

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / 72 أكتوبر 2018

❖ من مواعيد العدد 72 : أكتوبر 2018 :

- حكم مضاعفة الغرامات المالية لمخالفات المرور.
- ضوابط تجديد الفقه الإسلامي- دراسة فقهية.
- فلسفة القانون الوضعي والتشريع الإسلامي.
- المستشرقون والفقه المالكي (دراسة في التراجم).
- الترجيح بين الأدلة لإثبات حالة المتعاقدين.
- نظام التوظيف في المنظمة الدولية للشرطة.
- أحكام جلد الميتة بعد الدبغ في الفقه الإسلامي.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

بسم الله الرحمن الرحيم

المصحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلغوية

حوارات علمية

تقارير خاصة

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تكتريك بالمجلة

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

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

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

قراءة في النظام الفكري الموائم (ققون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خصيات (2012/10/14)... المزيد

العدد الثاني والسبعون : أكتوبر 2018

❖ 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 دكداك : 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 كولفرنسي : 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.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثاني والسبعون : لشهر أكتوبر 2018

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 72 لشهر أكتوبر 2018 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية - دراسة مقارنة بين الفقه ونظام المرور السعودي : الدكتور محمد إسماعيل خليل أستاذ القضاء الشرعي المشارك جامعة الجوف كلية العلوم الإدارية والإنسانية قسم الدراسات الإسلامية - المملكة العربية السعودية.....06
3. ضوابط تجديد الفقه الإسلامي- دراسة فقهية : الدكتور عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين ، أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء - اليمن.....26
4. فلسفة القانون والوضعي وفلسفة التشريع الإسلامي - دراسة مقارنة : الدكتور دريسا تراوري ، مدير قسم البحث العلمي بمعهد أحمد بابا للدراسات العليا والبحوث الإسلامية ، تمبكتو-مالي.....53
5. المستشرقون والفقه المالكي (دراسة في ترجمات الفقه المالكي) : الدكتور بوها ولد محمد عبد الله سيدي ، أستاذ بالمعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية - أنواكشوط - موريتانيا.....60
6. الترجيح بين الأدلة في إثبات الحالة الصحية لأطراف العلاقة التعاقدية - دراسة على ضوء العمل القضائي المغربي : كمال منهوش : حاصل على ماستر الأسرة والتوثيق من جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الحقوق فاس وعدل موثق متمرن - المملكة المغربية.....71
7. نظام التوظيف في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية " الإنتربول " : الدكتور مرغني حيزوم بدر الدين ، أستاذ محاضر - أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي - الجزائر.....87
8. أحكام جلد الميتة بعد الدبغ : الدكتور ياسر بن عبد الرحمن العذل ، الأستاذ المساعد في الفقه المقارن ورئيس قسم الدراسات الإسلامية بكلية العلوم والآداب بالقريات جامعة الجوف بالمملكة العربية السعودية.....97

ترتيب المقالات يخضع لإعباران فنية

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

كلمة العدد الثاني والسبعين لشهر أكتوبر 2018



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكخال

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الثاني والسبعين لشهر أكتوبر 2018 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث العامة من عدة جامعات عربية عريقة ونخص بالذكر : كلية العلوم والآداب بالفريات وكلية العلوم الإدارية والإنسانية جامعة الجوف بالمملكة العربية السعودية ثم كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء باليمن ، ومعهد أحمد بابا للدراسات العليا والبحوث الإسلامية بتمبكتو بجمهورية مالي ، والمعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية بنواكشوه بالجمهورية الموريتانية ، وكلية الحقوق بعاس جامعة سيدى محمد بن عبد الله بالمملكة المغربية ، وكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشهيد حمدة لخضر الوادى بالجزائر .

وشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم وبحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التفارب والتواصل والتعاقل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي نأفشها العدد الجديد ما يلي :

- حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية - دراسة مقارنة بين العفه ونظام المرور السعودي .
 - ضوابط تجديد العفه الإسلامي - دراسة فقهية .
 - فلسفة القانون والوضعى وفلسفة التشريع الإسلامي - دراسة مقارنة .
 - المستشارفون والعفه المالكي (دراسة فى ترجمات العفه المالكي) .
 - الترجيح بين الأدلة فى إثبات الحالة الصحية لألصاف العلفة التعافدية - دراسة على ضوء العمل الفضايى المغربى .
 - نظام التوضيف فى المنظمة الدولية للشركة الجنائية - الإنترنتبول .
 - أحكام جلد الميتة بعد الذبح .
- ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلى الفدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول
الدكتور صلاح الدين دكداك
www.majalah.be.ma

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية (دراسة مقارنة بين الفقه ونظام المرور السعودي)



الدكتور محمد إسماعيل خليل

أستاذ القضاء الشرعي المشارك

جامعة الجوف¹ - السعودية

المقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على رسول الله محمد بن عبد الله ، وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد :

موضوع البحث : حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية ،دراسة مقارنة بين الفقه ونظام المرور السعودي، فمما لا شك فيه أن التقيد بنظام المرور داخل في وجوب طاعة ولي الأمر في الدولة الإسلامية ، لأنه لم يوضع إلا لمصلحة الفرد والمجتمع، وحفاظاً على أرواح الناس وأموالهم، فهو لازم التنفيذ من الرعية ومصدر هذا اللزوم النصوص الشرعية، وبالتالي تكون المخالفة لهذه الأنظمة معصية تستحق العقوبة المنظمة بحسب نوع المخالفة وطبيعتها وخطورتها، ويرجع تقدير ذلك إلى ولي الأمر، فيما ينظمه من إجراءات بناء على دليل المصالح المرسله، ومن هذه الإجراءات والأنظمة المخالفات المرورية الداخلة تحت التعزير بالعقوبات المالية لمن يخالف تلك التعليمات المنظمة للمرور، لردع من يعرض أمن الناس للخطر في الطرقات والأسواق من أصحاب المركبات ووسائل النقل الأخرى، فجاءت هذه الدراسة تبين حكم المخالفات المرورية وحكم مضاعفتها في الفقه الإسلامي مقارنة بنظام المرور السعودي جمعاً لهذه المادة من مظان الكتب وأقوال العلماء المعاصرين. فمشكلة البحث: تتمثل في حكم مضاعفة المخالفات المرورية فهي مشكلة قديمة باختلاف الفقهاء بمشروعية التعزير بالمال حديثة بمضاعفة هذه المخالفات وستحاول الدراسة الإجابة عن الأسئلة التالية :

¹ - كلية العلوم الإدارية والإنسانية قسم الدراسات الإسلامية.

1. ما مفهوم المخالفات المرورية وأقسامها؟
2. ما حكم المخالفات المرورية وعلاقتها بالتعزير بالمال؟
3. ما حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات في الفقه الإسلامي ونظام المرور السعودي؟

و تبدو أهمية الدراسة من خلال الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها والتي ترمي إلى :

1. بيان مفهوم المخالفات المرورية وأقسامها.
 2. بيان الرأي الراجح في حكم المخالفات المرورية وعلاقتها بالتعزير بالمال.
 3. بيان حكم مضاعفة المخالفات المرورية في الفقه الإسلامي ونظام المرور السعودي.
- وقد اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن القائم على استقراء آراء الفقهاء في مسألة حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية، دراسة مقارنة بين الفقه ونظام المرور السعودي ، معتمداً في ذلك على المصادر الأصلية في كل مذهب ثم تحليل هذه الآراء وتدعيمها بالأدلة النقلية والعقلية وعزوها إلى مظانها، لتحقيق الأقوال وأدلتها والوقوف على جوانب القوة والضعف فيها بصورة المقارنة بينها والموازنة والنقد في ضوء القواعد العلمية الصحيحة ومن ثم الترجيح بين هذه الآراء لما يدعمه ويقويه الدليل وبما يتناسب مع روح التشريع ومقتضيات العصر الحديث. أما خطة البحث فقد قسم الباحث هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث كما يلي :

المبحث الأول : مفهوم المخالفات المرورية وأقسامها :

المطلب الأول : مفهوم المخالفات المرورية لغةً وفي نظام المرور السعودي :

المسألة الأولى : مفهوم المخالفات المرورية لغةً :

المسألة الثانية : مفهوم المخالفات المرورية في نظام المرور السعودي :

المطلب الثاني : أقسام المخالفات المرورية في لائحة الجزاءات والمخالفات المرورية :

المبحث الثاني : حكم المخالفات المرورية وعلاقتها بالتعزير بالمال :

المطلب الأول : مفهوم التعزير بالمال لغةً واصطلاحاً :

المسألة الأولى : مفهوم التعزير بالمال لغةً :

المسألة الثانية : مفهوم التعزير بالمال اصطلاحاً :

المطلب الثاني : آراء الفقهاء في مشروعية التعزير بالمال :

المطلب الثالث : رأي نظام المرور السعودي في المخالفات المرورية :

المبحث الثالث : حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية في الفقه ونظام المرور السعودي :

المطلب الأول : حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية في الفقه الإسلامي :

المطلب الثاني : رأي نظام المرور السعودي في حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية :

الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

الملخص :

موضوع البحث : حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية ،دراسة مقارنة بين الفقه ونظام المرور السعودي ، فقد اختلف العلماء المعاصرون في مضاعفة المخالفات المرورية ، فجاءت هذه الدراسة تبين حكم المخالفات المرورية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون المرور السعودي وحكم مضاعفة المخالفات المرورية ، والمقصود في مضاعفة الغرامات المالية في هذا البحث : أن يجعل لسداد المبلغ وقتاً محدداً ثم يعاقب المتأخر على تأخره بالمضاعفة على المخالفة المرورية وهذه الدراسة محاولة للباحث بعرض أدلة العلماء وبسطها واعتمد فيها الباحث على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن القائم على استقراء آراء الفقهاء في مضاعفة الغرامات المالية ، وخلصت الدراسة أن المخالفات المرورية تدخل في التعزير بالعقوبات المالية وهي جائزة شرعاً والذي أميل إليه أن مضاعفة المخالفات المرورية ربا ، لأن المخالفات المرورية تعتبر ديناً في الذمة ومن ثم تكون مضاعفتها بمرور الزمن زيادة على الدين من أجل مرور الزمن ، ويوصي الباحث أن مسألة مضاعفة الغرامات المالية - بسبب تباين الأحكام - جعل ملف مضاعفة المخالفات مفتوحاً أو محسوماً لصالح المرور إلا إذا كان مجلس الشورى رأي آخر لإعادة الأمور إلى نصابها وهو الملجأ الأخير للمتضررين، وهذه المسألة بحاجة إلى نظر اللجنة الدائمة للإفتاء والبحوث المنبثقة من هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، وأن هذه المسألة لا تهم فرداً بعينه بل تهم المجتمع بأسره وعلى ذلك لا بد من الاجتهاد الجماعي في هذه المسألة بدلاً من الاجتهاد الفردي، والمسألة فيها اجتهاد ونظر وسعى لأقوال المجيزين والمانعين فمن أصاب فله أجران ومن أخطأ فله أجر.

الكلمات المفتاحية : التعزير بالمال، المخالفات المرورية، نظام المرور، الربا.

المبحث الأول : مفهوم المخالفات المرورية وأقسامها :

المطلب الأول : مفهوم المخالفات المرورية لغةً وفي نظام المرور السعودي :

المسألة الأولى : مفهوم المخالفات المرورية لغةً :

المخالفات المرورية مركب إضافي بين جزئيين هما : المخالفات والمرور فسوف أبين معناهما لغةً.

أولاً: مفهوم المخالفات لغةً :

الْخَاءُ وَاللَّامُ وَالْفَاءُ أُصُولٌ ثَلَاثَةٌ : أَحَدُهَا أَنْ يَجِيءَ شَيْءٌ بَعْدَ شَيْءٍ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَالثَّانِي خِلَافٌ قَدَامٌ، وَالثَّلَاثُ التَّغْيِيرُ.

فَالأَوَّلُ الْخَلْفُ. وَالْخَلْفُ : مَا جَاءَ بَعْدُ. وَيَقُولُونَ : هُوَ خَلَفَ صِدْقٌ مِنْ أَبِيهِ. وَخَلَفَ سَوْءٌ مِنْ أَبِيهِ. فَإِذَا لَمْ يَذْكُرُوا صِدْقًا وَلَا سَوْءًا قَالُوا لِلْجَيِّدِ خَلَفٌ وَلِلرَّيِّ خَلْفٌ. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : " فَخَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ " (1)، وَالْخَلِيفَةُ :

¹.الأعراف: 169.

الْخِلَافَةُ، وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ خِلَافَةً لِأَنَّ الثَّانِيَّ يَجِيءُ بَعْدَ الْأَوَّلِ قَائِمًا مَقَامَهُ. وَتَقُولُ: قَعَدْتُ خِلَافَ فُلَانٍ، أَيَّ بَعْدَهُ. وَالْخَوَالِفُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: " رَضُوا بِأَنْ يَكُونُوا مَعَ الْخَوَالِفِ " (1) هُنَّ النِّسَاءُ، لِأَنَّ الرِّجَالَ يَغِيْبُونَ فِي حُرُوبِهِمْ وَمُغَاوَرَاتِهِمْ وَتِجَارَاتِهِمْ وَهُنَّ يَخْلُفْنَهُمْ فِي الْبُيُوتِ وَالْمَنَازِلِ. وَلِذَلِكَ يُقَالُ: الْحَيُّ خُلُوفٌ، إِذَا كَانَ الرِّجَالُ غَيْبًا وَالنِّسَاءُ مُقِيمَاتٍ. وَيَقُولُونَ فِي الدُّعَاءِ: " خَلَفَ اللَّهُ عَلَيْكَ " أَيَّ كَانَ اللَّهُ تَعَالَى الْخَلِيفَةَ عَلَيْكَ لِمَنْ فَقَدْتَ مِنْ أَبِي أَوْ حَمِيمٍ. وَ " أَخْلَفَ اللَّهُ لَكَ " أَيَّ عَوَّضَكَ مِنَ الشَّيْءِ الذَّاهِبِ مَا يَكُونُ يَقُومُ بَعْدَهُ وَيَخْلُفُهُ. (2)

وقوله عز وجل: " فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم " (3) ؛ تقديره: يخرجون عن أمره، لأن المخالفة خروج عن الطاعة (4). والخلاف: المضادة، وقد خالفه مخالفةً وخلافاً. وخلف فلان بعقب فلان إذا خالفه إلى أهله. ويقال: خلف فلان بعقبه إذا فارقه على أمر فصنع شيئاً آخر (5).

إذا المخالفة لغةً هي الخروج عن الطاعة ، والمضادة والمفارقة على أمر فيصنع شيئاً آخر.

ثانياً: مفهوم المرور لغةً :

الْمِيمُ وَالرَّاءُ أَصْلَانِ صَحِيحَانِ، يَدُلُّ أَحَدُهُمَا عَلَى مُضِيِّ شَيْءٍ، وَالْآخَرُ عَلَى خِلَافِ الْحَلَاوَةِ وَالطَّيْبِ. فَالْأَوَّلُ مَرَّ الشَّيْءُ يَمُرُّ، إِذَا مَضَى. وَمَرَّ السَّحَابُ: انْسَحَابُهُ وَمُضِيِّهِ. وَلَقِيْتَهُ مَرَّةً وَمَرَّتَيْنِ إِنَّمَا هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ زَمَانٍ قَدْ مَرَّ. وَيَقُولُونَ: لَقِيْتَهُ مَرَّةً مِنْ الْمَرِّ، يَجْمَعُونَ الْمَرَّةَ عَلَى الْمَرِّ.

وَالْأَصْلُ الْآخَرُ أَمَرَ الشَّيْءُ يَمُرُّ وَمَرَّ، إِذَا صَارَ مُرًّا. وَلَقِيْتُ مِنْهُ الْأَمْرَيْنِ، أَيَّ شَدَائِدَ غَيْرِ طَبِيبَةٍ (6).

إذا المرور في اللغة يطلق على مضي الشيء، أ والاجتياز بالشيء.

المسألة الثانية: مفهوم المخالفات المرورية في نظام المرور السعودي :

عرّف نظام المرور السعودي (7) في المادة 3/73 المخالفات المرورية بانها: "مخالفة لأحكام نظام المرور ولائحته".

إذاً نخلص أن المخالفات المرورية هي: المخالفة لأحكام نظام المرور ولائحته.

1. التوبة: 87.

2. معجم مقاييس اللغة / ابن فارس 210/2-211.

3. النور: 63.

4. لسان العرب/ ابن منظور 12/2.

5. المرجع السابق 90/9.

6. معجم مقاييس اللغة / ابن فارس 270/5.

7. المملكة العربية السعودية ، وزارة الداخلية ، الإدارة العامة للمرور، نظام المرور / الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/85 وتاريخ 10/26 / 1428 هـ واللائحة التنفيذية له الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم 7019 وتاريخ 3/7/1429 هـ ص 100.

المطلب الثاني : أقسام المخالفات المرورية في لائحة الجزاءات والمخالفات المرورية (1) :

وتنقسم إلى أربعة أقسام موزعة على النحو التالي :

أولاً : مخالفات الفئة الأولى والتدابير الإضافية التي يمكن اتخاذها حيالها :العقوبات المقررة لهذه المخالفات (غرامة مالية لا تقل عن خمسمائة ريال ولا تزيد على تسعمائة ريال ، أو بحجز المركبة مع الغرامة).

ثانياً : مخالفات الفئة الثانية والتدابير الإضافية التي يمكن اتخاذها حيالها : العقوبات المقررة لهذه المخالفات (غرامة مالية لا تقل عن ثلاثمائة ريال ولا تزيد على خمسمائة ريال ، أو بحجز المركبة مع الغرامة).

ثالثاً : مخالفات الفئة الثالثة والتدابير الإضافية التي يمكن اتخاذها حيالها : العقوبات المقررة لهذه المخالفات (غرامة مالية لا تقل عن مائة وخمسين ريالاً ولا تزيد على ثلاثمائة ريال).

رابعاً : مخالفات الفئة الرابعة والتدابير الإضافية التي يمكن اتخاذها حيالها : العقوبات المقررة لهذه المخالفات (غرامة مالية لا تقل عن مائة ريال ولا تزيد على مائة وخمسين ريالاً).

إذاً أقسام المخالفات المرورية تنقسم بحسب مخالفة النظام ولائحته فكلما زادت مخالفة النظام ازدادت العقوبة المالية.

المبحث الثاني : حكم المخالفات المرورية وعلاقتها بالتعزير بالمال :

لابد لدراسة حكم المخالفات المرورية من دراسة موضوع فقهي وهو التعزير بالمال في الفقه الإسلامي ونعرج في هذا المبحث على مفهوم التعزير بالمال لغةً واصطلاحاً ، وآراء الفقهاء في مشروعيته كما يلي :

المطلب الأول : مفهوم التعزير بالمال لغةً واصطلاحاً :

المسألة الأولى : مفهوم التعزير بالمال لغةً :

العين والزاء والراء كلمتان : إحداهما التعظيم والنصر، والكلمة الأخرى جنس من الضرب.

فالأولى النصر والتوقير، كقوله تعالى : " وَتُعْزَّرُوهُ وَتُوقَّرُوهُ " (2)، والأصل الآخر التعزير، وهو الضرب دون الحد (3).

والتعزير الضرب على وجه التأديب من العزر وهو الرد أي : يرده عن الجناية " وَتُعْزَّرُوهُ " (4) أي : تنصروه برد الأعداء عنه، التَّعْزِيرُ الضَّرْبُ دُونَ الْحَدِّ يُقَالُ عَزَّرْتُ الْجِمَارَ أَي أَوْقَرْتُهُ وَعَزَّرْتُ الْبَعِيرَ أَي شَدَدْتُ خَيَاشِيمَهُ يَخِيطُ ثُمَّ أَوْجَرْتُهُ يُشِيرُ فَالتَّعْزِيرُ تَشْدِيدٌ عَلَى الْجَانِي وَمَنْعٌ لَهُ عَنِ الْعُودِ. (5).

إذاً المقصود بالتعزير في بحثنا هو الضرب دون الحد ومنه التأديب والرد عن الجناية وعدم العودة إليها.

1. لائحة الجزاءات والمخالفات المرورية السعودي على موقع www.rt.gov.sa/breachs.php.

2. الفتح : 9.

3. معجم مقاييس اللغة / ابن فارس 311/4.

4. الفتح : 9.

5. طلبية الطلبة / نجم الدين النسفي ص 44.

أما مصطلح المال في اللغة فيطلق على الميم والواو واللام كلمة واحدة، هي تمول الرجل : اتخذ مالا، ومال يمال: كثر ماله⁽¹⁾. والمال : معروف ما ملكته من جميع الأشياء. المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم. ومال الرجل يمول ويمال مولا ومؤولا إذا صار ذا مال⁽²⁾.

إذاً المال هو ما يتمول به ويقتنى ويملك، وما ملكته من جميع الأشياء .

المسألة الثانية : مفهوم التعزير بالمال اصطلاحاً :

عرف الفقهاء التعزير بمصطلحات مختلفة ولكنها تدل على نفس المعنى وإليك بيان ذلك :

عرف الحنفية التعزير بأنه : " تأديب دون الحد " ⁽³⁾.

عرف المالكية التعزير بأنه : " تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات " ⁽⁴⁾.

عرف الشافعية التعزير بانه : " تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة سواء أكان حقاً لله تعالى أم لأدمي " ⁽⁵⁾.

عرف الحنابلة التعزير بأنه : " التأديب ويجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة " ⁽⁶⁾

وعليه فيمكن تعرف التعزير بالمال هو: العقوبة المشروعة التي يوقعها القاضي على معصية لا حد فيها ولا كفارة ، بأن يأخذ الحاكم من ماله ويحرمه منه ، ويدعه في بيت المال والتصرف فيه حسب ما يرى من المصلحة.

1. معجم مقاييس اللغة / ابن فارس 285/5.

2. لسان العرب / ابن منظور 636-635/11.

3. العناية شرح الهداية/ البابرقي 344/5.

4. تبصرة الحكام/ ابن فرحون 288/2.

5. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج/ الشريبي 522/5.

6. منتهى الإرادات / ابن النجار 142/5.

المطلب الثاني : آراء الفقهاء في مشروعية التعزير بالمال :

اختلف الفقهاء في مشروعية التعزير بالمال على رأيين :

الرأي الأول : ذهب أبو يوسف من الحنفية⁽¹⁾ ومالك⁽²⁾ والشافعي في القديم⁽³⁾ والأظهر عند أحمد⁽⁴⁾ وهو اختيار ابن تيمية⁽⁵⁾ وابن القيم⁽⁶⁾ إلى جواز التعزير بالمال واستدلوا بأدلة منها :

1. عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أَنَّ رَجُلًا مِنْ مَزِينَةَ أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ تَرَى فِي حَرِيَسَةِ الْجَبَلِ؟ قَالَ: " هِيَ مِثْلُهَا وَالنَّكَالُ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمَاشِيَةِ قَطْعٌ إِلَّا مَا آوَاهُ الْمَرَا حُ فَبَلَغَ فِي الْمَجَنِّ فِيهِ الْقَطْعُ، وَمَا لَمْ يَبْلُغْ تَمَنَّ الْمَجَنُّ فِيهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيهِ وَجَلَدَاتٌ نَكَالٌ " ⁽⁷⁾.

نص الحديث على أن العقوبة غرامة مالية مثلي المسروق ، وضرب السارق جلدات نكالا ، أي عقاباً على فعله ، وفيه دليل على جواز الجمع بين عقوبة المال وعقوبة البدن ، وكل ذلك يعود أمر تقديره للقاضي فدلّ الحديث على مشروعية التعزير بالعقوبات المالية تأديباً للجاني⁽⁸⁾.

2. عن بهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقول: " فِي كُلِّ إِبِلٍ سَائِمَةٍ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ ابْنُ لُبُونٍ لَا يُفَرِّقُ إِبِلٌ عَنْ حِسَابِهَا، مَنْ أَعْطَاهَا مُؤْتَجِرًا فَلَهُ أَجْرُهَا، وَمَنْ مَنَعَهَا فَإِنَّا آخِذُوهَا، وَشَطْرُ إِبِلِهِ عَزْمَةٌ مِنْ عَزَمَاتِ رَبَّنَا، لَا تَحِلُّ لِكُلِّ مُحَمَّمٍ مِنْهَا شَيْءٌ " ⁽⁹⁾.

أفاد هذا الحديث أن مانع الزكاة تؤخذ منه الزكاة جبراً عليه، ويعزر على منعه الزكاة بأخذ نصف ماله، فدلّ هذا على جواز التعزير بأخذ المال من المعزر، وأن أخذ شطر مال مانع الزكاة عقوبة مالية، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، فدلّ على مشروعية التعزير بالمال.

¹ . تبين الحقائق شرح كثر الدقائق وحاشية الشلبي / الزيلعي 208/3 ، ونص على : " وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الأموال جائز للإمام "

² . شرح مختصر خليل / القرشي 110/8 ، ونص على : " ويكون التعزير بالنفي فيمن يزور الوثائق وبالمال كأخذ أجرة العون من المطلوب الظالم .. "

³ . معالم القرية في طلب الحسبة / ابن الأخوة، القرشي ص 194، ونص على : " وأما التعزير في الأموال فجائز عند مالك - رحمه الله - وهو قول قديم عند الشافعي - رضي الله عنه - "

⁴ . كشف القناع عن متن الإقناع/ المهوتي 6/ 125، ونص على : " التعزير بالمال سائغ إتلافاً وأخذاً وقول الموفق أبي محمد المقدسي: لا يجوز أخذ ماله منه إلى ما يفعله الحكام الظلمة " .

⁵ . الفتاوى الكبرى / ابن تيمية 5/ 530، ونص على : " والتعزير بالمال سائغ إتلافاً وأخذاً وهو جار على أصل أحمد لأنه لم يختلف أصحابه أن العقوبات في الأموال غير منسوخة كلها وقول الشيخ أبي محمد المقدسي ولا يجوز أخذ مال المعزر فإشارة منه إلى ما يفعله الولاة الظلمة. " وقسم ابن تيمية العقوبات المالية إلى ثلاثة أقسام:

الإتلاف: كإتلاف المنكرات من الأعيان والصفات يجوز إتلاف محلها تبعاً لها، مثل الأصنام المعبودة من دون الله تعالى، والتغيير: بتغيير المحرم عن هيئته وشكله أو تغيير مادته، والتملك: وذلك بإضعاف الغرم على من سرق الثمر المعلق قبل أن يؤويه إلى الجرين، ومن سرق الماشية قبل أن تأوي إلى المراح وإضعاف الغرم على كاتم الضالة. والتعزير بالتعزير بالعقوبات المالية في بحثنا تتناول النوع الثالث وهو التملك.

⁶ . الطرق الحكمية/ ابن قيم الجوزية ص 224، ونص على : " وأما التعزير بالعقوبات المالية، فمشروع أيضاً.. "

⁷ . أخرجه الحاكم في مستدركه ، كتاب الحدود ، حديث رقم (8151) ، 424-423/4 ، حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ومسلم، ولم يخرجاه.

⁸ . نيل الأوطار/ الشوكاني 153/7.

⁹ . أخرجه الحاكم في مستدركه كتاب الزكاة حديث رقم (1884) ، 554/1 ، حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ومسلم، ولم يخرجاه.

3. عن أبي هريرة، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ضَالَّةُ الْإِبِلِ الْمَكْتُومَةُ غَرَامَتُهَا وَمِثْلُهَا مَعَهَا " (1).

أفاد الحديث مشروعية التغريم بالمال لمن كتم ضالة الإبل بأن يدفعها لصاحبها ويغرم مثلها .

4. أجمع الصحابة رضي الله عنهم على جواز التعزير بالمال فإن ذلك اشتهر عنهم في قضايا متعددة جداً ولم ينكر منهم منكر فكثرة ما ورد من الأمثلة على التطبيق العملي للعقوبة المالية، من الآثار المرفوعة والموقوفة ومن تلك الآثار: عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ ، أَنَّ غِلْمَةً ، لِأَبِيهِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ سَرَقُوا بَعِيرًا ، فَانْتَحَرَوْهُ ، فَوُجِدَ عِنْدَهُمْ جِلْدُهُ ، وَرَأْسُهُ ، فَرَفَعَ أَمْرَهُمْ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ " فَأَمَرَ بِقَطْعِهِمْ " ، فَمَكَثُوا سَاعَةً ، وَمَا نُرَى إِلَّا أَنْ قَدْ فَرَعَ مِنْ قَطْعِهِمْ ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: " عَلَيَّ بِهِمْ " ، ثُمَّ قَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ: " وَاللَّهِ ، إِنِّي لَأَرَاكَ تَسْتَعْمِلُهُمْ ، ثُمَّ تُجِيعُهُمْ ، وَتُسَيِّئُ إِلَيْهِمْ ، حَتَّى لَوْ وَجَدُوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ، لَحَلَّ لَهُمْ " ، ثُمَّ قَالَ لِصَاحِبِ الْبَعِيرِ: " كَمْ كُنْتَ تُعْطَى لِبَعِيرِكَ؟ " قَالَ: أَرْبَعٌ مِائَةَ دِرْهَمٍ ، قَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ: " قَمْ فَأَغْرَمْ لَهُمْ ثَمَانِ مِائَةَ دِرْهَمٍ " (2).

والحديث يدل دلالة واضحة أن مضاعفة عمر الغرم في ناقة الأعرابي، التي أخذها ممالك جياح لعبد الرحمن بن حاطب، فذبحوها وأكلوها فأضعف الغرم عليهم على جواز التعزير بالعقوبات المالية .

وقد اعترض على هذه الأدلة بما يلي :

1. أن العقوبة بإتلاف المال كانت في أول الإسلام ثم نسخت.

ويرد عليه بما يلي : من قال أن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً فأكثر هذه المسائل سائغ في مذهب أحمد وغيره، وكثير منها سائغ عند مالك وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته صلى الله عليه وسلم مبطل أيضاً لدعوى نسخها، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصح دعواهم ومن ادعى أنها منسوخة بالإجماع فهذا خطأ أيضاً فإن الأمة لم تجمع على نسخها، ومحال أن ينسخ الإجماع السنة (3). ولأن النسخ يحتاج إلى معرفة الدليل الناسخ وثبوته ومعرفة تاريخه، والدليل الناسخ لم يثبت ولم يعرف.

1. أن الأحاديث التي أوردتموها فيها تأويل آخر أن الحق يستوفى منه غير متروك عليه وإن تلف ماله فلم يبق إلا شطر كرجل كان له ألف شاة فتلف حتى لم يبق منه إلا عشرون فإنه يؤخذ منه عشر شياه لصدقة الألف وهو شطر ماله الباقي أي نصفه.

¹ . أخرجه أبو داود في سننه ، باب التعريف باللقطة ، حديث رقم (1718) ، 139/2 . وقال الألباني : " حديث صحيح " ، صحيح أبي داود / الألباني ، حديث رقم (1511) ، 401/5 .

² . أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب اللقطة ، باب سرقة العبد ، حديث رقم (18978) ، 239/10 . لم اقف فيما بحثت على تخريج لهذا الحديث والحكم عليه .

³ . الطرق الحكمية / ابن القيم ص 226 .

والرد عليهم : فلفظ " آخِذُوهَا " في الحديث هو دليل على أن من فرط في إخراج الصدقة بعد وجوبها فمنع بعد الإمكان ولم يردّها حتى هلك المال أن عليه الغرامة⁽¹⁾ .

2. في سند حديث بهز مقال ، فقد اختلف في بهز بن حكيم، فقال أبو حاتم: لا يحتج به، وروي عن الشافعي أنه قال: ليس بهز حجة، وهذا الحديث لا يثبت أهل العلم بالحديث، ولو ثبت لقلنا به، وقال ابن حبان: لولا هذا الحديث لأدخلت بهزا في الثقات، وقال ابن حزم : إنه غير مشهور العدالة وقال ابن الطلاع: إنه مجهول وتعقبنا بأنه قد وثقه جماعة من الأئمة وقال ابن عدي : لم أر له حديثاً منكراً وقال الذهبي: ما تركه عالم قط، وقد تكلم فيه أنه كان يلعب بالشطرنج قال ابن القطان: وليس ذلك بضائر له، فإن استباحته مسألة فقهية مشتهرة قال الحافظ : وقد استوفيت الكلام فيه في تلخيص التهذيب وقال البخاري: بهز بن حكيم يختلفون فيه وقال ابن كثير: الأكثر لا يحتجون به وقال الحاكم : حديثه صحيح وقد حسن له الترمذي عدة أحاديث ووثقه واحتج به أحمد وإسحاق والبخاري خارج الصحيح، وعلق له فيه⁽²⁾ .

والرد عليهم : ما ورد في سند الحديث من المقال مما لا يقدر بمثله، وأن الأخذ من خير الشطرين، صادق عليه اسم العقوبة بالمال، لأنه زائد على الواجب⁽³⁾ .

وأن ما قيل في حديث بهز ، وفي بهز نفسه ليس كافياً في اعتبار الحديث حديثاً ضعيفاً أو شاذاً أو منكراً ، فالذي عليه أكثر الحديثين هو توثيق بهز ، وإذا كان بهز ثقة ، فإن تفرد به بالحديث لا يعني شذوذه وضعفه ولا يضيرنا قول ابن حبان: لولا هذا الحديث لأدخلت بهزا في الثقات، وقول ابن حزم: إنه غير مشهور العدالة⁽⁴⁾ ، لأن الرجل لا يضعف بالحديث .

وقال ابن الطلاع : إنه مجهول وتعقبنا بأنه قد وثقه جماعة من الأئمة وقال ابن عدي : لم أر له حديثاً منكراً وقال الذهبي : ما تركه عالم قط، وقد تكلم فيه أنه كان يلعب بالشطرنج قال ابن القطان : وليس ذلك بضائر له، فإن استباحته مسألة فقهية مشتهرة قال الحافظ : وقد استوفيت الكلام فيه في تلخيص التهذيب وقال البخاري: بهز بن حكيم يختلفون فيه وقال ابن كثير : الأكثر لا يحتجون به وقال الحاكم : حديثه صحيح وقد حسن له الترمذي عدة أحاديث ووثقه واحتج به أحمد وإسحاق والبخاري خارج الصحيح، وعلق له فيه.

الرأي الثاني : ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن من الحنفية⁽⁵⁾ والشافعي في الجديد⁽⁶⁾ إلى عدم جواز التعزير بالمال واستدلوا بأدلة منها.

أولاً : عموم الآيات التي تنهى عن أخذ مال المسلم إلا بحق، ومنها :

1. عون المعبود شرح سنن أبي داود/ العظيم آبادي 319/4.

2. نيل الأوطار/ الشوكاني 147/4.

3. المرجع السابق.

4. المرجع السابق 147/4.

5. العناية شرح الهداية / البابرتي 344/5، البحر الرائق شرح كثر الدقائق / ابن نجيم 44/5 ، ونصا على : " ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال " .

6. تحفة المحتاج في شرح المنهاج / الهيتمي 179/9، ونص على : " ولا يجوز على الجديد بأخذ المال " .

أ- قوله تعالى : " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ " (1) .

ب- قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ " (2) .
وجه الدلالة من الآيتين :

أن الله جلا وعلا حرم أخذ أموال الناس بالباطل والتعزير بأخذ المال يعتبر من أخذ أموال الناس بالباطل فلا يجوز إذاً.
ثانياً : عموم الأحاديث التي تنهى عن أخذ مال المسلم إلا بحق ومنها :

أ. حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع : " إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا " (3) .
ب. قوله الرسول صلى الله عليه وسلم : " لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ " (4) .
وجه الدلالة من الحديثين :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم حرم مال المسلم إلا بحق، وأخذه عن طريق التعزير أخذ مال المسلم بغير حق وبغير طيب نفسه فدل على عدم جواز التعزير بالمال.
والرد على هذه الأدلة :

1- أن هذه الأدلة عامة، والأدلة على جواز التعزير بالمال خاصة، فيخصص الخاص العام.

2- أنا لا نسلم أن أخذ المال تعزيراً أخذ للمال بغير حق وبدون مقابل، فإنه في مقابل الجرم والمعصية التي حصلت منه.

ثالثاً : من المعقول : أن إباحة التعزير بالمال قد يغري الحكام الظلمة فيأخذون أموال الناس بالباطل.

والرد على هذا الدليل : أن هذا فيه تعطيل لكثير من الأحكام إذ أن هناك أحكام كثيرة يخشى من الجور والظلم في تطبيقها، ولكن لا مناص من إقامتها، ثم إن جعل التعزير من طريق المحاكم الشرعية فإنه لم يعد هناك تخوف من أخذ أموال الناس بالباطل. وكذلك فإن الوالي الظالم سيستعمل ظلمه في كل مجال يتاح له سواء بالجلد أو الحبس أو بأخذ المال أو غير ذلك، فليست هذه حجة لمنع من التعزير بالمال فقط بل تنجر إلى غيره، وهذا لا يجعلنا نعطل أحكام الله لمثل هذه الحجة.

¹ . البقرة : 188.

² . النساء : 29.

³ . أخرجه مسلم في صحيحه ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم (1218) ، 886/2.

⁴ . أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب البيوع ، حديث رقم (2885) ، 424/3. قال الشوكاني : " وحديث أنس في إسناده الحارث بن محمد الفهري وهو مجهول وله طريق أخرى عند الدارقطني أيضا عن حميد عن أنس، وفي إسنادها داود بن الزبيران وهو متروك ورواه أحمد والدارقطني من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، وفي إسناده علي بن زيد بن جدعان وفيه ضعف وأخرجه الحاكم من حديث ابن عباس من طريق عكرمة، وأخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس أيضاً من طريق مقسم وفي إسناده العزمي وهو ضعيف " نيل الأوطار/ الشوكاني 378/5.

رابعاً: أن إباحة التعزير بالمال تؤدي إلى تمييز الأغنياء على الفقراء لأن الغني يستطيع أن يدفع دائماً، أما الفقير فلا يستطيع ذلك.

والرد على هذا الدليل: أن عقوبة التعزير بالمال مفوضة للقاضي وراجعة لاجتهاده، فله أن يزيد في التعزير وينقص حسب الحالات والأشخاص، فالغني يزداد عليه في الغرامة والفقير يخفف عنه، وبهذا ينتفي التمييز.

الرأي الراجح :

والذي يترجح عند الباحث - والله أعلم - هو القول بجواز التعزير بالمال، وذلك لقوة أدلتهم ولما ورد على أدلة المخالفين من مناقشة، ولأن التعزير بالمال قد يكون أشد زجراً من غيره من العقوبات، وذلك لحب الناس للمال وحرصهم الشديد عليه. ومن هذا المبدأ يجوز للحاكم أن يفرض من العقوبات الزاجرة لكل مخالف مستهتر، يعرض المجتمع إلى الفوضى والفساد، وهي عقوبات زاجرة تدخل تحت باب التعزير بالعقوبات المالية .

وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي⁽¹⁾ بشأن حوادث السير والتعزير المالي جواز العقوبات التعزيرية بالمال :

أ- إن الالتزام بتلك الأنظمة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية واجبٌ شرعاً، لأنه من طاعة ولي الأمر فيما ينظمه من إجراءات بناءً على دليل المصالح المرسله، وينبغي أن تشمل تلك الأنظمة على الأحكام الشرعية التي لم تطبق في هذا المجال.

ب - مما تقتضيه المصلحة أيضاً سنّ الأنظمة الزاجرة بأنواعها، ومنها التعزير المالي، لمن يخالف تلك التعليمات المنظمة للمرور لردع من يعرض أمن الناس للخطر في الطرقات والأسواق من أصحاب المركبات ووسائل النقل الأخرى أخذاً بأحكام الحسبة المقررة.

المطلب الثالث : رأي نظام المرور السعودي في المخالفات المرورية :

نص نظام المرور السعودي في الباب السابع : ضبط المخالفات وتحديد الجزاءات في المواد من (66-76) على صلاحية الجهات المخولة لضبط مخالفات هذا النظام وأن تتولى المحاكم المختصة الفصل في المنازعات وقضايا الحوادث المرورية .

مخلص أن نظام المرور السعودي يميز المخالفات المرورية ويجررها ضد المخالفين لأحكام النظام ولائحة الجزاءات والمخالفات المرورية.

المبحث الثالث : حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية في الفقه ونظام المرور السعودي :

المطلب الأول : حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية في الفقه الإسلامي :

الناظر إلى آراء الفقهاء والعلماء المعاصرين يجد أنهم بالغالب يميزون المخالفات المرورية وأنها تعتبر من العقوبات المالية التعزيرية وتحرير محل وسبب الخلاف بين العلماء المعاصرين وقع في التكييف الفقهي لمضاعفة

¹ . مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيرى بيجوان، بروناي دار السلام من 1 - 7 محرم 1414 هـ الموافق 21 - 27 حزيران (يونيو) 1993م، العدد 8 ، 171/2.

المخالفات المرورية حيث اختلفوا على رأيين أولهما : أن مضاعفة المخالفات المرورية تدخل في دائرة العقوبات التعزيرية ، فيجوز للقاضي من سلطته تقدير العقوبة ، بوضع حد أعلى في حال عدم سدادها في الوقت المتاح وهذا لا يدخل في الربا.

ثانيهما: أن مضاعفة المخالفات المرورية تعتبر ربا ، لأن المضاعفة بمرور الزمن من زيادة على الدين من أجل مرور الزمن وهذا هو ربا النسيئة ، وتأسيساً لما سبق فقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم مضاعفة الغرامات المالية على رأيين :

الرأي الأول : ذهب مجموعة من العلماء المعاصرين منهم الشيخ عبد المحسن العبيكان والشيخ عبد الله المطلق والشيخ صالح السدلان على جواز مضاعفة الغرامات المالية واستدلوا بما يلي⁽¹⁾ :

1. عقوبة مالية من قبل ولي الأمر، نتيجة انتهاك القانون أو ارتكاب خطأ معين و المخالفات المرورية ذات حدين، فمن سدد في الفترة المتاحة يطبق عليه الحد الأدنى، ومن لم يسدد فإن المخالفة تضاعف عليه، وهذا جائز ولا يدخل في الربا. وان هذه المخالفات من باب العقوبات المالية، التي هي مشروعة، في أصح أقوال أهل العلم، وهو رأي جمع من المحققين، كشيخ الإسلام ابن تيمية، استناداً لقول الرسول في حق مانع الزكاة، وغير ذلك من الأدلة.

وعلى الشيخ عبد الله المطلق رأيه قائلاً: " مضاعفة المخالفات تدخل في دائرة العقوبات التعزيرية، فيجوز للقاضي حينها من سلطته تقدير العقوبة، وذلك بوضع حد أعلى في حال عدم سدادها في الوقت المتاح، وذلك لا يكون ربا " .

2. وقال الشيخ عبد المحسن العبيكان⁽²⁾ : " فقد سألتني البعض عن حكم مضاعفة المخالفات المرورية ، فأجبتهم بأنني أعارض تضعيف المخالفات المرورية لأنها في الغالب تقع على الفقراء ومتوسطي الحال ، والناس اليوم أرهقتهم النفقات والديون، وظن البعض أنني أؤيد التضعيف ، ولكن كانت معارضتي للتضعيف صريحة ، وإنما التكييف الفقهي لهذه المضاعفات هو أنها من باب التعزير بالمال ، وليس من الربا لأن الربا هو التعامل بين طرفين وفي باب المعاوضات وليس هنا معاوضة بين طرفين ، وإنما هذه عقوبة يقصد بها ردع المخالف ووجدت ما يؤيد رأياً على ذلك بفتوى رقم (٦١٨٥) الصادرة عن اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء برئاسة سماحة المفتي السابق الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله ومضمونها أنه ورد للجنة خطاب من مدير عام مصلحة مياه ومجاري المنطقة الشرقية ونصه أن نظام مصالح المياه والمجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٢) في ١٣٩١/٦/٢٣ هـ يقضي في المادة (١٦) منه على أنه إذا لم يف المنتجع أو المرتفق بالمستحق عليه للمصلحة خلال سبعة أيام من تاريخ المطالبة فتندره المصلحة، فإذا لم يسدد خلال سبعة أيام من تاريخ الإنذار فتفرض عليه غرامة قدرها ٢٠٪ من المستحق عليه الذي لم يف به، فإذا لم يف بذلك فيتم استحصال المستحق عليه مع الغرامة طبقاً لقواعد جباية أموال الدولة. وتتساءل المصلحة عما إذا كان يوجد في تحصيل ما يعادل نسبة

1. صحيفة الشرق / نعيم تميم الحكيم ، العدد 138، بتاريخ 20/4/2012 م ، تحت عنوان : " مضاعفة المخالفات المرورية تفرض جدلية «ربا.. ليست ربا» ."

2. أرشيف ملتقى أهل الحديث - 1 / تم تحميله في: المحرم 1432 هـ = ديسمبر 2010 م ، رابط الموقع: <http://www.ahlalhdeth.com> فتوى رقم (211481) ،

٢٠٪ من المبلغ المستحق على المشترك على الوجه المشار إليه أية شبهة من الناحية الشرعية في ضوء العنصرين التاليين:

أ. أنه ليس ثمة قرض من جانب المصلحة للمشارك، وإنما هو مبلغ مستحق عن استهلاكه من المياه والارتفاق بالمجاري.

ب. إن هذه النسبة يقابلها الجهود المبذولة من جانب المصلحة مقابل المطالبة والإنذار.

وعليه فإنه لا مانع من أخذ المصلحة للغرامة المذكورة من باب التعزير بالمال لتحقيق المصلحة العامة، وذلك لا بأس به شرعاً في أصح قولي العلماء، سداً لذريعة التلاعب بالحقوق العامة.

الرأي الثاني: يرى الشيخ عبدالعزيز آل الشيخ⁽¹⁾ (2) والشيخ عبد الرحمن الأطرم⁽³⁾ والشيخ سعود الفهيسان⁽⁴⁾ عدم جواز مضاعفة المخالفات المرورية واستدلوها بما يلي:

1. أن مضاعفة المخالفات المرورية (ربا) ولا يجوز العمل به مطلقاً حتى لو القصد من ذلك حمل الناس على عدم ارتكاب المخالفات المرورية. وقد أجاب فضيلته على سؤال لأحد المتصلين على قناة المجد في برنامج (مع سماحة المفتي) والذي عُرض مساء الجمعة أن ما يُعمل به حالياً من مضاعفة للمخالفات المرورية من أوجه الربا وهي عبارة عن أموال كالدين أن لم تسددها خلال فترة معينة يتم مضاعفتها عليك وهذا الأمر يُعتبر ربا.

وقال الشيخ عبد الرحمن الأطرم: "لقد ثبت شرعاً أن المخالفة تعتبر دينا في الذمة، ومن ثم تكون المضاعفة بمرور الزمن زيادة على الدين من أجل مرور الزمن، وهو المبنى الفقهي بالقول إنها ربا، والله أعلم."

2. أن مضاعفة قيمة الغرامة فيها مشقة بينة، وأن الأمر يخالف مقتضى السياسة الشرعية لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - "اللهم، مَنْ وَلِيَ مِنْ أَمْرِ أُمَّتِي شَيْئاً فَشَقَّ عَلَيْهِمْ، فَاشْقُقْ عَلَيْهِ، وَمَنْ وَلِيَ مِنْ أَمْرِ أُمَّتِي شَيْئاً فَرَفَقَ بِهِمْ، فَارْفُقْ بِهِ"⁽⁵⁾.

3. عدم جواز مضاعفة العقوبة المالية في حال عدم السداد في غضون مدة محددة، وأنه في حال كانت الرغبة من مضاعفة المخالفة تحقيق الأرباح فالأمر يكون أشبه بالأعمال الربحية والربوية وليس مجراها مجرى العقوبات المالية⁽⁶⁾.

رد المجيزين على المانعين:

¹ أُرشيف منتدى الألوكة - 3/ تم تحميله في: المحرم 1432 هـ = ديسمبر 2010 م، رابط الموقع: <http://majles.alukah.net> فتوى رقم (49982).

² صحيفة عكاظ / نعيم تميم الحكيم ، العدد 3154، بتاريخ 2010/2/4 م، تحت عنوان "مضاعفة المخالفات المرورية ليست ربا".

³ صحيفة الشرق / نعيم تميم الحكيم ، العدد 138، بتاريخ 2012/4/20 م ، تحت عنوان: "مضاعفة المخالفات المرورية تفرض جدلية «ربا.. ليست ربا»".

⁴ مقال للدكتور سعود بن عبد الله الفهيسان ، مؤسسة رواد العلم الوقفية ، عنوان المقال: "الغرامات المالية للمخالفات المرورية" الأحد ، 28 ربيع الأول 1431 هـ.

⁵ أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الإمارة ، باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر، والحث على الرفق بالرعية، والنبي عن إدخال المشقة عليهم ، حديث رقم (1828) ، 1458/3.

⁶ أُرشيف ملتقى أهل الحديث - 1 / تم تحميله في: المحرم 1432 هـ = ديسمبر 2010 م ، رابط الموقع: <http://www.ahlalhdeth.com> فتوى رقم (155113) ، رقم 275/105.

1. وقد رد الشيخ عبد المحسن العبيكان على فتوى المانعين وأبدى استغرابه من الفتوى التي تعتبر أن مضاعفة المخالفات المرورية، من الربا المحرم شرعاً، مؤكداً في تصريحات صحفية، أن هذه الفتوى غير مبنية على أي أصل من أصول الشريعة، لأن الربا مبني على المعاوضة، والتعامل بين طرفين، أما بالنسبة للمخالفات المرورية، فهي عقوبة مالية من قبل ولي الأمر، نتيجة انتهاك القانون، أو ارتكاب خطأ معين، وبالتالي لا تعتبر ربا من الناحية الشرعية .

2. الناس تفسى فيهم الكسل والإهمال ولا يسددون المخالفات ونحن إنما خالصنا لهذا الرأي من باب التربية والاستصلاح !

رد المانعين على المجيزين : (1) .

1. أن مضاعفة الغرامات المالية: هي أن يجعل لسداد المبلغ وقتاً محدداً ثم يعاقب المتأخر على تأخره بالمضاعفة، إذن لدينا جريمتان: الأولى: نفس المخالفة -مثلاً- قطع الإشارة والثانية: جريمة عدم السداد خلال شهر من تاريخ المخالفة، إذاً الأحاديث التي يستدل بها على جواز مضاعفة الغرامات المالية هي متعلقة فحسب بالجريمة الأولى (الامتناع عن إعطاء الزكاة، كاتم الضالة) وليس فيها -بمحال- المضاعفة لأجل التأخر عن سداد ما عليه، فلا يصح إطلاقاً هذا الاستدلال.

