

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 61 : نونبر 2017

✓ مع مواهب العدد 61 : نونبر 2017 :

- تقاضي الأقليات المسلمة أمام قضاء الغير.
- نماذج من الدلالات الفقهية للأمثال العربية.
- تعايش مؤسسة الحيازة ونظام السجل العيني.
- مشكل حبس المدين في القانون الفلسطيني.
- الرقابة على الإدارة في الظروف الاستثنائية.
- إعداد الأطروحة الجامعية : لماذا ؟ وكيف ؟

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام الفكري الموائم (ققون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

المجلة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصلوا بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلقسية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- تتبعنا بالمجلة

العدد الواحد والستون : نونبر 2017

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي 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 : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الواحد والستون : لشهر نونبر 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 61 لشهر نونبر 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الدلالات الفقهية للأمثال العربية - نماذج مختارة : الدكتور مصطفى مؤيد حميد الرفاعي ، أستاذ بكلية التربية

للبنات ، قسم علوم القرآن ، والتربية الإسلامية ، تخصص فقه مقارن ، الجامعة العراقية في بغداد.....06

3. تقاضي الأقليات المسلمة أمام قضاء غير المسلمين والخضوع لأحكامهم : الدكتور محمد إكيح : باحث في قضايا

الأسرة ، أستاذ زائر بالمعهد العالي للقضاء ، المملكة المغربية.....36

4. مؤسسة الحياة ونظام السجل العيني ، حتمية الصدام وفرص التعايش - دراسة تحليلية مقارنة : الدكتور

عمر خضر يونس سعد ، أستاذ القانون المدني المساعد ، الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين.....44

5. حبس المدين في القانون الفلسطيني : الدكتور مصطفى أحمد دياب شويح ، محاضر جامعي بكلية الشريعة

والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين.....62

6. الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري : الدكتور بلعلياء محمد

مختص في الشريعة والقانون وأستاذ محاضر بجامعة تلمسان-الجزائر.....83

7. إعداد أطروحة جامعية : لماذا ؟ وكيف ؟ : يونس مليح ، باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا - المملكة المغربية.....94

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الواحد والستين لشهر نونبر 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين كدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد،
نضع بين أيديكم العدد الواحد والستين من مجلة الفقه والقانون الدولي، وقد شهد والله
الحمد المزيد من التواصل مع خيرة من الباحثين من مختلف أنحاء العالم، من العراق
وفلسطين والجزائر والمغرب، وقد ناقش العدد الجديد العديد من القضايا الهامة من بينها
مشكلة نقاضي الأقليات المسلمة أمام قضاء غير المسلمين والخضوع لأحكامهم.
ومن العراق الشفيق نشرفت المجلة بنشر موضوع فيهم عن الدلالات الفقهية للأمتال
العربية. هذا من جهة ومن جهة ثانية وإيماننا من المجلة بضرورة الانفتاح على جميع
القوانين العربية نشرت المجلة دراسات من فلسطين الشفيق، ونخص بالذكر موضوع
حسب المدين في القانون الفلسطيني، و مؤسسة الحيازة ونظام السجل العقاري، حتمية
الصدام وفرص التعايش - دراسة تحليلية مقارنة.

ومن الجزائر الشفيعف نافس العرد الجرد في أفر دراسائه فضيف الرقابة الفضائيف
على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري.

أما مسك الختام فلان موضوعا فيما عن إعداد الأطروحة الجامعية بلل تفاصيلها .
نتمنى لكم نصفنا ممتعا ، والمجلة دائما في انتظار ملاحظائكم ونوحيها نلّم القيمة ، لنلبر
أسرة الفقه والقانون العلمية أكثر فأكثر ، ونصبح بإذن الله وفوته مثل البنبان اطرصوص
بشدر بعضه بعضا .

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركائه

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

الدلالات الفقهية للأمثال العربية - نماذج مختارة



الدكتور : مصطفى مؤيد حميد الرفاعي
أستاذ : في الجامعة العراقية في بغداد
كلية التربية للبنات / قسم علوم القرآن
والتربية الاسلامية . تخصص فقه مقارن

مقدمة :

الحمد لله الذي ضرب الأمثال للناس في كتابه، والصلاة والسلام على خير مبعوث لخير أمة، سيدنا وحبينا محمد وعلى آله وصحبه، ومن آهتلى بهديه.

وبعد،

فإن ضرب الأمثال من أكثر الأشكال التعبيرية إنتشاراً في جميع الأمم والحضارات، وقد آعتنى العرب بها منذ القدم، حتى أصبح علامة يعرف بها الشيء⁽¹⁾، وينطق بها في كل زمان، وعلى كل لسان، فالأمثال أبقى من الشعر وأشرف من الخطابة⁽²⁾.

وقد ضرب الله عز وجل الأمثال في كتابه، وضربها رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلامه، وسمى الله تعالى من عقل الأمثال بالعالم؛ لقوله تعالى: (وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعَالِمُونَ)⁽³⁾.

⁽¹⁾ ينظر: المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر، ضياء الدين بن الأثير، نصر الله بن محمد (المتوفى: 637هـ)، المحقق: أحمد الحوفي، بدوي طبانة، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة. القاهرة: 1/ 54.

⁽²⁾ ينظر: العقد الفريد، أبو عمر، شهاب الدين أحمد بن محمد بن عبد ربه ابن حبيب ابن حدير بن سالم المعروف بإبن عبد ربه الأندلسي (المتوفى: 328هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1404 هـ: 3/3.

⁽³⁾ سورة العنكبوت، آية 43.

ولأن الأمثال تزيد المنطق تفخيما، وتكسبه قبولا، فضلا عن كثرة معانيها، ويسير مئونها، أستخدمها الفقهاء في توضيح الأحكام، والإستشهاد لها.

وقد آخترت بعض الأمثال العربية أنموذجا، وضحت ما فيها من دلالات فقهية مؤيدة بأدلة من الكتاب والسنة وغيرهما، في بحث وفق المنهج العلمي المتبع فكان في مبحثين:

الأول: في الأمثال ودلالاتها وعلاقتها بالفقه، وقد تضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في مفهوم المثل في اللغة والإصطلاح.

والمطلب الثاني: في مفهوم الدلالة وأقسامها.

والمطلب الثالث: في علاقة الأمثال بالفقه الإسلامي.

والثاني: تضمن نماذج من الأمثال العربية وبيان دلالاتها الفقهية.

وقد أنهيت البحث وكالمعتاد بجائمة تضمنت أهم النتائج التي خرجت بها من تلك الدراسة.

وصلى الله على من أوتي جوامع الكلم، وبلاغة المنطق، سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المبحث الأول: الأمثال ودلالاتها وعلاقتها بالفقه:

المطلب الأول: مفهوم المثل.

المثل في اللغة مأخوذ من الفعل الثلاثي (م ث ل) ، وهو يأتي على معان عدة:

منها: التسوية، فيقال: هذا مثل هذا، أي مساوي له، والمساواة أعم من المماثلة لأن الأول يقع بين المتفقين في الجنس والمختلفين فيه، أما الثاني فهو بين المتفقين فقط، وإذا قيل أنه مثله على الإطلاق فمعناه أنه يسد مسده في الإعتبار، وإذا قيل أنه مثله في كذا، أي انه مساو له في جهة دون أخرى⁽¹⁾.

ومنها: الإحتذاء وبالشيء يقال: إمتثلت مثل زيد من الناس، أي احتذيت به وسلكت طريقته سواء أكانت محمودة ام مذمومة⁽²⁾، ومنه قوله تعالى (وَيَسْتَعْجِلُونَكَ بِالسَّيِّئَةِ قَبْلَ الْحَسَنَةِ وَقَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِمُ الْمَثَلَاتُ وَإِنَّ رَبَّكَ لَذُو مَغْفِرَةٍ لِلنَّاسِ عَلَى ظُلْمِهِمْ وَإِنَّ رَبَّكَ لَشَدِيدُ الْعِقَابِ)⁽³⁾، والمثالث جمع مثلة وهي العقوبة الشديدة التي صيرت أصحابها أن يكونوا مثالا لغيرهم من الأمم⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ينظر: لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة - 1414هـ: 610/11.

⁽²⁾ ينظر: تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م: 72/15.

⁽³⁾ سورة الرعد: آية 6.

⁽⁴⁾ ينظر: التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ)، الدار التونسية للنشر - تونس، 1984هـ: 92/13.

ومنها: العبرة، ومنه قوله تعالى: (فَلَمَّا آسَفُونَا انْتَقَمْنَا مِنْهُمْ فَأَغْرَقْنَاهُمْ أَجْمَعِينَ فَجَعَلْنَاهُمْ سَلَفًا وَمَثَلًا لِّلْآخِرِينَ)⁽¹⁾، أي عبرة لهم⁽²⁾.

ومنها: المشاكلة والمشابهة، فيقال هذا شكل هذا؛ أي مثله يشابهه في الطبع أو الوصف⁽³⁾.

ومنها: النظر، فيقال فلان نظيرك؛ أي مثلك، حتى إذا نظر الناظر اليهما وجدتهما سواء⁽⁴⁾.

والذي يبدو لي أن اقرب المعاني هو معنى الشبه، مع عدم إهمال المعاني الأخرى فهناك علاقة بين المورد (وهو الحالة الأصلية التي ورد فيها الكلام، والمضرب (وهو الحالة المشبهة التي أريد بها الكلام)، وتلك العلاقة هي وجه الشبه بينهما والغاية منه تسليط الضوء على حالة غريبة أو ظاهرة متفشية لأجل الإعتبار والإيتاظ.

أما عند أهل الاصطلاح فهو أخص مما هو عليه عند اللغويين، وقد عرف بتعريفات عدة منها ما ذكره التهانوي بأنه (القول السائر أي الفاشي الممثل بمضربه وبمورده)⁽⁵⁾.

ومنها ما عرفه ابن السكيت بأنه: (لفظ يخالف لفظ المضروب له ويوافق معناه معناه، شبهوه بالمثل الذي يعمل عليه غيره)⁽⁶⁾. ومنها تعريف أبي هلال بأنه: (كل حكمة سائرة)⁽⁷⁾.

فأما الأول والثاني فالمعنى واحد، وأما الأخير ففيه نظر، لأن الحكمة أكثر صفاء ونقاء من المثل، فيمكن القول بأنه كل مثل حكمة، وليس كل حكمة مثل والله أعلم.

وأمثل ما قيل في تعريف المثل ما أورده المرزوقي بقوله: (المثل جملة من القول مقضبة من أصلها، أو مرسلها بذاتها، تتسم بالقبول وتشتهر بالتداول، فتنقل عما وردت فيه إلى كل ما يصح قصده بها من غير تغيير يلحقها في لفظها، وعمما يوجبها الظاهر إلى أشباهه من المعاني، ولذلك تضرب وإن جهلت أسبابها التي خرجت عليها، وأستجيز من الحذف ومضارع ضرورات الشعر فيها ما يستجاز في سائر الكلام)⁽⁸⁾. والمثل فيه معنى القصة والحكاية لأنه يراد به

(1) سورة الزخرف: آية 55 – 56.

(2) ينظر: تفسير الماتريدي (تأويلات أهل السنة)، محمد بن محمد بن محمود، أبو منصور الماتريدي (المتوفى: 333هـ)، تحقيق: د. مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1426 هـ - 2005م: 174/9.

(3) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، المكتبة العلمية - بيروت: 321/1.

(4) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (نظر): 219/5.

(5) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي بن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد 1158هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي درجوع، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة: الأولى - 1996م: 1449/2.

(6) حَاشِيَةُ الشَّهَابِ عَلَى تَفْسِيرِ الْبَيْضَاوِيِّ، الْمُسَمَّاةُ: عِنَايَةُ الْقَاضِي وَكِفَايَةُ الرَّاضِي عَلَى تَفْسِيرِ الْبَيْضَاوِيِّ شَهَابُ الدِّينِ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الْخَفَاجِيِّ الْمِصْرِيِّ الْحَنْفِيِّ (المتوفى: 1069هـ)، دار صادر - بيروت: 363/1.

(7) جمهرة الأمثال، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو 395هـ)، دار الفكر - بيروت: 7/1.

(8) زهرة الاكم في الأمثال والحكم، الحسن اليوسي، تحقيق: د محمد حجي - د محمد الاخضر، دار الثقافة المغرب، الطبعة الأولى، 1401هـ - 1981م: 20-21.

بيان الأحوال ولأنه يأتي عند إرادة التأثير وإثارة الانفعال أُختير له لفظ الضرب، فيقال ضرب مثلاً، وفيه معنى القرع كي يصل تأثيره إلى القلب⁽¹⁾.

وضرب المثل هو ذكر الشيء حتى يظهر أثره في غيره، وهو مأخوذ من ضرب الدراهم، فيظهر من حسنها أو قبحها ما كان خفياً⁽²⁾. وقيل هو تشبيه حال بحال⁽³⁾ والمعنى واحد لأنه من مستلزماته.

وقد يكون ضرب المثل مشتقاً من السير، من قولنا (ضرب في الارض)؛ أي سار فيها⁽⁴⁾، فتكون الغاية منه أن ينتشر ويذيع ويسير في البلاد⁽⁵⁾.

وتستعمل الأمثال في الإخبار عن الأمور العظيمة إذا كثرت، وفي الإنجيل سورة تسمى سورة الأمثال⁽⁶⁾.

وتجتمع في الأمثال أموراً أربعة لا تجدها في غيرها وهي: إيجاز اللفظ، وإصابة المعنى، وحسن التشبيه، وجودة الكناية، وهو قمة البلاغة، فضلاً عن شيوعه وأشتهاره لحسنه، أو لأشتماله على حكمة بالغة⁽⁷⁾.

لذا فهو يعد مصدراً من مصادر اللغة في الإستشهاد على المعاني اللغوية، وفي معرفة اللهجات العربية، لصون اللسان من اللحن. فضلاً أنها تزيد المنطق تفخيماً وتكسبه قبولاً، ويجعل لها قدراً في النفس، وحلاوة في الصدر⁽⁸⁾.

والغاية من ضرب المثل التذكير والإهداء، يقول تعالى: (وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ لِنَاسٍ لِّعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ)⁽⁹⁾، والتذكر المرجو منه هو التفهيم والتصور للمعاني المدركة بالعقل، فمتى ما أبرزت تلك المعاني بالأمور الحسية التي لا نزاع فيها وأيدها العقل حصل الفهم، والوصول إلى المطلوب؛ قال تعالى: (أَلَمْ تَرَ كَيْفَ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ. تُؤْتِي أُكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا وَيَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ. وَمَثَلُ كَلِمَةٍ خَبِيثَةٍ كَشَجَرَةٍ خَبِيثَةٍ اجْتُثَّتْ مِنْ فَوْقِ الْأَرْضِ مَا لَهَا مِنْ قَرَارٍ)⁽¹⁰⁾.

ولا يضرب المثل إلّا لما فيه غرابة، أي غموض في الكلام، وندرة في الإستعمال، مع الأخذ بعين الإعتبار إستخدام أخف الألفاظ، وأسهلها تداولاً.

(1) ينظر: تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفى: 1354هـ)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م: 197/1.

(2) ينظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريبي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ)، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت: ص 572.

(3) ينظر: البحر المديد في تفسير القرآن المجيد، أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسيني الأنجري الفاسي الصوفي (المتوفى: 1224هـ)، تحقيق: أحمد عبد الله القرشي رسلان، الناشر: الدكتور حسن عباس زكي - القاهرة، الطبعة: 1419 هـ: 149/3.

(4) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة ضرب: 1/ 544.

(5) ينظر: جمهرة الأمثال، العسكري: 1/ 7.

(6) ينظر: حاشية الشهاب، شهاب الدين الحنفي: 1/ 362.

(7) ينظر: حاشية الشهاب، شهاب الدين الحنفي: 1/ 363.

(8) ينظر: جمهرة الأمثال، العسكري: 1/ 4.

(9) سورة الحشر، آية 21.

(10) سورة إبراهيم، آية 24 - 26.

والغموض إما بحسب المعنى، أو اللفظ؛ مثال الأول: قوله تعالى: (وَمَا رَمَيْتَ إِذْ رَمَيْتَ وَلَكِنَّ اللَّهَ رَمَى)⁽¹⁾، فأثبت الرمية لرسول الله صلى الله عليه وسلم ونفاه عنه، لأن أثرها هو فعل الله، فكان الله هو الرامي حقيقة⁽²⁾.

ومثال الثاني: قول حباب بن المنذر: (أنا جديليها المحكك، وعذيقها المرجب) وهو يضرب في الإستشفاء برأي الجرب وعقله⁽³⁾.

المطلب الثاني: مفهوم الدلالة.

وهي مصدر مأخوذ من الفعل الثلاثي (د ل ل)، وقد دل على الطريق يدل دلالة ودلالة ودلولة، والفتح أعلى، والدليل والدليلي الذي يدل، ودلت بهذا الطريق عرفته، ودلت به أدل دلالة، والدلالة بالفتح: حرفة الدلال⁽⁴⁾.

وأمرأة ذات دل؛ أي شكل تدل به، ويسمى الدليل دلالة من قبيل المجاز من باب إستعمال المصدر بمعنى إسم الفاعل⁽⁵⁾.

والدلالة تتضمن معنى الإطلاع، لهذا عوملت معاملته حتى تتعدى بـ(على)⁽⁶⁾ والدلالة الإرشاد وما يقتضيه اللفظ عند إطلاقه، وجمعه دلائل ودلالات⁽⁷⁾.

وفي الإصطلاح: رجح الزركشي بأنها: (كون اللفظ بحيث إذا أطلق فهم منه المعنى من كان عالما بوضعه له)⁽⁸⁾.

وعرفها الجرجاني بأنها: (هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر)⁽⁹⁾، ويسمى الأول دالاً، والثاني مدلولاً.

أقسام الدلالات⁽¹⁰⁾:

تنقسم الدلالة على قسمين: دلالة لفظية، وغير لفظية.

- (1) سورة الانفال، آية 17.
- (2) ينظر: حاشية السيوطي على البيضاوي، السيوطي: 417/1.
- (3) ينظر: المصدر نفسه: 417/1.
- (4) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: 250/11.
- (5) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الربيدي (المتوفى: 1205هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية: 497/28-498.
- (6) ينظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ)، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت، ص 439.
- (7) ينظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة: 294/1.
- (8) البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1994م: 268/2.
- (9) كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م: ص 104.
- (10) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلى علم الأصول للفاضل البيضاوي المتوفى سنة 785هـ))، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية - بيروت، 1416هـ - 1995م: 1 / 204. الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (ت: 826هـ)، المحقق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م: ص 116.

ثم إن اللفظية منها تنقسم على ثلاثة أقسام: عقلية كدلالة الصوت على حياة صاحبه وطبيعية كدلالة أح أح على وجع الصدر، ووضعية؛ وهي إذا أطلق فهم منه المعنى من كان عارفاً بالوضع.

وغير اللفظية تنقسم على قسمين: وضعية؛ كدلالة وجود المشروط على وجود الشرط، ودلالة الذراع على القدر المعين. وعقلية؛ كدلالة الأثر على المؤثر والعكس؛ مثل دلالة الدخان على النار وبالعكس.

والدلالة اللفظية الوضعية تنقسم على ثلاثة أقسام⁽¹⁾:

إما تطابقية: وهي دلالة اللفظ على تمام ما وضع له؛ كدلالة لفظة الإنسان على الحيوان الناطق.

وأما تضمينية: وهي دلالة اللفظ على جزء مسماه؛ كدلالة الإنسان على الحيوان نفسه، أو الناطق وحده، ودلالة النوع على الجنس.

وأما إلزامية: وهي دلالة اللفظ على أمر خارج عن مسماه؛ كدلالتة على كون الإنسان ضاحكا، أو كاتباً.

ومدار بحثنا في الدلالة اللفظية، وهي استعمال اللفظ إما في موضوعه وهو الحقيقة أو في غير موضوعه وهو المجاز⁽²⁾. وهو ينقسم على أربعة أقسام:

الأول: المجاز المفرد: وهو استعمال الكلمة في غير ما وضعت له لعلاقة، مع قرينة صارفة عن قصد المعنى الأصلي. وهو إما إستعارة علاقتها المشابهة كقولنا رأيت اسدا يرمي، وأما مجاز مرسل علاقته السببية والمسببية، كقول الشاعر:

أكلت دماً إن لم أرعك بضرة.... بعيدة مهوى القرط طيبة النشر وهو يريد بالدم الدية، لأنه سبب لها، وهي مسبب له⁽³⁾.

والثاني: المجاز المركب: وهو استعمال كلام مفيد في معنى كلام مفيد آخر لعلاقة بينهما، وعلاقته إن كانت المشابهة فهو إستعارة تمثيلية؛ كالمثل القائل: (في الصيف ضيعت اللبن)، وسبب وروده أن امرأة شابة تدعى دختنوس بنت لقيط بن زرارة كانت تحت شيخ ذي مال اسمه عمرو بن عمرو، فكرهته وتطلقت منه، ثم تزوجت شاباً وأجذبت، فأنت الشيخ تطلب منه حلوبة إعانة لها، فقال فيها ما قال تشبيهاً لها⁽⁴⁾.

وإن كانت غير المشابهة فهو مجاز مركب مرسل؛ كقول الشاعر:

هَوَايَ مَعَ الرَّكْبِ الْيَمَانِينَ مُصْعِدٌ ... جَنِيْبٌ وَجْثَمَانِي بِمَكَّةَ مُوْتَقٌ

⁽¹⁾ ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، دار الكتبي، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1994م: 269 / 2.

⁽²⁾ ينظر: الأبهج، البيضاوي: 1 / 207.

⁽³⁾ ينظر: المعتصر من شرح مختصر الأصول من علم الأصول، أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي، المكتبة الشاملة، مصر، الطبعة الثانية، 1432 هـ - 2011م: ص 66.

⁽⁴⁾ ينظر: نواهد الأبيكار وشوارد الأفكار = حاشية السيوطي على تفسير البيضاوي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، جامعة أم القرى - كلية الدعوة وأصول الدين، 1424 هـ - 2005م: 416/1. حاشية الشهاب، شهاب الدين الحنفي: 362/1. المعتصر، المنياوي: ص 66.

فالبيت إخبار أريد به التأسف والتحسر، علاقته السببية، لأن ما أخبر به عن نفسه هو سبب تحسره وتأسفه⁽¹⁾.

والثالث: المجاز العقلي: كقول القائل: (أُنبِتَ الربيعَ البقل)، فأسند الإنبات للربيع وهو الله عز وجل، والتجوز هنا في خصوص الإسناد، لا في لفظ المسند اليه ولا المسند⁽²⁾.

وكقوله تعالى: (فَسَأَلْتُ أودِيَّةً بِقَدَرِهَا)⁽³⁾، أي فسالت مياه الأودية، فهو مجاز عقلي من إسناد الشيء لمكانه⁽⁴⁾.

والرابع: مجاز النقص والزيادة: ومثال مجاز النقص قوله تعالى: (وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ)⁽⁵⁾ والمراد أهل القرية. ومثال الزيادة قوله تعالى: (لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ)⁽⁶⁾، فالكاف زائدة مجازاً⁽⁷⁾.

فالأمثال العربية هي مجاز مركب وأستعارة تمثيلية شائعة في الإستعمال، هذا إذا أخذ الكلام على ظاهره، أما إذا قيل من قبيل تفسير المورد الأصلي الذي ورد فيه الكلام فيكون مجازاً على مجاز وتشبيهان⁽⁸⁾.

والإستعارة التمثيلية هي ما يكون كل من الطرفين فيها هيئة منتزعة من متعدد والعلاقة بينهما المشابهة، وسميت بالتمثيلية لجريان التشبيه فيه بين الهيئات المركبة من متعدد، أو للتبويه بعظم شأنها كأن غيرها لا تمثل فيه⁽⁹⁾.

وليس كل استعارة تمثيلية من قبيل الأمثال، فحتى تكون كذلك لا بد لها من الشيوخ والتفشي، مع كثرة الإستعمال⁽¹⁰⁾.

المطلب الثالث: علاقة الأمثال بالفقه الاسلامي:

يمكن عد الأمثال العربية قواعد تمتاز بعبارة أنيقة، ومعنى جميل، وتصوير جلي واضح للمضمون، بأسلوب بلاغي متميز، وهي سمة للغة العربية تميزها عن غيرها من اللغات.

وهي تميل إلى الإيجاز، مع وفرة المعنى، وبلاغة التعبير. ولولا تلك السمات لما تقبلها العامة والخاصة من الناس، وأبتذلوها حتى آنتشرت وآشتهرت، فهي أحفظ للدارس من الشعر والخطابة، كونها سهلة الخزن في الذاكرة لقصر جملتها المسوقة.

وهي تستمد مادتها من مصادر عدة أهمها القرآن الكريم، والحديث النبوي الشريف والشعر، والشواهد النثرية، شأنها في ذلك شأن اللغة العربية، لأنها لسانها الناطق فضلا عن العرف، والاستحسان.. الخ.

(1) ينظر: المعتصر، المنيوي: ص 67.

(2) ينظر: المصدر نفسه: ص 67.

(3) سورة الرعد، آية 17.

(4) ينظر: التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، د هبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر المعاصر - دمشق، الطبعة الثانية، 1418 هـ: 13 / 144.

(5) سورة يوسف، آية 82.

(6) سورة الشورى، آية 11.

(7) ينظر: المعتصر، المنيوي: ص 68.

(8) ينظر: حاشية السيوطي على تفسير البيضاوي، السيوطي: 416/1.

(9) ينظر: المنهاج الواضح للبلاغة، حامد عوني، المكتبة الأزهرية للتراث: 144 / 1 - 145.

(10) ينظر: جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبدیع، أحمد بن إبراهيم بن مصطفى الهاشمي (المتوفى: 1362هـ)، ضبط وتدقيق وتوثيق: د. يوسف الصميلي، المكتبة

العصرية، بيروت: ص 276.

ولما كانت الغاية من ضرب الأمثال التبيين والتوضيح من خلال تقريب المعاني إلى الأفهام ، وتصوير المعقول بالمحسوس ، والمعدوم بصورة الموجود ، والغائب بصورة المشاهد الحاضر، للوصول إلى الفهم الصحيح⁽¹⁾ ، فقد سُخرت من أجل خدمة جميع العلوم الشرعية التي تعتمد القرآن الكريم والسنة النبوية مستندا لها والفقه علم من هذه العلوم .

ونجد هذا جلياً من خلال الدلالات الفقهية لكثير من الأمثال العربية ، فهي تعبر عن الفكرة بتركيب لغوي غير مألوف أو مستعمل في ميدان الفقه ، لشد الإنتباه من أجل الإعلام، أو الإرشاد، أو العبرة، أو العظة ، وهو أسلوب يحاكي الأمثال القرآنية ؛ كتشبيه ترك العمل بالتوراة وما تضمن من أوامر ونواه بصورة الحمار الذي يحمل الأسفار على ظهره ولا يعرف ما فيها ؛ وذلك في قوله تعالى : (مَثَلُ الَّذِينَ حُمِّلُوا التَّوْرَةَ ثُمَّ لَمْ يَحْمِلُوهَا كَمَثَلِ الْحِمَارِ يَحْمِلُ أَسْفَارًا ...)⁽²⁾ .

وليس هذا فحسب، بل أصبحت الأمثال العربية لأشهرها دليلاً يستند عليه الفقيه في تفسير المفردات اللغوية ، لما لها من ثقل وموروث لغوي وادبي .

مثال ذلك : ما أورده الزيلعي في " تبين الحقائق " في بيان معنى الأيم وهي التي لا زوج لها ؛ بكراً كانت أو ثيباً، مستشهداً بما ورد في الأمثال : (كل ذات بعل ستيم)⁽³⁾ ، وهو يضرب لتحول الزمن بأهله⁽⁴⁾ .

وأيضاً: ما أورده ابن عابدين في " حاشيته " للإستدلال على التاء الزائدة ، مستشهداً بالمثل القائل: (إذا أخذت يدنبة الضب أغضبتة)⁽⁵⁾ ، وموطن الشاهد أن التاء في كلمة (ذنبة) زائدة وأصلها (ذنب)⁽⁶⁾ ، وهو يضرب لمن يلجئ غيره إلى ما يكره⁽⁷⁾ .

المبحث الثاني : نماذج من الأمثال العربية ودلالاتها الفقهية :

تعد الأمثال سفراً يحفظ تاريخ الشعوب ، ويعكس ثقافتهم في كل مرحلة من مراحل التاريخ سيما الأمثال العربية ، فهي موروث لغوي وأدبي وتاريخي وديني يجسد توجهات الناس ، وعاداتهم ، وأهتماماتهم على مر العصور . ويظهر هذا جلياً بعد مجيء الإسلام ، فأخذت الأمثال العربية تتطبع بطابع يتلاءم مع الحدث الذي شغل القلوب والعقول ، وأصبحت رسالة ذات معان راقية ، تحمل دلالات عدة بما تتطلبه المرحلة، فنجد الفقهية منها، واللغوية، والتاريخية والتفسيرية ، والأصولية ، فضلاً عن العلوم الأخرى .

(1) ينظر: زهرة الأكم ، اليوسي : 31 / 1.

(2) سورة الجمعة ، آية 5.

(3) الأمثال ، ابن سلام : ص 335.

(4) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ، عثمان بن علي بن محجن الباري، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313 هـ : 117/2 .

(5) مجمع الأمثال ، العسكري : 1 / 27 .

(6) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252 هـ)، دار الفكر-بيروت ، الطبعة الثانية، 1412 هـ - 1992 م : 3 / 277.

(7) ينظر: مجمع الأمثال، أبو الفضل أحمد بن محمد بن إبراهيم الميداني النيسابوري (المتوفى: 518 هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار المعرفة - بيروت، لبنان : 1 / 27 .

ولأن موضوع البحث في الدلالات الفقهية فقد آخرت نماذج من الأمثال العربية تحمل دلالات فقهية لها نظير في كتب الفقه، وتقوم على أدلة معتبرة، وتؤيدها قواعد الشرع. من أهمها:

• المثل القائل: أفرط فأسقط⁽¹⁾.

شرح المفردات:

أفرط: أفرط في الأمر: إذا جاوز فيه الحد⁽²⁾.

أسقط: أسقط الشيء إذا ألقاه ورمى به⁽³⁾، والمراد بالسقط هنا اللغو، وهو وما لا يعتد به من الكلام وغيره، ولا فائدة منه ولا نفع⁽⁴⁾.

والمعنى: إن الإفراط مذموم في كل شيء، ولا يدخل شيئاً إلا أفسده، فمن أفرط في اللغو فيما لا حاجة إليه كثر كلامه الذي لا نفع فيه ولا اعتداد به. فما ليس بخير من الكلام السكوت عنه أفضل من التكلم به⁽⁵⁾.

الدليل: وقد ورد معناه في السنة والأثر.

أما السنة: ما رواه نافع عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من كثر كلامه كثر سقطه، ومن كثر سقطه كثر ذنوبه، ومن كثر ذنوبه كانت النار أولى به، فمن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت)⁽⁶⁾.

وأما الأثر: فعن الأحنف بن قيس قال: قال عمر رضي الله عنه: (من كثر ضحكه قلت هيئته، ومن كثر مزاحه أستخف به، ومن أكثر من شيء عرف به، ومن كثر كلامه كثر سقطه، ومن كثر سقطه قل حياؤه، ومن قل حياؤه قل روعه، ومن قل روعه مات قلبه)⁽⁷⁾.

(1) ينظر: جمهرة الأمثال، العسكري: 1/ 19.

(2) ينظر: مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، جمال الدين، محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي الفتني الكجراتي (المتوفى: 986هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الطبعة: الثالثة، 1387 هـ - 1967 م: 4/ 124.

(3) ينظر: المصدر نفسه: 3/ 85.

(4) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (لغا): 15/ 250.

(5) ينظر: جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلمي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: السابعة، 1422 هـ - 2001 م: 1/ 339.

(6) المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، رقم الحديث (6541): 6/ 328. حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (المتوفى: 430هـ)، السعادة - بجوار محافظة مصر، 1394 هـ - 1974 م: 3/ 74. وإسناده ضعيف. ينظر: تخریج أحاديث إحياء علوم الدين، العراقي (725 - 806 هـ)، ابن السبكي (727 - 771 هـ)، الزبيدي (1145 - 1205 هـ)، إستخراج: أبي عبد الله مُحَمَّد بن مُحَمَّد الخَدَّاد (1374 هـ - ؟)، دار العاصمة للنشر - الرياض، الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1987 م، رقم الحديث (2551): 4/ 1635.

(7) شعب الإيمان، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخریج أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي - الهند، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2003 م، رقم الحديث (4664): 7/ 70. قال البيهقي: فيه دويد بن مجاشع ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات. ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان البيهقي (المتوفى: 807هـ)، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414 هـ، 1994 م، رقم الحديث (18173): 10/ 302.

• المسائل الفقهية التي لها نفس الدلالة :

مسألة : من كثر لغوه لا تقبل شهادته: فقد ذهب الحنفية إلى رد شهادة من كثر لغوه⁽¹⁾، لأنه مجازف في كلامه ؛ أي يكثر منه دون أن يتحرى الصدق منه بلا معيار شرعي⁽²⁾.

وقيد المالكية والشافعية والحنابلة فيمن كان يكثر من الحكايات المضحكة والدعابة والهزل في أكثر أوقاته بين أقرانه ، حتى يصير ذلك عادة له ، فتسقط عدالته ومدار ذلك عندهم حفظ المروءة، لأن حفظها من الحياء ، ووفور العقل، والإخلال بها من السفاهة وخفة العقل⁽³⁾.

مسألة : يستحب للمعتكف إجتناب ما لا يعنيه من القول، ولا يكثر الكلام، لأن كثرتة لا تخلو من اللغو والسقط ، دون أن يبطل إعتكافه، لأنه لما لم يبطل بمباح الكلام لم يبطل بمحظوره ، وهو قول الحنابلة⁽⁴⁾.

مسألة: يستحب للمحرم قلة الكلام إلا فيما ينفع ، صيانةً لنفسه عن اللغو، والوقوع في الكذب ، وما لا يحل ، فإن من كثر كلامه كثر سقطه ، وهو قول الحنابلة أيضا⁽⁵⁾.



• المثل القائل: إذا سمعت بسرّي القين فإنه مصبح⁽⁶⁾.

شرح المفردات :

سرى : من السير في عامة الليل، ويكون في أوله وأوسطه وآخره⁽⁷⁾.

القين : الزينة، والتقيين : التزيين بألوان الزينة، ويقال للمرأة مقينة؛ أي أنها تزيين⁽⁸⁾.

(1) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى: 616هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ - 2004 م: 320/8.

(2) ينظر: قره عين الأختيار لتكملة رد المحتار علي «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بأخر رد المحتار)، علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بإبن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (المتوفى: 1306هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان: 561/7.

(3) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعييني المالكي (المتوفى: 954هـ) ، دار الفكر ، الطبعة: الثالثة، 1412 هـ - 1992 م: 152 / 6. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المناهي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: 880هـ)، حققها وخرج أحاديثها: مسعد عبد الحميد محمد السعدني دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996 م: 2 / 349. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م: 352/6.

(4) ينظر: العدة شرح العمدة ، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: 624هـ)، دار الحديث، القاهرة ، 1424 هـ - 2003 م: ص 175.

(5) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ)، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار: 329/3.

(6) جمهرة الأمثال ، العسكري: 8/1.

(7) ينظر: تاج العروس، الزبيدي، مادة (سرى): 261/38.

(8) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (قنن): 351/13.

المعنى: يضرب للرجل يعرف بالكذب حتى يرد صدقه، وأصله أن القين بالبادية وهو الحداد ينتقل في مياههم، فيقيم بالموضع أياما، فيكسد عليه عمله، فيقول لأهل الماء إني راحل عنكم الليلة، وإن لم يُرد ذلك، ولكنه يشيعه ليستعمله من يريد إستعماله، فكثير ذلك من قوله حتى صار لا يصدق⁽¹⁾.

الدليل: ورد معناه في الكتاب إخباراً عن الذين يرمون المحصنات؛ وهو قوله تعالى: (وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)⁽²⁾.

وجه الدلالة: إن المشتبه بالفسق كلامه مردود، ولا يصح منه شيئا ما لم يتب كالكاذف، ويكون ساقط الإعتبار في نظر الناس، ملغي القول، لا تسمع له كلمة عقوبة له في الدنيا قبل الآخرة. ولما كان الكذب من أشد أنواع الفسوق وأخطرها ويستلزم العصيان، والخروج عن طريق الحق، ألحق به في رد شهادته، وعدم تصديقه في قوله.

كما أن الكاذف يحتمل كلامه الصدق الكذب، فإن كان كاذباً فتعزيه تعزيز تكذيب وإن كان غير ذلك فتعزيه تعزيز تأديب⁽³⁾، وهو بكلا الإحتمالين من الفاسقين كما وصفهم المولى جل وعلا.

• المسائل الفقهية التي لها نفس الدلالة:

مسألة: رد شهادة من عرف بالكذب: فقد آتفق الفقهاء على رد شهادة المجرّب في الكذب، أو كان الكذب مظهره غير مستتر به⁽⁴⁾.

وفرع الشافعية والحنابلة على هذا الأصل رد شهادة المداح إذا أظرى في شعره ولم يمكن حمله على نوع مبالغة، فإنه يعد كذبا محضاً، وترد شهادته إذا كثر⁽⁵⁾.

وزاد الشافعية من أكثر الكذب في دعوى الحاجة وهو غير محتاج، ومن يكثر الكذب من أهل الصنائع⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ ينظر: الأمثال، أبو غبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: 224هـ)، المحقق: الدكتور عبد المجيد قطامش، دار المأمون للتراث، الطبعة: الأولى، 1400 هـ - 1980 م: ص 47. جمهرة الأمثال، العسكري: 1 / 23.

⁽²⁾ سورة النور: آية

⁽³⁾ ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيني (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ: 377/3.

⁽⁴⁾ ينظر: الميسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة - بيروت، 1414 هـ - 1993 م: 31 / 5. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: 1126هـ)، دار الفكر، بدون طبعة، 1415 هـ - 1995 م: 2 / 226. الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1410 هـ / 1990 م: 7 / 56. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الهوتى الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1993 م: 589/3.

⁽⁵⁾ ينظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: 808هـ)، دار المنهاج (جدة)، المحقق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م: 10 / 308. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ: 52/12.

⁽⁶⁾ ينظر: أسنى المطالب، السنيني: 4 / 348.

واختلفوا في قبول الشهادة بعد التوبة؛ فذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم قبولها ابداً للتهمة؛ فإن من صار معروفاً بالكذب وأشتهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته⁽¹⁾. وعند المالكية تقبل توبته ويؤخذ بشهادته⁽²⁾.

وأشترط الشافعية بإختباره بعد توبته مدةً يظن بها صدق توبته، وقدّرهما أكثرهم بسنة، لأن لمضيها المشتمل على الفصول الأربعة أثراً بيناً في تهيج النفوس لما تشتهي، فإذا مضت على السلامة أشعر ذلك بحسن السريرة وصدق التوبة⁽³⁾.



• المثل القائل: أعن صبح ترقق⁽⁴⁾.

شرح المفردات :

الصبح : كل ما أكل أو شرب غدوة، والصبح من اللبن: ما حلب بالغداة ويقابله الغبوق؛ وهو شراب الليل⁽⁵⁾.
ترقق : ترقيق الكلام؛ تحسينه، ويكني عنه كناية يتوضح منها مغزاه للسامع⁽⁶⁾.
المعنى : يضرب لمن يجمع ولا يصرح؛ أي يريد الشيء فيعرض به، ولا يصرح بذكره، أو يوري عن الأمر العظيم بكناية عنه⁽⁷⁾.

وحقيقته أن غرضاً قصده كان عليه ما يستره، فيريد أن يجعله رقيقاً شفافاً ينم على ما وراءه⁽⁸⁾.

والفرق بينه وبين التعريض أن الاخير تضمنين الكلام دلالة ليس فيها ذكر، كقولك ما أقبح البخل؛ تعريض بأنه بخيل. أما الكناية فانها ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك: فلان طويل النجاد؛ يعني أنه طويل القامة⁽⁹⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م: 6 / 269. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997م: 8/328.

(2) ينظر: القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، بدون طبعة: ص 203.

(3) ينظر: مغني المحتاج، الشربيني: 6/363.

(4) ينظر: الأمثال، ابن سلام: ص 65.

(5) ينظر: أمثال العرب، المفضل بن محمد بن يعلى بن سالم الضبي (المتوفى: نحو 168هـ)، المحقق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1401هـ = 1981م - والثانية 1403هـ = 1983م: ص 126. لسان العرب، ابن منظور: 2/503.

(6) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987م: 4/1483. اساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998م 1/377.

(7) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (صبح): 2/504.

(8) ينظر: مجمع بحار الأنوار، الكجراتي: 2/363.

(9) ينظر: البحر الرائق شرح كثر الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ 4/164.

وسببه : أن رجلا نزل بقوم ليس لهم مال، فأضافوه وغبقوه غبوقاً قليلاً، فجعل يرقق كلامه ويقول: إذا كان غد وأصبحنا من الصبح مضيت لحاجتي، وفعلت كذا وكذا، وكان يريد إيجاب الصبح عليهم، ففطنوا له، فقالوا: أعن صبح تُرقق. فاصبحت مثلاً لكل من قال شيئاً وهو يريد غيره (1).

وقد سُئل الشعبي رحمه الله عن رجل قبل أم أمراًته، فأراد أن يغلظ عليه ظناً منه انه أراد بالتقبيل الجماع فقال : (أعن صبح تُرقق حرمت عليه أمراًته) (2). ومثله قول العرب: (إياك أعني وأسمعي يا جارة) (3).

الدليل : ورد معناه في الكتاب والسنة ؛ أما في الكتاب ففي مواضع عدة منها :

قوله تعالى : (أو لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ) (4)، وقوله تعالى : (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنًا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) (5)، وقوله تعالى : (فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيْفًا فَمَرَّتْ بِهِ) (6).

وجه الدلالة : إن القرآن الكريم عبّر عن الجماع بكنايات لطيفة تنزهاً ؛ كالملامسة والإفضاء والتغشية (7)، وهو من قبيل ستر عورات هذا المجال بالكنايات والعمومات (8)، فعبر عن الأمر العظيم وهو الجماع بأمر آخر أرق منه، يدل عليه أو يوصل اليه.

ومن السنة : ما أخرجه مسلم في صحيحه عن فاطمة بنت قيس ، وفي الحديث (.... قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان، وأبا جهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم، فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له، إنكحي أسامة بن زيد، فكرهته، ثم قال: إنكحي أسامة، فنكحته، فجعل الله فيه خيراً، وأغتبطت به) (9).

وجه الدلالة : كنى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كثرة الأسفار أو كثرة الضرب بعدم وضع العصا على العاتق، وعن الفقر بمن لا ثوب له وهو الصعلوك، فدل ذلك على جواز استعمال مثله (10).

(1) ينظر: أمثال العرب ، الضبي: ص 126. غريب الحديث، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: 224هـ)، المحقق: د. محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد- الدكن، الطبعة: الأولى، 1384 هـ - 1964م: 4/442.

(2) مجمع بحار الأنوار، الكجراتي: 2/363.

(3) العقد الفريد ، ابن عبد ربه الأندلسي : 22/3.

(4) سورة النساء : آية 43.

(5) سورة النساء : آية 21.

(6) سورة الاعراف : آية 189.

(7) ينظر: تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، ينسب: لعبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - (المتوفى 68هـ)، جمعه: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: 817هـ)، دار الكتب العلمية - لبنان: ص 70. تفسير مجاهد ، أبو الحجاج مجاهد بن جبر التابعي المكي القرشي المخزومي (المتوفى: 104هـ)، المحقق: الدكتور محمد عبد السلام أبو النيل، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، الطبعة: الأولى، 1410 هـ - 1989م: ص 271. تفسير مقاتل بن سليمان، أبو الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البليخي (المتوفى: 150هـ)، المحقق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث - بيروت، الطبعة: الأولى - 1423 هـ: 2/79.

(8) ينظر: البلاغة العربية، عبد الرحمن بن حسن حَبَنَكَة الميداني الدمشقي (المتوفى: 1425هـ)، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1996م: 1/64.

(9) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، رقم الحديث (1480): 2/1114.

(10) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1392هـ: 98/10.

• المسائل الفقهية التي لها نفس الدلالة :

مسألة : التعريض بالزنا ونفي النسب : فلو أن رجلين إستبأ، فقال أحدهما للآخر والله ما أبي بزان، ولا أُمي بزانية ، أو قوله يا رومي نسبة إلى غير جده لأبيه أو أنت عفيف الفرج ، فإنه يعد قذفاً عند أبي حنيفة ، لكنه لا يوجب الحد للإحتمال وهو شبهة يسقط بها الحد⁽¹⁾.

