

دولة الإمارات العربية المتحدة - دبي
كلية الإمام مالك للشرعة والقانون



المعيار / ISSN 2303-9604=Al-mi'yār (Dubai)

المعيار

مجلة كلية الإمام مالك للشرعة والقانون

علمية محكمة تصدر عن الكلية بداية كل سنة ميلادية

اقرأ في هذا العدد

- * المناقصات ومسائلها بين القانون الإداري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة
- * مدى مسئولية الدولة الجزائية عن الجرائم الدولية
- * النصوص الذاتية بين التفويض والتأويل دراسة تحليلية لمنهج الإمام البيهقي
- * الوساطة الإلكترونية في قانون البورصة الإماراتي
- * الكناية وأثرها عند ذكر العلاقات الزوجية في القرآن الكريم
- * الأصناف النباتية المهندسة وراثيا، المفهوم والنظام القانوني
- * أثر تغير قيمة العملة على أداء الالتزام دراسة تطبيقية

كلية الإمام مالك للشرعية والقانون
Imam Malik College for Sharia' & Law
المعيار _ مجلة كلية الإمام مالك للشرعية والقانون
مجلة علمية محكمة سنوية



العدد الأول

يناير 2012 م – صفر 1433 هـ

رئيس التحرير

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

هيئة التحرير

د. شمس الدين التكيئة

د. أحمد عبد القادر الرفاعي

د. عبد الحكيم أحمد عثمان

د. طارق عبد الحميد البكوش

د. خالد رأفت أحمد

د. زيان أحمد ياسين

كلية الإمام مالك للشرعية والقانون
هيئة تحرير مجلة الكلية (المعيار)
دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة
المدينة الأكاديمية العالمية، المبنى رقم (4)

ص.ب : 65760

هاتف : 04-4370373 ، فاكس : 04- 4370372

البريد الإلكتروني : a.alrifai@malikcol.ae

(اللائحة الخاصة بمجلة الكلية المحكمة)

بناء على الصلاحيات الممنوحة لمدير عام الكلية بموجب النظم الداخلية المعتمدة ، وبناء على اللوائح الداخلية المعمول بها في الكلية، وعلى المادة (13) من الفقرة رقم : (4 - 1 - 2) من اللائحة، والخاصة بوحدة البحث العلمي والمجلة، وبناء على توصيات هيئة تحرير المجلة، بتاريخ: 2009/10/15 .

فإننا نصدر ما يلي :

أولا : إنشاء المجلة ووصفها :

تتسئ كلية الإمام مالك للشريعة والقانون مجلة علمية متخصصة ومحكمة تصدر سنويا عنها باسم (المعيار) .

ثانيا : أهداف المجلة :

- 1- تحقيق مساهمة الكلية في الحياة العلمية، من خلال نشر البحوث والدراسات و أعمال التحقيق المتخصصة التي يقوم بكتابتها أساتذة وباحثون متخصصون .
- 2- تشجيع الاجتهاد التشريعي، الفقهي والقانوني، من خلال نشر بحوث تعنى بالقضايا المعاصرة والمستجدة توافق الشروط والمعايير المعتمدة في سياق التحكيم .
- 3- تحقيق دخول الكلية مجال التحكيم الأكاديمي والبحثي .

ثالثا : مجالات النشر :

- 1 - البحوث والدراسات التي تضيف جديدا في مجال التخصص وتخضع للمعايير .
- 2 - البحوث التي تعنى بتحقيق المخطوطة التراثية ذات الصلة بالتخصص .
- 3 - البحوث التي تعنى بالقضايا التشريعية المستجدة في العصر وتقدم حلولا لمشكلاته .
- 4 - الترجمات العلمية ذات الصلة بالاختصاص .
- 5 - الدراسات النقدية ذات الصلة بنقد بحوث ودراسات منشورة في جامعات وكليات ومراكز بحثية أخرى وموافقة للتخصص .
- 6 - التقارير الخاصة بعرض الكتب الجديدة المنشورة .
- 7 - الورقات التي تعنى بالتعليق على الأحكام القضائية .

رابعاً : لغة النشر :

تنشر البحوث باللغة العربية، ويجوز نشر ملخصات عنها باللغتين الإنكليزية أو الفرنسية .

خامساً : التحكيم :

- 1 - تحال جميع البحوث والدراسات والتحقيقات والتقارير المقدمة للنشر على متخصصين لتحكيمها علمياً وفق المعمول به أكاديمياً .
- 2 - تنشر الأعمال العلمية بعد موافقة المحكمين عليها، أو بعد إتمام الكاتب للتعديلات المقترحة من قبل المحكمين في حال اقتراحها، والتي يخبر بها في حينه .
- 3 - يمنع نشر الأعمال التي لا يجيزها المحكمون بصورة نهائية ويخبر الكاتب بذلك في حينه.
- 4 - يعرض البحث موضوع التحكيم على محكمين اثنين، وفي حالة تعادل قبول البحث مع رفضه، يعرض على ثالث للترجيح .
- 5 - يمنح كل محكم من المحكمين مكافأة مالية وفق الأصول، مقابل تحكيمه للبحث المعد للنشر، ويستحق ذلك عند انتهائه التام من صياغة التقرير النهائي .

سادساً : قواعد النشر :

- 1 - أن يلتزم الباحث أصول البحث العلمي، من حيث التوثيق، والإشارة إلى المصادر والمراجع وفق المتعارف عليه أكاديمياً .
- 2 - يشترط في البحوث المقدمة للنشر ألا تكون قد سبق نشرها في مكان آخر .
- 3 - ألا تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى ويتعهد الكاتب بذلك .
- 4 - لا تنشر البحوث التي تكون جزءاً من رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه أو الماجستير أو جزءاً من كتاب مطبوع .
- 5 - لا يحق للكاتب نشر بحثه في مكان آخر بعد اعتماد نشره في المجلة إلا بعد حصوله على موافقة خطية بذلك .
- 6 - أن يوافق الكاتب على نقل حقوق النشر إلى المجلة .
- 7 - أن يحصل الكاتب على إذن من هيئة تحرير المجلة لاستخدام نتاج له تم نشره سابقاً .
- 8 - عند نشر العمل العلمي فإن الكاتب يمنح ثلاث نسخ من العدد المشتمل على عمله، إضافة إلى عشر نسخ مفردة من هذا العمل .

- 9 - لا ترد البحوث والموضوعات المرسلة للمجلة إلى أصحابها، سواء نشرت أم لم تنشر .
10-أن ما ينشر يعبر عن فكر كاتبه، ولا يمثل بالضرورة، رأي المجلة أو اتجاهها .

سابعاً: متطلبات النص المقدم للنشر

- 1 - يجب ألا يزيد عدد صفحات البحث عن (75) صفحة من القطع العادي، ولا يقل عن (30) .
- 2 - أن يتضمن البحث كلمات دالة على التخصص الدقيق للبحث، وعلى مقدمة، ومنتن مقسم على أقسام مناسبة، وخاتمة، كما يتضمن قائمة للمصادر والمراجع، وأن يحتوي البحث كذلك على: ملخص باللغتين العربية والإنكليزية، في صفحة واحدة لكل ملخص، ونبذة مختصرة عن المؤلف .
- 3 - يذكر اسم المؤلف ووظيفته الحالية بعد عنوان البحث مباشرة .
- 4 - تقدم البحوث مطبوعة بخط Arabic transparent حجم (14) للنصوص في المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) للهوامش في نهاية البحث، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.5 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ .
- 5 - تدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون الرسوم والأشكال باللونين الأبيض والأسود وترقم ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماؤها والملاحظات التوضيحية في أسفلها .
- 6 - تدرج الجداول في النص وترقم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماؤها في أعلاها، أما الملاحظات التوضيحية فتكتب أسفل الجدول .
- 7 - تكون الحواشي 2.6 سم على جوانب الصفحة الأربعة .
- 8 - تذكر الهوامش أسفل الصفحة، وتعطى رقماً متسلسلاً واحداً .
- 9- تذكر قائمة المصادر والمراجع مرتبة ترتيباً هجائياً حسب اسم الشهرة في آخر البحث، على النحو الآتي :

أ - كتاب : سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ط1، عمان: دار

الثقافة للنشر والتوزيع، 2009 .

ب - بحث منشور في دورية علمية : الريسوني، قطب، أبو القاسم بن ورد
المالكي ومنهجه في فقه النوازل، مجلة كلية الدراسات الإسلامية
والعربية ، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، دبي، العدد 37، يونيو
2009، ص 121-177 .

ت - فصل من كتاب : الموسوي، حسن، المدخل إلى علم النفس، في كتاب:
موسوعة علم النفس، ط3، الكويت : مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع،
2007، ص 17-48 .

ث - بحث في أعمال مؤتمر: عواد، محمد، دراسة تحليلية لتأثير سوق
الأوراق النقدية على الاقتصاد الوطني، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر
الاقتصاد الوطني في القرن الحادي والعشرين، جامعة الشارقة، 14 -
15 تشرين أول 2005 .

ج - رسالة ماجستير أو دكتوراه : بشارة ، موفق، أثر برنامج تدريبي
لمهارات التفكير عالي الرتبة في تنمية التفكير الناقد والإبداعي لدى
طلاب الصف العاشر الأساسي، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية
التربية، جامعة اليرموك، الأردن، (2003) .

ثامنا : ضوابط تسليم الأعمال العلمية المقدمة للنشر :

- 1 - تقدم الأعمال العلمية مطبوعة بثلاث نسخ وفق المعايير المذكورة في (متطلبات النص
المقدم للنشر) .
- 2 - إلى جانب النسخ المطبوعة، يقدم الكاتب نسخة إلكترونية من العمل معالجة على برنامج
معالج النصوص (word) .
- 3 - أن يرفق الكاتب سيرته الذاتية مشتملة على جميع البيانات الخاصة به .
- 4 - أن يكتب رسالة يطلب فيها تحكيم عمله ومن ثم نشره إلى هيئة تحرير المجلة .
- 5 - يمكن إرسال البحث على البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة مشفوعا بالرسالة .

صدر بتاريخ : 2009/11/01

الرئيس التنفيذي للكلية

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

المحتويات

	* افتتاحية العدد
11	د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري
	* المناقصات ومسائلها بين القانون الإداري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة
17	د. عبد الحكيم أحمد عثمان
	* مدى مسؤولية الدولة الجزائية عن الجرائم الدولية
101	د. عبد الله محمد سعيد بنمه القيري
	* النصوص الذاتية بين التفويض والتأويل دراسة تحليلية لمنهج الإمام البيهقي
129	د. أحمد عبد القادر الرفاعي
	* الوساطة الإلكترونية في قانون البورصة الإماراتي
197	د. طارق البكوش
	* الكناية وأثرها عند ذكر العلاقات الزوجية في القرآن الكريم
265	د. علي عبد العزيز سيور
	* الأصناف النباتية المهندسة وراثياً، المفهوم والنظام القانوني
325	د. نصر أبو الفتوح فريد
	* أثر تغير قيمة العملة على أداء الالتزام دراسة تطبيقية
381	د. رمضان الصاوي السيد

افتتاحية العدد

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري
رئيس التحرير

الحمد لله الذي جعل لكل منبر رسالة تنطق عن مسراه، وتعبّر عن محتواه، حمداً يكافئ مزيد فضله علينا وعلى الناس، والصلاة والسلام على سيد الخلق الناطق بالهدى ودين الحق، السيد المختار الذي وضع لكل شيء معياراً، ونثر لنا من الفضائل الجمة، وأعطانا حرية الاختيار في ضوء الشريعة الإسلامية السمحة، التي وضعت لكل قاعدة اعتباراً ومقداراً .

أما بعد :

فمن توفيق الله لنا أن جعل كلية الإمام مالك للشريعة والقانون منبر رسالة، صادق اللهجة، متزن التوجه، تجمع في ثنايا رسالتها وأهدافها بين الأصالة التليدة، والمعاصرة الوليدة، فجمعت لذلك بين أصول الشريعة الإسلامية وفقه الواقع، وبين دفتين متناسقتين، تتمان صيانة بناء الأحكام الخاصة بتماسك المجتمع وتقدمه، هما دفعة الشريعة ودفة القانون، وقد مكّنا هذا الجمع من صقل مهارات الدارسين وزيادة معارفهم بصورة تحاكي تطلعات مجتمعاتنا الخليجية والعربية المستقبلية نحو تنمية شاملة ومستدامة، لذا أتت رسالة مجلة المعيار على وفق رسالة وأهداف الكلية، جامعة في أصول توجيه البحوث العلمية وانتقائها، بين مناهج كبار العلماء، ومقتضيات تجديد قراءتها وفهمها في سياق تطبيقات الاجتهاد والتشريعات الفقهية والقانونية المعاصرة، وبصورة تقرب المهتمين بالبحث العلمي إلى مائدة الحوار الهادئ، والنقاش الرصين، وتبلور الأصالة في ثوب المعاصرة .

ولما كانت الغاية من البحث العلمي في سياق الدراسات التشريعية هي تعزيز حضور قواعد الالتزام الشرعية والقانونية في الحياة العامة، والمنبثقة أصلاً من القواعد الكلية لمقاصد أحرف القرآن الكريم، إصلاح الدنيا، وإصلاح الدين،

وإصلاح المعاد، والتحقق بالمثل الأعلى، كان من واجب كلية الإمام مالك أن تسهم في تعزيز البحث العلمي تحقيقاً لغاياته المثلى، فكان العدد الأول من مجلة المعيار، وهي مجلة علمية تخصصية محكمة، الذي حوى مجموعة من البحوث العلمية، مست في معالجاتها قضايا يشهدها الواقع المعاصر في مجالي الدراسات الشرعية والقانونية على حد سواء، والتمست لها حلولاً مناسبة، كما قدمت ضمن نسق تأصيلي ممنهج .

فبحث المناقصات في العقود المالية بين القانون الإداري والفقه الإسلامي، قد استوعب قراءة صور كثيرة مستحدثة في سياق المناقصات المعاصرة، وسلط الضوء على صيغها وشروطها، وحلل بنيتها من منظور الشريعة الإسلامية والقانون، وأجاب عن التساؤلات المثارة بشأنها، وهو يقدم ذلك بثوب فقهي تشريعي معاصر مليء بالمقارنات والمناقشات المفيدة، وعلى نسقه أتى بحث أثر تغير قيمة العملة على أداء الالتزام، فقد أتت مناسبته في إطار ما تشهده اقتصاديات الدول المعاصرة من تقلبات أثرت بصورة أو بأخرى على ثبات قيمة عملاتها الورقية، الأمر الذي يثير تساؤلات كثيرة حول الالتزام المتعلق بسداد الدين حالة تغير قيمة العملة، أهو التزام بالقيمة الاسمية للعملة الورقية، أو بالنظر إلى قيمتها من العملة المعدنية (الذهب أو الفضة) وقت تعلق الدين بالذمة، مع التركيز على معاملات البطاقة الائتمانية غير المغطاة، وقد قدمت هذه الدراسة بصورة منهجية تقارن بين الآراء الفقهية والقانونية، في ضوء تطبيقات واقعية .

وفي الجانب القانوني يقدم هذا العدد بحثاً يكشف الطابع الخصوصي للوساطة الإلكترونية في تعاملات سوق البورصة المعاصر، باعتبار الوساطة الإلكترونية آلية جديدة معتمدة لتعاملات هذا السوق، وقد ضمت هذه الدراسة جزأين، خصص الأول منهما لمناقشة جملة الالتزامات والحقوق التي يتحملها الوسيط الإلكتروني، وحقوق المستثمر، وخصص الثاني للتوصيف القانوني للوساطة الإلكترونية باعتبارها عملية خدمية مركزية، كما يقدم هذا العدد بحثاً آخر يعالج موضوع الحماية القانونية

للأصناف النباتية المهندسة وراثيا من خلال بيان مفهوم الأصناف النباتية في الاتفاقيات الدولية والتشريع الإماراتي، وقد خلص البحث إلى أن الأصناف النباتية المهندسة وراثيا تحظى بالحماية القانونية، وفقا لما جاء في التشريعات والاتفاقيات إذا ما توافرت فيها شروط معينة، فإذا ما توافرت هذه الشروط، فإن مربّي هذا الصنف يمنحون شهادة حماية تخولهم حقوقاً استثنائية إضافة إلى الحماية الجنائية والمدنية والوقتية، أما البحث الثالث في الجانب القانوني فقد جاء تحت عنوان مسؤولية الدولة الجزائية عن الجرائم الدولية، وهو بحث يثير العديد من الإشكاليات القانونية حول تحديد طبيعة هذه المسؤولية في إطار القوانين المحلية والدولية، ويدرس إجراءات تطبيقها، وهو يكتسب أهميته بكونه يعالج هذه القضية في ظل هيمنة العالم الأول المتقدم، على دول وشعوب العالم الثالث، وتدخله في مجريات أحداثها، وفرضه إيقاع حركته عليها .

أما فيما يتعلق بالدراسات القرآنية فقد تضمن هذا العدد بحثين، الأول عني باستعراض صور الكناية التي وردت في القرآن الكريم في معرض الحديث عن العلاقات الزوجية، وتحليل دلالاتها البلاغية، وبيان أثر ذلك في التربية النفسية والاجتماعية، وذلك في ضوء لجوء بعض الدارسين، والمحاضرين، والمقدمين المعاصرين للتصريح في تناولهم أحكام العلاقات الزوجية من غير كناية، في كثير من الكتب، وعلى لسان عدد من المفتين في الإذاعات المسموعة، والشاشات المرئية، والبحث الثاني تناول قضية كثر الكلام حولها في القديم وما زال أثره جليا في الحاضر، وهي مسألة الصفات الذاتية وتحرير القول فيها، بين منهجي التعطيل والتشبيه، ومنهج التفويض والتأويل، وقد ناقشت هذه الدراسة جميع الآراء الواردة بهذا الخصوص بموضوعية، وبيّنت منهج كبار العلماء وعامتهم في تحقيق ما يعتبر صفة ذاتية مما لا يعتبر، وما يفوض منها وما يؤوّل، مع بيان القواعد والأصول الحاكمة في ذلك .

والله نسأل القبول والنفع لمن كتب وأعدّ وقرأ، وهو الهادي سواء السبيل .

البحوث

المناقصات ومسائلها
بين القانون الإداري و الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة

د. عبد الحكيم أحمد محمد عثمان

أستاذ الفقه المعاصر بكلية الإمام مالك للشرعة والقانون - دبي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، أنعم علينا بالعقل وهداه، وأتم لنا الدين وأكلمه.

والصلاة والسلام على من أوتي جوامع الكلم، فأخبر بما كان وما سيكون إلى يوم القيامة، فصلّى الله عليه وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد :

فإن عصرنا الحاضر يشهد تغيرات كثيرة، وتطورات كبيرة وسريعة في كافة النواحي والمجالات، ومن أهم هذه التطورات والتغيرات ما يطرأ على النواحي الاقتصادية والمالية والمعاملات التجارية، فلقد أنشئت صور جديدة عديدة للتعاملات، واستخدمت طرق مستحدثة لإجراء وإتمام العقود والتجارات، ومن هذه الطرق الجديدة ما اصطلح عليه في القانون بالمناقصات، أو ما سماه البعض في الفقه الإسلامي "بعقد الاحتياط ودفع التهمة" (1).