2. لو جاز لنا أن نضاعف التعريم بالمال لجاز لنا أن نضاعف الجلد أو الحبس إذا لم يسلم الجاني نفسه كرجل زنى وعليه مئة جلدة فقلنا له إن تأخرت أصبح الحد عليك مئتين ولا قياس بين المسألتين إلا في جزئية واحدة وهي جعل العامل الزمني أساساً في مضاعفة العقوبة وهذا يدخلنا في إشكالية التأخر لعذر أو لغير عذر مع أن القانون الذي يقول بمضاعفة الغرامات لا يراعي -قطعاً- التأخر لعذر أو لغير عذر لفقر أو لغيره وفي هذا ظلم واضح .

3. الفقهاء يجعلون من عليه دية أو حق مالي -عموماً- من جملة الغارمين يعني مثل من عليه دين لا يملك له وفاء، فيجوز إعطاؤه من الزكاة، المهم أن من قطع إشارة وعوقب بالمخالفة أنه يكون مديناً فإن كان مديناً وقلنا له سدد دينك خلال شهر فإن لم تسده ضاعفنا عليك المبلغ فهذا هو ربا الجاهلية (إما أن تقضي وإما أن تربي).

4. اتفق العقلاء على أن المكبر لا يكبر، فالعقوبة هي إيلام مساو للمخالفة فكيف يكون الإيلام أعظم بكثير من المخالفة!!! وهذا كمن يلبس طفلاً صغيراً ثوباً لرجل كبير .

5. أما قولكم ونحن إنما خالصنا لهذا الرأي من باب التربية والاستصلاح، فالتربية والاستصلاح لا يكون إلا بما هو مباح شرعاً أو حسن عقلاً على الأقل، وهناك وسائل كثيرة من خلالها تضمنون أن يسدد الشخص الغرامة عاجلاً، ومنها الإجراءات التي تتخذ للمماطلين الذي يستدينون ولا يوفون ديونهم، ومنها أن يسجل المخالف رقم حسابه في القسيمة وفيها سماح بتحويل قيمة المخالفة ومنها أن جميع الشركات والمؤسسات والأفراد يسجلون أسماء من يعملون عندهم في أقسام الدولة بحيث يتصل المسؤول على صاحب المؤسسة أو وكيله ويقول : على موظفكم مخالفة بقدر كذا وكذا، وهناك وسائل كثيرة وكثيرة، ولكن بعض الناس عندما يقرأ أن الله حرم الخمر فقط فيظن أن الله حرم جميع الأشربة، وحتى من الناحية النفسية فالإنسان يتميز بالناحية الدفعية عندما يعرض ماله للخطر فيلجأ إلى أساليب ملتوية للتملص من العقوبة نفسها ويعم الفساد في الأرض، فالخاص أن مضاعفة العقوبات المالية للتأخير محرمة شرعاً وهي من أبواب الربا المحرم .

¹ . منتديات المشتاقون للجنة ، مقال للشيخ وليد محمد المصباحي ، تحت عنوان : " ما حكم مضاعفة المخالفات المرورية " ، نشر بتاريخ 2010/2/6 م .

والذي أميل إليه - والله أعلم - أن مضاعفة المخالفات المرورية ربا ، لأن المخالفات المرورية تعتبر ديناً في الذمة ومن ثم تكون مضاعفتها بمرور الزمن زيادة على الدين من أجل مرور الزمن. و أنه يكفي بأصل العقوبة المالية المقررة في المخالفة لسببين هما: أن أصل الجواز مختلف، وأن أصل العقوبة التعزيرية بمضاعفتها عند العجز عن السداد هو اختراع مبتدع ، وأن مسألة مضاعفة الغرامات المالية - بسبب تباين الأحكام والأقوال والتكيف الفقهي - جعل ملف مضاعفة المخالفات مفتوحاً أو محسوماً لصالح المرور إلا إذا كان لمجلس الشورى رأي آخر لإعادة الأمور إلى نصابها وهو الملجأ الأخير للمتضررين، وهذه المسألة بحاجة إلى نظر اللجنة الدائمة للإفتاء والبحوث المنبثقة من هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، وأن هذه المسألة لا تهم فرداً بعينه بل تهم المجتمع بأسره وعلى ذلك لا بد من الاجتهاد الجماعي في هذه المسألة بدلاً من الاجتهاد الفردي، والمسألة فيها اجتهاد ونظر وسعى لأقوال المجيزين والمانعين فمن أصاب فله أجران ومن أخطأ فله أجر، وأنا لا أتدخل في قوانين الدول وأنظمتها بل لا أتكلم عن أي مسألة تخالف أنظمة البلد وقوانينه بل يجب الالتزام بجميع الأنظمة مادام أن لها حظاً من النظر والاجتهاد كهذه المسألة.

المطلب الثاني : رأي نظام المرور السعودي في حكم مضاعفة الغرامات المالية للمخالفات المرورية :

الناظر إلى نظام المرور الجديد ولائحة الجزاءات والمخالفات المرورية يجد أن المادتين 68 و73 هما المتعلقتان بالغرامات المالية ومضاعفاتها وتنصان على ما يلي :

المادة الثامنة والستون: مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في نظام آخر ، يعاقب كل من يرتكب إحدى المخالفات الواردة في جدول المخالفات الملحقة بهذا النظام بما يلي :

1. غرامة مالية لا تقل عن خمسمائة ريال ولا تزيد على تسعمائة ريال ، أو بحجز المركبة مع الغرامة.
2. غرامة مالية لا تقل عن ثلاثمائة ريال ولا تزيد عن خمسمائة ريال ، أو بحجز المركبة مع الغرامة.
3. غرامة مالية لا تقل عن مائة وخمسين ريالاً ولا تزيد على ثلاثمائة ريال .
4. غرامة مالية لا تقل عن مائة ريال ولا تزيد على مائة وخمسن ريالاً.

المادة الثالثة والسبعون :

تحرر مخالفات السير بموجب نموذج ضبط موحد ومعتمد ، يحدد المخالفة ، والمدة المقررة لدفع قيمتها، وللمخالف دفع الحد الأدنى للغرامة لأقرب إدارة مختصة في مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تحرير المخالفة بموجب إيصال رسمي ، وعلى الإدارة المختصة في حال عدم التسديد في المدة المقررة إلزام المخالف بدفع الحد الأعلى للغرامة ، وتحدد اللائحة إجراءات ضبط المخالفات والمدد المقررة لدفع قيمتها.

وقد رد الشيخ سعود بن عبد الله الفنينان على هاتين المادتين بما يلي⁽¹⁾ :

" إن المادتين المشار إليهما أعلاه في نظام المرور، يدخلان في (الربا) المحرم شرعاً ، ووجه ذلك أن الغرامة المالية هي دين للمرور على المخالف يتعين عليه بموجب هذا النظام تسديدها. وقد حدد لها النظام حدين : أدنى وأعلى ، فإذا لم يسدد المخالف الغرامة في حدود شهر فإنها تضاعف عليه - سواء لمرة واحدة أو أكثر - وهذا عين (ربا النسيئة)

¹ . مقال للدكتور سعود بن عبد الله الفنينان ، مؤسسة رواد العلم الوقفية ، عنوان المقال : " الغرامات المالية للمخالفات المرورية " الأحد 28 ربيع الأول 1431 هـ

الحرم بإجماع العلماء وهو ربا الجاهلية كما جاء في موطأ الإمام مالك عن زيد بن أسلم قال: " كَانَ الرَّبَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الْحَقُّ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا حَلَّ الْأَجَلُ، قَالَ: أَتَقْضِي أَمْ تُرْبِي؟ فَإِنْ قَضَى أَخَذَ، وَإِلَّا زَادَهُ فِي حَقِّهِ، وَأَخَّرَ عَنْهُ فِي الْأَجَلِ " (1).

واقترح أن تعدل صياغة الغرامات دون تغيير في تحديدها في المادة (68) لتصبح دون حد أعلى أو أدنى كالآتي :

الغرامة رقم (1) 900 ريال.

الغرامة رقم (2) 500 ريال.

الغرامة رقم (3) 300 ريال.

الغرامة رقم (4) 150 ريال.

وتعدل المادة (73) لتصبح كالآتي : تحرر مخالفات السير بموجب نموذج ضبط موحد معتمد يحدد المخالفة وإذا سدد المخالف الغرامة في مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تحرير المخالفة فتخفف الغرامة في حقه لتصبح كالآتي:

الغرامة رقم (1) 500 ريال.

الغرامة رقم (2) 300 ريال.

الغرامة رقم (3) 150 ريال.

الغرامة رقم (4) 100 ريال.

وهذا التعديل المقترح لم يغير روح ولا تحديد الغرامة المحددة بالمادتين المشار إليهما ، و يمكن أن يعمم هذا التعديل ويعجل بإعلانه من صاحب الصلاحية دون اللجوء إلى اتخاذ إجراءات نظامية وقانونية من الجهة التي أصدرت النظام ، لأن التعديل المقترح لم يخالف نص ولا معنى تلك المادتين".

الخاتمة :

وفي ختام هذه الدراسة أضع بين يدي القارئ أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة وتكمن في النقاط الآتية :

1. القول الراجح - والله أعلم - هو جواز التعزير بالمال، وذلك لقوة أدلتهم ولما ورد على أدلة المخالفين من مناقشة، ولأن التعزير بالمال قد يكون أشد زجراً من غيره من العقوبات، وذلك لحب الناس للمال وحرصهم الشديد عليه. ومن هذا المبدأ يجوز للحاكم أن يفرض من العقوبات الزاجرة لكل مخالف مستهتر، يعرض المجتمع إلى الفوضى والفساد، وهي عقوبات زاجرة تدخل تحت باب التعزير بالعقوبات المالية .
2. المقصود في مضاعفة الغرامات المالية هي أن يجعل لسداد المبلغ وقتاً محدداً ثم يعاقب المتأخر على تأخره بالمضاعفة على المخالفة المرورية. وتحرير محل وسبب الخلاف بين العلماء المعاصرين وقع في التكييف الفقهي لمضاعفة المخالفات المرورية حيث اختلفوا على رأيين أولهما : أن مضاعفة المخالفات المرورية تدخل في دائرة

¹ . أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الربا في الدين، حديث رقم (83) 672/2، لم أقف على حكم لهذا الحديث فيما بحثت .

العقوبات التعزيرية ، فيجوز للقاضي من سلطته تقدير العقوبة ، بوضع حد أعلى في حال عدم سدادها في الوقت المتاح وهذا لا يدخل في الربا ، ثانيهما: أن مضاعفة المخالفات المرورية تعتبر ربا لأن المضاعفة بمرور الزمن من زيادة على الدين من أجل مرور الزمن وهذا هو ربا النسيئة ، والذي أميل إليه أن مضاعفة المخالفات المرورية ربا ، لأن المخالفات المرورية تعتبر ديناً في الذمة ومن ثم تكون مضاعفتها بمرور الزمن زيادة على الدين من أجل مرور الزمن.

3. يوصي الباحث ويقترح ما اقترحه الشيخ سعود عبد الله الفنيسان وخلاصته أن تعدل صياغة الغرامات دون تغيير في تحديدها في المادة (68) لتصبح دون حد أعلى أو أدنى كالاتي :

الغرامة رقم (1) 900 ريال.

الغرامة رقم (2) 500 ريال.

الغرامة رقم (3) 300 ريال.

الغرامة رقم (4) 150 ريال.

وتعدل المادة (73) لتصبح كالاتي : تحرر مخالفات السير بموجب نموذج ضبط موحد معتمد يحدد المخالفة وإذا سدد المخالف الغرامة في مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تحرير المخالفة فتخفف الغرامة في حقه لتصبح كالاتي:

الغرامة رقم (1) 500 ريال.

الغرامة رقم (2) 300 ريال.

الغرامة رقم (3) 150 ريال.

الغرامة رقم (4) 100 ريال.

وهذا التعديل المقترح لم يغير روح ولا تحديد الغرامة المحددة بالمادتين المشار إليهما ، و يمكن أن يعمم هذا التعديل ويعجل بإعلانه من صاحب الصلاحية دون اللجوء إلى اتخاذ إجراءات نظامية وقانونية من الجهة التي أصدرت النظام ، لأن التعديل المقترح لم يخالف نص ولا معنى تلك المادتين.

4. يوصي الباحث بإحلال وإيجاد وسائل كثيرة من خلالها يضمن نظام المرور أن يسدد الشخص الغرامة عاجلاً ، ومنها الإجراءات التي تتخذ للمماطلين الذي يستدينون ولا يوفون ديونهم ، ومنها أن يسجل المخالف رقم حسابه في القسيمة وفيها سماح بتحويل قيمة المخالفة ومنها أن جميع الشركات والمؤسسات والأفراد يسجلون أسماء من يعملون عندهم في أقسام الدولة بحيث يتصل المسؤول على صاحب المؤسسة أو وكيله ويقول : على موظفكم مخالفة بقدر كذا وكذا إلى غير ذلك من الوسائل.

■ ثبت المراجع :

واليك بيان أهم المراجع والمصادر التي رجعت إليها وهي كما يلي :

- أرشيف ملتقى أهل الحديث - 1 / تم تحميله في : المحرم 1432 هـ = ديسمبر 2010 م ، رابط الموقع : <http://www.ahlalhdeeth.com>
- أرشيف منتدى الألوكة - 3 / تم تحميله في : المحرم 1432 هـ = ديسمبر 2010 م ، رابط الموقع : <http://majles.alukah.net>
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق / زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970 هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط2، بدون تاريخ.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام / إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى : 799 هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986 م.
- 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 : 1021 هـ) ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج/ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ط بدون، 1983 م.
- سنن أبي داود/ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275 هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت ، وبدون تاريخ.
- سنن الدارقطني / أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385 هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 2004 م.
- شرح مختصر خليل / محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101 هـ) ، دار الفكر للطباعة - بيروت، ط بدون، وبدون تاريخ.
- صحيح أبي داود / أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى : 1420 هـ)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 2002 م.
- الطرق الحكمية/ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751 هـ)، مكتبة دار البيان، ط بدون، وبدون تاريخ.
- طلبة الطلبة / عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: 537 هـ) ، المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، 1311 هـ.
- العناية شرح الهداية / محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: 786 هـ)، دار الفكر، ط بدون، وبدون تاريخ.

- عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته/المؤلف: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: 1329هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2، 1415هـ.
- فتاوى الشبكة الإسلامية / لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، تم نسخه من الإنترنت: في 1 ذو الحجة 1430، هـ = 18 نوفمبر، 2009 م، <http://www.islamweb.net>
- الفتاوى الكبرى / تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، 1987م.
- فتاوى اللجنة الدائمة / اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض.
- كشف القناع عن متن الإقناع/ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، دار الكتب العلمية، ط بدون ، وبدون تاريخ.
- لائحة الجزاءات والمخالفات المرورية السعودي على موقع www.rt.gov.sa/breachs.php
- لسان العرب / محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، دار صادر - بيروت، ط3، 1414هـ.
- المستدرک علی الصحیحین / أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1 ، 1990م.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم/ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون تاريخ.
- المصنف / أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، المكتب الإسلامي - بيروت، ط2، 1403هـ.
- معالم القربة في طلب الحسبة / محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة، القرشي، ضياء الدين (المتوفى: 729هـ) ، دار الفنون «كمبردج»، وبدون تاريخ.
- معجم مقاييس اللغة / أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر ، 1979م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج/ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م.

- المملكة العربية السعودية، وزارة الداخلية ، الإدارة العامة للمرور، نظام المرور /الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/85 وتاريخ 1428/10/26هـ واللائحة التنفيذية له الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم 7019 وتاريخ 1429/7/3هـ ص 100.
- منتهى الإرادات / تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى الشهير بابن النجار (972هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1999م.
- الموطأ/ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان ط بدون، 1985م.
- نيل الأوطار/ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1 ، 1993م.

ضوابط تجديد الفقه الإسلامي - دراسة فقهية



د. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية

الشريعة والقانون جامعة صنعاء - اليمن

الملخص العربي للبحث :

تجديد الفقه الإسلامي واجب شرعي حتى يواكب المتغيرات والمستجدات المعاصرة، ولكن هذا الواجب ليس عينياً على كل مسلم، فهو على سبيل الكفاية لا يقوم به إلا الفقهاء المجددين الذين توفرت فيهم شروط الاجتهاد، إضافة إلى أن تجديد الفقه ينبغي أن يتم على وفق ضوابط صارمة تمنع تحريف الفقه أو تبديله، لذلك فإن هذا البحث محاولة جادة وموضوعية لتسليط الضوء على ضوابط تجديد الفقه.

الملخص الإنجليزي للبحث :

The renewal of Islamic Jurisprudence is a legal duty to keep up with the present variables and updates ,but this duty is not force On every Muslim it is for Sufficiency the Jurists do not do it except they have the conditions of the Understanding, in addition To The renewal of Jurisprudence that Should be according with strict controls avoid to change the Jurisprudence ,so this search tries A serious trying to .

مقدمة :

الحمد لله على جميع النعم، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد المبعوث إلى خير الأمم، وعلى آله وصحبه مفاتيح الحكم ومصايح الظلم : أما بعد : فإن هذه المقدمة تشتمل على مشكلة البحث وتساؤلاته ومناهج البحث وتقسيماته، وذلك على النحو الآتي :

أولا : مشكلة البحث وتساؤلاته :

ظهرت في العصر الحاضر دعوات كثيرة تطالب بتجديد الفقه الإسلامي لاستيعاب المتغيرات والوقائع الجديدة التي طرأت في هذا العصر، فاستغل بعض الأشخاص هذه الدعوات فتصدوا لتجديد الفقه الإسلامي وهم ليسوا مؤهلين لذلك، كما أن بعض المتفقيهيين فهموا أن التجديد ليس له ضابط، ولذلك فإن هذا البحث محاولة جادة وموضوعية لبيان ضوابط تجديد الفقه الإسلامي، والبحث في هذا الموضوع يثير تساؤلات عدة وهي :

- 1- ما المقصود بتجديد الفقه الإسلامي؟
 - 2- ما المقصود بضوابط تجديد الفقه الإسلامي؟
 - 3- هل التجديد يشمل كل أحكام الفقه؟
 - 4- ما هي ضوابط الاجتهاد والمجتهد المجدد؟
 - 5- ماهي ضوابط التجديد الفقهي المتعلقة بالنصوص الشرعية؟
 - 6- ماهي ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالمصلحة المرسله؟
 - 7- ماهي ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالاستحسان؟
 - 8- ماهي ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بسد الذرائع والاحتياط؟
 - 9- ماهي ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بعموم البلوى؟
 - 10- ماهي ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالعرف؟
 - 11- ماهي ضوابط التجديد عند النظر في المتغيرات والوقائع المعاصرة؟
- ثانيا : مناهج البحث :

استعمل الباحث المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي، إضافة إلى المنهج التحليلي بحسب مقتضيات البحث واحتياجاته.

ثالثا : تقسيمات البحث :

يتكون البحث من مقدمة وعشرة مطالب وخاتمة، وبيان ذلك على الوجه الآتي :

- المقدمة : وتشتمل على مشكلة البحث ومناهجه وتقسيماته.
- المطلب الأول : المقصود بتجديد الفقه الإسلامي وضوابطه.
- المطلب الثاني : حكم تجديد الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث : ضوابط متعلقة بالتجديد الفقهي ذاته.
- المطلب الرابع : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالاجتهاد والمجتهد.
- المطلب الخامس : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالمصلحة المرسله.

- المطلب السادس : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالاستحسان.
 - المطلب السابع : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بسد الذرائع والاحتياط.
 - المطلب الثامن : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بعموم البلوى.
 - المطلب التاسع : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالعرف.
 - المطلب العاشر : ضوابط التجديد عند النظر في المتغيرات والوقائع المعاصرة.
 - خاتمة البحث : وتتضمن اهم نتائج البحث وتوصياته.
- المطلب الأول : المقصود بتجديد الفقه الإسلامي وضوابطه :

بيان هذا المقصود يقتضي الإشارة إلى معنى الفقه ومعنى التجديد ومعنى الضوابط كل على حدة وذلك على النحو الآتي :

أولاً : معنى الفقه :

الفقه في اللغة يعني : الفهم مطلقاً، فالفقه هو العلم بالشيء وفهمه، والفقه: الفطنة، فيقال فقهاء الشيء أفقهه، وكل علم بشيء فهو فقه، وتطلق كلمة الفقه على الفهم العميق والدقيق⁽¹⁾.

أما معنى الفقه في الاصطلاح : فقد عرفه الأمدى بأنه : العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية⁽²⁾، وعرفه إمام الحرمين بأنه: معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد⁽³⁾، وقال ابن خلدون : الفقه معرفة أحكام الله في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر⁽⁴⁾.

وفي العصر الحاضر يطلق الفقه على كل الأحكام العملية سواء كان العلم بها طريقه النص القطعي أو طريقه النظر والاجتهاد، وزادوا طريق التخريج، أو الترجيح على قواعد فقه الأئمة، فأشتمل الفقه في الوقت الحاضر على ثلاثة أنواع من الأحكام :

1. أحكام نزل بها الوحي لا تحتاج إلى تجديد نظر وفكر من النصوص.
2. أحكام مستفادة بطريق النظر والاجتهاد من النصوص.
3. أحكام مخرجة على أقوال الأئمة، وليس النصوص.

حيث تطلق كلمة الفقه في الوقت الحاضر على كل الأحكام العملية سواء القطعي منها أو الظني، ويطلق الفقه على ما تتفاوت فيه الأفهام والأنظار، وفي هذا الشأن ينبغي بيان الفرق بين الشريعة وبين الفقه، فيكون المراد بالشريعة هو الدين أي نصوص الشرع، وقواعده الكلية المستمدة من نصوصه، أي الأحكام الثابتة الخالدة، ويكون الفقه هو: الفهم

(1) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر بيروت 1992م ، مادة (جد) 216/1.

(2) الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ج 1 ص 22.

(3) الورقات ج 1 - ص 7 - للمع في أصول الفقه ج 1 ص 3.

(4) مقدمة ابن خلدون، ابن خلدون، 23/5.

البشري لنصوص الشريعة التي تعد مجالاً للاجتهاد، فالفقه أخص من الشريعة، وهي أعم، ولذا فإن آراء الفقهاء لا تأخذ صفة الثبات والدوام، في حين أن الشريعة محكمة ثابتة خالدة إلى يوم الدين⁽¹⁾.

ثانياً: معنى التجديد :

التجديد في اللغة: مصدر جَدَّدَ يَجِدِّدُ تَجْدِيداً، والجديد ضد القديم، وتجدد الشيء: صار جديداً، وجدَّه أي: استحدثه، وصيره جديداً، جَدَّهُ واسْتَجَدَّهُ: صَيَّرَهُ جَدِيداً (فَتَجَدَّدَ⁽²⁾ وَجَدِّدْتُ) بالشيء (أَجَدُّ) من باب: تعب إذا حظيت به، وهو (جَدِيدٌ عِنْدَ النَّاسِ) فعيل بمعنى: فاعل، يقال: جدد ثوبه: أي لبسه جديداً⁽³⁾ فالتجديد يعني تجدد الشيء بنفسه، ونموه وزيادته بدون فعل، أما استحداث التجديد فيعني: إدخال التحسين عليه حتى يصير جديداً.

أما التجديد في اصطلاح العلماء: فقد وردت أقوال كثيرة في معناه، منها (التجديد: اسم جامع لكل ما يحقق ويطبَّق الشريعة على الواقع وينفي ما يخل بها)⁽⁴⁾، والتجديد أما أن يكون في الدين أو يكون في الفقه لان معنى تجديد الدين يختلف عن تجديد الفقه.

أ- تجديد الدين :

المراد بتجديد الدين: إحياء ما اندرس من العمل بالكتاب والسنة، والأمر بمقتضاهما، وإماتة ما ظهر من البدع والمحدثات⁽⁵⁾.

فقد ورد في عون المعبود أن تجديد الدين: يبين السنة من البدعة، ويكثر العلم، ويعز أهلها، ويقمع البدعة، ويكسر أهلها، وبهذا يكون التجديد معناه: إحياء الدين، يعني بيان ما غفل عنه الناس وتركوه، أو أهملوه، وحثهم على العمل به، فهو يربط بين العلم والعمل⁽⁶⁾، فلا يلزم من التجديد إضافة شيء جديد إلى الدين، ولا حذف شيء منه ونبذ⁽⁷⁾.

كما ورد في مجالس الأبرار أن المراد من تجديد الدين هو: إحياء ما اندرس من العمل بالكتاب والسنة والأمر بمقتضاهما⁽⁸⁾.

ب- معنى تجديد الفقه :

الفقه هو الفهم البشري لنصوص الشرع فهماً صحيحاً، وإن اختلف وتنوع من مكان لآخر لأن السنة الإلهية لا تقضي على الناس في كل بقاع الأرض بأن يكونوا نمطاً واحداً من حيث التقاليد والأعراف والقدرات والافهام فهم مختلفون، ولو شاء ربك لجعلهم أمة واحدة ولذلك خلقهم، قال تعالى: ﴿ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم

(1) من ضوابط تجديد الفقه الإسلامي، د. حسن خطاب، مجلة كلية الآداب جامعة المنوفية العدد (61) أكتوبر 2007 م ص 8.

(2) القاموس المحيط ج 1 - ص 346 المصباح المنير ج 1 ص 92.

(3) تاج العروس ج 2 ص 314 ط/ دار الفكر - المعجم الوسيط ج 1 ص 109 ط/ دار الدعوة .

(4) التجديد في فقه المعاملات المالية المعاصرة، د. رياض منصور الخليفي ص 7.

(5) من ضوابط تجديد الفقه الإسلامي، د. حسن خطاب ص 9.

(6) عون المعبود ج 11 ص 264 .

(7) التجديد في الإسلام ص 45 كتاب المنتدى الإسلامي بالرياض الطبعة الرابعة 1422.

(8) المرجع السابق ج 11 ص 264 ص 265.

وألوانكم إن في ذلك لآيات للعالمين⁽¹⁾ كما أن معجزة الإسلام تختلف عن كل الأديان في أنها : معجزة عقلية، عملية، وليست مرتبطة في وجودها بحياة الرسول صلى الله عليه وسلم، وشخصه مثل المعجزات السابقة، وإنما هي معجزة أبدية خالدة أبد الدهر، فهي تخاطب العقل والوجدان، وتدعو كل إنسان على ظهر الأرض إلى الحق، وإذا كانت السنة الإلهية خاصة باختلاف الخلق في الألسنة والألوان في الزمن الواحد، فإن اختلافهم عبر القرون يستدعي ضرورة تجديد الفهم بكل زمن وعصر ومكان يتلاءم مع طاقاته، وأعرافه، وأحواله، وإذا كان تجديد الفقه يعني: جودة الفهم، والاستنباط، والابتكار في تنزيل النص الواقع طوعاً للقواعد المعروفة في أصول الفقه⁽²⁾.

فالتجديد بذلك لا يعني التخلص من القديم وهدمه، وإنما يعني الاحتفاظ به، وإدخال التحسين عليه، وتنميته بأساليبه التي أثمرت تلك الثروة الفقهية التي تعزز بها الأمة الإسلامية في كل عصر، دون المساس بثوابته واستيعاب المتغيرات والمستجدات والوقائع المعاصرة وبيان الحكم الفقهي منها عن طريق الاجتهاد، وبهذا المعنى يجمع منهج التجديد الفقهي بين ثبات الأصول، وتطور الفهم والاجتهاد والتطبيق.

ولاشك أن هناك أوجه شبه واختلاف بين تجديد الدين وتجديد الفقه، فالتجديد للدين يكون بدراسة معالم الدين ونشرها والتجديد للفقه يكون بالإضافة والإثراء له نظراً لكثرة المستجدات، وكذلك يكون التجديد بمعنى الحذف والإلغاء من خلال تنقيح موضوع التجديد وتنقيته من كل ما لحق به ومما ليس منه، والتجديد قد يكون عاماً وقد يتجزأ في مجاله وموضوعه، والمجددون قد يتعددون في البلد الواحد والزمن الواحد، سواء كان ذلك في القضية الواحدة والقضايا المتعددة⁽³⁾، فالتجديد بمعناه الشامل هو تحقيق الشريعة في الواقع ونفي كل ما يخل بها، في حين أن التجديد بمعناه الخاص هو الاجتهاد الأصولي ومعناه بذل الوسع والطاقة في طلب الحكم الشرعي.

وتجديد الشيء ليس معناه إزالته وإنشاء شيء جديد مكانه، فهذا ليس من التجديد في شيء، وتجديد الشيء يعني الإبقاء على جوهره ومعلمه وخصائصه وترميم ما بلي منه وتقوية ما ضعف من جوانبه، فلو أردت تجديد جامع أثري أو قصر أثري فلا بد أن تحافظ عليه وعلى خصائصه وروحه ومادته ما استطعت، ولكن تجدد من ألوانه ما ذهب ومن بنائه ما تهالك وتحسن من مداخله وتجميل الطريق إليه، فتجديد الفقه لا بد أن يكون من داخله وبأدواته الشرعية وعن طريق أهله وعلمائه لا بالإغارة عليه ولا بالافتيات على أهله ولا بإدخال عناصر غريبة عنه وفرضها عليه عنوة⁽⁴⁾، كما أن تجديد الفقه مأخوذ من الجدة والقوة، والتجديد إعادة الجدة وأن المراد بتجديد الدين ما يعيد له القوة ويرجعه إلى أصل صفائه الذي كان عليه حين البعثة وتنزل الوحي وليس التجديد التغيير والتبديل، فالتجديد هو العودة إلى أصل الشيء عند بدايته وظهوره لأول مرة وإصلاح ما أصابه من خلل أو ناله من ضعف ليعود قوياً كما كان حين بدأ وذلك بإبراز حقائقه الناصعة وتجليه خصائصه المميزة، فيكون تجديد الدين وتجديد الفقه بتقوية التمسك به وإحسان تطبيقه وتنفيذه، وبناءً على ذلك فتجديد الدين لا يكون إلا بالدين وللدين لا بالدنيا ولا للدنيا ولا يكون إلا من داخل الدين وبمفاهيم

(1) سورة الروم آية 22.

(2) الفقه بين الأصالة والتجديد د/ القرضاوي ص 22 - التجديد في الفقه الإسلامي د/ محمد الدسوقي ص 47.

(3) القاعدة الفقهية حجيتها وضوابط الإستدلال بها، د.رياض منصور الخليفي، وزارة الأوقاف الكويت الطبعة الأولى ص 95.

(4) الفقه بين الأصالة والتجديد، د. يوسف القرضاوي ص 25.

الدين لا من خارج الدين⁽¹⁾، وهناك فرق بين تجديد الدين وتجديد الفقه، إذ أن الغالب في تجديد الدين العودة إلى أصله وإزالة ما علق به في حين أن الغالب في تجديد الفقه البحث عن الحكم الفقهي للوقائع والمستجدات المعاصرة.

ثالثاً: معنى الضوابط :

الضوابط جمع ضابط وهو الحازم ومصدرها (ضبط) بمعنى ضبط الشيء حفظه بالحزم وبابه ضرب⁽²⁾، والضابط هو ما يقصد به نظم صور متشابهة أو هو ما عمّ صوراً أو ما كان القصد منه ضبط صور نوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها وإلا فهو القاعدة، والضابط يجمع فروعاً من باب واحد والقاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والواجب في الضوابط هو الجمع والانعكاس حيث يدخل فيها جميع أفراد المضبوط، ومرجع الضوابط الشرعية إلى كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه و سلم ومصادر الشريعة الإسلامية الأخرى⁽³⁾، إذن فضوابط تجديد الفقه هي التي تجعل التجديد للفقه الإسلامي يتجه إلى الوجهة التي ابتغاها الشارع تبارك وتعالى في صلاحية الفقه الإسلامي لكل زمان ومكان إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والضوابط هي التي تحول دون أن يتحول التجديد للفقه الإسلامي إلى تبديل أو تقليد أو تجميد أو تغيير أو تحريف أو إتباع للهوى فذلك منهي عنه، والضوابط هي التي تفرق بين التجديد المنضبط للفقه الملتزم بشروط وضوابط التجديد وبين التجديد المتعسف للفقه الذي لا يلتزم بتلك الشروط والضوابط، وضوابط تجديد الفقه الإسلامي كثيرة ومتنوعة ومختلفة فمنها ما يتعلق بالمحدد المجتهد ومنها ما يتعلق بالاجتهاد أو التجديد ذاته ونطاقه ومنها ما يتعلق بمصادر التشريع الإسلامي ومنها ما يتعلق بالمستجدات المعاصرة ومنها ما يتعلق بالواقع والمجتمع الذي يتم تجديد الفقه الإسلامي فيه، ومن هذه الضوابط ما هو ثابت ومنها ما هو متغير، وسوف نشير إلى ذلك في موضعه من هذا البحث.

(1) منهج استنباط الاحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، د. صالح بن حميد ص235.

(2) لسان العرب، مادة (ضبط).

(3) معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دارالفضيلة 2008م ص263.

المطلب الثاني : حكم تجديد الفقه الإسلامي :

تجديد الدين بصفة عامة، والفقه بصفة واجب شرعي كفائي، فقد أمر الله به في القرآن المجيد، ودعا إليه النبي ﷺ في السنة الشريفة ومن ذلك ما يلي :

- 1- قوله تعالى : ﴿ وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون ﴾⁽¹⁾ فهذه الآية تدل على وجوب التفقه في الدين، فعلى الأمة مسؤولية التفقه في الدين والتجديد، لمواجهة مشكلاتها المتجددة والمتطورة وتطبيق صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.
- 2- روى أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة من يجد لها أمر دينها "⁽²⁾ فهذا الحديث يدل على أن التجديد سنة إلهية للأمة المحمدية، ولا يخلو عصر من العصور، لكي ينفوا عن الدين تحريف المغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين⁽³⁾ ،
- 3- قوله صلى الله عليه وسلم : (إن الإيمان ليخلق في جوف أحدكم كما يخلق الثوب الخلق فأسالوا الله أن يجدد الإيمان في قلوبكم)⁽⁴⁾ ، فالحديث صريح في وجوب تجديد الدين.
- 4- قول الإمام علي كرم الله وجهه: لن تخلو الأرض من قائم لله بالحجة لكي لا تبطل حجج الله، وبيناته، أولئك هم الأقلون عددا، الأعظمون عند الله قدرا⁽⁵⁾ ، فهذا الأثر يدل على وجوب تجديد الدين والفقه.
- 5- جمع السيوطي في رسالته الأصولية الرد على: من أخذ إلى الأرض، وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، أقوال العلماء في أن كل عصر لا يخلو من مجتهد، أو مجدد لقوله ﷺ : " لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله "⁽⁶⁾ ، وفي ذلك دليل على وجوب التجديد.
- 6- أن الحاجة ماسة إلى تجديد الفقه في كل عصر، لمواجهة المشكلات التي تستجد في مختلف العصور، ومن أجل تجديد الدين في النفوس، وهداية الناس، وإرشادهم، والأخذ بأيديهم إلى صراط الله المستقيم⁽⁷⁾ .
- 7- الفقه هو الفهم الصحيح للأدلة الشرعية الذي يواجه كل عصر بما يستجد فيه، ولم يكن موجوداً من قبل، ومن ثم فإن التجديد ضرورة ليس شرعية فحسب، وإنما اجتماعية لصياغة حياة المسلمين في كل عصر، صياغة جديدة تواكب التغيرات من ناحية، وتحافظ على حيوية الإسلام من ناحية أخرى، وتشق للمسلمين طريقاً للمشاركة في صنع التقدم الحضاري، لأن الهدف من تجديد الفقه هو مواكبة التطور الاجتماعي والاقتصادي والحضاري ولا سبيل لذلك إلا عن

(1) سورة التوبة آية 122.

(2) أخرجه أبو داود ك الملاحم 1 ت / 1 م باب ما يذكر في قرن المائة ج2ص511 رقم 4291 ط/ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية سنة 1415 هـ - والبيهقي في ك المعرفة عن أبي هريرة ص 52 - والحاكم في المستدرک کتاب معرفة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ج4ص567 في التلخيص ج 4 ص 522 - والخطيب في التاريخ ج 2 ص 61 - والهروي في ذم الكلام ج 2 ص 111 - وابن عدي في الكامل ج 1 ص 14 - وصححه المناوي والألباني - يراجع السلسلة الصحيحة ج 2 ص 148 رقم 599 ط/ مكتبة المعارف بالرياض سنة 1415 هـ، 1995 م

(3) عون المعبود ج 11 ص 261.

(4) المستدرک، للنيسابوري 149/2 باب الأمر بسؤال تجديد الأيمان حديث رقم (5) رواه الحاكم وقال رواه ثقات ووافقه الذهبي 4/1.

(5) فيض القدير ج3ص366 - صفة الصفوة ج1ص331 تاريخ دمشق ج14ص18 حلية الأولياء ج1ص80.

(6) أخرجه البخاري كتاب المناقب باب سؤال المشركين أن يريهم النبي صلى الله عليه وسلم آية فأراهم انشقاق القمر و مسلم كتاب الإمارة 53 - باب قوله صلى الله عليه وسلم (لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم) ج 3 ص 1523 أبو داود ج 3 ص 1331 وأبو داود كتاب الجهاد 4 ت / 4 م باب في دوام الجهاد ج 2 ص 7 قال الشيخ الألباني : صحيح .

(7) التجديد في الفكر الإسلامي عدد 75 تقديم د/ حمدي زقزوق ص 4، 5.

طريق تجديد الفهم، وتجديد النفوس تمهيداً لإثراء بالمزيد من الإبداع الذي يضيف جديداً إلى دنيا الناس في جميع المجالات، الأمر الذي من شأنه أن يصلح للناس دينهم وديناهم على حد سواء، وإذا كان التجديد مطلوباً في كل عصر، فإنه في العصر الحاضر أشد طلباً، والحاجة ماسة إليه أكثر من أي عصر مضى، من أجل المتغيرات الجديدة والتحديات المعاصرة، وحتى تستطيع الأمة أن تواكب ركب الحضارة، وتنهض من كبوتها، وتسترد مكانتها، وتنشط في فكرها.

8- لا خلاف بين علماء الإسلام المتقدمين و المتأخرين في حقيقة صلاحية الإسلام لكل زمان ومكان، ولذلك فإن التجديد للفقه الإسلامي واجب شرعي.

ومع هذا فقد اقترن مصطلح تجديد الفقه بملاسات تاريخية جعلت بعض العلماء يتخوف من إطلاق هذا المصطلح⁽¹⁾.

ولا ريب أن الشارع تبارك وتعالى قد أذن بتجديد الفقه كي يكون صالحاً لكل زمان ومكان، فقد عرف المسلمون فئة من العلماء الإعلام الذين أطلق عليهم أسماء المجددين في العصور الإسلامية المختلفة، حيث عرف تاريخ امتنا مجددين من أمثال عمر بن عبد العزيز الذي جدد سنن الخلفاء الراشدين بعد اندراسها و الشافعي الذي وضع علم أصول الفقه والغزالي الذي أحيا الله به علوم الدين والأمام المرتضى والأمام يحيى بن حمزة والشوكاني وابن الأمير وابن الوزير وولي الله الدهلوي وغيرهم كثير.

المطلب الثالث : ضوابط متعلقة بالتجديد الفقهي ذاته :

حتى يحقق التجديد هدفه ينبغي الالتزام في أثناء عملية التجديد بضوابط أهمها أن يكون التجديد فيما يجوز فيه الاجتهاد وان يكون التجديد وثيق الصلة بواقع المسلمين وان يتم التطبيق العملي للتجديد وان يتضمن التجديد تجديد وأحياء روح الدين في نفوس الأمة.

وبيان هذا الضوابط على النحو الآتي :

الضابط الأول: أن يكون التجديد فيما يجوز فيه الاجتهاد، وهو ما كان دليلاً ظنياً من الأحكام سواء الظني: الثبوت، أو الدلالة، أو هما معاً، فلا مجال للتجديد في الأمور القطعية مثل: فرضية الصلاة والصيام والحج وتحريم الخمر والخنزير، وأكل الربا وأكل مال اليتيم، ووجوب رجم المحصن الزاني، وجلد الزاني غير المحصن، وقطع يد السارق وتوزيع التركة بين العصابات : للذكر مثل حظ الأنثيين، ونحو ذلك من الأحكام القطعية المعلومة من الدين بالضرورة⁽²⁾.

وهذا الأمر يقتضي بيان ما لا يجوز التجديد فيه وما يجوز، وذلك على الوجه الآتي :

1- ما لا يجوز التجديد فيه :

المسائل التي لا يجوز التجديد فيها قليلة ومحصورة، وهي الآتية :

المسألة الأولى : ما علم من الدين بالضرورة :كوجوب الإيمان بالله، وملائكته، واليوم الآخر والقدر خيره وشره ووجوب الصلاة والصيام والزكاة وتحريم الربا والسرقة والقتل ونحوها.

(1) الفقه الإسلامي بين الإصالة والتجديد، د.يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، 2001م ص134.

(2) من ضوابط تجديد الفقه الإسلامي، د. حسن خطاب ص13.

المسألة الثانية : الأحكام التي جاء فيها نص قطعي الدلالة والثبوت مثل: كفارة اليمين الثابتة بأية المائدة في قوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته ﴾⁽¹⁾ فهو نص قطعي الثبوت؛ لأنه قرآن، وقطعي الدلالة في مقدار الكفارة، وهكذا سائر المقدرات المنصوص عليها في القرآن والسنة المتواترة كالحدود والكفارات، ومقادير الزكوات، وأعداد الصلوات ونحوها، فلا مجال للاختلاف فيها أو للتجديد فيها.

المسألة الثالثة : الأحكام العملية التي لا تحتمل تأويلًا والثابتة بالسنة الفعلية للرسول ﷺ مثل: شروط الصلوات وأركانها، ومواقيتها حيث قال ﷺ : " صلوا كما رأيتموني أصلي " ⁽²⁾ وقوله ﷺ في مناسك الحج : " لتأخذوا مناسككم " ⁽³⁾ ، فلا مجال للتجديد في هيئة ومناسك الحج، والصلاة، وشروط ذلك كله ⁽⁴⁾.

2- ما يجوز التجديد فيه :

المسائل التي يجوز التجديد فيها كثيرة جداً أكثر من تلك المسائل التي لا يجوز التجديد فيها، فماعد المسائل التي لا يجوز التجديد فيها فأنها تكون قابلة للتجديد، ولذلك سوف نكتفي بالإشارة فقط إلى بعض المسائل التي يجوز التجديد فيها، وذلك على سبيل المثال وليس الحصر، فمن المسائل التي يجوز التجديد فيها ما يأتي :

أ- ما فيه نص قطعي الثبوت ظني الدلالة مثل : عدة المطلقات من ذوات الإقراء ، فإن النص فيها قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ⁽⁵⁾ فالآية قطعية الثبوت، لكنها ظنية الدلالة؛ لأن القراء لفظ (ظاهر) مشترك وضع لمعنيين : إما الطهر، وإما الحيض، ودلالته على أحدهما ظنية، فعلى المجتهد بذل وسعه وجهه في الوصول إلى تحديد أي المعنيين المراد من النص ⁽⁶⁾.

ب- ما فيه نص ظني الثبوت قطعي الدلالة مثل : ما نقل بطريق غير متواتر من المقدرات مثل : قوله ﷺ : " في خمس من الإبل صدقة أو شاة " ⁽⁷⁾ فطريق الاجتهاد والتجديد في سننه الظني الثبوت لا في دلالته لأنها قطعية.

ت- ما كان ظني الثبوت ظني الدلالة وهو كثير مثل قول النبي ﷺ : " لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب " ⁽⁸⁾ فهو ظني لأنه خبر أحد، فطريقة الثبوت ليس قطعياً، كما أنه ظني الدلالة؛ لاحتماله أكثر من معنى إذ يحتمل: لا صلاة كاملة إلا بفاتحة الكتاب كما فهم الحنفية، أو لا صلاة صحيحة إلا بفاتحة الكتاب كما فهم الشافعية.

(1) سورة المائدة آية 89.

(2) -صحيح البخاري كتاب الأذان ،باب الأذان للمسافر إذا كانوا جماعة والإقامة وكذلك بعرفة وجمع وقول المؤذن الصلاة في الرحال في الليلة الباردة أو المطيرة رقم (605) ج 1 ص 226 ج 5 ص 2238،ورد في عدة مواضع أخرى بأرقام (5662,6819) الموطأ رواية محمد بن الحسن ج 2 ص 60.

(3) أخرجه مسلم كتاب الحج ، باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحرراكبا وبيان قوله صلى الله تعالى عليه وسلم لتأخذوا مناسككم رقم (1297) ج 2 ص 943 وقال : هذه اللام لام الأمر ومعناه خذوا مناسككم ، سنن أبي داود كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار رقم (1970) ج 1 ص 604 قال الشيخ الألباني : صحيح سنن البيهقي الكبرى ج 5 ص 125- الموطأ رواية محمد بن الحسن ج 2 ص 329.

(4) من ضوابط تجديد الفقه الاسلامي، د.حسن خطاب ص23.

(5) سورة البقرة آية 228.

(6) المرجع السابق ص23.

(7)مسند أحمد بن حنبل ج 2 ص 14 - سنن ابن ماجه ج 1 ص 573- سنن الترمذي ج 3 ص 17 سنن أبي داود ج 1 ص 490 - المعجم الأوسط ج 7 ص 304 - المستدرک ج 1 ص 549 - سنن الدارقطني ج 2 ص 112.

(8) أخرجه البخاري كتاب صفة الصلاة ، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها في الحضر والسفر وما يجهر فيها وما يخافت رقم (723) ج 6 ص 2740 - أخرجه مسلم في الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة. رقم 394 ج 1 ص 295 السنن النسائي ج 2 ص 137 .

ث- ما لم يرد فيه نص، وهذا محل للتجديد بحثاً عن معرفة حكمه قياساً بنظائره وأشباهه مما نص عليه سواء بطريق القياس أو المصالح أو الاستحسان أو سد الذرائع وغيرها من الأدلة العامة المختلف في تحديدها، وذلك مثل جمع المصحف بعد حروب الردة، وجمع قراءاته في عهد عثمان - رضي الله عنه - وغير ذلك مما لم يرد فيه نص، واجتهد الصحابة فيه إعمالاً لمبدأ المصلحة⁽¹⁾.

الضابط الثاني : أن يكون التجديد وثيق الصلة بواقع المسلمين وعلى ضوء النصوص التشريعية بمعنى أنه ينبغي الحذر من الوقوع تحت ضغط الواقع القائم في المجتمعات اليوم، وهو واقع لم يصنعه الإسلام بعقيدته وأخلاقه وشريعته، ولم يصنعه المسلمون بآرائهم وعقولهم وأيديهم، وإنما هو واقع صنع لهم، وفرض عليهم في زمن غفلة وضعف وتفرق وورثه الأبناء عن الآباء والأحفاد عن الأجداد وبقي كما كان ، فليس معنى التجديد أن نحاول تبرير هذا الواقع الذي فرضه المستعمرون، ونفتعل الفتاوى لإضفاء الشرعية على هذا الواقع، والاعتراف به⁽²⁾، فيجب أن نعرف الفرق بين ما يحسن اقتباسه، وما يجب مقاومته، فنرحب بكل جديد نافع كما نحفظ بكل قديم صالح، ومن ثم يجوز أن نأخذ من أنظمة الشرق والغرب ما لا يخالف عقيدتنا مما يحقق مصلحة لمجتمعنا على أن يصبغ بصبغة إسلامية حتى يعد جزءاً من نظامنا ويفقد جنسيته الأولى⁽³⁾، وبالتالي يلزم للتجديد المعاصر، حتى يكون وثيق الصلة بالواقع في ضوء النص مراعيًا ما يلي :

أ- مراعاة تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان.

ب- الجمع بين الأصالة والمعاصرة، بالأخذ بالجديد النافع، والتمسك بالقديم الصالح⁽⁴⁾.

ج- أن نأخذ من أنظمة الغير ما يتفق مع شريعتنا، ويحقق مصالحنا، ومحاولة تطويره؛ ليعد جزءاً من نظامنا يعبر عن قيم المجتمع المسلم وتقاليد، وهذا كله حتى لا نقع في تطوير النصوص لتتفق مع الواقع، فنكون قد وقعنا في الخطور، وبدلاً من التجديد سنكون قد انتهجنا طريق التغيير والتحريف الذي سلكته الأمم السابقة من قبل، فإن تدبر الواقع الذي صنع بتأثير الغزو الأجنبي المادي والأدبي، وإضفاء الشرعية عليه سواء كان واقعاً تحت تأثير الهزيمة النفسية أمام حضارة الغرب وفلسفاته أو كان بحجة التيسير على الناس في أمر دينهم وديناهم مع مخالفته لقواعد الشرع فيه خلط للأمور، وتضييع للمصالح الشرعية، فلا تفريط ولا غلو، وإنما يكون التجديد مراعيًا فيه الاعتدال والعلم والورع وذلك؛ لأن الاعتدال هو العاصم من الغلو والتفريط، والعلم هو العاصم من الجهل الخطأ، والورع هو العاصم من الضلال والهوى⁽⁵⁾، فلا يتعارض التجديد مع القواعد الشرعية المجمع عليها، حتى يكون جامعاً بين محكمات الشرع، وبين مقتضيات العصر⁽⁶⁾.

(1) الفقه الإسلامي للشيخ جاد الحق ص 141-142.

(2) الفقه الإسلامي بين الأصالة والمعاصرة د/ القرضاوي ص 46 .

(3) من ضوابط تجديد الفقه الاسلامي، د.حسن خطاب ص24.

(4) المرجع السابق ص26.

(5) الاجتهاد المعاصر للقرضاوي ص 91.

(6) من ضوابط تجديد الفقه الاسلامي، د.حسن خطاب ص25.

الضابط الثالث للتجديد هو التطبيق العملي له :

لأن التجديد ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة لمواكبة الفقه للواقع، والالتزام به، فإذا لم يجد الاجتهاد مجالاً للتطبيق، يظل فكراً نظرياً محضاً لا ينفع الناس، حتى يتحول من القول إلى الفعل، فالتطبيق العملي للتجديد هو الذي يثبت صلاحيته للحياة، ويكشف عما به من سلبيات يمكن معالجتها؛ لتصبح أكثر ملائمة للعمل بها، وأكثر تأثيراً في الواقع.

وهذا هو وجه صلاحية الشريعة الدائمة، مهما تباينت العصور، واختلفت البيئات، وكثرت المشكلات، ولأن الشريعة إنما جاءت من أجل العمل بها، وليست نصوصاً يتبرك بها، دون أن يأخذ الناس أنفسهم باليسير على منهجها في شتى مناحي الحياة⁽¹⁾.