وعند الشافعية في الأصح وقول للحنابلة أنه لا يعد قاذفاً بتلك الألفاظ وإن نواه لأن النية إنما تؤثر إذا أحتمل اللفظ المنوي⁽²⁾ ، وفي قول آخر يعد قاذفاً إن تحققت النية⁽³⁾.

وذهب المالكية والحنابلة في رواية إلى وجوب الحد على القائل كما لو صرّح بالقذف، ولا فرق بين كون التعريض نثراً أو شعراً⁽⁴⁾، وهو مروى عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وبه قال عطاء وإبراهيم النخعي ، وسعيد بن المسيب والزُهري⁽⁵⁾.



• المثل القائل: إذا لم تغلب فاخلب⁽⁶⁾.

شرح المفردات :

تغلب : من غلب، وهو أصل يدل على القوة والقهر والشدة⁽⁷⁾.

إخلب : من خلب بمعنى خدع، والخلافة أن تخلب المرأة قلب الرجل بألطف القول وأخلبه، واخلب بكسر الثاني معناه فانتش قليلاً شيئاً سيراً بعد شيء ؛ كأنه أخذ من مخلب الجارحة ، وبالضم معناه فأخدع⁽⁸⁾.

المعنى : إذا لم تدرك الحاجة بالغبلة والاستعلاء فأطلبها بالرفق والمداراة ، وأصل المثل في المرأة تصلف عند زوجها فلا تحظى (أي ييغضها)، فلا ينبغي لها أن تعينه على سوء رأيه فيها فتهتك، ولكن تتحبب إليه بما أمكنها⁽⁹⁾.

(1) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370 هـ)، المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - د زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجعته وصححه: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة: الأولى 1431 هـ - 2010 م : 204/6 - 205. بدائع الصنائع ، الكاساني: 43/7.

(2) ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى 977 هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، بيروت : 527/2.

(3) ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بإبن الرفعة (المتوفى: 710 هـ)، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى 2009 م: 252/17. مغني المحتاج ، الشريبي: 55/5. الشرح الكبير، ابن قدامة : 227/10.

(4) ينظر: الفواكه الدواني، النفاوي: 211/2. الشرح الكبير، ابن قدامة: 228/10.

(5) ينظر: الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235 هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض الطبعة الأولى، 1409 : 500/5 - 501.

(6) جمهرة الأمثال ، العسكري : 66/1.

(7) ينظر: معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395 هـ) المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399 هـ - 1979 م، مادة (غلب) : 388/4.

(8) ينظر: لسان العرب ، ابن منظور، مادة (خلب) : 364/1.

(9) ينظر: جمهرة الأمثال ، العسكري : 1 / 66. الإمثال، ابن سلام: ص 157.

ويضرب أيضا في معرض الخدعة في الحرب، فإذا لم تغلب عدوك بقوتك وجلدك فأخذه حتى تذهب بقلبه، وأمكر به⁽¹⁾. ومنه قول بعض الحكماء: (نفاذ الرأي في الحرب أنفع من الطعن والضرب)⁽²⁾. ومنه قول الشاعر⁽³⁾:

إذا السُّمُّ لَمْ يَقْتُلْ عَدُوَّكَ فَالْقَهْ ... بِشَهْدٍ وَلَمْ تَغْلِبْ بِكَيِّدِكَ فَاخْلُبْ

الدليل: ورد معناه في السنة في مواضع عدة: منها: قول النبي صلى الله عليه وسلم (الحرب خدعة)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: الخداع في الحرب جائز كيفما أمكن ذلك، إلّا في الأيمان والعهود. والمماكرة في الحرب أنفع من المكاثرة، والإقدام على غير علم⁽⁵⁾.

ومنها: حديث السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (يا عائشة إن من شرار الناس الذين يكرمون إتياء ألسنتهم)⁽⁶⁾.

ومن المسائل الفقهية التي لها نفس الدلالة: جواز موادة أهل الحرب إن لم يكن للمسلمين قوة. فالموادة هي: (مصالحة أهل الحرب على ترك القتال مدة معينة بعوض أو غيره)⁽⁷⁾، وتسمى بالمهادنة أو المسالمة أو المعاهدة. وحكمها حكم الأمان؛ وهو أن يأمن الموادعون على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذرايرهم⁽⁸⁾.

فإذا لم يكن للمسلمين قوة وكانت موادة أهل الحرب تجلب نفعاً للمسلمين وتدفع عنهم الأذى، جازت موادعتهم ولو كان على مال، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽⁹⁾.

وآستدلوا بالكتاب والسنة: فمن الكتاب قوله تعالى: (وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا)⁽¹⁰⁾.

(1) ينظر: جهمرة الأمثال، العسكري: 66/1. مجمع الأمثال، الميداني: 34/1.

(2) المجتبى، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: 321هـ)، دائرة المعارف العثمانية: ص 4.

(3) الدر الفريد وبيت القصيد، محمد بن أيمن المستعصي (639 هـ - 710 هـ)، المحقق: الدكتور كامل سلمان الجبوري، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1436 هـ - 2015 م: 307/2.

(4) صحيح البخاري، باب الحرب خدعة، رقم (3030): 64/4.

(5) ينظر: شرح صحيح البخاري، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، 1423 هـ - 2003 م: 187/5.

(6) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009 م، رقم (4793): 171/7. وهو حديث صحيح.

(7) ينظر: الغرر المهيبة في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، المطبعة الميمنية: 148/5.

(8) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني: 109/7.

(9) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم: 85/5. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416 هـ - 1994 م: 604/4. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، طبعة أخيرة 1404 هـ / 1984 م: 106/8. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بإبن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414 هـ - 1994 م: 166/4.

(10) سورة الأنفال: آية 61.

وجه الدلالة : قال القرطبي : (وإن كان للمسلمين مصلحة في الصلح، لنفع يجتلبونه أو ضرر يدفعونه، فلا بأس أن يبتدئ المسلمون إذا احتجوا إليه)⁽¹⁾.

ومن السنة : ما روي أنه صلى الله عليه وسلم صالح سهيل بن عمرو في الحديبية⁽²⁾.

وجه الدلالة : مصلحة النبي عليه الصلاة والسلام مع سهيل بن عمرو يوم الحديبية دليل على جواز مصلحة الكفار إذا كان فيها مصلحة ، وإذا دعت الحاجة لذلك وهو أمر مجمع عليه ، كذا ذكره النووي⁽³⁾.



• المثل القائل : إن في الشر خياراً⁽⁴⁾.

شرح المفردات :

خيارا : جمع خير ضد الشر، وهو الإسم من الإختيار، ومعناه طلب خير الأمرين⁽⁵⁾.

المعنى : يضرب هذه المثل في بيان أن بعض الشر أهون من بعض، ويضرب أيضا في باب الصبر عند النوازل؛ فمن يصب بمصيبة فليعلم أن هناك من المصائب ما هو أجل منها، فإن ذلك يهون عليه المصيبة، ويخفف عنه الصدمة⁽⁶⁾.

الدليل : ورد معنى هذا المثل في نصوص عدة من السنة : منها: حديث الأعرابي الذي بال في المسجد؛ فعن أنس بن مالك رضي الله عنه (أن أعرابياً بال في المسجد، فقاموا إليه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تزرموه ، ثم دعا بدلو من ماء فصب عليه)⁽⁷⁾.

وجه الاستدلال : إن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتركه حتى يتم بوله، لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه، فالذي يُنجس موضعاً واحداً أهون من أن يُنجس موضعين⁽⁸⁾. ويؤيده القاعدة الشرعية

(1) الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، 1384هـ - 1964م: 40/8.

(2) عن أنس رضي الله عنه: (أن قريشاً صالحوا النبي صلى الله عليه وسلم فمهم سهيل بن عمرو، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعلي: «اكتب، بسم الله الرحمن الرحيم»، قال سهيل: أما باسم الله، فما ندري ما بسم الله الرحمن الرحيم، ولكن اكتب ما نعرف باسمك اللهم، فقال: «اكتب من محمد رسول الله»، قالوا: لو علمنا أنك رسول الله لاتبعناك، ولكن اكتب اسمك واسم أبيك، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «اكتب من محمد بن عبد الله...» صحيح مسلم ، باب صلح الحديبية في الحديبية، رقم (1784): 1411/3.

(3) ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم، معي الدين النووي: 143/12.

(4) الأمثال ، ابن سلام: ص161.

(5) ينظر: لسان العرب ، ابن منظور ، مادة (خير) : 267 / 4.

(6) ينظر: الأمثال، ابن سلام: ص161. الأمثال، زيد بن عبد الله بن مسعود بن رفاعة، أبو الخير الهاشمي (المتوفى: بعد 400هـ)، دار سعد الدين، دمشق، الطبعة: الأولى، 1423 هـ: ص48.

(7) صحيح البخاري ، باب الرفق في الأمر كله ، رقم (6025): 12 / 8.

(8) ينظر: الموافقات ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عфан، الطبعة الأولى 1417هـ / 1997م : 191/5.

التي تنص على أن: (الضرر الأشد يزال بالأخف)⁽¹⁾، و (سقوط إعتبار المفسدة الدنيا بدفع المفسدة العليا إذا تعارضتا)⁽²⁾.

ومن المسائل الفقهية المتفرعة عليه: إذا تغلب قوم من المسلمين على أهل بلد قد خرجوا من الطاعة، يدعوهم ولي الأمر إلى العود إلى الجماعة، والكشف عن شبهتهم قبل قتالهم، وذلك بإتفاق الفقهاء. واختلفوا في حكم ذلك على قولين⁽³⁾:

الأول: أنه من قبيل الإستحباب. وبه قال فقهاء الحنفية وبعض الشافعية.

والثاني: أنه من قبيل الوجوب، وهو الظاهر عند الشافعية، وبه قال المالكية والحنابلة.

وآستدلوا بالكتاب والأثر والعقل.

أما الكتاب: فقولته تعالى: (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا...)⁽⁴⁾ وجه الدلالة: إن الله تعالى بدأ بالصلح قبل القتال، وفي هذا إصلاح⁽⁵⁾.

وأما الأثر: فما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم؛ فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (لما خرجت الحرورية⁽⁶⁾ اجتمعوا في دار وهم ستة آلاف، أتيت علياً فقلت: يا أمير المؤمنين، أبرد بالظهر لعلي أتى هؤلاء القوم فأكلهم. قال: إني أخاف عليك. قلت: كلا. قال ابن عباس فخرجت إليهم... الحديث)⁽⁷⁾.

(1) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999م: ص75.

(2) الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ: 210/4.

(3) ينظر: فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ) دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ: 101/6. مغني المحتاج، الشربيني: 404/5. الكافي في فقه الإمام أحمد أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بإبن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414 هـ - 1994م 55/4. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسعى أقرب المسالك لِذَهَبِ الإمام مَالِكٍ)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف: 428/4.

(4) سورة الحجرات: آية 9.

(5) ينظر: المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار الفكر: 198/19. الكافي، ابن قدامة: 55/4.

(6) الحرورية: وهم من الخوارج الذين قاتلهم سيدنا علي رضي الله عنه، وكان عندهم من التشدد في الدين ما هو معروف. سمو بهذا الإسم نسبة إلى حروراء، وهو موضع بظاهر الكوفة، سمو به لأنه كان أول إجتماعهم بها وتحكيمهم. ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (حرر): 185/4.

(7) السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، رقم (8522): 480/7. المستدرک، الحاكم، رقم (2656): 164/2. وقال حديث صحيح على شرط مسلم.

وأما العقل: فلأنه أهون الأمرين، ولعلّ الشر يندفع بالمخاطرة وبيان الرأي، وصولاً إلى الصواب، فيبدأ به⁽¹⁾. ويستثنى من ذلك ما إن علم الإمام أن قصدهم الإجتماع على حربه أو خديعته، فإنه يعاجلهم على القتال، لما في التأخير من الضرر⁽²⁾.



• المثل القائل: أفواها مجاسها⁽³⁾.

شرح المفردات:

أفواها: جمع فوه، وهو أصل بناء تأسيس الفم، ومنه قوله تعالى: (... ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ ...)⁽⁴⁾. والمفوه في الأكل شديده، وفي الكلام كثيره⁽⁵⁾.

مجاسها: من الجسّ وهو في الأصل اللمس باليد، والمجسّ: الموضع الذي تقع عليه اليد إذا جسّته، ويُطلق مجازاً على النظر بالعين للإستبيان والتثبّت⁽⁶⁾.

المعنى: يُضرب هذا المثل في الأمر الذي يدل ظاهره على باطنه. وأصله أنّ الإبل إذا أحسنت الأكل إكتفى الناظر بذلك عن معرفة سمنها من خلال لمسها بالأيدي⁽⁷⁾، ويُروى المثل أيضاً بعبارة (أحناكها مجاسها)⁽⁸⁾.

دليله: يمكن الإستدلال على معناه بما روي عن أبي سعيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا رأيتم الرجل يتعاهد المسجد فاشهدوا له بالإيمان، فإن الله تعالى يقول: " إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر وأقام الصلاة وآتى الزكاة " الآية)⁽⁹⁾.

وجه الدلالة: إن القطع بإيمان الرجل مبني على ظاهر حاله وهو كثرة اعتياده المساجد.

(1) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام: 101/6.

(2) ينظر: الكافي، ابن قدامة: 55/4.

(3) ينظر: مجمع الأمثال، الميداني: 71/2.

(4) سورة التوبة: آية 30.

(5) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة (فهه): 525/13.

(6) ينظر: المصدر نفسه، مادة (جسس): 38/6.

(7) ينظر: الأمثال، ابن سلام: ص 209.

(8) المستقصى في أمثال العرب، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية، 1987م: 276/1.

(9) سنن الترمذي، الترمذي، باب ما جاء في حرمة الصلاة، رقم (2617): 308/4. سنن ابن ماجه، ابن ماجه، باب لزوم المساجد وانتظار الصلاة، رقم (802):

513/1. وهو حديث غريب حسن.

ومن المسائل الفقهية المتفرعة عليه : من آشتري دُهنًا في قارورة فرأى خارج القارورة ، فعن محمد في إحدى الروايتين عنه أنه لا خيار له ، وهو قول الشافعية ومقتضى مذهب المالكية ؛ لأن الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل، فكأنه رآه وهو خارج ، لأن أجزاءه لا تختلف في الغالب⁽¹⁾.

مسألة: ومن آشتري داراً فرأى خارجها ، أو بستاناً فرأى خارجه ورؤوس الأشجار، فلا يثبت له خيار الرؤية، لأنهما شيئاً واحداً، فكانت رؤية البعض كرؤية الكل ، ورؤية الظاهر كرؤية الباطن، وهو قول الحنفية في الظاهر، خلافاً للشافعية⁽²⁾.

ومن آشتري عبداً فإنه يكفي رؤية وجهه ، ويسقط به خيار الرؤية ، لأن الوجه هو المقصود ، والتمن يزداد وينقص بالوجه ، ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن .

وهو مذهب الحنفية خلافاً للشافعية في الأظهر⁽³⁾ . والتحقيق في هذا الخلاف أنه أمر مبناه على العرف ، والضابط في هذه المسائل ومثيلاتها أن دلالة الظاهر على الباطن تقع إذا كان الظاهر مما يستدل به عن غيره ، أما إذا لم يكن كذلك فلا يأخذ الباطن حكمه، وحينئذ لا بد من رؤية الكل حتى يقع به العلم ، وتترتب عليه الاحكام.



• المثل القائل : أنجد من رأى حضنا⁽⁴⁾ .

شرح المفردات :

أنجد : بمعنى أتى نجداً ، وهو يقال في إتيان الموضوع⁽⁵⁾ ، ونجد إسم خاص لما دون الحجاز مما يلي العراق⁽⁶⁾ . والنجد من الأرض ما غلظ منها وارتفع ، وسميت نجداً بهذا الإسم لارتفاع أرضها وصلابتها⁽⁷⁾ .

حضنا : هو جبل عظيم بأعالي نجد في أول حدودها، بينه وبين تهامة مرحلة تبيض فيه النسور، يسكنه بنو جشم بن بكر، وهم أعجاز هوازن⁽⁸⁾ . والحضن من كل شيء ناحيته وجنبه، ويأتي بمعنى الإحاطة والرعاية⁽⁹⁾ ، ويحتمل أنه سمي الجبل بهذا الإسم لأنه يحيط بأرض نجد من أحد جوانبها .

(1) ينظر: بدائع الصنائع ، الكاساني : 5 / 295 . الفواكه الدواني، النفراوي: 104/2 . التهذيب في فقه الإمام الشافعي، محيي السنة. أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغدوي الشافعي (المتوفى: 516 هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1997م: 288/3.

(2) ينظر: بدائع الصنائع ، الكاساني : 5 / 294 . الشرح الكبير ، الرافعي : 8 / 152.

(3) ينظر: الإختيار، الموصلي : 2 / 16 ، الشرح الكبير ، الرافعي : 8 / 152.

(4) جمهرة الأمثال ، العسكري : 20.

(5) ينظر: كتاب الألفاظ ، ابن السكيت، أبو يوسف يعقوب بن إسحاق (المتوفى: 244هـ)، المحقق: د. فخر الدين قباوة ، مكتبة لبنان ناشرون ، الطبعة الأولى، 1998م : ص 352.

(6) ينظر: مجمع بحار الأنوار، الكجراتي : 4 / 660.

(7) ينظر: لسان العرب ، ابن منظور، مادة (نجد) : 3 / 413.

(8) ينظر: مجمع بحار الأنوار، الكجراتي : 1 / 534 . تاج العروس ، الزبيدي ، مادة (حضن) : 34 / 442.

(9) ينظر: لسان العرب ، ابن منظور ، مادة (حضن) : 13 / 122 . تاج العروس ، الزبيدي ، مادة (حضن) : 34 / 442.

المعنى : يضرب هذا المثل في الإستدلال على الشيء بأمانة ظاهرة تُغني عن السؤال عنه، أو من بلغ من الأمر هذا المبلغ فقد بلغ معظمه. ومعناه من أبصر جبل حُضن فقد أستغنى عن السؤال هل أتى نجداً أم لا⁽¹⁾.

ومن المسائل الفقهية التي لها نفس الدلالة : من رأى هلال رمضان وحده وردّ القاضي شهادته لزمه الصيام، وجميع أحكام الشهر من طلاق وغيره معلق به وهو قول جمهور الفقهاء، والحنابلة في المذهب. فإن أفطر فعليه القضاء والكفارة وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، خلافاً للحنفية الذين أوجبوا القضاء دون الكفارة⁽²⁾.

وآستدلوا بالكتاب والسنة والعقل: أما الكتاب: فقوله تعالى: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)⁽³⁾.

وجه الدلالة : النص عام يشمل كل من رآه ، سواء قبلت شهادته ام لا .

وأما السنة : فما أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه يقول قال النبي صلى الله عليه وسلم: (صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غيبي⁽⁴⁾ عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين)⁽⁵⁾.

وجه الدلالة : إن من رأى الهلال يلزمه الصوم ، سواء أخذ بقوله أم لا⁽⁶⁾.

وأما العقل : فإن ما يتعلق بالشهر أو بالزمان المؤقت من الأحكام لا يفتقر إلى حكم حاكم فيما يختص الإنسان في نفسه ، اعتباراً بمواقيت الصلاة والحج⁽⁷⁾.

وجه العلاقة : إن رؤية الهلال دليل على دخول الشهر، ولا حاجة إلى قضاء قاض أو فتوى مفتي في ترتب الأحكام، لأنه متيقن منها. هذا في حق نفسه، أما في حق غيره فهو أمر يشوبه الظن ما لم يتعزز بشهادة آخر .

(1) ينظر: الأمالي، أبو علي القالي، إسماعيل بن القاسم بن عيذون بن هارون بن عيسى بن محمد بن سلمان (المتوفى: 356هـ)، عني بوضعها وترتيبها: محمد عبد الجواد الأصمعي، دار الكتب المصرية ، الطبعة الثانية، 1344 هـ - 1926م: ص 200. جمهرة الأمثال، أبو هلال العسكري: 78/1. المستقصى من أمثال العرب ، الزمخشري: 384/1.

(2) ينظر: الإختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ)، علمها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقاً)، مطبعة الحلبي - القاهرة ، 1356 هـ - 1937م : 129/1. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها ، أبو الحسن علي بن سعيد الرجراحي (المتوفى: بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن علي، دار إبن حزم، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007م : 63/2. مغني المحتاج ، الشريبي : 180/2. الإنصاف ، المرداوي : 3 / 277 - 318.

(3) سورة البقرة: آية 185.

(4) غُيِّبَ: بضم الغين وشد الباء المكسورة ، من الغياوة وهو عدم الفطنة، والغباء شدة الغبرة في السماء ، وهو إستعارة لخفاء الهلال. ينظر: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين (المتوفى: 923هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة السابعة، 1323 هـ: رقم الحديث (1909): 357/3.

(5) باب إذا رأيت الهلال فصوموا ، رقم الحديث (1909): 27/3.

(6) ينظر: فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير [وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (المتوفى: 505 هـ)، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: 623هـ)، دار الفكر 250/6.

(7) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر، دار إبن حزم، الطبعة الأولى، 1420هـ - 1999م: 429/1.



• المثل القائل: **أَنْ تَرِدَ الْمَاءَ بِمَاءٍ أَكَيْسٌ**⁽¹⁾.

شرح المفردات :

أكيس: من الكياسة وهي العقل والفتنة وحسن التأني، وهي خلاف الحمق، وكيس الفعل؛ حسنه⁽²⁾.

المعنى: يُضرب هذا المثل في الأخذ بالثقة والإحتياط في الأمور، ومعناه إن من العقل أن يكون معك فضل ماء تردّ به على ماء آخر، خير من أن تُفَرِّطَ في حمله وتتكلم، فلا تجد ماءً فتهلك.

وسببه: أن رجلاً خرج في برد النهار، ولم يتزود الماء لما رأى من روح أول النهار، فلما حميت عليه الشمس بالفلاة هلك عطشاً⁽³⁾. ومثله قول العامة: (لا تصبّ ماءً حتى تجد ماءً)⁽⁴⁾، وقولهم: (إشتر لنفسك وللسوق)⁽⁵⁾.

الدليل: يمكن الإستدلال على معنى المثل من السنة والأثر :

أما السنة: فما يرويه جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لأبي بكر رضي الله عنه: (متى توتر؟ قال: أول الليل بعد العتمة قال: فأنت يا عمر، قال: آخر الليل، قال: أما أنت يا أبا بكر، فأخذت بالثقة، وأما أنت يا عمر، فأخذت بالقوة)⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: إن من باب الثقة والإحتياط أداء صلاة الوتر أول الليل خشية فواتها.

وأما الأثر: فما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: (إذا أشتري أحدكم جملاً فليشتره طويلاً عظيماً، فإن أخطأه خيره لم يخطئه سوقه ...)⁽⁷⁾.

ومن المسائل الفقهية التي لها نفس الدلالة :

مسألة: لو أهلّ المحرم بحج أو عمرة ثم نسي ما سماه واحصر، يبعث بهدي واحد ويتحلل، وعليه عمرة وحجة، وهو قول الحنفية⁽⁸⁾.

(1) مجمع الأمثال، الميداني: 32/1.

(2) ينظر: تاج العروس، الزبيدي، مادة (كيس): 461/16.

(3) ينظر: الأمثال، ابن سلام: ص 213. العقد الفريد، ابن عبد ربه: 47/3.

(4) العقد الفريد، ابن عبد ربه: 47/3.

(5) الأمثال، ابن سلام: ص 213.

(6) مسند الإمام احمد، باب مسند جابر بن عبد الله، رقم (14323): 225/22. وإسناده حسن.

(7) المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ) المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي. المجلس العلمي- الهند، الطبعة الثانية، 1403هـ، باب الحملان على الضعيف، رقم الحديث (9253): 164/5. مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، المحقق: إمام بن علي بن إمام، دار الفلاح، الفيوم - مصر، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م: 291/1. وهو صحيح.

(8) ينظر: المبسوط، السرخسي: 117/4.

ودليلهم : الأخذ بالإحتياط والثقة، لجواز أن يكون حين أحرم نوى الحج فيلزمه قضاء عمرة وحجة⁽¹⁾.

مسألة: ذهب الامام أبو حنيفة رحمه الله إلى أن الصلاة لا تقصر في أقل من ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشى الأقدام، خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله تعالى اللذين حدا مسافة القصر بأربعة بُردٍ ، وهي تعدل مسيرة يومين، وهو قول الحنابلة كذلك⁽²⁾.

ودليل الحنفية الأخذ بالثقة والإحتياط ، سيما وقد ورد في تحديد المسافة آثاراً مختلفةً ؛ قال الإمام محمد بن الحسن رحمه الله: (قد جاء في هذا آثارٌ مختلفةٌ فآخذنا في ذلك بالثقة وجعلناه مسيرة ثلاثة ايام ولياليها ، فلأن يتم الرجل فيما لا يجب عليه أحب الينا من أن يقصر فيما يجب فيه التمام)⁽³⁾.



الخاتمة :

ختاماً يمكن إجمال النتائج التي توصلت إليها في ما يلي :

- تعد الأمثال الموروث الأدبي واللغوي للأمم والشعوب ، سيما العرب ، فهي تعبر عن ذوقهم الأدبي ، والخزين اللغوي الذي يمتلكونه .
- تعد الأمثال بما تمتلكه من بلاغة في التعبير، وحسن في التركيب ، وخفة في الألفاظ سبباً من أسباب نشر العلوم على اختلاف أنواعها ، فهي تكسبها قبولاً لما لها من ميزة تصوير المعاني للوصول إلى الفهم والإدراك .
- يمكن تسخير الأمثال في صياغة القواعد الفقهية والأصولية ، لما تمتاز به من الأيجاز ، ووفرة المعنى .
- يمكن إستخدام الأمثال في أنتقاد الحالات الغريبة والشاذة التي تظهر في المجتمع في سبيل نبذها ، وإيجاد البدائل عنها .
- يمكن عدّ الأمثال سبباً من أسباب تعزيز الثقة بالنفس ، والصبر على تحمل النوائب والشدائد بما تمتلكه من أسلوب تطمئن له النفس .
- إن الأمثال تتأثر بالثقافة السائدة والمجتمع الذي قيل فيه ، فينبغي إستخدامها الإستخدام الأمثل في سبيل إصلاح المجتمع ، وتعزيز القيم الأخلاقية والدينية فيه، لا أن تستخدم في نشر منكرات الأخلاق والعادات والأفكار التي تفتك بالمجتمعات ، وتؤدي بها إلى الإلحلال والفساد والإلحاد .
- وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

(1) ينظر: المصدر نفسه : 4/117.

(2) ينظر: الحجّة على أهل المدينة، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: 189هـ)، المحقق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب - بيروت، الطبعة الثالثة، 1403: 1/166. مناهج التحصيل ، الجرجاني: 1/437. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية : 1/192.

(3) الحجّة على أهل المدينة ، الشيباني: 1/166.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

• كتب اللغة وغريب الالفاظ :

- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
- تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م.
- دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمدي نكري (المتوفى: ق 12هـ)، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987م.
- غريب الحديث، إبراهيم بن إسحاق الحربي أبو إسحاق [198 - 285]، المحقق: د. سليمان إبراهيم محمد العايد، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، 1405.
- غريب الحديث، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: 224هـ)، المحقق: د. محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد - الدكن، الطبعة: الأولى، 1384 هـ - 1964م.
- كتاب الألفاظ، ابن السكيت، أبو يوسف يعقوب بن إسحاق (المتوفى: 244هـ)، المحقق: د. فخر الدين قباوة، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، 1998م.
- كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م.
- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ)، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة - 1414هـ.
- مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، جمال الدين، محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي الفتي الكجراتي (المتوفى: 986هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الطبعة: الثالثة، 1387 هـ - 1967م.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، المكتبة العلمية - بيروت.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة.
- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد 1158هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة: الأولى - 1996م.

• كتب الأدب والبلاغة :

- أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998م.
- الأمالي، أبو علي القالي، إسماعيل بن القاسم بن عيذون بن هارون بن عيسى بن محمد بن سلمان (المتوفى: 356هـ)، عني بوضعها وترتيبها: محمد عبد الجواد الأصمعي، دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية، 1344 هـ - 1926م.
- الأمثال، زيد بن عبد الله بن مسعود بن رفاعه، أبو الخير الهاشمي (المتوفى: بعد 400هـ)، دار سعد الدين، دمشق، الطبعة: الأولى، 1423 هـ.
- أمثال العرب، المفضل بن محمد بن يعلى بن سالم الضبي (المتوفى: نحو 168هـ)، المحقق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1401 هـ = 1981م - والثانية 1403 هـ = 1983م.
- الأمثال، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: 224هـ)، المحقق: الدكتور عبد المجيد قطامش، دار المأمون للتراث، الطبعة: الأولى، 1400 هـ - 1980م.
- البلاغة العربية، عبد الرحمن بن حسن حَبْنَكَة الميداني الدمشقي (المتوفى: 1425هـ)، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1996م.
- جمهرة الأمثال، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو 395هـ)، دار الفكر - بيروت .
- جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبدیع، أحمد بن إبراهيم بن مصطفى الهاشمي (المتوفى: 1362هـ)، ضبط وتدقيق وتوثيق: د. يوسف الصميلي، المكتبة العصرية، بيروت .
- الدر الفريد وبيت القصيد، محمد بن أيدير المستعصمي (639 هـ - 710 هـ)، المحقق: الدكتور كامل سلمان الجبوري، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1436 هـ - 2015.
- زهرة الأكم في الأمثال والحكم، الحسن اليوسي، تحقيق: د محمد حجي - د محمد الاخضر، دار الثقافة المغرب، الطبعة الأولى، 1401 هـ - 1981م .
- العقد الفريد، أبو عمر، شهاب الدين أحمد بن محمد بن عبد ربه ابن حبيب ابن حدير بن سالم المعروف بابن عبد ربه الأندلسي (المتوفى: 328هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1404 هـ.
- المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر، ضياء الدين بن الأثير، نصر الله بن محمد (المتوفى: 637هـ)، المحقق: أحمد الحوفي، بدوي طبانة، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة - القاهرة
- مجمع الأمثال، أبو الفضل أحمد بن محمد بن إبراهيم الميداني النيسابوري (المتوفى: 518هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار المعرفة - بيروت، لبنان.
- المستقصى في أمثال العرب، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية، 1987م.
- المنهاج الواضح للبلاغة، حامد عوني، المكتبة الأزهرية للتراث .

• كتب التفسير :

- البحر المديد في تفسير القرآن المجيد، أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسيني الأنجري الفاسي الصوفي (المتوفى: 1224هـ)، تحقيق: أحمد عبد الله القرشي رسلان، الناشر: الدكتور حسن عباس زكي - القاهرة، الطبعة: 1419 هـ .
- التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى : 1393هـ)، دار التونسية للنشر - تونس، 1984هـ.
- تفسير أبي السعود = إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، أبو السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى (المتوفى: 982هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفى: 1354هـ)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990 م .
- تفسير الماتريدي (تأويلات أهل السنة)، محمد بن محمد بن محمود، أبو منصور الماتريدي (المتوفى: 333هـ)، تحقيق: د. مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1426 هـ - 2005م.
- التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، د وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر المعاصر - دمشق، الطبعة الثانية، 1418 هـ .
- تفسير مجاهد، أبو الحجاج مجاهد بن جبر التابعي المكي القرشي المخزومي (المتوفى: 104هـ)، المحقق: الدكتور محمد عبد السلام أبو النيل، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، الطبعة: الأولى، 1410 هـ - 1989م.
- تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، ينسب: لعبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - (المتوفى: 68هـ)، جمعه: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: 817هـ)، دار الكتب العلمية - لبنان.
- الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى : 671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م.
- حاشية الشَّهابِ عَلَى تَفْسِيرِ الْبَيْضَاوِيِّ، الْمُسَمَّاةُ: عِنَايَةُ الْقَاضِي وَكِفَايَةُ الرَّاضِي عَلَى تَفْسِيرِ الْبَيْضَاوِيِّ شهاب الدين أحمد بن محمد بن عمر الخفاجي المصري الحنفي (المتوفى: 1069هـ)، دار صادر - بيروت .
- السراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى : 977هـ)، مطبعة بولاق (الأميرية) - القاهرة، 1285 هـ .
- نواهد الأبقار وشوارد الأفكار = حاشية السيوطي على تفسير البيضاوي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، جامعة أم القرى - كلية الدعوة وأصول الدين، 1424 هـ - 2005 م .

• كتب الحديث :

- تخريج أحاديث إحياء علوم الدين، العراقي (725 - 806 هـ)، ابن السبكي (727 - 771 هـ)، الزبيدي (1145 - 1205 هـ)، إسخراج: أبي عبد الله محمود بن محمد الحداد (1374 هـ - ؟)، دار العاصمة للنشر - الرياض، الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1987م.
- تعليق التعليق على صحيح البخاري، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، المحقق سعيد عبد الرحمن موسى القرقي، المكتب الإسلامي، دار عمار - بيروت، عمان - الأردن، الطبعة الأولى 1405هـ.
- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - إبراهيم بلجس، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: السابعة، 1422هـ - 2001م.

- سنن ابن ماجه، ابن ماجه - وماجة اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009م.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009م.
- سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج 4، 5)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية، 1395 هـ - 1975م.
- سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شليبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004م.
- السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شليبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م.
- شرح صحيح البخاري، ابن بطل أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، 1423هـ - 2003م.
- شعب الايمان، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرَوُجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخريج أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومبي - الهند، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومبي بالهند، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2003.
- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، 1409.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414 هـ، 1994م.
- المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 - 1990.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001م.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

- مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774 هـ)، المحقق: إمام بن علي بن إمام، دار الفلاح، الفيوم - مصر، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م.
- المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211 هـ) المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، الطبعة الثانية، 1403 هـ.
- المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360 هـ)، المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676 هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1392 هـ.
- موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179 هـ)، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة: الثانية، مزيّلة منقحة.
- كتب الأصول والقواعد الفقهية:
- الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفى سنة 785 هـ))، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية - بيروت، 1416 هـ - 1995 م.
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970 هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م.
- البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794 هـ)، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م.
- الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (ت: 826 هـ)، المحقق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2004 م.
- الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (المتوفى: 684 هـ)، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- المعتصر من شرح مختصر الأصول من علم الأصول، أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي، المكتبة الشاملة، مصر، الطبعة: الثانية، 1432 هـ - 2011 م.
- الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790 هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417 هـ / 1997 م.
- كتب الفقه الحنفي:
- الإختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683 هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356 هـ - 1937 م.

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بإبن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لإبن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ: 164/4.
 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
 - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: 1021هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313 هـ
 - الحجة على أهل المدينة، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: 189هـ)، المحقق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب - بيروت، الطبعة الثالثة، 1403 .
 - فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بإبن الهمام (المتوفى: 861هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 - قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بأخر رد المحتار)، علاء الدين محمد بن محمد أمين المعروف بإبن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (المتوفى: 1306هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان .
 - المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة - بيروت، 1414هـ - 1993م.
 - المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى: 616هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ - 2004.
 - الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- كتب الفقه المالكي :
- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر، دار إبن حزم، الطبعة الأولى، 1420هـ - 1999م.
 - بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصأوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَدَّهَبِ الإمام مَالِكٍ)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصأوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف.
 - البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، حقيقه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988م.
 - التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416هـ - 1994م.
 - الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق: محمد حجي، سعيد اعراب، محمد بو خيزة دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.

- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (المتوفى: 1126هـ)، دار الفكر، بدون طبعة، 1415هـ - 1995م.
- القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، بدون طبعة.
- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، أبو الحسن علي بن سعيد الجرجاني (المتوفى: بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بلخطاب الرّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م.
- النّوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأُمّهات، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: 386هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1999م.
- كتب الفقه الشافعي:
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، دار الفكر - بيروت.
- الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1410هـ/1990م.
- التهذيب في فقه الإمام الشافعي، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1997م.
- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: 880هـ)، حققها وخرج أحاديثها: مسعد عبد الحميد محمد السعدني دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996م.
- فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير لوهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (المتوفى: 505هـ)، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: 623هـ)، دار الفكر.
- كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: 710هـ)، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009م.
- المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار الفكر.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
- المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية.
- النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: 808هـ)، دار المنهاج (جلدة)، المحقق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، 1425هـ - 2004م.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، طبعة أخيرة 1404هـ/1984م.

• كتب الفقه الحنبلي :

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصلحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1993م.
- الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ)، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
- شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: 716هـ)، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1407 هـ / 1987م.
- العلة شرح العملة، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: 624هـ)، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ - 2003 م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بإبن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414 هـ - 1994 م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، دار الكتب العلمية.
- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997م.

تقاضي الأقليات المسلمة أمام قضاء غير المسلمين والخضوع لأحكامهم



د. محمد إكيح : باحث في قضايا الأسرة

أستاذ زائر بالمعهد العالي للقضاء / المغرب

من مستلزمات المواطنة المكتسبة بالتجنس (أي اكتساب جنسية بلد أجنبي)، الخضوع للقوانين المعمول بها في البلاد التي اكتسب المسلم جنسيتها، ومعلوم أن تلك القوانين كثير منها يخالف المبادئ الدينية والثقافية التي تُكوّن هوية المسلم وتشكل التزامه العقدي، فكيف يمكن للأقليات المسلمة التعامل مع هذا الوضع خاصة إذا تعلق الأمر بأحوالها الشخصية¹ في أمر الطلاق وما يترتب عنه من آثار؟

يمكن التمييز في هذا الإطار بين صنفين من الأقليات المسلمة : أقليات أصيلة في أوطانها، وأقليات وافدة ومقيمة أو متجنسة بجنسيات بلدان الإقامة.

¹ - نتساءل هنا عن الأحوال الشخصية باعتبار أن لها خصوصيات في أحكام الشريعة الإسلامية مغايرة تماما للأنظمة غير الإسلامية عموما والأنظمة الغربية على وجه الخصوص. ثم إن العلماء في المعاملات المالية والتجارية لا يرون مانعا من إمكانية اللجوء إلى القاضي غير المسلم واقتضاء الحق عنده مادام سيلتزم العدل بين المتخاصمين. (انظر د. محمد الكدي العمراني، الأسرة المسلمة في الغرب بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية، المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، العدد 7، يونيو 2005 / ربيع الثاني 1426 هـ، ص 193 - 195).

وتذهب بعض الآراء المعاصرة في هذا المجال إلى تفضيل اللجوء إلى التحكيم أمام جهات مسلمة موثوق بها، بحيث أن المسلمين يستطيعون الاتفاق على تطبيق الأحكام الشرعية بينهم لفض النزاع إما بتطبيق قوانين إحدى البلدان الإسلامية، أو الأخذ برأي إحدى المذاهب الفقهية المعتبرة، أو مجلة الأحكام العدلية أو غيرها شريطة ألا تخالف النظام العام لتلك البلاد أو القواعد الأساسية للقضاء، وهكذا أصبح المسلم في البلاد الغربية مخيرا بين الاتفاق على التحكيم وفق الأحكام الشرعية، أو الخضوع للقوانين الغربية، وفي هذه الحالة يكون اللجوء إلى التحكيم واجبا وليس فقط جائزا. (انظر المستشار فيصل مولوي: التحكيم الشرعي في بلاد الغرب، المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، العدد الثالث، جوان 2003م / ربيع الثاني 1424 هـ، ص 185 وما بعدها).

1 - الأقليات المسلمة الأصيلة في أوطانها :

فهذه الأقليات في الغالب الأعم تتمتع بنوع من الاستقلال الذاتي أو إمكانية تطبيق بعض أحكامها وقوانينها الخاصة في مجال الأحوال الشخصية، إما بناء على نص دستوري أو معاهدات دولية تكفل لها هذا الحق، ومن ثم فهي لا تطرح كبير إشكال.

وقد نص الفقهاء قديما على أنه إذا استولى الكفار على بلاد المسلمين، وغلبوا على الأمر فيها أمكنهم أن يولوا القضاء من بينهم، وبرضاهم، لمن كان ذا رأي ومعرفة وعلم وعدالة¹. بل وأجاز العز بن عبد السلام الاحتكام إلى القاضي المسلم المعين من طرف الحاكم غير المسلم لما في ذلك من المصلحة العامة، يقول: "ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلبا للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد الشاملة، إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح عباده تعطيل المصالح العامة وتحمل المفاسد"²، كما نقل المهدي الوزاني جواز هذه التولية، ونفاذ أحكام القضاة المعينين من طرف حكام غير المسلمين يقول: "وقال بعض شراح التحفة: القضاة الذين ببلد النصراني لعذر إذا ولاهم الكافر النصراني خطة القضاء نفذ حكمهم وصحت ولايتهم"³.

وقد لخص عبد الكريم زيدان مجموعة الصور المحتملة لهذه القضية وحددها فيما يلي⁴:

- أن يختار حاكم المسلمين أو أميرهم قاضيا لهم،
- أن يقع التعيين من الحاكم غير المسلم، ويرى أنه في هذه الحالة ينبغي السعي لدى هذا الحاكم قصد اختيار الأصلح لمنصب القضاء،
- أن يتم التعيين من الحاكم غير المسلم دون ترشيح المسلمين له، فإن كان أهلا لهذا المنصب ارتضاه المسلمون وقبلوا التحاكم إليه، وإن لم يكن أهلا لذلك أعرضوا عنه ولجأوا إلى التحكيم⁵ في قضاياهم،

¹ - انظر ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن محمد: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دارعالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 1423هـ/2003م، ج 20/1،

² - العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دراسة وتحقيق، محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دارالمعارف بيروت، ج 74/1.

³ - انظر المهدي الوزاني: النوازل الفقهية الكبرى، أبو عبد الله سيدي محمد: النوازل الفقهية الكبرى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، الطبعة الأولى، 1412 هـ/1992م، ج 34/3.

⁴ - انظر د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ومكتبة البشائر، الطبعة الثانية 1409هـ/1989م، ص 37 - 38.

⁵ - التحكيم لغة جعل الحكم فيما لك لغيرك، يقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه، وحكمت الرجل أي فوضت الحكم إليه.

وفي الاصطلاح الفقهي: هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، أو هو تعيين الغير حاكما فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس. وركنه اللفظ الدال عليه مثل: احكم بيننا أو جعلناك حكما، أو حكمتناك في كذا مع قبول الآخر، أي قبول المحكّم (بفتح الكاف). (راجع د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 291).

- أن يتم التعيين من الحاكم المسلم إما بترشيح من المسلمين أو من غير ترشيح لمن هو أهل لهذا المنصب، إلا أنه يتم التدخل في أحكامه ويحمله على الحكم بما يراه الحاكم غير المسلم، ففي هذه الحالة على القاضي المسلم أن يستقيل من وظيفته، وأن يلجأ المسلمون إلى التحكيم أيضاً.

2 - الأقليات المسلمة الوافدة أو المتجنسة :

هذا الصنف من الأقليات، التي تعيش في عدد من بلدان العالم ومنها البلدان الغربية فليست لها محاكم شرعية تتولى حل مشاكلها الأسرية، وإن كانت لها مراكز إسلامية ترعى بعض شؤونها الدينية وتتدخل في الفصل في بعض النزاعات العائلية، "إلا أن هذه المراكز ليست لها صبغة قانونية، لا في بلاد الغرب ولا حتى في البلاد الإسلامية"¹.

وبناء على ذلك تذهب بعض الآراء المعاصرة إلى أنه يجوز للمسلم في مثل هذه البيئات التقاضي أمام غير المسلمين للضرورة، وإن كان الأصل هو عدم الجواز، يقول الدكتور إسماعيل إبراهيم البدوي: "فإذا ألجأت الضرورة المسلم إلى الترافع لقاض غير مسلم، فإن قضاء هذا القاضي ينفذ حتى لا تتعطل مصالح المسلمين"²، وإلى ذات الرأي ذهب شيخ الأزهر سابقاً جاد الحق علي جاد الحق³، والسيد حسين فضل الله⁴.

وفي إطار الاجتهاد الجماعي في المسألة صدرت آراء مطابقة لهذا الرأي، وهكذا نص البيان الختامي للمؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة الإسلامية بأمريكا، المنعقد بكوبنهاجن-الدانمارك مع الرابطة الإسلامية، في الفترة من 4-7 من شهر جمادى الأولى لعام 1425 هـ الموافق 22-25 من يونيو لعام 2004 م على أن هي رخص في اللجوء إلى القضاء الوضعي عندما يتعين سبيلاً لاستخلاص حق أو دفع مظلمة في بلد لا تحكمه الشريعة، شريطة اللجوء إلى بعض حملة الشريعة لتحديد الحكم الشرعي الواجب التطبيق في موضوع النازلة، والاقتصار على المطالبة به والسعي في تنفيذه".

