة التحقيق والادعاء العام، كما يتفقان أيضاً في أنهما إجراء عدول ورجوع وليس إجراء استمرار وإقدام.

ثانياً: مواطن الاختلاف:

وأهم الأمور التي يختلف فيها حفظ الأوراق عن حفظ الدعوى ما يأتي:

○ الأمر بحفظ الأوراق لأنه لا وجه للسير في الدعوى إجراء إداري يصدر من هيئة التحقيق بصفتها سلطة جمع استدالات ولا يسبق هذا الأمر أي إجراء من إجراءات التحقيق؛ أما الأمر بحفظ الدعوى لعدم كفاية الأدلة فهو إجراء من إجراءات التحقيق أي لا بد أن يكون مسبوقاً بتحقيق⁽¹⁾.

○ ليس لأمر حفظ الأوراق حجية أو قوة، ولا يجوز الطعن فيه؛ لأن ذلك من خصائص الأعمال القضائية؛ وهو ليس منها؛ ولذلك يجوز لسطة التحقيق في أي وقت أن تراجع عنه ولو لم يظهر دليل جديد، وللمتضرر أن يتقدم بادعاء مباشر للمحكمة المختصة، أما حفظ الدعوى فيجوز الطعن فيه، ولا يجوز العودة إلى التحقيق فيه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة، كما لا يجوز للمتضرر الادعاء المباشر⁽²⁾.

○ الأمر بحفظ الأوراق لا يجوز فيه الطعن؛ إذ لا وجود لمصلحة تبرر الطعن، ذلك أن الرجوع في الأمر بحفظ الأوراق جائز، وكذلك للمتضرر أن يتقدم بادعاء مباشر للمحكمة المختصة لأنه إجراء إداري بخلاف حفظ الدعوى فإنه يجوز الطعن فيه⁽³⁾.

(1) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 406-409.

(2) انظر: المصدر نفسه.

(3) انظر: الإجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص 476؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية للغريب 1/942: الإجراءات الجنائية لسعد بن ظفير ص 165.

○ حفظ الأوراق يصدر من المحقق بتأييد من رئيس الدائرة، ويعد الأمر بالحفظ نافذاً، أما حفظ الدعوى فلا يكون نافذاً في الجرائم الكبيرة إلا بعد مصادقة رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام أو من ينيبه⁽¹⁾.

المبحث الرابع: الفرق بين القبض والاستيقاف.

المطلب الأول: القبض في اللغة والاصطلاح.

• القبض في اللغة:

خلاف البسط، والقاف والباء والضاد أصل واحد صحيح يدل على شيء مأخوذ، وتجمع في شيء، تقول قبضت الشيء من المال وغيره قبضاً، و قبضَ الطائر جناحه: جمعه، ويقال قبض على الشيء إذا أخذه بقبضة يده، وقبض على اللص أي أمسك به⁽²⁾.

• القبض في الاصطلاح:

عُرِّف القبض بأنه: "تقييد حرية الشخص أو التعرض له بإمساكه وحجزه ولو لفترة يسيرة تمهيداً لاتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق"⁽³⁾.

كما عُرِّف بأنه: "اعتداء على الحرية الشخصية بحجز المتهم وتقييد حريته في التجول والحركة"⁽⁴⁾.

وعُرِّف أيضاً بأنه: "إمساك الشخص من جسمه، وتقييد حركته، وحرمانه من حرية التجول دون أن يتعلّق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة"⁽⁵⁾.

وعرّفته اللائحة التنظيمية لهيئة التحقيق والادعاء العام بأنه: "مجموعة احتياطات وقتية للسيطرة على حركة المتهم بغية التحقق من شخصيته واتخاذ الإجراء حياله".

وجاء تعريفه في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية بأنه: "السيطرة على المتهم لاتخاذ الإجراءات النظامية حياله".

جاء في (م/33) من نظام الإجراءات الجزائية:

"لرجل الضبط الجنائي في حال التلبس بالجريمة القبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه؛ على أن يحرر محضراً بذلك، وأن يبادر بإبلاغ هيئة التحقيق والادعاء العام فوراً. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المقبوض عليه موقوفاً لأكثر من أربع وعشرين ساعة إلا بأمر كتابي من المحقق فإذا لم يكن المتهم حاضراً، فيجب على رجل الضبط الجنائي أن يصدر أمراً بالقبض عليه وإحضاره، وأن يبين ذلك في المحضر".

وجاء في (م/34) من نظام الإجراءات الجزائية:

"يجب على رجل الضبط الجنائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه، وإذا ترجح وجود دلائل كافية على اتهامه فيرسله خلال أربع وعشرين ساعة مع المحضر إلى المحقق الذي يجب عليه أن يستجوب المتهم المقبوض عليه خلال أربع وعشرين ساعة، ثم يأمر بتوقيفه أو الإفراج عنه".

وجاء في (م/35) من نظام الإجراءات الجزائية:

"في غير حالات التلبس بالجريمة، لا يجوز القبض على أي إنسان أو توقيفه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك".

(1) انظر: (م/124) من نظام الإجراءات الجزائية.

(2) انظر: معجم مقاييس اللغة 5/50؛ لسان العرب 7/213؛ المعجم الوسيط 2/711.

(3) الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية لمحمود بسيوني ص 68.

(4) الإجراءات الجنائية لإدوار الذهبي ص 344.

(5) أصول الإجراءات الجنائية لحسن المرصفاوي ص 335-336.

المطلب الثاني: مشروعية القبض.

من الأدلة على مشروعية القبض حديث أنس بن مالك -رضي الله عنه- أن نَفَرًا من عُكْلٍ ثَمَانِيَّةٍ قَدِمُوا على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فَبَايَعُوهُ على الإِسْلَامِ فَاسْتَوْخَمُوا⁽¹⁾ الأَرْضَ فَسَقَمَتِ أجْسَامُهُمْ فَشَكَوْا ذلك إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: أَفَلَا تَخْرُجُونَ مع رَاعِيِنَا في إِيْلِهِ فَتُصِيبُونَ من أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا. قالوا: بَلَى فَخَرَجُوا فَشَرَبُوا من أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا فَصَحُّوا. فَقتَلُوا رَاعِي رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وَأَطْرَدُوا النَّعَمَ. فَبَلَغَ ذلك رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَأَرْسَلَ في آثَارِهِمْ فَأَدْرِكُوا فَجِيءَ بِهِمْ فَأَمَرَ بِهِمْ فَقطَعَتْ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ وَسَمَرَ أَعْيُنَهُمْ⁽²⁾ ثُمَّ نَبَذَهُمْ في الشَّمْسِ حَتَّى مَاتُوا⁽³⁾.

وجه الدلالة: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمر بعض أصحابه -رضوان الله عليهم- بالقبض على هؤلاء النفر، وإحضارهم إليه.

المطلب الثالث: الاستيقاف في اللغة والاصطلاح.

• الاستيقاف في اللغة:

الاستيقاف من استوقفته أي سألته الوقوف، والوقوف خلاف الجلوس، من وقف بالمكان وقفة و وقوفاً، فهو واقف، والجمع وقوف و وقف، والواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تمكث في شيء ثم يقاس عليه⁽⁴⁾.

• الاستيقاف في الاصطلاح:

عُرِّفَ بأنه: "إيقاف لعابر سبيل عند الضرورة لتوافر شبهات كافية لسؤاله عن اسمه وعنوانه وجهته"⁽⁵⁾. كما عُرِّفَ بأنه: "إجراء يقوم به رجل السلطة العامة في سبيل التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها، ويسوغه اشتباه تبرره الظروف"⁽⁶⁾.

وعُرِّفَ أيضاً بأنه: "إجراء إداري يستلزم تدخل رجل السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية واختياراً موضع الريب والظنون؛ وذلك للتحري والكشف عن حقيقته"⁽⁷⁾.

لم أجد أي إشارة للاستيقاف في نظام الإجراءات الجزائية ولا في لائحته التنفيذية الجديدة؛ لكن تم ذكر الاستيقاف في مشروع اللائحة التنفيذية؛ حيث تم تعريفه بأنه: "طلب رجل السلطة العامة وقوف شخص يوجد في حالة تدعو للريبة والشك لاستجلاء حقيقة أمره".

وجاء في (م/2/33) من مشروع اللائحة التنفيذية أيضاً: " لرجل السلطة العامة استيقاف كل من يوجد في حال تدعو للاشتباه في أمره؛ وذلك لاستجلاء حاله، وسؤاله عما يُثبت شخصيته ووجهته، ولا يُعد هذا قبضاً على المتهم. وإذا ظهر من هذا الاستيقاف ما يستدعي التحفظ عليه فيسلم لرجل الضبط الجنائي".

(1) من استوخمت البلد إذا لم يوافق بدنك، وأصله من الوخم وهو ثقالة الطعام في المعدة. (انظر: عمدة القاري 204/18).

(2) سَمَرَ أَعْيُنَهُمْ بتخفيف الميم أي: أحى لها مسامير الحديد ثم كحلهم بها (انظر: مشارق الأنوار 220/2).

(3) أخرجه البخاري 6/2529، كتاب الديات، باب القسامة؛ ومسلم 2/1296 كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب حكم المحاربين والمرتدين.

(4) انظر: معجم مقاييس اللغة 6/135؛ لسان العرب 9/359-360.

(5) مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد 1/241؛ حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق لممدوح السبكي ص 226.

(6) أصول الإجراءات الجنائية لحسن المرصفاوي ص 336.

(7) سلطات مأموري الضبط القضائي لعادل صفا ص 267؛ وانظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 436؛ أصول الإجراءات الجنائية لحسن

المرصفاوي ص 339.

المطلب الرابع: مواطن الاختلاف بين القبض والاستيقاف:

من أبرز صور الاختلاف بين القبض والاستيقاف⁽¹⁾:

○ القبض من إجراءات التحقيق يباشره رجل الضبط الجنائي في حالة التلبس، أو حال صدور أمر من السلطة المختصة بشروط معينة، أما الاستيقاف فتارة يكون من إجراءات الضبط الإداري، وتارة من إجراءات الاستدلال، ويباشره رجال السلطة العامة، ولو لم يكونوا من رجال الضبط الجنائي.

○ التلبس بالجريمة شرط للقيام بإجراء القبض في أغلب الحالات، أما الاستيقاف فيكفي فيه مجرد الاشتباه، ولولم تكن هناك جريمة.

○ القبض فيه سلب لحرية المتهم مدة معينة من الزمن قد تصل إلى 48 ساعة كحد أقصى، وقد يتطلب الأمر استخدام القوة لتنفيذ ذلك، أما الاستيقاف فليس فيه سلب للحرية؛ إذ لا يبيح -على أوسع الآراء- أكثر من اصطحاب المشتبه فيه إلى أقرب رجل ضبط جنائي للتثبت من شأنه، كما أن الاستيقاف ليس فيه استعمال للقوة.

○ يجوز تفتيش المتهم في القبض، ولكن في الاستيقاف لا يجوز تفتيش الشخص الذي تم استيقافه، ولو كان التفتيش وقائياً، وغاية ما يمكن اتخاذه إذا أسفر الاستيقاف عن تلبس بالجريمة إحضار المتهم من قبل رجل السلطة العامة إلى أقرب رجل ضبط جنائي.

المبحث الخامس: الفرق بين الاستجواب وسؤال المتهم.**المطلب الأول: الاستجواب في اللغة الاصطلاح.**

● **الاستجواب في اللغة:** على وزن الاستفعال، وسين الاستفعال للطلب والسؤال، فالاستجواب طلب الجواب، والجواب: رديد الكلام، من أجاب يجيب جواباً فهو مجيب⁽²⁾.

● **والاستجواب في الاصطلاح هو:** "مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة والشبهات القائمة ضده، ومطالبته بالرد عليها؛ إما بإنكارها وإثبات فسادها، وإما بالتسليم بها، وما يستتبعه ذلك من اعتراف بالجريمة"⁽³⁾.

وقيل هو: "مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية في أمور التهمة وأحوالها وظروفها ومجابهته بما قام عليه من الأدلة، ومناقشته في أجوبته مناقشة يراد بها استخلاص الحقيقة التي يكون كاتماً لها"⁽⁴⁾.

وعرف أيضاً بأنه: "إجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يتثبت المحقق من شخصية المتهم، ويناقشه في التهمة المنسوبة إليه على وجه مفصل في الأدلة القائمة في الدعوى إثباتاً ونفياً"⁽⁵⁾.

وعرفه مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية بأنه: "سؤال المتهم ومواجهته بالأدلة أو بغيره من المشاركين في الجريمة أو بالشهود، وذلك لإثبات التهمة أو نفيها".

جاء في (م/109) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه: "يجب على المحقق أن يستجوب المتهم المقبوض عليه فوراً، وإذا تعذر ذلك فيودع مكان التوقيف إلى حين استجوابه. ويجب ألا تزيد مدة إيداعه على أربع وعشرين ساعة،

(1) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 436، سلطات مأموري الضبط لعادل صفا ص 267؛ مبادئ الإجراءات الجنائية لرؤوف عبيد ص 319؛ الإجراءات الجنائية لسعد بن ظفير ص 98-99؛ المواد 33، 35 من نظام الإجراءات الجزائية.

(2) انظر: طلبية الطلبة ص 102؛ لسان العرب 1/283.

(3) شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 572.

(4) المصدر نفسه، وذكر أنه تعريف محكمة النقض المصرية.

(5) قانون الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ص 338.

فإذا مضت هذه المدة دون استجوابه وجب على مدير التوقيف إبلاغ رئيس الدائرة التي يتبعها المحقق، وعلى الدائرة أن تبادر إلى استجوابه حالاً، أو تأمر بإخلاء سبيله".

وجاء في (م/66) من نظام الإجراءات الجزائية أن: "للمحقق أن يندب كتابة أحد رجال الضبط الجنائي للقيام بإجراء معين أو أكثر من إجراءات التحقيق، عدا استجواب المتهم..".

المطلب الثاني: أهداف الاستجواب.

من أهداف الاستجواب ما يأتي⁽¹⁾:

1. كشف ما بين إجابات المتهم من تناقض؛ وذلك بغية استخلاص الصحيح من هذه الإجابات وطرح الفاسد منها.

2. استظهار الحقيقة من وجهة نظر المتهم، أي تفسيره للأدلة والشبهات القائمة ضده.

3. الحصول على الاعتراف بالجريمة أو إتاحة الفرصة للدفاع المتهم عن نفسه.

المطلب الثالث: مشروعية الاستجواب.

من الأدلة على مشروعية الاستجواب ما يأتي:

1. عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال جاء ماعز بن مالك إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال يا رسول الله: طهرني. فقال: ويحك أرجع فاستغفر الله وتب إليه. قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله طهرني. فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: ويحك أرجع فاستغفر الله وتب إليه. قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله طهرني. فقال النبي -صلى الله عليه وسلم- مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فيما أظهرك. فقال: من الزنى. فسأل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أيه جنون فأخبر أنه ليس بمجنون. فقال: أشرب خمراً؟. فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمراً. قال: فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أزنيت؟. فقال: نعم. فأمر به فرجم، فكان الناس فيه فرقتين قائل يقول لقد هلك لقد أحاطت به خطيئته. وقائل يقول ما توبة أفضل من توبة ماعز أنه جاء إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فوضع يده في يده ثم قال اقتلني بالحجارة قال فليثوا بذلك يومين أو ثلاثة، ثم جاء رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وهم جلوس فسلم ثم جلس فقال: استغفروا لماعز بن مالك. قال: فقالوا غفر الله لماعز بن مالك. قال فقال: رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم. قال: ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد فقالت: يا رسول الله طهرني. فقال: ويحك أرجعي فاستغفري الله وتوبي إليه. فقالت: أراك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك. قال وما ذاك قالت: إنها حبلى من الزنى فقال أنت. قالت: نعم. فقال لها: حتى تضعي ما في بطنك. قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت. قال: فأتى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال: قد وضعت الغامدية. فقال: إذا لا نرجمها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه. فقام رجل من الأنصار فقال إني رضاءه يا نبي الله قال فرجمها⁽²⁾.

وجه الدلالة: مناقشة النبي -صلى الله عليه وسلم- التفصيلية للرجل والمرأة في هذا الحديث دليل عملي على مشروعية الاستجواب.

(1) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص572؛ قانون الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة 388؛ أصول الإجراءات الجنائية لحسن المرصفاوي ص 473.

(2) أخرجه مسلم 1322/3، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

2. حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني -رضي الله عنها- وفيه: (وَيَا أُنَيْسُ اغْدُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَسَلِّهَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمُهَا فَاعْتَرَفَتْ فَرَجَمَهَا) (1).

وجه الدلالة: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمر أنيساً -رضي الله عنه- أن يذهب إلى المرأة المتهمة بالزنى ويستجوبها، فاعترفت فرجمها.

المطلب الرابع: سؤال المتهم في اللغة والاصطلاح.

• سؤال المتهم في اللغة:

- السؤال في اللغة: الطلب، من سأل يسأل سؤالاً ومساءلة، وجمعها مسائل، يقال سأل الله العافية أي طلبها (2).
- والمتهم في اللغة: المظنون به سوءاً، من اتهم الرجل اتهاماً فهو تهيم، والتهمة الشك والريبة (3).
- سؤال المتهم في الاصطلاح هو: الاستيضاح من المتهم عن أمر جريمته، والاستماع إلى إجابته، ومطالبتة بجلاء الغموض في أقواله، ولا يتضمن ذلك مناقشة تفصيلية أو مواجهة بأدلة الاتهام (4).
- وعرف أيضاً بأنه: إجراء من إجراءات الاستدلال يقصد به إحاطة المتهم بما هو منسوب إليه وطلب جوابه عن ذلك دون الدخول معه في مناقشة تفصيلية (5).

جاء في (م/34) من نظام الإجراءات الجزائية ما نصه: "يجب على رجل الضبط الجنائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه، وإذا ترجح وجود دلائل كافية على اتهامه فيرسله خلال أربع وعشرين ساعة مع المحضر إلى المحقق الذي يجب عليه أن يستجوب المتهم المقبوض عليه خلال أربع وعشرين ساعة، ثم يأمر بتوقيفه أو الإفراج عنه."

المطلب الخامس: مشروعية سؤال المتهم.

سبق معنا أن سؤال المتهم إجراء من إجراءات الاستدلال، وفيما يأتي ذكر لبعض الأدلة من الكتاب والسنة يمكننا أن نستنتج منها مشروعية سؤال المتهم وسماع أقواله:

1. قال الله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين} [الحجرات:6].

وجه الدلالة: في الآية أمر بالتبين والتثبت، وسؤال المتهم وسماع أقواله وسيلة إلى ذلك.

2. عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- قال: (بعثني رسول الله -صلى الله عليه وسلم- والزبير بن العوام وأبا مرثد الغنوي، وكلنا فارس، فقال: انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ (6) فإن بها امرأة من المشركين معها صحيفة من حاطب بن أبي بلتعة إلى المشركين، قال فأدركناها تسير على جمل لها حيث قال لنا رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، قال: قلنا: أين الكتاب الذي معك؟ قالت ما معي كتاب فأئخنا بها فابتغينا في رحلها فما وجدنا شيئاً، قال صاحبها: ما نرى كتاباً، قال قلت: لقد علمت ما كذب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عليه

(1) أخرجه البخاري 2515/6، كتاب المحاربين، باب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحد غائباً عنه وقد فعله عمر؛ ومسلم 1325/3، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

(2) انظر: لسان العرب 318/11؛ المصباح المنير ص 297.

(3) انظر: لسان العرب 644/12؛ المصباح المنير ص 78.

(4) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 573.

(5) انظر: التحقيق الجنائي العملي لعبدالفتاح مراد ص 399؛ الإجراءات الجنائية لسعد بن ظفير ص 156.

(6) موضع بين مكة والمدينة. (انظر: معجم البلدان للحموي 335/2).

وسلم-والذي يخلف به لتخرجن الكتاب أو لأجردنك، قال: فلما رأته الجدة مني أهوت بيدها إلى حجزتها - وهي محتجزة بكساء- فأخرجت الكتاب، قال: فانطلقنا به إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم-...⁽¹⁾.
وجه الدلالة: أن الصحابة -رضوان الله عليهم- قاموا بسؤال المتهمه وسماع أقوالها، وأقرهم النبي -صلى الله عليه وسلم- على ذلك.

المطلب السادس: مواطن الاتفاق والاختلاف بين الاستجواب وسؤال المتهم.
أولاً: أوجه الاتفاق:

يتفق الاستجواب وسؤال المتهم في أن كليهما يشتملان على توجيه الأسئلة إلى المتهم.
ثانياً: أوجه الاختلاف⁽²⁾:

أهم الأمور التي يختلف فيها الاستجواب عن سؤال المتهم ما يأتي:

1. الاستجواب يعد من إجراءات التحقيق، الذي هو من اختصاص سلطة التحقيق، أما سؤال المتهم فإنه يعد من إجراءات الاستدلال التي يقوم بها رجل الضبط الجنائي.
2. الاستجواب يتضمن مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية في التهم الموجهة إليه ومجابهته بالأدلة القائمة ضده. أما سؤال المتهم فيقتصر على إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه وطرح الأسئلة التوضيحية عليه دون مناقشة صحتها أو الخوض في تفاصيلها.

المبحث السادس: الفرق بين الشاهد والخبير.

المطلب الأول: الشاهد في اللغة والاصطلاح.

- **الشاهد في اللغة:** من شهد يشهد شهادة، والشين والهاء والذال أصل يدل على حضور وعلم وإعلام، والشاهد من يؤدي الشهادة، والدليل، والشهادة البينة، وفي القضاء هي: أقوال الشهود أمام جهة قضائية⁽³⁾.
- **الشهادة عند الفقهاء:**
عند الحنفية:

عرّفها ابن الهمام بأنها: "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء"⁽⁴⁾.

وعرّفها الجرجاني بأنها: "إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر"⁽⁵⁾.

وجاء تعريفها في درر الحكام بأنها: "الإخبار بلفظ الشهادة -يعني بقول أشهد- بإثبات حق الرجل الذي هو في ذمة آخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين"⁽⁶⁾.

عند المالكية:

عرّفها المالكية بأنها: "قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو

حلف طالبه"⁽⁷⁾.

(1) أخرجه البخاري 2309/5، كتاب الاستئذان، باب من نظر في كتاب من يحذر على المسلمين ليستبين أمره؛ ومسلم 1941/4، كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل أهل بدر-رضي الله عنهم- وقصة حاطب بن أبي بلتعنة.

(2) انظر: شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 572؛ الإجراءات الجنائية لعبد الحميد الحرقان ص 207-209.

(3) انظر: معجم مقاييس اللغة 221/3؛ المعجم الوسيط 497/1.

(4) فتح القدير 364/7.

(5) التعريفات ص 170. "فالإخبارات ثلاثة: إما بحق للغير على آخر وهو الشهادة، أو بحق للمخبر على آخر وهو الدعوى، أو بالعكس وهو الإقرار". (المصدر نفسه).

(6) درر الحكام شرح مجلة الأحكام 422/4.

(7) مواهب الجليل 151/6.

وعرفوها أيضاً بأنها: "إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه"⁽¹⁾.

عند الشافعية:

عرفها الشافعية بأنها: "إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد"⁽²⁾.

وقال بعضهم هي: "إخبار عن شيء بلفظ خاص"⁽³⁾.

عند الحنابلة:

عرفها الحنابلة بأنها: "الأخبار بما علمه بلفظ خاص"⁽⁴⁾.

المختار:

ويمكننا أن نخلص من التعريفات السابقة بتعريف مختار فنقول الشهادة هي: إخبار حاكم عن عيان في مجلس القاضي بحق للغير على آخر.

• تعريف الشهادة عند المعاصرين:

عرفها الدكتور محمود حسني بأنها: "تقرير يصدر عن شخص في شأن واقعة عاينها بحاسة من حواسه"⁽⁵⁾.

والشهادة على هذا النحو دليل مباشر باعتبارها تنصب على الواقعة مباشرة، وهي دليل شفوي باعتبار أن الشاهد يدلي بشهادته شفويًا أمام السلطة المختصة بسماع شهادته، وقد تكون حاسة الشاهد التي عاين بها الواقعة بصره، كما لو ذكر أنه شاهد إطلاق المتهم الرصاص على المجني عليه، وقد تكون حاسته سمعه، كما لو ذكر أنه سمع عبارات القذف أو السب التي وجهها المتهم إلى المجني عليه⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: مشروعية الشهادة.

من الكتاب:

1. قوله تعالى: {وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ

الشُّهَدَاءِ}. [البقرة:282].

2. وقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ}. [البقرة:282].

3. وقوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ}. [الطلاق:2].

ومن السنة:

1. عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "من حلف على يمين

يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالًا وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ". فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَصْدِيقَ ذَلِكَ: {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ

بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا}. فَقَرَأَ إِلَى {عَذَابٌ أَلِيمٌ}. ثُمَّ إِنَّ الْأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ خَرَجَ إِلَيْنَا فَقَالَ مَا

يُحَدِّثُكُمْ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَ فَحَدَّثَنَا. قَالَ: فَقَالَ: صَدَقَ لَفِي وَاللَّهِ أَنْزَلَتْ، كَانَتْ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي

بَيْتٍ فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: "شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ". قُلْتُ: إِنَّهُ إِذَا

يَحْلِفُ وَلَا يُبَالِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم-: "من حلف على يمينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالًا هُوَ فِيهَا

(1) الشرح الكبير 164/4.

(2) حاشية قليوبي 319/4.

(3) حاشية الجمل على شرح المنهج 377/5.

(4) كشف القناع 404/6.

(5) شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 807.

(6) انظر: المصدر نفسه ص 807-808.

فَأَجْرٌ لِقِيَّ اللَّهِ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ". فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَصْدِيقَ ذَلِكَ ثُمَّ اقْتَرَأَ هَذِهِ آيَةَ { إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا }. إِلَى { وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ }⁽¹⁾.

2. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن ابن محيصة الأصغر أصبح قتيلاً على أبواب خيبر، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أقم شاهدين على من قتله أذفعه إليك برمته... " ⁽²⁾.

الإجماع :

أجمع الفقهاء على أن الشهادة حجة شرعية، وطريق من طرق القضاء، ووسيلة من وسائل الإثبات⁽³⁾.

المطلب الثالث : الخبير في اللغة والاصطلاح.

• **الْخَبِيرُ فِي اللُّغَةِ :** الْعَالِمُ بِالْأَمْرِ ، مِنْ خَبَرَ يَخْبِرُ خَبْرًا ، وَالْخَاءُ وَالْبَاءُ وَالرَّاءُ أَصْلَانِ أَحَدُهُمَا الْعِلْمُ بِالشَّيْءِ ، وَاللَّهُ تَعَالَى الْخَبِيرُ أَي الْعَالِمُ بِكُلِّ شَيْءٍ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى { وَلَا يَنْبُتُكَ مِثْلَ خَبِيرٍ } . [فاطر:14]. وَالْخَبْرَةُ : الْاِخْتِبَارُ ، تَقُولُ خَبَرْتُ الْأَمْرَ أَخْبَرَهُ إِذَا عَرَفْتَهُ عَلَى حَقِيقَتِهِ ، وَالْإِنْسَانُ - إِذَا خَبِرَ - أَي : جُرِّبَ فَبَدَتْ أَخْلَاقُهُ⁽⁴⁾.

• **الخبير في الاصطلاح :** هو الفني المختص الذي يبدي رأيه في واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية.

• **والخبرة في الاصطلاح هي :** " إبداء رأي في من شخص مختص فنياً في واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية"⁽⁵⁾.

وقيل هي : " الإخبار عن وقوع المتنازع فيه من قبل مختص به على وجه يُظهِرُ حَقِيقَةَ أَمْرِهِ"⁽⁶⁾.

وعرفها مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية بأنها: "إبداء الرأي من مختص في أحد فروع المعرفة العلمية".

جاء في (م/76) من نظام الإجراءات الجزائية: "للمحقق أن يستعين بخبير مختص لإبداء الرأي في أي مسألة متعلقة بالتحقيق الذي يجريه".

وجاء في اللائحة التنفيذية الجديدة 1436هـ: " المادة الخمسون:1- يكون ندب المحقق للخبير لإبداء رأيه في مسألة متعلقة بالتحقيق - وفقاً لما ورد في المادة (السادسة والسبعين) من النظام - مكتوباً، ويحدد في الندب المهمة المطلوبة، والمدة المحددة لإنجازها، ويخضع الخبير أثناء مباشرته مهمته لرقابة المحقق.2- للمحقق تمكين الخبير من الاطلاع على الأشياء والأوراق والمستندات المتعلقة بطلب الخبرة، وتسليمه أصولها أو صوراً منها بحسب الحال ويثبت المحقق ذلك في محضر التحقيق. فإن لم تكن هناك أشياء مادية؛ فيأمر المحقق بتمكين الخبير من فحص مكان وقوع الجريمة، والبحث فيه عن أي أثر.4- يلتزم الخبير المنتدب بالمهمة المكلف بها، وإذا كان الندب لشخصه لا لصفته فعليه القيام بالمهمة بنفسه، وليس له أن ينيب غيره في ذلك".

وجاء في مشروع اللائحة التنفيذية لهذه المادة :

(1) أخرجه البخاري 889/2. كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه.

(2) أخرجه النسائي في سننه الكبرى 212/4، كتاب القسامة، ذكر اختلاف الناقلين لخبير لسهل فيه. وقال: "لا نعلم أن أحداً تابع عمرو بن شعيب على هذه الرواية ولا سعيد بن عبيد على روايته عن بشير بن يسار، والله أعلم".

(3) انظر: الإجماع لابن المنذر ص 63؛ مراتب الإجماع لابن حزم ص 52.

(4) انظر: تهذيب اللغة 7/157؛ معجم مقاييس اللغة 239/2؛ لسان العرب 4/226.

(5) شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص 846.

(6) الكاشف في شرح نظام المرافعات لآل خنين 7/2.

(م/176) يقوم بأعمال الخبرة المسجلون في سجل الخبراء لدى المحاكم ، والخبراء المرخص لهم من وزارة العدل ، وخبراء الجهات الحكومية الأخرى العاملون في المجال المطلوب ، وتسوغ الاستعانة بأي خبير تنطبق عليه شروط الخبرة .

(م/276) مجالات الأخذ بالخبرة هي التي يَحْتَاج التحقيق فيها إلى رأي خبيرٍ مختص؛ لإبداء الرأي في مسألة متعلقة بالتحقيق الذي يجريه، ومن ذلك :

- 1- الطب الشرعي.
 - 2- فحص الأسلحة والذخائر والمتفجرات.
 - 3- تحليل المواد المضبوطة؛ لمعرفة حقيقتها
 - 4- الأمور الحسابية والهندسية .
- وغير ذلك من المجالات التي يُحْتَاج فيها إلى الخبرة للكشف عن الجريمة .
- وجاء في (م/77) : "على الخبير أن يقدم تقريره كتابة في الموعد الذي حدده المحقق، وللمحقق أن يستبدل به خبيراً آخر إذا لم يقدم التقرير في الموعد المحدد له، أو وجد مقتضى لذلك، ولكل واحد من الخصوم أن يقدم تقريراً من خبير آخر بصفة استشارية".

وجاء في اللائحة التنفيذية الجديدة 1436هـ: المادة الحادية والخمسون : 1- يقدم الخبير عند إنجاز مهمته المطلوبة منه - وفقاً لما ورد في المادة (السابعة والسبعين) من النظام - تقريراً مؤرخاً وموقعاً منه يتضمن ملخصاً للمهمة وإجراءات الكشف والفحص والتحليل الفنية التي باشرها، ومشاهداته والنتائج التي خلص إليها بشكل دقيق ومسبب. 2- عند تعدد الخبراء واختلافهم في الرأي فعليهم أن يقدموا تقريراً واحداً يتضمن رأي كل واحد منهم، وأسانيده. 3- للمحقق مناقشة الخبير في التقرير الذي قدمه واستدعاؤه لذلك إذا لزم الأمر 4- للخبير الذي يستعين به أيُّ من الخصوم أن يطلب من جهة التحقيق تمكينه من الاطلاع على الأشياء والأوراق والمستندات المتعلقة بطلب الخبرة أو يطلب صوراً منها، ويكون الإذن في ذلك من صلاحية المحقق. 5- تضم تقارير الخبرة وجميع مرافقاتها إلى ملف الدعوى".

وفي (م/78): "للخصوم الاعتراض على الخبير إذا وجدت أسباب قوية تدعو إلى ذلك، ويقدم الاعتراض إلى المحقق للفصل فيه، ويجب أن يبين فيه أسباب الاعتراض، وعلى المحقق الفصل فيه في مدة ثلاثة أيام من تقديمه. ويترتب على هذا الاعتراض عدم استمرار الخبير في عمله إلا إذا اقتضى الحال الاستعجال فيأمر المحقق باستمراره".

وجاء في اللائحة التنفيذية الجديدة 1436هـ: " المادة الثانية والخمسون: 1- يرجع في تقدير الأحوال التي تقتضي الاستعجال - المشار إليه في المادة (الثامنة والسبعين) من النظام - إلى المحقق. 2- في حال عدم قبول المحقق للاعتراض - المشار إليه في المادة (الثامنة والسبعين) من النظام - فلا يقبل الاعتراض على الخبير نفسه مرة أخرى، ما لم تجد أسباب يؤيد ذلك. 3- لا يحول عدم قبول المحقق للاعتراض على الخبير من التقدم به أمام المحكمة عند نظر الدعوى".

المطلب الرابع : مشروعية الخبرة.

من الكتاب :

- قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام }. [المائدة : 95].

وجه الدلالة: أن الله - سبحانه وتعالى - أوجب على من قتل الصيد وهو محرم، مثله من النعم، وجعل بيان هذا المثل إلى اثنين من أهل الخبرة في هذا المجال، فدلَّ على مشروعية العمل بالخبرة⁽¹⁾.
من السنة:

- عن عائشة - رضي الله عنها - قالت دخل علي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذات يوم مسروراً فقال: "يا عائشة ألم تري أن مجزراً المدلجى دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض"⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن سرور وإقرار النبي - صلى الله عليه وسلم - بمعرفة مجزراً المدلجى للشبه بين الولد وأبيه في الأقدام دليل على مشروعية الاعتداد بالخبرة.

المطلب الخامس: مواطن الاتفاق والاختلاف بين الشاهد والخبير.
أولاً: مواطن الاتفاق:

يتفق الشاهد والخبير في كون الشهادة والخبرة من الطرق الشرعية التي يتوصل بها القاضي إلى حقيقة الواقعة القضائية⁽³⁾.

ثانياً: مواطن الاختلاف:

أهم الأمور التي يختلف فيها الشاهد عن الخبير ما يأتي⁽⁴⁾:

1. الشاهد يقدم إلى القاضي معلومات حصلها بالملاحظة الحسية، أما الخبير فيقدم إلى القاضي آراء وتقييمات، وأحكام توصل إليها بتطبيق قواعد علمية.
2. الشاهد مفروض على الدعوى فلا يملك المحقق اختياره، أما الخبير فإن للمحقق حرية اختياره.
3. الشهود عددهم محدود بطبيعة الحال، أما الخبراء فعددهم غير محدود.
4. الشاهد لا يمكن إبداله بغيره، أما الخبير فيمكن استبدال غيره به.
5. الشهادة دليل مباشر، بينما رأي الخبير مجرد إيضاح أو تقدير لدليل آخر.

الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث أسجل أهم النتائج التي توصلت إليها، وذلك على النحو الآتي:

1. يتفق نظام الإجراءات الجزائية والمرافعات الشرعية في أن كلا منهما ينظم إجراءات الدعوى دون التعامل مع موضوعها.
2. يختلف نظام الإجراءات الجزائية والمرافعات الشرعية في الموضوع، فموضوع نظام الإجراءات الجزائية هو الدعوى الجزائية العامة، أما موضوع نظام المرافعات الشرعية فهو دعوى الحقوق الخاصة أي حقوق الأدميين.
3. نظام الإجراءات الجزائية لم يغفل الحديث عن الحقوق الخاصة التي تنتج عن القضايا الجنائية.

(1) انظر: زاد المسير/2/425.

(2) أخرجه البخاري/3/1304، كتاب المناقب، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم؛ ومسلم/2/1082، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(3) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات/7/2.

(4) انظر: الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك/1/222؛ قانون الإجراءات الجنائية لمأمون سلامة ص335؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية لمحمود حسني ص847.

4. يجيز نظام الإجراءات الجزائية الأخذ بالأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية بشرطين: الشرط الأول: عدم وجود حكم في المسألة في نظام الإجراءات الجزائية. الشرط الثاني: ألا يتعارض مع طبيعة الدعوى الجزائية.
5. يتفق البلاغ والشكوى في أن كلاً منهما يقدمان إلى رجال الضبط الجنائي.
6. من أهم الأمور التي يختلف فيها البلاغ عن الشكوى ما يأتي:
 - البلاغ يقدم من أي شخص الغالب فيه أنه غير متضرر في ذاته؛ ولكن يقصد بذلك مصلحة عامة، وقد يكون مقدم البلاغ متضرراً؛ ولكنه يبلغ لأجل الحق العام فقط، ولا يطالب بحق شخصي تجاه المتهم، ويمكن أن يكون البلاغ من الجاني نفسه بشرط أن يكون قبل علم الجهات المختصة بالجريمة وهو ما يعرف بالإقرار أو الاعتراف عند الفقهاء، فإذا كان لاحقاً لعلم الجهات المختصة أصبح اعترافاً فقط ولا يسمى بلاغاً. أما الشكوى فلا بد أن تكون من المجني عليه أو من ينوب عنه أو وارثه من بعده.
 - الأصل في إقامة الدعوى الجزائية أو إجراءات التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد أن تكون بناء على شكوى من المجني عليه أو من ينوب عنه أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة؛ إلا إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم، أما البلاغ فلا يشترط فيه ذلك.
 - في البلاغ قد يعاقب الشخص الذي لم يبلغ عن الجريمة تواطؤاً مع المتهمين بخلاف الشكوى.
 - الشكوى حق خاص لصاحبها، وبناء عليه فله حق المطالبة، وله العفو والتنازل عما يخصه فقط، أما البلاغ فتجري فيه الأحكام التكليفية الخمسة (الوجوب والندب والإباحة والكرهية والتحریم)، وليس من حق صاحبه العفو أو التنازل؛ لأن هذا لا يخصه.
 - الشكوى لا بد أن تكون ضد شخص معين بالذات لتحريك الدعوى الجنائية قبله، فلا يعتدّ بالشكوى التي يقدمها المجني عليه ضد مجهول، أما البلاغ فلا يشترط فيه ذلك؛ حيث يجوز أن يكون ضد معلوم ومجهول.
7. يتفق حفظ الأوراق وحفظ الدعوى في كونهما يصدران عن هيئة التحقيق والادعاء العام، كما يتفقان أيضاً في أنهما إجراء عدول ورجوع وليس إجراء استمرار وإقدام.
8. أهم الأمور التي يختلف فيها حفظ الأوراق عن حفظ الدعوى ما يأتي:
 - الأمر بحفظ الأوراق لأنه لا وجه للسير في الدعوى إجراء إداري يصدر من هيئة التحقيق بصفتها سلطة جمع استدالات ولا يسبق هذا الأمر أي إجراء من إجراءات التحقيق؛ أما الأمر بحفظ الدعوى لعدم كفاية الأدلة فهو إجراء من إجراءات التحقيق أي لا بد أن يكون مسبوقاً بتحقيق.
 - ليس لأمر حفظ الأوراق حجية أو قوة، ولا يجوز الطعن فيه؛ لأن ذلك من خصائص الأعمال القضائية؛ وهو ليس منها؛ ولذلك يجوز لسطة التحقيق في أي وقت أن تراجع عنه ولو لم يظهر دليل جديد، وللمتضرر أن يتقدم بادعاء مباشر للمحكمة المختصة، أما حفظ الدعوى فيجوز الطعن فيه، ولا يجوز العودة إلى التحقيق فيه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة، كما لا يجوز للمتضرر الادعاء المباشر.

○ الأمر بحفظ الأوراق لا يجوز فيه الطعن؛ إذ لا وجود لمصلحة تبرر الطعن، ذلك أن الرجوع في الأمر بحفظ الأوراق جائز، وكذلك للمتضرر أن يتقدم بادعاء مباشر للمحكمة المختصة لأنه إجراء إداري بخلاف حفظ الدعوى فإنه يجوز الطعن فيه.

○ حفظ الأوراق يصدر من المحقق بتأييد من رئيس الدائرة، ويعد الأمر بالحفظ نافذاً، أما حفظ الدعوى فلا يكون نافذاً في الجرائم الكبيرة إلا بعد مصادقة رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام أو من ينيبه.

9. من أبرز صور الاختلاف بين القبض والاستيقاف:

○ القبض من إجراءات التحقيق يباشره رجل الضبط الجنائي في حالة التلبس، أو حال صدور أمر من السلطة المختصة بشروط معينة، أما الاستيقاف فتارة يكون من إجراءات الضبط الإداري، وتارة من إجراءات الاستدلال، ويباشره رجال السلطة العامة، ولو لم يكونوا من رجال الضبط الجنائي.

○ التلبس بالجريمة شرط للقيام بإجراء القبض في أغلب الحالات، أما الاستيقاف فيكفي فيه مجرد الاشتباه، ولو لم تكن هناك جريمة.

○ القبض فيه سلب لحرية المتهم مدة معينة من الزمن قد تصل إلى 48 ساعة كحد أقصى، وقد يتطلب الأمر استخدام القوة لتنفيذ ذلك، أما الاستيقاف فليس فيه سلب للحرية؛ إذ لا يبيح -على أوسع الآراء- أكثر من اصطحاب المشتبه فيه إلى أقرب رجل ضبط جنائي للتثبت من شأنه، كما أن الاستيقاف ليس فيه استعمال للقوة.

○ يجوز تفتيش المتهم في القبض، ولكن في الاستيقاف لا يجوز تفتيش الشخص الذي تم استيقافه، ولو كان التفتيش وقائياً، وغاية ما يمكن اتخاذه إذا أسفر الاستيقاف عن تلبس بالجريمة إحضار المتهم من قبل رجل السلطة العامة إلى أقرب رجل ضبط جنائي.

10. يتفق الاستجواب وسؤال المتهم في أن كليهما يشتملان على توجيه الأسئلة إلى المتهم.

11. أهم الأمور التي يختلف فيها الاستجواب عن سؤال المتهم ما يأتي:

○ الاستجواب يعد من إجراءات التحقيق، الذي هو من اختصاص سلطة التحقيق، أما سؤال المتهم فإنه يعد من إجراءات الاستدلال التي يقوم بها رجل الضبط الجنائي.

○ الاستجواب يتضمن مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية في التهم الموجهة إليه ومجاوبته بالأدلة القائمة ضده. أما سؤال المتهم فيقتصر على إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه وطرح الأسئلة التوضيحية عليه دون مناقشة صحتها أو الخوض في تفاصيلها.

12. يتفق الشاهد والخبير في كون الشهادة والخبرة من الطرق الشرعية التي يتوصل بها القاضي إلى حقيقة الواقعة القضائية.

13. أهم الأمور التي يختلف فيها الشاهد عن الخبير ما يأتي :

○ الشاهد يقدم إلى القاضي معلومات حصلها بالملاحظة الحسية، أما الخبير فيقدم إلى القاضي آراء وتقييمات، وأحكام توصل إليها بتطبيق قواعد علمية .

○ الشاهد مفروض على الدعوى فلا يملك المحقق اختياره، أما الخبير فإن للمحقق حرية اختياره.

○ الشهود عددهم محدود بطبيعة الحال، أما الخبراء فعددهم غير محدود.

○ الشاهد لا يمكن إبداله بغيره، أما الخبير فيمكن استبدال غيره به.

○ الشهادة دليل مباشر، بينما رأي الخبير مجرد إيضاح أو تقدير لدليل آخر.

• المصادر والمراجع :

1.	الإجراءات الجزائية في نظام مكافحة الغش التجاري السعودي، طلال بن مسعد المطرفي، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1433هـ-2012م.
2.	الإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية، سعد بن محمد بن ظفير، الرياض، مطابع الحميضي، 1430هـ-2009م.
3.	الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، محمود شريف، عبدالعظيم وزير، بيروت، دار العلم للملايين الطبعة الأولى.
4.	الإجراءات الجنائية، إداور غالى الذهبي، القاهرة، مكتبة غريب، الطبعة الثانية، 1990م.
5.	الإجراءات الجنائية، عبدالحميد بن عبدالله الحرقان، الرياض، مطابع الحميضي، الطبعة الأولى، 1430هـ-2009م.
6.	الإجماع، تأليف: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت 318هـ)، تحقيق: دفؤاد عبد المنعم أحمد، الإسكندرية، دار الدعوة، الطبعة الثالثة، 1402هـ.
7.	الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، محمد عودة الجبور، بيروت، الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى، 1986م.
8.	اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، محمد علي الحلبي، الكويت، نشر ذات السلاسل، الطبعة الثانية.
9.	الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، طلحة بن محمد غوث، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م.
10.	أسنى المطالب شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري (ت 926هـ)، (مع حاشية شمس الدين الرملي ت 1004هـ)، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي.
11.	أصول الإجراءات الجنائية، حسن صادق المرصفاوي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000م.
12.	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل. تأليف: علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، (ت 885هـ). تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، 1400هـ-1980م.
13.	تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت 1205هـ)، مصر، المطبعة الخيرية (بولاق) الطبعة الأولى، 1306هـ.
14.	التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبدالفتاح مراد، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1989م.
15.	تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، محمود محمود مصطفى، القاهرة، جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، 1985م.
16.	التعريفات، علي بن محمد الجرجاني (ت 816هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1415هـ.
17.	تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى (ت 370هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت،

	دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 2001م.
18.	حاشية سليمان الجمل (ت1204هـ) على شرح المنهج (لزكريا الأنصاري ت926هـ)، بيروت، دار الفكر.
19.	حاشيتا قليوبي وعميرة. تأليف: أحمد سلامة القليوبي (ت1070هـ) وأحمد البرلسي الشهير بعميرة (ت957هـ)، بيروت، دار إحياء الكتب العربية.
20.	حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق، ممدوح إبراهيم السبكي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998م.
21.	درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (ت1354هـ)، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، (د.ط.، د.ت).
22.	الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، لابن أبي الدم الحموي الشافعي (ت642هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1402هـ.
23.	دفع الدعوى الجزائية أثناء المحاكمة، عبدالرحمن سليمان البليهي، الرياض، كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى، 1430هـ-2009م.
24.	زاد المسير في علم التفسير، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي (ت597هـ)، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1404هـ.
25.	سلطات مأمور الضبط القضائي، إبراهيم حامد طنطاوي، القاهرة، المكتبة القانونية، الطبعة الثانية، 1997م.
26.	سلطات مأموري الضبط القضائي، عادل إبراهيم صفا، القاهرة، النشر الذهبي للطباعة، 2001م.
27.	سنن النسائي الكبرى، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت303هـ)، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ-1991م.
28.	الشرح الكبير على مختصر خليل، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد الدردير (ت1201هـ) تحقيق: محمد عليش، بيروت، دار الفكر.
29.	شرح قانون الإجراءات الجنائية، محمد عيد الغريب، القاهرة، النشر الذهبي للطباعة، 1996-1997م.
30.	شرح قانون الإجراءات الجنائية، محمود نجيب حسني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1996م.
31.	صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، تحقيق: مصطفى ديب البغا، بيروت، دار ابن كثير، اليمامة، الطبعة الثالثة، 1407هـ-1987م.
32.	صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (ت261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
33.	طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تأليف: نجم الدين عمر بن حفص النسفي (ت537هـ)، تحقيق: خالد العك، عمان، دار النفائس، 1416هـ-1995م.
34.	عمدة القاري شرح صحيح البخاري، تأليف: بدر الدين محمود بن أحمد العيني (ت855هـ)، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

35.	العناية شرح الهداية، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابر تي (ت786هـ)، بيروت، دار الفكر، 1399هـ-1979م.
36.	فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي (ت861هـ)، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية.
37.	الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، بيروت، عالم الكتب.
38.	في الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق في المملكة العربية السعودية، فؤاد عبدالمنعم أحمد، نشر المكتب العربي الحديث، 2001م.
39.	قانون الإجراءات الجنائية، مأمون محمد سلامة، مصر، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1980م.
40.	الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبدالله بن محمد آل خنين، الرياض، مؤسسة الريان، توزيع مكتبة العبيكان، الطبعة الثالثة، 1430هـ-2009م.
41.	كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت1051هـ)، مراجعة وتعليق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ-1982م.
42.	لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت711هـ)، بيروت، دار صادر، الطبعة الثالثة، 1414هـ-1994م.
43.	مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، رؤوف عبيد، مصر، دار الجيل للطباعة، الطبعة السابعة عشرة، 1989م.
44.	مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت728هـ)، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثالثة، 1403هـ.
45.	مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي (ت721هـ)، اعتناء: محمود خاطر، مراجعة لجنة من مركز تحقيق التراث بدار الكتب المصرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
46.	المدخل إلى فقه المرافعات، عبدالله بن محمد آل خنين، الرياض، دار ابن فرحون، الطبعة الثانية، 1431هـ-2010م.
47.	مراتب الإجماع. تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن حزم (ت456هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية.
48.	مشارك الأنوار على صحاح الآثار. تأليف: القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت544هـ). المكتبة العتيقة بتونس، ودار التراث بالقاهرة، 1977م.
49.	مشروع اللائحة التنظيمية لهيئة التحقيق والادعاء العام.
50.	مشروع اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية.
51.	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت770هـ)، بيروت، دار الفكر.
52.	مطالع الدقائق في تحرير الجوامع والفوارق، تأليف: جمال الدين عبدالرحيم بن حسن الإسنوي (ت772هـ)، تحقيق: نصر فريد واصل، القاهرة، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2007م.
53.	معجم البلدان، تأليف: شهاب الدين أبي عبدالله ياقوت الحموي الرومي البغدادي (ت626هـ)، بيروت، دار الفكر.

54.	المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون، تقديم: إبراهيم مدكور، إشراف: عبدالسلام هارون، القاهرة، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية.
55.	معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395هـ)، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1418هـ - 1998م.
56.	المنجد في اللغة والأدب والعلوم، لويس معلوف، بيروت، المطبعة الكاثوليكية، الطبعة التاسعة عشرة.
57.	مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المعروف بالحطاب الرعيني (ت 954هـ)، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1398هـ.
58.	الموسوعة الجنائية، جندي عبدالملك، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1976م.
59.	نظام الحكم في الشريعة والتاريخ (السلطة القضائية)، ظافر القاسمي، بيروت، دار النفائس، الطبعة الثالثة، 1407هـ.
60.	نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/2) وتاريخ 1435/1/22هـ.
61.	اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية الموافق عليها بقرار مجلس الوزراء رقم: ١٤٢ وتاريخ: ٢١/٣/١٤٣٦هـ.

القواعد الفقهية ودورها في حفظ الثروة الحيوانية



الدكتور : عدنان صادق ضاهر

معلم حكومي لدى وزارة التربية

والتعليم غزة - فلسطين

adnan641974@gmail.com

• ملخص البحث :

هذا البحث يعطي تأصيلا شرعيا للعديد من الأحكام المتعلقة بالثروة الحيوانية في وقتنا المعاصر، وذلك لما لهذه الثروة من أهمية اقتصادية للعديد من المجتمعات الإسلامية، ويمكن صاحب السياسة الشرعية أن يضع القوانين المناسبة التي تعمل على حفظ الثروة الحيوانية من كل ما يعرضها للتلف أو الفساد.

• أهداف البحث :

- 1- إعطاء الصبغة الشرعية لمسائل الثروة الحيوانية المعاصرة .
- 2- وضع الحلول الشرعية للأزمات التي تتعرض لها الثروة الحيوانية .
- 3- تفعيل دور القضاء لوضع قوانين زاجرة لكل من يتعدى على الثروة الحيوانية .

• اشكالية البحث :

يجب البحث عن الكثير من التساؤلات حول دور الشريعة الإسلامية وقواعدها الفقهية في العمل على حفظ الثروة الحيوانية وحمايتها من المخاطر التي تواجهها في العصر الحديث، خاصة مع تصاعد المشاكل والأزمات التي تواجه الثروة الحيوانية في البر والبحر، وإيجاد الحلول الشرعية للعديد من القضايا المتعلقة بالثروة الحيوانية.

• منهج البحث :

اتبعت في البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، حيث قمت باستقراء ما كتبه الفقهاء من قواعد فقهية، وبعد تحليلها وتأصيلها تأصيلا شرعيا، قمت باختيار القواعد الفقهية التي يستفاد منها في حفظ الثروة الحيوانية وحمايتها من أنواع الأضرار التي تقع عليها .

• خطة البحث :

تتضمن مبحثين رئيسيين :

المبحث الأول : قواعد الفقه الكلية ودورها في حفظ الثروة الحيوانية.

ويشتمل هذا المبحث على سبع قواعد فقهية مختارة على النحو التالي :

القاعدة الأولى : الضرر يزال.

القاعدة الثانية : الضرر لا يزال بضرر مثله.

القاعدة الثالثة : اختيار أخف الضررين.

القاعدة الرابعة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

القاعدة الخامسة : الضرورات تبيح المحظورات.

القاعدة السادسة : ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

القاعدة السابعة : درء المفسد أولى من جلب المصالح

المبحث الثاني : قواعد متفرقة في حفظ الثروة الحيوانية.

ويشتمل هذا المبحث على خمس قواعد مختارة على النحو التالي :

القاعدة الأولى : ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

القاعدة الثانية : تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.

القاعدة الثالثة : الدفع أسهل من الرفع.

القاعدة الرابعة : إذا اجتمع حلال وحرام غلب الحرام.

القاعدة الخامسة: جناية العجماء جبار.

خاتمة : لأهم النتائج والتوصيات.

تمهيد :

إنَّ علم قواعد الفقه من العلوم التي اعتنى بها العلماء ، وجعلوها عمدة لهم في اجتهاداتهم ، وتخريجهم للفروع والمسائل، وضابطاً يضبطون به الفروع المتناثرة ، وأصلاً يُرجَع إليه في المسائل والوقائع المستجدة ، فخرَّجوا من خلاله الفروع على القواعد والأصول، وطريقاً من طرق الاجتهاد والإفتاء ، بحيث لا يستغني عنه مجتهد ولا فقيه.

وفي ذلك يقول السيوطي - رحمه الله - : " اعلم أنَّ فنَّ الأشباه والنظائر فنُّ عظيم ، به يُطلَع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويُتمهَّر في فهمه واستحضاره، ويُفتدَّر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة الأحكام التي ليست بمسطورة أو الحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الأزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر"⁽¹⁾.

ويقول ابن نجيم - رحمه الله - مشيداً بعلم القواعد: "... وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد، ولو بالفتوى"⁽²⁾.

ومن هنا كان ينبغي بيان هذه القواعد، والتي تتعلق بموضوع الثروة الحيوانية وحمايتها، لأنها أصل يرجع إليه في ردِّ المسائل المعاصرة التي تطرأ على موضوع الثروة الحيوانية، وليكون الفقيه والمفتي وواضع السياسة الشرعية على بيّنة من أمره في وضع اللوائح وسن القوانين التي تحفظ الثروة الحيوانية وترعاها وتحميها من كل ما يسيء إليها.

وسأتناول هذه القواعد وما يتفرع عنها من مسائل من خلال مطلبين على النحو الآتي :

المبحث الأول : قواعد الفقه الكلية ودورها في حفظ الثروة الحيوانية :

ويشتمل هذا المبحث على أهم القواعد الفقهية التي اتفقت عليها كلمة الفقهاء في الجملة، بحيث لا تجد كتاباً من كتب الفقهاء الذين خاضوا في هذا العلم إلا ذكروها أو أشاروا إليها أو خرَّجوا قواعد تندرج تحتها ، وسأختار منها ما يهمننا في موضوع الثروة الحيوانية وحمايتها.

القاعدة الأولى : الضرر يزال⁽³⁾ :

ومعناه : أنه لا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بأحد ضرراً أو إضراراً ، أي يجب رفع الضرر بعد وقوعه ، وأصلها مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضَرَر ولا ضِرَار"⁽⁴⁾.

(1) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص6.

(2) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص15.

(3) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص94- السيوطي: الأشباه والنظائر، ص83 - المرادوي ، التعبير شرح التحرير(8/3846)- البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه ، ص251.

(4) ابن ماجه: السنن، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، ص400، رقم(2341)، وحسنه النووي في الأذكار(1/407).

"لا ضَرَرٌ" : أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه ، أما "الضَّرَرُ" : فهو فعال من الضَّرَرِ، أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه⁽¹⁾.

وفي هذه القاعدة الجامعة إغلاق لمنافذ الظلم والفساد، ومنع للمسلم بأن يتصرف بأيّ أمر يضر به من حوله من المسلمين ، أو يتعلّى به على ممتلكاتهم الحيوانية والنباتية ، أو يُفسد عليهم مياههم و هواءهم.

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي :

1- دفع ضرر القتل العبثي للحيوان: وذلك بدافع اللعب والتلهي بالحيوان ، كما في استخدامها بغرض التدريب عليها بالرمي ، أو استخدامها في مسابقات التّهارش والتناطح بين الحيوانات أو بالصيد الجائر للحيوان بلا حاجة.

2- دفع ضرر التعذيب عن الحيوان: وذلك من خلال حبسه أو ضربه لغير حاجة أو منع الطعام والشراب عنه.

3- دفع ضرر التعب عن الحيوان: وذلك من خلال تحميله ما لا يطيق من بضائع و سلع ومعدات.

4- دفع ضرر المرض عن الحيوان: وذلك من خلال إطعمه للطعام النجس أو الشراب الملوّث أو تركه عرضة للأدواء والأمراض المهلكة لبدنه والمفسدة للحمة ونتاجه.

5- دفع ضرر الفضلات النفطية والمخلفات الكيماوية والنووية عن حيوان البحر: وذلك من خلال تلويث أسطح البحار والمحيطات بما سبق فيؤدي إلى هلاك العديد من الحيوانات البحرية.

القاعدة الثانية : الضَّرَرُ لا يُزَال بِضَرَرٍ مِثْلُهُ⁽²⁾ :

تعتبر هذه القاعدة مخصصة ومقيدة لما قبلها ، ومعناها: أن الضَّرَرُ يزال لكن بشرط ألا تُحدث إزالته ضرراً يماثل الضرر المزال أو يزيد عليه⁽³⁾.

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي :

1- دفع أذى بعض الحيوانات وضررها من خلال إيقاع الضرر العام ببيوتها أو جحورها أو نسلها.

2- دفع ضرر الجوع عن بهائمهم ودوابه من خلال الإضرار بزراع غيره برعيها به.

3- استخدام المبيدات السامة للقضاء على بعض الحشرات أو لرش بعض المزروعات مع كونها تسبب أضراراً أكبر لصحة الحيوانات والبهائم التي ترعى بها.

(1) انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث(81/3)- الزرقا، شرح القواعد الفقهية ،ص165 .

(2) انظر: ابن نجيم ، الأشباه والنظائر،ص96_ السيوطي، الأشباه والنظائر،ص86 – الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية (321/2).

(3) انظر: الزرقاني، شرح القواعد الفقهية ، ص 195- الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها(251/1).

القاعدة الثالثة: اختيار أخف الضررين⁽¹⁾:

ويعبر الفقهاء عن هذه القاعدة بعدة ألفاظ منها: الضرر الأشد يزال بالأخف أو يختار أهون الشرين أو إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.

ومعناها: أن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر، فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد⁽²⁾.

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي:

1- إذا لم يجد راعي الماشية إلا ماءً ملوثاً لسقيها وإلا تعرضت للهلاك، فيرتكب الضرر الأخف بسقيها من هذا الماء وعدم تعريضها لضرر أكبر وهو الهلاك.

2- إذا لم يجد صاحب الماشية ما يكفي ماشيته من طعام وعلف أو مأوى يحميها من برد الشتاء، فيجبر على بيعها لمن يوفر لها ذلك أو يذبحها ويستفيد من لحمها، وذلك أن ضرر البيع أو الذبح لها أخف من ضرر تعرضها للهلاك والتلف.

3- الحيوان والبهيمة إذا كانت شرسة تضر غيرها بعض أو رفس أو نحوه، فعلى صاحبها أن يحبسها أو يلجمها بلجام أو رباط يجد من شرستها، والضرر الذي يحدثه الحبس أو الربط أو اللجام ونحوه أخف من ضرر إيذائها للناس أو لغيرها من الحيوانات.

القاعدة الرابعة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام⁽³⁾:

ويعبر عنها بعض الفقهاء بقولهم: تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهو تخصيص آخر للقاعدة الأولى "الضرر يزال"، ومعناها: إن كان أحد الضررين عاماً يؤثر على المصلحة العامة للمجتمع، والآخر خاصاً يخص شخصاً أو بعض أشخاص، فيتحمل الضرر الخاص دفعاً للضرر العام.

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي:

1- استخدام مبدأ الحجر الصحي للحيوان المريض: حيث يعزل الحيوان المصاب بمرض من الأمراض السارية عن بقية الحيوانات السليمة، وذلك تجنباً لانتقال العدوى إلى مجموع الحيوانات السليمة، أو منع انتقاله للإنسان إذا كان من الفيروسات التي تُعدي الإنسان وتعرضه.

2- منع ذبح الحيوان أمام أبواب البيوت والدكاكين والمحلات وجعله في أماكن خاصة، وذلك دفعاً للضرر العام بالطريق والمارة وما يصيبها من بول وروث ودم لهذا الحيوان.

⁽¹⁾ انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 98_ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 87 - البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص 260.

⁽²⁾ انظر: البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص 260- الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها (1/219).

⁽³⁾ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص 74 - الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص 197- البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص 263 - الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها، (1/235).

3- قتل الحيوان الشرس إذا صال على الناس أو ممتلكاتهم دفعاً لضرره العام عليهم ، وكذلك قتل الحشرات الضارة إذا أتلفت محاصيل الناس ومزروعاتهم أو تعدت على طعامهم وقوتهم ، وذلك دفعاً لضررها العام عنهم.

القاعدة الخامسة : الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتُ (1) :

وأصلها مأخوذ من عدة آيات قرآنية دلت عليها منها :

قوله تعالى : **إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** (2) ، وقوله تعالى : **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَبْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** (3) .

ومعناها : " أنَّ المحرَّم يصبح مباحاً إذا عرض للمكلف ضرورة تقتضي ذلك ، بحيث لا تندفع هذه الضرورة إلا بارتكاب ذلك المحرَّم" (4) .

ومن المسائل التي تتعلق بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي :

1- أنَّ الفقهاء أجازوا غصب خيط ونحوه لخياطة جرح حيوان مأكول إنقاذاً لحياته إذا لم يجد خيطاً حلالاً مع ضمان ثمنه لصاحبه ، وكذلك أجازوا أخذ نبات الحرم لأجل علف الدواب والبهائم (5) .

2- إذا اضطر راعي الماشية لذبح حيوان مأكول قطع الرجاء من دوام حياته، جاز له ذلك ليستفاد من لحمه ، ولا يضمن استحساناً (6) .

3- وبناءً على ما سبق : يجوز لصاحب الماشية والحيوان سقي دوابه من ماء مملوك لغيره إذا لم يجد غيره استنقاذاً لحياتها ، وكذلك أخذ علف أو احتشاش من أرض غيره لإطعامها إن خاف هلكتها ، مع ضمان ذلك كله لصاحبها.

(1) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص73_ السيوطي: الأشباه والنظائر، ص84- السبكي، الأشباه والنظائر(45/1)- الزركشي: المنتور في القواعد الفقهية(317/2) - المرادوي: التحرير شرح التحرير(3847/8) .

(2) سورة البقرة: آية 173 .

(3) سورة المائدة: آية 3 .

(4) اللطيف: القواعد والضوابط الفقهية(289/1) .