والواقع الآن خير شاهد على ذلك، فقضايا المعاملات المالية والاقتصادية في كل الدول الإسلامية الآن بعيدة عن فقه المعاملات الإسلامي؛ بسبب هيمنة العالم الغربي على اقتصاد العالم بصفة عامة، والشعوب العربية والإسلامية بصفة خاصة، فأصبح البحث فيها يواجه صعوبات تفوق مسيرة التقدم فيه؛ لعدم التطبيق العملي له، بخلاف فقه الأحوال الشخصية، إذ بسبب الاعتراف به في كثير من الدول الإسلامية تطور تطوراً ملحوظاً⁽²⁾، ونشطت الاجتهادات فيه بسبب وجود واقع عملي تطبيقي له في الحياة المعاصرة، يظهر إيجابيات، وسلبيات الاجتهادات المتغيرة، فتجديد الفقه بدون الالتزام بتطبيقه، وإيجاد تربة صالحة له، دعوة إلى الترف الفكري والدراسة النظرية المجردة التي لا تفيد شيئاً، فلا مناص من أن يتفاعل التجديد مع حركة المجتمع كي يظهر أثره في تقدم المجتمع، وقوته والنهوض برسالته الشريفة، وكما قال الله تعالى: ﴿ إن هذا القرآن يهدي للتي هي أقوم ويبشر المؤمنين الذين يعملون الصالحات أن لهم أجراً كبيراً ﴾⁽³⁾.

الضابط الرابع : تجديد النفوس بالإيمان و تجديد روح الدين في نفوس الأمة :

كما يجب على المجدد أن يجدد فكره وأدواته في البحث والاستنباط يلزم أيضاً تجديد نفوس الأمة وتجديد إيمانها، فيظهر أثر المجددين في أخذ أيدي الأمة إلى حياة أفضل، وكما قال رسول الله ﷺ: "جددوا إيمانكم قيل: يا رسول الله، وكيف نجدد إيماننا؟ قال: أكثروا من قول لا إله إلا الله"⁽⁴⁾ فيجب أن يشمل التجديد نفوس الأمة، وفقاً لضوابط المنهج الإلهي.

لان الأمة بحاجة ماسة في الوقت الحاضر الى تجديد الدين في النفوس نتيجة للصراعات ونزعات الحقد والكراهية والفرقة بين المسلمين، كما أن بعض المهتمين بالقضايا الدينية أغلبهم انشغلوا بالقضايا الفرعية والجزئية، فعظموا الهين وهونوا العظيم، فأقاموا الدنيا وأقعدوها من أجل البسمة في الصلاة يبدأ بها أم لا ؟ وهل يصلي ركعتين أثناء خطبة الجمعة أم لا؟ وهل يرك الإصبع في التشهد أم لا ؟ وهل يؤذن للجمعة آذاناً أم أذانين؟ وحرص البعض الآخر على الشكل دون المضمون فراح يولي اهتماماً بتطويل اللحية، وتقصير الثياب⁽⁵⁾، والأغرب من ذلك هو الحكم بالفسق أو الكفر على حالق اللحية، ومطول الثياب، وعدم صحة الصلاة خلفه، وغير ذلك مما وسع دائرة النقاش والجدل، وأقام

(1) الاجتهاد المعاصر للقرضاي ص 94 - 95.

(2) من ضوابط تجديد الفقه الاسلامي، د.حسن خطاب ص 25.

(3) سورة الإسراء آية 9.

(4) خرجه أحمد في مسنده ، مسند أبي هريرة رضي الله عنه رقم (8965) ج 2 ص 359. المستدرك، كتاب التوبة والإنباء رقم (7657) ج 4 - ص 285 - هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه حلية الأولياء ج 2 - ص 357 مسند عبد بن حميد ج 1 ص 417 .

(5) أزمة الوعي الديني ص 109 - 112 - مجلة الوعي الإسلامي عدد 212 لسنة 1402 هـ ص 76 وما بعدها .

الحجب أمام المسلمين بعضهم البعض، والبعض الآخر يتفننون في طريقة لباسهم، وتصنيف شعورهم، واهتمت وسائل الإعلام في الآونة الأخيرة بإحياء قضايا لا حاجة للناس بها، شغلاً للرأي العام، وتضييعاً للوقت، وكقضية الختان، وتولي المرأة القضاء، والمطالبة بخطاب أنثوي، والكتابة بحرية عن الجنس ... وغير ذلك كثير في ظل هذه المعاناة التي يعيشها المسلمون اليوم لا بد من إحياء المنهج في تلك النفوس المتصارعة المتضاربة بل إن تجديد المنهج في نفوسهم ليس بأولى من تجديد فهم المجدد فالتجديد أصبح ضرورة على كل المستويات تجديداً عاماً شاملاً⁽¹⁾.

المطلب الرابع : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالاجتهاد والمجتهد :

تجديد الفقه يتم عن طريق الاجتهاد، فالاجتهاد في تفسير النصوص أو النظر في الوقائع لمعرفة حكمها في الشرع، كل ذلك طريقه إما النص في المنصوص عليه وإما فهم النص فيما لم ينص عليه، ولا يكون ذلك إلا لذي الرأي الحصيف، المدرك لعلم الشرع الشريف⁽²⁾ وفي هذا يقول أبو حامد الغزالي : وأشرف العلوم ما ازدوج فيها العقل والسمع، واصطحب فيه الرأي والشرع، وميدان هذا علم أصول الفقه، فإنه يأخذ في هذا سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له عقل بالتأييد والتسديد.⁽³⁾ وذلكم هو ميدان الاجتهاد من أجل تحصيل الحكم الشرعي في مسألة لم يرد بها نص، وبتعبير آخر: هو بذل الجهود في طلب المقصود من جهة الاستدلال.

والاجتهاد يشمل الدقة في فهم النص لتطبيق حكمه، أو في مسلك ذلك التطبيق على ضوء الملاءمة بين ظروف النازلة التي يتناولها النص، والمقصد الذي يستشرفه النص ذاته من تطبيقه.

يوضح ذلك ابن القيم في عبارة سلسلة مبيناً نهج الصحابة في الإجتهد فيقول : فالصحابه - رضي الله عنهم - مثلوا الوقائع بنظائرها وشبهوها بأمثالها، وردوا بعضها إلى بعض في أحكامها، وفتحوا للعلماء باب الاجتهاد، ونهجوا لهم طريقه، وبينوا لهم سبيله.⁽⁴⁾

وليس المقصود بالاجتهاد التفكير العقلي المجرد، فهذا ليس منهجاً مشروعاً، بل هو اعتداء على حق الله في التشريع، حتى ولو كان جاداً بعيداً عن الهوى، مادام أنه لم ينطلق من مفاهيم الشرع ومبادئه وأصوله وحقائق تنزيله ومثله العليا ومقاصده الأساسية، ومن أجل هذا فإن نطاق الاجتهاد الشرعي يتمثل في فهم النصوص الشرعية وتطبيقاتها ودلالاتها وقواعد الشرع المرعية.

يقول أبو حامد الغزالي :

"اعلم أن العلم في قسمين : أحدهما شرعي، والآخر عقلي، وأكثر العلوم الشرعية عقلية عند عالمها، وأكثر العلوم العقلية شرعية عند عارفها، فالعلوم الشرعية أكثرها عقلي؛ لأنه لا بد فيها من استعمال طلاقة العقل، وكذلك أكثر العلوم العقلية شرعية عند التحقيق، لأنه لا بد من مراعاة قيد الشرع، والجمود والتقليد لا يكونان فقط بالكف عن

(1) من ضوابط تجديد الفقه الاسلامي، د.حسن خطاب ص26.

(2) منهج إستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصر، صالح بن حميد، دارالإستقامة، الطبعة الثانية، 1412 هـ ص242.

(3) المستصفي، محمد بن محمد الغزالي، دار الكتب العلمية، 4/1.

(4) أعلام الموقعين 1/186.

استعمال العقل، وإنما يكونان أيضاً بالفصل بين ما هو شرعي وما هو عقلي، والاستغناء بأحدهما عن الآخر؛ فعدم استعمال العقل في الشرعي جمود وتحجر، وكذلك عدم الاهتداء بالشرع في العلوم العقلية جمود وتحجر، لأن الحق الواصل عن طريق الوحي لا يتعارض مع الحق الواصل عن طريق العقل الصحيح بالبحث والنظر⁽¹⁾."

ومما يجدر ذكره هنا أن شروط الاجتهاد وضوابطه تعد ضوابط لتجديد الفقه، حيث يشترط في العالم المجدد أن يكون أهلاً لذلك، ولا يكون أهلاً للتجديد إلا إذا توافرت فيه شروط الاجتهاد، لأن التجديد اختصاص دقيق جداً ونادر، لأن طبيعة النظر في نصوص الشريعة ومقاصدها ومداركها تقتضي أن يكون المجدد ذا ملكة اجتهادية ولا يتحقق ذلك، إلا إذا كان محيطاً بمدارك الشرع متمكناً من النظر فيها وتقديم ما يجب تقديمه وتأخير ما يجب تأخيره وأن يكون عدلاً متجنباً للمعاصي القادحة في العدالة، فيشترط في المجدد الشروط الآتية :

- 1- أن يعرف معاني آيات الأحكام لغةً وشرعاً.
- 2- أن يعرف أحاديث الأحكام لغةً وشرعاً.
- 3- معرفة الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة.
- 4- معرفة مسائل الإجماع ومواقعه.
- 5- معرفة وجوه القياس وشرائطه المعتمدة وعلل الأحكام وطرق استنباطها من النصوص ومصالح الناس وأصول الشرع الكلية.
- 6- معرفة علوم اللغة العربية من لغةٍ وصرف ومعان وبيان وأساليب.
- 7- أن يكون عالماً بعلم أصول الفقه لأنه عماد الاجتهاد وأساسه الذي تقوم عليه أركان بنائه.
- 8- أن يدرك مقاصد الشريعة العامة في وضع الأحكام، لأن فهم النصوص وتطبيقها على الوقائع متوقف على معرفة هذه المقاصد⁽²⁾.

فالمجدد هو من توفرت لديه المهوبة، أو الملكة الفقهية التي تجعل عنده القدرة على دراسة منهج النصوص في تقرير الأحكام، ومعرفة الوسائل من حيث كيفية الأخذ بها في الاستنباط⁽³⁾.

فالمجتهد او المجدد هو : الفقيه المستفرغ لوسعه، لتحصيل ظن بحكم شرعي، ولا يكون إلا بالغاً عاقلاً قد ثبتت له ملكة يقتدر بها على استخراج الأحكام من مأخذها.

لذلك ينبغي على المجدد الالتزام بضوابط التجديد ليكون تجديده مبنياً على أسس راسخة، مقبولاً من جميع العلماء، صحيحاً من الوجهة الشرعية⁽⁴⁾، وهذه الضوابط تتمثل فيما يأتي :

أولاً : أن يكون فهمه للنصوص مبنياً على تعمق في اللغة العربية : نحوها وصرفها واشتقاقها وبلاغتها وبيانها وبديعها، وفق ما كان سائداً في العصر الأول، فاللغة كائن حي يتطور ويتغير، ولغتنا اليوم غير لغة الصحابة فمن يجدد النصوص عليه أن يعرف القديم ويتقنه ويتعمق فيه ليكون تجديده صحيحاً⁽⁵⁾.

(1) المنخول، محمد محمد الغزالي 152/1.

(2) تجديد الفقه الإسلامي، د.وهبة الزحيلي ود.جمال عطية، دار الفكر المعاصر دمشق 2002م، ص188.

(3) شرح المعتمد ج1ص63 إرشاد الفحول ج 1 ص370.

(4) التجديد في الفقه الاسلامي، د. محمد عبد الرحمن المرعشلي، مجلة المسلم المعاصر، العدد (110) 2003/12/18م ص9.

(5) المرجع السابق ص12.

ثانياً : أن يكون عالماً بأصول الدين : محيطاً بما يجب في حقه تعالى وما يجوز، وما يستحيل، وما يجوز في حق رسله، وما يجوز وما يستحيل ليكون اجتهاد مبنياً على الأسس السليمة بعيداً عن الهوى والتعصب.

ثالثاً: أن يكون عالماً بأصول الفقه: مصادره وموارده وناسخه ومنسوخه ومطلقه ومقيده وعامه وخاصه ومجمله ومبينه، حتى يكون اجتهاده صحيحاً، فلا يبني حكمه على حديث منسوخ أو لفظ عام أريد به الخصوص أو خاص أريد به العموم أو مقيده أريد به الإطلاق؛ لأن قيده باعتبار الغالب، إلى غير ذلك من الألفاظ المؤثرة في فهم النص، فالفقه هو الفهم، والفهم ينبغي أن يكون فهماً صحيحاً غير سقيم، صافياً غير مشوش بالهوى⁽¹⁾.

رابعاً: أن يكون المجتهد عالماً بمجال العرب قبل الإسلام مطلعاً على مقاصد الشريعة محيطاً بقواعدها، مدركاً لحكمها وأحكامها، بصيراً بالأشبه والنظائر، خبيراً بالعلل والحكم والأحكام، ليكون اجتهاده اجتهاداً مبنياً على الأسس السليمة، فلا يخلط، ولا يلتبس عليه الحق بالباطل والهدى بالضلال، فإذا استحسن بنى استحسانه على أسس مقبولة معترف بها من الأقدمين، وإذا استصلح بنى على ما يتفق والنصوص الشرعية ويجانب الهوى والتعصب والجهل والتطرف، وإذا تحاكم إلى العرف تجنب العرف المخالف للشرع ذو المناسب الملغى، واحتاط في العرف ذي المناسب المرسل، فلا يعتمد إلا ما كان متفقاً مع الشريعة اتفاقاً كلياً.

وعلى المجتهد أن يتجنب تعليل أحكامه بالحكمة لأنها وصف غير منضبط فلا يمكن تعدية الأحكام إلى ما يماثلها فإن الحكم يدور مع العلة وجوداً أو عدماً، وقد توجد الحكمة ولا يوجد الحكم، وقد يوجد الحكم وتنتفى الحكمة⁽²⁾.

المطلب الخامس : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالمصلحة المرسله :

المصلحة المرسله من أهم مجالات التجديد في الفقه الاسلامي فهي باب من أبواب التجديد الفقهي، وذلك يستدعي الإشارة إلى بعض مسائل المصلحة المرسله ذات العلاقة بالتجديد الفقهي، فالمصلحة المرسله هي المصلحة التي شهد الشرع لجنسها، بمعنى أنها تدخل تحت أصل شهدت له النصوص في الجملة. وليست المصلحة الغربية التي لم تشهد النصوص لنوعها حتى تكون قياساً، ولا لجنسها حتى تكون استدلالاً مرسللاً، فهذه الأخيرة ليست حجة عند أحد من الأئمة، والغزالي الشافعي والشاطبي المالكي يحكيان إجماع أهل العلم على رد المصالح الغربية⁽³⁾، غير أن الأخذ بالمصلحة المرسله لابد فيه من ضوابط منها:

الأول : أن تكون معقولة بحيث تجري على الأوصاف المناسبة التي إذا عرضت على أهل العقول تلتقتها بالقبول.

الثاني : أن يكون الأخذ بها راجعاً إلى حفظ أمر ضروري أو رفع حرج لازم؛ بحيث لو لم يأخذ بالمصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج شديد.

الثالث : الملاءمة بين المصلحة التي تعد أصلاً قائماً بذاته وبين مقاصد الشارع، فلا تنافي أصلاً من أصوله، ولا تعارض دليلاً من أدلته، بل تكون منسجمة مع المصالح التي يقصد الشارع تحصيلها، بأن تكون من جنسها وليست غريبة عنها.

والمصلحة أو الاستصلاح باب واسع ومدخل عريض لتجديد الفقه والاجتهاد، ومن المقرر والمعلوم أن الشريعة تراعي مصالح العباد، وباب التجديد مفتوح فيما لا نص فيه، ولكن للاجتهاد شروطه وللمصلحة ضوابطها وحدودها.

(1) تجديد الفقه الاسلامي، د. وهبة الزحيلي ص 201.

(2) التجديد في الفقه الاسلامي، د. محمد عبد الرحمن المرعشلي ص 12.

(3) النظر في النوازل والمتغيرات، د. صالح بن حميد ص 3.

إن تقدير ما به يكون الصلاح والفساد عائد إلى الشريعة ذاتها، وتحديدًا مقاصد الشريعة الخمسة وهي: حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ المال وحفظ العقل.

وبناء عليه : فإن كل ما توهمه الناس مصلحة مما يخالف تلك الأسس العامة في جوهرها، أو الترتيب فيما بينها، أو يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية من كتاب، أو سنة أو إجماع أو قياس صحيح ليس من المصلحة في شيء، وإن توهمه من توهمه.

أما نتائج خبرات الناس وتجاربهم فيجب عرضها على نصوص الشريعة وأحكامها الثابتة، فما وافقها أخذ به، والحكم في ذلك للنصوص الشرعية ومقاصد الشريعة، وما خالف ذلك فيجب طرحه وإهماله واعتباره مصلحة ملغاة.

ويجب أن يفهم أن الشارع لم يبلغ مصلحة دلت عليها تجارب الناس وعلومهم، بل الواقع أن تقدير هؤلاء المجربين والخبراء للمصلحة كان خطأً صاحبه خلل نابع من هوى في نفس المجرب، أو خطأً في وسائل التجربة، أو نقص في الاستقراء، فنحن نتهم تقدير هؤلاء، ولا نتهم نصوص الشريعة.

نخلص من ذلك إلى أن الخبرات العادية، والموازن العقلية، والتجريبية المحضة لا يجوز أن تستقل وحدها بفهم مصالح العباد وتنسيقها.

إن مدار المصلحة التي يبني عليها الحكم الشرعي هي المصلحة الشرعية، والمصلحة الشرعية ليس لها طريق غير الوحي أما المصلحة الدنيوية فلا اعتبار لها في نظر المسلم عند مخالفتها للنص الشرعي⁽¹⁾، وهذه المسائل جميعها يجب مراعاتها عند التجديد الفقهي أو الاجتهاد.

المطلب السادس : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالاستحسان :

الاستحسان وسيلة من وسائل تجديد الفقه، وذلك يستدعي الإشارة بإيجاز إلى ضوابط تجديد الفقه بواسطة الاستحسان، فقد عرف ابن رشد الإستحسان فقال: "إنه طرح لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع"⁽²⁾، وعرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي حيث قال: "هو العدول عن الحكم في مسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول."⁽³⁾، فالاستحسان نوع من الترجيح بين الأدلة، وحقيقته كما يلاحظ، وكما يصرح به كثير من الأصوليين أنه أخذ بأقوى الدليلين.

وينقسم الاستحسان من حيث ابتناؤه على الأدلة الشرعية إلى أربعة أقسام :

أ. الاستحسان بالنص : ذلك يجري في كل أنواع العقود التي قالوا أنها على خلاف القياس كالسلم، والإجارة، والقرض ونحوها. وهي استحسان بالنص لأنها قد ثبتت بنصوص شرعية على غير وفق القاعدة العامة من عدم صحة بيع المعدوم وعقود الربا، ونحو ذلك. وأغلب إطلاقات الاستحسان في كتب الفروع تنصرف إلى هذا النوع، وعلى الخصوص في فروع الحنفية، فيقولون هذا جائز استحساناً، ويسمونه الاستحسان بالنص.

(1) النظر في النوازل والمتغيرات، د. صالح بن حميد ص3.

(2) بداية المجتهد، ابن رشد، دار المعرفة، ط6، 1402هـ، 185/2.

(3) كشف الأسرار،، 123/2.

ب. الاستحسان بالإجماع : أي أن الاستحسان هو الإجماع كما في عقد الاستصناع.

ج- استحسان الضرورة : كما في مسألة الحياض والآبار؛ ووجه الاستحسان في هذه المسألة أن الماء إذا خالطته نجاسة ولو كان كثيراً فإنه ينجس مادام ليس جارياً، ولكن عفي عن ذلك استحساناً للضرورة، وبيان ذلك: أن القياس يأبى طهارتها، لأن الدلو ينجس بملاقة الماء، فلا يزال يعود وهو نجس، ولأن نزع بعض الماء لا يؤثر في طهارة الباقي، وكذلك خروج بعضه عن الحوض، وكذا الماء ينجس بملاقة الأنية النجسة، والنجس لا يفيد الطهارة، فاستحسنوا ترك العمل بموجب القياس للضرورة، فإن الحرج مرفوع بالنص. وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ بالقياس.

د- الاستحسان بمعنى القياس الخفي :

وقد سمي قياساً خفياً في مقابلة القياس الجلي، وهو القياس المصطلح عليه، والاستحسان بهذا المعنى المقصود به ما قوي أثره، ومن أمثله طهارة سؤر سباع الطير، فالقياس الجلي أن سؤره نجس، لأنه من السباع. ودليل النجاسة حرمة أكل لحمه كسائر السباع. وفي الاستحسان هو طاهر، لأن السبع ليس بنجس العين بدليل جواز الانتفاع به شرعاً كالصيد، وكذلك الانتفاع بجلده وعظمه، ولو كان نجس العين لما جاز كالتخزير، وسؤر سباع البهائم إنما كان نجساً باعتبار حرمة الأكل لأنها تشرب بلسانها وهو رطب من لعابها، ولعابها متولد من لحمها، وهذا لا يوجد في سباع الطير لأنها تأخذ الماء بمنقارها، ومنقارها عظم، وعظم الميتة طاهر، فعظم الحي أولى. فصار هذا الاستحسان وإن كان باطناً أقوى من القياس وإن كان ظاهراً، وهذا النوع من الاستحسان هو الذي يغلب إطلاقه عند الأصوليين⁽¹⁾.

المطلب السابع : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بسد الذرائع والاحتياط :

سد الذرائع والاحتياط باب واسع من أبواب تجديد الفقه الاسلامي، وذلك يستدعي الإشارة بإيجاز إلى ضوابط العمل بسد الذرائع والاحتياط، فسد الذرائع أصل من أصول المالكية، وسد الذرائع يعني أن ما كان ذريعة أو وسيلة إلى شيء يأخذ حكمه، فما كان وسيلة إلى الحرام يكون حراماً وإن كان في أصله حلالاً، ومعنى هذا الأمر الجائز في الأصل يمنع منه في الحالات التي يؤدي فيها إلى مالا يجوز. فعقد البيع حلال مشروع في أصله لقوله تعالى (وأحل الله البيع)، ولكن قاعدة سد الذرائع تقتضي بطلان هذا البيع إذا قصد به الحرام، أو كان الباعث الدافع إليه غير مشروع، كما في بيع السلاح لمن يقتل مسلماً، أو لأهل الحرب، وبيع العنب لمن يتخذنه خمرًا⁽²⁾.

أما الاحتياط : "فهو احتراز المكلف عن الوقوع فيما يشك فيه من حرام أو مكروه، ومجال الأخذ بالاحتياط أن المكلف يأخذ بالاحتياط في مجالين :

الأول : تحقق الشبهة.

الثاني : حصول الشك في الحكم الشرعي.

المجال الأول : تحقق الشبهة :

الشبهة التي تعرض للمكلف في الأحكام الشرعية قسمان :

(1) ضوابط النظر في النوازل والمتغيرات ص8.

(2) أنوار البروق 45/3.

القسم الأول : الشبهة الحكمية :

وهي التي تقع في الحكم الشرعي بمعنى أن حكم الشارع غير ظاهر من الدليل على وجه العلم أو الظن، وهي متوجهة إلى الحكم الشرعي ذاته من حل أو حرمة وغيرهما من أقسام الحكم الشرعي، لذا سميت بالشبهة الحكمية، وهذا يحصل غالباً حين تتعارض الأدلة لدى المجتهد.⁽¹⁾

القسم الثاني : الشبهة المحلية :

وهي التي ترد على المحكوم فيه الذي هو محل الحكم من حيث دخوله تحت حكم الشارع من حل أو حرمة أو غير ذلك. كاشتباة ميتة بمذكاة ومحرمات بأجنبيات وهو أنواع:

أ. اشتباة بعدد محصور: كما لو اختلطت الميتة بمذكاة أو مذكيات محصورات، أو رضيعة بعشر نسوة فهذه شبهة يجب اجتنابها بالاتفاق.

ب. حرام محصور بحلال غير محصور: كما لو اختلطت الرضيعة بنساء البلد، فلا يجب اجتناب نساء أهل البلاد.

ج. حرام لا يحصر بحلال لا يحصر: كاختلاط الحلال بالحرام في أسواق الناس، والأسواق فيها المغصوب والمسروق والربوي، مما يقل ويكثر، حسب ورع أهل الزمان، ولا يقال بالمنع من التعامل مع أهل الزمان، أو البلد ما لم يقترن بالأعيان علامات تدل على أنه من الحرام، فإن لم يكن في العين علامة تدل على أنه من الحرام، فتركه ورع، وأخذ حلال، لا يفسق به آكله.

المجال الثاني : الشك في الحكم الشرعي الطارئ بسبب الشك في الواقع: فيطراً الشك في الحرمة والوجوب أو الإباحة فيحتمل المكلف لنفسه فانه لا يخرج من عهدة الواجب - مثلاً - إلا بيقين أو ظن غالب. كالشك في عدد الركعات، والنظر في ذلك في أربعة أقسام:

أ. التحريم معلوم ثم يطرأ الشك في الحل، فهذه شبهة يجب اجتنابها، ويحرم الإقدام عليها، كما لو رمى صيداً فوق في الماء فيخرج ميتاً، ولا يدري هل مات بالغرق، أو بسبب جرح الرماية.

ب. الحل معلوم ثم يطرأ الشك في التحريم، حكمه الحل، فلا ينجس الماء بمجرد ظن النجاسة.

ج. الأصل التحريم ثم يطرأ ظن غالب على الحل، كمن يرمي صيداً فيغيب عن ناظره ثم يدركه ميتاً وليس عليه أثر سوى أثر رميه، فهو حلال، وان احتمل أنه مات بسبب شدة السقوط⁽²⁾.

د. الأصل الحل ثم يطرأ ما يفيد غلبة الظن التحريم، كما لو رأى حيواناً يبول بماء كثير ثم وجد الماء متغيراً واحتمل أن يكون الماء قد تغير بطول المكث فيحكم بنجاسة الماء.

على أن الاحتياط في جملة مطلوب فيما علم أمره وتحقق فيه يقين اختلاط الحلال بالحرام أو ظن غالب، وذلك بقرائن وعلامات توصل إلى ذلك، كما لو كان في بلاد غير المسلمين أو مع فساق لا يتورعون عن اقتراف المنهيات، أما إذا كان

(1) ضوابط النظر في النوازل والمتغيرات ص 8.

(2) الإعتصام، الشاطي، ص 253.

في ديار المسلمين، ولم يظهر ما يدعو إلى الاشتباه فلا ينبغي التدقيق والإلحاح في الأسئلة مع أعيان المسلمين، بل قد يصل الأمر إلى تحريم السؤال إذا كان فيه إيذاء للمسلم المستقيم⁽¹⁾.

المطلب الثامن : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بعموم البلوى :

عموم البلوى وسيلة من وسائل تجديد الفقه الاسلامي، وذلك ينبغي الإشارة إلى ضوابط الأخذ بعموم البلوى، فعموم البلوى في اللغة هو: كثرة وقوع الشيء، وعند الفقهاء: الحالة أو الحادثة التي تشمل كثيراً من الناس ويتعذر الاحتراز منها⁽²⁾.

ويظهر عموم البلوى في موضعين :

الأول: ما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال، بحيث يعسر الاستغناء عنه إلا بمشقة زائدة.

الثاني: شيوع الوقوع والتلبس، بحيث يعسر على المكلف الاحتراز عنه أو الانفكاك منه إلا بمشقة زائدة.

ففي الموضوع الأول ابتلاء بمسبب الحاجة، وفي الثاني ابتلاء بمشقة الدفع.

الضابط في عموم البلوى :

يرجع النظر في عموم البلوى إلى ضابطين رئيسين: -

الأول : الضابط في نزارة الشيء وقلته :

أي أن مشقة الاحتراز من الشيء وعموم الابتلاء به قد يكون نابعاً من قلته ونزارته، ومن أجل هذا عفي عن يسير النجاسات، وعن أثر الاستجمار في محله، وعمّا لا يدركه الطرف، وما لا نفس له سائلة ونيم الذباب (ما يخرج من فضلاته)، ورذاذ الشوارع مما لا يمكن الاحتراز عنه، وما ينقله الذباب من العذرة وأنواع النجاسات.

الثاني : كثرة الشيء وشيوعه وانتشاره:

كما أن عموم الابتلاء ومشقة التحرز قد تكون نابعة من تفاهة الشيء ونزارته، كذلك قد يكون الأمر لكثرتة وشيوعه فيشق الاحتراز عنه ويعم البلاء به.

وقد نبه الغزالي إلى أن الغلبة التي تصلح عذراً في الأحكام ليس المراد بها الغلبة المطلقة، وإنما يكفي أن يكون الاحتراز أو الاستغناء عنه فيه مشقة وصعوبة نظراً لاشتباهه بغيره من الحلال والمباح واختلاطه به وامتزاجه معه بحيث يصعب الانفكاك عنه، كما هو ظاهر في بعض صور النجاسات والمستقذرات واختلاط الأموال⁽³⁾.

(1) ضوابط النظر ص 10.

(2) حاشية ابن عابدين 206/1.

(3) الأشباه والنظائر، السيوطي، 1/84.

المطلب التاسع : ضوابط تجديد الفقه المتعلقة بالعرف :

العرف وسيلة من وسائل تجديد الفقه الاسلامي، وذلك يستوجب الإشارة إلى ضوابط الأخذ بالعرف ما يجوز وما لا يجوز الأخذ به من العرف عند الاجتهاد وتجديد الفقه، والعرف هو الشيء المعروف وهو كل ما سار عليه الناس وتعارفوه من قول أو فعل⁽¹⁾.

ويراد به: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، فهو شامل لما عرفته النفوس وألفته، سواء كان قولاً أو فعلاً ولم ينكره أصحاب الذوق السليم، ويحصل الاستقرار في النفوس والقبول للطباع بالاستعمال المتكرر الصادر عن الميل والرغبة، ويخرج من ذلك العرف الفاسد، وهو ما استقر لا من جهة العقول كتعاطي المسكرات، وأنواع الفجور التي تستقر من جهة الأهواء والشهوات، كما يخرج ما لم تتلقه الطباع السليمة بالقبول كالكشف عن العورات، وعدم الاحتشام والألفاظ المستقبحة، ومن مسائل العرف الهامة ذات الصلة بتجديد الفقه مسألة تغيير العادات والأعراف ، وتناول هذه المسألة من وجهين:

أحدهما : تأكيد العلماء لقضية اعتبار الأعراف والعوائد.

وثانيهما : التفسير الفقهي للمقصود باعتبار الأعراف والعوائد . على أنه يحسن التنبيه على مسألة مهمة تتعلق بتغيير الحكم لتغيير العادة أو العرف وذلك أنه لا ينبغي أن يفهم من اختلاف الأحكام باختلاف العادات أنه اختلاف في أصل خطاب الشرع، بل معنى هذا الاختلاف أن العادات إذا اختلفت اقتضت كل عادة حكماً يلائمها، فالواقعة إذا صحبتها عادة اقتضت حكماً غير الحكم الذي تقتضيه عندما تقترن بغيرها من العادات، فإذا جرت عادة قوم باستقباح كشف الرأس كان التعزير بكشف الرأس مجزئاً ، وإذا لم يكن كشف الرأس في عادة قوم مستقبحاً امتنع أن يكون طريقاً كافياً للتعزير، ولا بد للقاضي من اتخاذ طريق آخر يكون له وقع الألم في نفس المستحق للتعزير. فخطاب الشرع الذي تعلق بالواقعة المقتضية للتعزير حال صحبتها عادة استقباح كشف الرأس غير الخطاب الذي يتعلق بواقعة مثلها تصاحب عادة عدم استقباح ذلك⁽²⁾.

يقول الإمام القرافي : (إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا أبطلت: وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك ، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين)⁽³⁾ ويقرر السيوطي في الأشباه والنظائر أن العادة والعرف مرجوع إليهما في الفقه في مسائل كثيرة ويزيد ابن عابدين الموضوع جلاء إذ يقول: (كثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً، لزم عنه المشقة والضرر بالناس، ومخالفة قوانين الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر، ثم قال: (ولهذا نرى مشايخ

(1) قرارات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، قرار رقم 36 (4/8)

(2) ضوابط النظر، صالح بن حميد ص12.

(3) أعلام الموقعين، ابن القيم، 78/3.

الحنفية خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا من قواعد المذهب⁽¹⁾.

ويقول ابن القيم : (ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على خلاف عرفهم وعوائدهم وأزمנתهم وأمكنتهم وأحوالهم فقد ضل وأضل ، وكانت جنائته على الدين أعظم من جنائة من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمנתهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان) وبيان ذلك: أن هناك أوصافاً ربط الشارع الحكم بها، وبني عليها أمور الناس، فالعدالة - مثلاً - شرط في قبول الشهادة بنص كتاب الله (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وحينما نراجع كلام أهل العلم وتعريفاتهم للعدالة وأوصاف أصحابها نلاحظ أنهم يربطونها بألوف الناس، ودلائل التعقل والمروءة ، وهذا حق لا مرية فيه، ومن المعلوم أن هذا شيء متغير، فما يكون مألوفاً في بلد أو دلالة مروءة فيه قد لا يكون في البلد الآخر، وكذلك عند اختلاف الزمن، ولكي يزداد الأمر وضوحاً، فإن السير مكشوف الرأس أو الأكل في الأسواق كان في يوم من الأيام، أو بلد من البلدان مظهراً من مظاهر قلة المروءة وعن ذلك يقول القرافي: (ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما المرتبة على العوائد والعرف الذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام؟ فهل إذا تغيرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ أو يقال: نحن مقلدون وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد؟ فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟) ويأتي الجواب منه -رحمه الله تعالى- ليقول: (إن استمرار الأحكام التي مدارها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين. بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغيره إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئذان اجتهاد)⁽²⁾

ومن كل ما تقدم يتبين بلا ريب أن للظروف الملازمة للأشخاص أو للوقائع والأحداث أثراً في إدراك العلل وتوجيه الاستدلال بمدركه ودليله، وتبين مسالك تطبيقه ضماناً لمشروعية نتائجه، إذ العبرة بالنتائج العلمية الواقعة أو المتوقعة، وبيان ذلك أن الظروف المتجددة الواقعة أو المتوقعة والتي تلبس الأشخاص أو الوقائع تنشأ عنها دلائل تكليفية جديدة تقتضي أحكاماً جديدة تناسبها، وبما أن الظروف تتغير وتتمايز باطراد، فافتضى هذا وجوب اعتبارها شرعاً، ولهذا التغير ضوابط ومسارات، وهي في الوقت ذاته ضابط من ضوابط تجديد الفقه الإسلامي⁽³⁾.

المطلب العاشر: ضوابط تجديد الفقه عند النظر في المتغيرات والوقائع المعاصرة:

المتغيرات والمستجدات التي تظهر في المجتمعات الإسلامية كثيرة ومختلفة ومتنوعة وغير ثابتة، وقد أشارت إلى بعض هذه المتغيرات التي ينبغي ان يتجه إليها تجديد الفقه الاسلامي وتطويره المؤتمرات والجامع الإسلامية، ومن ذلك:

(1) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص183.

(2) الفروق، 314/1

(3) ضوابط النظر ص13.

أولاً : قرارات وتوصيات منظمة المؤتمر الإسلامي في جدة - السعودية في دوراته العشر، كحكم طفل الأنايب وبنوك الحليب، والتأمين وإعادة التأمين، الإحرام بالطائرة، وزرع الأعضاء، وبنوك الأعضاء، والخلو (بدل تفريغ المنزل)، وزراعة الأعضاء التناسلية، والمناقصات، والاستنساخ .. الخ.

ثانياً : قرارات مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في دوراته الثلاث عشرة، ومنها: توحيد الأهلّة، خطبة الجمعة والعيدين بغير العربية، البورصة، تصوير النبي صلى الله عليه وسلم، تشريح جث الموتى، تقرير الوفاة برفع أجهزة الإنعاش، نقل الدم، إسقاط الجنين المشوه خلقياً.

ثالثاً : قضايا معاصرة في الندوات الفقهية في مجمع الفقه الإسلامي - الهند، وتوجيهات في تسع ندوات فقهية كمشروع النظام المصرفي اللاربوي، والمؤسسات التعاونية اللاربوية، الذبح الماكيني، الإيدز.

رابعاً : فتاوى وتوصيات وندوات قضايا الزكاة المعاصرة في الكويت: تسع ندوات، ومنها زكاة المال الحرام، مصرف (المؤلفة قلوبهم)، مسمولات مصرف في سبيل الله، زكاة عروض التجارة، السندات الحكومية الخ.

فقد قال الدكتور محمد عبد الرحمن المرعشلي (فقد نجح الفقهاء القدامي في استخراج الأمثلة الفقهية الشائعة في حياتهم لغة وعبارات وممارسات، بينما فقدت هذه الأمثلة حضورها في مجتمعاتنا المعاصرة، حيث أصبحت غريبة وغامضة وغير مفهومة للأجيال، فهي بحاجة إلى شرح وإيضاح ومعالج فقهية ولغوية خاصة لبيان مقصودها، فينبغي استمداد الأمثلة الفقهية الحديثة مع التصدي لظروف العصر وبيئته ومشاكله وهمومه بالاجتهاد مستمدة من صميم البيئة ومن واقع تجارب الناس وممارساتهم الفعلية، قال تعالى: (وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُبَيِّنَ لِقَوْمِهِمْ) تحت طائلة عزل الفقه عن مشاكل العصر: فكراً وواقعاً؛ لأن الأمثلة القديمة لم يعد لها وجود اجتماعي معاصر ولا حضور علمي، وفي ذلك ظلم للفقه الإسلامي في دنيا التشريع والقانون عن طريق إبعاده عن التطبيق والمعاصرة)⁽¹⁾.

والتغيرات والوقائع المعاصرة هي المجال الأوسع من مجالات تجديد الفقه لكثرة المتغيرات والوقائع المتجددة دوماً وتغير الأحكام فيها بين الفينة والأخرى حيث تتغير الآراء والإحكام بل قد يتغير رأي المجتهد في قضية واحدة في وقت بعد وقت، فذلك كله يحتاج إلى تناول ضوابط ذلك على النحو الآتي :

أولاً: إن الاجتهاد والنظر في المتغيرات والحوادث كل ذلك لا يجوز أن يفهم منه أن النصوص غير ثابتة أو أنها لا تضع تشريعاً دائماً ثابتاً مستقراً شاملاً في الزمان والمكان. بل إن الأصل في النصوص هو الثبات والدوام، ومن أجل هذا يجب لزوم الحذر التام من التساهل أمام نصوص الشرع ، أو محاولة التحلل منها، فذلك مزلق خطير ومركب عسير تزل فيه الأقدام وتضل الإفهام وتنهار الأحكام.

إن مما يجب أن يعلم في هذا الشأن أن شريعة الإسلام قد حكمت في ديار متباعدة الأقطار، مترامية الأطراف حكمت قروناً متوالية وأزمنة متتالية ، ولاقت مختلف العادات والتقاليد، وعاشت عصور الرخاء والشدة والقوة والضعف، واجهت الأحداث في جميع الأطوار فما قصرت عن حاجة، وما عجزت عن واقعة، ولا قعدت عن مطلب.

(1) التجديد في الفقه الاسلامي، محمد عبد الرحمن المرعشلي، مجلة المسلم المعاصر العدد (110) ديسمبر 2003م ص8.

ثانياً: أن في سنن الله وفي شرعه عنصريين. أحدهما ثابت، والآخر متغير. فالاستمساك بأحدهما وإهمال الآخر يترتب عليه فساد عريض، فالثابت يجب أن يبقى ثابتاً، بل لا يمكن زحزحته فضلاً عن أن يسعى في زحزحته، والمتغير طبيعته التغير، وجعله ثابتاً والالتزام به دائماً يوقع في عسر وحرَج لا يطيقه المكلف.

إن معرفة الثوابت والاستمساك بها، وتمييز المتغيرات، وضبط حركتها حول المحور الثابت حتى لا تخرج عن المسار الصحيح، فيه يكون الدوام والاستقرار ومواكبة المتغيرات في الأزمنة والأمكنة والناس، مع بقاء الأصول الثابتة، والحفاظة على الجوهر، وهذا هو سر بقاء الشريعة وحيويتها وصلاحتها لكل الأزمنة والأمكنة⁽¹⁾.

ثالثاً: إن الحديث عن التغير والتطور ومجارة العادات والأعراف، لا يعني أن هم المجدد المجتهد والفقيه تبرير الواقع، وتلمس السند الشرعي له والتعسف وسوء التأويل بدعوى أن ذلك هو مفهوم المرونة والتطور والتجديد.

رابعاً: التجديد أو الاجتهاد فيما ورد بخصوصه نص مضبوط بطرق القياس، والمصلحة المرسله والاستحسان، والنظر⁽²⁾ في العوائد والاستصحاب والبراءة الأصلية وأحكام الضرر والضرورات، وأمثالها من مجالات النظر التي تختلف في تقديرها آراء أهل الاجتهاد باختلاف مداركهم وفهومهم كما سبق إيضاحه. والأصول الثابتة التي لا مساغ للاجتهاد فيها هي القطعيات وما علم من الدين بالضرورة، وما تلقته الأمة بالقبول من الفرائض المحكمات، والنصوص القطعيات، كفرائض الصلاة والزكاة، والصيام، والحج، والمواثيق، والحدود، والحجاب، والمحرمات من الربا، والزنا، والخمر والميسر والطلاق والوفاء، وأمثال ذلك، فهذه دوائر لا تقبل الاجتهاد والجدل، كأن يقول بعض الناس بتعطيل فريضة الزكاة اكتفاء بالضرائب أو تعطيل فريضة الصيام تشجيعاً للإنتاج، أو إلغاء فريضة الحج توفيراً للعملة الصعبة، أو إباحة الزنا والخمر وما يتبعها ترغيباً في السياحة، واستحلال الربا دعماً لمشروعات التنمية والإنتاج⁽³⁾.

خامساً: لا مجال للتجديد الفقهي في الثوابت والأصول والقواعد الكلية لأنها تقرر أحكاماً لا تتغير بتغير الزمان والمكان ولا تتأثر بالأعراف والتقاليد وهي ليست مجالاً للبحث والاجتهاد⁽⁴⁾.

سادساً: ليس لأحد الحق في أن يقول في دين الله مالا يعلم، فباب الاجتهاد والفتوى يجب أن يكون مقصوراً على أهله، ومسئولية ذلك يجب أن يتولاها العلماء الربانيون المخلصون، والمراكز والهيئات والجامع الفقهية ودور الإفتاء، والقضاء الشرعي، وهيئات كبار العلماء.

سابعاً: يعيش المسلمون في هذه الأزمنة حالات من الضعف في كثير من أمورهم وشؤونهم، ومنها أوضاعهم الاقتصادية وبخاصة المستجد من النوازل فيها، وعليه فمن العسير أن تسير معاملات المسلمين على العزائم دون الرخص، وعلى المجمع عليه دون المختلف فيه، وعلى الحلال الخالص دون المشوب، مما يقتضي النظر في هذه الوقائع والنازلات والمتغيرات المعاصرة من أجل تلمس الحلول النافعة، والمخارج للأمة ولو قامت على رأي فقيه واحد معتبر خالفه جمع كبير من أهل العلم ما دام هذا رأي يحقق مصلحة للمسلمين ولا يصادم نصاً، بل قد لا يكون من المتعين أن يكون في

(1) النظر في النوازل والمتغيرات، د. صالح بن حميد ص 11.

(2) الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، د. يوسف القرضاوي ص 130.

(3) فقه النوازل وفقه الواقع، د. عبد المجيد قاسم، بحث محكم مقدم لمؤتمر الفتوى وإستشراف المستقبل ليبيا 2009م ص 412.

(4) هل التجديد ضرورة شرعية، د. محمد الدسوقي، صحيفة الشرق الأوسط السعودية الصادر بتاريخ 2008/7/29م ص 11.

المسألة رأي سابق لإمام من الأئمة، أو عالم من العلماء ما دام أنه في دائرة الضوابط الشرعية ، والأصول العامة ، والقواعد الكلية في الشريعة⁽¹⁾

يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء -رحمه الله-: ((إن الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المعتمدة، سواء منها الراجح والمرجوح كلها ثروة تشريعية قيمة وقد يظهر تطور المصالح الزمنية، وإعادة النظر أن ما كان من الآراء الفقهية وهو الذي يجب أن يكون الراجح وما كان يظن ضعيف المبنى هو في الحقيقة أقوى وأسد، ولكن مرمى نظر صاحبه قد كان أمام قافلته بمسافات لا تدركها أبصارهم، فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالأجيال إلى مرمى ذلك النظر، فإذا هو البصر الحديدي، والفهم الرشيد، وفي كل مذهب أنظار فقهية شتى من هذا القبيل يمتاز فيها المذهب بما لم يدركه سواه من المذاهب))⁽²⁾ ليس كل ما قال فقيه، أو عالم برمته كان حراماً في الأمر ذاته، وإنما الحرام ما ثبت تحريمه بالكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس مرجح لذلك أو ما تنازع فيه العلماء رد إلى هذه الأصول⁽³⁾

ثامناً : الاهتمام بالاجتهاد الجماعي: فقد مضت سنة الخلفاء الراشدين أنهم كانوا إذا نزلت بهم نازلة، أو استفتاهم مستفت في مسألة أن يجمعوا لها أعيان الصحابة وكبارهم ليبيدي كل واحد منهم رأيه بدءاً بما يحفظ من النص الشرعي كتاباً وسنة، فإذا لم يوجد نص صاروا إلى الرأي ، فيجري التشاور بينهم والمداولة حتى يصلوا إلى رأي يتفقون عليه بالإجماع أو بما يشبه الإجماع، وذلك في كل ما يعرض لهم، ولقد كان ذلك عاملاً قوياً في الحفاظ على وحدة الأمة وتماسكها فكرياً وفقهياً وسياسياً واجتماعياً.

فقد أخرج الدارمي في مسنده عن المسيب بن رافع قال: (كانوا - يعني صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم - إذا نزلت بهم قضية ليس فيها من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر اجتمعوا لها وأجمعوا فالحق فيما رأوا) " (4) وتتأكد أهمية المسلك الجماعي في الاجتهاد والتجديد مع متغيرات العصر، وسعة الاتصال والتواصل بين الناس، ولا سيما مع ملاحظة ما يجري من خلال القنوات الفضائية وشبكات المعلومات، وكثرة الخوض فيها من قبل أناس لا صلة لهم بالعلوم الشرعية المتخصصة.

ومن المؤكد أن جانباً من هيبة الأمة ومهابتها في قرونها الأولى المفضلة وحفظها لحقوقها يعود إلى المنهج الجماعي الذي بقي من الزلات والهفوات والأخطاء القاتلة، ويحفظ من الشقاق والفرقة، وفي الغالب فإن الاجتهاد الجماعي يجمع علماء قادرين متخصصين مدركين لأصول الاستدلال ومن ثم تكون لهم هيبتهم ووزنهم في الأمة.

والجامع الفقهية الموجودة خطوة طيبة في هذا المضمار، وينبغي أن تتسع دائرة التجمع، كما ينبغي أن ينظر في طريقة الاختيار أو الترشيح للأعضاء يبعده عن بعض المؤثرات التي لا علاقة لها بالتخصص العلمي، ومتطلبات الاجتهاد، وشروط الإفتاء.

(1) الأسهم المالية في نظر الشريعة ، صفوت الشوادفي وبحث الاستثمار في الأسهم د. علي معي الدين القره داغي، ص32.

(2) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، ج1، ص568.

(3) الأسهم المالية في نظر الشريعة ، صفوت الشوادفي، ص38، نقلاً عن شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى "211/29-223.

(4) مسند الدارمي، ج1 ص46 وما بعدها.

ومما يعين على إعطاء الاجتهاد الجماعي أثره في استصدار الأحكام الفقهية في مكانتها اللائقة بها كمنتدى لكبار فقهاء الأمة بعيداً عن المؤثرات الخارجية والتوجهات السياسية وغير السياسية، والتعصب المذهبي والفكري ذلك أنه قد كثرت الأدعية ، وانتشر المغرورون، والمتهورون، والمتهتكون الذين لو فتح لهم الباب لاجترؤوا على حدود الله، وغيروا معالم الشرع إرضاء لنزوة ، وسعيًا لشهرة، أو إتباعاً لهوى ، فيصبح الدين والناس فوضى فيضلوا ويضلوا.

ومن أجل أن يعطى الاجتهاد الجماعي أثره على مستوى الإنتاج والقبول والثقة يحسن مراعاة ما يلي: -

1- ينبغي أن يكون هناك تنسيق كامل بين المؤسسات العلمية الشرعية وبين المراكز الأخرى من طبية واقتصادية وسياسية واجتماعية وغيرها، وذلك لتحقيق هدفين رئيسين:-

أحدهما: اتصال المؤسسات الشرعية بالواقع ومستجدات الناس فيكون الاجتهاد مبنياً على تصور صحيح.

2- إنشاء مجمع للاجتهاد والتجديد يمثل المجلس الأعلى للأمة في كل القضايا العامة المعاصرة بشرط أن يتمتع هذا المجمع بالاستقلالية والتحرر من التعصب المذهبي وتسهم في نفقاته المالية الدول الإسلامية كافة⁽¹⁾.

3- التنسيق بين دور الإفتاء والجامع الفقهية والجهات البحثية الشرعية في الجامعات وغيرها لإمدادها بالموضوعات المستجدة ، والنوازل، والوقائع وما تحتاج إليه الأمة من بحوث، بدلاً من التكرار أو البحث في قضايا ومسائل لا تطبيق لها، أو أنها ذات أهمية محدودة.

تاسعاً: إعادة النظر في طريقة تدريس الفقه ولاسيما في الدراسات العليا من الكليات الشرعية، ومرحلة ما فوق الجامعة، ويكون هذا النظر من الجهات الآتية :

الجهة الأولى : أسلوب البحث والتأليف والتدريس بطريق القواعد الفقهية والأصولية والنظريات الفقهية.

وهو أمر ليس بمستغرب إذا نظرت في بعض طرائق المتقدمين كالشاطبي في كتابه الموافقات وتوجهه نحو إعادة النظر في طرق الكتابة والتأليف في أصول الفقه. ثم توجهه إلى العناية بمقاصد الشريعة، وكذلك أسلوب ابن رجب في كتابة القواعد الفقهية.

الجهة الثانية : العناية التفصيلية بالمسائل المستجدة ، فلو قارنت في كتابة المتقدمين في الزكاة والأموال الزكوية -ولا سيما زكاة السائمة من بهيمة الأنعام وطرق تفصيلها- لوجدت أنها متمشية مع مصطلحات وقتهم وما هو سائد فيهم من ألفاظ وأسلوب حياة ، بينما جد في الوقت الحاضر أنواع من الأموال نحتاج إلى تبسيطها وتقريبها لطلاب العلم في مراحل الطلب، كالأسهم في معرفة أنواعها وشركاتها وكيفية إخراج الزكاة فيها⁽²⁾، إعادة النظر في نظام التعليم الحالي شكلاً ومضموناً كي تختفي الثنائية التعليمية ويتوارى معها الصراع الفكري والفقهية وتحل محله المفاهيم الفقهية والفكرية الصحيحة⁽³⁾.