وحول مدى الاعتداد بالطلاق المدني الذي تجريه المحاكم خارج ديار الإسلام، رجح البيان أنه إذ اطلق الرجل زوجته طلاقاً شرعياً فلا حرج في توثيقه أمام المحاكم الوضعية، أما إذ تنازع الزوجان حول الطلاق فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي عند انعدامه بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة.

وجاء في فتوى رقم 60 للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في دورته الرابعة عشر: "الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاض مسلم أو من يقوم مقامه، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية، فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد، تنفيذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق؛ لأن هذا المسلم لما عقد زواجه وفق هذا القانون غير الإسلامي، فقد رضي ضمناً بنتائجه، ومنها أن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي. وهو ما يمكن اعتباره تفويضاً من الزوج جائزاً له شرعاً عند

¹ - انظر. د. سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1423 هـ/ 2003م، ص 617.

² - ذ. إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1998، ص 170.

³ - انظر بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، ج 317/3 - 318.

⁴ - انظر عادل القاضي: الهجرة والاعتراب، تأسيس فقهي لمشكلة اللجوء والهجرة في حور مع السيد محمد حسين فضل الله، مؤسسة العارف للمطبوعات، بيروت، الطبعة الأولى 1419 هـ/ 1999م، ص 91.

الجمهور، ولو لم يصرح بذلك. لأن القاعدة الفقهية تقول (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي جائز من باب جلب المصالح ودفع المفاسد وحسماً للفوضى¹.

وأجاز مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة في 1/4/1995م في قراره رقم 9/8/91 لجوء الدول الإسلامية إلى هيئات التحكيم الدولية غير الإسلامية لعدم وجود محاكم دولية إسلامية، معللاً القرار بأنه توصل إلى ما هو جائز شرعاً، وهذا التحكيم في قضايا كبيرة عامة تخص جموع المسلمين أجزى فيه التحاكم إلى هيئة غير إسلامية فإنه من باب أولى القول بجواز ذلك التحكيم في مسائل أقل شأنًا كالتفريق بين المرأة وزوجها.

وتناول المستشار فيصل مولوي - رحمه الله - الموضوع بتوسع في بحث له تحت عنوان "حكم الطلاق الصادر عن قاض غير مسلم" أنجزه لفائدة المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، ونشر في المجلة العلمية للمجلس².

ينطلق فيصل مولوي في دراسته للموضوع من مسلمتين أساسيتين تتعلقان بطبيعة الأحكام القضائية المطبقة في العالم³:

الأولى: أن كل دولة في العالم اليوم تطبق قوانينها على مواطنيها، وعلى المقيمين على أراضيها، في جميع المسائل المدنية والجنائية، وهكذا كان الأمر في ظل الدولة الإسلامية عبر تاريخها حتى الدولة العثمانية، وهذا ما جرى به العرف العام في التعامل القانوني بين الدول.

الثانية: أن قوانين الأحوال الشخصية تعتبر في أكثر دول العالم المعاصر كباقي القوانين من حيث إلزاميتها لجميع المواطنين، وبالتالي فإن كل دولة تطبق قوانين أحوالها الشخصية على أرضها الوطنية، بغض النظر عن ديانة هؤلاء المواطنين. أما المقيمون، فإنهم أحياناً يخضعون لقوانين الأحوال الشخصية لبلدان الإقامة، وأحياناً لقوانين الأحوال الشخصية العائدة لبلدانهم الأصلية، وهذا الموضوع يعد اليوم ساحة لتنازع القوانين بين الدول⁴.

¹ - انظر المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد السابع، يونيو 2005، ص 409 وما بعدها.

² - انظر المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الأول، 2002، ص 77 وما بعدها.

³ - انظر نفسه.

⁴ - يدخل تنازع القوانين من حيث المكان في صلب موضوع القانون الدولي الخاص، وذلك لأنه يفترض وجود تنازع بين تشريعات دول متعددة. وقد ظهر مبدأ أن لتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، وهما: مبدأ إقليمية القوانين، ومبدأ شخصية القوانين.

أ - مبدأ إقليمية القوانين: يقوم هذا المبدأ على فكرة السيادة، حيث تعتبر الدولة صاحبة السلطان المطلق في حدود إقليمها. ويتربط على ذلك أن قوانين الدولة تطبق على كل ما يحدث ضمن حدود إقليمها بغض النظر عن جنسية الأشخاص الذين يقيمون فيه، سواء أكانوا ممن يحملون جنسيتها أم أجنبي.

ب - مبدأ شخصية القوانين: ويقوم هذا المبدأ على أن قوانين الدولة تطبق على رعاياها فقط، أينما كانوا، سواء داخل حدود إقليمها أم خارجها. وبالمقابل فإن قوانينها لا تطبق على الأجنبي، حتى ولو كانوا يقيمون داخل حدود إقليمها. وتبدو أهمية هذا المبدأ بصورة خاصة بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق، ووصية، وإرث. (انظر: د. جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 2007، ص 82، ود. حسن الهداوي، تنازع القوانين: المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1997، ص 13 وما بعدها).

وبعد أن استعرض مختلف الحالات الافتراضية التي يمكن للمسلم أن يلجأ فيها إلى القاضي غير المسلم، وحددها فيما يلي¹ :

- أن يكون الزوجان من رعايا دولة إسلامية وعقدا زواجهما في دولة إسلامية، وهما مقيمان في دولة أوروبية، ثم يرفعان خلافهما إلى قضاء تلك الدولة.
 - أن يكون أحد الزوجين من رعايا دولة إسلامية، والآخر من رعايا دولة غير إسلامية.
 - أن يكون الزوجان معا يحملان جنسية دولة غير إسلامية.
- بعد هذا انتهى الشيخ فيصل مولوي إلى أن الحكم القضائي الصادر عن جهة أوروبية غير مسلمة مُلزمٌ شرعا وقانونا لطرفيه، وإن كانا مسلمين، واستدل بعدد من الأدلة الشرعية والواقعية نوجزها كما يلي² :

- أن القوانين الأوروبية عموما تجعل الطلاق بيد القاضي، وحينما يعقد الرجل المسلم زواجه وفق هذه القوانين، فهو يعلن صراحة التزامه بها، ومن ذلك قبوله جعل الطلاق بيد القاضي، وهذا يمكن اعتباره تفويضا من الزوج وهو أمر جائز له شرعا، واستدل في هذا السياق بما ذكره الشيخ الزرقا بخصوص قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، حيث يقول: " ففي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف، وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه، إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح"³.

- أن الشرع يبيح للزوجين اشتراط شروط إرادية على بعضهما لا تتنافى ومقاصد العقد ولا تعارض أصلا من الكتاب والسنة، وقد نص الإمام أحمد أن كل نص لم يقم الدليل من النص على بطلانه يعتبر صحيحا ويجب الوفاء به، ويقول ابن تيمية: "وأصل العقود أن العبد لا يلزمه شيء إلا بالتزامه، أو بإلزام الشارع له، فما التزمه فهو ما عاهد عليه، فلا ينقض العهد ولا يغدر. وما أمره الشارع به فهو مما أوجب الله عليه أن يلتزمه وإن لم يلتزمه، ولهذا يذكر الله تعالى في كتابه هذا كقوله: ﴿الَّذِينَ يُؤْفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ﴾"⁴، فما أمر الله به أن يوصل فهو إلزام من الله، وما عاهد عليه الإنسان فقد التزمه، فعليه أن يوفي بعهد الله، ولا ينقض الميثاق إذا لم يكن مخالفا لكتاب الله"⁵. وبما أن الزوجين قد رضيا بإجراء العقد وفق القوانين الأوروبية، فإن ذلك يعتبر التزاما بهذه القوانين، وتعتبر مواد هذه القوانين كأنها شروط ملحقمة بالزواج.

- أن العقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين، وتوافق إرادتين، وقد تم هذا التوافق على زواج خاضع لقانون معين، فلا يجوز لأحد الطرفين أن يرفض الخضوع لهذا القانون لأنه بذلك يفرض على الطرف الآخر إرادته المنفردة، وهذا يناقض العقد؛ فلو أن الزوجة طلبت الطلاق وحكم به القاضي غير المسلم، فلا يجوز للزوج أن يتحجج بأن طلاق القاضي غير شرعي، لأنه بذلك يناقض العقد الذي تم على أساسه الزواج.

¹ - انظر فيصل مولوي، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الأول، 2002، ص 79 وما بعدها.

² - انظر نفسه، ص 82 وما بعدها.

³ - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1409هـ/1989م، ص 237.

⁴ - سورة الرعد، الآية 20-21.

⁵ - ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الثالثة،

1426هـ/2005م، ج 341/29.

- أن المرأة التي أبرمت عقد زواجها وفق القوانين الأوربية، ثم تضررت من حياتها الزوجية، وليس لها جهة شرعية ملزمة تشتكي لديها، أمكنها أن تلجأ إلى القضاء الأوربي لرفع الضرر عنها، طبقا للقواعد الفقهية: "الضرر يزال"، و"الضرر يدفع بقدر الإمكان".

وبهذا الاختيار يكون الشيخ فيصل مولوي، قد أسس لاجتهاد جديد يرفع الحرج عن كثير من أسر الأقليات المسلمة في الدول الغربية التي تعيش بعض المشاكل وترغب في إيجاد حل نهائي لها، وذلك بإمكانية اللجوء إلى القاضي غير المسلم وإنهاء العلاقة الزوجية أمامه وفق قوانين القاضي المحلية.

ولعل هذا الاختيار هو الذي ارتضته عدد من قوانين الأحوال الشخصية العربية المعدلة حديثا، خاصة مدونة الأسرة المغربية التي دخلت حيز التنفيذ بالمحاكم المغربية في فبراير من سنة 2004، وذلك انسجاما مع التحولات الطارئة في حياة الأسرة المغربية بالمهجر، خاصة في بلدان أوربا، وتحقيقا للتقارب بين مختلف النظم القانونية المقارنة وتجاوز نقط الخلاف الكائنة بينها، ثم من أجل إيجاد حلول واقعية لمشكل تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مجال الأحوال الشخصية في حق/ أو بين أبناء المغاربة المسلمين في تلك البلدان. خاصة وأن هؤلاء يخضعون بحكم جنسيتهم لقانونهم الوطني ويخضعون في إطار القانون الدولي الخاص¹ لمعايير وضوابط قانون دولة الإقامة².

وهكذا تنص المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الثانية على ما يلي: "الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو بالفسخ تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت من محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية".

فمن خلال هذه المادة يتبين أنها اشترطت شروطا محددة لقبول تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية³، تتمثل أساسا في :

- أن يتعلق الحكم بإنهاء العلاقة الزوجية إما بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو بالفسخ، وهو شرط يستوعب معظم حالات الفراق التي تتم سواء وفق أحكام الشريعة الإسلامية أو قواعد القوانين الوضعية.
- أن تكون المحكمة مصدرة الحكم مختصة، والاختصاص في هذا الإطار له جانبان، أحدهما دولي وآخر داخلي، ففي الجانب الدولي يجب أن تكون محاكم الدولة التي أصدرت الحكم بمقتضى قواعد تنازع الاختصاص القضائي المعمول بها في المغرب. أما من الجانب الداخلي فيجب أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت

¹ - يقصد بالقانون الدولي الخاص مجموع القواعد القانونية ذات الصيغة الفنية التي تحكم النظام القانوني للعلاقات الدولية الخاصة، والتي تنشأ بين أفراد من دول مختلفة أو بين أفراد من دولة واحدة ولكن عبر الحدود، فهي تنطوي على عنصر أجنبي أو خارجي، وتهدف إلى تنظيم مسألة التمتع بالحقوق والمراكز القانونية التي تتولد وتنشأ عن العلاقات والروابط الخاصة الدولية وذلك بتحديد من يتمتع بها، وتتكفل بذلك القواعد المنظمة للجنسية والمركز القانوني للأجانب. (انظر د. عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة دراسة تأصيلية مقارنة، دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى 1430 هـ / 2009م، ص 553).

² - د. جميلة أوحيدة، مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثالثة، سنة 2007، ص 138.

³ - يقصد بمنح الصيغة التنفيذية، المسطرة القضائية التي تخول الأحكام (وكذلك العقود الرسمية) الأجنبية القوة التنفيذية داخل المغرب وذلك عن طريق صدور حكم قضائي عن محكمة مغربية تأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كما لو كان حكما مغربيا... وتجد هذه المسطرة سندها القانوني في إطارين قانونيين أحدهما موضوعي (مدونة الأسرة المادة 128) والآخر إجرائي (قانون المسطرة المدنية الفصول 430 و431 و432).

الحكم هي المختصة طبقا لقواعد الاختصاص الداخلي في الدولة المعنية بالأمر¹. وهذا معناه أن القضاء المغربي وهو مباشر مثل هذه الدعاوى لا يجعل من شروط الاختصاص أن يكون القاضي الذي أصدر الحكم مسلما، بل إن المجلس الأعلى نقض في أحد قراراته، الحكم الصادر عن محكمة الموضوع الذي قضى برفض منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي متعلق بدعوى طلاق بين مغربيين مقيمين في ألمانيا بدعوى أن الحكم صادر عن قاض غير مسلم².

- أن يكون الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية قد أسس على أسباب لا تتنافى مع تلك التي قررتها مدونة الأسرة لإنهاء العلاقة الزوجية، وهي المنصوص عليها في المواد المنظمة لمساطر الطلاق والتطبيق.

- أن تتأكد المحكمة من عدم مساس أي محتوى من محتويات الحكم الأجنبي بالنظام العام المغربي، والنظام العام هو "مجموع القواعد والقيم التي تشكل الأسس الجوهرية للمجتمع، وهذه القواعد ولئن كانت غير محددة إلا أنها راسخة في الضمير المجتمعي متفق على ضرورة النزول عند أحكامها باعتبارها الضامن لكيان المجتمع وخصوصيته وتفردته"³، وقيل أيضا في تعريفه هو: "مجموعة الأحكام والإجراءات الموضوعية لحماية المجتمع وتحقيق النفع العام له في الدنيا والآخرة، والتي لا يجوز لأحد مخالفتها، أو إسقاطها، أو تعديلها، أو الاتفاق على خلافها"⁴، فأحكام النظام العام في عرف القانونيين واجبة التطبيق، يظهر ذلك من تعريفاتهم التي تؤكد على صفة الإلزام والحتم، بل ويترتب على الإخلال به أو عدم تطبيقه بطلان وفساد تلك التصرفات التي خالفته⁵. وعليه فالمراد بهذا الشرط في القانون المغربي، أن تكون كل محتويات الحكم الأجنبي منسجمة ومجموع القيم الحضارية والمبادئ السائدة في المغرب أي بلد التنفيذ، وعدم مساسه بالشعور الجماعي للمغاربة وكذا للسياسة التشريعية للبلاد⁶.

خلاصة :

إن الاجتهاد المعاصر يقرر في هذه المسألة فقها وقضاء أنه يجوز للمواطن المسلم في دولة غير إسلامية اللجوء إلى قضاء غير المسلمين، على أن يراعي الخصوم ألا يترتب على ذلك قدر الإمكان ظلم من أحدهما للآخر، أو أن يكون في الحكم مخالفة واضحة لمعلوم من الدين بالضرورة. وهو قول ناشئ عن دليل بل أكثر كما أشار إليه أصحابه فيما أفتوا به من عمل بمبدأ الضرورة ورفع الحرج المستند إلى مقاصد الشريعة الإسلامية والقواعد الفقهية المعتمدة في هذا الباب، وإعمالا لما ذكره الفقهاء من نفاذ أحكام من تغلب على المسلمين ولو في ديارهم، وولى عليهم للقضاء منهم أو من غيرهم من يكون أهلا لفض الخصومات وإقامة العدل بين الناس في أفضيتهم، وذلك مثل ما هو سائد في الأنظمة القضائية الغربية (الأوروبية والأمريكية) في هذا الزمن.

¹ - انظر د. موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، مطبعة المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1994، ص 339.

² - انظر د. جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، مرجع سابق، ص 337.

³ - إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، الطبعة الرابعة 1995، دار النشر الجسور ص 4.

⁴ - د. عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة دراسة تأصيلية مقارنة، ص 58.

⁵ - انظر نفس المرجع، ص 101.

⁶ - انظر د. جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، ص 316. وانظر بعض التطبيقات الخاصة لمخالفة بعض الأحكام لمبدأ النظام

العام في نفس المؤلف، ص 318 وما بعدها.

❖ مصادر ومراجع الدراسة :

- ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، المنصورة، مصر، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م.
- ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن محمد : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 1423هـ/2003م.
- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1409هـ/1989م.
- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، دار النشر الجسور الطبعة الرابعة 1995م.
- إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1998.
- جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 2007.
- جميلة أوحيدة، مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثالثة، سنة 2007، ص 138.
- حسن الهداوي، تنازع القوانين : المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1997م.
- حمد الكدي العمراني، الأسرة المسلمة في الغرب بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد 7، يونيو 2005/ ربيع الثاني 1426هـ ص 193 – 195).
- سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ/2003م.
- عادل القاضي : الهجرة والاعتراب، تأسيس فقهي لمشكلة اللجوء والهجرة في حور مع السيد محمد حسين فضل الله، مؤسسة المعارف للمطبوعات، بيروت، الطبعة الأولى 1419هـ/1999م.
- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ومكتبة البشائر، الطبعة الثانية 1409هـ/1989م.
- عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة دراسة تأصيلية مقارنة، دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى 1430هـ / 2009م.
- العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دراسة وتحقيق، محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف بيروت، (بدون تاريخ).
- فتوى رقم 60 للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث في دورته الرابعة عش، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد السابع، يونيو 2005، ص 409 وما بعدها.
- فيصل مولوي : التحكيم الشرعي في بلاد الغرب، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الثالث، جوان 2003م/ ربيع الثاني 1424هـ، ص 185 وما بعدها.
- فيصل مولوي، حكم الطلاق الصادر عن قاض غير مسلم، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الأول، 2002، ص 77 وما بعدها.
- المهدي الوزاني، أبو عبد الله سيدي محمد بن محمد: النوازل الفقهية الكبرى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالملكة المغربية، الطبعة الأولى، 1412 هـ / 1992م.
- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، مطبعة المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1994م.

مؤسسة الحيازة ونظام السجل العيني (حتمية الصدام وفرص التعايش) - دراسة تحليلية مقارنة



الدكتور: عمر خضر يونس سعد
أستاذ: القانون المدني المساعد
الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين

تمهيد :

لقد أقام المشرع مؤسسة الحيازة على اعتبارات عديدة تعود في مجملها للصالح العام، فتهدف لتحقيق الأمن والاستقرار والتنمية في المجتمع، والذي يجعل الحيازة محل اعتبار ولها قيمة قانونية هو ظهور الحائز بمظهر المالك أثناء استغلاله الفعلي للعقار الخاز¹، ما يعني اختلاط الحيازة بالملكية وبالتالي تحقيقها للوظيفة الاجتماعية المرجوة من الملكية، ومن أبرز الآثار التي تحققها مؤسسة الحيازة اكتساب ملكية العقارات بمرور الزمن أو ما يعرف بالتقادم المكسب، إلا أن مؤسسة الحيازة أصبحت في وقتنا الحالي مهدد في وجودها لاسيما الحيازة في الجانب العقاري، وذلك لأن معظم التشريعات الحديثة قد أقرت نظام السجل العيني الخاص بتسجيل العقارات مما يضيف عليها حماية مطلقة، وهذا يعني أن مؤسسة الحيازة قد أصيبت في مقتل وذلك لأن نظام السجل العيني يلغي أهم آثار الحيازة المتمثل باكتساب ملكية العقارات بمرور الزمن لا بل إن نظام السجل العيني وبما يمنحه من حماية مطلقة للعقارات المسجلة يمنع مؤسسة الحيازة بشكل كامل من التعرض للعقارات المسجلة، وقد يظهر التعارض بوضوح إذا عرفنا أن الكثير من الدول قد شارفت على الانتهاء من تسجيل معظم العقارات في السجل العيني ما يعني حتمية تعطل مؤسسة الحيازة التي لا يمكن أن تكون فاعلة في مواجهة العقارات المسجلة، وأمام الأهمية الكبيرة لمؤسسة الحيازة وقيامها على مبررات تتعلق بالصالح العام لاسيما تحقيقها للوظيفة الاجتماعية المنوطة بالملكية فلا بد من وقفة أمام هذا التعارض الواضح

¹ وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرارها، حيث أكدت على "أن الحوز لا يكتسب صبغته القانونية الصالحة للمعارضة إلا إذا اجتمع فيه الركنان الأصليان له، اليد المفيدة للتصرف المادي والملكية وشبهتها التي لا يوجد ما ينفيها وهي ركنه الاعترافي أو المعنوي" قرار تعقيبي مدني مدني عدد 5557، مؤرخ في 20 ديسمبر، 1949، مجلة القضاء والتشريع، ص 53.

والصدام الحتمي بين مؤسسة الحيازة ونظام السجل العيني، لمحاولة الوصول إلى صيغة تسمح لمؤسسة الحيازة ونظام السجل العيني بالتعايش لتحقيق الصالح العام، ومن خلال ما سبق يبرز التساؤل المركزي لهذا البحث والمتمثل في: مدى الحاجة لمؤسسة الحيازة في ظل وجود نظام السجل العيني؟

وللإجابة على هذا التساؤل لابد من بحث الموضوع بشيء من التفصيل من خلال استخدام المنهج التحليلي المقارن للتشريعات الفلسطينية والتونسية، لمحاولة الوصول لصيغة توافقية للإبقاء على مؤسسة الحيازة ونظام السجل العيني وذلك لأهميتهم العائدة على المجتمع، ولتتضح الصورة أكثر سنتناول هذا الموضوع من خلال مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: أهمية وجود مؤسسة الحيازة.

المبحث الثاني: خطورة التسجيل على مؤسسة الحيازة.

المبحث الأول: أهمية وجود مؤسسة الحيازة:

يرجع وجود مؤسسة الحيازة إلى اعتبارات تعود في مجملها للصالح العام لاسيما وأن مؤسسة الحيازة غالباً ما تحقق الوظيفة الاجتماعية للملكية ما استدعى المشرع للتدخل وتنظيمها بل وحمايتها، لذلك وحتى يتضح الموضوع لابد من البحث في الأسس التي قامت عليها مؤسسة الحيازة (المطلب الأول)، ثم في علاقة الحيازة بوظيفة الملكية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأسس التي تقوم عليها مؤسسة الحيازة:

يعتبر الأساس الذي تقوم عليه فكرة الحيازة محل جدل وخلاف بين الفقهاء، فكل منهم يرجع سبب مشروعية الحيازة إلى أمر مختلف عن الآخر، فيرى جانب من الفقه أن المبرر الأساسي لفكرة الحيازة هو أن الحائز في أغلب الأحيان هو نفسه صاحب الحق، لكن السند الذي اكتسب بموجبه الحق يكون أحياناً عرفي، أو أنه نتيجة لحسن النية وصلة القرابة لم يتسلم السند ممن نقل له الحق، أو أنه فقد السند نتيجة لحريق أو زلزال أو حرب أو مع طول الزمن، إضافة لصعوبة إثبات ملكيته وأنها قد وصلت إليه من سلسلة مالكين¹، فمن الحكمة في هذه الحالات حماية الحائز في مواجهة اعتداءات الغير، وبذلك يكون الدفاع عن الحيازة في حقيقته دفاعاً غير مباشر عن الملكية، والتي تعتبر الحيازة قرينة عليها، فالحائز هو المالك في أغلب الأحيان².

ويرى جانب آخر من الفقه أن الملكية لها وظيفة اجتماعية، وأنه من الواجب إضفاء الحماية على الحيازة إذا حققت هذه الوظيفة، فالعبرة بحماية الملكية هو كونها تقوم بوظيفة اجتماعية، وطالما لم يرق المالك بهذا الدور فلا ينبغي أن تسبغ عليه الحماية، ومن الأولى أن تسبغ التشريعات حمايتها على الحائز الذي استغل العقار فترة من الزمن وظهر أمام الكافة بمظهر المالك وتعاملوا معه على هذا الأساس وبالتالي يكون قد حقق الوظيفة الاجتماعية للملكية³، وبذلك تكون الحيازة وسيلة لحث الأفراد على العمل والإنتاج⁴، فكان من الحكمة حماية الحيازة لذاتها،

¹WELL Alex, TERRE François, SIMLER Phillips : Droit civil, Les Biens 3ème édition Paris Dalloz 1985 p59

² البشير بن أبي الضياف، الحوز في القضاء والتشريع، مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، عدد 6، السنة الثالثة، جوان 1961، ص 5.

³ عبد المجيد الزروقي، الأموال "الحقوق العينية الأصلية"، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، 2014، ص 308.

⁴ محمد المالقي، التقادم، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة السابعة، عدد 6، جوان 1965، ص 29.

وأخيرا يرى فريق من الفقه أن الأساس الذي تقوم عليه الحيازة هو استقرار المعاملات، واحترام الأوضاع الظاهرة¹، وبث الطمأنينة² في نفوس الأفراد³، والحفاظة على الأمن المجتمعي والنظام العام فليس لأحد أن يقتصر لنفسه بنفسه⁴، ولا يمكن أن تبقى النزاعات إلى ما لا نهاية وهو ما يؤثر على الأمن والاستقرار الاقتصادي، ولا يتحقق كل ذلك إلا من خلال تطابق الأوضاع الظاهرة مع المراكز القانونية، فعلى هذا الأساس فإن الحكمة تقتضي حماية الحيازة⁵، لتحقيق الطمأنينة والاستقرار في التعامل والأمن في المجتمع⁶، ومهما يكن الأساس المباشر الذي تقوم عليه فكرة الحيازة، وسواءً أكان يرجع لمصلحة خاصة بالحائز أم لمصلحة عامة⁷، فإن الفائدة في النهاية تعود على الصالح العام بالاستقرار والطمأنينة والازدهار⁸.

والحال لا يختلف بالنسبة لطبيعة مؤسسة الحيازة، هل هي مؤسسة مستقلة قائمة بذاتها أم أنها ترجع لمؤسسة قانونية أخرى؟ هذا الموضوع محل خلاف بين الفقهاء، فقد ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الحيازة حق من الحقوق، مثلها مثل حق الانتفاع والارتفاق، واستندوا في ذلك إلى أن الحيازة واجبة الحماية لذاتها حتى لو كان المعتدي عليها من يحتج في ذلك بسندات الملكية، وبالتالي فالحيازة من وجهة نظرهم حق للحائز وعلى الجميع احترامها بما فيهم من يدعي ملكية الشيء المحاز، وقد أسبغ القانون على الحائز حمايته مجرد الحيازة، ولكن أصحاب هذا الرأي الذي يرى بأن الحيازة حق انقسموا على أنفسهم حول طبيعة هذا الحق؛ فبعضهم يرى بأنه حق عيني⁹ وآخرون يرون بأنه حق شخصي¹⁰، وغيرهم رأى بأنه حق ذو طبيعة خاصة، ولكن هذا الرأي تعرض للكثير من النقد، فالحيازة وإن كانت قرينة على الحق العيني إلا أنها ليست حقاً عينياً، وكذلك الحال فهي ليست بحق شخصي، إذ لا يوجد مدين ملزم بتمكين الحائز من السيطرة على الشيء المحاز، والقول بأن الحيازة حق لكنه من نوع خاص فهذا ادعاء يلفه الغموض ولا تسعفه المبررات والحجج¹¹.

¹ قرار نقض مدني مصري رقم 125، سنة 26 ق، جلسة 1961/12/28، ص 12، ص 839. مشار اليه عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، مرجع سابق، ص 86.

² رضا خماس، المجلة الجنائية معلق عليها "القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها وقضاء"، الطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2003، ص 303.

³ محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص 54.

⁴ رضا خماس، المجلة الجنائية معلق عليها "القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها وقضاء"، مرجع سابق، ص 303.

⁵ Marcel PLANIOL et George RIPERT : traité pratique de droit civil français, III, LGDJ, 2ème éd. 1952 page 688.

⁶ عبد السلام التركي، التقادم كسب من أسباب كسب الملكية، مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، الجمهورية التونسية، العدد 6، السنة السادسة والعشرون، جوان 1984، ص 37 وما بعدها.

⁷ إن المصلحة العامة تتخذ وجهان، أحدهما ايجابي يتمثل في جلب النفع للجماعة، والآخر سلبي يتمثل في دفع الضرر عن الجماعة سواء بطريقة وقائية قبل وقوعه أم بطريقة علاجية بعد وقوعه، وكل ذلك بهدف تحقيق المصالح العليا للجماعة سواء الاقتصادية أم الاجتماعية. مشار اليه معز جبر، القيود التوجيهية المسلطة على حق التصرف في الملكية، بحث منشور في المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2010، ص 157 وما بعدها.

⁸ عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، مرجع سابق، ص 8.

⁹ يعرف الحق العيني بأنه "سلطة مباشرة للشخص على العين أو الشيء، حيث أنه يمارس سلطاته مباشرة دون وسيط، ويتميز صاحب هذا الحق بسلطة التتبع والأفضلية له". مشار اليه:

- LAROUMET Christian : Droit civil. Les Biens. Droit Réels Principaux. Tome 2. Edition 1988, p 8.

¹⁰ بينما يعرف الحق الشخصي بأنه "علاقة قانونية يلتزم بموجبها شخص بهدف اعطاء شيء أو القيام بعمل أو بعدم القيام بعمل". مشار اليه: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، م 1، مطبعة السلام، مصر، ط 4، 1987، ص 3. علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 6. حاتم محمدي، التنازل عن الحق العيني، مرجع سابق، ص 3 وما بعدها.

¹¹ صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1961، ص 321.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الحيابة واقعة مادية بسيطة ولكنها تحدث آثاراً قانونية، فالحيابة بناءً على هذا الرأي ليست حقاً شخصياً ولا عينياً فهي ليست بحق أصلاً، ولكنها سبباً لحماية الحق وكسبه، إذاً فالحيابة عند أصحاب هذا الرأي هي واقعة مادية إذا قامت عناصرها وشروطها فإنها تحدث آثاراً قانونية ويضفي عليها القانون حمايته لاعتبارات ومصالح تتعلق بالصالح العام، وهذه الحماية التي يضيفها القانون لا تجعل الحيابة حق كما يقول أصحاب الرأي الأول، والقول بأن الحيابة واقعة مادية يتفق مع مضمون النظرية الشخصية وكذلك النظرية المادية للحيابة، فكلا النظريتان تشترطان السيطرة الفعلية من خلال الأفعال المادية، وهذا يدعم القول بأن الحيابة واقعة مادية إذا تحققت عناصرها واكتملت شروطها رتب المشرع عليها آثاراً قانونية، وقد تبنى تشريعاً المقارنة الرأي الثاني الذي يعتبر أن طبيعة الحيابة إنما هي واقعة مادية ترتب آثاراً قانونية¹، ويظهر ذلك عند تعريفهم للحيابة بأنها سيطرة فعلية² ما يعني أن الحيابة ليست حقاً وإنما هي واقعة مادية ترتب آثاراً قانونية³.

يتضح مما سبق أن فكرة الحيابة نشأت عن معالجة المشرع لحالة واقعية تمثلت بقيام الحيابة بدور الملكية، وذلك من خلال السيطرة الفعلية المستمرة على العقار ما يعني تحقيق الحيابة لوظيفة الملكية، إضافة لظهور الحائز بصفة المالك ما يعني أنه لا يمكن أن توجد فكرة الحيابة وتكون جديرة بالحماية التشريعية إلا إذا حققت وظيفة الملكية وهذا ما سنبحثه في المطلب التالي.

المطلب الثاني : علاقة الحيابة بوظيفة الملكية :

نظراً للصلة الوثيقة بين الملكية والحياة الإنسانية⁴، فقد تشعبت النظريات الفقهية حول طبيعة حق الملكية، فمنها من جعل الملكية حق مقدس للفرد لا يمكن المساس به بحال من الأحوال وهذا ما دعا إليه النظام الرأسمالي⁵، ومنها من أنكر حق الفرد بشكل مطلق وجعل الملكية حق للمجتمع يقوم الفرد على رعايتها واستغلالها بالنيابة عن المجتمع وهذا ما دعا إليه النظام الاشتراكي⁶، ونظراً للسلبات التي اعترت كلاً من النظريتين السابقتين ظهرت نظرية

¹ فقد نظم المشرع الفلسطيني الحيابة ضمن أسباب كسب الملكية وذلك في المواد 989 وما بعدها من ق م ف، وكذلك فعل القانون التونسي حيث نظم الحيابة ضمن أسباب كسب الملكية حين نص على أسباب كسب الملكية في نص واحد بخلاف القانون الفلسطيني الذي نظم أحكامها ضمن أسباب كسب الملكية ولم يجمع أسباب كسب الملكية في نص واحد، فنص القانون التونسي على ذلك في الفصل 22 م ح ع على أنه "تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقادم والانتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضاً".

² فقد عرف المشرع الفلسطيني الحيابة في المادة 1072 ق م ف على أنها "الحيابة سيطرة فعلية من الشخص"، وكذلك فعل المشرع التونسي عندما عرف الحيابة في الفصل 38 م ح ع على أنها "الحوز سيطرة لشخص.....".

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية؛ مرجع سابق، ص 785 وما بعدها.

⁴ منذر الفضل، تأريخ القانون، مرجع سابق، ص 30.

⁵ النظام الرأسمالي هو نظام اقتصادي ذو فلسفة اجتماعية وسياسية تقوم على أساس تنمية الملكية الفردية والمحافظة عليها، متوسعاً في مفهوم الحرية. تزداد أهمية مفهوم الملكية الفردية في الموارد النادرة حيث يفتح السوق المنافسة المصرفية بين الأفراد لاستغلالها بكفاءة، وبما أن الرأسمالية تعزز الملكية الفردية، فإنها تقلص الملكية العامة، ويوصف دور الحكومة فيه على أنه دور رقابي فقط. مشار إليه في موقع المعرفة، على الانترنت، 2017/3/15. (<http://www.marefa.org/index.php/%D8%B1%D8%A3%D8%>)

⁶ النظام الاشتراكي هو نظام اقتصادي اجتماعي يقوم على الملكية الاجتماعية لوسائل الإنتاج الأساسية، من أجل تلبية حاجات المجتمع على الوجه الأمثل. والقاعدة الاقتصادية الأساسية في هذا النظام هي إلغاء التقسيم الطبقي في المجتمع وإلغاء استغلال الإنسان للإنسان، بهدف تحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع. وقد تعددت المذاهب والنظريات التي تناولت الفكر الاشتراكي، إلا أن النظرية الماركسية اللينينية وحدها هي التي نقلت هذا الفكر إلى الواقع وكانت الأساس الذي قامت عليه أنظمة اشتراكية سادت بلداناً عدة في القرن العشرين. مشار إليه في موقع المعرفة على الانترنت، بتاريخ 2017/3/15. (<http://www.marefa.org/index.php/%D8%A7%D8%B4%D8%AA%D8%B1%D8%>)

جديدة¹، فلا جعلت الملكية حقاً مقدساً للفرد، ولا أنكرت الملكية الفردية بشكل مطلق ولكنها اعترفت بالملكية الفردية مع مراعاة المصلحة العامة² للمجتمع³ وما تفرضه على الفرد من واجبات وما تضعه عليه من قيود في استغلاله للملكية، وهذا ما يعبر عنه بالوظيفة الاجتماعية للملكية⁴، ولقد تبنى تشريعاً المقارنة الوظيفة الاجتماعية للملكية، ويبدو ذلك واضحاً من وجود آثارها بشكل واضح⁵، ومن أهم هذه الآثار إقرار مؤسسة الحيازة وحمايتها

¹ محمد الحبيب بون، الملكية ووظيفة اجتماعية، مقال في مجلة القضاء والتشريع، مرجع سابق، ص 12.

محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 1970، ص 41 وما بعدها. محمد المشيرة، الملكية الفردية ومفهوم الصالح العام، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، عدد 1، لسنة 31، جانفي 1989، ص 8 وما بعدها. جميل الشرفاوي، صور الملكية في القانون المعاصر، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، عدد 10، لسنة 19، ديسمبر 1977، ص 43 وما بعدها.

² إن المصلحة العامة تتخذ وجهان، أحدهما إيجابي يتمثل في جلب النفع للجماعة، والآخر سلبي يتمثل في دفع الضرر عن الجماعة سواء بطريقة وقائية قبل وقوعه أم بطريقة علاجية بعد وقوعه، وكل ذلك بهدف تحقيق المصالح العليا للجماعة سواء الاقتصادية أم الاجتماعية. مشار إليه معز جبر، القيود التوجيهية المسلطة على حق التصرف في الملكية، بحث منشور في المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2010، ص 157 وما بعدها.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام حق الملكية، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها.

⁴ اختلف الفقه في طبيعة الوظيفة الاجتماعية للملكية، فمنهم من رأى بأن الملكية مجرد وظيفة اجتماعية ومنهم من يرى بأن الملكية حق وله وظيفة اجتماعية.

أولاً- الملكية ووظيفة اجتماعية: أنصار هذا الرأي تأثروا في موقفهم بالمذهب الاجتماعي للملكية، حيث اعتبروا أن الملكية هي عبارة عن وظيفة اجتماعية رغم اعترافهم بالملكية الفردية، وبناءً على ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي من أن الفرد وإن كان له الحق في استغلال الملكية الخاصة واشباع احتياجاته منها، إلا أنه في نفس الوقت عليه أن يحقق أهداف المجتمع ومصالحه العامة فهو في نظرهم موظف عند المجتمع، وإن قصر في ذلك عد مخالفاً للوظيفة الاجتماعية التي ألزمه بها المجتمع، وبالتالي يفقد مركزه القانوني بفقد الحماية التي أسبغها عليه المجتمع، مما يعني أن المجتمع ممثلاً بالسلطات العامة قد تتخذ من الإجراءات ما يجبر المالك على تحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية أو حتى نزع الملكية من يده إذا لم يقوم بهذه الوظيفة نتيجة لتقصيره. مشار إليه: خليل قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 30. عبد الرزاق فرج، دوام حق الملكية، مصر 1981، ص 69 وما بعدها. جميل الشرفاوي، صور الملكية في القانون المعاصر، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، عدد 10، لسنة 19، ديسمبر 1977، ص 45 وما بعدها.

ثانياً- الملكية حق له وظيفة اجتماعية: يختلف أصحاب هذا الرأي عن سابقهم في أنهم لا يرون أن الملكية مجرد وظيفة اجتماعية، ولكنهم يعتبروا أن الملكية حق فردي له وظيفة اجتماعية، وهذا الرأي هو الذي تبناه غالب الفقه والتشريعات الحديثة، حيث اعتبروا أن الملكية حق للفرد وله أن يستعملها ويستغلها ويتصرف فيها بالطريق التي يراها مناسبة لإشباع وتحقيق رغباته الخاصة، ولكن على الفرد أثناء ذلك أن يراعي ما يقرره القانون حماية للمصلحة العامة، بمعنى أن هذا التوجه يعطي للملكية الفردية أقصى ما يمكن من سلطات لكن هذه السلطات تقف عند اصطدامها بما يقرره القانون، وهذا ما أكد عليه القانون الفرنسي حين عرف حق الملكية فنص في المادة 544 على أن "الملكية هي حق الانتفاع بالأشياء والتصرف بها بشكل مطلق تماماً، بشرط ألا يكون استعمالها محظوراً بالقوانين والأنظمة"، وذهب تشريعاً المقارنة إلى نفس التوجه، حيث نص القانون الفلسطيني في المادة 928 ق م ف على أنه "المالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون"، وفي ذات السياق أكد القانون التونسي على ذات المبدأ حيث نص في الفصل 17 م ح ع على أن "الملكية هو الحق الذي يخول صاحب الشيء وحده استعماله واستغلاله والتفويت فيه"، وفي ذات السياق نص إعلان حقوق الإنسان الفرنسي في الفصل 17 منه على أن "الملكية حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمة، ولا يجوز حرمان صاحبه منه، إلا إذا قضت بذلك ضرورة المصلحة العامة المثبتة قانوناً، وبشرط تعويض عادل يدفع مسبقاً".

مما سبق نخلص إلى أن المالك ليس موظف يؤدي مهمة ووظيفة اجتماعية تفرضها عليه الدولة كما يزعم أصحاب الرأي القائل بأن الملكية مجرد وظيفة اجتماعية، بل للفرد على ملكه سلطات واسعة خاصة به، ولكن عليه أن يراعي مصالح المجتمع الذي هيأ له الحماية والمناخ المناسب لممارسة سلطاته على ملكيته الخاصة وذلك في حدود القانون. مشار إليه: خليل قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها. محمد بن سعيد، القسمة العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001-2002، ص 31 وما بعدها. عبد الرزاق فرج، دوام حق الملكية، مصر 1981، ص 69 وما بعدها. محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

⁵ آثار هذه الوظيفة الاجتماعية واضحة في تشريعي المقارنة وذلك في ما يتعلق بالقيود التي تفرضها التشريعات على الملكية، فالمشرع الفلسطيني قد أكد على ذلك حين نص في المادة 932 ق م ف على أنه "على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة"، وكذلك أشار القانون التونسي إلى ذلك في الفصل 21 م ح ع الذي نص على أنه "على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضيه النصوص التشريعية المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة"، ومن خلال النصين السابقين يتضح أن تأثير تشريعاً المقارنة بالوظيفة الاجتماعية للملكية كان واضحاً وكبيراً حيث أنها لم تكتفي بفرض قيود على الملكية تحقيقاً للمصلحة العامة، بل تجاوزت ذلك إلى فرض قيود على الملكية تحقيقاً للمصلحة الخاصة أيضاً. = = =

لذاتها حتى في مواجهة من يدعي الملكية، وذلك كونها تفترض الملكية نتيجة لقيامها بالدور الذي تقوم به الملكية واختلاطها بها، وهذا يعكس دور الحيازة في تكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية، وبذلك فإن الحيازة تعتبر من أبرز الآثار الدالة على تبني تشريعي المقارنة للوظيفة الاجتماعية للملكية¹، فالحيازة لا قيمة قانونية لها يجعلها تستحق

===أولاً- القيود الراجعة للمصلحة العامة:

وهذا القيود التي يفرضها المشرع على الملكية بهدف تحقيق المصلحة العامة مردها إلى الوظيفة الاجتماعية للملكية والتي تبنتها الكثير من التشريعات المختلفة حديثاً، فقد فرض تشريعاً المقارنة العديد من القيود على الملكية وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة، وهذه القيود كثيرة جداً ومتناثرة في نصوص القوانين المختلفة . وهي أكثر من أن تجمع هنا لاسيما وأن هذه ليست مهمتنا، فما نهدف إليه هو إبراز الوظيفة الاجتماعية للملكية من خلال ذكر بعض القيود التي يفرضها المشرع للمصلحة العامة، لذلك سنكتفي بذكر بعض القيود على سبيل المثال لا الحصر، وفي مقدمة هذه القيود وأهمها يأتي نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة، فهذا القيد تتمثل خطورته في أنه يأتي على الملكية الخاصة فيزيلها من الوجود وينقلها لملك الدولة وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة، وقد نظم تشريعاً المقارنة نزع الملكية وأعطوه اهتماماً خاصاً نظراً للخطورة التي تشكلها على الملكية الخاصة، فقد أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك في المادة 931 ق م ف حين نص على أنه "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه أو من الانتفاع به، ولا ينزع ملك من أحد إلا للمنفعة العامة، ويكون كل ذلك في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها، وفي مقابل تعويض عادل"، وكذلك فعل القانون التونسي حين نص في الفصل 20 م ح ع على أنه "لا يجبر أحد على التنازل على ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وفي مقابل تعويض عادل"، وباستقراء النصين السابقين نجد أنهما أكدا على هذا القيد الخطير الذي يمس وجود الملكية الخاصة، ونظراً لهذه الخطورة وحمايةً للملكية الفردية فقد اشترطت التشريعات أن يتم نزع الملكية بالطريقة التي نص عليها القانون وبشرط دفع تعويض عادل للمالك الذي ستزع ملكيته ، ويعتبر نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة من أشد القيود خطورة على الملكية إذ أنه يزيل الملكية بشكل نهائي وينقلها لملك الدولة ، وهذا ما أكده المشرع التونسي حين اعتبر الانتزاع سبباً لكسب الملكية بقوة القانون ، إذ أنه في هذه الحالة تنتقل الملكية بشكل نهائي من الفرد إلى الدولة . لذلك جعل المشرع التونسي بخلاف الفلسطيني نص القانون سبباً لكسب الملكية، ومن أبرز الأمثلة على نص القانون كسب الملكية هو نزع الملكية للمصلحة العامة، وهذا ما يدل على تكريس المشرع التونسي للوظيفة الاجتماعية للملكية، وهذا ما أكدت عليه اللائحة المذهبية الصادرة عن مؤتمر المصير في بنزرت سنة 1964، حين أكدت على أن للملكية وظيفة اجتماعية. مشار إليه: اللائحة المذهبية الصادرة بمؤتمر المصير ببنزرت في أكتوبر عام 1964، مشار إليه في لجنة الدراسات الاشتراكية، الملكية ووظيفة اجتماعية، نشریات الحزب الاشتراكي الدستوري، تونس، 1967، ص5. علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 196 وما بعدها. محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها. فوزي البحيري، الانتزاع لفائدة المصلحة العمومية وحماية الملكية الخاصة في ظل قانون 14 أفريل 2003، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، تونس، العدد 8، السنة 45، أكتوبر 2003، ص 163 وما بعدها. الحبيب الشطي، القضاء الاستعجالي والتحوز بالعقارات المنتزعة، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، السنة الثانية والثلاثون، عدد 6، جوان 1990، ص 35.