(5) انظر: السيوطي ، الأشباه والنظائر، ص84- الزركشي ، المنتور في القواعد الفقهية (318،321/2)- الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها (277/1 ، 283) .

(6) حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (95/1) .

القاعدة السادسة: مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يُقَدَّرُ بِقَدَرِهَا⁽¹⁾:

وتعتبر هذه القاعدة مقيدة للقاعدة قبلها، ومعناها: "أَنْ مَا تَدْعُو إِلَيْهِ الضَّرُورَةُ مِنَ الْمَحْظُورَاتِ إِنَّمَا يَرْخِصُ مِنْهُ الْقَدْرُ الَّذِي تَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرُورَةُ فَحَسَبَ، فَإِذَا اضْطَرَّ الْإِنْسَانُ لِمَحْظُورٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَوَسَّعَ فِي الْمَحْظُورِ، بَلْ يَقْتَصِرُ مِنْهُ عَلَى قَدْرِ مَا تَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرُورَةُ فَقَطْ"⁽²⁾.

ومن المسائل التي تتعلق بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي:

1- أَنْ مَا سَبَقَ ذَكَرَهُ مِنْ جَوَازِ الْغَضَبِ لِلخَيْطِ أَوْ قَطْعِ نَبَاتِ الْحَرَمِ أَوْ سَقْيِ الدَّوَابِّ وَعَلْفِهَا مِنْ مَلِكِ الْغَيْرِ إِنْقَازًا لِحَيَاةِ الْحَيَوَانِ، لَا يَجُوزُ تَجَاوُزَ الْحُدِّ الْأَدْنَى مِنْهَا مِمَّا يَدْفَعُ ضَرُورَةَ الْهَلَاكِ عَنِ الْحَيَوَانِ فَقَطْ، وَإِلَّا كَانَ صَاحِبِهَا آثِمًا وَمَتَجَاوِزًا لِحُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

2- أَنْ جَوَازَ التَّأْدِيبِ لِلْحَيَوَانِ إِنَّمَا شُرِعَ لِلضَّرُورَةِ بِغَرَضِ تَعْلِيمِهِ وَتَرْوِيضِهِ أَوْ دَفْعِ ضَرَرِهِ عَنِ غَيْرِهِ فَيَتَدْرَجُ مَعَهَا بِأَسْهَلِ الطَّرِيقِ وَالْوَسَائِلِ حَتَّى يُوَصَلَ بِهَا إِلَى تَحْقِيقِ الْغَرَضِ الْمَنْشُودِ.

وَبِنَاءً عَلَيْهِ: فَلَا يَجُوزُ تَجَاوُزُ حَدِّ الضَّرُورَةِ فِي عِقَابِ الْحَيَوَانِ، بِمِثِّ ضَرْبِ الْحَيَوَانِ عَلَى وَجْهِهِ أَوْ رَأْسِهِ أَوْ يَضْرِبُ ضَرْبًا شَدِيدًا وَمُؤَذِيًا لِحَسَدِهِ، أَوْ يُمَثَّلُ فِيهِ بِقَطْعِ أَحَدِ أَعْضَائِهِ أَوْ تَشْوِيهِ صَوْرَتِهِ، مِمَّا يَخْرُجُ عَنِ حَدِّ الضَّرُورَةِ وَيَتَعَدَّى فِيهِ حُدُودَ الشَّرْعِ.

وفي ذلك يقول الإمام السبكي -رحمه الله-: "ومتى أمكن الدَّفْعُ بِأَسْهَلِ الْوَجْهِ لَمْ يُعَدَّلْ إِلَى أَصْعَبِهَا"⁽³⁾.

القاعدة السابعة: دَرَّةٌ الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَصَالِحِ⁽⁴⁾:

ومعناها: أَنْ الْأَمْرَ إِذَا دَارَ بَيْنَ دَرَّةٍ مَفْسُودَةٍ وَجَلْبِ مَصْلُحَةٍ، كَانَ دَرَّةُ الْمَفْسُودَةِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَصْلُحَةِ غَالِبًا، لِأَنَّ اعْتِنَاءَ الشَّرْعِ بِالْمَنْهِيَّاتِ أَشَدَّ مِنْ اعْتِنَائِهِ بِالْمَأْمُورَاتِ.

ويستدلُّ على هذه القاعدة بعدة أدلة منها:

- قَوْلُهُ تَعَالَى: وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ⁽⁵⁾.

(1) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص73- السيوطي: الأشباه والنظائر، ص84- الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية(2/320).

(2) الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص187.

(3) السبكي: الأشباه والنظائر(1/45).

(4) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص78- السيوطي: الأشباه والنظائر، ص87- السبكي: الأشباه والنظائر(1/105)- المرداوي: التحبير شرح التحرير(8/3851).

(5) سورة الأنعام: آية 108.

فقد نهت الآية الكريمة عن سب آلهة المشركين، مع أن في سبها مصلحة وهي تحقير دينهم الباطل وإهانتهم بسبب شركهم بالله، ولكن لما تضمن ذلك مفسدة أعظم وهي مقابلتهم السب بسب الله تعالى الإله الحق نهى الله تعالى عن سبها، درءاً للمفسدة الأعظم⁽¹⁾.

- ومن السنة النبوية: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك الذين من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"⁽²⁾.
ويوضح ذلك الإمام الصنعاني - رحمه الله - فيقول:

" إذا تعارض أمر أو نهى يُرَجَّح النهي؛ لأنه قد تقرر أن النهي لدفع المفسدة والأمر لجلب المصلحة، ودفع المفسد أهم عند الشارع من جلب المصلح، لما علم من أن مبنى الأحكام الشرعية على جلب المصلح ودرء المفسد وإن جهلنا فيما نرجحه"⁽³⁾.

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي:

1- منع الصيد الجائر للطير والحيوان البري، وكذلك الصيد الجائر للأسماك وحيوان البحر، خاصة في أوقات تفريخها وتفقيس بيضها؛ وذلك لكونها تُعَرَّضُ بعض الحيوانات والطيور والأسماك للانقراض وتهددها بالهجرة إلى أماكن بعيدة تمنع الاستفادة منها بعد ذلك.

2- منع الصيادين من استخدام شبك صغيرة الثقب؛ وذلك لكونها تُعَرَّضُ الأسماك الصغيرة للاصطياد وبيضها للهلاك مما يحدث ضرراً بالغاً بالثروة السمكية.

3- إبعاد المصانع الكيميائية والنووية ونحوها لما تصدره من أدخنة وإشعاعات مضرّة بالكائنات الحية؛ وذلك حفاظاً على مزارع الماشية وحظائر البهائم وحدائق الحيوان، ولما تشكل من ضرر بالغ على صحة هذه الحيوانات، وتهدد نتائجها بالضعف والتلوث والفساد.

4- منع استخدام علاجات كيميائية في أعلاف المواشي والطيور أو في شربها بغرض تسمينها وزيادة وزنها، لكونها تحدث ضرراً أكبر في لحومها ونتاجها.

المبحث الثاني: قواعد متفرقة في حماية الثروة الحيوانية:

إنَّ المتأمل في القواعد التي وضعها الفقهاء يجد العديد من القواعد التي تخدم الثروة الحيوانية وتعمل على حمايتها، وأبين في هذا المبحث بعضاً من هذه القواعد على النحو التالي:

(1) انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص78- البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص265.

(2) متفق عليه: البخاري، كتاب الاعتصام، باب الاقتداء بسنن رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، ص1390، 1389، رقم (7288) - مسلم، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، ص529، رقم (1337).

(3) الصنعاني: أصول الفقه، ص424.

القاعدة الأولى : مَا لَا يَتِمُّ الْوَاجِبُ إِلَّا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ (1) :

ومعناها : أن الله تعالى إذا أمر بشيء فقد أمر بكل السبل التي تُوصِل إلى هذا الشيء وتُحَقِّقُه ، وحرّم كل ما يمنع الوصول إلى هذا الشيء الواجب تحقيقه.

وبناءً عليه : فكل واجب شرعي داخل تحت قدرة المكلف لا يتم تحقيقه إلا بشيء معين ، فيعتبر هذا الشيء واجباً ، سواء أكان شرطاً فيه أو كان سبباً له (2).

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي :

1- إقامة المحميات الطبيعية ، والتي توفر المرعى الوفير للبهائم والمواشي وغيرها من أنواع الطيور والحيوانات المختلفة ، خاصة ما يتعلق منها بمصالح المسلمين العامة ، كالمواشي التي تجمع من زكاة بهيمة الأنعام ، والبهائم التي تستعمل في نقل المعدات والأحمال ، أو ما يتعلق منها بالركوب للمسابقات والتدريب ، أو الحيوانات والطيور التي يخشى من انقراضها وفنائها ، أو المواشي التي يستفاد من نتاجها للجنود والعاملين في الدولة ، أو الموقوفة على الفقراء والمساكين ورعاية الأيتام ، وكذلك لرعي البهائم والحيوانات التي لا يقدر أصحابها على رعايتها وتوفير علفها.

2- إقامة مشاريع الصرف الصحي ومصانع تدوير النفايات ، والتي تعمل على منع تلوث مصادر المياه التي تعتمد الحيوانات عليها في شربها ، أو تلوث الأعشاب والحشائش التي تتغذى عليها.

القاعدة الثانية : تَصَرَّفُ الْإِمَامُ عَلَى الرَّعِيَّةِ مَنْوُطٌ بِالْمَصْلَحَةِ (3) :

ومعناه : أن تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم متوقف على وجود المنفعة في تصرفه ، سواء كانت تصرفاته دينية أو دنيوية ، فإن تضمن أمره منفعة ما ، وجب عليهم تنفيذه وإلا رد.

والمراد بالرّاعي : كل من ولي أمراً من أمور العامة ، سواء كان السلطان الأعظم كرئيس الدولة ، أو خاصاً ممن هو دونه من العمال ويتحمل مسؤولية على غيره ، كأمر أو قاض أو موظف في الدولة ، وذلك باعتبار أنهم وكلاء عن الأمة في القيام بشؤونها ، فكان الواجب عليهم القيام بأفضل التدابير لإقامة العدل بينهم ، ورفع الظلم عنهم ، وإزالة كل ضرر يفسد عليهم حياتهم (4).

ويدلُّ عليها حديث معقل بن يسار رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " مَا مِنْ أَمِيرٍ يَلِي أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ ، ثُمَّ لَا يَجْهَدُ لَهُمْ وَيَنْصَحُ ، إِلَّا لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمُ الْجَنَّةَ " (5).

(1) السبكي: الأشباه والنظائر (88/2) - ابن اللحام: القواعد والفوائد الأصولية ، ص130- المرداوي: التجميع شرح التحرير (923/2).

(2) انظر: المرداوي، التجميع شرح التحرير (923/2) - البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه ، ص393.

(3) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص104 - السيوطي: الأشباه والنظائر، ص121 - الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية (310/1).

(4) انظر: الزرقا ، شرح القواعد الفقهية، ص309- البورنو ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص348 .

(5) مسلم: الصحيح ، كتاب الإمارة ، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر ، ص764 ، رقم (1829).

وبناءً عليه: فالواجب على المسؤولين في الدولة العمل على دفع كل ضرر يصيب الناس في مياهم أو مزارعهم أو مواشيتهم، ووضع اللوائح وسنّ القوانين التي تحفظ على الناس ممتلكاتهم الحيوانية من المواشي والبهايم والطيور التي عليها قوام عيشهم وصلاح حياتهم، وكذلك حفظ أماكن صيدهم للحيوانات البرية في الغابات والبراري، أو أماكن صيدهم للأسماك والحيوانات البحرية في الأنهار والبحار والمحيطات .

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي :

1- إصدار لوائح قانونية تمنع الصيد الجائر للحيوانات البرية والطيور النادرة ، وتوفير المكان الآمن لها مما يسمح لها باستمرار حياتها ، والاعتناء بصغارها وأفراخها.

2- إصدار لوائح قانونية تنظم عمل الصيادين للأسماك والحيوانات البحرية في الأنهار والبحيرات والسواحل البحرية؛ بحيث لا يضر بالثروة السمكية فيسبب هجرتها أو انقراضها.

3- إصدار لوائح قانونية تعاقب كل من يتعدى على الحيوان أو الطير أو نسلهما من غير مُسوِّغ شرعي ، وذلك حفاظاً على هذه الثروة التي عليها قوام حياة الناس ومعاشهم.

4- إصدار لوائح قانونية تمنع كل ما يلوث مصادر مياه الشرب للطير والحيوان، وكذلك ملوثات البحار والأنهار من ناقلات النفط والمواد الإشعاعية ونحوها.

القاعدة الثالثة : الدَّفْعُ أَسْهَلُ مِنَ الرَّفْعِ⁽¹⁾ :

وعَبَّرَ عنها البعض : بلفظ " المنع أسهل من الرفع " .

ومعناها: أن من الأمور ما يمكن دفعها أو منعها قبل ثبوتها ووقوعها ، ويصعب رفعها بعد وقوعها .

ويوضح ذلك الزحيلي فيقول: " وهو قريب من القاعدة الصحية : الوقاية خير من العلاج، ودرهم وقاية خير من قنطار علاج " (2).

وبناءً عليه : فهذه القاعدة تُؤسِّسُ منهجاً تشريعياً في حماية الثروة الحيوانية ، من خلال منح القضاء الإسلامي جميع الصلاحيات في إصدار التشريعات التي تعمل على حماية الثروة الحيوانية، ووقايتها من كل ما يضر بها ويفسدها قبل وقوع الضرر وتعذر إزالته بعد ذلك.

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي :

1- القيام بإجراء التطعيمات واللقاحات للطير والحيوان قبل حدوث حالات الوباء والعدوى.

(1) الحموي: غمز عيون البصائر(2/184) _ السبكي: الأشباه والنظائر(1/127) - ابن رجب: القواعد الفقهية(1/300) .

(2) الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها(2/861).

2- استخدام الأجهزة العلمية الحديثة، التي تعمل على اكتشاف مواقع الزلازل والفيضانات وأوقات حدوثها قبل وقوعها؛ وذلك تفضيلاً للأضرار التي تحدثها في الحميات الطبيعية والغابات وغيرها من الأماكن التي تُعتبر مأوى للحيوانات والطيور.

القاعدة الرابعة: إذا اجتمع حلالٌ وحرامٌ غلبَ الحرام⁽¹⁾ :

ومعناه: أنه إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم والآخر يقتضي الإباحة قُدِّمَ التحريم احتياطاً بشرط امتزاج الحرام بالحلال.

وعللوا ذلك بكون التحريم محذور في كل حالاته، أما الحلال فيحصل من طرق أخرى⁽²⁾.

ويستدل لهذه القاعدة بما ورد عن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- أنه سئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين فقال: "أحلتها آية وحرمتها آية والتحريم أحبُّ إليَّ"⁽³⁾.

ومن المسائل الحيوانية التي تندرج تحت هذه القاعدة:

1- يحرم أكل حيوان من أبوين أحدهما مأكول والآخر غير مأكول، فمثلاً: إذا نزا كلب على شاة فولدت لا يؤكل الولد، وكذا إذا نزا حمار على فرس فولدت بغلاً لم يؤكل، ومثل ذلك الحيوان الأهلي إذا نزا على وحشي فنتج فلا يجوز الأضحية به⁽⁴⁾.

2- ويستفاد مما سبق في التعرف على حكم أنواع من التَّهجين التي تُجرى بين الحيوانات، والتي تُسمى في المصطلح المعاصر "بالتعديل الوراثي"، حيث يتم فيه المزاوجة بين الحيوانات المختلفة في طبائعها وسلوكها وجليَّة أكلها وحرمتها؛ فينتج عنها حيوانات اختلطت فيها الأنساب، وامتزج فيها اللحم الحلال باللحم الحرام، وأصبح نتاجها مشتبهاً بين الإباحة والتحريم.

فالقول فيها بتغليب جانب التحريم والمنع أولى، وذلك إبقاءً لها على ما فُطرت عليه؛ لأنه الأسلم والأحوط.

القاعدة الخامسة: جناية العجماءِ جبار⁽⁵⁾ :

ومعناه: أن ما تفعله البهائم من إضرار بالنفس أو المال "جبار" أي هدر وباطل لا ضمان فيه، إذا لم يكن منبعثاً من فاعل مختار، كسائق أو قائد أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة.

⁽¹⁾ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص 93- السيوطي: الأشباه والنظائر، ص 105-السبكي: الأشباه والنظائر(380/1)- الزركشي: المنتور في القواعد الفقهية (125/1).

⁽²⁾ انظر: الزحيلي، قواعد الفقه وتطبيقاتها (695/2).

⁽³⁾ مالك: الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين والمرأة وابنتها (433/2)، رقم (34)، وصحح وقفه سليم الهلالي في صحيح الموطأ، ص 390.

⁽⁴⁾ انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 93، 94- السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 106.

⁽⁵⁾ الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص 457- الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها (570/1).

أما إذا كان منبعثاً من فعل فاعل مختار فيضمن مع تفصيل عند الفقهاء⁽¹⁾.

وأصل هذه القاعدة حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "العجماء جرحها جبار..."⁽²⁾.

ويستفاد من هذه القاعدة رفع المؤاخذه عن الحيوان وما يصدر عنه من أفعال ضارة بما حوله، وذلك لكونه غير قاصد للإضرار، وبالتالي لا يتحمل تبعات ما يصدر عنه من أفعال ضارة بالآخرين، وهذا يجعل الإنسان مراعيًا للحيوان، قائماً عليه بالتعليم والتأديب والتوجيه لما فيه من صلاح وخير للمجتمع، ووقاية له من أي ضرر يصيبه.

ومن المسائل المتعلقة بالحيوان وتندرج تحت هذه القاعدة ما يأتي:

1- " لو كان راكب الدابة يسير في ملكه فنفحت برجلها أو بذنبها أو كدمت بضمها أو ضربت بيدها فلا ضمان عليه.

2- لو ربط اثنان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه، فأتلقت إحداهما الأخرى فلا ضمان على صاحبها.

3- لو اغتالت هرة إنسان طائراً لغيره فلا ضمان على صاحبها، لكن لو أتلقت العجماء شيئاً بنفسها وكان صاحبها يراها فلم يمنعها ضمّن"⁽³⁾.

خاتمة: لأهم النتائج والتوصيات:

أولاً: أهم النتائج:

1- جاءت الشريعة الإسلامية بأصولها وقواعدها الفقهية بمنهج عام يضمن رعاية الثروة الحيوانية وحمايتها من كل خلل أو ضرر، وربطت ذلك كله بعقيدة الإنسان واستقامته، وجعلت الاعتداء عليها بغير حق اخلاقاً بالدين وخروجاً عن منهج رب العالمين.

2- جعلت الشريعة الإسلامية المسؤولية في حفظ الثروة الحيوانية ورعايتها مسؤولية مشتركة بين الفرد والمجتمع والدولة، وذلك حتى لا يصبح الحيوان رهينة بيد فرد معين أو جماعة من الناس فيسيئون استخدامه، بل جعلت الرقابة الدائمة والإشراف الكامل من قبل هيئات ومؤسسات الدولة خاصة الهيئة القضائية التي ترد عن الثروة الحيوانية كل ظلم أو ضرر.

3- لقد دفعت الشريعة الإسلامية عن الثروة الحيوانية كل ما من شأنه أن يجلب لها ضرراً أو إفساداً في طعامها أو شرابها أو مشقة في أجسادها وذلك من خلال قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وما يتفرع عنها.

(1) انظر: المصدرين السابقين.

(2) متفق عليه: البخاري، الصحيح، كتاب الزكاة، باب في الركاز الخمس، ص292، رقم (1499)- مسلم: الصحيح، كتاب الحدود، باب جرح العجماء جبار والمعدن والبئر جبار، ص710، رقم (1710) واللفظ له.

(3) الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص457، 458.

- 4- لقد أبحاث الشريعة الإسلامية لمالك الحيوان إنقاذ حياته أو الاستفادة من لحمه إذا تعرض للهلاك وذلك من خلال قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات".
 - 5- لقد أعطت الشريعة الإسلامية للقضاء الإسلامي إصدار قوانين تمنع الصيد الجائر للحيوان خاصة أوقات تفرخه وتفقيسه، ومنع إقامة منشآت كيميائية أو إشعاعية جلب الضرر له، وذلك من خلال قاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" وقاعدة "تصرف الإمام منوط بالمصلحة".
 - 6- لقد حثت الشريعة الإسلامية ولاية الأمور على إقامة المحميات الطبيعية للحفاظ على الحيوان وحمايته واستثماره فيما يعود بالفائدة على المجتمع وشرائحه الضعيفة.
 - 7- لقد حثت الشريعة الإسلامية المؤسسات الصحية على تقديم الرعاية الكاملة للحيوانات النافعة وذلك من خلال إجراء التطعيمات واللقاحات المناسبة لها وفق قاعدة "الدفع أسهل من الرفع".
 - 8- لقد منعت الشريعة الإسلامية اجراء عمليات التعديل الوراثي على الحيوان إذا تبين أنها تحدث إضرارا بنسلها وسلالاتها الجديدة ولما يترتب عليها من إخراج لها عن طبائعها وسلوكها الطبيعي وذلك من خلال قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام".
 - 9- إن الشريعة الإسلامية رفعت المؤاخذه عن الحيوان إذا نتج عنه إضرارا بالآخرين وأوكلت مسؤولية ذلك على مالكة أن يقوم بتعليمه وتأديبه وذلك من خلال قاعدة "جناية العجماء جبار".
- ثانياً : أهم التوصيات :

- 1- وضع استراتيجية عامة تعمل على نشر التوعية تجاه الثروة الحيوانية لجميع أفراد المجتمع، وبيان مدى ارتباطها بأحكام الشريعة الإسلامية، وتعميم ذلك على جميع المستويات الإعلامية والتعليمية والدعوية.
- 2- العمل على إبراز دور الشريعة الإسلامية في رعاية حق الحيوان وإبعاد الضرر عنه في غذائه وعلفه وفي أماكن عيشه، وذلك من خلال المؤتمرات العلمية محلياً وعالمياً.
- 3- اعداد إشارات علمية ذات كفاءة عالية في العلم الحيواني والطب البيطري، وربطها بالتشريع الإسلامي من خلال بنائها على مقاصد الشرع وقواعده العظام، ووضع خطط عملية وتنفيذية تعمل على حفظ الثروة الحيوانية وحمايتها من كل ضرر يلحق بها.
- 4- ينبغي على المؤسسات الحكومية رعاية مراكز البحث العلمي في مجال الحيوان، وتوفير الدعم المالي لها، وكذلك تجهيزها بالمختبرات الطبية اللازمة لعملها، والتعاون في ذلك مع كافة المؤسسات الإسلامية والعالمية.
- 5- على الدولة العمل على استثمار الثروة الحيوانية، وذلك من خلال التشجيع على إقامة المشاريع الحيوانية كالمحميات الطبيعية، وانشاء أحواض للمزارع السمكية، واستخدام كافة التقنيات الحديثة في تنمية الحيوان طالما توافقت مع قواعد الشريعة الإسلامية.
- 6- عمل ورشات ودورات خاصة بالصيادين وأصحاب المزارع الحيوانية ، وذلك لتأهيلهم من الناحية الشرعية للحفاظ على الحيوان ونتاجه، وربطهم بدار الإفتاء الشرعي لمعرفة الحكم الشرعي لأي قضية مستجدة تختص بالثروة الحيوانية.

✓ فهرس المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم :
- ابن الأثير: الإمام/ مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير- النهاية في غريب الحديث والأثر- دار إحياء الكتب العربية- فيصل الحلبي.
- ابن اللحام : الشيخ/ أبو الحسن علاء الدين علي بن عباس بن اللحام- القواعد والفوائد الأصولية- مكتبة السنة الحمديّة- القاهرة- 1375-1956م.
- ابن رجب : الإمام/ زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب - تقرير القواعد وتحرير الفوائد- دار ابن عفان- السعودية- ط1- 1419هـ- 1998م.
- ابن السبكي : الإمام/ تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي- الأشباه والنظائر- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- 1411هـ- 1991م.
- ابن ماجه : الإمام/ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير ب (ابن ماجه)- سنن ابن ماجه- تعليق المحدث: محمد ناصر الدين الألباني- مكتبة المعارف - الرياض - ط(1).
- ابن نجيم : الإمام/ زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي- الأشباه والنظائر-ويليه نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لابن عابدين- دار الفكر- دمشق- الطبعة الأولى- 1403هـ - 1983م.
- البخاري : الإمام/ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري- صحيح البخاري- بيت الأفكار الدولية- الرياض 1419هـ - 1998م.
- البورنو : الدكتور/ محمد صدقي البورنو- الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية- مؤسسة الرسالة- بيروت- ط4- 1416هـ- 1996م.
- الحموي : الشيخ/ أحمد بن محمد الحنفي الحموي- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- 1405هـ - 1985م.
- حيدر: علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الأحكام- تعريب فهمي الحسيني- دار الجليل- بيروت- الطبعة الأولى- 1411هـ - 1991م.
- الزحيلي: محمد مصطفى الزحيلي- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة- دار الفكر- دمشق- ط(1)- 1427هـ/2006م .
- الزرقا: الشيخ/ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا- شرح القواعد الفقهية- دار القلم- دمشق- ط2- 1409هـ- 1989م.
- الزركشي: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي- المنثور في القواعد الفقهية- وزارة الأوقاف الكويتية- ط(2)- 1405هـ/1985م .
- السيوطي: الإمام/ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية- دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى- 1413هـ- 1983م.
- الصنعاني: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني الكحلاني ثم الصنعاني- أصول الفقه المسمى " اجابة السائل شرح بغية الأمل"- تحقيق: حسين السياغي وحسن الأهلل- مؤسسة الرسالة- بيروت- ط(1)- 1986م .
- مالك : الإمام/ مالك بن أنس- الموطأ- دار إحياء الكتب العربية.
- مسلم : الإمام/ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري- صحيح مسلم- بيت الأفكار الدولية- الرياض- 1419هـ- 1998م.
- المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه- تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وعوض القرني وأحمد السراح- مكتبة الرشد- السعودية- الرياض- ط(1)- 1421هـ/1968م .

إِلْزَامَاتُ ابْنِ حَزْمٍ الظَاهِرِيِّ لِلْفُقَهَاءِ فِي مَسَائِلِ رَفْعِ الْحَدَثِ - دِرَاسَةٌ وَتَقْوِيمًا



الدكتور : ضيف الله بن عامر بن سعيد الشهري

أستاذ الفقه المساعد بجامعة الملك عبد العزيز

مقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله وصفيه وخليته وخيرته من خلقه صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان.
أما بعد :

فهذا بحث بعنوان : (إلزامات ابن حزم الظاهري للفقهاء في مسائل رفع الحدث من المحلى) أعدته للنشر في مجلة علمية محكمة أسأل الله تعالى أن ينفعنا به ويجعله خالصاً لوجهه الكريم إنه سميع مجيب.

• دوافع اختيار الموضوع :

لقد كان دافعي لاختيار هذا الموضوع عدة أسباب أهمها :

كون المحلى لابن حزم - رحمه الله - محشواً بالمناقضات التي اعترض بها على الفقهاء ، وكان مليئاً بالإلزامات التي ألزمهم بها في كثير من المسائل الفقهية⁽¹⁾ ؛ فكان من المناسب أن تكون دراسة هذه الإلزامات وتمحيصها وإصدار الحكم تجاهها - قبولاً ورداً ، صحة وفساداً - موضوعاً للبحث ؛ علماً بأنه موضوع واسع ، ومجال متشعب يتسع لعدة أبحاث ، فكان هذا هو الدافع لاختيار هذا الموضوع ، زد على هذا مكانة ابن حزم - رحمه الله - إذ كان

(1) قد يورد ابن حزم في المسألة الواحدة ما يربو على عشرة إلزامات لمذاهب شتى ؛ كما في المسألة 169 من المحلى: 1/255.

مثلاً للمدرسة الظاهرية التي تقابل الجمهور بمدارسه الأربعة، ناهيك عن محله العلمي، وطرق الإلزام من باب ابن حزم يستحسنه كل من راقه فقه ابن حزم، فإنه امتاز بقوة الحجة والمخافة، خاصة وأن ابن حزم -رحمه الله- مولع بالإلزام، بل قد يقال: إنه أخص أهل العلم بالاعتناء بهذا الباب نظراً وتطبيقاً، بل إن من شغفه به أن كان له مؤلف خاص يلزم فيه القائلين بالقياس بغية نقض أصلهم، وهو: "الإعراب عن الحيرة والالتباس الموجودين في مذاهب أهل الرأي والقياس" (1).

• الدراسات السابقة :

في الواقع أنني لم أقف على من بحث هذا الموضوع أعني الجمع بين الجانب النظري والتطبيقي لفكرة الإلزام، لكن قام الباحث الأخ الشيخ: فؤاد يحيى هاشم بوضع اللبنة الأولى لهذا البحث وهو رسالته للمجستير التي نوقشت في جامعة أم القرى بعنوان: "الإلزام دراسة نظرية وتطبيقية من خلال إلهامات ابن حزم للفقه"، وقد تناول الباحث في رسالته تأصيل الإلزام، ثم عقد باباً في نهاية بحثه ذكر فيه عشرة نماذج متناثرة في كتاب الحلبي من إلهامات ابن حزم -رحمه الله- للفقهاء وقام بدراستها، وهذه الرسالة أقرب الدراسات لصوقاً بموضوع بحثي، وما عدا هذه الرسالة فهي دراسات حول فقه ابن حزم عامة، أو أعمال تواردت خدمة للمحلي، باستنباط قواعد وضوابط ومفردات لابن حزم ودراساتها أو دراسة مسائل فقهية معينة ونحوها.

• خطة البحث :

يتألف هذا البحث من تمهيد، وأربعة فصول، ثم الخاتمة.

التمهيد: وفيه التعريف بالإلزام وأركانه وشروطه ملخصة من رسالة أخي الباحث الشيخ: فؤاد هاشم.

الفصل الأول: رفع الحدث بالماء المستعمل.

الفصل الثاني: رفع الحدث بالماء المختلط بالطهارات.

الفصل الثالث: رفع الحدث بالنبيذ.

الفصل الرابع: رفع الحدث بماء مغصوب أو بماء في إناء مغصوب.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث.

• منهج البحث :

يتمثل كل فصل من فصول البحث في عدة مطالب بعد ذكر رأس المسألة وذلك كالتالي :

❖ المطلب الأول: بيان مذهب ابن حزم في المسألة.

❖ المطلب الثاني: ذكر من يتفق قوله وقول ابن حزم.

❖ المطلب الثالث: عرض الأقوال الملزمة وبيان قائلها.

(1) مطبوع بدار أضواء السلف بتحقيق الدكتور محمد زين العابدين رستم.

- ❖ المطلب الرابع : بيان وجه الإلزام.
 - ❖ المطلب الخامس : تحرير القول الملزم وفيه مسألتان:
 - المسألة الأولى : مدى صحة نسبة هذا القول إلى من نسبه إليه ابن حزم.
 - المسألة الثانية : ذكر من يتفق قوله مع أصحاب القول الملزم.
 - ❖ المطلب السادس : مناقشة إلزام ابن حزم⁽¹⁾.
 - ❖ المطلب السابع : النتيجة.
- وسوف أسلك - بمشيئة الله تعالى - في بحثي هذا القواعد المتبعة في البحوث العلمية ومنها :

- ترتيب هذه الإلزامات على حسب ترتيبها في الحلى .
 - تمييز الآيات القرآنية عن غيرها بوضعها بين قوسين مزهرين مميزين وعزوها لسورها مع ذكر أرقام الآيات ، والاعتماد في طباعة الآيات على مصحف المدينة النبوية المطبوع بمجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
 - تخريج الأحاديث النبوية والآثار مع بيان حكم العلماء عليها إن وجد.
 - التعريف بالمصطلحات والكلمات الغامضة وأتحرى نقل ذلك من مصادره المعتمدة.
 - ضبط ما يحتاج لضبط من غريب الألفاظ ومشكل اللغة.
 - سلوك منهج التوسط والاعتدال في الترجمة للأعلام غير المشاهير ؛ وضابط عدم الاشتهار لدي: كل من عدا الرسل والخلفاء الأربعة ، وأئمة المذاهب الأربعة ، أما الرسل ، والخلفاء الأربعة ، وأئمة المذاهب الأربعة فإني لا أتعرض لهم لا بقليل ولا كثير ، وأما من عداهم فأترجم له باختصار.
 - اختيار طريقة التوثيق المختصر عند ذكر المصادر في حاشية الصفحات ، ثم وصف المصدر أو المرجع وتوثيقه كاملاً في قائمة المصادر والمراجع.
- تمهيد⁽²⁾ :

- تعريف الإلزام :

- الإلزام في اللغة : مصدر ألزمه بالشيء يلزمه إلزاماً ، إذا أفحمه وأعجزه ، واللام والزاي والميم أصل واحد يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً⁽³⁾ .
- والإلزام في الاصطلاح : عرفه الباحث الشيخ فؤاد هاشم بتعريفين ، والمختار منهما هو : (إِبْطَالُ قَوْلِ الْمُخَالَفِ بِمَعْنَى لَا يُنَازِعُ فِيهِ) .
- فيدخل في هذا التعريف إبطال قول المخالف بناء على أصوله التي بنى مذهبه عليها ، وكذلك بقواعده الفقهية ، حتى بفروعه الفقهية المتناظرة.

(1) أبين في هذا المطلب ما أورد على إلزام ابن حزم من ردود ومناقشات وأتقصى في الجواب عن إلزام ابن حزم ما ذكره الفقهاء وأوردوه جواباً على إلزام ابن حزم من كتبهم ، فإن لم أجد في تلك المسألة رداً أو مناقشة من كتب الفقهاء ؛ فإني أبذل جهدي في تأمله وتوجيه ما استطعت.

(2) هذا التمهيد إنما هو ملخص من رسالة الإلزام للباحث الأخ الشيخ فؤاد هاشم: 150 - 157.

(3) ينظر: مقاييس اللغة ، المصباح المنير ، تاج العروس ، مادة: (لزم) ، وينظر: الكليات للكفوي: 155.

- أركان الإلزام :

أركان الإلزام أربعة ، وملخصها ما يأتي :

- الركن الأول : المُلْزَم بكسر الزاي اسم الفاعل من (ألزم) ؛ وهو الطرف الذي يعتمد إلى قول المخالف فيبني على ما يسلم به المخالف نتيجة يبطل بها قوله ، أو يوقفه على تناقضه.
 - الركن الثاني : المُلْزَم بفتح الزاي اسم المفعول من (ألزم) ؛ وهو المخالف الذي تعمد الطرف الأول "المُلْزَم".
 - الركن الثالث : اللّازم ؛ وهو النتيجة التي توصل إليها المُلْزَم بناء على ما لم ينازع فيه المخالف.
 - الركن الرابع : المعنى الملزم به ؛ وهو القدر الذي يقرب به المخالف ولا ينازع فيه.
- شروط صحة الإلزام :

يشترط لصحة الإلزام شروط ثلاثة ، وبيانها في الآتي ذكره :

1. الشرط الأول : تسليم المخالف بالمعنى الملزم به.
2. الشرط الثاني : منع المخالف النتيجة التي توصل إليها المُلْزَم ؛ لأنه لا حاجة للإلزام إذا سلم المخالف بالنتيجة.
3. الشرط الثالث : اللزوم ؛ وهو وجوب ترتب النتيجة من المعنى الملزم به ، بمعنى ألا يكون هناك انفكاف للمخالف عن النتيجة ، فإن انفك سقط اللزوم وبالتالي الإلزام.

الفصل الأول: رفع الحدث بالماء المستعمل⁽¹⁾:

المطلب الأول: بيان مذهب ابن حزم في المسألة:

ذهب ابن حزم إلى جواز الوضوء بالماء المستعمل، والغسل به من الجنابة، سواء وجد ماء آخر غيره، أو لم يوجد، فهو طهور مطهر يرفع الحدث، ويزيل الخبث⁽²⁾.

المطلب الثاني: ذكر من اتفق قوله وقول ابن حزم:

القول بأن الماء المستعمل طهورٌ مطهرٌ يرفع الحدث ويزيل الخبث هو المروي عن كثير من الصحابة رضي الله عنهم وجمع من التابعين؛ منهم علي بن أبي طالب⁽³⁾، وابن عمر⁽⁴⁾، وأبو أمامة⁽⁵⁾، والنخعي⁽⁶⁾، والبصري⁽⁷⁾، وقول مكحول⁽⁸⁾، وعطاء⁽⁹⁾، والزُّهري⁽¹⁰⁾، وهو أشهر الروایتين عن الأوزاعي⁽¹¹⁾، ومن قال به: أبو ثور⁽¹²⁾،

(1) المراد بالماء المستعمل هو المنفصل والمتقاطر من أعضاء المتوضئ، أو المغتسل، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، لكن عند الحنفية إنما يصير مستعملاً بواحد من ثلاثة: إما بإزالة الحدث، سواء كان معه تقرب أو لا، أي نوى به التقرب أو لم ينو به، وإما بإقامة القرية سواء كان معه رفع الحدث أو لا؛ كتجديد الوضوء ونحوه، وإما بإسقاط فرض الطهارة.

ينظر: البناية: 352/1، البحر الرائق: 97/1، الشرح الكبير للدردير: 41/1، شرح الخرشبي: 74/1، الحاوي الكبير: 300/1، مغني المحتاج: 20/1، كشف القناع: 31/1، شرح منتهى الإرادات: 18/1.

(2) ينظر: المحلى: 183/1.

(3) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 28/1 ح (218) عن علي، وابن المنذر في الأوسط: 286/1، والأثر معلول بعنونة قتادة وهو مدلس، وخلص لم يسمع من علي. ينظر: تهذيب الكمال: 364-366/8، ميزان الاعتدال: 466/5.

(4) رواه ابن المنذر في الأوسط: 286/1، وابن عمر هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي، أحد صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم المكثرين من رواية الحديث، اشتهر باتباعه الشديد للسنن، توفي رضي الله عنه سنة 73هـ. ينظر: الاستيعاب: 950/3، أسد الغابة: 347/3.

(5) رواه ابن المنذر في الأوسط: 286/1، وأبو أمامة: هو صُدي بن عجلان بن الحارث الباهلي، صحابي جليل، مشهور بكنيته، روى جمعا من الأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ذكر بأنه آخر الصحابة موتاً بالشام، توفي سنة 86هـ، ينظر: أسد الغابة: 16/3، الإصابة: 420/3.

(6) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 28/1 برقم (214)، وحكاه عنه ابن المنذر في الأوسط: 287/1، وابن حزم في المحلى: 184/1، والنخعي هو: إبراهيم بن يزيد بن قيس، أبو عمران النخعي، فقيه أهل الكوفة ومفتيها، من كبار التابعين، وأحد المحدثين الأجلاء، توفي سنة 96هـ، ينظر: تذكرة الحفاظ: 73/1، طبقات الحفاظ: 36.

(7) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 28/1 برقم (217)، وحكاه ابن المنذر في الأوسط: 287/1، وابن حزم في المحلى: 184/1، والبصري هو: الحسن بن أبي الحسن يسار، أبو سعيد البصري، أحد سادات التابعين، كان عالماً رفيعاً ثقة حجة، توفي سنة 110هـ، ينظر: الطبقات الكبرى: 156/7، تذكرة الحفاظ: 71/1.

(8) حكاه عنه ابن المنذر في الأوسط: 287/1، وابن عبد البر في الاستدكار: 199/2، ومكحول: هو أبو عبد الله بن أبي مسلم الهذلي، عالم أهل الشام، الفقيه الحافظ، أحد التابعين، توفي سنة 113هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ: 107/1، طبقات الحفاظ: 49.

(9) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 28/1 برقم (215)، ونقله عنه ابن المنذر في الأوسط: 287/1، وحكاه ابن حزم في المحلى: 184/1، وعطاء هو: ابن أبي رباح أبو محمد المكي، أحد كبار التابعين، انتهت إليه فتوى أهل مكة، أدرك مائتي صحابي، توفي سنة 114هـ، وقيل غير ذلك. ينظر: الطبقات الكبرى: 467/5، تذكرة الحفاظ: 98/1.

(10) حكاه عنه ابن المنذر في الأوسط: 287/1، وابن عبد البر في التمهيد: 43/4، والزهري هو: أبو بكر محمد بن عبيد الله بن شهاب المدني، أحد سادات التابعين، كان من أحفظ أهل زمانه، فقيه فاضل، توفي سنة 124هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ: 108/1، طبقات الحفاظ: 49.

(11) ينظر الاستدكار: 199/2، والأوزاعي هو: عبد الرحمن بن عمر، أبو عمرو، إمام أهل الشام في زمانه، كان ثقة مأموناً محدثاً فقيماً فاضلاً، توفي سنة 157هـ، ينظر: تذكرة الحفاظ: 178/1، العبر: 227/1.

(12) ينظر الأوسط: 287/1، والاستدكار: 198/2، والمحلى: 184/1، وأبو ثور هو: إبراهيم بن خالد بن اليمان الكلبى، البغدادي الفقيه الثقة المحدث المأمون، أحد الأئمة الأعلام، توفي سنة 240هـ، ينظر: تذكرة الحفاظ: 512/2، طبقات الحفاظ: 226.

وداود الظاهري⁽¹⁾، والمروزي⁽²⁾، وابن المنذر⁽³⁾، وهو المعتمد عند المالكية⁽⁴⁾، وهو القول القديم في مذهب الشافعي⁽⁵⁾، ورواية في مذهب أحمد⁽⁶⁾، واختارها ابن تيمية⁽⁷⁾، والشوكاني⁽⁸⁾ وغيرهم رحم الله الجميع.

المطلب الثالث: عرض الأقوال الملزمة وبيان قائلها:

القول الملزم في هذه المسألة هو قول بعض الحنفية، وقد نسب ابن حزم إليهم القول بعدم جواز الوضوء والغسل من الجنابة بما قد استعمل في رفع الحدث، وجعل الرواية الأظهر والمنقولة نصاً عن أبي حنيفة هي القول بتنجس الماء المستعمل في رفع الحدث الأصغر أو الأكبر، وذكر أنه روي عنه: طهارة الماء المستعمل⁽⁹⁾.

ثم ذكر عقب ذلك أن بعض الحنفية علل عدم جواز الوضوء والغسل من الماء المستعمل بأنه لا بد أن يصبه من عرق الجسم في الغسل والوضوء شيء فهو إذاً ماءً مضافاً⁽¹⁰⁾، ثم بين أنهم يجيزون الوضوء بما قد تبرد فيه من الحر، قال: "وهذا أكثر في أن يكون فيه العرق من الماء المستعمل"⁽¹¹⁾.

المطلب الرابع: بيان وجه الإلزام:

ألزم ابن حزم بعض الحنفية في هذه المسألة بضرورة إجراء الحكم فيها كما أجروه في مسألة أخرى لتساوي العلة فيهما؛ فهم يجيزون الوضوء من ماء تبرد فيه من الحر وهو أكثر عرضة لعرق الجسم من الماء الذي استعمله في رفع الحدث، ومع ذلك لم يجيزوه في مسألة رفع الحدث، والعلة موجودة في المسألتين؛ وهي تعرض الماء لعرق الجسم الذي من شأنه يصيره ماءً مضافاً؛ وبناء عليه فكان يلزمهم أن يجيزوا الوضوء والاعتسال بالماء المستعمل كما أجازوه في الماء المتبرد به، وإلا لزم تخلف الحكم عن العلة مع وجودها، قال ابن حزم: "وقال بعضهم: الماء المستعمل لا بد

(1) حكاها عنه في الاستذكار: 2/198، والمحل: 1/184، وداود هو: ابن علي بن خلف أبو سليمان الأصبهاني، فقيه أهل الظاهر وإمامهم، وإليه ينسب المذهب الظاهري، كان إماماً ورعاً زاهداً، له مصنفات عدها ابن النديم في قرابة صفحتين، توفي سنة 270هـ. ينظر: الفهرست لابن النديم: 303، وفيات الأعيان: 2/255، تذكرة الحفاظ: 2/572.

(2) ينظر الاستذكار: 2/199، والمروزي: هو محمد بن نصر المروزي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأعلام، من تصانيفه: (تعظيم قدر الصلاة)، و(قيام الليل)، توفي سنة 294هـ، ينظر: تذكرة الحفاظ: 2/650، طبقات الحفاظ: 289.

(3) ينظر الأوساط: 1/287، وابن المنذر هو: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الحافظ العلامة، صاحب التصانيف منها: (الإشراف)، و(الإجماع) وغيرها، توفي سنة 318هـ، ينظر: تذكرة الحفاظ: 3/782، طبقات الحفاظ: 330.

(4) إلا أنهم قيدوه بما إذا لم يوجد غيره، فإن وجد غيره فهو مكروه حينها، ينظر: المدونة الكبرى: 1/4، تهذيب المدونة: 1/62، النوادر والزيادات: 1:71، عقد الجواهر الثمينة: 1/9، مواهب الجليل: 1/66.

(5) ينظر: الوسيط: 1/114، روضة الطالبين: 1/7.

(6) المحرر: 1/2، المبدع: 1/44، الإنصاف: 1/35.

(7) ينظر: مجموع الفتاوى: 19/236، الفروع: 1/52، الاختيارات الفقهية: 3، وابن تيمية هو: أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية، أبو العباس الحراني، الإمام المحقق المدقق، صاحب التصانيف النافعة الكثيرة في فنون شتى؛ منها (منهاج السنة النبوية)، و(درء تعارض العقل والنقل) وغيرها، توفي سنة 728هـ ينظر: ذيل طبقات الحنابلة: 338، المقصد الأرشد: 1/132.

(8) ينظر: نيل الأوطار: 1/28، والشوكاني هو: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، أحد الأئمة المجتهدين من علماء اليمن، له عدة تصانيف منها: (نيل الأوطار) و(السيل الجرار) وغيرها، توفي سنة 1250هـ ينظر: أبجد العلوم: 3/201، الأعلام: 6/298.

(9) ينظر: المحلى: 1/185.

(10) الماء المضاف هو: المقيد غير المطلق؛ وهو الذي تغير أحد أوصافه بمخالطة ما ليس بقرار له، وينفك عنه الماء غالباً، أو هو ما لا يصدق عليه اسم الماء بإطلاقه؛ كالمعتصر من الأجسام، والممتزج بها مزجا يفقده الإطلاق كالأمراق ونحوها. ينظر: التلغين للقاضي عبد الوهاب: 1/157، المنتقى للباي: 1/59.

(11) المحلى: 1/188.

من أن يصحبه من عرق الجسم في الغسل والوضوء شيء فهو ماء مضاف ، قال أبو محمد: وهذا غث جداً ، وحتى لو كان كما قالوا فكان ماذا؟! ومتى حرم الوضوء والغسل بماء فيه شيء طاهر لا يظهر له في الماء رسم؟! فكيف وهم يجيزون الوضوء بماء قد تبرد فيه من الحر! وهذا أكثر في أن يكون فيه العرق من الماء المستعمل " (1).

المطلب الخامس : تحرير القول الملزم ؛ وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : مدى صحة نسبة هذا القول إلى من نسبه إليه ابن حزم :

لا خلاف بين علماء الحنفية في أن الماء المستعمل في الوضوء والغسل من الجنابة لا يجوز الوضوء به ولا الغسل من الجنابة (2) ، لكن الخلاف في وصف هذا الماء هل هو طاهر فيجوز استعماله في إزالة الخبث ، أو هو نجس لا يجل استعماله في إزالة الخبث ؟ ، وليس في كتب ظاهر الرواية تعرُّضٌ لطهارته أو نجاسته ، بل اكتفى في الأصل بذكر أنه لا يجوز الوضوء به (3) ، وما نسبه ابن حزم هنا لأبي حنيفة من القول بنجاسة الماء المستعمل هو رواية أبي يوسف (4) عنه ؛ وهو الذي حققه مشايخ بلخ (5) ، وبين السرخسي (6) أن الصحيح من قول أبي حنيفة هو القول بنجاسته (7) ، ورجح ابن نجيم (8) القول بنجاسته من جهة الدليل لقوته (9) ؛ وهو حديث : (لا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ ، وَلَا يَغْتَسِلَنَّ فِيهِ مِنَ الْجَنَابَةِ) (10) ، ووجه الاستدلال بهذا الحديث قولهم : إن النهي عن الاغتسال في الماء الرَّاكِدِ جاء مَقْرُونًا بالنهي عن البول فيه ، فإذا كان البول يَنْجَسُهُ ؛ فكذلك الاغتسال (11) ، لكن هذا القول ليس هو المعتمد في مذهب الحنفية ، وإنما المعتمد هو رواية محمد بن الحسن (12) عن أبي حنيفة ؛ وهي أن الماء المستعمل طَاهِرٌ غَيْرِ نَجِسٍ (13) .

(1) المصدر السابق.

(2) ينظر: مختصر الطحاوي: 16 ، مختصر القدوري: 45 ، المبسوط: 46/1 ، فتح القدير: 85/1 ، البحر الرائق: 95/1 .

(3) ينظر الأصل: 25/1 ، بدائع الصنائع: 66/1 .

(4) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري ، صاحب الإمام أبي حنيفة ، وتلميذه ، وأول الناشرين لمذهبه ، أحد الفقهاء الأعلام ، ولي القضاء وهو أول من دعي قاضي القضاة ، له من التصانيف: الخراج والآثار وغيرها توفي سنة 182 هـ ينظر: الجواهر المضية: 220/2 ، الشذرات: 298/1 .

(5) بلخ: هي إحدى المدن العظيمة المشهورة من أمهات بلاد خراسان. ينظر: معجم البلدان: 479/1 ، آثار البلاد: 133/1 .

(6) هو: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر السرخسي ، الإمام المصنف ، صاحب أكبر الموسوعات في فقه الحنفية وهو كتاب المبسوط ، له عدة تصانيف في الفقه والأصول وغيرها ، توفي سنة 483 هـ ينظر: الجواهر المضية: 28/2 ، تاج التراجم: 234 .

(7) ينظر: المبسوط: 53/1 .

(8) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الشهير بابن نجيم ، فقيه حنفي متأخر ، له عدة تصانيف أشهرها: الأشباه والنظائر ، والبحر الرائق ، وغيرها. توفي سنة 970 هـ ينظر: شذرات الذهب: 358/8 ، الأعلام: 64/3 .

(9) ينظر: البحر الرائق: 99-100/1 .

(10) رواه أبو داود في سننه: كتاب الطهارة ، باب البول في الماء الرَّاكِدِ: 18/1 ح (70) ، بلفظ: (لا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ ، وَلَا يَغْتَسِلَنَّ فِيهِ مِنَ الْجَنَابَةِ) . والحديث بهذا اللفظ غير محفوظ ، ورجاله ثقات إلا محمد بن عجلان فهو صدوق ، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود: 30/1 ، وأما الرواية المحفوظة فهي رواية الشيخين من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: (لا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ الَّذِي لَا يَجْرِي ، ثُمَّ يَغْتَسِلَنَّ فِيهِ) رواه البخاري في كتاب الوضوء باب البول في الماء الدائم: 94/1 ح (236) ، وعند مسلم في كتاب الطهارة ، باب النهي عن البول في الماء الرَّاكِدِ: 235/1 ح (282) بلفظ: (مِنْهُ) بدل (فِيهِ) .

(11) ينظر: شرح مختصر الطحاوي: 24/1 ، البناية: 350/1 ، البحر الرائق: 99-100/1 .

(12) ينظر: المبسوط: 53/1 ، هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، تلميذ أبي حنيفة ، وأحد الصحابين ، وأحد الناشرين لمذهب الحنفية ، إمام بالفقه والأصول ، له تصانيف عديدة أشهرها كتب ظاهر الرواية المعتمدة عند الحنفية ، توفي سنة 189 هـ . ينظر: تاريخ بغداد: 172/2 ، الجواهر المضية: 42/2 .

(13) ينظر: شرح مختصر الطحاوي: 27/1 ، شرح مختصر الكرخي: 182/1 ، الأسرار: 231 .

وهو الذي عليه الفتوى عند المتقدمين؛ كالطحاوي⁽¹⁾، والحاكم الشهيد⁽²⁾، والقُدوري⁽³⁾، وغيرهم⁽⁴⁾، وهو المعتمد عند المتأخرين من علماء الحنفية⁽⁵⁾، ومشايخ العراق نفوا الخلاف وقالوا: إنه طاهر عند الكل، وكان بعض كبار الحنفية يقول: " أرجو أن لا تثبت رواية النجاسة فيه عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو اختيار المحققين من مشايخنا بما وراء النهر"⁽⁶⁾ وذكروا أنه الأشهر الأقيس، وبعضهم قال: وعليه الفتوى، وقالوا: وهو الصحيح⁽⁷⁾.

وبناءً عليه فما نسبهُ ابن حزم لأبي حنيفة من نجاسة الماء المستعمل صحيح على ما اعتمده واستظهره بعض المتقدمين من الحنفية، وبعد استظهار كلام الأكثرين تبين أن تلك الرواية القائلة بنجاسة الماء المستعمل ليست المعتمدة في مذهب الحنفية، وإنما الرواية المعتمدة المختارة هي القول بطهارة الماء المستعمل.

وأما ما نقله ابن حزم من قول بعضهم: إن الماء المستعمل لا بد أن يتعرض لعرق الجسم فهو حينئذ ماءً مُضَافٌ، فلم أقف عليه نصاً فيما اطّلت عليه من كتب الحنفية، لكن قد ذكر صاحب المحيط البرهاني نصاً وذلك في معرض توجيهه لرواية محمد بن الحسن رداً على من قال بنجاسة الماء المستعمل، فيه إشارة إلى ما نسبته ابن حزم لبعض الحنفية في ذلك، وإن كان فيه بُعدٌ وتكلف، لكن قد يلتبس منه هذا المعنى؛ ونص كلام المحيط هو: " ولأن الماء إذا استعمل في محل فأقصى أحواله أنه يصير مثل حال المحل، وأعضاء المحدث والجنب طاهرة، فلو صلى وهو حامل لمحدث أو جنب؛ جازت صلاته، ولو عرق المحدث والجنب في ثيابهم؛ لم تنتجس ثيابهم، ولكن لا يجلب له أداء الصلاة ببدن محدث، والماء المستعمل في هذا المحل يصير بهذه الصفة، فإذا أصاب الثوب يجوز الصلاة فيه، ولو توضأ به فلا تجوز الصلاة"⁽⁸⁾.

فقد يحتمل هذا الكلام أن الماء الملامس بدن المحدث قد تعرض لعرق بدنه فصار بذلك ماءً مضافاً، وهذا لعمرى تكلف لا لتمام ما أورده ابن حزم عن بعض الحنفية، لكنني وجدت الحافظ ابن حجر⁽⁹⁾ يقول رداً على من قال بنجاسة الماء المستعمل في حديث المَجَّة⁽¹⁰⁾ " وحديث المَجَّة وإن لم يكن فيه تصريح بالوضوء؛ لكن توجيهه: أن

(1) هو: أحمد بن محمد بن سلامة، أبو جعفر الطحاوي، الإمام المحدث الفقيه الحنفي، صاحب التصانيف من أشهرها: شرح معاني الآثار، والمختصر في الفقه، وغيرها، توفي سنة 321هـ. ينظر: الجواهر المضية: 1/102، الأعلام: 1/206.

(2) هو: محمد بن محمد بن أحمد، أبو الفضل المروزي، الشهير بالحاكم الشهيد، أحد متقدمي فقهاء الحنفية، له عدة تصانيف في الفقه من أجلها مختصره الذي يجمع كتب ظاهر الرواية في فقه الأحناف، وسماه الكافي، وله المنتقى وغيرها، توفي سنة 334 هـ، ينظر: الجواهر المضية: 2/112، الأعلام: 19/7.

(3) هو: أحمد بن محمد بن أحمد البغدادي، الشهير بالقُدوري، صاحب المختصر الذي عرف بالكتاب، انتهت إليه بالعراق رئاسة الحنفية في زمانه، له عدة مصنفات أشهرها المختصر والتجريد وغيرها، توفي سنة 428هـ، ينظر: الجواهر المضية: 1/93، تاج التراجم: 98.

(4) ينظر: مختصر الطحاوي: 16، الكافي مع المبسوط: 1/46، مختصر القُدوري: 45.

(5) ينظر: المحيط البرهاني: 1/276، البناية: 1/349، شرح فتح القدير: 1/85، البحر الرائق: 1/95، رد المحتار: 1/200 - 201.

(6) المصادر السابقة.

(7) ينظر البناية: 1/349.

(8) المحيط البرهاني: 1/278، مع يسير تصرف، وأيضاً نحوه في الأسرار: 233-234.

(9) هو: أحمد بن علي بن محمد، شهاب الدين أبو الفضل الشهير بابن حجر العسقلاني، سيد حفاظ زمانه، وشيخ الشافعية المدققين، له تصانيف تهادتها الملوك، وكتبها الأكابر، من أشهرها: فتح الباري، بلوغ المرام، تهذيب التهذيب، وغيرها كثير. توفي سنة 852هـ. ينظر: الضوء اللامع: 2/36، البدر الطالع: 1/87.

(10) المَجَّة: اسم المرة من مَجَّ الماء يَمُجُّه مَجًّا، إذا قذفه وطرحه من فيه. ينظر جهمرة اللغة، مادة (مج)، والنهاية في غريب الحديث: 4/297، والحديث متفق عليه من رواية أبي موسى الأشعري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه: (ثُمَّ دَعَا بِقَدْحٍ) → فِيهِ مَاءٌ، فَغَسَلَ يَدَيْهِ، وَوَجَّهَهُ فِيهِ، وَمَجَّ فِيهِ، ثُمَّ قَالَ: اشْرَبُوا مِنْهُ، وَأَفْرَغُوا عَلَى وُجُوهِكُمْ، وَتُخَوِّرُكُمْ) رواه البخاري في المغازي، باب غزوة الطائف: 4/1573 ح(4073)، ومسلم في فضائل الصحابة، باب من فضائل أبي موسى وأبي عامر الأشعريين: 4/1943 ح(2497).

القائل بنجاسة الماء المستعمل إذا علله بأنه ماء مضاف؛ قيل له: هو مضاف إلى طاهر لم يتغير به، وكذلك الماء الذي خالطه الريق طاهر؛ لحديث المجة⁽¹⁾.

فعلم بذلك أن لبعض الحنفية تعليل بما أورده ابن حزم هنا من قول بعضهم بأن الماء المستعمل مضاف؛ لأنه لاقى عرق الجسم، وإن كنت قد رأيت أكثر من يعبر بلفظ الماء المضاف هم المالكية، وبعض الشافعية⁽²⁾.

وأما ما حكاه عنهم من تجويزهم الوضوء بماء قد تبرد فيه من الحر؛ فهو صحيح ثابت، وهو مقتضى كلامهم من تفسيرهم الماء المستعمل⁽³⁾، وهو المعتمد خلافاً للطحاوي كما بينه السرخسي قال: "وذكر الطحاوي أنه إذا تبرد بالماء صار الماء مستعملاً، وهذا غلط منه؛ إلا أن يكون تأويله: إن كان مُحَدَّثًا فيزول الحدث باستعمال الماء وإن كان قصده التبرُّد؛ فحينئذ يكون مستعملاً"⁽⁴⁾.

المسألة الثانية: ذكر من يتفق قوله مع أصحاب القول الملزم:

قد مضى أن القول بنجاسة الماء المستعمل هو رواية عن أبي حنيفة، وهو كذلك رواية عن أحمد بن حنبل⁽⁵⁾، وأما القول بأن الماء المستعمل طاهر غير مُطَهَّر فهو رواية محمد بن الحسن عن أبي حنيفة؛ وهي الرواية المفتى بها في مذهبهم كما بينته، ونقل بعض العلماء أنه قول عمر، وابن عباس⁽⁶⁾، وهو رواية عن الأوزاعي، وأشهر الروايتين عن

الثوري⁽⁷⁾، وبه قال الليث⁽⁸⁾، وهو رواية عن مالك⁽⁹⁾، وهو مذهب الشافعية والحنابلة⁽¹⁰⁾.

المطلب السادس: مناقشة إلزام ابن حزم:

لم أجد من أجاب أو ناقش ابن حزم في إلزامه لبعض الحنفية، لكن أقول وبالله تعالى التوفيق، إن ابن حزم - كما أسلفت - قد ألزم بعض فقهاء الحنفية بأن يجيزوا الوضوء بالماء المستعمل كما أجازوه في مسألة الوضوء بالماء

(1) فتح الباري:1/296.

(2) ينظر التلقين للقاضي عبد الوهاب:1/56، المعونة له:1/62، الحاوي الكبير للماوردي:1/52، بداية المجتهد:1/19، العزيز للرافعي:1/10، الذخيرة:2/459، شرح حدود ابن عرفة:1/20، مواهب الجليل:1/67.

(3) ينظر: مختصر القدوري مع تصحيحه:46، البناءة:1/352، فتح القدير:1/85، حاشية ابن عابدين:1/311-312.

(4) المبسوط:1/47، وينظر: شرح مختصر الطحاوي:1/23، شرح مختصر الكرخي:1/186، والمعنى أنه إن لم يكن المتبرد بالماء محدثاً لم يكن الماء الذي تبرد به مستعملاً باتفاق الحنفية مع اختلاف أصولهم في تفسير الماء المستعمل. ينظر: بدائع الصنائع:1/69.

(5) ينظر: الفروع:1/52، المبدع:1/44، الإنصاف:1/36.

(6) نقله الماوردي عن عمرو بن عباس رضي الله عنهم في الحاوي الكبير:1/296، وابن عباس هو: عبد الله ابن عباس بن عبد المطلب الهاشمي، حبر هذه الأمة وفقهها، وابن عم رسول الله ﷺ، وأحد المكثرين من الرواية. وفاته سنة 68هـ. ينظر لترجمته: الاستيعاب:3/933، أسد الغابة:3/295.

(7) ينظر: المحلى:1/188، والثوري هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الإمام الفقيه، شيخ الإسلام، وسيد الحفاظ، أبو عبد الله الثوري، كان آية في الحفاظ وإتقان، توفي سنة 161هـ. ينظر: طبقات الفقهاء:85، تذكرة الحفاظ:1/203.

(8) ينظر: الإشراف لابن المنذر:1/147، الأوسط له:1/286، الحاوي الكبير:1/296، الاستذكار:2/199، البيان للعمرائي:1/43، المغني:1/28، والليث هو: ابن سعد بن عبد الرحمن، أبو الحارث الفهسي، يقال: إنه مولى خالد بن ثابت الفهسي، كان الليث إمام أهل مصر في الفقه والحديث، توفي سنة 175هـ. ينظر:

المنتظم:9/12، وفيات الأعيان:4/127.

(9) ينظر: المدونة الكبرى:1/4، الذخيرة:1/174، مواهب الجليل:1/66.

(10) ينظر: المجموع:1/207، نهاية المحتاج:1/72، كشف القناع:1/32، شرح المنتهى:1/18.

الذي تبرد فيه من الحر بجامع أن كلاً منهما تعرض لعرق الجسم⁽¹⁾، والحق أنني لم أجد بشكل ظاهر واضح - فيما اطلعت عليه - ما ادعاه ابن حزم عليهم من تعليل الاستعمال بكونه تعرض لعرق الجسم فصار ماء مضافاً؛ ولكن بتلمس إيماءات من كلام أهل العلم قد يحمل عليها ما ذكره ابن حزم في نسبته لبعضهم أن الماء المتعرض لعرق الجسم يعد ماء مضافاً، وبعد تأمل ما ذكره الحنفية في هذه المسألة تبين لي أنهم لم يعللوا بما نقله ابن حزم عنهم من تعليل؛ وهو أن الماء المستعمل قد تعرض لعرق البدن، وإنما ذكروا علةً أخرى؛ وهي أنهم حكموا بأنه ماءً مستعمل؛ لأنه استعمل في رفع حدث أو استعمال على وجه القربة، وبناءً عليه صار مستعملاً⁽²⁾، وهم إنما أجازوا الوضوء بماء التبرد؛ لأنه لم يستعمل في رفع الحدث، أو لم يقصد به القربة، لكن إن وجد مع التبرد رفع للحدث أو التقرب؛ فإنه يصير مستعملاً إذاً وحينها لا يجيزون الوضوء به⁽³⁾.