عاشراً : إن التجديد الفقهي ينبغي أن يرتبط فيه الدليل التفصيلي في استنباط الحكم الشرعي بالمقصد الكلي للشارع، مما يدعونا إلى القول بضرورة مراعاة العلاقة بين الدليل والمقصد حين التجديد، بل وطرحه كموضوع ندوات وسبيل

(1) التجديد في الفقه الإسلامي، د.محمد الدسوقي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية القاهرة، القسم الثاني 1422هـ ص221.

(2) ضوابط النظر في النوازل والمتغيرات، ص12.

(3) التجديد في الفقه الإسلامي، د.محمد الدسوقي، ص219.

دراسات معمقة دفعا لعملية الاجتهاد والتجديد الفقهي في النوازل والمستجدات، وتحقيقاً لمصالح الأمة وملازمة لواقعها المعيش⁽¹⁾

احد عشر: إن علاقة الإنسان بالمجتمع تدعونا إلى القول بضرورة الاستفادة من العلوم الاجتماعية ومناهجها في تجديد الفقه الإسلامي، وصياغة منهجية تكاملية بين هذه العلوم⁽²⁾

ثاني عشر: العناية بجمع مسائل الفقه في أبواب كبرى تعرف بالنظريات الفقهية كنظرية الضمان ونظرية الضرر، ونظرية العقد وغيرها؛ لإظهار السبق الحضاري لهذا الكنز الفقهي في تأسيس مثل هذه النظريات.

ثالث عشر: العناية بنماذج التجديد في تراثنا الفقهي ودراستها دراسةً ناقدة نستفيد من إيجابيتها وتصوب مأخذها مع وضعها في إطارها التاريخي وتحديد منهجية الانتفاع منها.

رابع عشر: إحياء منهج الاستنباط والاستدلال الذي قام عليه الفقه في عهده الذهبي وتفعيل العقل الفقهي ليكون عقل فهم ونقد لا مجرد حفظ وترديد، يدرك العلة ويرمي إلى المقصد ويستهدف الغايات التي قررها القرآن وجسدتها سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم في حياة الإنسان.

خامس عشر: التأكيد على أهمية فقه المقاصد وما يمكن أن يؤديه من أدوار إصلاحية مهمة مع ضرورة الالتفات إلى الضوابط الشرعية التي تحصن الناس من الذوبان والانفلات كما تصونهم من التحجر والجمود.

خاتمة البحث :

وتشتمل على اهم نتائج البحث وتوصياته, وبيان ذلك على النحو الاتي :

أولاً: نتائج البحث :

وسوف نكتفي هنا بعرض أهم نتائج البحث، وذلك على النحو الآتي :

- 1- تتعالى الأصوات في العصر الحاضر مطالبة بتجديد الفقه الإسلامي لمواكبة التطور الحضاري والعلمي والإجتماعي في الوقت الحاضر.
- 2- تجديد الفقه الإسلامي ينبغي أن يتم وفقاً لضوابط كثيرة تضمن عدم تحريف الفقه الإسلامي بتبديله ومسح هوية الأمة.
- 3- هناك ثوابت فقهية لا يجوز التجديد فيها وهي المسائل المعلومة من الدين بالضرورة والأحكام التي ورد بها نص شرعي قطعي الدلالة والثبوت.
- 4- ضوابط تجديد الفقه الإسلامي شاملة وجامعة منها يتصل بالتجديد ذاته و منها يتصل بالمجدد ومنها ما يتعلق بوسائل التجديد الفقهي وأدواته.

(1) توصيات الندوة السابعة لتقنين وتجديد الفقه بسلطنة عُمان المنعقدة في إبريل 2008م.

(2) توصيات الندوة التي عقدت بسلطنة عُمان والسابق ذكرها.

5- ينبغي أن ينضبط التجديد الفقهي ذاته بضوابط أهمها الحاجة إلى التجديد وأن يكون التجديد وثيق الصلة بالمجتمع الإسلامي المعاصر وأن يتم تطبيق التجديد بالفعل في الواقع، وأن يعالج التجديد النفوس والأحتياجات المادية معاً.

6- ضوابط تجديد الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالمجدد هي توفر شروط الإجتهد في المجدد الذي يتولى التجديد بدراسة الوقائع المعاصرة ومصادر الشريعة وأصولها وأحكامها فلا بد أن يكون المجدد مجتهداً تتوفر فيه شروط الإجتهد مثل العلم بنصوص الكتاب والسنة والقدرة على إستخراج الأحكام الفقهية من مصادرها.

7- وسائل التجديد هي الأدلة الشرعية كالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس وقول الصحابي والمصلحة والإستحسان وسد الذرائع وعموم البلوى والعرف، ومجال التجديد يتوسع فيما يتعلق بالمصلحة والعرف والإستحسان وسد الذرائع وعموم البلوى، ولذلك أفردنا في البحث ضوابط العمل بالعرف والمصلحة والإستحسان وسد الذرائع وعموم البلوى.

8- التجديد الفقهي الصحيح والمنضبط هو الذي يلتزم بالضوابط المشار إليها والتجديد غير المنضبط هو الذي لا يلتزم بتلك الضوابط.

ثانياً: توصيات البحث :

من خلال إستقراء البحث فإن الباحث يوصي بالآتي :

- 1- قصر التجديد على المسائل التي يجوز فيها شرعاً.
- 2- قصر التجديد على الفقهاء المجتهدين الذين تتوفر فيها شروط الاجتهاد.
- 3- جعل التجديد الفقهي محصوراً في المجامع الفقهية وأقسام الفقه وأصوله في الجامعات.
- 4- وضع سياسة واضحة لوسائل الاعلام لترشيد الخطاب التجديدي للفقه الاسلامي.
- 5- تعميم ضوابط تجديد الفقه الاسلامي وادراجها ضمن مقرر مدخل الفقه الاسلامي الذي يدرس في الجامعات.

● قائمة المراجع :

- الأحكام في أصول الأحكام، ابو الحسن علي بن ابي علي الثعلبي الأمدي المتوفى 631هـ المكتب الاسلامي، بيروت ج1.
- إرشاد الفحول إلى علم الوصول، محمد بن علي الشوكاني، الطبعة الأولى 1421هـ.
- الإعتصام، إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي المتوفى 790هـ، دار ابن عفاة السعودية، الطبعة الأولى 1412هـ.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية المتوفى 751هـ، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1411هـ.
- أنوار البروق في أنواء الفروق، أحمد بن أدريس القرافي، وزارة الأوقاف السعودية 1431هـ.
- الأسهم المالية في نظر الشريعة، صفوت الشوافي وبحث الاستثمار في الأسهم د. علي محي الدين القره داغي.
- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي المتوفى 911هـ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411هـ.
- بداية المجتهد، محمد ابن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، تحقيق محمد صبحي حلاق طبعة 1415هـ، دار المعرفة.
- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد المرتضى الزبيدي، دار الصفاء، الكويت الطبعة الثانية.
- التجديد في فقه المعاملات المالية المعاصرة، د. رياض منصور الخليلي.

- التجديد في الإسلام، كتاب المنتدى الإسلامي بالرياض الطبعة الرابعة 1422هـ.
- تجديد الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ود. جمال عطية، دار الفكر المعاصر دمشق 2002م.
- التجديد في الفقه الإسلامي، د. محمد عبد الرحمن المرعشلي، مجلة المسلم المعاصر، العدد (110) 2003/12/18م.
- التجديد في الفقه الإسلامي، د. محمد الدسوقي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية القاهرة، القسم الثاني 1422هـ.
- الجامع المسند الصحيح، محمد بن إسماعيل البخاري تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي الطبعة الأولى 1422هـ.
- حاشية ابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المتوفى 1252هـ دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية 1412هـ .
- صحيح مسلم، مسلم بن حجاج القشيري المتوفى 261هـ، دار طيبة 1427هـ.
- ضوابط النظر في النوازل والمتغيرات، د. صالح بن حميد، الملتقى الفقهي feqhweb.com.
- عون المعبود على شرح سنن أبي داود، شرف الحق العظيم أبادي، دار ابن حزم 1426هـ الطبعة الأولى.
- الفقه الإسلامي بين الإصالة والتجديد، د. يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، 2001م.
- فقه النوازل وفقه الواقع، د. عبد المجيد قاسم، بحث محكم مقدم لمؤتمر الفتوى وإستشراف المستقبل ليبيا 2009م.
- القاعدة الفقهية حجيتها وضوابط الإستدلال بها، د. رياض منصور الخليفة، وزارة الأوقاف الكويت الطبعة الأولى.
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، قرار رقم 36.
- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد البخاري الحنفي المتوفى 730هـ دار الكتاب الإسلامي.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري المتوفى 711هـ - دار صادر بيروت - الطبعة الثالثة 1414هـ.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة الثانية 1425هـ.
- المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية 1422هـ.
- المستصفى، ابو حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى 505هـ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1413هـ.
- مسند الدارمي، ابو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي المتوفى 255هـ، دار المغني السعودية الطبعة الأولى 1412هـ.
- مسند أحمد بن حنبل، احمد بن حنبل مؤسسة الرسالة.
- مقدمة ابن خلدون، ابن خلدون، 23/5.
- المنحول من تعليقات الأصول، محمد محمد الغزالي المتوفى 505هـ، دار الفكر المعاصر بيروت الطبعة الثالثة 1419هـ.
- من ضوابط تجديد الفقه الإسلامي، د. حسن خطاب، مجلة كلية الآداب جامعة المنوفية العدد (61) أكتوبر 2007م.
- منهج إستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصر، صالح بن حميد، دار الإستقامة، الطبعة الثانية، 1412هـ.
- الندوة السابعة لتقنين وتجديد الفقه بسلطنة عُمان المنعقدة في إبريل 2008م
- هل التجديد ضرورة شرعية، د. محمد الدسوقي، صحيفة الشرق الأوسط السعودية الصادر بتاريخ 2008/7/29م.

فلسفة القانون والوضعي وفلسفة التشريع الإسلامي - دراسة مقارنة



د. دريس تراوري ، مدير قسم البحث
العلمي بمعهد أحمد بابا للدراسات العليا
والبحوث الإسلامية ، تمبكتو - مالي

مقدمة :

ساهمت مؤتمرات القانون الدولي المقارن في الاعتراف الدولي بالتشريع الإسلامي: فقد انعقد بلاهاي بهولندا، في شهر أوت سنة 1932م مؤتمر القانون الدولي المقارن، والذي أسفر عن الاعتراف بالتشريع الإسلامي كمصدر للقانون المقارن. وانهقد المؤتمر نفسه في شهر أوت سنة 1937م، وانتهى إلى اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام، واعتبارها صالحة لمواكبة العصر، وأنها قائمة بذاتها غير مأخوذة من غيرها من القوانين. وقرر أسبوع الفقه الإسلامي في باريس سنة 1951م أن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة قانونية تشريعية لا يمارى فيها، وأن اختلاف المذاهب يحوي ثروة تشريعية هي مناط الإعجاب، ومنها يستجيب الفقه الإسلامي لجميع مطالب الحياة⁽¹⁾. وكان للدراسات الجامعية والبحوث العلمية في كليات الحقوق والجامعات الإسلامية نصبها: فقارنوا بين القانون الدستوري والإداري بالسياسة الشرعية أو السياسة الحكمية، والقانون الدولي العام والخاص بالسير والمغازي، والقانون المدني والتجاري بالبيوع وما يشاكله (العقود) والقانون الجنائي بالحدود والتعازير، والأحوال الشخصية بالزواج وتوابعه، وغيرها من المجالات، كما قارنوا بين قانون بلد معين في مجال معين بمثيله في التشريع الإسلامي. بيدأنه ندرت المقارنات بين الشريعة والقانون- إن لم تكن معدومة- في الأصول التي تنتزع منها الفروع،

¹ - انظر علي، علي منصور، مقارنات بين الشريعة والقانون الوضعي، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1390هـ. 1970م، ص: 68.

وفي المقاصد التي يرمي كل منهما إلى تحقيقها؛ ولذلك، فقد حاولنا في هذه المقالة المقارنة بين النظامين في مستوى فلسفتها التشريعية، للوقوف على ما يجمعهما مما يفرقهما.

المبحث الأول : فلسفة القانون الوضعي :

هناك شبه إجماع بين فقهاء الشريعة والقانونيين على أن الفروع الفقهية والنصوص القانونية لا بد من أن تكون تعبيراً لشيء ما يعطيها صبغتها الإلزامية، لكن علماء القانون اختلفوا في تحديد ما يجب أن تستند إليه هذه الفروع، ففي مجال القانون ظهر لهذا الغرض ما يسمى بفلسفة القانون، حسب نظريتين:

1- النظرية المثالية : (أو نظرية القانون الطبيعي)، تتمثل هذه النظرية في الاعتقاد بأن هناك قانوناً كامناً في طبيعة الروابط الاجتماعية، وهو قانون ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان، يكشفه العقل ولا يوجد، هذا هو القانون الطبيعي، قانون أبدي سرمدي ككل القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية⁽¹⁾، ويرى أنصار مذهب القانون الطبيعي أن قواعد هذا القانون هي أساس القانون الوضعي، لأنها سابقة عليه وتسمو فوقه، فهي تعتبر نموذجاً له يجب على المشرع أن يعمل على احتذائه والتقرب منه، وبقدر ما يوفق في غايته تلك يكون تشريعه الوضعي أقرب إلى الكمال. فالقانون الطبيعي هو المثل الأعلى للقانون الوضعي، وهو بمثابة المصباح الذي يضيء أمام المشرع ويهديه إلى خير الجماعة وفلاحها.⁽²⁾ والقانون الوضعي الذي يخالف القانون الطبيعي لا يعتبر قانوناً ويجوز الخروج عليه.⁽³⁾

هذه هي الفكرة الأساسية للقانون الطبيعي، إلا أن الذين يمثلون هذه المدرسة اختلفوا فيما بينهم في تحديد مصدر هذا القانون الطبيعي: فبينما كان مصدره هو قوة الطبيعة عند اليونان، فقد أصبح له مصدر إلهي في القرون الوسطى، في حين أصبح له مصدر عقلي في العصر الحديث. والقانون الطبيعي كان فلسفة عند اليونان، فصار قانوناً عند الرومان، ثم دينا في القرون الوسطى، ثم سياسة في العصر الحديث.⁽⁴⁾

2- النظرية الوضعية : بعد أن قطعت أوروبا صلتها بكل ما هو مثالي، كان للقانون أيضاً نصيبه، فثاروا على فكرة القانون الطبيعي، وقالوا إن القانون الوضعي قائم بذاته، من غير أن يكون تعبيراً عن قوانين عليا. ولما قطعوا كل صلة للقانون بمصدره الأعلى كان لزاماً عليهم أن يبحثوا له عن أصل محسوس خاضع للتجربة والملاحظة، وبعد اتفاقهم على صفة الوضع للقانون اختلفوا في تحديد أساسه تبعاً لميولاتهم، فظهرت مدارس كثيرة منها:

أ- المذهب الشكلي :

يرى هذا المذهب أن القانون لا بد من أن يكون ناشئاً عن مشيئة الدولة، أي مشيئة من له السلطة العليا في المجتمع. ويطلق على هذا الاتجاه المذهب الشكلي، أو المذهب الدولي، أو الوضعية القانونية؛ لكون هذا المذهب منبثقاً

¹ - السهوري، عبد الرزاق، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، 1372 هـ 1953 م، ص: 44.

² - عبد الفتاح، عبد الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات، مصر، 1954 م، ص: 37.

وقد نصت بعض القوانين الحديثة على اعتماد القانون الطبيعي مصدراً للقانون وذلك " إذا لم يجد القاضي في التشريع وقواعد العدالة أو العرف أو في مبادئ الشريعة الإسلامية حكماً يمكن تطبيقه وجب أن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " م.ن، ص: 169.

³ - Introduction générale au droit, Bruno Petit, Presses universitaires de Grenoble, p : 7.

⁴ - انظر السهوري، عبد الرزاق، المصدر نفسه، ص : 46.

عن الفلسفة الوضعية القائمة على الملاحظة والتجربة، ومن ثم لا تعترف بالميتافيزيقا أو ما وراء الطبيعة مصدرا للقانون، وتنكر كذلك ما يسمى بالقانون الطبيعي الخالد أو القواعد الأخلاقية المطلقة. وبعبارة أخرى، يرفض هذا الاتجاه كل ما هو متعال مصدرا للقانون. ويحصر مصدر القانون في التشريع فقط.

ب- المذاهب الاجتماعية الواقعية :

تبحث هذه المذاهب عن مصدر القانون من الواقع الاجتماعي، غير أنهم يختلفون فيما بينهم في تحديد الواقع الذي يعتبر مصدرا للقانون، فظهر تبعاً لذلك اتجاهات كثيرة، أهمها:

1- المذهب التاريخي: يرى هذا الاتجاه أن القانون ليس ناشئاً من إرادة المشرع كما ذهب إليه المذهب الشكلي، وإنما يرى أن القانون من صنع الزمن ونتاج التطور التاريخي، فالقانون ينشأ مع الجماعة متكيفاً بمعيشتها، ويتأثر بظروفها الاقتصادية والجغرافية والاجتماعية، ومن ثم فهو وليد البيئة الاجتماعية ويتطور ذاتياً دون أن يلعب الإنسان دوراً في تطوره، فيتكون تلقائياً في المجتمع، وينمو فيه، ويساير تطوره. وقد دافع سافيني (1779-1861م)، عن هذه الفكرة، حيث قال: " ينشأ القانون مع الأمة، ويتطور معها ويموت عندما تفقد هذه الأمة شخصيتها"⁽¹⁾. وما دور المشرع إلا تبين القواعد التي توارثها المجتمع ومراقبة تطورها والاكتفاء بتسجيلها في نصوص قانونية. فالمذهب التاريخي يجعل المجمع المصدر الوحيد للقانون.

2- مذهب الغاية أو الكفاح: يعتبر فون اهرنج الفقيه الألماني زعيم مدرسة الغاية الاجتماعية ويطلق على هذه المذهب أيضاً مصطلح مذهب الكفاح والنضال. يرى اهرنج أن القانون لا يتطور تطوراً أعمى دون غاية أو هدف، كما ذهب إليه المدرسة التاريخية، بل إن نشأته وتطوره يكونان وفقاً لغاية محددة، وأن عامل الإرادة البشرية عامل أساسي في تطور القانون لا يمكن إغفاله، ليس ذلك فحسب بل إن عامل الإرادة هذا يشتد حتى يصبح إرادة عنيفة وكفاحاً مستمراً يوجه القانون إلى غاية محددة. يذهب اهرنج إلى أن هناك حقيقة لا شك فيها، وهي أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب، أما الظواهر الاجتماعية فتخضع لقانون الغاية، وبما أن القانون ظاهرة اجتماعية وكل ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون الغاية. فالقانون بذلك ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية، أما الغاية من القانون فتتجلى في المحافظة على المجتمع عن طريق الثواب والعقاب.⁽²⁾

3- مذهب التضامن الاجتماعي: يقوم هذا المذهب الذي دعا إليه الفقيه الفرنسي دييجي على أن القانون كائن اجتماعي، وعلى أن الأفراد في المجتمع تربطهم ورابط تضامن، هي رابطة تضامن تقوم على تشابه الحاجات، ورابطة تضامن تقوم على تقسيم العمل لتبادل الخدمات.⁽³⁾

وأما مقاصد القانون فيمكن إيجازها في ثلاثة أركان أساسية: " العدل، والأمن أو النظام، والتقدم الاجتماعي"⁽⁴⁾، وقد اختلفت أصحاب المدارس القانونية في مدى الاعتماد على هذه المقاصد الثلاثة: فمنهم من رأى الأولوية للأمن أو النظام، وذلك مذهب المدارس الشكلية أو الدولية في القانون (Ecoles formalistes)؛ ومنهم من أكد على العدل وهو مذهب المثاليين أو مذهب القانون الطبيعي (Ecoles) idéalistes؛ ومنهم أخيراً من أصر على

¹ - Introduction à l'étude du droit, Hatem Kotrane, p:28.

² ، تاريخ الزيارة: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t2311-topic.2018/06/25> - انظر

³ - انظر المبادئ القانونية العامة، أنور سلطان، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005م، ص: 84.

⁴ - محمصاني، صبيح، الدعائم الخلفية للقوانين الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط2، 1979م، ص: 333.

ركن التقدّم الاجتماعي والرخاء والازدهار، وهو مذهب الاجتماعيين الواقعيين (Ecoles réalistes) ⁽¹⁾ أي المدارس الاجتماعية والتاريخية والاقتصادية. وبناء على ذلك، نجد المذهب الشكلي (الدولي) في تعريفه للقانون يركز على عنصر الإلزام، والمذهب الطبيعي على عنصر الأخلاق، والمذاهب الاجتماعية على عنصر التأثير.

المبحث الثاني : فلسفة التشريع الإسلامي :

عرّف محمد الطاهر ابن عاشور مقاصد الشريعة العامة بأنها: " المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة. فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغاياتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها. ويدخل في هذا أيضا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها" ⁽²⁾

ويرى علال الفاسي أن : " المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها" ⁽³⁾

وعرفها وهبة الزحيلي بأنها: " المعاني والأهداف الملحوظة للشارع في جميع أحكامه أو معظمها، أو هي الغاية من الشريعة والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم ومن أحكامها" ⁽⁴⁾ جمع الرحيلي بين تعريفه ابن عاشور وعلال الفاسي دون إضافة.

وعرف أحمد الريسوني مقاصد الشريعة بأنها : " الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد" ⁽⁵⁾

ويلاحظ على هذه التعريفات أن المقاصد العامة تطلق على الغايات الكبرى والأوصاف العامة للشريعة، كالمهدف من خلق الإنسان، وعلى الأهداف العامة كالمحافظة على الكليات، وعلى المعاني التشريعية وهو المعبر عنه بجلب المصالح إلى الكليات الضرورية التي ينبنى عليها الوجود الإنساني ، سواء أكانت مصالح جلبها ضروري أم حاجي أم تحسيني. ودرء المفسدات الضرورية عنها، سواء أكانت مفسدات درؤها ضروري أم حاجي أم تحسيني. فالمعاني التشريعية هي التي نراعيها في الفروع، وبمراعاتها فيها نحافظ على الأهداف العامة، التي بالمحافظة عليها نحقق الغاية من التشريع.

إن الشارع الحكيم في سياسته للمحافظة على الجانب الفكري والنفسي والسلوكي للإنسان اعتمد على المحافظة على الكليات الخمس (حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، حفظ المال) ⁽⁶⁾ وهو المعبر عنه بجلب المصالح كما اعتمد على دفع كل ما من شأنه أن يقوّض هذه الأركان، وهو المعبر عنه بدفع المفسدات. وللمحافظة على الكليات الخمس شرّع مصالح متفاوتة من حيث الأهمية من المصالح الضرورية، إلى المصالح الحاجية، إلى المصالح التحسينية.

¹ - انظر محمصاني، صبيح، المصدر نفسه، ص: 334.

² - ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، ص: 51.

³ - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، منشورات مؤسسة علال الفاسي، ط5، 1429هـ. 2008م، ص: 7.

⁴ - أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2، 1418هـ. 1998م، 1045/2.

⁵ - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1412هـ. 1992م، ص: 15.

⁶ . ذكر العزالي في المستصفى، والشاطبي في الموافقات أن تلك الأركان الخمسة قد اتفقت الشرائع الإلهية، بل الوضعية أيضا على وجوب احترامها، وأن حرمتها لم تبح في ملة قط.

ولدرء المفسد عن الكليات الخمس اعتمد على درء مفسد متفاوتة أيضا، من مفسد ضرورية الدرء، إلى مفسد حاجية الدرء، إلى مفسد تحسينية الدرء. ويندرج تحت قاعدتي جلب المصالح ودرء المفسد قواعد فرعية كثيرة: كقواعد المصالح وقواعد رفع الحرج، وقواعد رفع الضرر، وقواعد الضرورات، وقواعد درء المفسد، وقواعد الموازنة بين المصالح والمفسد، وغيرها من القواعد التي تعبر عن مقصد الشارع الحكيم من تشريعه.

المبحث الثالث : المقارنة بين فلسفة القانون وفلسفة التشريع الإسلامي:

إذا نظرنا في فلسفة التشريع بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، تبين لنا:

- 1- إن الفرق الجوهرى بين فلسفة التشريع الإسلامى وفلسفة القانون الوضعى يكمن فى مصدر كل منهما: فمصدر فلسفة التشريع الإسلامى متعال بحيث هو ما وضعه الشارع الحكيم لتكون الأحكام الشرعية تعبيرا عنها، ومعلوم الشارع فى الإسلام هو الله تعالى، ورسوله عليه السلام فيما يصدر عنه من قول أو فعل وتقرير، تحت رقابة الوحي. ودور الإنسان فى فلسفة التشريع الإسلامى يقتصر على كشف هذه الفلسفة أى المقاصد، وفهمها، والاهتداء بها فى عملية استنباط الأحكام وتنزيلها على الوقائع. بينما فلسفة القانون الوضعى مصدرها إنسانى، فهى من وضع الإنسان، فهو موجود لها، اعتمادا على ما يهتدي به إليه عقله، بقطع النظر عن كل مصدر متعال.
- 2- إن فلسفة التشريع الإسلامى أوسع مجالا من فلسفة القانون الوضعى؛ لأن القانون عبارة عن مجموعة قواعد ملزمة تنظم علاقات الأفراد فى المجتمع. واتصاف مفهوم القانون بصفة الوضع للدلالة على ارتباطه بعنصرى الزمان والمكان، أى أن دوره يقتصر على تنظيم علاقات الإنسان فى مجتمع ما وفى زمن ما. فكذلك فلسفته؛ فإنها لا تتعدى علاقات الإنسان. بينما يتجاوز فلسفة التشريع الإسلامى هذا المجال الدنيوى إلى المجال الأخرى؛ لأن الشريعة تهتم بعلاقات الإنسان بغيره، وهو المعبر عنه بالمعاملات، وبالعلاقة بنفسه، وهو الجانب السلوكى، وبالعلاقة بربه، وهو الجانب العقدي والتعبدي.
- 3- من ناحية التنظيم والتبويب، فإن فلسفة التشريع الإسلامى (المقاصد) - عكس فلسفة القانون - قطعت شوطا كبيرا؛ لأن مقاصد الشريعة مبوبة ومقسمة حسب اعتبارات كبيرة. من حيث الشمول إلى مقاصد عامة وخاصة وجزئية، ومن حيث قوة الثبوت إلى مقاصد قطعية وظنية ووهمية، ومن حيث الأصالة إلى مقاصد أصلية وتبعية، ومن حيث قوة المصلحة إلى مقاصد ضرورية وحاجية وتحسينية، وغيرها. والمقاصد الشرعية متدرجة من حيث الهيكلية من الغايات الكبرى للشريعة، كسعادة الدارين، إلى الأهداف العامة للشريعة، كالحفاظة على المقاصد الضرورية الخمس، إلى المعاني التشريعية، كالمصالح والمفسد، إلى القواعد المقاصدية التشريعية، كقواعد المصالح وقواعد المفسد، وقواعد الموازنة بين المصالح والمفسد. وبذلك يمكن القول إن فلسفة التشريع الإسلامى تعطي المجتهد وؤية واضحة، ومنهجيا تشريعيًا يهتدي به فى استنباط الأحكام وتنزيلها على الوقائع، كما يعطيه منهجا اجتهاديا فى النوازل عند الفراغ التشريعي.
- 4- أنهما يلتقيان فى الاعتماد على فكرة فلسفة القانون الطبيعى إذا كان معناه انبناء التشريع على قواعد مستخلصة من الفطرة الإنسانية، كالتيشير والحرية والعدالة والمساواة وغيرها؛ لأن من أهم خصائص التشريع الإسلامى كما يقول محمد الطاهر ابن عاشور انبناؤه على الفطرة. وربما يختلفان فى مصادقاته⁽¹⁾، ولا أدل على ذلك من الاختلاف الواقع اليوم فى مفهوم الحرية والمساواة بين الغرب والعالم الإسلامى رغم اتفاقهما عليهما من حيث

¹ - أى ما يصدق عليه القانون.

المبدأ. كما يلتقي مدرسة القانون الطبيعي مع التشريع الإسلامي في انبناء القانون/الأحكام على الأخلاق، عكس المدارس الوضعية في القانون.

5- تتفق الشريعة مع القانون الوضعي على ضرورة المحافظة على مقاصد القانون المتمثلة في العدالة والأمن والتقدم الاجتماعي، إلا أنهما يختلفان في مصدرها؛ ففي حين يرى القانون الوضعي أن مصدرها إنساني من خلال التجربة والملاحظة، فإن الشريعة ترى أن لها مصدرا متعاليا هو الوحي الإلهي.

6- إن ما ذهبت إليه المدارس الوضعية في القانون من استمداده من السلطة الحاكمة، أو من روح الشعب، أو من الوعي الاجتماعي، أو من تطور وسائل الإنتاج بمعزل عن أية اعتبارات أخرى متعالية، فهذا ما لا يرتضيه التشريع الإسلامي. إن أكبر كارثة نعيشه اليوم هو عدم خضوع القانون لمثل عليا يسعى إلى تحقيقها، أو خضوعه لمثل عليا تحددها الساسة حسب أهوائها، فأصبح أعبوبة بيد رجال السياسة الذين انسلخوا من المبادئ الأخلاقية منذ نيقولا مكيافيلي. وخير مثال على ذلك محكمة العدل الدولية التي أصبحت اليوم وسيلة من وسائل سياسة الدول العظمى لقمع الضعفاء، مع أنه كان من المفروض أن يخضع لها الجميع.

7- إن فلسفة التشريع في الإسلام تتسم بالثبات والاستقرار فهي نفسها منذ عصر الرسالة إلى اليوم، وهي محل اتفاق بين المذاهب الفقهية، بينما تخضع فلسفة القانون للاعتبارات الظرفية والميولات الشخصية، ففلسفة القانون في عصر اليونان غيرها في القرون الوسطى، وهي مختلفة عنها في عصر النهضة، وفلسفة القانون في الدول الأنجلوسكسونية مختلفة عنها في الدول الفرنكوفونية، كما أن للدول الشيوعية فلسفتها التشريعية. ومقاصد القانون مختلفة من مدرسة لأخرى، فالمدرسة المثالية ترى أن المقصد العام من التشريع هو العدالة، ولذلك تعلي من شأنها وتهمل المقاصد الأخرى، والمدرسة الدولية ترى أن المقصد العام منه هو الأمن الاجتماعي، فهي تسعى إلى استتباب الأمن بكل الوسائل وتهمل المقاصد الأخرى، بينما ترى المدرسة التاريخية والاجتماعية والاقتصادية أن المقصد العام منه هو التقدم الاجتماعي، فهي تعلي من شأنه وترجع المقاصد الأخرى إليه. ومعلوم أن الاختلاف في الفلسفة التشريعية يؤدي في الغالب إلى اختلاف الأحكام، اختلافا يصل أحيانا إلى حد التضارب والتناقض.

إن الخلاف الجوهرى بين فلسفة القانون الوضعي وفلسفة التشريع الإسلامي يكمن في اختلافهما في طبيعة مصدرهما الذي يراه القانون إنسانيا، بينما تراه الشريعة متعاليا، ومن ثم، فإن فلسفة التشريع أوسع مجالا وأحسن تبويبا من فلسفة القانون؛ إذ تتسع للماورائيات بينما تقتصر فلسفة القانون على ما هو محسوس. ويضاف إلى ذلك أن فلسفة التشريع الإسلامي محل اتفاق بين علماء الشريعة من حيث الإجمال، بينما أنظار علماء القانون متخالفة حول الفلسفة التي ينبغي أن تصدر عنها القواعد القانونية.

يتفق التشريع الإسلامي مع القانون من حيث المبدأ على ضرورة الاعتماد على فلسفة القانون الطبيعي المستخلص من الفطرة الإنسانية، كما يتفقان، على وجه العموم، على ضرورة المحافظة على مقاصد القانون المتمثلة في العدالة والاستقرار والتقدم، وإن كان الاختلاف بينهما واردا على وجه التفصيل. وبعبارة أخرى، فإنهما متفقان من حيث المبدأ، وإن كان الاختلاف بينهما واردا من حيث المفهوم والمصدق.

• المصادر والمراجع :

- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005م.
- الريسوني، أحمد، المقاصد عند الإمام الشاطبي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1412هـ - 1992م.
- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2، 1418هـ - 1998م.
- السنهوري، عبد الرزاق، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، 1372هـ - 1953م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس.
- عبد الفتاح، عبد الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات، مصر، 1954م.
- علي، علي منصور، مقارنات بين الشريعة والقانون الوضعي، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1390هـ - 1970م.
- الفاسي، علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، منشورات مؤسسة علال الفاسي، ط5، 1429هـ - 2008م.
- محمصاني، صبحي، الدعائم الخلفية للقوانين الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط2، 1979م.
- Introduction générale au droit, Bruno Petit, Presses universitaires de Grenoble.
- Introduction à l'étude du droit, Hatem Kotrane.
- <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t2311-topic>
- ، تاريخ الزيارة : 2018/06/25.

المستشرقون والفقه المالكي (دراسة في ترجمات الفقه المالكي)



د. بوها ولد محمد عبد الله سيدي
أستاذ بالمعهد العالي للدراسات
والبحوث الإسلامية - أنواكشوط

مقدمة :

اهتم المستشرقون بالتراث الإسلامي بشكل عام وأولوا المذهب المالكي عناية خاصة، فحققوا مخطوطاته وترجموا مصادره، وكتبوا دراسات معمقة حول تاريخه، كل ذلك من أجل التعرف على هذه المجتمعات الإسلامية لأسباب استشرافية مختلفة.

وقد اكتشف المستشرقون التراث الإسلامي على مرحلتين، فكانت المرحلة الأولى في فترة القرون الوسطى، حين كانت أوروبا تريد اكتشافه وترجمته من أجل إثراء ثقافتها، وقد تمكنت من ذلك، واستفادت منه في حركة نهضتها أواخر القرن الخامس عشر. والمرحلة الثانية في فترة الاستعمار حين أعادوا استكشاف التراث الإسلامي لا من أجل تعديل ثقافي في حضارته بل من أجل وضع خطته السياسية مطابقة لما تقتضيه الأوضاع في هذه البلاد الإسلامية¹.

عمل المستشرقون على ترجمة اغلب الكتب المعتمدة في المالكي، ترجمة عامة أو جزئية، لكنهم ركزوا بشكل لافت على فقه المعاملات، فترجموا فصوله من هذه الكتب، وعقدوا مقارنات بيه وبين القوانين. و كانت لهم دراسات ومؤلفات حول مصادر المذهب مستعينين بالترجمات التي ذكرنا.

كما اكتشف المستشرقون مصدرا جديدا من مصادر التاريخ الديني والثقافي والسياسي والاقتصادي هو فقه النوازل، فأعدوا بحوثا حول بعض كتبه ك: "جامع الأحكام لما نزل من القضايا بالفتين والحكام" المعروف بنوازل

¹إنتاج المستشرقين، مالك بن النبي ص:8-9، دارالإرشاد. ط1، 1979

البرزلي، والمعيار للونشريسي ونوازل المازوني، التي هي من أشهر مجامع الفتوى في الغرب الإسلامي حتى بداية القرن العاشر الهجري - السادس عشر الميلادي. وخدمة لأهدافهم الاستشراقية غير المعلنة أثاروا بعض الشبهات منها: القول بجمود التشريع الإسلامي، وعجزه عن مواكبة المستجدات، تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني، وشككوا في بعض أصول المالكية، فتعرضوا لها بالنقد، للتأكيد على ضعف البنية الأصولية للفقه المالكي كعمل أهل المدينة والعادة والعرف. ومع ذلك فقد تفاوتوا في طبيعة تعاطيهم مع هذا التراث. وإن كانت هناك من حسنات تذكر للحركة الاستشراقية فهي حفاظهم على مخطوطات مهمة من التراث الإسلامي كانت على وشك الضياع، حفظها مستشرقون خدمة لأهدافهم، صدقوا في نسبتها لأصحابها من علماء المسلمين أو نسبوها لأنفسهم¹.

أما عن بداية هذه الترجمات فقد كانت مع المذهب الحنفي، حيث أحاطه المستشرقون بعناية، وأخضعوا كتبه للدراسة والترجمة كـ "الهداية" في الفروع و"ملتقى الأبحر"². وقد يرجع اهتمامهم بالمذهب الحنفي قبل المذاهب الأخرى لما كان يحظى به من انتشار في ظل التوسع العثماني .

أولا : ترجمات نصوص الفقه المالكي :

وهنا لا نريد القيام بسرد كرونولوجي (chronology) لترجمات نصوص الفقه الإسلامي والمالكي على وجه التحديد، بقدر ما نود فهم السياق الذي تمت خلاله هذه الترجمات والجهات التي أشرفت عليها، و الأسباب التي دفعتهم للتركيز على جوانب من هذا الفقه دون غيرها في أحيان كثيرة. وقبل أن نخوض في تفاصيل هذه الترجمات، لا بأس أن نتطرق لتعريف المالكية في كتب المستشرقين، ففي الموسوعة الإسلامية التي ألفتها مجموعة من المستشرقين يقول أصحابها: المالكية "جماعة (قانونية - دينية)، تحمل لواء الإسلام التقليدي، وقد تأسست بعد انتشار الإسلام في القرن السابع والثامن الميلادي، بعد أن تعطل العمل بالقوانين الإسلامية لعدم شموليتها، فكانت الحاجة ماسة لوضع قوانين تضمن التعايش. و كان اقتراحا من الخليفة أبو جعفر المنصور حين اقترح على قضاة المدينة، أن يضعوا نظاما يشمل كل الاختلافات حتى تساهم في تماسك الدولة... ولماذا مالك بالتحديد؟ لأنه يمثل المدينة التي بدأت فيها التشريعات الإسلامية، وتناقل طلابه فقهه حتى وصل المغرب ثم إسبانيا"³. وعلى ضوء هذا الطرح سار العديد من المستشرقين في تصورهم عن الفقه المالكي وعلمائه ووسائل انتشاره.

ويمكن تقسيم ترجمات المستشرقين إلى مجموعتين: ترجمات عامة وهي التي حاول أصحابها الإحاطة بترجمة الكتاب الفقهي أو ترجمة أغلبه، وترجمة جزئية اكتفى المستشرق فيها بترجمة باب أو فصل من تلك الكتب، كإقتصارهم على ترجمة الأبواب المتعلقة بفقه المعاملات... الخ

1- ترجمات عامة :

تبت الإدارة الاستعمارية أغلب المشاريع الأولى لترجمة الفقه الإسلامي، لحاجتها الماسة للتعرف على هذه الشعوب حتى يسهل اختراقها، يقول المستشرق دارست (R.Dareste): "هذه الكتابات جاءت للحاجة الماسة

¹: فكانت اكتشافات كبرى تنسب لغير أصحابها، مثل دورة الدم الضغرى تنسب للانجليزي وليم هرفي بينما كان صاحبها، الطبيب المسلم ابن النفيس، عاش قبله بأربعة قرون. مالك بن نبي، إنتاج المستشرقين ، ص:8-9. دارالإرشاد. ط1، 1979

²:ترجم من طرف المستشرق، D'OHSSON. ونشر في المجلة الآسيوية. العدد السنوي

³:Encyclopédie de L'islam nouvelle édition établie avec le cours des princypaux orientalistes , par C.E.Boswoth, E.Van Donzel, B.Lewis,et Ch.Pellat .

للسلطات الأوروبية للتعرف على هذه الشعوب"¹. وقد جاءت بداية ترجمات المستشرقين للكتب الفقهية مع كتاب (الهداية) للمرغيني² من طرف المستشرق (هاملتون Hamilton Charles)، بأوامر من الحاكم العام للبرتغال في الهند عام 1772م³، لتتوالى بعد ذلك ترجمات لكتب الفقه والتراث، ومن ذلك ترجمات لمختصر الشيخ خليل، وكانت أول هذه الترجمات ترجمة (نيكولا بيروه N.Perron) فنقله إلى اللغة الفرنسية في 6 أجزاء مقرونا بالنص العربي وقد صدرت هذه الأجزاء تباعاً سنة (1848_1854)⁴، إلا أنه وقع في الكثير من الأخطاء في أغلبها كانت بسبب عدم فهمه لبعض المصطلحات الفقهية، كما انتقدت ترجمة في بحث للمستشرق (فرانسوا François CADOZ)⁵. كما طبعت نسخة من المختصر باللغة العربية سنة 1855 في باريس⁶، اعتماداً على مخطوطات المستشرق (كوستافو Gustavo Richebé)، بالإضافة إلى مخطوطين آخرين. وكانت هذه الأخيرة بإذن من وزير حافظ الأختام وزير العدل الفرنسي آنذاك⁷.

كما تمت ترجمة الرسالة لابن أبي زيد القيرواني⁸ من طرف المستشرق (فاكون E.Fagnon)، حيث ركز هو الآخر على جانب المعاملات بشكل أساسي⁹. وتمت أيضاً ترجمة فصول منها إلى اللغة الإنجليزية من طرف رسل وعبد الله المأمون السهروردي، مع تعليقات على المتن، سنة 1906¹⁰.

¹: R.Daresté. Extrait du Journal des savant –Juin 1882, p: 3

²: هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيني، أبو الحسن برهان الدين: من أكابر فقهاء الحنفية نسبته إلى مرغينان (من نواحي فرغانة) كان حافظاً مفسراً محققاً أديباً، من المجتهدين. من تصانيفه بداية المبتدي وشرحه الهداية في شرح البداية، والتجنيس والمزيد في الفتاوى، ومختارات النوازل. مات سنة: 593هـ/الأعلام: 266/04.

³:ترجمة بعض المؤلفات والعقيدة الأشعرية والمذهب المالكي إلى للغات الأجنبية، أشغال الندوة الأكاديمية المنعقدة تحت عنوان:المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة،المجلد الثاني، أيام 14،15،16، فبراير 2012، فاس المغرب، د.عمار الطالبي، ص:397

⁴: السابق:ص:400

⁵: Examen critique de la traduction officielle qu' à faire M. Perron du livre Khalil, Par F.Cadoz, Paris Challamel Ainé ;Libraire _Editeur ; 1870

⁶: المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس، لخليل بن اسحاق بن يعقوب المالكي، طبع في مدينة باريز المحروسة، بالمطبع السلطاني المعمر، 1855م،
⁷: ترجمة بعض المؤلفات والعقيدة الأشعرية والمذهب المالكي إلى للغات الأجنبية، أشغال الندوة الأكاديمية المنعقدة تحت عنوان:المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة،المجلد الثاني، أيام 14،15،16، فبراير 2012، فاس المغرب، د.عمار الطالبي، ص:400

⁸: أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني كان إمام المالكية في وقته، وقدهمهم، وجامع مذهب مالك، وشارح أقواله، وكان واسع العلم كثير الحفظ والرواية، وكتبه تشهد له بذلك، وكان يعرف بمالك الصغير، يقول الشعر ويجيده، ويجمع الى ذلك صلاحاً تاماً، وورعاً وعفة، وإليه كانت الرحلة من الأقطار، من كتبه النوادر والزيادات على المدونة، وكتاب الاقتداء بأهل السنة، وكتاب الذبّ عن مذهب مالك، وكتاب الرسالة وغيرها من الكتب المفيدة، توفي سنة ست وثمانين وثلاثماية. ترتيب المدارك: 145-141/02.

⁹: Risala , Traité Arégé de Droit Malékite et Morale Musulman, Traduction avec Commentaire et Index Analytique, Par, E.Fagnan, Librairie Paul Genthner . Paris 1914

¹⁰: كتاب الجامع في السنن والآداب والمغازي والتاريخ، أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المحقق: محمد أبو الأصفان - عثمان بطيخ، ص:48.

كما وجدت ترجمات لبعض وكلاء الاستعمار أمثال: المحامي أحمد لعيمش الذي ترجم عدة أبواب من كتاب (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) لابن رشد¹، من بينها: الهبات والوصايا. وترجم الكتاب بالكامل إلى اللغة الإنجليزية من طرف عمران أحسان خان نيازي².

كما تولت وزارة المستعمرات الإيطالية نشر ترجمة للمختصر للغة الإيطالية في سنة 1919م، قام بها مترجمان هما: (اقنازيو قيدي) الذي ترجم الجزء المتعلق بالعبادات أما زميله (داود سانتالانا) الذي تولي الجزء المتعلق بالمعاملات، وتمت الترجمة بالاعتماد على طبعة باريس 1855، التي حققها المستشرق T.Reinaud³.

2- الترجمات الجزئية (فقه المعاملات نموذجاً) :

انصبت جهود المستشرقين بشكل لافت على دراسة فقه المعاملات، حيث اقتصروا على العقود وتفحصوا فقه النوازل ومدونة الأحوال الشخصية حتى يتمكنوا من إخضاع المعاملات الإسلامية للقانون الفرنسي، وتجريد القضاء الإسلامي من مهامه⁴. ومن جهة ثانية قصد إثارة الشبه حول الفقه الإسلامي، بعد أن خبروا تفاصيله.

ومن الترجمات التي اقتصرت على قسم المعاملات دون قسم العبادات، ترجمة (سنيت N.Seignette)⁵، حيث قسمه إلى أبواب وفصول على التقنين الغربي تسهيلاً لمدارسه، وقد ميز ترجمته بنقله تعاريف ابن عرفة في مقدمة كل باب⁶. وكذلك ترجمة المستشرق (فاكه E. Fagnan) لفصول من المختصر متعلقة بأحكام الزواج و الطلاق، مع التعليق على كل باب منها⁷. كما لم تقتصر ترجمات المستشرقين على المختصر وإنما شمت كتب فقهية متعددة منها :

¹: هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد الأندلسي، أبو الوليد: الفيلسوف، من أهل قرطبة، صنف نحو خمسين كتاباً، منها: فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال والضروري في المنطق، و منهاج الأدلة في الأصول، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، وكان دمث الأخلاق، حسن الرأي، ويلقب بابن رشيد الحفيد تمييزاً له عن جده، وكان يفرغ إلى فتياه في الطب، كما يفرغ إلى فتياه في الفقه، مع وفور العربية، وقد ولي قضاء قرطبة، فحمدت سيرته، مات رحمه الله سنة: 595هـ الأعلام: 318/05، وسير أعلام النبلاء: 308/21.

²: السابق: 415، راجع أيضاً: ترجمة المستشرقين للفقه المالكي في فترة الاحتلال الفرنسي نموذجاً، جمال كركار، أعمال الملتقى الخامس للمذهب المالكي، تحت عنوان: المدرسة المالكية الجزائرية دار الثقافة، ولاية عين الدفلى، 14، 15، 16، 2009، ص: 270.

³: عنوان: MUHTASAR.sommaire del Diritto Malechita di halil ibn ishaq, version del prof: David Santillana, Milano, 1919 Ministero delle colonie: راجع عمار

الطالبي مرجع سابق: ص: 408.

⁴: المدرسة المالكية الجزائرية. جمال كركار مرجع سابق: ص: 268.

⁵: وهو مترجم عسكري للجيش الفرنسي

⁶: R.Darest. Extrait du Journal des savant—Juin 1882, p:1.

⁷: Sidi Khalil, mariage et répudiation Par E. Fagnan , Alger ;Typographie Adolphe Jordan 1909 .

تحفة الحكام¹ : في الأقضية والمعاملات، التي ترجمت من طرف المستشرقين : (هوداس² O.HOUDAS) (مارتيل³ F.MARTEL). و في جانب القضاء أيضاً، تمت ترجمة كتاب الأحكام السلطانية للماوردى⁴ من طرف –(الكونت ليون أوسروروغ Léon Ostrorog)، وقد أشار في تقديمه لهذه الترجمة إلى أن الوجود الاستعماري لفرنسا في الجزائر يدفع إلى تعلم الفقه الإسلامي لأجل تكوين جهاز إداري وقضائي تابع للإدارة الاستعمارية وبسط قضائها وسحب البساط من القضاة التقليديين⁵. وركز (سوتايرا E.Sautayra) على فقه النوازل ومدونة الأحوال الشخصية وهو ما يعكس جانبا من اهتمام المستشرقين بالقضاء الإسلامي⁶.

وقد قصد المستشرقون من خلال هذه الترجمات التي شملت كافة الجوانب الفقهية تحقيق مسألتين الأولى معرفة التشريعات المعمول بها في هذه البلدان ومحاولة تكيفها مع القانون الاستعماري. والثانية إثارة الشبه حول هذه الأحكام وصحة أصولها. كما عانى المستشرقون من فهم للمصطلحات الشرعية وهو ما جعل الحاجة ماسة في ذلك الوقت لوجود معالج متخصصة في ترجمة المصطلحات الإسلامية، وهو ما تم في وقت متأخر على الترجمات الأولى، حيث تم تشكيل لجنة للمصطلحات القضائية وتولى المترجم المصري جون فرعون وضع تقرير يشرح المصطلحات الإسلامية ويبين ما يقابلها من المصطلحات في اللغة الفرنسية⁷.

¹: محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي، قاض من فقهاء المالكية بالأندلس، له كتب منها: تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام وتعرف بالعاصمية، شرحها جماعة من العلماء، وحنائق الأزاهر في مستحسن الأجوبة والمضحكات والحكم والأمثال والحكايات والنوادر، مات سنة: 829هـ. الأعلام: 45/07

²:مستشرق فرنسي، عني بتاريخ السودان بشكل واسع فنشر، فنشر وترجم عدة مؤلفات، منها: "تاريخ الفتاش في أخبار البلدان والجيوش وأكابر الناس، تأليف محمود كاتي، 1913 وقد أعيد طبعه بالأوفست 1964. وكتاب: تاريخ السودان تأليف عبد الرحمن بن عبد الله بن عمران السعدي، النص العربي والترجمة إلى الفرنسية بالإشتراك مع E.Benoist. بين 1900.1898، منشورات مدرسة اللغات الشرقية الحية في باريس برقم 13، السلسلة الرابعة. وأعيد طبعه بالأفست 1964. وله أيضا تذكرة النسيان في أخبار ملوك السودان. ترجمة فرنسية مع النص العربي، بالتعاون مع E.Benoist، بين 1913 و1914، منشورات مدرسة اللغات الشرقية السلسلة الرابعة رقم 20. وأعيد كبعة كذلك بالأفست 1966.

راجع: موسوعة المستشرقين، عبدالرحمن بدوي، ص:617، دار العلم للملايين، ط3، بيروت 1993.