- Jean Marie AUBY et Pierre Bon « droit administratif des biens » DALLOZ 3ème édition Paris 1995,p34

ثانياً- القيود الراجعة للمصلحة الخاصة:

قد يعتقد البعض أن الهدف من هذه القيود تحقيق مصلحة خاصة لفرد معين في المجتمع، لكن الحقيقة مغايرة لذلك، فالمقصود بالمصلحة الخاصة هنا هي مصلحة فئة أو طائفة معينة من أفراد المجتمع، فقد يدخل معظم أفراد المجتمع تحت هذه الطائفة في بعض الحالات، كما في القيود التي تهدف لحماية الجوار، ففي هذه الحالة نجد أن كل المجتمع له مصلحة في هذه القيود بصفتهم جيران ، وبذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن القيود التي يفرضها المشرع على فئة معينة لصالح فئة أخرى قصد منها المشرع في الحقيقة تحقيق المصلحة العامة ، ما يتضح معه أن القيود التي يفرضها المشرع في القانون على الملكية الخاصة كلها تهدف في النهاية إلى تحقيق المصلحة العامة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وهذا ما يكرس الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، لذلك سنذكر بعض القيود التي يفرضها المشرع على الملكية للمصلحة الخاصة نظراً لكثرتها وتشتتها في القوانين، حيث أن الكثير من هذه القيود يعود للجوار، سواء تعلق بالمرور في أرض الجار أو حتى مرور المياه من أرضه أو ما يتعلق بالتلاصق في الجوار ، وهذا ما أكد عليه تشريعاً المقارنة في عشرات النصوص التي لا يمكن حصرها ولعل أبرزها ما أشار إليه القانون الفلسطيني في المادة 932 ق م ف وما بعدها ، وكذلك القانون التونسي في الفصل 168 م ح ع وما بعده ، حيث أشارت هذه النصوص إلى القيود القانونية التي يفرضها المشرع على الجار حماية لمصالح جاره وتحقيقاً لمصلحة هذه الفئة المهمة وهي فئة الجيران التي تشمل كل المجتمع ، وبذلك يبدو أن المشرع من وراء هذه القيود التي يفرضها لمصلحة طائفة معينة هدف إلى تحقيق مصلحة عامة للمجتمع، ومن خلال ذلك يكرس المشرع لفكرة الوظيفة الاجتماعية للملكية . مشار إليه: زكية الصافي، علاقات الجوار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999-2000، ص 81 وما بعدها. خليل قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها. علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 217 وما بعدها. محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها.

¹ الهادي سعيد، التشريع العقاري في خدمة الملكية، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة التاسعة، عدد 7، جويلية 1967،

الحماية إذا لم يسيطر الحائز على العقار سيطرة فعلية مستمرة وبالتالي يأتي من أفعال السيطرة ما يتناسب مع طبيعة العقار والهدف الذي خصص له، وهو ما كان سيقوم به مالك العقار، وبذلك تكون الحيازة قد حققت الوظيفة الاجتماعية للملكية، وهذه الأفعال هي التي جعلت الحيازة تختلط بالملكية وبالتالي تكون قرينة عليها ما جعلها جديرة بالحماية، ويظهر هذا الدور جلياً من خلال إقرار التشريعات لمؤسسة الحيازة، حيث أفرد لها نصوصاً عديدة تنظمها بشكل واضح ومفصل، فقد نظم المشرع الفلسطيني الحيازة في ما يزيد على أربعين مادة قانونية¹، تناول فيها المشرع كل جوانب الحيازة بشكل مفصل، وكذلك نظم المشرع التونسي الحيازة في ما يزيد على ثلاثين فصل قانوني²، نظم فيها المشرع الحيازة بشكل تفصيلي، ومن خلال هذا الاهتمام التشريعي بمؤسسة الحيازة التي تقوم في أساسها على تحقيق الصالح العام واستقرار الأوضاع القانونية³ يتضح أن تشريعي المقارنة هدفاً من خلال هذه السياسة إلى تحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية، ما يجعل تحقيق هذه الوظيفة من عدمه معياراً للحماية التشريعية.

ولا يقف الأمر عند إقرار المشرع لمؤسسة الحيازة التي تقوم على المصلحة العامة، للقول بأن المشرع يتبنى من خلال ذلك الوظيفة الاجتماعية للملكية، ولكن تشريعي المقارنة رتبا على الحيازة آثاراً مهمة⁴، فقد أضفى المشرع حمايته على الحيازة لذاتها وإن كان بشكل مؤقت، وكذلك بالغ في حماية الحيازة وجعلها دائمة إذا تحققت شروط معينة من شأنها أن تساهم في تحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية من خلال استغلال العقار لمدة طويلة ما يجعل الحيازة جديرة بالحماية التشريعية الدائمة من خلال تمليك الحائز للعقار المحاز بمرور مدة معينة.

¹ حيث خصص المشرع الفلسطيني للحيازة ما يزيد على أربعين مادة في القانون المدني الفلسطيني، وذلك من المادة 1072 إلى المادة 1107 عدا النصوص المتعلقة بالتقادم المسقط والتي تنطبق على التقادم المكسب وغيرها من النصوص المبعثرة في القوانين المختلفة كقانون المرافعات.

² بينما نظم القانون التونسي الحيازة في ما يزيد عن ثلاثين فصل قانوني توزعوا على مجلة الحقوق العينية من الفصل 38 إلى الفصل 55، وكذلك مجلة المرافعات المدنية والتجارية من الفصل 51 إلى الفصل 58، وكذلك في مجلة الالتزامات والعقود ما يتعلق بانطباق قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب في بعض الأحكام.

³ محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص 54.

⁴ ومن ذلك أن القانون وإن كان يجيز نزع الملكية للمصلحة العامة إلا أن ذلك لا يكون إلا لقاء تعويض عادل، وإن كان هذا يشكل قيداً على حق الملكية، إلا أن المالك يحصل في نهاية الأمر على تعويض لقاء ملكيته التي نزعت منه، إلا أن الأمر في الحيازة أخطر من ذلك بكثير، فإذا ما اكتسب الحائز الملكية بالحيازة فإن المالك يفقد ملكيته لصالح الحائز دون حصوله على تعويض، وفي ذلك خطرٌ محقق بحق الملكية، وهو أخطر من كل القيود التي فرضها المشرع على الملكية، ولا يفهم ذلك إلا في إطار السياسة التشريعية التي تبناها تشريعا المقارنة وتهدف من خلال الحيازة لتحقيق الوظيفة الاجتماعية، فكانت الحيازة كسب مستقل لكسب الملكية مكافأة من المشرع للحائز النشط الذي استغل العقار المئتمل مما أسهم في تحقيق الوظيفة الاجتماعية، وفي نفس الوقت عقاب للمالك المئتمل الذي قصر في تحقيق الوظيفة الاجتماعية بتركه للملكه دون استغلال أو رعاية مما سمح بحيازته من قبل الغير كل هذه المدة وبالتالي كسب ملكيته. وقد أكد تشريعا المقارنة على دور الحيازة في اكتساب الملكية، حيث أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك في المادة 1091 ق م ف حين نص على أنه "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً على عقار، غير مسجل في دائرة التسجيل، حيازة قانونية، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كان له أن يكسب ملكية العقار أو الحق العيني"، وكذلك أشار القانون التونسي إلى ذلك في الفصل 45 م ح ع حين نص على أنه "من حاز عقاراً أو حقاً عينياً على عقار مدة خمسة عشر عاماً بصفة مالك حوزاً بدون شغب مشاهداً مستمراً وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم"، ومن خلال هذه النصوص تتضح لنا الأهمية التي منحها التشريعات لمؤسسة الحيازة حتى في مواجهة حق الملكية، جاعلة الحيازة سبباً مستقلاً لكسب الملكية، حتى العقارية منها رغم أهميتها. مشار إليه: محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها. رمزي ساسي، مفهوم واضع اليد في الرهن العقاري، بحث في مجلة مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مرجع سابق، ص 796. الهادي سعيد، التشريع العقاري في خدمة الملكية، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة التاسعة، عدد 7، جويلية 1967، ص 89. علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 196 وما بعدها.

- Jean Marie AUBY et Pierre Bon « droit administratif des biens » DALLOZ 3ème édition Paris 1995,p34

وقد أشار المشرع الفلسطيني في المادة 931 ق م ف إلى أنه "لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه أو من الانتفاع به، ولا ينزع ملك من أحد إلا للمنفعة العامة، ويكون كل ذلك في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها، وفي مقابل تعويض عادل".

لم يكتفي المشرع بإقرار مؤسسة الحيازة، بل عززها بقرائن قانونية¹ ترفع من مكانتها وتعزز من أثرها حتى في مواجهة حق الملكية، ما يعزز دور الحيازة في تكريس وظيفة الملكية الاجتماعية وبالتالي استحقاقها الحماية التشريعية كلما حققت ذلك، وهذه القرائن تعتبر من الأهمية بمكان بحيث تعفي الحائز من الإثبات في مواضع كثيرة كون الإثبات يثير صعوبات عديدة، وبما أن المشرع قد أقام العديد من القرائن القانونية لمصلحة الحائز أعفاه من الإثبات بموجبها، ما يترتب عليه أن على من ينازع الحائز في حيازته أن يقوم هو بالإثبات حتى لو كان المالك نفسه، فحماية المشرع لها وتعززها بالعديد من القرائن القانونية دليل آخر على دورها في تكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية²، ما جعل المشرع يمنحها كل هذه الحماية حتى في مواجهة المالك.

ومن هذه القرائن التي عزز بها المشرع الحيازة، أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وهذا ما أكده القانون الفلسطيني حين أشار إلى ذلك في المادة 1086 ق م ف حيث نص على أنه "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء أو حق واحد عد بصفة مؤقتة أن الحائز هو من له الحيازة المادية إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة"، ولا مقابل لهذا النص في القانون التونسي، إلا أن فقه القضاء التونسي قد أقر هذه القرينة واعتبر أن الحيازة المادية دليل على توافر العنصر المعنوي المتمثل في نية التملك، وبالتالي فالحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية³، وقد دل النص السابق دلالة واضحة على القرينة القانونية التي أقامها المشرع لمصلحة الحائز المادي، حيث اعتبر النص أنه عند تنازع أكثر من شخص على الحيازة القانونية، فإن الحائز هو من قامت له الحيازة المادية، بالتالي تقوم هنا قرينة مفادها أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية إلى أن يُثبت من يدعي خلاف ذلك العكس، وهذه القرينة تعد حماية إضافية من المشرع للحائز حيث أعفاه بموجبها من مجرد إثبات قانونية الحيازة، وجعل عبء الإثبات على من ينازع الحائز صاحب السيطرة المادية، وهذا دليل على مدى الحماية التي أسبغتها التشريعات على الحيازة⁴.

وكذلك أقرت التشريعات قرينة مهمة تعتبر من أهم القرائن التي رتبها المشرع لحماية الحيازة، وتتمثل هذه القرينة في اعتبار الحيازة القانونية تفترض الملكية، حيث أن تشريعي المقارنة اعتبروا أن الحائز الذي يستغل الحق وسيطر عليه ويظهر عليه بمظهر المالك أمام الجميع فإن ذلك قرينة على الملكية، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه، ما يجعل الحيازة تستحق الحماية لذاتها، وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني بشكل واضح حين أشار إلى ذلك في المادة 1087 ق م ف حين نص على أنه "من كان حائزاً للشيء أو الحق عد صاحبه حتى يقوم الدليل

¹ يعرف المشرع التونسي القرينة في الفصل 479 م ا ع على أنها "ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة"، بالتالي فالقرينة دليل غير مباشر يعتمد على الاستنتاج والقياس، وذلك من خلال أمر موجود وثابت للوصول إلى أمر مجهول، والقرائن إما أن تكون قانونية نص عليها المشرع بالتحديد في القانون وهي تنقسم إلى قرينة قانونية بسيطة كالحيازة تقبل اثبات عكسها، وقرينة قانونية قاطعة كالتقادم المكسب لا تقبل اثبات عكسها، وكذلك هناك من القرائن ما يستنبطها القاضي اثناء نظر النزاع وهي ما تعرف بالقرائن القضائية. مشار اليه الأسعد الشنوفي، إثبات الملكية العقارية غير المسجلة، مرجع سابق، ص 258 وما بعدها. و جهاد الكسواني، قرينة البراءة، مرجع سابق، ص 6 وما بعدها.

² الهادي سعيد، التشريع العقاري في خدمة الملكية، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل. تونس، السنة التاسعة، عدد 7، جويلية 1967، ص 89.

³ قرار تعقيبي مدني مدني عدد 15374، مؤرخ في 14 جويلية 1988، م ق ت، لعام 1988، ج 2، ص 78.

⁴ الأسعد الشنوفي، إثبات الملكية العقارية غير المسجلة، مرجع سابق، ص 272 وما بعدها.

على خلاف ذلك"، ولا مقابل لها في القانون التونسي، غير أن فقه القضاء التونسي أكد على هذه القرينة، حيث اعتبر في قرار له أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية حتى يثبت عكس ذلك¹،

ويتضح مما سبق أن هذه القرينة لها أهمية كبيرة حيث أنها تعفي الحائز من عبء الإثبات، فهو في ظل هذه القرينة التي أقرها المشرع لمصلحته ليس مطالباً بإثبات ملكيته للشيء المحاز، فهو المالك المفترض وعلى من يدعي خلاف ما أقرته القرينة أن يثبت ذلك، وفي إعفاء القرينة للحائز من الإثبات تماشياً مع ما تتسم به دعاوى الحيازة من حماية وسرعة تدل على حرص المشرع على استقرار الحيازة وبالتالي تحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية²، بالتالي تعتبر هذه القرينة حماية إضافية للحيازة حتى في مواجهة المالك، حيث منحه مرتبة أفضل من المالك وذلك بإعفائه من مهمة صعبة وهي عبء الإثبات، وأثقلت بهذا العبء كاهل من يدعي الملكية، وكانت الحماية التشريعية من نصيب الحائز كونه من يظهر أمام الناس بمظهر المالك من خلال تحقيقه لوظيفة الملكية فكان جديراً بالتفضيل على المالك، وهذه الحماية التشريعية للحيازة تكرر التوجه التشريعي نحو تبني الوظيفة الاجتماعية للملكية وبالتالي حماية من يحققها³.

ومما سبق يتضح أن تشريعي المقارنة قد نظما الحيازة وأفردا لها نصوصاً كثيرة، وقد رتبا عليها آثاراً مهمة تمثلت في حماية الحيازة لذاتها حتى في مواجهة المالك، إضافة إلى ذلك فقد عززت التشريعات هذه الحيازة ودعمتها بقرائن قانونية جعلت الحائز في مرتبة متقدمة على المالك الحقيقي بحيث أعفته من الإثبات في كثير من المواضع، وألقت عبء الإثبات على من يعارض الحيازة، حتى لو صدرت هذه المعارضة من المالك نفسه، كل ذلك يدل على أن التشريعات اهتمت بالحيازة وذلك لقيامها على اعتبارات تتعلق بالصالح العام، ما يعني أن الحيازة تلعب دوراً مهماً في تكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية، ما يجعلها جديرة بالحماية التشريعية كلما حققت هذه الوظيفة، وهذا ما يجعلنا نفكر في حلول تبقى على مؤسسة الحيازة حيوية وفاعلة حتى في ظل نظام السجل العيني، وهذا ما سنتعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني : خطورة التسجيل على مؤسسة الحيازة :

الأصل أن العقارات الخاصة بالأفراد تخضع في مجملها للحيازة المكتسبة للملكية إلا ما استثني منها بنص خاص، وتستثنى التشريعات المختلفة العقارات التي تخضع لنظام السجل العيني من الخضوع للحيازة نتيجة لتعارض الحيازة المكتسبة للملكية مع طبيعة هذا النظام، ما يستدعي التعرض لأنظمة التسجيل العقاري (المطلب الأول)، ثم لموقف تشريعي المقارنة منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : أنظمة التسجيل العقاري :

تختلف الدول فيما بينها في الأخذ بأنظمة التسجيل العقاري، فمنها من يأخذ بنظام السجل الشخصي (الفرع الأول)، ومنها من يأخذ بنظام السجل العيني (الفرع الثاني).

¹ قرار تعقيبي مدني مدني عدد 21216، مؤرخ في 9 جانفي 1989، نشرة محكمة التعقيب 1989، القسم المدني، ج1، ص235.

- قرار تعقيبي مدني مدني عدد 15374، مؤرخ في 14 جويلية 1988، مجلة القضاء والتشريع 1988، ج2، ص78.

² الأسعد الشنوفي، إثبات الملكية العقارية غير المسجلة، مرجع سابق، ص 281 وما بعدها.

³ علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص274 وما بعدها.

الفرع الأول: نظام السجل الشخصي¹:

يقصد به ذلك النظام الذي تعتمده بعض الدول في تسجيل وحصر العقارات الموجودة داخل حدود الدولة²، فلا تسجل العقارات بأوصافها ومساحاتها ومواقعها لكنه يعتمد أسماء المالكين³ حيث يقوم بترتيبها في دفتر التسجيل بطريقة هجائية، بمعنى أنه لا يمكن البحث عن عقار معين للتأكد من ملكيته أو خلوه من القيود⁴، لأنه لا يمكن البحث في السجل الشخصي إلا من خلال أسم المالك⁵، بالتالي يصعب البحث عن عقار بعينه، ومن أهم ما يميز هذا النظام أنه وسيلة للإعلان فقط، بمعنى أنه ليس له قوة مطلقة في الإثبات فلا يظهر العقار المسجل من العيوب⁶، وليس له أثرٌ منشئٌ للتصرفات القانونية المسجلة، فمن ينقل الملكية هو التصرف القانوني فإذا كان التصرف به عيب من العيوب فالتسجيل في نظام السجل الشخصي لا يظهر هذا التصرف من العيوب، بل تبقى على حالها ويبقى المالك مهدد في ملكه حتى بعد التسجيل⁷، ونظام الشهر الشخصي⁸ هو المعمول به في فرنسا⁹ وفي مصر¹⁰، ونتيجة لأن هذا النظام ليس له قوة مطلقة في الإثبات لأنه وسيلة للإعلان فقط¹¹، فهو لا يمنع التقدّم المكسب في مواجهة العقارات المسجلة فيه¹².

الفرع الثاني: نظام السجل العيني¹³:

يقصد به ذلك السجل الذي تقيد فيه العقارات بناءً على هوية العقار ذاته¹⁴، بمعنى أن لكل عقار صفحة خاصة به في هذا السجل¹⁵ يدون فيها هوية العقار من حيث الموقع والمساحة والأوصاف¹⁶، وكذلك تدون فيها كل التصرفات القانونية الواردة على هذا العقار من بيع ورهن وحجز وغير ذلك من التصرفات الواردة على هذا العقار¹⁷، وتعتبر هذه الصفحة الخاصة بالعقار بمثابة الحالة المدنية لهذا العقار، بحيث يستطيع من له مصلحة على

¹ سمي بنظام السجل الشخصي لأنه يعتمد في التسجيل على شخص المالك للعقار وليس على العقار ذاته.

² خليل قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 109.

³ عمارة بلغيث، أنظمة الشهر العقاري وموقف المشرع الجزائري، ق. ت، مركز النشر الجامعي، 2006، ص 3.

⁴ الهادي سعيد، النظام التونسي في التسجيل العقاري والشهر العيني، م ق ت، مرجع سابق، ص 10.

⁵ أحمد العميرة، نوازل العقار، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق، ص 248.

⁶ عبد الوهاب عرفة، الملكية العقارية والعقود وتسجيلها في الشهر العقاري، مرجع سابق، ص 17.

⁷ طارق على العصفور، النظام القانوني للتسجيل العقاري، مرجع سابق، ص 32.

⁸ الهادي سعيد، النظام التونسي في التسجيل العقاري والشهر العيني، م ق ت، مرجع سابق، ص 10.

⁹ نظام السجل الشخصي هو المعمول به في فرنسا ومصر وبلجيكا وإيطاليا. مشار إليه: عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في الملكية العقارية والعقود وتسجيلها في الشهر العقاري، مرجع سابق، ص 17.

¹⁰ نظام السجل الشخصي هو المعمول به في مصر رغم صدور قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964، وذلك لأن هذا القانون لم يوضع موضع التنفيذ حتى الآن وذلك لكثرة الصعوبات في تطبيقه. وكذلك فهو المعمول به في فرنسا. مشار إليه خليل قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 109. طارق على العصفور، النظام القانوني للتسجيل العقاري، مرجع سابق، ص 32.

¹¹ عمارة بلغيث، أنظمة الشهر العقاري وموقف المشرع الجزائري، ق. ت، مرجع سابق، ص 3 وما بعدها.

¹² ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 173.

¹³ سمي بالسجل العيني لأنه يعتمد في التسجيل على عين العقار وليس على شخص مالكة.

¹⁴ خليل قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 109.

¹⁵ زهدي يكن، السجل العقاري في لبنان والعالم، ج 1، دار الثقافة، لبنان، د. ت، ص 108 وما بعدها.

¹⁶ علي كحلون، القضاء العقاري "طرق فصل النزاعات العقارية"، د. ن، 2003، ص 88 وما بعدها.

¹⁷ الهادي سعيد، النظام التونسي في التسجيل العقاري والشهر العيني، م ق ت، مرجع سابق، ص 10.

هذا العقار أن يتثبت من الوضعية القانونية له بكل سهولة، كونه لا يعتمد على أسماء المالكين كما نظام السجل الشخصي، وبناءً على هذا السجل يعطى كل عقار رقم مميز له عن غيره مما يسهل الوصول إليه دون جهد، ومن أهم ما يميز نظام السجل العيني أن له حجية مطلقة¹، فالبيانات الواردة فيه لا يمكن المنازعة في صحتها ولها قوة مطلقة في الإثبات²، وذلك لأن القيد في السجل العيني لا يتم الا بعد إجراء التحريات والإجراءات اللازمة للتأكد من صحة المعلومات قبل تسجيلها، لذلك فالتسجيل هنا يطهر التصرفات القانونية من العيوب³، وبالتالي فالقيد في السجل العيني هو من ينقل الملكية وليس التصرف القانوني بخلاف نظام السجل الشخصي، ونظام السجل العيني هو المعتمد في كثير من الدول لاسيما فلسطين وتونس والأردن وسوريا ولبنان⁴ وكذلك استراليا وألمانيا وغيرهم الكثير من الدول⁵.

وبما أن نظام السجل العيني يعطي للبيانات الواردة فيه حجية مطلقة في الإثبات، بالتالي لا يجوز المنازعة في البيانات الواردة فيه ومحاولة إثبات ما يخالفها⁶، وهذا يعني أن نظام السجل العيني لا يقبل التقادم المكسب في مواجهة البيانات الواردة فيه⁷، نظراً لكون هذه البيانات ذات حجية مطلقة⁸، وبالتالي فإن نظام السجل العيني يمنح أصحاب العقارات المسجلة فيه درجة عالية من الأمان والطمأنينة على عقاراتهم، فهي في مأمن بعيداً عن مشاغبات الغاصبين، لأنه بكل بساطة لا يمكن لهذا الغاصب أن يحتج بجيازته لهذا العقار مدة طويلة لكسب ملكيته، نظراً لكونه مسجلاً لملك آخر في السجل العيني⁹.

المطلب الثاني: موقف تشريعي المقارنة من أنظمة التسجيل العقاري:

لقد تبنى تشريعا المقارنة نظام السجل العيني بشكل واضح، حيث يرجع تبني القانون الفلسطيني لهذا النظام إلى زمن الدولة العثمانية¹⁰، فنظام الطابو الذي أقرته الدولة العثمانية يتبنى نفس المبادئ التي يقوم عليها نظام السجل العيني في وقتنا الحالي¹¹، وكذلك فقد أشار القانون المدني الفلسطيني الجديد إلى أهم أثر من آثار نظام السجل العيني وهو منع الحيازة المكسبة في مواجهة العقارات المسجلة وذلك حين نص في المادة 1091¹² ق م ف على

¹ عمارة بلغيث، أنظمة الشهر العقاري وموقف المشرع الجزائري، ق.ت، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها.

² محمد بوقرة، تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 38598، ق.ت، مركز النشر الجامعي، 2009، ص 262.

³ DECROUX Paul . Droit foncier marocain droit privé Tome 3.RABAT1972, p 214.

⁴ ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 174.

⁵ الهادي سعيد، النظام التونسي في التسجيل العقاري والشهر العيني، م ق ت، مرجع سابق، ص 10.

⁶ DECROUX Paul . Droit foncier marocain droit privé Tome 3.RABAT1972, p 214.

⁷ علي كحلون، القضاء العقاري "طرق فصل النزاعات العقارية"، مرجع سابق، ص 94 وما بعدها.

⁸ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 109.

⁹ ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 176.

¹⁰ حيث كانت فلسطين خاضعة لحكم الدولة العثمانية، وقد أقرت الدولة العثمانية أول نظام تسجيل في زمن السلطان سليمان القانوني سنة 975هـ، حيث تم بموجبه احصاء الاراضي ي سجلات ختمها السلطان بخاتمه وسلمت الدولة لكل مكالك سند مختوم ومطابق لما في السجلات، وقد أعطيت لهذه السجلات قوة مطلقة في الاثبات، ما يعني أنها بمثابة السجل العيني، ثم مع صدور قانون الاراضي العثماني سنة 1275هـ تم انشاء ما يعرف بدوائر التسجيل أو ما تسمى بالطابو سنة 1861م، حيث كانت تقيد فيها العقارات ويعطى الملاك سندات تسمى سندات الطابو، وهي عبارة عن شهادة ملكية مطلقة الاثبات، وهي موجودة في فلسطين لاسيما قطاع غزة إلى يومنا هذا، حيث لا زال قانون الاراضي العثماني ساري المفعول. مشار اليه: جورج شدرابي، الوجيز في التحديد والتحرير والسجل العقاري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 2، 2005، ص 9 وما بعدها.

¹¹ حامد النعاوي، حقوق الملكية العقارية بفلسطين، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها.

أنه "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً على عقار، غير مسجل في دائرة التسجيل، حيازة قانونية، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كان له أن يكسب ملكية العقار أو الحق العيني"، وباستقراء هذا النص يتضح أن المشرع قد أشرط وحتى ينتج التقادم أثره في كسب الملكية أن يكون العقار غير مسجل في دائرة التسجيل، فلو كان مسجلاً فلا يخضع للتقادم المكسب لتعارضه مع بيانات السجل العيني التي لها حجية مطلقة¹ في الإثبات²، وكذلك الحال فقد اعتمد المشرع التونسي السجل العيني كوسيلة لتسجيل العقارات سواء ذلك في القانون العقاري القديم لسنة 1885 أو في مجلة الحقوق العينية³، فقد أكد المشرع التونسي على أهم أثر يميز نظام السجل العيني وهو عدم ترتيب التقادم لأثره القانوني باكتساب الملكية في مواجهة العقارات المسجلة حين أشار إلى ذلك في الفصل 307 م ح ع (نقح بالقانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992) حيث نص على أنه "لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم. وليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طال مدته"، وبذلك يتضح أن المشرع التونسي قد اعتمد نظام السجل العيني ورتب آثاره القانونية، ومن أهمها الحجية المطلقة للبيانات الواردة فيه⁴، مما يمنع التقادم المكسب في مواجهة العقار المرسم في السجل العيني مهما طال مدة الحيازة، وقد أكدت محكمة التعقيب في الكثير من قراراتها على أن الملك المسجل لا يحاز⁵.

مما سبق يتضح أن تشريعي المقارنة قد تبنا نظام السجل العيني، ولعل الأساس في هذه الفكرة يرجع للاحتلال⁶ في كلا البلدين⁷، فالأراضي الفلسطينية تعرضت للاحتلال البريطاني ثم الإسرائيلي وكذلك تونس تعرضت للاحتلال الفرنسي، فالاحتلال رغب من خلال فرض نظام السجل العيني في السيطرة على الكثير من الأراضي التي لها بعد اقتصادي⁸ أو ديني أو جغرافي⁹، وبالتالي تطهير هذه التصرفات¹⁰ التي سيطر من خلالها على الأراضي من أي عيوب سابقة¹¹، وبالتالي تصبح هذه السندات ذات قوة مطلقة لا يمكن نقضها في أي وقت لاحق نظراً للخصائص التي يتميز بها نظام السجل العيني، وبالتالي يحافظ الاحتلال على هذه الأراضي التي سيطر عليها دون وجود مانع قانوني يجرمه إياها في المستقبل¹².

ويبدو أن تشريعي المقارنة بإقرارهما لنظام السجل العيني قد أضعفا من تأثير الحيازة سواءً في حماية الحائز بدعاوى الحيازة أو في دورها كسبب لكسب الملكية¹³، فلا يستطيع الحائز أن يحمي حيازته بدعاوى الحيازة المقررة في

¹DECROUX Paul . Droit foncier marocain droit privé Tome 3.RABAT1972, p 214.

² محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص 98.

³ الهادي سعيد، النظام التونسي في التسجيل العقاري والشهر العيني، م ق ت، مرجع سابق، ص 10.

⁴ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 109.

⁵ قرار تعقيبي مدني مدني عدد 7211 مؤرخ في 11 جانفي 1983، ن. ت، لعام 1983، ج 1، ص 195.

- قرار تعقيبي مدني مدني عدد 13691، مؤرخ في 16 ديسمبر 1986، ن. ت، لعام 1986، ص 233.

⁶ الهادي المحيرصي، إدارة الملكية العقارية في عهدها الجديد، م ق ت، مرجع سابق، ص 93.

⁷ علي كحلون، القضاء العقاري "طرق فصل النزاعات العقارية"، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.

⁸ الهادي المحيرصي، إدارة الملكية العقارية في عهدها الجديد، مرجع سابق، ص 93.

⁹ حسن عز الدين دياب، التطور في مفهوم العقارات الحكمية، ق. ت، مرجع سابق، ص 38.

¹⁰ محمد بوقرة، تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 38598، ق. ت، مرجع سابق، ص 262.

¹¹ حسن البرقاوي، التسجيل الجبري وتأثيره في التنمية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 10 وما بعدها.

¹² حامد النقعاوي، الوجيز في قانون السجل العيني، دار الميزان، تونس، ط 1، 2002، ص 24 وما بعدها.

¹³ ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 184.

الفصل 54 م م م ت في مواجهة المالك المرسم أو غيره، بل بالعكس يستطيع المالك المرسم في السجل العيني أن يحمي ملكيته في مواجهة الحائز بدعوى كف الشغب الحاصل من هذا الحائز على الملكية المرسمة، وتجدر هذه الدعوى أساسها في الفصل 307 م ح ع والذي ينص على أنه ".....، يختص قاضي الناحية بالحكم بكف الشغب الحاصل في الانتفاع بالعقار المسجل"، بالتالي فالسجل العيني قضى على الحماية التي توفرها الحيازة والمتمثلة بدعوى الحيازة والتقدم المكسب وذلك لصالح المالك المسجل حتى لو كان مهماً لعقاره¹، وهذا ما أكده فقهاء القضاء² التونسي³.

وقد تأثر التقدم المكسب سلباً بوجود السجل العيني إذ لا يبقى للتقدم أثراً إلا في مواجهة العقارات الخاصة التي لم يقع تسجيلها وهي تنقلص يوماً بعد يوم⁴، لاسيما إذا أصبح التسجيل إجبارياً كما في تونس وذلك بموجب المرسوم⁵ عدد 3 لسنة 1964، ما يعني أنه يوماً بعد يوم تنقلص العقارات الخاضعة للتقدم المكسب، وكذلك الحال في فلسطين حيث بلغت نسبة الأراضي المسجلة في فلسطين ثلث الأراضي تقريباً حتى عام 2008، ويرجع البطء في أعمال التسوية والتسجيل إلى توالي الإدارات الحاكمة لفلسطين من الدولة العثمانية إلى الاحتلال البريطاني ثم الاحتلال الإسرائيلي وأخيراً مجيء السلطة الفلسطينية وما حصل من انقسام سياسي انعكس على تسوية الأراضي وتسجيلها⁶، وبذلك يمكن القول أن مؤسسة الحيازة في فترة قريبة يمكن أن تصبح دون تأثير فعلي، ليس فقط في تونس وفلسطين بل في كل الدول التي تأخذ بنظام السجل العيني⁷.

ومن خلال ما سبق يتضح أن إضعاف التقدم المكسب أو إلغاءه لصالح الملكية فيه من الضرر الكثير على الوظيفة الاجتماعية للملكية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال التشجيع على استغلال العقارات وإدخالها في الدورة الاقتصادية وذلك من خلال إقراره لمؤسسة الحيازة، فمالك العقار إذا اطمأن إلى أن عقاره بعد تسجيله لا يمكن أن ينازعه أو يشاغب عليه فيه أحد مهما طال حيازته، ففي هذه الحالة سيركن إلى هذه الحماية التي يمنحها إياها التسجيل، ما سيؤثر على اهتمامه بأملكه التي سيهمل في رعايتها واستغلالها، ما سينعكس بصورة سلبية على الاقتصاد الوطني ونموه، وبالتالي فإن منع في مواجهة العقارات المسجلة سينعكس بصورة سلبية على تحقيق الملكية لوظيفتها الاجتماعية⁸.

أمام هذا الإشكال وللتوفيق بين القوة الثبوتية للسجل العيني والوظيفة الاجتماعية التي يرمي المشرع لتحقيقها من خلال مؤسسة الحيازة لا بد من إيجاد مقترح يحفظ للطرفين الأسس التي قاما عليها، لذلك من

¹ علي كحلون، أزمة السجلات العينية في تونس، مرجع سابق، ص 163 وما بعدها.

² قرار تعقيبي مدني عدد 52000، مؤرخ في 22 مارس 2011، م ق ت، لعام 2012، عدد 6، ص 119.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 65676، صادر عن الدوائر المجتمعة، مؤرخ في 29 مارس 2001، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، لعام 2000-2001، ص 221. مشار إليه مصطفى صخري، مجلة المرافعات المدنية والتجارية معلق عليها، 2016، تونس، ص 239.

⁴ تم إنشاء أول نظام للتسجيل العقاري في تونس مقتضى الأمر العلي المؤرخ في 1 جويلية 1885، وكانت الفكرة للاحتلال الفرنسي بهدف السيطرة على أخصب الأراضي وأفضلها، فجعل الحيازة لا تسري على العقار المسجل مهما طال الزمن. مشار إليه:

- SOULMAGNON Georges, La Loi Tunisienne du 1er juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres foncier, Lib., du recueil Sirey, Paris, 1933, P 17 ET 18.

⁵ أصبح التسجيل في السجل العيني في تونس إجبارياً بموجب المرسوم عدد 3 لسنة 1964، المؤرخ في 20 فيفري 1964، والمتعلق بإنشاء نظام التسجيل الاجباري.

⁶ ابراهيم أبو هنطش، أراضي الدولة في المناطق الفلسطينية، تقرير صادر عن مركز أمان من أجل النزاهة والمساواة، فلسطيني، 2010، ص 2 وما بعدها.

⁷ ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 184.

⁸ علي كحلون، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها.

المستحسن أن يقوم تشريعا المقارنة بتفعيل مؤسسة الحيازة في مواجهة العقارات المسجلة في السجل العيني، لكن بحيث لا تؤدي هذه الحيازة إلى كسب ملكية العقارات المسجلة بما يخالف نظام السجل العيني، وفي المقابل لا يهدر هذا النظام الوظيفة الاجتماعية للملكية، وذلك من خلال مكافئة الحائز المستغل لهذه العقارات المسجلة لا بكسب ملكيتها وإنما بكسب ملكية الثمار التي جناها نتيجة استغلاله لهذا العقار طوال هذه الفترة، وكذلك عدم تحميله تبعة الهلاك الناجمة عن قوة قاهرة، كل ذلك كمكافئة من المشرع له على استغلاله لعقار متروك وإدخاله في الدورة الاقتصادية مما يؤدي إلى تحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية، وهذه الحماية للحيازة في مواجهة العقار المسجل بشرط ألا تصل لكسبه بالتقادم فيها موازنة بين الملكية والحيازة حيث تم مراعاة الملكية المسجلة وحمايتها¹ وكذلك تم مراعاة الدور الذي تقوم به الحيازة في تحقيق وظيفة الملكية² ما يجعل الحائز جدير بالحماية التشريعية لاسيما إن كان حسن النية.

وكذلك من الممكن أن يكون التقادم المكسب حلاً مثالياً لمشكلة الرسوم المجمدة³، وذلك عند انقطاع السلسلة بين المالك الذي سُجِّلَ العقار باسمه وبين المالك الحالي للعقار، فمن الممكن أن تشكل الحيازة المكسبة للملكية حلاً في مثل هذه الحالات وذلك لتجاوز مشكلة الرسوم المجمدة، ويكون ذلك من خلال تفعيل التقادم المكسب المستند إلى رسوم الملكية وبشروطٍ مشددة في مواجهة العقارات المرسمة في السجل العيني، أو على الأقل منح أصحاب الرسوم المجمدة الحماية الحوزية من خلال تمكينهم من حماية حيازتهم لهذه العقارات بدعوى الحيازة الواردة في الفصل 54 م م م ت.

وكذلك قد يكون المالك المسجل باسمه العقار في السجل العيني قد مات ولا وارث له، ووضع شخص يده على العقار فترات طويلة، فمن الحكمة في هذه الحالة إذا ثبت خلو العقار حيث لا مالك له، ويوجد في ذات الوقت شخصاً يحوزه من مدة طويلة، وتتوافر فيه كل صفات الحيازة وشروطها، فلما لا تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية في هذه الحالة بشرطين؛ أولهما جعل المدة اللازمة لذلك مشددة لتصل إلى ثلاثين عام أو أكثر، وثانيهما إثبات أن المالك المسجل قد مات ولا وارث له أي أن العقار أصبح لا مالك له⁴، ويؤيد هذا الطرح بتفعيل مؤسسة الحيازة في مواجهة مواجهة السجل العيني في حالات خاصة، ما ذهب إليه القانون المدني الألماني في المادة 927، وكذلك القانون المدني السويسري في المادة 2/622-3، حيث أجازوا للحائز أن يكتسب ملكية العقار المسجل إذا استمرت الحيازة لمدة ثلاثين عاماً، فعندها يحق للحائز أن يرفع دعوى يستطيع بموجبها أن يسقط حق المالك وبالتالي ينتقل له الحق في ملكية العقار عن طريق قيد الحكم في السجل العيني⁵، حيث تعتبر فترة الثلاثين عاماً فترة مشددة وكافية لكي يدافع المالك عن حقه، إذ أن الوظيفة الاجتماعية للملكية والتي تبناها تشريعا المقارنة تتفق مع هذا الطرح الذي ينزع الحماية عن المالك المهمل ويمنحها للحائز النشط⁶، وتعتبر مدة الثلاثين عاماً فترة كافية ليتنبه المالك أن عقاره في حيازة غيره، وإذا لم يتنبه رغم هذا الزمن الطويل فهذا يدل على إهماله الشديد بما يؤثر سلباً على الوظيفة الاجتماعية للملكية ما يلحق ضرراً فادحاً في الاقتصاد الوطني.

¹DECROUX Paul . Droit foncier marocain droit privé Tome 3.RABAT1972, p 214.

² عائدة البكري، الحوز في العقار، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.

³ منير الفرشيشي، محاضرات في القانون العقاري التونسي، مرجع سابق، ص 18.

⁴ زهدي يكن، السجل العقاري في لبنان والعالم، ج1، دار الثقافة، لبنان، د.ت، ص 88 وما بعدها.

⁵ ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 180.

⁶ رمزي ساسي، مفهوم واضع اليد في الرهن العقاري، مرجع سابق، ص 796.

- النتيجة الأساسية للبحث :

توصلنا من خلال هذا البحث إلى الأهمية الكبيرة لمؤسسة الحيازة في تحقيق المصلحة العامة لاسيما تحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية، وكذلك الأهمية الكبيرة لنظام السجل العيني في استقرار الملكية بما ينعكس إيجابياً على المصلحة العامة للمجتمع، وكذلك فإن مؤسسة الحيازة في وقت قريب سيستحيل عليها التعايش مع نظام السجل العيني فيما يخص الملكية العقارية خصوصاً بعد اكتمال تسجيل العقارات في السجل العيني وما يشكله من حصانة مطلقة في مواجهة الحيازة المكتسبة للملكية العقارية.

- التوصية الأساسية للبحث :

مع حتمية الصدام بين مؤسسة الحيازة ونظام السجل العيني، وما يعنيه هذا الصدام من الخسار دور مؤسسة الحيازة إن لم نقل انعدامه على العقارات المسجلة في السجل العيني، كان لا بد من إيجاد حلول لإنعاش مؤسسة الحيازة خصوصاً أنها وثيقة الصلة بالمصلحة العامة لاسيما تحقيق الحيازة للوظيفة الاجتماعية للملكية، لذلك اقترح الباحث تفعيل مؤسسة الحيازة في مواجهة العقارات المسجلة بطريقة تبقى على مؤسسة الحيازة فاعلة وفي ذات الوقت لا تمس نظام السجل العيني في أهم خصائصه، وقد وضع الباحث هذه المقترحات في مواضعها في البحث.

• قائمة المصادر والمراجع :

✓ المراجع العربية :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ط 1، 1990.
- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 1970.
- خليل قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مكتبة جامعة الأزهر، فلسطين، ط 3، 2011 - 2012.
- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في التقادم، منشأة المعارف، الاسكندرية، دت.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2، م 1، مطبعة السلام، مصر، ط 4، 1987.
- صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1961.
- عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1984.
- علي كحلون: القانون العقاري الخاص، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، طبعة ثانية مزيده ومتفحة، 2010.
- أزمة السجلات العينية في تونس، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2006 - 2007.
- القضاء العقاري "طرق فصل النزاعات العقارية"، د. ن، 2003.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني؛ أسباب كسب الملكية؛ مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية "حق الانتفاع وحق الارتفاق"، ج 9، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، دت.
- عبد المجيد الزروقي، الأموال "الحقوق العينية الأصلية"، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، 2014.

- عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في الملكية العقارية والعقود وتسجيلها في الشهر العقاري، الإشعاع للنشر، مصر، 1991.
- علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، دار صادر بيروت، لبنان، 1969.
- محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج 1، مطابع وزارة التربية والتعليم، العراق، د.ت.
- منذر الفضل، تأريخ القانون، مطبعة ثاراس، كردستان العراق، ط 2، 2005.
- منير الفرشيشي، محاضرات في القانون العقاري التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 2، 2014.
- جورج شدرراوي، الوجيز في التحديد والتحرير والسجل العقاري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 2، 2005.
- حامد النعاوي: حقوق الملكية العقارية بفلسطين، دار الميزان للنشر، تونس، ط 1، 2006.
- الوجيز في قانون السجل العيني، دار الميزان، سوسة، ط 1، 2002.
- رضا خمخام، المجلة الجنائية معلق عليها "القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها وقضاء"، الطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2003.
- زهدي يكن، السجل العقاري في لبنان والعالم، ج 1، دار الثقافة، لبنان، د.ت.
- عبد الرزاق فرج، دوام حق الملكية، مصر، 1981.
- محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمآن في كسب الملكية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2001.
- ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- أحمد العميرة، نوازل العقار، أطروحة دكتوراه، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، دار الميمان، السعودية، 2011.
- الأسعد الشنوفي، إثبات الملكية العقارية غير المسجلة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2008 - 2009.
- جهاد الكسواني، قرينة البراءة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005 - 2006.
- زكية الصافي، علاقات الجوار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1999 - 2000.
- محمد سعيد، القسمة العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001 - 2002.
- طارق علي العصفور، النظام القانوني للتسجيل العقاري "دراسة في التشريع الكويتي"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2013 - 2014.
- عائلة البكري، الحوز في العقار، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 1993 - 1994.
- حاتم محمدي، التنازل عن الحق العيني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2006 - 2007.
- مصطفى صخري، مجلة المرافعات المدنية والتجارية معلق عليها، تونس، 2016.