ومن هنا نقول لابن حزم: إنما اختلف الحكم لتخلف العلة؛ بمعنى أن الأحناف لم يجيزوا الوضوء بالماء المستعمل؛ لأنه استعمال في رفع حدث، أو قصد به القربة، وهذه المسألة تخالف مسألة الوضوء بالماء المتبرد به، فالعلة وهي الاستعمال وجدت في الأول فأجري الحكم، وتخلفت في الثاني فلم يجز الحكم.

المطلب السابع: النتيجة:

بناء على ما مضى في مناقشة إلزام ابن حزم، وأن العلة التي ادعاها على بعض الحنفية لم تثبت إلا من تلمس لكلام بعض أهل العلم قد يحتمل ثبوت ما نسبته إليهم ابن حزم حتى نصحح إلزامه لهم؛ فظهر بذلك أن إلزام ابن حزم يرد على من أثبت هذه العلة من الحنفية فيكون إلزام ابن حزم لازماً لهم إذاً؛ لكن مع ذلك لا يلزم الحنفية أن يجيزوا الوضوء بالماء المستعمل بناء على تجويزهم الوضوء بماء التبرد، لفقد العلة في الثاني؛ وهي كونه غير مستعمل، والله تعالى أعلم.

الفصل الثاني: رفع الحدث بالماء المختلط بالطهارات:

المطلب الأول: بيان مذهب ابن حزم في المسألة:

ذهب ابن حزم إلى جواز رفع الحدث بالماء الذي خالطه أي طاهر؛ كأن يقع في الماء غسل، أو عجين، أو زعفران⁽⁴⁾، أو صابون⁽⁵⁾، أو خَطْمِيٍّ⁽⁶⁾، أو نحو ذلك من الطهارات، حتى ولو غير لونه، أو ريحه، أو طعمه، شريطة ألا يزول عنه اسم الماء⁽⁷⁾.

(1) ينظر: المحلى:1/188.

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي:1/26، البناء:1/352، البحر الرائق:1/97.

(3) ينظر: شرح مختصر الطحاوي:1/26، المبسوط:1/47، بدائع الصنائع:1/69.

(4) الزعفران: صنف من النبات، منه نوع بري، ونوع صبغي طبي مشهور، والثاني هو المراد هنا، وكانوا يعدونه نوعاً من الطيب. ينظر: العين، المعجم الوسيط، مادة: (زعفر)، الموسوعة الفقهية:23/222.

(5) الصابون: مركب من أحماض دهنية، وبعض القلويات، وتستعمل رغوته في التنظيف والغسل، قيل هو مما توافقت فيه جميع الألسنة، وحكي عن ابن دريد أنه ليس من كلام العرب. ينظر: لسان العرب، تاج العروس، المعجم الوسيط. مادة: (صبن)، الموسوعة الفقهية:26/301.

(6) الخَطْمِيُّ: بفتح الخاء المعجمة وكسرهما، وحكي ضمها، هو: ضرب من النبات، يدق ورقه إذا يبس فيجعل غسلاً للرأس فينقيه. ينظر: المحكم لابن سيده، المعجم الوسيط، مادة: (خطم)، وينظر: طلبة الطلبة:88، البحر الرائق:2/349.

(7) ينظر المحلى:1/199.

المطلب الثاني: ذكر من اتفق قوله وقول ابن حزم:

ما ذهب إليه ابن حزم هنا هو ما ذهب إليه الحنفية فإنهم يميزون الطهارة بالماء الذي خالطه شيء طاهر فغير أحد أوصافه ما لم يغلب الطاهر على الماء⁽¹⁾، وهو قول أبي عبيد⁽²⁾، وداود الظاهري⁽³⁾، ورواية في مذهب أحمد⁽⁴⁾، وهو اختيار ابن تيمية⁽⁵⁾، وهو تحقيق مذهب الشافعية والحنابلة؛ فإنهم ذكروا بأن المخالط إذا غير وصف الماء بحيث سلب عنه اسم الماء فإنه يسلبه الطهورية حينها، وإلا فلا؛ أي: فإن تغير بمخالطة الطاهر شيء من أوصاف الماء تغيراً يسيراً لم يسلبه ذلك الطهورية؛ لأنه لم يزل عنه إطلاق اسم الماء، وبهذا يتفق مذهبهم ومذهب ابن حزم ومن وافقهم في هذه المسألة⁽⁶⁾.

المطلب الثالث: عرض الأقوال الملزمة وبيان قائلها:

القول الملزم في هذه المسألة هو قول المالكية، حيث إن ابن حزم قد نسب إليهم القول بعدم جواز رفع الحدث بالماء المختلط بالطهارات؛ لأنه لا يسمى حينئذ ماء مطلقاً، بل هو ماء مضاف؛ ومثاله: الماء الذي يبل فيه الخبز ونحو ذلك، ونقل ابن حزم عن مالك أنه يقول بخلاف ما نقل عن أصحابه، وذلك في مسألة العَدِير⁽⁷⁾ الذي ترده المواشي فتبول فيه وتروث حتى يتغير وصف الماء بذلك، فبين أن مذهب مالك القول بجواز الوضوء من ذلك الماء مع الكراهة، وكأن ابن حزم بهذا النقل يبين أن مذهب مالك المشهور هو هذا القول، وأما ما روي عنه بخلافه فكأنه يضعفه، مع أن القول بعدم طهورية الماء المختلط بالطاهر هو المعتمد عند أصحابه⁽⁸⁾، ثم ألزم ابن حزم المالكية بعد حكاية مذهبهم ومذهب إمامهم بأمر عدة بيانها في المطلب التالي.

المطلب الرابع: بيان وجه الإلزام:

ألزم ابن حزم المالكية بعدة إزامات في مسألتنا هذه، وبيانها فيما يلي:

■ ألزمهم بقول ثلاثة من الصحابة رضي الله عنهم لا يعرف لهم منهم مخالف؛ وهم: علي، وابن مسعود⁽⁹⁾، وابن عباس رضي الله عنهم، وقد ثبت عنهم أنهم قالوا بإجزاء الغُسل للجنب إذا غسل رأسه بالحِطْمِيّ، والمالكية بمنعهم رفع

(1) ينظر مختصر الطحاوي: 15-16، مختصر القدوري: 44، البحر الرائق: 72/1.

(2) ينظر: الطهون: 196، وأبو عبيد هو: القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي، الإمام الحافظ المجتهد ذو الفنون، وصاحب التصانيف التي من أشهرها: غريب الحديث، والطهور، والأموال، وغيرها، توفي سنة 224هـ. ينظر: صفة الصفوة: 4/130، سير أعلام النبلاء: 10/490.

(3) ينظر: المحلى: 1/201.

(4) ينظر: الانتصار للكلوذاني: 1/122، المبدع: 1/43، الإنصاف: 1/33.

(5) ينظر مجموع فتاوى ابن تيمية: 21/25، الاختيارات الفقهية: 3.

(6) ينظر: العزيز للرافعي: 1/18، المجموع: 1/155، مغني المحتاج: 1/18، نهاية المحتاج: 1/63، المبدع: 1/41، كشف القناع: 1/30، شرح المنتهى: 1/17، مطالب أولي النهى: 1/35.

(7) العَدِيرُ: هو القطعة من الماء التي يخلفها السيل، وسميت بذلك لأن السيل غادرها وخلقها وراءه. ينظر: تاج العروس، مادة (غدر)، لغة الفقهاء: 298.

(8) ينظر المحلى: 1/201.

(9) ينظر المحلى: 1/201، وابن مسعود هو: عبد الله بن مسعود بن غافل، أبو عبد الرحمن الهذلي، حليف بني زهرة، وأول من جهر بالقرآن بمكة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي سنة 32هـ. ينظر: الاستيعاب: 3/987، أسد الغاية: 3/394.

الحدث بماء خالط طاهراً قد خالفوا أصلهم قول الصحابي الذي لا يعرف له مخالف؛ وهو ما ثبت في هذه الآثار⁽¹⁾، فكان يلزمهم أن يقولوا بطهارة الماء المختلط بالطاهر طرداً لأصلهم في ذلك⁽²⁾.

■ ألزمهم بعمل أهل المدينة وهم مخالفون له هنا؛ حيث إنه قد أفتى بإجزاء غسل الجنب رأسه بالحِطْمِيِّ بعض صحابة رسول الله من أهل المدينة؛ كعلي، وابن مسعود، وابن عباس⁽³⁾، وثبت عن سعيد بن المسيّب⁽⁴⁾ وغيره، وعن صواحب النبي ﷺ من نساء الأنصار، والتابعات منهن أن المرأة الجنب والحائض إذا امتشطت بحِجَاءٍ⁽⁵⁾ رقيق؛ أجزأها ذلك عن غسل رأسها للجنب والحائض، ولا تعيد غسل رأسها⁽⁶⁾، وثبت أيضاً عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف⁽⁷⁾ وغيره، أنهم قالوا في الجنب يغسل رأسه بالسدر⁽⁸⁾، والحِطْمِيِّ أنه يجزئه عن غسل رأسه للجنب⁽⁹⁾؛ فهؤلاء هم فقهاء المدينة، وقد تبين ما ثبت عنهم في تجويزهم رفع الحدث بماء اختلط بطاهر، فكان يلزم المالكية الأخذ بأصلهم في ذلك⁽¹⁰⁾.

(1) أثر علي ﷺ رواه ابن دكين في كتابه الصلاة: 106 - 107، عن أبي إسحاق من طريقين: أحدهما عن إسرائيل بن يونس، والآخر عن زهير بن معاوية وهما إن كانا من رجال الشيخين إلا أنهما سمعا من ابن إسحاق بأخرة. ينظر: الجرح والتعديل: 330/2، 588/3، تهذيب الكمال: 519/2، 424/9، لكن رواه عن علي ﷺ ابن أبي شيبة في مصنفه: 71/1 برقم (773)، وفيه عن عنة أبي إسحاق، وأما أثر ابن مسعود ﷺ فقد رواه الشافعي في الأم: 164/7، وعبد الرزاق في المصنف: 263/1 ح (1008)، وابن دكين في الصلاة: 107، وابن الجعد في مسنده: 78، وابن أبي شيبة في مصنفه: 71/1 ح (771)، والبخاري في التاريخ الكبير: 207/4، والطبراني في الكبير: 254/9، والبيهقي في الكبرى: 183/1 ح (830)، والأثر مروى من عدة طرق أصحها طريق الحارث كما ذكره البخاري، وعن عنة أبي إسحاق لا تضعفه؛ لأنه قد رواه عنه شعبة كما ذكر البخاري وغيره، وذكر الهيثمي أثر ابن مسعود كما عند الطبراني، وقال: "وإسناده حسن" ينظر: التاريخ الكبير للبخاري: 207/4، مجمع الزوائد: 273/1، وأما أثر ابن عباس ﷺ فقد رواه ابن أبي شيبة في المصنف: 71/1 ح (775) بإسناد صحيح.

(2) ينظر المحلي: 200/1 - 201.

(3) أشرت إلى هذه الآثار وتخرجها في الإلزام السابق لهذا الإلزام، وحكاها ابن رجب في فتح الباري: 291/1، عن علي بن أبي طالب ﷺ، وابن مسعود ﷺ، وجماعة من السلف.

(4) هو: سعيد بن المسيّب بن حزن المخزومي، أحد كبار التابعين وفقهائهم الأجلاء، توفي سنة 94هـ، وقيل غير ذلك. ينظر: الطبقات الكبرى: 119/5، طبقات الفقهاء: 39.

(5) الحِجَاءُ: شجر ورقه كورق الرُّمَّان وعيدانه كعيدانه، له زهر أبيض، يسحق ورقه ويتخذ منه خضاباً أحمر، يستعمل في التداوي والزينة. ينظر: المعجم الوسيط، مادة: (حناً)، الطب النبوي: 69.

(6) رواه عبد الرزاق في المصنف: 273/1-274 برقم (1051، 1052) الأثر الأول عن رجل من الأنصار عن النساء الأُول، وإسناد الأثر صحيح لولا أنه سقط من الكتاب اسم الراوي الذي بعد زيد بن أسلم، وقد أشار إلى ذلك المحقق، أما الأثر الآخر فهو عن سعيد بن المسيّب؛ وهو صحيح الإسناد، وروى عبد الرزاق في المصنف: 274/1 برقم (1054) نحوه عن ابن جريج؛ وابن جريج وإن كان ثقة إلا أن روايته بلفظ: "قال"، حذر منها الحفاظ، وقالوا: "ليست بشيء"، وذكر بعضهم أنه أثبت الناس عن عطاء، ولذلك إذا قال ابن جريج: "قال عطاء"؛ فهو سمعه منه، وإن لم يقل: "سمعته". ينظر: التعديل والتجريح: 904/2، تهذيب الكمال: 348/18.

(7) هو: أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف القرشي، أحد كبار التابعين وفقهائهم بالمدينة، ومعدود في فقهاء المدينة السبعة على خلاف فيه، اختلف في اسمه فقيل: عبد الله، وقيل: إسماعيل، وقيل: اسمه كنيته، توفي سنة 94هـ، وقيل: 104هـ. ينظر: الطبقات الكبرى: 155/5، تهذيب الكمال: 370/33.

(8) السِّدْرُ: ورق شجرة التَّبَقِ؛ والتَّبَقُ ثمر حلو يؤكل، وتسحق أوراق السِّدْر فتخلط مع الماء، فتستعمل في التنظيف. ينظر: المصباح المنير، المعجم الوسيط، مادة: (سدر)، طلبة الطلبة: 88، لغة الفقهاء: 216.

(9) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 72/1 برقم (779) عن أبي سلمة بإسناد صحيح، ونحوه عن سعيد بن جبيرة في المصنف: 71/1 برقم (778) وإسناده هو الآخر صحيح، وروي نحو ذلك عن جملة من التابعين أيضاً.

(10) ينظر المحلي: 200/1 - 201.

- ألزمهم بضرورة إجراء الحكم في هذه المسألة كما أثبتوه في مسألة مشابهة؛ وإلا لزم النقص إذاً، فيلزم المالكية القول بطهورية الماء الذي خالطه طاهر؛ كالخبز، والسدر ونحوها، كما قالوا بطهورية الماء المتغير من طين موضعه، والعلة فيهما واحدة؛ تغير الماء بطاهر خالطه، وإلا يلزم التناقض على ذلك⁽¹⁾.
 - ألزمهم من حيث اللغة أن يقولوا بطهورية الماء المختلط بطاهر، بناء على قولهم في مسألة أخرى يظهر فيها نفس المعنى الذي في مسألتنا هذه، فقد جعل المالكية حكم الفضة الخالصة للفضة المخلوطة بالنحاس ولو كان هذا الخلط يغير صفة الفضة، وهذا في مسألة الزكاة⁽²⁾، والصرف⁽³⁾؛ فأوجبوا الزكاة في الفضة المزوجة بالنحاس، وأباحوا صرف فضة مخلوطة بنحاس بمثل وزنها من فضة خالصة، ومثل ذلك قالوه في الذهب المزوج بغيره، فكان لازماً لهم أن يجعلوا حكم الماء للماء المختلط بشيء طاهر، إذ المعنى في ذلك واحد وهو إطلاق الاسم على العين المختلط بها غيرها؛ وإلا فقد تناقضوا، قال ابن حزم: "والذي عليه أصحابه بخلاف هذا؛ وهو أنه روي عنه في الماء يُبَلُّ فيه الخبز، أو يقع فيه الدهن أنه لا يجوز الوضوء به، وكذلك الماء ينقع فيه الجلد، وهذا خطأ من القول؛ لأنه لا دليل عليه من قرآن، ولا من سنة، ولا إجماع، ولا قول صاحب، ولا قياس، بل خالفوا فيه ثلاثة من الصحابة رضي الله عنهم لا يعرف لهم منهم مخالف، وخالفوا فيه فقهاء المدينة كما ذكرنا، وما نعلمهم احتجوا بأكثر من أن قالوا: ليس هو ماء مطلقاً، قال أبو محمد: وهذا خطأ، بل هو ماء مطلق وإن كان فيه شيء آخر، ولا فرق بين ذلك الذي فيه وبين حجر يكون فيه، وهم يجيزون الوضوء بالماء الذي تغير من طين موضعه وهذا تناقض، ومن العجب أنهم لم يجعلوا حكم الماء للماء الذي مزجه شيء طاهر لم يزل عنه اسم الماء، وجعلوا للفضة المخلوطة بالنحاس خلطاً يغيرها حكم الفضة الخضة، وكذلك في الذهب المزوج فجعلوه كالذهب الصّرف في الزكاة والصّرف، وهذا هو الخطأ وعكس الحقائق؛ لأنهم أوجبوا الزكاة في الصّفّر⁽⁴⁾ الممازج للفضة وهذا باطل، وأباحوا صرف فضة وصّفّر بمثل وزن الجميع من فضة محضة، وهذا هو الربا بعينه" ⁽⁵⁾.
- المطلب الخامس: تحرير القول الملزم؛ وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مدى صحة نسبة هذا القول إلى من نسبه إليه ابن حزم:

ما نسبه ابن حزم لمالك في مسألة الغدير صحيح ثابت كما نقله جمع من المالكية، لكن مذهبهم المعتمد هو بخلاف هذه الرواية عن مالك؛ وقد ذكروا أن مالكاً عنه روايتان في ذلك:

- رواية القول بجواز الوضوء من ذلك الماء مع الكراهة.
- ورواية بعدم الجواز.

(1) المصدر السابق.

(2) الزكاة لغة: النماء والزيادة، يقال: زكا الزرع إذا نما وزاد، ينظر المصباح المنير، المعجم الوسيط، مادة: (زكا) والزكاة اصطلاحاً هي: أداء حق يجب في مال مخصوص، على وجه مخصوص، لمصارف مخصوصة. ينظر: المطلع: 122، الموسوعة الفقهية: 226/23.

(3) الصرف في اللغة: رد الشيء عن وجهه، ويأتي بمعنى الإنفاق، ينظر: لسان العرب، المعجم الوسيط، مادة: (صرف) والصرف في الاصطلاح: بيع نقد بنقد، ويسميه المالكية المراطلة إن كان بالوزن، ومبادلة إن كان بالعدد. ينظر: مواهب الجليل: 226/4، لغة الفقهاء: 244، الموسوعة الفقهية: 348/26.

(4) الصّفّر: نوع من أنواع النحاس، وفي المعجم الوسيط مادة (صفر) هو النحاس الأصفر. ينظر: المطلع: 133، لغة الفقهاء: 245.

(5) المحلى: 201/1 - 202.

والذي في المدونة النقل عنه بخلاف ذلك في مسألة الخبز يبل في الماء، وهذه الرواية هي معتمد أصحاب مالك، وعليها فتواهم، وعلى هذا فما نقله ابن حزم عن مالك وأصحابه هو نقل صحيح دقيق في مذهب المالكية، إلا أنهم قد وجهوا رواية ماء الغدير بتوجيه حتى يعتمدوا الرواية الأخرى التي هي نص قول مالك في المدونة⁽¹⁾.

وما نقله ابن حزم عنهم في جواز الوضوء من ماء تغير بالطين هو معتمد في مذهبهم⁽²⁾.

وما نقله ابن حزم عن المالكية من أنهم أوجبوا الزكاة في الدنانير والدرهم المشوبة بنحاس - وتسمى المغشوشة - وكذلك هو صحيح في الراجح عنهم؛ لكنهم اشتروا في ذلك رواجها في البلد، فإن لم تُرَجَّحْ حُسْبُ الخالص منها، فإن بلغ نصاباً زكياً، وإلا فلا، واشترط بعضهم أن يكون النحاس المخالط للنقدين قدراً يسيراً مستهلكاً فيهما، فإن كان كثيراً بحيث يتميز فيمكن الوصول إليه؛ فلا زكاة إلا بما في الدنانير والدرهم من الوزن، وقيل: وقيمة ما فيها من النحاس⁽³⁾.

وكذلك نُقِلَ ابن حزم عنهم جواز بيع الدنانير والدرهم المغشوشة بنحاس بمثل وزن الجميع من دنانير ودرهم خالصة، هو نُقِلَ صحيح كما حكاه ابن حزم عنهم؛ إذ هو الراجح في مذهب المالكية⁽⁴⁾.

المسألة الثانية: ذكر من يتفق قوله مع أصحاب القول الملزم:

القول بأن ما يخالط الماء من الطاهرات يسلبه الطهورية إن تغير بها وصف الماء هو أيضاً قول في مذهب الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾.

ووافق الشافعية المالكية في أن الماء المتغير بالطين لا يسلبه الطهورية؛ لأنه يشق صون الماء عنه⁽⁶⁾، وهذا مقتضى مذهب الحنفية إلا أنهم قالوا: إن كان الطين غالباً عليه؛ لم يجز الوضوء به، وإن كان رقيقاً؛ جاز⁽⁷⁾، وهو مذهب الحنابلة في الماء المختلط بالتراب؛ لأنه أحد الطهورين، ومحل ذلك رفته وسيلانه على الأعضاء، فإن تُخُنَّ ولم يجز على الأعضاء؛ فذلك طين وقد زال عنه اسم الماء، فلا يُطَهَّرُ إِذَا⁽⁸⁾، فالذي يظهر مما سبق ذكره من نقل مذاهب العلماء في أن الماء المتغير بالطين يجوز الوضوء به إذا لم يغلب الطين على الماء أن ذلك محل اتفاق بين العلماء⁽⁹⁾.

ويتفق مذهب الحنفية مع مذهب المالكية في وجوب زكاة النقدين المغشوشين؛ لكن قال الحنفية: العبرة بالغالب؛ فإذا قل الغش، وغلب الذهب، أو الورق؛ زكى المغشوش إذا بلغ نصاباً؛ لأن الغش في هذه الحال مغمور مستهلك، وإن تساوى الغش مع الذهب،

(1) ينظر: المدونة: 4/1، النوادر والزيادات: 80/1، الجامع لابن يونس: 66/1، المنتقى: 55/1، الذخيرة: 175/1، التاج والإكليل: 62/1، مواهب الجليل: 62/1.

(2) ينظر النوادر والزيادات: 80/1، المعونة: 62/1، التلقين: 56/1، التاج والإكليل: 56/1، شرح الخرشي: 68/1.

(3) ينظر: المقدمات الممهدة: 283/1، الذخيرة: 13/3، التاج والإكليل: 294/2، مواهب الجليل: 294/2، شرح الخرشي: 178/2، الشرح الكبير: 456/1.

(4) ينظر: جامع الأمهات: 343، التاج والإكليل: 334/4، مواهب الجليل: 335/4، منح الجليل: 526/4.

(5) ينظر: الحاوي الكبير: 46/1، البيان للعمراني: 24/1، المجموع: 155/1، المستوعب: 3/1، المبدع: 43/1، الإنصاف: 32/1.

(6) ينظر: العزيز: 18/1، مغني المحتاج: 19/1، نهاية المحتاج: 67/1.

(7) ينظر: شرح مختصر الطحاوي: 21/1، بدائع الصنائع: 15/1، البحر الرائق: 72/1، الفتاوى الهندية: 21/1.

(8) ينظر: المغني: 25/1، المبدع: 36/1، كشاف القناع: 32/1، مطالب أولي النهى: 34/1.

(9) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: 128/1، الاختيار: 17/1.

أو الورق، أو غلب الغش عليهما فلا يزكي إلا إذا بلغ الخالص نصاباً⁽¹⁾.

وكذا يتفق مذهب الحنفية مع المالكية في جواز بيع الدنانير والدرهم المغشوشة بخالصة من جنسها، والعبرة عند الحنفية كما سبق بما هو غالب، فإن غلب الغش؛ جاز التفاضل، وإن غلب الذهب أو الفضة؛ لم يجز البيع إذ لا عبرة بقليل الغش، وإن تساوى الغش مع الذهب والفضة جاز التفاضل في الصرف، دون البيع والإقراض⁽²⁾.

المطلب السادس: مناقشة إلزام ابن حزم:

لم أقف للمالكية على مناقشة لما ألزمهم به ابن حزم في هذه المسألة؛ لكنهم ذكروا أن الذي حملهم على التفريق بين ما تغير بالطين، وبين ما تغير بغير الطين من الطاهرات؛ كالزعفران ونحو ذلك، بأن الطين هو قرار للماء، ولا ينفك عنه الماء غالباً، ولا يقال مثله في الزعفران ونحوه، ولأجل هذا فقد وجهوا الرواية عن مالك في مسألة الغدير الذي ترده الماشية فتغيره بروثها بأنه مما لا ينفك عنه الماء غالباً، ويشق صون الماء عن مثل ذلك⁽³⁾.

وأجيب: بمنع تأثير هذا الفرق؛ لأن الماء المتغير بالزعفران ونحوه لم يزل عنه اسم الماء، ولم يغلب عليه حتى يقال زعفران، فلا يمنع اختلاط أجزاء الزعفران بالماء بقاء حكم التطهير بذلك الماء، كما لم يمنع اختلاط أجزاء الطين به ولم يسلبه معناه الذي كان له في حال نزوله من السماء وذلك في قوله تعالى: (وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا)⁽⁴⁾، ودل قوله تعالى: (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً)⁽⁵⁾ على تناول لفظ الماء لكل ما يطلق عليه هذا الوصف؛ لأنه نكرة في سياق نفي، فلا فرق في هذا بين نوع ونوع، ولا يقال: الماء المتغير بالطاهر لا يشمل لفظ الماء؛ لأن تناول الاسم لسماه يشمل في اللغة ما تغير عن أصل الحلقة، والمتغير تغيراً طارئاً، والمتغير بما يمكن الاحتراز منه، وما لا يمكن الاحتراز منه، كل ذلك يشمل اسم الماء، بدليل أن غالب مياه العرب متغيرة، فكان لزاماً أن يقال: إن الزعفران والطين يستوي تأثيرهما في الماء إذا لم يغيراه فلا يمنع جواز الوضوء به مع مخالطتهما إياه، ويستوي تأثيرهما إذا غلبا عليه فيمنعان جواز الوضوء به، فإن ظهر وصفهما في الماء ولم يغلباه؛ وجب أن يستوي حكمهما في التطهير تسوية بين المتماثلين⁽⁶⁾.

المطلب السابع: النتيجة:

يتضح مما سبق أن إلزام ابن حزم للمالكية هو في الواقع يلزمهم في هذه المسألة، فعلى المالكية أن يلتزموا القول بطهارة الماء الذي تغير وصفه بمخالطة الطاهر إذا لم يغلب الطاهر عليه ويخرجه عن اسم الماء، وإلزام ابن حزم لهم بهذا ليس عبثاً، بل هو مبني كما سلف على أصول لهم لم يأخذوا بها؛ وهي قول ثلاثة من الصحابة رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم يعرف من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ليس هذا فحسب بل خالفوا أصلهم عمل أهل المدينة، وقد ثبت عن جماعة من السلف - يعدون في فقهاء المدينة - القول بإجزاء غسل رأس الجنب والحائض بطاهر خالط الماء كالخَطْمِيِّ، والسُّدْرِ، والحِنَاءِ.

(1) ينظر: بدائع الصنائع: 2/17، تبين الحقائق: 1/279، البحر الرائق: 2/245.

(2) ينظر: بدائع الصنائع: 5/196، تبين الحقائق: 4/141، البحر الرائق: 6/218، الفتاوى الهندية: 3/105.

(3) ينظر: التلقين: 1/56، المعونة: 1/62، الجامع لابن يونس: 1/65، المنتقى: 1/55، مواهب الجليل: 1/62.

(4) سورة الفرقان: (48)

(5) سورة النساء: (43)، سورة المائدة: (6)

(6) ينظر: شرح مختصر الطحاوي: 1/22، التجريد: 1/65، مجموع فتاوى ابن تيمية: 21/25، البحر الرائق: 1/72.

كذلك ما ثبت في اللغة من أن الماء المتغير بطاهر لا يسلبه اسم الماء إلا إذا غلب عليه مُغَيِّرُهُ، يستوي في ذلك: المتغير بما لا ينفك عنه الماء، وبما ينفك عنه، فبطل تفريقهم في مسألة التفريق بين الماء المتغير بالطين، وبين الماء المتغير بغير الطين من زعفران ونحوه، فوجب إلحاق الماء في تلك الصورة؛ أعني المتغير بزعفران ونحوه بالماء المتغير من طين موضعه ولا فرق، وكذلك يلزمهم بناءً على مسألة الذهب والفضة المختلطين بنحاس في وجوب الزكاة فيهما كما لو أنهما خالصين، وجواز الصرف فيهما بمثل وزنهما من ذهب وفضة خالصين، أن يجعلوا حكم الماء للماء الذي مازجه شيء طاهر، ولم يزل عنه اسم الماء؛ لأن العلة في كل ذلك المخالطة، فلما جاز تسمية الذهب والفضة المشوبين بنحاس باسمهما خالصين؛ جاز إطلاق اسم الماء على الماء المختلط بطاهر ولا فرق، فبمجموع ما سبق من إلزامات يتوجب على المالكية التزامها، والقول بجواز رفع الحدث بالماء الذي مازجه شيء طاهر إذا لم يغلب عليه ذلك الطاهر فيصرف عنه اسم الماء، والله تبارك وتعالى أعلم.

الفصل الثالث: رفع الحدث بالنيبذ⁽¹⁾:

المطلب الأول: بيان مذهب ابن حزم في المسألة:

ذهب ابن حزم إلى القول بمنع جواز رفع الحدث بالنيبذ، فإن فَقَدَ الحدث الماء فلا يجزئه إذاً إلا التيمم لعدم جواز رفع الحدث بما سلب عنه اسم الماء كالنيبذ ونحوه.⁽²⁾

المطلب الثاني: ذكر من اتفق قوله وقول ابن حزم:

القول بعدم جواز رفع الحدث بالنيبذ ونحوه هو الثابت عن أكثر العلماء؛ ومنهم:

أبو عبيد⁽³⁾، وداود الظاهري⁽⁴⁾، وابن المنذر⁽⁵⁾، وهو رواية عن أبي حنيفة اختارها أبو يوسف، وزفر⁽⁶⁾ - كما نقله الدبوسي⁽⁷⁾ وغيره - ونصرها الطحاوي، وحكي أنها المذهب عندهم موافقة لجمهور العلماء⁽⁸⁾، وهو مذهب جمهور العلماء المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁹⁾.

(1) النيبذ في اللغة: فعيل بمعنى مفعول، فهو المنبوذ أي الملقى والمطروح. ينظر لسان العرب، المعجم الوسيط، مادة: (نبذ) والنيبذ في اصطلاحاً: الماء الذي ألقى فيه تمر أو زبيب ونحوهما، بحيث يكتسب الماء بعض خصائص ذلك الملقى كطعمه ولونه وريحه، ثم يجعل شرباً. ينظر: طلبة الطلبة: 318، النهاية في غريب الحديث: 6/5، زاد المعاد: 237/4، الموسوعة الفقهية: 260/19.

(2) ينظر: المحلى: 202/1.

(3) ينظر الطهور: 201.

(4) ينظر المحلى: 202/1.

(5) ينظر: الإشراف لابن المنذر: 130/1، الأوسط: 257/1.

(6) هو: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، فقيه كبير من أصحاب أبي حنيفة، كان صاحب أثر، توفي سنة 158 هـ. ينظر: طبقات الفقهاء: 141، الجواهر المضية: 243/1.

(7) ينظر: المحلى: 202/1، والدبوسي هو: عبيد الله بن عمر بن عيسى، أبو زيد الدبوسي القاضي الحنفي، من كبار فقهاء وأصولي الحنفية في عصره، من أشهر مصنفاة: تأسيس النظر، الأسرار، تقويم الأدلة، توفي سنة 430 هـ. ينظر: الجواهر المضية: 339/1، تاج التراجع: 192.

(8) ينظر: مختصر الطحاوي: 15، شرح معاني الآثار: 96/1، الأسرار: 409، المبسوط: 88/1، البحر الرائق: 144/1.

(9) ينظر: المدونة الكبرى: 4/1، شرح الخرشي: 176/2، الحاوي الكبير: 47/1، المجموع: 139/1، الانتصار: 136/1، المبدع: 42/1.

المطلب الثالث : عرض الأقوال الملزمة وبيان قائلها :

في هذه المسألة عدة أقوال ملزمة وبيانها على ما سيأتي :

القول الملزم الأول : قول أبي حنيفة ؛ فقد نسب ابن حزم إليه روايتين :

□ أشهرهما : جواز رفع الحدث بالنبذ بشروط :

1. أحدها : أن يكون نبذ تمر.
2. الشرط الثاني : أن يكون ذلك خارج الأمصار والقرى.
3. الشرط الثالث : انعدام الماء.
4. الشرط الرابع : ألا يسكر ذلك النبذ ، فإن أسكر فإن كان مطبوخاً جاز رفع الحدث به ، وإن كان نيئاً فلا يجوز استعماله ولو انعدم الماء وكان خارج الأمصار والقرى.

□ الرواية الأخرى: جواز رفع الحدث بجميع الأنبذة قياساً على نبذ التمر⁽¹⁾.

القول الملزم الثاني : قول محمد بن الحسن ، وقد نسب ابن حزم إليه بأنه يقول بجواز رفع الحدث بنبذ التمر إذا عدم الماء شريطة أن يجمع إلى ذلك التيمم⁽²⁾.

القول الملزم الثالث : قول المالكية والشافعية فقد نسب إليهم ابن حزم أنهم يقولون بعدم جواز رفع الحدث بالنبذ⁽³⁾.

المطلب الرابع : بيان وجه الإلزام :

القول الملزم الأول: ألزم ابن حزم أبا حنيفة بالقياس في كلا الروايتين عنه ، ويقول الصحابي الذي لا يعرف له مخالف من الصحابة رضي الله عنه ، وحاصل تلك الإلزامات ما يلي :

- على الرواية الأخرى عن أبي حنيفة التي هي في مقابل الأشهر - القائل فيها بقياس سائر الأنبذة على نبذ التمر في جواز رفع الحدث بها - ألزمه ابن حزم بقياس داخل القرية على خارجها ، فكما أنه جاز رفع الحدث بالنبذ خارج القرية فكذا الحكم داخل القرية لعدم الفارق ، قال ابن حزم: " وأما قوله الثاني الذي قاس فيه جميع الأنبذة على نبذ التمر ؛ فهلا قاس أيضاً داخل القرية على خارجها؟! وما المميز له أحد القياسين والمانع له من الآخر؟! " ⁽⁴⁾.
- وعلى أشهر قول أبي حنيفة - وهي الرواية الأولى القائل فيها بجواز رفع الحدث بالنبذ بشروط سبق ذكرها - ألزم ابن حزم أبا حنيفة بقياس الأمرار وسائر الأنبذة على نبذ التمر لعدم الفارق ، قال ابن حزم: " وأبو حنيفة يقول بالقياس ، وقد نقض ههنا أصله في القول به ؛ فلم يقس الأمرار ولا سائر الأنبذة على نبذ التمر " ⁽⁵⁾.

(1) ينظر حكاية هاتين الروايتين عن أبي حنيفة في المحلى: 203/1 ، 205.

(2) المصدر السابق.

(3) حكاة ابن حزم عنهم في المحلى: 202/1.

(4) المحلى: 205/1.

(5) المحلى: 206/1.

■ ألزمه بقول الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في ذلك ، ومن ذلك :

1. أن جماعة من الصحابة ﷺ ركبوا البحر فلم يجدوا إلا ماء البحر ونبيذاً ، فتوضؤوا بالنبيذ دون ماء البحر⁽¹⁾.

2. أثر علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال : " إذا لم تجد الماء فلتتوضأ بالنبيذ"⁽²⁾.

3. أثر آخر عن علي ﷺ أنه قال : " لا بأس بالوضوء بالنبيذ"⁽³⁾.

قال ابن حزم : " وأما فعل الصحابة ﷺ وقول علي فهو مخالف له ؛ لأنه لا يجوز الوضوء بالنبيذ مع وجود ماء البحر ، ولا يجوز الوضوء بالنبيذ وإن عدم الماء في القرى ، وليس هذا في قول علي ، ولم يخص علي نبيذ تمر من غيره ، وأبو حنيفة يخصه في أحد قوليه ، ولا أمقت في الدنيا والآخرة ممن ينكر على مخالفه ترك قول هو أول تارك له ولا سيما ومخالفه لا يرى ذلك الذي ترك حجة ؛ قال الله تعالى : (لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ - كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ)⁽⁴⁾ " ، ثم قال في ختام المسألة: " وخالف أيضاً أقوال طائفة من الصحابة ﷺ كما ذكرنا دون مخالف يعرف لهم في ذلك ، وهذا أيضاً هادم لأصله"⁽⁵⁾.

القول الملزم الثاني: ألزم ابن حزم محمد بن الحسن أن يقول بمنع جواز رفع الحدث بالنبيذ ؛ وذلك بناء على مسألة أخرى قال فيها محمد بن الحسن ببطلان صلاة من كان في ثوبه أكثر من قدر الدرهم البغلي⁽⁶⁾ من نبيذ مسكر ، وما لا شك فيه أن المجتمع على بدن وثوب المتوضئ أو المغتسل بالنبيذ أكثر من دراهم بغلية ، فكان لزاماً عليه أن لا يجوز رفع الحدث بالنبيذ وإلا لزم النقص إذا ، قال ابن حزم: " وأما قول محمد بن الحسن ففاسد ؛ لأنه لا يخلو:

■ أن يكون الوضوء بالنبيذ جائزاً ؛ فالتيمم معه فضول.

■ أو لا يكون الوضوء به جائزاً ؛ فاستعماله فضول لا سيما مع قوله: إنه إذا كان في ثوب المرء أكثر من قدر الدرهم البغلي من نبيذ مسكر بطلت صلاته ، ولا شك أن المجتمع على جسد المتوضئ بالنبيذ ، أو المغتسل به ، وفي ثوبه أكثر من دراهم بغلية كثيرة " ⁽⁷⁾.

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي العالية:1/122 برقم (1396) وليس في هذا الأثر ذكر للصحابة ﷺ ، بل رواه ابن أبي شيبة عن أبي العالية وهو رُفِعَ بن مهران ؛ أحد التابعين ، ولفظه عند ابن أبي شيبة: ((عن أبي العالية أنه ركب البحر فنفد ماؤه ، فتوضأ بنبيذ ، وكره أن يتوضأ بماء البحر)) ، وأما ما نصر به الأحناف مذهب إمامهم من استدلالهم بهذا الأثر الذي ذكروا فيه أن أبا العالية ركب البحر مع أصحاب رسول الله ﷺ إلى آخر الأثر ، فهو وارد في كتبهم ولم يذكره مسنداً ، ينظر: أحكام الجصاص:4/26 ، شرح مختصر الطحاوي:1/5 ، التجريد للقدوري:1/74 ، بدائع الصنائع:1/16.

(2) أخرجه ابن حزم في المحلى:1/203 ، وفيه عبد الله بن ميسرة ؛ وهو متروك. ينظر: ضعفاء العقيلي:2/308 ، الجرح والتعديل:5/177 ، تهذيب الكمال:16/196.

(3) أخرجه الدارقطني في السنن:1/78-79 من طريقين ، وطريقه الأول في إسناده الحجاج بن أرطاة ولا يحتج بحديثه ، والآخر فيه أبو إسحاق الكوفي ، ويكنى بأبي ليلى الخراساني ، وهو عبد الله بن ميسرة السابق ذكره ، فعلم من ذلك أن الأثرين عن علي ﷺ ، مدارهما على عبد الله بن ميسرة ، وهو ضعيف باتفاق المحدثين ، وأخرجه ابن حزم في المحلى:1/203 ، وأثر علي هذا لا يثبت إسناده ، وعليه فلا يصح ما أثر عنه من تجويز الوضوء بالنبيذ كما ذكره العلماء. الإشراف لابن المنذر:1/128 ، الأوسط:1/254 ، سنن البيهقي الكبرى:1/12 برقم (33) ، فتح الباري لابن حجر:1/354.

(4) سورة الصف: (2-3)

(5) المحلى:1/205 – 206.

(6) الدرهم البغلي: هو ضرب من النقود الكسروية التي ضربها لعمر بن الخطاب - ﷺ - ملك يقال له: رأس البغل ، إذ لم يكن للمسلمين سكة إذ ذاك ، وكان وزن الدرهم منها قرابة المثقال ، وهو وزن بموازين زماننا قرابة 3.75 غراما ، هذا من حيث الوزن ، والبعض اعتبره بالمساحة فقالوا وهو: الدائرة التي تكون بباطن ذراع البغل. ينظر: حياة الحيوان:1/97 ، مواهب الجليل:1/147 ، الفواكه الدواني:1/248 ، لغة الفقهاء:418.

(7) المصدر السابق.

القول الملزم الثالث: ألزم ابن حزم المالكية والشافعية بأقوال الصحابة، وقد مضى قريباً آثار عن الصحابة تبين جواز رفع الحدث بالنبذ، فأراد ابن حزم من المالكية والشافعية أن يلتزموا أصلهم ذلك ويقولوا بجواز رفع الحدث بالنبذ، حتى ولو خالف قولهم قول ابن حزم، مع أنهم في الواقع يتفق قولهم معه في هذه المسألة، لكن ابن حزم أراد ألا ينقضوا أصلهم قول الصحابي الذي لا يعرف له مخالف من الصحابة ﷺ، ولأجل هذا قال: "وأما المالكيون والشافعيون فإنهم كثيراً ما يقولون في أصولهم وفروعهم: إن خلاف الصحاب الذي لا يعرف له مخالف منهم لا يحل، وهذا مكان نقضوا فيه هذا الأصل"⁽¹⁾.

المطلب الخامس: تحرير القول الملزم؛ وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مدى صحة نسبة هذا القول إلى من نسبه إليه ابن حزم:

أولاً: النسبة لأبي حنيفة في موضعين:

(أ) إن نسبة ابن حزم لأبي حنيفة بأن أشهر قوليه هو القول بجواز رفع الحدث بنبذ التمر بشروطه المتقدمة هي نسبة صحيحة كما جاء في ظاهر الرواية، وذكره جمع من علماء الحنفية⁽²⁾، وقد روي أن أبا حنيفة رجع عن هذا القول، واستقر قوله على منع جواز رفع الحدث بنبذ التمر، ولا يجزئ المحدث إذاً إلا التيمم، ولأجل ذلك قال الطحاوي: "الأصل المتفق عليه أنه لا يتوضأ بنبذ الزبيب، ولا بالخل، فكان النظر على ذلك أن يكون نبذ التمر أيضاً كذلك، وقد أجمع العلماء أن نبذ التمر إذا كان موجوداً في حال وجود الماء أنه لا يتوضأ به؛ لأنه ليس بماء، فلما كان خارجاً من حكم المياه في حال وجود الماء؛ كان كذلك هو في حال عدم الماء"، ثم قال في ختام المسألة: "وخرج حكم ذلك النبذ من حكم سائر المياه، فثبت بذلك أنه لا يجوز التوضؤ به في حال من الأحوال، وهو قول أبي يوسف، وهو النظر عندنا، والله أعلم"⁽³⁾.

(ب) أما نسبة ابن حزم لأبي حنيفة في الرواية الأخرى عنه - وهي في مقابل المشهورة؛ وهي أن أبا حنيفة ألحق سائر الأنبة بنبذ التمر في جواز رفع الحدث بها - فهي في الواقع نسبة ليس لها رصيد من الصحة، بل إن علماء الحنفية نفوا قياس جميع الأنبة على نبذ التمر؛ لأن القياس يقتضي عدم التطهر بالنبذ عند انعدام الماء، فالواجب إذاً الانتقال إلى التيمم؛ لأن النبذ ليس ماء، وإنما عدل عن القياس في أشهر الروايات عن أبي حنيفة القائلة بجواز رفع الحدث بنبذ التمر بشرطه؛ لكون ذلك القياس خص بالأثر استحساناً، وذلك على مقتضى أصول الحنفية، والأثر الذي خص به القياس هو حديث ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً قال: (كُنْتُ مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَيْلَةَ لَقِيَ الْجِنَّ، فَقَالَ: ((أَمَعَكَ مَاءٌ؟!))، فَقُلْتُ: لا، فَقَالَ: ((مَا هَذَا فِي الْإِدَاوَةِ⁽⁴⁾؟!))، قُلْتُ: نَبِيذٌ، قَالَ: ((أَرِنِيهَا، تَمْرَةً طَيِّبَةً، وَمَاءً طَهُورًا)) فَتَوَضَّأَ مِنْهَا، ثُمَّ

(1) المحلي: 206/1.

(2) ينظر الأصل: 75-74/1، مختصر الطحاوي: 15، شرح مختصر الكرخي: 267/1 فما بعد، الأسرار: 409، المبسوط: 88/1، بدائع الصنائع: 17-15/1، المحيط البرهاني: 293/1.

(3) شرح معاني الآثار: 96/1.

(4) الإداوة: إناء صغير من جلد يتخذ للماء ونحوه، وجمعها: أداوي. ينظر: النهاية: 33/1، المعجم الوسيط، مادة: (أدا).

صَلَّى بِنَاً⁽¹⁾، فعُدل عن القياس في نبيذ التمر بهذا الأثر استحساناً، وبقي سائر الأنبذة على أصل القياس وموجبه؛ وهو المنع من التطهر بغير الماء، ولذلك يتبين وهم ابن حزم في حكايته هذه الرواية عن أبي حنيفة، والذي ينقله علماء الحنفية عن إمامهم روايات ليست هذه منها بل يحكون عن إمامهم ثلاث روايات:

أحدها: جواز رفع الحدث بنبيذ التمر إذا عدم الماء، وكان خارج الأمصار.

الثانية: جواز رفع الحدث بنبيذ التمر مع التيمم وجوباً، وهي اختيار محمد بن الحسن.

الثالثة: عدم جواز رفع الحدث بنبيذ التمر، بل ينتقل للتيمم، وهي اختيار أبي يوسف، ويحكي أنه استقر قوله عليها كما أسلفت، وإنما يحكون جواز الوضوء بالأنبذة قياساً على نبيذ التمر عن الأوزاعي وغيره⁽²⁾.

ثانياً: النسبة لمحمد بن الحسن: وأما حكاية ابن حزم عن محمد بن الحسن أنه يقول بالجمع بين الوضوء بنبيذ التمر والتيمم فهو كما قال ابن حزم وقد أثبت ذلك الحنفية⁽³⁾.

لكن ابن حزم نسب إلى محمد بن الحسن القول بأن أكثر من قدر الدرهم البغلي من النبيذ المسكر على بدن المتوضئ يبطل الصلاة باعتبار النبيذ المسكر نجساً نجاسة مغلظة، والمعروف في مذهب الحنفية أن النجس نجاسة غليظة هو الخمر رواية واحدة، وأما غير الخمر من الأشربة المسكرة ففيها روايات قيل: مغلظة، وقيل: مخففة، وقيل: بل هي طاهرة، وبعضهم اقتصر على روايتي الخفة والغلظة، ولم ينسبوا لمحمد بن الحسن شيئاً من ذلك، في حين أن السرخسي في أوائل الأشربة ذكر نصاً يفيد أن أبا يوسف ومحمداً يقولان بأن نجاسة ما عدا الخمر نجاسة خفيفة، فإذا وقع على البدن من الأشربة المسكرة غير الخمر أكثر من قدر الدرهم لم تبطل الصلاة حتى يكون كثيراً فاحشاً كما هو الحال في كل نجاسة خفيفة، قال السرخسي: "ثم التي من نبيذ التمر والزبيب وإن كان لا يحل شربه فهو ليس نظير الخمر في الحكم حتى يجوز بيعه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز بيعه، ولا يجب الحد بالشرب منه ما لم يسكر، وإذا أصاب الثوب منه أكثر من قدر الدرهم تجوز الصلاة فيه، وكذلك المنصف؛ وهو الذي ذهب بالطبخ نصفه إذا غلا واشتد لا يحل شربه، ولكن يجوز بيعه عند أبي حنيفة، ولا يجب

(1) ويروى: (ثَمَرَةٌ طَيِّبَةٌ) بالثاء المثناة بدل التاء المثناة، والحديث أخرجه أحمد في مسنده: 402/1 ح (3810)، وعبد الرزاق في المصنف: 1/179 ح (693)، وابن أبي شيبه في مصنفه: 31/1 ح (263)، والطبراني في الكبير: 10/63 ح (9962)، وأخرجه أبو داود في الطهارة، باب الوضوء بالنبيذ: 21/1 ح (84)، والترمذي في الطهارة، باب ما جاء في الوضوء بالنبيذ: 147/1 ح (88)، وابن ماجه في الطهارة، باب الوضوء بالنبيذ: 135/1 ح (384)، وغيرهم، والحديث في الجملة ضعيف لا تقوم به حجة، وقد شهد بضعفه أكثر العلماء؛ حتى الحنفية الذين تكلف بعضهم لتصحيحه، منهم من بيّن ضعفه كالطحاوي والمباركفوري، وغيرهما، ينظر: شرح معاني الآثار: 95-96/1، مرعاة المفاتيح: 178/2 - 182، وينظر: الطهور لأبي عبيد: 201، علل الحديث لابن أبي حاتم: 44/1، العلل المتناهية: 355/1، المجموع للنووي: 141/1، الدراية لابن حجر: 63/1، قال ابن حجر في فتح الباري: 1/354: "وهذا الحديث أطبق علماء السلف على تضعيفه، وقيل على تقدير صحته: إنه منسوخ؛ لأن ذلك كان بمكة، ونزول قوله تعالى: (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً) إنما كان بالمدينة بلا خلاف، أو هو محمول على ماء ألقيت فيه تمرات يابسة لم تغير له وصفاً، وإنما كانوا يصنعون ذلك لأن غالب مياههم لم تكن حلوة"، وقال الألباني في ضعيف أبي داود: 30/1: "قلت: إسناده ضعيف، وضعفه البخاري، والترمذي، وأبو زرعة، وابن عدي، وابن المنذر، وابن عبد البر وقال: إنه حديث منكر". اهـ، ومن أقوى الشواهد على ضعف هذا الحديث أنه مخالف لما ورد في صحيح مسلم في كتاب الصلاة، باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن: 332/1 ح (450) أن علقمة سأل ابن مسعود: (هل شهِدَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيْلَةَ الْجِنِّ، قَالَ: لَا؛ وَلَكِنَّا كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ لَيْلَةٍ فَفَقَدْنَاهُ، فَأَلْتَمَسْنَاهُ فِي الْأُودِيَةِ وَالشَّعَابِ، فَقُلْنَا اسْتُطِيرَ، أَوْ اغْتِيلَ، قَالَ فَبَيْنَمَا بِشَرِّ لَيْلَةٍ بَاتَ بِهَا قَوْمٌ)، الحديث، فدل أن ابن مسعود ﷺ لم يكن مع رسول الله ﷺ ليلة الجن، وكفى بذلك تضعيفاً.

(2) ينظر: الأصل: 75/1، شرح مختصر الكرخي: 270/1، المبسوط: 88/1، المحيط البرهاني: 293/1.

(3) ينظر: الأصل: 75/1، مختصر الطحاوي: 15، التجريد للقدوري: 69/1، شرح مختصر الكرخي للقدوري: 267/1، الأسرار للدبوسي: 409.

الحد على من شرب منه ما لم يسكر ، وتجوز الصلاة فيه إذا أصاب الثوب منه ما لم يكن كثيراً فحشاً " (1) ، وعلى هذا لا يمكن الجزم بأن محمد بن الحسن يقول بتغليظ نجاسة المسكر من الأشربة غير الخمر.

ثالثاً: النسبة للمالكية والشافعية: ما نسبته ابن حزم للمالكية والشافعية من منع جواز رفع الحدث بالنيذ هو الصحيح الثابت عنهم كما حكاه ابن حزم مذهباً لهم (2).

المسألة الثانية: ذكر من يتفق قوله مع أصحاب القول الملزم:

أولاً: ذكر من وافق القول الملزم الأول:

لم أقف على من وافق أبا حنيفة في قوله بجواز الوضوء بالنيذ التمر إذا عدم الماء وكان ذلك خارج الأمصار والقرى سوى موافقة صاحبه زفر في رواية عنه (3)، فلعل ذلك مما انفرد به الحنفية رحم الله الجميع، أما الرواية التي وهم ابن حزم في نقلها عن أبي حنيفة من قياس سائر الأنبيذ على نيذ التمر فقد حكيت عن الأوزاعي وغيره (4).

ثانياً: ذكر من وافق القول الملزم الثاني:

قول محمد بن الحسن بوجوب الجمع بين الوضوء بالنيذ والتيمم، هو رواية في مذهب الحنفية، ولم أجده لغيرهم فكذا هو الآخر يعد من مفرداتهم (5)، لكن حكي عن إسحاق بن راهويه (6) أنه قال: يجمع الطهارة بالنيذ مع التيمم لا على سبيل الوجوب بل استحباباً، وهو بذلك يفارق رأي محمد بن الحسن؛ لأن محمد بن الحسن يرى الجمع بين الطهارة بالنيذ والتيمم وجوباً، أما على رأي ابن راهويه فهو يرى ذلك استحباباً (7).

ثالثاً: ذكر من وافق القول الملزم الثالث:

قول المالكية والشافعية في منع جواز رفع الحدث بالنيذ هو رأي جمهور العلماء كما أسلفت فقال بذلك أبو عبيد (8)، وداود الظاهري، وابن حزم (9)، وابن المنذر (10)، وهو رواية عن أبي حنيفة اختارها أبو يوسف،

(1) المبسوط: 14/24، وينظر: بدائع الصنائع: 5/115، تبين الحقائق: 6/45، العناية شرح الهداية: 14/360، البحر الرائق: 1/242، تكملة حاشية ابن عابدين: 6/452.

(2) ينظر: المدونة الكبرى: 1/4، شرح الخرشبي: 2/176، الحاوي الكبير: 1/47، المجموع: 1/139.

(3) ذكرها العيني في البناية: 1/464، والتهانوي في إعلاء السنن: 1/314، والمباركفوري في مرعاة المفاتيح: 2/178، وقد سبق أن الديبوسي حكى عنه أن مذهبه كمذهب أبي يوسف في عدم جواز استعمال نيذ التمر في رفع الحدث.

(4) ينظر: شرح مختصر الكرخي: 1/270، الحاوي: 1/47، المبسوط: 1/89، بدائع الصنائع: 1/17، المجموع: 1/139.

(5) ينظر: الأصل: 1/74، شرح الكرخي: 1/267، المبسوط: 1/88، البحر الرائق: 1/144.

(6) هو: إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، أبو يعقوب الحنظلي، نزيل نيسابور، الشهير بابن راهويه، الإمام الكبير، شيخ المشرق، وسيد الحفاظ، مات سنة 238هـ ينظر: صفة الصفوة: 4/116، سير أعلام النبلاء: 11/358.

(7) ينظر: مسائل الإمام أحمد وابن راهويه: 1/80، الإشراف لابن المنذر: 1/128، الأوسط له: 1/254، المغني لابن قدامة: 1/23.

(8) ينظر الطهور: 201.

(9) ينظر المحلى: 202/1.

(10) ينظر: الإشراف لابن المنذر: 1/130، الأوسط: 1/257.

وزفر، ونصرها الطحاوي، وحكي أنها المذهب عندهم موافقة لجمهور العلماء⁽¹⁾، وهو المذهب عند الحنابلة⁽²⁾.

المطلب السادس: مناقشة إلزام ابن حزم:

الإلزام الأول: لأبي حنيفة في ثلاثة مواضع:

(أ) **الموضع الأول:** قد سبقت الإشارة أن ابن حزم أراد إلزام أبي حنيفة - بناء على الرواية التي هي في مقابل المشهور عنه - بقياس داخل القرية على خارجها في جواز الوضوء بالنيذ، وذلك أخذاً من قياسه سائر الأنبة على نيذ التمر، ولا مزية لأحد القياسين فيقدم على الآخر، ويناقش هذا الإلزام بأن أبا حنيفة لم يثبت عنه أنه يقول بقياس سائر الأنبة على نيذ التمر حتى نصح القياس الذي أورده ابن حزم عليه، فلما لم يثبت عن أبي حنيفة ذلك؛ بطل التعلق بالقياس إذاً في هذه المسألة، ولو سلّم جدلاً تصحيح نسبة ما ادعاه ابن حزم على أبي حنيفة، فللحنفية أن يفرقوا بأن النيذ ليس ماء، بل هو بدل عن الماء؛ كالتيتم، والتيتم بالصعيد لا يصح الانتقال إليه إلا إذا عدم الماء، ولا يتصور انعدامه إلا خارج الأمصار والقرى⁽³⁾، ففارق خارج القرية داخلها، فهو قياس مع الفارق، فلا يصح إذاً.

وقد يجاب عن ذلك بأن المريض ونحوه داخل القرى والأمصار، ومع هذا يصح التيمم منهم، فلماذا لا تجوزون رفع الحدث بنيذ التمر داخل الأمصار اعتباراً بأنه بدل كالتيتم؟!

وهو - أي التيمم - جائز داخل الأمصار والقرى للبعض كما بينت، فكما جاز استعمال الصعيد في التيمم - وهو بدل عن الماء - داخل القرى والأمصار، فكذا يجوز استعمال نيذ التمر داخل القرى والأمصار وهو الآخر أيضاً بدل عن الماء، فكان الحال أن داخل القرية والمصر كخارجها في جواز الاستعمال، وقد قال الطحاوي: "وحدّث ابن مسعود الذي فيه التوضؤ بنيذ التمر إنما فيه أن رسول الله ﷺ توضأ به وهو غير مسافر؛ لأنه إنما خرج من مكة يريدهم، فقيل: إنه توضأ بنيذ التمر في ذلك المكان وهو في حكم من هو بمكة؛ لأنه يتم الصلاة، فهو أيضاً في حكم استعماله ذلك النيذ هنالك في حكم استعماله إياه بمكة، فلو ثبت هذا الأثر أن النيذ مما يجوز التوضؤ به في الأمصار والبوادي؛ ثبت أنه يجوز التوضؤ؛ لأنه في حال وجود الماء وفي حال عدمه، فلما أجمعوا على ترك ذلك، والعمل بضده فلم يجيزوا التوضؤ به في الأمصار ولا فيما حكمه حكم الأمصار؛ ثبت بذلك تركهم لذلك الحديث، وخرج حكم ذلك النيذ من حكم سائر المياه، فثبت بذلك أنه لا يجوز التوضؤ به في حال من الأحوال؛ وهو قول أبي يوسف، وهو النظر عندنا، والله أعلم"⁽⁴⁾.

(ب) **الموضع الثاني:** ناقش الحنفية إلزام ابن حزم لأبي حنيفة بقياس سائر الأنبة والأوراق على نيذ التمر: بأن القياس يمنع من التطهر بغير الماء إذا عدم الماء، وذلك يقتضي عدم جواز الوضوء بالنيذ إذا عدم الماء؛ لأن النيذ ليس بماء، ولا هو في حكم الماء، وإنما عدل عن القياس في مسألة نيذ التمر؛ لأنه خص بالأثر استحساناً، وهو

(1) ينظر: مختصر الطحاوي: 15، شرح معاني الآثار: 96/1، الأسرار: 409، المبسوط: 88/1، البحر الرائق: 144/1.

(2) ينظر: الانتصار: 136/1، الكافي: 6/1، المبدع: 42/1.

(3) ينظر لمسألة التيمم عند الحنفية: مختصر الطحاوي: 20، مختصر القدوري: 50، شرح مختصر الكرخي: 251/1.

(4) شرح معاني الآثار: 96/1.

حديث ابن مسعود رضي الله عنه المتقدم ذكره قال : (كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم لَيْلَةَ لَقِيَ الْجَنِّ ، فقال : ((أَمَعَكَ مَاءٌ ؟)) ، فقلت : لا ، فقال : ((ما هذا في الإداوة؟!)) ، قلت: نَبِيذٌ ، قال : ((أَرْنِيهَا ، تَمْرَةٌ طَيِّبَةٌ ، وَمَاءٌ طَهُورٌ)) ، فَتَوَضَّأَ مِنْهَا ، ثُمَّ صَلَّى بِنَا)⁽¹⁾ ، فعدل عن القياس في نبيذ التمر خاصة بهذا الأثر استحساناً ، وبقي سائر الأنبذة ونحوها على أصل القياس وموجبه ؛ وهو المنع من التطهر بغير الماء⁽²⁾ .

وأجيب: بضعف الحديث الذي استحسنا به ، وأنه لا تقوم به حجة فيصير إلى القياس حتى في نبيذ التمر فهو أيضاً مما لا يجوز التطهر به ؛ لأنه ليس ماء.

(ج) الموضوع الثالث : ألزم ابن حزم أبا حنيفة بأفعال وأقوال الصحابة في تجويزهم الطهارة بكل نبيذ ، وقد سبق أن أشرت إلى أنه لا يصح شيء من ذلك حتى يتوجه لأبي حنيفة ما ادعاه ابن حزم هنا ، ناهيك عن أن أبا حنيفة قد تردد النقل عنه في الاحتجاج بأقوال الصحابة ، مع أنه قد ثبت عن جمع من الحنفية الاحتجاج بقول الصحابي⁽³⁾ .

الإلزام الثاني : لمحمد بن الحسن :

وهو ضرورة إلحاق هذه المسألة في الحكم - وهي رفع الحدث بنبيذ التمر - بمسألة صلاة من صلى وعلى بدنه أكثر من قدر الدرهم من النبيذ المسكر ، فكما لا تصح صلاة من صلى وعلى بدنه أكثر من قدر الدرهم من النبيذ المسكر ، فكذا لا يصح رفع الحدث بالنبيذ حتى لا يلزم على ذلك التناقض .

ويناقش : بأنه لم يثبت عن محمد بن الحسن أنه قال بتغليظ نجاسة النبيذ المسكر ، وإنما الوارد عنه بخلاف ذلك كما مر قريباً ، ولو ثبت هذا النقل عن محمد فيحتمل أنه أراد جواز رفع الحدث بالنبيذ إذا لم يسكر ، أما إذا أسكر فإنهم قد اتفقوا على أنه لا يجوز رفع الحدث به خاصة إذا كان نبيذاً غير مطبوخ ، وكذا صحح الحنفية أنه لا يرفع الحدث إذا كان مطبوخاً⁽⁴⁾ ، وعليه فقد تبين الفرق بين المسألتين ، والله تعالى أعلم.

الإلزام الثالث : للمالكية والشافعية :

أراد ابن حزم إلزام المالكية والشافعية بآثار عن بعض الصحابة في تجويزهم رفع الحدث بالنبيذ ، وبعبارة بسيطة يمكن أن يناقش هذا الإلزام بأنه قد تبين مما سبق أنه لم تصح تلك الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم في مسألة جواز رفع الحدث بالنبيذ ، وعليه فليس في هذه المسألة قول صحابي لا يخالف له من الصحابة رضي الله عنهم ، حتى يلزم المالكية والشافعية ما ادعاه ابن حزم.

(1) سبق تخريجه قريباً ص 24

(2) ينظر:الأصل:75/1، شرح معاني الآثار:96/1، شرح مختصر الكرخي:270/1، المبسوط:88-89/1، بدائع الصنائع:15-17، المحيط البرهاني:293/1، البحر الرائق:144/1.

(3) ينظر: الفصول في الأصول:362/3، أصول السرخسي:105-108، كشف الأسرار:323/3، 333.

(4) ينظر: المبسوط:88/1، بدائع الصنائع:17/1، البحر الرائق:143/1، النافع الكبير:75.

المطلب السابع : النتيجة :

الإلزام الأول : لأبي حنيفة في مواضع ثلاثة :

(أ) : لا يلزم أبا حنيفة أن يلحق داخل القرية بخارجها في جواز رفع الحدث بنبيذ التمر بحجة أنه قاس الأنبة على نبيذ التمر ؛ لأن أبا حنيفة لم يقل بقياس الأنبة على نبيذ التمر ، فالزامه بالقياس من هذا الوجه غير صحيح لعدم ثبوت ما ادعي عليه في ذلك.

(ب) : يلزم أبا حنيفة أن يطرد في أقواله ، فيما أن يقيس الأمراق وسائر الأنبة على نبيذ التمر في جواز التطهر من كل ذلك لعدم الفارق ؛ وإلا فإذا امتنع التطهر بنبيذ التمر فما عداه مثله في الحكم ، ولا حجة لهم في العدول عن القياس في نبيذ التمر استحساناً بالأثر ؛ لضعف ذلكم الأثر فيصير إلى القياس ، والقياس يقتضي عدم التطهير بما عدا الماء.