وقد استحدثت المناقصات في الأصل لتكون أسلوباً شفافاً ونظيفاً للوصول إلى أفضل من تنطبق عليه الشروط والمواصفات اللازمة لقيام العقد المراد إبرامه بما يحقق الصالح العام للمجتمع، وقد حدد القانون الوضعي كيفية إجراء هذه المناقصات، والمراحل التي تتم بها، والشروط والضوابط اللازمة لقيامها.

وقد يظن ظان، أو يخطر ببال إنسان - عن جهل أو عن سوء ظن - أن الفقه الإسلامي سيقف عاجزاً أمام هذه الطريقة لا يعرف لها رسماً ولا معنى، ولا تكييفاً

(1) انظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري ج 1 ص 333. طبعة دار الذخائر، بيروت لبنان الطبعة الأولى.

يتماشي مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وبالتالي فلا يعرف المسلمون صوابها من خطئها، وحلالها من حرامها، ونسي هؤلاء أو تناسوا أن الله سبحانه وتعالى أخبر بأن نوره المتصل بالأرض، والهادي للناس جميعاً، سيظل ينير لمن تمسك به طريقه في كافة دروب الحياة، لأن الله سبحانه وتعالى لم يترك صغيرة ولا كبيرة إلا وبينها في القرآن الكريم إما تصريحاً وإما تلميحاً، فقال تعالى: {ما فرطنا في الكتاب من شيء} (2)، وقال سبحانه: {وما كان ربك نسياً} (3).

وقد بينت السنة الشريفة أحكاماً كثيرة من المعاملات - قديمها وحديثها - ووضعت الضوابط الرئيسة التي تجعل المعاملات صحيحة، وكان لرجال الفقه الإسلامي وأئمتهم آراؤهم التي تعدت عصورهم، فافترضوا مسائل لم تكن في واقعهم وأجابوا عنها، مما جعل للفقه الإسلامي رصيذاً كبيراً يواجه به ما يستجد من معاملات وعقود.

وقد كان يعاب على هؤلاء الفقهاء هذه الافتراضات بدعوى أنها ترف علمي، أو علم لا حاجة إليه، فجاء العصر الحاضر ليشهد تخيلات وافتراضات كان من المستبعد بل من المستحيل أو من الجنون التفكير فيها، فإذا بها تصير واقعا ملموساً.

فلو ظل المسلمون على ما كان عليه أئمتهم وسلفهم لسبقوا بعقولهم وافتراضاتهم ما يقع الآن وما يمكن أن يقع في المستقبل، ولكن للأسف الشديد نحن الآن نسير خلف ما تنتجه عقول الآخرين من أفكار ومعاملات وعقود لنبيين صحيحها من باطلها، وحلالها من حرامها. لذلك كان حتماً علينا أن نعمل العقول وندقق النظر ونقلب الأمور فيما جد وما يستجد من أشياء لنبيين حكم الدين فيها، لأنه لا يليق بهذا الشرع الكامل الذي من الله تعالى به على عباده، ورضيه لهم ديناً أن لا يكون له موقف من هذه المستجدات.

(2) سورة الأنعام من الآية رقم 38.

(3) سورة مريم من الآية رقم 64.

لذلك كله فقد وفقني الله لدراسة المناقصات التي انتشر التعاقد عن طريقها في العصر الحاضر، وقد اعتمدها القانون الإداري كوسيلة من وسائل التعاقد لنرى مسائلها فيه ثم كيفية حلها من منظور الفقه الإسلامي حتى يكون المسلم على بصيرة من دينه في نواحي حياته، وقد راعيت عرض ما ورد في القانون أولاً، ثم بيان موقف الفقه الإسلامي منه.

وقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تقسم إلى:

مقدمة، وقد اشتملت على أهمية الموضوع وأسباب اختياره وخطة البحث.

وتمهيد: وقد أشتمل على بيان معنى المناقصة وأنواعها وحكم التعاقد عن طريقها في الفقه الإسلامي. وأربعة مباحث هي:-

المبحث الأول: مسألة طبيعة الالتزام في المناقصة وثمرتها ذلك بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: مسألة حرية المنافسة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مسألة حرية المساواة بين المتناقصين في القانون والفقه الإسلام .

المبحث الرابع: مسألة الأوراق المطلوبة في المناقصة بين القانون والفقه الإسلامي

وخاتمة: وقد تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة

والله الموفق، وهو الهادي إلى سواء السبيل.

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه

دكتور/عبد الحكيم أحمد محمد عثمان

التمهيد

ماهية المناقصة وأنواعها وحكم التعاقد عن طريقها في الفقه الإسلامي

وقد تضمن :

أولاً : تعريف المناقصة وأنواعها

ثانياً : حكم التعاقد عن طريقها في الفقه الإسلامي

أولاً:- تعريف المناقصة وأنواعها.

(1) تعريف المناقصة في اللغة والقانون والفقه الإسلامي.

(أ) تعريف المناقصة في اللغة العربية (4)

المناقصة مشتقة من النقص أو هي مفعالة من النقص، وهو الخسران في الحظ أو الضعف، يقال أصابه نقص في عقله أو دينه، ومنه الحديث: " النساء ناقصات عقل ودين " (5) . وهو كالتناقص والنقصان ، وهو أيضاً اسم المقدار الذاهب من المنقوص، ويقال: نقص الشيء نقصاً ونقصاناً أي خس وقل، ويقال: نقص فلاناً حقه أي غمطه إياه، ويقال: " نقص الشيء " بالتشديد أي بالغ في نقصه، وانتقص الثمن أي سخطه، وفلاناً أي عابه، وتناقص الشيء أي نقص شيئاً فشيئاً . واستنقص الشيء أي عده ناقصاً أو نسب إليه النقصان، والنقيصة أي الخصلة الدنيئة وجمعها نقائص.

وفي القرآن الكريم ورد قوله تعالى: (أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَأْتِي الْأَرْضَ نَنْقُصُهَا مِنْ أَطْرَافِهَا وَاللَّهُ يَحْكُمُ لَا مُعَقَّبَ لِحُكْمِهِ وَهُوَ سَرِيعُ الْحِسَابِ) (6).

(4) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي ج 2 ص 332 طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة 1371هـ/1925م، المصباح المنير للفيومي ص 621 طبعة دار الفكر، المعجم الوجيز لنخبة من مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية والتعليم.

(5) صحيح البخاري ج 1 ص 116 باب ترك الحائض الصوم ، صحيح مسلم ج 1 ص 86 باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات

(6) سورة الرعد، الآية 41

وقوله تعالى: (أَفَلَا يَرَوْنَ أَنَّا نَأْتِي الْأَرْضَ نَنْقُصُهَا مِنْ أَطْرَافِهَا أَفَهُمُ الْغَالِبُونَ)(7). فإن من أحسن ما قيل في تفسير ذلك: أي ننقص حجم الكفر فيها بظهور الإسلام عليه يقول ابن كثير " والقول الأول أولى وهو ظهور الإسلام على الشرك قرية بعد قرية "(8). وقيل معناها ننقصها أي ننقصها بموت العلماء منها كما قال الشاعر:

الأرض تحيا إذا ما عاش عالمها متى يموت عالم منها يموت طرف
كالأرض تحيا إذا ما الغيث حل بها وإن أبي عاد في أكنافها التلف (9)
وكذلك ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: (قَدْ عَلِمْنَا مَا تَنْقُصُ الْأَرْضُ مِنْهُمْ)(10)
أي ما تأكل الأرض منهم (11).

(ب) تعريف المناقصة في القانون الوضعي

عرفها فقهاء القانون الوضعي بأنها:

" طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها
شروطاً، سواء من الناحية المالية، أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها (12) "

إلا أن هذا التعريف لم يخل من النقد من ثلاثة أوجه:

الأول: أنه غير مانع من دخول وسائل أخرى من وسائل التعاقد وذلك
كالمزايدة، فإنها أيضاً طريقة من طرق التعاقد تلتزم الإدارة فيها باختيار أفضل من

(7) سورة الأنبياء الآية: 45

(8) تفسير ابن كثير ج 2 ص 52، ج 3 ص 180

(9) المرجع السابق ج 2 ص 520

(10) سورة ق الآية: 5

(11) تفسير الجلالين ص 431، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان

(12) انظر الأسس العامة للعقود الإدارية للدكتور سليمان الطماوي ص 229، وكذلك انظر العقود

الإدارية في القانون الكويتي ص 76 للدكتور إبراهيم طه الفياض طبعة مكتبة الفلاح بالكويت ج 1

سنة 1981، وكذلك ترجمة العقود الإدارية ص 48

يتقدمون للتعاقد معها من الناحية المالية وهما معاً من عقود المنافسة النزيهة التي تساوي بين المتنافسين.

الثاني: أن هذا التعريف لم يقيد الإدارة في اختيار الأقل سعراً من بين المتنافسين، وهذا لا يؤدي إلى ما أراده المشرع القانوني من المناقصة، ولا يؤدي إلى الهدف المنشود من وراء المناقصة، فهو يسمح للإدارة بالتحايل والتلاعب بإرساء المناقصة على غير الأرخص أو الأقل سعراً بدعوى أنه ليس الأفضل في المواصفات الفنية ، على حين يفترض أن الداخلين في المناقصة في الأصل لابد أن يكونوا متساوين في الناحية الفنية (13).

الثالث: أنه قد تعرض لالتزام الإدارة للمناقصة فقط ولم يتعرض لالتزام الطرف الآخر، مع أنه هو الموجب في المناقصة، إذ إننا نفهم أن المناقص ملزم بما تقدم به من عرض لبيع سلعته أو تقديم خدماته ويبقى هذا الالتزام قائماً من ناحيته إلى أن ترسو عملية المناقصة.

ولذلك فقد عرفت المناقصة بتعريف آخر مقتضاه أنها:

" مجموعة الإجراءات التي يحددها القانون للإدارة عندما تريد الحصول على سلع، أو خدمات معينة، أو إنشاءات تحتاجها المرافق العامة، فتقوم بتوجيه دعوة إلى الجمهور لكي يتقدموا بعطاءاتهم متضمنة الأسعار والمواصفات والشروط الفنية الممكن تقديمها للإدارة ثم تقوم الإدارة باختيار العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً " (14).

ونرى أن يضاف إلى التعريف السابق حتى يكون دقيقاً عبارة أخرى هي " ويلتزم الطرف الآخر بما عرضه لحين رسو المناقصة " (15)

(13) انظر بحوث في الفقه المعاصر تأليف حسن الجواهري ج 1 ص 335

(14) انظر العقود الإدارية للدكتورين/ إبراهيم محمد علي، وجمال عثمان جبريل ص 256،

266، طبعة مطبعة الإخوة الأشقاء

(15) انظر بحوث في الفقه المعاصر ج 1 ص 336

ولقد نص قانون المناقصات والمزايدات الصادر في مصر برقم 9 لسنة 1983 في مادته الأولى على أن:

" يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها، ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية:

أ - المناقصة المحدودة .

ب - المناقصة المحلية.

ج - الممارسة.

د - الاتفاق المباشر.

وذلك في الحدود ووفقاً للشروط والأوضاع المبينة بهذا القانون والقرارات المنفذة له.

من هذا النص يتضح أن القانون قد اعتبر المناقصة العامة هي الأصل والقاعدة التي يجب على الإدارة اتباعها عند التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات للمواطنين، وكذلك المقاولات التي تُطلب لانتهاء الأعمال والإنشاءات، وأيضاً المقاولات التي تتم لإجراءات نقل الركاب وغيرها، والسبب في ذلك أنه يُفترض من خلالها الوصول إلي اختيار المناقص صاحب السعر الأقل وهو في نفس الوقت يتساوى مع غيره من حيث المواصفات الفنية وبذلك يتحقق الصالح العام للمجتمع، وهو الهدف الذي تسعى إليه الإدارة المناط بها حفظ المال العام.

(ج) تعريف المناقصة في الفقه الإسلامي

بادئ ذي بدء يجب أن نعرف أن المناقصة كوسيلة من وسائل التعاقد لم يرد لها ذكر في القرآن أو السنة أو في كتب الفقه، ولذلك فإن فقهاءنا الأجلاء لم يتعرضوا لها بالتعريف في كتبهم .

ولقد حاول بعض علماء الفقه الإسلامي المعاصرين أن يضع تعريفاً للمناقصة فعرّفها بأنها:

" طريقة بمقتضاها تلتزم الأطراف باختيار أفضل من يتقدم للتعاقد معها شروطاً " (16)

وعرفها آخر بأنها: إرساء العقد على أفضل العروض عند وجود العروض المتعددة في وقت واحد عرفاً " (17) .
وبناء على هذا التعريف فإن إرساء العقد في المناقصة قد يتضمن تملك عين كما إذا تعلقت المناقصة بتوريد سلعة من السلع، وقد يتضمن تملك منفعة كما إذا تعلقت المناقصة بالإجارة مثلاً، وقد يتضمن هذا الإرساء جعالة أو استصناعاً أو مزارعة أو غيرها.. وهكذا، فالمناقصة التي هي عبارة عن إرساء العقد على أفضل العروض ليست بنفسها تملكاً أو إجارة أو غيرهما، وإنما يكون التملك أو الإجارة أو المضاربة أو المزارعة أو السلم أو الاستصناع متضمناً للمناقصة.

والذي يدلنا على ذلك هو أن المناقصة لو كانت هي البيع أو الإجارة أو السلم أو الاستصناع أو الاستثمار للزم كون المناقصة مشتركاً لفظياً، وهو واضح البطلان، فلم يبق إلا أن يكون مفهوم المناقصة هو نفس إرساء العقد على أفضل العروض الذي يتضمن في كل مورد فائدة من الفوائد حسب ما يقتضيه متعلقه (18).

(2) أنواع المناقصات

تنقسم المناقصات وتتنوع بحسب الاعتبارات المرادة منها، فتقسم باعتبار نطاقها إلى مناقصة عامة أو مفتوحة، ومناقصة محدودة، ومناقصة محلية.

(16) انظر بحوث في الفقه المعاصر ج 1 ص 336

(17) انظر حكم المناقصات والتوريدات ص 3، 4 شبكة الانترنت عن طريق موقع شبكة الاستراتيجية لخدمة المتصفح العربي

(18) انظر المرجع السابق.

كما تنقسم باعتبار الطريقة التي تتم بها إلى مناقصة علنية، ومناقصة سرية أو بطريق المظاريف.

كما تنقسم باعتبار إرادة طرح المناقصة إلى مناقصة اختيارية، ومناقصة إجبارية.

كما تنقسم باعتبار موضوعها إلى مناقصات البيع والشراء، ومناقصات الاستصناع والسلم، ومناقصات لعقد الإجارة، ومناقصات لأجل الاستثمار.

أما المناقصة العامة أو المفتوحة: فهي المناقصة التي تلتزم فيها الإدارة بفتح باب التقدم للمناقصة لكل من يرغب في ذلك طالما أن شروط المناقصة متوافرة في حقه ويعتقد أنه قادر على تنفيذ العقد، وقد سميت بالمناقصة المفتوحة لأنها غير محددة بعدد معين من المتنافسين، وهي قد تكون محلية بمعنى أنها تقتصر على الأفراد أو الشركات داخل الدولة، وقد تكون مناقصة دولية أو خارجية فيتم الإعلان عنها في داخل الدولة وخارجها.

والمناقصة المحدودة:

هي المناقصة التي يقتصر حق الاشتراك فيها على عدد محدد من الأفراد أو الشركات المصرية أو الأجنبية تختارهم الإدارة مسبقاً أو بمناسبة عقد معين وتعتمد أسماءهم في سجلات أو كشوف وتدعوهم إلى التنافس فيما بينهم ويكون التعاقد بطريق المنافسة المحدودة في الحالات التي تتطلب قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين، سواء في داخل بلد معين أو خارجه، فيمن ثبت كفايتهم في النواحي الفنية والمالية، ويلزم توافر شروط حسن السمعة بشأنها كما ورد في المادة الثالثة من قانون المناقصات في القانون المصري.

وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من المناقصات عندما تريد القيام بمشروعات ضخمة تحتاج إلى درجة عالية من الخدمات الفنية، مثل إنشاء مطار جوي أو بحري أو محطة طاقة نووية أو توريد أجهزة علمية دقيقة وغيرها⁽¹⁹⁾.

وأما المناقصة المحلية:

فهي المناقصة التي يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين والموردين المحليين الذين تقرر جهة الإدارة المختصة التعامل معهم، ويتم التعاقد بهذه المناقصة فيما لا تزيد قيمته عن مبلغ معين وحدده القانون المصري بأربعين ألف جنيه، كما نصت بذلك المادة الرابعة من قانون المناقصات⁽²⁰⁾.

فأما المناقصة العلنية فهي: المناقصة التي يتم فيها طرح الصفقة في عملية علنية ويتم تقديم العطاءات فيها بشكل علني، فيحضر إليها كل من يرغب في الدخول فيها، ويدفع تأمين الدخول ثم تبدأ المناقصة فيعرف كل من يشترك فيها بالعطاء الذي يتقدم به غيره فينقص عنه إن بدا له ذلك حتى ترسو المناقصة على المتقدم بالأقل عطاء.

والمناقصة السرية أو بطريق المظاريف:

فهي المناقصة التي يتم الدخول فيها عن طريق تقديم العطاءات في مظاريف مغلقة، ولا يعلم بمدى العطاء فيها إلا من يتقدم به، ولا تفتح المظاريف إلا في اليوم المحدد لفتح المظاريف، وترسو المناقصة على من يكون عطاؤه أقل من غيره.

وأما المناقصة الاختيارية:

فهي المناقصة التي يتم الدخول فيها بإرادة الطرفين، كما إذا أرادت إدارة معينة شراء سلعة أو عمل شيء أو استئجار منفعة أو غيرها فطرحت المناقصة ليتم لها

(19) انظر العقود الإدارية ص 267، 268 للدكتور إبراهيم محمد علي والدكتور جمال عثمان جبريل.

(20) انظر: المرجع السابق.

ذلك، فيتقدم من تقدم من الأشخاص أو الشركات أو غيرهما ليقوم بهذه المناقصة بإرادته.

والمناقصة الإجبارية:

هي المناقصة التي يتم الدخول فيها بدون إرادة الطرفين أو أحدهما، وذلك كما إذا قامت الإدارة بطرح المناقصة بمقتضى حكم محكمة أو إذا تولى عملية المناقصة القضاء، أو كما إذا أجرتها المحاكم الحسبية جبراً عن الشخص.

مناقصة البيع والشراء: هي المناقصة التي تطرحها جهة الإدارة لشراء سلعة تريدها بمواصفات معينة، ويكون المتناقص فيها هو البائع.