³: Traité de Droit Musulman ; La TOHFA D'EBEN Acem, Texte Arabe avec Traduction française Par O.HOUDAS et F.MARTEL. Gavault Saint-Lager Alger édition 1882

⁴: هو علي بن محمد بن حبيب ألقى القضاة أبو الحسن الماوردى البصري الشافعي صاحب التصانيف المليحة الجيدة، روى عنه الخطيب ووثقه، ولي القضاء ببلدان كثيرة، ومن تصانيفه: تفسير القرآن سماه النكت والعيون، وكتاب الحاوي في الفقه، وكتاب الإقناع في الفقه أيضاً، وأدب الدين والدنيا، والأحكام السلطانية، وغيرها، مات في شهر ربيع الأول سنة خمسين وأربع مائة. الوافي بالوفيات، تأليف: صلاح الدين خليل بن أبيك الصفدي (ت: 764هـ)، تحقيق واعتناء أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، الطبعة الأولى: 1420هـ، 2000م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 297/21-299.

⁵: EL-AHKAM ES-SOULTANIYA Traité de Droit Musulman D'Bou 'L-Hassan Ali IBen MOHAMMED Habib EL-MAWARDI. Par Le Conte Léon OSTROROG.T :1. Ernest Leroux éditeur ; libraire da la Société Asiatique 1901

⁶: Législation,L'algerie Lois ,ordonnances, décrets et arrêtes ; E.Sautayra, Sécode édition ,Maisonneuve -Paris 1883.

⁷:راجع عمار الطالبي مرجع سابق، ص:411

ثانيا : الاهتمام بفقه النوازل :

يعتبر كتاب المعيار للونشريسي¹ إلى جانب نوازل البرزلي² ونوازل المازوني³ من أشهر مجامع الفتوى في الغرب الإسلامي حتى بداية القرن العاشر الهجري، السادس عشر الميلادي. وقد عنى بها المستشرقون عناية فائقة حتى يتمكنوا من معرفة انترولوجيا المجتمع الإسلامي و المغرب الأقصى بشكل خاص، في تلك الفترة (كالخية الاجتماعية والاقتصادية و أنظمة الحكم... الخ) وبذلك أصبحت مصدرا بارزا من مصادر تاريخ المنطقة السياسي والاجتماعي كما تم توظيفها في الأحكام القضائية.

ويرجع الفضل في لفت الانتباه إلى الفتاوى والنوازل كمصدر من مصادر التاريخ الاقتصادي والاجتماعي للمسلمين إلى علماء الإسلاميات الغربيين⁴ المشتغلين بالتراث الإسلامي و منطقة الغرب الإسلامي في أبعادها الاجتماعية والفكرية⁵.

من تلك الترجمات، ترجمة إميل عمار E.Amar لجزء هام من كتاب "المعيار" للونشريسي والتي نشرت في الأرشيف المغربي⁶ Archives Maricaines (1908-1909). ينضاف إلى ذلك ترجمة (لوبنيك) الذي للفصل الخامس من كتاب "شرح العمل الفاسي" للسجلماسي⁷.

وقد أشار (كلود كاهن) وهو من أوائل من نادى بضرورة إعطاء أهمية لكتب النوازل، لارتباطها الزماني والمكاني بواقع الأمم، في كتابه (مقدمة عن تاريخ الإسلام في العصور الوسطى) وكرس دراسات كذلك في نفس الغرض⁸.

¹: هو أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني، أبو العباس: فقيه مالكي، أخذ عن علماء تلمسان، ونقمت عليه حكومتها فتهبت داره وفر إلى فاس سنة 874هـ فتوطنها إلى أن مات فيها، عن نحو 80 عاما. من كتبه إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك و (المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب والمنهج الفائق، والمهمل الرائق في أحكام الوثائق ونوازل المعيار وله اختصارات، منها المختصر من أحكام البرزلي. الأعلام: 269/01.

²: هو أبو القاسم بن أحمد بن محمد البلوي القيرواني، المعروف بالبرزلي: أحد أئمة المالكية في المغرب. حج، ومرب بالقاهرة سنة 800 وسكن تونس، وانتهت إليه الفتوى فيها. وكان ينعت بشيخ الإسلام. وعمر طويلا، قال السخاوي: توفي بتونس عن مئة وثلاث سنين. من كتبه جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام... مات سنة 840هـ الأعلام، تأليف: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: 1396هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر - أيار/ مايو 2002 م 172/05.

³: هو يحيى بن موسى أبي عمران ابن عيسى بن يحيى، أبو زكريا المغيلي المازوني فقيه مالكي، من أهل "مازونة" من أعمال وهران. ولي قضاءها، وتوفي بتلمسان سنة 883هـ، له: الدرر المكنونة في نوازل مازونة في فتاوى معاصريه من أهل تونس وبجاية والجزائر وتلمسان وغيرهم. قيل: استمد منه الونشريسي في المعيار. الأعلام: 175/08.

⁴: ومن أوائل من خطا الخطوات الأولى في مجال البحث في المخطوطات العربية والإسلامية وحذا حذوه عينة من مستشرفي الجمعية والمجلة الآسيوية: دوساسي ، واقتضى أثره "دوكاترومير" و"ديبورسفال" وغيرهم... ولم يتوقف إهتمام المستشرقين عند المخطوطات بل تعدى ذلك إلى الإهتمام أيضا بالمسكوكات والنقوش والحفريات والتماثيل... الخ.

⁵: الفتاوى والتاريخ، دراسة لمظاهر الحياة الاقتصادية والاجتماعية في موريتانيا من خلال فقه النوازل، محمد المختار ولد السعد، ص: 12، دار الغرب الإسلامي، ط. 2000.

⁶: في المجلدين 12 و 13

⁷: نشرته مجلة Hespérís، نقلا عن: الفتاوى والتاريخ، سابق ص: 12.

⁸: Introduction à l'histoire dumand musulman Médiaval , (VII-XVeme .S) ,maisonneuve Paris 1982.

-Reflexion sur le waqf ancien ; Studia Islamica 1960.

وقد ركز (روبيرينشفيك، R.Brushvig) في أطروحته حول العهد الحفصي في إفريقيا بتحليل معمق لنوازل البرزلي¹ في جزئين، أبرز فيه قيمتها الوثائقية واستقى منها معلومات تاريخية مهمة، فضلا عن المعلومات الجمة التي تقدمها هذه المصادر النادرة عن تلك الحقبة وقد استقى منها معلومات حول تاريخ اليهود وطبيعة علاقتهم مع المسلمين في تلك الفترة².

وقد فتح المستشرقون الباب على فقه النوازل لعموم الباحثين للاستفادة منه في مختلف المجالات ومن هذه الدراسات:³

- 1- دراسة على (37 فتوى): أعدها محمد الطالبي، من كتاب (السماصرة) للإبياني، تتعلق بسمسرة الثياب في تونس وضواحيها ويظهر من خلالها ما يمكن لكتب الفقه أن تقدمه من معلومات مهمة فكريا واقتصاديا⁴
- 2- كما تناول الأستاذ حسن محمد موسى الأبعاد المكونة للأنثروبولوجيا المغربية من خلال بحث أعده تحت عنوان: "الريف المغربي في أواخر العصر الوسيط، حيث تناول الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية بدراسته بعمق وتحليل، يقول في شروط استنباط المعلومات من الكتابات الفقهية: "القراءة الفقهية للمسألة...أو دراسة تاريخيتها أي تحديد الزمان والمكان والأعلام كي نصل إلى المستوى الثالث وهو المادة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهكذا فإن كتب النوازل بصفة عامة تمكننا من قراءة جديدة للتاريخ الاقتصادي والاجتماعي للمغرب العربي الوسيط.. خاصة وأن العرف الجاري... كان مستندا لأغلبية التشريعات المغربية" بوصفها المصدر الرابع للتشريع عند مالك⁵.
- 3- أما هادي روجي إدريس فقد أنتقى (245 فتوى) منتقاة من الونشريسي في مقاله حول الزواج في الغرب الإسلامي، خلص في نهايته إلى أن إجراءات الزواج خلال ستة قرون من الزمن تطورت هنا وهناك، بل في عموم المغرب الإسلامي وأن المجتمع في الغرب الإسلامي خلال القرون الوسطى كان أقل جمودا مما يوصف به عادة، وأن هذه الدراسة مكنته من الحصول على معلومات عن الحياة الاقتصادية في تلك الحقبة⁶.

نستشف من هذه الترجمات والدراسات أنها ظلت في أغلبها تخضع للمنهج الوصفي ومحكومة بالإشكاليات التاريخية للخطاب الاستشراقي النابع من الذات المركزية الأوروبية، ورغم ذلك كله فقد حفظت الحركة الإستشراقية مخطوطات فقهية نادرة، ووفرت من خلال البحث في فقه النوازل المعلومات الكافية عن هذه المجتمعات وعن عقائدها والمذاهب التي تعتمدها، كما ساهمت في إخراجها ليتم توظيفه والتأسيس عليه في الفتاوى والقانونين المحلية لهذه البلدان.

¹: هو أبو القاسم محمد المعتل البلوي المعروف بالبرزلي القيرواني المتوفى (840هـ، 1438م)، أحد كبار العلماء المالكية وفقهاء،

²: la berbère Orientale sous les Hafside des origines a la fin du XVe siècle, t 1, Robert Brunshing, ADRIEN-MAISONNEUVE. 1960. P:XXVIII

³: التاريخ والفتوى، محمد المختار ولد السعد، دار العربي الإسلامي، 2000، ط1: ص:17

⁴: M.TOULAB. Les courtiers en vêtements en Ifriqiya au IX-Xe d'après les MAS'il al-samasira d'AL-IBYANI; Journal E. S. H. O. vol V. parti 2, LEIDEN 1962. P;231

⁵: مداخلة للأستاذ حسن محمد موسى، في الملتقى 3، حول الحضارة المغربية، نقلا عن الفتوى والتاريخ ولد السعد، ص:26.

⁶: Hady Roger Idris, Article, Le mariage en Occident musulman analyse de Fatwas Médiévales extraites du Mi'yar D'Al-Wancharichi. Revue de l'occident musulman de la méditerranée n°=12, 1972.

ثالثا : شبهات حول الفقه المالكي :

سعى المستشرقون من خلال دراساتهم المكثفة حول الشريعة الإسلامية إلى إثارة الشبه والترويج للخرافة والأباطيل، حتى ينقسم المسلمون بين طائفة تتمسك بالقديم فتنساق معتقدة أن هذه الأباطيل هي صميم الدين، والطائفة الثانية مثقفة ثقافة حديثة، تأخذ من جانبها بازدراء هذا الدين والسخرية منه. ومن هذه الشبه ما هو عام بالفقه الإسلامي، ومنها ما هو خاص بالفقه المالكي.

1- تأثير الفقه الإسلامي بالقانون الروماني :

وقد زعم بعض المستشرقون أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني، وأنه مصدر من مصادر هذا الفقه، واستدل هؤلاء في إدعائهم إلى أمرين :

أ- القول بأن القانون الروماني سابق على القانون الإسلامي، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان له علم بالقانون الروماني حينما سافر إلى الشام.

ب - تشابه القانون الروماني والفقه الإسلامي في بعض القواعد والاصطلاحات، كقاعدة (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، فإنها واحدة في الشريعتين، وكذلك قاعدة المصالح المرسله، فإنها مبدأ المنفعة العامة في القانون الروماني البيزنطي. وأن مرحلة التي نضج فيه الفقه كانت في عهد الصحابة والتابعين والمجاهدين حيث تلاقت التشريعات الإسلامية مع القانون الروماني في البلاد التي فتحها المسلمون كالشام ومصر¹.

ومن أوائل من زعموا بتأثر الفقه الإسلامي أو ستنباطه من القانون الروماني المستشرق الإيطالي Dominico Gatteschi، في كتابه عن الحقوق العثمانية العامة والخاصة، وقال بها كذلك المستشرق الإنجليزي شيلدون أموس Sheldon Amos، في كتابه تاريخ القانون المدني الروماني وأصوله، والمستشرق هنري هيوغ Henru Hugues، الذي زعم أن الفقه الإسلامي في الأساس ليس سوى القانون الروماني بتبديل لا يذكر. وكذلك المستشرق النمساوي فون كرايمر Von Krimer، والمستشرقان الإيطاليان سانتيلانا Santillana وكاروزي Caruri، وغيرهم². كما قال بجود التأثير من هو خارج دائرة المستشرقين كالدكتور محمد حافظ صبري في كتابه المقارنات و المقابلات³.

2: حول أصول الفقه المالكي :

ومن أبرز الشبه التي أثارها المستشرقون حول أصول المذهب المالكي شبهة تتعلق بمسألة عمل أهل المدينة الذب يعتبر من الأصول التي انفرد بها الإمام مالك وانتصر لها المالكية، ودافعوا عنها. فغرض المستشرقين من دراسة مؤلفات الإمام مالك هو التقليل من أهمية مذهبه ومحاولة مقارنته بمذاهب أخرى يتم الانتصار لها في محاولة للتهوين من شأن المذهب المالكي والنيل منه⁴، والتهوين من شأن أهل المدينة المنورة وفضلها ومكانة رجالها. ولهذا كان عمل

¹أصول الفقه الإسلامي، د.وهبة الزحيلي، ص:927 الجزء:1، ط1986، 1. سوريا دمشق

² نقلا استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني، والرد على شبه المستشرقين، الدسوقي السيد الدسوقي عيد، ص:، 12 ط1989، 1. مكتبة النوعية الإسلامية لإحياء علوم الدين.

³ السابق، ص:13

⁴ :R.Dareste. Extrait du Journal des savant –Juin 1882, p: 3

أهل المدينة من أبرز الأصول التي تعرض لها المستشرقون بالنقد، والقول من خلالها بضعف البنية الأصول للفقه المالكي.

ومن هؤلاء المستشرقين الذين تعرضوا لهذا الأصل (عمل أهل المدينة) بالنقد الفرنسي (روبر برينشيغ¹ R. Brunsching)²، وكذلك جوزف شاخث حيث يقول في معرض حديثه عن عمل أهل المدينة: لم يجد الحديث النبوي أولوية لدى مالك، لكونه - كما يقول - يعطى الأولوية لعمل أهل المدينة على الحديث النبوي عندما يتعارضان وإذا لم يجد حديثا نبويا ينسب إلى نفسه³.

ومن اعتنائهم بأصول المذهب المالكي وأدلته ومسائله، تركيزهم على مسألة العرف⁴ لاعتبارها أصلا ودليلا يجب الرجوع إليه، حتى قالوا إن المالكية في هذه المسألة حاولوا مسايرة روح العصر، وهو دليل عندهم أن الفقه لم يعد يقوم على الأسس التي وضعها النبي صلى الله عليه وسلم، دون أن يدركوا قيمة هذا الأصل وضوابطه ومرونة الإسلام⁵ التي كان من المفترض أن تكون محل إعجاب بهذا الدين.

ومع وصول نفوذ الفرنسيين إلى المغرب الأقصى، اكتشفوا مؤلفات، قضائية ونصوص من النوازل والفتاوى والعقود (الوثائق المغربية les archives Marocaines)، حيث كانت هذه النصوص ردا ضمينا على من قال منهم بأن الفقه الإسلامي لا يستجيب للتطورات و للحاجات الاجتماعية، والاقتصادية، وهو ما دفع البعض مهم على تغيير رأيه في الفقه الإسلامي، كالمستشرق الفرنسي (ماسيل موران)، تبعه في ذلك الخامي الفرنسي "لوي مايو" الذي أعاد دراسته للعادات والأعراف وفقه النوازل⁶.

رابعا: خلاصات :

- انصبت جهود المستشرقين على ترجمة الكتب الفقهية و ركزوا بشكل خاص على دراسة جوانب المعاملات، حيث اقتصرنا أحيانا على ترجمة ودراسة فصوله، فركزوا على المعاملات بشكل مفصل

¹:مستشرق فرنسي مولود 1901، في بوردو غرب فرنسا، متخصص في تاريخ الفقه الإسلامي، وهو من أسرة يهودية نفتها سلطات الاحتلال الألماني لفرنسا إلى معسكرات اعتقال في ألمانيا، حيث مات أبواه وأخته قبيل نهاية الحرب العالمية الثانية. بعد الثانوية دخل مدرسة المعلمين في باريس ، ثم في أخذ الليسانس في الأدب الفرنسي من الصربون. ثم حصل على الأجراسيون، في الآداب وعلى إثرها عين مدرسا للغة الفرنسية في ثانوية كارنوبتونس من 1922 الى 1930، وتزوج هناك من تونسية يهودية انجب منها ولدين. كما عين في مدرسة في جامعة الجزائر، له عدة مقالا متعلقة بالفقه الإسلامي والفرق بين المذاهب الفقهية وقد خلص من خلالها إلى نتيجة مفادها: إن الأصل في اختلاف المذاهب الفقهية هو اختلاف الظروف الاجتماعية للمجتمع الإسلامي، أي الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة سببه اختلاف الأحوال الاجتماعية بين الحجاز والعراق. راجع موسوعة المستشرقين، ص:92.93

²:مجلة الوعي الإسلامية، ع 532، شهرية جامعة ،(2-1) 2010، الكويت.

³:مجلة الوعي الإسلامي، ع 532، شهرية جامعة (2-2) 2010، الكويت. راجع أيضا: العقيدة والشريعة الإسلامية، تاريخ التطور العقدي والتشريعي، اجناس جولد تسهر IGNAZ GOLDZIHHER، ترجمة: محمد يوسف موي، علي حسن عبد القادر، وعبد العزيز عبد الحق، ص:56، دار الكتب الحديثة بمصر بدون السنة.

⁴:Kabylie et les coutumes Kabiles, 3 vol, paris 1872

⁵: العرف نوعان: عرف صحيح، وعرف فاسد. فالعرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليل شرعيا ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً، كتعارف الناس عقد الاستصناع، وتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءاً من مهرها، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب هو هدية لا من المهر. وأما العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب، مثل تعارف الناس كثيراً من المنكرات في الموالد والماتم، وتعارفهم أكل الربا وعقود المقامرة. علم أصول الفقه، المؤلف: عبد الوهاب خلاف (المتوفى : 1375هـ)، الناشر: مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم، ص:89-90.

⁶:Lous, Milliot, introduction à l'étude du droit musulman paris, 1953.P28.

وتفحصوا فقه النوازل، لاستقصاء مدونة الأحوال الشخصية لهذه البلدان حتى يتمكنوا من إخضاع المعاملات الإسلامية للقانون الاستعماري، ومن جهة أخرى في مسعى لتجريد القضاء الإسلامي من مهامه.

- عمل المستشرقون على إثارة الشبه حول الفقه الإسلامي بشكل عام بعد أن خبروا أبوابه وآراء علمائه.

- ومن أكبر الصعوبات التي واجهت المستشرقين هي معرفة اللغة و الثقافة العربية التي هي المدخل المضمون لاستكشاف هذه الأمة، وبذلك فقد بقيت مستعصية على كثيرين منهم. فجاءت ترجمات رسلهم متفاوتة في دقتها إذ يلاحظ كل متأخر تقصير سلفه في بعض جوانب الترجمة، أو صعوبات واجهت المترجم كغموض في فهم المتن الفقهي أو فهم بعض المصطلحات الفقهية... الخ

• المصادر والمراجع :

- أصول الفقه الإسلامي، د.وهبة الزحيلي، ص: 927 الجزء: 1، ط1، 1986، سوريا دمشق.
- علم أصول الفقه، المؤلف : عبد الوهاب خلاف (المتوفى : 1375هـ)، الطبعة الثامنة لدار القلم، ص: 89-90.
- موسوعة المستشرقين، عبدالرحمن بدوي، ص: 617، دار العلم للملايين، ط3، بيروت 1993.
- استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني، والرد على شبه المستشرقين، الدسوقي السيد الدسوقي عيد، ص: 12 ط1، 1989، مكتبة التوعية الإسلامية لإحياء علوم الدين.
- إنتاج المستشرقين، مالك بن النبي دار الإرشاد ط1، 1979.
- الفتاوى والتاريخ، دراسة لمظاهر الحياة الاقتصادية والاجتماعية في موريتانيا من خلال فقه النوازل، محمد المختار ولد السعد، ص: 12، دار الغرب الإسلامي، ط2000، 1.
- سير أعلام النبلاء، الذهبي، مؤسسة الرسالة 2001.
- المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس، لخليل بن اسحاق بن يعقوب المالكي، طبع في مدينة باريز المحروسة، بالمطبع السلطاني المعمر، 1855م
- ترجمة كتاب تذكرة النسيان في أخبار ملوك السودان. المستشرقين: "هوداس" و"بنوا"، منشورات مدرسة اللغات الشرقية السلسلة الرابعة رقم 20. وأعيد كبعة كذلك بالأفست 1966.
- التطور العقدي والتشريعي، اجناس جولد تسيهر IGNAZ GOLDZIHHER، ترجمة: محمد يوسف مويبي، علي حسن عبد القادر، وعبد العزيز عبد الحق، ص: 56، دار الكتب الحديثة بمصر بدون السنة.

المجلات :

- مجلة الوعي الإسلامية، ع 532، شهرية جامعة، (1-2) 2010، الكويت.
- ترجمة بعض المؤلفات والعقيدة الاشعرية والمذهب المالكي إلى للغات الأجنبية، أشغال الندوة الأكاديمية المنعقدة تحت عنوان: المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة، المجلد الثاني، أيام 14، 15، 16، فبراير 2012، فاس المغرب، د.عمار الطالبي، ص: 397
- ترجمة المستشرقين للفقه المالكي في فترة الاحتلال الفرنسي نموذجاً، جمال كركار أعمال الملتقى الخامس للمذهب المالكي، تحت عنوان: المدرسة المالكية الجزائرية دار الثقافة، ولاية عين الدفلى، 14، 15، 16، أبريل 2009. ص: 270

المراجع الأجنبية :

- Encyclopédie de L'islam nouvelle édition établie avec le cours des princypaux orientalistes , par C.E.Boswoth, E.Van Donzel, B.Lewis,et Ch.Pellat . T3. Paris 1987 p ;263
- Kabylie et les coutumes Kabiles, 3 vol, paris 1872
- Lous, Milliot, introduction à l'étude du droit musulman paris, 1953.P28.
- R.Dareste. Extrait du Journal des savant –Juin 1882, p : 3
- Examen critique de la traduction officielle qu' à faire M . Perron du livre Khalil, Par F.Cadoz, Paris Challamel Ainé ;Libraire _Editeur ; 1870.
- Risala , Traité Arégé de Droit Malékite et Morale Musulman, Traduction avec Commentaire et Index Analytique, Par, E.Fagnan, Libairie Paul Genthner . Paris 1914.
- MUHTASAR.sommairo del Diritto Malechita di halil ibn ishaq, version del prof: David Santillana, Milano, 1919 Ministero delle colonie .
- Sidi Khalil, mariage et répudiation Par E .Fagnan , Alger ;Typographie Adolphe Jordan 1909 .
- Traité de Droit Musulman ; La TOHFA D'EBEN Acem, Texte Arabe avec Traduction française Par O.HOUDAS et F.MARTEL. Gavault Saint-Lager Alger édition 1882
- EL-AHKAM ES-SOULTANIYA Traité de Droit Musulman D'Bou L-Hassan Ali IBen MOHAMMED Habib EL-MAWARD, Par Le Conte Léon OSTROROG.T :1. Ernest Leroux éditeur ; libraire da la Société Asiatique 1901
- Législation,L'algerie Lois ,ordonnances, décrets et arrêtes ; E .Sautayra, Sécode édition , Maisonneuve -Paris 1883.
- Introduction à l'histoire dumand musulman Médieval , (VII-XXVeme .S) ,maisonneuve Paris 1982.
- Reflexion sur le waqf ancien ; Studia Islamica 1960.
- la berbèrie Orientale sous les Hafsides des origines a la fin du XVe siecle, t 1,Robert Brunshing, ADRIEN-MAISONNEUVE. 1960. P :XXVIII
- M.TOULAB . Les courtiers en vetements en Ifriqiya au IX-Xe d'apres les MAS'il al-samasira d'AL-IBYANI :Journal E. S .H.O. vol V. parti 2 ,LEIDEN 1962. P ;231
- Hady Roger Idris,Article, Le mariage en Occident musulman analyse de Fatwas Médiévales extraites du Mi'yar D'Al-Wancharichi. Revue de l'occident musulman de la méditerranéé n°=12, 1972.

الترجيح بين الأدلة في إثبات الحالة الصحية لأطراف العلاقة التعاقدية - دراسة على ضوء العمل القضائي المغربي -



**كمال منهوش : حاصل على ماستر
الاسرة والتوثيق من جامعة سيدي
محمد بن عبد الله كلية الحقوق
فاس وعدل موثق متمرن - المغرب**

مقدمة :

إن الحياة الإجتماعية والإقتصادية تزداد تطورا يوما بعد يوم، وهذا يعني أن العلاقات بين أفراد المجتمع تزداد تشعبا وتعقيدا، وكلما ازدادت هذه العلاقات اتساعا وتداخلا، زادت إمكانية اصطدام مصالح الأفراد.

ولاشك أن الفقه والقانون يرصدان باستمرار هذا التطور والتغيير، إذ أنهما حريصان أشد الحرص على عدم وقوع هذا الإصطدام، ومع كل ذلك فقد يحدث أن يتعدى البعض على حقوق البعض الآخر ظلما وعدوانا بدون وجه حق، لهذا كان على من يدعي حقا أن يثبت، ومن بين الوسائل التي تثبت بها الحقوق نجد الكتابة.

وإذا كان نظام الإثبات الجنائي المغربي يتميز بوحدة مصدره وبعدم تقييد وسائله¹، فإن نظام الإثبات المدني يتميز على العكس من ذلك بازدواجية مصادرته من جهة أولى، إذ تطبق إلى جانب القواعد المنصوص عليها في ظهور

¹ - ينص الفصل 228 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أنه: "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا الأحوال التي يقضى فيها القانون بخلاف ذلك ويحكم القاضي حسب اعتقاده الصميم".

وباستقراء وسائل الإثبات نجد أنها تشمل: الاعتراف والأوراق والمحرمات والشهادة والخبرة والقرائن، ويزيد البعض المعاينة والتفتيش، وإن كان الواقع خلاف ذلك. انظر بهذا الخصوص: أحمد الخمليشي: شرح قانون المسطرة الجنائية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الرابعة 1999. ج 2، ص: 107 وما بعدها .

الإلتزامات والعقود¹ وقانون المسطرة المدنية² قواعد أخرى مستمدة من مصنفات الفقه الإسلامي، كما يتميز من جهة ثانية في شقه التشريعي بحصر الأدلة التي يجوز استخدامها للإثبات أمام القضاء.

إن مذهب الإثبات المختلط الذي يأخذ به القانون المغربي في المسائل المدنية لا يتعارض مع تقييد وسائل الإثبات، لذلك فقد حصر المشرع الأدلة التي يجوز استخدامها للإثبات أمام القضاء، ومقتضى هذا أن الخصم لا يسعه أن يثبت ادعائه إلا بالدليل الذي يحدده القانون، كما أن القاضي يتعين عليه ألا يبيني حكمه إلا على أدلة يقررها القانون³، والمتمثلة أساسا في الكتابة وشهادة الشهود والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة⁴.

هذا، وتعتبر الشهادة الطبية أو التقرير الطبي أحد أوجه الخبرة المعتبرة إحدى وسائل الإثبات في التقنين المغربي، وهي حسب بعض الفقه عبارة عن "محرر مكتوب يشهد بمقتضاه طبيب بأنه أجرى معاينة ذات طابع طبي أو أنجز عملا طبيا"⁵، وحسب البعض الآخر يرى فيها ذلك "الإشهاد الصادر عن طبيب بكل المعاينات الإيجابية والسلبية التي تخص الشخص المفحوص، والتي من شأنها التأثير بصفة مباشرة أو غير مباشرة على المصالح العامة أو الخاصة لهذا الشخص".⁶

ومن هذا المنطلق، فقد يجد القضاء المغربي نفسه يوميا أمام شواهد طبية مختلفة يطلب منه إبداء موقفه من قيمتها الإثباتية للبت في الدعاوى المعروضة عليه؛ بحيث يكون من الواجب عليه إبداء موقفه من حجية الشهادة الطبية في إثبات الحالة الصحية لأحد المتعاقدين.

وبالطبع فإن الحديث عن القيمة الإثباتية للشهادة الطبية يحيل بالضرورة على موقف القضاء منها، وهو موقف يطرح أكثر من تساؤل خصوصا متى تعلق الأمر بالتعارض بين الشهادة الطبية والشهادة "بالأتمية" أو "بالأكملية" الواردة في محررات العدول والموثقين⁷ المعتبرة حسب فقه التوثيق كناية عن الطوع والرشد وصحة العقل والجسم؛

¹ - كما عدل وتمم بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.140 صادر في 16 من رمضان 1432 (17 أغسطس 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011)، ص: 4678.

² - ظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447، صادر بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص: 2741.

³ - ادريس العلوي العبدلاوي: "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1410 هـ الموافق 1990 م، ص: 54.

⁴ - يتجه الرأي الغالب إلى أن الخبرة وسيلة إثبات خاصة تنقل إلى حيز الدعوى دليلا، ويتطلب هذا الإثبات معرفة ودراية لا تتوافر لدى عضو السلطة المختص نظرا إلى طبيعة ثقافته وخبراته العملية، كما قد يتطلب الأمر إجراء أبحاث خاصة أو تجارب عملية تستلزم وقتا لا يتسع له عمل القاضي أو المحقق. بينما ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخبرة ليست وسيلة إثبات في حد ذاتها لأنها لا تهدف لإثبات وجود أو نفي واقعة أو حالة ما ولكنها وسيلة لتقدير عنصر إثبات في الدعوى. انظر بهذا الخصوص: مأمون الكزبري وادريس العلوي العبدلاوي: شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، مطابع دار القلم، بيروت 1973، الجزء الثاني، ص 265 وما بعدها.

⁵ - Jean . Marie AUBY : " Le droit de la santé ", presse universitaire de france , 1er édition , 1981 , p : 110 .

⁶ - Anne. Marie LARGUIER : " Certificats médicaux et secret professionnel ", Thèse Lyon 1961 , LIBRAIRIE DALLOZ , PARIS , 1963 , par 34 , p : 31 .

⁷ - كلما تعلق الأمر بالإشهاد على تصرف قانوني أوجب المشرع المغربي بموجب المادة 31 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة على العدلين تضمينها كون المشهود عليه يتمتع بالأهلية القانونية للتصرف في المشهود فيه، وهذا ما يطلق عليه في فقه التوثيق بالأتمية أو الأكملية، وهكذا جاء في المادة المذكورة مايلي: "يتعين أن تشمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه في التصرف في المشهود فيه، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف".

أي أن التعاقد الذي وقع الإشهاد به صدر عن المتعاقدين وهم في كامل قواهم العقلية والجسمية، وهم متمتعون بالأهلية اللازمة لذلك مع كونهم مختارين غير مكرهين¹.

وعليه، إذا كانت الشهادة الطبية الصادرة عن أطباء القطاع العام لا تثير إشكالا، ما دامت تعتبر ورقة رسمية صادرة عن موظف عام في إطار اختصاصه، وبالتالي تستمد قوتها الإثباتية من هذه الصفة²، فإن الإشكال يثار بالنسبة للشهادة الطبية الصادرة عن أطباء القطاع الخاص، فهي من جهة أولى لا تدخل في إطار شهادة الشهود لأنه لا يتم الإستماع إلى منشئها أمام القضاء وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية³، وهي من جهة ثانية لا تعتبر خبرة قضائية لأنه لا يتم إجراؤها بناء على أمر من القاضي الذي يعين الخبير ويحدد مهمته وأجل إنجازها ويقدر أجرته⁴، كما أنها لا تعتبر خبرة اتفاقية لأنها لا تنجز بناء على إتفاق مسبق بين الخصوم الذين يعتبر الخبير بمثابة وكيل عنهم، وإنما تنجز بمبادرة خاصة من طالبها⁵.

لذلك فإن قبول الشهادة الطبية الصادرة عن أطباء القطاع الخاص كوسيلة للإثبات أمام القضاء المدني، لا يمكن أن يكون إلا بوصفها محرر مكتوب استنادا إلى الفصل 417 من القانون المغربي للإلتزامات والعقود الذي ينص على أن: "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية. ويمكن أن ينتج... من كل كتابة أخرى".

وعليه، غالبا ما يثير الإشهاد بالأتمية من طرف العدلين ضمن الرسم المحرر إشكالا يتعلق بمدى جواز إثبات عكس ما تم الإشهاد به بوسيلة أخرى من وسائل الإثبات المقررة قانونا، باعتبار أن الأمر يتعلق بواقعة مادية، أم أنه يلزم الطعن بالزور لأن الأمر يتعلق بوثيقة رسمية، وتزداد حدة الإشكالية حينما يتعارض الإشهاد المذكور مع ما تثبته الشهادة الطبية أو التقرير الطبي في الموضوع من كون الطرف المشهود بأتميته بالرسم العدلي كان مريضا أثناء إبرامه العقد، ففي مثل هذه الحالات يطرح إشكال أيهما يتعين على القضاء المعروض عليه النزاع ترجيحه، هل الإشهاد العدلي بالأتمية التي تفيد الصحة والطوع والعقل، أم المعاينة الطبية الصادرة عن ذوي الإختصاص التي تؤكد عكس ذلك؟

إن الإجابة عن هذا الإشكال يعتبر فراغا تشريعا، خلف نقاشا فقهيا واسعا أسال الكثير من المداد بين مؤيد ومعارض لهذا أو ذاك من إحدى الحججتين السالفتي الذكر، وهو ما أرخى بظلاله على الإجتهد القضائي المغربي الذي لم يستقر على رأي واحد بل عرف تذبذبا في الآراء .

¹- أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني: "التدريب على تحرير الوثائق العدلية"، وثيقة وشرح، علق عليه أحمد الغازي الحسيني، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية، 1475هـ/1995 م، الجزء الأول، ص:16.

²- أنظر الفصل 418 من ق ل ع .

³- أنظر الفصول من 71 إلى 84 من ق م .

⁴- ويعتبر الخبير في هذه الحالة ملزما باتباع إجراءات المنصوص عليها في الفصول من 59 إلى 66 من ق.م.م، كما وقع تعديلها بمقتضى القانون رقم 85.00 الصادر بتنفيذه في 29 رمضان 1421 (26 ديسمبر 2000) الظهير الشريف رقم 1.00.345 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4866 - 23 شوال 1421 (18 يناير 2001)، ص 233 وما بعدها.

⁵- وحتى إذا ما حاولنا اعتبارها ورقة عرفية فإننا سنواجه عدة مشاكل قانونية: ذلك أنه يشترط في الورقة العرفية المعدة للإثبات أن تكون مكتوبة بيد الشخص الملتزم بها أو موقعة منه طبقا للفصل 426 من ق ل ع، في حين أن الشهادة الطبية تكون مكتوبة بيد الطبيب الذي ليس طرفا في النزاع. كما أنه يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه ، في حين أن الخط والتوقيع الواردين بالشهادة غير منسوبين إليه أصلا، وإنما إلى الطبيب الذي أنشأها، فيكون من العبث مطالبتة بإنكارهما.

ولسبر أغوار هذا الموضوع ، يقتضي منا الأمر إسدال الستار حول موقف القضاء المغربي من حجية الشهادة الطبية في إثبات الحالة الصحية لأحد الطرفين المتعاقدين أو هما معا، وذلك من خلال محاولتنا عرض مختلف مذاهب وتوجهات العمل القضائي المغربي بخصوص مسألة الترجيح بين الشهادة الطبية والشهادة العدلية بالأتمية في حالة التعارض والتنازع (المطلب الأول)، قبل أن نركن إلى مناقشتها ومحاولة إعمال الترجيح بين هذه المذاهب والتوجهات القضائية (المطلب الثاني).

وذلك من خلال تقسيم الموضوع على النحو الآتي :

المطلب الأول : عرض موقف القضاء المغربي من إشكالية التعارض بين الشهادة الطبية بالمرض والشهادة العدلية بالأتمية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقد.

الفقرة الأولى : الإتجاه المانح الحجية المطلقة للشهادة العدلية بالأتمية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقد.

الفقرة الثانية : الإتجاه المقيّد لحجية الشهادة العدلية بأتمية المتعاقد على حساب الشهادات الطبية بمرضه.

المطلب الثاني : نحو ترجيح موقف الإجتهد القضائي المغربي من إشكالية التعارض بين الشهادة الطبية والشهادة العدلية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقد.

الفقرة الأولى : مدى مطابقة ترجيح الشهادة الطبية بالمرض على شهادة العدلين بالأتمية لأحكام الفقه المالكي.

الفقرة الثانية : مدى مخالفة ترجيح الشهادة العدلية بالأتمية على الشهادة الطبية بالمرض لمقتضيات قانون الإلزامات والعقود المغربي.

المطلب الأول : عرض موقف القضاء المغربي من إشكالية الترجيح بين الشهادة الطبية والشهادة العدلية بالأتمية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقد.

يعتبر المرض مسألة واقع يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات¹، كما تعتبر خطورته وتأثيره على الإرادة مسألة تقنية تتطلب رأي شخص متخصص في الاستشفاء ومعرفة الداء وأثره على تصرفات المريض.

لذلك يكون طبيعياً أن لا يتردد القضاء المغربي في الاعتماد على الشهادات الطبية لإثبات الحالة الصحية للمتعاقد الذي لم يشهد العدلان بأتميته²، دون أن يتخلى هذا القضاء بالطبع عن سلطته في مراقبة مدى توافر المرض المشهود به على الشروط المطلوبة لترتيب آثاره³.

لكن الإشكال قد يثار في الحالة التي تتعارض فيها الشهادة الطبية بالمرض مع شهادة العدلين بالأتمية للتدليل على صحة أطراف العقد، ففي هذه الحالة هل يلزم القاضي بالأخذ بما تضمنته الوثيقة العدلية وعدم الالتفات إلى الشهادة الطبية؟ أم يلزم بأن يبيح حكمه على ماورد في الشهادة الطبية؟

إن الشهادة العدلية بالأتمية التي يتم تضمينها من طرف العدول الموثقون في الوثائق العدلية باعتبارها محررات رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور في حالة تعارضها مع الشهادة الطبية التي تثبت مرض أحد المتعاقدين، أدت إلى ظهور اتجاهين قضائيين متضاربين في العمل القضائي المغربي، ذلك أنه في الوقت الذي ذهب فيه اتجاه أول إلى منح أتمية المتعاقد المشهود بها من لدن العدلين حجية مطلقة، واعتبارها حجة قاطعة على صحته لا يمكن إثبات عكسها (الفقرة الأولى).

¹ - أحمد ادريوش: "أثر المرض على عقد البيع"، تأملات حول تطبيق القضاء للفصلين 54 و479 من ق.ل.ع، سلسلة المعرفة القانونية 2، مطبعة الأمنية. الرباط، الطبعة الأولى 1996، ص: 77.

² - قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 3709 بتاريخ 04 - 05 - 1999 في الملف العقاري 1998/3053، منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 15 - أكتوبر 2000، ص 147 وما بعدها.

جاء في حيثياته: "وحيث أن عقود الهبة المطعون فيها لم تتضمن إلى صحة الواهب ولم تفرغ في إسهاد رسمي. وحيث ثبت من التقرير الطبي... والشواهد الطبية المرفقة بالملف أن الهالك ع.ب اشتد حاله تطلب عدة استشفاءات... بسبب تشمع الكبد والرئة والقلب والسكري أثر على إرادته.

وحيث أن مرض تشمع الكبد الخطير المقترن بمرض القلب والسكري يعد مرضاً مخوفاً يغلب فيه الموت حسيماً هو ثابت من الشواهد الطبية المرفقة بالملف".

³ - انظر بهذا الخصوص:

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 43 بتاريخ 25 - 01 - 2001 في الملف العقاري رقم 6/2000/6415، غير منشور. جاء فيه أن كل ما يستخلص من الملف الطبي هو: "بلوغ الهالك 86 سنة وإصابته باضطرابات ارتأى الطبيب المعالج معها صرف النظر عن إخضاعه للعملية الجراحية علاقة بالكسر الذي تعرض له وهي معطيات لا يمكن أن تعكس الحالة المرضية المولدة للخوف من قرب الأجل الذي من شأنه أن يطرح مع باقي الشروط قابلية التصرف للإبطال".

- وقرار للمجلس الأعلى بتاريخ 29 أكتوبر 1997، عدد 6742 في الملف المدني عدد 93/4725، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، يناير 2000، ص 432 وما بعدها. جاء في حيثياته: "وحيث إنه بما لقضاء الموضوع من سلطة تامة في تقدير قيمة الحجج المعروضة عليهم دون رقابة عليهم من طرف المجلس الأعلى، إذ لم ينع عليهم أي تحريف لها، وفي إطار هذه السلطة فإن قضاء النازلة بعدما تفحصوا الحجج المعروضة عليهم من الطرفين تأكد لهم من خلال الشهادات غير المنازع في صحتها، أن الهالك كان مصاباً بمرض تشمع الكبد والتليف الهضبي وهو مرض مخوف وقاتل ويعتبر مرض موت".

ذهب اتجاه ثان إلى التخفيف من حدة حجية الشهادة العدلية بالأتمية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقدن نحو التقييد منها لمصلحة الشهادة الطبية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الاتجاه المانح لشهادة العدلين بأتمية المتعاقد حجية مطلقة على حساب الشهادة الطبية بمرضه.

لقد أكد القضاء المغربي في أكثر من مناسبة على ترجيح الشهادة العدلية بالأتمية المضمنة في المحرر العدلي على الشهادة الطبية بالمرض في إثبات الحالة الصحية للمتعاقدن؛ حيث كان القضاء يذهب إلى اعتبار شهادة العدلين "بالأتمية" التي تعني بالنسبة إليه الطوع والرشد وصحة العقل والبدن¹، حجة رسمية على أن المتعاقد لم يكن وقت الإشهاد مريضا، ولا يمكن إثبات عكسها بالشهادة الطبية².

وفي هذا الصدد، جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 14 - 7 - 1998 ما يلي: "... إن الشهادة الطبية المتمسك بها من لدن المدعين المؤرخة في 25 - 10 - 1994 لا تكفي لوصف المرض الذي مات منه الهالك خوفا واتصاله به لمدة لا تزيد عن سنة واحدة، سيما وأن عقد الهبة المطعون فيه يشهد أن هذا الواهب كان بأتمه جسما وطوعا وعقلا وقت إبرامه."³

كما جاء في أحد حيثيات قرار محكمة الاستئناف بفاس الصادر بتاريخ 20 دجنبر 2000 ما يلي: "... إنه وخلافا لما أثاره المستأنفان، فإن والدهما المرحوم كان كامل الأهلية وتام الإدراك والتمييز، ولم يكن به أي عيب من عيوب الرضى بدليل التنصيص في عقد الشراء عدد... وكذا رسم الصدقة عدد... على أتميته ومن المعلوم أن الإشهاد عليه بالأتمية يضيفي على تصرفاته أثناء التعاقد صبغة الشرعية، ولا ينال من هذه الأتمية ما أدلى به المستأنفان من شواهد طبية وعدلية تعضيدا لادعائهما"⁴.

واعتبارا للأدوار المنوطة بالعدول الموثقين في هذا الإطار، وتقديرا للمهام الهامة المرتبطة بوظيفة الإشهاد، فقد استمر الإجتهد القضائي المغربي على نفس توجهاته المرجحة لحجية الإشهاد العدلي بالأتمية على حساب الشهادة الطبية؛ بحيث جاء في قرار للمجلس الأعلى {سابقا محكمة النقض حاليا} صادر بتاريخ 20 / 7 / 1994 ما مفاده أن التنصيص في عقد البيع على الأتمية كاف لصحته، وذلك لما علل قراره بما يلي: "... إن التنصيص في العقد على أتمية المريض البائع يجعل البيع صحيحا"⁵.

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 3112 بتاريخ 12 يونيو 1995 في الملف المدني عدد 94/2059، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49 - 50 يوليوز 1997، ص 27 وما بعدها. وقد تبني قضاء الموضوع نفس المفهوم ، كما هو شأن القرار الاستئنافي عدد 107 الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2 - 4 / 1987 في الملف عدد 2/87/69. منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 51، شتنبر أكتوبر 1987، ص 67 وما بعدها.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 809 الصادر بتاريخ 25 - 12 - 1982 في الملف المدني 47497، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، الجزء الثاني، ص: 25 وما بعدها، أورده عبد السلام حدوش، البيان والتحرير في التوليج والمحابة والتصبير، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة 2000/1999، ص: 17. جاء في حيثياته مايلي: "يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان "بأتمية" المشهود عليه حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإشهاد مريضا مرض الموت لا يمكن إثبات عكسها".

³ - قرار رقم 5285 في الملف العقاري رقم 7/1994/286 (غير منشور).

⁴ - قرار محكمة الاستئناف بفاس رقم 351، صدر بتاريخ 23 رمضان 1481 الموافق 12 / 2000 في الملف العقاري رقم 99/258. (غير منشور).

⁵ - قرار المجلس الأعلى رقم 2567، صادر بتاريخ 20/7/1994، ملف مدني عدد 88/987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48، ص: 67-70.

وهو ما أكده نفس المجلس عندما ذهب في قرار صادر بتاريخ 2003/9/20 إلى التعليل بما يلي: "... لكن حيث إن محكمة القرار المطعون فيه في إطار سلطتها التقديرية لتقييم الحجج ثبت لديها من خلال وثائق الملف وفاة المتصدق بعد ثلاث سنوات من إبرام الصدقة، ومن خلال اطلاعها على الشواهد الطبية ونوع المرض المصاب به المتصدق وما تضمنه رسم الصدقة من الإشهاد عليه بالأتمية التي تفيد الصحة والطوع والعقل، فاستخلصت من ذلك كله عن صواب بأن ادعاء الطاعنين صدور الصدقة محل الطعن عن موروثهم في حالة مرض الموت غير ثابت في النازلة".¹

وهو نفس التوجه الذي مازال يؤكد هذا المجلس إلى غاية سنة 2005؛ إذ ذهب في أحد قراراته إلى ما يلي: "... إن المحكمة لما ناقشت وثائق الملف واستخلصت منه أن الهالك كان يتمتع بكامل قواه العقلية استنادا إلى ما شهد به العدلان من أتمية المتصدق أي الصحة والطوع، واستبعدت تبعا لذلك الشواهد الطبية التي استدلت بها الطالبتان لأنها لا تفيد أن المتصدق كان عند إبرام عقود الصدقة مختلا عقليا، تكون قد أسست قضائها على أسباب لها أصلها الثابت في الملف".²

وفي قرار آخر إلى جاء في أحدثها ما يلي: "... إذا شهد العدلان بأتمية الواهب وثبت بعد إنجاز الهبة أنه سافر إلى خارج المغرب ومارس أشغاله بنفسه، فإن ادعاء وقوع الهبة في مرض الموت بناء على معاينة الملف الطبي للهالك من طرف طبيب عام لا يعتبر لإثبات وقوع الهبة في مرض الموت، لأن المعترف هو الأتمية أثناء العقد".³

وتجدر الإشارة، إلى أن هذا الموقف القضائي لطلما تعرض للعديد من الانتقادات اللاذعة من طرف بعض الفقه المغربي، على اعتبار أنه لا يساير المنطق القانوني المجرد السليم بسبب عدم اعتبار "الإشهاد بالأتمية" قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وعدم استساغته ترجيح عبارة جرت عادة العدول على ترديدها في كافة العقود على شهادة طبية صادرة عن ذوي الإختصاص،⁴ ذلك أن العدلين المنتصين للإشهاد إنما يشهدان على الحال الظاهر فقط⁵، ولعل هذا ما دفع العمل القضائي للإتجاه إلى مخالفة هذا التوجه القضائي الذي كان سائدا على العمل القضائي المغربي كما سنعرض لذلك.

¹ -القرار رقم 380، ملف رقم 03-1/2/106، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، ص: 101، أورده عمر الأبيض: "شرط الحوز في التبرعات"، مطبعة الامنية الرباط، الطبعة الأولى، 2011، ص: 51.

² -القرار رقم 91، ملف شرعي عدد 02/1/2/382، أورده عمر الأبيض، مرجع سابق، نفس صفحة المرجع أعلاه.

³ -قرار محكمة النقض رقم 475، الصادر بتاريخ: 2005/10/19، ملف مدني عدد 2004/1/2/365، أشار إليه ابراهيم بحماني: "عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، 2012، ص: 195.

⁴ - محمد الكشور: "بيع المريض مرض الموت قراءة في قرار المجلس الأعلى عدد 3958 الصادر في 24 يونيو 1997"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1422 هـ/ 2002 م، ص: 73. وهو نفس الطرح الذي تبناه الدكتور محمد شليح: "مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكث أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود"، مطبعة أنفو برانت فاس، الطبعة الأولى، 1998، فقرة 315، ص 201.

⁵ -في حين يرى البعض الأخر أن اعتبار توظيف عبارة "بأتمه" في الوثيقة العدلية مجرد عادة يعمل العدول على ترديدها في كافة العقود فيه تبخيس واستخفاف بمهام العدول الموثقون، وبالأدوار التي يقومون بها قبل الإشهاد وتوثيق المعاملات، على اعتبار أن للسادة العدول تقنيات وأدوات في هذا المجال مهمة تقوم على أساس التحري اللازم عبر توجيه أسئلة مباشرة ودقيقة للمتعاقدين وانتظار أجوبتهم، وأحيانا يقومون بطرح أسئلة تبدو غريبة في نظر المتعاقدين نظرا لبداهتها، ولكنها تكون عن قصد، وتندرج في أبجديات التحري اللازم بحثا عن أهلية وأتمية المتعاقدين.

وبناء على نتائج هذا التحري يقرر العدول إما توثيق المعاملة إذا تبين لهم أن أطراف العقد بأتمهم وفي حالة صحة وطوع ورشد، وإما رفض الإشهاد والإمتناع عن إدراجه في مذكرة الحفظ إذا تبين العكس. أنظر سليمان أدخول: "المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية"، دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري المغربي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى، 2015، ص: 48-49.

الفقرة الثانية : الاتجاه المقيد لحجية الشهادة العدلية بالأتمية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقد على حساب الشهادة الطبية بالمرض.

في الوقت الذي كان فيه الإتجاه السائد في القضاء المغربي يذهب نحو ترجيح الشهادة العدلية بأتمية المتعاقد على حساب الشهادة الطبية التي تفيد مرضه، في المقابل ذهب اتجاه أخر إلى ترجيح كفة الشهادة الطبية بالمرض على الشهادة العدلية بالأتمية في إثبات صحة أطراف العقد؛ إذ كانت محكمة الاستئناف بمراكش أكثر جرأة ودقة في هذا المجال، عندما عللت قرارها بما يلي : " .. وحيث إن العبرة بالأتمية هو المعمول به قضاء ..