(ج) : لا يلزم أبا حنيفة أن يقول بجواز الطهارة بجميع الأنبة بحجة ما نقل عن الصحابة من جواز الطهارة بالنبيذ دون تخصيص نبيذ معين ؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم لم يصح عنهم في ذلك نقل ، إضافة إلى أن أبا حنيفة ليس عنه نقل مستقر في الاحتجاج بأقوال الصحابة رضي الله عنهم.

الإلزام الثاني : لمحمد بن الحسن :

لا يلزم محمد بن الحسن أن يمنع جواز رفع الحدث بنبيذ التمر بحجة أنه قال بمنع جواز صلاة من على بدنه أكثر من قدر الدرهم من النبيذ المسكر ؛ لأنه لم يثبت عنه أنه قال ببطلان صلاة من على بدنه أكثر من قدر الدرهم من النبيذ المسكر ، بل ثبت عنه خلاف ذلك ، ولو صح النقل عنه في تغليظ نجاسة النبيذ المسكر لصح الإلزام إذاً ، فلما لم يثبت عنه لم يلزمه ما ادعاه عليه ابن حزم.

الإلزام الثالث : للمالكية والشافعية :

لا يلزم المالكية والشافعية أن يجيزوا رفع الحدث بالنبيذ بحجة أنه نقل عن جمع من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا بجواز رفع الحدث بالنبيذ؛ لأن الصواب كما مر أنه لم يثبت عن الصحابة رضي الله عنهم في ذلك أثر ، فلم يلزمهم إلزام ابن حزم هنا ، والله تعالى الموفق للصواب.

الفصل الرابع : رفع الحدث بماء مغصوب ، أو بماء في إناء مغصوب :

المطلب الأول : بيان مذهب ابن حزم في المسألة :

ذهب ابن حزم إلى تحريم رفع الحدث بماء مغصوب أو أخذ بغير حق ، وكذلك التطهر بماء من إناء مغصوب ، فَمَنْ تطهر بذلك الماء ، أو من ذلك الإناء ؛ لم تصح طهارته ، وعليه الإعادة⁽¹⁾ ، وهذا بناء على مذهبه في اقتضاء النهي الفساد مطلقاً⁽²⁾.

(1) ينظر المحلى:1/216.

(2) لخص الدكتور مصطفى الخن في كتابه أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء مسألة اقتضاء النهي الفساد في الصفحات:341- 349 ، وملخص

تلخيصه أن يقال: إن المستقرب لكلام الأصوليين حول ما يتعلق بأحوال النهي عن الشيء يجد أنهم يحصرون ذلك في عدة أحوال فيما يأتي بيانها:

- الحالة الأولى: إتيان النهي مجرداً عن القرائن المقتضية قبح المنهي عنه لعينه أو لخارج عنه.
- الحالة الثانية: كون النهي عائداً إلى ذات المنهي عنه ؛ كبيع الحصاة والمضامين والملاقيح.
- الحالة الثالثة: كون النهي لأمر خارج عن ذات المنهي عنه ؛ عائداً لوصف لازم للمنهي عنه ؛ مثل الربا ، فإن النهي عن الزيادة وهي ليست عقد البيع بل وصف لازم له ، وكصوم يوم العيد.
- الحالة الرابعة: كون النهي لأمر خارج عن ذات المنهي عنه ؛ عائداً لوصف منفك عن المنهي عنه ، غير لازم له ؛ مثل النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة ، والوضوء بماء مغصوب.
- ففي الحالة الأولى وهي كون النهي مطلقاً مجرداً عن القرائن ؛ فقد اتفق الأصوليون على أن النهي يدل على قبح المنهي عنه في نفسه لمعنى في عينه إذا كان من الأفعال الحسية كالزنا ، والقتل ، وشرب الخمر ؛ فيكون النهي للفساد إلا أن تقوم قرينة صارفة له كأن يدل الدليل على أن النهي لوصفه أو لمجاور له ، فيحمل عليه.

أما إذا كان المنهي عنه من التصرفات الشرعية كالصلاة والصوم والإجارة فهو مختلف فيه على مذاهب:

- الأول: النهي المطلق عن الأفعال الشرعية يقتضي بطلانها ؛ ونسب لأكثر الشافعية ، وبعض المتكلمين.
 - الثاني: النهي المطلق عن الأفعال الشرعية لا يقتضي بطلانها ، ونسب للحنفية ، والمحققين من الشافعية كالغزالي والقفال ، وعامة المتكلمين.
 - الثالث: النهي المطلق يدل على الفساد في العبادات دون المعاملات ، وينسب لأبي الحسين البصري ، والغزالي والرازي .
 - وفي الحالة الثانية: وهي كون النهي عائداً لذات المنهي عنه ؛ فالجمهور متفقون على اقتضائه الفساد.
 - وفي الحالة الثالثة: وهي كون النهي لأمر خارج عائداً لوصف لازم للمنهي عنه ؛ فالجمهور على أنه يقتضي الفساد ، والحنفية قالوا ببطلان الوصف أما أصل العمل فهو باق على مشروعيته ، فإذا زال الوصف كان الأمر مشروعاً ، وهذا بناء على تفريقهم بين الفاسد والباطل.
 - وفي الحالة الرابعة: وهي كون النهي لأمر خارج عائداً لوصف منفك عن المنهي عنه غير لازم له ؛ فجمهور العلماء على عدم اقتضائه الفساد ، بل يبقى الفعل صحيحاً لكن مع بقاء الإثم ، وذهب الحنابلة في المشهور من مذهبهم ، وهو مذهب الظاهرية إلى اقتضاء النهي الفساد مطلقاً.
- ينظر: تقويم الأدلة: 55 ، الإحكام لابن حزم: 3/319 ، أصول السرخسي: 1/80 ، ميزان الأصول: 226 ، روضة الناظر: 217 ، الإحكام للأمدي: 2/209 ، قواعد الأحكام: 2/20 ، الفروق مع هوامشه: 2/146 ، شرح مختصر الروضة: 2/430 ، كشف الأسرار: 1/377 ، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد: 66 ، رفع الحاجب: 3/11 ، البحر المحیط: 2/163 ، المنثور في القواعد: 3/313 ، قواعد ابن رجب: 1/13 ، التحبير للمرداوي: 5/2301 ، شرح الكوكب: 3/93 ، إرشاد الفحول: 193 ، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: 341 ، تيسير الأصول: 85 ، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله: 278.

المطلب الثاني: ذكر من اتفق قوله وقول ابن حزم:

وافق الحنابلة في الصحيح من مذهبهم ما ذهب إليه ابن حزم من عدم صحة طهارة من تطهر بماء مغصوب، أو بماء من إناء مغصوب⁽¹⁾، وذلك بناء على رأيهم في قاعدة اقتضاء النهي الفساد مطلقاً، وهو مقتضى ما ذهب إليه الشوكاني⁽²⁾ رحم الله الجميع.

المطلب الثالث: عرض الأقوال الملزمة وبيان قائلها:

القول الملزم في هذه المسألة هو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية، وقد بين ابن حزم أنهم قالوا بتحريم رفع الحدث بماء مغصوب، أو بماء في إناء مغصوب، لكنهم ذكروا أنه إذا تطهر بذلك الماء محدث جاز مع الإثم⁽³⁾.

المطلب الرابع: بيان وجه الإلزام:

ألزم ابن حزم جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية بضرورة منع جواز رفع الحدث بالماء المغصوب، أو الماء في الإناء المغصوب؛ لأنهم حكموا لنظير هذه المسألة بالمنع، وإلا فقد تناقضوا في أشباه الفروع، ونظير هذه المسألة عند الحنفية والشافعية: بطلان طهارة من تطهر بماء بل فيه خبز، والجامع في هذه المسائل هو النهي عن رفع الحدث بذلك الماء في كل ما مضى، فكان لزاماً أن يلحقوا مسألة التطهر بالماء المغصوب ونحوه، بمسألة التطهر بالماء المستعمل عند الحنفية والشافعية، أو التطهر بالماء الذي بل فيه الخبز عند المالكية، بجامع النهي عن استعمال الماء في كل الصور، ولا فرق، وإلا فقد نقضوا قياسهم إذاً، قال ابن حزم: "والعجب أن الحنفية يبطلون طهارة من تطهر بماء مستعمل، وكذلك الشافعية، وأن المالكيين يبطلون طهارة من تطهر بماء بل فيه خبز دون نص في تحريم ذلك، ولا حجة بأيديهم إلا تشغيب يدعون أنه نهي عن هذين المائتين، ثم يميزون الطهارة بماء وإناء يُقرؤون كلهم بأنه قد صح النهي عنه، وثبت تحريمه وتحريم استعماله في الوضوء والغسل عليه، وهذا عجب لا يكاد يوجد مثله!!"⁽⁴⁾.

المطلب الخامس: تحرير القول الملزم؛ وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مدى صحة نسبة هذا القول إلى من نسبه إليه ابن حزم:

نسبة ابن حزم للجمهور الحنفية والمالكية والشافعية في مسألة صحة رفع الحدث بالماء المغصوب ونحوه نسبة صحيحة⁽⁵⁾، وقد قالوا بذلك بناء على أصلهم في مسألة عدم اقتضاء النهي الفساد إذا كان النهي لأمر خارج عن ذات المنهي عنه منفك عنه غير لازم له، وقد تقدم بيان ذلك قريباً.

(1) ينظر: الإنصاف: 28/1، كشف القناع: 30/1، شرح منتهى الإيرادات: 52/1.

(2) ينظر: إرشاد الفحول: 195.

(3) ينظر: المحلى: 218/1.

(4) المحلى: 218/1.

(5) ينظر لمذهب الجمهور في هذه المسألة: الجوهرة النيرة: 189/1، حاشية ابن عابدين: 341/1، الفواكه الدواني: 124/1، الشرح الكبير مع حاشية

الدسوقي: 144/1، 54/3، المجموع: 312/1، إعانة الطالبين: 55/1.

وقد بنى ابن حزم إلزامه للحنفية والشافعية في هذه المسألة - أعني رفع الحدث بماء مغصوب، أو بماء في إناء مغصوب - على مذهبهم في عدم صحة التطهر بالماء المستعمل، وما حكاه ابن حزم مذهباً لهم من بطلان رفع الحدث بالماء المستعمل هو صحيح ثابت⁽¹⁾، وأما إلزامه للمالكية هنا فبناه على مذهبهم في عدم جواز رفع الحدث بالماء الذي يُبَلُّ فيه الخبز، وقد مضى في مسألة الماء المختلط بالطاهرات، وأنه يسلبه الطهورية على مذهب المالكية؛ لسرعة إضافة الخبز للماء، فيقال: هو ماء مضاف، لا مطلق⁽²⁾.

المسألة الثانية: ذكر من يتفق قوله مع أصحاب القول الملزم:

القول بأن الحدث يرتفع بالماء المغصوب، أو بالماء في الإناء المغصوب ونحو ذلك هو قول أكثر الفقهاء كما أفاده ابن رجب الحنبلي⁽³⁾ وغيره⁽⁴⁾، وهذا ما يقتضيه كلام ابن تيمية في الفتاوى حيث ذكر أن التحقيق في مثل هذه المسألة وأشباهاها أنها لم يكن النهي فيها لحق الله تعالى، بل هو لحق المخلوق، وما كان كذلك فلا وجه لتسميته فاسداً مردوداً⁽⁵⁾.

وأما عن الذين اتفق قولهم مع قول الحنفية والشافعية في منعهم رفع الحدث بالماء المستعمل فقد نقل بعض العلماء أنه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وابن عباس رضي الله عنهما⁽⁶⁾، وهو رواية عن الأوزاعي، وأشهر الروايتين عن الثوري⁽⁷⁾، وبه قال الليث بن سعد⁽⁷⁾، وهو رواية في مذهب مالك⁽⁸⁾، وهو المذهب عند الحنابلة⁽⁹⁾.

وأما موافقة المالكية في الماء الذي يُبَلُّ فيه الخبز فهو مقتضى أحد القولين في مذهب الشافعية والحنابلة في الماء المتغير بالطاهرات⁽¹⁰⁾.

المطلب السادس: مناقشة إلزام ابن حزم:

ألزم ابن حزم الجمهور بضرورة إلحاق مسألة رفع الحدث بماء مغصوب، أو بماء في إناء مغصوب بقولهم في مسألة رفع الحدث بماء مستعمل، أو بماء بُلِّ فيه خبز، فكما أن الحنفية والشافعية قد منعوا التطهر بالماء المستعمل، والمالكية منعوا التطهر بماء يُبَلُّ فيه الخبز، وجب أن يلحقوا بها مسألة رفع الحدث بالماء المغصوب، أو بالماء من الإناء المغصوب، بجامع النهي عن استعمال الماء في تلك الصور.

(1) ينظر: فتح القدير: 85/1، البحر الرائق: 95/1، المجموع: 207/1، نهاية المحتاج: 72/1.

(2) ينظر: المدونة: 4/1، الجامع لابن يونس: 66-67، مواهب الجليل: 60/1.

(3) هو: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، زين الدين أبو الفرج الحنبلي، الإمام الحافظ المتقن، صاحب التصانيف ومن أشهرها: القواعد الفقهية. وجامع العلوم والحكم، وذيل طبقات الحنابلة وغيرها، توفي عام 795هـ. ينظر: المقصد الأرشد: 81/2، طبقات الحفاظ: 540.

(4) ينظر: فتح الباري لابن رجب: 216/2، جامع العلوم والحكم: 61.

(5) ينظر مجموع الفتاوى: 285/29 - 286.

(6) نقله الماوردي ولم يستده عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما في الحاوي الكبير: 296/1.

(7) ينظر: الإشراف لابن المنذر: 147/1، الأوسط له: 286/1، الحاوي الكبير: 296/1، الاستذكار: 199/2، البيان للعمرائي: 43/1، المغني: 28/1.

(8) ينظر: المدونة الكبرى: 4/1، الذخيرة: 174/1، مواهب الجليل: 66/1.

(9) ينظر: كشاف القناع: 32/1، شرح المنتهى: 18/1.

(10) ينظر: الحاوي الكبير: 46/1، البيان: 24/1، المجموع: 155/1، المستوعب: 3/1، المبدع: 43/1، الإنصاف: 32/1.

وقد يناقش إلزام ابن حزم هذا بأن يقال: إنَّ بين المسألتين فرقاً؛ فالنهي في الصورة الأولى - وهي النهي عن رفع الحدث بالماء المستعمل عند الحنفية والشافعية، وكذا النهي عن رفع الحدث بالماء الذي يُبَلُّ فيه الخبز عند المالكية - عائد إلى ذات المنهي عنه، وما كان عائداً إلى ذات المنهي عنه فهو يقتضي فساد ذلك الفعل باتفاق، ولأجل ذلك منع الحنفية والشافعية جواز رفع الحدث بماء مستعمل، وكذا منع المالكية جواز رفع الحدث بماء اختلط بخبز؛ لكون النهي هنا راجعاً لذات الماء، وذلك يقتضي فساد المنهي عنه؛ أي استعمال ذلك الماء، وأما النهي في الصورة الأخرى - وهي رفع الحدث بماء مغضوب، أو بماء في إناء مغضوب - فهو لا يعود فيها إلى ذات المنهي عنه، بل لأمر خارج عن الماهية، والوضوء أو الغسل وإن كان مختصاً بكونه شرطاً لصحة الصلاة؛ فالنهي عنهما مع الغضب لم يتناول معنى لذات المنهي عنه، وإنما تناول معنى خارجاً وهو الغضب، فطهارة الحدث بذلك الماء صحيحة، وعليه إثم غصبه ذلك، وكون الماء، أو الإناء ملكاً لغيره لا يوجب إفساد طهارته؛ لأن الصلاة والطهارة حقوق لله تعالى، وغضب الماء حق للغير، فسقط حق الله بأدائه، ويبقى تعلق حق الغير، وله آثار يختص بها من وجوب رد قيمة المغضوب، وعقاب فاعله، إلى غير ذلك، فلما ثبت أن بين المسألتين فرقاً تغييراً في الحكم⁽¹⁾.

وأجيب عن تصحيح طهارته: بأن القاعدة تقتضي أن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، فالصلاة بغير الوضوء أو الغسل اللذين أمر الله بهما لا تجزئ؛ لانعدام الطهارة حساً متى تعمد ذلك⁽²⁾.

ورد: بأنه يستقيم مثل هذا النظر لو أن الله تعالى أمر بالطهارة واشترط فيها كون الأداة مباحة كأن يقول: " لا تتوضأ بالماء المغضوب "، وهذا غير مُسَلَّم؛ لأن الله أوجب الطهارة مطلقاً، وحرّم الغضب مطلقاً، ولم يقيد أحدهما بالبتة، فكما يتحقق الغضب وإن قارن مأموراً بتحقيق المأمور وإن قارن محرماً، فاتصال الفعلين وتجاورهما لا يجعل لأحدهما أثراً في الآخر إذ لا تلازم بين الصحة والتحريم؛ ألا ترى أنه لو سرق في صلاته لم يبطل ذلك الصلاة، وكذا لو عزم على فعل محرم في صلاته فإنه لا يبطلها، فكذلك يقال في هذا الموضع⁽³⁾.

المطلب السابع: النتيجة:

لا يلزم الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية أن يبطلوا طهارة المتطهر بماء مغضوب، أو بماء في إناء مغضوب بحجة أن الحنفية والشافعية منعوا من جواز رفع الحدث بالماء المستعمل في الطهارة، والمالكية منعوا جواز التطهر بماء قد بُلِّ فيه خبز ونحوه، وذلك لثبوت الفرق بين المسألتين فالنهي في مسألة الماء المستعمل، والماء الذي يُبَلُّ فيه الخبز يرجع فيه لذات المنهي عنه، بخلاف مسألة النهي عن الماء المغضوب، أو الإناء المغضوب، فالنهي لأمر خارج عن ماهية الفعل، ويضاف إلى ذلك أن الطهارة بالماء المغضوب ونحوه إنما حرم لما فيه من ظلم الغير، وليس النهي فيه لحق الله، ومثل هذا يزول برد المظالم إلى أهلها مع التوبة، فيصير بذلك كمن تطهر بماء مباح، قال ابن تيمية بعد تحقّق ذكره في ذلك: " وكذلك الصلاة في الدار المغضوبة، والذبح بألة مغضوبة، وطبخ الطعام بمحطّب مغضوب، وتسخين الماء بوقود مغضوب؛ كل هذا إنما حرم لما فيه من ظلم الإنسان، وذلك يزول بإعطاء المظلوم حقه، فإذا أعطاه ما أخذه من منفعة ماله، أو من أعيان ماله، فأعطاه أجره الدار، وثمن الحطّب، ثم تاب هو إلى الله تعالى من

(1) ينظر: الفصول للجصاص: 179/2، مجموع فتاوى ابن تيمية: 285/29 - 286، تحقيق المراد لابن كيكليدي: 178، البحر المحيط: 169/2، المنشور في القواعد: 313/3، حاشية أحمد شاكرك على المحلى: 216/1.

(2) ينظر: المحلى: 217/1، الانتصار للكلوذاني: 413-414/2، الفروق مع هوامشه: 149-151/2.

(3) ينظر: الفروق مع هوامشه: 149-151/2، حاشية أحمد شاكرك على المحلى: 216/1، موسوعة أحكام الطهارة: 100/1.

فعل ما نهاه عنه ؛ فقد بريء من حق الله ، وحق العبد ، وصارت صلاته كالصلاة في مكان مباح ، والطعام كالطعام بوقودٍ مباح ، والذبح بسكين مباحة ، وإن لم يفعل ذلك ؛ كان لصاحب السكين أجره ذبحه ، ولا تحرم الشاة كلها لأجل هذه الشبهة ، وكذلك الصلاة يبقى عليه إثم الظلم ينقص من صلاته بقدره ، ولا تبرأ ذمته كبراءة من صلى صلاة تامة ، ولا يعاقب كعقوبة من لم يُصَلِّ ، بل يعاقب على قدر ذنبه ، وكذلك آكل الطعام يعاقب على قدر ذنبه ، والله تعالى يقول : (فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ - وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ) (1) " (2) .

الخاتمة :

الحمد لله وكفى ، والصلاة والسلام على خير عباده الذين اصطفى ، وبعد :

إن الباحث في مثل موضوع الإلزام لا بد أن يخلص من خلال بحثه إلى نتائج ، ويتوصل إلى ثمار هذا البحث ، وإنني لم آل جهداً في بحثي هذا ، وقد نتج لي عدة نتائج توصلت إليها أهمها ما يلي:

1. الإلزام بعبارة بسيطة هو: (إِبْطَالُ قَوْلِ الْمُخَالَفِ بِمَعْنَى لَا يُتَنَازَعُ فِيهِ).
2. أركان الإلزام أربعة: الملزم ، والملزم "المخالف" ، واللازم "النتيجة" ، والمعنى الملزم به " ما لا يَنَازَعُ فِيهِ الْمُخَالَفُ " .
3. شروط صحة الإلزام ثلاثة: تسليم المخالف بالمعنى الملزم به ، ومنعه النتيجة ، واللزوم.
4. قد يعتمد ابن حزم على بعض الروايات الضعيفة في المذاهب ويجعلها مذهباً لهم وفي الواقع هي خلاف المشهور في المذهب كما فعل في نسبته للحنفية قولهم بنجاسة الماء المستعمل.
5. لا يلزم الحنفية أن يميزوا الوضوء بالماء المستعمل في رفع الحدث بحجة أنهم أجازوا الوضوء بماء تبرد فيه من الحر بجامع تعرض المائين لعرق الجسم ؛ لأن المدعى غير مسلم في الأصل ، وإنما العلة عندهم هو كون الماء استعمال في قربة ، ولذلك فقد في مسألة التبرد فجاز استعمال الماء فيها دون الماء المستعمل في رفع الحدث.
6. لا علاقة بين الإلزام وبين القول الراجح في المسألة ، ولذا تجد ابن حزم قد يلزم بما ليس راجحاً ؛ لأنه في الواقع يبني إزمه على قواعد المخالف لا على الراجح في المسألة.
7. يلزم المالكية أن يميزوا رفع الحدث بالماء الذي تغير وصفه بمخالطة الطاهرات إذا لم يغلب عليه الطاهر ويخرجه عن اسم الماء وذلك بناء على أقوال الصحابة الذين لا مخالف لهم ، وبناء على عمل أهل المدينة ، وعلى عدة فروع لهم وجب أن يطردوا فيها الحكم في هذه المسألة.
8. قد يهم ابن حزم رحمه الله في نسبته للمذاهب كما وهم في نسبته إلى أبي حنيفة أنه يقول في رواية بإلحاق سائر الأنبذة بنبيذ التمر في جواز رفع الحدث ، وهذا وهم ، إذ هو محكي عن الأوزاعي.
9. لا يلزم أبا حنيفة أن يلحق داخل القرية بخارجها في جواز رفع الحدث بنبيذ التمر بحجة أنه قاس سائر الأنبذة على نبيذ التمر ؛ لعدم ثبوت المدعى.

(1) سورة الزلزلة: (7-8)

(2) يتصرف من مجموع فتاوى ابن تيمية: 285/29 - 286 ، ومثل هذا يقال رداً على ما أراده ابن حزم من إلزامهم في مسألة رفع الحدث بماء في آنية الذهب والفضة ، وقد ذكرها ابن حزم في المحلى: 1/218-219 ، ويرجع ذلك إلى أن آنية الذهب والفضة ليست شرطاً في الطهارة حتى يقال إن ذلك مؤثر في الطهارة ، بل نهي عن الطهارة متهما لأمر خارج عن العبادة ، فصح التطهر منهما. ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية: 90/21 ، المنشور في القواعد: 3/313.

10. يلزم أبا حنيفة أن يطرد في أقواله فيما أن يقيس سائر الأنبة على نبيذ التمر في جواز رفع الحدث لعدم الفارق، وإلا فلا يجوز التطهر بكل ما ليس بماء، ولا يصح ما استحسنا به من النصوص التي تستثني نبيذ التمر.
11. لا يلزم أبا حنيفة أن يجيز الطهارة بجميع الأنبة بحجة أنه روي عن بعض الصحابة جواز الطهارة بالنبيذ؛ لأن الصحابة لم يصح عنهم في ذلك نقل.
12. لا يلزم محمد بن الحسن أن يمنع جواز رفع الحدث بنبيذ التمر بحجة أنه قال بمنع جواز صلاة من على بدنه أكثر من قدر الدرهم من النبيذ المسكر؛ لعدم ثبوت المدعى.
13. لا يلزم المالكية والشافعية أن يجيزوا الطهارة بالنبيذ بحجة أنه روي عن بعض الصحابة جواز الطهارة بالنبيذ؛ لأن الصحابة لم يصح عنهم في ذلك نقل.
14. لا يلزم الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية أن يقولوا بطلان طهارة المتطهر بماء مغصوب بحجة ما ثبت عنهم في بعض الفروع، فالحنفية والشافعية منعوا الطهارة بالماء المستعمل، والمالكية منعوا التطهر بماء خلط بطاهر؛ وإنما امتنع إلزامهم هنا لافتراق المسائل، فالنهي في الماء المستعمل والمختلط بالطاهر راجع لذات المنهي عنه، بخلاف مسألة النهي عن الماء المغصوب فهو لأمر خارج عن ماهية الفعل.
والله تعالى أعلى وأعلم، ونسبة العلم إليه أسلم.

✓ فهرس المصادر والمراجع :

- أجد العلوم: صديق خان. ت: عبد الجبار زكار. دار الكتب العلمية. بيروت. 1978م.
- آثار البلاد وأخبار العباد: زكريا القزويني.
- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: د/ مصطفى الحن. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: السادسة. 1417هـ.
- أحكام القرآن: لأبي بكر الجصاص. ت: محمد الصادق قمحاوي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. 1405هـ.
- الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم الأندلسي. دار الحديث. القاهرة. ط: الأولى. 1404هـ.
- الإحكام في أصول الأحكام: لأبي الحسن الأمدي. ت: د/ سيد الجميلي. دار الكتاب العربي. بيروت. ط: الأولى. 1404هـ.
- الاختيار لتعليل المختار: عبد الله الموصللي. ت: عبد اللطيف محمد. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الثالثة. 1426هـ.
- اختيارات ابن تيمية الفقهية: علي بن محمد البعلي. دار الرياض الحديثة. الرياض.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول: محمد بن علي الشوكاني. ت: محمد البدري. دار الفكر. بيروت. ط: الأولى. 1412هـ.
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: ابن عبد البر القرطبي. ت: سالم عطا، محمد معوض. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 2000م.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب: ابن عبد البر القرطبي. ت: علي البجاوي. دار الجيل. بيروت. ط: الأولى. 1412هـ.
- أسد الغابة في معرفة الصحابة: ابن الأثير الجزري. ت: عادل الرفاعي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط: الأولى. 1417هـ.

- الأسرار: لأبي زيد الدبوسي. ت: عبد الرحمن الصالح. رسالة دكتوراه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة. 1414هـ.
- الإشراف على مذاهب العلماء: لابن المنذر النيسابوري. ت: د/ صغير حنيف. مكتبة مكة الثقافية. رأس الخيمة. ط: الأولى. 1428هـ.
- الإصابة في معرفة الصحابة: ابن حجر العسقلاني. ت: علي البجاوي. دار الجليل. بيروت. ط: الأولى. 1412هـ.
- الأصل المعروف بالمبسوط: محمد بن الحسن الشيباني. ت: أبو الوفا الأفغاني. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. كراتشي.
- أصول السرخسي: شمس الدين السرخسي. ت: أبو الوفا الأفغاني. دار المعرفة. بيروت.
- أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله: د/ عياض السلمي. دار التدمرية. الرياض. ط: الثانية. 1427هـ.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: لأبي بكر بن السيد محمد شطا. دار الفكر. بيروت.
- الإعراب عن الحيرة والالتباس الموجودين في مذاهب أهل الرأي والقياس: ابن حزم الأندلسي. ت: محمد رستم. أضواء السلف. الرياض. ط الأولى 1425هـ.
- إعلاء السنن: ظفر العثماني التهانوي. ت: محمد تقي عثمانى. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. كراتشي. 1418هـ.
- الأعلام: خير الدين الزركلي. دار العلم للملايين. بيروت. ط: الرابعة. 1979م.
- الإلزام دراسة نظرية وتطبيقية من خلال إلزامات ابن حزم للفقهاء: فؤاد هاشم. رسالة ماجستير بجامعة أم القرى. 1428هـ.
- الأم: محمد بن إدريس الشافعي. دار المعرفة. بيروت. ط: الثانية. 1393هـ.
- الانتصار في المسائل الكبار: لأبي الخطاب الكلوزاني. ت: د/ سليمان العمير ، د/ عوض العوفي. مكتبة العبيكان. الرياض. ط: الأولى. 1413هـ.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين المرادوي. ت: محمد حامد الفقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
- الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: ابن المنذر النيسابوري. ت: د/ صغير حنيف. دار طيبة. الرياض. ط: الأولى. 1405هـ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ابن نجيم الحنفي. دار المعرفة. بيروت. ط: الثالثة. 1413هـ.
- البحر المحيط في أصول الفقه: بدر الدين الزركشي. ت: د/ محمد تامر. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1421هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني. دار الكتاب العربي. بيروت. ط: الثانية. 1982م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد ابن رشد. دار الفكر. بيروت.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: محمد بن علي الشوكاني. دار المعرفة. بيروت.
- البناية شرح الهداية: محمود العيني. دار الفكر. بيروت. ط: الثانية. 1411هـ.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين العمراني. ت: قاسم النوري. دار المنهاج. جدة. ط: الثانية. 1424هـ.

- تاج التراجم: زين الدين ابن قطلوبغا. ت: محمد خير رمضان. دار القلم. دمشق. ط: الأولى. 1413هـ.
- تاج العروس من جواهر القاموس: محمد مرتضى الزبيدي. ت: مجموعة محققين. دار الهداية.
- التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله المواق. دار الفكر. بيروت. ط: الثانية. 1398هـ.
- التاريخ الكبير: محمد بن إسماعيل البخاري. ت: هاشم الندوي. دار الفكر. بيروت.
- تاريخ بغداد: للخطيب البغدادي. دار الكتب العلمية. بيروت.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين الزيلعي. دار الكتب الإسلامي. القاهرة. 1313هـ.
- التجريد: لأبي الحسين القدوري. ت: د/محمد سراج، د/علي جمعة. دار السلام. القاهرة. ط: الأولى. 1425هـ.
- التحبير شرح التحرير: علاء الدين المرادوي. ت: د/عبد الرحمن الجبرين وآخرين. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الأولى. 1421هـ.
- تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد: خليل بن كيكلي العلائي. ت: د/إبراهيم السلفيتي. دار الكتب الثقافية. الكويت.
- تذكرة الحفاظ: شمس الدين الذهبي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى.
- التعديل والتجريح: لأبي الوليد الباجي. ت: د/أبو لبابة حسين. دار اللواء. الرياض. ط: الأولى. 1406هـ.
- تقويم الأدلة: لأبي زيد الدبوسي.
- تكملة حاشية ابن عابدين: محمد علاء الدين أفندي. دار الفكر. بيروت.
- التلقين في الفقه المالكي: للقاضي عبد الوهاب. ت: محمد الغاني. مكتبة نزار الباز. مكة المكرمة.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ابن عبد البر القرطبي. ت: مصطفى العلوي، محمد البكري. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. المغرب. 1387هـ.
- تهذيب التهذيب: لابن حجر العسقلاني. دار الفكر. بيروت. ط: الأولى. 1404هـ.
- تهذيب الكمال: يوسف المزي. ت: د/بشار معروف. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الأولى. 1400هـ.
- التهذيب لمسائل المدونة: لأبي سعيد البراذعي. ت: أحمد المزيدي.
- تيسير الأصول: محمد الزاهدي.
- جامع الأمهات: جمال الدين ابن الحجاب. ت: الأخضر الأخضر. مطابع اليمامة. دمشق. ط: الأولى. 1419هـ.
- الجامع الصحيح: لأبي عيسى الترمذي. ت: أحمد شاكر. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
- الجامع الصحيح: محمد بن إسماعيل البخاري. ت: د/مصطفى البغا. دار ابن كثير. بيروت. ط: الثالثة. 1407هـ.
- جامع العلوم والحكم: لابن رجب الحنبلي. ت: شعيب الأرنؤوط، إبراهيم بلجس. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: السابعة. 1417هـ.
- الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي. ت: رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى.
- الجرح والتعديل: لابن أبي حاتم الرازي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط: الأولى. 1371هـ.
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية: عبد القادر القرشي. مير محمد كتب خانه. كراتشي.
- الجوهرة النيرة: لأبي بكر الزبيدي.

- الحاوي الكبير: علي بن حبيب الماوردي. ت: عادل عبد الموجود، محمد معوض. دار الكتب العلمية. بيروت. 1419هـ.
- حياة الحيوان الكبرى : كمال الدين الدميري. ت: أحمد حسن. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الثانية. 1424هـ.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية : لابن حجر العسقلاني. ت: عبد الله هاشم اليماني. دار المعرفة. بيروت.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى : منصور البهوتي. عالم الكتب. بيروت. ط: الثانية. 1416هـ.
- الذخيرة: شهاب الدين القرافي. ت: د/ محمد حجي. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى. 1994م.
- ذيل طبقات الحنابلة: ابن رجب الحنبلي.
- رد المختار على الدر المختار: ابن عابدين الحنفي. دار الفكر للطباعة. بيروت. 1421هـ.
- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: تاج الدين السبكي. ت: عادل عبد الموجود، علي معوض. عالم الكتب. بيروت. ط: الأولى. 1419هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف النووي. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثانية. 1405هـ.
- روضة الناظر وجنة المناظر: لابن قدامة المقدسي. ت: عبد العزيز السعيد. مطابع جامعة الإمام بالرياض. ط: الثانية. 1399هـ.
- زاد المعاد في هدي خير العباد: لابن قيم الجوزية. ت: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الرابعة عشرة. 1407هـ.
- سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجستاني. ت: محمد محيي الدين عبد الحميد. دار الفكر. بيروت.
- السنن الكبرى : لأبي بكر البيهقي. ت: محمد عطا. مكتبة دار الباز. مكة المكرمة. 1414هـ.
- السنن: لأبي الحسن الدارقطني. ت: عبد الله هاشم اليماني. دار المعرفة. بيروت. 1386هـ.
- السنن: لأبي عبد الله ابن ماجه. ت: محمد فؤاد عبد الباقي. دار الفكر. بيروت.
- سير أعلام النبلاء: شمس الدين الذهبي. ت: شعيب الأرنؤوط، محمد العرقسوسي. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: التاسعة. 1413هـ.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لابن العماد الحنبلي. ت: عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرنؤوط. دار ابن كثير. دمشق. ط: الأولى. 1406هـ.
- شرح الخرشبي على مختصر خليل: محمد الخرشبي. دار الفكر. بيروت.
- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: سيدي أحمد الدردير، محمد الدسوقي. ت: محمد عيش. دار الفكر. بيروت.
- شرح الكوكب المنير: لابن النجار الحنبلي. ت: د/ محمد الزحيلي، د/ نزيه حماد. مطابع جامعة أم القرى بمكة المكرمة. ط: الثانية. 1413هـ.
- شرح حدود ابن عرفة: لأبي عبد الله الرصاع. ت: محمد أبو الأصفان، الطاهر المعموري. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى. 1993م.
- شرح مختصر الروضة: سليمان الطوفي. ت: د/ عبد الله التركي. مؤسسة الرسالة. بيروت. ط: الثانية. 1419هـ.
- شرح مختصر الطحاوي: لأبي بكر الجصاص. ت: عصمت الله محمد. رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى 1416هـ.
- شرح مختصر الكرخي: لأبي الحسين القدوري. ت: فهد المشيقح. رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض. 1427هـ.

- شرح معاني الآثار: لأبي جعفر الطحاوي. ت: محمد النجار. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1399هـ.
- صحيح سنن أبي داود: ناصر الدين الألباني. مؤسسة غراس. الكويت. ط: الأولى. 1423هـ.
- صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج النيسابوري. ت: محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
- صفة الصفوة: لأبي الفرج ابن الجوزي. ت: محمود فخور، محمد رواس. دار المعرفة. بيروت. ط: الثانية. 1399هـ.
- الضعفاء الكبير: لأبي جعفر العقيلي. ت: عبد المعطي قلعجي. دار المكتبة العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1404هـ.
- ضعيف سنن أبي داود: ناصر الدين الألباني. مؤسسة غراس. الكويت. ط: الأولى. 1423هـ.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: شمس الدين السخاوي. منشورات دار مكتبة الحياة. بيروت.
- الطب النبوي: لابن قيم الجوزية. ت: عبد الغني عبد الخالق. دار الفكر. بيروت.
- طبقات الحفاظ: جلال الدين السيوطي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1403هـ.
- طبقات الفقهاء: لأبي إسحاق الشيرازي. ت: خليل الميس. دار القلم. بيروت.
- الطبقات الكبرى: محمد بن سعد الزهري. دار صادر. بيروت.
- طلبة الطلبة: نجم الدين النسفي. ت: خالد العك. دار النفائس. بيروت. ط: الثانية. 1420هـ.
- الطهور: لأبي عبيد القاسم بن سلام. ت: د/ صالح الميزيد. مكتبة العلوم والحكم. المدينة المنورة. ط: الثانية. 1414هـ.
- العبر في خبر من غبر: شمس الدين الذهبي. ت: صلاح الدين المنجد. مطبعة حكومة الكويت. الكويت. ط: الثانية. 1984م.
- العزيز شرح الوجيز: لأبي القاسم الرافعي. ت: علي معوض، عادل عبد الموجود. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1417هـ.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: جلال الدين ابن شاس. ت: محمد أبو الأجنان، عبد الحفيظ منصور. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى. 1415هـ.
- علل الحديث: لابن أبي حاتم الرازي. ت: محب الدين الخطيب. دار المعرفة. بيروت. 1405هـ.
- العلل المتناهية في الأحاديث الواهية: لأبي الفرج ابن الجوزي. ت: خليل الميس. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1403هـ.
- العناية شرح الهداية: محمد البابر تي.
- الفتاوى الهندية: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند. دار الفكر. بيروت. 1411هـ.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني. ت: محب الدين الخطيب. دار المعرفة. بيروت.
- فتح الباري في شرح صحيح البخاري: لابن رجب الحنبلي. ت: طارق عوض الله. دار ابن الجوزي. الدمام. ط: الثانية. 1422هـ.
- فتح القدير: كمال الدين ابن الهمام. دار الفكر. بيروت. ط: الثانية.
- الفروع: شمس الدين ابن مفلح. ت: حازم القاضي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1418هـ.
- الفروق مع هوامشه: شهاب الدين القرافي. ت: خليل منصور. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1418هـ.

- الفصول في الأصول: لأبي بكر الجصاص. ت: د/ عجيل النشمي. وزارة الأوقاف بالكويت. ط: الأولى. 1405هـ.
- الفهرست: محمد بن النديم. دار المعرفة. بيروت. 1398هـ.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد غنيم النفراوي. دار الفكر. بيروت. 1415هـ.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: عز الدين ابن عبد السلام. دار الكتب العلمية. بيروت.
- القواعد: لابن رجب الحنبلي. مكتبة نزار الباز. مكة المكرمة. ط: الثانية. 1999م.
- كتاب الصلاة: الفضل بن دكين. ت: صلاح الشلاحي. مكتبة الغرباء الأثرية. المدينة المنورة. ط: الأولى. 1417هـ.
- كشف القناع عن متن الإقناع: منصور البهوتي. ت: هلال مصيلحي، مصطفى هلال. دار الفكر. بيروت. 1402هـ.
- كشف الأسرار عن أصول البزدوي: عبد العزيز البخاري. ت: عبد الله محمود. دار الكتب العلمية. بيروت. 1418هـ.
- الكليات: أبو البقاء الكفوي. ت: عدنان درويش، محمد المصري. مؤسسة الرسالة. بيروت. 1419هـ.
- لسان العرب: لابن منظور الإفريقي. دار صادر. بيروت. ط: الأولى.
- لغة الفقهاء: د/ محمد قلعه جي. دار النفائس. بيروت. ط: الأولى. 1416هـ.
- المبدع في شرح المقنع: برهان الدين ابن مفلح. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثالثة. 1421هـ.
- المبسوط: شمس الدين السرخسي. دار المعرفة. بيروت. 1414هـ.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: علي الهيثمي. دار الريان للتراث. القاهرة. 1407هـ.
- مجموع الفتاوى: شيخ الإسلام ابن تيمية. جمع: عبد الرحمن النجدي. مكتبة ابن تيمية. القاهرة. ط: الثانية.
- المجموع شرح المذهب: محيي الدين النووي. دار الفكر. بيروت. 1997م.
- المحرر في الفقه: لمجد الدين ابن تيمية. مكتبة المعارف. الرياض. ط: الثانية. 1404هـ.
- الحلى: ابن حزم الأندلسي. ت: أحمد شاکر، دار التراث. القاهرة.
- المحيط البرهاني: برهان الدين البخاري. ت: نعيم أشرف. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. كراتشي. ط: الأولى. 1424هـ.
- مختصر اختلاف العلماء: لأبي بكر الجصاص. ت: د/ عبد الله نذير. دار البشائر الإسلامية. بيروت. ط: الثانية. 1417هـ.
- مختصر الطحاوي: لأبي جعفر الطحاوي. ت: أبو الوفا الأفغاني. دار الكتاب العربي. القاهرة. 1370هـ.
- مختصر القدوري: لأبي الحسين القدوري. ت: د/ عبد الله نذير. مؤسسة الريان. بيروت. ط: الأولى. 1426هـ.
- المدونة الكبرى: سحنون التنوخي. دار صادر. بيروت.
- مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: لأبي الحسن المباركفوري. إدارة البحوث العلمية والدعوة والإفتاء. الهند. ط: الثالثة. 1404هـ.
- مسائل أحمد وابن راهويه: إسحاق الكوسج. ت: خالد الرباط وآخرين. دار الهجرة. الرياض. ط: الأولى. 1425هـ.
- المستوعب: نصير الدين السامري. ت: د/ عبد الملك بن دهيش. دار خضر. بيروت. ط: الأولى.

- المسند: علي بن الجعد. ت: عامر حيدر. مؤسسة نادر. بيروت. ط: الأولى. 1410هـ.
- المصباح المنير: أحمد الفيومي. ت: يوسف محمد. المكتبة العصرية. بيروت. ط: الأولى. 1417هـ.
- المصنف في الأحاديث والآثار: عبد الله بن أبي شيبه. ت: كمال الحوت. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الأولى. 1409هـ.
- المصنف: عبد الرزاق الصنعاني. ت: حبيب الرحمن الأعظمي. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثانية. 1403هـ.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى الرحيباني. المكتب الإسلامي. دمشق. 1961م.
- المطلع على أبواب المقنع: شمس الدين البعلبي. المكتب الإسلامي. بيروت. ط: الثالثة. 1421هـ.
- معجم البلدان: ياقوت الحموي. دار الفكر. بيروت.
- المعجم الكبير: لأبي القاسم الطبراني. ت: حمدي السلفي. مكتبة الزهراء. الموصل. ط: الثانية. 1404هـ.
- المعجم الوسيط: لإبراهيم مصطفى وآخرين. دار الدعوة. إسطنبول. 1410هـ.
- معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس. ت: عبد السلام هارون. دار الجيل. بيروت. ط: الثانية. 1420هـ.
- المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب. ت: محمد الشافعي. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1418هـ.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربيني. دار الفكر. بيروت.
- المغني في شرح مختصر الخرقى: لابن قدامة المقدسي. دار الفكر. بيروت. ط: الأولى. 1405هـ.
- المقدمات الممهدة: لأبي الوليد ابن رشد. ت: د/ محمد حجي. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى. 1408هـ.
- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد: برهان الدين ابن مفلح. ت: د/ عبد الرحمن العثيمين. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الأولى. 1410هـ.
- المنتظم في تاريخ الملوك والأمم: لأبي الفرج ابن الجوزي. دار صادر. بيروت. ط: الأولى. 1358هـ.
- المنتقى شرح الموطأ: لأبي الوليد البلخي. مطبعة السعادة. مصر. ط: الأولى. 1331هـ.
- المنثور في القواعد: بدر الدين الزركشي. ت: د/ تيسير فائق. طبع وزارة الأوقاف بالكويت. ط: الثانية. 1405هـ.
- منح الجليل في شرح مختصر خليل: محمد عيش. دار الفكر. بيروت. 1409هـ.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد الخطاب. دار الفكر. بيروت. ط: الثانية. 1398هـ.
- موسوعة أحكام الطهارة: ديبان الديان. مكتبة الرشد. الرياض. ط: الثانية. 1426هـ.
- الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. الكويت. طبعت بدار السلاسل بالكويت، ثم مطابع دار الصفوة بمصر، ثم بالوزارة (1404 - 1427هـ)
- ميزان الأصول:
- ميزان الاعتدال في نقد الرجال: شمس الدين الذهبي. ت: عادل عبد الموجود، محمد معوض. دار الكتب العلمية. بيروت. ط: الأولى. 1405هـ.
- النافع الكبير شرح الجامع الصغير: عبد الحي اللكنوي. عالم الكتب. بيروت. ط: الأولى. 1406هـ.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين الرملي. دار الفكر للطباعة. بيروت. 1404هـ.

- النهاية في غريب الحديث والأثر: لابن الأثير الجزري. ت: طاهر الزاوي ، محمود الطناحي. المكتبة العلمية. بيروت. 1399هـ.
- النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني. ت: د/عبد الفتاح الحلو. دار الغرب الإسلامي. بيروت. ط: الأولى. 1999م.
- نيل الأوطار: محمد بن علي الشوكاني. دار الجيل. بيروت. 1973م.
- الوسيط في المذهب: لأبي حامد الغزالي. ت: أحمد إبراهيم ، محمد تامر. دار السلام. القاهرة. ط: الأولى. 1417هـ.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: شمس الدين ابن خلكان. ت: إحسان عباس. دار الثقافة . بيروت.

الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي



إعداد : بلشير يعقوب أستاذ مساعد

كلية الحقوق جامعة الشلف - الجزائر

مقدمة :

إن كل عقد من العقود ذا شأن وخطر حتماً تسبقه مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام هذا العقد، ولما كان عقد الزواج له هذه الصفة باعتباره عهد وميثاق، لأنه عقد يستمر مدى الحياة لينتج آثاره التي وضع من أجلها. إذ الغرض من الزواج العشرة الدائمة بين الزوجين للتوالد والتعاون على شؤون الحياة وحاجات الإنسان، كان لابد لمن أراد التزوج أن يكون كل منهما على بينة من أمر الآخر قبل الارتباط بعقد النكاح حتى لا يكون الندم بعد الاقتران.

وهذه المقدمات هي المسمّاة في عرف الفقهاء بالخطبة، حيث نظّمها الشرع وبيّن أحكامها. والخطبة بكسر الخاء هي أن يتقدّم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها، فإذا أجب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما. أما إذا لم ينسجم الخاطب مع مخطوبته، فيعدل أحدهما أو كلاهما عن الخطبة بعد مضي فترة من الزمن.

الأمر الذي أثار جدلاً كبيراً بين أغلب الفقهاء الإسلامي والفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للخطبة. فإذا كان الفقهاء المسلمون قد أجمعوا على عدم اعتبار الخطبة بمنزلة عقد الزواج كقاعدة، إلا أن هذا لم يحل دون احتدام الجدل القانوني حول طبيعتها ومدى إلزاميتها، وكذا حول التصوص والمبادئ القانونية التي يجب أن تخضع لها أحكامها، لتترتب عليها آثارها القانونية.

فذهب اتجاه معين إلى اعتبار الخطبة بمثابة عقد،¹ فيما اعتبرها اتجاه آخر مجرد وعد بالزواج، وهو وعد غير ملزم.²

¹ - فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة المغرب السنة الجامعية 2009-2010، ص 06.

² - محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين - دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2013، ص 69.

وخلال فترة الخطوبة قد يتبادل الطرفان فيها الهدايا والهبات، أو ربما يقدم الخاطب لمخطوبته مبلغاً من المال على حساب المهر لتجهيز نفسها.

وقد يتميز عدول أحد الخاطبين عن الخطبة إلحاق الضرر المادي أو المعنوي بالطرف الآخر.

ومفهوم الخطبة اليوم في مجتمعنا الجزائري عبارة عن اتفاق يسبقه قراءة الفاتحة، ويقع غالباً بين والدي الخاطبين أو أوليائهما. لأنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة محددة، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قانوناً قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال، وكذا ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

وبهذا تختلف الخطبة عن الفاتحة في المفهوم الشعبي، من حيث أن الفاتحة في عرفنا عبارة عن اجتماع مجلس الرجال يحضره عادة ولي الزوج والزوجة أو وكلاهما وجمع من الناس من أقارب الخاطبين، يتم فيه تحديد الصداق تليه قراءة الفاتحة وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجلس أحياناً، والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن عقد زواج شفهي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.¹

وغالباً ما يكون ذلك غيابياً دون إحصار الخاطبين إلى مجلس المواعدة بالزواج وإتمام مراسيم الخطبة.

ولقد عرف المشرع الجزائري الخطبة بأنها وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها، كما أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة محددة، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال، وكذا ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها من أن الخطبة وعد بالزواج... وأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة.² ومعنى ذلك أنه متى وقع الاتفاق بين الخاطبين كان ذلك إجراءً تمهيدياً لإتمام عقد الزواج، إلا أنه يمكن لأحدهما أو كلاهما التحلل من هذا الالتزام.

وعليه فإذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة فسخت الخطبة ولا يترتب على ذلك أي أثر. لكن ما حكم ما يقدمه الخاطب من مهر أو هدايا للمخطوبة، وكذا ما تقدمه المخطوبة للخاطب من هدايا إذا ما فسخت الخطبة برجوعهما أو برجوع أحدهما. فما هي القيمة القانونية لها كإجراء مستقل عن عقد الزواج؟ ومتى يكون العدول عنها موجباً للتعويض؟ وما مال المهر والهدايا عند حصول العدول عن الخطبة؟

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

لقد ثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للخطبة وذلك سواء في إطار الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية، فإذا تمت الخطبة وأدى ذلك إلى إبرام عقد الزواج فهنا لا يثور أي إشكال، بينما إذا لم تنته هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج، فإن من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة هل تعد عقداً أم وعداً بالعقد؟ وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي ضمن المطلب الأول، ثم إلى الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الوضعي كمطلب ثاني.

المطلب الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي:

يرى جانب من الفقه على أن الخطبة وعد بالزواج، وهذا الوعد غير ملزم عند جمهور الفقهاء. غير أن بعض الفقهاء يرون بأن الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به.

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دارهومة، الجزائر، ط4، 2013، ص 16.

² - قرار المحكمة العليا بالجزائر، ملف رقم: 81129 بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية، العدد 03، 1994، ص 62.

وبناء على هذا الاختلاف بين الفقهاء في تفسير مدلول هذا الوعد من حيث كونه ملزماً أو لا؛ سوف نعالج في الفرع الأول رأي الفريق القائل بأن الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به، وفي الفرع الثاني رأي الفريق الثاني القائل بأن الخطبة وعد غير ملزم.

الفرع الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به:

يقول ابن محمد الخطّاب الفقيه المالكي: "مدلول الالتزام لغة: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً وهو بهذا المعنى شامل للبيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق، وسائر العقود وأما في عرف الفقهاء فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء بمعنى العطيّة، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم".¹

ونقل عن الإمام مالك أنه قال: "من أُلزم نفسه بمعروف لزمه ذلك فإن البيع والإجارة والنكاح لا تدخل في دائرتها وإن الواعد بها يأخذ عوضاً عما يعد به فهي من المعاوضات".²

وقد تصدى الفقهاء المعاصرون لبحث هذه المسألة، وقد تباينت آراؤهم فيها، فمنهم من يرى أنه لا فرق بين الوعد في التبرعات والوعد في المعاوضات. ومنهم من يرى أن خلاف الفقهاء في هذه المسألة محله التبرعات، أما الوعد في المعاوضات فأمر آخر لم يكن مقصوداً لديهم، وعليه لا ترد عليه آراؤهم في الوعد في التبرعات.

كما اختلف الفقهاء الأقدمون في لزوم الوفاء بالعقد قضاءً في عقود الأوقاف والمعروف، مع اتفاقهم على لزوم الوفاء به ديانة، ولهم في ذلك مذاهب:

المذهب الأول: وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً. ذهب ابن شبرمة إلى أن الوعد يلزم الوفاء به ديانة وقضاء إلا من عذر يمنع الوفاء.³ وهو قول الحسن البصري، وبه قال إسحاق بن راهويه.

وذكر ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم أن عليه طائفة من أهل الظاهر.⁴ وقال الإمام الغزالي: "إذا فهم الجزم في الوعد فلا بد من الوفاء إلا أن يتعذر".⁵

المذهب الثاني: أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء. وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁶ والشافعية⁷ والحنابلة⁸ والمالكية في قول عنهم⁹ وبه قال الظاهرية.¹⁰

المذهب الثالث: وهو مذهب المالكية، حيث فصلوا فيما يجب الوفاء به من الوعود وما لا يجب وانقسموا في ذلك إلى فريقين:

¹ - أبو عبد الله محمد بن محمد الخطّاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ص 68.

² - عبد الله بن محمد، الوعد والمواعدة في التبرعات والمعاوضات، مجلة الإسلام في آسيا، كلية إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد 7، العدد 1، جويلية 2010، ص 37.

³ - ابن حزم، المحلى، ج8، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2003، ص 28.

⁴ - ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 404.

⁵ - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج3، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2005، ص 139.

⁶ - محمد أمين بن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 321.

⁷ - يعي بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين، ج5، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991، ص 390.

⁸ - منصور بن يونس الهوتي، كشاف القناع، ج6، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983، ص 275.

⁹ - محمد بن أحمد الحطّال، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ص 145.

¹⁰ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 28.

ذهب الفريق الأول إلى أن الوعد يجب الوفاء به ديانة وقضاء، إذا تم على سبب ودخل الموعد بسبب الوعد في شيء، أما إذا لم يدخل الموعد له في شيء بسبب الوعد فلا شيء على الواعد ولا يجب عليه الوفاء بالوعد، وهذا هو المشهود عن الإمام مالك.¹

وذهب الفريق الثاني من المالكية إلى أن الوعد يجب الوفاء به ويقضي به القاضي على الواعد إذا تم الوعد على سبب، ولو لم يدخل الموعد له بسبب الوعد في شيء.²

لقد تبين من خلال مذاهب الفقهاء و أدلتهم أنهم اختلفوا في لزوم الوفاء بالوعد قضاء إلى ثلاثة اتجاهات.

أ - جمهور الفقهاء يرون أن الوفاء بالوعد مستحب ويكره إخلافه.

ب - وهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن الوفاء بالوعد واجب مطلقاً، وهذا رأي عمر بن عبد العزيز وابن شبرمة.

ج - وفريق ثالث من العلماء يفرق بين الوعد المجرد، والوعد الوارد على سبب.

إذن الوعد أو العهد عبارة عما يلتزم به المرء للآخر، وقد ورد ذكر العهد في القرآن الكريم والسنة النبوية كثيراً ويراد به في الغالب ما يعاهد به الناس بعضهم بعضاً، وفي معنى العهود العقود.³

ويذهب عدد من الفقهاء إلى اعتبار الخطبة وعداً لازماً بالزواج وواجب الوفاء به. وبذلك قال الحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وابن حجر العسقلاني وابن العربي وابن القيم وغيرهم؛⁴ لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعد وتندر عن العذر بالعهد.

وقد استدلل هؤلاء الفقهاء بما يأتي :

أولاً - من القرآن الكريم :

أ - قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ، كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ }.⁵

هذه الآية يحتج بها على أن من ألزم نفسه عقداً لزمه الوفاء به، والوعد ما ألزم الشخص نفسه به.

قال ابن كثير في تفسيره: " بأن الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعداً أو يقول قولاً لا يفي به، كان هو الدافع لاستدلال من ذهب من علماء السلف إلى أنه يجب الوفاء بالوعد مطلقاً، سواء ترتب عليه عزم للموعد أم لا "⁶

ويستفاد من الآية حمل الوفاء بالوعد على اللزوم والوجوب.

قوله تعالى : { واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد وكان رسولا نبيا }.⁷

قالوا بأن الله عز وجل أثنى في هذه الآية على سيدنا إسماعيل بكونه صادق الوعد، وفي هذا دليل على أن الوعد ملزم يجب الوفاء به.⁸

¹ - احمد بن إدريس القرافي، الفروق وأنوار البروق في أنوار الفروق، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ص 56.

² - أحمد بن إدريس القرافي، نفس المرجع، ص 55 و56.

³ - بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2013-2014، ص 08.

⁴ - بن زبطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 66.

⁵ - سورة الصف، الآية: 2 و3.

⁶ - إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، م 8، دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1999، ص 105.

⁷ - سورة مريم، الآية: 54.

⁸ - إسماعيل بن عمر بن كثير، المرجع السابق، ص 464.

ويرى ابن الشاطب بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع إلا حيث يتعذر الوفاء، حيث يقول: " الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً فيتعين تأويل ما يناقض ذلك"¹.
ثانياً - من السنة النبوية :

قوله عليه الصلاة والسلام: " آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان"²
وعن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أضمنوا لي ستاً من أنفسكم اضمن لكم الجنة اصدقوا إذا حدثتم وأوفوا إذا وعدتم..."³.
من خلال هذا الحديث فإن خلف الوعد هو من ضمن صفات المنافقين وهذا يدل على التحريم، وذلك لأن ذكر حلف الوعد في سياق الذم دليل على التحريم.⁴ فلا يعدل الخاطب عن عزمه الذي هو الزواج، إذ هو نقض للعهد أو الوعد. لأن أدب الوعد في الإسلام يلزم المسلم الوفاء بالوعد ما أمكنه ذلك.
الفرع الثاني: الخطبة وعد غير ملزم:

الخطبة شرعاً ليست عقداً، وإلا كانت ملزمة إلزاماً يستتبع حتمية عدم العدول عنها. ومن ثم فإنها تعتبر وعداً بالزواج، وهذا الوعد لا يزيد شيئاً عن مرتبة الالتزام الأدبي المطلوب للوفاء بالعهد.
وذلك لأن الإلزام بالتصرفات يجب أن يكون بحكم الشارع لأنه هو الذي يعطي القوة الإلزامية للتصرفات أو يكون التراضي كاملاً على الالتزام، وما نراه هو أن الخطبة تخلو من هذا الالتزام، فقد كان التراضي بين الخاطب والمخطوبة وأهلها على أساس أن هذا كان تمهيداً لعقد هو عقد الحياة.
جمهور الفقهاء متفقين على أن الخطبة ليست أكثر من وعد تمهيدي للزواج وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " لا يجوز أن يتقيد شخص بوعد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام"⁵.

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيداً للزواج أو وعداً به، ومنهم الشيخ أبي زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقداً ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بالعقد، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل واحد منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل حقه وليس لأحد عليه من سبيل"⁶.
يقول الدكتور مصطفى شلبي: " لا تخرج الخطبة عن كونها وعد بالزواج والوعد ليس عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد، فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها لأننا لو قلنا بإلزامها لحملنا الخاطبين على ما لا يريدانه وفي هذا من الضرر ما لا يخفى"⁷.

¹ - قاسم ابن الشاطب، إدرار الشروق على أنواع الفروق، ج3، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2003، ص 27.

² - محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، م1، ج1، دار طوق النجاة، لبنان، ص 16.

³ - خارق محمد، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013-2014، ص 60.

⁴ - عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2002، ص 21 و22.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام: العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص 827.

⁶ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط3، 1957، ص 34 و35.

⁷ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4،

ومنها ما أورده جلال الدين السيوطي بقوله: " والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقداً فليس بلازم، بل جائز من الجانبين قطعاً".¹

يقول الإمام محمد أبو زهرة: " والخطبة ليست عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافاً للإمام مالك في بعض أقواله.² أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء، وفي بعض الأقوال، فإنه لا يلزم الوفاء بالوعد بالخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يقتضي أن يمضي عقد الزواج غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير".³

ويضيف قائلاً: " الخطبة ليست عقداً بل هي وعد بالعقد، وليس للوعد بعقد الزواج قوة العقد حتى على رأي الفقهاء الذين يعتبرون الوعد ملزماً لإنشاء العقد، وذلك لتوافر حرية الاختيار كاملة، فإن ذلك من مصلحة العاقدين ومن مصلحة المجتمع، لأنه عقد الحياة والتروفي فيه أمر لا بد منه، ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على العقد قبل أن تتوافر كل أسباب الدرس والفحص، وتقلب الأمور على وجوهها".⁴

كما ذهب إلى هذا الرأي العديد من الفقهاء أمثال الأستاذ بدران أبو العينين بدران إذ يقول: " إذا تمت الخطبة واستوفت شرائطها اللازمة وغيرها ووافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة على الخطبة، فلا تعتبر زواجا، ولا يترتب عليها أحكام الزواج. إنما هي مجرد عِدَّة بالزواج ومقدمة من مقدماته، وليس لها قوته، ولا يكون نقضها نقضاً للعقد ولا فسخاً له، إنما هو خلف وعد".⁵

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: " الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست زواجا، فيظل كل من الطرفين أجنبياً عن الآخر، ولا يحل له الاطلاع إلا على المقدار المباح شرعاً.⁶ فيجوز في رأي أكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة؛ لأنه ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام".⁷

قول الأستاذ محمود علي السرطاوي: " فالخطبة ليست إلا وعداً بالزواج وهو وعد غير ملزم، يحق لكل واحد منهما أن يعدل عن الخطبة متى شاء، كما أن عقد الزواج لا يتم بقبض أي شيء على حساب المهر، أو بقبول الهدية أو قراءة الفاتحة، فهذا كله لا يعتبر عقداً، ولكل واحد منهما العدول متى شاء".⁸

ويرى السيد سابق: " أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست عقداً ملزماً، والعدول عن إنجازه حق من الحقوق التي يملكها كل من المتواعدين. ولم يجعل الشارع لإخلاف الوعد عقوبة مادية يجارى بمقتضاها المخلف، وإن عد ذلك خلقاً ذمياً".⁹

خلاصة ما جاء في هذا المطلب أن جمهور الفقهاء ومنهم الحنابلة والشافعية يرون أن الوعد غير لازم مطلقاً، ولا يجب الوفاء به قضاء وإنما هو ملزم ديانة. أما الحنفية فقالوا أن الأصل هو عدم لزوم المواعدة، وجعلوا لهذا الأصل

¹ - عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1985، ص 55.

² - عبد الرحمن عتر، نفس المرجع، ص 54 و55.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط3، 1948، ص 35.

⁴ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، 1971، ص 64 و65.

⁵ - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص 38 و39.

⁶ - وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي وأدلته، ج3، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 2006، ص 18.

⁷ - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 23.

⁸ - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر، عمان، الأردن، ط3، 2010، ص 16.

⁹ - السيد سابق، فقه السنة، ج2، دار مصر للطباعة، القاهرة، مصر، 1946، ص 20.

استثناء بحيث تصبح المواعدة لازمة عندما تكتسي بصورة التعاليق أي بناء على وعد معلق. لأنه يظهر فيها معنى الالتزام والتعهد.

وقد اختلف فقهاء المالكية بشأن إلزامية الوعد بالتعاقد، فقال البعض يلزمه بشكل مطلق وذهب البعض الآخر إلى عدم لزوم الوعد مطلقاً. إلا أن الراجح لديهم هو أن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به قضاء فالوعد من مكارم الأخلاق. ويبقى الواعد ملزم بالوفاء بوعد المعلق على أمر إذا دخل الموعد بسببه في هذا الأمر.

ومن خلال ما سبق يتبين أن الخطبة في نظر الشريعة الإسلامية وعد بالزواج، يجب الوفاء به ديانة، وإن لم يكن هناك أسباب للعدول عنها، وإن وجدت يجوز التحلل من هذا الوعد.