✓ المقالات والدراسات العلمية :

- إبراهيم أبو هنطش، أراضي الدولة في المناطق الفلسطينية، مقال صادر عن مركز أمان من أجل النزاهة والمسائلة، فلسطين، 2010، ص2.
- البشير بن أبي الضيف، الحوز في القضاء والتشريع، مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، عدد 6، السنة الثالثة، جوان 1961، ص 5.
- الهادي المحيرصي، إدارة الملكية العقارية في عهدها الجديد، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة التاسعة، عدد 7، جويلية 1967، ص 93.
- الهادي سعيد : التشريع العقاري في خدمة الملكية، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة التاسعة، عدد 7، جويلية 1967، ص 87.
- النظام التونسي في التسجيل العقاري والشهر العيني، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، السنة الرابعة عشرة، عدد 4 - 5، أفريل ماي 1972، ص10.
- الحبيب الشطي، القضاء الاستعجالي والتحوز بالعقارات المنتزعة، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، السنة 32، عدد 6، جوان 1990، ص35.
- محمد المالقي، التقادم، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة السابعة، عدد 6، جوان 1965، ص29.
- لجنة الدراسات الاشتراكية، الملكية ووظيفة اجتماعية، نشرات الحزب الاشتراكي الدستوري، تونس، 1967، ص5.
- جميل الشرقاوي، صور الملكية في القانون المعاصر، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، عدد10، لسنة 19، ديسمبر 1977، ص31.
- حسن عز الدين دياب، التطور في مفهوم العقارات الحكمية، بحث منشور، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص33.
- رمزي ساسي، مفهوم واضع اليد في الرهن العقاري، بحث في كتاب مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، صادر عن وحدة بحث القانون المدني، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص 783.
- حسن البرقاوي، التسجيل الجبري وتأثيره في التنمية الاقتصادية، محاضرة، مطبعة الشركة التونسية لفنون الرسم، تونس، 1963، ص10.
- عبد السلام التركي، التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية، مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، الجمهورية التونسية، العدد 6، السنة السادسة والعشرون، جوان 1984، ص37.
- عمارة بلغيث، أنظمة الشهر العقاري وموقف المشرع الجزائري، بحث منشور في المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2006، ص1.
- محمد بوقرة، تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 38598، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2009، ص262.
- معز جبر، القيود التوجيهية المسلطة على حق التصرف في الملكية، بحث منشور في المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، 2010، ص 157.

- محمد المشرية، الملكية الفردية ومفهوم الصالح العام، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، عدد1، لسنة 31، جانفي 1989، ص8.
- محمد الحبيب بودن، الملكية وظيفتها الاجتماعية، مقال في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة التاسعة، عدد 5، ماي، 1967، ص9.
- فوزي البحيري، الانتزاع لفائدة المصلحة العمومية وحماية الملكية الخاصة في ظل قانون 14 أفريل 2003، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، تونس، العدد 8، السنة 45، أكتوبر 2003، ص163.

✓ التشريعات :

- القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية الصادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959.
- مجلة الحقوق العينية التونسية الصادرة بالقانون رقم 5 لسنة 1965.

✓ مواقع الإنترنت :

- البوابة الوطنية للإعلام القانوني - تونس (<http://www.legislation.tn>).
- موقع المكتبة الشاملة (<http://shamela.ws>).
- موقع منظومة القضاء والتشريع "المقتفي" (<http://muqtafi.birzeit.edu>).
- موقع المعرفة (<http://www.marefa.org>)

✓ المراجع الفرنسية :

- WELL Alex, TERRE François, SIMLER Phillips : Droit civil, Les Biens 3ème édition Paris Dalloz 1985.
- Marcel PLANIOL et George RIPERT : traité pratique de droit civil français, t, III, LGDJ, 2ème éd. 1952.
- LAROUMET Christian : Droit civil. Les Biens. Droit Réels Principaux. Tome 2. Edition 1988.
- Jean Marie AUBY et Pierre Bon « droit administratif des biens » DALLOZ 3ème édition Paris 1995.
- DECROUX Paul . Droit foncier marocain droit privé Tome 3. RABAT 1972.
- SOULMAGNON Georges, La Loi Tunisienne du 1er juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres foncier, Lib., du recueil Sirey, Paris, 1933.

حبس المدين في القانون الفلسطيني



الدكتور مصطفى أحمد دياب شويح

محاضر جامعي بكلية الشريعة والقانون

في الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين

Email : mos-19888@hotmail.com

مقدمة :

يتعرض هذا البحث لحبس المدين كوسيلة مدنية يسألها القانون على ذات المدين لجبره على أداء ديونه، حيث كان لتطور ظاهرة التداين والاقتراض الأثر البالغ على الواقع الاجتماعي، الذي أصبح يتميز بعدم ثبات أحوال المتعاملين، وتتخللها حالات بين اليُسْر والعُسْر ما أثر بصورة مباشرة في الالتزامات المالية واستقرار المعاملات¹، فجعلت من الائتمان الخُلقي غير كافٍ لتحقيق الضمان للدائن، لذا أضحت حاجة الناس أكبر ل ضمانات ووسائل قانونية تقيهم خطر عدم استخلاص ديونهم، فالأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طواعية امتثالاً لعنصر المديونية²، لكن إذا ما تلاكأ وماطل فلا بد عندها من غضبه على تنفيذ التزامه بشتى الطرق، ومن هنا جاءت فكرة الحبس الإكراهي في القانون المدني³، هذه الفكرة رغم رفضها في كثير من الأنظمة القانونية المعاصرة، على اعتبار أن العلاقة بين الدائن والمدين ليست سوى علاقة بين ذمتين ماليتين لا بينهما شخصين، وأن محل ضمان الدين هو ذمة المدين لا شخصه، تأسيساً لقاعدة مفادها أن مسئولية المدين عن دينه تنتهي بانتهاء أمواله دون التعدي بالتنفيذ على شخصه،

¹ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، الطبعة الثانية، 1997، فقرة 2، ص 15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، فقرة 15، ص 114.

² عنصر المديونية هي رابطة بين الدائن ومدينه يجب على المدين بمقتضاها القيام بأداء معين. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968، ص 7. فيما عرفها آخر بأنها الواجب المفروض على المدين للوفاء بما تعهد به. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1979، ص 2.

³ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، فقرة 2، ص 15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 15، ص 114.

إلا أنها فكرة لاقت في ذات الوقت تبني من تشريعات عديدة نظمتها ضمن وسائل التنفيذ الجزئية¹، مستندين أيضاً لمجموعة من الحجج والأسانيد القانونية لتبرير الحبس بالدين، على هذا الأساس تُثار إشكالية مفادها؛ مدى اعتبار القانون الفلسطيني ذات المدين ضامنة للوفاء بدينه؟ وإن كان كذلك؛ فما هي الحجج والأسانيد التي اتكأ إليها في تنصيبه على هذه الوسيلة؟ وهل باب الحبس مفتوح على مصراعيه أم أنه مقيد بضوابط وشروط يمنع تجاوزها؟ لغاية الإجابة عن هذه التساؤلات لابد من تقسيم البحث لمطلبين وفقاً للتالي :

المطلب الأول : ماهية حبس المدين.

المطلب الثاني : موانع الحبس.

المطلب الأول : ماهية حبس المدين :

نظم المشرع الفلسطيني أحكام حبس المدين في المواد من 155-164 من قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005 حين أفرد فصلاً كاملاً نظم فيه أحكام حبس المدين هو الفصل الثاني من الباب الرابع مقراً بين ثنايا تلك النصوص مجموعة من الشروط والأحكام الواجب توافرها حتى يستطيع الدائن التنفيذ على شخص مدينه لإكراهه على الوفاء، لكن قبل الحديث عن تلك الشروط لابد من إبراز الإطار العام للحبس الإكراهي كوسيلة مدنية بموجب القانون الفلسطيني، وهو ما يتطلب تسليط الضوء على طبيعة حبس المدين في القانون الفلسطيني ابتداءً (الفقرة الأولى) ثم الأسانيد والحجج التي بموجبها أقر المشرع فكرة حبس المدين (الفقرة الثانية) وتطرق أخيراً لشروطه (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : طبيعة حبس المدين في القانون الفلسطيني :

يعرّف الحبس لغة : حَبَسَ يَحْبِسُ حَبْسًا: بمعنى منعه وأمسكه وسجنه، والحبس ضد التخلية، والحبس هو المكان الذي يُحبس فيه، وهو اسم مشتق من حَبَسَ²، والحبس هو اللفظ الذي اعتمده المشرع الفلسطيني للدلالة على إمساك الشخص ومنعه من الحركة، والحبس والسجن هما بمعنى واحد ويؤديان نفس المقصود.

أما حبس المدين فقد تعددت تعريفاته القانونية، وتزاحمت الكتب الفقهية بها، منها بأنها : وسيلة ترمي لإكراه المدين على تنفيذ التزامه بحرمانه مؤقتاً من حريته³، كما تم تعريفه بأنه: حبس المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه لممارسة ضغط معنوي عليه لإجباره على الأداء⁴، فهو ذاك النوع من الحبس الذي يكون الغرض منه حمل المدين على تنفيذ التزامه الثابت في السند التنفيذي عند ملاحظته وتمنعه عن التنفيذ، ولا يؤدي إلى إسقاط الحق الثابت للدائن في السند، بل يبقى حق الدائن قائماً باستيفاء حقه من المدين متى ظهر من أمواله شيء، ويجوز للدائن الذي طلب حبس مدينه

1 من جملة التشريعات المعاصرة التي أخذت بفكرة الحبس بسبب الدين القانون اللبناني في قانون اصول المحاكمات المدنية رقم 90 لسنة 1983، وكذلك المشرع العراقي في الفصل الثالث من الباب الثالث في المواد من 40-49 من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 المعدل، كما نظم القانون القطري أحكام الحبس في المواد من 514-518 من قانون المرافعات المدنية القطري، وكذلك القانون الكويتي في المواد من 292-296 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي- فتحي والي، التنفيذ الجزري في القانون الكويتي، دار ذات السلاسل، الكويت، ص 347.

2 محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414 هـ، ج 6، ص 44- إبراهيم مصطفى الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، ج 1، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، ص 307.

3 عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص 158.

4 أسامة أحمد المليجي، الاجراءات المدنية للتنفيذ الجزري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 6.

واستجيب إلى طلبه ورغم ذلك لم يوف المدين، أن يرجع بنفس سنده ويطلب بتوقيع الحجز على أموال مدينه وفاء لدينه أو أن يطلب التنفيذ عينياً وباستعمال القوة الجبرية¹، وأياً ما كان التعريف الدقيق للتنفيذ فهو في المحصلة وسيلة تنفيذ استثنائية ترمى لممارسة الضغط المعنوي على المدين بحجز حرته لجبره على الأداء، وفق الأصول والقواعد التي حددها القانون.

وتتفق معظم القوانين المعاصرة التي أخذت بنظام الحبس بالدين، على أن حبس المدين يعتبر وسيلة إكراه لا وسيلة إبراء²، بمعنى أن الغرض منه هو حمل المدين على تنفيذ التزامه، دون أن يؤدي الحبس إلى إسقاط الحق الثابت للدائن في ذمة المدين أو انقاصه³، بل يبقى حق الدائن قائماً باستيفاء حقه من المدين متى ظهر من أمواله شيء⁴، لكن هذه القوانين التي أقرت نظام الحبس اختلفت في تكييف طبيعته، فمنهم من عدّه وسيلة عقابية شأنه شأن الحبس الجزائي، ومنهم من رأى فيه وسيلة جبر استثنائية تهدف لإثارة الضجر لدى المدين بغاية تسريع تنفيذ التزامه، فهو يرى في حبس المدين وسيلة إكراه من أجل التنفيذ، وليس تنفيذاً لعقوبة⁵.

وقد تبنى المشرع الفلسطيني الرأي الثاني القائل بأن حبس المدين هو وسيلة إكراه لأجل التنفيذ، وليس من قبيل العقوبة الجزائية، إذ لا يعد الامتناع عن الوفاء مع القدرة جريمة يعاقب عليها القانون، ولا يجوز اللجوء إلى العقوبة الجنائية في غير المسائل الجنائية الواردة في قانون العقوبات، ما لم يرد نص صريحاً في أي قانون يميز ذلك⁶، فهو وسيلة ضغط على المدين لجبره على المبادرة بتسديد ما عليه من ديون من خلال حجز حرته في السجن، وليس من قبيل العقوبة الجزائية⁷.

وبما أن حبس المدين في القانون الفلسطيني لا يعد عقوبة، وإنما هو وسيلة استثنائية لحمل المدين على التنفيذ، فيرتب على ذلك التالي⁸:

- على إدارة السجن تهيئة كافة الوسائل المتاحة للمدين لتمكينه من الاتصال بمن يراه مناسباً من ذويه أو غيرهم، وتذليل الظروف المناسبة لمساعدته في التنقل خارج السجن تحت حراسة السجن إذا كان لذلك ضرورة، لتمكينه من الاتصال والتواصل مع من يرى فيهم ضرورة تمكنه من تسوية أوضاعه المالية مع دائنيه .

1 نبيل إسماعيل عمر، أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، 1996، ص 456.

2 انظر في ذلك ما نصت عليه المادة 160 من قانون التنفيذ، وكذلك ما نص عليه قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007 في المواد من 22-25، وكذلك قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 في المواد من 40-49، وما نص عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

3 وهذا ما يميز الحبس الاكراهي المقصود من حبس المدين عن الحبس التنفيذي الذي يكون الغرض منه إسقاط دين المدين في مقابل قضاءه مدة معينة في السجن، فيبرأ المدين بالحبس بمقدار معين عن كل يوم يقضيه في السجن- محمد سلامة وخلوق آغا، حبس المدين ...، ص 405.

4 مصطفى عبد الحميد عياد، الوجيز في أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون الاجراء في فلسطين، الطبعة الأولى، غزة، فلسطين، 1997، ص7.

5 عزمي عبد الفتاح، نظام قاضي التنفيذ، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978، ص 129.

6 عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص 158.

7 حسين المشاقي، التنفيذ وإجراءاته في قانون التنفيذ، الطبعة الأولى، المكتبة الجامعية، نابلس، 2007، ص 249.

8 نبيل إسماعيل عمر، أصول التنفيذ، ص10- آدم النداوي وسعيد مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، مطابع جامعة الموصل، الطبعة الأولى، 1984م-1401هـ

ص96- أحمد صديقي محمود، حبس المدين الماطل في الشريعة الاسلامية والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ص43.

- فصل المدين عن الموقوفين والمحكومين الجنائين وعدم الجمع بينهم، لئلا يلتقي المدين مع هؤلاء المساجين والمجرمين الخطرين، فيتأثر سلباً بهم وبسلوكهم فيكون لذلك بالغ الأثر عليه وعلى المجتمع مستقبلاً بعد خروجه من السجن.

وكما أن المشرع الفلسطيني يعتبر حبس المدين عقوبة جنائية، فهو لا يعتبره وسيلة تنفيذية كذلك، بمعنى أن مكوث المدين مدة حبسه في السجن لا يعفيه من التزامه تجاه دائته، بل يبقى الالتزام قائماً يتوجب على المدين تنفيذه حتى بعد قضاءه مدة حبسه، وعليه فليس الحبس تنفيذاً في حد ذاته، وليس هو وسيلة من وسائل التنفيذ كذلك، بل عدّه المشرع وسيلة للإكراه على التنفيذ، بدليل نص المادة 40 من قانون التنفيذ التي نصت على أن "1- التنفيذ لا يرد إلا على أموال المدين وفي الحدود التي يقررها القانون"¹ فلا يمكن التوفيق بين هذه المادة وبين نصوص المواد من 155-164 من ذات القانون التي نصت على حبس المدين، إلا بالقول أن المشرع لم يجعل من جسد المدين محلاً للتنفيذ².

إذاً فحبس المدين في القانون الفلسطيني هو حبس إكراهي وليس تنفيذي³، وعليه فلا يعد حبس المدين في حد ذاته تنفيذاً يسقط به الالتزام، بل هو أداة إكراه للحمل على التنفيذ، ولو قلنا أن الحبس وسيلة من وسائل التنفيذ، لقلنا بانقضاء دين المدين بقضائه مدة الحبس، وبراءة ذمته بإيقاع الحبس عليه، وفي ذلك تعارض مع صريح نص المادة 160 من قانون التنفيذ⁴، دون اعتبار ذلك وفاءً لدينه أو إسقاطاً له بقضاء مدة حبسه، بل يبقى للدائن الحق في الحجز على ما يظهر للمدين من أموال حتى بعد أن يتم المدين مدة حبسه⁵.

الفقرة الثانية: أسانيد القائلين بالحبس:

كانت مسألة حبس المدين منذ القدم مثار خلاف وجدال دائم، لما لهذه الوسيلة من آثار سلبية وأخرى إيجابية في ذات الوقت، هذا الخلاف القديم امتد إلى العصر الحديث بين التشريعات المقارنة والآراء الفقهية، فثار الخلاف في الفكر القانوني حول فكرة حبس المدين بين مؤيد ومعارض لفكرة الحبس بالدين، منشأ هذا الخلاف يدور وجوداً وعدمياً مع اعتبار شخص المدين ضامناً للوفاء بالدين من عدمه، وعلى ذلك برز اتجاهان تنازعا محل ضمان الدين، فالمعارض منهما يرفض مطلقاً فكرة حبس المدين بسبب الدين، على اعتبار أن ذمة المدين ومكاسبه هي الضامنة للوفاء، ولا يمكن بحال اعتبار ذات المدين ضامنة للوفاء بدينه، وفي إعمالها تنافٍ مع أصل المعاملات المدنية والتجارية، إضافة لما في هذه الوسيلة من امتهان لكرامة الانسان، ورجعية للعهد القديمة، صاحبة الماضي الأسود المغمس بالقسوة

1 يدعم فحوى هذه المادة بأن حبس المدين ليس تنفيذاً بل وسيلة للضغط وإكراه المدين على التنفيذ ما نصت عليه المادة 41 من قانون التنفيذ كذلك حين نصت على أنه " يبدأ التنفيذ على ما يملكه المدين من نقود سائلة وعلى أمواله من حقوق لدى الغير، وفي حالة عدم كفايتها يجري الحجز على أمواله المنقولة وغير المنقولة"

2 عبد الرزاق رشيد أبو رمان، حبس المدين في قانون الاجراء الأردني، دار وائل للنشر، عمان، 1999، ص154.

3 قضت محكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم (2010/547) بتاريخ 2010/7/18 بأن " قانون التنفيذ قد أتاح حبس المدين ونظم اجراءاته ويهدف أساساً إلى اتخاذ كل السبل بهدف الضغط على المدين لدفعه إلى تسديد ما هو مستحق عليه وفي ذمته"

4 تنص المادة 160 من قانون التنفيذ على أنه "لا يؤثر حبس المحكوم عليه والإفراج عنه في حق المحكوم له في استيفاء دينه من أموال المحكوم عليه"

5 نبيل اسماعيل عمر، أصول التنفيذ، ص15.

والظلم في التعامل مع المدين، كما أن السجن اليوم في تراجع بحثاً عن بدائل أخرى عند اقتضاء الديون أكثر حفاظاً على ذات الإنسان¹.

بينما يرى فيها الفريق الآخر وسيلة ناجعة لرد الحقوق لمستحقيها، باعتبارها العلاج لمشكلة بطء التنفيذ وعدم فاعليته، كما أنهم لا يرون في الحبس تنفيذاً في حد ذاته بل وسيلة إكراهية للضغط على إرادة المدين، لحمله على الوفاء بالتزامه وردعه عن المماطلة، فليس من المنطقي أن يكون ضمان دين الدائن رهن إرادة المدين ومشيبته، لا سيما في مجتمعات شاعت فيها المماطلة والعنت من المدينين، فكان لا بد من سلبه أعلى ما يملكه لإرغامه على الوفاء بدينه، فالملك والنفس على استواء واحد لدى البعض من الامة لذا كان لزاماً نزع المدين حريته لإرغامه على الوفاء بدينه، ولزيد من طمأنة الفريق الأول يضيفي القائلون بحبس المدين جملة من الشروط والقيود قبل وأثناء وبعد إعماله، باعتبارها ضمانات تحفظ للمدين كرامته وأدميته، واعتبار الحبس آخر السبل التي يمكن اللجوء إليها بعد استنفاد كافة وسائل التنفيذ على أمواله ومكتسباته².

ومن جملة الأسانيد التي التجأ إليها فريق الرافضين لفكرة التنفيذ على ذات تتمثل بالتالي :

- اعتبار قانوني : مؤدى هذا الاعتبار مبني على أن الوفاء بما على الانسان من ديون تضمنه أمواله لا شخصه، فإذا امتنع المدين عن الوفاء اختياراً بدين عليه نفذ الدائن على أمواله، فالعلاقة بين الدائن والمدين في التشريع الحديث هي علاقة بين ذمتين ماليتين لا بين شخصين³.
- اعتبار اقتصادي : وهذا الاعتبار قائم على ان الاكراه البدني معطل لنشاط المدين وليس هذا في مصلحة الدائن، فلو خلى الدائن بينه وبين مدينه، لكان لهذا الأخير أن يمارس نشاطه ويصيب رزقاً يساعده على وفاء دينه للدائن⁴.
- اعتبار أدبي : مبني على فكرة انسانية تقوم على أن التنفيذ على شخص المدين يتنافى مع كرامته الانسانية وفيه اهدار لكرامته⁵.
- حبس المدين قلما يحقق أهدافه ، فإن جزاء الاخلال بالالتزام هو التعويض لا العقوبة، والذهاب لحبس المدين في الدين يؤدي لاختلاط معنى العقوبة في معنى التعويض ليصبحا جزءاً واحد مجتمعاً، رغم اجماع النظم القانونية على التمييز بينهما، بمعنى آخر أراد أصحاب هذا الفريق القول بأنه إذا كان الجزاء الجنائي يجد محله في شخص المخالف، فإن الجزاء المدني لا يجب أن يجد محله إلا في أموال المدين⁶.

1 آدم النداي وسعيد مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص95- محمود الكيلاني، قواعد الاثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص191- أسامة أحمد المليجي، الاجراءات المدنية للتنفيذ....، ص7- نبيل اسماعيل عمر، أصول التنفيذ، ص10.

2 صلاح الدين شوشاري، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص305- محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، ج1، ص20- منير العياري، بحث بعنوان "الحرية والقانون المدني"، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص119 وما بعدها- فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ص8.

3 آدم النداي وسعيد مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص95- محمود الكيلاني، قواعد الاثبات....، ص191.

4 أسامة أحمد المليجي، الاجراءات المدنية للتنفيذ....، ص7- نبيل اسماعيل عمر، أصول التنفيذ، ص10- آدم النداي وسعيد مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص96- محمود الكيلاني، قواعد الاثبات....، ص191.

5 آدم النداي وسعيد مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص96- عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص150- محمود الكيلاني، قواعد الاثبات....، ص191.

6 محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ج1، ص19.

- يذهب أصحاب هذا الفريق للاستناد على المبادئ الأساسية لحقوق الانسان وحرياته الشخصية التي تتنافى مع نظام حبس المدين¹، ومن تلك المبادئ التي يستندون إليها:
- نص الفقرة الأولى من المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21) والمؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966 الذي يؤكد على أنه "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية، وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنقاذ هذا الحق"² فوفقاً لهذه المادة لا يعقل أن يقضي إنسان عقوبة الحبس وهو يعمل على تأمين الحد الأدنى من متطلبات الحياة الأساسية له ولأسرته، فأنى له أن يمارسه نشاطه الاقتصادي الطبيعي الذي يقومه على سداد دينه ويساعده على تحسين ظروفه المعيشية وهو محبوس في السجن لعجزه عن سداد دينه.
 - نص المادة 11 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون أول/ ديسمبر 1966 على أنه "لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي"³.
 - المادة الأولى من الملحق الرابع للاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الانسان الموقعة في ستراسبورغ بتاريخ 16/9/1963 كملحق لاتفاقية روما الموقعة في عام 1950 التي أوردت نصاً يحظر حبس أحد بسبب تخلفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية⁴.

أما معسكر المقرين لفكرة التنفيذ على الذات فقد كان لهم أيضاً جملة من البراهين والأسانيد التي تبرر ما ذهبوا إليه، والتي من خلالها قاموا بالرد كذلك على الفريق الأول، بالإمكان إيراد هذه الحجج والردود على النحو الآتي:

- في معرض رد هذا الفريق على الفريق الأول القائل بأن العلاقة بين الدائن والمدين هي علاقة بين ذمتين ماليتين لا بين شخصين، وأن محل ضمان الدين هو ذمة المدين لا شخصه، قالوا أن الحبس وسيلة خارجية عن مضمون الالتزام ذاته، وأنه وسيلة لتنفيذ الالتزام وليس من مكوناته البتة⁵.
- رد فريق القائلين بحبس المدين على من قالوا بخلاف ذلك فيما يخص أن حبس المدين يؤثر سلباً على نشاط المدين الاقتصادي ومعدل نشاطه، بأنه وعلى العكس من ذلك تماماً حين استدلوا أن حبس المدين فيه العلاج والدواء للمدين المتقاعد عن الوفاء بالدين، فهو بمثابة وصفة علاجية لمريض لا يبرأ من مرضه إلا بالكي، فمجرد علمه أن ماله للسجن في حال تخلفه عن السداد سيبادر من تلقاء نفسه للإسراع بالوفاء، ما يؤدي لتيسير التعامل بين الدائنين، وازدهار الاقتصاد، وتقدم المعاملات الاقتصادية، وأما القول بأن حبس

1 رائد عبد الحميد، الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005، الطبعة الأولى، 2008، ص343.

2 العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون أول ديسمبر 1966. موقع الأمم المتحدة لحقوق الانسان - مكتب المفوض السامي، رابط الموقع: <http://www.ohchr.org/>

3 العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون أول ديسمبر 1966.

4 انظر موقع الأمم المتحدة لحقوق الانسان - مكتب المفوض السامي، رابط الموقع: <http://www.ohchr.org/>.

5 أحمد محمد مليجي، أحمد محمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات بأحدث التعديلات حتى عام 2000م، دار النهضة

العربية، ص221. - فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ص8.

المدين يقعه عن الكسب ويمنعه من الوفاء، ويجعله عالة على المجتمع، فهو فرض متحقق فعلاً في حبس المدين المعسر، وهو ما يرفضه هذا الفريق جملة وتفصيلاً، وإنما يوقع الحبس على المدين الموسر القادر على الوفاء فعلاً، ودعا أصحاب هذا المعسكر لإلغاء فكرة أن الدائن رجل ثري جشع متسلط على رجل مسكين لا يملك قوت يومه، بل على العكس من ذلك، فإن هناك من الدائنين من هم في حاجة ديونهم أكثر من المدينين المماطلين، أضف لأن الدائن لا يطلب أكثر من حقه¹.

- ردوا على القائلين بإهدار كرامة المدين بالحبس، بأن كرامة الإنسان محفوظة ومصانة، ولا يستطيع أحد أن يحدشها طالما أنه يؤدي الحقوق ويقف عند التزامه، ما لم يعط هو الذرائع للآخرين باستعمال الوسائل القانونية لاقتضاء الحقوق منه جبراً، فالمدين الذي يمتنع عن الوفاء رغم مقدرته يكون قد أهدر كرامته بنفسه، ولا يستحق الحفاظ عليها، فإهدار الكرامة هنا لم تأت من فراغ، لأنه يجب عليه أن يوف بتعهداته، ولم يحترم هنا هذه التعهدات وسخر من القانون فعليه أن يتحمل عواقب تصرفاته، فإن علم عندها المدين الموسر المماطل أنه سيلقى به في السجن إن لم يوف، سيبادر للأداء من تلقاء نفسه، وعندها ستسود فضيلة الوفاء بالتعهدات فتتنظم المعاملات وبصلح حال المجتمع².

- ليس من المنطقي أن يكون ضمان دين الدائن رهن مشيئة المدين واراوته، لاسيما في مجتمعاتنا المعاصرة التي فشت فيها تأجيل الديون لحد المماطلة وضُيعت فيها الحقوق، فكان الحبس وسيلة ناجعة لحمل المدين على الوفاء بالتزامه وردعه عن المماطلة متى كان قادراً على ذلك³.

- القول بأن حبس المدين فيه تنافي مع المبادئ الأساسية لحقوق الانسان وحرياته الشخصية مردود عليه بالقول أن الحريات الشخصية وإن كانت حقوقاً طبيعية مصونة لا تمس، فلم يقل حتى أكبر الداعمين لها بأنها حقوق مطلقة، لا ترد عليها أية قيود، ولو أطلقت الحريات دون قيود لسادت الفوضى واختل النظام المجتمعي، وارتد المجتمع لعصر الغاب، فكان لا بد من فرض قيود على حرية الانسان الشخصية لضمان مصلحة المجتمع ومن هذه القيود حبس المدين المماطل المقتدر على أداء دينه⁴.

- ليس هناك ما يدعو لكل هذا الذعر والتهويل من نظام حبس المدين، فالأنظمة الآخذة به شرعته في حالات استثنائية وضيقة جداً، لاسيما عندما يكون الدائن أولى بالحماية من مدينه، وحين يتغول هذا الأخير عليه بالمماطلة بعد أن كان قد استجدها عند الاستدانة.

- في العصر الحديث أصبح من المألوف تطبيق الجزاء الجنائي على مخالفة القواعد المدنية، لعدم تناسب الجزاءات المدنية في بعض الأحيان، ومن تلك الجزاءات الناجعة في تنفيذ الالتزامات المدنية حبس المدين.

- تثبت الدراسات في البلاد العربية التي أخذت بنظام حبس المدين نجاعة وفاعلية هذا النظام في أداء الحقوق لأصحابها، لمسارعة المدين ومبادرته من تلقاء نفسه للوفاء بدينه تحوفاً وتفادياً من حبسه⁵.

1 صلاح الدين شوشاري، التنفيذ الجبري، ص305- محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، ج1، ص20.

2 منير العياري، الحرية والقانون المدني، ص119 وما بعدها- أحمد محمد مليجي، الموسوعة الشاملة، ص221.

3 صلاح الدين شوشاري، التنفيذ الجبري، ص305- أحمد محمد مليجي، الموسوعة الشاملة، ص221- فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ص8.

4 منير العياري، الحرية والقانون المدني، ص119 وما بعدها- فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ص8.

5 أحمد محمد مليجي، الموسوعة الشاملة، ص221- فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، ص8.

الفقرة الثالثة : شروط حبس المدين في القانون الفلسطيني :

حتى تستطيع السلطة العامة المختصة اكرام المدين على الوفاء بدينه وفقاً لأصول القانون لا بد من توافر شروط معينة، فليس كل مدين يجبس، وليس كل دائن يستطيع التنفيذ على مدينه بحرية مطلقة، هذه الشروط يمكن استخلاصها من خلال استعراض نصوص قانون الحبس الواردة في قانون التنفيذ، والتي منها ما يتعلق بالمدين (1) ومنها ما يتعلق بالدائن (2) ومنها ما يختص بالدين نفسه (3)

1- الشروط المتعلقة بالمدين :

نص المشرع الفلسطيني على جملة من الشروط الواجب توافرها بالمدين لإمكان التنفيذ على ذاته اقتضاءً لحق الدائن، هذه الشروط تتمثل بامتناع المدين عن الوفاء مع قدرته على الأداء (أولاً) وأن يكون المدين ممن يجوز حبسهم (ثانياً) وأن يكون المدين أخيراً صحيح الجسد معافى (ثالثاً)

أولاً : امتناع المدين عن الوفاء مع مقدرته على ذلك :

تنص الفقرة الثانية من المادة 155 من قانون التنفيذ على أنه " يباشر قاضي التنفيذ وبمضور المحكوم له تحقيقاً مع المدين للتأكد من مقدرته على دفع المبالغ المحكوم بها ومعرفة أمواله " يتضح من نص هذه المادة أن أول شرط يتعين توافره لحبس المدين هو امتناعه عن الوفاء، فلو كان المدين ملتزماً بأداء ما عليه ما حصل خلاف بينه وبين الدائن، ولما وصل الأمر للقضاء، ولما اضطر قاضي التنفيذ لتحديد جلسة للتأكد من مقدرته على دفع المبالغ المحكوم بها عليه من عدمه، وهذا شرط بدهي، يتوافق مع ما ذهب إليه أحكام الفقه الاسلامي من اشتراط مطل المدين، واعتبار مطلقه ظلم، والظالم لا بد أن يُحبس حتى يرجع عن مطلقه وظلمه، والمطل في الشريعة هو السبب الحقيقي وراء الحبس¹.

كما يمكن الاستنتاج من نص المادة السالفة أن الحبس في القانون الفلسطيني لا يسري إلا على المدين الموسر، وما مباشرة قاضي التنفيذ بالتحقيق إلا لغاية التأكد من مقدرة المدين على الأداء من عدمه، فإن كان قادراً جاز حبسه، وبمفهوم المخالفة لا يملك القاضي ايقاع الحبس عليه طالما أنه غير مقتدر على الأداء²، فنص المادة السابق واضح في أن القانون أوجب على قاضي التنفيذ إذا لم يقم المدين بمراجعة دائرة التنفيذ خلال المدة المحددة ولم يعرض تسوية لوفاء الدين أن يأمر بدعوة الطرفين لجلسة يستوضح فيها قدرة المدين على الوفاء³.

وقد كانت الشريعة الاسلامية بعدلها أسبق في النظر إلى حال المدين، فاشتترطت يسار المدين لحبسه، وإن ثبت إعساره امتنع حبسه حين انظاره⁴، لأن الغاية الحقيقية من الحبس في كلا التشريعين هو الضغط والإكراه البدني على

1 أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1401-1981، ج4، ص501.

2 يؤكد ذلك نص المادة 156 من قانون التنفيذ التي تؤكد أنه إذا تبين لقاضي التنفيذ بناءً على التحقيقات التي باشرها قدرة المحكوم عليه على دفع المبالغ المحكوم بها جازله أن يأمر بالقبض عليه بناءً على طلب المحكوم له.

3 دأب الاجتهاد القضائي على أن قدرة المدين لا تقوم إلا إذا قامت ملاءته كلية على أموال لا يجوز حجز عليها، ورغم أنه لا يوجد نص خاص في القانون الفلسطيني على خلاف المشرع الاماراتي الذي تنبه لهذا الأمر حين نص في الفقرة الأولى من المادة 324 من قانون الاجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 على أنه ".... ولا يعتبر المدين مقتدرًا على الوفاء إذا قامت ملاءته كلية على أموال لا يجوز حجز عليها أو بيعها" أحمد محمد مليجي، الموسوعة الشاملة...، ص204.

4 علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المطبعة الجمالية بمصر، 1328، ج7، ص173.

شخص المدين لدفعه على الوفاء، ولذا فقد منعا حبس المدين الفقير المعدم، لأن الحبس ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة لإكراه المدين المماطل القادر على الدفع، وبالتالي فلا فائدة من إكراه المدين الفقير¹، واعتبر فقهاء الشريعة أن المعسر الذي لا يسري عليه نظام الحبس هو من لا يجد في ملكه ما يؤديه بعينه، ولا يكون له ما لو باعه لأمكنه أداء الدين من ثمنه²

ثانياً: جواز حبس المدين :

تنص المادة 163 من قانون التنفيذ على أنه " لا يصدر قرار بالحبس بمقتضى هذا القانون على 1- من لا يكون مسئولاً بشخصه عن الدين كالوارث غير واضح اليد على التركة والولي والوصي، 2- المدين الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره والمعتوه والمجنون، 3- المدين المحكوم بدينه بين الزوج وزوجته أو لأجل دين محكوم به للفروع على الأصول" تؤكد هذه المادة أنه لجواز حبس المدين يجب خلوه من موانع الحبس المنصوص عليها في القانون، وفي ظل صدور قرار بالحبس بوجود أحد الموانع السالف سردها في المادة يعتبر قرار الحبس باطلاً لمخالفته نص القانون³.

هذه الحالات تم إيرادها في هذا المقام للتأكيد على تمام الشروط الواجب توافرها في المدين لحبسه، والتي منها عدم وجود ما يحظر ذلك بنص القانون، وهذه الموانع هي؛ من لا يكون مسئولاً بشخصه عن الدين، فالحبس لا يوقع إلا على المترتب في ذمته الالتزام، ولا يوقع على شخص آخر مهما كانت تبعيته للأصيل، ومن موانع الحبس كذلك الصغر، فالصغير لا يحبس لعدم قدرته على تحمل ما دون طاقته، والمجنون والمعتوه لعدم إدراكهما أصلاً، وعليه فهؤلاء غير مكلفون لا يطالبون بما في ذمتهم من ديون، وإنما يطالب به الولي أو الوصي، وعليه فلا حبس عليهم، وفي ذلك يكون المشرع الفلسطيني اتفق مع ما ذهب إليه أحكام الفقه الاسلامي، التي لم تجز حبس الصغير والمجنون ونحوهما، وغير المكلف ليس أهلاً لإيقاع الحبس بحقه⁴، كما اتفق المشرع الفلسطيني مع الفقه الاسلامي في عدم جواز حبس المدين الذي يكون أصلاً للدائن⁵.

ثالثاً: أن يكون المدين صحيح البدن سليماً :

تنص المادة 159 من قانون التنفيذ على أنه " لقاضي التنفيذ أن يقرر تأجيل حبس المدين إلى أجل آخر إذا ثبت لديه تقرير طبي صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة أن المدين الذي تقرر حبسه لعدم الوفاء بالدين المحكوم عليه لا يتحمل معه السجن بسبب مرضه" وفق نص هذه المادة نضيف شرطاً لجملة الشروط الواجب توافرها في المدين لحبسه بدينه، وهو صحة المدين وسلامته الجسدية التي تؤهله البقاء في السجن، أما المدين المريض الذي لا يمكنه تحمل المكوث في السجن بسبب مرضه إذا خشي على حياته فلا يحبس بنص المادة السابقة، وتجدر الإشارة إلى أن هذا العذر

1 سبق وأشرنا في العنوان الأول من هذا الجزء إلى جملة من الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والاجماع التي يستدل عليها بحبس المدين الموسردون المعسر.

2 - حسن أبو غدة، أحكام السجن ومعاملة السجناء في الاسلام، مكتبة المنار، الكويت، الطبعة الأولى، 1407هـ، 1987، ص190.

3 علي الحديدي، التنفيذ الجبري، مطابع البيان، الطبعة الثانية، دبي، 2002، ص12.

4محمد بن أحمد شمس الدين السرخسي، المبسوط، الطبعة الثالثة، بيروت، ج20، ص91- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المطبعة الجمالية، مصر، 1328هـ، ج7، ص173

5 لا يحبس الوالدين بدين الولد لقوله تعالى " وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا " سورة لقمان (15)، وحبس الولد لوالده ليست من المصاحبة بالمعروف في شيء، وليست من الاحسان كذلك، فلا يجوز حبس الوالدين بدين الولد- الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص173.

لا يعفي المدين من الحبس ولكنه يكون سبباً لتأجيل الحبس لحين شفائه لأن صحة المدين وحياته في هذا المقام أولى من مصلحة اقتضاء دين الدائن¹.

وقد اشترط المشرع الفلسطيني لتأجيل الحبس أن يكون التقرير الطبي صادر عن جهة مختصة بوزارة الصحة، وقد أحسن المشرع في ذلك تلافياً من قيام بعض المدينين بالاحتيال على القضاء، من خلال احضار تقارير من جهات طبية خاصة بالإمكان شراء ذمم أصحابها بالمال فيعطوا المدين ما يفيد عدم سلامته البدنية، وأن السجن يعرض حياته للخطر على خلاف الواقع وحقيقة حالته الصحية، لغاية تهربهم من قرار الحبس، وغالباً ما تكون الجهات الرسمية أقرب للصواب والحقيقة وتكون الثقة بها أكبر من غيرها².

وقد ترك المشرع للطبيب المختص بمعالجة المدين تقدير مسألة احتمال له للسجن من عدمه، وعلى ضوء تقرير الطبيب يكون لقاضي التنفيذ بعد ذلك السلطة التقديرية في مسألة تأجيل الحبس ومدة تأجيله، بمعنى أن المشرع جعل تأجيل الحبس مرهوناً بقناعات قاضي التنفيذ، الأمر الذي أثار انتقاداً فقهياً لسلوك المشرع واعتبار أن ما ذهب إليه في غير محله، بدعوى أنه قد يرفض التأجيل على الرغم من قرار اللجنة الطبية بعدم قدرة المدين على الحبس، أو العكس، في ظل أن المسألة طبية مطلقة وأن اللجنة الطبية أكثر علماً ومعرفة في هذا المجال، وأنه كان يجب على المشرع أن يقيد القاضي بتقرير الطبيب بغض النظر عن نتيجته لا أن يتركها لقناعات القاضي³.

لكن يرى الباحث صواب ما ذهب إليه المشرع، فلعل ترك المشرع السلطة التقديرية للقاضي بتقدير تأجيل حبس المدين حتى بعد التقرير الطبي للجهة الرسمية المختصة هي من باب إيلاء الثقة في القاضي، وترك التعقيب له أولاً وأخيراً، فالقاضي هو خير الخبراء، وله الكلمة الفصل في كافة جوانب القضية حتى الفنية منها، ثم أنه وما الذي يمنع الجهات الطبية حتى ولو كانت رسمية من التواطؤ مع المدين، فإذا كان المشرع أباح للقاضي الجزائي تقدير مسألة تأجيل تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه بسبب مرض يعرض حياته للخطر⁴ - أخذاً بالاعتبار أن المحبوس الجنائي المرتكب لجريمة أخطر بكثير من المحبوس المدني على دين تخلف عن سداذه - فمن باب أولى أن ينص على مثل ذلك في مادة حبس المدين، لاسيما وأن حبس المدين وسيلة إكراه على تنفيذ التزامه وليست عقوبة⁵.

1 انظر كذلك حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 509 لسنة 2010 المفصولة بتاريخ 2010/6/29 حيث جاء في نص الحكم أنه "ومن حيث الموضوع فإن المحكوم عليه يطلب ارجاء تنفيذ قرار الحبس لمرضه وعدم احتمال له السجن واستند إلى تقرير طبي صادر عن المركز العربي لعلاج وجراحة القلب وأمراض الدم مؤرخ في 2010/6/12 وبالرجوع إلى المادة 159 من قانون التنفيذ، يتضح أن من سلطة قاضي التنفيذ التقديرية تأجيل حبس المدين إلى أجل آخر إذا ثبت لديه بتقرير طبي صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة أن المدين لا يتحمل السجن بسبب مرضه ..." وانظر كذلك في ذات المعنى حكم محكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 384 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 2010/5/17.

2 قضت محكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 765 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 2010/10/10 على أن "صلاحية تأخير تنفيذ أمر الحبس هي صلاحية ممنوحة لقاضي التنفيذ وفق سلطته التقديرية والتي إن رأى استعمالها جاز له ذلك تماماً إذا رفض استعمال هذا الخيار، وبالتالي فلا لا معقب عليه من قبل محكمتنا ان هو رفض ذلك الطلب"

3 عبد الله خليل الفراء، التنفيذ الجبري، الطبعة الثانية، غزة، فلسطين، 2012، ص 31-3. حسين المشاقي، التنفيذ وإجراءاته، ص 165

4 تنص المادة 403 من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني على أنه "إذا كان المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية مصاباً بمرض يهدد حياته أو يعرض التنفيذ حياته للخطر جاز تأجيل تنفيذ العقوبة عليه"

5 عبد الله خليل الفراء، التنفيذ الجبري، ص 33-3. حسين المشاقي، التنفيذ وإجراءاته، ص 189-189. عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص 168-168. مراد محمود شنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2008، ص 245-245. محمد حسين منصور،

قانون الإثبات "مبادئ الإثبات وطرقه"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 272

هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في مدى جواز حبس المدين المريض فذهب الجمهور إلى جواز الحبس حفاظاً على الحقوق من المساس بها والضياع، وذهب آخرون - قول معتمد عند الشافعية- أن المريض لا يجبس، بل يوكل به ويستوثق عليه¹

2- الشروط المتعلقة بالدائن :

تنص المادة 156 من قانون التنفيذ على أنه " يجوز لقاضي التنفيذ بناءً على طلب المحكوم له أن يأمر بالقبض على المحكوم عليه وحبسه في الأحوال الآتية " يتضح من نص المادة السابقة أن المشرع علق إصدار قاضي التنفيذ أمر الحبس على طلب المحكوم له ذلك، فالحبس حق خالص لصاحب الحق، له استعماله، وله اغفاله، وعليه فليس لقاضي التنفيذ أن يصدر قراراً بالحبس من تلقاء نفسه تحت أية ذريعة، ما لم يحرك المحكوم له دعواه بالطلب من القاضي ذلك²

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ان المشرع الفلسطيني قد تهاهى مع أحكام الفقه الاسلامي في هذه المسألة، حيث يشترط فقهاء الشريعة الاسلامية لحبس المدين أن يطلب الدائن ذلك، لأن الدين حق للدائن، والحبس وسيلة لاقتضاء حقه، وحقه إنما يقتضيه بطلبه، فكان لا بد من طلبه حبس المدين³.