ومناقصة الاستصناع والسلم: هي المناقصة التي تكون لشراء الغائب الموصوف الذي يسلم بعد مدة من الزمن، فتتعاقد الإدارة مع أفضل من يتقدم من الناحية المالية والإلزامية، فهي مناقصة سلم إذا كانت على سلعة لا بد من استلامها بعد الأجل، ومناقصة استصناع إذا كان المراد توريده هو عبارة عن شيء تم تصنيعه مع المواد الأولية التي يوفرها المستصنع.

ومناقصة لعقد الإجارة: وهي المناقصة التي تطرح لإنشاء مشروع معين على أن تكون مواد المشروع من الجهة الداعية إلى المناقصة أو تطرح المناقصة لاستئجار منفعة معينة.

ومناقصة لأجل الاستثمار: وهي المناقصة التي يكون أحد محاورها إما:

أ - عقد المضاربة.

ب - عقد المزارعة.

ج - عقد المساقاة.

فإن الممول في المضاربة الشرعية، وصاحب الأرض والبذر الذي يريد زراعة أرضه بنسبة من الربح، وصاحب الأصول الذي يرغب في أن يسقى غيره أصوله

المغروسة، قد يعقدون مناقصة لمن يكون شريكاً لهم في الربح، فيعلنون رغبتهم للتعاقد مع أفضل من يتقدم للشركة معهم⁽²¹⁾.

ثانياً: حكم التعاقد عن طريق المناقصة في الفقه الإسلامي

لا يوجد في كتب فقهاءنا السابقين كلام عن المناقصة لأنها وسيلة جديدة لم تكن موجودة في عصورهم كما ذكرت سابقاً، ولذا فلا يؤمل أن يكونوا قد تعرضوا لبيان حكمها ولكن يمكننا أن نعمل عقولنا في حكمها فيظهر لنا الحكم من خلال الأمور الآتية:-

أولاً: بما أن المناقصة قد تتضمن عقداً آخر ربما يكون عقد بيع أو سلم أو استصناع أو غيره، فيشملها العمومات الواردة في حل هذه العقود لأن الوسيلة تأخذ حكم الغاية، أو تتبع الغاية في حلها وحرمتها، وبالتالي فتشملها العمومات الواردة في القرآن والسنة من مثل قوله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ⁽²²⁾، وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض) ⁽²³⁾، وقوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ⁽²⁴⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم: (إنما البيع عن تراض) ⁽²⁵⁾ ولا يجوز إخراجها من مدلول تلك الأدلة لأنه استثناء أو تخصيص ولا يجوز ذلك إلا بدليل.

(21) انظر: حكم المناقصات والتوريدات ص 10 على شبكة الانترنت من موقع شبكة الاستراتيجية لخدمة المتصفح العربي.

(22) سورة المائدة، من الآية 1

(23) سورة النساء، من الآية: 29

(24) سورة البقرة، الآية: 29.

(25) صحيح ابن حبان ج11 ص 340، سنن ابن ماجه ج2 ص 737، سنن البيهقي ج6 ص 17.

(26) سنن الترمذي ج3/ص 522 باب ما جاء في بيع من يزيد قال أبو عيسى هذا حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان وعبد الله الحنفى الذي روى عن أنس هو أبو بكر الحنفى والعمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأساً ببيع من يزيد في الغنائم والموازيث وقد روى المعتمر بن سليمان وغير واحد من كبار الناس عن الأخضر بن عجلان هذا الحديث

ثانياً : إن المناقصات لهي صورة معكوسة من المزايدات التي فعلها الرسول صلى الله عليه وآله وسلم حين باع حلساً (غطاء) وقدحا وقال: من يشتري هذا؟ الحلس والقدح؟ فقال رجل: أخذتها بدرهم، فقال: من يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهمين، فباعهما منه فعن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع حلساً وقدحاً وقال: من يشتري هذا الحلس والقدح؟ فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من يزيد على درهم؟ من يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه (26) فهذا في شأن طلب الزيادة في السعر، والمناقصة في طلب النقص من السعر وإذا صح الأول صح الثاني.

ثالثاً: لقد نص فقهاؤنا الأجلاء على أن الأصل في المعاملات في الفقه الإسلامي هو الإباحة لقوله تعالى: (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) (27) فلا يمنع شيء إلا بنص صريح الدلالة صحيح الثبوت، ويبقى ما عدا ذلك على أصل الإباحة، فإذا خالفت المعاملة نصاً من كتاب أو سنة أو إجماعاً، أو مبدأ من مبادئ الإسلام أو مقصداً من مقاصده فإنها تُمنع وإلا فلا، وقد بين الإمام ابن تيمية أن فساد العقود في المعاملات قد يرجع في الغالب إلى أمرين: أولهما: الربا وما يؤدي إليه.

وثانيهما: الميسر وما يؤدي إليه وما في معناه كالغرر الفاحش، (28) ولم يقل أحد بوجود ذلك فيها.

رابعاً: من المعلوم أن المعاملات في الإسلام تجمع بين الثبات والمرونة، لذلك مثلاً فالربا والغش والاحتكار مهما اختلفت صورها، أو اتخذت أشكالاً أو أساليب

(27) سورة النحل، من الآية: 116

(28) مجموع الفتاوى ج 28 ص 386

متعددة ومتطورة فهي حرام منذ البعثة وإلى يوم القيامة، والبيع والتجارة في أصلهما حلال منذ البعثة وإلى يوم القيامة، ولكن نقودنا اليوم ليست كنقود عصر التشريع، ومن سلع اليوم ما لم يعرفه من كان قبل ذلك، واستحدثت أشكال يتعامل بها الناس في بيوعهم، ومن ذلك ما نحن بصدده من المناقصات التي يتوصل عن طريقها إلى الأقل سعراً والأفضل شروطاً فهي إذاً شكل جديد من صور التعامل لم يأت من النصوص ما يمنعه أو يحظره فيبقى على أصله من الإباحة إلى أن يظهر فيه ما يدخله في دائرة المحرم.

خامساً: ليس لأحد أن يقف عند شكل من التعامل قد كان في عصر سابق فيبيحه فقط، ويحرم ما عداه، مادام الشكل الجديد يخلو من المحذور، لأن الادعاء بأنه محرم قد يدخل صاحبه تحت قول الله تعالى: (قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أُذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ) (26). أو قوله تعالى: (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَتُفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) (27).

يقول الإمام ابن تيمية: والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه، كما لا يشرع لهم من العبادات التي يتقربون بها إلى الله إلا ما دل الكتاب والسنة على شرعه، إذ الدين ما شرعه الله، والحرام ما حرمه الله، بخلاف الذين ذمهم الله حيث حرّموا من دين الله ما لم يحرمه الله، وأشركوا به ما لم ينزل به سلطاناً، وشرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله " (28).

(26) سورة يونس، من الآية: 59

(27) سورة النحل، من الآية: 116

(28) مجموع الفتاوي ج 28 ص 386

سادساً : ذكر الله تعالى في كتابه العزيز أنه قد فصل لنا كل ما حرمه علينا فقال تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ) ⁽²⁹⁾ يقول ابن حزم: " فكل ما لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال بنص القرآن، إذ ليس في الدين إلا فرض أو حرام أو حلال فالفرض مأمور به في الكتاب والسنة، والحرام مفصل باسمه في القرآن والسنة، وما عدا هذين فليس فرضاً ولا حراماً، فهو بالضرورة حلال إذ ليس هناك قسم رابع " ⁽³⁰⁾

من كل هذا يتبين لنا أن الأصل في المناقصة هو الإباحة، فلا يحظر منها إلا ما كان مناقضاً لحكم الله تعالى، وحكم رسوله صلى الله عليه وآله وسلم، ولا يجوز أن يقال ما الدليل على إباحة هذه المعاملة بعد ما ذكرنا من الأصول العامة، وإنما نحن نقول لمن يُحرم هذه المعاملة ما الدليل على المنع أو الحظر أو التحريم، فهذا هو الأسلوب الذي نُقل صحيحاً عن سلفنا وأئمتنا، فإنهم ما كانوا ليطلقوا الحرام إلا على ما يتعين تحريمه قطعاً، يقول الإمام الشافعي: " فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعاً، إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أبحناء بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى " ⁽³¹⁾

وقال الزيلعي: " وصح بثمن حال، وبأجل معلوم، معناه إذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى: (وأحل البيع) ، من غير فصل ⁽³²⁾ .

بعد ذلك نقول: إن كان الأصل في المناقصة هو الإباحة فإننا سوف نتعرض لما يقترن بها أو يسبقها أو يلحقها من إجراءات وإشكاليات لنراها هل تكون مانعة من صحتها أم لا؟

(29) سورة الأنعام، الآية: 119

(30) انظر المحلى ج 9 ص 584 طبعة دار الفكر

(31) انظر الأم للإمام الشافعي ج 3 ص 2 طبعة دار المعرفة ببירות

(32) انظر تبیین الحقائق ج 4 ص 5

المبحث الأول

مسألة طبيعة الالتزام في المناقصة وثمرة ذلك بين القانون والفقه الإسلامي

المقصود بهذا هو أساس الالتزام في عملية المناقصة، هل هو ناتج عن كون المناقصة عبارة عن عقد له أركان وتترتب عليه آثار من بينها وجوب التزام المتناقصين به؟ أم أن الالتزام الناتج عنها هو التزام من قبل الإرادة المنفردة سواء من ناحية المقدم للعطاء أو من ناحية الإدارة الطارحة للمناقصة، وهذه هي الإشكالية الأولى في المناقصات.

وسأعرض لتصور القانون الوضعي لذلك أولاً، ثم أقوم بذكر رأي الفقه الإسلامي المعاصر فيها ثانياً، ثم بعد ذلك أقوم بذكر الثمرة المترتبة على ذلك، في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: التصور القانوني لطبيعة الالتزام في المناقصة.

المطلب الثاني: تصور الفقه الإسلامي لطبيعة الالتزام في المناقصة.

المطلب الثالث: ثمرة الخلاف حول طبيعة الالتزام في المناقصة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول

التصور القانوني لطبيعة الالتزام في المناقصة

اختلف فقهاء القانون الوضعي في تحديد أساس الالتزام في المناقصة بين المتعاقدين على رأيين :

الرأي الأول:

ذهب القائلون به إلى أن طبيعة الالتزام في المناقصة ناشئ عن التعاقد الذي يحدث بين الطارح للمناقصة والمقدم للعطاء فيها أي أن أساس الالتزام تعاقدية حيث

قالوا " إن الإدارة عندما تعلن عن المناقصة فإنها تعرض التعاقد على أساس شروط محددة " الإيجاب " وتقدم المقاول أو المورد بالعطاء يعتبر " قبولاً " لهذا العرض وبالتالي فإنه ينعقد به العقد، ومن ثم يكون التكييف القانوني لتقديم العطاء أنه قبول للعرض الذي تقدمت به الإدارة، وهذا القبول يترتب عليه تصوران:

أحدهما أنه ينعقد به عقداً أولياً منفصلاً عن العقد الأصلي " من بيع أو إجارة أو مقولة أو غيرها " وبالتالي يترتب عليه التزام المتقدم بالبقاء مدة معينة، أو إلى أن يُبَيَّن في المناقصة، ويكون الأساس القانوني للالتزام المتقدم بعطائه هو أساس تعاقدى مستمد من العقد الأول ذاته.

والتصور الثاني هو أنه ينعقد به العقد الأصلي ذاته، ويكون هذا العقد معلقاً على شرط واقف هو إرساء المناقصة على مقدم العطاء، وهنا يكون الأساس القانوني للالتزام المتقدم بعطائه أساساً تعاقدياً أيضاً ولكنه مستمد من الطبيعة القانونية للعطاء ذاته باعتباره قبولاً وليس إيجاباً (33).

مناقشة

لا حظ فريق من فقهاء القانون الوضعي أن فكرة الأساس التعاقدى للالتزام المتقدم لا تصلح لتبرير حق الإدارة في تجزئة الصفقة (34). وكذلك اعتماد إرساء المناقصة في جزء منها فقط (35). لأن العقد طبقاً لهذا الرأي يعتبر قد أبرم من قبل، أي منذ إيداع العطاء، كما أن الفكرة تتعارض مع إعطاء المتعاقد الحق في أن يسحب عطاءه في بعض الحالات، وبالتالي فهذا يدل على أنه لم يكن هناك عقد قد تم بين الطرفين.

(33) انظر: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية أحمد عثمان عياد ص 119 العقود الإدارية ص 303

(34) أي أن تعطي الصفقة لمتناقصين أو أكثر إذا تساوت عطاءاتهم

(35) كأن يعطى المقاول بعض الأعمال المطروحة في المناقصة

الرأي الثاني:

يرى أصحابه أن طبيعة الالتزام في المناقصة هي الإرادة المنفردة لمقدم العطاء، لأن ما صدر من الإدارة الطارحة للمناقصة ما هو إلا وعدٌ بالتعاقد فقط، وليس هو بالعقد، والوعد بالتعاقد ليس ملزماً للإدارة، وبالتالي فيبقى الالتزام الصادر من المقدم للعطاء " المناقص " " ساريا " إلى حين قبول الإدارة له ويقولون (36) " لقد استقر الفقه والقضاء على أن التزام المتقدم بالبقاء على إيجابه مصدره إرادته المنفردة، فهو من ناحية يلتزم بأن يتعاقد وفقاً لشروط معينة، ومن ناحية أخرى يلتزم بأن يبقى على إيجابه ملتزماً به لمدة معينة أو إلى أن يتم إرساء المناقصة، وأن العقد لا ينعقد إلا باعتماد الإرساء، وهذا الرأي هو الذي يفسر لنا جواز أن يتقدم المناقص الواحد بعطاءات متعددة في نفس المناقصة، والالتزام بالإدارة باختيار أصلح هذه العطاءات، ويأخذ المشرع المصري بهذا الرأي ويتضح ذلك من نص المادة 57 من اللائحة التنفيذية التي تقرر بأن يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء، بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الإدارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط، كما تستقر أحكام القضاء على مبدأ عدم جواز الرجوع في العطاء أو تعديله طول مدة سريانه، وقد قضت محكمة القضاء الإداري في هذا الصدد بأن " الإدارة إذا شهرت مزايده أو مناقصة بشروط معينة، ثم تقدمت عطاءات على أصلها فإن هذه العطاءات تعتبر إيجاباً ملزماً، ولا عبرة في ذلك بما يقال من أن صاحب العطاء لم يكن قد وقع على الاشتراطات، أو أنه لم يدرسها، ويترتب على العطاء أثر قانوني هام بالنسبة

(36) دكتور إبراهيم محمد علي، والدكتور جمال عثمان جبريل راجع كتابهما العقود الإدارية ص 304 طبعة 1955، 1996

لمقدمه، وهو ارتباطه بهذا العطاء، فلا يجوز له سحبه أو تعديله طالما لم يُبت فيه، وفي ذلك استثناء من القواعد العامة التي تحكم العقود، والتي تقضي بأنه يجوز سحب العرض المقدم طالما أن الرابطة العقدية لا تنشأ بالقياس إلى جهة الإدارة حتى بعد اختيار لجنة البت في العطاءات للمناقص، وأن اختيار المناقص عن طريق لجنة البت لا يعدو أن يكون اختياراً مؤقتاً ولا يصبح نهائياً إلا بعد صدور قرار باعتماده من جهة الإدارة المختصة ولا تبدأ التزامات الإدارة التعاقدية إلا من تاريخ قرار هذه المصادقة (37).

المطلب الثاني

تصور الفقه الإسلامي لطبيعة الالتزام في المناقصة

كما وجد خلاف في التصور القانوني لأساس الالتزام في المناقصة، فكان للفقه الإسلامي أيضاً في هذا التصور رأيان: أذكرهما بأدلتهم.

أولاً: الأراء:

أحدهما: يرى أن أساس الالتزام في المناقصة مترتب على كون المناقصة عقداً يترتب عليه أو ينتج عنه آثار من بينها الالتزام (38).

والثاني: يرى أن الدعوة الصادرة من الإدارة للمناقصة لا تعدو إلا أن تكون وعداً بالتعاقد، فهو التزام ابتدائي ليس في ضمن عقد فلا يكون ملزماً لها.

أما التقدم بالعطاء من المناقص فهو الذي يترتب عليه التزامه بما أقدم عليه، وعلى ذلك فإن المناقصة لا ترقى إلى كونها عقد له أركان، يترتب عليه التزام من كلا الطرفين (39).

(37) حكم محكمة القضاء الإداري ، السنة الحادية عشر، الطعن رقم 1408 بتاريخ 24 / 2 / 1957 بند - ص 230

(38) انظر: بحوث في الفقه المعاصر ص 336

(39) انظر: المرجع السابق وكذلك حكم المناقصات والتوريدات ص 6 على شبكة الإنترنت من موقع شبكة الاستراتيجية لخدمة المتصفح العربي

ثانياً: الأدلة

(أ) أدلة الرأي الأول

استدلوا على قولهم بأن المناقصة عقد له أركان، وهو يقع بين المقدم للعطاء والطارح للمناقصة، وتصوره عندهم هو أن المناقصة عقد يتضمن عقد بيع "توريد أو سلم" أو "إجارة" أو استصناع "أو" استثمار "الموجب فيه هو البائع الذي هو المورد أو المسلم أو المقاول، أو المستثمر أو المستصنع، والطارح للمناقصة هو القابل الذي هو عبارة عن المشتري للبضاعة أو المسلم إليه ما اتفق عليه، أو المستأجر أو صاحب المال في عملية الاستثمار "الإدارة"

وقد استدلوا على ذلك بما يأتي:

أولاً: إن الالتزام بين الموجب والقابل قد وصل إلى حد التعهد إلى الغير بحيث رتب الغير عليه أثراً "تعهد المناقص بالبقاء على إيجابه، وتعهد الإدارة بقبول التعاقد مع الأفضل من الناحية المالية ومن ناحية المواصفات والشروط" فصار بذلك عقداً مستقلاً يجب الوفاء به، ونتج عنه التزام من الطرفين، ووجدت له صيغة بينهما فتمت بذلك أركان العقد.

ثانياً: لقد اشترط في عملية المناقصة التزام الداعي إلى المناقصة باختيار أحد العروض، والتزام المتناقص بالبقاء على التزامه لحين رسو المناقصة، وهذا الاشتراط قد وقع ضمن عقد بيع المعلومات التي تتطلبها المناقصة، فحصل الالتزام بناء على ذلك بين المتعاقدين، وبالتالي فيكون ذلك ملزماً لكليهما، ويكون العقد الأصلي قد توقف على إتمام الشرط من كلا المتعاقدين، فإذا تم الشرط تم العقد.