وهذا ما أجمع عليه الفقهاء، حيث يقول الأستاذ مصطفى السباعي: " بأن من عدل عن الخطبة من غير سبب مقبول كان آثماً عند الله، وإن عدل لسبب مشروع يقبله العقلاء فلا إثم عليه".¹

ورأي الجمهور هو المعتبر لأنه المتفق مع الحكمة في الخطبة وهي الاختيار السليم، ولأن إلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن الإكراه وهو مالا يجوز في الزواج الذي يفترض فيه أنه عقد أبدي مما يوجب أن تكون الحرية في إنشائه أوسع مجالاً مما في غيره من العقود والارتباطات.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الوضعي:

اتفق النظر القانوني في جميع البلاد العربية على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى لمرتبة العقد، وليست لها الصبغة الإلزامية ولا القيمة القانونية، حيث لا تزيد عن كونها التزاماً أدبياً لا غير. وهذه الطبيعة غير الإلزامية للخطبة سار عليها كثير من الفقهاء في فرنسا وفي مصر وبقية العالم الغربي، ونصت عليها تشريعات الأحوال الشخصية العربية، ودرجت عليها اجتهاداتهم القضائية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة في تشريعات بعض الدول العربية:

لقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج، وهو ما نجده في المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت على أن: " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".² وبهذا التعريف سُمّت المدونة طبيعة الخطبة بأنها ليست زواجاً ولا يترتب عليها أي حكم من أحكامه لأن القواعد والأحكام لا تترتب عليه ولا على مجرد وعد من الخاطب، ووعد أيضاً من المخطوبة وهذا الوعد ما هو إلا مقدمة لعمل يتم أو لا يتم، ولذلك نجد البعض يعرف الخطبة بأنها مشروع في الزواج ومقدمة له ومتعلق من متعلقاته، فهي إذن تمهيد لا يقيد أحداً من المتواعدين.³

كما أن المادة 06 من المدونة اعتبرت الطرفين في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ومنحت حق العدول لكلا الطرفين.⁴

والقول بعدم إلزامية الخطبة، وأن الإيجاب والقبول اللذان تتم بهما لا يكونان اتفاقاً قانونياً، أمر يتفق مع ما كان مقرراً في ظل مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تنص في الفصل 02 فقرة 01 على أن: " الخطبة وعد بالزواج

¹ - بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013، ص 10.

² - المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية. ظهير شريف رقم: 1-04-22 صادر في 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للملكة المغربية رقم: 5184 بتاريخ، 05 فبراير 2004.

³ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 11.

⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 32.

وليست بزواج". خاصة وإن الوعد غير ملزم في القانون المغربي، بصريح الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: "الوعد لا ينشئ التزاماً"¹.

أمّا قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد نص في مادته 02 بأن: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً". وأمّا نص المادة 03 من نفس القانون، فقد جاء كما يلي: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"².

إنّ الخطبة بهذا المفهوم ليست عقداً ولا زواجاً، وإنّما هي وعد بزواج والوعد لا يأخذ حكم العقد، وعليه فلا يباح للخطيبين اختلاط الأزواج، إذ لم تتحقق أركان العقد وشرائطه، ولا يترتب عليها أي حق لأحدهما تجاه الآخر، ولو قدّمت بعض الهدايا وقرئت الفاتحة وما إلى ذلك، فلكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة دون ترتب أية آثار على ذلك.³

كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 01 على ما يلي: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجاً ولا يقضى به"⁴.

ونصت المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر سنة 2005 على أن: "الخطبة طلب التزوج، والوعد به، ولا يعد ذلك نكاحاً". والفقرة الأولى من المادة 18: "لكل من الطرفين العدول عن الخطبة"⁵.
والمادة 02 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي نصت على أن: "الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبض المهر وقبول أو تبادل الهدايا". وفي نص المادة 03 من نفس القانون: "لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها"⁶.

قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته 02 نص على أن: "الخطبة طلب الزواج أو الوعد به". وفي مادته 03: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية". وأضاف في مادته 04: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"⁷.
كما نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في مادته 03 على أن: "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً"⁸.

واضح من خلال هذه النصوص جميعاً بأن الطبيعة القانونية للخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم، أي يجوز العدول دون قيد أو شرط. وكفالة حرية الزواج هي التي دفعت جل التشريعات إلى الإحجام عن إضفاء طابع الإلزام على الخطبة، بأن يكون المخطوبين بمنأى عن تأثير قواعد المسؤولية المدنية للإقدام على هذا الزواج بصفة إلزامية.

¹ - فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 07.

² - المادة 02 و03 من قانون الأحوال الشخصية السوري. الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07. المعدل بالقرار الوزاري رقم 2437 بتاريخ 2007/06/07، النافذ بتاريخ 5 أفريل 2009.

³ - محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دارالثقافة، عمان، الأردن، ط3، 2010، ص 40.

⁴ - الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بالأمر المؤرخ في 1956/08/13 والمنقحة بالقانون عدد 32 المؤرخ في 14 ماي 2007. الرائد الرسمي التونسي عدد 42 الصادر في 2007/05/15، ص 1851.

⁵ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي عدد 28 لسنة 2005، المؤرخ في 19 نوفمبر 2005، الجريدة الرسمية عدد 439، بتاريخ 30 نوفمبر 2005.

⁶ - وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2008، فبراير 2001، ط1، ص 13. الجريدة الرسمية - الكويت اليوم، العدد 852، السنة 54.

⁷ - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: 61 لسنة 1976 المعدل بالقانون رقم: 36 لسنة 2010، الجريدة الرسمية رقم: 5061 بتاريخ 2010/10/17.

⁸ - قانون الأحوال الشخصية العراقي. أشار إليه فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، عقد الزواج وأثاره، والفرقة وأثارها، وحقوق الأقارب، جامعة السليمانية، العراق، 2004، ص 7.

وهذا ما ذهب إليه الفقهاء، فقد قالوا بأن الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً¹ وبناء على ذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده². والخطبة ليست عقداً، بل هي وعد بالعقد وهذا تكييفها القانوني، وهذا التكييف متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها، وهو متفق مع النظر القانوني الحديث في القوانين العربية والغربية. إذ نصت كل القوانين العربية على أن الوعد بالزواج لا يعد زواجاً. وكان ذلك واضحاً في نصوص بعض التشريعات العربية السالفة الذكر، حيث نصت صراحة على هذا المعنى مثل القانون السوري والقانون الإماراتي. وعلى المستوى التطبيقي، فقد قررت محكمة النقض المصرية بأن الخطبة في الزواج ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحداً من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل في أي وقت شاء. خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته. كما قررت بأن لكل من الخاطبين مطلق الحرية في العدول عن الخطبة، إذ لا مرأى في أنه يجب أن يتحقق كامل الحرية في إجراء عقد الزواج الذي له خطره في شؤون المجتمع³. وقد استقر الاجتهاد في مصر على أن حرية الموافقة على الزواج أو عدم الموافقة عليه من النظام العام⁴. كما قرر القضاء في بلاد المغرب العربي على أن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحداً من المتواعدين، فلكل واحد منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء. خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته⁵. الخطبة إذن من الناحية القانونية لا تعدو أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل، فهي وسيلة لتعارف الخاطبين بعضهما ببعض، وتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج.

الفرع الثاني: الطّبيعة القانونيّة للخطبة في قانون الأسرة الجزائري :

لقد كَيّف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على أنّها وعد بالزواج⁶. مستنداً في ذلك إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي ومتأسياً بأمثاله من المشرعين العرب؛ وهذا الوصف - الوعد بالزواج - ليس جديداً على القانون الجزائري إذ نصت المادة 04 من الأمر رقم: 59-274 المؤرخ في 04 فبراير 1959 على أن: " الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجاً ولا يترتب أي التزام بإبرام الزواج "⁷. وجاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 بأن: " الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد

¹ - جلال الدين السيوطي، الحاوي للفتاوى، ج1، دار الكتب المصرية، مصر، 1982، ص 187.

² - فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 26.

³ - نقض مدني مصري في 14/09/1939. أشار إليه بن شوخ الرشيد، المرجع السابق، ص 32.

⁴ - محمد فهر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي، ج1، دمشق، 1972، ص 123.

⁵ - قرار المجلس الأعلى المغربي في 11/01/1982، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 31، ص 92. نقض مدني تونسي في 03/03/1959، مجلة القضاء والقانون، 1959، العدد 02، ص 30. نقض مدني مصري في 15/11/1962، رقم: 174، مجلة القضاء، ج9، ص 18. نقض مدني سوري، في 13/11/1982، رقم: 376، مجلة القضاء، ص 439. أشار إليه بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 41.

⁶ - القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15 في 27 فبراير 2005، ص 18.

⁷ - الأمر 59-274 المؤرخ في 04 فبراير 1959. نقلا عن بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 81.

قراءة الفاتحة دون إجراء عقد صحيح كل منهما لا ينعقد به نكاح وللخاطب العدول عمّن خطبها وللمخطوبة أيضاً رد الخاطب الموعود بتزويجها منه".¹

هذا، وإن وصفت أو كيفت الخطبة بوعد، فهذا لا يعني التطبيق عليها أحكام المادة 71 من القانون المدني التي نصت على أنّ: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".²

ويستبعد كذلك الوعد بالزواج الحكم الوارد في المادة 72 من نفس القانون والتي تنص على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".³

الملاحظ على نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري أنّ المشرع استعمل لفظ "الوعد"، وهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادتين 71 و72 من القانون المدني الجزائري؛ ويتضح من خلال نص هاتين المادتين أنّ الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد بشرط أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، أو أن يكون من العقود الرضائية لا يتطلب الرسمية في هذه الحالة يكون ملزماً لصاحبه. إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل، وإلا جاز للواعد الرجوع في الوعد.⁴ وعموماً فإن مجرد الوعد طبقاً لهاتين المادتين لا ينشئ التزاماً.⁵

أما قانون الأسرة فقد اعتبر الخطبة وعداً بالزواج وهذا الوعد من نوع خاص، يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار.⁶

وبناءً على هذا التكييف القانوني فإنّ الخطبة ليست عقداً ملزماً، وليس لها شيء من أحكامه وآثاره، ولا تعدو كونها مقدمة للزواج ووعداً به. ولا يغير من هذه الحقيقة ما جرت به أعراف وعادات الناس من قراءة الفاتحة، وتبادل الهدايا، أو دفع الصداق أو غيرها.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة والفاتحة شيئاً واحداً يرتبان نفس الآثار، ويخضعان لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري. وهذا ما جاء في المادة 06 من القانون رقم: 84-11،⁷ حيث نصت على أنه: "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 أعلاه".

وبمقتضى التعديل الجزئي للمادة 06 من الأمر 05-02،⁸ أكد المشرع في الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة ليست زواجاً. حيث اعتبرها المشرع وعداً بالزواج.

¹ - سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 1995، ص 331.

² - الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20/06/2005. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44 في 26 جوان 2005، ص 17.

³ - المادة 72 من نفس الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 30.

⁵ - بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 38.

⁶ - الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 21.

⁷ - القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

⁸ - الأمر 05-02، المعدل والمتمم للقانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

وقد اعتاد كثير من الناس قراءة الفاتحة بعد إعلان الخطبة، وهو مجرد تأكيد للوعد بالزواج. لكن في الواقع أنّ هذه المسألة قد جرى بشأنها نقاش حاد وكثير، حيث اعتبر المشرع الجزائري الفاتحة خطبة. هذا ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، وجاء في إحداها ما يلي: "...حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركناً من أركان الزواج وليست شرطاً لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين"¹.

لكن استناداً إلى العادات الجزائرية فإن قراءة الفاتحة يعتبر عقد زواج. فهي ذلك المجلس الذي يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة أو من يمثلهما شرعاً وقانوناً. كما يحضره جمع من الناس من أقارب وأصدقاء الخطيبين ومن أعيان المنطقة. ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، والمعبر عنه بالزواج العرفي؛ ومن الممكن أن تقع الخطبة والفاتحة في مجلس واحد متحدين زماناً ومكاناً.²

وأمام هذا الوضع ولما تبين للقضاء الجزائري بأن هذه المادة لا تتماشى والعادات السائدة في بلادنا تراجع عن موقفه السابق وأصدرت المحكمة العليا قراراً صدر بتاريخ: 14/04/1992 جاء فيه: "...ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"³. في هذه الحال اعتبرت المحكمة العليا الخطبة زواجاً صحيحاً من الناحية الشرعية، لكنه غير مسجل من الناحية القانونية. ومن ثم، أمكن اعتبارها عقداً شرعياً يستحق بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانوناً بموجب حكم قضائي وفقاً لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.⁴

إذن هذا الزواج ينقصه التوثيق أي الشكلية وفقاً لأحكام المادة 18 من نفس القانون⁵؛ ومن ثم، لا يعد أن يكون زواجاً عرفياً غير رسمي.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 04 أبريل 1995، ومما جاء في حيثيات القرار ما يلي: "...حيث أنّ المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة 05 من نفس القانون، وهي التي تعتبر وعداً بالزواج. أمّا في

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 81129، صادر بتاريخ: 17/03/1992، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص 31.

² - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دارهومة، الجزائر، ط 4، 2013، ص 16.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 81877 بتاريخ: 14/04/1992، عدد خاص، ص 33. أشار إليه بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 16.

⁴ - نصت المادة 22 من الأمر 02-05، المرجع السابق على ما يلي: "يثبت الزواج بمسخر من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي..."

⁵ - نصت المادة 18 من الأمر 02-05، نفس المرجع على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة 06 المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقاً للمادة 09 من قانون الأسرة...¹

وفي الأخير لا يمكن إخضاع الفاتحة لأحكام الخطبة للاختلاف القائم بين الإجراءين، فإذا كانت الخطبة وعداً بالزواج فإن إجراء الفاتحة يعتبر زواجاً من الناحية العرفية ولا ينقصه سوى التسجيل على مستوى الحالة المدنية وهو ما يقرره القانون في المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، وهو ما كانت تقضي به الجهات القضائية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري؛ حيث جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 22 نوفمبر 1982 في القضية رقم: 28784 : " يعتبر كل زواج صحيحاً إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره"².

وفي هذا المعنى نصت المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : " ...غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"³.

وبالرغم من هذه المحاولة إلا أن المشرع الجزائري لا زال مصراً، على أن الفاتحة المقترنة بالخطبة لا تعدّ زواجاً، وكأنه بذلك لم يراع الأعراف والعادات. لأنّ الفاتحة في المشرق العربي تقرأ للتبرك فحسب، وتعتبر قراءة الفاتحة من الناحية القانونية خطبة؛ مثل ما جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري المادة 2 فقرة 1 : " الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً"⁴.

أما الفاتحة في الجزائر فهي عقد عرفي، وبالرغم من أن المشرع قد استدرك ذلك في تعديل 2005 من خلال المادة 6 فقرة 2 إلا أن الفقرة الأولى من المادة 6، تبقى مجرد زيادة كان ينبغي على المشرع عدم إضافتها.⁵

المبحث الثاني : آثار العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

إنّ موضوع العدول عن الخطبة من أعقد المظاهر الاجتماعية بين الناس وأكثرها خطراً على حسن استمرار العلاقات بينهم، لما له من آثار كثيرة خلقية واقتصادية تثير النزاع بينهم.

ولهذا سوف نعمل على بيان حكم الشريعة الإسلامية في العدول عن الخطبة من حيث جوازه وعدمه، ثمّ بيان أثر ذلك على المهر والهدايا المتبادلة بين الخطيبين، وما يمكن أن يجره العدول عليهما من أضرار مادية ومعنوية، مع تبيان موقف بعض تشريعات الدول العربية ورأي المشرع الجزائري من ذلك.

المطلب الأول : حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في الفقه الإسلامي :

اتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على أن الخطبة وعد وليست عقداً، والعود في الفقه الإسلامي غير ملزمة قضاء، وكذلك ديانة إذا كان في نقضها مصلحة غالبية.

فإذا كانت المصلحة في الوفاء بالوعد وجب الوفاء به ديانة توفيراً للمصلحة. وعلى هذا فإنّ لكل من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة، ويمنع عن الاستمرار فيها في أي وقت شاء دون حاجة إلى بيان الأسباب، لأنّه بذلك يمارس حقاً

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 111876 بتاريخ: 1995/04/04، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 36. أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 88.

² - سعيد بويزري، قانون الأسرة الجزائري ما له ما عليه، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، مؤسسة ابن خلدون للدراسات والبحوث، الجزائر، العدد 05، 2000، ص 195.

³ - المادة 6 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2010، ص 26.

⁵ - المادة 6 بفقرتها تنص: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجاً، ...". الأمر 02-05 المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

مطلقاً له أثبتته له الشارع، ولا حق للطرف الثاني في منعه منه قضاء. أما ديانة فإن عدول الخاطب عن الخطبة وامتناع المخطوبة عن الاستمرار بالخطبة مكروه ما لم يكن لذلك مبرر شرعي، وذلك لما فيه من الإضرار بالطرف الثاني. لكن قد يأتي هذا العدول بعد فترة طويلة ويكون الخاطب قد قدم لمخطوبته أو وليها مهراً أو جزءاً منه قبل عقد الزواج، أو قد يتبادل الخطيبين بعض الهدايا مما يثير التساؤل عن مصير هذا المهر والهدايا عند العدول عن الخطبة؟.

الفرع الأول: آثار العدول عن الخطبة على الهدايا المتبادلة بين الخطيبين :

جرت الأعراف قبل انعقاد الزواج أن يتقدم أهل الخاطب إلى أهل المخطوبة فيقرؤون الفاتحة ثم يتفقون على المهر وبتقديمه كله أو جزءاً منه فقط. كما جرت عادة الناس أن يقدم الخاطب لمخطوبته بعض الهدايا في فترة الخطوبة، إعراباً منه عن رغبته فيها واهتمامه بشؤونها، وربما أهدت الخطيبة لخاطبها بعض الهدايا أيضاً في مناسبة معينة. فإذا تبادل الخطيبان الهدايا ثم حصل بينهما عدول عن الخطبة، فما أثر ذلك العدول على الهدايا المشار إليها؟، وإذا قدم الخاطب المهر لمخطوبته سلفاً قبل عقد النكاح، ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو توفي، فما هو الحكم الشرعي في هذا المهر المقبوض سلفاً؟.

أولاً- حكم المهر في حالة العدول :

بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب رد ما قدمه من مهر قليلاً أو كثيراً، لأنّ المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه أو أثر من آثاره، وما دام الزواج لم يوجد فلا حق للمخطوبة في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج، فإن كان قائماً أخذه بعينه، وإن كان هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً أيّاً كان سبب العدول، من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، وسواء كان إرادياً أو لا إرادياً كالموت.¹ والخاطب إذا دفعه أثناء الخطبة فعلى سبيل إتمام الخطبة بعقد الزواج ولم يتم، فيجب رده إلى الخاطب في حال العدول عن الخطبة، لعدم تعلق حق المخطوبة به، إذ لم تصبح زوجة، ويد المخطوبة عليه يد أمانة، وحكمه حكم الوديعة.² وهذه آراء الفقهاء في حكم رد المهر للخاطب أثناء العدول عن الخطبة:

- نص الحنفية على أنّ للخاطب أن يسترد ما دفعه على حساب المهر عيناً إن كان قائماً، أو عوضه إن كان قد هلك أو استهلك.³

- والصدّاق عند المالكية من أركان العقد،⁴ وليس بين الخاطب والمخطوبة عقد فلا يحل لها نصف الصدّاق إلا بالعقد، ويحل كاملاً بالدخول، فبعدول أحدهما وعدم العقد لم تستحق المخطوبة المهر فينبغي عليها أن تعيده للخاطب لأنه لم يعطها الشيء باعتباره هبة حتى تطبق عليه أحكام الهبة.

- والشافعية يعرفون الصدّاق بقولهم: " ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود "5. فهذه هي الحالات التي يجب فيها المهر، وليست الخطبة منها، فلا يحل للمرأة أخذه بل عليها إعادته.

¹ - محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 82.

² - أسامة محمد منصور الحموي، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011، ص 419.

³ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - العبدري محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 499.

⁵ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص 220.

- والصدّاق عند الحنابلة هو: " العوض المسمّى في النّكاح،¹ ولا نكاح بين الخاطبين يوجب المهر أو نصفه؛ فإذا أعطاه شيئاً باعتباره مهراً لها أو جزءاً من المهر فالظاهر أنه يستحق استرداده، لأنه لم يعطها ما أعطاهما على أنه هبة وإنما على اعتباره مهراً فأشبهه ما يقدمه المشتري مالاّ عوضاً عن شيء ولم يسلم له هذا الشيء له استرداد ما تسلمه من مال".

وهكذا تلتقي آراء الفقهاء جميعاً عند نقطة واحدة وهي أنّ المهر لا يجب إلاّ بعقد النكاح، وفي حال الخطبة لا يوجد عقد نكاح، فاحتفاظ المرأة بالمهر بعد عدول أحد الطرفين حيازة للمال بغير سبب مشروع؛ فعليها إعادة المال لصاحبه.

وقد تكون المخطوبة قد أعدت بهذا المهر بعض الجهاز الذي تعده عادة لاستقبال الحياة الزوجية، فإذا أطلبه الخاطب، فهل لها أن تسلمه ما اشترته به، أو أن عليها أن تسلمه المهر الذي قبضته عيناً، ومثله أو قيمته إن هلك أو استهلك؟. وفي هذه الحال يكون استرداد المهر فيه مضرة لها. لم يتحدّث الفقهاء في هذا الموضوع بتفصيل، وربما كان إغفالهم له بسبب أنّ عادة القوم كانت أن لا يتصرّفوا بالمهر إلاّ بعد العقد.

وإذا عمدنا إلى تطبيق القواعد العامة هنا اتّجهنا اتّجاهين اثنين:

الأول: إلزام المخطوبة بإعادة ما قبضته من الخاطب من المهر عيناً إن طلبه منها إن كان قائماً، فإن أهلكته أو استهلكته أعادت مثله إن كان مثلياً وإلاّ أعادت قيمته، ذلك أنه أمانة عندها ولا يدخل في ملكها إلاّ بالعقد، وما دام قد طلبه قبل العقد فإنّ عليها ردّه على الوجه المتقدّم، لأنّه في حكم الأمانة ما لم يتفق الخاطبين على خلاف ذلك.

الثاني: إلزام المخطوبة بردّ ما اشترته بالمهر من الأثاث والجهاز لأنّه مدفوع لها مع التوكيل الضمني بالشراء به بحكم العرف، فإن اشترت به ما جرت عادة الناس على شرائه كالجهاز، فالأرجح أن يكون ما اشترته للخاطب تدفّعه عند طلب المهر، ولا تجبر على دفع المهر عيناً، وذلك إقامة للعرف مقام الإذن، للقاعدة الفقهية: " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".²

وذهب بعض العلماء إلى أنّه يجب التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فإن كان العدول من الخاطب فلا تردّ المرأة المهر ولا قيمته إذا هلك، لأنّ مبادئ العدالة والأوضاع الاجتماعية تقضي هذا. وإن كان العدول من المخطوبة فيجب عليها رد المهر، إذ من العدل أن تتحمّل هذه الخسارة لأنّها هي التي كانت سبباً، فتكون راضية بالخسارة.³

والراجح ما ذهب إليه أغلب الفقهاء من أنّ المهر لا يجب إلاّ بالعقد، والخطبة ليست إلاّ مجرد وعد بالزواج حتى لو صاحبها الاتفاق على مشروع عقد الزواج، فمشروع العقد غير العقد ذاته. وعليه يتوجّب على المخطوبة رد المهر عيناً أو مثلاً أو قيمة، سواء كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة.

ثانياً- حكم الهدايا:

إذا قدّم أحد الخاطبين للآخر هدايا، فما هو الحكم الشرعي لهذه الهدايا إذا عدل أحدهما عن الخطبة؟

¹ - ابن المفلح إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص 130.

² - أحمد الحجي الكردى، ((التكليف الفقهي للخطبة وحكم العدول عنها وأثرها في المهر والهدايا والتعويض عن الأضرار)):

<http://www.islamic-fatwa.com> 26/07/2016. 19h:42

³ - محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين (دراسة فقهية وتشريعية وقضائية-الزواج-الطلاق-الخلع-الحضانة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر،

تباينت أقوال المذاهب في هذه المسألة، وقد نص بعضهم على ذلك صراحة. ولما كانت الهدايا تأخذ حكم الهبة، فإن الفقهاء اختلفوا في رد الهدايا إلى أربعة أقوال:

الأول - قال الحنفية: "هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه. فإن كان ما أهده الخاطب موجوداً فله استرداده، وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام، وصنع القماش ثوباً، فلا يحق للخاطب استرداد بدله. لأن الهبة يمتنع عندهم الرجوع فيها بموانع سبعة¹. وسواء كان العادل عن الخطبة الخاطب أو المخطوبة²". ومن ذلك يتبين أنه ليس للخاطب أن يسترد من المخطوبة إلا الهدايا التي بقيت موجودة بأعيانها إلى حين العدول كالخاتم والسوار والأقمشة.

الثاني - وذهب الشافعية: إلى أن للخاطب الرجوع في كل ما قدمه إلى المخطوبة، فما كان قائماً أخذه، وما كان هالكاً أخذ قيمته، وسواء أكان الترك من جهة الخاطب أو المخطوبة³. وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج وقد أبعده، فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له الاسترداد⁴. حيث يعتبرون الهدايا في حكم المهر وما دام الزواج لم يتم وجب ردّها.

الثالث - أما قول الحنابلة: فإنهم يرون أنه لا يجوز استرداد الهدايا في حال العدول عن الخطبة، لأنهم يرون عدم جواز الرجوع بالهبة بعد تمامها بالقبض⁵. وبالتالي ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهده، سواء أكانت موجودة أم هالكة، لأن للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها، إلا الوالد فيما أعطى ولده⁶. ويستوي ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة لأن هذه الهدايا قدمت على سبيل التبرع⁷.

الرابع - وللمالكية: في أمر هدايا الخطبة تفصيل:

- المتقدمون منهم يقولون بعدم رجوع الخاطب على مخطوبته في الهدايا وإن كان العدول منها. وهذا هو أصل المذهب.
- أما الفقهاء المتأخرون منهم فقد فصلوا بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإن عدل الخاطب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجوداً، فليس له أن يسترد شيئاً مما أهدي ولو كانت قائمة حتى لا يجمع على الطرف المتضرر ألمان، ألم العدول وألم الاسترداد.

¹ - موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية سبعة:

- الزيادة: المقصود بها زيادة الموهوب، وهي الزيادة المتصلة به كالغرس والبناء والسمن والخياطة والصبغ. وغير ذلك مما يتصل بذات الموهوب.
- الموت: ويستوي في ذلك موت الواهب أو الموهوب له.
- العوض: فإن قدم الموهوب له للواهب عوض أو بدل أو مقابل فقبضه الواهب سقط الرجوع.
- خروج الهبة عن ملك الموهوب له: كما لو باعها الموهوب له، امتنع الرجوع بها.
- الزوجية: الهدايا بين الزوجين لا ترد إطلاقاً، فإن كانت الزوجية قائمة امتنع الرجوع.
- القرابة: وهي قرابة الرحم المحرم، فلو وهب لذي رحم محرم منه، لا يجوز له استرداد هبته منه.
- الهلاك: والمقصود به هلاك العين الموهوبة، ويتعذر استردادها بعد هلاكها. عبد الرحمن عتر، خطبة النساء، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1985، ص 372 وما يليها.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 83.

³ - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، 1971، ص 66.

⁵ - أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص 424.

⁶ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ص 28.

⁷ - بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 3، 2007، ص 240.

وإذا عدلت المخطوبة، فللخاطب أن يسترد الهدايا، سواء كانت قائمة أم هالكة، فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها.¹ فالقائم بعينه والهالك بمثله إلا إذا كان هناك عرف أو شرط بالردّ وعدمه فيجب العمل به.²

الفرع الثاني: أثر العدول في التعويض عن الضرر:

مرّ معنا أن التكييف الفقهي والقانوني للخطبة أنها وعد بالعقد وليست عقداً. وهذا الحكم متفق عليه بين أصحاب المذاهب الإسلامية، ومتفق مع النظر القانوني الحديث. ومؤدى ذلك أن الخطبة لا يترتب عليها شيء من الإلزام بإتمام العقد، وأن حق العدول عنها جائز لكل من طرفي الخطبة، وإذا تم العدول عن الخطبة من الخاطب فإنه يكون قد باشر تصرفاً مأذوناً له فيه.

ولكن قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين مادياً أو معنوياً، وخاصة إذا طالت الخطبة لفترة طويلة ويفوت على المخطوبة خطاباً آخرين، وفرص زواج أخرى. وربما كان العدول من المخطوبة فيلحق الخاطب من ذلك ضرر مادي أو معنوي أيضاً، كأن يكون أعد بيت الزوجية على طريقة خاصة طلبتها الخطيبة وبعد العدول منها لم تعد مناسبة لغيرها أو فات عليه بسبب خطبتها فتيات أخريات من قريباته مثلاً تزوجن من غيره.

فهل يمكن في كل تلك الأحوال تحميل من يعدل عن الخطبة تعويضاً للطرف الثاني عما لحقه من الضرر إن وجد؟ وهذا ما لم يوجد في كتب الفقه الإسلامي القديم، ولم يتعرضوا لهذا الموضوع فيمكن القول أنهم لم يروا جواز التعويض، لأن التعويض لا يكون إلا نتيجة الإخلال بعقد أو عمل ضار، والخطبة ليست عقداً وإنما وعد بالزواج ولم يترتب على الإخلال بهذا الوعد ضرر مادي أو معنوي. وأن الناس قديماً ما كانوا يتورطون فيما قد يضرهم في هذه المسألة، لأنهم يعلمون أن مجرد الخطبة لا يلزم أحد الطرفين بشيء، ومن تورط في تصرف قبل أن يستوثق من أمره بإتمام العقد يكون مقصراً في حق نفسه، فيتحمل ما جنا، ولا يكون له حق المطالبة بأي تعويض.³

وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون.⁴

وكثير من الفقهاء المعاصرين ذهب مذهب القدامى، ومنهم الشيخ محمد بحيت المطيعي - مفتي الديار المصرية سابقاً -⁵ ذهب إلى عدم التعويض لأن العدول عن الخطبة حق مأذون له فيه، وإذا مارس الخاطب حقاً مأذوناً له فيه فلا يجب التعويض، ولأن الإذن الشرعي ينافي الضمان.⁶ حيث قال: " لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعاً في أن يتزوج بمن شاء".⁷

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 26.

² - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص 29.

³ - عمر سليمان الشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1997، ص 75.

⁴ - محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 86.

⁵ - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 75.

⁶ - أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص 429.

⁷ - عبد الرحمن عتر، المرجع السابق، ص 396.

بينما ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر، ومَن قال به الشيخ محمود شلتوت - شيخ الأزهر سابقاً -، ذهب إلى وجوب التعويض مطلقاً من غير تفصيل في ماهية الضرر.¹ حيث قال: "إنَّ العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر".²

ويرى الإمام محمد أبو زهرة أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي فقط، أما في حالة عدم وقوع ضرر مادي، أو كان الضرر معنوياً فلا تعويض³: "وقد يحدث بسبب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي لأحد العاقدين، وإن التمسك بالأداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي. لذلك نطرح من تقديرنا الضرر الأدبي، ولنتجه إلى الضرر المادي، كأن تكون الزوجة قد أعدت متاعاً، كلفت نفسها فيه الكثير وتكلف أهلها فيه الكثير من الأموال، ثم جاء العدول بعد ذلك، فكان الضرر المادي لا محالة، هذا هو موضع النظر".⁴

في حين ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى القول بأن: "الخطبة ليست بعقد ملزم ولذا فإن مجرد العدول عنها لا يكون موجباً للتعويض، إلا إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، والحكم بالتعويض للضرر نابع عنده من المسؤولية التقصيرية، فالخطأ الذي يرتكبه من يقدم على فسخ الخطبة هو من الانحراف عن السلوك المعروف المألوف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف إلي رافقت هذا العدول...ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج، إذا لم يكن خطأ عقدياً، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض...والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً في التعويض إلا عن الضرر المادي. ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي".⁵

ورأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري يتفق مع رأي الدكتور مصطفى السباعي في التعويض عن الضرر المادي والأدبي إذا وقع بسبب من الطرف العادل. حيث ذهب السباعي إلى وجوب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي أو معنوي لحق بالمخطوبة بسبب العدول، وهو يوجب التعويض بشروط ثلاثة:

- 1- أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة،
- 2- أن يقع ضرر مادي أو معنوي بسبب العدول غير الاستهواء الجنسي،
- 3- أن يؤكد الخاطب رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلاً على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج".⁶

لكن ذهب الشيخ عبد الرحمن الصابوني أبعد من هذا عندما جعل التعويض حقاً للخاطب كما هو حق للمخطوبة، لأنَّ مناط الحكم هو الضرر، والضرر قد يقع على الخاطب كما قد يقع على المخطوبة، ولم يفرق بين الضرر المادي والضرر المعنوي، إلا أنه قرر أن العدول إن كان لسبب يقرره القضاء فلا تعويض.

¹ - بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 69.

² - عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج وأثاره، ج 1، جامعة دمشق، ط 2، 2006، ص 50.

³ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - محمد أبو زهرة، نفس المرجع والموضع.

⁵ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام: العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1953، ص 827.

⁶ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، بيروت، دار النور للنشر والتوزيع، ط 9، 2001، ص 68.

ولخص رأيه بقوله: " العدول حق لكل من الخاطبين إلا إذا رافق ذلك أفعال ضارة كان للطرف الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض إذا لم يكن سبب مشروع لهذا العدول".¹

وللأستاذ محمد كمال الدين إمام رأي في هذه المسألة، إذ يقول: " ويرى أغلب الفقه الشرعي المعاصر أنه وإن كان لا ضمان على من استعمل حقه الشرعي إلا أن مبدأ " لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة " الضرر يزال " يوجب التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة...وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر.

الحالة الثانية : ألا يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الآخر بسبب العدول، وفي هذه الحالة لا وجه للحكم بالتعويض. ونحن نرى أن التعويض متى وجب وتحقق سببه فإنه يستوعب الضرر المادي والمعنوي".²

الترجيح :

بعد التعرض لآراء الفقهاء مع اختلاف الرؤى، يمكن اختيار القول الراجح، وهذا بعد عرض أقوال بعض المعاصرين وترجيحهم لهذه المسألة :

يقول الدكتور عمر سليمان الأشقر: " والذي يترجح لدي ما درج عليه أهل العلم قديماً من غير خلاف بينهم في المسألة، وهو عدم التعويض بكل حال. لأن القول بالتعويض مخالف لإجماع الأمة الإسلامية، فهو يعمق المشكلة ويؤصلها ولا يحلها، لأنه يخالف طبيعة الخطبة على أنها اتفاق أولي ممهّد للزواج، وليست عقداً".³

ويقول الأستاذ عبد الكريم زيدان: "...ثم إن فتح باب المطالبة بالتعويض بسبب الرجوع عن الخطبة يفتح باب المنازعات، وربما الاتهامات والفضائح التي يكون ضررها أفحش من الضرر المادي المدعى به، والقاعدة تقضي بدفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف".⁴

واضح من خلال قوله هذا أنه يتفق مع من يقول بعدم التعويض عن ضرر العدول، والذي يؤكد ذلك هو قوله: "...فالذي أراه في هذه الحالة عدم تحمل الراجع أي تعويض للطرف الآخر؛ لأنه - أي الراجع - استعمل أمراً جائزاً له وهو حق الرجوع عن الخطبة، والجواز الشرعي ينافي الضمان، ولا نرى دخول رجوعه عن الخطبة في نطاق قاعدة: " لا ضرر ولا ضرار"، ولا في قاعدة: " الضرر يزال"؛ لأنه كان على الطرف المضروب أن يعلم أن لكل واحد من طرفي الخطبة أن يرجع عن الخطبة بمحض اختياره، وبمحض إرادته المنفردة، ودون إلزامه ببيان الأسباب لرجوعه عن الخطبة...".⁵

والشيخ محمد أبو زهرة يقول: " والذي ننتهي نحن إليه بعد استعراض هذه الأحكام هو ما قررناه من قبل، وهو أنه لا تعويض إن لم يكن فعل أو قول أوجب الضرر، لا مجرد الخطبة ثم العدول عنها بعد مدة طالت أو قصرت، ويجب أن يعلم أن القانون الذي يطبق في هذا المقام هو الشريعة الإسلامية...وإلا لا يمكن ثمة تناسق في الأحكام فيحكم بالتعويض من الخاطب في الوقت الذي تقرّر الشريعة وجود رد المهر ووجوب رد الهدايا، وإذا كان تعويض فلا بد أن يكون له مبرر من قواعدها، وذلك المبرر يتحقق إذا كان هناك تعزير أوجب الضرر المادي".⁶

¹ - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 85.

² - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 87.

³ - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 87.

⁴ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 78.

⁵ - عبد الكريم زيدان، نفس المرجع والموضع.

⁶ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص 76.

وذهب الأستاذ بدران أبو العينين بدران إلى القول: "والذي أراه أن العدول إن كان من قبل المرأة فلا تعويض، لأن الرجال لا يتضررون من فسخ الخطبة، ولا تلحقهم تهمة من جرائها، أما إن كان من قبل الرجل فيطالب بالتعويض عن الضرر، لأن الغالب أن عدوله يثير الظنون حول المخطوبة، ويجعلها مضنة في أفواه الناس، إذ يتساءلون عن سبب ذلك، مما يكون سبباً في إساءة سمعتها، وتشويه مستقبلها"¹.

وبعد عرض كل هذه الاتجاهات الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، يتضح أنه إذا كان الضرر ناشئاً عن مجرد العدول غير المصحوب بأي فعل سبب الضرر فإنه لا تعويض هنا. لأن العدول عن الخطبة حق شرعي، والجواز الشرعي ينافي الضمان (التعويض).

أما إذا كان العدول قد أصاب الطرف الآخر من الضرر كأن يكون طلب إعداد الجهاز فأعد أو يكون طلب منها ترك العمل أو الدراسة فتركت، أو تكون هي طلبت منه إعداد منزل الزوجية ففعل، ففي كل هذه الحالات حصل ضرر بسبب فعل من عدل وأساس التعويض هنا ليس المسؤولية العقدية، لكن المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في القانون الوضعي:

بعد توضيح رأي الفقه في حكم المهر والهدايا المقدمة أثناء فترة الخطبة. وإذا ما وقع العدول من الخطيبين أو أحدهما كان اتفاق الفقهاء على رد المهر، لأن المهر لا يجب إلا بالعقد؛ أما الهدايا فتباينت آراء الفقهاء حول هذه المسألة. وسوف نبين في جانب من هذا المطلب موقف بعض التشريعات العربية وكذا رأي المشرع الجزائري من هذه المسألة.

الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في بعض التشريعات العربية:
أولاً - حكم الهدايا:

نص المشرع المغربي في المادة 8 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال"².

الملاحظ على هذا النص أن المشرع المغربي لم يعالج الهدايا بشكل كامل، فلم ينص على حالة تبادل الهدايا بين الطرفين، كما لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين.

وإن كان المشرع المغربي في إطار معالجته لإشكالية استرجاع هدايا الخطبة عند عدم إتمام الزواج أخذ بالرأي الراجح في الفقه المالكي الذي أعطى إمكانية استرجاع الهدايا للخاطب إن لم يكن العدول عن الخطبة من جانبه، أما إذا كان العدول بإرادته المنفردة فلا حق له في استرجاع الهدايا.

وبهذا يكون المشرع قد عدل عن رأيه في مدونة الأحوال الشخصية المعدلة، إذ لم يتعرض للهدايا التي تكون المخطوبة قد قدمتها للخاطب. حيث كان ينص في الفصل الثالث من المدونة: "...للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله"³. لكن بعد التعديل نص في المادة 8 من المدونة: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا...".

فإذا كان العدول من جانب المخطوبة، فللخاطب أن يسترد هداياه متى شاء.

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 40.

² - مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004، المرجع السابق.

³ - ظهير شريف رقم: 1-57-190-1 المؤرخ في 19 أوت 1957 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية. الجريدة الرسمية للملكة المغربية، عدد 2341 بتاريخ

وفيما يخص موقف القضاء المغربي في الهدايا :

جاء في حكم المحكمة الابتدائية بفاس ومحكمة الاستئناف بمكناس ما يلي: "...حيث يستخلص من الحكم المطعون فيه والوثائق صحبته أن المدعي المستأنف عليه... وهب أرضاً فلاحية هدية للمدعى عليها في خطبتها... وطبقاً لما جاء في المقال، فإن المدعى عليها عدلت من جهتها فقط عن الخطبة وتزوجت برجل آخر غير الخاطب الواهب... وأنه طبقاً للفصل الثالث من المدونة فإنه إذا كان الرجوع عن الخطبة من جانب المخطوبة فيحق للخاطب استرداد هداياه، وإن عدول المخطوبة وإخلالها لما تضمنه عقد الهبة يتم عن سوء نية، إذ خدعت المدعي بركونها إلى الخطبة حتى تستحوذ على الهبة بل الهدية فقط ومن ثم يحق للمدعي استرجاع الهدايا عملاً بالفصل الثالث المذكور..."¹

أما قانون الأحوال الشخصية السوري قد نص في المادة 4 فقرة 3 على أنه: "تجري على الهدايا أحكام الهبة"². الملاحظ على نص هذه الفقرة أنه جاء مطلقاً ولم يبين حكم الرجوع بالهدايا، وكل ما نص عليه المشرع أنها تأخذ حكم الهبة، وبالتالي على القاضي الرجوع إلى أحكام الهبة التي قننها المشرع السوري في القانون المدني، لأن المشرع قد أخرجها من قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين؛ حيث حصر القانون المدني موانع الرجوع في الهبة بشكل يتفق مع المذهب الحنفي تماماً³، وقد مر معنا هذا الحكم في الصفحة 32.

وعلى ذلك وبخصوص الهدايا فتطبق أحكام الهبة، فإذا رجع الخاطب عن الخطبة بعذر مقبول جاز له استرداد الهدايا، وإن كان متعسفاً في الرجوع عنها بمعنى انعدام العذر المقبول الذي يبرر الرجوع في الهبة امتنع ردّها. وإذا رفضت المخطوبة إتمام الزواج، وبالتالي كان الرجوع منها عن الخطبة فإن ذلك من الأعذار التي تجيز الرجوع عن الهبة، وبالتالي استرداد الخاطب لما دفعه.

ولا يستطيع الخاطب حتى ولو كانت المخطوبة هي التي عدلت عن الخطبة استرداد الهدايا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، كأن تتصرف المخطوبة في كل الهدايا تصرفاً نهائياً، أو تهلك الهدايا في يدها، سواء أكان الهلاك بفعلها أو بمحادث أجنبي لا يد لها فيه أو بسبب الاستعمال كاللباس أو الاستهلاك كالمأكولات.⁴

وعلى ذلك قضت الغرفة المدنية لمحكمة النقض السورية على ما يلي: "حيث أن القصد من الهدايا هو لتمتين أو اصر المحبة والرابطة بين الخطيبين بغرض إتمام الزواج، وأن فسخ الخطبة يفوت على الخاطب أو والده في هذه الدعوى هذا الهدف، مما يجيز لمحكمة الموضوع اعتبار ذلك عذراً يجيز الرجوع عن الهبة واسترداد الهدايا، طالما أنه لم يثبت أمام محكمة الموضوع خطأ أو تعسف الخاطب في فسخ الخطبة، ويتعين رفض هذا السبب..."⁵

وأما عن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فقد جاء في الفصل 2 من المجلة كما يلي: "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص"⁶. ذكرت المجلة في فصلها الأول على أن الخطبة وعد بالزواج أو تواعد به، وليس بزواج وبالتالي لا يقضى به كزواج أبداً. وبخصوص الهدايا في حالة العدول عن الزواج فقد أخذ المشرع التونسي بالمذهب المالكي وفرق بين حالتين:

¹ - قرار محكمة الاستئناف بمكناس في القضية رقم: 79/7/303 في: 1980/01/07 المنشور بمجلة رابطة القضاء، العددان 8 و9، ص 155. أشار إليه بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 46 و47.

² - قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

³ - أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص 426.

⁴ - لحسين بن الشيخ أتملوا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دارهومة، الجزائر، ط3، 2011، ص 42.

⁵ - نقض سوري، ا لغرفة المدنية، قرار رقم: 286 بتاريخ: 1968/06/12. أشار إليه لحسين بن الشيخ أتملوا، المرجع السابق، ص 41.

⁶ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

الأولى : وتتمثل في حالة وجود شرط خاص من قبل الخطيبين بشأن مصير الهدايا عند عدول الخطيبين عن الخطوبة أو أحدهما، فيطبق الشرط.

الثانية : لكل واحد من الخطيبين استرجاع الهدايا التي يقدمها للآخر سواء استهلكت الهدايا أم لا، وأنذاك يقدم مثلها أو قيمتها.¹

ونص المشرع الكويتي في المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف :

أ - فإن كان عدوله بغير مقتض لم يسترد مما أهده للآخر.

ب - وإن كان العدول بمقتض استرد ما أهده إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالِكاً أو مستهلكاً "2.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي هو الآخر أخذ برأي المالكية في الموضوع بالنسبة للهدايا مع تحميل المتسبب في العدول المسؤولية.³

أما المادة 6 من نفس القانون فتحدثت عن العدول باتفاق الطرفين وكذا حالة الوفاة حيث نصت على ما يلي :

أ - إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين، فإن كان بسبب من أحدهما، اعتبر عدول الآخر بمقتض وطبقت الفقرة ب من المادة السابقة وإلا استرد كل منهما ما أهده إن كان قائماً.

ب - وإذا انتهت بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج، لم يسترد شيء من الهدايا ".

أما المادة 7 من نفس القانون نصت على أنه : " في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها ".

وهذا الحكم الأخير كما هو واضح هو رأي الأحناف، حيث أن هذا الأمر يعد من موانع الرجوع في الهبة عندهم، وهي حالة هلاك العين الموهوبة.

ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الكويتي لم يتبع مذهباً واحداً في تعامله مع الهدايا وإنما هو جمع بين رأي المالكية والحنفية.

ثانياً - حكم الصداق :

لقد تعرض المشرع المغربي لحكم الصداق عند العدول عن الخطبة أو موت أحد الخاطبين أثناءها، خلافاً لمدونة الأحوال الشخصية التي لم تتعرض لحكم الصداق نهائياً.

حيث نصت المادة 9 من المدونة على ما يلي: " إذا قدّم الخاطب الصداق أو جزءاً منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى الجهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين ثمن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه ".

الملاحظ على هذا النص ضمن التعديل الأخير للمدونة أن المشرع المغربي نص على حكم الصداق مع بعض التعديل حيث تضمن حكماً جديداً في الموضوع، إذ حمل من تسبب في العدول فرق الثمن بين قيمة الجهاز والمبلغ المدفوع، وهذا الأمر غير منصوص عليه في التشريعات العربية.

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملوياً، المرجع السابق، ص 40.

² - قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 47.

واعتبر المشرع المغربي في نص الفقرة 1 من المادة 9 المهر الذي قدم للمخطوبة حقاً لمن قدمه ولو كان العدول من قبل الخاطب، أو لورثته من بعده، فيجوز لهم استرداده باعتباره تركة، ويسترد إما عيناً إن كان قائماً وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

والفقرة 2 من نفس المادة جاءت بحكم مؤداه أن المخطوبة إذا اشترت بالمهر أو بجزء منه جهازاً، فإن المتسبب في العدول يتحمل ما ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ الذي دفع في شرائه.

أما موقف المشرع السوري من المهر المدفوع أثناء الخطبة وتم العدول عنها، فنص في المادة 4 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

" أ - إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها، ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

ب - إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته."

والظاهر أن المشرع السوري في هذه المسألة لم يأخذ بأي مذهب فقهي، وإن ما ذهب إليه معتمداً على قواعد العدالة والإنصاف عندما فرق بين العدول من الخاطب والعدول من المخطوبة في حالة شراء الجهاز من المهر؛ وذلك لرفع الضرر عن المخطوبة.

في حالة عدول الخاطب فيخيرها بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز، حتى لا تتحمل الأضرار التي لحقتها من شراء الأثاث أو الجهاز.

وإما إن كان العدول من جهة المخطوبة فيجب عليها إعادة المهر أو قيمته، فمن العدل أن تتحمل المخطوبة هذه الأضرار لأنها كانت سبباً فيها.

كما أن نص القانون السوري في المادة 4 منه لم يتعرض لحالتي موت أحد الخاطبين أو العدول برغبة الطرفين. هذا وقد نص المشرع الكويتي على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 4 من قانون الأحوال الشخصية كما يلي:

" أ - إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه.

ب - يعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه.

ج - إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، أو بعضه جهازاً، ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من الجهاز وقت الشراء"¹.

ويكاد يتفق هذا النص مع نص المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ويكون متطابقاً تماماً معه مع إضافة حالة الوفاة في القانون الإماراتي؛ حيث جاء النص كما يلي:

" 2 - إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات، يسترد المهر الذي أداه عيناً أو قيمته يوم القبض إذا تعذر رده عيناً.

3 - إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، وبعضه جهازاً، ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء.

4 - يعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه"².

¹ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

² - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

كما كان رأي المشرع التونسي موافقاً لآراء الفقهاء على رد المهر، لأن المهر لا يجب إلا بالعقد؛ ويستوي في ذلك العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة، ودون تفصيل خلافاً لما ذهب إليه بعض المشرعين العرب، حيث نص في الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية كما يلي:

"...وإذا دفع الصداق أثناء الخطوبة وتم العدول عنها من أحد الخاطبين فإن الخاطب يسترد الصداق، لكون هذا الأخير من أركان الزواج، وإن الزواج لم يتم فلا تستحق المخطوبة الصداق"¹.

ثالثاً - حكم الضرر المترتب عن العدول:

مدونة الأسرة المغربية الجديدة تضمنت حكماً جديداً في مجال التعويض عن الضرر، حيث نصت المادة 7 من المدونة على ما يلي: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"².

وبالتالي فإن العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر، وحسناً فعل المشرع المغربي حيث بنا وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي، والفعل الذي يسبب ضرراً أمر مطلق ترك القانون تقديره لقاضي الموضوع.

فالعدول الذي يلازمه أفعال خاطئة في ذاتها، ومستقلة عنه استقلالاً تاماً، ومنسوب لأحد الطرفين ونتج عنها ضرر مادي أو معنوي للطرف الآخر فإنه يكون مسبباً ضرراً يوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار أن المشرع المغربي اعتبر الخطبة وعد أو تواعد وأعطى الحق لكل من الخاطبين في العدول عن الخطبة بمقتضى نص المادة 6 من مدونة الأسرة.

وعلى مستوى العمل القضائي المغربي، وجد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة جاء في حيثياته: "... وحيث أن التراجع عن الخطبة لا يترتب الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر، إلا عند صدور فعل من المتراجع عن الخطبة ألحق ضرراً بالمخطوبة، كحملها على الانقطاع عن الدراسة، أو الاستقالة من الوظيفة، أو تحملها نفقات معينة..."

وحيث أنه لم يتبين للمحكمة من خلال اطلاعها على مستندات الملف ووثائقه، صدور أي فعل سبب ضرراً للمدعية، ما عدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوباً بفعل آخر ألحق ضرراً بالمدعية من قبيل ما ذكر سالفاً.

وحيث يكون طلب المدعية تبعاً لذلك منعدم الأساس القانوني ويتعين رفضه"³.

كما نصت المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عمّا أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل"⁴.

من خلال نص هذه المادة فإن المشرع الإماراتي كرس الحق في المطالبة بالتعويض في حالة حدوث الخطأ الذي يؤدي إلى حصول الضرر، وهذا التعويض مبني على قواعد المسؤولية التقصيرية.

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

² - مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالحسيمة، المغرب، حكم رقم: 503 بتاريخ: 2008/07/07 في الملف رقم: 07/651. أشار إليه فؤاد بن

شكرة، المرجع السابق، ص 81.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

والملاحظ أيضاً على القانون الإماراتي أنه أضاف شيئاً جديداً وهو استعماله لعبارة " ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل ". وهو في اعتقادي حكم وجيه يحقق الغرض المقصود في باب المسؤولية وتقرير التعويضات ويمنع التحايل بأن يتعمد الخصام مع الطرف الآخر فيدفعه للعدول، وبالتالي يتملص من المسؤولية والتعويضات.¹

أما فيما يخص المشرع الكويتي، الأردني، السوري والتونسي لم ينصوا على موضوع التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، وبالتالي يكون الحكم هو الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أي إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

حيث استقر القضاء السوري على ذلك، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض السورية في 30 نوفمبر 1970 ما يلي: " إن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض، ولا تلتزم المخطوبة بأكثر من إعادة المهر وفقاً للأحكام المبينة في المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية".²

وفيما يخص المجال التطبيقي، هناك رأي للقضاء المصري في موضوع التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة. حيث قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 14 ديسمبر 1939 ما نصه: " إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد من المتواعدين، فلكل واحد منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء...، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتد بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لزمهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة للتضمن أي التعويض على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها أفعال ضارة موجبة للتضمن".

وبذلك أيضاً حكمت محكمة استئناف القاهرة في 30 جوان 1931 والذي جرى تسببه هو الآخر على أساس استعمال حق العدول، حين قضى بأنه: " من أساء استعمال حقه في العدول عن الخطبة يجب عليه التعويض، حيث كان ذلك سبباً للأضرار التي لحقت بالمخطوبة، حين طالت مدة الخطبة مما صرف الراغبين في زواجها وأصبحت فرصتها فيه معرضة للضياع والخطر، فضلاً عن إيلا م عواطفها، والمساس بكرامتها وتعرضها للظنون والأقويل".³

كما قررت محكمة النقض المصرية أيضاً بأنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة، أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمه أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً.⁴

الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في قانون الأسرة الجزائري :
أولاً - حكم الهدايا :

لقد عالج المشرع الجزائري في المادة 5 من قانون الأسرة، مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة منهما أو من أحدهما؛ حيث نصت المادة على ما يلي: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهدها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهده له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".⁵

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 39.

² - محكمة استئناف القاهرة في 1931/06/30. أشار إليه مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص 69.

³ - محكمة استئناف القاهرة في 1931/06/30. أشار إليه مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

⁵ - المادة 5 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

الملاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية حينما فرق بين حالة العدول من جهة الخاطب وحالة العدول من جهة المخطوبة، وفي نظر المالكية حتى لا يجمع على الطرف المتضرر ألين، ألم رفضه وألم ضياع ماله مما يحقق العدالة في اقتسام الأضرار الناشئة عن العدول بين الطرفين. إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها إن كان العدول من طرف المخطوبة، كمانع من موانع الهبة عند المذهب.

والهدايا وفقاً للتعديل الجزئي للمادة 5 من قانون الأسرة، تردّ بعينها إن كانت قائمة، وبقيمتها إذا استهلكت أو أتلفت. في هذه الحالة ساوى المشرع بين الخطيبين في استرداد الهدايا، غير أن ما يمكن ملاحظته في هذه المادة أيضاً، هو كون المشرع قد تحدث عن حكم الهدايا التي يقدمها الخاطب لخطيبته في حالة العدول، وأغفل الحديث عن حكم الهدايا التي تقدمها المخطوبة لخطيبها في حالة عدول أحد الطرفين.

في حالة العدول منها وكانت قد أهدت إلى خطيبها بعض الهدايا فما مصير هذه الهدايا؟

وبالرجوع إلى نص المادة 5 فقرة 4 نجد أنها تنص على أنه: " وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته ". فسكوت المشرع عن حكم استرداد المخطوبة للهدايا المقدمة للخاطب في حالة عدولها عنه، جعل النص يشوبه الغموض. والأصل أن تقاس هذه على الأخرى في الحكم القانوني للاشتراك في العلة وهي أن الإهداء كان لغاية وهي الزواج، فيكون الحكم بأن لا تسترد شيئاً مما أهدته له إن كان العدول منها".¹

وبخصوص هذه المسألة حكمت المحكمة العليا بأنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه.² وأنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها.³

ثانياً - حكم الصداق:

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة ولا ضمناً لمسألة تقديم الصداق من الخاطب إلى مخطوبته أو أوليائها أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحدهما. ذلك أنّ الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح، ومعلوم أن عادات المجتمع الجزائري متعارف عليها أنّ المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة.⁴ وعلى أنه يثبت كما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة بالدخول أو بوفاة الزوج بعد إتمام عقد الزوج.⁵

وتنفيذاً للمادة 222 من نفس القانون والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، فقد أجمع الفقه الإسلامي على أنه يجب على المخطوبة رد المهر بأكمله سواء أكان العدول منه أو منها، ومهما كان المتسبب فيه، لأن المهر حكم من أحكام عقد الزواج أو أثر من آثاره، ولا دخل للخطبة فيه.

¹ - كاملي مراد، مذكرة بعنوان الوجيز في قانون الأسرة، لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص 12.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 219313، بتاريخ 16/03/1999، المجلة القضائية للمحكمة العليا، الجزائر، 2001، عدد خاص، ص 39. أشار إليه العربي شحط عبد القادر، وقدرور إبراهيم عمار المهاجي، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، ب.ط، ب.د.ن، ب.ب.ن، 2006، ص 11.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف 38341، بتاريخ 02/12/1985، النشرة القضائية، عدد 04، ص 190. أشار إليه بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا-دراسة مقارنة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 04، جانفي 2012، ص 180.

⁵ - نصت المادة 16 من قانون الأسرة المذكور سلفاً على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

وعليه ما دام أنّ الزواج لم يتم فعلاً، فلا حق للمخطوبة في الاحتفاظ بالصدّاق، تطبيقاً لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها، حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول..."¹

ثالثاً - حكم الضرر المترتب عن العدول:

نصت المادة 5 فقرة 2 قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

الملاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري رتب الحق في طلب التعويض عن الضرر بمجرد العدول، الذي هو حق قانوني منصوص عليه في الفقرة 1 من هذا النص. بخلاف بعض التشريعات العربية التي تم التطرق إليها سلفاً، حيث بينت وبوضوح أنّ المطالبة بالتعويض عن الأضرار حال العدول عن الخطبة يكون نتيجة خطأ وقع من عدل في حق الآخر، بأفعال وأقوال مستقلة تماماً عن العدول عن الخطبة؛ لأن الجواز ينافي الضمان أي التعويض.

وسواء كان هذا الضرر مادي أو معنوي، وهو ما انتهى إليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من القانون المدني بالنص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"².

وبالتالي فالقانون جعل التعويض مقابل الضرر المادي والمعنوي معاً، وترك تقدير الضرر وما يترتب عليه للقاضي. حيث أصدرت المحكمة العليا قراراً جاء فيه: "...ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون"³.

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا برفض طلب التعويض المقدم من الطاعنة التي عدلت عن الخطبة بناء على إرادتها، وكان عدولها وفق تفسير المحكمة بدون مبرر شرعي أو قانوني.⁴

ومن المعروف أن القضاء الجزائري حكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية عن العمل الضار الذي يصاحب العدول عن الخطبة، وهذا بتاريخ 03 نوفمبر 1966، أي قبل صدور القانون المدني وقانون الأسرة. وهذا الحكم صادر عن مجلس قضاء مستغانم.⁵

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 92714 بتاريخ 13/07/1993، المجلة القضائية، عدد 01، 1995، ص 128. أشار إليه محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009، ص 309.

² - المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري 58-75 والمضافة بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم: 44، بتاريخ 26 جوان 2005، ص 17.

³ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 56097، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991، ص 102. أشار إليه عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 47.

⁴ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 109.

⁵ - بن زيطة عبد الهادي، نفس المرجع، ص 107 و108.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجباً وإنما جعله جائزاً، لأنه من غير المعقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر. حيث نص في المادة 5 فقرة 2 قانون الأسرة على أنه: "...جواز الحكم له بالتعويض". وعليه لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة أو تصرف أجازته القانون والشرع، وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من أضرار مادية أو معنوية.

الخاتمة :

توصلنا في ختام هذا البحث إلى أن :

- الراجح في الفقه الإسلامي أن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ولأن عقد الزواج يقوم على الرضا، فلا يمكن إجبار الخاطب أو المخطوبة عليه.

وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أن الخطبة وعد بالزواج وبإمكان كل طرف العدول عنها.
- اتفاق الفقهاء على أن المهر لا يجب إلا بالعقد، وبالتالي من حق الخاطب استرداده دون النظر عمّن كان العدول عن الخطبة من جهته.

في حين أن المشرع الجزائري لم يتعرّض لمسألة المهر بخلاف بعض التشريعات العربية كالمشرع السوري والكويتي والإماراتي والقانون المغربي وغيرهم. وكان من المستحسن أن يتعرض المشرع الجزائري لهذا الموضوع، لأنه أصبح محل نزاع ومطروح بكثرة أمام الجهات القضائية. لأن دفع المهر كله أو بعضه لم يعد محصوراً على مجلس العقد وإنما حتى أثناء الخطبة. ويجب تنظيمه بنص قانوني يضع حلاً للنزاعات القائمة بين أفراد المجتمع.

- تباين أقوال الفقهاء بالنسبة لمسألة أثر العدول عن الخطبة على الهدايا، ولعل قول المذهب المالكي هو الراجح في نظر الكثير من الفقهاء المعاصرين، باعتباره فرق بين حالة العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، وهذا ما يحقق العدالة في اقتسام الأضرار الناشئة عن العدول بين الطرفين.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حينما تعرض لحكم الهدايا المقدمة من الخاطبين وحال العدول عن الخطبة. لكن ما يعاب على المشرع أنه لم يوضح أمر الهدايا المقدمة للخاطب من قبل المخطوبة وحكم استردادها إن هي عدلت، وكان عليه أن يسوي بين الطرفين. كما أن المشرع لم يتحدث عن المتسبب في العدول، وقد يدفع أحد الخاطبين الطرف الآخر على العدول عن الخطبة فيحرمه من استرداد هداياه.

تأسيا بالقانون الإماراتي الذي أشار إلى هذا باستعماله لعبارة " ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل ".

- وأما مسألة التعويض عن الأضرار، وإن كان الفقه القديم لم يتعرض لها، إلا أن الفقه المعاصر تباينت آراؤه بين مجيز للتعويض ورافض له. لكن استناداً لمبادئ العدالة والإنصاف والقواعد الفقهية بأنه " لا ضرر ولا ضرار " و" الضرر يزال "، تم ترجيح الرأي القائل بالتعويض.

وهو ما جعل المشرع الجزائري يأخذ به ويكرس مبدأ الحق في طلب التعويض وترك المسألة تقديرية للقاضي. وكان على المشرع أن يخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر ليقوم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق.

وفي الأخير على المشرع إعادة صياغة النصوص القانونية المنظمة لموضوع الخطبة بنصوص واضحة ومفصلة والاهتداء بآراء الفقه الإسلامي وبيعض التشريعات العربية، حتى يسهل على الأفراد معرفة الأحكام، وإيجاد حلول موحدة لإشكالات الخطبة وأثر العدول عنها، وهذا من أجل استقرار العمل القضائي وعدم التضارب في أحكامه القضائية.