وحيث إنه بالرجوع إلى الملف الطبي وخاصة الخبرة المنجزة من طرف الخبير الخلف... نجد أنها تتضمن المراحل التي عانى فيها المريض من مرض السرطان ومحاولة علاجه بالعمليات الجراحية التي خضع لها والتي لم تفض سوى إلى تردي حالته الصحية العامة ووعيه فأصبح عاجزا عن القيام بأي إجراء إرادي في الأسابيع والأيام التي سبقت تاريخ وفاته.

وحيث أصبح أمام المحكمة دليان هما شهادة العدلين بالأتمية وشهادة أهل المعرفة والبصر في ميدان الطب مما يتعين معه إعمال قاعدة ترجيح الأدلة.

وحيث إن العدلين عندما شهدا بالأتمية شهدا بها استنادا على الحالة الظاهرة لأنهما غير مؤهلين بأن يشهدا بأن البائع كان صحيحا أو مريضا ولا أن يحددا ما إذا كانا مرضه منذرا بالموت أم لا وغير مؤهلين للوقوف على جميع أعراض المرض ومدى تأثيرها على إرادته التي اكتفى الشرع باعتبارها معيبة بمجرد التأكد طبيا من كون المرض مخوفا. ولذلك فإن شهادة الطبيب تعد إثباتا للعكس لكونه صاحب الإختصاص والمعرفة بحالة المتعاقد، خاصة وأن هذا الإشهاد الطبي لم يوجه إليه أي طعن من طرف المستأنف عليه"¹.

وفي نفس السياق، ذهبت الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى {سابقا محكمة النقض حاليا} في قرارها المؤرخ في 11 فبراير 1987، وهي ثبت في قضية تتعلق بالغبن بسبب الجهل حين استدل مدعيه بكونه كان خلال إبرام العقد تنتابه حالات مرضية تؤثر على قواه العقلية، لكن خصمه استدل عليه بعقد البيع المحرر في ورقة رسمية شهد فيها العدلان بأنه كان "بأتمه" وأيدته على ذلك محكمة الإستئناف بفاس بقولها مافادها نادعاء البائع بأنه كان وقت البيع تنتابه اضطرابات في قواه العقلية، وما استظهر به للتدليل على ذلك من شهادة طبية يدحضه ما وقع عليه من إشهاد بالبائع وهو بأتمه كما يستفاد ذلك من عبارة العقد الرسمي.

حيث جاء في حيثيات قرار الغرفة المذكورة أعلاه ما يلي : " ... حيث تبين أن الطاعن (البائع) أدلى بشهادة طبية من مستشفى الدولة وهي غير مطعون فيها بأي مطعن ثبت أنه كان وقت البيع يتلقى العلاج بالمستشفى عن اضطرابات عقلية إثر صدمة أحس بها كما تبين أنه كان وقت البيع تحت العلاج، فإن استبعاد القرار لما تضمنته الشهادة الطبية استنادا لما هو مذكور في عقد البيع من قوله "وهو بأتمه" مع أن العدول عندما يشهدون بالأتمية إنما

¹ - قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 122 في الملف العقاري رقم 2761 بتاريخ 04 - 02 - 1997. منشور بمجلة المحامي ، عدد 34 ، ص 212 وما بعدها.

يستندون إلى حالة المتعاقدين الظاهرة لهما ويتركون ما خفي منها إلى من له الإطلاع الكامل على أحوالهما دون أن يبرز بما فيه الكفاية الأسباب التي جعلته لا يعتبر تلك الشهادة يجعله معرضاً للنقض".¹

ونلمس هذا الاتجاه أيضاً في قرار لنفس المجلس صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بتاريخ 7 أكتوبر 21997، والذي اعتبر الصدقة منجزة في مرض الموت رغم أنها تمت بمقتضى رسم عدلي تضمن أن المتصدق كان وقت الإشهاد صحيح العقل والميز والإدراك وبأتمه، مسائراً بذلك موقف القاضي الابتدائي الذي ثبت له مرض الموت من الشواهد الطبية ومن القرائن ولكون المتصدق توفي بعد الصدقة بأقل من شهر.

كما نلمسه في قرار آخر صادر عن الغرفة الشرعية بتاريخ 9 مارس 1999 في قضية تتعلق بزواج تصدق لزوجته بمنزل، فتقدم باقي ورثته بعد وفاته بمقال ضدها أمام المحكمة الابتدائية بأكادير يلتمسون بمقتضاه الحكم بإبطال رسم الصدقة لكونها صدرت من موروثهم في مرض الموت، وأدلو بتأييداً لطلبهم بشهادة طبية، فأجابت المدعى عليها بأن المتصدق كان صحيح العقل وتام الميز والإدراك أثناء الصدقة وأن هذه الوثيقة تعتبر رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، فرفضت المحكمة الابتدائية الطلب، غير أن محكمة الاستئناف قضت بإبطال عقد الصدقة، وقد طعنت الزوجة في هذا القرار الاستئنائي بالنقض مؤكدة أنها واجهت دعوى الخصوم برسم الصدقة ولفيف العقل والتمييز المتضمنين للأتمية، وأن المحكمة لم تجب على دفعها رغم أنها وثائق رسمية.

فأجاب المجلس الأعلى بأن: " المحكمة استندت في تعليل قرارها على شهادة عدلي الصدقة الذين عاينا المتصدق أثناء الإشهاد عليه وهو في حال مرض ألزمه الفراش وهو معه صحيح العقل تام التمييز والإدراك، وعلى اللفيف... وعلى الشواهد الطبية التي أكدت أن الهالك كان يعاني من تكتلين كبيرين لورم على مستوى المتانة ولا وجود لأي علاج طبي له... ولم تنف الطاعنة إصابة زوجها بمرض السرطان وانتهت في تعليلها إلى أنه لا يشترط لإبطال العقد الصادر من المريض مرض الموت أن يكون الشخص فاقد الوعي بل يكفي أن تكون إرادته معيبة بسبب المرض، وقد شاهدها عدلاً الصدقة بمنزل المريض المرض الذي قطع الأطباء بعدم رجاء البرء منه مما يجعل المتصدق غير حر في إرادته ويستوجب إبطال التصرف الصادر منه، والذي مات بعده بأشهر يسيرة، الأمر الذي كان معه القرار مرتكزاً على أساس، ومعلل بما فيه الكفاية وما عابت به الوسيلة القرار غير جدير بالاعتبار".³

وجاء في قرار آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2003/12/3 حينما ذهب إلى نقض القرار المطعون فيه واعتباره معيباً لأنه لم يولي أي اعتبار للشواهد الطبية المدلى بها في الملف؛ بحيث جاء في أحد حيثيات القرار المذكور ما نصه: " .. أن المحكمة اعتمدت على ما شهد به العدلان في رسم الصدقة من أتمية الشهود عليه المتصدق للقول بصحة الصدقة دون مناقشة الشواهد الطبية المدلى بها في الملف .. التي تصف الحالة الصحية للمتصدق وقت إبرامه للصدقة محل النزاع بإصابته بإضطرابات لها تأثيرات سلوكية على قدرته العقلية وقوة إدراكه وتصرفاته.. واكتفت

¹ - قرار رقم 337، الصادر بتاريخ: 11 فبراير 1987، في الملف المدني عدد 18/955، أورده الدكتور أحمد ادريوش: أثر المرض على عقد البيع، تأملات حول تطبيق القضاء للفصلين 54 و479 من قانون الالتزامات والعقود ، مرجع سابق، ص 83 وما بعدها.

² - القرار عدد 620 في الملف العقاري عدد 93/5269. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52، يوليوز 1998، ص 120 وما بعدها.

³ - القرار عدد 90/112، الملف الشرعي عدد 96/550، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 55، يناير 2000 ، ص 127 وما بعدها. أشار إليه الأستاذ عبد السلام فيغو: "التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت دراسة فقهية قانونية مقارنة"، مطبعة الأتمية الرباط، الطبعة الثانية، السنة 2010، ص:55.

بالقول أنه لم يبق مبرر لمناقشة ماذكر.. مع أنه كان عليها أن تناقش الشواهد الطبية والتقارير الطبية المذكورة وأثرها على عقد الصدقة محل النزاع ولما لم تفعل جاء قرارها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه".¹

وهو نفس المنحى الذي زكته هذه المحكمة بتاريخ 2006/1/22 في قرار جاء في أحد حيثياته : "...حيث تبين صحة مانعاه السبب ذلك أن الموروث دخل المستشفى بمصلحة الانعاش .. في 1994/09/29 بسبب إصابته بوعكة دماغية، وغادرها في اليوم الموالي.. وأشهد بالاعتراف بالبيع في 1994/10/28 وتوفي بعد يومين في 1994/10/30، والمحكمة من جهة لما استبعدت الشهادة الطبية المذكورة بتعليل أنها لا تثبت إصابة الموروث بالخلل العقلي، في حين أن تصرفات فاقد الأهلية ليست وحدها الموجبة للبطلان، وأنه يكفي أن يثبت أن المريض قد أقدم على تصرفه تحت وطأة المرض الذي يغلب منه الوفاة وينتهي بها فعلا اتصالا منه.. فإن قرارها ناقص التعليل".²

واستقر عليه قضاء محكمة النقض إلى غاية تاريخ 2009/9/7 بحيث جاء في أحد حيثيات قرارها ما يلي: "...لكن حيث إن المحكمة قدرت الوثائق المعروضة عليها من الطرفين لما لها من سلطة في تقدير الحجج، وثبت لها أن رسم الاعتراف المستدل به من طرف مورثة الطاعنين إذا كان يشهد بأتمية المعترف بالبيع فان مجال الشهادة ينحصر في ظاهر حال المشهود عليه، ولا يمتد إلى الأمراض الباطنة التي لا يعلم بها إلا أهل الطب، وإذا هي استبعدته مرجحة الشهادة الطبية المدلى بها من طرف المطلوب المؤرخة في 1996/11/1 .. طالما أنها وجدت في أوراق الدعوى وعناصرها ما يكفي لاقتناعها بالرأي الذي انتهت إليه ويبقى ما أثر بدون أساس".³

انطلاقا مما سبق، يلاحظ أن موقف الإجتهد القضائي ذهب نحو التقيد من القوة الثبوتية للأتمية الواردة في المحرر العدلي، في المقابل أعطى للشهادة الطبية حجية كبيرة في إثبات الحالة الصحية للمتعاقد، وذلك على اعتبار أن الأتمية ليست واقعة مادية حدثت أمام العدول وشهدواها، وإنما هي مجرد استنتاج الحالة الظاهرة للمريض المتعاقد، خصوصا وأن مهمة القطع والحسم فيما إذا كان الطرف المتعاقد مريضا أم لا ليست من المهام التوثيقية، وإنما هي مهمة طبية يتعين إسنادها لطبيب مختص.⁴

وأمام هذا التضارب القضائي، وما ترتب عنه من اختلافات في آراء الفقه القانوني حول مسألة الترجيح بين القوة الثبوتية للرسم العدلي الدال على أتمية المتعاقد وبين القوة الثبوتية لما تضمنته تقارير الشهادة الطبية من مرضه، ولتفادي النتائج السلبية لهذا التضارب التي من شأنها أن تنعكس على السعي نحو تكريس الأمن القضائي المنشود اعتبارا لإنعدام الأمن التوثيقي، فإننا نتساءل حول أي الموقفين يمكن ترجيحه باعتباره الأقرب إلى المنطق القانوني المجرد السليم؟

¹ - قرار عدد 539، ملف شرعي رقم 98/12/333 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، يناير 2003، ص: 139 وما بعدها. أورده محمد براءة غزبول وآخرون: "الدليل العملي للعثار الغير المحفظ"، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 7، فبراير 2007، ص: 81-82.

² - قرار محكمة النقض رقم 117، الصادر بتاريخ 2006/1/22، في الملف الشرعي رقم 2004/1/2/20. أورده هشام كطابي: "تصرفات المريض مرض الموت في الفقه المالكي والقانون المغربي-البيع والهبة نموذجاً"، شهادة نيل الماستر، وحدة التكوين: أحكام العقار في الفقه المالكي والقانون المغربي، كلية الشريعة فاس، 2014-2015 م/ 1435-1436 هـ، ص: 38-39.

³ - قرار محكمة النقض رقم 488، الصادر بتاريخ 2009/9/7، ملف مدني عدد 2008/1/2/23، منشور بمجلة قرارات محكمة النقض المتخصصة، السلسلة 2، 2010، ج4، ص: 91-93.

⁴ - عبد القادر العرعاري: "تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 2567 المؤرخ في 94/7/20، مجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 55 ، يناير 2000 ، فقرة 10، ص 448 ومايلها. أورده محمد براءة غزبول وآخرون ، مرجع سابق، ص: 83.

المطلب الثاني : نحو ترجيح موقف الإجتهد القضائي المغربي من إشكالية التعارض بين الشهادة الطبية و الشهادة العدلية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقدين.

إذا كان موقف القضاء المغربي السائد هو اعتماد الشهادة الطبية في إثبات الحالة الصحية لأحد الأطراف المتعاقدة الذي لم يشهد العدلان بأتميته أمر منطقي، باعتبار أن المرض واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات¹، فإن ما يستدعي المناقشة هو تردد هذا القضاء في اعتماد هذه الشهادة الطبية بالمرض في الحالة التي يشهد فيها العدلان بأتمية ذلك المتعاقد، وذلك استنادا إلى كون الشهادة العدلية بالأتمية هي حجة رسمية قاطعة لا يجوز إثبات عكسها.

ذلك أنه في منح "الأتمية" المشهود بها من لدن العدول قوة إثباتية مطلقة لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، يستدعي طرح بعض التساؤلات من قبيل : ما مدى مطابقة هذا التوجه من مخالفتلقواعدالفقهالمالكي (الفقرة الأولى) ولنصوصظهيرالالتزاماتوالعقودالمغربي (الفقرة الثانية) المطبقين أمام المحاكم المغربية؟

حتى يتسنى لنا وضع الأسس والمعايير التي تمكننا من إقامة الترجيح بين موقف الإجتهد القضائي المتضارب في مسألة حجية الشهادة العدلية بالأتمية في إثبات الحالة الصحية لأحد المتعاقدين على حساب الشهادة الطبية التي قد تثبت العكس .

الفقرة الأولى : مدى مطابقة ترجيح شهادة العدلين " بالأتمية" على الشهادة الطبية بالمرض لقواعد الفقه المالكي؟

إذا كان المجلس الأعلى {سابقا} قد دأب في معظم قراراته إلى منح "الأتمية" المشهود بها من لدن العدلين حجية مطلقة؛ بحيث جعل الإشهاد العدلي بها دليلا قاطعا على الأمور الثلاثة، الطوع والرشد وصحة العقل والبدن²، فإن التساؤل الذي يمكن طرحه بهذا الخصوص هو مدى مطابقة هذا التصور لأحكام الفقه المالكي؟ وبعبارة أخرى إلى أي حد يمكن اعتبار تغليب شهادة العدلين بأتمية المتعاقد على حساب شهادة أهل الإختصاص من الأطباء مطابقا لأحكام الفقه المالكي؟ وما حدود نطاق حجية الأتمية العدلية في إثبات الحالة الصحية للمتعاقدين؟

إنه بالإطلاع على غالبية مواقف وأراء فقهاء المذهب المالكي، نلاحظ أنالاتجاه القائل بمنح الأتمية العدلية حجية مطلقة على حساب شهادة الطبيب الخبير فيه مخالفة لقواعد الفقه المالكي الجاري به العمل أمام المحاكم ، وسنحاول إبراز أوجه هذه المخالفة من ناحيتين اثنتين على الشكل التالي :

– فمن الناحية الأولى :

يقتصر الإشهاد العدلي على المراد من الوثيقة العدلية كنكاح وبيع ورهن...، وما إلى ذلك مما تم إتفاق المتعاقدين على توثيقه في العقد، ولا يشمل ما ورد على سبيل الحكاية وما تتطلبه المباني والصيغ المعتادة في الوثيقة³، والمقصود بالحكاية كل ما يتم تدوينه دون العلم بحقيقته ومن دون تلقيه من المتعاقدين أو الشهود⁴.

¹ - أنظر أحمد أدرويش، مرجع سابق، ص:77.

² - أنظر: قرار المجلس الأعلى عدد 3112 بتاريخ 12 يونيو 1995 وقرار نفس المجلس عدد 809 الصادر بتاريخ 25 - 12 - 1982 ف1995، ص: 13 من هذا البحث.

³ - عبد السلام حادوش، مرجع سابق، ص 24.

⁴ - أبو الشتاء الحسين الغازي ، مرجع سلبق، ص:228.

وفي هذا المقام قال الشيخ ميارة الفاسي في شرحه: "اعلم أن مدار الوثيقة على ما تضمنه الإشهاد من تعمير ذمة أو عقد بيع أو وكالة أو نحو ذلك مما هو مقصود بالذات، وأما ما يذكر في الوثيقة من غير ذلك فلا يثبت بثبوت الوثيقة إلا إذا ضمن الشهود (أي العدول) في الوثيقة معرفة ذلك فإن كان في الوثيقة خبر... أو شهد عليهما مجال صحة وطوع وجواز (أو بأتمه أو بأكمله) وعرفهما أو عرف بهما فلا يثبت شيء من ذلك بثبوت الوثيقة، لأن الإشهاد إنما انصب للمقصود بالذات" ¹.

– ومن الناحية الثانية :

فإن شهادة العدلين " بالأتمية " لا تنصرف إلى الأمراض الخفية غير الظاهرة، التي لا يرجع أمر النظر فيها إلا للأطباء بوصفهم أهل الخبرة والمعرفة بها، وفي ذلك يقول الفقيهان التاودي ² والمواق ³ "...فإن كان مما لا يعلمه إلا أهل العلم به كالأمرض التي لا يعرف أسرارها إلا الأطباء فلا يقبل إلا قول أهل المعرفة بذلك" ⁴.

وقال الشيخ خليل في باب الحجر من مختصره : "... وعلى مريض حكم الطب بكثر الموت منه"، وقد شرح الفقيه الحطاب ذلك بقوله: " ويرجع إلى معرفة الطبيب بأن الهلاك به كثير" ⁵.

وأضاف الفقيه التسولي في شرحه لتحفة بن عاصم قائلا : "...ومراه بمرض الموت المرض المخوف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت منه... وفهم مما مر أنه لا تقبل فيه إلا شهادة الأطباء العارفين بالمخوف ومن غيره ولا تقبل فيه شهادة غيرهم" ⁶.

وإذا ثبت ما سبق، حق علينا القول أنه يتعين حصر نطاق " الأتمية " التي يشهد بها العدول على الخصوص في الأمراض الظاهرة للعيان كالشلل والعمى ونحوهما، دون أن يمتد مفعولها ليشمل الأمراض الخفية؛ إذ كيف يتأتى للعدلين معرفة الأمراض التي تخفى أحيانا حتى على الأطباء بمجرد المعاينة البصرية السطحية للمريض واستفساره من خلال بعض الأسئلة التي تبدو بديهية، كأمراض الكبد الفيروسية وأمراض القلب والشرابين، وما إلى ذلك من الأمراض الخفية الموكول القول فيها للأطباء وحدهم من ذوي الاختصاص منهم ⁷.

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض في أحد حيثيات قراراتها إلى ما يلي : "...حقا حيث إن دعوى الطاعنين الرامية إلى إبطال البيع المؤرخ في : 10/11/1988 مبنية على أن البائع كان عند إبرام البيع مريضا مرض الموت ... فإن المحكمة بدل أن تناقش مرض البائع في إطار المفهوم الفقهي المذكور لمرض الموت، اعتمادا على الشواهد الطبية واللفيف المشار إليهم بالوسيلة، بررت رفضها طلب الإبطال على أتمية البائع تأسيسا على أن البيع تم بمقتضى رسم شراء أمام

¹ - شرح ميارة للامية الزقاق في فصل ما جرى به العمل بفاس (مخطوط)، ذكره الأستاذ عبد السلام حادوش، مرجع سابق، ص 25.

² - أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد التاودي: "حلى المعاصم لفكر ابن عاصم"، الجزء الثاني، ص: 165.

³ - أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق: "التاج والإكليل لمختصر خليل"، الجزء الخامس، ص: 462.

⁴ - وهو نفس تعبير الفقيه ميارة في شرحه لتحفة بن عاصم، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص: 34.

⁵ - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الرعيبي المعروف ب الحطاب : " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل "، مطبعة السعادة . مصر ، الطبعة الأولى سنة 1329 هـ، الجزء الخامس، ص 78.

⁶ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : " البهجة في شرح التحفة"، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى 1998 ، الجزء الثاني، ص 394 وما بعدها.

⁷ - عبد السلام حادوش: "البيان والتحرير في التوليج والمحابة والتصبير"، مطبعة دار السلام . الرباط ، الطبعة الأولى 1999 – 2000 . ص 44.

عدلين شهدا بتمام العقل والإدراك، وبأن البائع لم يكن مريضا وقت البيع الذي تم 1988/10/16، في حين أن أتمية البائع مع ثبوتها لا تنفي مرض الموت، مما يجعل قرارها فاسد التعليل المبني على خرق القواعد الفقهية المحددة لشروط مرض الموت ومعرضا للنقض.¹

الفقرة الثانية : مدى مخالفة ترجيح شهادة العدلين "بالأتمية" على الشهادة الطبية بالمرض لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود المغربي؟

يستند الإتجاه القضائي المرجح لشهادة العدلين "بالأتمية" على كون الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلان بأن المتعاقد كان وقت التعاقد بأتمه يعتبر ورقة رسمية، وبالتالي حجة قاطعة على أنه لم يكن مريضا وقت التعاقد لا يمكن إثبات عكسها، وذلك تطبيقا للفقرة الأولى من الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أن: "الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور".

لكن إذا كان العقد المحرر من لدن عدلين يعتبر ورقة رسمية طبقا للفصل المذكور، فإن الذي يستفيد من هذه الصفة ليعتبر دليلا قاطعا لا يمكن إثبات عكسه إلا بالطعن فيه بالزور هو ما يشته المحرر بناء على معرفته أو مشاهدته أو سماعه شخصيا، أما الأمور التي لا يستطيع المحرر وليس مطلوبا منه أن يتحقق منها شخصيا وقت تحرير العقد كحالة المتعاقدين الصحية، فلا تستفيد من هذه الصفة ويمكن إثبات ما يخالفها باعتبارها خارجة عن مهمته.²

وبناء عليه، لا يمكن القول بأن شهادة العدلين بالأتمية تتمتع بالحجية المطلقة، لتعلقها بواقعة حدثت أمامهما أثناء قيامهما بمهمتها، فالواقع أن "الأتمية" ليست واقعة مادية حدثت أمام العدلين، وشاهدها، وإنما هي "استنتاج" من "الحالة الظاهرة للأطراف المتعاقدة".

ومن المعلوم أن ما يستنتجه محرر الورقة الرسمية من الوقائع التي تعرض أمامه أثناء التحرير، لا يكتسب صفة البيانات الرسمية التي يضفي عليها القانون قوة إثباتية قاطعة، وإنما يخضع في تقييم قوته الإثباتية للسلطة التقديرية للمحكمة التي تعتمد بالخصوص الوقائع التي اعتمدها المحرر في استنتاجه.³

وبالتالي أمكننا القول إن شهادة العدلين بالأتمية ما هي إلا رصد ظاهري للحالة الصحية للمريض المتعاقد، مما يفيد أنه قد يكون الواقع مخالفا لهذا الرصد والاستنتاج خصوصا وأن مهمة القطع والحسم بما إذا كان الشخص المتعاقد مريضا ليست مهمة توثيقية، وإنما هي مهمة طبية يتعين إسنادها للطبيب المختص.⁴

وبه نخلص إلى أن العدول والموثقين لا يعتبرون مؤهلين بأن يشهدوا بأن المتعاقد كان مريضا أو صحيحا إلا في حالة واحدة وهي استشارة طبيب أو أطباء محلفين للتأكد من الحالة الصحية لهذا المتعاقد.

¹ - قرار محكمة النقض رقم 2309، الصادر بتاريخ: 2007/06/27، ملف مدني رقم: 2005/2/1/3667، أنظر هشام كطابي، م س، ص: 50.

² - أحمد نشأت: رسالة الأثبات، الطبعة السابعة، الجزء الأول، فقرة 148، ص 223.

³ - الدكتور أحمد الخمليشي: "صلاحية النيابة العامة للطعن بالاستئناف في الميدان المدني"، الإحالة على المجلس الأعلى بسبب تجاوز القضاة سلطاتهم، تعليق على القرار عدد 107 الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 1987/04/02، مجلة المحاكم المغربية، عدد 51، شتنبر. أكتوبر 1987، ص 78، هامش 2.

⁴ - الدكتور عبد القادر العرعاري: "تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 2567 المؤرخ في 94/7/20"، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55 يناير 2000، فقرة 10، ص 448 وما بعدها.

وفي هذه الحالة يتعين عليهم أن يعرفوا بهم طبقا للفصل 420 من قانون الإلتزامات والعقود الذي ينص على أن: "الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب والمذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفة، وكل ماعدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر."

أما في غير هذه الحالة، فإن العدلين أو الموثق لا يستطيعون أن يقفوا على جميع أعراض المرض، لأن ذلك يعتبر من اختصاص أهل الخبرة أي الأطباء، أما إسهادهم بأن المتعاقد كان بآتمه فهو استنتاج منهم فقط في ضوء الحالة الظاهرة للمتعاقد، ولذلك يظل قابلا لإثبات العكس وخاصة بشهادة الأطباء¹.

كما أن الشهادة بأتمية المشهود عليه تشكل في نظر بعض الفقه ضربا من بنود الروتين التي نقف عليها في جميع الرسوم العدلية للبيوع والتي غالبا ما ينقلها العدول من كتب الوثائق من غير أن يعرف معظمهم مدلول ما يسطر في آخر الرسوم من عبارة: "عرفا قدره شهد به عليهما بآتمه وعرفهما..."، والأصل في بنود الروتين ألا يعتد بها².

لكل هذه الإعتبارات، فإنه في اعتبار شهادة العدلين بالأتمية حجة مطلقة يعد تطبيق خاطئ للفقرة الأولى من الفصل 419 قانون الإلتزامات والعقود المغربي، ومخالفة صريحة للفصل 420 من نفس القانون الذي لا يجعل الورقة الرسمية حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إلا إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفة.

خاتمة :

وبهذا يتضح لنا أن الأتمية العدلية لا يمكن أخذها على إطلاقها في إثبات صحة المتعاقد، وذلك لسبب بسيط هو افتقاد السادة العدول والموثقين في تكوينهم للمؤهلات العلمية التي تؤهلهم للوقوف على الحالة الصحية للمتعاقد، وتحديد نوعية المرض المصاب به ودرجة خطورته، وإن كان يبدو أن هذا الرأي يكاد يجهز على حجة المحرر الرسمي التوثيقي، إلا أنه من منظورنا يبقى الرأي الراجح والأقرب إلى الصواب والمنطق القانوني السليم، الذي يناهز بإعطاء الأولوية للشهادة الطبية الكفيلة وحدها بحفظ الحق كلما كنا أمام إثبات الحالة الصحية للمتعاقد خاصة أمام حالة المريض مرض الموت.

ومن ثم نرى أنه أن الأوان على القضاء المغربي أن يحرص نطاق شهادة عدلين بأتمية المتعاقد فيما يخص الأمراض الظاهرة كالعمى والشلل... إلخ، وإخضاع ما سواها من الأمراض الباطنية الخفية إلى أهل الإختصاص من ذوي الخبرة الطبية .

ونحن برأينا هذا لا نتفق مع الرأي الفقهي والإتجاه القضائي الذي يذهب إلى القول بأن توظيف عبارة "الأتمية" أو "الأكملية" في الوثيقة العدلية هو مجرد عادة دأب عليها معشر السادة العدول والموثقون، لما فيه من تبخيس للمهام

¹ - الدكتور أحمد ادريوش: أثر المرض على عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 28، ص 82.

² - أنظر:

- الدكتور محمد شيلح : "مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للإلتزامات والعقود"، مرجع سابق، ص 201.

- محمد الكشور: "بيع المريض مرض الموت"، مرجع سابق، ص:73.

والأدوار التي يقوم بها هذا الجهاز التوثيقي الذي يلعب دورا جوهريا في المنظومة التوثيقية ببلادنا من خلال إسهامه في تكريس مبدأ الأمن التعاقدية، كما أننا لا نتفق تمام الإتفاق مع الرأي القائل بمنح الأتمية العدلية في المحرر الرسمي الحجية المطلقة في إثبات الحالة الصحية للمتعاقدين، وإنما حسبنا في ذلك هو تحري موقفا وسطا نتوخى من خلاله توحيد الإجتهد القضائي المغربي بما يحفظ للوثيقة العدلية مركزها القانوني ضمن وسائل الإثبات الرسمية التي لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور هذا من جهة، ومن جهة أخرى يضمن للشهادة الطبية قيمتها الثبوتية فيما يخرج عن إختصاصات العدول التوثيقية، إيماننا منا بمبدأ الإختصاص الوظيفي، ومن جهة ثالثة حفاظا على تكريس الأمن التوثيقي والقضائي.

وفي الأخير، أتمنى أن يكون هذا العمل المتواضع بادرة طبية لضمان إستقرار الإجتهد القضائي على المنطق القانوني المجرد والسليم الذي يعطي للشهادات الطبية قوتها الإثباتية في المجال التقني والعلمي الخارج عن نطاق معرفة العدل المنتصب لتلقي الشهادات وتوثيقها.

• لائحة المصادر والمراجع :

المصادر الفقهية :

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى 1998 ، الجزء الثاني.
- أبو عبد الله محمد بن محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، الجزء الثاني.
- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الرعيبي المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، مطبعة السعادة - مصر ، الطبعة الأولى سنة 1329 هـ الجزء الخامس.
- أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، الجزء الخامس.

المراجع :

المراجع العامة :

- إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1410 هـ الموافق 1990 م.
- أورده عبد السلام حدوش، البيان والتحرير في التوليج والمخاباة والتصيير، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة 2000/1999.
- مأمون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، مطابع دار القلم، بيروت 1973، الجزء الثاني.
- محمد شيلح، مرشد الحيران إلى الفهم الحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود، مطبعة أنفو برانت فاس ، الطبعة الأولى، 1998.

المراجع الخاصة :

- إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، السنة 2012.
- أحمد ادريوش، أثر المرض على عقد البيع ، تأملات حول تطبيق القضاء للفصلين 54 و 479 من قانون الالتزامات والعقود ، سلسلة المعرفة القانونية 2 ، مطبعة الأمنية - الرباط ، الطبعة الأولى 1996.
- أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية، 1475هـ/1995م، الجزء الأول.
- أحمد نشأت، رسالة الأثبات ، الطبعة السابعة، الجزء الأول، فقرة 148، ص 223.
- سليمان أدخول، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية، دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري المغربي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى، 2015.
- عمر الأبيض، شرط الحوز في التبرعات، مطبعة الامنية الرباط، الطبعة الأولى، 2011.
- عبد السلام فيغو، التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت دراسة فقهية قانونية مقارنة، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية، السنة 2010.
- محمد الكشور، بيع المريض مرض الموت قراءة في قرار المجلس الأعلى عدد 3958 الصادر في 24 يونيو 1997، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1422 هـ/2002 م.
- محمد براءة غزيول، الدليل العملي للعقار الغير المحفظ، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 7، فبراير 2007.

المجلات :

- مجلة الإشعاع، العدد الحادي عشر ، السنة السابعة ، يناير 1995.
- مجلة المحاكم المغربية ، عدد 71.
- مجلة المحاكم المغربية، عدد 51، شتنبر أكتوبر 1987.
- مجلة رسالة المحاماة، العدد 15 - أكتوبر 2000.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 55 ،يناير 2000.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، يناير 2000.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 - 50 يوليو 1997.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52 ،يوليو 1998.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2000، 61.
- مجلة قضاء المجلس الاعلى، عدد 2000، 48.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، يناير 2003.

المراجع باللغة الفرنسية :

- Anne. Marie LARGUIER ,Certificats médicaux et secret professionnel , Thèse lyon 1961 , LIBRAIRIE DALLOZ , PARIS , 1963 , par 34.
- Jean . Marie AUBY ,Le droit de la santé, presse universitaire de france , 1er édition , 1981.

القوانين :

- قانون الإلتزامات والعقود المغربي.
- قانون المسطرة المدنية المغربي.
- القانون 16.03 المتعلق بمحطة العدالة.

نظام التوظيف في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية " الإنتربول "



الدكتور : مرغني حيزوم بدر الدين
استاذ محاضر - أ - كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة الشهيد
حمدة لخضر الوادي - الجزائر

ملخص :

إن نجاح أي منظمة في تحقيق أهدافها مربوط بمجموعة من العوامل والمؤثرات تقف كفاءة وقدرة الكادر البشري على رأسها، وهو ما يتجلى من خلال المنظمة الدولية للشرطة الجنائية " الإنتربول " والتي خصت هذه الفئة بمنظومة متكاملة من المبادئ القانونية تتولى تنظيم العلاقة الوظيفية بما يمكنها من الاستفادة من كل الخبرات والكفاءات المتاحة من جهة، وضمان حيادية واستقلالية هؤلاء الموظفين من جهة ثانية، وذلك من خلال اتباعها لنظم مختلفة في توظيف الموظفين عن طريق إجراءات تبدأ من إعلان شغور المنصب الوظيفي وبداية العملية التوظيفية مروراً بتغيير الوضعيات الوظيفية المتعلقة بالموظف ووصولاً إلى انتهاء العلاقة الوظيفية.

The Summary :

The success of any organization in achieving its objectives is linked to a range of factors and influences. The ability of the human cadres is foremost, as evidenced by the International Criminal Police Organization (INTERPOL), which is characterized by an integrated system of legal principles that regulate the functional relationship so that it can benefit from all Expertise and competencies available on the one side, and ensuring the neutrality and independence of

these employees on the other side, through the adoption of different systems in the recruitment of employees through procedures starting from the announcement of the job and the beginning of the employment process through the change functional positions related to Employee to the end of the functional relationship.

مقدمة :

لقد كان للتحويلات العميقة التي عرفها المجتمع الدولي في مجال الجريمة المنظمة، وتطور أنشطتها، وظهور تهديدات وصور جديدة لها وعلى كل الصعد الوطنية والإقليمية والدولية، والتحديات المتنامية والعبارة للحدود إلى عجز سلطات الدول المنفردة عن مواجهتها، بالغ الأثر في الدفع نحو إنشاء مركز قيادة وتنسيق دولي يعنى بالتعاون بين الدول لمكافحة هذه الجرائم وتسليم المجرمين، حيث تجسدت هذه الآلية في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية " الإنتربول " والتي سعت إلى تحقيق الأهداف المنشودة من وراء إنشائها عن طريق مجموعة من الوسائل والآليات، غير أن نجاحها وفعاليتها في تحقيق الأهداف المناطة بها متوقف بصورة أساسية على قدرة وكفاءة الكادر البشري في هذه المنظمة، حيث يعتبر موظفو الإنتربول حجر الزاوية التي يتوقف عليها نجاح هذه المنظمة في تحقيق أهدافها.

وهنا فقد أولى القانون الأساسي للمنظمة وكذا دليل الموظفين، أهمية قصوى لهذه الفئة انطلاقاً من إدراكهما لصعوبة العمل في هذه المنظمة، والضغط التي يتعرض لها الموظف خلال مزاولته لنشاطه، ضماناً لقيام هؤلاء الموظفين لأنشطتهم بمهنية وحرفية.

وإنطلاقاً من هنا نطرح الإشكالية التالية: فيم تتمثل القواعد والأساليب التي تعتمدها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية لتنظيم العلاقة الوظيفية مع موظفيها بما يكفل كفاءتهم وحياديتهم؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى ثلاثة محاور تناولنا في المحور الأول إجراءات التوظيف في الإنتربول، وخصصنا المحور الثاني لتغيرات الأوضاع الوظيفية لموظفي الإنتربول، أما المحور الثالث فتطرقتنا فيه إلى إنتهاء وإنهاء العلاقة الوظيفية في الإنتربول.

المحور الأول: إجراءات التوظيف في الإنتربول : يكون التوظيف في الإنتربول من اختصاص الأمين العام للمنظمة،¹ الذي يعين الموظفين طبقاً لأحكام القانون الأساسي للمنظمة والنظام الحالي المعمول به ودليل الموظفين وكذا تبعاً للميزانية المتاحة في هذا المجال، حيث يهدف الأمين العام من خلال تعيين وتوظيف هؤلاء الموظفين إلى تزويد المنظمة بأشخاص يملكون مؤهلات تحتاج لها المنظمة، وهنا يقوم الأمين العام بمحصر المعايير الأمنية والطبية الواجب توافرها في

¹ - يرأس الأمين العام الأمانة العامة للإنتربول ويقوم بإقامة كاملة في مقر المنظمة في مدينة ليون الفرنسية حيث توفر له المنظمة مكاناً مناسباً بالدور الخامس منها، ويشرف إشرافاً عاماً عليها من خلال إشرافه المباشر على مكتبه التنفيذي والمراقب المالي. منتصر سعيد حمود، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص 57.

المرشحين قبل تعيينهم، حيث يبرق الأمين العام للمنظمة للدول الأعضاء بعدد المناصب الشاغرة قصد انتقاء الموظفين دون تمييز من حيث العنصر أو الدين أو الجنس مع مراعات التوزيع العادل بين مواطني الدول الأعضاء.¹

ويشترط في عملية التوظيف أن تكون بين مرشحين متحليين بدرجات كبيرة من النزاهة والسلوك الحسن وبمستوى يسمح بتأهيلهم للاضطلاع بوظائف دولية، مع ضرورة حيازة المعارف اللغوية اللازمة لممارسة وظائفهم المنصوص عليها في إعلان شغور الوظيفة المعد من قبل الأمين العام،² وفي ما عدا الحالات المتعلقة بالإستثناءات الخاصة التي يقررها الأمين العام بما فيه مصلحة المنظمة، فإنه لا يقبل ترشيحات مواطني الدول غير الأعضاء في المنظمة والذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني في الدولة التي يحملون جنسيتها، وللأمين العام أن يقرر إذا كان التوظيف سيجري بين موظفي المنظمة حصرا أو عن طريق إجراء مسابقة بين مرشحين داخليين وخارجيين.³

وأما في ما يتعلق بتوظيف المعارين⁴ فإن للأمين العام السلطة التقديرية في أن يكون التوظيف هنا مفتوحا لكل المرشحين من الإدارات الوطنية ومن المرشحين الداخليين، أو أن يكون محصورا بين مرشحي الإدارات الوطنية وذلك بإقامة مسابقة بينهم عند ورود ترشيحات تلقائية.⁵

وللأمين العام أن يقرر في الحالات الاستثنائية تعيين موظف يعهد إليه بالعمل على توظيف شخص محدد وقع عليه الاختيار لتولي منصب يشترط فيه قدر كبير من الائتمان والثقة، أو لتعيين أحد موظفي المنظمة في حالات عاجلة، أو أن يملك الموظف مؤهلات وخبرات فريدة من نوعها أو كفاءة خاصة أظهرها عند مباشرته منصب مماثل للمنصب الشاغر في المنظمة.

وعند الإشعار بشغور الوظائف يكون من حق كل شخص أن يقدم ترشيحه لشغل أي وظيفة شاغرة عن طريق طلب مكتوب يقدم إلى قسم الموارد البشرية في المنظمة وذلك قبل انقضاء المهلة النهائية لغلق باب الترشيحات، يلي ذلك تشكيل لجنة اختيار لكل عملية توظيف يتمثل دورها في ضمان إنصاف إجراء الاختيار وفي موضوعيته والذي يكون على أساس المقابلة أو الاختبار .

وهنا يكون الاختيار الأولي بين قائمة تضعها هذه اللجنة بالمرشحين المقبولين للمشاركة في إجراء التوظيف، ويسارع إلى إعلامهم بكل الوسائل المتعلقة بالمسابقة من تاريخها ونوعها وإجراءاتها..... الخ

¹ - المادة 1/2 من نظام الموظفين المنقح في 08 أكتوبر 2004 أثناء الدورة 73 للجمعية العامة للإنتربول في كانكون، ودخل حيز النفاذ في 01 جانفي 2005، الوثيقة AG-2004-RAP-03

² - إلا أن هذا الأمر من الصعوبة بما كان، نظرا لمعاناة العديد من دول آسيا وإفريقيا من التخلف العلمي وندرة المتحصلين على مؤهلات جامعية من بين مواطنيها، ولا يزال عدد موظفي الأمم المتحدة من إفريقيا وآسيا ضئيلا، إذا ما قورن بعدد الموظفين المنتميين إلى أوروبا وأمريكا، محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية للأمم المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 210.

³ - الموظفين الخارجيين هم الأشخاص الذين ليسو من موظفي المنظمة ولكنهم يعملون في المنظمة بصفة التعاقد وليس التوظيف، أنظر الفقرة 3/ج من دباجة دليل الموظفين [II.C/SRUL/EC/1988(2015)] [II.C/SREG/GA/1987(2004)]

⁴ - يقصد بالموظفين المعارين مجموع الأشخاص الذين تعيرهم إداراتهم الوطنية للعمل في الإنتربول، أنظر الفقرة 2/3 من ذات الديباجة

⁵ - علاء الدين شحاته، التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، أيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000، ص 180.

وبعد إجراء الاختيار الأولي ينظر في مستوى الأولوية بين المرشحين، ففي حال تعادل مرشحين أحدهما من داخل المنظمة والآخر من خارجها فتعطى الأولوية هنا لموظف المنظمة، كما يمكن كذلك لجنسية الموظف أن تلعب دورا كبيرا في الاختيار في حال تساوي الأولويات.

وبعد إنهاء الإختيار الأولي تكون مرحلة الاختيار النهائي والتي يتولاها الأمين العام من بين أحد المرشحين آخذا في ذلك بعين الاعتبار تقويم لجنة الاختيار والمعايير المطلوبة في المنصب.¹

وعند انتهاء عملية التوظيف على المنظمة أن تحيط موظفيها بشروط توظيفهم والتي تكون في الغالب مختلفة من فئة إلى أخرى.²

ففيما يتعلق بالموظفين المعارين من قبل دولهم، فإن ذلك يكون بعد رسالة قبول إعارة يوقعها الأمين العام ويوجهها بعد ذلك للإدارة الوطنية، حيث أن التعيين في المنظمة يكون فقط بموجب هذه الرسالة التي يتسلم الموظف المعار نسخة منها.

أما في ما يتعلق بالموظفين المتعاقدين، فإن التوظيف يكون باتفاق عمل مكون من رسالة تعين موقعة بين كل من الشخص المتعاقد لشغل هذه الوظيفة وبين الأمين العام للمنظمة، يحدد فيها أن نظام الموظفين ولائحة الموظفين ومذكرات الموظفين المعمول بها أو أي تعديلات قد تدخل عليها تسري على الموظف المعار أو المتعاقد.³

كما أن رسالة القبول في حالتي التعيين عن طريق الإعارة أو التعاقد يجب أن تحتوي على عدة نقاط تحدد طبيعة العلاقة بين هذا الشخص والمنظمة الدولية، بداية من نظام الموظفين المطبق على هؤلاء الأشخاص ومدة التعيين والتاريخ الذي يصبح التعيين فيه فعليا، والمهام التي سيباشرها هؤلاء الموظفين والفئة والرتبة والراتب ومكان التوظيف والتأمين القاعدي والاجتماعي، وأي شروط خاصة أخرى يمكن أن تدرج ضمن هذه الرسالة.⁴

أما في ما يتعلق بالشخص الذي ينظر في تعيينه كموظف دائم، فإن التعيين في الوظيفة يكون بعد إجراء الاختبار وتوقيع رسالة التعيين، وعليه أن يلتحق بوظيفته في موعد أقصاه التاريخ الذي يصبح فيه التعيين فعليا، وفي حال تجاوز هذا التاريخ اعتبرت رسالة التعيين لاغية، ويستثنى من ذلك حالات يسمح فيها الأمين العام بتجاوز هذا التاريخ، ويكون التعيين يوم مباشرة الخدمة الفعلية والذي تحسب الأقدمية في العمل من هذا التاريخ والذي يدخل فيه العطل والإجازات المسموح بها بإستثناء العطل المرضية التي تتجاوز 90 يوما والتي لا تحسب في الأقدمية بإستثناء تلك المترتبة عن حوادث العمل أو الأمراض المهنية، وفي حال بلوغ الموظف 25 سنة أقدمية في المنظمة فإنه ستقدم له مكافأة تحسب تبعا للمهام والوظائف والأدوار التي باشرها خلال تلك الفترة.

¹ - اللائحة 2 من لائحة الموظفين المعدلة في 31 أكتوبر 2015 أثناء الدورة 186 للجنة التنفيذية في كيفالي، دخلت حيز التنفيذ في 31 أكتوبر 2015. الوثيقة CE-20-DOC-2015-3-

² - يعمل حاليا في المنظمة حوالي 300 موظف يمارسون وظائفهم بإحدى طرق التوظيف الثلاث سابقة الذكر. سراج الدين الروبي، آلية الإنتربول في التعاون الدولي الشرطي، الدار المصرية اللبنانية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001، ص 2003.

³ - منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 55.

⁴ - المادة 2/2 من نظام الموظفين

ويكتسب الموظف بمجرد التوظيف مجموعة من الإمتيازات بداية من مكان العمل الذي يجب أن يكون محددًا وكذا مكان السكن والذي يكون عادة على مسافة لا تعيق الموظف عن أداء مهامه، و الدرجة التي سيدرج فيها هذا الموظف¹....الخ

والموظفين في الإنترنت شأنهم شأن باقي الموظفين في سائر الوظائف يخضعون لفترة تجربة أو تربص للتأكد من خبراتهم وكفاءاتهم ومدى تناسبهم والوظائف المناطة بهم، غير أنه نميز هنا بين نوعين من الموظفين.

فبالنسبة للموظفين المعارين فإنهم يخضعون لفترة تجريبية مدتها 12 شهر يبدأ احتسابها من يوم المباشرة الفعلية للمهام، وخلال هذه الفترة للأمين العام إنهاء التوظيف في أي وقت وذلك بإعطاء إشعار للموظف مدته شهر واحد، وعند إنتهاء هذه الفترة فإن للأمين العام أن يقرر أحد ثلاثة قرارات :

- إنهاء التوظيف بإعطاء إشعار مدته شهر للموظف وذلك في حال ما إذا تأكد بأن هذا التوظيف ليس من مصلحة المنظمة.

- تأكيد فترة التجربة بثلاث أشهر إضافية غير قابلة للتجديد إلا بصفة إستثنائية وبعد موافقة الموظف.

- تأكيد هذا التوظيف بصفة نهائية.

أما فيما يتعلق بالموظفين المتعاقدين والملحقين فإنه إذا لم يمه توظيفهم خلال فترة التجربة كان على قسم الموارد البشرية وضع تقرير عن كفاءة وقدرة وسلوك هذا الموظف قبل انتهاء فترة التجربة وتقديم عرض عن مدى ملاءمته للوظيفة، كما يمكن كذلك إنهاء العقد أو تمديد التجربة لمدة أقصاها 03 أشهر، فإذا تم هذا التمديد ولم يسلم الموظف قرار إنهاء العقد يعتبر تعيينه في حكم المؤكد، أما إذا ما تقرر إنهاء المهام فإنه يبلغ للموظف عن طريق قرار مسبب يسري بتاريخ شهر واحد من تاريخ إبلاغ القرار.²

المحور الثاني : تغيرات الأوضاع الوظيفية :

بإنتهاء عملية التوظيف تقوم علاقة وظيفية بين الموظف والمنظمة الدولية، غير أن هذه العلاقة الوظيفية قد يعثرها بعض التغيرات تبعا للوضعية التي تقتضيها طبيعة العمل والعلاقة بين الموظف والمنظمة.³

وها يكون تعيين الموظفين المتعاقدين لفترة محددة أو غير محددة، وللأمين العام سلطة تجديد العقد المبرم لفترة أو أكثر غير محددة، أما الموظفون المعارون لفترة محددة فيجوز للأمين العام تمديدتها بشرط ألا تتجاوز الفترات المحددة 06 سنوات كحد أقصى باستثناء الحالات الاستثنائية ولمصلحة المنظمة فيجوز للأمين العام أن يمددها لفترة أطول،⁴ ويكون ذلك فقط بعد أن يعرض الأمين العام على سلطات الدولة التي أعارت الموظف تمديد الإعارة لفترة محددة جديدة، فإذا وافقت السلطات اعتبر ذلك بمثابة تعديل لرسالة قبول الإعارة والذي يبلغ بدوره للموظف، أما إذا قدمت السلطات اقتراحا معدلا للأمين العام قبوله وبالتالي تعديل رسالة الإعارة للموظف المعني، أو رفضه وبالتالي إنتهاء الإعارة

¹ - المادة 4/2 من لائحة الموظفين

² - المادة 5/2 من لائحة الموظفين.

³ - صفاء محمود السوليميين، الرقابة الإدارية على قرار ترقية الموظف العام، 2016 ، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43 ، العدد 2، 2016، ص

471.

⁴ - المادة 1/3 من نظام الموظفين.

بصفة آلية، والتي يمكن أن تنتهي كذلك برفض الدولة مقترح التمديد وهنا يخطر الموظف المعار بكل الخطوات المتخذة في هذا المجال.

كما نشير هنا إلى أنه يمكن للأمين العام أن يعرض على الموظف المعار في حال رفض الدولة تمديد الإعارة تحويله إلى نوع من نوع آخر لفترة غير محددة، وذلك إذا ما تبين للمنظمة بأن الوظيفة التي يشغلها الموظف المعني دائمة وأداءه وسلوكه يتسم بالجدة والفعالية والكفاءة.¹

وفي ما يتعلق بتغيرات الوضع بالنسبة للترقية في الدرجة والذي ينصرف إلى نقل الموظف من الدرجة التي يشغلها إلى الدرجة الأعلى،² فإن المنظمة الدولية تنشئ ضمن هيكلها الداخلية لجنة تسمى لجنة الترفيع المختلطة، تتولى تقديم الآراء الاستشارية للأمين العام بالنسبة للموظفين الذين يشغلون وظائف مصنفة من الرتب 03 إلى 10 بشأن ترفيع الموظفين درجتين ضمن رتبهم أو تأجيل ترفيعهم، أما الرتبتين الأولى والثانية فلا تستشار اللجنة حولهما، وهنا تتخذ القرارات بترقية الموظفين الذين يشغلون وظائف مصنفة على رتبهم مرة كل سنتين، باستثناء الموظفين في الدرجتين 12 و13 الذين يجري ترفيعهم مرة كل ثلاث سنوات استنادا إلى ثلاثة تقارير متميزة ومتعاقبة، وتعتبر الدرجة 14 هي آخر درجة ضمن منظمة الإنتربول .