مناقشة

نوقشت هذه الأدلة: بأنها لا تصلح أساساً للتعاقد لما في ترتب العقد عليها من الغرر، وهو يمنع التعاقد الصحيح، وذلك لأن الداعي إلى المناقصة إذا كان قد التزم باختيار أفضل من يتقدم للتعاقد معه، فإنه لا يعلم المقدار الذي يقع التعاقد عليه في الخارج، أي لا يعلم الثمن الذي سيدفعه في مقابل التعاقد، فيكون ذلك التزاماً يشوبه الغرر المنهي عنه حيث روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر " (40) وقد عُرّف بيع الغرر بأنه البيع الذي لا يحيط بكنهه المتعاقدون من كل وجه فهو المجهول (41)

رد المناقشة

رد على هذه المناقشة بأربعة أمور هي:

(1) لا نسلم أن الغرر الذي منعه الحديث هو الجهالة، بل الغرر عبارة عن عدم معرفة حصول الشيء من عدمه، كالطير في الهواء والسماك في الماء، وهذا يختلف عن المجهول الذي معناه " ما علم حصوله مع جهالة صفته "

(2) لو سلمنا بأن الغرر المنهي عنه في الحديث يشمل الجهالة أيضاً، فإن الجهالة المنهي عنها هي التي تؤدي إلى منازعة بين المتعاقدين، أما إذا كانت غير مؤدية إلى ذلك فلا تمنع من صحة التعاقد، وقد دلت على ذلك روايات كثيرة دالة على عدم الضرر في وجود غرر " جهالة " لا تؤدي إلى المنازعة كما في بيع شيء من الحليب في الاسكرجة مع ما في الضرع، وبيع السمك في الأجمة مع القصب الظاهر، وأمثال ذلك من البيوع التي فيها جهالة واضحة إلا أنها لا تؤدي إلى منازعة بين المتعاقدين.

(40) صحيح مسلم ج3 ص1153 باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر.

(41) ابن الأثير في النهاية ج 3 ص 355

(3) مع تسليمنا بأن الغرر يشمل كل جهالة، فهو إنما يضر إذا كانت هذه الجهالة في العقد، وهنا فإن الجهالة ليست في العقد، وإنما هي في الشرط، فإن المباع والمستأجر هنا ليس فيهما جهالة عند تمامية البيع أو الإجارة، وإن كانت الجهالة موجودة عند إنشاء القبول، فلا جهالة في العقد عند إبرامه.

(4) لما كانت المزايدة صحيحة مع وجود الغرر الذي لا يضر لأن البائع فيها حين عرض سلعته للبيع كان لا يدري بكم يكون الثمن ومع ذلك صح البيع عن طريقها، فكذا الحال هنا لأن المشتري " الإدارة " تريد الشراء ولا تعلم الثمن، وحينئذ يكون الالتزام بمثل هذه المعاملة صحيحاً، لأن الالتزام بالصحيح صحيح (42).

وبناء على هذا الرأي تكون المناقصة عقداً مستقلاً بنفسه، أو هي عقدٌ تضمن عقداً آخر يختلف باختلاف الموضوع ويسمونها " بعقد العقود المجتمعة " أو العقد الجامع للعقود " .

وتكون أركانه عبارة عن : -

(1) المناقص " بكسر القاف " وهو الموجب الذي يعرض سلعة موصوفة، أو عملاً محدداً بسعر محدد، أو غيرهما، لأن الإيجاب هو تملك السلعة أو المنفعة أو العمل كما في عقود المقاولات.

(2) المناقص " بفتح القاف " وهو القابل الذي يختار بين العروض المقدمة ثم يختار أفضل العروض، لأنه هو الذي يملك الثمن، إلا أن تملكه للثمن تبقي لتمليك السلعة أو المنفعة أو العمل .

(3) الصيغة والتي هي الإيجاب والقبول وهي تتم عندهم بصورتين:

(42) انظر: بحوث في الفقه المعاصر ج 1 ص 337

الأولى: أن يتقدم الإيجاب، وهو عرض السلعة أو العمل الموصوفين بثمن معين، ثم يأتي القبول من المشتري على أفضل العروض .
الثانية: قد يتقدم القبول بقول المشتري " أنا أشتري سلعة أوصافها معلومة " أو " استأجر عاملاً لعمل معين باختيار أفضل العروض " ثم يأتي العروض فيختار أفضلها، وبما أنه لا يشترط عند جمهور الفقهاء تقدم الإيجاب على القبول⁽⁴³⁾، فيجوز أن يتقدم القبول ولكن بلفظ " اشتريت " أو " استأجرت " فيمكن أن يأتي الإيجاب بعد هذا القبول بلفظ " بعت " فيتم العقد⁽⁴⁴⁾ .

أدلة الرأي الثاني

استدل الرأي الثاني على قوله بأن المناقصة ليست بعقد، وإنما هي وسيلة للعقد، فهي تشبه الصيغة فقط بما يأتي:

أولاً: من شروط العقد أن يكون الثمن والمثمن معلومين وقت التعاقد، وهذا لا يكون في المناقصة، حيث إن الثمن الذي ستوافق عليه الإدارة غير معلوم، وأيضاً فإن المثلث الذي هو عبارة عن السلعة أو المنفعة أو العمل أو غيرهما ليس معلوماً ولا حاضراً وقت التعاقد، وبالتالي لا يصح العقد.

ثانياً: إن الفعل الصادر من الجهة الطارحة للمناقصة لا يصلح كونه إيجاباً أو قبولاً، وذلك لأنه وعد بالتعاقد فقط، وهو غير ملزم لها، وبناء على ذلك فإن لها الحق في إلغاء المناقصة أو العدول عنها، أو أنها في بعض الأحوال لها ألا تتعاقد مع الأقل عطاء، وتتجاوزته إلى من هو أعلى منه حين تعرض لها أمور تستدعي ذلك، كما لو كان الأقل عطاء غير ثقة، أو غير مأمون التنفيذ أو غير ذلك، وبناء

(43) انظر: بحوث في الفقه المعاصر ج 1 ص 337، وكذلك حكم المناقصات والتوريدات المرجع السابق ص 7

(44) انظر: مواهب الجليل على مختصر خليل للحطاب ج 8 ص 104، مغنى المحتاج على شرح المنهاج للخطيب الشربيني ج 2 ص 2، المقنع لابن قدامة ج 2 ص 1

عليه فلم يرتق الفعل الصادر من الإدارة إلى كونه إيجاباً أو قبولاً، وبالتالي فلم ترتق عملية المناقصة إلى كونها عقداً .

الترجيح

بعد ذكر الآراء وأدلتها أستطيع القول:

إن هذا الخلاف يمكن أن يكون قد بني على الخلاف في تعريف العقد نفسه عند الفقهاء وذلك لأن جمهور الفقهاء يعرفون العقد بأنه: الربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما (45) .

وعرفه البعض الآخر بأنه: الالتزام الشرعي سواء تم هذا الالتزام بإرادة واحدة أو بمجموع إرادتين (46) .

فمن نظر إلى التعريف الأول للعقد قال بأن المناقصة لا تصلح لأن تكون عقداً، لأن الفعل الصادر من الإدارة ليس التزاماً منها، ومن نظر إلى التعريف الثاني للعقد قال بأنها تصلح لأن تكون عقداً حتى ولو كان الالتزام صادراً فيه من جهة واحدة وهي الجهة المقدمة للطاء .

ولكني أرى أن عملية المناقصة يمكن أن تكون صيغة للتعاقد، أو هي صيغة من صيغ التعاقد التي استحدثت في العصر الحاضر، فهي وسيلة للدلالة على التعاقد، لأن الفقهاء عندما تعرضوا لبيان الصيغة قالوا بأنها هي التي تظهر الرضا بالتعاقد، لأنه لما كان الرضا أمراً خفياً لا يطلع عليه بعد الله سوى صاحبه، استلزم ذلك أن يناط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه فكان السبب هو الصيغة، وعملية المناقصة هي التي تدل على الرضا في العقود التي تجري عن طريقها ويشترط فيها ما سنوضحه من شروط وإجراءات فيما بعد .

(45) انظر: الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص 199

(46) انظر أحكام القرآن للجصاص ج 1 ص 294، 295.

فإذا كان الفقهاء قد ذكروا أن الصيغة تكون باللفظ الذي يدل على الإيجاب والقبول، فإنهم أيضاً قد ذكروا وسائل أخرى قد تقوم مقام اللفظ مثل الكتابة والإشارة والمعاطاة " مع الاختلاف بينهم في كل منهم " فإنني أستطيع أن أقول أن المناقصة يمكن أن تضاف إلى هذه الوسائل لكي تعبر عن الرضا بالعقد الذي من أجله قامت عملية المناقصة، وإن كانت هذه العملية قد تدل على المستقبل، فإن جمهور فقهاء المالكية والشافعية وغيرهم قد ذهبوا إلى أن صيغة الأمر إذا وجدت معها قرينة تدل على إنشاء العقد فهي صالحة لأن يعقد العقد في الحال (47) .

المطلب الثالث

ثمرة الخلاف في طبيعة الالتزام في المناقصة بين القانون الوضعي و الفقه

الإسلامي

تظهر ثمرة الخلاف حول طبيعة الالتزام في المناقصة في المسائل الآتية:
أولاً: ما يتحقق به الإيجاب والقبول فيها.
ثانياً: مدى لزوم الإيجاب للمناقص فيها.
ثالثاً: مدى التزام الإدارة بالتعاقد مع الأقل عطاء.
رابعاً: مسقطات الإيجاب في المناقصة.
وسوف أقوم ببيان كل مسألة من هذه المسائل في فرع مستقل على النحو التالي:
الفرع الأول

ما يتحقق به الإيجاب والقبول في المناقصة

تبدو هذه الثمرة قائمة مع الرأي القائل بأن طبيعة الالتزام في المناقصة ناتجة عن كونها عقداً له إيجاب وقبول، فهو يفترض أن المناقصة تشتمل على إيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر، ولكن تثور هنا مسألتان في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وهما:

(47) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج 2 ص 16، ومغني المحتاج ج 3 ص 5

المسألة الأولى: من يصدر الإيجاب ومن يصدر القبول فيها.

المسألة الثانية: صيغة الإيجاب والقبول فيها.

المسألة الأولى

من يصدر الإيجاب ومن يصدر القبول في المناقصة

المراد بذلك معرفة من الذي يصدر عنه الإيجاب في المناقصة هل هو المناقص الذي يقدم العطاء وفق الشروط والمواصفات بأقل الأسعار، أو الإدارة الطارحة للمناقصة، وكذلك الحال بالنسبة للقبول.

وللحكم على ذلك لا بد أولاً من أن نعرف أن هناك حكماً آخر مختلفاً فيه بين الفقهاء تتوقف عليه معرفة هذا الحكم ألا وهو معنى الإيجاب والقبول عند الفقهاء، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين وهما:

الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى أن الإيجاب: هو ما يصدر عن المملك وهو الشخص الذي يكون منه التملك كالبائع والمؤجر، ولا يشترط أن يصدر عندهم قبل القبول؛ فإذا صدر بعده صح .

والقبول: هو ما يصدر عن الشخص المملك، أي من سيشترى السلعة أو ينتفع بالعين المؤجرة مثلاً، ولا يشترط فيه أيضاً أن يصدر ثانياً، أي بعد الإيجاب، فإذا صدر قبله صح .

وقد ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة (48) وبناء على هذا الرأي يكون الإيجاب في المناقصة هو ما صدر من المقدم للعطاء " المناقص " بكسر القاف فهو الشخص الذي يكون منه تملك المبيع أو القيام بالعمل،

(48) انظر شرح الحطاب على مختصر خليل ج 8 ص 104، مغنى المحتاج ج 2 ص 2 ، المقنع ج 2 ص 1

ويكون القبول هو ما يصدر من الجهة الطارحة للمناقصة لأنها هي التي ستمتلك السلعة أو المنفعة أو العمل أي " الإدارة " .

الرأي الثاني:

وقد ذهب أصحابه إلى أن الإيجاب هو: ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين سواء أكان هو البائع " المملك " ، أو صدر من المشتري " الممتلك " .

والقبول: هو ما يصدر ثانياً من أحد المتعاقدين سواء صدر من البائع أو صدر من المشتري وقد ذهب إلى هذا الحنفية والزيدية (49) ..

وبناء على هذا الرأي حتى نعرف أيهما الإيجاب والقبول في المناقصة فلا بد من الرجوع إلى طبيعة الالتزام فيها، فإن كان أساسها التعاقد بين الإدارة والمقدم للعطاء، فيكون طرح المناقصة من جهة الإدارة إيجاباً، ويكون تقدم المناقص بالعطاء قبولاً، وقد أخذ بذلك القانون المدني التونسي حيث نص في المادة 36 منه على أن " عرض الشيء للمزايدة يعتبر إيجاباً يقبله من وقفت عليه المزايدة، والواقف عليه السوم ملزم بالوفاء به إذا رضي البائع بالثمن المبذول " .

وأما إذا كانت طبيعة الالتزام في المناقصة أساسها الإرادة المنفردة للمتقدم بالعطاء، على اعتبار أن الفعل الصادر من الإدارة ليس إلا مجرد وعد بالتعاقد وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء المصري، فإن ما يصدر عن المقدم للعطاء " المناقص " يعتبر هو الصادر أولاً، وبالتالي يصبح هو الإيجاب، وما يصدر عن الإدارة من إرساء المناقصة على أحد المتناقصين هو القبول. وقد نصت المادة 99 من القانون المدني المصري على ذلك بقولها " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسوم

(49) انظر فتح القدير ج 2 ص 248 ، 249، متن الأزهاري ج 2 ص 309

المزاد (50) وأخذ القضاء المصري بذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المصرية بأن العطاء الذي يتقدم به شخص في بيع يجري بالمزاد العلني أمام المجلس الحسبي، ثم يعدل عنه قبل موافقة المجلس يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس، ويجوز على ذلك العدول عنه قبل القبول⁽⁵¹⁾.

فيتضح لنا أن الإيجاب في الفقه الإسلامي بناء على رأي جمهور الفقهاء يتفق مع القانون المدني، فما استقر عليه الفقه والقضاء من حيث إن الإيجاب هو ما يصدر عن المملك أو ما يصدر أولاً بناء على أن طبيعة الالتزام في المناقصة هي الإرادة المنفردة، ويكون القبول بناء على ذلك هو ما يصدر عن الإدارة، ويكون أيضاً الإيجاب والقبول عند الحنفية والزيدية متوافقاً مع ذلك أيضاً على اعتبار أن المناقصة كما استقر عليه الفقه والقضاء في القانون الوضعي ناتجة عن الإرادة المنفردة فيكون الإيجاب هو الصادر أولاً والقبول هو الصادر ثانياً، ولكن يختلف الأمر عندما نقول بأن طبيعة الالتزام في المناقصة ناشئ عن كونها عقداً، فهنا يختلف الفقه الإسلامي بناء على رأي الحنفية والزيدية مع القانون الوضعي لأن ما يصدر في هذه الحالة أولاً هو الفعل الصادر عن الإدارة فيكون هو الإيجاب والقبول هو ما سيصدر عن المقدم للعطاء.

أما بالنسبة لرأي جمهور الفقهاء فهو لا يختلف مع القانون حتى ولو كانت طبيعة الالتزام في المناقصة ناشئة من كونها عقداً لأن الإيجاب سيصدر عن المملك وهو في المناقصة المقدم للعطاء، والقبول سيصدر عن المملك وهو في المناقصة "الإدارة" سواء صدر أيهما أولاً أو ثانياً.

(50) انظر: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها للمستشار أنور طلبة ج 8 ص 584

(51) انظر محكمة استئناف مصر في 14 فبراير سنة 1935 المحاماة 15 رقم 317 ص 372

المسألة الثانية:

صيغة الإيجاب والقبول في المناقصة

تكون صيغة الإيجاب في المناقصة بناء على رأي جمهور الفقهاء في معنى الإيجاب والقبول هو أن يقول المناقص " المالك للسلعة أو المؤجر للمنفعة أو القائم بالعمل " بعت أو أجرت أو وافقت على الشيء الموصوف بكذا بسعر كذا.

وسواء صدر منه ذلك أولاً أو ثانياً، وهو في القانون يكون الصادر أولاً، ويتمشى ذلك أيضاً مع الفقه الحنفي والزيدي على اعتبار أن طبيعة الالتزام هي الإرادة المنفردة، وتكون صيغة القبول بناء على رأي الجمهور من الفقهاء أيضاً هي: أن تقول الإدارة مثلاً " وأنا اشتريت السلعة الموصوفة بكذا بأقل الأسعار المعروضة عليّ أو أستأجر عاملاً لعمل معين باختيار أفضل العروض " ثم تأتي العروض فتختار أفضلها، وسواء كان هذا القبول صادراً منها أولاً أو ثانياً عند جمهور الفقهاء، ويتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في ذلك حيث إنه يعتبر القبول هو الصادر من الإدارة وإذا كان هو الصادر ثانياً ستنتم موافقة المذهب الحنفي والزيدي على اعتبار أن الإرادة المنفردة هي طبيعة الالتزام في "المناقصة".

الفرع الثاني

مدى لزوم الإيجاب للمناقص في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

بناء على ما استقر عليه الرأي في الفقه والقضاء في القانون الوضعي، وأيضاً بناء على رأي الفقهاء من أن الإيجاب هو ما يصدر عن المناقص في المناقصة باعتباره أنه هو المملك لما يتناقص عنه، وأيضاً بناء على رأي الحنفية والزيدية في حال صدوره أولاً، فما هو مدى هذا الإيجاب للمناقص، بمعنى هل له أن يرجع عنه بعد صدوره منه أم لا؟

لقد وجد رأيان في هذه الحكم في الفقه الإسلامي وقد أخذ القانون المدني بأحدهما، وسوف أقوم ببيان كلا الرأيين وأدلتهما:

الرأي الأول

يرى وجوب استمرار التزام المناقص بإيجابه إلى حين صدور القبول من الجهة الطارحة للمناقصة، ولا يعطيه الحق في الرجوع عنه، وقد ذهب إلى هذا المالكية في الفقه الإسلامي، حيث جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما نصه " وللبيع إلزام المشتري في بيع المزايدة ولو طال الزمان، أو انفض المجلس، حيث لم يجر العرف بعدم إلزامه، كما عندنا بمصر من أن الرجل إذا زاد في السلعة وأعرض عنه صاحبها أو انفض المجلس فإنه لا يلزمه بها، وهذا ما لم تكن السلعة بيد ذلك المشتري، وإلا كان لربها إلزامه بها (52) ، وهو ما أخذ به القانون المدني فأوجب على المناقص الالتزام بإيجابه إلى حين صدور القبول من الجهة الطارحة للمناقصة، لأن مقتضى حكم المادة 39 من لائحة المناقصات والمزايدات تقضي بأنه منذ أن يُصدر مقدم العطاء عطاءه يظل ملتزماً به حتى ولو كانت المناقصة تتم من خلال مظاريف مغلقة وتجمع هذه المظاريف ثم تفحص العطاءات المقدمة لإرساء المناقصة، فإن المناقص ملتزم في كل هذه المراحل بالبقاء على إيجابه حتى يأتي الميعاد المتفق عليه لإرساء المناقصة حتى ولو كان هناك فاصل كبير بين الإيجاب والقبول حتى يتم القبول لها (53) .

وقد عللوا هذا الرأي بأمرين:

الأول: أنه يوجد في المناقصة التزام بين الأطراف المتناقصة على إرساء العقد على أفضل العروض، وهذا معناه عدم جواز رجوع صاحب العرض عن عرضه " أي عدم جواز رجوع الموجب عن إيجابه " .