- ✓ قائمة المصادر والمراجع :
- أولاً - القرآن الكريم وعلومه :
- القرآن الكريم.
- إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، م8، دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1999.
- ثانياً - المراجع العامة :
- 1 - الحديث الشريف وعلومه :
- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، م1، ج1، لبنان، دار طوق النجاة، ب.ط، ب.ت.ن.
- 2 - مصادر الفقه الإسلامي :
- ابن حزم، المحلى، ج8، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2003.
- ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج3، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2005.
- محمد أمين بن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2008.
- يحيى بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين، ج5، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991.
- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، ج6، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983.
- محمد بن أحمد الحطّال، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1984.
- أحمد بن إدريس القرافي، الفروق و أنوار البروق في أنوار الفروق، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.
- قاسم بن الشاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، ج3، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2003.
- السيد سابق، فقه السنة، ج2، دار مصر للطباعة، القاهرة، مصر، 1946.
- جلال الدين السيوطي، الحاوي للفتاوى، ج1، دار الكتب المصرية، مصر، 1982.
- العبدري محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 1 - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 1 - ابن المفلح إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- أبو عبد الله محمد بن محمد الخطّاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1984.
- 3 - كتب الفقه القانوني :
- محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين - دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ب.ط، 2013.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2007.
- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 1995.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، ط4، 2013.
- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3، 1948.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مصر، دار الفكر العربي، ط3، 1957.
- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مصر، القاهرة، دار الفكر العربي، ط2، 1971.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، لبنان، بيروت، الدار الجامعية، ط4، 1983.
- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مصر، مطبعة دار التأليف، ط2، 1961.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985.
- وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي وأدلته، ج3، سوريا، دمشق، دار الفكر، ط2، 2006.
- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، الأردن، عمان، دار الفكر، ط3، 2010.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.
- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط3، 2010.
- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره، والفرقة وآثارها، وحقوق الأقارب، جامعة السليمانية، العراق، 2004.
- محمد فهد شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي، ج1، دمشق، 1972.
- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2010.
- عمر سليمان الشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1997.
- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج وآثاره، ج1، جامعة دمشق، ط2، 2006.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام: العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون)، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1953.
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، بيروت، دار الوراق للنشر والتوزيع، ط9، 2001.
- حسين بن الشيخ آملوي، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011.
- العربي شحط عبد القادر، وقدور إبراهيم عمار المهاجي، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، ب.ط، ب.دن، ب.ب.ن، 2006.
- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره، والفرقة وآثارها، وحقوق الأقارب، جامعة السليمانية، العراق، 2004.

رابعاً - المراجع الخاصة :

- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، مصر، دار النهضة العربية، ط1، 2002.
- عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، الأردن، مكتبة المنار، ط1، 1985.

خامساً - النصوص القانونية :

- ظهير شريف رقم: 22-04-1 صادر في 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية رقم: 5184 بتاريخ، 05 فبراير 2004.
- قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07. المعدل بالقرار الوزاري رقم 2437 بتاريخ 2007/06/07، النافذ بتاريخ 5 أبريل 2009.
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بالأمر المؤرخ في 13/08/1956 والمنقحة بالقانون عدد 32 المؤرخ في 14 ماي 2007. الرائد الرسمي التونسي عدد 42 الصادر في 15 ماي 2007.
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي عدد 28 لسنة 2005، المؤرخ في 19 نوفمبر 2005، الجريدة الرسمية عدد 439، بتاريخ 30 نوفمبر 2005.
- ¹ - وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2008، فبراير 2001، ط1، ص 13. الجريدة الرسمية - الكويت اليوم، العدد 852، السنة 54.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: 61 لسنة 1976 المعدل بالقانون رقم: 36 لسنة 2010، الجريدة الرسمية رقم: 5061 بتاريخ 2010/10/17.
- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15 في 27 فبراير 2005.
- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 2005/06/20. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44 في 26 جوان 2005.
- ظهير شريف رقم : 190-57-1 المؤرخ في 19 أوت 1957 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 2341 بتاريخ 06 سبتمبر 1957.
- القانون رقم : 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم: 44، بتاريخ 26 جوان 2005.

سادساً - الأحكام والقرارات القضائية

- قرار المحكمة العليا بالجزائر، ملف رقم: 81129 بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية، العدد 03، 1994.
- قرار المحكمة العليا بالجزائر، ملف رقم: 81129، صادر بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

سابعاً - المذكرات والرسائل العلمية

- مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010.

- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009.
- فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، السنة الجامعية 2009-2010.
- بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محمد أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013.
- خارق محمد، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013-2014.
- ثامناً - المواقع الالكترونية :
- أحمد الحجبي الكردي، «التكييف الفقهي للخطبة وحكم العدول عنها وأثرها في المهر والهدايا والتعويض عن الأضرار» :

<http://www.islamic-fatwa.com> 26/07/2016. 19h 42:

تاسعاً - المقالات :

- أسامة محمد منصور الحموي، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011.
- بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 3، 2007.
- حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا، دراسة مقارنة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 04، جانفي 2012.
- سعيد بويزري، قانون الأسرة الجزائري ما له وما عليه، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، مؤسسة ابن خلدون للدراسات والبحوث، الجزائر، العدد 05، 2000.
- عبد الله بن محمد، الوعد والمواعدة في التبرعات والمعاضات، مجلة الإسلام في آسيا، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد 7، العدد 1، جويلية 2010.

عاشراً - المحاضرات

- كاملي مراد، مذكرة بعنوان الوجيز في قانون الأسرة، لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010.

نازلة التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي



دراسة من إعداد: الدكتور شكري الدربالي
حاصل على الدكتوراه في العلوم الإسلامية
جامعة الزيتونة - الجمهورية التونسية

المقدمة :

إن الناظر للوقائع والمستجدات يجد أنها غير متناهية، وبالمقابل فإن النصوص الشرعية متناهية، لذا وجب على العلماء النظر في كل ما استجد من حوادث ونوازل، لبيان حكم الشرع فيها، وإرجاعها إلى أصولها، فكل نازلة لها حكم، وكل حادثة لها نص كلي أو تفصيلي ترجع إليه، وقد طرأت حوادث بعد انقطاع الوحي بوفاة النبي صلى الله عليه وسلم، لا نجد لها حلولاً تفصيلية، إلا أن الأصول الكلية والنصوص العامة استوعبتها وجعلتها تحت الإطار العام للتشريع¹، وقد أشار السرخسي إلى ذلك من خلال قوله: " ما من حادثة إلا وفيها حكم الله تعالى من تحليل أو تحريم أو إيجاب أو إسقاط، ومعلوم أن كل حادثة لا يوجد فيها نص، فالنصوص معدودة متناهية، ولا نهاية لما يقع من الحوادث إلى قيام الساعة، وفي تسميته حادثة إشارة إلى أنه لا نص فيها، وكذلك الصحابة ما اشتغلوا باعتماد نص في كل حادثة، فعرفنا أنه لا يوجد نص في كل حادثة"²، لذا وجب على أهل العلم النظر في الأحداث المستجدة وإكساء

¹ (الكندي) عبد الرزاق بن عبد الله بن غالب: المفطرات الطبية، دراسة فقهية طبية مقارنة: ص 7.

² (السرخسي) شمس الدين، أصول السرخسي، حقق أصوله أبو الوفاء الأفغاني، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية، الهند، ج 2، ص 139.

النوازل¹ بأحكام شرعية، وإعطاء الحكم الشرعي لكل جديد يظهر، أو يُكتشف بفعل التطورات سواء كانت في المجال العلمي، أو الاقتصادي أو الاجتماعي...

ومن بين المسائل المستحدثة التي تصنّف كنازلة نجد التلقيح الصناعي الذي هو أسلوب يتمّ بموجبه تلقيح البويضة بحيوان منوي بغير الاتصال الجنسي الطبيعي²، وقد عرف الإنسان الإخصاب في مجال النبات، ومجال الحيوان منذ أمد، وبعدها تطوّر الأمر ليتمّ إجرائه على الإنسان. فقد تمّ التوصل إلى تحقيق إنجاز علمي نوعي من طرف الدكتور " ادوارد" والدكتور " باتريك استبتو" حين نجحوا في تلقيح بويضة " ليزلي براون " بنطف زوجها "جون براون" سنة 1977، وتمّت ولادة أوّل طفلة أنبوب " لويزا براون" سنة 1978 ببريطانيا³، وقد انتشرت تقنية التلقيح الصناعي في معظم الدّول العربيّة، كما انتشرت العيادات المختصّة في معالجة العقم بالطرق المعاصرة، هذه التطوّرات العلميّة المتعلقة بتقنية التلقيح الصناعي بقدر ما استفادت منها البشريّة، بقدر ما كانت مصدرا للعديد من الإشكاليات الفقهية والقانونية، فما هو الحكم الشرعي للتلقيح الصناعي، وموقف القانون التونسي من هذه التقنية؟

ينقسم التلقيح الصناعي إلى نوعين وهما:

- التلقيح الصناعي الداخلي.
- التلقيح الصناعي الخارجي.

لذا وجب التعرّض إلى كليهما لبيان صورهما، وبيان مشروعية كلّ منهما، وذلك على مستوى الفقه الإسلامي والقانون التونسي.

المبحث الأوّل: التلقيح الصناعي الداخلي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي:

المطلب الأوّل: مفهوم التلقيح الصناعي الداخلي ومراحل حدوثه:

التلقيح الصناعي الداخلي هو الذي يتمّ فيه تلقيح البويضة داخل جهاز المرأة التناسلي. فتؤخذ الحيوانات المنويّة من الرّجل وتُحقن في محلّها المناسب داخل المهبل⁴. وتعدّ هذه الطريقة من أقدم الطرق التي عرفها الطب، فهي شبيهة بعملية الإخصاب الطبيعي، فتدخل الطبيب فيها محدود ولا يتجاوز إدخال السائل المنوي في رحم الزّوجة⁵.

ويشكّل التلقيح الصناعي الداخلي وسيلة واسعة الانتشار اليوم في أوروبا، والولايات المتحدة الأمريكية، والبلدان العربيّة الإسلاميّة.

¹ عرّفت النوازل بأنّها " مسألة مستجدّة وقعت بين النّاس، وليس فيها قول خاص على أهل المذهب، فيعمد الفقيه إلى استنباط حكمها من الأدلة الشرعيّة". أنظر مجموعة رسائل ابن عابدين لمحمّد أمين بن عابدين، مؤسّسة الرسالة، عالم الكتب، بيروت، ج1، ص 17.

² (طه) محمود أحمد: الإنجاب بين التحريم والمشروعية، منشأة للمعارف، مصر 2003 م، ص 89-90.

³ (صالح) خالد محمد: أحكام الحمل في الشريعة الإسلاميّة، دراسة مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص405.

⁴ (صالح) خالد محمد: (صالح) خالد محمد: أحكام الحمل في الشريعة الإسلاميّة، دراسة مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص 407.

⁵ (الجيلاني) بغدالي: الوسائل العلميّة الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر1، كليّة الحقوق بن عكنون، 2013-2014 م، ص 20.

ويتمّ اللّجوء إلى هذا النوع من التّلقيح إذا كانت الحيوانات المنويّة غير نشيطة نشاطاً فعّالاً، بحيث تكون حركة الحيوان المنوي ضعيفة، أو تكون غير كافية للتّلقيح الطّبيعي.

وتكمن أهميّة التّلقيح الصّناعي الدّاخلي في الحفاظ على الحيوانات المنويّة الأكثر نشاطاً والمختارة بدقّة، لأنّها تزرع في مكان آمن، على عكس التّلقيح الطّبيعي الذي تجذ فيه الحيوانات المنويّة صعوبات تؤدّي إلى هلاك أغلبها أثناء رحلة الوصول إلى البويضة¹.

وتتم عمليّة التّلقيح الصّناعي الدّاخلي وفق المراحل التّالية :

- المرحلة الأولى : يتمّ فيها أخذ السائل المنوي من الرّجل، ويتمّ وضعه في طبق بلاستيكي أو زجاجي معقم .
- المرحلة الثّانية : يترك السائل المنوي لمدة نصف ساعة، لتتحوّل المادّة المنويّة اللزجة الموجودة في المني إلى مادّة سائلة، حيث يتمّ فحصها وعزل الحيامن المنويّة منها.
- المرحلة الثّالثة : بعد عزل الحيامن المنويّة يتمّ تنشيطها وتقويتها بوضعها في محلول مغدّ يحتوي على مواد قلويّة، ومغذيّة، ومنشطة.
- المرحلة الرّابعة : يتمّ عزل الحيامن ذات النشاط الحركي العالي لزرعها داخل الرحم بواسطة ناقل خاص.
- المرحلة الخامسة : بعد التّأكد من إتمام عمليّة الإباضة، يقوم الطّبيب بإعادة زرع هذه الحيامن إلى داخل جسم المرأة، وتوضع في المكان المناسب.

وقد تطرّق الفقهاء القدامى إلى مسألة مشابهة لعمليّة التّلقيح الصّناعي الدّاخلي وهي الإستدخال فـ " إذا عالج الرّجل جاريته فيما دون الفرج، فأنزل، فأخذت الجارية ماءه في شيء، فاستدخلته فرجها في حدثان، فعلمت الجارية وولدت، فالولد ولده، والجارية أم ولد له"². لكن رغم هذا التشابه فإنّ هناك اختلاف على مستوى الوسائل المتّبعة لإجراء هذه العمليّة التي هي عند الأطباء أكثر دقّة وفاعليّة ونجاعة.

المطلب الثّاني : أحكام التّلقيح الصّناعي الدّاخلي في الفقه الإسلامي والقانون التّونسي :

ينقسم التّلقيح الصّناعي الدّاخلي إلى ثلاث صور، وجب التطرّق إليها وبيان الحكم الشرعي وموقف القانون التّونسي منها .

الفقرة الأولى : التّلقيح بنطف الرّوج أثناء حياته مع قيام الرّوجيّة :

قد يعجز بعض الأزواج على الإنجاب بالصّورة الطّبيعيّة لحصول سبب من الأسباب المذكورة، فيتمّ تخصيب بويضة الرّوجة بمقن نطف زوجها داخل رحمها، وقد اختلفت آراء الفقهاء في حكم هذه الصّورة من صور التّلقيح الصّناعي الدّاخلي، بحيث يمكن رصد رأيين اثنين :

¹(طه) محمود أحمد: الإنجاب بين التحريم والمشروعية، ص 92 .

² ابن عابدين: حاشية: حاشية رج المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ، ج 3، ص 528.

– الرأى الأول : وهو رأى أغلب الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز هذا النوع من التلقيح على اعتبار أنه يتم بين زوجين وفي قائم حياتهما، وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامى ذلك فى دورتيه السابعة والثامنة لسنتى 1404 هـ 1984 م، 1405 هـ 1985 م.¹

وعلى هذا أفتى كبار العلماء إذا دعت الحاجة إلى ذلك²، وباعتبار جواز هذه الصورة فإنه يثبت بها نسب الحمل، والحكم هنا هو حكم الحمل الحاصل بطريق الإخصاب الطبيعى الشرعى.

– الرأى الثانى : وهو اتجه أقلية من الفقهاء المعاصرين الذين قالوا بعدم جواز التلقيح الصناعى الداخلى، وإن كان الحمل بماء الزوج وبويضة الزوجة، ومن بين هؤلاء نذكر محمد ناصر الدين الألبانى الذى لم يجره إلا فى حالة واحدة وهى نادرة الوقوع، وهى حالة ما إذا كان الزوج هو الطبيب الذى سيجرى عملية التلقيح، أما صورة تدخل رجل غريب للقيام بذلك، فإن فيه تكشف عن العورة وهذا حرام، والأخطر من ذلك أن يقع التلاعب فيبدل منى بمنى³.

كما استند أصحاب هذا الرأى على قول الله تعالى : (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)⁴، فجعل الله الناس أربعة أقسام، منهم من يعطيه البنات، ومنهم من يعطيه البنين، ومنهم من يعطيه من النوعين ذكورا وإناثا، ومنهم من يمنعه، فيجعله عقيما لا نسل له ولا ولد⁵.

بالنظر إلى هذين الرأين، فإن الرأى الذى أرجح، هو الذى يبيح استعمال هذا الأسلوب للتخلص من حالات العقم والضعف الذى يمنع الحمل، والتمتع بنعمة الولد.

فيما يتعلق بالقانون التونسى فقد نصّ الفصل الرابع من القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ فى 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابى على أنه " لا يمكن اللجوء إلى الطب الإنجابى إلا بالنسبة إلى شخصين متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط". وبناء على هذا الفصل، فإن القانون التونسى يوجب توفر الزوجية لحصول هذه العملية، وغاية المشرع واضحة من وراء ذلك وهى المحافظة على شرعية النسب الذى لا يثبت إلا بمقتضى علاقة زواج، فالزواج هو الرابطة الشرعى والقانونى الذى يحول الاستفادة من عملية التلقيح الصناعى، والحمل الذى يكون بهذه الطريقة ووفق الشرط المنصوص عليه، يثبت نسبه.

الفقرة الثانية : التلقيح بنطف الزوج بعد انفصام عقد الزوجية :

قد تنفصم الحياة الزوجية بسبب الوفاة أو الطلاق، وقد تعتمد الزوجة التلقيح بماء زوجها رغم حصول الفرقة بينهما.

¹قرارات المجمع الفقهي الإسلامى: مجلة مجمع الفقه الإسلامى، الدورة الثانية 1405 هـ 1985 م، ج 1، ص 328.

²(الزرقا) مصطفى: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، سوريا، ط 2، 1422 هـ 2001 م، ص 282.

³(الألبانى) محمد ناصر الدين: الحاوى من فتاوى الشيخ الألبانى، إعداد أبو همام المصرى، العلمية، بها (د.ت)، ج 2، ص 14.

⁴الشورى: 49-50.

⁵(الصابونى) محمد على: مختصر تفسير ابن كثير، دار الجيل (د.ت)، ص 352.

الفرع الأول: التلقيح بنطف الزوج بعد وفاته:

توصل العلم إلى إمكانية تجميد الحيوانات المنوية في قوائم حياة الزوج، وإيداعها ببنك المني، وهو مختبر ذو خصائص فيزيائية وكيميائية مناسبة تحفظ فيها الحيوانات المنوية لفترة حسب الطلب، ويتم ذلك بتبريدها وتجميدها في مادة "النيتروجين" السائل¹، وتستخدم بعد وفاة الزوج ولو بعد سنوات، فتُحقن به أرملة وتحمّل من زوجها المتوفى عنها، فما حكم ذلك؟

أجابت لجنة الإفتاء الكويتية بعدم جوازه لانقطاع الزوجية بالموت²، وبناء على ذلك لا يمكن للزوجة المتوفى عنها زوجها اللجوء إلى منية المخزن ببنك الأجنة، واستعماله لتلقيحها.

لكن القليل من العلماء قالوا بجواز الإخصاب بين الزوجين في فترة العدة³، ودليلهم في ذلك أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة ثبت النسب، ذلك أن الزواج قائم بقيام العدة، والنسب ثابت.

هذا الرأي مردود، باعتبار أن العدة فرضت عند وفاة الزوج إظهارا للحزن والأسى على فقده، والتأكد من براءة الرحم، وإثباتا للنسب حال كون المرأة حاملا. كما أن المعتدة لا تنكشف على الرجال الأجانب عنها، وفي التلقيح كشف لعورتها أمام أجنبي وهذا غير جائز.

فيما يتعلق بالقانون التونسي، فقد اشترط الفصل الرابع من القانون المتعلق بالطب الإنجابي حياة الزوجين المعنيين بعملية التلقيح الصناعي. وهو ما يفيد انعدام إمكانية التلقيح بعد وفاة الزوج، وقد أكد الفصل الخامس من القانون المذكور على ذلك من خلال التنصيص على أنه "لا يمكن تلقيح ولا زرع الأجنة في إطار الطب الإنجابي، إلا بحضور الشخصي للزوجين المعنيين وبعد الحصول على موافقتهم الكتابية". وعملية الحضور الشخصي والتعبير الكتابي للزوجين لا يمكن حصولهما بوفاة الزوج.

الفرع الثاني: التلقيح بنطف الزوج بعد الطلاق:

اتفق العلماء، على أن الإخصاب لا يتم إلا بين زوجين حال قيام الزوجية، ويكونا على قيد الحياة، أما في حال الطلاق، فإن الحكم يختلف بحسب اختلاف نوع الطلاق، فإن كان الطلاق بائنا، فإن التلقيح غير جائز، فمن طلق زوجته طلاقا بائنا يكون الزواج قد حل وأصبحت زوجته أجنبية عليه، فلا يجوز تلقيحها بماء زوجها الذي طلقها.

أما إذا كان الطلاق رجعي، ولم تنته العدة فإن الإخصاب جائز لقيام الزوجية، لكن على شرط موافقة الزوج، فموافقته قرينة على رجعيته لزوجته لأن "الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه، ويملك إمساكها بالرجعية بغير رضاها، ولا ولي، ولا شهود، ولا صداق جديد"⁴.

أما إذا انتهت العدة، فلا يجوز تلقيح الزوجة بماء زوجها، فقد أصبح أجنبيا عنها.

¹(مرحبا) إسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ص 364.

²م.ن، ص 418.

³(الصفدي) لبنة محمد جبر شعبان: الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، مذكرة للحصول على درجة الماجستير الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون، 1428 هـ 2007 م، ص 79.

⁴(ابن قدامة) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد: المغني، ج 9، ص 194.

يتضح مما تقدم، أن الطلاق البائن والطلاق الرجعي في حال انتهاء العدة، يجرّم الاستمتاع بالملقّة والخلوة بها. وعليه فلا يجوز إجراء عمليّة التلقيح الصناعي لأنهما أصبحا أجنبيان عن بعضهما.

فيما يتعلّق بالقانون التونسي، فقد نصّ صلب الفصل الرابع على الزوجية كشرط أساسي لحدوث التلقيح الصناعي، وقيام أثره المتمثّل في ثبوت. أمّا في صورة الطلاق، فلا مجال للقيام بهذه العمليّة لانقطاع الرابطة الزوجية، فقد نصّ الفصل 29 م.أش على أن " الطلاق هو حلّ عقدة الزواج". والطلاق الذي به تنحلّ به العلاقة الزوجية، هو الطلاق البات الذي لا يقبل أيّ وجه من وجوه الطعن، أمّا في صورة ما إذا لم يكن الطلاق باتاً، فإنّ الزوجية تظلّ باقية، وهذا ما أكّده القرار الإستئنائي الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة الذي ورد فيه أنّه " ما لم يصدر حكم بات في الموضوع، فإنّ الزوجة مازالت في عصمة زوجها..."¹، وعليه إذا حصل تلقيح صناعي في هذه الفترة بتوفّر موافقة الزوج، فإنه جائز قانوناً ويثبت به نسب الحمل المولود.

الفقرة الثالثة : تلقيح المرأة بماء رجل أجنبي عنها :

وهو أن تؤخذ نطفة من رجل وتُحقن في الموضع المناسب لامرأة لا تربطهما علاقة زواج. هذا الأسلوب محرّم في الإسلام ولا مجال لإباحته لأنّ البذرتين الذكريّة والأنثوية ليستا من زوجين²، ويعتبر كالزنا فهو محرّم، لكن لا حدّ عليه لعدم توفّر ركنه المتمثّل في التقاء الختانين، ومواراة الحشفة، وهو الأمر الذي به يتحقّق الإيلاج والوطء، ويترتّب على هذه الصّورة عدم إلحاق الحمل بنسب أبيه صاحب الماء.

القانون التونسي أخذ بنفس هذا الحكم، فقد منع تلقيح المرأة بماء أجنبي عنها، طبق منطوق الفصل الرابع من القانون المتعلّق بالطب الإنجابي الذي يشترط توفّر شرط الزوجية، وعليه في حال انعدام هذا الشرط وحصل حمل، فإنّ هذا الأخير مقطوع النسب من جهة والده

خلاصة القول فيما يتعلّق بالتلقيح الصناعي الداخلي، أنّ الصورة الأولى جائزة شرعاً ويحصل بها ميراث المولود لقيام الرابطة الزوجية، أمّا الصّورة الثانية، فإنّ الحالة الجائزة والتي بموجبها يحدث ميراث هي حالة المطلقة رجعيًا قبل فوات أجل العدة بموافقة الزوج، لأنّ هذه الموافقة قرينة على رجعيته لزوجته، أمّا الصّورة الثالثة، فهي غير جائزة شرعاً.

هذه الحالات الثلاث تعامل معها القانون التونسي وأصدرها في حقها أحكاماً تتماهى مع ما أقرّه علماء الشريعة الإسلامية.

¹ قرار استئنائي مدني - سوسة - عدد 10197 بتاريخ 26 ماي 1983 ق. ت 1984/6. ص 134.

² (شلتوت) محمّد: الفتاوى، ص 328.

المبحث الثاني : التلقيح الصناعي الخارجي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي :

المطلب الأول : مفهوم التلقيح الصناعي الخارجي ومراحل حدوثه :

التلقيح الصناعي الخارجي وقع اكتشافه من قبل العلماء في الربع الأخير من القرن العشرين¹، وهو تلقيح نطفة الرجل ببويضة المرأة في أنبوب اختبار، ثم تُزرع البويضة المخصبة في رحم المرأة صاحبة البويضة، أو في رحم امرأة أخرى، وهو ما يسمى بأطفال الأنابيب². ويسمى هذا الأسلوب بهذا الاسم لأن التلقيح بين النطفة والبويضة يتم داخل أنبوب اختبار³. ويتم اللجوء إلى هذه العملية في حال عدم نجاح التلقيح الصناعي الداخلي، وذلك في حال انسداد قناة فالوب عند المرأة، أو كان بها مرض في الحوض، أو التصاقات تمنع وصول البويضة إلى قناة فالوب والرحم، أو إذا كان عدد النطف في مبي الرجل أو نوعيتها غير مناسبة⁴.

وتتم هذه العملية وفق مراحل هي التالية :

- أولا : يتم تحفيز مبيض المرأة عن طريق إعطائها الأدوية المحرّضة للتبييض، للحصول على أكبر عدد من المبيضات⁵.
- ثانيا : يتم أخذ السائل المنوي من الذكر.
- ثالثا : يوضع السائل المنوي في طبق بلاستيكي أو زجاجي معقم، ثم يترك لمدة نصف ساعة.
- رابعا : يتم عزل وأخذ الحيامن المنوية من السائل المنوي وتنشيطها بوضعها في محلول يحتوي على مواد مغذية ومنشطة.
- خامسا : يتم سحب اليويضات من مبيض المرأة بواسطة الوسائل والطرق الطبية الحديثة ووضعها في سائل محلول له نفس خصائص السائل الموجود في محيط البويضة داخل جسم المرأة.
- سادسا : يتم فحص البويضات المسحوبة لمعرفة البويضات الناضجة من غيرها، حيث يتم عزلها وحفظها في الحاضنة لمدة تتراوح بين ثلاث وحمس ساعات.
- سابعا : يتم تلقيح البويضات بالحيامن المنوية بإضافة ما بين خمسة آلاف ومليون حيمن منوي إلى البويضة الواحدة.
- ثامنا : بعد أربع وعشرون ساعة يتم فحص البويضة للتأكد من نجاح عملية التلقيح وتكوين الخلية الجنينية الأولية⁶.

المطلب الثاني: أحكام التلقيح الصناعي الخارجي في الفقه الإسلامي والقانون التونسي :

ينقسم التلقيح الصناعي الخارجي إلى خمس صور وجب التطرق إليها وبيان حكم كل منها من الناحية الشرعية و من ناحية القانون التونسي.

¹ (صالح) خالد محمّد: أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص 410.

² (مرحبا) إسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، ص 403.

³ (المعيزة) عيسى: الحمل، إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، ص 115.

⁴ م.ن، ص 115.

⁵ (مرحبا) إسماعيل: م.س، ص 403.

⁶ (صالح) خالد محمّد: أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص 410-411.

الفقرة الأولى : تلقيح بويضة الزوجة بنطف الزوج في أنبوب اختبار، وزرعها في رحم الزوجة نفسها :

تتمثل هذه الصورة في أخذ نطفة من الزوج، وبويضة من زوجته، فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار، وتنقل في الوقت المناسب إلى الرحم. فما حكم هذه الصورة ؟

اعتبر القرار الصادر عن اللجنة الفقهية الطبية لجمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية أنه " بالنظر في هذه القضية نجد أنها جائزة شرعا إذا كان تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في طبق أو أنبوب، ثم تعاد إلى رحم الزوجة، وذلك حال قيام الزوجية، وبرضا الزوجين. لأن من أهم مقاصد الزواج في الإسلام إنجاب الأبناء"¹.

وقد قيد هذا القرار حصول هذه العملية بجملة من الشروط هي التالية :

- قيام الزوجية بينهما وقت التلقيح.
 - أن يكون ذلك برضا الزوجين.
 - أن يضمن عدم اختلاط الأنساب، بوجود ضمانات للنقل تحقق ذلك.
 - أن تقوم بها لجنة طبية موثوقة علميا ودينيا في مركز حكومي، أو مؤسسة رسمية غير ربحية.
- وفي مقابل هذا الإقرار بشرعية هذه الصورة من صور التلقيح الصناعي الخارجي، فإن هناك قلة من الفقهاء المعاصرين قالوا بالتحريم مثل عبد العزيز بن عبد الله بن باز²، ومحمد ناصر الألباني³، الذي أجازها في حالة واحدة إذا كان الزوج هو الطبيب نفسه وهي حالة نادرة، لذا فإن رأيه يتجه نحو التحريم أكثر، وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على جملة من المستندات منها :

- أن هذا النوع فيه انتهاك للحرمة الإنسانية وحرمة الزوجين باعتبار أن العلاقة الزوجية لا بد أن تتم في إطار من السرية.
- إن الطبيب قد يخطئ في وضع البويضة مع حيوان منوي لزوج آخر، أو وضع الأجنة في رحم غير الزوجة، مما قد يدخل الشك والظن في الأنساب، وتحريمها من هذه الزاوية يكون من باب "درء المفسد مقدم على جلب المصلح"⁴.

والرأي الجدير بالترجيح هو القائل بشرعية العملية مع الأخذ بالضوابط التي أقرها العلماء.

فيما يتعلق بالقانون التونسي، فقد حدد الشروط التي بمقتضاها يقع الانتفاع بعملية الإخصاب الصناعي، وأولى هذه الشروط وجود علاقة زواج، فالزواج كرباط شرعي هو الذي يخول الاستفادة من عملية التلقيح الصناعي بالطريقة المذكورة، ولا عبرة بالفترة السابقة للزواج وهي فترة الخطوبة التي هي مجرد وعد بالزواج حسب منطوق الفصل الأول من م.أ.ش الذي نص على أن " كل من الوعد بالزواج أو الوعد به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به". التي تتحول إلى علاقة شرعية بمجرد تنفيذ الوعد بإبرام العقد.

¹ قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية: جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردن، دار البشير ط 1، 1415 هـ 1995 م ، ص 135.

² قرارات مجمع الفقه الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية العدد الثاني، 1405 هـ، ج 1 ، ص 329.

³ (الألباني) محمد ناصر الدين: الحاوي في فتاوى الشيخ الألباني، ج 2 ، ص 14 .

⁴ (سلامة) زياد احمد: أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ص 92.

الفقرة الثانية : تلقيح نطف الزوج ببويضة امرأة متبرّعة في أنبوب، ثم زرع البويضة المخصّبة في رحم الزوجة :

أجمعت الفتاوى على حرمة هذه الصورة¹، لأنّ البذرتين ليستا من زوجين، والحمل الذي يأتي بهذه الطريقة لا يرث من جهة الأب، لانعدام علاقة الزواج بينه وبين صاحبة البويضة.

وتؤدّي هذه الصورة إلى ضياع الأمومة وإشكال معرفة الأمّ، فتثار الأسئلة التالية: من هي أمّ المولود؟ هل هي المرأة التي تبرّعت بالبويضة، أم التي زرعت البويضة في رحمها وهي زوجة الرجل صاحب الماء؟

نفس هذا الحكم أقرّه القانون التونسي الذي يشترط عقد الزوجية للانتفاع بتقنية الإخصاب الصناعي تطبيقاً لمقتضيات الفصل الرابع من القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي.

الفقرة الثالثة : تلقيح بويضة الزوجة بنطف رجل متبرّع في أنبوب، ثم زرع البويضة المخصّبة في رحم الزوجة :

هذا الأسلوب منتشر في الغرب، فنطف الرجال تشتري كسلع تجارية، وخاصة نطف المشاهير المتوفرة في بنوك المني.

حكم هذه الصورة هو التّحريم، لأنّ البذرتين ليستا من زوجين، ممّا يؤدّي إلى اختلاط الأنساب، وهو شبيه بالزنا²، والحمل الحاصل بهذه الطريقة لا ينسب لوالده لانعدام علاقة النسب الشرعي بينهما، وبالتالي انعدام التوارث بينهما.

القانون التونسي بدوره منع هذه الإمكانية باعتباره يشترط علاقة الزواج للانتفاع بتقنية التلقيح الصناعي.

الفقرة الرابعة : الإخصاب بين الزوجين مع استئجار الرحم :

و صورته أن تكون البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، وبعد التخصيب في أنبوب تزرع اللقيحة المخصّبة داخل رحم امرأة غير الزوجة .

اتّجه العلماء نحو تحريم الإخصاب مع استئجار الرحم³، وذلك اعتماداً على جملة من الأدلّة منها :

▪ هذه العملية فيها إدخال ماء الرجل وبويضة زوجته داخل رحم غريب، وهذا غير جائز، وعليه فإن كان رحم الأجنبية محرّماً فإنّ منفعتة محرّمة.

▪ لا تملك المرأة حقّ تأجير رحمها، فاستئجار الرحم يدخل في باب موضوع الفروج، و الأصل في الفروج الحرمة⁴، بدليل قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)⁵.

¹- (شلتوت) محمود: الفتاوى، دارالشرق 1403هـ-1983م، ص 328.

- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، مجلّة الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، 1405 هـ، ج 1، ص 334.

²(سلامة) زياد احمد: (سلامة) زياد احمد: أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، ص 87.

³م.ن، ص 105.

⁴- (السيوطي) جلال الدين عبد الرحمان : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد ثامر وحافظ عاشور، دار السلام ط2، 1427هـ- 2006 م، ج

1، ص 169.

⁵- المؤمنون: 5-7.

■ اصطبغ الأمومة بالصبغة التجارية وتحوّل الأرحام إلى سوق تجاري للربح المادي، وفي ذلك حط من قيمة الإنسان وكرامته.

القانون التونسي بدوره أقرّ صلب الفصل 15 من القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 والمتعلّق بالطب الإنجابي بمنع هذه الصورة، فقد جاء في منطوق هذا الفصل أنّه " لا يمكن بأيّ صورة من الصور، في إطار الطب الإنجابي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل جنين"، والملاحظ أنّ هذا الفصل ورد في صيغة أمر وأسلوب صارم، وفي ذلك دلالة على المنع المطلق، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافها.

وقد ثار إشكال فقهي حول تحديد الأم والأب في هذه الصورة، فهل أنّ الأمّ الحقيقيّة هي صاحبة البويضة أم صاحبة الرّحم، وهل يعتبر زوج صاحبة الرّحم أبا للطفل، أم أنّ الأب الحقيقي هو زوج صاحبة البويضة؟

فيما يتعلّق بعلاقة الطفل بصاحبة البويضة وصاحبة الرّحم، فقد اختلف العلماء على قولين :

✓ القول الأوّل : ذهب إلى اعتبار صاحبة البويضة الأمّ الحقيقيّة للطفل، أمّا صاحبة الرّحم فهي بمثابة الأمّ بالرضاعة، وبه قال مصطفى الزرقاء¹.
وقد استدلل أصحاب هذا الرّأي بجملة من الأدلّة منها أن²:

■ البويضة بجماعتها مع الحيوان المنوي تعطي للجنين الصّفات الوراثيّة، أمّا الرّحم فيعدّ مستودعا وحاضنا لهذا الجنين بالغذاء دون إكسابه صفة وراثيّة.

■ اللّقيحة في هذه الصورة هي من ماء رجل وبويضة امرأة بينهما عقد زواج شرعي الذي يترّب آثارا منها نسب الجنين لأبويه.

■ عقد الزواج الشرعي يقصي الفرق بين أن توضع اللّقيحة في أنوب اختبار أو رحم امرأة أخرى، ذلك أنّ الرّحم يقتصر على إمداد الجنين بالغذاء ولا يؤثّر على صفات وخصائص اللّقيحة.

✓ القول الثّاني : اعتبر أنّ الأمّ الحقيقيّة للطفل هي صاحبة الرّحم، أمّا صاحبة البويضة، فوقع اعتبارها أمّا بالرضاعة، وبه قال يوسف القرضاوي، وقد خالفه بدر المتولي عبد الباسط في عدم اعتبار صاحبة البويضة أمّا بالرضاعة، وإنّما وقع اعتبار ما تقوم به لا يترتب عليه أحكام فهو من قبيل الهدر³.

وقد استدلل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلّة القرآنيّة نذكر منها :

■ قول الله تعالى : (إِنَّ أُمَّهَاتَهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَتْهُنَّ)⁴، فالأمومة لا تكون إلا لمن ولدت " إنّما أمّه التي ولدتها " ⁵.

¹ - (الزرقاء) مصطفى، فتاوى مصطفى الزرقاء، ص 505

² - (سلامة) زياد أحمد: أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة ، ص 135-136.

- (الجابري) أحمد عمرو: الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، دار الفرقان الأردن ، ط 1 – 1414 هـ - 1994 م، ص 62.

³ - (الصفدي) لبي محمد جبر شعبان: الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم ، ص 44.

⁴ - المجادلة: الآية 2.

⁵ ابن كثير: تفسير القرآن الكريم المجلد 13 ، ص 448.

▪ قول الله تعالى : (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا¹).

▪ وقوله عز وجل : (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ)².

ووجه الدلالة في هذه الآيات أن من " قاست بسببه في حال حملها، من وحم وغثيان، وثقل وكرب إلى غير ذلك مما ينال الحوامل من التعب والمشقة"³، يجعل من صاحبة الرحم الأم الحقيقية للحمل لا صاحبة البويضة.

بعد عرض الرأيين، فإنّ الرأي الذي أميل إلى ترجيحه، هو القائل بأنّ صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية، فهي التي تعطيه الصفات الوراثية، وهذا هو الأساس الذي به يثبت نسبه لأمه.

أمّا فيما يتعلق بعلاقة الطفل بزوج صاحبة البويضة وزوج صاحبة الرحم، وأيهما يعتبر أباً للمولود، فقد اختلف العلماء في ذلك وانقسمت آرائهم إلى قولين :

✓ القول الأوّل : اعتبر زوج صاحبة الرحم أباً للطفل، أمّا زوج صاحبة البويضة فلا علاقة له بالطفل.

✓ القول الثاني : اعتبر أنّ الأب الحقيقي هو زوج صاحبة البويضة، وقد قال به معظم العلماء المعاصرين من أمثال يوسف القرضاوي⁴، وهو ما أقرّه المجمع الفقهي⁵.

وقد استدلل أصحاب هذا القول بأنّ اللقيحة كانت من ماء وبويضة زوجين تربطهما علاقة زواج شرعي، فينسب الجنين إليهما، وعلى الرغم من حرمة هذا الإخصاب إلا أنّ ذلك لا يؤثر على النسب، ذلك أنّ التّحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين، وإنّما عن طريق تغذيته التي نتج عنها نماءه وتكامله⁶.

بالنظر إلى الاختلاف الحاصل في هذه المسألة، فإنّي أرجح الرأي الذي ذهب إلى اعتبار أنّ زوج صاحبة البويضة هو الأب الحقيقي، باعتبار أنّ الحمل من صلبه، فلا معنى أن يكون زوج صاحبة الرحم هو أب المولود، فعملية الإخصاب حاصله بماء الزوج وبويضة زوجته خارج الجسم، وإيداع اللقيحة المخصّبة في الرحم المستأجر وإن كان ذلك محرّماً، فإنّه لا يعني نفي النسب بين الحمل وصاحب الماء الذي به لقحت بويضة الزوجة، فالحرمة لم تدخل في أصل تكوين الجنين، وإنّما جاءت بعد تدخل طرف آخر وهو رحم المتبرّعة.

رأينا أنّ هذه الصورة تتم بزرع البويضة المخصّبة من ماء وبويضة زوجين في رحم امرأة، لكن ماهو حكم زرع البويضة الملقحة في رحم زوجة أخرى للزوج ؟

لقد أجاز المجمع الفقهي هذه الصورة في دورته السابعة، إلاّ أنّه بعد مناقشة المسألة من جديد في الدورة الثامنة قرّر إلغاء الجواز وذلك لأنّ الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة

¹- الأحقاف : 15.

²- لقمان : 14.

³- ابن كثير: تفسير القرآن الكريم المجلد 13 ، ص 14.

⁴- قضايا عملية تنتظر أحكامها الشرعية : يوسف القرضاوي www.qaradaui.net

⁵- (البار) محمد علي : التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب ، بحث مقدّم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة لعام 1404 هـ- 1984 م ، مجلة مجمع الفقه

الإسلامي ، المجلد 1 العدد 2 ، ص 284

⁶- (الصفدي) لبنة محمد جبر شعبان: الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص 52.

من ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقه أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة الزوج، ويوجب ذلك اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، ومن أجل ذلك عدل المجمع عن الحكم بالجواز في الحالة المذكورة¹.

فيما يتعلق بالقانون التونسي فلا يمكن افتراض مسألة زرع البويضة الملقحة في رحم زوجة أخرى للزوج باعتبار أن القانون التونسي يمنع تعدد الزوجات، فقد نص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية على أن "تعدد الزوجة ممنوع"، بل أكثر من ذلك فقد سلط عقوبة سجنية وخطية مالية لمن يتزوج بثانية دون فك عصمة الزوج السابق، فقد ورد في منطوق الفقرة الثانية للفصل 18 المذكور أن "كل من تزوج وهو حالة الزوجية، وقبل فك عصمة الزوج السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين..."

الفقرة الخامسة: التلقيح بنطف الزوج بعد انفصام عقد الزوجية:

أجمع الفقهاء على تحريم هذه الصورة في حال الوفاة، أما في صورة الطلاق، فإن الصورة تأخذ نفس حكم الصورة الثانية من التلقيح الصناعي الداخلي، فإن كان الطلاق بائنا، فالتلقيح محرّم وغير جائز، لأن الزوجية حلت، وأصبح الزوجين في حلّ من كل رباط شرعي يجمع بينهما، أما إذا كان الطلاق رجعيا والعدّة لم تنته، فالإخصاب هنا جائز لقيام الزوجية بشرط موافقة الزوج، هذه الموافقة دليل على الرجعة، ويترتب على ذلك جميع الآثار من حيث النسب والميراث، كالطفل المولود بالطريق الطبيعي. أما إذا انتهت العدّة، فالإخصاب يصبح غير جائز والحمل يعد غير شرعي.

فيما يتعلق بالقانون التونسي، فحكم الصورة الثانية من التلقيح الصناعي الداخلي ينطبق تمام الانطباق على هذه الصورة.

الخاتمة:

- التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي هو أحد الوسائل العلمية التي تساعد على الإنجاب، وهو طريقة استثنائية لا يمكن اللجوء إليها إلا عند استحالة الإنجاب بالطريقة الطبيعية.
- الحكم الشرعي للتلقيح الصناعي الداخلي والخارجي يختلف باختلاف الصور التي تمّ بها هو التالي:
 - جواز التلقيح الصناعي بين الزوجين إذا تمّ في قائم حياتهما.
 - تحريم صورة تلقيح المرأة بمبي أجني عنها، والحمل في هذه الحالة ينزل منزلة ابن الزنا، فيكون مقطوع النسب من جهة والده.
 - تحريم تلقيح نطف الزوج ببويضة امرأة متبرّعة في أنبوب، ثم زرع البويضة المخصّبة في رحم الزوجة، لأنّ البذرتين ليستا من زوجين.
 - تحريم تلقيح بويضة الزوجة بنطف رجل متبرّع في أنبوب، ثم زرع البويضة المخصّبة في رحم الزوجة.
 - تحريم استئجار الأرحام.
- القانون التونسي صلب القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ 7 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي أقرّ نفس الأحكام على مستوى الجواز والمنع في مجمل الصور السابقة.

¹ - قرارات المجتمع الفقهي الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثانية العدد 2، 1405 هـ، ج 1، ص 323-324.

✓ فهرس المصادر والمراجع:

- الألباني محمد ناصر الدين: الحاوي من فتاوى الشيخ الألباني، إعداد أبو همام المصري، العلمية، بنها (د.ت).
- الجابري أحمد عمرو: الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، دار الفرقان الأردن، ط 1 - 1414 هـ - 1994 م.
- الزرقا مصطفى أحمد: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، سوريا، ط 2، 1422 هـ 2001 م.
- السرخسي شمس الدين:، أصول السرخسي، حقق أصوله أبو الوفاء الأفغاني، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية، الهند. (د.ط) (د.ت)
- سلامة زياد أحمد: اطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم، لبنان، ط 2، 1418 هـ - 1998 م.
- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر: الأشباه و النظائر في قواعد و فروع الشافعية، تحقيق محمد تامر و حافظ عاشور، دار السلام ط 2، 1427 هـ - 2006 م.
- شلتوت محمود: الفتاوى، دار الشرق، 1403 هـ - 1983 م.
- الصابوني محمد علي: مختصر تفسير ابن كثير، دار الجيل (د.ت).
- صالح خالد محمد: أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية مصر 2011 م.
- طه محمود أحمد: الإنجاب بين التحريم والمشروعية، منشأة للمعارف، مصر 2003 م.
- ابن عابدين محمد أمين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت ط 1، 1415 هـ.
- ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد: المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض (د.ت).
- ابن كثير الدمشقي إسماعيل: تفسير القرآن العظيم، تحقيق مصطفى السيد محمد، محمد فضل العماري، محمد السيد رشاد، علي أحمد عبد الباقي، حسن عباسي قطب، مؤسسة قرطبة للطبع والنشر والتوزيع ط 1، 1421 هـ - 2000 م.
- الكندي عبد الرزاق بن عبد الله بن غالب: المفطرات الطيبة، دراسة فقهية طبية مقارنة. (د.ط) (د.ت).
- مرحبا إسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط 1، 1429 هـ.
- جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردن، قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية: دار البشير ط 1، 1415 هـ 1995 م.
- مجمع الفقه الإسلامي: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية 1405 هـ - 1985 م.
- قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية: جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردن، دار البشير ط 1، 1415 هـ 1995 م.
- أمعيزة عيسى، الحمل: إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2005 م - 2006 م.

- جيلاني بغدالي : الوسائل العلميّة الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر1، كليّة الحقوق بن عكنون، 2013-2014 م.
- الصفدي لبنة محمد جبر شعبان : الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، مذكرة للحصول على درجة الماجستير الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون، 1428 هـ 2007 م.
- www.qaradaui.net قضايا عملية تنتظر أحكامها الشرعية : يوسف القرضاوي.

حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة قبل النقاد



رحال بومدين : طالب دكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ظاهري محمد، بشار، الجزائر

مقدمة :

باتت وسائل الاتصال الحديثة جزء من حياتنا اليومية في مختلف معاملاتنا وما تقدمه من تسهيل وسرعة الوصول إلى اشباع رغباتنا في مختلف المجالات، وبالخصوص في الجانب التجاري أصبحت الإعلانات الإلكترونية أهم مصدر للمعلومات التي يوفرها المهني حول السلع والخدمات التي يقدمها، باستخدام أدوات الحديثة التي تمارس تأثيرا يتجاوز بكثير الأدوات التقليدية في الواقع، وكثرتها وتنوعها وإمكانيتها للوصول إلى المستهلك⁽¹⁾ في أي مكان يكون، فالإعلان حلقة وصل بين المهني والمستهلك حيث يهدف إلى خلق مستهلكين جدد وفي نفس الوقت وسيلة لتوجيه إرادة المستهلكين ودفعه للحصول على السلع والخدمات، وأداة تنافسية وإثبات لقوة الشركات والمؤسسات في تحديد موقعها في السوق، إلا أن رغم إيجابيته فقد يعمل بعض المهنيين على تغيير دوره ليلعب دور سلمي يوقع المستهلكين في غلط مما يدفعهم إلى التعاقد دون أن يعلموا ذلك أو ما يحيط بهذا العقد. فأضحى المستهلك نتيجة الإعلانات الموجهة إليه في ضغط لكثرتها من جهة وقلة خبرته ودرايته في المعاملات التجارية الإلكترونية والتعقيدات من جانب الفني والتركيب للمواد من جهة ثانية.

⁽¹⁾ آثار تعريف المستهلك جدلا كبيرا وانقسم الفقه في تعريفه، فمفهم من ضيق من مفهوم المستهلك وآخرون وسعوا فيه، فأنصار هذا الاتجاه ركزوا على الهدف أو الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه الشخص عند تعاقد في الحصول على السلعة أو الخدمة، فقد عرفه الفقيه الفرنسي Raymon بأنه: " شخص طبيعي يحصل أو يمكن أن يحصل على أشياء استهلاكية أو خدمات من نفس الطبيعة؛ لغرض منفرد وهو إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، مع استبعاد المشاريع والمهن الحرة من ذلك؛ طارق كميل: حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، مجلد 5، العدد 5، ص 67.

_ أما الاتجاه الموسع ظهر في بداية الدعوة إلى حماية المستهلك تجسد في نداء الرئيس الأمريكي الأسبق Kennedy حين قال: " أن المستهلكين هم نحن جميعا"، ووفقا لهذا الاتجاه، يعتبر المستهلك كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك، أي غرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة؛ كما يعتبر مستهلكا وفق هذا المفهوم المحترف الذي يتصرف خارج اختصاصه المهني، وذلك على أساس أنه يظهر في الواقع ضعيفا مثله مثل المستهلك العادي، واستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي اتجه إلى تمديد قانون المستهلك ليشمل بالحماية الأشخاص الذين يتصرفون لغرض مهني، ولكن "خارج اختصاصهم المهني"؛ محمد بودالي: حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 22.

وليس الإعلانات وحدها تأثر على أرادة المستهلك فقد فرضت التشريعات على المهني التزام بالإعلام والتبصرة ونظمت إطاره القانوني، لأن الإلتزام الوسيلة الوحيدة التي تنير إرادة المستهلك فيما يقدمه المهني من معلومات عن والسلع والخدمات والعقد.

لذا تنبته التشريعات الدولية والوطنية لخطورة الوضع فعمدت على الحفاظ على المستهلك وثقته في المعاملات التجارة بصفة عامة والإلكترونية خاصة، في تعزيز الحماية خاصة في مرحلة قبل التعاقد لاعتباره هذه المرحلة من أهم المراحل العقد والبناء الأساسي الذي يبني عليه المستهلك عقيدته وعزمه اتجاه هذه السلعة أو الخدمة ليحرك إرادته للتعاقد من عدمه، رغم أن هذه الحماية قديمة، لا كن لطبيعة التعاقد كان لا بد من حماية المستهلك أكثر.

وعلى ضوء هذا سنتطرق إلى الإعلان التجاري بإظهار جوانب الحماية المستهلك من خلال ما تفرضه التشريعات ليكون إعلاننا صادق ونزيه يلعب دور ايجابي (المطلب الأول)، ثم إلى حقوق المستهلك في حفاظ على إرادته المستنيرة الحرة من خلال الإعلام والتبصير في العقد الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول : حماية المستهلك من الإعلان التجاري :

رافق الإعلان أو الإشهار ظهور المجتمع الصناعي واقتصاد السوق، بما أدى إليه من زخم في المعلومات، ومساهمة في تدفقها وانتشارها؛ لذلك لم يكن ممكنا تصور قيام مجتمع اقتصادي متطور في غيبة الاشهار أو الإعلان، فاعتبر أداة للمؤسسات لاثبات وجوده وتدعيم قوتها على المنافسة من جهة، أما من جهة علاقتها مع المستهلكين يعتبر مصدر للإعلام بالمنتجات والخدمات وتدعيم رضا وحرية الاختيار للمستهلك⁽¹⁾.

وبالتالي دفع الإعلان المهنيين لزيادة المنافسة بينهم لتقديم الأفضل للمستهلك، لاعتباره أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة ومظهر من مظاهر التسويق والترويج وأداة لإعلام الجمهور، إلا أن بعض الإعلانات انعكست سلبا على نظام المنافسة من جهة وعلى المستهلك بصفة خاصة فأصبح ضحية الإعلانات التجارية المضللة.

ولهذا كان لا بد من التطرق إلى ماهية الإعلانات التجارية الإلكترونية والشروط الواجب توافرها فيه (الفرع الأول)، ثم إلى الجزاءات الإخلال بقواعد الإعلان وفق القواعد العامة والخيارات المتاحة للمستهلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية الإعلانات التجارية الإلكترونية :

يعتبر الإعلان سيف ذو حدين، فهو من جهة يلعب دور إيجابي في الاقتصاديات الدول لأنه المحرك لرأس المال عن طريق ترويج السلع وتقديم الخدمات وزيادة الحركة الشرائية، كما يعتبر أهم وسيلة تساعد على التبادلات الإقتصادية بين الدول بالتعريف بالسلع والخدمات لكل دولة وجلب مستهلكين خارج الوطن، ومن الجهة الثانية فهو يقود التنافسية بين الشركات التجارية في السوق، ويوقع المستهلك في الغلط ويكون عرضة للغش والتدليس، عندما يساء استعمله.

ولذا كان لا بد من معرفة ما هو الإعلان (أولا)، ثم تمييزه عما يشابهه (ثانيا)، كذلك طبيعته القانونية هل هو إيجاب أم لا (ثالثا)، وأخيرا القواعد المفروضة لحماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية (رابعا).

(1) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 165، 166.

أولاً) _ تعريف الإعلان⁽¹⁾ :

لقد اختلف الفقه والتشريع المقارن في إعطاء تعريف محدد للإعلان التجاري، بسبب تعدد مجالاته وأنواعه وأهدافه، إلا أنه رغم تعدد التعريفات فهي تتفق في إعطاء معنى موسع للإعلان بحيث يشمل كل وسيلة تهدف إلى الغاية من الإعلان، ومن ذلك يفترض فيه لكي يحقق أهدافه نوع من التكرار والإلحاح وتبسيط الفكرة على المتلقي باستخدام كل ما من شأنه إلهاب الخيال واجتذاب العين وإطراء الأذن في نفس الوقت الذي يتم فيه إظهار محاسن المنتج أو الخدمة بقصد حث المستهلك وتحريضه على الاستهلاك⁽²⁾.

فجانبا من الفقه عرف الإعلان بأنه "التعريف بالمنتجات لاستثارة رغبات المشتري، ووسيلة إعلام نسبية لأنه يبرز مزايا المنتجات"⁽³⁾؛ كما عرف بأنه "كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية"⁽⁴⁾. وعرف كذلك بأنه "كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور أيا كانت أداة هذه التأثير"⁽⁵⁾. أما التشريعات فقد عرفته المادة 3 من قانون 02_04 بأن: "إشهار: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"، نجد أن المشرع نص على لفظ فضفاض ليشمل كل وسائل التي يستخدمها المعلن للإعلان عن سلعه أو خدمة وبالتالي تضم الوسائل الإعلام الإلكترونية؛ أيضا عرفته المادة 8/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90_39، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه "جميع الإقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة اسناد بصرية أو سمعية بصرية"⁽⁶⁾.

(1) الإعلان لغة: من علن الأمر يعلن علونا ويعلم علنا وعلانية، فهما إذا شاع وظهر، وأعلنه أظهره وجهر به، عالنه أعلن إليه الأمر به معالنه، والإعلان هو إظهار الشيء؛ ابن منظور: لسان العرب، المجلد الرابع، دار الكتاب المصري، مطبعة دار المعارف، القاهرة، دزن سنة طبع، ص 3086.

(2) موفق حماد عبد: الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة السهري، بغداد، 2011، ص 39، 40.

(3) بتول صراوة عبادي: التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوق، لبنان، 2011، ص 20.

(4) حسين فتحي: حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، بدون نشر، 1991، ص 14 وما بعدها؛ خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 89.

(5) أبو العلا على أبو العلا النمر: المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، نصر، 2004، ص 197.

(6) قانون رقم 02_04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، 9 جمادى الأولى عام 1425 هـ، الموافق 27 يونيو سنة 2004م.

ومرسوم تنفيذي رقم 90_39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 هـ الموافق ل 30 يناير 1990 والمتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 05، السنة السابعة والعشرين، الإربعاء 4 رجب عام 1410 هـ الموافق 31 يناير سنة 1990م، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01_315 المؤرخ في 28 رجب عام 1422 الموافق ل 16 أكتوبر لسنة 2001، الجريدة الرسمية، العدد 61، السنة الثامنة والثلاثون، الأحد 4 شعبان عام 1422 هـ الموافق 21 أكتوبر سنة 2001م. (=)

(=) _ ومن خلال ما جاء في تعريف المادة 8/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90_39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، فإنه يحمد للتعريف إرادته لعنصري الإعلان وهما: العنصر المادي من حيث إشارته لأدوات التعبير المستخدمة في الإعلان التي تدرك بالحواس؛ والعنصر النفسي من حيث الإشارة إلى الهدف من استخدامها وهو ترويج وتيسير تسويق السلع والخدمات لدى الجمهور؛ محمد بودالي: مرجع سابق، ص 188.

وعرفته توجيه التجارة الإلكترونية رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2001 في شرح مصطلح "الاتصال التجاري" وقد عرف بأنه "كل شكل من أشكال الاتصال موجه لتسويق السلع والخدمات مباشرة أو غير مباشرة أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص له نشاط تجاري، صناعي، حرفي أو يمارس نشاط منظم"⁽¹⁾.

ثانياً_ تمييز الإعلان عما يشابهه :

أ_ الإعلام والإعلان: يعتبر الإعلام أحد أشكال الاتصال، وهو في صورته النموذجية الصادقة هو نشر الحقائق والمعلومات والأخبار بين الجمهور بقصد نشر الثقافة وتنمية الوعي والارتقاء بالمدارك، كما يتميز الإعلام بالموضوعية من الناحية النظرية، إذ يتعين بحسب الأصل أن يكون موضوعيا ومحايدا لأنه لا يهدف في الأصل إلى ترويج سلع أو منتجات أو خدمات معينة⁽²⁾.

أما الإعلان يختلف عن الإعلام من ناحية الهدف، حيث أن الإعلان يهدف إلى ترويج المنتجات والخدمات بين الجمهور كي يقدم على الشراء⁽³⁾.

ب_ الإعلان والدعاية : الدعاية "هي النشاط الذي يؤدي إلى التأثير في عقيدة الجمهور سواء لجعله يؤمن بفكرة أم مبدأ أم عقيدة معينة أم من أجل صرفه عن فكرة أو مبدأ أو عقيدة يؤمن بها وتستخدم الدعاية نفس وسائل الإعلان، إلا أن الدعاية في جانب التجارة والتي تمثل الحد الأقصى للإعلان التجاري، حيث لا يكتفي المعلن بالإعلان عن المنتج أو الخدمة فحسب بل يدعو لها والدعوة بعد أثرا من الإعلان فهي ذات صلة وثيقة بالبيع تمهد الطريق له وتهيء أذهان الناس لاستقبال المنتجات، ولعل العنصر الذي بموجبه يتم تحديد بين الدعاية والإعلان، أن الدعاية التجارية هو أنها توجه إلى المستهلك النهائي فقط في حين يتوجه المعلن في الإعلان التجاري إلى المستهلكين والمحترفين، فالإعلان التجاري بذلك أوسع من الدعاية التجارية بحيث يشملها فيجعل كل دعاية تجارية إعلانا دون العكس⁽⁴⁾.

وأیضا يتميزان أن الإعلان التجاري يهدف إلى ترويج المنتجات أو الخدمات بقصد تحقيق الربح إذ أن الإعلان التجاري مدفوع الأجر عادة، في حين أن الإعلام لا يهدف إلى ذلك وإنما يهدف إلى إشاعة المعلومة أو الخبر في الوسط المتلقي لها⁽⁵⁾.

ثالثاً_ طبيعة الإعلان :

لقد تساءل رجال القانون حول طبيعة الإعلان الموجه للمستهلك هل هو إيجابا ملزم لصاحبه أم مجرد وسيلة لترويج عن مختلف السلع والخدمات؟

ذهب بعض الفقه إلى أن المرجع في التفرقة بين الإعلان كإيجاب أم مجرد دعوى للتفاوض، هو صيغة الإعلان نفسه، وعمّا إذا كانت الألفاظ التي يتضمنها تعتبر إيجابا أم مجرد دعوة للتعاقد، وهذه المسألة موضوعية يحسمها القاضي

(1) Article 4/f «communication commerciale»: toute forme de communication Destinées à promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, Services ou image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne D'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou Exercer une profession réglementée». Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet. 2000.

(2) أبو العلا على أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 195.

(3) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 84.

(4) موفق حماد عبد: مرجع سابق، ص 46، 47.

(5) نفس المرجع، ص 46.

الموضوع، حيث يعتبر الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني متى اشتمل بصياغته على طبيعة العقد وأركانه الأساسية التي تدل على نية المعلن الارتباط بالعقد⁽¹⁾.

ولقد أشارت محكمة النقض الفرنسية، إلى أن العرض القاطع والمستجمع لجميع عناصر العقد الأساسية يعتبر إيجابا، وإن وجهة إلى الجمهور، عندما لا يكون لشخص المتعاقد اعتبار، كما هو الحال في عقود البيع⁽²⁾.
بينما يرى البعض أن الإعلان إيجاب بات يصلح أن يقترن به القبول، إذا استوفى جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهذا يتفق مع القواعد العامة التي تبين بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعد إيجابا⁽³⁾.
كما يعتبر تحديد المدة في الإعلان من الشروط الجوهرية التي تلزم المعلن بتنفيذ التزامه عند اقتران القبول بالإيجاب الذي صدر منه وهذا ما نصت عليه المادة 63 ق م ج بأنه "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، حيث يستوجب القانون على الموجب أن يبقى على إيجابه، خلال المدة التي يحددها صراحة أو المدة الضمنية التي يحددها العرف، فإذا مضت المدة المحددة يسقط الإيجاب من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أية خطوات أخرى⁽⁴⁾.

فقد نجد أن بعض الإعلانات تحدد المدة بشكل صريح فإذا مرة المدة سقط التزام المعلن كما بينته المادة 63 ق م ج سألقة الذكر، وبعض الأحيان لا يذكر ذلك ولكن يربط بقاء إيجابه بوجود الكمية السلع المعلن عنها، فإذا نفذت الكمية سقط إيجابه، ففي هذه الحالة نجد أن المعلن وضع مدة ضمنية للإيجاب تنقضي بنفاذ الكمية.
وجانب من الفقه ذهب إلى أن العرض الموجه للجمهور لا يعد إيجابا وإنما دعوى للتفاوض إذا كان لا يتضمن الشروط الجوهرية للتعاقد، كعرض السلع في واجهات المحلات التجارية دون بيان أسعارها، أما إذا حددت هذه الأسعار كان العرض إيجابا⁽⁵⁾.

كما يرى البعض من الفقه أنه دعوى للتفاوض، إذا اشتمل على بعض العبارات مثل "دون التزام sans engagement" أو "بعد التأكد après confirmation"، وعندئذ يعتبر جواب مستعمل الشبكة إيجابا، وتكون الرسالة الإلكترونية التي يرسلها البائع بعد ذلك هي قبول الذي ينعقد به العقد⁽⁶⁾.
ففي كلتا الحالتين يتحقق للمستهلك رؤية الشيء المبيع سواء كانت الرؤية حقيقية بملء العين أم افتراضية من خلال شاشة الحاسوب، وعلي ضوء ذلك فالإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك اعتبر دعوى للتفاوض أو للتعاقد،

(1) صفوان حمزة إبراهيم عيسى: الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 91.

(2) بلحاج العربي: الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010، ص 19.

(3) موفق حماد عبيد: مرجع سابق، ص 165، 166.

(4) بلحاج العربي: مرجع سابق، ص 17.

(5) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 86 (=).

(=) _ وقد جاء في قرار مشهور لمحكمة النقض السورية مؤرخ في 1973/12/27، بأن الإعلان الذي يحتفظ فيه المعلن بوضع شروط لتحقيق الإيجاب، لا يعد إيجابا ملزما إلا بتحقيق الشروط؛ بلحاج العربي: مرجع سابق، ص 18.