3- الشروط الواجب توافرها بالدين نفسه :

تنص الفقرة 1 من المادة 8 من قانون التنفيذ على أنه " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحقوق مؤكدة في وجودها ومحددة في أطرافها ومعينة في مقدارها وحالة الأداء"⁴، من هذه المادة تُستنبط الشروط الواجب توافرها في الدين، والتي تتمثل بأن يكون الدين محقق الوجود (أولاً) معين المقدار (ثانياً) وحال الأداء (ثالثاً)

أولاً : أن يكون محقق الوجود :

يتحقق الدين بثبوته في سند تنفيذي، وبوجوده يتأكد حق الدائن بما لا يدع مجالاً للشك بيقين ثبوته، من غير تعلقه على شرط واقف⁵، ويشترط في السند حتى تكون له القوة التنفيذية تحديده بشكل واضح للدائن صاحب الحق، والمدين المطالب بأدائه، ومحل هذا الحق، أما إذا لم يثبت الحق بالسند التنفيذ على هذا النحو⁶، فلا ثبوت عندها

1 الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الدينية، دار السلاسل، الطبعة الثانية، الكويت، 2010، ج 16، ص 320

2 علي الحديدي، التنفيذ الجبري، مطابع البيان، الطبعة الثانية، دبي، 2002، ص 16.

3 محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة الاستقامة، القاهرة، 1374-1955، ج 2، ص 157.

4 وهو ما قضت به محكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 563 لسنة 2009 بتاريخ 2009/8/19 بأن " حبس المدين في قانون التنفيذ لا يكون إلا لاقتضاء حقوق مؤكدة في وجودها ومحددة في أطرافها ومعينة في مقدارها وحالة الأداء"

5 عبد الله خليل الفراء، التنفيذ الجبري، ص 36.

6 فالدين المختلف عليه لا يجوز الحبس إلا إذا ثبت، وعليه فعلى الدائن قبل المطالبة بالحبس الذهاب للمحكمة المختصة لإثبات الدين أولاً. تنص المادة 32 من قانون التنفيذ "إذا اعترض المدين في الميعاد المحدد وأنكر الدين أو بعضه أو انكر استمرار قيامه في ذمته، كلف الدائن بمراجعة المحكمة المختصة لإثبات ما وقع الإنكار عليه وتقام الدعوى بالإجراءات المختصرة وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية"

للمدين المدعى عليه فلا ثبوت للمطل من قبل المدين، الذي هو السبب في الحبس، وعندها فلا يمكن حبس المدين لعدم تحقق وجود الدين¹.

وحتى يتحقق وجود الدين، وحتى يتمكن قاضي التنفيذ من الحكم بحبس المدين بمناسبة، لا بد من ثبوته في ذمة المدين كتابةً من خلال سند تنفيذي، وهو ما أكدت عليه المادة 8 من قانون التنفيذ²، أو أن يقر به المدين³، أما الدين الغير ثابت كتابةً، وينكره المدين فلا يجوز التنفيذ بموجبه ولا الحبس عليه ويكلف عندها الدائن بمراجعة المحكمة المختصة لإثبات الدين⁴، فإن لم ينكر المدين الدين كله ولكنه ادعى الوفاء بجزء منه فإن دائرة التنفيذ تواصل التنفيذ في حدود ما أقر به، وعندها يجوز حبسه على الجزء الذي لم ينكره⁵.

ثانياً: أن يكون معين المقدار:

يخضع تعيين مقدار الحق بشكل عام للقواعد المقررة في القانون المدني، ووفق تلك القواعد يكفي أن يكون التعيين بما يمكن معه التعرف على مقدار الحق بعملية حسابية بسيطة من حيث كميته أو حجمه أو مداه، دون الحاجة إلى التعيين على وجه الدقة⁶.

ولعل الغاية المرجوة من اشتراط تعيين المقدار، هي تمكين المدين من معرفة مقدار التزامه حتى يؤديه طواعية دون اللجوء للتنفيذ الجبري⁷، وغاية أخرى هي؛ لتحقيق التناسب بين مقدار حق الدائن والمال الذي يجري التنفيذ عليه، بحيث يتم التوقف عن بيع المال إذا نتج عنه ما يوازي حق الدائن، فعندها لا حاجة للتنفيذ عليه بعد استيفاء الحق المطلوب⁸.

ثالثاً: أن يكون حال الأداء:

بطبيعة الحال لا يجوز للدائن مطالبة مدينه بالحق الذي لم يحن أجله بعد، أما الدين الذي حان أجله فيكون مستحقاً واجب الوفاء به، وهذا المقصود من هذا الشرط⁹، وعندها للدائن اكره مدينه على الوفاء بالطرق القانونية،

1 محمد سلامة وخلوق آغا، حبس المدين ..، ص 379- نبييل اسماعيل عمر، أصول التنفيذ، ص 35.

2 تنص الفقرة الأولى من المادة 8 من قانون التنفيذ على "لا يجوز التنفيذ الجبري الا بسند تنفيذي اقتضاءً لحقوق مؤكدة في وجودها ومحددة في أطرافها ومعينة في مقدارها وحالة الأداء".

3 تنص المادة 31 من قانون التنفيذ على أنه " إذا أقر المدين بالدين أو بقسم منه، يدون الاقرار في محضر التنفيذ، ويوقع عليه من المدين وقاضي التنفيذ، وتقوم دائرة التنفيذ بتنفيذ ما جرى الاقرار به".

4 تنص الفقرة الأولى من المادة 32 من قانون التنفيذ على أنه " إذا اعترض المدين في الميعاد المحدد وأنكر الدين أو بعضه أو أنكر استمرار قيامه في ذمته، كلف الدائن بمراجعة المحكمة المختصة، لإثبات ما وقع الانكار عليه، وتقام الدعوى بالإجراءات المختصة وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية" 5 انظر نص المادة 33 من قانون التنفيذ.

6 عبد الله خليل الفراء، التنفيذ الجبري، ص 37.

7 وهو ما أكدت عليه المادة 27 من قانون التنفيذ حين نصت على أنه " للدائن بدين من النقود إذا كان دينه حال الأداء ومعين المقدار وثابتاً بالكتابة بسند عرفي أو بسند مصدق لدى كاتب عدل أو بورقة من الأوراق التجارية القابلة للتظهير أن يراجع دائرة التنفيذ ليقوم بتحصيل الدين بعد تقديمه طلباً إليها بذلك مقروناً بإيداع سند الدين الأصلي"

8 نبييل اسماعيل عمر وأحمد هندي وأحمد خليل، التنفيذ الجبري، الدار الجامعية، 2005م، ص 120.

9 وهو ما أكدت عليه الفقرة 1 من المادة 8 من قانون التنفيذ حين نصت على أنه " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاءً لحقوق مؤكدة في وجودها ومحددة في أطرافها ومعينة في مقدارها وحالة الأداء"

أما قبل ذلك فليس له الحق بإكراهه لما في ذلك من حرمانه من التمتع بالأجل، هذا ما لم يكن الأجل مقررًا لمصلحة الدائن فله النزول عنه ومطالبته المدين بالوفاء وإكراهه على الوفاء عند تخلفه¹.

ويتوافق هذا الشرط مع أحكام الفقه الاسلامي التي اشترطت في حبس المدين أن يكون الدين حالاً، فلا حبس في الدين المؤجل لعدم جواز المطالبة به قبل حلول أجله، كما أن الحكمة من الحبس هي دفع الظلم المتحقق بالامتناع، ولا امتناع طالما أنه لم يحن أجل الدين بعد²، فرغم إجازة الشريعة الاسلامية حبس المدين الموسر، واعتبارها ذات المدين ضامنة للوفاء بدينه بإيقاع الحبس على شخصه عن تقاعسه عن أداء ما هو متخلف في ذمته من ديون، لكن هذه الإجازة لم تأت مطلقة، بل وفق شروط وضوابط محددة³.

من خلال تنصيب المشرع الفلسطيني على الشروط سالفة الشرح يمكن القول بأنهولادراكه مدى خطورة هذا الاجراء في المواد المدنية والتجارية، سعى بكل السبل للحد من فتح باب الحبس على مصراعيه، فنص على مجموعة من الشروط في قانون التنفيذ لا يمكن اللجوء للحبس بدون توافرها، وقد أحسن المشرع الفلسطيني بنصه على هذه الشروط لما فيها من ضبط لمسألة الحبس وتنظيم لأحكامه، والتقييد من استعماله بقدر الإمكان، وجعله آخر سبل استيفاء الحقوق، ليكون فيه الحل الأمثل والدواء الأشفي، لهؤلاء المدينين المماطلين، الذين لا يرتدعون ولا يؤدون ما عليهم من حقوق إلا إذا مُست أجسادهم، ولما وجدنا في هذه الشروط من توافق كبير مع أحكام الفقه الاسلامي، المأخوذ منه فكرة الحبس في الأساس.

المطلب الثاني: موانع الحبس :

نص المشرع الفلسطيني حصراً على فئة من الحالات أجاز فيها إعفاء المدين من الحبس حتى لو كان مقتدرًا، هذه الحالات جاء منع الحبس في أغلبها مؤقتاً وليس دائماً، فمتى زال السبب زال حظر الحبس، وجاز للدائن المطالبة مجدداً بحبس مدينه⁴، وهذه الحالات الممنوعة من الحبس حصرتها المشرع الفلسطيني في المادة 163 من قانون التنفيذ⁵، التنفيذ⁵، وحالات عدم جواز حبس المدين هذه أقامها المشرع على أسباب متعددة، منها ما يتعلق بأسباب انسانية مرتبطة بشخص المدين (الفقرة الأولى) ومنها أقامها على أسباب متعلقة بطبيعة الصلة والعلاقة بين المدين والدائن (الفقرة الثانية).

1 عبد الله خليل الفراء، التنفيذ الجبري، ص37- نبييل اسماعيل عمر وأحمد هندي وأحمد خليل، التنفيذ الجبري، ص120.

2 محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية بن عابدين، الطبعة الثانية، لمصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1966-1386، ج4، ص38.

3 كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، دارالكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2003-1424، ج7، ص278- بن قدامة، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1981، ج4، ص501- الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص173.

4 أحمد صدقي محمود، حبس المدين، ص47.

5 تنص المادة 163 قانون التنفيذ على أنه " لا يصدر قرار بالحبس بمقتضى هذا القانون على: 1- من لا يكون مسئولاً بشخصه عن الدين كالوارث غير واطع اليد على التركة والولي والوصي، 2- المدين الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره والمعته والمجنون، 3- المدين المحكوم بدينه بين الزوج وزوجته أو لأجل دين محكوم به للفروع على الأصول"

الفقرة الأولى : الموانع المتعلقة بشخص المدين :

تنص الفقرة الثانية من المادة 163 من قانون التنفيذ على أنه "لا يصدر قرار بالحبس بمقتضى هذا القانون على : 1- من لا يكون مسئولاً بشخصه عن الدين كالوارث غير واضح اليد على التركة والولي والوصي، 2- المدين الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره والمعتوه والمجنون" وعليه يمكن الاستدلال من نص هذه الفقرة على حالات موانع حبس المدين وهي؛ من لا يكون مسئولاً عن الدين بشخصه (1) والصَّغر (2) والمجنون والعتة (3).

1- من لا يكون مسئولاً عن الدين بشخصه :

أولى الحالات التي حظر فيها المشرع حبس المدين هي عندما لا يكون مسئولاً بشخصه عن الدين كالوارث غير واضح يده على التركة والولي والوصي، فالأصل أن يطبق الحبس على الشخص المترتب في ذمته الالتزام، ولا يوقع على أي شخص آخر مهما كانت تبعيته للأصيل سواءً أكانت تبعية قانونية أو تعاقدية، والسبب الذي دفع المشرع لذلك معلوم من القانون بالضرورة، فلا يضار شخص مجريرة غيره، ولا يحبس شخص بدين غيره كذلك، فالحبس مبني على مبدأ الصفة الشخصية الذي يفرض تطبيق الحبس على المدين المسئول بشخصه عن الالتزام دون المسئول بالتبعية لارتباطه القانوني أو التعاقدية بشخص المدين، وعليه يحظر القانون حبس الولي على دين من هو تحت ولايته، والوصي على دين من هو تحت وصايته، وحبس المتبوع على دين تابعه¹، أو حبس الوارث على دين مورثه ما لم يكن واضحاً يده على التركة².

أما في حال امتناع الولي أو الوصي من أداء الديون المترصدة على من هم تحت ولايتهم ووصايتهم فينفذ على أموالهم دون أشخاصهم، أما بالنسبة للوارث فقد أكدت المادة 14 من قانون التنفيذ على أنه "يكون التنفيذ بقدر الأموال التي تركها المورث" وعليه فإذا مات المورث يكون دينه من التركة امتداداً لشخصيته بعد الوفاة، بمعنى أنه لا يُسأل الوارث عن الديون المترتبة في ذمة مورثه³.

وتجد الإشارة هنا لحالة حبس الكفيل، حيث أنه يمكن حبس الكفيل بدين مكفوله تماماً كما يطبق الحبس على المدين الأصلي⁴، لأنه بكفالته هذه يصبح مسئولاً شخصياً عما التزم به⁵، كما سبق وأشرنا أنه إن كان هذا الكفيل قد كفل مكفوله في دائرة التنفيذ فيمكن حبسه دون داعي لإثبات اقتداره⁶.

1مثال ذلك ان يرتكب موظفاً في شركة جريمة أثناء عمله أو بمناسبته، فلا يمكن بحال ايقاع الحبس على مدير الشركة لتعويض الضرر الناجم عن الجرم أو تحصيل الغرامة الجزائية، لأن المسئولية هنا قائمة بصفة المدير كمتبوع كمثل قانوني، لا بصفته الشخصية، وعليه لا يمكن حبسه بسبب الدين في هذه الحالة.

مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ وفقاً لأحدث التعديلات لقانون التنفيذ - دراسة مقارنة- دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ص 215

2مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ، ص 215.

3عبد الرزاق رشيد أبو رمان، حبس المدين، ص 79- مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ، ص 215

4انظر حكم محكمة استئناف رام الله في القضية التنفيذية رقم 136 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 2011/2/13.

5 محمد سلامة وخلوق آغا، حبس المدين ..، ص 425.

6 انظر نص المادة 161 من قانون التنفيذ.

2- الصَّغَر :

حدد المشرع الفلسطيني حد الصغر الأدنى بثمانية عشرة سنة، وفي هذا توافق مع القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني باعتبار سن البلوغ هو سن الثامنة عشرة سنة¹، فمتى لم يبلغ الصغير سن الثامنة عشرة من عمره لا يجوز بأي حال حبسه، والنص واضح لا داعي للاجتهاد بتفسيره أو تأويله، ولا يقتصر هذا الحظر من المشرع الفلسطيني بل جميع الأنظمة والقوانين وإن كانت اختلفت في تحديد سن بلوغ الصغير، إلا أنها اتفقت على منع حبس الصغير مراعاة لظروفه وعدم ادراكه، هذا ويقع عبء اثبات عدم الأهلية على من يدعيه²

حيث أنه لا يجوز حبس أي شخص تمنع الأنظمة والقوانين حبسه مراعاة لظروف معينة كالصغير، وهو ما راعاه المشرع الفلسطيني في المادة 163 من قانون التنفيذ حين نص على أنه " لا يصدر قرار بالحبس بمقتضى هذا القانون على ... 2- المدين الذي لم يبلغ الثامنة عشر من عمره" ليكون المشرع بهذا النص وضع حداً أدنى لعمر الشخص الذي لا يجوز حبسه قبل بلوغه سن الثامنة عشرة وهو سن الرشد وفق التشريع الفلسطيني³.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أغفل وضع سقف أعلى لعمر الشخص الذي يحظر حبسه لكبر سنه، مخالفاً في ذلك مسلك المشرع الكويتي⁴ والعراقي⁵ اللذين أقرّا حداً أعلى لعمر الشخص الذي لا يجوز حبسه مستنديين في ذلك إلى أن الشخص الذي شاخ وكبر سنه يجب أن يحظى بالرعاية الاجتماعية لا بالسجن⁶، لكن يبقى مسلك المشرعين اللبناني والفلسطيني وجهاته بعدم وضع سقف أعلى لسن الحبس؛ مستنديين في ذلك إلى أنه إذا كان هذا الشيخ الكبير الذي كبر سنّه وشاب شعره وانحني ظهره، لم يراع ما آل إليه حاله، وظل محتفظاً بمماطلته في تنفيذ التزامه، فلا يجدر بالمشرع أن يراعي ما أهدره هو، وحتى لا يكون كبر السن ذريعة يتحجج بها للتهرب من تنفيذ الالتزامات وضياع الحقوق، كان لا بد من تأديبه بالحبس، فمن يضع في حسبان أنه سيلقى بالسجن إذا أضع الحقوق حتى ولو كبر سنه سيبادر من تلقاء نفسه إلى التنفيذ خوفاً على مكانته ومراعاة لكبر سنه.

ويثور في هذا المقام التساؤل حول امتناع المدين عن أداء دين ما نشأ قبل بلوغه سن الرشد وامتناعه عن دفع الحقوق الشخصية تنفيذاً لحكم جزائي صادر بحقه من اجل ارتكابه جرماً قبل بلوغه سن الرشد، فهل بالإمكان عندها حبسه، رغم سكوت المشرع الفلسطيني عن وضع جواب لمثل هذا الحالة في قانون التنفيذ إلا أن محكمة التمييز الكويتية قضت بأن " العبرة هنا ليس بسن المدين وقت نشوء الالتزام، فإذا ما كانت تقل عن سن الرشد في ذلك الوقت، امتنع الحبس حتى لو بلغها عند التنفيذ، لأنه بتاريخ نشوء الالتزام تقوم المسؤولية ووسائل تحققها"⁷ هذا

1تنص الفقرة الثانية من المادة 53 من القانون المدني على أنه " سن الرشد ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة".

2 عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص226- محمد سلامة وخلوق آغا، حبس المدين ...، ص423.

3محمد خلف بني سلامة، وخلوق ضيف الله وآغا، حبس المدين في الفقه الاسلامي والقانون الأردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، يوليو، 2011، ص423

4 تنص الفقرة الأولى من المادة 264 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980 على أنه " يمنع اصدار أمر بحبس المدين في الأحوال التالية:إذا تجاوز الخامسة والستين من العمر"

5تنص الفقرة الثانية من المادة 41 من قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 على أنه "يمنع حبس المدين إذا لم يكمل الثامنة عشرة من عمره أو جاوز عمره الستين"

6 عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص162- محمد سلامة وخلوق آغا، حبس المدين ...، ص423.

7حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر بتاريخ 2006/11/26، في الطعن رقم 2005/811.

ويظل للرأي القائل بأن العبرة في الحبس بوقت الحبس رجاحته، وليس بوقت نشوء الالتزام، وهو ما يستنبط من صريح النصوص، أضف لأن حبس المدين ليس عقوبة بحد ذاته وإنما هو وسيلة لإكراه المدين على تنفيذ التزامه¹

3- الجنون والعتة :

منع المشرع الفلسطيني تطبيق قرار الحبس على المجنون والمعتوه، لاشتراطه أن يكون المدين المراد ايقاع الحبس عليه سليماً البدن معافى الجسد، يعي ويدرك معنى الحبس ويعقل عواقبه، وهو ما لا يتحقق في المجنون ولا المعتوه، فهما لا يدركان مفهوم الحبس ولا مقصودة، ولا يعيان معنى الالتزام أو الاكراه أو الوفاء أو حتى الحق، فكان حبسهما غير مجد، فنص المشرع على عدم جواز حبسهما².

ويتضح أن المشرع الفلسطيني لم يدرج السفية وذا الغفلة مع المجنون والمعتوه، وبالتالي فيجوز حبسهما لاعتبارهما يدركان الغاية من الحبس بخلاف المجنون والمعتوه³، لكن يظهر أن السفية وذا الغفلة لا يبتعدان كثيراً في تصرفاتهم وذهاب عقلهم عن المجنون والمعتوه لا سيما ذو الغفلة الذي لا يهتدي لتصرفاته الراجحة، وعليه فلا يمكن بحال اعتبار تصرفاتهم أنها ترقى لاعتبارهم أشخاص طبيعيين، وتبقى تصرفاتهم مشوبة بعدم الاهتداء للصواب لعدم اتزان ورجاحة عقولهم، فكان على المشرع استثناءهم كذلك من الحبس كما المجنون والمعتوه.

وتجد الإشارة إلى عديد الحالات التي تتعلق بالنواحي الانسانية لم ينص عليها المشرع رغم أنها في أمس الحاجة للنص عليها بحظر حبسها، من تلك الحالات المدين الذي له أولاد ولم يبلغوا سن الخامسة عشر عاماً وكان زوجه متوفى أو محبوساً لأي سبب، وذلك لضمان ألا يؤدي الحبس إلى مشكلة اجتماعية تتمثل في تشريد الأطفال في ظل وفاة الأب أو الأم وحبس من هو على قيد الحياة منهم، وكذلك يظهر صواب ما ذهب إليه المشرع اللبناني حين منع حبس الأم الحامل إلا بعد فترة الوضع وذلك لرعاية الرضيع، كما أنه من الحكمة بمكان التنصيب في هذا المقام على حالة منع حبس بحق المدين أثناء معاملات الافلاس أو المدين طالب الصلح الواقفي من الافلاس، لما في هذه الحالة من تماشي مع احكام الشريعة الاسلامية من الرفق بالمدين المعسر ومراعاة لظرفه الاستثنائي⁴

الفقرة الثانية : الموانع المتأتية من صلة المدين بالدائن :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 163 من قانون التنفيذ على أنه " لا يصدر قرار بالحبس بمقتضى هذا القانون على : 3- المدين المحكوم بدينه بين الزوج وزوجته أو لأجل دين محكوم به للفروع على الأصول " يظهر جلياً أن المشرع استثنى هذه الفئة من ايقاع عليها حتى لو توافرت فيها كافة شروط الحبس، لصيانة الروابط الأسرية وحفظها من التشتت والتشردم، فالمشرع يعي تماماً أنه إذا صلحت الأسرة صلح المجتمع وعمّ الود والأمان، والعكس صحيح،

1مبارك محمد ظافر، حبس المدين طريفاً من طرق التنفيذ الجبري، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 57

2أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة- دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 40.

3 محمد خلف بني سلامة وخلق ضيف الله آغا، حبس المدين، ص 425- أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص 40.

4 محمد خلف بني سلامة وخلق ضيف الله آغا، حبس المدين، ص 405-مزيد بن ابراهيم بن صالح المزيد، استيفاء الديون في الفقه الاسلامي، دار بن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1431هـ، ص 159.

وليس أشد من ناقوس خطر يقده في تلاحم أو اصر العلاقة في الأسرة من حبس بعضهم البعض، فبعد الحبس يصعب إعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل الحبس¹.

فأي وصال يمكن أن يتجدد بين الزوج وزوجته بعد حبس أحدهما للآخر لسبب الدين²، وأي ود وحب سيظل يحمله الأب لابنه، أو الجد لحفيده، إن هو ألقاه في السجن لدينه عليه، فقد احسن المشرع بحق بنصه على حظر حبس هذه الفئة بديونها، لأنه بذلك يكون قد حفظ الروابط الأسرية من التفكك، وأبعدها عن الحقد والمشاحنة فيما بين أفراد الأسرة الواحدة، ليحفظ بذلك الفرد والأسرة والمجتمع، وهو بذلك أيضاً يتوافق مع ما نصت عليه أحكام الفقه الاسلامي³

هذا ورغم الثناء على المشرع الفلسطيني لنصه على حالات حظر الحبس السابقة للأسباب التي ايرادها عند شرح كل حالة، لكن وبمطالعة نظير قانون التنفيذ من التشريعات العربية التي أخذت بمبدأ حبس المدين، تمت ملاحظة إغفال المشرع النص على بعض الحالات كان يتوجب عليه النص عليها، لأسباب عديدة منها ما يتعلق بضرورات انسانية وأخرى متعلقة بمقتضيات العدالة، ينبغي على المشرع الفلسطيني أخذ هذه الحالات بعين الحسبان، وإيرادها ضمن الحالات التي لا يجوز حبسها، وهي:

- المرأة الحامل حتى انقضاء ثلاثة أشهر بعد الوضع، وأم المولود حتى اتمامه السنتين من عمره⁴، ويظهر جلياً أن الحكمة من هذا النص هو رعاية المرأة لرضيعها، فهي أقدر الناس على ذلك، والرضيع أولى الناس بأمه في هذه المرحلة.
- المدين المفلس أثناء معاملات الافلاس أو المدين طالب الصلح الواقفي⁵، مراعاة في ذلك للمدين المفلس الخارج سبب الافلاس عن ارادته، وفي ذلك تماهي مع أحكام الفقه الاسلامي التي رأت عدم حبس المدين المعسر⁶ والتماس العذر له.

1 عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، ص166- محمد الفطناسي، دور المجتمع في الحفاظ على العائلة من التفكك، مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد 8 أكتوبر 1984، ص35.

2 أما إذا انتهت العلاقة بين الزوجين بالطلاق فيجوز الحبس في الطلاق البائن بعد وقوعه، أما الطلاق الرجعي فلا يجوز حبس أحد الزوجين بدين تجاه الآخر قبل انقضاء العدة، لاحتمال بقاء الألفة والمودة بينهما لما في الطلاق الرجعي من جوارجوع الزوجين لبعضهما دون حاجة لعقد جديد.. أحمد صدقي محمود، حبس المدين، ص51- رائد عبد الحميد، الوجيز...، ص358.

3 اشترطت الفقه الاسلامي في حبس المدين ألا يكون المدين أصلاً للدائن؛ ورغم اختلاف الفقهاء في هذا الشرط إلا أن الراجح فيه هو عدم حبس الوالد بدين ولده، ودليل ذلك قوله تعالى " وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا "، فحبس الوالد ليس من المصاحبة بالمعروف فلا يجوز- الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص173.

4 فقرة 5 من المادة 23 من قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007- ويشابه هذه الحالة ما نص عليها قانون الاجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 في الفقرة الخامسة من المادة 226 حين نص على أنه " يمتنع إصدار الأمر بحبس المدين في الأحوال الآتية: 5- إذا كان المدين امرأة حامل فلقاضي التنفيذ أن يؤجل حبسها إلى ما بعد مضي سنة من وضع الحمل لرعاية الرضيع"

5 فقرة 4 من المادة 23 من قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007

6 الاعسار هو عجز المدين عن الأداء لعدم كفاية أمواله، فالمدين المعسر هو من كانت قيمة الديون المتخلدة في ذمته متجاوزة مقدار مكاسبه- حاتم عبد الحميد الرواتي، إشهار الرهن العقاري "دراسات في قانون التأمينات" عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997، ص

- المدين الذي له أولاد لم يبلغوا الخامسة عشر عاماً وكان زوجه متوفى أو محبوساً لأي سبب¹، فمن الطبيعي أن تكون كل أسرة تصدق عليها هذه الحالة عرضة للتفكك الأسري والتشردم المجتمعي، فإذا غاب الأب أو الأم لسبب الموت ومن ثم غُيب الآخر لسبب الحبس بالدين، فلن يبقى أمام أطفالهم الصغار إلا التشرد أو الانحراف لعدم وجود مربى يراعي ظروف حياتهم ومعاشهم.

ورغم إغفال المشرع تنصيبه على الحالات المقترحة السابقة، فلا بد من الإشارة أيضاً لصواب موقف المشرع الفلسطيني من عدم نضه على بعض حالات حظر الحبس التي نصت عليها بعض التشريعات، والتي لا داعي للنص عليها، كنص المشرع الأردني على حظر حبس الموظفين²، هذا النص من المشرع الأردني دفعنا للتساؤل؛ وهل المدين إذا كان موظفاً يرتدى بذلك عباءة لا يجوز بموجبها محاسبته أو مساءلته بسببها كما باقي أفراد المجتمع، ثم إن التذرع بأن سبب رفض حبس الموظف المدين أن راتبه ضامن للوفاء، يُرد عليه بالقول أن هذا في الالتزام بدفع مبلغ من المال، أما في حال الالتزام بتسليم شيء كتسليم الصغير مثلاً أو مشاهدته فلا يجدي نفعاً الحجز على الراتب، وما من وسيلة تجبره على تنفيذ التزامه عندها غير الحبس³، ثم إن فتح باب الاستدانة للموظف دون إيقاع الحبس عليه سيجعله يتمادى في دينه، مطمئناً نفسه أن أقصى ما يمكن أن يفعله مدينه معه هو حجزه على راتبه وبنص القانون، وسيظل يتمادى في غيه كلما لم يجد رادعاً يوقفه كالحبس⁴، لذا كان رأي المشرع الفلسطيني هو الصواب بعدم إدراجه هذه الحالة ضمن الحالات التي لا يجوز إيقاع الحبس عليها.

الخاتمة :

يتضح مما سلف أن مسألة حبس المدين تحظى باهتمام الفقه والقانون من خلال المقترضات المسطرة لها، وهو ما دفع المشرع الفلسطيني لإقرار نظام حبس المدين كوسيلة مدنية لاقتضاء الديون معتبراً ذات المدين ضامنة للوفاء بدينه، متأثراً في ذلك بأحكام الشريعة، حيث أخذت الشريعة الإسلامية بفكرة حبس المدين بإجماع جمهور الفقهاء، مستدلين على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول، لكنهم فرّقوا بين المدين المعسر والمدين الموسر، فأجازوا حبس المدين الموسر الممتنع عن الوفاء تعنتاً ومماطلة، ولم يُجيزوا حبس المدين المعسر، لأن الحبس ليس هدفاً بحد ذاته لدى فقهاء الشريعة، وإنما هو وسيلة لتحقيق الهدف المتمثل بأداء الدين لصاحبه، وهو ذات النهج الذي اتبعه التشريع الفلسطيني حين اعتبر أن الحبس وسيلة إكراه تهدف للضغط على المدين لإرغامه على تنفيذ التزامه، دون أدنى تأثير في ذلك على دين الدائن بانقضائه أو حتى نقصانه، وقد أحسن المشرع الفلسطيني حين اصطف إلى فريق الآخذين بنظام الحبس عند التمتع عن أداء الدين باعتباره وسيلة ناجعة لرد الحقوق لمستحقيها، وعلاج شافي لمشكلة بطء التنفيذ وعدم فاعليته، بحمل المدين على الوفاء بالتزامه وردعه عن المماطلة.

1 نص الفقرة ب من المادة 294 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980. ويقابلها نص الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992

2 تنص الفقرة الأولى من المادة 23 من قانون التنفيذ الأردني على أنه "لا يجوز حبس لأي من : 1- موظفي الدولة" ولعل الدافع الذي أدى بالمشرع الأردني للنص على ذلك هو ما يؤديه حبس الموظف المدين من ضرر وتعطيل بالخدمة العامة التي يؤديها قد تفوق الضرر العائد على الدائن، فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، أضف لأن راتب الموظف ضامن للوفاء بدينه، فلا داعي للحبس في ظل حجز الدائن على ما يساوي دينه من راتب الموظف. - مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ، ص214.

3 رائد عبد الحميد، الوجيز...، ص385.

4 تنص محكمة استئناف رام الله في حكمها رقم 283 لسنة 2010 الصادر بتاريخ 2010/4/13 أنه " لا يوجد في قانون التنفيذ ما يمنع من إصدار قرار حبس بحق الموظف الغير مشمول مع الذين لا يجوز حبسهم والمذكورين على سبيل الحصر في المادة 163 من ذات القانون"

ومن باب ادراكه لخطورة أعمال الحبس في المواد المدنية والتجارية حاول المشرع الفلسطيني عدم الافراط في استعماله، لذا سعى بكل السبل للحد من فتح باب الحبس على مصراعيه، فنص على مجموعة من الشروط في قانون التنفيذ لا يمكن اللجوء للحبس بدون توافرها، وحالات أعفاها من الحبس حتى لو كان المدين مقتدراً لأسباب إنسانية وأخرى تتعلق بطبيعة الصلابة بين الدائن والمدين، وقد أحسن المشرع الفلسطيني بنصه على هذه الشروط وتلك الحالات لما فيها من ضبط لمسألة الحبس وتنظيم لأحكامه، والتقييد من استعماله بقدر الإمكان، وجعله آخر سبل استيفاء الحقوق، ولما فيها أيضاً من توافق كبير مع أحكام الفقه الاسلامي، المأخوذ منه فكرة الحبس الإكراهي في الأساس.

وبعد إجراء هذه الدراسة خلّص الباحث لجملة من التوصيات يمكن سردها على النحو التالي :

1- تعميق الدراسات المتعلقة بحبس المدين، وعقد مزيد من المؤتمرات والندوات وورشات العمل لبيان دور حبس المدين في اقتضاء الدائن حقه، والخروج من دائرة حصر التنفيذ على أموال المدين للتنفيذ على ذاته أيضاً عند اقتداره وفق الضوابط والأسس القانونية.

2- نوصي المشرع الفلسطيني وكما نص على حد أدني لا يمكن حبس من لم يتجاوز، نوصيه بوضع سقف أعلى لسن المدين الذي يحظر حبسه لكبر سنه، مقتدياً في ذلك بما ذهبت إليه بعض الأنظمة التي أخذت بنظام حبس المدين كالمشرع الكويتي والعراقي استناداً لأن الشخص الذي شاخ وكبر سنه يجب أن يحظى بالرعاية الاجتماعية لا بالسجن.

3- نوصي المشرع الفلسطيني بإدراج السفيه وذي الغفلة ضمن الحالات التي يحظر حبسها لعدم ابتعادهما كثيراً عن تصرفات الجنون والمعتوه التي نص عليهما المشرع، وعدم اهتدائهما للصواب وعدم اتران ورجاحة عقولهم.

4- نلفت انتباه المشرع للنص على حالات أغفل النص عليها متعلقة بضرورات انسانية وأخرى متعلقة بمقتضيات العدالة، ينبغي عليه أخذها بعين الحسبان نذكر منها؛ منع حبس الأم الحامل إلا بعد فترة من الوضع وذلك لرعاية الرضيع، وكذلك منع الحبس بحق المدين أثناء معاملات الافلاس أو المدين طالب الصلح الواقي من الافلاس، ونوصيه كذلك بالنص على منع حبس المدين الذي له أولاد لم يبلغوا الخامسة عشر عاماً وكان زوجه متوفى أو محبوساً لأي سبب، لما في هذه الحالات من تماشي مع احكام الشريعة الاسلامية من الرفق بالمدين المعسر ومراعاة لظرفه الاستثنائي.

● قائمة المراجع :

أولاً: المراجع الشرعية :

- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1401-1981.
- حسن أبو غلة، أحكام السجن ومعاملة السجناء في الاسلام، مكتبة المنار، الكويت، الطبعة الأولى، 1407هـ، 1987.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1424-2003، ج7، ص278.
- محمد بن أحمد شمس الدين السرخسي، المبسوط، الطبعة الثالثة، بيروت.

- محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة الاستقامة، القاهرة، 1374-1955.
 - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار المشهور بحاشية بن عابدين، الطبعة الثانية، لمصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1386-1966.
 - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الدينية، دار السلاسل، الطبعة الثانية، الكويت، 2010.
 - مزيد بن ابراهيم بن صالح المزيد، استيفاء الديون في الفقه الاسلامي، دار بن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1431هـ.
 - علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المطبعة الجمالية بمصر، 1328.
 - وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1979.
- ثانياً: المراجع القانونية :**
- آدم النداي وسعيد مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، مطابع جامعة الموصل، الطبعة الأولى، 1984م-1401هـ.
 - أحمد صدقي محمود، حبس المدين المماطل في الشريعة الاسلامية والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة.
 - أحمد محمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات بأحدث التعديلات حتى عام 2000م، دار النهضة العربية .
 - أسامة أحمد المليجي، الاجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
 - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة- دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص40.
 - حاتم عبد الحميد الرواتي، إشهار الرهن العقاري "دراسات في قانون التأمينات" عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997، ص 245.
 - حسين المشاقي، التنفيذ وإجراءاته في قانون التنفيذ، الطبعة الأولى، المكتبة الجامعية، نابلس، 2007.
 - رائد عبد الحميد، الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005، الطبعة الأولى، 2008.
 - علي الحديدي، التنفيذ الجبري، مطابع البيان، الطبعة الثانية، دبي، 2002.
 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت .
 - عبد الله خليل الفراء، التنفيذ الجبري، الطبعة الثانية، غزة، فلسطين، 2012.
 - عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص 158.
 - عبد الرزاق رشيد أبو رمان، حبس المدين في قانون الاجراء الأردني، دار وائل للنشر، عمان، 1999.
 - عزمي عبد الفتاح، نظام قاضي التنفيذ، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978.
 - فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968.
 - صلاح الدين شوشاري، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
 - محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، تونس، الطبعة الثانية، 1997.

- محمد خلف بني سلامة، وخلق ضيف الله وآغا، حبس المدين في الفقه الاسلامي والقانون الأردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، يوليو، 2011.
 - محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
 - محمد حسين منصور، قانون الإثبات "مبادئ الإثبات وطرقه"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 272.
 - محمد الفطناسي، دور المجتمع في الحفاظ على العائلة من التفكك، مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد 8 أكتوبر 1984، ص 35.
 - مصطفى عبد الحميد عياد، الوجيز في أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون الاجراء في فلسطين، الطبعة الأولى، غزة، فلسطين، 1997.
 - محمود الكيلاني، قواعد الاثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2010.
 - منير العياري، بحث بعنوان "الحرية والقانون المدني"، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.
 - مراد محمود شنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2008.
 - مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ وفقاً لأحدث التعديلات لقانون التنفيذ - دراسة مقارنة - دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2010.
 - مبارك محمد ظافر، حبس المدين طريقاً من طرق التنفيذ الجبري، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
 - نبيل اسماعيل عمر وأحمد هندي وأحمد خليل، التنفيذ الجبري، الدار الجامعية، 2005م.
 - نبيل إسماعيل عمر، أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، 1996.
 - فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، دار ذات السلاسل، الكويت.
- ثالثاً: المراجع اللغوية :
- إبراهيم مصطفى الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر.
 - محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ.

الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري



من إعداد : الدكتور بلعياض محمد
مختص في الشريعة والقانون وأستاذ
محاضر بجامعة تلمسان - الجزائر

مقدمة :

تواجه الإدارة في بعض الأوقات ظروفاً استثنائية تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة، فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية .

وعلى ذلك فإن الظرف الاستثنائي أيّاً كانت صورته حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، فلا يعدو الأمر أن يكون توسعاً لقواعد المشروعية تأسيساً على مقولة " الضرورات تبيح المحظورات"¹.

¹ هناك من الفقهاء من يرى أن هذه النظرية معروفة ومقررة في الشريعة الإسلامية، وهم يستندون في ذلك إلى قاعدتي: "الضرورات تبيح المحظورات" و"الضرورة تقدر بقدرها" إلا أنها ليست من استعملتها أولاً، إذ وردت تطبيقات لحالة الضرورة في عالم ما قبل الإسلام في كل من الشريعة اليهودية والشريعة المسيحية، على أن نظرية الضرورة كتنظيم دستوري لم تظهر إلا بعد نشأة الدولة بمفهومها الحديث، القائم على مبدأ سيادة القانون ومبادئ احترام حقوق وحرية الإنسان. انظر: نظرية الضرورة في القانون الدستوري، يحيى الجمل. دار النهضة العربية القاهرة، 1974. ص 47.

فالإدارة تبقى مسئولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي قد يقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بمقياس آخر ويوزن بميزان مغاير لذلك الذي يوزن به في ظل الظروف العادية، فيستلزم القضاء فيه أكبر من الجسامة¹.

وتستمد نظرية الظروف الاستثنائية وجودها من القضاء الإداري، غير أن المشرع قد يتدخل مباشرة في بعض الحالات لتحديد ما إذا كان الظرف استثنائياً أم لا. وهو يمارس ذلك باتباع أسلوبين: الأول أن يستصدر قوانين تنظم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها، ويتسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحررياتهم لأنه يجرم السلطة التنفيذية من اللجوء إلى سلطات الظروف الاستثنائية إلا بعد موافقة السلطة التشريعية².

أما الأسلوب الثاني فيتمثل في إعداد تشريعات معدة سلفاً لمواجهة الظروف الاستثنائية.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالأسلوب الأخير، إذ منحت المادة السادسة عشر من دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام 1958 رئيس الجمهورية الفرنسية سلطات واسعة من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية.

- وكذلك فعل المشرع الجزائري حينما نص على الحالات الثلاث التي تتسع فيها سلطات الإدارة، وهي:

أ/ حالة السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية.

ب/ حالة الحصار.

ج/ حالة الطوارئ.

لهذا يمارس القضاء الإداري دوراً مهماً في تحديد معالم نظرية الظروف الاستثنائية، ويضع شروط الاستفادة منها ويراقب الإدارة في استخدام صلاحياتها الاستثنائية حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وله دور مهم في الرقابة على احترام الإدارة لهذه الشروط، وهذا ما يميز هذه النظرية عن نظرية أعمال السيادة³ التي تعدّ خروجاً عن المشروعية وتمنع القضاء من الرقابة على الأعمال الصادرة استناداً إليها.

كما تتميز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية السلطة التقديرية للإدارة⁴، التي يكون دور القضاء في الرقابة عليها محدوداً بالمقارنة مع رقابته على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية. فالقاضي في هذه الظروف يراقب نشاط

1 القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو. منشأة المعارف. الإسكندرية 1996. ص 53.

2 القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، صبيح بشير مسكوني. جامعة بنغازي، 1974. ص 71.

3 اختلف الفقه والقضاء في تعريف أعمال السيادة، وهي في حقيقتها قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية، وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء سواء أكان بالإلغاء أو بالتعويض.

4 في السلطة التقديرية يترك المشرع للإدارة حرية اختيار وقت وأسلوب التدخل في إصدار قراراتها تبعاً للظروف ومن دون أن تخضع للرقابة، فالمشرع يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تنصف بالمرونة تاركاً للإدارة تقدير ملائمة التصرف، شريطة أن تتوخى الصالح العام في أي عمل تقوم به، وأن لا تنحرف عن هذه الغاية، وإلا كان عملها مشوباً بعييب إساءة استعمال السلطة. انظر: الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة د. سعيد عبد المنعم الحكيم، دار الفكر العربي القاهرة 1976. ص 71.

الإدارة، لا سيما من حيث أسباب قرارها الإداري والغاية التي ترمي إليها الإدارة في اتخاذها، ولا يتجاوز في رقابته إلى العيوب الأخرى كالاختصاص والشكل والحل، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري في العديد من الدول¹.

أولاً : نظرة تاريخية حول نظرية الظروف الاستثنائية :

قد تضطر السلطة التنفيذية إلى اتخاذ إجراءات استعجالية للحفاظ على كيان الدولة ووجودها في حالة الحروب أو الأزمات، وفي تلك الحماية تقوم الإدارة بالموازنة بين مصلحة احترام القانون، ومصلحة الحفاظ على أركان الدولة، لهذا قام الفكر القانوني باستحداث نظرية الظروف الاستثنائية.

1. أساس هذه النظرية :

يتجه الرأي السائد في الفقه إلى أن فكرة الضرورة هي أساس نظرية الظروف الاستثنائية، ويقصد بالضرورة: تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال التي يتعذر تداركها بالوسائل العادية، مما يدفع السلطات القائمة على حالة الضرورة أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع هذا الخطر ولمواجهة هذه الأزمات².

من هذا، يظهر أن فكرة الضرورة تقوم على ركنين أساسيين :

الأول : ركن معنوي : يتمثل في وجود خطر يهدد مصلحة جوهرية معتبرة قانوناً.

والثاني : شكلي : يتمثل في التجاوز على أحكام القانون.

وعليه عرفت بأنها : "إضفاء المشروعية على عمل هو في الظروف العادية غير مشروع"³.

2. بداية نشأة النظرية :

إن الأصول الأولى لنظرية الظروف الاستثنائية ترجع إلى الفقه الألماني من خلال كتابات (هيكلم، وهرنك، وجلينك) حيث إنهم حاولوا تبرير خروج الدولة عن القانون في هذه الحالة، فحينما تسعى لتحقيق مصلحة الجماعة قد لا تخضع للقانون، القانون الذي أوجده هي وجعلته وسيلة لغاية هي حماية الجماعة⁴.

وبذلك يضفي الفقه الألماني الصفة الشرعية والقانونية على نظرية الظروف الاستثنائية، فيعتبر تصرفات الدولة في أحوال الضرورة تصرفات مشروعة، ولا تترتب عليها أية مسؤولية.