(52) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 3 ص 5، مواهب الجليل ج 4 ص 237، المنتقى شرح الموطأ للإمام الباجي ج 5 ص 101

(53) انظر حكم محكمة القضاء الإداري السنة الحادية عشرة الطعن رقم 1408 بتاريخ 24 / 2 / 1957 بند 159 ص 230 وقد تم ذكره سابقاً

وعدم جواز اختيار المشتري غير العرض الأفضل بحجة من الحجج إلا أن يُشترط جواز ذلك له صريحاً، وهذا الالتزام المتبادل بين المتناقضين مستفاد من مفهوم المناقصة التي هي إرساء العقد على أفضل العروض، وقد قبل به كل الأطراف وأقدموا عليه ورتبوا أثراً على ذلك، فإن هذه الالتزامات التي تكون متبادلة ويرتب عليها الأثر تكون ملزمة للطرفين حسب الأدلة الشرعية في وجوب الوفاء بالشروط والالتزامات⁽⁵⁴⁾.

الثاني: إننا لو لم نلزم المناقص ببقائه على إيجابه إلى حين صدور القبول لكان ذلك مؤدياً إلى الإخلال بأصل المناقصة، وعدم جريانها على أسس صحيحة، لأن المناقص المتقدم بالأقل سعراً إذا تراجع بعد تقدمه بالعطاء وانتهاء ميعاد عملية المناقصة فإن ذلك سيؤدي إلى عدم الجدية المطلوبة في المناقصة مما سيؤدي إلى انهيارها، لأنها ستصبح بلا فائدة، فكان لابد من أن يلتزم المناقص بإيجابه إلى حين صدور القبول من الإدارة له .

الرأي الثاني

يرى أن الإيجاب الصادر من جهة المناقص غير ملزم له، بحيث يصح له الرجوع عنه قبل صدور القبول من الجهة الطارحة للمناقصة فإن رجع عنه قبل صدور القبول سقط الإيجاب ولم يترتب عليه الالتزام بإتمام العقد، وقد ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيديّة⁽⁵⁵⁾.

وقد عللوا ذلك: بأن الإيجاب بعد صدوره من المناقص وإلى أن يتم القبول لم يترتب عليه العقد بعد فهو لا ينشأ إلا بعد التقاء القبول بالإيجاب وذلك لأننا قبل

(54) انظر: حكم المناقصات والتوريدات ص 5 على شبكة الإنترنت من موقع الاستراتيجية لخدمة المتصفح العربي

(55) انظر : بدائع الصنائع ج 5 ص 134، مغنى المحتاج ج 2 ص 43، كشاف القناع ج 3 ص 146، 147، التاج المذهب ص 321

صدور القبول بين أمرين أحدهما: أن الشخص الموجب مازال مالكاً للشيء المتناقص عليه فهو مازال في ملكه، وقد أجاز للطرف الآخر الذي سيصدر منه القبول التملك لهذا الشيء بهذا الإيجاب.

والأمر الثاني: أنه قد أصبح للجهة المنتظر منها القبول حق التملك لهذا الشيء بمقتضى الإيجاب الصادر من مالكة، فهنا نحن بين حق الملك المتوفر للمناقص فعلاً لهذا الشيء، وبين حق التملك الذي سيحصل للجهة القابلة له، وحق الملك مقدم على حق التملك، إذ هو أقوى منه، لأن حق الملك ثابت لصاحبه بطريق الأصالة، وحق التملك لا يثبت إلا برضا الموجب وبالتالي فيُقدم حق التملك، وهذا يُنتج جواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر (56).

ولكنني أرى أن الرأي الأول هو الأصح، وذلك لأن الموجب قد دخل في المناقصة على أساس أن يلتزم بإيجابه إلى حين صدور القبول من الطرف الآخر، وظروف الحال في المناقصة قاضية بذلك حتى تتم عملية المناقصة بالجدية المطلوبة فيتحقق الهدف المنشود منها.

الفرع الثالث

مدى التزام الإدارة بإتمام عملية المناقصة وبالتعاقد مع الأقل عطاءً بين

المتناقصين في القانون والفقه الإسلامي

يشير هذا العنوان سؤاليين لا بد من الإجابة عليهما وهما:

السؤال الأول: هل يجب على الجهة الطارحة للمناقصة أن تلتزم باستكمال عملية المناقصة، أم يجوز لها أن تقوم بإلغائها؟

(56) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ج 4 ص 112، طبعة مؤسسة الرسالة، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان ص 252

والسؤال الثاني: هل يجب على الإدارة أن تلتزم بالتعاقد مع الأقل عطاء من قبل المتناقصين، أم يجوز لها أن تعدل عنه إلى من هو أعلى منه عطاء؟
وللإجابة على هذين السؤالين لا بد من أفراد كل منهما في غصن مستقل على النحو التالي:

الغصن الأول:

مدى التزام الإدارة بإتمام عملية المناقصة.

الغصن الثاني:

مدى التزام الإدارة بالتعاقد مع المتناقص الأقل عطاء.

الغصن الأول:

مدى التزام الإدارة بإتمام عملية المناقصة

لما كان القبول في المناقصة هو ما يصدر عن الجهة الطارحة للمناقصة وذلك بناء على رأي جمهور الفقهاء باعتبارها هي السلطة المتملكة " أي التي سيصير إليها الملك " وكذلك بالنسبة لما استقر عليه الفقه والقضاء في القانون المدني، ويتفق مع ذلك الحنفية والزيدية في حال ما إذا كان صدور القبول متأخراً عن الإيجاب فإن كل ذلك يقودنا إلى أن نقول:

هل لا بد من صدور القبول من الجهة الطارحة للمناقصة أم يجوز لها أن تتراجع عن إصدار هذا القبول؟

تُبنى معرفة هذا الحكم على الاختلاف في طبيعة الالتزام في المناقصة، فإن كانت طبيعة الالتزام تعاقدية فيكون ما صدر عن الإدارة من طرحها للمناقصة هو القبول وقد تقدم الإيجاب وهو الأصح عند جمهور الفقهاء ويتمشى مع أحد الرأيين

في القانون الإداري، وبالتالي فإنه يجب على الإدارة الالتزام بهذا القبول إلى حين صدور الإيجاب من الطرف الآخر ويكون التعليل لهذا الحكم هو نفس التعليل الذي سقناه في وجوب التزام الموجب بإيجابه إلى حين صدور القبول.

وإن كانت طبيعة الالتزام في المناقصة هي الإرادة المنفردة للمناقص " الموجب " فقط فيكون الفعل الصادر عن الجهة الطارحة للمناقصة ما هو إلا وعد بالتعاقد ويكون حكمه في القانون الإداري أنه غير ملزم لها بإتمام عملية المناقصة حيث لا يتوفر فيه إرادة الالتزام بين طرفين فهو وعد بالتعاقد من جانب واحد⁽⁵⁷⁾. ولذلك فقد نصت المادة 17 من قانون المناقصات على أنه:

" تلغى المناقصة بعد النشر عنها أو الدعوة إليها وقبل البت فيها بقرار من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائياً، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما يجوز إلغاء المناقصة في الحالات الآتية:

(أ) إذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتحفظات.

(ج) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة السوقية، كما تنص المادة 33 من اللائحة التنفيذية على " أن تلغى المناقصة في الحالات المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة، كما يجوز بموافقة السلطة قبول العطاء الوحيد بشرطين:

1 - أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو ألا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها.

(57) انظر: مجلة العلوم الإدارية السنة 32 العدد الثاني ديسمبر 1990 ص 196 - 197 حيث جاء فيها: فإذا كان الوعد بالتعاقد في القانون الخاص يعتبر عقداً، فإن الآخر على خلاف ذلك في القانون الإداري، ذلك أن الوعد بالتعاقد في القانون الإداري هو وعد بالتعاقد من جانب واحد وهو الأمر الذي يميزه عن الوعد بالتعاقد في القانون الخاص

2 - أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر.

فظهر لنا بذلك أن القانون قد أجاز للجهة الطارحة للمناقصة إلغائها وعدم إتمامها، وبالتالي فلا تكون ملزمة بإتمام عملية المناقصة، ولا تُلزم بإصدار القبول الموافق للإيجاب.

أما في الفقه الإسلامي فإن حكم الوعد بالتعاقد يدور على أربعة أقوال للفقهاء، وقد جمعها الدكتور/ محمد عثمان شبير في كتابه المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي فقال (58) :

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في قول إلى أن الوعد ملزم ديناً، وغير ملزم قضاءً، وذلك لأن الوعد تبرع والتبرعات غير لازمة كما في عقد الهبة.

القول الثاني:

ذهب بعض الفقهاء منهم ابن شبرمه (144هـ) وإسحاق بن راهوية (238 هـ) والحسن البصري (110هـ) وهو قول عند المالكية، إلى أن الوعد ملزم قضاء لقوله تعالى:

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ {2} كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ {3}) [سورة الصف 2،3]

وقوله صلى الله عليه وسلم: " آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أُوْتِمَن خان "

القول الثالث:

(58) انظر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عثمان شبير ص 310، 311 طبعة دار النفائس، الأردن.

ذهب بعض فقهاء المالكية إلى أن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقاً بسبب، وإن لم يدخل الموعود بسبب الوعد في شيء، كقولك أريد أن أتزوج، أو أن اشتري كذا، أو أن أقضي غرمائي فأسلفني كذا، أو أريد أن أركب غداً إلى مكان كذا فأعزني دابتك، فقال: نعم، ثم بدا له أن يتزوج أو أن يشتري أو أن يسافر، فإن ذلك يلزمه ويقضي عليه به.

القول الرابع:

ذهب المالكية في المشهور عندهم وهو مذهب ابن القاسم إلى أن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعود فيه بعمل، جاء في المدونة " لو أن رجلاً اشترى عبداً من رجل على أن يعينه فلان بألف درهم، فقال له فلان: أنا أعينك بألف درهم فاشترى العبد، إن ذلك لازم لفلان "

وقد رجح كثير من العلماء المعاصرين القول الرابع بأن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعود فيه بعمل، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت في الفترة 1 - 6 جمادى الأولى 1409هـ الموافق 10 - 15 ديسمبر 1988م حيث جاء في قراره " الوعد هو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد ويكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة لهذا الموعود، ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر " .

فيتضح لنا من ذلك أن الرأي الراجح في الوعد الصادر من جهة الإدارة بإتمام عملية المناقصة أنه ملزم لها ديانة وقضاء، أما ديانة فلقول الله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ {2} كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ {3})

[سورة الصف 2،3]، ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أُوْتمن خان " (59)

وأما قضاء فلأن الوعد فيها كان معلقاً بسبب وهو شراء المناقص لكراسة الشروط والمواصفات ودفعه للتأمين وغيره من الإجراءات التي تطلب منه قبل دخول المناقصة، فبذلك يكون المناقص قد تكلف بأوراق ومصاريف وغيرها نتيجة للوعد الصادر من الإدارة وقام بكل الأعمال المطلوبة منه للدخول في المناقصة، وعدم الرجوع عنها بعد طرحها أو القيام بإلغائها أو سحبها. وبالتالي يتضح لنا أن الفقه الإسلامي حريص كل الحرص على توافر الثقة والأمان في عملية المناقصة حتى تصل المعاملات بين الناس إلى بر الأمان، مما يوفر جواً للحياة الاقتصادية تنمو فيه وتزدهر على أسس سليمة.

الغصن الثاني

مدى التزام الإدارة بالتعاقد مع المناقص الأقل عطاء

في القانون وفي الفقه الإسلامي

تقوم المناقصة في القانون على مبدأ أساسي وهو وجوب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل، وهو ما يسمى بمبدأ " آلية الإرساء " .

وقد نصت على هذا المبدأ المادة 18 من قانون المناقصات المصري من وجوب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، " ثم أورد المشرع استثناء من هذا الأصل بهدف تشجيع وتدعيم الصناعة الوطنية ونص على " اعتبار العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعراً إذا لم تتجاوز الزيادة قيمة 15% من قيمة أقل عطاء أجنبي، ولا يجوز الخروج عن حكم هذه الفقرة إلا في حالات الضرورة القصوى التي تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية " وفي هذا الصدد فقد

(59) صحيح مسلم بشرح النووي ج 2 ص 46

قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: " ولا يجوز بعد لجنة البت إرساء المناقصة إلا على صاحب الأقل عطاء أي سواء كان مستوفياً لجميع المواصفات والشروط، أو كانت المفاوضة قد أسفرت عن صيرورته أصلح العطاءات (60) .

بل إن المحكمة الإدارية العليا ألزمت جهة الإدارة بهذا التعاقد وجعلت مخالفتها لذلك باطلاً فقد نصت على أنه " ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد بحيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المناقص، ولا تستبدل به غيره (61) .

وأيضاً فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأنه:

" ليس لجهة الإدارة أن تترك عطاءه - صاحب العطاء الأقل - لمجرد أنه مقترن بتحفظات، ثم تتفاوض مع مقدم العطاء الذي يليه غير المقترن بتحفظات، بل تجري المفاوضة مع صاحب أقل عطاء مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها مما يجعل عطاءه متفقاً وشروط المناقصة ولا ضير في هذا الإجراء على أصحاب العطاءات الأخرى ولا يُخل بالمساواة الواجبة بالنسبة إليهم، (62) فيتضح لنا من كل ذلك أن القانون قد ألزم الإدارة بالتعاقد مع المناقص الأقل عطاء، ومنعها من التعاقد مع من هو أعلى عطاء منه.

(60) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 9/ 5/ 1959 الحكم رقم 88 لسنة 4 ق المجموعة س 4 ص 152، وكذلك انظر نص القانون رقم 236 لسنة 1954 بشأن تنظيم المناقصات والمزيادات وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 1552 جلسة 1/27/ 1973 المجموعة س 18 ص 49

(61) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 13/ 2/ 1960 الحكم رقم 313 لسنة 4 ق المجموعة س 5 ص 339

(62) حكم محكمة القضاء الإداري في 28/ 4/ 1957 القضية رقم 1753 لسنة 10 ق بند 268 ص 404

أما الفقه الإسلامي

فإن به رأيين:

أحدهما: يتطابق مع القانون فلا يجيز للإدارة أن تتعاقد إلا مع الأقل عطاء، وقد نسب إلى الإمام الإبياني (63) وقد علل ذلك بأنه:

قد شرط في عملية المناقصة إرساءها على العطاء الأقل، وبالتالي فيسقط العطاء الأعلى بالعطاء الأقل، ولا يبقى لصاحب العطاء الأعلى إيجاب لأنه سقط بالأقل، فإذا ورد القبول من الإدارة فإنه لا يلقى إلا العطاء الأقل إذ ليس للعطاء الأعلى أي أثر بناءً على ما شرط في المناقصة.

إلا أنه قد ورد على هذا التعليل مناقشة

مقتضاها: أنه إن سلمنا أن العطاء الأعلى سقط بالعطاء الأقل فإن ذلك لا يترتب عليه وجوب إرساء المناقصة على من تقدم بعطاء أقل، لأن الإدارة إذا أصدرت موافقتها وقبولها بالتعاقد مع صاحب العطاء الأعلى، فإن العطاء الأقل يصبح ساقطاً، لأنه سيتحول قبول الإدارة في هذه الحالة إلى إيجاب ينتظر القبول من صاحب العطاء الأعلى ويكون العطاء الأقل ليس له دور في هذه الصيغة الجديدة (64).

والرأي الثاني: يقول بجواز أن تتعاقد الإدارة مع المناقص الأعلى عطاء إذا وجد مسوغ لذلك كأن يكون صاحب العطاء الأقل غير أمين أو غير ثقة، أو أن يكون صاحب العطاء الأقل بينه وبين الإدارة عداوة أو محاكمة سابقة مثلاً، أو من جهة أن يكون بين دولته والدولة الإسلامية عداوة، أو إذا كان ماله غير خالص له كأن يكون

(63) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور / السنهوري ج 2 ص 69 وبياني هو: الفقيه المالكي التونسي أبو العباس عبدالله بن أحمد بن إبراهيم بن إسحاق الإبياني توفي سنة 352 هـ انظر الديباج المذهب لابن فرحون ج 1 ص 6

(64) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور / السنهوري ج 2 ص 69

هناك منازعة فيه، أو غير مأذون له بالتصرف فيه، فإنه في كل هذه الأحوال وغيرها من الاعتبارات المختلفة يجوز لجهة الإدارة أن تعدل عن التعاقد مع الأقل عطاء إلى الأعلى عطاء لهذه الأسباب، وقد ذهب إلى هذا المالكية والشافعية (65) وقد عللوا ذلك: بأن هذا يتفق مع مبدأ التراضي الذي تقوم عليه العقود، لأن التراضي لا يقتصر على الرضا بالثمن فقط بل لابد أيضاً من الرضا بالمتعاقدين الذي سيتم العقد معه.

والذي أراه أن الفقه الإسلامي برأيه يجعل الإدارة ملتزمة بالتعاقد مع المتناقص الأقل عطاء لأن هذا هو الأصل في المناقصة، وإن كان الفقه الإسلامي يجعل للإدارة الحق في العدول عن هذا، فإنما يجعله لأجل أسباب ومبررات تقوي العقد وتعزده، وتجعله أشد ثباتاً وأكثر التزاماً.

الفرع الرابع

مسقطات الإيجاب في المناقصة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

قلنا سابقاً إن المناقص " الموجب " ملتزم بإيجابه إلى حين صدور القبول من الجهة الطارحة للمناقصة، ولكن هل من الممكن أن ترد على هذا الإيجاب أمور فتسقطه؟

لقد ذهب القانون إلى أن الإيجاب في المناقصة يسقط بعدة أمور منها:
أن ترى الجهة الإدارية أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.
أو إذا تقدم عطاء وحيد (إيجاب وحيد) أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.
أو إذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتحفظات.

(65) انظر مواهب الجليل ج 4 ص 273، الحاوي الكبير ج 7 ص 446

أو إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة السوقية الفعلية للشيء المتناقص عليه.

أو إذا انتهت المدة التي يكون فيها الإيجاب قائماً ولم يصدر قبول له، إلا إذا قبل مقدم العطاء هذا القبول المتأخر، فعندئذ ينعقد العقد.

ويسقط الإيجاب الأكثر عطاءاً بالعطاء الأقل عطاءاً وخصوصاً في المناقصات العلنية، أما في المناقصات السرية فيمكن ألا يسقط.

أو أن يقوم المناقص " الموجب " بتقديم عطاء أقل في مدة المناقصة يلغي به العطاء الأول الذي تقدم به وكان أعلى منه (66).

أما في الفقه الإسلامي فقد يسقط الإيجاب في المناقصة بعدة أمور أيضاً ومنها:-
(1) إذا انقضى مجلس المناقصة، أو المدة التي ضربت للمناقصة ولم يصدر قبول للإيجاب في المجلس أو المدة.

(2) إذا رفضت الإدارة الإيجاب لعدم مطابقته للضوابط والشروط المعلن عنها

(3) إذا صدر القبول لإيجاب أحد عروض المتناقصين، فإن إيجاب باقي المتناقصين يسقط بذلك القبول.