_ وعلى سبيل المثال كان يعلن الموجب عن مشروع لبناء الجسر عبر الانترنت، فيضع بعض الشروط التي يجب توافرها في الشخص المراد التعاقد معه، كأن يكون له خبرة في هذا المجال وأن تكون له سمعة دولية في دقة أتمام المشروع في الوقت المحدد وأن يكون له ابداع في تقديم هندسة جديدة لكل جسر ينجزه، وعلى ذلك لن يكون لأي شخص كان له نفس الاختصاص لم تتوفر فيه هذه الشروط أن يتقدم.

(6) أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت من 1_3 مايو 2000م، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004، 147.

على أساس احتواءه أو عدم احتواءه على الشروط الأساسية للتعاقد، حيث إن بيان أسعار السلع عبر الانترنت يعتبر إيجاباً، لأن بيان الأسعار هو من المعلومات الجوهرية في التعاقد⁽¹⁾.

ويتفق الفقه على أنه متى تضمن الإعلان الموجه للجمهور عبر شبكة الانترنت تحفظات فإنه يفقد صفته كإيجاب ويصبح مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض⁽²⁾.

ثالثاً) _ قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية :

وتقوم هذه الحماية على ثلاثة قواعد أساسية، أولاً اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني وثانياً منع الإعلان الإلكتروني المضلل، وثالثاً الرقابة على الإعلان المقارن.

أ_ اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني

ويعني هذا الشرط أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة والتي من شأنها خلق تفكير واع متبصر يعمل على تكوين إرادة واعية مستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد⁽³⁾.

فقد نصت المادة 5 من قانون 02_04 " يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة".

رغم عدم اشتراط مباشر أن يكون الإعلان واضح لكنه ذكر المشرع مصطلح " بصفة مرئية ومقروءة"⁽⁴⁾.

(1) عبد الله ذيب محمود: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 71.

_ ويرى الأستاذ خالد ممدوح إبراهيم أن العرض الموجه إلى الجمهور لا يعد إيجاباً وإنما دعوة للتفاوض هو ما يتفق مع طبيعة ومستلزمات عقود التجارة الإلكترونية، وسبب ذلك أن العرض قد يتلقفه مئات بل آلاف ويرسلون رسائل إلكترونية بالموافقة على طلب الشراء للمنتج دون أن يكون لديه كل الكمية المطلوبة، أو تكون لديه بأسعار مرتفعة مما كانت عليه وقت الإعلان نتيجة لزيادة الطلب على السلعة أو لارتفاع الأسعار، ولذلك فإن اعتبار الإعلان الإلكتروني الموجه للعامة عبر شبكة الانترنت مجرد دعوة إلى التعاقد من شأنه أن يمكن العارض من رفض الطلبات الزائدة عن إمكانياته، كما أنه من الخطورة اعتبار العرض الموجه للجمهور إيجاباً، إذ أن ذلك يعرض المنتج لخسارة كبيرة سواء من ناحية التزامه بالتعويض أو لتقديمه بضاعة بأسعار غير مناسبة. خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 88.

(2) موفق حماد عبد: مرجع سابق، ص 165.

(3) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 89.

_ كما جاء في بند 27 من مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الأونكتاد، المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك لسنة 2016 بأنه: "وينبغي أن تسترشد الممارسات الترويجية في مجال التسويق وممارسات البيع بمبدأ المعاملة المنصفة للمستهلك وأن تفي بالمتطلبات القانونية، ويقتضي (=) ذلك توفير المعلومات اللازمة لتمكين المستهلكين من اتخاذ قرارات مستنيرة وبصورة مستقلة، فضلاً عن اتخاذ تدابير لضمان دقة المعلومات المقدمة": مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الأونكتاد، المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك، UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1، نيويورك وجنيف، 2016، ص 10.

(4) أيضاً نص المادة 18 من قانون 03_09 المتعلق بحماية المستهلك بأنه: "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطرق الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومات أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساساً، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعددة محوها".

وأيضاً ما جاء في توصيات منظمة التعاون والتنمية لسنة 2016، في التوصية 25 بأنه يجب أن تكون _ المعلومات على الانترنت واضحة ودقيقة وسهلة يمكن الوصول إليها ومرئية بحيث المستهلكين لديهم ما يكفي من المعلومات المتاحة لهم لاتخاذ قرار مستنير بشأن صفقة ممكنة. وينبغي أن تعرض بعبارات بسيطة ومفهومة بسهولة، في الوقت المناسب، وبحيث يمكن للمستهلكين الحفاظ على كاملة ودقيقة و دائم من هذه المعلومات⁽¹⁾.

كذلك ما جاء في نص المادة 1/20 من القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 21 يونيو 2004 بأنه "كل إعلان أيا كان شكله، ويقدم عن طريق خدمة الاتصال العامة عبر الخط، يجب أن يكون واضحاً ويجب أن يوضح فيه كذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتم لحسابه هذا الإعلان"⁽²⁾.

أيضاً "القانون البلجيكي في نص المادة 1/13 من القانون الصادر في 11 مارس 2003 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلوماتية على أن الإعلانات التجارية يجب أن تكون محددة بشكل واضح، بحيث تسمح للمستهلك بفهم المعلومات والبيانات التي يتضمنها الإعلان، كما تتطلب هذه المادة ذكر كلمة أو مصطلح إعلان بشكل واضح ومقروء وغير غامضة"⁽³⁾.

⁽¹⁾ « 25. Les informations en ligne devraient être claires, précises, exactes, facilement accessibles et bien visibles afin que les consommateurs aient suffisamment de renseignements à leur disposition pour prendre une décision éclairée quant à une éventuelle transaction. Elles devraient être présentées en termes simples et facilement compréhensibles, en temps opportun, et de telle manière que les consommateurs puissent conserver un La protection du consommateur dans le commerce électronique Recommandation enregistrement complet, précis et durable de ces informations »; de l'OCDE, 2016, p14 .

⁽²⁾ Article 20/1 « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ». La loi n 2004_575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, in <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁽³⁾ شريف محمد غنام: التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص55.

ب_ منع الإعلان الإلكتروني المضلل⁽¹⁾:

يُعرف الإعلان الخادع وفق دليل الجودة لحماية المستهلك، منشورات وإصدارات برنامج الجودة في وزارة الاقتصاد والتجارة في لبنان في 2009 بأنه "الإعلان عن سلعة أو خدمة وذكر خصائصها وبياناتها على نحو مجاف للحقيقة بطريقة تؤدي بالمستهلك إلى إبرام عقد الاستهلاك تحت تأثير هذا الخداع الإعلاني، وبعبارة أخرى فإن الإعلان الذي ينسب فيه المعلن توفر بعض الصفات الجوهرية التي قد تدفع المستهلك للتعاقد بينما تخلو السلعة أو الخدمة من هذه الصفات الجوهرية يعتبر إعلاناً خادعاً⁽²⁾."

ويعتبر أيضاً "الإعلان المضلل بأنه إعلان لا يذكر بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع المتلقي ولذلك يقع هذا الإعلان في منطقة رمادية تقع بين الإعلان الصادق والإعلان الكاذب"⁽³⁾.

⁽¹⁾ يتداخل الإعلان المضلل مع مفاهيم أخرى تقترب منه كثيراً منها وهو، الإعلان الكاذب: فالكذب لغة هو الإخبار عن شيء بخلاف ما هو عليه في الواقع. والكذب في الإعلانات التجارية قد يحدث بعمل إيجابي كما يتحقق بعمل سلبي، فالكذب الإيجابي يتمثل بذكر أوصاف ومزايا غير متوفرة في السلعة أو الخدمة، أما الكذب السلبي فقد يعني السكوت عن ذكر بيانات أو وقائع معينة تتعلق بالمنتج أو الخدمة بحيث لو علم بها الطرف المقابل لامتنع عن التعاقد، لأن تلك المعلومات تؤثر في اتخاذ قرار الشراء من عدمه، إذ أن ذكر نصف الحقيقة وترك النصف الأخر بعد كذبا في هذه الحالة؛ بختيار صابر بايز: الحماية الوقائية للمستهلك من الاعلانات التجارية الخادعة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة العراق، العراق، 2012، ص 6،5. كما أن الكذب يحتوي على عنصرين أحدهما مضمون كاذب والآخر قصد الغش وتزييف الحقيقة ويذهب الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين، في ظل قانون 27 كانون أول 1973 إلى عدم ضرورة أن يكون الإعلان قد تم بسوء نية ليكون مضللاً بل يكفي أن يكون المضمون كاذباً بصرف النظر عن حسن نية المعلن أو سوءها؛ موفق حماد عبد: مرجع سابق، ص 59.

كما أن الكذب في حد ذاته، مجرد من أي اعتبار آخر، لا يعتبر كافياً لوصف عمل المعلن أنه تدليس المبطل للعقد بصفة عامة، ما لم يرتبط بالكذب المفضوح (كالإعلان على خلاف الواقع بانتحال أحسن الأوصاف، عن نسبة ضخمة في التخفيضات أو وجود فرصة لا تتكرر (...))، للتأثير على إدارة المتعاقد وهو ما يسمى بالكذب الذي يتجاوز حدود المؤلف في التعامل؛ وهو ما أشارت إليه محكمة النقض السورية في أحد قراراتها بتاريخ 1966/07/02، من أنه قد يكون مجرد الكذب في بعض الحالات كافياً في حد ذاته لإعتبره طريقاً احتيالياً، إذا كانت الوسيلة المستعملة لتضليل الطرف الآخر، هي الدافع الرئيسي له للتعاقد؛ بلحاج العربي: مرجع سابق، ص 47.

وعلى المستهلك أن يعي حقيقة أن الإعلانات لن تشمل على الحقيقة الموضوعية الكاملة، ولذا لم تطلب التشريعات المختلفة من المعلن سوى ألا تكون إعلاناته كاذبة دون أن تطلب منه أن يقول الحقيقة كاملة، وكفي أن يكون الإعلان صادقاً بخصوص العناصر التي يتناولها، وأن لا يلحق الضرر بالمستهلك، فليست هناك حقيقة مطلقة في الإعلان؛ أبو العلا على أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 209.

وأياً كان الأمر، فإن معيار تقدير الكذب في الإعلان التجاري يترك للقضاء على أساس موضوعي، وله أن يتحقق من الكذب بشتى الوسائل المتاحة لديه من الاستعانة بالخبراء، ويقدر الكذب على أساس ما تتضمنه الرسالة الإعلانية من خداع للشخص المعتاد أم لا؛ بتول صراوة عبارتي: مرجع سابق، ص 68.

_ الإعلان التجاري المبالغ فيه: يعتبر ذكر وقائع صادقة في الإعلان التجاري مجردة لم يعد لها تأثير في الواقع المعاصر، حيث لا بد من استعمال أساليب التفضيل والمبالغة عموماً كسلوك شائع من قبل المؤسسات التجارية عند عرض منتجاتها بقصد جلب انتباه الجمهور، فقد استقر الفقه والقضاء على جواز المبالغة في الإعلان، لامتداد المنتجات والخدمات في نفس الوقت أن لا يتجاوز المسموح به كي لا يضر بمصالح المتنافسين، فضلاً عن ذلك فإن المستهلك لا ينخدع بمثل هذه المبالغ، إذ ترى محكمة النقض الفرنسية أن قيام شركة في إعلانها عن (حقائب سمسونايت) جاء بصورة مباراة في كرة القدم كل اللاعبين فيها من البلدوزرات الضخمة والكرة عبارة عن حقيبة من إنتاجها، وكان مشاهدو الإعلان يرون عجلات البلدوزرات تمر على الكرة (حقيبة السمسونايت) وفي نهاية المباراة تخرج الكرة سليمة بدون خدش، وبذلك بقصد إظهار متانة الإنتاج، فلا يعتبر إعلاناً مضللاً؛ بتول صراوة عبارتي: مرجع سابق، ص 74،73.

⁽²⁾ عبد الله عبد الكريم عبد الله، فتن حسين حوى: حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع والتطبيق "القانون اللبناني نموذجاً"، الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع واليات التطبيق، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية - مجلس وزراء العدل العرب - جامعة الدول العربية، لبنان، 4_2 حزيران / يونيو 2004، ص 18.

⁽³⁾ أبو العلا على أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 209. _ يعتبر الإعلان خادعاً الذي يتضمن عروضاً خاصة في الحصول على مكتسبات أو خدمات دون تحديد ما يتوجب على المستهلك من أمور أو موجبات الحصول عليها، ومثال ذلك الإعلانات التي تتضمن العبارات التالية "البيع بنصف الثمن" دون تحديد الأسعار السلع أو الخدمات؛ فتن حسين حوى: الوجيز في القانون حماية المستهلك (دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد "إلكترونياً")، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 86.

وكذلك هو "الإعلان المتضمن معلومات تدفع المستهلك إلى الوقوع في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر أو أوصاف جوهرية للمنتج"⁽¹⁾.

وقد أكد ذلك نص المادة 28 من قانون 02_04 على أن "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهارا تضليلي، لاسيما إذا كان :

1_ يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته،

2_ يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه،

3_ يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار"⁽²⁾.

وما جاء أيضا في التوجيه الأوربي الصادرة في 1984/09/10 حيث جاء في المادة 2/3 منه بأن الإعلان المضلل يمكن أن يقع عن طريق إغفال إحدى المعطيات الجوهرية؛ وكذلك يصدر عن القضاء الفرنسي الذي يحفل بالعديد من الأحكام التي قرر فيها إدانة المعلن، لإتباعه سلوك إيجابيا أدى إلى تضليل المستهلك أو لتركه بيانا جوهريا أدى إلى وقوعه ضحية للتضليل، ومنها إدانة الإعلان الذي أغفل عند الإعلان عن تأمين خطر معين، الإشارة إلى أن العقد المقترح لا يغطي أخطارا أخرى جرى العمل عادة على تغطيتها"⁽³⁾.

ج- الرقابة على الإعلان المقارن :

لم يعد التضليل في الإعلان يقتصر على خداع المستهلك فقط، بل امتد ليمس قيمة سلع وخدمات المنشآت التجارية المنافسة، وذلك عن طريق ما يسمى بالإعلان المقارن، الذي أصبح يلعب دورا كبيرا في تشويه منتجات المنافسين، ذلك لأنه يستهدف التقليل من قيمة السلع والمنتجات أو خدمات المنشآت المنافسة مما يوقع المستهلك في لبس، وبالتالي يصبح أداة للمنافسة غير الشريفة"⁽⁴⁾.

"وهو الإشهار الذي يقوم ببثه صانع أو موزع أو مؤدي خدمات يقارن بموجبه بين الأموال والخدمات التي يعرضها هو وبين التي يعرضها منافس آخر محدد الهوية، أو قابل للتعين في رسالة الإعلان، بغرض إقناع المستهلكين بأفضلية منتجاته أو خدماته عن منتجات أو خدمات غيره"⁽⁵⁾.

وقد تباينت التشريعات بين مجيز لهذا الإعلان بإعتباره مفيدا للمستهلك مثل القانون الأمريكي والكندي، وبين حرم له كالقانون الفرنسي، إلا غاية أن نظمه المشرع الفرنسي بتنظيم الإعلان المقارن بموجب قانون 18 جانفي 1992⁽⁶⁾.

(1) سميحة قيلولبي: غش الأغذية وحماية المستهلك، أعمال مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة الإسلامية، في الفترة 29_4 إلى 3_5/1995، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ص136: بختيار صابر بايز: مرجع سابق، ص9.

(2) ولقد جرم المشرع الجزائري الإشهار المضلل في نص المادة 38 من قانون 02_04 بأنه: "تعتبر ممارسة تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

(3) نفس المرجع، ص10، 11.

(4) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع ساق، ص95.

(5) محمد بودالي: مرجع سابق، ص183.

(6) محمد بودالي: مرجع سابق، ص184.

وهو القانون الخاص الذي نظم الإعلان المقارن وأدرجت أحكامه في الفقرات (8_14) من المادة 121 من مدونة الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993⁽¹⁾.

أيضا التوجيه الأوربية رقم 5 لسنة 1997 التي تهدف إلى تنسيق تشريعات الدول الأعضاء وذلك بتحديد شروط الإعلان المقارن التي يجب على المعلن أن يراعيها لتتصف ذلك الإعلانات بالشرعية⁽²⁾ والصحة، وتطبيق هذه الشروط سواء على الإعلان الموجه إلى المستهلكين أو ذلك الموجه إلى المهنيين، وهذه الشروط هي⁽³⁾:

1_ أن ترد المقارنة على سلعة وخدمات مماثلة.

2_ يجب أن ترد المقارنة على عناصر موضوعية حقيقية قابلة للتقدير: أي أن تتعلق بأحد الخصائص الجوهرية والوثيقة الصلة بالموضوع، فيجب أن ترد المقارنة حول خواص المنتج من تركيبته ونتائجه وليس على العناصر الخارجية الثانوية.

3_ يجب ألا تؤدي إلى تضليل الجمهور وإصابتهم بضرر من جراء المقارنة: ولعل ذلك هو من أهم شروط مشروعية الإعلانات المقارنة، بأن تكون صادقة، واضحة، دقيقة، وأن تراعي الأخلاق والآداب العامة، وأن تشمل على الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة.

الفرع الثاني: الحماية المدنية من الإعلان المضلل:

يعتبر الإعلان مصدر المعلومات للمستهلك عن السلع والخدمات ونافذة على التسوق، وعلى أساسه يتم إبرام الصفقات وتتم المعاملات.

فتنبهت التشريعات لضرورة حماية هذه العلاقات التجارية بفرض جزاءات على مخالفة المهني للقواعد المنافسة والإعلان الصادق النزيه المقدم للمستهلك.

⁽¹⁾ بتول صراوة عبادي: مرجع سابق، ص 77.

_ وتطبيقا لذلك ما جاء في قضية تتلخص وقائعا أن أحد الشركات تصنع مضاد حيوي صنف (G)، والذي حدث أن هناك شركة أخرى تسبقا في تصنيع المنتج ذاته، فقامت هذه الشركة الأخيرة بتوزيع رسائل إعلانية على الأطباء تقارن بين المنتجين الشركتين، وأضحت المقارنة صراحة ترجيح منتجها فقامت برفع الدعوى عليها مطالبة بوقف الرسالة الإعلان المقارن فضلا عن تعويض الأضرار التي أصابتها، بيد أن محكمة فرساي رفضت طلب الشركة مؤسسة قرارها على أن ما قامت به الشركة المدعى عليها لا يعتبر منافسة غير مشروعة، كما أن الشركة المدعية لم تثبت الضرر الذي تدعيه، وحكمة بوقف توزيع الرسائل الإعلانية المقارنة ولم تحكم بالتعويض.

أما محكمة ريس التي رفعت أمامها الدعوى للشركة المدعية حكمت بالتعويض، على أساس أن ما قامت به الشركة يشكل منافسة غير مشروعة تستوجب التعويض بالتعويض تأسيسا على نص م 1382 من القانون المدني الفرنسي. بتول صراوة عبادي: مرجع سابق، ص 78.

⁽²⁾ يقصد بأن يكون الإعلان مشروعاً: أن لا يتضمن قدحا لمنافس أو لمنتجات أو علامته، ويتوقف ذلك على الكلمات المستعملة بحيث يجوز مثلا قول بأن منتجنا المعلن هي أفضل في بعض الخصائصها من منتجات المنافس، في حين لا يجوز القول بأن منتجات المنافس غير صالحة. محمد بودلي: مرجع سابق، ص 185.

⁽³⁾ أكثر تفصيلا أرجع إلى كوثر سعيد عدنان خالد: حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 162_166.

_ وأيضا المادة 8-121 L. من المرسوم رقم 2001-741 من 23 أغسطس 2001 في نقل توجهات الجماعة والتكيف مع قانون الاتحاد على قانون حماية المستهلك الفرنسي تنص بأنه "أي إعلان يستخدم المقارنة بين السلع أو الخدمات عن طريق تحديد، ضمنا أو صراحة، منافس أو السلع أو الخدمات التي تقدمها منافس يسمح إلا إذا:

1_ انها ليست مضللة أو يؤدي إلى تضليل.

2_ هو الحال بالنسبة لسلع أو خدمات تلي احتياجات نفس أو المعدة للغرض نفسه.

3_ وبموضوعي يقارن واحد أو أكثر من المواد، وميزات ذات الصلة وقابلة للتحقق وتمثيلية من تلك السلع أو الخدمات، قد يكون الثمن جزء.

"أي الإعلان المقارن في إشارة الى عرض خاص يجب أن تحدد بوضوح مواعيد توافر السلع أو الخدمات التي تقدمها، وإذا كان أي تقييد لتوريد ما يصل إلى توافر وشروط محددة قابلة للتطبيق".

لذا لقد تعددت الجزاءات في القانون المدني يمكن تطبيقها على الإعلانات الكاذبة أو الخادعة، ويختلف استعمال هذه الجزاءات بحسب ما إذا كان الإعلان الكاذب قد أدى إلى إبرام عقد أم لا، وبحسب ما إذا كان يشكل عملاً ضاراً أي عملاً غير مشروع⁽¹⁾.

كما أجاز المشرع الجزائري وفق القواعد العامة أن طلب المتضرر حسب الحالات التالية :

أولاً) _ جواز رفع دعوى التدليس وطلب إبطال العقد⁽²⁾: لم يعرف المشرع الجزائري التدليس، وترك ذلك للفقه، فقد عرف التدليس بأنه "استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد"؛ حيث التدليس يعتبر من أكثر عيوب الإرادة شيوعاً في العقود المبرمة عبر الانترنت، فيستعمل المعلن طرق وأساليب احتيالية تظهر السلعة على غير مظهرها باستغلال تقنيات الحاسب الإلكتروني أو حتى بوصفها⁽³⁾.

والتدليس نوعان إما أن يكون إيجابياً أو سلبياً، فالأول يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والثاني السلبى وهو سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها إحجام المتعاقد الآخر عن إبرام العقد؛ كما أن هناك نوعين من التدليس يمكن التمييز بينهم التدليس المباح، والتدليس الممنوع⁽⁴⁾.

ويلزم لكي يستفيد المستهلك من الحماية المدنية المقررة في القواعد العامة لا بد أن يثبت أنه وقع في التدليس، ولن يتأت هذا إلا إذا اعتبر الإعلان مضلل، وعلى ضوء هذا لا بد من توافر ثلاثة شروط :

1_ أن تستعمل طرق احتيالية : وهذا ما بينها في نص المادة 28 من قانون 02_04 سالفه الذكر والمتعلق بقواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالفه الذكر التي بينت بعض الطرق الاحتيالية التي به يعتبر الإضرار على أساسها غير شرعي ومضلل.

كما اعتبر السكوت تدليسا بنص المادة 2/86 ق م ج بأنه "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة"⁽⁵⁾. وهذه الطرق سواء كانت إيجابية أو سلبية تصب في إتجاه واحد وهو أيهام وإيقاعه المستهلك في غلط لدفعه إلا التعاقد.

2_ أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد : وهذا يوافق ما نصت عليه المادة 1/86 ق م ج بأنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

(1) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 190.

(2) المادة 86 ق م ج بأنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

_ ويتصور وقوع التدليس على نحو واسع في العقود الإلكترونية. وذلك أن المستهلك لا يرى السلعة حقيقة، فيعتمد امزود بإظهار السلعة بغير مظهرها الحقيقي، أي بمظهر خادع يوحي بوجود مزايا غير موجودة أو بتضخيم حجم هذه المزايا. كما لو ذكر مواصفات غير حقيقية للسلعة أو قام بإجراء تغييرات بشأن المواصفات، أو لو كتم بعض البيانات المهمة حول السلعة؛ هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمان المجالي: حماية المستهلك في العقود الإلكترونية (دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون السعودي)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2015، ص 76.

(3) موفق حامد عبد: مرجع سابق، ص 81.

(4) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 81.

(5) المادة 2/86 من القانون رقم 10_05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 58_75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 21 لسنة 2008.

وبالإضافة إلى الشرط الأول يجب أن يكون التدليس مؤثرا في رضا الطرف الثاني أي المستهلك، مما يدفعه إلى التعاقد، وتكون الحيل المستخدمة من الجسامة بحيث لوها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

غير أنه لا يعد كل كذب تدليسا يعيب الرضا، فالمبالغة من التاجر بمدح تجارته والدعاية لها لا يعتبر تدليسا، فهذا يعتبر حسب العرف والعادة مسموح بها، وأن لا يكون المتعاقد على درجة من السذاجة في تعامله مع الغير⁽¹⁾.

3_ اتصال التدليس بعلم المعلن: فقد نصت المادة 87 ق ج بأنه "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس". وبالمفهوم المعاكس إذا كان التدليس ناتج عن صاحب الإعلان فهو بذلك يعلم بأفعاله التدليسية⁽²⁾.

ففي مجال التعاقد الإلكتروني فإن المشكلة تنشأ من صعوبة إثبات الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، إذا الخطأ هنا يتمثل في بث معلومات خاطئة أو ناقصة أو كاذبة وبشكل عام غير مشروعة، وهذا من الصعب إثباته وتحديد المسؤول عنه⁽³⁾.

غير أنه يستطيع المعلن أن ينفي وقوع التدليس من جانبه ويدفع عنه المسؤولية إذا ثبت أن المعلومات التي تضمنها الإعلان فنية وتقنية بحيث يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها⁽⁴⁾.

لكن هنالك حالة يكون فيها صاحب المنتج أو الخدمة بتكليف شريكة إعلانات تقوم بإعلان عن منتجاته أو خدماته، فتقوم هذه الأخيرة بإنتاج وتقديم إعلان، إلا أن هنا يطرح السؤال نفسه من يتحمل المسؤولية؟ هل هو صاحب المنتج أو الخدمة أم الشريكة المعلنه؟، وهل يحق للمستهلك طلب إبطال العقد أم لا؟

فقد أهتم المشرع الجزائري بهذا الجانب وفق نص المادة 87 ق م ج سالف الذكر، ويفهم من نص المادة 87 ق م ج، إلا أن صاحب المنتج أو الخدمة يكون مسئولا إذا كان يعلم بتدليس الغير (الشركة المعلنه) أو يفترض حتما أن يعلم بهذا التدليس، وعليه يحق للمستهلك طلب إبطال العقد، أما في حالة عدم علمه تتحمل الشركة المعلنه مسؤولية إعلانها المضلل كما لا يحق للمستهلك طلب إبطال العقد وهذا للحفاظ على استقرار المعاملات، رغم هذا الحالة فهي قليلة الحدوث لأن صاحب المنتج أو الخدمة يقوم بمراقبة الإعلان قبل عرضه على الجمهور، لكن نفترض أن الشركة الإعلان أضافت عناصر في الإعلان بعد مراقبة صاحب المنتج أو الخدمة دون أن يعلم بذلك، ففي هذه الحالة ينفي على صاحب المنتج أو الخدمة المسؤولية⁽⁵⁾.

(1) عمر خالد زريقات: عقد التجارة الإلكترونية_ عقد البيع عبر الانترنت_ دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 197.

(2) وتطبيقا لذلك ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم 88/371 بأن علم البائع بأنه لا يستطيع تحويل المطعم باسم المشتري، وإخفائه ذلك عنه في مجلس العقد يعتبر تغيرا (تدليسا) بالمشتري بأمر جوهري، بحيث لو علم المشتري بهذا الأمر لما أقدم على شراء المطعم. عبد الله ذيب محمود: مرجع سابق، ص 83.

(3) زروق يوسف: حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، دفا تر السياسية والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، ص 142.

(4) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 99.

_ وعلى سبيل المثال في الإعلان عن بيع برامج حاسوب عبر شبكة الانترنت يستطيع المعلن دفع المسؤولية عنه إذا أثبت أن البرنامج الذي يقوم ببيعه يحتوي على معلومات تكنولوجية وفنية بحثة يصعب على المعلن العادي التأكد من صحتها. عبد الله ذيب محمود: مرجع سابق، ص 82.

(5) يمكن للمهي أن يثبت أنه لا يعلم بتلك الإعلانات ولم يكن في إمكانه العلم بها، فينفي عن نفسه المسؤولية، كأن يكون الإعلان ثم في جرائد أو مجلات لا توزع في المدينة المقيم بها التاجر، أما بخصوص الإعلان من خلال شبكة الانترنت فربما يصعب الإدعاء بأنه لم يعلم بالإعلان أو لم يستطيع العلم به، حيث إن شبكة الانترنت متاحة للجميع؛ كوثر سعيد عدنان خالد: مرجع سابق، ص 203.

ثانياً) - جواز طلب تنفيذ العيني للعقد أو فسخه :

يستطيع للمستهلك التمسك بالمنتج أو الخدمة لجبر الضرر الذي أصابه ويطلب المعلن بتنفيذ التزامه تنفيذ عيني⁽¹⁾، فإذا لم ينفذ إلتزام جاز له أن يطلب تسليم سلعة أو خدمة من ذات النوع الذي تضمنه الإعلان التجاري⁽²⁾، كما يحق له أن يطلب من المعلن بقيمة الشيء بطريق التعويض (التنفيذ بمقابل)⁽³⁾.

كما أعطى القانون المدني الجزائري للطرف المتضرر بأن يطلب التنفيذ العيني وفق ما جاء في الإعلان بنفس المواصفات أو فسخ العقد وفق ما جاء في نص المادة 1/365 ق م ج بأنه "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع".

رابعاً) - جواز قبول المبيع غير المطابق في مقابل إنقاص الثمن: وهذا يوافق نص المادة 366 ق م ج بأنه "إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن، أو فسخ العقد يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا".

وعلى ضوء هذا يقبل المستهلك السلعة أو الخدمة رغم عدم مطابقتها لما جاء في الإعلان، في نفس الوقت يطلب أنقاص الفارق بين السلعة أو الخدمة التي دفعته للتعاقد وبين ما تسلمه من المعلن.

خامساً) - جواز طلب التعويض : وأعطى القانون للمستهلك هذا الحق من أجل جبر الأضرار الواقعة عليه كأثر لدخوله في علاقة مع المعلن اتسمت من بدايتها بالكذب والتضليل من جانب المعلن⁽⁴⁾.

وهذا ما يتفق مع المادة 1/182 ق م ج بأنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

(1) وقد نصت المادة 164 ق م ج على أنه: "يجبر المدين بعد أعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

المادة 353 ق م ج بأنه "إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

(2) المادة 2/166 ق م ج بأنه: "فإذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

كذلك المادة 170 ق م ج بأنه: "في الإلتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

(3) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 101. (=)

(=) المادة 176 ق م ج بأنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينياً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

(4) موفق حماد عبد: مرجع سابق، ص 87.

وتطبيقاً لذلك حكم محكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 5 نوفمبر 2008 من الدائرة المدنية، والتي ترجع وقائع هذه الدعوى أن زوجين قاما بالانتقال إلى لوكسمبورج لاستلام سيارة قاما بشرائها بعد رؤيتهم إعلاناً عنها من خلال موقع شركة تدعى SARL Occasion Angeloni على الانترنت، وعندما انتقلا إلى مقر الشركة وجدا أن موديل السيارة مختلف عن الذي تعاقد على شرائه في الانترنت، فأقاما دعوى تعويض على شركة أمام محكمة الكائنة في موطنهما وهي محكمة jurisdiction de proximité d'epernay التي طبقت قانون إمارة لوكسمبورج. وألزمت الشركة في حكمها الصادر في 13 ديسمبر 2005 بتعويض الزوجين بمبلغ 3434.66 يورو، وقامت الشركة بالطعن على الحكم بالنقض، لكن محكمة النقض رفضت ذلك، على أساس أن شركة لم تثبت أن زوجين كانا على علم بعدم مطابقة موديل السيارة المعروضة للبيع عن تلك التي قاما بالتعاقد عليها والمعلن عنها من خلال موقع الشركة على الانترنت، وأن قانون إمارة لوكسمبورج خاصة قانون المستهلك هو القانون واجب التطبيق على الواقعة: صفوان حمزة إبراهيم عيسى: مرجع سابق، ص 294.

سادسا) _ إذا شكل الإعلان عملا ضارا وفق نص المادة 124 ق م ج⁽¹⁾، فإنه يجوز الاستناد إلى الحماية التي توفرها دعوى المنافسة غير الشرعية، إلا أن هذه الدعوى غالبا ما يكون فيه المضرور هو التاجر لا المستهلك، وبالتالي فالمستهلك غير التاجر لا يستطيع الاستفادة من هذه الحماية⁽²⁾.

سابعا) _ جواز رفع دعوى ضمان العيوب الخفية: وذلك بإعمال نص المادة 379 ق م ج بأنه "يكون البائع ملزما للضمان إذا لم يشتمل المبيع على صفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها.

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه".

ومما سبق فالحماية المدنية تفترض من الناحية العملية، إذا كان المضرور مستهلكا وجود عقد مبرم بين المعلن والمضرور، كما أن دعوى المنافسة فهي توجه لحماية التاجر المضرور، عكس الحماية الجنائية التي توفر أكبر حماية للمستهلك من الإعلان المضلل⁽³⁾.

المطلب الثاني: حق المستهلك في الإعلام والتبصير في العقد الإلكتروني:

لقد أسس القانون قاعدة مفادها إعطاء الأشخاص حرية في التعاقد وجعل مبدأ سلطان الإرادة ركيزتها، فكان لابد من حماية هذا الإرادة خاصة الجانب الضعيف _ المستهلك _ عن طريق الإعلام والتبصرة لحماية الإرادته الحرة المستنيرة، لهدف تحقق التوازن العقدي والمعلوماتي بين أطراف العقد وخلق الثقة بين المتعاقدين حتى يعلم الطرف الضعيف حقيقة التصرفات التي يباشرها و كذا الطرف المتعامل معه.

ولذا سنوضح مفهوم الإلتزام بالإعلام والتبصير (الفرع الأول)، ثم الجزاءات عند الإخلال بهذا الإلتزام بإظهار الخيارات التي أعطيت للمستهلك في هذه الحالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإلتزام بالإعلام والتبصير:

يقدم فضاء الانترنت فرص للمستهلك للمقارنة والاختيار بين كل السلع والخدمات المتاحة، كما أن إحاطة المستهلك بالمعلومات الكافية يشكل عاملا من عوامل الشفافية، لذا كان على البائع التزام تزويد المستهلك ليس فقط بالمعلومات بل بأهمها وأكثرها تأثيرا في إرادته لتكوين عقيدة في نفسه، وعلى هذا الأساس فالإلتزام بالإعلام والتبصير هو من أبرز الحقوق التي تضمن إرادة حرة مستنيرة للمستهلك بحصوله على كافة المعلومات الواضحة وكاملة تسمح له بإصدار رضاء تام ومستنير بالتعقد.

لذا فإن سنتناول في هذا الفرع وسنسلط الضوء على تعريف الإلتزام بالإعلام الإلكتروني (أولا)، والشروط اللازمة توافره فيه (ثانيا)، أيضا مبررات إلزام المهني بهذا الحق (ثالثا)، كذلك محل الحق الإلتزام بالإعلام (رابعا)، وتمييز الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد مع الإلتزامات المشابهة (خامسا).

(1) تنص المادة 124 ق م ج بأنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

(2) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 191.

(3) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 191.

أولاً- تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني :

تعددت الألفاظ الفقهاء للدلالة على الالتزام قبل التعاقد وتباينت آراؤهم في ذلك فمن هذه الألفاظ الإدلاء بالبيانات والإخبار والإعلام والتبصرة والإفصاح، بل استخدم أكثر الفقهاء لفظ الإفضاء لأنه أكثر الألفاظ دلالة على الأمور الباطنية السرية التي يجهلها المستهلك بما يجعل الإفضاء بها واجبا له⁽¹⁾.

ويعرف هذا الالتزام بأنه "التزام سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بواسطة إلكترونية في الوقت المناسب، وبكل شفافية، وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة"⁽²⁾.

وبأنه "إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد، فهو إلتزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني بمقتضاه يبصر المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد سواء كان محل العقد سلعة أو خدمة، والتي يتخذ المستهلك _ بناء عليها _ قراره بإتمام التعاقد أو بالانصراف عنه"⁽³⁾.

وأیضا أنه "التزام قانوني سابق على إبرام العقد؛ يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية وتخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها إلى الطرف الآخر، بهدف أن يصدر الرضا صحيحا سليما من طرفي العقد"⁽⁴⁾.

وهذا الالتزام في عقود التجارة التقليدية، له ما يقابله في عقود التجارة الإلكترونية، إذ توجب بعض التشريعات على الشريكات عند قيامه بالإعلان عن منتجاتها من سلع وخدمات _ عبر الوسائط الإلكترونية مثل شبكة الانترنت _ أن تذكر البيانات الهامة للسلعة والخدمة المعلن عنها واستخداماتها التجارية وغير التجارية⁽⁵⁾.

(1) موفق حماد عبد: مرجع سابق، ص 91.

(2) عمران محمد السيد: الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، منتدى محامي سوريا، دون رقم الصفحة. www.alegar.net

(3) كوثر سعيد عدنان خالد: مرجع سابق، ص 276.

(4) صفوان حمزة إبراهيم عيسى: مرجع سابق، ص 296.

(5) عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية حمايتها القانونية، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 220.

_ في عقود الاستهلاك التقليدية يأتي تبصير المستهلك من خلال المعاينة للمبيع بالإطلاع عليه من جميع جوانبه، ثم ذكر المبيع وأوصافه في عقد البيع، وقد يأتي علم المستهلك من خلال الكتالوجات أو العينة التي يرسلها التاجر إليه، أما في عقود الاستهلاك الإلكترونية يتم التبصر من خلال الوسائل الحديثة مثل الكمبيوتر والانترنت، فمن خلال تلك الوسائل يتم عرض صور للسلع التي يريد المستهلك التعاقد بشأنها، ويضع التاجر على موقعه بجانب تلك الصور بيانات حول مكوناتها وطرق استخدامها ومدة صلاحيتها وما إلى ذلك، كما يضع بيانات حول شروط التعاقد من ثمن وشروط التسليم وشروط الوفاء بالثمن وإلى ذلك؛ كوثر سعيد عدنان خالد: مرجع سابق، ص 304.

_ والالتزام بالإعلام هنا يرتبط بعقود غير تقليدية، إذا أنه يرتبط بعقود إلكترونية عامة وبالتجارة الإلكترونية خاصة فإن الإعلام هنا، يتم بشكل إلكتروني وبوسائل مختلفة على سبيل مثال كأشرطة إعلانية في المواقع أو التي ترسل عبر خدمة البريد الإلكتروني، وهذا ما نص عليه المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية عندما نص في البند 15 من الفصل 25، بإلزام البائع أو مقدم الخدمة بتقديم المعلومات للمستهلك بطريقة إلكترونية بأنه: "يتعين توفير هذه المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

وعلى ضوء ما سبق نجد أن تعاريف تتفق على أن الالتزام يكون سابق على إبرام العقد الإلكتروني، حيث يلتزم المهني بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية التي تسمح للمستهلك بتكوين فكرة عن العقد ومحله؛ أما تعريف الأخير أعتبر أن الالتزام قانوني أي يجد سنده في قانون⁽¹⁾.

وهذا ما يؤكد المشرع الفرنسي بنصه صراحة على هذا الالتزام في المادة L111_1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 _ 92 الصادر بتاريخ 26 يوليو 1993، والتي جاء فيها أن "يجب على كل مهني بائع لسلع أو مقدم خدمات، قبل إبرام العقد، أن يمكن المستهلك من معرفة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة"⁽²⁾.
أيضا التوجيه الأوروبية 7/97 في المادة 1/4، حيث ألزمت المهني بإعلام المستهلك في وقت المناسب قبل إبرام العقد بكل المعلومات⁽³⁾.

⁽¹⁾ لقد تعددت الآراء حول أساس التزام التاجر المحترف بإعلام المستهلك قبل التعاقد، حيث اعتبر البعض أن أساس الإلتزام هو التزام البائع بالضمان، والبعض يرى أن الأساس هو التزام البائع تابع للإلتزام بالتسليم المبيع، وآخر هو ضمان سلامة المشتري خاصة في بعض العقود التي ينطوي تنفيذها على مخاطر، وأن الأساس هو نظرية عيوب الرضا، وأن الأساس هو مبدأ حسن النية، وأن الأساس هو القانون؛ خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 164.
_ وأن هذا التشتت حول الأساس القانوني لهذا الإلتزام قد أضعفه، ومنع من عموميته، وأن هذا الإلتزام هو التزام مستقل وضروري لضمان التوازن العقدي وضمان حسن التنفيذ أن البائع المهني منتجاً أو تاجر يلتزم بالإعلام المشتري بكل ما من شأنه أن يفيد في الانتفاع بالمبيع دون عائق؛ عمران محمد السيد: مرجع سابق، دون رقم الصفحة. www.alegar.net

⁽²⁾ L'article L.111-1 du code de la consommation : « Tout professionnel de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat , mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service », LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, JORF n°171 du 27 juillet 1993 page 10538.

_ كذلك عزز المشرع الفرنسي هذا الإلتزام في قوانين أخرى مثل:

La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) , IO_ nO 143 du 22 juin 2004 p 11168.

Ordonnance no 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services_ financiers auprès des consommateurs , J.O 7 juin 2005.

_ كذلك نص المادة 2 من القانون الفرنسي المؤرخ في 1994/08/04، والمسعى بقانون "توبون"، بضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني عن السلعة أو الخدمة المراد التعاقد بشأنها، وخاصة عند التعاقد عبر الأنترنت أو بوسيلة إلكترونية؛ بلحاج العربي: مرجع سابق، ص 34.

⁽³⁾ Article 4/1: « En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes » Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997, p 0019 – 0027.

كما جاء في توصيات منظمة التعاون والتنمية لسنة 2016، توصية 26 يجب على الشركات توفير المستهلكين المعلومات لاتخاذ قراراتهم عن الصفقات بأكثر من لغة؛ كما أوجبة في توصية 31 على الشركات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية بتقديم معلومات للمستهلكين تصف السلع أو الخدمات بشكل كافي لتسمح للمستهلكين لاتخاذ قرار مستنير بشأن الصفقة المحتملة؛ والتوصية 33 على شركات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية ينبغي لها أن توفر المعلومات الكافية عن الشروط والأحكام والتكاليف المرتبطة بصفقة لتمكين المستهلكين لاتخاذ قرار مستنير بشأن ذلك. كما تمكنه من القدرة على الوصول بسهولة إلى هذه المعلومات في أي مرحلة من مراحل الصفقة⁽¹⁾.

أما التشريعات العربية التي عاجلت حماية المستهلك في الجانب الإلكتروني، نجد على سبيل المثال القانون التونسي رقم 83_2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية، خاصة في المادة 25 وما بعدها من الباب الخامس الخاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية، نص على التزام البائع بأن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد عن كل جوانب العقد المراد إبرامه⁽²⁾.

وفي التشريع الجزائري فقد نصت المادة 1/17 من قانون 03_09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش "يجب على كل متدخل⁽³⁾ أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"⁽⁴⁾.

(1) « 26. Lorsque la transaction peut s'effectuer dans plus d'une langue, les entreprises devraient rendre disponible dans les langues en question l'ensemble des informations dont les consommateurs ont besoin pour prendre une décision éclairée quant à une éventuelle transaction. Toutes les informations faisant référence à des coûts devraient indiquer la monnaie utilisée, à moins que le contexte ne laisse aucun doute à ce sujet. (=)

(=) _ 31. Les entreprises qui prennent part au commerce électronique avec les consommateurs devraient fournir des informations décrivant les biens ou services offerts qui soient suffisantes pour permettre aux consommateurs de prendre une décision éclairée quant à une éventuelle transaction.

_ 33. Les entreprises qui prennent part au commerce électronique devraient fournir suffisamment d'informations sur les modalités, les conditions et les coûts associés à une transaction pour permettre aux consommateurs de prendre une décision éclairée quant à cette dernière. Les consommateurs devraient pouvoir accéder facilement à ces informations à toute étape de la transaction » ; La protection du consommateur dans le commerce électronique Recommandation de l'OCDE, 2016, op cit, p14 ,15.

(2) قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83_2000.

(3) وفق نص المادة 3 من قانون 03_09 بأنه: " المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك".

(4) ونص المادة 352 ق م ج بأنه: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش الباع".

كذلك ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 06_306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث أوجب المشرع الإعلام المسبق للمستهلك بشروط العقد من أجل تحقيق نزاهة وشفافية⁽¹⁾.

ثانياً) _ شروط الالتزام بالإعلام :

يلزم لوجود هذا الالتزام توافر شرطين :

أ) _ معرفة المدين (المهني) بالمعلومات :

لكي يتم فرض هذا الالتزام على عاتق المدين به، يجب أن يكون علماً بتلك البيانات أو المعلومات التي يلزمه المشرع للأفضاء بها، ولا شك أن مقدار المعلومات وأهميتها تختلف وفقاً لصفة المدين بالالتزام⁽²⁾.

ويقصد بعلم المحترف ليس فقط العلم بالبيانات والمعلومات للمنتج محل التعاقد، بل يجب أن يمتد علمه بأهمية البيانات والمعلومات وبدورها المؤثر والفعال في تكوين رضاء المستهلك⁽³⁾.

ب) _ جهل الدائن بالمعلومات :

جهل المشتري بالمعلومات المتعلقة بحقيقة المبيع، يثبت له الحق في العلم الكافي بهذه المعلومات عن طريق البائع وإلا كان للمشتري الحق في طلب الإبطال لعقد⁽⁴⁾.

وبصفة أدق فإن فرض الالتزام يرجع إلى الجهل المبرر لهذا الأخير ببعض المعلومات والبيانات الخاصة بالسلعة أو الخدمة المتعاقد عليها، وما كان يستطيع أن يحصل على تلك المعلومات بوسائله الخاصة، وذلك لأنه ليس من المقبول تكاسل المستهلك من جانبه ويكتفي بما يقدمه المهني من بيانات كان بإمكانه العلم بها لو بذل العناية الكافية⁽⁵⁾.

(1) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06_306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، السنة الثالثة والأربعين، الأثنين 18 شعبان عام 1427هـ الموافق 11 سبتمبر سنة 2006م، تنص بأنه: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك، والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

_ وتطبيقاً لذلك ما جاء في حكم صادر بتاريخ 30 مايو 2005 من محكمة استئناف مقاطعة الكبيك بكندا، بشأن دعوى كان الخصوم فيها شركة DELL للكمبيوتر، وأحد المستهلكين يدعى DEMOULIN وتدخل فيها اتحاد المستهلكين، قضت المحكمة بعدم حجية شروط البيع في مواجهة المستهلك لعدم علمه بها، فكانت وقائع القضية أن الشركة DELL قامت بطرح أجهزة للبيع، من خلال موقعها على الانترنت خلال المدة من 3 إلى 7 أبريل 2003، وفي 7 أبريل 2007 اكتشفت الشركة وجود خطأ في ثمن الأجهزة المعلن على الموقع، فمنعت دخول المتصفحين إلى موقعها حتى يتم تصحيح الخطأ، لكن أحد المستهلكين تمكن من الدخول وأصدر أمر الشراء بالسعر الوارد به خطأً، فما على الشركة إلا أن أرسلت إليه رسالة عبر البريد الإلكتروني توضح له الخطأ وأن يصدر أمر شراء جديد، لكن المستهلك قام بإنذار الشركة بتنفيذ العقد بالسعر المعلن قبل التعديل، والذي انعقد به العقد، دفعت الشركة بعدم اختصاص محكمة أول درجة لوجود شرط تحكيم وافق عليه المشتري، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع، وتم استئناف الحكم من جانب الشركة، لكن حكم الاستئناف أوردت محكمة الاستئناف أن شرط التحكيم الوارد في العقد كان مصاغاً بحروف صغيرة ولم يتم كتابته في أسفل خلال تصفحة، فضلاً على أن شرط البيع لم تكون خطوة يجب أن يمر بها المستهلك خلال تصفحة الموقع قبل إصدار أمر الشراء، ولم يرد هذا الشرط من خلال نافذة على صفحة العقد، ولذلك ارتأت المحكمة أن الشركة لم تثبت أن المستهلك كان على علم بهذا الشرط، وعلى فرض قيام المستهلك بقراءته، فإن الشروط لا تعطي معلومات كاملة عن شروط ومكان التحكيم؛ صفوان حمزة إبراهيم عيسى: مرجع سابق، ص 307، 308.

(2) بختيار صابر بايز: مرجع سابق، ص 37.

(3) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 165.

(4) عبد العزيز المرسي حمود: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دون ذكر بلد النشر، 2005، ص 87.

(5) بختيار صابر بايز: مرجع سابق، ص 38.

وعلى النحو السابق فإن التزام البائع بإعلام المشتري بالمعلومات المتعلقة بالمبيع لا يقوم إلا إذا ثبت عدم قدرة المشتري على الاحاطة بهذه المعلومات رغم بحثه واستعلامه عنها، فالالتزام بالإعلام يتوقف عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام⁽¹⁾.

ثالثاً - مبررات الحق في الإعلام الإلكتروني :

يرجع الفضل للقضاء الفرنسي في إكتشاف هذا الإلتزام، كما أن الفقه يعتبر وجود التزام بالإعلام يهدف إلى ضمان رضا سليم لدى المتعاقد الآخر، قبل من لا يستطيع الاستعلام، وكان من الطبيعي أن يقع هذا الإلتزام على عاتق المحترفين في علاقاتهم مع غير المحترفين أو المستهلكين، ليشكل إحدى مكونات التوازن العقدي المتعلق ليس فقط بالجودة والسعر، وإنما أيضا باستعمال الشيء أو المنتج، إضافة إلى الإلتزام العام ببعض البيانات الإلزامية⁽²⁾. كما أن الهدف من هذا الإلتزام هو تنوير إرادة المستهلك قبل إبرام العقد، كي يكون على بينة وعلم عن مدى ملائمة العقد المزمع إبرامه، لإشباع حاجياته التي يرمي إليها، وبذلك يجب أن تكون هذه المعلومات صادقة وكافية وذات طبيعة جوهرية، أي أن تكون شاملة لكل ما من شأنه أن يؤثر في قرار المستهلك حول الدخول في العقد، وعليه يقع على عاتق المزود الخدمات أو المهني التزام بإعلام المستهلك بكل بيان يهمه معرفته ويؤدي في حال علمه به إلى أن يغير رأيه في التعاقد⁽³⁾.

(1) عبد العزيز المرسي حمود: مرجع سابق، ص 88.

_ ولقد طرح الفقه تساؤل عما إذا كان يكفي من المستهلك أن يتخذ موقفا سلبيا فقط، وأن يكون في وضع المتلقي للمعلومة فحسب؟ فأجاب الفقه على ذلك بالنفي، إذ إن ترتيب التزام على عاتق التاجر المحترف لا يعني إن الطرف الآخر لا يلتزم بالمقابل بأي التزام، لأن ذلك يخلق بدوره نوعا جديدا من عدم التكافؤ ويلقي على عاتق التاجر التزاما مرهقا مفاده البحث عن المعلومات أيا كانت وتقدير أهميتها من وجهة نظر المستهلك وتقديمها له، حتى وأن كان هذا الأخير لا يهتم بها فعلا، ولعى هذا الأساس ومن أجل المحافظة على التوازن بين الطرفين يترتب على المستهلك التزام مقابل لالتزام التاجر بالإعلام أو التبصير، يتمثل بالالتزام بالاستعلام، بأن يسعى من جانبه إلى أن يحصل على معلومات من التاجر بالاستفسار عنها منه، ومع ذلك فإن الإلتزام بالاستعلام لا يحد من أهمية الإلتزام بالتبصير الذي يقع على عاتق التاجر المحترف ولاسيما في عقود التجارة الإلكترونية، إذ إن الإلتزام بالاستعلام تقل أهميته، كلما تفاوتت القدرة الفنية والمالية لأطراف العقد. ألاء يعقوب: الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق جامعة الهيرين، المجلد 14، العدد 8، بغداد، 2005، ص 93، 94.

(2) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 62.

(3) طارق كميل: مرجع سابق، ص 71.

_ والمستهلك الإلكتروني بدون شك أنه يتعاقد على أشياء ليست بين يديه ولا يلامسها أو يعاينها حقيقة، فقد لا يرى إلا صورها المتاحة عن بعد من خلال شاشة أجهزة الحاسوب، وقد لا يحصل إلا على معلومات وبيانات محدودة يتعمد المزود حصرها وعدم إتاحة غيرها للمستهلك، وهذا يبرر حماية المستهلك في نطاق هذه العقود ومساعدته حتى لا يقع فريسة للغش والاحتيال؛ هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمان المجالي: مرجع سابق، ص 27.

وبذلك يستند الالتزام بالإعلام إلى عدم كفاية الحماية التقليدية للإرادة العقدية من خلال نظرية عيوب الإرادة، لأن هناك كثير من العقود يحتاج فيها المتفاوض إلى حماية خاصة وفعالة بسبب طبيعة هذه العقود إما لأن أحد أطراف المتفاوض مهني محترف وإما لأن المتفاوض الآخر ليس على دراية تامة أو أن خبرته غير كافية بالشئ محل التعاقد أو بسبب جلة وحداثة محل العقد وتعقيد استعماله⁽¹⁾.

لأن عدم تساوي بين المتعاقدين في معلومات بشأن محل التعاقد، هو السبب تحقق عدم التوازن في العقد لاختلاف المراكز القانونية، فالطرف الضعيف هنا دائما معرض للإستغلال من طرف القوي صاحب الخبرة والمعرفة؛ وتزداد الحاجة في إبرام العقود الإلكترونية نظرا للخصوصية التي تتمتع بها في استعمال التاجر لأدوات الواب التي تستطيع الوصول إلى كل مكان، وتمارس تأثيرا يتجاوز الممارس بالأدوات التقليدية⁽²⁾.

كما تزداد أهمية الالتزام بالإعلام في مجال التجارة الإلكترونية، هو وقوع المستهلك تحت ضغوط كبير من الدعاية والإعلان التي قد ينخدع بها، وتدفعه للانخراط في هذا العقد، فيشتري أشياء هو ليس في حاجة إليها أو تزيد عن حاجته، لذلك يأتي الالتزام بالإعلام ليعيد التوازن إلى العلاقة العقدية ويحقق المساواة بين المتعاقدين في المعلومات ويجعل تعاقد المستهلك ناتجا عن إرادة مستنيرة واعية⁽³⁾.

رابعا_ مضمون (محل الحق) الالتزام بالإعلام :

ومن أجل هذه المبررات كان لا بد من تحقيق هدفين، هو المساواة في العلم بين المتعاقدين و إعادة التوازن العقدي، ولن يتأتي ذلك إلا بالالتزام بالإعلام الإلكتروني للمستهلك لإعادة هذه المساواة والتوازن، ويكون هذا: بإعلام المستهلك بشخصية البائع وكذلك وصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد.

(1) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 239.

_ استحالة العلم : وهذا يكون أما لعدم علم المستهلك بالبيانات العقدية اللازمة لإبرام العقد وهي تسمى الاستحالة الموضوعية . وقد ترجع إلى شخص المستهلك وتسمى الاستحالة الشخصية.

1_ الاستحالة الموضوعية: ويقصد بها تلك الحالات التي يستحيل فيها على المستهلك أن يحيط علما بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشئ محل العقد من حيث وضعه القانوني أو المادي أو طريقة استخدامه

زمن أهم صور الاستحالة الموضوعية في عقد البيع مثلا هو حيازة البائع أو المنتج للسلعة محل التعاقد بشكل لا يمكن معه المستهلك من معرفة خصائصه وأوصافها على نحو ينير بصيرته ويجعله في وضع يستطيع اتخاذ القرار بالتعاقد أو عدمه، كذلك تكون الإستحالة في عقود التي يتضمن محلها إعطاء شيء كما هو الحال في عقدي البيع والإيجار إذا يلتزم البائع والمؤجر بضمان التعرض والاستحقاق وكذلك ضمان العيوب الخفية.

وتزداد أهمية الالتزام بالإفضاء قبل التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية لأن محل العقد يكون في حيازة التاجر المحترف دائما إذ أن التعاقد يتم من خلال الوسيط الإلكتروني دون وجود الشئ محل العقد ومن ثم يستحيل علم المستهلك إلا ما يقدمه البائع المحترف من معلومات يفيضي بها له.

2_ الاستحالة الشخصية: وهي ترجع إلى شخص المستهلك لأسباب تتعلق به كونه عديم الدراية أو قليل الخبرة إلى حد الذي لا يمكنه الإحاطة بهذه المعلومات أو استعاب مضمونها بمفرده.

لكن ثار تساؤل إي معيار يجب اعتماده للاعتداد به لقياس الاستحالة: فالحقيقة يوجد معيارين، معيار الشخصي، الاتي إذ يؤدي إلى توفير قدر أكبر من الحماية للمستهلك إلا أن الأخذ به على إطلاقه قد يؤدي إلى كسل المستهلك في السعي لاكتساب القدر اللازم من المعلومات من خلال بذل جهد معقول في الاستعلام عنها. أما الأخذ بالمعيار الموضوعي يجعل التاجر المحترف في وضع سليم وذلك بإثبات علم الدائن بهذه (=) (=) المعلومات طبقا لمعيار الرجل العادي إلا أنه قد يؤدي إلى احتمال الإضرار بالطرف الآخر وهو المستهلك التي قد تمنعه ظروفه الخاصة من الاستعلام وهذا إجحاف بحقه في المعرفة والعلم اللازمين لتنوير رضائه لدى إقدامه على التعاقد؛ موفق حماد عبد: مرجع سابق، ص 101_103.

(2) عبد الرحمان خلفي: حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، المجلد 27(1)، 2013، ص 8.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد: مرجع سابق، ص 282.

أ_ تحديد شخصية البائع :

ويعتبر تحديد شخصية المهني في نطاق مبدأ حسن النية أن يعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة وقت أن يعرض عليه الإيجاب الإلكتروني⁽¹⁾.

فتحديد شخصية البائع من الضمانات التي تحمي المستهلك من التعرض للغش والاحتيال ناهيك على الأخطار التي تشكلها هذا المنتجات أو الخدمات، أيضا تحديد شخصية البائع يخلق في نفس المستهلك ثقة والأمان في اقتناء هذه السلعة أو الخدمة لمعرفة مصدرها من جهة، كذلك في حالة الضرر يسهل عليه تحديد شخصية البائع عند رفع دعواه، ومن جهة الدولة معرفة جهة المنتجة أو مقدمة الخدمة المخالفة إذا كانت داخل الوطن أو خارجه لتتخذ الإجراءات المناسبة لمتابعة المخالف.

فمن منطلق الحرص على ثقة وشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية الإلكترونية مع المستهلكين اتجهت أغلب التشريعات إلى وجوب التزام البائع بهذا الإلتزام عبر شبكة الانترنت، وذلك بذكر جميع المعلومات عنه حتى يكون المستهلك على بينة من أمره وعلى علم بمن يتعامل معه⁽²⁾.

المادة 3/5 من المرسوم التنفيذي رقم 90_366 المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها بأنه "يشمل وسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية على سبيل الإضافة:

3_ الإسم أو اسم الشركة، أو العلامة المسجلة وعنوان الشخص المسؤول عن صناعة المنتج أو توضيحه أو استيراده أو توزيعه"⁽³⁾.

والمادة 25 من قانون رقم 83 لسنة 2000 التونسي يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بأنه "يجب على البائع، في المعاملات التجارية الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية :

_ هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات، ... طبيعة وخصائص وسعر المنتج ...".

(1) أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص168.

(2) حوالف عبد الصمد: الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، العدد 15، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، 2016، ص126.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 90_366 مؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411 هـ الموافق 10 نوفمبر سنة 1990 يتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، الجريدة الرسمية، العدد 50، السنة السابعة والعشرون، الإربعاء 4 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق 21 نوفمبر سنة 1990م.

وفي القانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 _ 92 الصادر بتاريخ 26 يوليو 1993 المادة 18-121 L في أي عرض لبيع سلعة أو تقديم خدمة التي يتم إجراؤها مع المستهلك، يجب على التاجر أن يبين اسم العمل ورقم الهاتف وعنوان مكتبه، أو إذا كان المؤسسة مسؤولة عن العرض⁽¹⁾.

رقم 2004/575 الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 21 يونيو 2004، في المادة 19 ضرورة وجود بيانات إلزامية لإعلام المستهلك تقع على عاتق التاجر أو المهني في التعاملات الإلكترونية، وسواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وهذا من أجل تقديم معلومات واضحة للمستهلك الاحتمالي تتعلق بهويته (اسمه، محله التجاري، بريده الإلكتروني، رقم الهاتف، وقيد بالسجل التجاري...)⁽²⁾.

⁽¹⁾ Art. L. 121-18. « - Dans toute offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de services qui est faite à distance à un consommateur, le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise, ses coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de son siège et, si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre ». LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation.

_ أما قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 المعدل بموجب المرسوم 741 لسنة 2001، يلزم المزود أو مقدم الخدمة بتحديد شخصيته للمستهلك، وميزت بين ثلاثة حالات تبعا لمكان الموقع لشبكة الانترنت: فالمواقع الموجودة في فرنسا : يجب أن يتضمن العرض الموجود على الشاشة اسم المشروع، ورقم الهاتف، وعنوان مقره أو مقر المؤسسة المسئولة عن العرض، والعنوان الإلكتروني، وبيان مراسلاته وإصالاته المتصلة بأنشطته، حيث يجب أن تكون موقعة بإسمه وسجله التجاري؛ أما المواقع الموجودة في دولة عضو في الإتحاد الأوروبي: فقد وضعت التزامات مشددة على المورد بإعلام المستهلك، حيث يجب تزويده، في الوقت المناسب وقبل التعاقد، بالبيانات الآتية: شخص المورد وعنوانه، خاصة إذا كان العقد يقتضي الدفع المقدم، وينبغي في جميع الأحوال بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة الذي يمكن للمستهلك التوجه بطلباته إليه: المواقع الموجودة في دولة أجنبية: هنا يفضل الرجوع إلى قانون الوطني لتلك الدولة لإحتمال تطبيقه في مثل هذه القروض، وما قد يترتب على ذلك من مشاكل تنازع القوانين؛ محمد منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص119.

⁽²⁾ Article 19: « Sans préjudice des autres » obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :

1_ S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et , s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale .

2_ L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique , ainsi que son numéro de téléphone .

3_ Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social. (=)

(=) 4_ Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du code général des impôts, son numéro individuel d'identification .

5_ Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci .

6_ Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite». La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) , IO nO 143 du 22 juin 2004 p 11168.

أيضا ما جاءت به توصيات منظمة التعاون والتنمية لسنة 2016 في التوصية 29 بأنه ينبغي أن تشمل هذه المعلومات على اسم الشركة والاسم التجاري. العنوان الجغرافي لإنشاء الرئيسي، عنوان البريد الإلكتروني، ورقم الهاتف أو غيرها من المعلومات الاتصال الإلكترونية. المعلومات ذات الصلة المتعلقة اسم النطاق تحت الذي يسجل المواقع التي تروج أو المضيف المعاملات التجارية مع المستهلكين. وأي المعلومات ذات الصلة بشأن تسجيل أو ترخيص رسمي⁽¹⁾.

كما جاء في المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك للأمم المتحدة في 2016، بخصوص السياسات الوطنية لحماية المستهلك بند 14 _ ب " تقديم معلومات واضحة وفي أوانها تمكن المستهلكين من الاتصال بالمؤسسات التجارية بسهولة، وتمكن السلطات التنظيمية وتلك المختصة بإنفاذ القانون من تحديد هوية ومواقع تلك المؤسسات. وقد يشمل ذلك تقديم معلومات من قبيل ما يتعلق بهوية المؤسسة التجارية واسمها القانوني والاسم الذي تمارس أنشطتها تحته، وعنوانها الجغرافي الرئيسي، وموقعها الشبكي وبريدها الإلكتروني أو غير ذلك من وسائل الاتصال بها، ورقم هاتفها ورقمي تسجيلها أو رخصتها لدى الحكومة"⁽²⁾.