أما الفقه الفرنسي فقد عرف هذه النظرية خلال أحداث الحربين العالميتين، وهذا ما يؤكد الدكتور يحيى الجمل بقوله : " أثناء الحرب العالمية الأولى أخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفاً مغايراً لموقف محكمة النقض، موقفاً اعتمد

¹ القضاء الإداري، الأسس العامة والتطور التاريخي، عبد القادر باينه. دار توبقال للنشر المغرب. 1985. ص 28.

² السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، وجدي ثابت غربال. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988. ص 75.

³ نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة. أمير حسن جاسم. كلية القانون. جامعة تكريت العراق. ص 2.

⁴ انظر: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، إحسان المرفجي بغداد، 1990. ص 168.

نظرية الضرورة وإن أطلق عليها مسميات أخرى، فأحياناً يسميها "نظرية سلطات الحرب"، وأحياناً يسميها "نظرية الضرورة"¹.

- ففي 6 أوت 1915 أعلن مجلس الدولة أن حالة الحرب تخول لجهات الضبط الإداري إصدار قرارات لا تكون من صلاحيتها في وقت السلم.
- وفي 28 جوان 1918 اعتبر مجلس الدولة مرسوماً يتضمن وقف القانون الخاص بضمانات الموظفين العموميين شرعياً بسبب الظروف الاستثنائية (الحرب العالمية الأولى).
- وفي تقريره بتاريخ 28 فيفري 1919 اعترف مجلس الدولة للسلطة العسكرية في مجال رقابة الدعارة خلال الحرب بحقوق غير مألوفة في القانون المشترك.
- ولقد اعتمد قرار (كويتياس) في 30 نوفمبر 1923 على فكرة الظروف الاستثنائية لتبرير امتناع الحكومة عن تنفيذ أحكام قضائية².

3. التطبيق العملي للنظرية في فرنسا (حالي الحصار والطوارئ):

لقد عرفت فرنسا في فترات الأزمات تطبيقين شهيرين لنظرية الظروف الاستثنائية، هما حالة الحصار وحالة الطوارئ.

وقبل عرض هاتين الحالتين ينبغي الإشارة أولاً إلى المادة 16 من دستور فرنسا لسنة 1958 التي تخول لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية.

أ/ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية:

تنص المادة 16 على أنه: "عندما تصبح مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة وسلامة الوحدة الترابية أو تنفيذ التزاماتها الدولية مهددة بشكل خطير وحال.. ترتب عليه توقف السير المنتظم لسلطات المادة الدستورية كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف..".

يعتبر الفقه الفرنسي هذه المادة بمثابة النص التأسيسي لنظرية الظروف الاستثنائية التي كان القضاء قد سنها، وهي تتعلق بالحالة القصوى لخطورة الظروف الاستثنائية، ولا تحصر كل مجال الظروف الاستثنائية وإنما تعلن المبدأ المتضمن السلطات الاستثنائية. وعليه فإن قرار رئيس الجمهورية بإعلان الحالة الاستثنائية هو من أعمال الحكومة، فلا يخضع لرقابة قضاء الإلغاء ولا ينظر مدى مشروعية الإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة 16³.

ب/ حالة الحصار:

تم تقنين الحصار بموجب قانون 9 أوت 1849 المعدل سنة 1916 و1944، وكذلك بموجب قانون 3 أفريل 1878 بموجب المادة 36 من دستور 1958: "لا تعلن حالة الحصار إلا في حالة خطر داهم ناتج عن حرب أجنبية أو ثورة مسلحة".

¹ نظرية الضرورة في القانون الدستوري، يحيى الجمل، ص 47.

² انظر: الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، مسعود شهبوب. بحث منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. معهد الحقوق الجزائر، عدد 1. 1998، ص 25.

³ انظر: نظرية الظروف الاستثنائية، أحمد مدحت، بلا مكان ولا سنة النشر، ص 57. ونظرية الضرورة في القانون الدستوري، يحيى الجمل، ص 128.

وحسب المادة 36 من الدستور الفرنسي فإن تقرير حالة الحصار يتم بمرسوم يتخذ في اجتماع مجلس الوزراء ومدتها 12 يوما، ولا تمدد هذه المدة إلا من قبل البرلمان¹.

ج/ حالة الطوارئ :

لقد قننت حالة الطوارئ بموجب قانون 3 أبريل 1955 المعدل لقانون 7 أوت 1955 وبأمر 15 جانفي 1960 ولم يكن هدف هذا التقنين إلغاء حالة الحصار وإنما إضافة تطبيق آخر من تطبيقات الحالة الاستثنائية².

وسبب إعلان هذه الحالة هو الخطر الداهم الناتج عن المساس الخطير بالنظام العام، أو عن أحداث تشكل بطبيعتها وبخطورتها نكبة عامة، وتقرر حالة الطوارئ بنفس طريقة حالة الحصار، أي بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء، وكذلك بالنسبة لمدتها (أي 12 يوما)³.

4. آثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية :

إن النتيجة الرئيسية لنظرية الظروف الاستثنائية هي اتساع صلاحيات الجهات المكلفة بتسيير الحالة الاستثنائية بشكل معتبر وغير مألوف في الظروف العادية.

فإن الكثير من الإجراءات التي لا يجوز للسلطة العمومية اتخاذها في الظروف العادية تصبح جائزة ومبررة في الظروف غير العادية. فتستطيع الخروج على قواعد الاختصاص، وتستطيع خرق قواعد الشكل، وقواعد الموضوع⁴..

و في حالة الحصار : مسؤولية حفظ النظام العام تستند إلى السلطات العسكرية بدل السلطات المدنية، ومحاکمات المساس بالأمن العام تستند إلى القضاء العسكري بدلا من القضاء الجزائي العادي.

كما أنها تمثل تقييدا على الحريات الأساسية، وذلك تغليبا للمصلحة العامة على المصالح الخاصة المحمية دستورا.

تحول حالة الحصار للسلطات العسكرية سلطات واسعة تمس أحيانا الحريات الفردية.

أما حالة الطوارئ : وإن كانت في تطبيقها أقل صرامة من حالة الحصار، إلا أنها تعطي للسلطات الإدارية (الولاية والمحاكم العسكرية) صلاحيات واسعة، وتحول لها سلطات إضافية، كما يحق لها تنفيذ قرارات إدارية بشكل تلقائي.

إضافة إلى التضييق على حريات الأفراد من خلال : الإقامة الجبرية، والرقابة على وسائل التعبير..

ثانيا : تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري :

تضمن دستور 1976 النص على ثلاثة تطبيقات للحالة الاستثنائية التي تتسع فيها سلطات الإدارة، ويتغير فيها مفهوم المشروعية من الحالة العادية إلى الحالة الاستثنائية، هذه الحالات هي :

¹ الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية. مسعود شهبوب، ص 27-28.

² انظر: محاضرات في المنازعات الإدارية أحمد محيو، د.م.ج الجزائر 1979. ص 421.

³ انظر: الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية. مسعود شهبوب، ص 28-29.

⁴ مثل بعض الاجراءات الصادرة عن الضبط الاداري وفيها مساس بالحريات الفردية.

- حالة السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، وتعلق بالحالة التي تكون فيها المؤسسات الدستورية والاستقلال الوطني والوحدة الوطنية مهددة بخطر داهم (المادة 120).
- حالة الحصار وحالة الطوارئ، وتعلقان بوجود ضرورة ملحة تتطلب اتخاذ إجراءات لازمة من أجل استتباب الوضع (المادة 119).
- وقد أعاد دستور 1989 تبني هذه الحالات (في المادة 86).
- واحتفظ التعديل الدستوري لسنة 1996 بنفس الحالات (المادتان 91-93).
- وكذلك أبقى التعديل الدستوري لسنة 2016 على نفس الحالات (المادتان 105-107).
- ولقد وجدت هذه الحالات تطبيقات تشريعية لها:
- أولاً: في أحداث 5 أكتوبر 1988، والخاصة بالاحتجاجات الشعبية التي أدت إلى تغيير النظام السياسي، وهناك أعلنت حالة الحصار.

ثم في أحداث جوان 1991 التي نتج عنها سقوط الحكومة وإعلان حالة الحصار ثم حالة الطوارئ¹.

أ/ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية :

- إعلان الحالة: وفقاً للمادة 107 من الدستور الجزائري المعدل في 2016 فإنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يعلن الحالة الاستثنائية، ويتخذ في ذلك كل الإجراءات الاستثنائية التي تتطلبها الحالة، كلما كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها، أو سلامة ترابها².
- الإجراءات: إن رئيس الجمهورية مقيد في إعلان هذه الحالة بجملة من الإجراءات الاستشارية، وهي أخذ رأي المجلس الدستوري ورئيسي غرفتي البرلمان والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، ويلاحظ أن الاستشارة هنا إلزامية من حيث مبدأ طلبها، ولكنها اختيارية من حيث الأخذ بنتيجتها.. لأن رئيس الجمهورية ملزم بطلب الرأي وليس ملزم بالتقيد بمضمونه.
- ويعطيه هذا صلاحية اتخاذ كل إجراء يراه ضروريا للحفاظ على الاستقلال الوطني والسلامة الترابية والمؤسسات الدستورية، وهو في كل هذا يمارس عملا من أعمال السيادة لا يخضع للرقابة، سواء من قبل المجلس الدستوري³ أو من قبل الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا.
- إنهاء الحالة: يتم إنهاء الحالة الاستثنائية بنفس إجراءات إعلانها، ويسري عليه نفس التمييز الخاص بالبداية والإجراءات. حيث يعتبر القرار في حد ذاته من أعمال السيادة ولكن مع ذلك يخضع للرقابة القضائية من حيث مدى احترامه للإجراءات، فحق رئيس الجمهورية في إنهاء الحالة حق سيادي لا يجوز الطعن فيه، ولكن عدم طلب رأي الهيئات الدستورية يعرض القرار لعيب الشكل والإجراءات وليس هناك ما يمنع من طلب إلغائه⁴.

¹ انظر: الحماية القضائية للحريات، شهبوب، ص 31-32 بتصرف.

² يقابل هذه المادة: المادة 16 من دستور فرنسا لسنة 1958.

³ راجع المادتان: 186-191 من دستور 2016.

⁴ الحماية القضائية الأساسية في الظروف الاستثنائية، شهبوب، ص 32-33-34 بتصرف.

ب/ حالة الحصار¹ :

- إعلان الحالة: تضمن المرسوم الرئاسي رقم 91.196 المؤرخ في 4 جوان 1991 تقرير حالة الحصار المعلنة في صيف 1991 ابتداء من 5 جوان 1991، فاعتبرها - حالة الحصار - حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات القانونية والتنظيمية بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة واستعادة النظام والسير العادي للمرافق العمومية².

- الإجراءات والاختصاصات : تم إعلان الحالة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري، ولم يحدد الدستور في المادة 91 مدة حالة الحصار أو الطوارئ، وإنما اكتفى بالنص على أنها تتقرر لمدة معينة ولا تتجدد إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

أما عن تسيير حالة الحصار والجهات المختصة في ذلك فقد نص المرسوم الرئاسي في المواد 8/7/6/5/4/3 على ما يلي :

- تتولى السلطة العسكرية صلاحية الشرطة، أي أن سلطة الضبط الإداري تتحول من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية، وكذلك تتولى المحاكم العسكرية سلطة الردع الجزائي، على أن هذا الاختصاص مقيد بشرطين هما :

- أن تكون الجرائم المرتكبة ماسة بأمن الدولة.
- أن تقرر السلطة إحالة هذه القضايا على المحاكم العسكرية.
- يجوز للسلطة اتخاذ كافة التدابير الكفيلة باستتباب الوضع، وعلى الخصوص يجوز للسلطة العسكرية أن تقوم بإجراءات الاعتقال الإداري والإقامة الجبرية ضد كل شخص راشد يتبين أن نشاطه خطير على النظام العام أو السير العادي للمرافق العمومية.
- يجوز لكل شخص الطعن في هذه القرارات أمام السلطة الإدارية المختصة وهي على الخصوص لجنة رعاية النظام العام المنشأة بموجب المادة 3 من المرسوم.
- ترأس هذه اللجنة السلطة العسكرية وتكون من الوالي ومحافظ الشرطة ورئيس القطاع العسكري وشخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة الوطنية.
- مهلة الطعن في قرارات الوضع بمراكز الأمن أو الإقامة الجبرية أو المنع من الإقامة هي 10 أيام من تاريخ تقريره من قبل المجلس الجهوي³.
- جواز قيام السلطة العسكرية بتفتيش المساكن والمخلات العامة والخاصة ليلا ونهارا، وأن تمنع إصدار المنشورات أو الاجتماعات والنداءات العمومية التي تمس بالأمن العام، وأن تأمر بتسليم الأسلحة والذخائر.
- للسلطة العسكرية صلاحية واسعة في مجال منع مرور الأشخاص والتجمعات وانشاء مناطق إقامة مقننة، والمنع من الإقامة ومنع الإضرابات..

¹ نص المشرع الدستوري على حالي الحصار والطوارئ في أن واحد وربطهما بحالة الضرورة الملحة.

² انظر الجريدة الرسمية، العدد 29 سنة 1991.

³ تنص المادة 7 على انشاء ثلاثة مجالس جهوية لحفظ النظام وهي الجزائر وقسنطينة ووهران.

- يجوز للحكومة أن تقوم بوقف أو حل المجالس المنتخبة إذا ما قامت هذه المجالس بإفشاء عمل السلطات العمومية أو عرقلته..¹

إنهاء الحالة : حددها المرسوم التشريعي بأربعة أشهر، ولكنه نص على جواز رفعها قبل هذا التاريخ بمجرد استتباب الوضع، ولرئيس الجمهورية السلطة التقديرية في تقرير ذلك.

وفي التطبيق العملي، فإن رئيس الجمهورية استشار المجلس الأعلى للأمن دون بقية الهيآت ورفع حالة الحصار ابتداء من 29 سبتمبر 1991.²

ج/ حالة الطوارئ :

حالة الطوارئ هي حالة أخف من حالة الحصار، وتشارك معها في الكثير من الأحكام، لذلك سنكتفي بعرض الخصوصيات المتعلقة بحالة الطوارئ ونحيل إلى الأحكام المشتركة مع حالة الحصار السابق بيانها.

- إعلان الحالة : سبق البيان أن الدستور لا يميز بين حالة الحصار و حالة الطوارئ ولم يحدد مبررات وشروط إعلان أي من الحالتين، مكتفياً بإشارة عامة إلى حالة الضرورة الملحة واستتباب الوضع، لهذا فالمرسوم رقم 92. 44 المؤرخ في 9 فيفري 1992 المتضمن اعلان حالة الطوارئ فإنه يعتمد على نفس المبررات التي أعلنها مرسوم حالة الحصار.³

- الإجراءات والاختصاصات : لا تختلف إجراءات إعلان حالة الطوارئ عن حالة الحصار، إذ يتم الإعلان عليها بموجب مرسوم رئاسي وبعد استشارة نفس الهيآت لكنها من حيث المدة تختلف عن الحصار ، فقد أعلنت الحالة لمدة طويلة هي 12 شهرا، إلا أنه يمكن رفعها قبل هذا التاريخ (المادة 01).
ومن الإجراءات الخاصة بهذه الحالة :

- أن السلطات المدنية هي التي تتولى تسيير الحالة الاستثنائية وليس السلطة العسكرية (المادة 4).
- يجوز وضع الأشخاص تحت الإقامة الجبرية أو في مراكز الأمن.. وتحديد أو منع المرور.. وكذلك يجوز تفتيش الأماكن ليلا أو نهارا وبصفة استثنائية..
- وللهيئة المستخدمة تعليق مرتبات الأشخاص الموضوعين في مركز الأمن..
- يجوز للسلطة الإدارية عن طريق قرار القيام بالغلاق المؤقت لقاعات العروض وأماكن الاجتماعات ومنع المظاهرات وإمكانية توقيف وحل المجالس المنتخبة..
- يمكن للسلطة المدنية أن تفوض للسلطة العسكرية صلاحيات قيادة عمليات إعادة النظام على المستوى المحلي..
- يجوز إحالة القضايا الخطيرة إلى المحاكم العسكرية..
- يجوز لوزير الداخلية أو من يفوضه اتخاذ قرار الوضع في مراكز الأمن، كما أن هذا القرار قابل للطعن⁴.
- إنهاء الحالة : نصت المادة الأولى على أن مدة حالة الطوارئ 12 شهرا على أنه يمكن رفعها قبل هذا التاريخ.

¹ انظر: الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية. مسعود شويب، ص35-36-37 بتصرف.

² انظر: الجريدة الرسمية العدد44 سنة 1991.

³ انظر: الجريدة الرسمية العدد10 سنة 1992.

⁴ انظر: الجريدة الرسمية العدد14 سنة 1992.

ثالثا: دور القاضي الإداري في حماية الحريات الأساسية خلال الظروف الاستثنائية:

من المبادئ المسلم بها: خضوع الدولة - حكاما ومحكومين على حد سواء- لأحكام القانون، وذلك بأن تتقيد السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية في جميع أعمالها بالقانون وبأحكامه، حيث يكفل مبدأ المشروعية حماية جديّة للأفراد في مواجهة الإدارة التي تملك من القدرات والسلطات ما قد يغريها بالاعتداء على حقوقهم وحرياتهم.. غير أنه مهما كانت القيمة النظرية لهذا المبدأ إلا أنه يبقى عديم القيمة من الناحية العلمية إلا إذا وجدت ضمانات حقيقية تكفل امتثال السلطات العامة¹ ووقوفها عند حدود المساس بالحريات الأساسية والحقوق الشخصية.

ولعل الضمان الأمثل يكون بتنظيم رقابة قضائية على نشاط السلطات العامة سواء كان هذا النشاط تشريعياً أم إدارياً، فهذه الرقابة القضائية تعد مبدأ متمماً ومكماً لمبدأ المشروعية لأنها تحقق ضماناً أكيدة للأفراد لمواجهة تعسف الإدارة في مساسها بالحريات الفردية تحت غطاء الظروف الاستثنائية.

لهذا نعتقد - على الأقل من الناحية النظرية أو الشكلية- أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تمنع من الرقابة القضائية على الأعمال المتخذة في نطاقها، ولكن مضمون هذه الرقابة يتقلص وينقص إلى أدنى حد، فهي تلعب دورها في مجال ضيق هدفه فحصر ما إذا كانت الشروط الواقعية تستجيب فعلاً للحالة الاستثنائية (أي مدى وجود حالة استثنائية) هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما إذا كانت الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة لا تتجاوز القدر اللازم لتجاوز الظروف الاستثنائية وأداء دور الحفاظ على النظام العام.

فهي وإن كان يُسمح لها -مثلاً- باتخاذ إجراءات تنظيمية هي في الأصل من اختصاص القانون لكنها تبقى مقيدة بضوابط أخرى، كمدى التناسب بين الإجراءات المتخذة والحالة الاستثنائية.

وهنا يأتي دور رقابة قاضي الإلغاء الذي يصرح عادة بإبطال القرارات التي تخرج عن هذه الحدود.

وكذلك رقابة التعويض التي تقضي بمسؤولية الدولة على الأعمال المتخذة في الظروف الاستثنائية والتي ألحقت ضرراً بأصحابها، وإقرار حقهم في التعويض على أساس الخطر الاستثنائي، أو الخطر الخاص كما هو الحال في أعمال الحروب، أو على أساس الإخلال بمبدأ المساواة كما هو الحال في عدم تنفيذ أحكام القضاء².

نخلص من هذا كله: أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لا يكون تطبيقاً يتماشى ومبدأ المشروعية وحافظاً للحريات الأساسية حتى يضبط بالشروط التالية:

1- قيام الظرف الاستثنائي:

ويتمثل هذا الظرف بوجود تهديد محظر موجه ضد الدولة، وهو أهم الشروط اللازمة لقيام هذه النظرية، وهذا الخطر الذي قد يكون داخلياً كالكوارث الطبيعية والاقتصادية، أو العصيان المسلح، والمظاهرات غير المسلحة، قد يكون أيضاً خارجياً كالحروب مثلاً. كما أن لبيان موضوع هذا الخطر (أو محله) أهمية بالغة في تحديد درجة شدته، ولهذا

¹ نظرية الظروف الاستثنائية، أحمد مدحت، ص 55.

² انظر: الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، شهبوب، ص 30-31 بتصرف. وللتوسع انظر: المسؤولية دون الخطأ في القانون الإداري للمؤلف نفسه. أطروحة دكتوراه بجامعة قسنطينة 1991. من ص 60 إلى 72 و من ص 283 إلى 297.

نصت المادة 107 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على أن الخطر المعترف في الحالة الاستثنائية هو ذلك الذي يهدد البلاد في مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

ويستقر الفقه على وجوب توافر وصفين في هذا الخطر، وهما الجسامة والحلول، وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الخطر يكون جسيماً إذا كان من غير الممكن دفعه بالوسائل القانونية العادية، فإذا أمكن دفعه بهذه الوسائل لا يعد جسيماً، أما بالنسبة لصفة الحلول فإن الخطر الحال يعني أن تبلغ الأحداث - أو الظروف - حداً تؤدي معه حالاً ومباشرةً إلى المساس بالمصلحة موضوع الحماية، ما يعني وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه ضد الدولة¹.

2 - استحالة مواجهة الظرف الاستثنائي بالطرق القانونية العادية :

مفاد هذا الشرط: أنه في حالة حدوث ظرف استثنائي وكانت هناك قواعد قانونية أو دستورية قادرة على مواجهة هذا الظرف فإنه ينبغي اللجوء إلى هذه القواعد، أما إذا لم تكن هناك نصوص قانونية قادرة على مواجهة هذا الظرف ففي هذه الحالة يجب اللجوء إلى نظام قانوني استثنائي لتفادي هذا الظرف، على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء الإداري.

وعلى هذا الأساس فإن التصرف أو الإجراء الصادر لمواجهة هذا الظرف الاستثنائي يجب أن يكون مما تقتضيه الضرورة القصوى وفي حدودها، أي أن الضرورة تقدر بقدرها، فإذا ما تجاوزت الإدارة لهذا القدر فإنها تعرض نفسها للمسائلة، وتكون قراراتها عرضة للطعن، إما القضاء بالإلغاء أو بالتعويض.

3- أن يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي تحقيق المصلحة العامة :

إن شرط المصلحة العامة هو شرط جوهري في كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة، سواء أكانت الظروف عادية أم استثنائية، وأن أي عمل تتخذه الإدارة يجب أن يقصد به تحقيق مصلحة عامة وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق أغراض شخصية، وأن الإدارة يجب أن تهدف إلى دفع هذه الظروف ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة وهذا هو الهدف الخاص، فإذا ما أخلت الإدارة واستعملت سلطتها الواسعة في أي هدف آخر من أهداف المصلحة العامة كان تصرفها مشوباً بانحراف السلطة².

خاتمة :

يخلص هذا البحث إلى النتائج العلمية التالية :

- تقوم نظرية الظروف الاستثنائية على أساس الضرورة الملحة التي تحلّ بالجمتمع، مما يدفع بالإدارة إلى استعمال وسائل قانونية غير عادية تتناسب والخطر الحال.
- توصف تصرفات الإدارة أثناء الظرف الاستثنائي بـ "الاستثنائية" والخارجة عن مبدأ المشروعية، فهي سلطات استثنائية لظروف استثنائية.
- يشترط الفقه لقيام الخطر المشكل للظرف الاستثنائي توافر شرطين أساسيين هما :
 - بلوغ الخطر درجة جسيمة يستحيل معها تطبيق الوسائل العادية.

¹ السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، وجدي ثابت غربال. ص 106.

² نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، أمير حسن جاسم. ص 6.

- وأن يكون حالاً، أي بلوغه درجة مؤدية بشكل مباشر إلى المساس بمصلحة الدولة.
- نصّ الدستور الجزائري - في كل تعديلاته - على ثلاثة تطبيقات للحالة الاستثنائية هي : (حالة السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، وحالة الحصار، وحالة الطوارئ).
- رغم أن تصرفات السلطات العسكرية والأمنية في حاليّ الحصار والطوارئ مبرر بالظروف الاستثنائية المنصوص عليها دستورياً إلا أن هذا لا يعفيها من الرقابة القضائية، ومنه الطعن في قراراتها خاصة تلك التي تمس بالحريات الأساسية للأفراد كحرية التعبير وحرية التنقل وحرمة المسكن..
- للقاضي الإداري دور هام في متابعة ومراقبة أعمال الإدارة عند استخدامها لصلاحياتها الاستثنائية.
- المقصد العام من تشريع الاجراءات الاستثنائية هو حفاظ الادارة على المصالح العامة للجماعة، وكل تعسف من طرفها في استخدام هذا الحق فهو سوء استعمال له وخروج عن المقصد المتوخى من تشريع الاستثناء.

• المصادر والمراجع :

- الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، د. سعيد عبد المنعم الحكيم. دار الفكر العربي القاهرة 1976 .
- الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، مسعود شيهوب. بحث منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. معهد الحقوق الجزائر، عدد 1. 1998.
- السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، وجدي ثابت غربال. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
- القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، صبيح بشير مسكوني. جامعة بنغازي 1974 .
- القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي، عبد القادر باينه. دار توبقال للنشر المغرب. 1985.
- القضاء الإداري، ماجد راغب الحلو. منشأة المعارف. الإسكندرية 1996.
- محاضرات في المنازعات الإدارية أحمد محيو، دم.ج الجزائر 1979.
- نظرية الضرورة في القانون الدستوري، يحيى الجمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة. أمير حسن جاسم. كلية القانون بجامعة تكريت.
- نظرية الظروف الاستثنائية، أحمد مدحت، بلا مكان ولا سنة نشر.
- النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، إحسان المرفجي بغداد، 1990.
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية (دستور 1976)
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية (دستور 1989)
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية (دستور 1996)
- انظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية (دستور 2016)

إعداد أطروحة جامعية: لماذا؟ وكيف؟



إعداد يونس مليح : باحث بسلك الدكتوراه

بجامعة محمد الخامس بالرباط كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

مقدمة :

يعتبر إعداد أطروحة الدكتوراه لحظة مهمة في المسار العلمي للباحث، فهي عمل بحثي يتوج به الباحث مرحلة دراساته العليا الجامعية، وتمكنه من الحصول على درجة علمية عليا. وهي في نفس الوقت بوابة تمكنه من مواصلة مشواره الأكاديمي والعلمي والمهني. فإعداد الأطروحة ليس من الأمور السهلة، لأن الباحث يعيش فيه لحظات تردد وتشتت للذهن والجهد، أولا، حول ما إذا كان اختياره للموضوع صائبا، وما إذا كان بالإمكان الاستفاضة على المستوى الشخصي، وما إذا كان بإمكانه تقديم إضافة في مجال البحث. وثانيا، حول ما إذا كان البحث مطروقا من قبل، وما إذا كانت هناك مراجع كافية لمباشرة هذا الموضوع، وهل بالإمكان مواجهة الصعوبات المنهجية والمعرفية التي يمكن أن تواجه الباحث.

ونظرا لأهمية الأطروحة في المسار العلمي والمشروع البحثي للطالب خصوصا والباحث عموما، لا كغاية في ذاتها، ولكن بالنظر إليها من مستويين إثنين؛ الأول، فهي عبارة عن تصديق علمي على العمل البحثي للباحث ومدى استجابته للشروط المنهجية والعلمية المطلوبة لنيل درجة علمية معينة من طرف لجنة مؤهلة لذلك، والثاني، كونها وثيقة بحثية تمثل أبحاث ونتائج الأبحاث التي قام بها الباحث في موضوع محدد وتخصص معين، كعمل علمي، يندرج في إطار المعرفة العلمية، ويستجيب لشروطها وضوابطها المتعارف عليها في الأوساط العلمية والأكاديمية.

ولأن الأطروحة في جميع التخصصات العلمية، وخصوصا في مجال الدراسات القانونية، تبقى لها خصوصيتها على مستوى المنهج، المنهجية، الموضوع، والمضمون. ونظرا للنقص الذي تعانيه الجامعة المغربية في هذا الجانب، وخصوصا في كليات الحقوق،

فإن طلبتها المقبلين على إعداد أطروحاتهم يواجهون العديد من المشاكل، سواء على مستوى اختيار الموضوع، وطرح الإشكالية وصياغتها، أو فيما يتعلق بتحديد المنهج ووضع التصميم المناسب، أو فيما يخص تنظيم جوانب الشكل والمضمون خلال كل مراحل تحرير البحث، من مقدمته إلى خاتمته.

وانطلاقاً من ذلك، نجد أن الأمر يستدعي منا تناول هذا الموضوع، ومحاولة تجميع عناصره، وذلك بالإجابة عن سؤالين مهمين، تعتبر الإجابة عنهما، بالنسبة للباحث، خطوة أساسية في مواصلة بحثه، وهما: أولاً؛ لماذا تريد إعداد أطروحة في تخصص وموضوع معين؟ وثانياً؛ كيف ستعد هذه الأطروحة؟. ومعنى ذلك أن الباحث يجب أن يجيب على سؤالين يتعلقان على التوالي بالجانب الذاتي والموضوعي للباحث، واستعداده النفسي والعلمي والمادي لمباشرة هذا المشروع العلمي، والسير به إلى نهايته. لكن قبل الإجابة عن سؤالي لماذا وكيف؟ لابد من تحديد ما هي الأطروحة؟.

أولاً. ما هي الأطروحة الجامعية ؟ :

تفيد الأطروحة في اللغة تأليف قضية علمية أو أدبية أو غيرها يراد إثباتها في مجادلة توصلنا إلى نيل شهادة عليا¹. ومصطلح الأطروحة Thesis يأتي في اليونانية بمعنى: "شيء ما تضع عليه"، ومعنى "الدراسة" Study؛ حيث يشير المعنى إلى مقترح فكري Proposition intellectuel. ويطلق عليها اسم الرسالة العلمية، وهي الوثيقة التي تمثل أبحاث ونتائج الأبحاث التي قام بها الباحث وقدمها إلى جهة أكاديمية لكي تدعم ترشحة للحصول على درجة علمية أو شهادة متخصصة مثل الإجازة أو الماستر أو الدكتوراه، وتسمى حينها Dissertation في بعض الظروف. وتطلق الأطروحة عادة على الدكتوراه.

وتشير لفظة الأطروحة بشكل دقيق إلى ما يطرح للبحث لأول مرة، ولم يكن متداولاً من قبل لدى المجتمعات العلمية أو العامة؛ فالأطروحة مسألة جديدة تماماً، يتم عرضها للتناول العلمي، كدعوة لتدقيق النظر والبحث التجريبي، بمعنى أن الأطروحة إضافة جديدة تماماً تكون نتيجتها الاكتشاف لما لم يكن معروفاً من قبل. "فالجديد الذي تضيفه الأطروحة يجب أن يكون أوضح وأقوى؛ فهي بين إبراز فكرة وشرحها وتنظيمها، أو التعمق برأي والتطور به وتفريعه، ويكون ذلك موضوعاً في مستوى عال يتناسب مع الدرجة العلمية التي ستمنح للطالب"².

فالأطروحة بالمعنى السابق تندرج في إطار البحث العلمي، وهي بذلك عبارة عن بحث³ علمي⁴؛ أي أنها عملية فكرية منظمة، ودراسة علمية دقيقة، يقوم بها الباحث لظاهرة معينة باستخدام منهج علمي وموضوعي، وتخطيط محكم بغية الوصول

¹ - الأطروحة: طرح طرحاً عليه المسألة: عرضها. طارح مطارحة الكلام أو الشعر أو الغناء: ناظره وجاوبه فيه. تطارح القوم الكلام أو الغناء: صرح بعضهم بعضها. الأطروحة: المسألة تطرحها: تأليف في قضية علمية أو أدبية أو غيرها يراد إثباتها في مجادلة توصلنا إلى نيل شهادة عليا. المنجد في اللغة والأعلام، مطبعة دار المشرق، بيروت، الطبعة السادسة والأربعون، 2014، ص 463.

² - أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، دراسة منهجية كتابة البحوث وإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، الطبعة الثالثة عشر، 1989، ص 18.

³ - بحث: بحث (1) بحثاً في الأرض: حفرها، ومنه المثل "كالباحث عن حثفه بظلفه". البحث جمع أبحاث (مصدر): طلب الشيء تحت التراب. المعدن يبحث فيه عن الذهب ونحوه. البحث، مكان البحث. و"مباحث البقر": المكان الجهول أو القفر. بحث(2) طلبه وبحث عنه: فتش. بحثت وابتحث واستبحث عنه: فتش. البحث جمع أبحاث (مصدر): التفتيش والتحقيق. البحوث: الكثير البحث. المبحثة: البحث والتدقيق. والبحث: السرُّ. المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص 27.

⁴ - العلم، مصدر علم، علم علماً الرجل: حصلت له حقيقة العلم. وعلم الشيء: عرفه وتيقنه. وعلم الشيء وبه: شعر به إدراكه. وعلم الأمر: اتقنه. والعلم جمع علوم: ادراك الشيء بحقيقته. العلم: اليقين والمعرفة. = = =

إلى حقائق يمكن الاستفادة منها والتحقق من صحتها أو بهدف تقديم إجابات على تساؤلات أو حلول للمشكلات التي تواجه البشرية¹؛ أي أنه لتكون الأطروحة علمية لا بد أن تحضر فيها عدة خصائص أهمها:

■ أن تقوم على الدقة والتحديد؛

■ أن تستند في نتائجها إلى أدلة وبراهين؛

■ أن تلتزم بالتنظيم والترتيب؛

■ أن تنطوي على التحديد والإضافة.

وتعد الأطروحة تسمية أكاديمية مثلها مثل الرسالة، وهي بذلك بحث يقدم للحصول على درجة الدكتوراه، وتهدف إلى ابتكار شيء جديد أو إعادة صياغة لموضوع سابق باعتماد أفكار جديدة في البحث². والأطروحة كالرسالة تقدم أمام لجنة من الأساتذة المختصين في موضوع الباحث.

وتختلف الأطروحة عن الرسالة³ Mémoire في كونها تمكن الباحث من الغوص بشكل معمق في ميدان البحث العلمي، وتستهدف الوصول إلى نتائج لم يتوصل إليها أحد من قبل. فهي بمثابة إضافة علمية يعتد بها في المجال الذي تبحث فيه⁴. بينما الرسالة عبارة عن بحث في تخصص معين، يقوم فيه الباحث بتجميع المادة العلمية من المصادر المختلفة، متبعا في ذلك إجراءات وقواعد البحث العلمي، ويكون الهدف منها إكساب الطالب خبرة كافية في معرفة خطوات البحث وإجراءاته، دون أن يطلب منه إضافة جديدة للمعرفة في مجال التخصص والموضوع الذي اختار البحث فيه.

ثانيا. لماذا تعد أطروحة جامعية؟ :

إن سؤال لماذا إعداد الأطروحة؟ هو سؤال يتعلق بالباحث، والدوافع والأسباب والأهداف الذاتية، التي جعلته يختار إعداد أطروحة في تخصص علمي محدد. فاستحضار هذه المعطيات يبقى حاسما في تحديد علاقة الباحث بموضوع أطروحته، ومدى توفر الشروط العلمية والأخلاقية فيه للخوض في موضوع الأطروحة بجدية وموضوعية. فمن هو الباحث المقبل على إعداد الأطروحة؟ وما هي الشروط المفترض توفرها فيه؟ ولماذا يعد الأطروحة؟

يمكن القول أن الباحث أو الباحث العلمي المقبل على إعداد أطروحة في مجال العلوم القانونية، هو شخص ينتمي إلى طلبة كليات العلوم القانونية، وهو الحلقة الأولى والأساسية في عملية الإعداد للأطروحة كعملية بحثية، علمية ومنظمة. تبدأ أولا من عقل الباحث ثم تنتقل إلى خارجه. فالباحث إذا لم يكن متوفرا على عقلية متفتحة وموضوعية، وإن لم يكن مهيبا نفسيا

== أما اصطلاحا فهو " ذلك الفرع من فروع الدراسة الذي يرتبط بالمعرفة المنظمة تنظيما دقيقا بما يسمح باكتشاف العديد من الحقائق والمبادئ والقواعد ثم الربط بينها ربطا محكما، وذلك بالأسلوب والمنهج العلمي توصلا للعديد من القوانين التي تحكمها".

- المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص ص 526-527.

- زين بدر فراج، أصول البحث القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 14.

¹ - وفق السيد إمام، البحث العلمي، إعداد مشروع البحث وكتابة التقرير النهائي، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011، ص 4.

² - إبراهيم أبراش، المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية، مطبعة دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 215.

³ - الرسالة، جمع رسائل ورسالات: الإسم أرسل. الرسالة: الصحيفة التي يكتب فيها الكلام المرسل. - المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص 259.

⁴ - وفق السيد إمام، نفس المرجع، ص ص 8-9.

واجتماعيا لتقبل الحقيقة فلن يصبح باحثا علميا ولن ينتج بحثا علميا¹. فليس كل شخص مؤهل لأن يعد أطروحة جامعية، وليست كل أطروحة بالضرورة بحثا علميا. فإعداد الأطروحة يتطلب أن يتوفر الباحث على شروط ومواصفات.

إن الباحث الذي يعد أطروحة يجب أن يكون قادرا على التعمق في الفهم والتحليل والمناقشة والمقارنة والتركيب والاستنتاج، وهي قدرات ذهنية يراكمها الباحث خلال مساره العلمي والتكويني. لكن القدرات العقلية لا تكفي وحدها، بل لابد من تحلي هذا الباحث بصفات أخلاقية، كالصبر والموضوعية، بحيث يتجرد من كل ميل أو عاطفة، لأن البحث العلمي يقتضي الأمانة العلمية، والتجرد من كل انتماء مذهبي أو طبقي أو عرقي قد يوجه الباحث ويحد من ضمان حياده العلمي².

ولذلك، يتعين على الباحث اختيار موضع أطروحته بإرادة حرة ونزيهة دون ضغط أو توجيه، لأن الرغبة النفسية الذاتية لدى الباحث تعتبر عاملا أساسيا للتعاطي الجيد مع الأطروحة مستقبلا، فيكون الباحث أكثر استعدادا وحماسا للسير قدما في إعداد أطروحته، وإقامة ذلك الاندماج العاطفي والتجاوب معها، الأمر الذي يعد شرطا من شروط نجاح الباحث في إعداد أطروحته.

وتتدخل عوامل أخرى في تحديد اختيار الباحث للأطروحة؛ كقدراته الاقتصادية ومصادر تمويل أطروحته، وما إذا كان يمتلك لغات أخرى تسهل عليه عملية المقارنة والاستعانة بالمراجع والدراسات الأجنبية ذات الصلة بموضوع أطروحته، بالإضافة إلى توفره على مهارة التعامل مع البحث الرقمي. دون أن ننسى أن عليه كباحث التحلي طيلة مراحل إعداد أطروحته بالتواضع، وألا يعتقد أنه يعلم ما لا يعلمه الآخرون، وأن يتخلص من الوثوقية العمياء، فلا يقبل أي رأي على أنه حقيقة مسلم بها دون نقد أو نقاش.

ثالثا. كيف تعد أطروحة جامعية ؟ :

يفيد سؤال كيف في البحث عن الطريقة، ويفهم منه وجود طريقة أو وصفة جاهزة لإنجاز هذا النوع من البحوث العلمية، وهو الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول ما إذا كان هناك طريقة واحدة يمكن اعتمادها من طرف الباحث لإعداد أطروحته في أي تخصص علمي، وبغض النظر عن خصوصية موضوعه ومعيار حقيقة نتائجه وصلاحيته العلمية، إن سؤال كيف، يظهر للوهلة الأولى أنه ذو طبيعة موضوعية، لتعلقه بمنهجية محددة ومضبوطة، ولإتباعه لمنهج علمي مضبوط.

إن الإجابة عن سؤال كيف يتم إعداد الأطروحة، تنطلق أولا، من تحديد موضوع البحث، ومجال تخصصه، وإشكاليته، ومجالات تقاطعه مع حقول معرفية أخرى. وتقوم ثانيا، على اتباع منهج معين، ووضع خطة للبحث، واعتماد أدوات وتقنيات للبحث، تمكن الباحث من التحكم في سير وتقديم أطروحته، وتؤثر في طبيعة وجوده نتائجها، وتحدد صلاحيتها العلمية. فتخطيط مراحل الأطروحة جزء جوهري من عملية البحث في موضوعها.

وتستحضر الإجابة عن السؤال السابق طريقة البحث أو ما يسمى بالمنهجية Methodology، وهي مصطلح أعم من المنهج³ Method، وتهدف إلى تصنيف وتحليل مناهج البحث المعتمدة، وتلقي الضوء على مصادرها وإمكاناتها وحدودها، وتوضح ما تبني عليه من مسلمات وافتراضات، وتبين تبعات وتوقعات المنهج، إنها بكل اختصار توضح الإمكانيات

¹ - عبد القادر السيخلي، قواعد البحث القانوني، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2015، ص 24.

² - إبراهيم أبراش، نفس المرجع، ص 87.

³ - المنهج: من الفعل نهج، وهو يعني سلك وسار واتبع، ومنهج اسم مكان لفعل نهج ويعني الطريق والسبيل، والكلمة في الفرنسية Method تعني طريقة، أو نظاما، وأصلها يوناني استعملها اليونانيون القدامى بمعنى البحث والمعرفة.

التي يتيحها المنهج للباحث¹، الأمر الذي سنتطرق له بالتفصيل في المحور الرابع. وبالتالي بإعداد أطروحة جامعية لا يتوقف فقط على اختيار منهج البحث، بل يمر أولاً من تحديد الموضوع، واختيار إشكاليته، وتحديد فرضياته، وتصميم عناصره، فتحليل وتركيب مضامينه، ثم استنتاج نتائجه، وتعميمها.

ويمكن القول إن الأطروحة الجامعية هي عملية بناء منهجي، يتبع خطوات وعمليات محددة، يمكن تقسيمها إلى عمليتين أساسيتين ومتلازمتين وهما: عملية التأسيس وعملية التركيب. حيث تنصرف العملية الأولى إلى المرحلة السابقة على كتابة الأطروحة، بينما تنصرف الثانية إلى بناء البحث وكتابته وفق التقنيات والشروط المتعارف عليها، ووفق مناهج البحث العلمي².

تقوم عملية إعداد الأطروحة الجامعية على أساس التنظيم المنطقي لخطوات البحث العملية من أجل الوصول إلى الهدف المنشود³. وتبدأ هذه العملية بتحديد موضوع الأطروحة وإشكاليته، فالخطوة الأولى التي تواجه الباحث هي تحديد موضوع بحثه؛ أي اختيار الباحث للمجال المعرفي الذي سيشغل فيه، أو التخصص الذي يهمله، فهذا التحديد هو الذي يسهل على الباحث تجميع المادة العلمية، بالإضافة لتحديد الإشكالية التي ستكون موضوعاً لأطروحته. وهذا التحديد يخضع لمحددات ومعطيات موضوعية وشكلية تختلف حسب وضعية الباحث الاجتماعية والاقتصادية، واستعداداته النفسية، وقدراته المعرفية، ومهاراته المنهجية.

إلى جانب ذلك، هناك نقطة ذات أهمية بالغة، وهي جمع المعلومات وإعادة صياغتها بطريقة نقدية، لأنه يجب علينا كلما ظننا أننا وجدنا حلاً لمشكل ما محاولة الإحاطة بهذا الحل عوضاً عن الدفاع عنه. لكن كثيراً منا لا يعملون مع الأسف وفق هذه القاعدة، ومن حسن الحظ أن هناك من هو مستعد لمزاولة النقد عندما لا نقوم به بأنفسنا، ومع ذلك فلن يكون النقد مثمراً إلا إذا صغنا المشكل الذي يعترضنا بوضوح على قدر الإمكان ووضعنا حلنا له في شكله النهائي بقدر الإمكان، أي تحديداً في شكل يمكن من مناقشته على نحو نقدي⁴.

1- خطوات إعداد الأطروحة :

كأي بحث علمي، وجب أن يتبع مجموعة من الخطوات مهما كان المنهج الذي يتبعه الباحث، ويكون هذا باختيار موضوع البحث أولاً، ثم بتحديد مشكلة البحث ثانياً، ثم جمع البيانات والمعلومات الضرورية المحيطة بمشكلة الموضوع، وبعدها يتم اقتراح مجموعة من الفرضيات الاحتمالية، يتم اختبارها بعد ذلك من أجل التوصل إلى نتائج ينطلق منها الباحث لتقديم حلول يقترحها من أجل المعضلة التي هو بصدد فك خيوطها، كما سيتم تفصيلها فيما يلي :

¹ - إبراهيم أبراش، مرجع سابق، ص 66.

² - إدريس الفاخوري، مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الثالثة، 2010، ص 63.