(4) إذا ورد إيجاب يحمل عطاء أقل من العطاءات الأخرى فإن باقي العطاءات تسقط بهذا الإيجاب الأقل، وقد ذكرنا سابقاً خلاف الفقهاء في ذلك.

(5) إذا طرأ على المتناقص صاحب العطاء ما يمنع من صحة التعاقد معه كالجنون، أو الحجر أو غيرهما.

(6) إذا هلك الشيء المتناقص عليه الذي هو بيد الموجب قبل قبول الإدارة لهذا الإيجاب (67).

وبالمقارنة بين أسباب سقوط الإيجاب في المناقصة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح لنا أنهما يتفقان في كثير من أسباب سقوط الإيجاب.

(66) انظر: العقود الإدارية للدكتور إبراهيم محمد على، والدكتور جمال عثمان جبريل ص 320 - 329، وانظر أساليب التعاقد الإداري بين النظرية التطبيق ص 301، ص 309 - 310

(67) انظر مواهب الجليل ج 4 ص 238، شرح الزرقاني على مختصر خليل ج 5 ص 6، أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف ص 175، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد فراج حسين ص 167، 168.

المبحث الثاني

مسألة حرية المنافسة في المناقصة

بين القانون والفقه الإسلامي

وبه مطلبان:

المطلب الأول: حرية المنافسة المكفولة للمناقصة في القانون .

المطلب الثاني: حرية المنافسة في المناقصة من منظور الفقه الإسلامي .

المطلب الأول: حرية المنافسة المكفولة للمناقصة في القانون

ويقصد بذلك إتاحة الفرصة لكل من يتوافر فيه شروط المناقصة لكي يتقدم بالعطاء، وذلك حتى يكون المجال للإدارة في اختيار من تراه مناسباً واسعاً كبيراً، وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري معنى حرية المنافسة فقالت:

المقصود بحرية المنافسة: هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التناقص للوصول إلى إرساء العطاء عليه

"

ولا يتعارض مبدأ حرية المنافسة مع إعطاء الإدارة السلطة في تقدير صلاحية المتقدمين ومدى كفاءتهم، واستبعاد بعض من تقدموا للمناقصة إذا ثبت عدم قدرتهم المالية أو الفنية.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على اشتراط تمتع المتعاقدين بحسن السمعة حيث قررت في أحد أحكامها على أنه:

" يشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة وهنا قيد لمصلحة المرفق، أكدته نص المادة الثالثة من القانون رقم 226 لسنة 1954

بشأن تنظيم المنافسات والمزايدات في مصر والذي يقضي بأن تعرض العطاءات على لجنة البت مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الفرع المختص، ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات إبداء الرأي في أصحاب العطاءات من حيث كفايتهم المادية والفنية وحسن السمعة، فلإدارة إذن حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا إساءة استعمال السلطة " (68) .

وإذا أساءت الإدارة استعمال السلطة المخولة لها في استبعاد بعض الأشخاص من المناقصة فيجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري، إذا كان قرارها قد صدر متنبهاً الصالح العام، أو لأسباب لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلاً، وذلك حتى يكون مبدأ حرية المنافسة مكفولاً للجميع.

المطلب الثاني: حرية المنافسة في المناقصة من منظور الفقه الإسلامي

يرد على مبدأ حرية المنافسة من جهة نظر الفقه الإسلامي إشكالية تحريم النجش، وبيان حل هذه الإشكالية في أمرين:
الأول تعريف النجش وبيان أدلة تحريمه.
الثاني: صورة النجش في المناقصة وحكمها.
وأبين ذلك في فرعين على النحو الآتي:
الفرع الأول: تعريف النجش وحكمه.
الفرع الثاني: صورة النجش في المناقصة وحكمها.
الفرع الأول
تعريف النجش وحكمه

(68) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1067 لسنة 5 ق جلسة 17 / 2 / 1962 بند 38 ص 334

سأقوم فيه ببيان:

أولاً: تعريف النجش في اللغة والاصطلاح.

ثانياً: حكم النجش.

أولاً: تعريف النجش في اللغة والاصطلاح

(1) تعريف النجش في اللغة:

النجش - بفتح النون وسكون الجيم - وقيل بفتحها (الجيم) وبعدها معجمة (الشين) هو في اللغة أصله من الاستتار واسم الفاعل منه ناجش، وسمي بذلك لأنه يستتر قصده، ومنه قيل للصائد " ناجش " لأنه ينفر الصيد فيستثيره من مكانه ليصاد، وهو في البيع من يزيد في السلعة أكثر من ثمنها وليس قصده أن يشتريها بل ليغر غيره فيوقعه فيه، وكذلك في النكاح وغيره والأسم " النَّجْشِيُّ " بفتحين ومنه (النجاشي) وهو ملك الحبشة وهو ينطق بتخفيف الياء وتشديدها، وأسمه أصحمة (69)

(1) تعريف النجش في الاصطلاح:

ذكر صاحب البدائع أن النجش هو: أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنه (70) .

وعرفه الإمام مالك بأنه: أن تعطية بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك شراؤها فيقتدي بك غيرك (71) .

(69) انظر: القاموس المحيط ج 1 ص 300، المصباح المنير ص 594، المغرب للطرزي ص 456، طبعة دار الكتاب العربي.

(70) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ج 5 ص 233 طبعة دار الكتب العلمية

(71) انظر: شرح حدود ابن عرفة ص 258 طبعة المكتبة العلمية.

وعرفه الإمام الشافعي بقوله " أن يحضر الرجل السلعة تباع فيعطي بها الشيء وهو لا يريد الشراء ليقنتدي به السوأم فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا بسومه (72) .

وقال ابن قدامة في المغني: هو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، ليقنتدي به المستام، فيظن أنه لم يرد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه، فيغتر بذلك (73) .

فيظهر لنا من كل هذه النصوص أن النجش ما هو إلا احتيال وخداع للإضرار بالمشتري. وقد قال البخاري " الناجش أكل ربا خائن، وهو خداع باطل لا يحل (74) .

وهو قد يقع باتفاق وتواطؤ من البائع " وهو الأكثر " فيكون الإثم على الاثنين، " الناجش والبائع " وقد يكون بدون علم من البائع فيكون الإثم على الناجش، وقد يقع من البائع نفسه كما لو أخبر المشتري أنه اشترى هذه السلعة بأكثر مما اشتراها به في الحقيقة ليخدع المشتري بذلك فيكون الإثم عليه.

ثانياً حكم النجش

لقد وردت أحاديث كثيرة تنهي عن النجش وتبين حرمة، مثل ما ورد عن أبي سلمة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

" لا تناجشوا ولا تبغضوا ولا تحاسدوا وكونوا عباد الله إخوانا " (75).

وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش " (76).

بل لقد روي في سبب نزول قوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ) (77).

(72) انظر: الأم ج 8 ص 628 طبعة دار المعارف

(73) انظر: المغني لابن قدامة ج 4 ص 149

(74) المرجع السابق

(75) انظر: المصنف لابن أبي شيبة ج 5 ص 237 طبعة دار الفكر

(76) انظر: صحيح البخاري ج 6 ص 2554 نيل الأوطار ج 5 ص 166 طبعة المكتبة التوفيقية، وقال متفق عليه

(77) سورة آل عمران، الآية: 77

ما رواه عبد الله بن أبي أوفى أن رجلاً أقام سلعته فحلف بالله لقد أعطي فيها لم يعط وهو كاذب فنزلت الآية (78).

يقول ابن بطال: أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله (79). ولكن العلماء قد اختلفوا فيمن زاد في السلعة ليصل بها إلى ثمن مثلها فهل يشمل النهي ويلحقه الإثم أم لا؟

لقد ذهب بعض العلماء منهم الكاساني وابن عبد البر وابن العربي وغيرهم إلى أن التحريم يرد فيما إذا كان النجش سيؤدي إلى الزيادة عن ثمن المثل.

يقول ابن العربي " فلو أن رجلاً رأى سلعة رجل تباع بدون قيمتها فزاد فيها لتنتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشاً عاصياً، بل يؤجر على ذلك بنيته، وقد وافق على ذلك بعض المتأخرين من الشافعية " (80).

ولكن الإمام ابن حجر ناقش ذلك الرأي فقال " وفي ذلك نظر إذ لم تتعين النصيحة في أن يوهمه أنه يريد الشراء وليس من غرضه ذلك: بل غرضه أن يزيد على من يريد الشراء أكثر مما يريد أن يشتري به لأن للذي يريد النصيحة مندوحة عن ذلك، إذ إنه يستطيع أن يعلم البائع بأن قيمة سلعته أكثر من ذلك ثم يكون في وسعه بعد ذلك أن يبيع أو لا يبيع ويحتمل أن لا يتعين عليه إعلامه بذلك حتى يسأله فلا يجب لقوله عليه الصلاة والسلام:

" دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض فإذا استتصح أحدكم أخاه فلينصحه " (81).

وما ذهب إليه ابن حجر هو الأصح لكي تكون المعاملات بين الناس شريفة نزيهة.

(78) انظر: تفسير ابن كثير ج 1 ص 357، أسباب النزول للنيسابوري ص 81

(79) انظر: نيل الأوطار ج 5 ص 166

(80) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج 9 ص 215

(81) انظر: صحيح مسلم ج 3 ص 1157، وانظر كذلك فتح الباري المرجع السابق

الفرع الثاني

صورة النجش في المناقصة وحكمها

وأبين فيه:

أولاً: صورة النجش في المناقصة.

ثانياً: حكم المناقصة إن وقع فيها النجش.

أولاً: صورة النجش في المناقصة.

إن صورة النجش التي ذكرناها سابقاً تأتي في المناقصة بصورة معكوسة في حالتين:

الحالة الأولى:

ما إذا تواطأ المناقص مع مناقص آخر ليدخل في المناقصة من أجل أن يزيد الثاني في ثمن السلعة فيتم إرساؤها على الأول لكونه الأقل مع كون ثمنه يزيد على قيمة مثلها في الحقيقة.

الحالة الثانية:

ما إذا تواطأت الإدارة مع شخص ليدخل في المناقصة على أن يعرض المبيع بثمن أقل من الثمن السوقي ولا يقصد بذلك البيع حقيقة ولكن ليعمل الإدارة حيث يدفع المناقص الحقيقي لكي ينقص من ثمن السلعة حتى ترسو عليه المناقصة.

ففي الحالتين يقع النجش، إذ تُخدع الإدارة في الحالة الأولى فتشتري السلعة بأكثر من ثمنها الحقيقي، ويُخدع المناقص في الحالة الثانية إذ يبيع السلعة بأقل من ثمنها الحقيقي.

وفي كلتا الحالتين يتم الاحتيال والإضرار والظلم، وكل ذلك حرام منهي عنه.

ثانياً: حكم المناقصة إن وقع فيها النجش

لكي نتعرف على حكم المناقصة إن وقع فيها النجش ، لابد أولاً من بيان الحكم الأصلي للذي يرد فيه النجش، وهو حكم البيع إن وقع فيه هل يكون باطلاً لا تترتب عليه آثاره، أم يصح مع النجش؟

(حكم البيع إن وقع فيه النجش)

لقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى مذهبين:

المذهب الأول:

يري أصحابه أن البيع يصح مع النجش، وقد ذهب إلى هذا الشافعية والمشهور عند المالكية وأبو حنيفة وغيرهم.

يقول ابن قدامة: هو قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الرأي (82).

إلا أن أصحاب هذا الرأي قد انقسموا فيما بينهم حول ثبوت الخيار في هذا البيع لمن وقع عليه النجش مع أثم الناجش، أم لا يثبت الخيار فيه؟

فذهب المالكية ورواية عند الحنابلة ووجه عند الشافعية أن الخيار يثبت لمن وقع عليه النجش فإن شاء أمسكه، وإن شاء رد البيع، وذلك لكون النجش كالعيب في المبيع، وذهب الحنفية والشافعية إلى أن البيع صحيح مع الإثم ولا يثبت فيه الخيار.

وقد علل أصحاب هذا المذهب رأيهم بأن النهي عن النجش يعود إلى التعاقد لا إلى العقد فلم يؤثر في البيع، ولأن النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد.

المذهب الثاني:

(82) انظر : المغني ج 4 ص 149، وانظر الأم ج 8 ص 628، شرح حدود ابن عرفة ص 258، بدائع الصنائع ج 5 ص 233

يري أصحابه أن البيع فاسد وأن وقع فيه النجش فلا يصح وقد ذهب إلى هذا الظاهرية والمشهور عند الحنابلة، ورواية عن الإمام مالك (83).
وقد عللوا ذلك بأنه قد نهى عن النجش فإذا وقع في البيع فإنه يفسده لأن النهي عن الشيء يقتضي فساد.

الراجع

الراجع هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني: يقول الشوكاني: "والحق إن كل نهى من غير فرق في العبادات والمعاملات يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده المرادف للبطلان اقتضاء شرعياً، ولا يخرج عن ذلك إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك فيكون هذا الدليل قرينة صارفه له عن معناه الحقيقي إلى معناه المجازي" (3)

حكم المناقصة إن وقع فيها النجش

وعلى ذلك أستطيع أن أقول: إن المناقصة إن وقع فيها النجش سواء من ناحية الإدارة أو من ناحية المناقص فإنها تبطل وذلك لما وقع فيها من الاحتيال والخديعة والإضرار، وبالتالي فإن حرية المنافسة كمبدأ من مبادئ المناقصة لا بد من المحافظة عليه سليماً صحيحاً بدون شوائب قد تؤثر عليه، حتى تكون المناقصة بين المتناقصين سليمة تؤدي إلى ما هو مقصود من إجراء عملية المناقصة، ونحن إذ نقول بذلك لأننا نلمح الخيانات الكبيرة فيما يجري في المناقصات في زماننا هذا مما يؤدي إلى خسائر جسيمة وعواقب خطيرة على الصالح العام للجميع، فلا بد من التشديد في هذا الأمر حتى نحافظ على أموال المسلمين من الضياع أو من الأكل بالباطل .

(83) انظر : المحلى لابن حزم ج 7 ص 360، المغني ج 4 ص 149، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج 2 ص 145 (3) إرشاد الفحول ص 110

المبحث الثالث

مسألة حرية المساواة بين المتناقضين في القانون والفقه الإسلامي

وبه مطلبان:

المطلب الأول: المساواة بين المتناقضين في القانون

المطلب الثاني: المساواة بين المتناقضين من منظور الفقه الإسلامي

المطلب الأول

المساواة بين المتناقضين في القانون

يقصد بالمساواة بين المتناقضين أي معاملة كل واحد منهم كما يعامل الآخر دون تفرقة بينهم من حيث شروط وإجراءات ومواعيد المناقصة، وعلى ذلك فلا يجوز للإدارة أن تفضل أحد المتناقضين عن غيره، كأن تقبل المناقصة من شخص لم تتوافر فيه شروطها، أو تقبل منه المناقصة بعد أو قبل الميعاد المحدد لجميع المتناقضين.

وقد بينت هذا المبدأ المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث نصت في أحد أحكامها على أنه " يحكم المناقصات العامة مبدأ المنافسة والمساواة بيد أن هذا الأخير يخضع لقيود منها ما يتعلق بمصلحة المرفق، ومنها ما يتصل بحماية الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في الدولة (84) فمبدأ المساواة بين المتناقضين في ظل القانون لا يحرم الإدارة من القيام بمنع بعض الأفراد من الاشتراك في المناقصات العامة في بعض الأحوال كعقوبة لهم، ومن أهم هذه الأحوال:

1- إذا كانت الإدارة قد تعاقدت مع هذا المتناقص وثبت عجزه عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو الإخلال بها إخلالاً جسيماً، وهذا الإخلال يظهر في صورتين:

(84) انظر : حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 155 لسنة 6 ق بتاريخ 20/ 11/ 1962 بند

الأولى: إذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب في معاملته مع المصلحة العامة أو الصالح العام.

الثانية: إذا ثبت على المتعهد أو المقاول أن شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الحكومة أو مستخدميها أو عمالها، أو التواطؤ معه إضراراً بالصالح العام أو المصلحة الطارحة للمناقصة أو الوزارة (85).

2- يحق للإدارة أيضاً استبعاد من يحكم عليه بعقوبة جنائية من المناقصات الحكومية (86).

3- يحق للإدارة استبعاد المتناقص بسبب فقد الاعتبار بأن حكم عليه بالإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية (87).

4- يحق للإدارة استبعاد الموظفين العموميين من التقدم بطلباتهم أو عروضهم لجهات الإدارة، فقد نصت المادة 38 من قانون المناقصات والمزيادات على أنه " يحظر على العاملين بوحدة الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة التقدم بطلبات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال، ولا يسري ذلك على شراء الكتب من تأليفهم، أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها، أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية، على أن يتم الشراء والتكليف في الحدود ووفقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية ".

(85) انظر : المادة 85 من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 1654 لسنة ق 6 جلسة 1962/12/22 من الموسوعة الإدارية الحديثة ج 8 ص 736

(86) انظر: المادة 25 من قانون العقوبات

(87) انظر : العقود الإدارية للدكتور سليمان الطماوي ص 155 وما بعدها

المطلب الثاني

المساواة بين المتناقصين من منظور الفقه الإسلامي

قد ترد على هذا المبدأ إشكالية من منظور الفقه الإسلامي ألا وهي حكم الدخول في السوم على السوم، كذلك حكم الدخول في البيع على البيع فهل هذا يتعارض مع مبدأ المساواة بين المتناقصين من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

ولكي نتعرف على ذلك لا بد أولاً من بيان معنى السوم على السوم والبيع على البيع أولاً، ثم بيان حكمة إذا حصل في البيع، ثم بعد ذلك نعرف هل يوجد ذلك في المناقصات أم لا؟

ولذلك فسوف يتفرع هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: معنى السوم على السوم والبيع على البيع وحكمهما.

الفرع الثاني: دخول السوم على السوم والبيع على البيع في المناقصات وحكمه

الفرع الأول: معنى السوم على السوم والبيع على البيع وحكمهما وبه غصنان:

الغصن الأول: معنى السوم على السوم، والبيع على البيع في اللغة والاصطلاح

الغصن الثاني: بيان حكمها

الغصن الأول: معنى السوم على السوم والبيع على البيع

في اللغة والاصطلاح

وسوف أقوم ببيان:

أولاً : معنى السوم على السوم في اللغة والاصطلاح

ثانياً: معنى البيع على البيع والشراء على الشراء في اللغة والاصطلاح

أولاً: معنى السوم على السوم

في اللغة والاصطلاح

(1) معناه في اللغة:

السوم في المبايعة كالسوام بالضم يقال سمت بالسلعة وساومت واستمت بها وعليها سألتها " سومها " ، ويقال " سام " البائع السلعة سوماً من باب قال أي عرضها للبيع " وسامها " المشتري و " استامها " طلب بيعها، والتساوم بين اثنين أي أن يعرض البائع السلعة بثمن ويطلبها صاحبه بثمن دون الأول (88).

(2) معناه في الاصطلاح:

عرفه الجرجاني بأنه " طلب المبيع الذي تقرر به البيع (89).