ويسري الترفيع ابتداء من اليوم الأول الذي يكمل فيه الموظف فترة الخدمة المطلوبة، والذي يكون من قبل الأمين العام للمنظمة استنادا إلى توصيات المسؤولين الإداريين، فله أن يقرر :

- ترفيع موظف درجة واحدة ضمن رتبته بسبب أدائه لعمله بشكل مرض.
- ترفيع موظف درجتين بسبب أدائه المتميز أو الاستثنائي بناء على تقرير تقييم دوري لكل موظف مرة على الأقل كل سنة، يكون بشقين أحدهما ذاتي يجريه الموظف وآخر يقوم به رئيسه الإداري المباشر الذي يجري مقابلة مع الموظف المعني، ثم يصوغ تقرير التقييم الدوري الذي يوقعه الموظف مع حقه بالاعتراض على أي جزء منه قبل أن يرفع إلى دائرة الموارد البشرية وتدرجه في الملف الشخصي للموظف المعني.
- تأجيل تاريخ الترفيع لمدة 12 شهر للموظف الذي لم يكن أداءه مقنعا.

وأما عن الترقيات في إطار التصنيف العام للوظائف فإنها من صلاحيات الأمين العام، الذي له أن يقرر في الظروف الاستثنائية أن يقوم بترقية من يراه مناسبا وبدون مسابقة أو تعاقد، وذلك خدمة للصالح العام للمنظمة، حيث يترتب على كل ترقية زيادة مقدارها 05 % على الأقل مقارنة براتبه قبل الترقية.

وأما في الظروف العادية فلكل موظف الحق في الترقية بسبب إعادة تصنيف الوظيفة التي كان يشغلها بشرط توافر المؤهلات المطلوبة، كما يجوز كذلك للأمين العام نقل موظف من منصب إلى آخر إذا اقتضت ضرورات المصلحة ولا يحق لأي موظف الاعتراض على ذلك، ويستثنى من هذا الإجراء الموظفون المعارون والذي يتعين على المنظمة إخطار دولهم بأي نقل أو ترفيع أو تعيين مؤقت وبدون إبطاء.³

¹ - المادة 1/3 من لائحة الموظفين.

² - رياض صالح أبو العطا، المنظمات الدولية، دار إترء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009، ص 136.

³ - المادة 3/3 من نظام الموظفين

ويجوز نقل أي موظف في إطار المنظمة من وظيفة إلى وظيفة أخرى بموجب قرار يتخذه الأمين العام استنادا الى مصلحة المنظمة وأخذا بعين الاعتبار كفاءة ومؤهلات الموظف بعد التأكد بأن لديه القدرات اللازمة للاضطلاع بالمهام الجديدة.

وفي حال ما إذا ترتب على النقل تخفيض في الرتبة فإن الموظف يستمر في تلقي الراتب الشهري الإجمالي المتصل بوظيفته السابقة، وأما إذا ما ترتب على النقل تخفيض في الرتبة فإن الموظف يستمر في تلقي الراتب الشهري الوارد في الرتبة الأصلية بوظيفته السابقة باستثناء حالتين.

فتتعلق الأولى بالإجراءات التأديبية المترتبة على عقوبة أو عمل غير مرض أدى إلى اتخاذ قرار يمنح الموظف راتبا شهريا يعادل الدرجة التي كان متصفا فيها، وأما الحالة الثانية فهي ناجمة عن ترشح موظف لشغل وظيفة شاغرة أو طلب النقل لمصلحته الشخصية.

وهي حال لم يداوم الموظف على وظيفته الجديدة فللأمين العام إنهاء توظيفه، باستثناء الحالات التي تعتبر موافقة الموظف ضرورية عند اتخاذ قرار النقل وذلك إذا ما تعلق الأمر بعجزه عن الاضطلاع بمهامه لأسباب صحية بسبب تعديل المسؤوليات المرتبطة بوظيفته الجديدة بما يجعله غير مستوف للمؤهلات المطلوبة أو بسبب إلغاء وظيفته، أو لتخفيض عدد الوظائف المصنفة ضمن رتبته، حيث لا يصبح النقل ساريا من تاريخ تبليغ الموظف المعني بذلك، بل يحدد الرئيس الإداري المباشر مهلة معقولة قبل دخول القرار حيز التنفيذ.¹

كما يجوز أيضا تكليف أي موظف بشغل وظيفة أخرى لمدة مؤقتة تصل الى 12 شهرا، يجوز تمديدتها لمدة 12 شهر أخرى ولمدة واحدة فقط، باستثناء التكليف المتعلق بإنجاز مشروع خصصت له هذه الوظيفة، حيث ينتهي هذا التكليف بانتهاء هذا المشروع أو المهمة، يدفع خلالها للموظف المكلف بأداء مسؤوليات ومهام في وظيفة أعلى من رتبته مبلغا ماليا مساويا للزيادة الواردة في هذه الرتبة كما لو كان يشغلها بشكل دائم، وتدفع من اليوم الأول للتكليف المؤقت.²

ويتميز التوظيف في منظمة الإنتربول بنظام إعادة التعيين أو التوظيف، حيث يمكن للأمين العام إعادة توظيف موظف جرى اختياره خلال 12 شهرا التالية لتاريخ وقف خدمته، وتسري عليه البنود والأحكام الخاصة بالتعيينات الجديدة، أما إعادة التعيين فيكون إذا ما جرى اختيار الموظف بعد الـ 12 شهرا من تاريخ وقف خدماته، وهنا تعتبر خدماته مستمرة وتعتبر الفترة بين وقف الخدمة وإعادة التعيين بمثابة عطلة بدون راتب كما يجوز كذلك تبديل التعيين بمعنى تغير الوظيفة الوظيفية من نظام الإعارة الى نظام التعاقد أو من نظام التعيين لفترة قصيرة الى التعيين العادي، أما في ما يتعلق بتبديل التعيين من طريق الإعارة الى تعيين تعاقدى فإنه غير ممكن إلا إذا حصل على إجازة بلا راتب من إدارته الوطنية، وفي هذه الحالة يعين لفترة محددة مساوية أو أقل من مدة الإعارة، أو أنه تقاعد من العمل في إدارته الوطنية ولم يعد موظفا فيها، وفي حال توافر أحد هاذين الشرطين يجب الحصول على موافقة الموظف الصريحة لتعيينه كموظف متعاقد طبقا للنصوص الواردة في دليل الموظفين المعمول به في المنظمة.

¹ - المادة 3/3 من لائحة الموظفين.

² - المادة 4/3 من لائحة الموظفين.

وهنا تتغير الوضعية الوظيفية للموظف حيث يصنف مباشرة في جدول الرواتب الساري على رتبته الجديدة، ويحافظ على الأقدمية التي اكتسبها من خلال عمله في المنظمة، ويخضع بموجب إعلان إخلاصه لشروط التوظيف الناجمة عن وضعه القانوني الجديد ويفقد الحقوق التي اكتسبها المترتبة على وضعه القانوني السابق باستثناء الحق في الأقدمية.¹

المحور الثالث : انتهاء وإنهاء العلاقة الوظيفية في الإنتربول :

تنتهي الخدمة والعلاقة الوظيفية في الإنتربول بإحدى طريقتين، فقد تكون عن طريق الإنهاء وقد تكون عن طريق الإنهاء ولكل منهما آثار متميزة.²

فعن إنهاء الخدمة فإن ذلك يكون من قبل الأمين العام للمنظمة وهنا تميز بين حالتين:

فقد يكون إنهاء الوظيفة في المنظمة بدون إشعار مسبق وبدون الحصول على أي تعويض وذلك في حال ترك الموظف لوظيفته، أو أنه لم يلتحق بالوظيفة الجديدة التي نقل إليها، أو لفصله بسبب عقوبة تأديبية، وبالنسبة للموظف المعار في حال ألغت الدولة اتفاق الإعارة.

وقد يكون إنهاء التوظيف بإشعار مسبق وبتعويض وذلك في حال ما إذا لم يقم الموظف بالمهام المناطة به بشكل مرض أو أصبح عاجزا عن القيام بوظيفته بسبب مرض³، أو تغيرت المهام الموكلة له بحيث لم يعد مستوفيا للمؤهلات المطلوبة للاستمرار في العمل، أو ألغيت هذه الوظيفة، أو لم يعد الموظف المعني من مواطني إحدى الدول الأعضاء في الإنتربول.

ويترتب على إنهاء التوظيف اقتضاء تعويض الموظف بمبلغ مالي تدفعه له المنظمة بشرط أن يكون للموظف على الأقل أقدمية سنة، حيث يعوض اعتبارا من السنة الأولى الى الخامسة بنسبة 30 % من الراتب الشهري الإجمالي للموظف عن كل سنة خدمة، وبنسبة 37,5 % إعتبارا من السنة السادسة الى غاية السنة العاشرة، وبنسبة 45 % من السنة الحادية عشر الى غاية السنة الخامسة عشر، وبنسبة 60 % من السنة السادسة عشر فصاعدا، ويحسب الراتب الشهري هنا بمتوسط الرواتب التي استحقها الموظف عن الأشهر الثلاثة الأخيرة في عمله.⁴

أما في ما يتعلق بانتهاء التوظيف فيكون بعدة طرق، بداية من إنتهاء الفترة المحددة في رسالة قبول الإعارة أو في رسالة التعيين بالنسبة للموظفين المتعاقدين لفترة زمنية محدودة.

كما يكون انتهاء التوظيف بناء على رسالة استقالة الموظف الذي يكون له مطلق الحرية في تقديمها كتابة للأمين العام مع ذكر السبب والمستندات اللازمة لتدعيمها، ولا يجوز له سحبها بعد قبولها إلا إذا وافق الأمين العام على ذلك.

¹ - المادة 5/3 من نظام الموظفين.

² - زناتي عصام محمد أحمد، قواعد تعيين الموظفين الدوليين، دار النهضة العربية القاهرة، 2001، ص 07.

³ - يشهد بعجز الموظف كل من الطبيب المعتمد في المنظمة والطبيب المعالج الذي يعالج عنده الموظف، وفي حال أي خلاف يتم تعيين طبيب ثالث.

⁴ - المادة 1/11 من لائحة الموظفين.

كما قد تنتهي العلاقة الوظيفية ببلوغ الموظف لسن التقاعد والمحدد بـ 65 سنة ويجوز للأمين العام وفي الحالات الاستثنائية ولمصلحة المنظمة تمديد هذا السن.

كذلك يجوز للموظف الحصول على التقاعد المبكر أو المسبق قبل بلوغ سن التقاعد القانوني، بطلب كتابي يوجه للأمين العام قبل 03 أشهر من تاريخ التقاعد المزمع إذا كانت وظيفته أعلى من الرتبة 02، وقبل 06 أشهر إذا كانت وظيفته غير مصنفة أصلاً أو أنها مصنفة في الدرجتين الأولى والثانية، وفي التقاعد بصنفيه العادي والمسبق يسري مفعول قرار وقف الخدمة من اليوم الأخير من الشهر الذي يبلغ فيه الموظف التقاعد.

كما تنتهي كذلك العلاقة الوظيفية بوفاة الموظف وهو أمر منطقي وموجود في كل نظم التوظيف.

هذا ويترتب على انتهاء التوظيف بعض الآثار أهمها الفحص الطبي الذي يلتزم به كل موظف تنتهي خدمته في المنظمة لأي سبب من الأسباب ويقوم بإجرائه الطبيب المعتمد لدى المنظمة، وفي حال رفض الموظف لإجراء الفحص الطبي فعليه أن يوقع على وثيقة يتنازل بمقتضاها عن أي مطالبة للمنظمة لاحقاً بأي تعويض عن حادث أو ضرر يدعي بوقوعه أثناء مزاولته لوظيفته¹.

كما يترتب كذلك على انتهاء الخدمة ضرورة تسوية المستحقات المالية القائمة بين المنظمة والموظف، بداية من حساب أجور الموظف المعني حتى تاريخ وقف التوظيف، وتسوية الإجازات السنوية للموظف، وتسوية ما تبقى من المخلفات المالية سواء أكانت عبارة عن سلفة أو قرض شخصي أو قرض بالأصول، أو استرداد المبالغ المستحقة والتي قد تكون دفعت للموظف عن طريق الخطأ، أو أي مبالغ أخرى قائمة بين الموظف والمنظمة.²

الخاتمة :

تناولنا في هذه الدراسة نظام التوظيف في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية " الإنتربول " كون هؤلاء الموظفين يمثلون العصب الذي تستطيع المنظمة الدولية ومن خلالها الإضطلاع بالمهام المناطة بها.

و قد تناولنا هذا الموضوع من خلال ثلاثة محاور بداية من إجراءات التوظيف والتي يتولاها الأمين العام طبقاً لأحكام النظام الأساس ثم تناولنا التوظيف وتغيرات الوضعية، وأخيراً انتهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف والإنتربول.

وانطلاقاً من الرغبة في توفير جو من الثقة والاستقلالية للموظفين عند توظيفهم وعند مباشرة مهامهم فقد حدد دليل الموظفين مجموعة من المعايير والضوابط هدف من ورائها للحصول على هذه النتيجة، إلا أنه اصطدم ببعض العراقيل بداية من حصره للتوظيف في يد الأمين العام وإعطائه في ذلك سلطات واسعة وغير محددة وسلطة تقديرية أوسع بداية من إعلان شغور الوظائف قصد مباشرة عملية التوظيف الى غاية انتهاء العلاقة الوظيفية، كذلك فإن التوظيف يصطدم بمبدأ التوزيع الجغرافي العادل بين الدول الأعضاء وهو ما من شأنه أن يجرم كفاءات من التوظيف، يضاف إلى ذلك عدم توظيف مواطني الدول غير الأعضاء .

¹ - بلعراي عبد الكريم - نعيبي توفيق، الحالات القانونية لإنهاء خدمة الموظف العمومي في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 16، جانفي 2017، ص 201.

² - المادة 6/11 من نظام الموظفين.

كذلك يؤخذ على النظام الأساسي للموظفين اتساعه في نظام التوظيف بداية من نظام التوظيف العادي مرورا بالإعارة ووصولاً إلى التعاقد ولكل هذه النظم مميزات وخصائص وضوابط مختلفة تتداخل فيها المصالح الوطنية مع مصالح المنظمة وخصوصاً في نظامي الإعارة والتعاقد أين يعتبر العقد قصير المدى المعمول فيهما عاملاً مؤثراً على ولاء الموظف للمنظمة.

– قائمة المراجع :

• النصوص القانونية :

- 1- لائحة الموظفين المعدلة في 31 أكتوبر 2015 أثناء الدورة 186 للجنة التنفيذية في كيفالي، دخلت حيز التنفيذ في 31 أكتوبر 2015. الوثيقة 20-CE-2015-3-DOC-
- 2- نظام الموظفين المنقح في 08 أكتوبر 2004 أثناء الدورة 73 للجمعية العامة للإنتربول في كانكون، ودخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 2005، الوثيقة AG-2004-RAP-03
- 3- دليل موظفي الإنتربول [(II.C/SRUL/EC/1988(2015)] [(II.C/SREG/GA/1987(2004)]

• الكتب :

- 1- محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية للأمم المتحدة، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- 2- منتصر سعيد حمود، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، دارالفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.
- 3- ناتي عصام محمد أحمد، قواعد تعيين الموظفين الدوليين، دار النهضة العربية القاهرة، 2001.
- 4- سراج الدين الروبي، آلية الإنتربول في التعاون الدولي الشرطي، الدار المصرية اللبنانية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001.
- 5- علاء الدين شحاته، التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، آيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000.
- 6- رياض صالح أبو العطا، المنظمات الدولية، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009.

• المقالات :

- 1- بلعرايبي عبد الكريم - نعيمى توفيق، الحالات القانونية لإنهاء خدمة الموظف العمومي في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 16، جانفي 2017.
- 2- صفاء محمود السويلمي، الرقابة الإدارية على قرار ترقية الموظف العام، 2016، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 2، 2016.

أحكام جلد الميتة بعد الدبغ



**د : ياسرين عبد الرحمن العدل
الأستاذ المساعد في الفقه المقارن
ورئيس قسم الدراسات الإسلامية
في كلية العلوم والآداب¹ بالقريات**

مقدمة :

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ له، ومن يُضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، وبعد :

فإن من عظم الشريعة كونها شاملة لجميع ما يحتاجه الناس في حياتهم وإن دقَّ، وإن مما استفاض في الشريعة بيانه والعناية به: أحكام الميتة على وجه العموم، وأجزائها على وجه الخصوص، ومن ذلك جلودها.

وقد كان الناس قديماً يحتاجون جلود الحيوان كثيراً في مقتنياتهم من لبس ونعل وفرش وأنية وقرب وغيرها، ولذا نجد الفقهاء في مؤلفاتهم كثيراً ما يتكلمون عن أحكامها في أبواب الفقه مما يدلُّ على حاجة الناس لها حينذاك، وأما في زماننا فإن الحاجة إليها ليست بأقل مما سبق؛ لانتفاع الناس بها على ضروبٍ مختلفة، لا سيما مع وجود الصناعات الحديثة وتطورها وتنوعها وتوسعها، حتى صارت مصنوعات الجلد الطبيعي من أفخر المصنوعات وأغلاها ثمناً، واحتياج الناس لهذه الجلود يؤكد العناية ببيان أحكامها طهارةً وانتفاعاً، وتحرير ما يترتب على ذلك من أحكام

¹ - جامعة الجوف بالمملكة العربية السعودية .

وفروع متفرقة، ولذا فقد حرصت على بحث موضوع أحكام جلد الميتة بعد الدبغ⁽¹⁾، وبيان أهم مباحثه وفروعه المبنية عليه في أبواب الفقه، وقد عمدت إلى ذكر أهم فروع المسألة دون تقصُّ جميعها نظراً لكثرتها، واكتفاء بما يدل على المراد ويبين الغرض من جمع هذه الفروع وضمها إلى أصل المسألة⁽²⁾ من فهم المعنى الذي سلكه صاحب كل قول في أصل المسألة وجريانه عليه في فروعها وبيان مأخذه فيها، فإن تتبع فروع المسائل في الأبواب الفقهية وردَّ كل فرع لأصله وجمعه مع نظيره من أقوى ما يعزز الملكة الفقهية وينميها ويعين على فهم المعنى الجامع لهذه المسائل والفروق الفقهية فيها واطراد صاحب كل قول على قوله، وبه يتبين سبب الخلاف في المسائل ومآخذ الأقوال فيها، ويسهل حينئذٍ التوصل إلى الفهم العام للمسألة والترجيح فيها، وبعد ذا يجد الناظر نفسَ الفقه الرفيع ويستنشق عطره المجيد، وقد أشار ابنُ السبكي إلى هذا المعنى بقوله: "فإن المرء إذا لم يعرف علم الخلاف والمآخذ، لا يكون فقيهاً إلا أن يلج الجمل في سَم الخياط، وإنما يكون رجلاً ناقلاً نقلاً مخبطاً، حامل فقه إلى غيره، لا قدرة له على تخريج حادث بوجوده، ولا قياس مستقبل بحضوره، ولا إلحاق شاهد بغائب"⁽³⁾.

• أهمية الموضوع :

أهمية هذا الموضوع تظهر فيما يلي :

1- أنه لا يكاد يخلو كتابٌ فقهيٌّ من ذكر هذه المسألة؛ لما لها من تعلق بأعظم ركن بعد الشهادتين وهي الصلاة والطهارة لها، فإن الفقهاء يبحثونها في باب الأنية لأنها وسيلة الوضوء للصلاة، وهذا وحده كافٍ في بيان أهمية هذه المسألة والحاجة لتحريرها وما يترتب عليها.

2- أن للجلود صوراً متعددة في الانتفاع والاستعمال قديماً وحديثاً، ولذا كثر في أبواب الفقه ذكر حكم جلود الميتة والانتفاع بها، فكانت الحاجة لبيان أصل هذه المسألة، وجمع فروعها المتفرقة وبيان حكمها عند فقهاء المذاهب كلٌّ حسب قوله في أصل المسألة؛ لتنظيم بذلك المسألة في صورة واحدة شاملة.

• سبب اختيار الموضوع :

لَمَّا كان لهذه المسألة من الأهمية ما سبق ذكره، ولَمَّا لها من عناية في كتب الفقهاء، وورودها في مسائل متفرقة، كان هذا سبباً في اختيار بحثها، وذكر أهم فروعها التي يُكثر الفقهاء بحثها في أبواب الفقه، وجمعها في موضع واحد مع أصلها.

• الدراسات السابقة :

الدراسات السابقة لهذه المسألة لا تخلو من أن تكون ضمن دراسة لموضوع يشمل مباحثه هذه المسألة، أو تكون دراسة مستقلة بها، أما النوع الأول فلا يمكن حصره لكثرتة؛ إذ لورود هذه المسألة في كثير من أبواب الفقه⁽⁴⁾ سببٌ في

(1) والمقصود هنا جلد الميتة من الحيوان دون الآدمي، وقد أعرضت عن تقييده بالحيوان؛ لظهور عدم قصد جلد الآدمي، وقد درج على هذا الإطلاق والقصد كثير من الفقهاء أو أكثرهم وإن استثنى بعضهم في كلامهم جلد الآدمي.

(2) (المسألة، وأصل المسألة) حيث وردا في البحث فالمراد بهما حكم جلود الميتة بعد الدبغ من حيث الطهارة والنجاسة.

(3) طبقات الشافعية للسبكي (319/1).

(4) وإن كان موضوع بحثها عند غالب الفقهاء في كتاب الطهارة.

كثرت دراساتنا ضمن بحوث فقهية أكاديمية أو غيرها، وأما النوع الثاني - وهو المعني هنا - فمما وقفت عليه في هذا - بعد التتبع والبحث⁽¹⁾ - ما يلي :

1- جلد الحيوان وما يتعلق به من أحكام في الفقه الإسلامي. وهو عبارة عن بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير بقسم الفقه في المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية عام 1415هـ، للباحث: صلاح البدير.

2- البرهان في أحكام جلد ميتة الحيوان. وهو كتاب صادر من دار البخاري بالمدينة المنورة عام 1418هـ، للدكتور: حمود بن عوض السهلي.

3- أحكام الحيوان في كتابي الطهارة والصلاة. وهو عبارة عن رسالة ماجستير في قسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة أم القرى، قدمت في عام 1421هـ، للباحثة: ابتسام القرني.

4- أحكام الجلود في الفقه الإسلامي. وهو عبارة عن بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في عددها الخامس عشر لعام 1423 هـ، للدكتور: ياسين الخطيب.

5- أحكام الجلود في الفقه الإسلامي. وهو عبارة عن رسالة ماجستير في قسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قدمت في عام 1430 هـ، للباحثة: فاطمة العربي.

6- أحكام غير مأكول اللحم من الحيوان في الفقه الإسلامي. وهو عبارة عن رسالة ماجستير في قسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قدمت في عام 1422هـ، للباحث: سامي الماجد.

7- أحكام الحيوان غير المأكول (في العبادات). وهو عبارة عن رسالة دكتوراه في قسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة أم القرى، قدمت في عام 1424هـ، للباحث: صالح التويجري.

وثمة غيرها من البحوث في أحكام الحيوان أو أحكام الجلود على وجه العموم، إلا أن هذه أقربها إلى موضوع البحث - فيما وقفت عليه -، وهذه البحوث مع توسع بعضها وشمولها لغالب جوانب مواضيعها، إلا أنها - في الغالب - لا تخلو من فروق عما نحن فيه، فهي إما أن تكون عامة في جميع الجلود دون تخصيص لجلد الميتة من الحيوان، وإما أن تكون خاصة في غير المأكول، وإما أن تكون خاصة في بعض أبواب الفقه، وإما أنها لم تجعل التتبع للفروع وبيان أطراف البناء على أصل المسألة عند الفقهاء مقصداً فيها، وإما أنها لا تشير إلى ما يدخل في حكم هذه المسألة مما استجد حديثاً، فظهر بذا ما قد يكون في هذا البحث من إضافة واختصاص.

• خطة البحث :

قسمتُ البحثَ إلى مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة وفهارس، وبيان ذلك ما يلي :

المقدمة وتشتمل على أهمية الموضوع، وسبب اختياره، والدراسات السابقة فيه، وخطة البحث.

(1) من خلال شبكة الانترنت.

الفصل الأول في حكم جلد الميتة بعد الدبغ، والجلود التي تطهر بالدبغ، ويم يكون التطهير، وحكم الانتفاع بها، وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : حكم جلد الميتة بعد الدبغ.

المبحث الثاني : الجلود التي تطهر بالدبغ.

المبحث الثالث : بم يكون الدبغ والتطهير؟.

المبحث الرابع : حكم الانتفاع بجلد الميتة بعد الدبغ.

الفصل الثاني في ذكر بعض الأحكام الفقهية المترتبة على حكم جلود الميتة بعد الدبغ، وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول : حكم اتخاذ آنية من جلد الميتة المدبوغ.

المبحث الثاني : حكم المسح على الخف المتخذ من جلد الميتة المدبوغ.

المبحث الثالث : حكم الاستنجاء بجلد الميتة المدبوغ.

المبحث الرابع : حكم الصلاة بجلد الميتة المدبوغ والصلاة عليه.

المبحث الخامس : حكم بيع جلد الميتة المدبوغ.

المبحث السادس : حكم أكل جلد الميتة المدبوغ.

الخاتمة وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

الفهارس وفيها: فهرس الأحاديث النبوية، والكلمات الغريبة، والمصادر والمراجع، والموضوعات.

سائلاً المولى القدير الإعانة والتوفيق، والإخلاص في القول والعمل، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

تمهيد : وفيه تعريف لمصطلحات البحث وأهم ما ورد فيه :

قبل الشروع في المقصود من هذا البحث سأذكر تعريف أهم مصطلحاته وما يرد فيه مما يحتاج إلى بيان، وهي ما يلي :

أولاً : تعريف الميتة :

في اللغة : ما لم تلحقه الذكاة⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح : ما مات حتف أنفه، أو ذُكِّي ذكاة لا تفيد حله⁽²⁾.

ثانياً : تعريف الدبغ :

في اللغة : يقال: دَبَغَ فلانٌ إهابه يَدْبِغُهُ وَيَدْبُغُهُ دَبْغًا وَدِبَاغَةً وَدِبَاغًا. والدباغ أيضاً ما يُدبغ به وما يُصلح به الأديم⁽³⁾.

وأما في الاصطلاح فقد اختلف تعريف الفقهاء له حسب اختلافهم فيما يتم الدبغ والتطهير به، فكلُّ عرّفه بما يراه مطهراً له⁽⁴⁾، وسيأتي الإشارة إلى ما يتم به الدبغ والتطهير⁽⁵⁾.

ثالثاً : تعريف الإهاب :

أما في اللغة فقد اختلف فيه أهل اللغة، فمنهم من ذهب إلى أنه اسمٌ للجلد ما لم يدبغ، ومنهم من ذهب إلى أنه اسمٌ لكل جلد⁽⁶⁾.

وأما في الاصطلاح فلم يخرج عن معناه اللغوي، وكُلُّ من الفقهاء اختار المعنى الذي يؤيد قوله في مسألة الدبغ.

رابعاً : الأديم :

في اللغة : الجلد أيّاً كان⁽⁷⁾.

وأما في الاصطلاح فلم أجدهم خرجوا عن المعنى الذي ذكره أهل اللغة.

(1) انظر: معجم الصحاح للجوهري (267/1) مادة: (موت)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي (161/1).

(2) انظر: مواهب الجليل للحطاب (98/1) ومغني المحتاج للشربيني (230/1) وزاد المعاد لابن القيم (664/5).

(3) معجم الصحاح (1318/4) مادة: (دبغ)، وتاج العروس للزبيدي (463/22) مادة: (دبغ).

(4) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (86/1) والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (55/1) والمجموع شرح المهذب للنووي (223/1) وكشاف القناع للمهوتي (56/1).

(5) في المبحث الرابع من الفصل الأول.

(6) انظر: معجم الصحاح (89/1) مادة (أهَب)، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس (149/1) مادة (أهَب)، وانظر أيضاً: البدر المنير لابن الملقن (583/1) ومعالم السنن للخطابي (201/4) والتمهيد لابن عبد البر (170/4) والمجموع (214/1)، وانظر حاشية رقم (6) في ص: (13).

(7) لسان العرب لابن منظور (9/12) وتاج العروس (192/31)، وقال ابن منظور: "وقيل: الأحمر، وقيل: هو المدبوغ، وقيل: هو بعد الأفيق، وذلك إذا تم واحمر".

الفصل الأول : حكم جلد الميتة⁽¹⁾ بعد الدبغ، والجلود التي تطهر بالدبغ، وبم يكون التطهير، وحكم الانتفاع بها :

المبحث الأول : حكم جلد الميتة بعد الدبغ :

– محل الخلاف :

اتفقت المذاهب الأربعة على طهارة جلد ما يؤكل لحمه إذا ذُكِّي، وعلى نجاسة جلد الميتة قبل الدبغ⁽²⁾، واختلفوا في طهارته بعد الدبغ هل يطهر أو لا؟.

– سبب الخلاف :

سبب اختلاف الفقهاء في طهارة جلد الميتة بالدبغ اختلاف الأحاديث الواردة في الباب، فمنها ما يدل على طهارة جلود الميتة كحديث ابن عباس -رضي الله عنهما-، ومنها ما يدل على عدم جواز الانتفاع بجلود الميتة كحديث عبد الله بن عكيم⁽³⁾.

الأقوال في المسألة :

حاصل خلاف الفقهاء في هذه المسألة ومرده إلى قولين :

القول الأول : أن جلد الميتة يطهر بالدبغ. وهو قول أبي حنيفة⁽⁴⁾ والشافعي⁽⁵⁾ وعامة أهل العلم⁽⁶⁾.

(¹) سبق أن المقصود في البحث جلد الميتة من الحيوان دون الأدمي، وأما حكم جلد الأدمي فإن جلده طاهر؛ لأن الأدمي لا ينجس بالموت، إلا أن استعماله والانتفاع به محرّم لحرمة الأدمي، وقد حُكي الإجماع على هذا، وأما على القول بنجاسة الأدمي بالموت فجلده حينئذٍ يكون نجساً، وهل يطهر بالدبغ؟، يظهر أن الخلاف في طهارة جلد الميتة بالدبغ جارٍ فيه، ولذا فقد نصّ النووي على أن جلد الأدمي يطهر بالدبغ عند الجمهور. مع اتفاقهم -كما سلف- على حرمة الانتفاع به لحرمة الأدمي. انظر: بدائع الصنائع للكاساني (86/1) والمجموع للنووي (216/1) والمحلّى لابن حزم (128/1) ومراتب الإجماع لابن حزم (ص: 23).

(²) انظر: الأوسط لابن المنذر (268/2) ومراتب الإجماع لابن حزم (ص: 23) والمغني لابن قدامة (49/1) والمجموع شرح المهذب للنووي (216/1)، فقد نقلوا اتفاق الفقهاء على هذا خلافاً للإمام الزهري؛ إذ المشهور عنه جواز الانتفاع بالجلد مطلقاً قبل الدبغ وبعده؛ لما جاء في الحديث: «إنما حرم أكلها»، فقد أخذ منه جواز الانتفاع بها سوى الأكل، قال ابن حجر: "مشهور من مذهب الزهري، وكأنه اختيار البخاري". وقال: "واستدل به الزهري بجواز الانتفاع بجلد الميتة مطلقاً سواء أدبغ أم لم يدبغ، لكن صحّ التقييد من طرق أخرى بالدبغ وهي حجة الجمهور". فتح الباري (413/4 و685/9)، وقال ابن المنذر في الأوسط (268/2): "لا نعلم أحداً أرخص في ذلك إلا ما اختلف فيه عن الزهري". وقال أبو عبد الله المروزي: "وما علمت أحداً قال ذلك قبل الزهري". التمهيد (154/4)، وهذا هو مذهب الزهري المشهور عنه وإن نُقل عنه خلافه.

(³) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (185/1).

(⁴) المبسوط للسرخسي (202/1) وبدائع الصنائع (85/1).

(⁵) الأم للشافعي (22/1) والحاوي الكبير للماوردي (59/1).

(⁶) انظر: الأوسط لابن المنذر (265/2) والتمهيد لابن عبد البر (171/4)، على خلاف بينهم في الجلد الذي يطهره الدبغ، وسيأتي الكلام عليه.

القول الثاني : أن جلد الميتة لا يطهر بالدبغ مطلقاً. وهو قول مالك⁽¹⁾ وأحمد⁽²⁾.

دليل القول الأول :

الأحاديث المروية في طهارة الجلد بالدبغ، ومن أصحابها وأشهرها⁽³⁾ :

1- عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال : تُصَلَّقُ على مولاة ليمونة بشاة فماتت، فمرَّ بها رسول الله ﷺ فقال : «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به؟». فقالوا : إنها ميتة. فقال : «إمّا حرم أكلها»⁽⁴⁾.

ونوقش بأن رواته قد اختلفوا في ذكر الدبغ فيه، فقد جاء الحديث من طريقين :

⁽¹⁾ البيان والتحصيل لابن رشد (100/1 و356/3) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه (54/1)، إلا أن الإمام مالكا يجيز الانتفاع بالجلد بعد دبغه في الأشياء اليابسة والماء دون غيره من المانعات؛ وعلل بعض فقهاء المالكية ذلك بأن الدبغ إنما يطهر الجلد طهارة لغوية لا شرعية، فُستعمل في اليابسات دون المانعات إلا الماء؛ لما له من قوة الدفع عن نفسه لظهوره فلا يضره إلا ما غير أحد أوصافه الثلاثة. انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (89/1) والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (54/1).

تنبيه: بعضهم ينسب إلى الإمام مالك القول بطهارة جلدة الميتة بعد الدبغ، وبعضهم ينسب إليه القول بطهارة ظاهرها دون باطنها، وبعضهم جعلها أقوالاً له، وقد ذكر ابن رشد الجدل ما جاء عن مالك في هذه المسألة ثم قال: "فيتحصل خمسة أقوال". أي: للإمام مالك. إلا أن كثيراً من فقهاء المالكية نصّوا على عدم طهارة جلود الميتة بالدبغ وجعلوه مذهب مالك في المشهور عنه كابن عبد البر في التمهيد (156/4) وابن رشد في البيان والتحصيل (100/1)، وانظر أيضاً: انظر: شرح الخرشي (89/1) والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (54/1).

⁽²⁾ المغني لابن قدامة (49/1) والإنصاف للمرداوي (86/1) وجعله من مفردات المذهب. وعن الإمام أحمد في جواز استعماله في اليابسات روايتان، وعلى رواية الجواز (وهي المذهب كما ذكر ذلك المرادوي) هل يكون ذلك بعد الدبغ، أو قبل الدبغ ويعدّه سواء؟، محل خلاف عندهم، انظر: الإنصاف (87/1).

وقد ذكر ابن عبد البر في التمهيد (162/4) أن الإمام أحمد ذهب إلى تحريم الجلد وتحريم الانتفاع به قبل الدبغ وبعده وقال: "وهو في الشذوذ قريب من القول الأول!". أه يعني قول الزهري في جواز الانتفاع بالجلد مطلقاً.

قال ابن تيمية في الفتاوى (102/21) -بعد ذكره لطهارة جلود الميتة بالدبغ-: "وإلى هذا القول رجع أحمد كما ذكر ذلك عنه الترمذي". يريد بذلك ما نقله الترمذي في سننه (274/3) عن الإمام أحمد أنه في آخر أمره ترك حديث ابن عكيم؛ لما وقع فيه من الاضطراب. وقال المرادوي في الإنصاف (86/1): "قال القاضي في الخلاف: رجع الإمام أحمد عن الرواية الأولى في رواية أحمد بن الحسن وعبد الله الصاغاني. ورده ابن عبيدان وغيره وقالوا: إنما هو رواية أخرى". وفي الباب غيرها بمعناها، قال الشوكاني: "زوي في تطهير الدبغ للأديم خمسة عشر حديثاً". نيل الأوطار (84/1).

⁽³⁾ تنبيه: حديث ابن عباس الآتي ذكرهما (وهما: «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به؟»، و: «إذا دبغ إهاب فقد طهر») من العلماء من جعلهما حديثاً واحداً كلاهما في قصة شاة ميمونة ومهم من فرق بينهما، ويظهر من كلام الإمام أحمد -الذي = نقله عنه ابن هاني في مسائله (22/1)- أنه يراهما حديثاً واحداً، قال ابن هاني: "سمعت أبا عبد الله يقول: وسئل عن حديث ابن عباس: «أبما إهاب دبغ فهو طهوره»؟. فقال: قد اختلفوا فيه، أما ابن وعلة فقال: سمعت النبي ﷺ وأما الزهري فروى عن عبيد الله، عن ابن عباس، عن ميمونة. والشعبي، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن سودة". وكذا البخاري فيما يظهر من كلامه أنه يراهما حديثاً واحداً، قال الترمذي في سننه (273/3) -عقب روايته حديث: «أبما إهاب دبغ فقد طهر»-: "وحديث ابن عباس حديث حسن صحيح، وقد روي من غير وجه عن ابن عباس، عن النبي ﷺ نحو هذا، وروي عن ابن عباس، عن ميمونة، عن النبي ﷺ، وروي عنه، عن سودة، وسمعت محمداً يصحح حديث ابن عباس، عن النبي ﷺ، وحديث ابن عباس، عن ميمونة، وقال: أحتمل أن يكون روى ابن عباس عن ميمونة، عن النبي ﷺ، وروي ابن عباس، عن النبي ﷺ، ولم يذكر فيه عن ميمونة".

وقال ابن دقيق العيد: "وأراد الأثرم تعليل هذا الحديث -حديث ابن عباس- بالاختلاف، فذكر حديث عبد الرحمن بن وعلة، عن ابن عباس، سمعت النبي ﷺ يقول: «أبما إهاب دبغ فقد طهر». وروى الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله، عن ابن عباس، عن ميمونة، عن النبي ﷺ فقال: «هلا انتفعتم بإهابها؟». وروى إسماعيل، عن الشعبي، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن سودة بنت زعمة، عن النبي ﷺ. قال: فهذا حديث ابن عباس قد اضطربوا فيه: مرة يجعلونه سماعاً لابن عباس من النبي ﷺ، ومرة عن ميمونة، ومرة عن سودة، فاضطرب الحديث لاختلافه. قلت (ابن دقيق): أما حديث ابن وعلة عن ابن عباس فمختلف اللفظ والسند مع حديث عبيد الله عنه، فلا يجعل مع حديثه الآخر واحداً حتى يعلل به، وأيضاً ففي حديث ابن وعلة عن ابن عباس: سمعت رسول الله ﷺ، وحديث عبيد الله عنه لم يذكر السماع، والذي يثبت فيه: أنه سمعه من ميمونة، فليسوا بواحد. وأما الاختلاف في حديث عبيد الله في كونه تارة عن ابن عباس، وتارة عنه، عن ميمونة، فليس في رواية من اقتصر على ابن عباس ذكر سماعه له من النبي ﷺ، وفيما ذكرناه عن يعقوب بن سفيان ما يقوي كونه عن ميمونة، وإن أرسل من جهة ابن عباس لم يناف ذلك سماعه له من ميمونة، والرواية التي ذكر فيها روايته إياه عن ميمونة زيادة فتقبل، وأما رواية إسماعيل، عن الشعبي، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن سودة، فإمّا أن يرجح عليها رواية الزهري فلا تعارض بها، وإمّا أن تجعل حديثاً آخر". الإمام في معرفة أحاديث الأحكام (300/1).

وقال ابن حجر في الفتح (658/9) -بعد ذكره لحديث: «إذا دبغ إهاب فقد طهر»-: "جزم الرافي وبعض أهل الأصول أن هذا اللفظ ورد في شاة ميمونة، ولكن لم أقف على ذلك صريحاً مع قوة الاحتمال فيه؛ لكون الجميع من رواية ابن عباس". وانظر الأوسط لابن المنذر (268/2).

⁽⁴⁾ رواه مسلم في كتاب الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدبغ (276/1) برقم: (363).

أولهما : من طريق ابن شهاب الزهري, عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة, عن ابن عباس به, وقد اختلف فيه على الزهري : فبعضهم رواه عنه بذكر الدباغ كسفيان بن عيينة⁽¹⁾, وبعضهم رواه عنه ولم يذكروا فيه الدباغ⁽²⁾.

ثانيهما : من طريق عمرو بن دينار, عن عطاء بن أبي رباح, عن ابن عباس به, واختلف فيه أيضاً على عمرو بن دينار: فرواه ابن عيينة بذكر الدباغ⁽³⁾, ورواه ابن جريج وعبد الملك بن أبي سليمان عنه ولم يذكر في الدباغ⁽⁴⁾.

ولهذا الاختلاف في متنه وإسناده وغيره من الاختلاف (حيث اختلف فيه أيضاً في صحابه: فمرة يُروى عن ابن عباس, ومرة يُروى عن ميمونة, واختلف في متنه: فمرة تجعل الشاة لميمونة, ومرة لسودة)⁽⁵⁾ تركه بعض الأئمة, ورجح أكثرهم الأخذ به.

والأظهر أن الحديث من طريق الزهري ليس فيه ذكر الدباغ, فمن رواه عنه بدونها أكثر وأوثق ومنهم الإمام مالك⁽⁶⁾, وقد وهم الإمام أحمد سفيان بن عيينة في ذكره للدباغ هنا⁽⁷⁾, وما يؤيد ذلك أيضاً أن المشهور عن ابن شهاب الزهري إنكارُ الدباغ⁽⁸⁾, قال محمد بن يحيى النيسابوري - فيما نقله عنه ابن عبد البر في التمهيد -: " ولم يذكر مالك ولا معمر ولا يونس الدباغ, وهو الصحيح في حديث الزهري وبه كان يفتي, وأما من غير رواية الزهري فذلك محفوظٌ صحيحٌ عن ابن عباس"⁽⁹⁾.

وأما رواية عمرو بن دينار فلا يظهر قوة تعليل رواية ابن عيينة برواية ابن جريج وابن أبي سليمان مع احتمالها, فلحديث صحيح بذكر الدباغ فيه, لا سيما وأن ابن عيينة أثبت الناس في عمرو بن دينار⁽¹⁰⁾, والله تعالى أعلم بالصواب.

(1) عند مسلم في الموضع السابق.

(2) عند البخاري في كتاب البيوع, باب جلود الميتة قبل أن تدبغ (81/3) برقم: (2221), وفي كتاب الذبائح والصيد, باب جلود الميتة (96/7) برقم: (5531), وعند مسلم أيضاً في الموضع السابق.

قال أبو داود في سننه (66/4): "لم يذكر الأوزاعي ويونس وعقيل في حديث الزهري الدباغ, وذكره الزبيدي وسعيد ابن عبد العزيز وحفص بن الوليد". وقد جعل بعض الأئمة هذا الاختلاف من اضطراب ابن عيينة وبعضهم جعله من الزهري, قال ابن عبد البر في التمهيد (50/9): "قال محمد بن يحيى النيسابوري: لست أعتد في هذا الحديث على ابن عيينة؛ لاضطرابه فيه. قال أبو عمر: والقول الذي قاله النيسابوري عن ابن عيينة من اضطرابه عن الزهري في هذا الحديث قد قاله غيره عن ابن شهاب, واضطراب ابن شهاب في هذا الحديث وفي حديث ذي اليمين كثير جداً, وهذا الحديث من غير رواية ابن شهاب أصح, وثبوت الدباغ في جلود الميتة عن النبي ﷺ من وجوه كثيرة صحاح ثابتة". وقال أحمد: "وذكر ابن عيينة الدباغ ولم يذكره معمر ولا مالك, وأراه وهم, قال معمر: وقال الزهري: ينتفع بالجلد وإن لم يدبغ". مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله (ص: 12), وانظر: مجموع الفتاوى (101/21).

تنبيه: ذكر النووي في المجموع (217/1) هذا الحديث بلفظ مسلم وقال: "رواه البخاري ومسلم في صحيحهما من طرق, أما مسلم فرواه في آخر كتاب الطهارة, وأما البخاري فرواه في مواضع من صحيحه منها كتاب الزكاة في الصدقة على موالى أزواج رسول الله ﷺ, وفي كتاب الصيد والذبائح وغيره, وإنما ذكرتُ هذا لأن بعض الأئمة والحفاظ جعله من أفراد مسلم, كأنه خفي عليه مواضعه من البخاري". اهـ ولا يخفى أن البخاري قد روى الحديث إلا أن روايته ليس فيها ذكر الدباغ الذي في رواية مسلم وهو مراد الأئمة والحفاظ, ويظهر أن النووي فهم من جعل الأئمة هذا الحديث من أفراد مسلم عزوهم لأصل الحديث, والذي يظهر أن مرادهم عزوه بذكر الدباغ فيه وإن كان أصل الحديث في الصحيحين, ثم إن ما ذكره النووي من مواضع من صحيح البخاري ليس فيها ذكر الدباغ.

(3) رواها مسلم في كتاب الحيض, باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (277/1) برقم: (363).

(4) رواها مسلم في الموضع السابق برقم: (364).

(5) انظر: الأوسط لابن المنذر (265/2) والإمام في معرفة أحاديث الأحكام لابن دقيق العيد (295/1).

(6) وقد اختلف الأئمة فيمن يقدم في الزهري: مالك أو ابن عيينة؟, وكثير منهم أو أكثرهم على تقديم مالك, وعلى كلِّ فالأظهر تقديم روايته هنا؛ لموافقة الأئمة الحفاظ له على حديثه, والله أعلم. انظر: تهذيب التهذيب (7/10 و 119/4).

(7) مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله (ص: 12).

(8) روى أبو داود في سننه (66/4) عن معمر قال: "وكان الزهري ينكر الدباغ ويقول: يستمتع به على كل حال". ورواه الحميدي في مسنده (318/1) عن سفيان بن عيينة به وزاد فيه: "فقبل لسفيان: فإن معمر لا يقول فيه: «دبغوه», ويقول: كان = الزهري ينكر الدباغ. فقال سفيان: لكفي قد حفظته".

(9) التمهيد (50/9), وانظر أيضاً: الاستدكار لابن عبد البر (299/5).

(10) قال ابن حجر في تهذيب التهذيب (122/4): "وأجمع الحفاظ أنه أثبت الناس في عمرو بن دينار".

قال ابن عبد البر: " ليس في تقصير من قصر عن ذكر الدباغ في حديث ابن عباس حجة على من ذكره؛ لأن من أثبت شيئاً هو حجة على من لم يثبت، والآثار المتواترة عن النبي ﷺ بإباحة الانتفاع بجلد الميتة بشرط الدباغ كثيرة جداً". ثم ساقها وقال: " والآثار بهذا أيضاً عن الصحابة والتابعين وعلماء المسلمين كثيرة جداً، فلا وجه لمن قصر عن ذكر الدباغ ولا لمن ذهب إلى ذلك"⁽¹⁾.

2 - عن عبد الرحمن بن وعله، عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»⁽²⁾.

ونوقش بأن الحديث متكلم فيه من جهتين: من جهة حال ابن وعله، ومن جهة سماعه من ابن عباس⁽³⁾.

وأجيب: بأن ابن وعله معروفٌ وقد روى عنه جمع من الأئمة، وأن سماعه من ابن عباس صحيح⁽⁴⁾.

أدلة القول الثاني:

1- عموم الأدلة الدالة على تحريم الميتة⁽⁵⁾.

ونوقش بأن هذا العموم مخصوصٌ بالأحاديث الصحيحة الدالة على جواز الانتفاع بجلود الميتة بعد دبغها⁽⁶⁾.

وأجابوا بأن الأحاديث التي خصت الجلود المدبوغ - كحديث ابن عباس، وحديث ابن وعله عن ابن عباس - مختلفة ومتكلم في صحتها⁽⁷⁾.

قال ابن تيمية في معرض ذكره أدلة هذا القول: " قالوا: هي من الميتة، ولم يصح في الدباغ شيء، ولهذا لم يرو البخاري ذكر الدباغ في حديث ميمونة من قول النبي ﷺ أجمعين، وطعن هؤلاء فيما رواه مسلم وقالوا: روى ابن عيينة

(1) التمهيد (157/4).

(2) رواه مسلم في صحيحه في كتاب الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (277/1) برقم: (366).

تنبيه: هذا الحديث رواه مسلم بلفظ: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»، وجاء بلفظ آخر في غير مسلم: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»، وبين اللفظين فرق، قال ابن حجر في الفتح (658/9): "وقد أخرج مسلم من حديث ابن عباس مرفوعاً: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»، ولفظ الشافعي والترمذي وغيرهما من هذا الوجه: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»، وأخرج مسلم إسناده ولم يسق لفظها". وقال الزيلعي في نصب الراية (116/1): "واعلم أن كثيراً من أهل العلم المتقدمين والمتأخرين عزوا هذا الحديث [يعني حديث: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»] في كتبهم إلى مسلم وهو وهم، ومن فعل ذلك البيهقي في سننه، وإنما رواه مسلم بلفظ: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»، واعتذر عنه الشيخ تقي الدين في الإمام فقال: والبيهقي وقع له مثل هذا في كتابه كثيراً ويريد به أصل الحديث لا كل لفظة منه. قال: وذلك عندنا معيبٌ جداً إذا قصد الاحتجاج بلفظة معينة: لأن فيه إيهاماً أن اللفظ المذكور أخرجه مسلم، مع أن المحدثين أعذر في هذا من الفقهاء؛ لأن مقصود المحدثين الإسناد ومعرفة المخرج، وعلى هذا الأسلوب ألفوا كتب الأطراف، فأما الفقيه الذي يختلف نظره باختلاف اللفظ فلا ينبغي له أن يحتج بأحد المخرجين إلا إذا كانت اللفظة فيه".

(3) قال الذهبي في ميزان الاعتدال (596/2): "ونقل عن الإمام أحمد أنه ذكر له حديث ابن وعله: «أيما إهاب دبغ فقد طهر». قال: ومن ابن وعله؟! قال ابن رجب في شرحه لعل الترمذي (ص: 379): "وقال (أي: الإمام أحمد) في عبد الرحمن بن وعله: إنه مجهول. مع أنه روى عنه جماعة، لكن مراده أنه لم يشتهر حديثه ولم ينتشر بين العلماء". وقال ابن حجر في تهذيب التهذيب (294/6) عند ترجمة ابن وعله: "وذكره أحمد فضعه في حديث الدباغ". وانظر أيضاً: البدر المنير (585/1).