³ - إبراهيم أبراش، نفس المرجع، ص 218.

⁴ - كارل بوبر، منطق البحث العلمي، المنظمة العربية للترجمة، الطبعة الأولى، بيروت، فبراير 2006، ص 36.

- **تحديد واختيار موضوع البحث** : تعتبر عملية تحديد الموضوع من أهم مراحل البحث الصعبة، حيث تبدأ منذ بروز فكرة التحقق، إذ تشكل حاملا أساسيا بالنسبة للمراحل الموالية في مسلسل البحث¹. وهناك قواعد أربعة لاختيار الموضوع وهي² :

- 1- أن يدخل الموضوع في دائرة اهتمام الدارس؛
- 2- أن تكون مصادر البحث متاحة، أي أن يستطيع الدارس العثور عليها؛
- 3- أن تكون المصادر التي يستند إليها الباحث سهلة الاستخدام، أي في دائرة القدرات الثقافية للطالب؛
- 4- أن يكون الإطار المنهجي للبحث في متناول يد الطالب وفي إطار خبرته.

ويقصد كذلك بموضوع البحث، المجال المعرفي الذي يختاره الباحث والذي يشكل بالنسبة له أرضية صالحة لإثارة الإشكاليات والجواب عنها، ويتضح بأن سلوك اختيار موضوع البحث، يعتمد على رغبة واهتمام الباحث من خلال تكوينه ومن خلال علاقاته بمحيطه ومعطيات الواقع، أي أن عملية تحديد الموضوع والغرض منه تقوم على عامل الأفكار المسبقة التي شكلها أو يشكلها الباحث حول ما يريد القيام به، وفي هذا السياق لا بد من التوضيح إلى أن الأفكار المسبقة تختلف عن الأحكام المسبقة، إذ المقصود بالأولى مجموع ما تمت مراكمته من معطيات ومعلومات حول الظاهرة المدروسة، بينما الأحكام المسبقة تعني ما يتم تبنيه أو صياغته إزاء فرد أو مجموعة دون إجراء تمارين تمهد لذلك، كما أن خاصية الحكم المسبق تكمن في كونه يركز على معطيات غير مؤسسة، عامة وغير أصيلة منسوبة إلى مجموعة بشرية، وقد اعتبر فرانسيس بيكون الأحكام المسبقة والفهم المسبق بمثابة أوهام أو أصنام العقل³.

والطريقة العملية في التوصل إلى اختيار بحث مناسب أن يتخير الباحث مجموعة من المصادر والكتب في حقل التخصص متنوعة بين قديم وحديث، تمثل مدارس فكرية متنوعة، ومناهج علمية مختلفة يعكف على تأملها ودراسة موضوعاتها بتأن وروية، ولن تخونه هذه الدراسة في اكتشاف عدد من البحوث والموضوعات التي تحتاج إلى زيادة في الدراسة والبحث، وسيجد بعد ذلك أمامه قائمة طويلة وعناوين كثيرة، يلقي بعد ذلك عليها نظرة فحص واختبار، ليقع اختياره على أحدها مما يتوقع فيه مجالا واسعا للبحث والكتابة⁴.

- **تحديد مشكلة البحث** : من المعروف أن العديد من البحوث والدراسات العلمية تفشل بشكل كبير، وذلك لإخفاقها في تحديد مشكلة البحث تحديدا واضحا يتم من خلاله التعرف على الأسباب التي أدت للمشكلة من جهة، والأبعاد المكونة للمشكلة نفسها من جهة أخرى⁵. إن الشعور بالمشكلة وتحديدها من طرف الباحث ستوجهه بدقة نحو الحل، أما إذا كانت غامضة فإن الباحث سيصرف وقتا طويلا في جمع المعلومات والحقائق بطريقة عشوائية، الأمر الذي سيجعله يشعر بعد جمعها أنها ليست ضرورية بالنسبة له.

- **طرح الفرضيات** : تعتبر الفرضيات إجابات مسبقة عن أسئلة يتم طرحها، تنطلق من مشكلة البحث وهي احتمالية تقبل الصحة والخطأ، كما تعتبر القاعدة التي يترتب عنها مخرجات الدراسة وما يلي مقدمة البحث من إطار نظري وتطبيقي،

¹ -Madeleine Grawitz, Méthodes des sciences sociales, jurisprudence générale, Dalloz, 11^{éd}, 2001, p 382.

² - أومبرتو إيكو، كيف تعد رسالة دكتوراه (تقنيات وطرائق البحث والدراسة والكتابة)، ترجمة علي منوفي للمجلس الأعلى للثقافة بالقاهرة، مطبعة (Gedisa) (editorial)، الطبعة التاسعة عشرة 1992، برشلونة، إسبانيا، ص 20.

³ - محمد الغالي، المختصر في أسس ومناهج البحث في العلوم الاجتماعية، سلسلة أبحاث وأعمال جامعية، الطبعة الأولى، ماي 2005، ص 54.

⁴ - عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، وزارة الإعلام، دمشق، سلسلة منهجية البحث العلمي 3، الطبعة الثانية 2004، ص 29.

⁵ - عبيدات محمد وآخرون، منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، الجامعة الأردنية، 1999، ص ص 51-52.

بالإضافة إلى النتائج والاقتراحات. ويقوم الباحث في هذه المرحلة بصياغة مجموعة من الفروض الاحتمالية لعلاج أسباب المشكلة وبواعثها، وهي عبارة عن حلول مقترحة لمعالجة هذه الأسباب والتغلب عليها أو للحد من تأثيرها، وتحديدًا تامًا أو مرحليًا وفقًا لما يستهدفه الباحث من البحث. وتنشأ هذه الفروض أو الحلول المقترحة نتيجة لما يستشفه الباحث من تفاعل أسباب المشكلة مع ظواهرها المصاحبة لها وكيفية التأثير على هذه الأسباب أو المسببات حتى تختفي المظاهر والأعراض¹.

- **جمع البيانات والمعلومات حول المشكلة :** في هذه المرحلة يقوم الباحث بجمع البيانات والمعلومات المتاحة عن المشكلة أو جانبها الذي سيقوم ببحثه وعناصرها وأسبابها، وظواهرها من خلال المصادر التي يمكن الوصول إليها². وتجدر الإشارة إلى أن هذه المرحلة يتم على أساسها إثراء البحث بالمعلومات الضرورية التي تزيد من قيمته العلمية. لذا وجب على الباحث أن ينتقي أفضل المراجع من حيث المصدقية الأكاديمية لمؤلفيها، مع الحرص على الحصول على أمهات الكتب بلغاتها الأصلية، لأن هذا سيكون في صالح جودة البحث، خصوصًا إذا كان الباحث يتقن أكثر من لغة أجنبية. فلا يوجد شيء أحسن من قراءة الأفكار باللغات الأصلية عكس قراءتها بلغات مترجمة. ويتنوع مصدر المعلومات تبعًا لتنوع مادة البحث، ويمكن تقسيمه إلى مصادر أساسية ومصادر ثانوية، فالمصادر الأساسية هي تلك المصادر الداخلية ذات العلاقة المباشرة بالظاهرة، ويلجأ الباحث لها في حال عدم توفر المعلومات حول الظاهرة المدروسة انطلاقًا من المصادر الثانوية، ويتم جمع المعلومات إما عن طريق الاستبيان أو المقابلة أو الملاحظة. أما المصادر الثانوية فهي تلك المصادر الخارجية التي ليست في علاقة مباشرة مع الظاهرة المدروسة، وتكون المعلومات لديها مجمعة وجاهزة، كدوائر الإحصاء، تقارير الهيئات الحكومية ذات الصلة، المجالات العلمية المحكمة، الكتب، البحوث الجامعية ومواقع الإنترنت، هذه الأخيرة على الباحث أن يدرك أن هذه المواقع الإلكترونية لا تخضع للرقابة العلمية للتأكد من المعلومات التي تنشر فيها، لذا يجب على الباحث عدم الرجوع في بحثه إلا لتلك المواقع المعروفة الجهة والموثوق بها.

- **التفسير:** تعتبر مرحلة التفسير من أهم مراحل البحث العلمي، إذ تتمثل في ترجمة المرحلة التصورية إلى عمل فعلي وواقعي، وهي مرحلة إجرائية مرتبطة بأدوات التفسير، والتي لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال المعرفة بالمنهج المتداول، واللجوء في عملية التفسير إلى المنهج يكمن في محاولة الباحث التحقق من الفرضيات، أي تحديد جواب المشكلة الرئيسية للبحث بشكل أدق. فالمنهج هو أساس البحث، إذ بدونها يصبح العلم مجرد مجموعة من المعارف و كام من المعلومات الفاقدة للمعنى، ونذكر بأن المنهج تختلف باختلاف المواضيع، ولكل منهج وظيفة وخصائص يستخدمها كل باحث في ميدان اختصاصه، والمنهج كيفما كان نوعه، يمثل الطريقة التي يسلكها الباحث للوصول إلى نتيجة معينة³. كما يعرف المنهج على أنه الطريق الأقصر والأسلم للوصول إلى الهدف المنشود، كما عرّف أنه: "فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة، إما من أجل الكشف عن الحقيقة حين نكون جاهلين بها، إما من أجل البرهنة عليها للآخرين حين نكون عارفين بها"⁴ أو أنه: "الطريق المؤدي إلى الكشف عن الحقيقة في العلوم، بواسطة طائفة من القواعد العامة، التي تهيمن على سير العقل، وتحدد عملياته، حتى يصل إلى نتيجة معلومة"⁵. فتقدم العلم وتأخره مرتخن بمسألة المنهج، يدور معها وجوداً وعدمًا، ولذا يمكن أن يقال: إن المنهج

¹ - محمد عبد الغني العوض ومحسن أحمد الخضير، الأسس العلمية لكتابة رسائل الماجستير والدكتوراه، مكتبة الأنجلوا المصرية، القاهرة، مصر، 1992، ص 21.

² - محمد عبد الغاني العوض ومحسن أحمد الخضير، الأسس العلمية لكتابة رسائل الماجستير والدكتوراه، مكتبة الأنجلوا المصرية، مصر، 1992، ص 15.

³ - أمين ساعاتي، تبسيط كتابة البحث العلمي، المركز السعودي للدراسات الجديدة، جدة، السعودية، 1991، ص 45.

⁴ - عبد الرحمان بدوي، مناهج البحث العلمي، وكالات المطبوعات، الكويت، 1977، ص 4.

⁵ - محمد الصاوي محمد مبارك، البحث العلمي أسسه وطريقة كتابته، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1992، ص 19.

يُحفظ للعلم نظامه واتساقه، كما إنه يضبط العقل البشري، والأعمال الذهنية بقواعد ثابتة، بحيث تعينه على الوصول إلى الحقيقة فيما يبحثه من موضوعات¹.

إن معرفة الواقع هو بمثابة النور الذي يسقط دائما ضلالا حواليا، ثم إن هذه المعرفة لا تكون دائما مباشرة ودسمة، فكشوف الواقع تكون دائما استردادية لأن الواقع ليس دائما هو ما نعتقد بل ما ينبغي إدراكه². لذلك، توجد أفكار لا تتكرر وهي الأفكار التي جرى تصحيحها، وتوسيعها وإكمالها، إنها لا ترجع إلى حلققتها الضيقة المتداعية وفي الواقع أن روح العلم هو أساسا تصحيح المعرفة، وتوسيع نطاقها، إنه يتحكم في ماضيه التاريخي ويحكم. نحن نعتبر الحقيقة تدور حول كل حياة العلم الذهنية، جدليا (ديالكتيا)، فجوهه هذا الاعتبار أن تأملنا هو أن نفهم أننا لم نفهم، فالأفكار التي ليست أفكار "باكون"، ولا أفكار "إقليدس"، ولا أفكار "ديكارت"، تتلخص في هذه الجدليات (الديالكتيكات) التي يعرضها تصحيح خطأ، أو توسيع منهج، أو تكميل فكرة³.

ويمكن اعتبار المنهج بالضرورة، أسلوبا في التفكير، وخطوات علمية منظمة تهدف إلى حل مشكلة أو معالجة أمر من الأمور. وهو برنامج عمل في البحث العلمي، وفي نقل النظري إلى التطبيق، وفي التخطيط للمستقبل وفق نظرة بصيرة. فلا بد -إذن- من طرح إشكالية المنهج. وإشكال المنهج، بعمومه، إشكال واسع الأبعاد، والطريق إلى تحديد (المنهج) في شتى أمورنا المعاصرة، طريق طويل نقتطعه، وقد يقطعنا الزمان إن لم نقطعه، لنصل في النهاية إلى منهج واضح يرشد خطواتنا وينظم فكرنا ويجعلنا - على نحو مثمر - نستبصر الواقع ونستشرف المستقبل⁴.

لذلك تطرح أسئلة هامة في هذا الإطار من أجل التعرف على المناهج في العلوم الاجتماعية، وهي ماهية وأنواع المناهج النظرية المعتمدة على مستوى البحوث في العلوم الاجتماعية؟ وما هو الفرق بينها؟، وأين تتجلى نقط ضعف وقوة كل منهج على حدة؟، زيادة على المخاطر المطروحة والفرص التي يضمنها كل منهج.

1- المناهج التعااقبية والنسقية :

*المنهج الوراثي : يعتمد التحليل الوراثي أو التعااقبي، على فكرة البحث في أصل نشوء الحالات المدروسة، إذ يركز التفسير على الرجوع إلى السوابق وإلى التعاقب الزمني وذلك بهدف تحليل الوضعيات المستجدة⁵. ويمكن إجمال أهم نقط قوة هذا المنهج، في كونه يبحث في أصل نشوء الحالات المدروسة، بهدف تحليل الوضعيات المستجدة، باعتبار أن حاضر الظاهرة لا ينفصل عن ماضيها، بالإضافة إلى أن تفسير تكوين المعرفة من منطلق التفاعل بين الذات والمحيط، أي العلاقة التبادلية بين الذات العارفة، وموضوع المعرفة، وهذه النقطة بالذات يمكن اعتبارها سيف ذو حدين، أي أنه يمكن اعتبارها بالمعنى الإيجابي إذا ما حصل تفاعل بين الذات والموضوع، في اتجاه تحصيل المعرفة أو الوصول إلى الحقيقة المعرفية المتبغاة، ويمكن اعتبارها بالمعنى السلبي، إذا ما حصل انسياق الذات أو خضوعها للموضوع.

من ناحية أخرى، فإن نقط ضعف المنهج تتمثل في كون أن نظريات المعرفة التقليدية، لم تنظر إلى المعرفة العلمية كمسلسل وعملية تطور، بالإضافة إلى اعتماده في كثير من الأحيان على المواقف السيكلوجية وليس على عملية التجريب،

¹ - يوسف بن محمد السعيد، مناهج البحث في العقيدة، مجلة الدراسات العربية، كلية دارالعلوم بجامعة المنيا بمصر، العدد السابع، 2002، ص 273.

² - غاستون باشلار، تكوين الروح العلمية، الفصل الأول عن كتاب الفلسفة التونسية ج1، سنة 1977، ص ص 343، 344.

³ - غاستون باشلار، الفكر العلمي الجديد، المطبوعات الجامعية الفرنسية.

⁴ - يوسف زيدان، قضايا العلوم الإنسانية- إشكالية المنهج- منشورات وزارة الثقافة المصرية، سلسلة الفلسفة والعلم (1)، ص 7.

⁵ - piènète rongère : méthodes des sciences sociales , 2^{ème} éd, jurisprudence générale, Dalloz 1979 p 46.

التي تعتبر أساس أي معرفة علمية. فالمنهج الوراثي يبسط أمام الباحث مجموعة من المخاطر التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، لاسيما التركيز على دراسة الظاهرة في عمقها التاريخي، وإهمال الوضعية الحالية التي تهمنا في التقرير، أي إيجاد تفسيرات للظاهرة وأبعادها حاليا، إضافة إلى العلاقة التبادلية بين الذات والموضوع كما سبق الإشارة إليها.

***المنهج التاريخي:** يعني المنهج التاريخي يجمع الحقائق والمعلومات، من خلال دراسة الوثائق والسجلات والآثار، ويستخدم في دراسة الظواهر، والأحداث، والمواقف التي مضى عليها زمن قصير أو طويل. والمنهج التاريخي في البحث يرتبط بدراسة الماضي وأحداثه، وبذلك فإنه لا يمكن ضبط المتغيرات كما في البحوث التجريبية¹. وتمثل نقط قوة المنهج التاريخي في كونه يعتمد على دراسة الأحداث الماضية للظاهرة، أي البحث في أسباب نشوئها وتطورها بمعنى الخوض في المراجع الخفية لتحريك الظاهرة. هذا ما يمكن من التعرف على مقدمات الظاهرة وسوابقها، كما يساعد المنهج على البحث في الدورة التعاقبية لدراسة مسلسل الأحداث.

بالإضافة إلى نقطة في غاية الأهمية، كون المنهج يضع مسافة زمنية بين الباحث وبين الظاهرة المدروسة، أي أنه يتحرر من التداعيات الآنية. من جهة أخرى، فإن المنهج التاريخي يعتمد على المصادر المتعلقة بأصول وماضي الظاهرة، وليس فقط بمعايشتها ومقارنتها بأحداث من نفس الزمن. كما تمكن المقارنة بين الأحداث نفسها من التمييز بين المتغيرات الأصلية أو المستقلة والمتغيرات التابعة. إن المنهج التاريخي يعتبر منهجا نقديا، بالنظر إلى مصادره وإلى طريقة تعامل الباحث مع معطياته، حيث يكون ملزما باستخلاص الاختلافات والتميزات والتعارضات.

وتكمن نقط ضعف المنهج التاريخي، في ارتباطه بمجموعة من المصادر التاريخية التي تمتاز بتعقدها وارتباطها بالمصادر المكتوبة وغير المكتوبة، هذه الأخيرة -أي المصادر التاريخية- قد يحدث أن تكون غير كافية في التحليل. كذلك يطرح سؤال مدى حياد الذي يكتب التاريخ ومدى صلاحية اعتماد هذه المصادر. من منطلق آخر فإن كثرة المصادر سواء المكتوبة أو غير المكتوبة قد تؤدي إلى سقوط الباحث في منطقتي تحليلي صوري أو تحصيل الحاصل. كذلك فالمنهج التاريخي يفتقد للنظر النقدي، ويسقط في التنبؤ لتفسير الظواهر الإنسانية المستقلة. ويعتمد على معطى استدلاله بالمعروف عن المجهول، وهيمنة منطق التبرير على منطق التطور.

لذلك، فالمنهج التاريخي يتيح للباحث مجموعة من الفرص المتمثلة في إضفاء روح النقد على الأحداث، كما أن الإلمام أو حتمية دراسة الأحداث الماضية سيوسع من الفكر الإدراكي للباحث حول أرضية وأصول أي ظاهرة، ودراسة نسب تغيراتها العلمية وتطوراتها عبر الزمن، من خلال نماذج المقارنة التقليدية والعصرية. بالإضافة إلى أن المنهج يساعد الباحث في الكشف عن الأصول الحقيقية للنظريات والمبادئ العلمية وظروف نشأة هذه النظريات، بهدف البحث عن الروابط بين الظواهر الحالية والظواهر الماضية، والكشف عن المشكلات التي واجهها الإنسان في الماضي وأساليبه في التغلب عليها والعوائق التي حالت دون إيجاد حلول لها، في هذا الصدد نشير أن الباحث قد يسقط قيهاجس تغلب الطابع الذاتي على الموضوعي في تحليل الظواهر، وكذا فخ تكرار التجارب البحثية السابقة، وغياب القيمة المضافة أو النظرة النقدية للمواضيع.

¹ - علي معمر عبد المومن، مناهج البحث في العلوم الاجتماعية الأساسية والتقنيات والأساليب، منشورات جامعة 7 أكتوبر - ليبيا -، 2008، ص 27.

*المنهج النسقي: إن هذا البراديكوم الذي ظهر منذ مدة يدور حول مفهوم المنظومة، أعطيت له عدة مقابلات عربية غير دقيقة كالتحليل البنيوي، والتحليل النسقي، والتحليل الوظيفي، أو المقاربة النسقية التي تعتبر الترجمة الأدق و يرتكز على ثلاث اهتمامات قديمة تم تجديد ممارستها¹.

1- الشمولية مع التركيز على التفاعلات والأفعال بدل الأسماء.

2- التحكم في المجموعات الشاسعة.

3- تجاوز التشتت المعرفي بواسطة ضبط مفهوم التداخل. يأتي هذا المنهج بعد إفلاس الخطاب الكارتيبي الذي كان يقوم على معالجة المنظومات كأشياء/عناصر/أسماء، وتحول الخطاب من خطاب ديكارتي مغلق، إلى خطاب باشلاري مفتوح².

وتتحلى نقط قوة هذا المنهج، في التماسك المنطقي للأفكار والنظريات، والتكيف الذي يفيد بأن كل نسق يتكيف مع بيئته، ويتكامل بين عناصره ووحداته، بالإضافة إلى أن المنهج النسقي يمكن الباحث من بلوغ هدف البحث حتى درجة الإشباع حتى يتكرر التفاعل. من جهة أخرى، فإنه يمكن من دراسة الواقع الاجتماعي، والبحث عن العوامل التي تؤسس بناء الفعل والتفاعل الاجتماعي، وتعطيه نظامه واستقراره واستقامته، عكس التحليل الوظيفي البنيوي الذي يدرس الظواهر انطلاقاً من بنيتها ووظيفتها.

بخصوص تجليات نقط ضعف المنهج النسقي، فإنه وحسب تعريفه وعناصره المحددة، فإنه يصلح لدراسة المجتمعات التي وصلت إلى درجات من التقدم والنضج، وهذه الخصائص تميز الدول الديمقراطية الغربية، إذ يصعب تطبيقه على المجتمعات المتخلفة التي تعاني من عدم الكفاية، والخصائص والحاجة وصعوبة التكيف. كما يصعب تطبيقه على الظواهر التلقائية. وقد يسقط الباحث في نوع من الانسياق الآلي نظراً للمنطلقات التكنولوجية للمنهج، مما قد يجعل تحليله في منطلق الغاية تبرر الوسيلة. كما أن تشخيص أو تحديد أي موضوع بصفة صحيحة، لا يتم إلا من خلال علاقاتها داخل النسق، أي يمكن تغيير أو حذف أي عنصر داخل النسق دون أن يحدث تغيراً على مجموع العناصر المكونة له. إن التحليل النسقي رغم أهميته إلا أنه يبقى غير كاف رغم محاولة رواده صياغة نظرية عامة للإجابة عن الإشكالات المعرفية.

على غرار تحليل المناهج السابقة، فإن مخاطر المنهج النسقي تتجلى في كون أن الباحث قد يفقد الخيط الرابط بين عناصر النسق، مما يؤدي إلى الانسياق إلى مجال آخر غير موضوع البحث، وبالتالي الخلوص بنتائج مغلوطة، أو العمل بهذا النسق في بيئة مجتمعية غير التي تخصه، سيفضي بنا إلى مخرجات لا أساس لها من الصحة و الصواب.

المنهج التنظيمي: يعتمد المنهج التنظيمي (النسقي - الاستراتيجي) على تحليل يربط بالتوازي بين التحليلين النسقي والإستراتيجي، وقد ظهر كنظرية في العلوم الاقتصادية لتحليل عملية اتخاذ القرار داخل وحدات اقتصادية كبيرة³.

¹ - تشتت المعرفة كعائق إبستمولوجي جديد بجانب العوائق السابقة كالقراءة القديمة. انظر: فلسفة لا لغاستون باشلار.

- Gaston bachelard «La philosophie du non», Paris, 1981.

² - la théorie du système généra. Théorie de modélisation le moingne paris 1977 pp 55.

³ - محمد الغالي، المختصر في أسس ومناهج البحث في العلوم الاجتماعية، سلسلة أبحاث وأعمال جامعية، الطبعة الأولى، ماي 2005، ص 108.

باعتبار نقط قوة المنهج التنظيمي يمكن اعتبار أن الفاعل هو الذي يحقق الاستراتيجية التي توجد داخل كل نسق وتبني الظاهرة من خلال شقين متكاملين التحليل الاستراتيجي والتحليل النسقي، مما يضيفي قيمة مضافة على المنهج النسقي إذا اعتمد لوحده.

من جهة أخرى نقط ضعف هذا المنهج تتمثل في تعدد الرهانات والقنوات التي تدير الإستراتيجية، مما يبيث الغموض بالنسبة للباحث فيما يتعلق بالشرح الاستراتيجي للمنهج. كذلك فإن النسق لا يوجد إلا بواسطة الفاعل الذي يعطيه حركيته، وبدون التحليل النسقي لن يتجاوز التحليل الاستراتيجي التفسير الظاهراتي لوقائع الموضوع، وبدون التحليل الاستراتيجي، يبقى التحليل النسقي تخميني، أي تجريدي ونظري ويصير حتمياً¹.

2- المناهج التزامنية :

إن أهم ما يميز المناهج التزامنية، وكما يشير اسمها هو تركيزها على عامل الزمن كمعطى أساسي، فالتحليل التزامني يعتمد على دراسة مواضيع وأحداث تقع في نفس الوقت أو تحدث في مدة أو مدد زمنية محددة.

***المنهج البنيوي** : يحيل مفهوم البنية على التنظيم القار والدائم لمختلف المكونات المميزة كما يفيد مجموعة مركبة ومتفاعلة في إطار تنظيم. مما يفيد بأن معرفة البنية يمكن من معرفة طبيعة الأشياء وكذا ضبط مختلف القوانين التي تؤطر ديناميتها وسكوها.

إن أهمية البنية لا تكمن فقط في الواقع التجريبي بل كذلك النماذج المنشأة انطلاقاً من ذلك الواقع، كما أن العلاقات الاجتماعية في الحقل الاجتماعي مثلاً تشكل المادة الأولية التي تستخدم لتكوين نماذج تبرر البنية الاجتماعية. بالإضافة إلى أن أهمية المنهج تتجلى في اعتماد المنهج في التفسير على مبادئ عقلية (الاستنباط) بدلاً من إرجاع مبادئ العقل إلى مكتسبات تجريدية (الإستقراء).

بخصوص نقط ضعف المنهج فإن تقديم البنية كنسق يحدث من إضعافه أي أن أي تغيير كيفما كان في واحدة في عناصرها، يحدث تغيراً على جميع العناصر الأخرى. كما أن البنية تمثل لنا فقط الواقع التجريبي الذي تمدنا به الملاحظة السطحية البحثية أما الواقع العلمي غير الظاهر فلا بد من الكشف عنه فيما وراء المعطيات المباشرة. كذلك فالتحليل البنيوي يطرح في المنهج المقارن مبدأ عدم إمكانية مقارنة عناصر مجردة عن بنيتها، واعتماده على النموذج اللغوي الوحيد كما جاء به هينري لوفيفر².

كخلاصة، يمكن القول أن التحليل البنيوي جاء غامضاً في طرحه لمفهوم البنية، كنقطة يمكن اعتبارها فرصة يتيحها المنهج للباحث هو القدرة على التنبؤ بما سيطرأ على البنية من تغيير نتيجة أن أي تغيير سيمس بالضرورة أحد عناصرها، أما بالنسبة للمخاطر فيوصي الباحثون في حقل المناهج في العلوم الاجتماعية بضبط منطلقات الانتقال من بنية إلى أخرى تجنباً للسقوط في متاهات ابستمولوجية خاطئة.

***المنهج الوظيفي** : يمكننا أن نتحدث عن "الوظيفة" بحسب الحقل المعرفي الذي استعمل فيه المصطلح، فالوظيفة بالمعنى المركزي تعني الدور المؤدى داخل شكل مؤسسي قانوني (مقابلة، جمعية ...)، وبالمعنى الرياضي تعني الارتباط الجدلي بين متغير أو أكثر أو بين مجموعتين أو أكثر، وبالمعنى البيولوجي تعني الوظيفة البيولوجية لعنصر فعال داخل مجموعة عضوية.

¹ - Michel Crosier et Erhard FRIEDBERG : L'auteur et le système, ed 1977, p19-50.

² - Henri Lefebvre : l'idéologie structuraliste, édition ANTHROPS 1971 P 109-110.

إن من بين نقط قوة المنهج الوظيفي هو اعتماده على عنصر الوظيفة كعامل أساسي في التحليل الوظيفي وكذلك اعتماده على صياغة معادلات تنتظم من خلالها تلك العلاقات التي تم افتراضها من داخل نسق أفعال، يتحدث "مالينوفسكي"¹ على فكرة الضرورة الوظيفية التي تفسر من خلال كون كل عنصر أو شيء مادي أو فكرة وكل عقيدة تقوم بوظيفة تشكل جزءا لا يتجزأ من الكل العضوي يتحدث عن الوظيفة المطلقة. كما أنه يمكن لمجموعة من العناصر أن تساهم في تحقيق وظيفة واحدة (البدائل الوظيفية).

يمكن أن نجمل نقط ضعف المنهج الوظيفي فيما أكده رواد التحليل الوظيفي حول فكرة الترابط بين الظواهر، مما يفضي ببعض الباحثين إلى عدم القدرة على الكشف عن معادلة الترابط وبالتالي الوصول إلى نتائج خاطئة. وعض الحديث عن الوحدة الوظيفية بالمعنى الضيق يمكن التحدث عن مجموع وحدات وظيفية، كما أنه في بعض الأحيان يسقط الباحث أمام ما يسمى بالخلل الوظيفي أي أن هناك عناصر تؤدي وظائف معيقة. وليس كل عنصر في المجتمع تكون وظائفه هي الظاهرة فقط بل هناك وظائف ظاهرة وأخرى خفية. مما يفرض على الباحث أن يكون حذرا في جميع المحطات البحثية، فالمنهج الوظيفي يسمح للباحث فرصة اكتشاف ودراسة أنساق أخرى، أو آفاق أخرى لأن تأدية الوظيفة لا يتم بشكل معزول أو منفرد، فهناك علاقات وروابط مع أجزاء أخرى.

*** المنهج المقارن :** المنهج المقارن هو وصف ما هو قائم، ثم مقارنة ما هو قائم هنا بما هو قائم هناك، أي بمعنى وصف ما هو موجود في مجتمع ما ومقارنته بما هو موجود في مجتمع آخر، في ضوء اختلاف كل من المجتمعين. مع تطور استخدام هذا المنهج لم يعد يقتصر عمله على مجرد المقارنة و لكنه امتد ليشمل عملية التأويل والتفسير في كل حالة، وأصبح المنهج يهدف إلى اكتشاف القوانين الخاصة في كل ثقافة ما. عندما نتحدث عن المناهج المقارنة فإن المناهج الاستقرائية التقليدية شكلت جوهر المناهج المقارنة والتي ساهمت في صياغة نماذج مقارنة مرنة، كما أنه لا يتطلب المنهج المقارن مساطر تقنية خاصة، إذ يمكن الاعتماد عليها في كافة الأبحاث النوعية أو الكمية وفي جميع الحقول المعرفية (الاقتصاد، علم الاجتماع...).

كذلك فمن بين النقط التي تحتسب للمنهج المقارن هو سهولة القيام بعمليات الوصف والقياس وتحليل العناصر وكذلك تصنيف الفئات المدروسة، وإيجاد علاقة سببية بين المواضيع والأشياء الحاضرة والأشياء والمواضيع الغائبة. فمما لا شك فيه وإلى جانب نقط قوة المنهج المقارن لا بد من نقط ضعف يجب على الباحث في العلوم الاجتماعية اجتنابها أو أخذها على محمل الجد، نذكر منها على سبيل المثال أنه في بعض الأحيان يمكن للعينة المنتقاة لدراسة الحالة أن تكون غير تمثيلية أو غير متناسبة مع البحث. وكذا صعوبة الاهتمام إلى معايير كفيلا يجعل أساس المقارنة ممكنا.

من جانب آخر قد يقود المنهج إلى إسقاطات عمودية وأحكام قيمة على الظواهر المدروسة إذا ما تم التسليم في كون النموذج المقارن هو الذي يحدد قواعد ومعايير المقارنة. بالإضافة إلى أن المنهج المقارن قد لا يكشف على جميع جوانب تفسير الظاهرة لعدم إمكانية التطابق الفعلي بين الظاهرتين.

*** المنهج الجدلي :** يمكننا أن نشير في هذا الإطار أن جميع مظاهر الوجود عند أصحاب "المادية الجدلية" تخضع لحركية أساسية قوامها الجدل الدائم بين المتناقضات، ويستمد هذا الجدل شكل صراع بين القضية والنقيض، ينتهي بالخلالهما في مركب لا يلبث هو بدوره أن يصبح قضية تستدعي نقيضها وتدخل معه في صراع جديد². والجدل في معناه العام يعني فن ترتيب

¹ - برونيسلاف كاسبر مالينوفسكي، كان عالماً بولندياً مختصاً في علم الإنسان، ويعد من أهم علماء الإنسان في القرن العشرين، وهو من أهم الرواد في علم الإنسان التطبيقي.

² - الفكر الإسلامي والفلسفة، كتاب معتمد من طرف وزارة التربية الوطنية في المناهج المدرسية سابقا.

الاستدلالات البراقة لإقناع المستقبلين للرسالة أو الخطاب والجدل عند "هيغل" ثلاثي الحركة ينطلق من الطرح ثم الطرح المضاد ثم التركيب.

يعتمد المنهج الجدلي على مجموعة من النقط الأساسية التي تميزه عن المناهج التفسيرية الأخرى مثل غياب عامل الصدفة، أي أن كل ما يظهر للوجود فلوجوده علة أو سبب وحتى على مستوى الطرح العام للسببية، كل ظاهرة بصفة عامة محصلة لسلسلة من الأسباب يمكن للباحث الخوض في سلسلة لا متناهية من الدراسات والفحوصات المعرفية قصد تحليل الأسباب الكامنة وراء الظاهرة المدروسة.

من جهة ثانية، المنهج الجدلي يعاني على مستوى الطرح التقليدي لمبدأ السببية لأن إضفاء إطلاعية السبب الوحيد على نفس الظاهرة أي أن كل ظاهرة تحدث بسبب وحيد هي نقطة غير صائبة. كما أن الباحث يقع أمام ضبابية مفارقة متى يبدأ السبب ومتى ينتهي. ومن بين النقط الأخرى التي تضعف من فعالية هذا المنهج هو اعتماد مبدأ الختمية في التحليل، أي أن كل الظواهر خاضعة لقوانين تم ترتيبها بصفة نهائية ولا مجال للحديث عن الصدفة، هذا المبدأ سيتم تجاوزه اعتبارا لكون الظواهر والكائنات تخضع لتحديات متعددة لا تستبعد منها الضرورة وإرادة الإنسان.

***المنهج النقدي**: يراد بالمنهج النقدي، تلك الطريق التي يسلكها الباحث الناقد في قراءته لبحث معين في مجال ما سواء تعلق الأمر بالأدب أو الفن أو علم الاقتصاد أو علم السياسة، قصد استكناه دلالاته وبنياته الإستمولوجية وقصد البلوغ إلى الحقيقة وإشباع غريزته المعرفية. وما يجعل المنهج النقدي يحضى بأهمية بالغة من داخل المناهج في العلوم الاجتماعية هو دعوته إلى إعادة النظر في مجموعة من الدعوات والمنطلقات الفكرية كما أنه من أهم أسس النظرة النقدية "لمدرسة فرانكفورت"¹ هو رفض قبول المفاهيم ببساطة كما هو الحال عند الامبريقيين والوضعيين.

فالمنهج النقدي أسس لنظرية معرفية محررة من الأهواء وتقوم على نقد العقل التقني. كما يسعى المنهج إلى الاعتماد على أسس كفيلة بتحرير الإنسان من الهيمنة والطغيان وكافة الأنساق والأنظمة الشمولية، وكذا الكشف عن التشويه القائم في التفاعل والتواصل وإصلاحه. لهذا الغرض يعتمد المنهج النقدي في تفسيراته على مجموعة من الحجج والبراهين الواضحة والمعقولة التي تنطلق من المنطق، كما أن الرأي الاستنتاجي للباحث يكون مبنيا على الحقائق والبيانات المقبولة في مجال البحث، ومدعومة بالبرهان فإنه يعتمد على التحليل والمناقشة المنطقية أكثر من الاستنتاج عبر عملية الحدس أو التخمين.

من بين النقط السلبية في ثنايا هذا المنهج، هي غلبة الطابع الذاتي على البحوث النقدية، وغياب الحياد الإبتيمي، هذا ما أشار إليه "هابرماس" حيث يؤكد أنه ليست هناك معرفة خالصة ومحيدة، كما أن بعض الباحثين يقعون في فخ بلوغ نتائج غير حقيقية وغير متسقة مع الحقائق المعروفة.

لقد تناول الباحثون موضوع مناهج البحث العلمي في العلوم الاجتماعية منذ عهود قديمة، إلا أن الاهتمام المتزايد بالعلوم الاجتماعية خصوصا والإستمولوجيا عموما خلال العقود الأخيرة في الغرب، جعل هؤلاء يهتمون أكثر بربط العمل المنهجي بما توصلت إليه التكنولوجيا والمعلومات، إذ تطرح عدة أسئلة فيما يخص مناهج البحث العلمي وكثرتها، ويستخدم النقاش

¹ - مدرسة فرانكفورت هي حركة فلسفية نشأت بمدينة فرانكفورت سنة 1923، بدأت الحركة في معهد الأبحاث الاجتماعية بالمدينة، وجمعت فلاسفة مثل ماكس هوركهايمر، والتر بنجامين، وهيربرت ماركوز، ويورغن هابرماس وهو الممثل الأكثر شهرة للجيل الثاني للمدرسة. قد هاجرت الحركة إلى جنيف سنة 1933 مع وصول هتلر للحكم في ألمانيا، ثم إلى الولايات المتحدة أثناء الحرب، قبل أن تعود مجددا إلى ألمانيا في بداية الخمسينيات. ارتبط اسم مدرسة فرانكفورت بالنظرية النقدية في معناها الفلسفي والذي ينبغي تمييزه بدقة عن الدلالة الراجحة في النقد الأدبي. وينبغي التوضيح أن مدرسة فرانكفورت متميزة عن النظرية النقدية لكون الأولى هي حالة خاصة من النظرية النقدية ولكون هذه الأخيرة لا تقتصر على مدرسة فرانكفورت.

حول أصلحها وصلاحيية الإجابة على الإشكالات والأطروحات التي تجيب عليها، وكذلك حول قدرتها في تحليل ومناقشة الظواهر الاجتماعية، بالإضافة إلى النتائج التي يتوصل إليها الباحث، نطرح كذلك أسئلة ترتبط بمفهوم البراديكم، وبمفهوم السياق حول الموضوع الذي توجهه بصفة وبطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إرادية أو غير إرادية، حول كل العمليات الذهنية والمنطقية التي يعتمدها الباحث.

إن الإجابة عن إشكالية معينة أو تحليل ظاهرة ما في العلوم الاجتماعية لا يخضع لمنطق أحادي ولا لمنهجية موحدة، ففي كل الأحوال يجب على الباحث أن يخضع أسلوب منهجيته إلى إكراهات الوضعية وإلى تكييف معطياته مع ما يكتسبه من معلومات ذهنية ونظرية، وإلى استعمال حدسه وخياله الواسع وإبداعه من أجل إدراك العالم بأكثر عدد ممكن من الأعين، وذلك حتى يكون هناك تامين واستغلال لمنطق العقل بطريقة صحيحة وسليمة.

الخلاصات ونتائج البحث¹ :

تعتبر الخلاصات تلك النقط التي يتم فيها التطرق إلى مجموعة من العناصر التي لا يمكن الاستغناء عنها لإبراز أهمية الموضوع، كما تعتبر النتائج المتوصل إليها مستقاة أساسا من الجانب النظري للرسالة وهي تدل على ما استخلصه الباحث من نتائج اكتشفها عند معالجته للموضوع وتطرقه لمجموع المفاهيم المتعلقة به، فعليه ألا يغفل عنصر من عناصر الجانب التطبيقي إلا ويستخلص منه نتيجة يرى أنه عليه استخلاصها. بالإضافة إلى كون النتائج تتعلق بالميدان، أي واقع الموضوع، فهي تطبيقية، تشمل إجابات موسعة على الإشكالية العامة والتساؤلات الفرعية، وهي متناسقة مع كل مراحل البحث انطلاقا من العنوان. وعند استخلاص النتائج لا مناص من تقديم الباحث مجموعة من الحلول المبنية طبعا على النتائج المتوصل إليها.

• لائحة المراجع : ✓ المراجع باللغة العربية :

- إبراهيم أبراش، المنهج العلمي وتطبيقاته في العلوم الاجتماعية، مطبعة دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009.
- أحمد شليبي، كيف تكتب بحثا أو رسالة، دراسة منهجية كتابة البحوث وإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، الطبعة الثالثة عشر، 1989.
- إدريس الفاخوري، مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية، مطبعة الجسور، وجدة، الطبعة الثالثة، 2010.
- أمين ساعاتي، تبسيط كتابة البحث العلمي، المركز السعودي للدراسات الجديدة، جدة، السعودية، 1991.
- أومبرتو إيكو، كيف تعد رسالة دكتوراه (تقنيات وطرائق البحث والدراسة والكتابة)، ترجمة علي منوفي للمجلس الأعلى للثقافة بالقاهرة، مطبعة (Gedisa editorial)، الطبعة التاسعة عشرة 1992، برشلونة، إسبانيا.
- زين بدر فراج، أصول البحث القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- عبد الرحمان بدوي، مناهج البحث العلمي، وكالات المطبوعات، الكويت، 1977.
- عبد القادر السيخلي، قواعد البحث القانوني، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 2015.

¹ - يعتقد الكثير من الباحثين أن الخاتمة هي تلخيص وعرض لخطة البحث وللموضوعات المدرجة في الفهرس النهائي، وهذا اعتقاد خاطئ؛ لأنه يجب قصر موضوع الخاتمة على عرض ما توصل إليه الباحث من نتائج، إضافة لما يقدمه من حلول واقتراحات لحل المشكلات التي يثيرها موضوع البحث.

- عبود عبد الله العسكري، منهجية البحث العلمي في العلوم القانونية، وزارة الإعلام، دمشق، سلسلة منهجية البحث العلمي 3، الطبعة الثانية 2004.
- عبيدات محمد وآخرون، منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، الجامعة الأردنية، 1999.
- علي معمر عبد المومن، مناهج البحث في العلوم الاجتماعية الأساسية والتقنيات والأساليب، منشورات جامعة 7 أكتوبر - ليبيا -، 2008.
- غاستون باشلار، الفكر العلمي الجديد، المطبوعات الجامعية الفرنسية.
- غاستون باشلار، تكوين الروح العلمية، الفصل الأول عن كتاب الفلسفة التونسي ج 1، سنة 1977.
- الفكر الإسلامي والفلسفة، كتاب معتمد من طرف وزارة التربية الوطنية في المناهج المدرسية سابقا.
- كارل بوبر، منطق البحث العلمي، المنظمة العربية للترجمة، الطبعة الأولى، بيروت، فبراير 2006، ص 36.
- محمد الصاوي محمد مبارك، البحث العلمي أسسه وطريقة كتابته، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1992.
- محمد الغالي، المختصر في أسس ومناهج البحث في العلوم الاجتماعية، سلسلة أبحاث وأعمال جامعية، الطبعة الأولى، ماي 2005.
- محمد الغالي، المختصر في أسس ومناهج البحث في العلوم الاجتماعية، سلسلة أبحاث وأعمال جامعية، الطبعة الأولى، ماي 2005.
- محمد عبد الغاني العوض ومحسن أحمد الخضيرى، الأسس العلمية لكتابة رسائل الماجستير والدكتوراه، مكتبة الأنجلوا لمصرية، مصر، 1992.
- محمد عبد الغني العوض ومحسن أحمد الخضيرى، الأسس العلمية لكتابة رسائل الماجستير والدكتوراه، مكتبة الأنجلوا المصرية، القاهرة، مصر، 1992.
- وفقى السيد إمام، البحث العلمي، إعداد مشروع البحث وكتابة التقرير النهائي، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011.
- يوسف بن محمد السعيد، مناهج البحث في العقيدة، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم بجامعة المنيا بمصر، العدد السابع، 2002.
- يوسف زيدان، قضايا العلوم الإنسانية - إشكالية المنهج -، منشورات وزارة الثقافة المصرية، سلسلة الفلسفة والعلم (1).

✓ المراجع الأجنبية :

- Gaston bachelard «La philosophie du non», Paris, 1981.
- Henri Lefebvre : l'idéologie structuraliste, édition ANTHROPS 1971.
- la théorie du système générale. Théorie de modélisation le moingne paris 1977 pp 55.
- Madeleine Grawitz, Méthodes des sciences sociales, jurisprudence générale, Dalloz, 11éd, 2001.
- Michel crosier et Erhard FRIEDBERG : L'auteur et le système, ed 1977.
- piènete rongère : méthodes des sciences sociales , 2^{ème} éd, jurisprudence générale, Dalloz 1979.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615