ب_ وصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد :

يلعب وصف المنتج أو خدمة وخصائصهما دور هام في تبصير المستهلك، ويجعله يقدم على التعاقد وهو مطمئن من عدم وجود غش أو خداع من قبل المزود، فالإعلام عن ثمن يجعل المستهلك على بينة من أمره، وتمكنه من التعاقد بناء على إمكانياته المادية مع الحرص على ألا يدفع في المبيع أكثر من قيمته الحقيقية، كما تنبع أهمية إعلام المستهلك بخصائص المبيع في التعاقد الذي يتم عن بعد، لعدم توفر إمكانية معاينة المستهلك للمبيع، ومن هنا جاءت أهمية الاهتمام بإعلام المستهلك وتبصيره في التعاقد الإلكتروني⁽³⁾.

وحق الإعلام بخصائص وصفات السلع والخدمات المعروضة، يعتبر جوهر فكرة الالتزام بالإعلام، لأن هذا الوصف قد يكون الباعث الرئيس لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية الغش والتقليد⁽⁴⁾. كما أضحى المستهلك في ظل العالم عرضت للتلاعب بمصلحه، فقد يلجأ المحترف إلى التغاضي عن سلامة وأمن المستهلك بتغييره بمزايا وهمية في المنتج المقدم فيعرض المستهلك إلى أخطار، مما يوجب البحث عن آليات حمايته، حيث أن الخطر الذي يتعرض له المستهلك في إطار التجارة الإلكترونية أكبر من الخطر في التجارة التقليدية لأن نطاق التجارة الإلكترونية أوسع وأخطر⁽⁵⁾.

وقد جاءت التشريعات لتنص على حق المستهلك في معرفة خصائص وصفات المنتجات أو الخدمات ليكون على بصير وهذا ما نصت عليه المادة 8 من قانون 02_04 بأنه "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار

(1) « 29. Parmi ces informations devraient figurer la raison sociale de l'entreprise et son nom commercial ; l'adresse géographique de son établissement principal, une adresse électronique, un numéro de téléphone ou d'autres coordonnées électroniques ; les informations pertinentes relatives au nom de domaine sous lequel sont enregistrés les sites web qui promeuvent ou accueillent les transactions commerciales avec les consommateurs » ; ainsi que toute information utile relative à un enregistrement ou une licence officiels. de l'OCDE, 2016, op cit, p14.

(2) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الأونكتاد، المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك لسنة 2016، مرجع سابق، ص 10.

(3) صفوان حمزة إبراهيم عيسى: مرجع سابق، ص 309.

(4) حوالف عبد الصمد: مرجع سابق، ص 126.

(5) زروق يوسف: حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، دفاتر السياسية والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، ص 138.

_غير أن في الواقع العملي ينبئ عن أن وصف المنتجات، أو بيان الخدمات الذي يتم في عرض الصادر عن المواقع التجارية عبر الانترنت يتسم بالإيجاز وعدم الدقة: أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص 165.

المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيفة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

وقد تناول المشرع حسب هذا النص أن على المهني أن يمد المستهلك بكل المعلومات الجوهرية الخاصة بالشيء محل البيع، مهما كانت الطريقة بشرط أن تكون الهدف منها إيصال المعلومة وتبصير للمستهلك.

كما أضاف المشرع إعلام المستهلك بعناصر وخصائص الخدمات، رغم أن الإعلام بالخدمات هو أمر أكثر صعوبة من ناحية تقديمه أو تقديره على السواء، لأنه غير مادي عكس المنتجات المادية لصعوبة ضمان اعلام مسبق عن درجة جودته، إلا أن المشرع على سبيل المثال اتخذ بعض إجراءات صارمة لضمان جودة أداة الخدمات منها تنظيمه لشروط الإلتحاق بالمهن التي تزاوّل تقديم الخدمات وشروط ممارستها⁽¹⁾.

أيضا ما جاء في المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك للأمم المتحدة في 2016، بخصوص مبادئ لممارسات تجارية سليمة بند 11_ ب/ج/د عندما عرف مصطلح "الإفصاح والشفافية" بأنه " (ب) ينبغي أن تقدم المؤسسات التجارية للمستهلكين معلومات كاملة ودقيقة وغير مضللة عن سلعتها وخدماتها وأحكامها وشروطها وما يسري من رسومها والتكاليف النهائية، وذلك لتمكينهم من اتخاذ قرارات مستنيرة، وينبغي أن تكفل المؤسسات التجارية تيسير الاطلاع على هذه المعلومات، وبخاصة الأحكام والشروط الرئيسية، أي كانت وسائل التكنولوجيا المستخدمة في ذلك؛

(ج) تقديم معلومات واضحة وفي أوانها عن السلع أو الخدمات التي تقدمها المؤسسات التجارية والأحكام والشروط التي تخضع لها المعاملات ذات الصلة؛

(د) وضع شروط تعاقدية واضحة ومقتضبة ويسيرة على الفهم وعادلة"⁽²⁾.

كذلك التوجيه 7/97 المادة 1/4_ ب بأنه " 1. ويجب على المستهلك الحصول على المعلومات التالية في الوقت

المناسب قبل إبرام أي عقد بعد :

(ب) الخصائص الرئيسية للسلعة أو الخدمة"⁽³⁾.

(ج) - أعلام باللغة الوطنية :

فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون 03_09 بأنه "يجب أن تحرر بيانات الموسم⁽⁴⁾ وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعددة محوها".

(1) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 81.

(2) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الأونكتاد، المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك لسنة 2016، مرجع سابق، ص 9.

(3) Article 4/1_b : « 1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes:

b) caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

(4) وفق نص المادة 3 من قانون 03_09 بأنه: "الموسم: كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها".

_ كما جاء في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 90_366 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها؛ والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 90_367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها.

ونجد هنا أن المشرع الجزائري لم يكتفي بإعلام المستهلك بالمعلومات الجوهرية فقط، بل أن يكون هذا الإعلام باللغة العربية لأنه أحوط وأضمن لوصول المعلومة للمستهلك وفهمها، فعدم فهم المستهلك لغة التي تقدم بها هذه المعلومات لا ينتج الالتزام بالإعلام أثره وبذلك لا ينفى الجهالة على المستهلك.

أيضا ما جاء في التشريع الفرنسي رقم 665_94 الصادر في أغسطس 1994 المسمى بالقانون *relative à l'emploi de la langue française*، أوجبت استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل وجود ترجمه لها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة وعلى وجه الخصوص في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة وتعيين نطاقه وما له من ضمان وكذلك طريقة التشغيل أو الاستعمال⁽¹⁾.

كما أن الإلتزام بإعلام المستهلك باللغة الوطنية خاصة عبر وسائل الإلكترونيّة، يكون من خلال وضع نوافذ للصفحات الخاصة بموقعه الإلكتروني بأكثر من لغة حسب الدول التي يقوم بتسويق منتجاته فيها، ويعتبر هذا الإلتزام من أشكال الحماية للمستهلك، كي يتسنى له فهم مضمون العقد الذي يريد أن يقدم عليه⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإلتزام يعتبر أكثر أهمية من الإلتزام بالإعلام في التعاقد التقليدي، وترجع هذه الأهمية لعدم التواء حقيقي بين أطراف التعاقد، دون أن يقوم المستهلك بمعاينة الشيء المتعاقد عليه معاينة حقيقية⁽³⁾.

خامسا) _ تمييز الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد مع الإلتزامات المشابهة :

أ_ الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد والإلتزام بتقديم المشورة الفنية أو النصح :

يتميز الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد عن الإلتزام بتقديم المشورة في أن الإلتزام الأول هو الإلتزام قانوني هدفه إعلام المستهلك بكافة البيانات الجوهرية المتصلة بالسلعة أو الخدمة، أما الإلتزام الثاني هو الإلتزام عقدي ينطوي على تقديم مشورة خاصة ومحددة بشأن مسألة أو مشكلة تواجهه كالمعلومات التقنية أو الفنية والتوجيهات التعليمية بكيفية استخدام السلعة أو الخدمة من قبل صاحب خبرة هو المهني (المحترف) في مجال معين كهندسة الكمبيوتر مثلا⁽⁴⁾.

وإلتزام واجب النصح يوقع على عاتق المحترف ليس فقط الإلتزام بإعلام المتعاقدة الآخر، وإنما يجب عليه أن يعرض عليه الحل الأوفق لمصلحه ليحثه أو يدفعه نحو موقف معين، مما يعني أنه يقع على عاتق المدين به الإلتزام يتجاوز مجرد الإعلام⁽⁵⁾.

كما يختلف الإلتزامين إذا كان محل العقد نصيحة معينة أو خدمة، كما هو الحال في الخدمات التي تقدمها المكاتب المتخصصة في الاستشارات القانونية أو الهندسية، فتكون هنا النصيحة محل للعقد والهدف منه، أما الإلتزام بالإعلام فيقصد به احاطة المتعاقد علما بظروف وملايسات العقد⁽⁶⁾.

(1) عمران محمد السيد: مرجع سابق. دون رقم الصفحة. www.alegar.net

(2) صفوان حمزة إبراهيم عيسى: مرجع سابق، ص 303.304.

(3) حوالمف عبد الصمد: مرجع سابق، ص 125.

(4) غازي خالد أبو عربي: حماية رضا المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 1، الجامعة الأردنية، 2009، ص 189.

_ فالإلتزام بالإعلام لا يحتاج إلى عقد يقرره بل يلتزم به البائع قبل إبرام العقد وهدفه علم الموجه إليه بالعناصر والشروط الجوهرية التي يتم على أساسها التعاقد بعكس الإلتزام بتقديم النصح أو المشورة الذي يستلزم وجود اتفاق خاص يقرره: عمران محمد السيد: مرجع سابق، دون رقم الصفحة. www.alegar.net

(5) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 73.

(6) عبد الفتاح بيومي حجازي: مرجع سابق، ص 223.

أضف إلى ذلك أن التزام بتقديم مشورة أو النصح هو التزام يتطلب بذل عناية أكبر أي بتحقيق نتيجة في سبيل تقديم مشورة محددة وواضحة تساعد من تقدم له على اتخاذ قرار حاسم بشأن مسألة أو مشكلة معينة⁽¹⁾. كما أن الالتزام بالإعلام يلتزم به البائع في العقود الإلكترونية، سواء كان البائع محترفاً أو غير محترف، أما الالتزام بتقديم النصح أو المشورة فلا يلتزم به إلا من تم الاتفاق معه من أهل الخبرة و المعرفة، كما أن النصح قد يدخل في إطار الالتزام بالإعلام، ولا يجب الفصل بينهما دائماً وأبداً⁽²⁾.

ب_ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام بالتحذير :

ويتميز الالتزام بالإعلام بأنه ينصب على إعلام المستهلك بكافة البيانات الضرورية المتصلة بالسلعة أو الخدمة محل عقد الاستهلاك، بينما التزام بالتحذير ينصب بشكل رئيس على البيانات والمعلومات المتصلة بالصفة الخطرة للسلعة أو الخدمة محل العقد بما يحقق ضماناً لسلامة المستهلك، وهذا لا يتنافى مع نطاق الالتزام بالإعلام بأن هذا الالتزام يشمل من بين عناصره في المرحلة السابقة على التعاقد التزاماً بالتحذير في بعض جوانبه⁽³⁾. كما يذهب القضاء إلى اعتبار المسؤولية في حالة عدم التزام المحترف الصانع أو المنتج بواجب التحذير، تقوم مسؤوليته العقدية، وهو أمر يصعب فهمه، بالنظر إلى أن الصانع لا يربطه بالمستهلك النهائي أية علاقة تعاقدية، لذلك اقترح البعض تجاوز التمييز المعروف بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، والقول بوجود مسؤولية مهنية⁽⁴⁾.

ج_ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام التعاقدية بالإعلام :

يعترف الفقه في أن التمييز بين الالتزامين، يواجهه صعوبة في وضع حدود فاصلة بينهم لا يمكن رسمها بوضوح، أن لم يكن هذا التحديد مستحيلاً⁽⁵⁾؛ رغم ما قد توحىه التسمية الخاصة بكل منهما من فروق ظاهرة⁽⁶⁾. إلا أن ذلك لا ينفي أن ثمة مظاهر للتباين فيما بينهم، فمن حيث وقت النشأة، ينشأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مرحلة السابقة عن تكوين العقد وإبرامه، ويهدف إلى تنوير رضاء المتعاقد الذي تقدم إليه المعلومات ويستطيع من خلالها إبرام العقد من عدمه، بخلاف الالتزام بالإعلام التعاقدية، الذي ينشأ وينفذ في مرحلة لاحقة لإبرام العقد، وبالتالي هو التزام تعاقدية غاية منه حسن تنفيذ العقد⁽⁷⁾. ولعل الاختلاف في هذين الالتزامين يبرز بجلاء في نطاق المسؤولية عند الإخلال بهما، فالإخلال بموجب الإعلام قبل التعاقدية يؤدي إلى نشوء مسؤولية تقصيرية أما الإخلال بالإعلام التعاقدية فيرتب مسؤولية عقدية ناشئة مباشرة عن الإخلال بتنفيذ عقد الاستهلاك، ويتقيد هذا الأمر بعدم إبرام اتفاقات تمهيدية لمرحلة ما قبل التعاقد بحيث أن

(1) غازي خالد أبو عرابي: مرجع سابق، ص 189.

(2) عمران محمد السيد: مرجع سابق، دون رقم الصفحة. www.alegar.net

(3) عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى: مرجع سابق، ص 19.

_ الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام هو التزام واحد يتسع نطاقه ليشمل عناصر ثلاثة هي: الادلاء بالبيانات والتحذير والنصح، وهذا لا يعني بالضرورة ان هذا الالتزام بعناصره كاملة في كافة العقود وإنما يكون كذلك بشأن العقود التي تتميز بتعدد محلها او خطورته كعقد الاستهلاك المنصب على بيع لأجهزة وبرامج معلوماتية مختلفة؛ عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى: مرجع سابق، ص 19.

(4) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 70.

(5) عمر خالد زريقات: مرجع سابق، ص 340.

(6) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 63.

(7) غازي خالد أبو عرابي: مرجع سابق، ص 190.

_ فالالتزام بالإعلام التعاقدية ينشأ بمناسبة كل عقد على حدى وتكون الغاية منه حسن تنفيذ العقد ومن حيث أساس نجد أن الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت يجد أساسه في المبادئ العامة في القانون كمبدأ حسن النية؛ عمران محمد السيد: مرجع سابق، دون رقم الصفحة. www.alegar.net

الإخلال بها يرتب مسؤولية عقدية مرتبطة بعقد آخر يتعلق بمفاوضات سابقة على إبرام عقد الاستهلاك لا بعقد الاستهلاك ذاته⁽¹⁾.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بإعلام وتبصير:

اختلف الفقه حول طبيعة هذا الإلتزام مما يرتب عليه آثار قانونية مختلفة، ويرجع هذا الاختلاف إلى أساس الإلتزام.

كما يعتبر موضوع الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والجزاء المترتب عليه من المواضيع بالغة الأهمية وذلك في غياب النصوص القانونية التي تنص على الجزاء المدني المترتب على هذا الإخلال والاكتفاء بالعقوبات عليه فقط، مما دفع الفقه إلى إعمال القواعد العامة.

أولاً: الاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية:

ذهب بعض الفقه بأن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام هي مسؤولية تقصيرية، لأنه يعتبر الإلتزام بالإعلام التزاماً غير عقدي، مستقل عن العقد ويجب الوفاء به قبل تكوين العقد، ويستند أنصار هذا الرأي إلى أنه ليس من المقبول أن نعتبره التزاماً عقدياً بالرغم من ميلاده ونشأته في مرحلة سابقة على ميلاد العقد الذي هو مصدر الإلتزام⁽²⁾.

كما يستند أيضاً إلى أن الأمر يتعلق بخطأ ارتكبه المتعاقد خارج إطار تنفيذ العقد، وبالتالي يخضع لنص المادة 1382 ق م ف، حيث اتجه القضاء أحياناً إلى الحكم بالتعويض استناداً إلى هذا النص تنمة لحكم بالإبطال للغلط أو التديس، وفي أحيان أخرى إلى الحكم بالتعويض حتى في غياب أي حكم بالإبطال للعيين السابقين⁽³⁾.

رغم هذا فإن التمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية، يتطلب من المستهلك أن يثبت توافر أركانها، وأول هذه الأركان هو خطأ التاجر المحترف، وإثبات هذا الخطأ ليس بالأمر اليسير حينما يتعلق بالإخلال بمبدأ حسن النية لدى التاجر المحترف، إذ يتعين على المستهلك أن يثبت أن التاجر المحترف لم يقدم له معلومات معينة وفي نفس الوقت أن يثبت أهمية هذه المعلومات وتأثيرها المباشر على قراره في الإقدام على إبرام العقد⁽⁴⁾، في حين يختلف الأمر في حال النص على هذا الإلتزام قانوناً وتحديد ما ينبغي على التاجر المحترف تقديمه من بيانات، فإن هذا يسهل على المستهلك

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى: مرجع سابق، ص 18.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد: مرجع سابق، ص 284.

– وفيما يخص المسؤولية المدنية فقد تباينة الآراء الفقهية بشأن تحديد نوع المسؤولية، فجاناب أعتبر أن المسؤولية الملقاة على المهني هي مسؤولية عقدية تستند إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد، ومؤداه وجود خطأ مفترض يتعلق بالإخلال بالاتفاق الضمني بالضمان بين العاقدين، وعدم قيامهما بما يعوق إبرام العقد الأصلي، وبالتالي فإن إخلال المهني بالتزامه الأصلي بالإعلام الإلكتروني قامت المسؤولية على أساس الخطأ المفترض: عصام عبد الفتاح مطر: التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 343.

– كما يمكن الرجوع على التاجر الإلكتروني حسب القواعد المسؤولية التعاقدية استناداً على وجود عقد سابق على هذا العقد الأصلي، وأن العقد السابق هو عقد ضمان مفترض قبل التعاقد. عبد الرحمان خلفي: مرجع سابق، ص 9.

– ولقد أكد القضاء الفرنسي والمصري مند القدم على قيام المسؤولية التقصيرية عن الأخطاء السابقة على التعاقد ونفي الطبيعة العقدية عن تلك الأخطاء؛ عبد العزيز المرسي حمود: مرجع سابق، ص 152.

(3) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 63.

(4) ويرى أن القضاء الفرنسي يميل إلى إضفاء الطابع الشخصي على الخطأ التقصيري من خلال التمييز بين البائع المهني والبائع غير المهني، إذ يكتفي بمجرد الامتناع البسيط أو مجرد عن إعلام المشتري من جانب البائع المهني للقول بمسؤوليته وإلزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق المشتري دون أن يكلف هذا الأخير بإثبات خطأ في جانب البائع المهني حيث تقوم قرينة لصالح المشتري أن البائع المهني يعلم بالبيانات المطلوبة المتعلقة بالمبيع وتأثيرها على رضا المشتري وهي تلك القرينة التي يطلق عليها الفقه المعاصر "قرينة تشبيه البائع المهني بالبائع سئ النية" وهذا بخلاف الحال بالنسبة للبائع غير المهني حيث يتعين على المشتري إثبات خطئه: عبد العزيز المرسي حمود: مرجع سابق، ص 158.

في الإثبات خطأ التاجر، إذا ما عليه إلا إثبات عدم قيام هذا الأخير بتقديم المعلومات إليه أو تقديمها ناقصة أو غير صحيحة، فإذا تكاملت أركان المسؤولية من خطأ وضرر والعلاقة السببية ثبت حق المستهلك بالتعويض⁽¹⁾.
ومن ثم يثبت للمستهلك الحق في التعويض عن الاضرار التي أصابته بسبب إخلال البائع بالتزامه وفق هذه المسؤولية، سواء كانت المطالبة بالتعويض جزاء تكميليا مصاحبا لبطلان العقد أم كانت جزاء أصليا عن خطأ البائع في الفترة السابقة على التعاقد⁽²⁾.

ثانيا: الاستناد إلى نظرية عيوب الرضا، وخاصة التدليس والغلط :

وجانب فسر اخلال بهذا الإلتزام، بأنه يؤدي إلى تعيب إرادة المستهلك عديم الخبرة، إي استنادا إلى عيوب الرضا، مما يسمح له بالمطالبة بفسخ العقد، أو المطالبة بإبطاله إذا وقع في غلط أو تدليس⁽³⁾.
ولإثبات توافر شروط نقض العقد، ليس بالأمر اليسير فإذا أراد أن يثبت وقوعه في غلط معين عليه أن يثبت إن التاجر كذلك وقع في نفس الغلط أو أنه كان من السهل عليه أن يتبين وجوده⁽⁴⁾.
وهذا ما جاء في نص المادة 2/82 ق م ج بأنه: "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".
وإذا توافرت شروط الغلط يحق للمستهلك ابطال العقد، وفق ما جاء في نص المادة 83 ق م ج بأنه "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

أيضا يرى البعض أن الإلتزام قد يرد ضمن نصوص العقد كما هو الحال في القانون الفرنسي، فإن الإخلال بهذا الإلتزام يؤدي إلى فسخ العقد على أساس المسؤولية العقدية، في حالة ما إذا وقع المستهلك في غلط أو تدليس تمت مباشرته ضد هذا المستهلك، فضلا عن ذلك، يملك المستهلك الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض عن هذه الأضرار متى كان لهذا التعويض مقتضى⁽⁵⁾.

(1) ألاء يعقوب: مرجع سابق، ص 98.

(2) عبد العزيز المرسي حمود: مرجع سابق، ص 152.

(3) عبد الرحمان خلفي: مرجع سابق، ص 9.

_ المادة 81 ق م ج بأنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

المادة 1/82 و3 ق م ج بأنه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

_ فقد نصت المادة 101 ق م ج بأنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، ...".

(4) ألاء يعقوب: مرجع سابق، ص 99.

_ ويرى الأستاذ عمران محمد السيد أن المطالبة بإبطال العقد بسبب الغلط، هو سبب موجود ومتوافر في حالة الإخلال بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني خاصة وأن أحد المتعاقدين محترف والأخر عديم الخبرة، كما أن الإخلال بهذا الإلتزام يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس في ثبوت اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر؛ عمران محمد السيد: مرجع سابق، دون رقم الصفحة.

(5) صفوان حمز إبراهيم عيسى: مرجع سابق، ص 306.

وذهبت المحاكم الفرنسية في بعض الحالات إلى اعتبار عدم القيام بالإعلام بتدليس، يؤدي إلى بطلان العقد استنادا لنص المادة 1116 ق م ف، إذ أجاز في منتصف هذا القرن قيام التدليس بمجرد الكتمان⁽¹⁾، حيث أعتبر كتمان المتعاقد لواقعة أو ملاحظة كان من الواجب عليه الإفضاء بها يعتبر تدليس، ومن شروط الكتمان التدليسي أن يكون عمديا، وأن يكون دافعا إلى التعاقد، بحيث لو علم المتعاقد بالواقعة أو الملاحظة التي كتبت لما أبرم العقد⁽²⁾. وترجع العلة في تقرير وصف فعل بأنه تدليس لأن المنتج أو المهني يملك المعلومات المتصلة بالعقد بسبب وظيفته وخبرته ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يجهل واقعة معينة أو حتى يجهل أهميتها للمتعاقد الآخر الذي يرغب في التعاقد معه⁽³⁾.

ثالثا: تطبيقا لنظرية العيوب الخفية (مسؤولية عقدية):

ويستند هذا الرأي إلى بعض الأحكام القضائية، على أساس أن العيب يكون هنا خفيا ورغم ذلك لم يكشف عنه البائع للمستهلك قبل إبرام العقد الأمر الذي جعل الضمان جزاء لعدم القيام بالإعلام، بما يتيح من خيار طلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن، إضافة إلى حقه في التعويض، وبذلك تكون هنا المسؤولية عقدية⁽⁴⁾. وجانب جعل الرجوع على التاجر الإلكتروني يرجع إلى قواعد المسؤولية العقدية، استنادا على وجود عقد سابق على هذا العقد الأصلي، وأن العقد السابق يعتبر عقد ضمان مفترض قبل التعاقد، كما يمكن الرجوع عليه بقواعد المسؤولية التقصيرية والمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم إعلامه على نحو سليم⁽⁵⁾. رابعا: وجوب توافر حسن النية في تنفيذ العقود:

يرى جانب من الفقه أن أساس هذا الإلتزام، إنما هو مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العلاقة العقدية ليس فقط في مرحلة تنفيذها، وإنما في مرحلة التفاوض بشأنها، كما أن القضاء الفرنسي يقضي بأن هذا الإلتزام له طبيعة تعاقدية حتى لو كنا في مرحلة تكوين العقد، وهو يسند إلى حسن النية الذي يوجد في مرحلة تنفيذ العقد⁽⁶⁾.

(1) ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في نص المادة 2/86 ق م ج بأنه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".

_ ولقد نقل المشرع الجزائري ومن قبله المشرع المصري الإلتزام القضائي الفرنسي بإعتبار عدم القيام بالإعلام بتدليس، في نص المادتين: 2/86 و125. ويعتبر الأستاذ محمد بودالي أن الأخذ بهذا الاجتهاد يشكل أعترافا غير مباشر من قبل المشرع بالإلتزام بالإعلام في قانوننا، ويفتح المجال للمتعاقد المضور للمطالبة بإبطال العقد، والتعويض معا، كل ذلك مع افتراض أن الإخلال بهذا الإلتزام وقع في مرحلة إبرام العقد لا تنفيذه، ويجعلنا بصدد مسؤولية تقصيرية لا عقدية: محمد بودالي: مرجع سابق، ص 64-66.

(2) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 64.

_ المادة 86 ق م ج بأنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

(3) عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الإلكتروني _ ماهية، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 342.

(4) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 65.

_ ويرى أصحاب هذا الرأي، أن المسؤولية العقدية تتسع في حالات أخرى لتشمل أخطاء سابقة على إبرام العقد لكن أثار الخطأ ارتد على العقد نفسه، فالفعل وأن كان سابقا على التعاقد إلا أن آثاره ونتائجه لا تظهر إلا بعد إبرام العقد، مثل ضمان العيوب الخفية. كوثر سعيد عدنان خالد: مرجع سابق، ص 284.

(5) عبد الرحمان خلفي: مرجع سابق، ص 9.

(6) كوثر سعيد عدنان خالد: مرجع سابق، ص 284، 285.

ويعتمد هذا الرأي على تطبيق القواعد العامة القاضية بوجود توافر حسن النية في تنفيذ العقود الواردة في نص المادة 3/1134 ق م ف، غير أنهم تراجعوا عن هذا الأساس باعتبارهم أن مبدأ حسن النية مبدأ غير محدد في القانون، حتى يمكن اعتباره مصدرا مباشرا للالتزام بالإعلام⁽¹⁾.

الخلاصة :

من خلال دراستنا تطرقنا لبعض أوجه الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني، ولخصوصية التعاقد الذي يتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة، حيث تتم بين غائبين وبسرعة لا تستغرق سوى ضغط على زر معين يفيد القبول ويرم العقد على أساسها، مما قد يعرض المستهلك لمخاطر الغش والاحتيال نتيجة عدم التوازن العلمي بينه وبين العون الاقتصادي باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

الأمر الذي يدعو إلى إضفاء حماية أكبر لسلامة وصحة إرادة المستهلك، بتقديم معلومات كافية وصحيحة له لتمكنه من تكوين قناعة من أجل التعاقد.

وعلى ضوء ما سبق توصلنا إلى بعض التصورات التالي :

– أن المشرع الجزائري حتى الآن لم ينظم التجارة الإلكترونية بعكس بعض الدول العربية من كان له سبق في ذلك مثل تونس والإمارات المتحدة العربية وغيرها، مما انعكس أثرها على الحماية المستهلك الإلكتروني.

لذا كان على المشرع الجزائري أن لا يكتفي بالحماية المستهلك الإلكتروني من خلال القواعد العامة، بل يعدل في قانون حماية المستهلك ويضيف حماية أكثر خاصة للمستهلك الإلكتروني من الدعاية المضللة والمعلومات التي يستقيها من المهني وليس له وسيلة للتأكد مما يقدمه هذا الأخير سوى ما يظهر له على شاشة الكمبيوتر أو الهاتف النقال وغيره من الوسائل الأخرى.

– كذلك يجب أن يكون الجزاء واضحا وصرحيا في المسائل المدنية مثلما هو في المسائل الجزائية، والنص على اعتبار العون الاقتصادي يفترض فيه الخطأ لعدم نزاهة إعلاناته أو عدم تقديمه معلومات صحيحة وكافية للمستهلك، مما يفرض عليه أن يثبت عكس ذلك، ويسهل على المستهلك بأخذ حقه بدلا من انشغال هذا الأخير بالإثبات ذلك.

– وفي الأخير نجد أن القضاء والفقه اختلف في إسناد الجزاء عند الإخلال بالالتزامين السابقين على أساس قانوني واحد، ناهيك على صعوبة التي تواجه المستهلك في إثبات إي أساس قانوني ليأخذ حقه وفقها.

✓ **لائحة المصادر والمراجع :**

❖ **كتب :**

– أبو العلا على أبو العلا النمر: المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، نصر، 2004.

– أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

– بتول صراوة عبادي: التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

– أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت من 1_3 مايو 2000م، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2004.

– بلحاج العربي: الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010.

(1) محمد بودالي: مرجع سابق، ص 65.

- _ خالد ممدوح إبراهيم : إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- _ خالد ممدوح إبراهيم : حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- _ شريف محمد غنام: التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- _ صفوان حمزة إبراهيم عيسى: الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- _ عبد العزيز المرسي حمود : الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دون ذكر بلد النشر، 2005.
- _ عبد الفتاح بيومي حجازي : التجارة الإلكترونية حمايتها القانونية، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- _ عبد الله ذيب محمود : حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- _ عمر خالد زريقات : عقد التجارة الإلكترونية_ عقد البيع عبر الانترنت_ دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- _ عصام عبد الفتاح مطر: التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- _ عصام عبد الفتاح مطر: التحكيم الإلكتروني _ ماهية، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- _ فاتن حسين حوى : الوجيز في القانون حماية المستهلك (دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد "إلكترونيا")، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- _ كوثر سعيد عدنان خالد: حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص162_166.
- _ محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
- _ موفق حماد عبد : الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.
- _ هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمان المجالي: حماية المستهلك في العقود الإلكترونية (دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون السعودي)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2015، ص76.
- ❖ المقالات والبحوث :
- _ ألاء يعقوب: الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق جامعة النهريين، المجلد14، العدد8، بغداد، 2005، ص93،94.
- _ بختيار صابر بايز: الحماية الوقائية للمستهلك من الاعلانات التجارية الخادعة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة العراق، العراق، 2012.
- _ حوالف عبد الصمد: الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 15، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، 2016.

_ زروق يوسف: حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، دفاتر السياسية والقانون، العدد التاسع، جوان 2013.

_ طارق كميل: حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، مجلد 5، العدد 5، بدون سنة النشر.

_ عبد الرحمان خلفي: حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، المجلد 27(1)، 2013، ص 8.

_ عبد الله عبد الكريم عبد الله، فاتن حسين حوى: حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع والتطبيق "القانون اللبناني نموذجاً"، الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع واليات التطبيق، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية - مجلس وزراء العدل العرب - جامعة الدول العربية، لبنان، 2_4 حزيران / يونيو 2004.

_ عمران محمد السيد: الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، منتدى محامي سوريا، دون رقم الصفحة. www.alegar.net

_ غازي خالد أبو عرابي: حماية رضا المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 1، الجامعة الأردنية، 2009.

❖ المصادر:

_ مرسوم تنفيذي رقم 90_39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 هـ الموافق ل 30 يناير 1990 والمتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 05، السنة السابعة والعشرين، الإربعاء 4 رجب عام 1410 هـ الموافق 31 يناير سنة 1990م، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01_315 المؤرخ في 28 رجب عام 1422 الموافق ل 16 أكتوبر لسنة 2001، الجريدة الرسمية، العدد 61، السنة الثامنة والثلاثون، الأحد 4 شعبان عام 1422 هـ الموافق 21 أكتوبر سنة 2001م.

_ مرسوم تنفيذي رقم 90_366 مؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411 هـ الموافق 10 نوفمبر سنة 1990 يتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، الجريدة الرسمية، العدد 50، السنة السابعة والعشرون، الإربعاء 4 جمادي الأولى عام 1411 هـ الموافق 21 نوفمبر سنة 1990م.

_ قانون رقم 04_02 مؤرخ في 5 جمادي الأول عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، 9 جمادي الأولى عام 1425 هـ، الموافق 27 يونيو سنة 2004م.

_ القانون رقم 05_10 المؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 21 لسنة 2008.

_ المرسوم التنفيذي رقم 06_306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، السنة الثالثة والأربعين، الإثنين 18 شعبان عام 1427 هـ الموافق 11 سبتمبر سنة 2006م.

_ القانون رقم 09_03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، 11 ربيع الأول عام 1430م الموافق 8 مارس سنة 2009م.

_ LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, JORF n°171 du 27 juillet 1993 page 10538.

_ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet. 2000.

_ La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) , IO nO 143 du 22 juin 2004 p 11168

_La protection du consommateur dans le commerce électronique Recommandation de l'OCDE, 2016 .

أنواع الدعاوي العقارية

– دعوى طرد محتل بدون سند قانوني نموذجاً –



ذ. عبد اللطيف أكدي - باحث بسلك الدكتوراه

جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق - طنجة

مقدمة :

مما لا شك فيه أن العقد هو تلك الرابطة القانونية بين شخصين أو أكثر، وإن المشرع المغربي نجده قد حدا حدو العديد من التشريعات المقارنة فيما يتعلق بإعطاء تعريف للعقد إذ نجده لم يعمل على تحديد تعريف للعقد وإنما اكتفى بتحديد أركانه وشروطه وذلك من خلال الباب الأول من قانون الالتزامات والعقود¹، ونجد أن المشرع المدني الفرنسي عمل على تعريف العقد في مادته 1101 من القانون المدني الفرنسي بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه، شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه"، ويقوم قانون العقود على العبارات اللاتينية والتي ما مفادها أن العقد هو شريعة المتعاقدين و إذا ما تم الإخلال بالعقد فإن القانون يقدم ما يعرف بالتدابير القضائية للتعامل مع ذلك، ونجد أنه تكون العقود أحيانا مكتوبة والتي تعمل على تحديد وبتفصيل ووضوح ما تم الاتفاق عليه، مثلما هو الحال بالنسبة لعقد البيع والهبة و المقايضة والملكية والشركة والقرض... الخ، إلا أن النسبة الغالبة من العقود تكون شفوية مثلما هو الحال عند شراء كتاب أو فنجان من القهوة... الخ.

والعقد عند الفقيه السنهوري هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه وعند الفقيه مأمون الكزبري هو " توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو تعديله أو نقله " ².

¹ - ظهير شريف 09 رمضان 1331 موافق ل 13 غشت 1913 كما تم تنميته وتعديله .

² - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات والعقود في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1968، ص 30.

ويعتبر عقد الكراء من العقود التي حظيت باهتمام تشريعي كبير منقطع النظير، بالنظر لأهميته الاقتصادية والاجتماعية ولارتباطه بفئة واسعة من المواطنين، الذين أعوزتهم الوسائل المادية الكافية سواء للحصول على سكن لائق أو محل مناسب لمزاولة نشاطهم سواء التجاري أو الحرفي أو ما في حكمه لكسب قوتهم اليومي.

وعقد الكراء يعتبر من العقود الذي بموجبه يمنح احد الطرفين للآخر، الانتفاع بمال منقول أو عقار خلال مدة معينة، بمقابل يلتزم الطرف الثاني بالدفع لقيمتها المادية أو غير المادية حسب صك الالتزام الرابط بينهما، وأكد المشرع المغربي في حالة عدم التزام الطرف المكتري للوفاء بالتزاماته تجاه الطرف المكري بعدما يسلك هذا الأخير لجميع الإجراءات المسطرية الكفيلة بمقاضات الطرف المكتري قصد إخلائه للعين المكترة أو المستعملة من طرفه، الأمر الذي يجعل المكتري يوجد فيما يسمى بالاحتلال بدون سند قانوني للعين المكترة، والاحتلال هو وضع اليد من دون موجب مشروع وقانوني على العقار.

ونجد أن بعض التشريعات العربية - مصر و لبنان و سوريا - تنعت الاحتلال بالغصب بحيث أكدت على أنه كل اعتداء أو إكراه مادي أو معنوي من الغير بقصد سلب الحيازة من صاحبها، والاحتلال بصفة عامة ما هو إلا صورة من صور الاعتداء على الحقوق المترتبة لصاحب الملكية العقارية الثابتة¹، والشخص المحتل هو كل شخص يضعه ويصنفه القانون ضمن خانة المعتصب لحق الملكية بدون سند قانوني وبدون رضى صاحبها الأمر الذي سيحدث لا محالة ضررا لصاحب الحق.

وعليه فلدراسة الموضوع لا بد من التطرق للإشكال الجوهرى المطروح والذي ينصب نفسه كأحد المراحل الجوهرية التي تجب الإجابة عنها والتوقف عندها، والذي يتمحور حول الإطار العام والفلسفة العامة التي نهجها المشرع المغربي في أولا حماية حق الملكية العقارية وثانيا العمل على سن توجه قانوني وجاد بغية العمل على طرد الشخص المحتل للعقارات بدون سند مشروع وقانوني، هذا ما سيدفعنا حتما لطرح بعض التساؤلات الفرعية بخصوصه والمتجلية في:

- كيف عالج المشرع المغربي الدعوى العقارية؟ وكيف قام بتصنيفها؟

- ما هي دعوى طرد المحتل؟ وما هي الجهة المخولة بالبث فيها؟

للإجابة على هاته الإشكالية وغيرها تبين لنا معالجة الموضوع بنوع من الدقة وعدم الغوص أكثر في بعض التعاريف والتحليل الفقهي وإنما العمل قدر الإمكان على تناوله من الناحية التطبيقية الصرفة باعتباره من المواضيع التقنية الدقيقة، هذا ما جعلني اعلم على الإبحار فيه، من خلال العمل على تبيان التأصيل القانوني العام للدعوى العقارية وأنواعها كمبحث أول على أن نتناول دعوى طرد محتل بدون سند قانوني في مبحث ثاني.

¹ - مدونة الأستاذ عبدالعزيز أبو عجاج مدونة قانونية مصرية يشرف على تحريرها الأستاذ عبدالعزيز أبو عجاج المحامي : موقع :

المبحث الأول: التأسيس القانوني للدعوى العقارية وأنواعها.

في معرض حديثنا عن التأسيس العام للدعوى العقارية لابد من التأكيد على أنه وبعد استقرارنا لنصوص بعض القوانين وخاصة منها قانون المسطرة المدنية لم نجد تعريفا خاصا للدعوى اللهم قانون المسطرة المدنية الفرنسي الذي جاء في فصلة الثلاثون " أن الدعوى هي حق صاحب ادعاء ليستمع له في موضوع هذا الادعاء وذلك من أجل قبوله أو رفضه من طرف القاضي " ، وعليه يتبين لنا من خلاله أن نتطرق للمفهوم الشامل للعقار كمطلب أول على أن نعالج الدعوى العقارية ومختلف أنواعها في المطلب الثاني .

المطلب الأول: الإطار العام للعقار في التشريع المغربي :

بالرجوع لقانون 07/14 المتتم والمميز لمقتضيات ظهير 19 رجب 1333 الموافق ل 02 يونيو 1915 المتعلق بالتحفيظ العقاري¹، نجد أنه لم يتعرض لمفهوم العقار² وإنما اكتفى في فصله الخامس لتعداد أنواعه بحيث جعلها عقارات بالطبيعة وعقارات بالتخصيص و عقارات بحسب ما تنسحب عليه .

بالتالي وعند رجوعنا لتعريف فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أنه هناك اختلاف في تناول العقار بحث نجد فقهاء المالكية اعتبروا أن العقار هو كل شيء لا يمكن نقله أبدا ، أو لا يمكن نقله إلا بتغيير هيأته ، وهذا يعني أن كلمة عقار كما تطلق على الأرض ، تطلق كذلك على الأشجار و الأبنية وكما يتصل بهما معا مما لا يمكن نقله إلا بتغيير هيأته³ . وفي هذا الجانب يقول الفقيه التسولي - شارح التحفة - في باب البيع " أن الأصول هي الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر " ⁴ .

ثم نجد جانب آخر من الفقهاء والذي يمثله فقهاء باقي المذاهب غير المذهب المالكي والذين اعتبروا أن العقار هو كل شيء لا يمكن نقله أبدا ، وهذا يعني أن كلمة العقار لا تنطبق إلا على الأرض ، وما عداها فهو منقول لأن المنقول حسب هذا المذهب هو كل ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر كالمباني والنقود والملابس ، أما الأشجار والبناء فلا تسمى عقارات لأنها يمكن نقلها⁵ .

¹ - ظهير شريف رقم 1.11.117 صادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 07/14 المغير والمتتم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري .

² - للإشارة فإن التعريف يبقى حكرا على الاجتهاد القضائي وليس من اختصاص التشريع القانوني .

³ - الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي ، للدكتور محمد بن معجوز ، ص 23 - طبعة دار النجاح الجديدة ، البيضاء ، 1419 - 1999 ، الطبعة الثانية ، يرجع في هذا الشأن كذلك إلى مؤلف ابراهيم بحماني " تنفيذ الأحكام العقارية " ، الصفحة 27 مطبعة النجاح الجديدة ، 1422 هـ - 2001 م ، الطبعة الأولى .

⁴ - البيهجة في شرح التحفة ، لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي ، الجزء الثاني ، الصفحة 15 دار المعرفة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1418 هـ 1998 م .

⁵ - الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي لابن معجوز ص 23 طبعة دار النجاح الجديدة 1419 - 1999 م الطبعة الثانية .

- فنجد عند الحنفية أن العقار هو ما لا يحتمل النقل والتحويل¹، وقيل ما له أصل ثابت مثل الأرض والدار والنخل والشجر²، فمثلا الحجر من الدار إذا تهدمت يصبح مالا منقولاً ونفس الشيء بالنسبة للشجر في حالة زواله عن الأرض³.

من جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري في مادته 683 من القانون المدني والتي تنص " كل شيء مستقر بجزئه وثابت فيه لولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " .

من جانب آخر نجد أن الفقيه عبدالرزاق السنهوري عرف العقار بكونه " كل شيء مستقر بجزئه ثابت فيه ، ولا يمكن نقله منه دون تلف " ، وعن الفقيه مامون الكزبري هو " الشيء المعد في الأصل لأن يبقى مستقرا في حيزه ثابتا فيه لا ينقل منه إلا استثناء ويتطلب نقله في أغلب الأحيان استعمال وسائل تقنية خاصة لا تتوفر عادة إلا لدى الأخصائيين "

المطلب الثاني : الدعوى العقارية وأنواعها :

تنقسم الدعوى العقارية بشكل عام إلى دعاوي ملكية ودعاوي حيازة :

فدعاوي الملكية هي التي ترمي إلى حماية أصل حق الملكية العقارية ، أو بصورة أعم تهدف إلى المحافظة على أصل الحق العيني الوارد على العقار .

ودعاوي الحيازة هي التي تحمي الحيازة الظاهرة فحسب ولا تتعلق بالملكية أو الحق العيني ، والحيازة " حالة واقعية تتمثل في حبس شيء ومباشرة نفس التصرفات من استعمال واستغلال بطريقة خاصة كالتالي يتصرف بها المالك الحقيقي " .

ولقيام الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في القوانين الوضعية وكدليل على الملكية في الفقه الإسلامي والتي جاءت باختصار في لامية الزقاق " يد نسبة طول كعشرة أشهر وفعل بلا خصم بها الملك يجتلي " بالتالي فيجب توافر الشروط التالية :

- 1- وضع اليد على الشيء .
- 2- التصرف في الشيء تصرف المالك .
- 3- نسبة الشيء إلى المتصرف .
- 4- استمرار الحيازة مدة طويلة دون انقطاع .
- 5- عدم وجود منازعة في الحيازة .
- 6- ألا يكون وضع اليد لسبب غير مشروع .

¹ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكساني ، الجزء 7 ص 216 دار الفكر للطباعة والتوزيع ، بيروت الطبعة الأولى 1917 - 1996 م .

² - القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ، تأليف سعدي أبو حبيب ص 257 دار الفكر بيروت الطبعة الثانية 1408 هـ 1988 م .

³ - محاضرات الأستاذ بخنيف أستاذ القانون العقاري بكلية الحقوق فاس .

وينبغي التمييز بين الحيابة بالمعنى السابق أعلاه ، والحيابة بمعنى السيطرة المادية المحضة المجردة من نية التملك وهي التي تعرف بالحيابة العرضية ، كحيابة الوكيل أو المستأجر و المستعير و المرتهن و الحارس و الخادم .

ودعاوي الحيابة المعروفة هي : منع التعرض ووقف الأعمال الجديدة و استرداد الحيابة .

وبشكل عام فالدعاوي العقارية هي كل دعوى ترمي إلى حماية حق من الحقوق العينية العقارية¹ ومنها :

- 1 - دعوى الاستحقاق للعقار التي يرفعها المالك لتثبيت حقه و استرداد العقار من حائزه الذي ترمى له عليه .
- 2 - دعوى تثبيت حق من الحقوق العينية العقارية المتفرعة عن الملكية ، كالانتفاع الواقع على العقار والسطحية ، والارتفاق ، أو حق من الحقوق العينية التبعية كالرهن العقاري و الرهن الرسمي والامتياز الواقع على عقار .
- 3 - دعوى قسمة الأموال العقارية سواء كانت قسمة بنية نهائية أو كانت استغلالية غير نهائية .
- 4 - دعوى منع التعرض بحق من الحقوق المذكورة والتي يرفعها المالك على ما يدعي له على عقاره حقا من هذه الحقوق .
- 5 - دعاوي الحيابة التي تحمي وضع اليد كمظهر للملكية والتي اعتبارها في حكم الدعاوي العقارية .

المبحث الثاني : دعوى طرد محتل بدون سند قانوني .

إن دعوى الحيابة هي دعوى مكن المشرع بها الحائز من درء التعرض لحيابته دون النظر إلى ملكيته فهي حق للحائز ، وتكون خاصة بالحقوق العينية العقارية الجائز التعامل عليها والقابلة للحيابة والتملك ، والغصب الذي يعيب الحيابة هو كل اعتداء أو إكراه مادي أو معنوي من الغير بقصد سلب الحيابة .

مما يبين منه أن دعوى الطرد للغصب يبقى الغرض منها حماية الحق في استعمال الشيء واستغلاله باسترداده من واضع اليد عليه بغير حق سواء كان وضع يده بغير سند أو كان بسبب قانوني ثم زال السبب واستمر واضعاً يده عليه .

وعليه فعندما نريد دراسة هذا الموضوع إلا ويغمرنا فضول كبير يتعلق بالرغبة الملحة في معرفة هاته الدعوى والتعمق في معانيها بشكل دقيق ، نظرا لقلة الكتابات التي عملت وقامت بدراسة هذا الموضوع بنوع من الإسهاب والتفصيل بالتالي فلدراسة دعوى طرد محتل بدون سند قانوني آثرنا التركيز قدر المستطاع على مجمل الشروط الواجب توافرها من أجل ممارستها سواء شروط منها شكلية أو موضوعية كمطلب أول على أن نخلص في نهاية بحثنا هذا للآثار الناتجة عن رفع هذه الدعوى والتي بطبيعة الحال سنعالجها في المطلب الثاني .

¹ - ذ/ العلوي عبداللوي ، القانون القضائي الخاص ، الطبعة الأولى الجزء الثاني الصفحة 113 .

المطلب الأول: شروط رفع دعوى طرد محتل بدون سند قانوني .

رغم أن الفصل 149 من م م م لم ينص صراحة على اختصاص قاضي المستعجلات بخصوص دعوى طرد واضع اليد على عقار بدون سند قانوني بخلاف قانون المسطرة المدنية الفرنسية الذي أعطى لقاضي المستعجلات في الفصلين 809 و 849 بالاختصاص بالنظر في طلبات إرجاع الحالة لرفع ضرر وشيك الوقوع أو لجعل حد لكل تعرض غير مشروع .

لكن القضاء المغربي قد درج منذ أمد طويل على اعتبار قاضي المستعجلات مختصا لجعل حد لكل استيلاء غير مشروع انطلاقا من فكرة أن وضع اليد على عقار بدون سند قانوني يكتسي بحد ذاته صيغة الاستعجال .

وكثيرا ما يرجع للقضاء المستعجل للبحث في حالات من هذا النوع وتثبت واقعة الاحتلال بغير سند متى أقيم الدليل على أن واضع اليد يجوز العين أصلا بغير صفة أو حق قانوني كالمغتصب أو على أنه كان يجوزها أصلا بسبب قانوني ثم انتهى هذا السبب بالاتفاق أو بحكم من القضاء ورغم ذلك استمر واضعا يده على العين كحالة الوصي أو القيم الذي يستمر في وضع اليد على أموال القاصر والمحجوز عليه رغم رفع الوصاية أو القوامة كما المستأجر الذي يستمر في حيازة العين بعد انتهاء الإيجار أو بعد تحقق الشروط الفاسخ الصريح أو بعد الحكم بفسخ العقد أو بطلانه من محكمة الموضوع وكالمشتري أو الراسي عليه المزداد الذي يستمر في حيازة العين المبيعة .

وبهذا المعنى ورد في أحد القرارات الصادرة عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى¹ " أن قاضي الأمور المستعجلة مختص بطرد من يحتل عقارا محظا دون أن يكون مسجلا برسمه العقاري كمالك ولو استظهر بعقد أو بأية وثيقة أخرى ترمي إلى تملكه ما دام العقد لم يسجل بعد في الرسم العقاري " .

بالتالي فإذا كان القضاء الاستعجالي هو المختص بالنظر في مثل هاته الدعاوي على اعتبارها من الدعاوي التي تعرف تطورا ونموا متزايدا وسريعا نظرا لما يعرفه المجتمع من أزمات سواء منها الاقتصادية أو الاجتماعية الأمر الذي يتطلب من رافع هاته الدعوى أن يحترم بعض الشروط الضرورية في رفعه لها و هاته الشروط منها شروط موضوعية ومنها شروط شكلية :

فللحديث عن الشروط الموضوعية نجد أن الفصلين 149 و 152 من م م م والذي يستشف منهما أن المشرع المغربي أكد على ضرورة توافر شرطين أولهما الاستعجال والذي من خلال تصفحي وتفحصي لمجمل النصوص القانونية لم أجد له أي تعريف قانوني محض وإنما اقتصر الأمر على الاجتهاد القضائي و بعض التعاريف الفقهية لبعض الفقهاء والذين عملوا على تبيان تعريفه بحيث نجد أن ذ/ عبدالكريم الطالب عرفه بكونه الخطر الحقيقي الملق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيله² .

¹ - قرار المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا عدد 688 بتاريخ 1978/10/04 في الملف المدني 942 مجلة المحاماة سنة 1979 .

² - ذ/ عبدالكريم الطالب " الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية " طبعة 2013 أحال بخصوصه على : محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل و محمد فاروق

راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، نشر عالم الكتب القاهرة ، الطبعة السادسة ف 14 ، ص 30 .

ثم نجد البعض الآخر يعرفه بكونه " قيام خطر حقيقي يخشى فوات الوقت وحدوث ضرر لا يمكن تلافيه إذا رجع المدعي لدرئته إلى القضاء العادي ، وطبقت لذلك المسطرة العادية من استدعاء الخصوم أمام المحكمة والتحقيق وإصدار الأحكام وسلوك طرق الطعن العادية بشأنها " ¹ .

ثم نجد منشور لوزارة العدل رقم 283 بتاريخ 02 مارس 1966 والذي ينص على ما يلي : " قاضي المستعجلات يكون مختصا بصفة عامة كلما اكتسبت القضية صفة الاستعجال ، ومعنى هذا أنه لا يكون مختصا في حالة عدم قيام الاستعجال " ² .

لكن وبالرغم من أهمية عنصر الاستعجال فإن قبول الدعوى المستعجلة والتي تدخل ضمنها لا محالة دعوى طرد محتل بدون سند قانوني فيلزم ثانيا توافر عنصر موضوعي جد مهم والمتعلق بشرط عدم المساس بجوهر النزاع ³ ، والذي اختلف في تعريفه كذلك الفقهاء بحيث نجد البعض عرفه بكونه " كل ما يمس بالمركز القانوني للخصوم ، كأن يقضي في أصل الحقوق والالتزامات والاتفاقات التي تتم بين الأطراف " ⁴ ، كما أنه في نظر البعض الآخر " كل ما من شأنه أن يمس بالسبب القانوني المحدد لحقوق والتزامات الأطراف بعضهم تجاه بعض " ⁵ .

وبالموازاة مع الشروط الموضوعية هناك شروط شكلية لا بد من توافرها واحترامها من أجل رفع دعوى طرد محتل بدون سند قانوني أمام القضاء الاستعجالي بصفة صحيحة وكاملة ولا تخلوها أية شائبة اللهم إن كان رافع هذه الدعوى سيتجه نحو القضاء العادي ، وفي حالة إتباعه للمسطرة الاستعجالية يجب الحرص على التطبيق السليم للفصلين 150 و 151 من قانون المسطرة المدنية والذين عملا على تبيان كافة الشروط الشكلية وبتفصيل ⁶ .

وعليه فبعد استيفاء رافع الدعوى لكافة الشروط سواء منها الموضوعية أو الشكلية آنذاك تصبح دعوى طرد محتل قائمة بذاتها ويمكن أن يتقدم المتضرر للسيد رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها محل النزاع ، ونجد أن دعوى طرد محتل هناك من اعتبرها من الدعاوي الاستعجالية المحضمة باعتبارها تعالج أمر مستعجل ووقتي ولا تمس جوهر النزاع و هناك من اعتبرها من الدعاوي العادية ما دام الأمر يتعلق باعتداء على ملكية العقار ، وعلل أصحاب هذا التوجه

¹ - ذ/ عبداللطيف هداية الله القضاء المستعجل في القانون المغربي " مطبعة النجاح الجديدة طبعة 1998 .

² - أشير إليه من طرف ذ/ عبداللطيف هداية الله ، مرجع سابق .

³ - مقال منشور بموقع www.marocdroit.com محمد رياض "الإفراغ للاحتلال في إطار القضاء الاستعجالي على ضوء القانون والاجتهاد القضائي .

⁴ - محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة نشر عالم الكتب القاهرة ، الطبعة السادسة ف 14 ص 40 و 41 .

⁵ - عبدالواحد الجري ، تعقيب على رد اتجاهات في العمل القضائي الاستعجالي للرئيس الأول ، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي ، عدد 16 ابريل 1986 ، ص 37 وما يليها .

⁶ - ينص الفصل 150 من م م م على "يمكن أن يقدم الطلب في غير الأيام والساعات المعينة للقضاء المستعجل في حالة الاستعجال القسوى سواء إلى قاضي المستعجلات أو إلى مقر المحكمة وقبل التقييد في سجل كتابة الضبط أو ولو بموطنه، ويعين القاضي فوراً اليوم والساعة التي ينظر فيها الطلب، يمكن له أن يبت حتى في أيام الأحاد وأيام العطل " و الفصل 151 " يأمر القاضي باستدعاء الطرف المدعى عليه طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصول 37، 38، 39 عدا إذا كانت هناك حالة الاستعجال القسوى " .

بأمر استعالي والذي قضى بما يلي " وحيث أنه وإن كان من المتفق عليه فقها أن وجود نصوص خاصة تتعلق ببعض الدعاوى كالفصل 166 وما بعده من ق م م لا يمنع من إقامة دعاوى استعجالية لحماية الحقوق مؤقتا فإن ذلك مشروط بوجود حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق " ¹ .

المطلب الثاني: آثار رفع دعوى طرد محتل بدون سند قانوني .

تبقى دعوى طرد محتل من دعاوى أصل الحق يستهدف بها رافعها أن يحمي حقه في استعمال الشيء و استغلاله فيسترده ممن وضع اليد عليه بغير حق سواء أكان قد وضع اليد بسبب قانوني ثم زال هذا السبب و استمر واضعاً اليد وهي بذلك تختلف عن دعوى استرداد الحيازة التي يرفعها الحائز حتى ولو لم يكن صاحب الحق الذي كانت له حيازة قائمة وقت الاعتداء ثم اعتدى على حيازته بغير رضاه فانتزعت منه خفية أو بالقوة .

بالتالي فللحديث عن هذه الدعوى إلا ويتبادر للذهن أن هناك في غالب الأحيان طرفين المدعي وهو مالك الأصل المتنازع حوله والمدعى عليه وهو الشخص الذي يوجد في حالة غضب واحتلال لهذا الملك ، بالتالي فدعوى طرد محتل تنجم عنها قطعاً آثاراً قانونية صرفة تتعلق برفع الدعوى أي صاحب الحق المغتصب والمدعى عليه مغتصب هذا الحق المملوك للغير أو محتله ، وعليه تبين لنا معالجة مختلف آثار هذه الدعوى بشقين بحيث نتناول الآثار بالنسبة للمدعي ثم نعرض للحديث عن الآثار بالنسبة للمدعى عليه :

• الآثار المترتبة عن رفع دعوى طرد محتل بدون سند قانوني بالنسبة للمدعي :

إنه في دعوى طرد محتل بدون سند قانوني يبقى رافع الدعوى وفي حالة إثباته للملكية أو لحيازة الشيء المدعى عليه ، وخلوه من كل الشوائب والمنازعات القانونية وكذا إثباته للعلاقة الرابطة بينه وبين المدعى عليه أي المحتل وسبب احتلال هذا الأخير للملك وعدم وجود رابطة قانونية بينهما ، فإنه تبقى النتيجة الحتمية هي حصول المدعي على الشيء المتنازع حوله و إرجاع حق الملكية لصاحبها ، هذا مع اعتبار أن المحتل يقوم باستغلال واستعمال الشيء بدون وجه حق .

• الآثار المترتبة عن رفع دعوى طرد محتل بدون سند قانوني بالنسبة للمدعى عليه :

مما لا شك فيه أن دعوى طرد محتل بدون سند قانوني وفي حالة وجود المدعى عليه في حالة احتلال وغصب واستغلال لحق ليس له فيه أية علاقة سواء منها العلاقة القانونية أو الاتفاقية إلا وينتج عنه أثر قانوني له من الأهمية بمكان في إرجاع الحالة لما كانت عليه في بداية استعماله له وطرده من العقار الذي يحتله بدون سند قانوني وإرجاعه لصاحب الحق فيه ، هذا طبعاً يلزم ضرورة توفر المدعي لوثائق وحجج قوية تثبت ملكيته للعقار المحتل ، وعدم توفر المدعى عليه لأية سندات تثبت بقاءه في استعمال واستغلال هذا الملك ، وعليه فالنتيجة الحتمية بالنسبة للمدعى عليه هي طرده وإفراغه من الخلل المتنازع حوله ، أما إذا كانت للمدعى عليه حجج وبراهين تثبت سبب تواجد الخلل وغيابها لدى المدعي فإن المدعى عليه يستمر في تواجده بقوة القانون ولا يعتبر آنذاك محتلاً وغاصباً للحق .

¹ - أمر استعجالي عدد 87/86 بتاريخ 1986/05/29 في الملف المستعجل عدد 86/50 صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتازة ومنشور بمجلة المعيار عدد 11 ص

وختاما فكما سبق وذكرت فإن دعوى طرد محتل من الدعاوي التي تعرف تزايدا مرتفعا في عددها نظرا لما يعتري مجال العقار من قصور تشريعي، وما الدليل على ذلك كون المشرع المغربي سارع في سن ترسانة قانونية تعنى بالمجال العقاري وذلك عبر إخراج قانون رقم 67/12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكترى للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، وكذا قانون عدد 16/49 والمتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي أضف إلى ذلك القانون رقم 08/39 المتعلق بالحقوق العينية وغيرها من القوانين العاملة على حماية العقار من تعسف الغير عليه.

وعند بسطنا للموضوع تبين لنا أنه هناك غموض من حيث الجهة المختصة في النظر لدعوى طرد محتل فتارة نجد أن البعض يؤكد على اختصاص القضاء المستعجل مع تأكيد أصحاب هذا النهج على ضرورة توفر عنصر الاستعجال وعدم المساس بالجوهر، وتارة أخرى نجد أن البعض الآخر يؤكد على أن الاختصاص يعود للقضاء العادي والذي يعرف طول مسطرة التقاضي وأصحاب هذا الدفع يؤيدون طرحهم هذا بكون دعوى طرد محتل من الدعاوي العقارية التي تنصب على ملكية وحيازة العقار بالتالي فهي من الدعاوي العقارية العادية التي تبقى من اختصاص القضاء العادي، ومن جهتنا نجد أن أصحاب الرأيين هما على حق فما دامت الدعوى تتضمن عنصري الاستعجال وعدم المساس بالجوهر فهي من اختصاص القضاء الاستعجالي وعند عدم وجود هذين الشرطين فالقضاء العادي يبقى هو صاحب الولاية، إلا أننا نجد أنفسنا مجبرين على جعل هذا النقاش والاختلاف هو محط دراسات ودراسات من أجل تحديد الجهة المختصة بشكل واضح ولا يكتفه الغموض الأمر الذي يجعل المشرع مطالب بوضع حد فاصل للموضوع هذا الموازنة مع دراسات الباحثين والفقهاء وكذا رجال القضاء في إثارة هذا الطرح والعمل قدر المستطاع على تجاوزه.

✓ المراجع :

- ظهير شريف 09 رمضان 1331 الموافق ل 13 غشت 1913 كما تم تنميته وتعديله.
- مامون الكزبري، نظرية الالتزامات والعقود في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1968، ص 30.
- مدونة الأستاذ عبدالعزيز أبو عجاج مدونة قانونية مصرية يشرف على تحريرها الأستاذ عبدالعزيز أبو عجاج الحامي: موقع abdelazizagag.blogspot.com/2014/09/blog-post_63.html?m=1
- ظهير شريف رقم 1.11.117 صادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 07/14 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.
- الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، للدكتور محمد بن معجوز، ص 23 - طبعة دار النجاح الجديدة، البيضاء، 1419 - 1999، الطبعة الثانية، يرجع في هذا الشأن كذلك إلى مؤلف ابراهيم بحماني " تنفيذ الأحكام العقارية"، الصفحة 27 مطبعة النجاح الجديدة، 1422 هـ - 2001 م، الطبعة الأولى.
- البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي، الجزء الثاني، الصفحة 15 دار المعرفة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1418 هـ 1998 م.

- الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي لابن معجوز ص 23 طبعة دار النجاح الجديدة 1419 – 1999 م الطبعة الثانية.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكساني، الجزء 7 ص 216 دار الفكر للطباعة والتوزيع، بيروت الطبعة الأولى 1917 – 1996 م.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، تأليف سعدي أبو حبيب ص 257 دار الفكر بيروت الطبعة الثانية 1408 هـ 1988 م.
- محاضرات الأستاذ بخنيف أستاذ القانون العقاري بكلية الحقوق فاس.
- د/ العلوي عبداللوي، القانون القضائي الخاص، الطبعة الأولى الجزء الثاني الصفحة 113.
- قرار المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا عدد 688 بتاريخ 1978/10/04 في الملف المدني 942 مجلة المحاماة سنة 1979.
- د/ عبدالكريم الطالب " الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية " طبعة 2013 أحال بخصوصه على : محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، نشر عالم الكتب القاهرة، الطبعة السادسة ف 14، ص 30.
- د/ عبداللطيف هداية الله القضاء المستعجل في القانون المغربي " مطبعة النجاح الجديدة طبعة 1998.
- مقال منشور بموقع www.marocdroit.com محمد رياض " الإفراغ للاحتلال في إطار القضاء الاستعجالي على ضوء القانون والاجتهاد القضائي .
- محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة نشر عالم الكتب القاهرة، الطبعة السادسة ف 14 ص 40 و 41.
- عبدالواحد الجراري، تعقيب على رد اتجاهات في العمل القضائي الاستعجالي للرئيس الأول، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 16 ابريل 1986، ص 37 وما يليها.
- أمر استعجالي عدد 87/86 بتاريخ 1986/05/29 في الملف المستعجل عدد 86/50 صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتازة ومنشور بمجلة المعيار عدد 11 ص 87 .

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
ردمد : 2336-0615