(4) انظر: التمهيد (152/4) والإمام لابن دقيق العيد (295/1) والبدر المنير (585/1)، وقد ذهب إلى هذا الحديث الإمام أحمد، قال ابن هانئ في مسائله (22/1): "سمعت أبا عبد الله يقول -وسئلت عن حديث ابن عباس: «أيما إهاب دبغ فهو طهوره»؟- فقال: قد اختلفوا فيه، أما ابن وعله فقال: سمعت النبي ﷺ، وأما الزهري فروى عن عبيد الله، عن ابن عباس، عن ميمونة، والشعبي، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن سودة. فقد اختلفوا فيه، وقد روى عن عطاء مرة: دبغ، ومرة لم يقل: دبغ، فقد اختلفوا، وأما حديث ابن وعله فهو الذي أذهب إليه: لأنه آخر أمر النبي ﷺ أخرى أن يتبع الآخر، فالآخر من أمر رسول الله ﷺ يتبع". ويظهر أيضاً من كلام الترمذي أن الإمام البخاري يصححه، فقد قال في سننه (273/3) -عقب روايته لهذا الحديث-: "وحديث ابن عباس حديث حسن صحيح، وقد روي من غير وجه عن ابن عباس، عن النبي ﷺ نحو هذا، وروي عن ابن عباس، عن ميمونة، عن النبي ﷺ، وروي عنه، عن سودة، وسمعت محمداً يصحح حديث ابن عباس، عن النبي ﷺ، وحديث ابن عباس عن ميمونة، وقال: أحتمل أن يكون روى ابن عباس، عن ميمونة، عن النبي ﷺ، وروي ابن عباس، عن النبي ﷺ، ولم يذكر فيه عن ميمونة".

(5) انظر: المغني (50/1).

(6) انظر: التمهيد (168/4) والحاوي الكبير (61/1).

(7) انظر: الأوسط لابن المنذر (265/2)، وسيأتي بيان هذا.

الدباغ عن الزهري، والزهري كان يجوز استعمال جلود الميتة بلا دباغ، وذلك يبين أنه ليس في روايته ذكر الدباغ، وتكلموا في ابن وعله⁽¹⁾.

2- عن عبد الله بن عكيم : أن رسول الله ﷺ كتب إلى جهينة قبل موته بشهر : «أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب»⁽²⁾.

قالوا: حديث ابن عكيم هذا ناسخ للأحاديث التي فيها ذكر الدباغ؛ لما جاء فيه: قبل موته بشهر.

قال النووي : "وهذا الحديث هو عمدتهم"⁽³⁾.

ونوقش من وجهين :

أولهما : أن حديث ابن عكيم حديثٌ ضعيف⁽⁴⁾.

ثانيهما : على القول بصحته فيقال :

أولاً : إن النسخ يلزم منه العلم بالتأخر، ولا يُدرى أيها المتأخر، فلعل أحاديث تطهير الجلد بالدباغ قبل وفات النبي ﷺ بأسبوع⁽⁵⁾.

ثانياً : إن حديث ابن عكيم لا يعارض أحاديث الدبغ من كل وجه؛ إذ يمكن حمل الإهاب في حديث ابن عكيم على الجلد قبل الدبغ، والأحاديث الأخرى على الجلد بعد الدبغ وأنه لا يسمى حينئذٍ إهاباً وإنما يسمى قربة وغير ذلك⁽⁶⁾.

(1) مجموع الفتاوى (91/21).

(2) رواه أحمد في مسنده (74/31) برقم: (18780)، وأبو داود في كتاب اللباس، باب: من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة (67/4) برقم: (4127)، والترمذي في أبواب اللباس، باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت (274/3) برقم: (1729)، والنسائي في كتاب الفرع والعتيرة، باب ما يدبغ به جلود الميتة (175/7) برقم: (4249)، وابن ماجه في كتاب اللباس، باب من قال: لا ينتفع من الميتة بإهاب ولا عصب (1194/2) برقم: (3613)، ولأهل العلم في هذا الحديث كلامٌ كثيرٌ من جهة روايته ودرايته، إلا أن الإمام أحمد في آخر أمره ترك هذا الحديث؛ لما وقع فيه من الاضطراب -كما نقل ذلك عنه الترمذي في سننه (274/3)-، وضعفه أيضاً الإمام ابن معين -كما ذكر ذلك ابن عبد البر في التمهيد (164/4)-، وقد أعلّ حديث ابن عكيم هذا بعدة علل منها الاضطراب في إسناده ومنتنه، ومنها الاختلاف في صحبة عبد الله بن عكيم. انظر: نصب الراية (120/1)، والبدر المنير (587/1).

(3) المجموع (217/1).

(4) وسبق بيان ما فيه.

(5) انظر: ناسخ الحديث ومنسوخه لابن شاهين (ص: 159) والتمهيد لابن عبد البر (164/4).

(6) ذكر هذا الجمع عدد من العلماء كابن المنذر وابن شاهين والبيهقي وابن عبد البر وابن حجر وغيرهم. انظر: الأوسط لابن المنذر (268/2) وناسخ الحديث ومنسوخه لابن شاهين (ص: 159) والسنن الكبرى للبيهقي (23/1) والتمهيد (165/4) وفتح الباري (659/9)، وغالب من ذهب إلى هذا الحمل يستدل بقول الإمام النضر بن شميل وغيره من أئمة اللغة بالتفريق بين الجلد قبل الدبغ وأنه يسمى إهاباً وبعد الدبغ بأنه يسمى شئاً أو قربة وغير ذلك، وهذا التفريق محل خلاف، وقد وضعفه بعض أهل العلم، قال ابن الملقن: "واختلف أهل اللغة في الإهاب: فقال إمام اللغة والعربية أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد: الإهاب هو الجلد قبل أن يدبغ، وكذا ذكر أبو داود في سننه وحكاه عن النضر بن شميل ولم يذكر غيره، وكذا حكاه الجوهري وآخرون من أهل اللغة، وذكر الأزهري في شرح ألفاظ المختصر والخطابي وغيرهما أنه الجلد ولم يقيدوه بما لم يدبغ، وقال القزاز في كتابه = جامع اللغة: هو الجلد، سمي بذلك مذبوغاً وغير مذبوغ. وقال ابن فارس: هو كل جلد. وقال قوم: هو الجلد قبل أن يدبغ". ومن ضعف هذا التفريق قالوا: إن العرب تسمي كل جلد إهاباً، وأنشدوا في ذلك قول عنتره : فشككتُ بالرمح الطويل إهابه *** ليس الكريمُ على القنا بمحرّم

وهو في ديوان عنتره للخطيب التبريزي بلفظ: كَمَشْتُ بالرمح الطويل ثيابه ... إلخ، ونقل محققه عن ابن النحاس في شرحه أنه قال: "وروى أحمد بن يحيى: فشككتُ بالرمح الطويل إهابه ...". قال ابن المنذر: "وقد أنكر أهل العربية هذه الرواية [يعني: فشككت ... إهابه] وقالوا: المعروف: فشككت بالرمح الطويل ثيابه".

الأوسط (306/2) والبدر المنير (583/1) وديوان عنتره للتبريزي (ص: 174)، وانظر أيضاً: معالم السنن للخطابي (201/4)، والتمهيد (170/4)، والمجموع للنووي (214/1)، وبحث: أحكام الحيوان غير المأكول في العبادات (432/2) للباحث: صالح التويجري.

ثالثاً: على فرض تعارض حديث ابن عكيم مع أحاديث الدبغ فتُقدم أحاديث التطهير بالدبغ لأنها أصح منه وأقوى⁽¹⁾.

الترجيح :

يظهر رجحان ما ذهب إليه عامة أهل العلم من طهارة جلود الميتة إذا دبغت؛ وأقوى ما يؤيد هذا القول ويرجحه⁽²⁾ ما صحَّ عن النبي ﷺ في طهارة جلود الميتة بعد دبغها في أحاديث كثيرة، وضعفُ عمدة القائلين بعدم طهارته بذلك وهو حديث ابن عكيم، والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني: الجلود التي تطهر بالدبغ :

تحرير محل الخلاف :

إذا ترجَّح أن الدبغ يطهرُّ جلود الميتة، فقد اتفق القائلون بهذا على أن الدبغ يطهرُّ جلدًا ما تحلَّه الذكاة⁽³⁾، واختلفوا فيما عداه.

سبب الخلاف :

سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة مبنيٌّ على اختلافهم في الدبغ هل هو كالذكاة فيطهرُّ ما تؤثر فيه الذكاة وإن لم يكن مأكولاً، أو هو كالحيَّة فيطهرُّ ما كان طاهرًا في الحياة؟⁽⁴⁾.

الأقوال في المسألة :

حاصل خلاف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال⁽⁵⁾:

القول الأول: أن الدبغ يطهرُّ جميع الجلود إلا جلد الخنزير. وهو مذهب أبي حنيفة⁽⁶⁾.

القول الثاني: أن الدبغ يطهرُّ جميع الجلود إلا جلد الخنزير والكلب. وهو مذهب الشافعي⁽⁷⁾.

(1) انظر: المجموع للنووي (219/1).

(2) وقد يُذكر بعضهم ما يؤيد هذا القول من حيث النظر، إلا أن ما يُذكر لا يسلم من المناقشة، فاعتمدت في الترجيح على الأثر.

(3) بداية المجتهد (185/1).

(4) وقد نص على هذا السبب أو أشار إليه جمعٌ من العلماء، انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (297/1) والهداية في شرح البداية للمرغيناني (23/1) والأم للشافعي (22/1) والمجموع للنووي (222/1)، وانظر أيضاً: بداية المجتهد (185/1) والذخيرة للقرافي (116/1) ومجموع الفتاوى لابن تيمية (95/21) والإنصاف للمرداوي (87/1).

وقد ذهب إلى المعنى الأول (وهو أن الدبغ كالذكاة فيطهرُّ ما تؤثر فيه الذكاة) الحنفية؛ قال المرغيناني في الهداية (23/1): "لأن الذكاة تعمل عمل الدبغ في إزالة الرطوبات النجسة". وقال الكاساني في البدائع (86/1): "وجملة الكلام فيها [يعني الذكاة في تطهيرها للذبيح] أن الحيوان إن كان مأكول اللحم فذبح طهر بجميع أجزائه إلا الدم المسفوح، وإن لم يكن مأكول اللحم فما هو طاهر من الميتة من الأجزاء التي لا دم فيها كالشعر وأمثاله يطهر منه بالذكاة عندنا، وأما الأجزاء التي فيها الدم كاللحم والشحم والجلد فهل تطهر بالذكاة؟، اتفق أصحابنا على أن جلده يطهر بالذكاة، وقال الشافعي: لا يطهر". اهـ ثم بين الكاساني أن الشافعي ذهب إلى هذا لأنه لا يرى تأثير الذكاة على ما لا يؤكل خلافاً للحنفية، وهذا سبب الخلاف بين الحنفية والشافعية في عدم طهارة جلد ما لا يؤكل لحمه بالذكاة، وانظر: الأم للشافعي (23/1) والحاوي الكبير (58/1).

وأما المعنى الثاني (وهو أن الدبغ كالحيَّة فيطهرُّ ما كان طاهرًا في الحياة) فقد ذهب إليه الشافعية، قال الإمام الشافعي في الأم (22/1): "وإنما يطهر بالدبغ ما لم يكن نجسًا حيًّا". والظاهر عند الشافعية ما عدا الخنزير والكلب. انظر: الوسيط في المذهب للغزالي (229/1).

ولا يخفى أن هذا السبب يتمشى مع القولين الأولين فقط، وأما القول الثالث فيطهرُّ أن سبب الخلاف عندهم أنهم يرون الدبغ مطهر بذاته لنجاسة الجلد مطلقاً، فجعلوه مطهرًا لجميع الجلود دون استثناء.

(5) وللإمام مالك في هذه المسألة أقوالٌ منها ما يوافق القول الأول والثالث هنا، وجاء عن الإمام أحمد في هذه المسألة رواياتٌ منها ما يوافق القولين الأولين هنا مع مراعاة ما ذكر في الحاشية الآتية رقم: (5). انظر: البيان والتحصيل (356/3) والإنصاف (86/1).

(6) المبسوط (202/1) وبدائع الصنائع (85/1)، وعزاه ابن عبد البر في الاستذكار (305/5) إلى جمهور العلماء وأئمة الفتوى.

(7) الأم للشافعي (22/1) والحاوي الكبير (59/1).

القول الثالث : أن الدبغ يطهر جميع الجلود. وهو مذهب الظاهرية⁽¹⁾.

دليل القول الأول :

استدلوا بعموم أحاديث الدبغ، وأعمها حديث: «أيا إهاب دبغ فقد طهر»⁽²⁾، وهو بعمومه شامل لكل جلد، واستثنوا من ذلك ما لا تؤثر فيه الذكاة وهو الخنزير؛ قالوا: لأن الذكاة أقوى من الدبغ - فهي تؤثر في اللحم وغير اللحم بخلاف الدبغ فلا يعمل إلا في الجلد-⁽³⁾ ومع ذلك لا تعمل في الخنزير، فلأن لا يعمل الدبغ في جلده من باب أولى، ثم هو نجس العين؛ لقوله تعالى: (ع 4)، فلا يحتمل حينئذٍ التطهير⁽⁵⁾.

دليل القول الثاني :

استدلوا بعموم أحاديث الدبغ، إلا أنهم استثنوا من ذلك الخنزير والكلب؛ قالوا: لأن الحياة أقوى من الدبغ - فهي تطهر جميع الحيوان بخلاف الدبغ فلا يطهر غير الجلد - ومع ذلك لم تطهرهما، فلأن لا يطهر جلدتهما الدبغ من باب أولى، ثم هما نجسان نجاسة عينية؛ أما الخنزير فقد سبق دليل نجاسته، وأما الكلب فلأمر النبي ﷺ بإراقة سوره وغسل الإناء الذي وقع فيه سبعا مع الترتيب، وهذا دالٌّ على غلظ نجاسته⁽⁶⁾.

ونوقش بأن الكلب ليس بنجس العين؛ لأنه ينتفع به حراسةً واصطياداً⁽⁷⁾.

وأجيب بأن الانتفاع إنما هو بشيءٍ من أفعاله كالحراسة ونحوها وليس بشيءٍ من أجزائه النجسة كالجلد ونحوه، فلا تعارض بين الانتفاع بذلك وبين نجاسة أجزائه.

دليل القول الثالث :

استدلوا بعموم أحاديث الدبغ، وأنها باقية على عمومها في تطهير الدبغ لكل جلد؛ إذ لم يرد ما يدل على تخصيص هذا العموم بجلد الخنزير أو الكلب أو غيرهما⁽⁸⁾.

ونوقش بأن عموم الحديث مخصوص بالخنزير والكلب⁽⁹⁾؛ لنجاستهما نجاسة عينية، والنجاسة إنما تزول بالمعالجة إذا كانت طارئة كتبوت تنجس، أما إذا كانت لازمة للعين فلا كالعدرة والروث فكذا الخنزير والكلب⁽¹⁰⁾، ولأن الحياة والذكاة أقوى من الدبغ كما سبق ومع ذلك فلا يطهران الخنزير والكلب، فإذا كانت الحياة لا تطهرهما فلا يحتمل الدبغ تطهير جلدتهما.

(1) المحلى لابن حزم (128/1)، وهذا القول أوسع الأقوال في هذه المسألة، وقد عزاه الشوكاني في نيل الأوطار (85/1) إلى الجمهور! وقد ذكرت قول الظاهرية هنا في هذه المسألة - وإن كان البحث في المذاهب الأربعة دون غيرهم - لشهرة قولهم هذا وقوته.

(2) انظر الحاشية رقم: (5) في ص: (11).

(3) انظر: بدائع الصنائع (86/1).

(4) سورة الأنعام، آية: (145).

(5) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي (72/1) والهداية شرح البداية (23/1).

(6) انظر: الحاوي الكبير (315/1) والمجموع (221/1 و 222).

(7) الهداية (23/1).

(8) المحلى لابن حزم (128/1).

(9) مخصوص بالخنزير عند الحنفية والشافعية، وبالكلب عند الشافعية.

(10) المجموع (221/1).

ويقال أيضاً: يحتمل أن النبي ﷺ أراد بهذا القول عموم الجلود المعهود الانتفاع بها، وأما جلد الخنزير أو الكلب فلم يدخل في هذا المعنى؛ لأنه غير معهود عندهم الانتفاع بجلدهما⁽¹⁾.

وعلى كل، فإن هذه المعاني بمجموعها دالة على تخصيص عموم الحديث.

الترجيح :

الأقوال في المسألة متقاربة من حيث القوة والاستدلال، فعموم الحكم لجلد كل ميتة يؤيده عموم الحديث، وتخصيص هذا العموم بما ذكر من معنى قويٍّ ومتَّجه، ويؤيده الدليل والتعليل والنظر، ولعل القول بتخصيص الحديث أقوى من القول بعمومه، وحينئذٍ يقال: هل يخصُّ بالخنزير والكلب، أو بالخنزير فقط؟.

يظهر أن تخصيصه بالخنزير والكلب أقرب؛ لما جاء في نجاسة الكلب من تغليظ، وهو الأحوط بلا ريب. والله تعالى أعلم بالصواب.

المبحث الثالث : بم يكون الدبغ والتطهير؟

عامة الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الدبغ يحصل بكل ما يُنظَّف الجلد ويُذهب رطوبته وخبثه؛ لأن المقصود إزالة نتن الجلد ورطوبته، هذا قولهم في الجملة⁽²⁾ وإن اختلفوا في بعض صور التطهير⁽³⁾.

وذهب بعض الشافعية والحنابلة إلى اشتراط الماء في التطهير⁽⁴⁾؛ لحديث ميمونة - رضي الله تعالى عنها - قالت : مرَّ على رسول الله ﷺ رجلٌ من قريش يجرون شاةً لهم مثل الحمار، فقال لهم رسول الله ﷺ: «لو أخذتم إهابها». قالوا: إنها ميتة. فقال رسول الله ﷺ: «يُطهرها الماء والقرظ»⁽⁵⁾،⁽⁶⁾.

(1) التمهيد (178/4).

(2) فالحنفية يرون أن الدبغ يحصل بكل ما يحصل به التنظيف ولو بالتشميس والترتيب، وبنحوه قال المالكية، والشافعية يرون أن الدبغ يحصل بكل ما ينشف فضول الجلد ويطيبه ويمنع من ورود الفساد عليه كالشب والقرظ وغير ذلك مما يعمل عملهما، وبنحوه قال الحنابلة. انظر: الميسوط (202/1) والتمهيد (183/4) وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (55/1) والمهذب للشيرازي (27/1) والمغني (52/1).

مع التنبيه إلى أن الحنفية يقسمون الدبغ على قسمين، قال الكاساني في البدائع (86/1): "الدباغ على ضربين: حقيقي وحكي، فالحقيقي: هو أن يدبغ بشيء له قيمة كالقرظ والعفص والسبخة ونحوها، والحكي: أن يدبغ بالتشميس والترتيب والإلقاء في الريح، والنوعان مستويان في سائر الأحكام إلا في حكم واحد وهو أنه لو أصابه الماء بعد الدباغ الحقيقي لا يعود نجساً، وبعد الدباغ الحكي فيه روايتان". (86/1).

(3) كما لو طهر بالتشميس والترتيب فالحنفية يرون التطهير بهما، وكذا المالكية فيما يظهر، وأما الشافعية فلا يرون الاكتفاء بهما، وعند الحنابلة في التطهير بهما قولان. انظر: البدائع (86/1) وشرح مختصر خليل للخرشي (90/1) والحاوي الكبير (63/1) والإنصاف (91/1).

(4) انظر: الحاوي الكبير (63/1) والمغني (52/1).

(5) القَرظُ: ورق شجر السَّلم، منسوب إلى بلاد القَرظ وهو اليمن؛ لأنها منابت القَرظ. ومما يُستعمل في تنظيف الجلد بالدبغ: الشث: وهو نبت طيب الرائحة، مُرّ الطعم. والشب: وهو جوهر من جواهر الأرض. والعفص: وهو نبت يتخذ منه الجير. انظر: معجم الصحاح (1177/3) مادة: (قرظ)، و(285/1) مادة: (شث)، و(151/1) مادة: (شب)، و(1045/3) مادة: (عفص).

(6) رواه أحمد في مسنده (414/44) برقم: (26832)، وأبو داود في كتاب اللباس، باب في أهب الميتة (66/4) برقم: (4126)، والنسائي في كتاب الفرع والعتيرة، باب ما يدبغ به جلود الميتة (174/7) برقم: (4248)، من طريق كثير بن فرقد، عن عبد الله بن مالك بن حذافة، عن أمه العالية بنت سبيع، عن ميمونة به، وهذا الإسناد فيه مقال؛ فقد انفرد بالرواية عن العالية ابنها، وانفرد بالرواية عنه كثير بن فرقد.

المبحث الرابع : حكم الانتفاع بجلد الميتة بعد الدبغ :

في الفصل الثاني سأذكر أهم الفروع الفقهية المبنية على اختلاف الفقهاء في حكم جلد الميتة بعد الدبغ، وفي هذا المبحث آثرتُ بيانَ حكم الانتفاع بها في الجملة دون تفصيل، وأنَّ عامة أهل العلم القائلين بطهارة الجلود بالدبغ⁽¹⁾ ذهبوا إلى جواز استعمالها بعد الدبغ والانتفاع بها في سائر وجوه الانتفاع؛ لطهارتها بالدبغ، قال أبو عبد الله محمد بن نصر - كما نقله عنه ابن عبد البر -: "وإلى جواز الانتفاع بجلود الميتة بعد الدبغ في كل شيءٍ من البيع وغيره ذهب أكثر أهل العلم من التابعين وعامة علماء الحجاز وأهل الكوفة، وكذلك قال الشافعي وأصحابه ... وسائر من ذكرنا جعلها طاهرة بعد الدبغ، وأطلق الانتفاع بها في كل شيءٍ". قال أبو عمر: "قوله: أطلق الانتفاع بها في كل شيءٍ. يعني: الوضوء فيها، والصلاة فيها، وبيعها، وشراءها، وسائر وجوه الانتفاع بها وبثمنها، كالجلود المذكاة سواء، وعلى هذا أكثر أهل العلم بالحجاز والعراق من أهل الفقه والحديث"⁽²⁾.

وحجة هؤلاء - القائلين بطهارة جلود الميتة بالدبغ طهارة كاملة في الأشياء الرطبة واليابسة، وجواز الشرب منها، والاستقاء بها، والصلاة عليها، وسائر ما يجوز في الجلود المذكاة - حديث ابن وعله قال: سألت عبد الله بن عباس قلت: إنا نكون بالمغرب، فيأتينا المحوس بالأسقية فيها الماء والودك؟ فقال: اشرب. فقلت: رأيي تراه؟ فقال ابن عباس: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «دباغُه طهوره»⁽³⁾.

قال ابن عبد البر: "وفي هذا دلالة على أن ابن عباس - رضي الله عنهما - فهم من الخبر معنى عموم الانتفاع به، وحمل الحديث على ظاهره وعمومه، وإنما سئل عن الشرب فيها ونحو ذلك فأطلق الطهارة عليها إطلاقاً غير مقيد بشيءٍ"⁽⁴⁾.

وأما المالكية والحنابلة القائلون بعدم طهارة الجلود بالدبغ فقد ذهبوا إلى جواز الانتفاع به بعد الدبغ في اليابسات دون المائعات، إلا المالكية فجوزوه في الماء دون غيره من المائعات⁽⁵⁾؛ واستدلوا لما ذهبوا إليه بقوله ﷺ: «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به؟»⁽⁶⁾، ففيه جواز الانتفاع بالجلد بعد الدبغ⁽⁷⁾.

كما علل بعض فقهاء المالكية ذلك بأن الدبغ إنما يطهر الجلد طهارة لغوية لا شرعية، فيستعمل في اليابسات دون المائعات، إلا الماء فيجوز استعماله فيه لما له من قوة الدفع عن نفسه لظهوريته، فلا يضره إلا ما غير أحد أوصافه الثلاثة⁽⁸⁾.

(1) على اختلاف بينهم في الجلد الذي يطهره الدبغ، وقد سبق بيان اختلافهم في هذا.

(2) التمهيد (171/4) باختصار يسير، وانظر: بداية المبتدي للمريغيناني (5/1) والحاوي الكبير (61/1).

(3) رواه مسلم في صحيحه في كتاب الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدبغ (278/1) برقم: (366)، وكذا حديث: «أبما إهاب دبغ فقد طهر». وسبق تخريجه في حاشية رقم (5) في ص: (11).

(4) التمهيد (175/4)، وانظر: شرح النووي على مسلم (54/4).

(5) أما الجلد المنتفع به والذي يؤثر الدبغ فيه عند المالكية فهو جلد كل حيوانٍ سوى الخنزير، واستثنوا الخنزير لأن الذكاة لا تعمل فيه، وأما الحنابلة فالدبغ يؤثر عندهم بجلد ما كان مأكولاً حال الحياة أو ما كان ظاهراً حال الحياة، وجهان للأصحاب أو روايتان، وصحح المرادوي الثاني. انظر: الشرح الكبير للدردير (54/1) والإنصاف للمرادوي (87/1).

(6) رواه مسلم، وقد سبق تخريجه في ص: (9).

(7) انظر: الاستذكار (304/5) والبيان والتحصيل (100/1) وكشاف القناع للبهوتي (54/1).

(8) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (89/1) والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (54/1).

وعلل بعض فقهاء الحنابلة عدم استعماله في المائعات لأنه يفضي إلى تعدي النجاسة⁽¹⁾.

هذا قول الفقهاء في استعمال الجلد المدبوغ في الجملة، وفي الفصل الآتي تعرض لأهم المسائل في هذا ومذاهبهم فيها، وبه تتضح أقوالهم فيما ذهبوا إليه في أصل المسألة وفروعها.

الفصل الثاني : الأحكام الفقهية المترتبة على حكم جلود الميتة بعد الدبغ⁽²⁾ :

المبحث الأول : حكم اتخاذ آنية من جلد الميتة المدبوغ⁽³⁾ :

اختلف الفقهاء في حكم اتخاذ الآنية من الجلد المدبوغ بناءً على اختلافهم في حكم الميتة بعد الدبغ، فذهب الحنفية إلى جواز اتخاذ الآنية من الجلد المدبوغ سوى جلد الخنزير⁽⁴⁾، وكذا الشافعية سوى جلد الخنزير والكلب؛ بناءً على قولهم في طهارة جلد الميتة بالدبغ⁽⁵⁾.

وذهب المالكية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ إلى عدم جواز اتخاذ الآنية من جلد الميتة بعد دبغها؛ لأن الدبغ لا يطهره عندهم.

(1) كشف القناع (54/1).

(2) الفروع المبنية على حكم جلود الميتة بعد الدبغ في أبواب الفقه كثيرة، وقد حاولت الاقتصار على أهمها وأشهرها، ثم إنه مما يحسن الإشارة إليه هنا أن كل ما يُصنع حديثاً من جلود الحيوان من الملابس والفرش والأثاث وغيرها داخل في حكم هذه المباحث من حيث بيعه والانتفاع به والصلاة فيه وعليه.

(3) وهذا المبحث في حكم اتخاذ في الجملة دون الانتفاع، فالقائلون بعدم جواز اتخاذ الآنية من جلد الميتة المدبوغ ذهبوا إلى تجويز الانتفاع بتلك الآنية في اليابسات كما سبق بيانه في المبحث الرابع.

قال ابن جُزَي: "يجوز اتخاذ الأواني من جلد المذكي الجائز الأكل إجماعاً، وأما جلد الميتة فإن لم يدبغ فهو نجس وإن دبغ فالمشهور أنه نجس وفقاً لابن حنبل، لكن يجوز في المذهب استعماله في اليابسات وفي الماء وحده من المائعات". القوانين الفقهية (ص: 26)، وانظر أيضاً: شرح مختصر خليل للخرشي (89/1) وإينصاف (86/1).

(4) العناية شرح الهداية للبابروتي (92/1) والبنية شرح الهداية للزليعي (407/1).

قال المرغيناني: "وكل إهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه إلا جلد الخنزير والأدمي". الهداية (23/1).

(5) الأم (22/1) والحاوي الكبير (56/1).

(6) شرح مختصر خليل للخرشي (89/1) والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (54/1).

(7) المغني (46/1) وإينصاف (86/1).

المبحث الثاني : حكم المسح على الخف المتخذ من جلد الميتة المدبوغ :

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط طهارة الخف للمسح عليه⁽¹⁾ , واختلفوا في حكم المسح على الخف المتخذ من جلد الميتة المدبوغ لاختلافهم في طهارته: فمذهب الحنفية صحة المسح على جلد الميتة المدبوغ لطهارته سوى جلد الخنزير⁽²⁾ , وكذا الشافعية سوى جلد الخنزير والكلب⁽³⁾ , ولا يصح عند المالكية والحنابلة؛ لنجاسته عندهم⁽⁴⁾ .

المبحث الثالث : حكم الاستنجاء بجلد الميتة المدبوغ :

اختلف الفقهاء في اشتراط طهارة ما يُستنجى به, فذهب الحنفية والمالكية إلى أن الاستنجاء بالنجس مجزئ مع كراهته أو حرمة⁽⁵⁾ , وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم الاجزاء به⁽⁶⁾ .

ويتخرج على ما سبق جواز الاستنجاء بجلد الميتة المدبوغ عند الحنفية والمالكية؛ لعدم اشتراطهم طهارة ما يُستنجى به⁽⁷⁾ , وهو مجزئ أيضاً عند الشافعية لطهارته سوى جلد الخنزير والكلب⁽⁸⁾ , وأما الحنابلة فلا يجزئ عندهم لنجاسته⁽⁹⁾ .

(1) انظر المراجع الآتية.

(2) ولم أجد نصاً للحنفية في هذه المسألة، وتخريجها على أصلهم في حكم جلد الميتة المدبوغ ظاهر. انظر: الهداية شرح البداية (1/31 و36) والعناية شرح الهداية (1/151).

(3) الأم (1/50) والمجموع (1/510).

قال الإمام الشافعي: "وإن كان الخفان أو شيء منهما نجساً لم تحل الصلاة فيهما، وإن كانا من جلد ميتة غير كلب أو خنزير وإن كانا من جلد سبع فديبغا حلت الصلاة فيهما إذا لم يبق فيهما شعر، وإن كانا من جلد ميتة أو سبع لم يديبغا لم تحل الصلاة فيهما، وإن كانا من جلد ما يؤكل لحمه ذكي حلت الصلاة فيهما وإن لم يديبغا". الأم (1/50).

(4) شرح مختصر خليل للخرشي (1/179) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (1/142) وكشاف القناع (1/116) وشرح منتهى الإرادات للمهوتي (1/65).

قال الخرشي حين ذكر شروط المسح على الخفين: "ومنها: أن يكون طاهراً لا نجساً كجلد ميتة ولو ديبغ على المشهور". شرح مختصر خليل (1/179).

(5) العناية شرح الهداية (1/216) والبنية شرح الهداية (1/749 و758) وشرح مختصر خليل للخرشي (1/150) والشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي (1/113)، فالحنفية يرون كراهة الاستنجاء بالنجس مع الاجزاء، والمالكية يرون حرمة مع الاجزاء إن أنقض.

(6) الأم (1/37) والحاوي الكبير (1/172 و173) والمغني (1/116) وشرح منتهى الإرادات (1/39).

(7) وأيضاً فإن الجلد المدبوغ عند الحنفية طاهر، وعند المالكية نجس يجوز استعماله في الياسات.

(8) قال الإمام الشافعي: "أما الجلد المدبوغ فنظيف طاهر، فلا بأس أن يستنجى به". الأم (1/37).

(9) وانظر: الفروع لابن مفلح (1/141) والإنصاف (1/112).

المبحث الرابع : حكم الصلاة بجلد الميتة المدبوغ والصلاة عليه⁽¹⁾ :

اتفق الفقهاء على وجوب⁽²⁾ طهارة ما يستتر به المصلي في صلاته وطهارة البقعة والمصلي⁽³⁾، واختلفوا في حكم الصلاة بجلد الميتة المدبوغ والصلاة عليه لاختلافهم في طهارته: فذهب الحنفية إلى صحة الصلاة به والصلاة عليه لطهارته سوى جلد الخنزير⁽⁴⁾، وكذا مذهب الشافعية سوى جلد الكلب والخنزير⁽⁵⁾.

وأما المالكية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ فذهبوا إلى عدم صحة الصلاة فيه والصلاة عليه؛ لنجاسته.

المبحث الخامس : حكم بيع جلد الميتة المدبوغ :

ذهب الفقهاء إلى عدم صحة بيع النجاسات⁽⁸⁾، واختلفوا في حكم بيع جلد الميتة بعد دبغه لاختلافهم في طهارته، فذهب الحنفية إلى صحة بيعه لطهارته سوى جلد الخنزير⁽⁹⁾، وذهب الشافعية لمثله سوى جلد الكلب والخنزير⁽¹⁰⁾، وأما المالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى عدم صحة بيعه⁽¹¹⁾؛ وذلك لنجاسته عندهم.

(1) المسألتان في الحكم سواء، وقد جعلت أولاً كل مسألة في مبحث مستقل، ثم ظهر أن الأفضل جعلهما في مبحث واحد؛ لاتحادهما تأصيلاً وتفريعاً، فكلاهما مردهما إلى حكم اجتناب النجاسة في الصلاة إما في الثوب وإما في البقعة.

(2) عدلت عن الشرطية إلى الوجوب هنا مراعاة لخلاف المالكية حيث ذهبوا إلى وجوب الطهارة من الخبث في الصلاة، ولهم في هذه المسألة أقوال أخرى، والجمهور على اشتراطه، ويتفق المالكية -على قولهم بالوجوب- مع الجمهور ببطلان من صلى بالنجاسة متعمداً. انظر المراجع الآتية.

(3) بدائع الصنائع (114/1) والاختيار لتعليل المختار للموصلي (45/1) والاستذكار (334/1) والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (66/1 و212) والحاوي الكبير (240/2 و257) والمهذب للشيرازي (118/1 و119) والمغني (48/2) والشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة (474/1 و475).

(4) المبسوط (202/1) والهداية شرح البداية (23/1) للمرغيناني وقال: "كل إهاب دبغ فقد طهر ووجازت الصلاة فيه والوضوء منه إلا جلد الخنزير والأدمي".

(5) الأم (23/1 و50) والحاوي الكبير (61/1)، قال الإمام الشافعي: "فإذا طهر الإهاب صُلي فيه وصُلي عليه ... إلا جلد الكلب والخنزير فإنهما لا يطهران بحال أبداً".

(6) البيان والتحصيل (39/2) والشرح الكبير للدردير (55/1) وقال: "ويجوز لبسها في غير الصلاة لا فيما لنجاستها". وقد سبق أن المالكية لا يصححون من صلى بالنجس متعمداً دون الناسي والعاجز. انظر: الشرح الكبير (217/1) وشرح مختصر خليل للخرشي (89/1).

(7) الفروع (116/1)، وانظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل برواية ابن أبي الفضل (300/1).

(8) انظر المراجع الآتية.

(9) بدائع الصنائع (142/5) والهداية في شرح البداية (46/3).

قال أبو المعالي البخاري الحنفي: "وأما جلود السباع والحمير والبغال: فما كانت مذبوحة أو مدبوغة جاز بيعها، وما كان بخلافه لم يجز، وهذا بناء على أن الجلود كلها تطهر بالدكاة أو بالدباغ إلا جلد الإنسان والخنزير، وإذا طهرت بالدباغ أو بالدكاة جاز الانتفاع به، فيكون محلاً للبيع". المحيط البرهاني في الفقه النعماني (349/6).

(10) المجموع للنووي (214/1 و229) والبيان في مذهب الإمام الشافعي للعمrani (69/1 و73).

(11) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (10/3 و234) وانظر: الاستذكار (303/5)، والمغني (195/4) وكشاف القناع (152/3) و(55/1). قال ابن قدامة -بعد ذكره عدم جواز بيعه-: "وهذا ينبغي على الحكم بنجاسة جلود الميتة وأنها لا تطهر بالدباغ".

المبحث السادس : حكم أكل جلد الميتة المدبوغ :

إن كان الجلد المدبوغ جلدًا ما لا يؤكل لحمه فلا يجوز أكله بعد الدبغ، وحكي إجماعاً⁽¹⁾، وإن كان جلدًا مأكول فقد ذهب الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والشافعية - في الأصح عندهم -⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ إلى تحريم أكله، وإن كان الدبغ يطهره عند أكثرهم؛ إذ لا يلزم من طهارته بذلك حل أكله؛ والنص فرّق بين الحكمين، فإن النبي ﷺ قال: «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به؟». قالوا: إنها ميتة. فقال: «إنما حرم أكلها»⁽⁶⁾. فأباح الانتفاع به بعد الدبغ، وبين بقاء حرمة أكل الميتة، ولأن الدبغ ليس بأقوى من الذكاة، والذكاة لا تبيح ما لا يؤكل لحمه، فلأن لا يبيحه الدبغ أولى.

الخاتمة :

أحمد الله ﷻ على إتمام هذا البحث، وأسأله - سبحانه - أن يجعله خالصاً لوجه الكريم، وفي خاتمته أخص أهم مسأله وما توصلت إليه فيه فأقول:

- 1- اتفقت المذاهب الأربعة على طهارة جلد ما يؤكل لحمه إذا دُكِّي، وعلى نجاسة جلد الميتة قبل الدبغ، واختلفوا في طهارته بعد الدبغ هل يطهر أو لا؟؛ واختلافهم في هذا لاختلاف الأحاديث الواردة في الباب.
- 2- أرجح الأقوال أن الدبغ يطهر جلود الميتة، وهو قول عامة أهل العلم وجمهورهم.
- 3- القائلون بطهارة جلد الميتة بالدبغ اتفقوا على أن الدبغ يطهر جلدًا ما تحلله الذكاة، واختلفوا فيما عداه، واختلفهم في هذا لاختلافهم في الدبغ هل هو كالذكاة فيطهر ما تؤثر فيه الذكاة وإن لم يكن مأكولاً، أو هو كالحياة فيطهر ما كان طاهراً في الحياة؟.
- 4- أرجح الأقوال أن الدبغ يطهر كل جلدٍ سوى جلد الخنزير والكلب، وهو مذهب الشافعية.
- 5- عامة الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الدبغ يحصل بكل ما يُنظف الجلد ويُذهب رطوبته وخبثه؛ لأن المقصود إزالة نتن الجلد ورطوبته، هذا قولهم في الجملة وإن اختلفوا في بعض صور التطهير.
- 6- عامة أهل العلم القائلين بطهارة الجلود بالدبغ ذهبوا إلى جواز استعمالها بعد الدبغ والانتفاع بها في سائر وجوه الانتفاع؛ لطهارتها بذلك، وأما المالكية والحنابلة القائلون بعدم طهارة الجلود بالدبغ فقد ذهبوا إلى جواز الانتفاع به بعد الدبغ في اليابسات دون المائعات، إلا المالكية فجوزوه في الماء دون غيره من المائعات.
- 7- يذكر الفقهاء مسألة جلد الميتة وطهارته بالدبغ وفروع هذه المسألة في عدة أبواب، من هذه المسائل التي يكثر ذكرها:

(¹) حكاه ابن عابدين في حاشيته (203/1)، وفي المسألة خلاف عند بعض الشافعية. انظر: المجموع للنووي (229/1).

(²) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (88/6) وحاشية ابن عابدين (203/1).

(³) النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني (375/4) وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (60/1).

(⁴) البيان للعمري (73/1) والمجموع للنووي (229/1) وقال فيه - بعد ذكر قول الإمام الشافعي القديم (وهو التحريم) والجديد (وهو الإباحة) في هذه المسألة -: "وهذان القولان في حلّ أكله مشهوران، أصحهما عند الجمهور القديم وهو التحريم، وهذه المسألة مما يفتى فيه على القديم". وقد ذكر النووي في أول كتابه المجموع (66/1) فصلاً ذكر فيه أن كلّ مسألة فيها قولان للشافعي قديمٌ وجديدٌ فالجديد هو الصحيح وعليه العمل، واستثنى جماعة من أصحابنا نحو عشرين مسألة أو أكثر وقالوا يفتى فيها بالقديم". ثم ذكر جملة من المسائل منها مسألة أكل جلد الميتة المدبوغ، وأن القديم تحريمه.

(⁵) المغني (51/1) وكشاف القناع للبهوتي (55/1).

(⁶) رواه مسلم في كتاب الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدبغ (276/1)، برقم: (363).

أ- حكم اتخاذ الآنية من جلد الميتة المدبوغ.

ب- حكم المسح على الخف المتخذ من جلد الميتة المدبوغ.

ج- حكم الاستنجاء بجلد الميتة المدبوغ.

د- حكم الصلاة بجلد الميتة المدبوغ والصلاة عليه.

هـ- حكم بيع جلد الميتة المدبوغ.

و- حكم أكل جلد الميتة المدبوغ.

وتبين من خلال هذه المسائل جريان أصحاب المذاهب فيها على قولهم في أصل المسألة.

8- كل ما يصنع حديثاً من جلود الحيوان سواء كان أو ملبوساً أو أثاثاً أو غيرهما داخل في حكم هذه المسائل من حيث الانتفاع والبيع والصلاة فيه وعليه.

هذا أهم ما ورد في هذا البحث، وإن كان من توصية في خاتمته فهي العناية بتحرير أصول المسائل الفقهية، وبيان ما ينبنى عليها من فروع، ووجه بنائها عليها، وجريان المذاهب في ذلك كله على أصولهم في المسائل، فذلك كله من الفقه الدقيق؛ لعنايته بالمعاني بين الفروع، والفروق بين المسائل، وتمييز أصول المسائل وفروعها، كما يبين مأخذ الفقهاء في أصول المسائل وإعمالهم لها في الفروع ونحو ذلك مما يعزز الملكة الفقهية للناظر، والتشغل في الفروع دون تمحيص لأصولها لا يوصل الناظر إلى الفقه الحقيقي.

والله - تبارك وتعالى - أعلى وأعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

• فهرس المصادر والمراجع :

- الإجماع، المؤلف: محمد بن المنذر النيسابوري، الناشر: دار المسلم، الطبعة الأولى، عام: 1425 هـ، تحقيق: فؤاد عبد المنعم.
- أحكام الحيوان غير المأكول في العبادات، للباحث: صالح التويجري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه من كلية الشريعة في جامعة أم القرى بمكة، عام: 1424 هـ.
- اختلاف الأئمة العلماء، المؤلف: يحيى بن هُبَيْرَة، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1423 هـ، تحقيق: السيد يوسف أحمد.
- الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود الموصللي الحنفي، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة، عام: 1356 هـ. الاستذكار لابن عبد البر.
- الاستذكار، المؤلف: يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1421 هـ، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض.
- الإشراف على مذاهب العلماء، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الناشر: مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، الطبعة الأولى، عام: 1425 هـ.
- الأم، المؤلف: محمد بن إدريس الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، عام: 1410 هـ.

- الإمام في معرفة أحاديث الأحكام، المؤلف: محمد بن علي، الشهير بابن دقيق العيد، الناشر: دار المحقق، تحقيق: سعد بن عبد الله آل حميد.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علي المرادوي الحنبلي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1374 هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي.
- الأوسط من السنن والإجماع والاختلاف، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن المنذر، الناشر: دار الفلاح، الطبعة الأولى، عام: 1430 هـ، راجعه وعلق عليه: أحمد بن سليمان.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، الناشر: دار الكتاب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية.
- بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، المؤلف: علي الفرغاني المرغيناني، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: محمد بن أحمد بن رشد الحفيد الأندلسي المالكي، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة الثالثة، عام: 1427 هـ، تحقيق: د. العبادي.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية، عام: 1406 هـ.
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المؤلف: عمر بن علي الشافعي، ابن الملحق، الناشر: دار الهجرة - الرياض، الطبعة الأولى، عام: 1425 هـ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال.
- البناية شرح الهداية، المؤلف: محمود الحنفى بدر الدين العيني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1420 هـ.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: يحيى العمراني الشافعي، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، عام: 1421 هـ، المحقق: قاسم النوري.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المؤلف: محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي، الناشر: دار الغرب - بيروت، الطبعة الثانية، عام: 1408 هـ، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون.
- تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد الزبيدي، الناشر: دار الهداية، تحقيق: مجموعة محققين.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المؤلف: أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، لصاحبها مصطفى محمد، عام: 1357 هـ، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام: 1387 هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري.
- تهذيب التهذيب، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الناشر: مطبعة دائرة المعارف النظامية - الهند، الطبعة الأولى، عام: 1326 هـ.
- الجامع الكبير (سنن الترمذي)، المؤلف: محمد بن عيسى الترمذي، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى عام: 1996 م، تحقيق: د. بشار عواد.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، المؤلف: محمد بن

- إسماعيل البخاري، الناشر: دار ابن كثير - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1407 هـ، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، المؤلف: علي بن محمد البصري، الشهير بالماوردي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1419 هـ، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات، المؤلف: منصور البهوتي الحنبلي، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1414 هـ.
- ديوان عنتره للخطيب التبريزي.
- الذخيرة، المؤلف: أحمد بن إدريس المالكي، الشهير بالقرافي، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1994م، تحقيق: عدد من المحققين.
- رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، المؤلف: محمد أمين بن عمر الحنفي، ابن عابدين، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، عام: 1412 هـ.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، المؤلف: محمد ابن القيم، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، عام: 1415 هـ.
- سنن ابن ماجه، المؤلف: محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجه، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، الناشر: المكتبة العصرية - بيروت، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
- السنن الكبرى، المؤلف: أحمد بن الحسين البيهقي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1424 هـ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
- السنن الكبرى، المؤلف: أحمد بن شعيب النسائي، الناشر: دار التأسيس - القاهرة، الطبعة الأولى، عام: 1433 هـ، تحقيق: مركز البحوث بدار التأسيس.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، المؤلف: محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، الناشر: دار العبيكان - الرياض، الطبعة الأولى، عام: 1413 هـ.
- الشرح الكبير على متن المقنع، المؤلف: عبد الرحمن بن قدامة، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، مصورة من طبعة المنار، طبعها الثانية، عام: 1347 هـ وقد أشرف على طباعتها وتحقيقها: محمد رشيد رضا.
- الشرح الكبير، المؤلف: لأحمد الدردير، وعليه: حاشية الدسوقي، لمحمد الدسوقي، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- شرح علل الترمذي، المؤلف: عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، الناشر: مكتبة المنار - الأردن، الطبعة الأولى، عام: 1407 هـ، تحقيق: د. همام عبد الرحيم سعيد.
- شرح مختصر خليل للخرشي، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشى المالكي، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: إسماعيل الجوهري الفارابي، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة، عام: 1407 هـ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار.
- طبقات الشافعية الكبرى، المؤلف: عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الناشر: هجر، الطبعة الثانية، عام:

1413 هـ، تحقيق: د. محمود الطناحي، ود. عبد الفتاح الحلو.

– العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد البابروتي، الناشر: دار الفكر.

– فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الناشر: دار المعرفة - بيروت، عام: 1379 هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.

– فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، المؤلف: عبد الكريم بن محمد الرافعي، الناشر: دار الفكر - بيروت.

– فتح القدير، المؤلف: محمد السيواسي، المعروف بابن الهمام، وتكملته: نتائج الأفكار، للقاضي زاده، الناشر: دار الفكر - بيروت.

– الفروع، المؤلف: محمد بن مفلح، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، عام: 1424 هـ، تحقيق: د. عبد الله التركي.

– القوانين الفقهية، المؤلف: محمد بن أحمد بن جزي، الناشر: وزارة الأوقاف في الكويت، الطبعة الأولى، عام: 1431 هـ، تحقيق: د. محمد بن سيدي محمد مولاي.

– كشف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور البهوتي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1418 هـ، قدّم له: د. كمال العناني، وحققه: محمد حسن الشافعي.

– لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الإفريقي، ابن منظور، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1414 هـ.

– مجموع الفتاوى، المؤلف: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة النبوية، عام: 1416 هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم.

– المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد السرخسي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، عام: 1414 هـ.

– المجموع شرح المذهب، المؤلف: يحيى بن شرف النووي، مع تكملة السبكي والمطيعي، الناشر: دار الفكر، مصورة من عدة طبعات مصرية.

– المحلى بالآثار، المؤلف: علي بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1424 هـ، تحقيق: د. عبد الغفار البنداري.

– المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المؤلف: محمود البخاري الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1424 هـ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي.

– مراتب الإجماع، المؤلف: علي بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.

– مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابن أبي الفضل، المؤلف: أحمد بن محمد بن حنبل، الناشر: الدار العلمية - الهند.

– مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه عبد الله، المؤلف: أحمد بن محمد بن حنبل، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1401 هـ، تحقيق: زهير الشاويش.

– مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية إسحاق بن إبراهيم بن هانئ النيسابوري، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، بدأ بها عام: 1394 هـ وانتهت عام: 1400 هـ، تحقيق: زهير الشاويش.

– مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أحمد بن محمد بن حنبل، الناشر: دار الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى،

- عام: 1421 هـ، المحقق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي.
- مسند الحميدي، المؤلف: عبد الله الحميدي المكي، الناشر: دار السقا - دمشق، الطبعة الأولى، عام: 1996 م، تحقيق: حسن سليم أسد.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (صحيح مسلم)، المؤلف: مسلم بن الحجاج، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- معالم السنن، المؤلف: حمد بن محمد الخطاب، المعروف بالخطابي، الناشر: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى، عام: 1351 هـ.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: محمد الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1415 هـ.
- المغني، المؤلف: عبد الله بن أحمد بن قدامة الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة - القاهرة، عام: 1388 هـ.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المؤلف: يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية، عام: 1392 هـ.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: إبراهيم الشيرازي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1416 هـ، ضبطه وصححه ووضع حواشيه: زكريا عميرات.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد الطرابلسي الرعيني المالكي، المعروف بالخطاب، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثالثة، عام: 1412 هـ.
- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، المؤلف: محمد بن أحمد الذهبي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1382 هـ، تحقيق: علي محمد البجاوي.
- ناسخ الحديث ومنسوخه، المؤلف: عمر بن أздаذ البغدادي المعروف بابن شاهين، الناشر: مكتبة المنار - الزرقاء، تحقيق: سمير الزهيري، الطبعة الأولى: 1408 هـ.
- نصب الراية لأحاديث الهداية، المؤلف: عبد الله بن يوسف الزيلعي، الناشر: الريان - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1418 هـ، قدم للكتاب: محمد البُنُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الفنجاني إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة.
- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المؤلف: عبد الله بن أبي زيد النفزي القيرواني المالكي، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، عام: 1999 م، تحقيق: مجموعة محققين.
- نيل الأوطار، المؤلف: محمد الشوكاني، الناشر: دار الحديث - مصر، الطبعة الأولى عام: 1413 هـ، تحقيق: عصام الدين الصبابطي.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: طلال يوسف.
- الوسيط في المذهب، المؤلف: أبو حامد محمد الغزالي، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة الأولى، عام: 1417 هـ، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615