يقول الشوكاني " صورته أن يأخذ شيئاً ليشتريه، فيقول المالك " البائع " للمشتري رده لأبيعتك خيراً منه بثمنه أو مثله بأرخص، أو يقول " مشتر آخر " للمالك استرده منه لأشترته منك بأكثر من ذلك " (90)

فيظهر من ذلك أن السوم على السوم قد يحصل بطريقتين:

أحدهما: أن يأخذ شخص شيئاً ليشتريه ولم يكن أمامه إلا إتمام البيع أو الصفقة، فيقول له البائع ما رأيك لو رددت عليّ هذا المبيع لأعطيك غيره بمثل ثمنه أو بأرخص منه.

الثاني: أن يدخل مشتر آخر في البيع فيقول للبائع استرد السلعة منه لأشترتها أنا منك بأكثر منه.

معنى البيع على البيع

في اللغة والاصطلاح

(88) انظر : القاموس المحيط ج 4 ص 135، المصباح المنير ص 79

(89) انظر : التعريفات للجرجاني ص 109

(90) انظر : صحيح البخاري ج 5 ص 1975، صحيح مسلم ج 2 ص 1025

(1) معناه في اللغة:

معنى البيع في اللغة هو مقابلة شيء بشيء على وجه المعارضة، ولفظ البيع من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إن أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن هو السلعة، ويطلق البيع على المبيع، فيقال " بيع جيد " ويجمع على بيوع.

وفي الحديث " لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه " أي لا يشتر لأن النهي في هذه الحديث إنما هو على المشتري لا على البائع بدليل رواية البخاري: " لا يبيع الرجل على بيع أخيه " ويؤيده " يحرم سوم الرجل على سوم أخيه " ويقال " بيع " رابح، و " بيع " خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التملك والتملك وقولهم صح البيع أو بطل ونحوه أي صيغة البيع لكن لما حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وهو مذكر أسند إليه بلفظ التذكير (91).

(2) معناه في الاصطلاح:

البيع في الاصطلاح هو : مبادلة المال بالمال تملكاً وتمكناً (92).

أما صورة البيع على البيع والشراء على الشراء فهي عبارة عن أن يتبايع شخصان فيأتي آخر إلى المشتري في مدة الخيار، أو قبل لزوم البيع فيقول له أنا أبيعك هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك أحسن منها بثمنها أو أقل منه أو أن يعرض عليه سلعة كان قد رغب فيها فيفسخ البيع ويشترى التي عرضها، وكذلك الشراء قد يرد به البيع كقوله تعالى: " وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ " (93).

(91) انظر : المصباح المنير ص 69

(92) انظر: المغني لابن قدامة ج 3 ص 560

(93) سورة يوسف، من الآية: 21

وقوله تعالى: " وَلَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ " (94) ..

وصورته: أن يجيء شخص آخر إلى البائع قبل لزوم البيع فيدفع ثمناً في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به (95).

الغصن الثاني: حكم السوم على السوم والبيع على البيع

وأبين فيه:

أولاً: حكم السوم على السوم وخلاف الفقهاء فيه.

أولاً: حكم السوم على السوم

وخلاف الفقهاء فيه

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن السوم على السوم، فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسوم على سومه " وفي لفظ " لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه " (96) ..

فدل هذا على أنه محرم على العموم، ولكن الفقهاء قد قسموه من حيث ظهور رضا البائع وإقراره لهذا المشتري الأول بالبيع من عدمه، فإما أن يكون قد ظهر من البائع الرضا بالبيع للمشتري الأول قبل أن يدخل المشتري الآخر ليسوم أم لا قسموا الحكم فيه على أربعة أحوال وهي:

الحالة الأولى:

(94) سورة البقرة، من الآية: 102

(95) انظر: نيل الأوطار ج 5 ص 169

(96) رواه البخاري ومسلم، انظر نيل الأوطار ج 5 ص 68

أن يوجد تصريح من البائع بالرضا للمشتري الأول وبالتالي فيحرم السوم من المشتري الثاني أو من البائع، ويكون النهي الوارد متناولاً لهذه الحالة تناولاً صريحاً وواضحاً.

الحالة الثانية:

أن لا يوجد من البائع تصريح للمشتري الأول برضا البيع له، فلا يحرم السوم في هذه الحالة على المشتري الثاني وغيره، لأن البيع فيها لا يخرج عن عقد المزايدة الذي قد دل الحديث على صحته وباشره النبي صلى الله عليه وسلم بنفسه، فقد روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه " أن رجلاً من الأنصار شكاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد فقال له: - أي النبي صلى الله عليه وسلم -: أما بقي لك شيء؟ فقال: بلى قدح وجلس (97)، فقال النبي صلى الله عليه وسلم فأتني بهما، فأتاه بهما، فقال صلى الله عليه وسلم من يبتاعهما؟ فقال رجل أخذتهما بدرهم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يزيد على ذلك؟ من يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل بدرهمين فباعهما منه (98)

الحالة الثالثة:

أن لا يوجد من البائع ما يدل على الرضا ولا على عدمه، وفي هذه الحالة أيضاً لا يحرم السوم من المشتري الثاني ولا من البائع، وقد دل على صحة ذلك ما روى " عن فاطمة بنت قيس أنها ذكرت للنبي أنه قد تقدم لخطبتها معاوية وأبو الجهم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تتكح أسامة بن زيد فلم يكن قد بدا منها الرضا أو عدمه وبالتالي فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم بغيرهما " (99)

(97) القدح أي الكوز، والجلس بكسر الحاء وسكون اللام، وروي بفتح الحاء واللام وهو عبارة عن كساء يوضع على ظهر البعير تحت المبرذعة ويبسط في البيت تحت الفرش الثمينة، انظر المصباح المنير ص 146

(98) سبق تخريجه في بيان حكم المناقصة

(99) مسند أحمد ج 6 ص 416، و انظر نيل الأوطار ج 6 ص 108

الحالة الرابعة:

أن يوجد من البائع علامات تدل على الرضا بالبيع للمشتري الأول ولكنها علامات غير واضحة أو غير صريحة، وفي هذه الحالة قد اختلف الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى تحريم السوم في هذه الحالة وعللوا ذلك بأمرين: (1) أنه لما كان تحريم السوم على السوم عاما فقد خرجت منه الصور المخصصة التي لا يحرم فيها بأدلتها، فتبقى ماعداها على مقتضى العموم من التحريم.

(2) لقد وجد من هذا البيع علامات تدل على الرضا من البائع فكان ذلك سببها بما لو صرح بهذا الرضا.

الرأي الثاني:

ذهب أصحابه إلى إباحة السوم على السوم في هذه الحالة وعللوا ذلك بأمرين أيضاً:

(1) إنه يستدل على حل المساومة في هذه الحالة بحديث فاطمة بنت قيس فينطبق عليها.

مناقشة

نوقش ذلك بأنه ليس في حديث فاطمة بنت قيس ما يدل على أنه قد ظهر منها علامات الرضا بأحدهما لأنها قد جاءت تستشير النبي صلى الله عليه وسلم فدل ذلك على عدم ظهور الرضا منها، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهاها عن أن تستقل بأخذ الرأي لنفسها، فقال لها قبل ذلك " لا تفوتينا بنفسك " فلم تكن تفعل شيئاً قليلاً أو كثيراً قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم (100).

(100) انظر: المغني ج 4 ص 162

(2) قالوا إن الأصل إباحة المساومة والخطبة فلا يحرم منها إلا ما ظهر فيه التصريح بالرضا تصريحاً واضحاً لا لبس فيه، وما عدا ذلك فيبقى على أصله من الإباحة.

ثانياً: حكم البيع على البيع

وخلاف الفقهاء فيه

ورد النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم عن البيع على البيع، فقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي - صلى الله عليه وسلم قال " لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له " وفي رواية: " لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر " وفي رواية أخرى " من باع من رجلين فهو للأول منهم " (101).

فدلت هذه الروايات كلها على تحريم البيع على البيع، وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على تحريم البيع الثاني إلا أنهم قد اختلفوا في فسخ العقد الثاني ورد البيع للمشتري الأول، أو إمضاء البيع الثاني مع التحريم وكان خلافهم على رأيين:

الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى أن البيع الثاني يصح مع التحريم ولا يفسخ، وقد ذهب إلى هذا الشافعية ورواية الإمام مالك وعند الحنابلة (102).

وعللوا ذلك بأن المحرم فيه عرض السلعة على المشتري الثاني، أو قوله الذي فسخ البيع من أجله، وهذا أو ذاك إنما هو أمر سابق على البيع " الثاني " ومعنى ذلك أن النهي لم يرد على أصل العقد وأركانه وشروطه، بل ورد على شيء خارج عن كل ذلك لا يؤثر في العقد ذاته فلم يستلزم فسخه.

(101) انظر: نيل الأوطار ج 5 ص 1167، سبل السلام ج 2 ص 22

(102) انظر: فتح الباري ج 9 ص 212، المتبقي شرح الموطأ ج 5 ص 100، شرح العدوي ج 2 ص 185، المغني ج 4 ص 161

الرأي الثاني:

وذهب أصحابه إلى أن البيع الثاني لا يصح ويبطل العقد عليه ويجب فسخه، وقد ذهب إلى هذا الظاهرية والحنابلة في ظاهر المذهب (103).
وقد عللوا ذلك بأمرين:

(1) أن البيع منهي عنه والنهي عن الشيء يقتضي فساد.

(2) أنه قد حدث ضرر للمشتري الأول بالبيع الثاني، والضرر يجب إزالته، ولن تتم الإزالة إلا بفسخ البيع الأول، وقد وردت رواية تؤيد ذلك المعنى وهي قوله صلى الله عليه وسلم " من باع من رجلين فهو للأول منهما "

الفرع الثاني

صورة السوم على السوم، والبيع على البيع في المناقصة وحكمهما

وأبين فيه:

أولاً: صورة السوم على السوم، والبيع على البيع في المناقصة

ثانياً: حكمهما.

أولاً: صورة السوم على السوم، والبيع على البيع

في المناقصة

(1) صورة السوم على السوم في المناقصة، قد تبدو هذه الصورة فيما يحدث في المناقصة من تقديم العطاءات من قبل المتناقصين، أو من حيث مبدأ المساواة بين المتناقصين في تقديم العطاءات، فإن ذلك قد يكون داخلاً تحت السوم على السوم.

(2) صورة البيع على البيع في المناقصة، قد تبدو هذه الصورة فيما إذا تقدم أحد المتناقصين بعطاء فكان بذلك هو الذي سترسو عليه المناقصة فلما تقدم غيره بعطاء

(103) انظر: المحلى ج 7 ص 370، المغني ج 4 ص 161

أقل منه انتزع به الرضا من العطاء الأول، وهكذا كلما تقدم عطاء أقل من الآخر، فقد يكون ذلك البيع على البيع فيرد النهي عنه.

ثانياً: حكمهما في المناقصة

نستطيع القول بأن المناقصة وما يحدث فيها من عطاءات تطرح على بعضها لا تدخل في النهي عن السوم على السوم أو البيع على البيع وذلك لثلاثة أمور هي: أولاً: المناقصات لا يوجد فيها بيع على بيع حقيقة، ولا يوجد فيها ركون أو رضا من الإدارة لأحد المتناقصين حتى يكون السوم على السوم وارداً فيها، وإنما هي عروضات تعرض على الإدارة لتختار منها ما قد يناسبها وفق ضوابط وشروط معينة وبالتالي فهي خارجة عن النهي الوارد عن كلا الأمرين.

الثاني: تختلف المناقصات عن البيع الذي يتم بين الأفراد بعضهم مع بعض، حيث إنه تكون المعاملة فيها ليست قائمة أو جارية بين طرفين فقط بل تكون مع جماعة، بخلاف المعاملة التي تتم بين الأفراد بعضهم مع بعض فإنها تكون بين طرفين اثنين، وبالتالي فتفرق هذه عن ذلك.

ثالثاً: إنه لو كانت الأحاديث الدالة على النهي تشملها تكون متعارضة مع الأحاديث التي تجيز عقد المزايدة وهي أخص منها بالنسبة للمناقصات فتقدم عليها لما قد ثبت من جواز ذلك، ولما هو معروف في الأصول من تقديم الخاص على العام.

المبحث الرابع:

الأوراق والمستندات المطلوبة للمناقصة بين القانون والفقه الإسلامي وبه

مطلبان:-

المطلب الأول: الأوراق والمستندات المطلوبة للدخول في المناقصة في القانون.

المطلب الثاني : الأوراق والمستندات والضمانات المطلوبة للمناقصة من منظور

الفقه الإسلامي .

المطلب الأول: الأوراق والمستندات المطلوبة للدخول في المناقصة في

القانون

يشترط القانون على المتناقصين أن يرفقوا بعتاءاتهم المستندات والأوراق والضمانات الآتية:

1- توجب المادة 55 من اللائحة التنفيذية على مقدمي العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا في كتاب مستقل نوع الأعمال التي قاموا بها وقيمتها وتاريخها الذي قاموا فيه بعملها للحكومة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام، وإذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل فيجب عليهم أن يقدموا إلى جهة الإدارة ما يثبت قيامهم في عهود قريبة بأعمال تشبه في نوعها الأعمال المطروحة في المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ إتمامها، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمدنوبي جهة الإدارة لمعاينة تلك الأعمال وتقديم كافة البيانات والمستندات التي تثبت قديهم في مكاتب أو سجلات خاصة ووفقاً للقوانين أو القرارات التي تنظم لك.

2- كل عطاء مقدم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها، ومن قانونها النظامي وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة، وفي كلتا الحالتين يجب أن يرافق الصورة المقدمة بيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدود أسماء المسؤولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وإمضاء الإيصالات وإعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من إمضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل، وإذا كان العطاء مقدماً من شخص طبيعي أو معنوي فيجب أن ترافق العطاء صورة من بطاقته الضريبية (مادة 60).

- 3- يجب أن يرفق مقدم العطاء تأميناً مؤقتاً لا يقل عن 1% من مجموعة قيمة العطاء في مقاولات الأعمال، ولا يقل عن 2% من قيمة العطاء فيما عدا ذلك، والهدف من التأمين هو ضمان جدية مقدم العطاء في المناقصة وسلامة قصده في تنفيذ العقد حال رسو العطاء عليه، ولتفادي تراجع كل من تحدثه نفسه بالانصراف عن العملية إذا ما تم إرساء المناقصة على عطائه.
- 4- إذا كان التأمين نقداً فيؤدى بإيداعه إحدى خزائن الحكومة بموجب إيصال رسمي يثبت في العطاء رقمه وتاريخه، ويجوز أن تسحب حوالة بريدية بقيمته ترافق العطاء، ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ.
- 5- تقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليه بالقبول من المصرف المسحوبة عليه، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة، ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية.
- 6- إذا كان التأمين عبارة عن كتاب ضمان فيجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة، وألا يقتصر بأي قيد أو شرط، أو يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازي التأمين المؤقت، وأنه مستعد لأدائه بأكمله، أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء (مادة 69).
- 7- يعفى من التأمين المؤقت والنهائي الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام، والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون وذلك عن العروض الداخلة في نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها⁽¹⁰⁴⁾.

(104) انظر: المادة 21 من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

8- يتحدد الموقف بالنسبة للتأمين المؤقت على النحو التالي:

- (أ) إذا قبل العطاء، فيجب على مقدمه أن يكمله ليساوي قيمة التأمين النهائي.
- (ب) إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف فيصبح التأمين المودع حقا لجهة الإدارة دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء، أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة دليل على حصول ضرر⁽¹⁰⁵⁾.
- (ج) إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي الواجب إيداعه في المدة المحددة له فيجوز للجهة المتعاقدة بموجب إخطار بكتاب موصي عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء أن تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمعرفة الجهة المتعاقدة أو بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطاءه أو بالمناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر⁽¹⁰⁶⁾.
- (د) إذا تمت المناقصة ولم يقبل العطاء في هذه الحالة يرد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم سواء كان نقداً أو بشيك أو بخطاب ضمان وذلك في خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول⁽¹⁰⁷⁾.

المطلب الثاني

الأوراق والمستندات والضمانات المطلوبة للمناقصة من منظور الفقه الإسلامي

يوجد في الأوراق والضوابط والضمانات التي تطلبها القانون لسريان عملية المناقصة في مرحلة إيداع العطاءات أمور كثيرة يجب أن نبين حكم الفقه الإسلامي فيها ومن هذه الأمور:

(105) انظر: المادة 58 من اللائحة التنفيذية.

(106) المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات.

(107) انظر: المادة 71 من اللائحة التنفيذية.

1- حكم الأوراق المطلوبة للتأكد من صلاحية المتناقصين للدخول في المناقصة.

2- حكم التأمين المطلوب في المناقصة.

3- حكم خطاب الضمان المطلوب في هذه المرحلة.

4- حكم الشرط الجزائي الموجود في المناقصة.

5- حكم إيداع العطاءات من قبل المتناقصين.

ولذلك فسوف نقوم بدراسة هذه الأمور في خمسة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: حكم الأوراق المطلوبة للتأكد من صلاحية المتناقصين للدخول في المناقصة.

الفرع الثاني: حكم التأمين المطلوب في المناقصة.

الفرع الثالث: حكم خطاب الضمان المطلوب في هذه المرحلة.

الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي المشترك في المناقصة.

الفرع الخامس: حكم إيداع العطاءات من قبل المتناقصين.

الفرع الأول

حكم الأوراق المطلوبة للتأكد من صلاحية المتناقصين للدخول في المناقصة

لا يتعارض ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي حيث إنه يمكن أن يقاس جوازه على جواز أخذ المرهون كوثيقة لتسديد الدين وغيرها من التوثيقات التي تطلب للتأكد من جدية الشخص المقدم على إبرام عقد له أهميته، وحيث إن الإدارة موكلة بالمحافظة على المال العام، فينبغي عليها طلب تلك الأوراق رعاية للمال العام من الضياع، وحتى لا تتهم بعد ذلك بالإهمال في المحافظة عليه، فهي راعية لهذا المال وسوف تسأل عن رعايتها.

الفرع الثاني

حكم التأمين المطلوب في المناقصة

لقد اشترط القانون دفع مبلغ كتأمين في المناقصة، حيث ألزمت المادة 19 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري المتناقضين بتقديم تأمين مؤقت لا يقل عن 1% من مجموع قيمة العطاء لمقاولات الأعمال، ولا يقل عن 2% من قيمة العطاء فيما عدا مقاولات الأعمال.

ونصت المادة 20 على قيمة التأمين النهائي لمن رست عليه عملية المناقصة. وهذا التأمين يدور حكمه في الفقه الإسلامي من حيث الجواز وعدمه مع كونه هل يرد لمن لم ترسو عليه المناقصة أم أنه لا يرد؟

فإن كان يرد فلا شيء فيه بلا خلاف بين الفقهاء في جواز ذلك وبالتالي فلا تبطل المناقصة لأنها خلت عن الشرط المفسد.

وإن كان لا يرد إلى من لم ترس عليه المناقصة فهذا قد اختلف الفقهاء في هذا الشرط هل يكون مبطلاً لهذه المعاملة أم لا؟ وكان خلافهم على رأيين:

الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى عدم صحة هذا الشرط. وممن ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والشيعة الزيدية وأبو الخطاب من الحنابلة⁽¹⁰⁸⁾، وقد استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب

فاستدلوا بقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ}⁽¹⁰⁹⁾.

(108) انظر: بدائع الصنائع ج 5 ص 233، المنتقى شرح الموطأ ج 4 ص 157 نهاية المحتاج ج 3 ص 459، المغني والشرح الكبير ج 2 ص 289، نيل الأوطار ج 5 ص 163.
(109) سورة النساء، من الآية: 29.

وجه الدلالة من الآية:

لقد نهت الآية عن الأكل للمال بالباطل وهو ما كان بغير وجه حق، وهذا هو عين هذا الشرط، فإن الإدارة ستأخذ هذا التأمين من غير عوض في مقابله وهذا لا يصح.

وأما السنة

فاستدلوا بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان" (110).

وجه الدلالة من الحديث:

لقد دل الحديث على عدم صحة البيع الذي شرط فيه تقديم جزء من الثمن لا يرد على صاحبه إن لم يتم البيع وهذا هو معنى بيع العربون المنهي عنه.

مناقشة

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه لا يصح لأنه إما أن يكون منقطعاً أو ضعيفاً. يقول الشوكاني: الحديث منقطع لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ولم يدركه فبينهما راو لم يسم، وسماه ابن ماجة، فقال: عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي، وعبد الله لا يحتج بحديثه، وفي إسناد ابن ماجة هذا أيضاً حبيب كاتب الإمام مالك وهو ضعيف لا يحتج به" (111).

وقال الإمام أحمد عنه "إنه حديث ضعيف" (112).

وأما المعقول : فمن وجهين :

أحدهما: إن العربون فيه غرر ومخاطرة، لأنه إذا اشترى كسب العربون، وذلك باحتسابه من الثمن، وإذا ترك خسر العربون.

(110) انظر : نيل الأوطار ج 5 ص 153.

(111) انظر: نيل الأوطار ج 5 ص 153.

(112) انظر: المغني والشرح الكبير ج 4 ص 289.

الثاني: أن العربون بمنزلة الخيار المجهول، فإن اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة معها درهما (113).

الرأي الثاني:

ذهب أصحابه إلى صحة هذا الشرط وقد ذهب إلى هذا الحنابلة ومن الصحابة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وابنه عبد الله -، ومن التابعين مجاهد وابن سيرين (114).

وقد استدلوا على ذلك بالسنة والآثار.

أما السنة :

فاستدلوا بما روي عن زيد بن أسلم أنه "سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العربان في البيع فأحله" (115).

وجه الدلالة من الحديث:

لقد دل الحديث بكل وضوح على صحة البيع الذي شرط فيه العربون.

مناقشة

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه لا يصح لأنه إما مرسل أو ضعيف.

يقول الشوكاني "وهو مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن يحيى وهو ضعيف" (116).

وأما الآثار

فمنها ما روى عن نافع بن عبد الحارث - عامل عمر على مكة - أنه اشترى

لعمر داراً للسجن بأربعة آلاف درهم من صفوان بن أمية، فإن رضى عمر وإلا فله

(113) انظر: المغني المرجع السابق.

(114) انظر: المغني والشرح الكبير ج 4 ص 289، المجموعة شرح المذهب ج 9 ص 317.

(115) انظر: نيل الأوطار ج 5 ص 153.

(116) انظر نيل الأوطار، المرجع السابق.

"أي لصفوان" أربعمائة درهم، قال الأشرم: قلت لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه⁽¹¹⁷⁾.

الراجح

والراجح من ذلك هو رأي جمهور الفقهاء من عدم صحة هذا الشرط، وقد رجح الإمام الشوكاني ذلك فقال:

"إن النهي الوارد في حديث عمرو بن شعيب فإنه وإن كان ضعيفاً إلا إنه قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضاً، ولأن الحديث يتضمن الحظر وهو أرجح من الإباحة كما تقرر في علم الأصول⁽¹¹⁸⁾.

الفرع الثالث

حكم خطاب الضمان المطلوب في هذه المرحلة

اشتراط القانون تقديم خطاب الضمان البنكي في المناقصات كبديل عن التأمينات النقدية فهل يصح طلب هذا الخطاب أو لا؟

قبل أن نجيب عن ذلك لابد وأن نعرف بخطاب الضمان فهو عبارة عن: أن يكون البنك كفيلاً وضامناً بقبول دفع مبلغ معين لدى المستفيد من ذلك الخطاب نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد، ولكن ليس بمعنى الكفالة الاصطلاحي التي هي عبارة عن إحضار المكفول، ولا بمعنى الضمان الاصطلاحي الشرعي الذي هو عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى أو النقل

(117) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ج 6 ص 34، أعلام الموقعين ج 3 ص 389.

(118) انظر: نيل الأوطار ج 5 ص 153، 154.

من ذمة إلى ذمة، بل هو بمعنى أداء البنك شرط المشترك في حالة عدم قيام المشترك عليه بأداء الشرط، مثل ضمان الأعيان المغصوبة التي لا تكون الذمة مشغولة بها ما دامت العين موجودة، فيكون معنى ضمان الأعيان المغصوبة هو ما نحن فيه من التعهد بأدائها، ويترتب على هذا التعهد بالأداء اشتغال ذمة المتعهد بقيمتها عند تلفها، ويتحقق تلف الشرط على المشترك بامتناع المشروط عليه عن أداء الشرط الذي هو تلف للفعل على مستحقه، وبذلك تتحول العهدة الجعلية "التعهد بأداء الشرط" إلى اشتغال ذمة البنك بقيمة ذلك الفعل "أداء الشرط" لأنه من اللوازم العقلانية لدخول ذلك الشرط في العهدة وبناء على ذلك: فإذا تخلف المقاول عن الوفاء اضطرب البنك إلى دفع القيمة المحددة في خطاب الضمان، ويرجع في استيفائها على الشخص الذي صدر خطاب الضمان إجابة لطلبته⁽¹¹⁹⁾.

وأما حكمه

فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراره رقم 12 في دورته المنعقدة من 1 - 6 ربيع الثاني سنة 1406هـ الموافق 22 - 28 ديسمبر سنة 1985م والذي نص على "إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي: (وهو عبارة عن تعهد بنكي بضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية إلى المستفيد الذي يدعو إلى المناقصة، يطلبه من يتنافس على العملية، ويستحق المستفيد الدفع له عند عدم قيام الطالب باتخاذ ما يلزم عند رسو العملية عليه)⁽¹²⁰⁾.

والانتهائي: "الذي هو عبارة عن تعهد بنكي بضمان دفع مبلغ من النقود يعادل نسبة من قيمة العملية التي استقرت على عهدة العميل لصالح المستفيد يطلبه من رست عليه العملية ونفذ معه العقد"⁽¹²¹⁾، لا يخلو بنوعيه إما أن يكون بغطاء أو

(119) انظر: بحوث في الفقه المعاصر ص 362.

(120) انظر: بحوث في الفقه المعاصر ص 362.

(121) المرجع السابق ص 362.

بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم "الضمان" أو "الكفالة".

- وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي "الوكالة" والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد "المكفول عنه".

والكفالة هي عقد تبرع للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً، ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته" سواء كان بغطاء أو بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه ف جائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقرير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة لأداء ذلك الغطاء. والله أعلم.

الفرع الرابع

حكم الشرط الجزائي في المناقصة

يختلف الشرط الجزائي عن خطاب الضمان النهائي من حيث إن خطاب الضمان النهائي كان في صورة تخلف المقاول مثلاً عن الالتزامات أو الشروط المشترطة عليه بصورة عامة في العقد، أما الشرط الجزائي فهو عبارة عما يترتب على المقاول مثلاً من تخلفه عن التسليم في الموعد المقرر حسب ما اشترط عليه وبالتالي فقد حصل التأخير الذي فيه ضرر على المستفيد "الإدارة" وحينئذ يكون

الشرط الجزائي عبارة عن غرامة، وهي تختلف عن التعويض، إذ الغرامة يكون الضرر فيها مفترضاً ولا يلزم إثباته على الداعي إلى المناقصة، ولا يستطيع المتعاقد الاحتجاج بعدم وقوعه، وهذا بخلاف التعويض الذي يجب فيه إثبات الضرر ومقداره ويستطيع المتعاقد إثبات عدم وقوعه (122).

وأما حكمه

فهو أن الشرط الجزائي في حالة التأخير عن وقت التسليم يكون صحيحاً إذا كان معيناً ولم يكن المثلث نسيئة، أما إذا كان غير معين فهو غير صحيح ويؤثر على صحة العقد، وحينئذ ننتقل إلى ثمن المثل.

وكذا إذا كان المثلث نسيئة كما في عقد التوريد أو الاستصناع، حيث يؤول هذا الشرط الجزائي إلى "اتقضى أم تربى؟" وهو ربا الجاهلية، أما إذا كان الشرط الجزائي عبارة عن سقوط الثمن بأكمله فهو شرط باطل كونه منافياً لمقتضى العقد وهذا كله جار على قول الرسول صلى الله عليه وسلم:

"المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً" (123).

الفرع الخامس: حكم إيداع العطاءات من قبل المتناقصين

بعد الإعلان عن المناقصة تأتي الخطوة التالية لذلك وهي أن يقوم المتناقصون بتقديم عطاءاتهم للإدارة متضمنة شروطهم وأسعارهم، وقد نظمت المادة 53 من اللائحة التنفيذية كيفية تقديم العطاءات وهي كما يلي:-

"تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الإدارة والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرفق له، وترسل داخل مظروف مختوم بالشمع الأحمر، ويوضع داخل مظروف آخر ويكتب

(122) انظر: بحوث في الفقه المعاصرة ص 380.

(123) السنن الكبي للبيهقي 7/ 249.

على المظروف الداخلي عبارة عن عطاء (.....) جلسة (.....)، وعلى الخارجي اسم وعنوان جهة الإدارة أو الوحدة المختصة، ويذكر به ما يأتي " بداخله عطاء الجلسة.....".

ويكون إرسالها بالبريد الموصي عليه خاصة الأجر، ويجوز وضعها داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات، وإذا أريد تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بإيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته ويجوز إذا كان العطاء مقدماً من فرد أو شركة من الخارج أن يقدمه على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بشراء كراسة الشروط والمواصفات، وتحديد مدة قدرها ثلاثون يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات العامة وذلك من تاريخ أول إعلان عن المناقصة في الوقائع المصرية، ويجوز بترخيص من رئيس الإدارة المركزية المختص تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوماً إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

كما نصت المادة 54 من اللائحة التنفيذية على مقدم العطاء مراعاة ما يلي في إعدادة لقائمة الأسعار (جدول الفئات):

1- كتابة أسعار العطاء بالعملة المصرية رقماً وحرفاً باللغة العربية ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غيرها.

2- لا يجوز الكشط أو المحو في جدول الفئات، وكل تصحيح في الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته بالمداد رقماً وحرفاً وتوقيعاً.

3- لا يجوز لمقدم العطاء شطب أي بند من بنوده، أو المواصفات الفنية، أو إجراء تعديل فيها مهما كان نوعه وإن كان له رأي في ذلك يرسله بخطاب مرافق لعطاءه.

4 - إذا سكت مقدم العطاء في مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف.

5 - يجب أن يبين بلد الصنع لكل صنف من الأصناف وإن لم يفعل ذلك يترتب عليه عدم صحة البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء.

6 - الفئات التي حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطي جميع المصروفات والالتزامات أيّاً كان نوعها التي يتكبدتها بالنسبة إلى كل بند من البنود (124).

رأي الفقه في ذلك

تنور هنا مشكلة بالنسبة للفقه الإسلامي وهي تبدو في أن مقدم العطاء في المناقصة قد يكون غير مالك للشيء المقدم على المناقصة عليه، أو ليس عنده حالياً، ومن ثم فهو يدخل في المناقصة ويودع عطاءه مع كونه غير مالك لهذا الشيء فهل يصح ذلك أم لا؟

لقد ورد عن حكيم بن حزام قال: "قلت يا رسول الله الرجل يأتيني ويسألني البيع ليس عندي أبيعه منه، أبتاعه له من السوق؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم" لا تبع ما ليس عندك" (125).

وروي عن الزهري عن سعيد بن المسيب أنه كان يكره بيع المواصفة، والمواصفة أن توافف الرجل بالسلعة ليست عندك، وكره أن تري الرجل الثوب ليس له، فتقول من حاجتك هنا؟ فتشتريه لتبيعه منه (126).

(124) انظر: العقود الإدارية ص 289.

(125) انظر: المصنف لابن أبي شيبة ج 5 ص 60.

(126) انظر: المصنف ج 5 ص 20.

ولكن عند النظر في المناقصة لا نجد أن هذه الأحاديث قاضية عليها بالبطلان لعدة أمور وهي:

1- النهي الوارد في بيع ما ليس عند الإنسان هو في خصوص المبيع الشخصي لغير المالك، وهو يدل على عدم حصول النقل والانتقال شرعاً "أي فساد البيع باعتبار اشتراط الملك في البيع الشخصي إذا باعه لغير المالك، والذي دل على ذلك هو صحة بيع ما في الذمة أو العين الغائبة على ما في العهدة مع عدم ملك الشخص له حال البيع. وأيضاً ما ورد في صحة بيع الفضولي بإجازة المالك⁽¹²⁷⁾.

2 - أنه كبيع السلم الذي هو عبارة عن بيع موصوف في الذمة وهو جائز حالاً ومؤجلاً في رأي جمهور الفقهاء، فقد صح عن ابن عباس أنه قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه}⁽¹²⁸⁾.

3- أن الشيء المتناقص عليه إن كان عملاً كصنع شيء مثلاً إلى أجل فهو بيع الاستصناع الذي هو قسم من السلم، وإن كان هذا العمل كالزراعة والسقي والضرب في الأرض بحصته من الربح مثلاً فهو مزارعة ومساقاة ومضاربة، وإن كان هذا العمل له شرائطه كالبناء والخياطة والطباخة بأجرة معينة فهو إجارة وكل ذلك مباح وجائز.

يقول الأستاذ حسن الجواهري "وعلى هذا تبين أن المناقصة التي يدعو لها فرد أو جهة معينة لا تتصور في الرغبة في شراء شيء معين خارجي له مالك واحد أو متعددون، بل يتصور هنا المساومة والمناقصة إذ تبين أن علاقة الاستصناع بالمناقصة هي علاقة الخاص بالعام، إذ قد تكون المناقصة استصناعاً وقد لا تكون⁽¹²⁹⁾.

(127) انظر: بحوث في الفقه المعاصر ص 353.

(128) سورة البقرة، من الآية 281، وانظر: نيل الأوطار ج 5 ص 226 - 227.

(129) انظر: بحوث في الفقه المعاصر ص 357.

الخاتمة

وبها أهم نتائج البحث

بعد أن قمنا بهذه الدراسة للمناقصات في القانون الوضعي وبينا رأي الفقه الإسلامي فيها وفي مبادئها وإجراءاتها، أستطيع أن أقرر أهم ما توصلت إليه الدراسة على النحو الآتي:-

- (1) المناقصة في اللغة مشتقة من النقص وهو الخسران في الحظ أو الضعف.
- (2) والمناقصة في الاصطلاح عبارة عن طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدم للتعاقد معها شروطاً ويلتزم فيها الطرف الآخر بما عرضه لحين رسو المناقصة.
- (3) للمناقصة أنواع متعددة كلها لا تتعارض مع الفقه الإسلامي.
- (4) لما كان الأصل في العقود المالية هو الإباحة كانت المناقصة جارية على هذا الأصل فلا يحظر منها إلا ما كان مناقضاً لحكم الله تعالى وحكم رسوله صلى الله عليه وسلم.
- (5) المناقصة ما هي إلا صيغة للتعاقد ظهرت حديثاً تظهر للإدارة من يصلح للتعاقد معها خدمة للصالح العام.
- (6) الإيجاب في المناقصة يصدر عن المناقص، والقبول يصدر من الجهة الطارحة للمناقصة.
- (7) يجب أن يلتزم المناقص بما قدمه من عطاء إلى حين انتهاء المناقصة ولا يجوز له التراجع عن عطائه.
- (8) يجب أن تلتزم الإدارة بالوعد الصادر من جهتها بإتمام عملية المناقصة إذ هو ملزم لها ديانة وقضاء.

- (9) يجب على الإدارة أن تلتزم بالتعاقد مع العطاء الأقل، ولا يجوز لها أن تتعداه إلى ما هو أعلى منه.
- (10) لا يتعارض مبدأ حرية المناقصة مع الفقه الإسلامي لأنه عن طريقه تصل الإدارة إلى أفضل سعر يناسبها من المتناقصين.
- (11) حرية المنافسة في المناقصة مكفولة في الفقه الإسلامي للمناقص بشرط عدم الدخول في النجش.
- (12) مبدأ المساواة بين المتناقصين لا يتعارض في الفقه الإسلامي مع السوم على السوم أو البيع على البيع.
- (13) لا يرد في المناقصة النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده حين تقديم العطاءات إذ تكون من بيع السلم .
- (14) يجوز للإدارة التأكد من سمعة المقدم للعطاء ونزاهته وحسن تعامله.
- (15) لا يجوز للإدارة أن تأخذ الضمان المقدم من المتناقص إن لم ترس عليه المناقصة.
- (16) يجوز للإدارة أن تطلب من المتناقصين خطاب ضمان بنكي بشرط عدم أخذ الأجرة عليه مقابل عملية الضمان.
- (17) يجوز للمتناقصين أن يدخلوا في المناقصة حتى ولو لم يكونوا مالكيين للمتناقص عليه حين المناقصة.
- (18) إن رأت الإدارة إلغاء المناقصة فيجوز لها ذلك بشرط ظهور المصلحة الأكيدة للصالح العام.

والله أعلم

فهرس المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً : من كتب التفسير وعلوم القرآن.

- 1- أحكام القرآن: لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص الحنفي المتوفي عام 370هـ، طبعة دار الفكر.
- 2- أسباب النزول وبهامشه الناسخ والمنسوخ لأبي الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري، طبعة مكتبة المتنبى بالقاهرة.
- 3- تفسير الجلالين: للعلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلى، والشيخ المتبحر جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 4- تفسير القرآن العظيم: للحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفي عام 774هـ، طبعة دار إحياء الكتب العربية.

ثالثاً: من كتب الحديث النبوي الشريف وعلومه

- 1- الترغيب والترهيب من الحديث الشريف: للإمام الحافظ زكي الدين عبد العظيم ابن عبد القوي المنذري، طبعة دار الريان للتراث.
- 2- سبل السلام شرح بلوغ المرام: للعلامة محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني المتوفي عام 1182هـ، طبعة دار الزهراء للطباعة والنشر.
- 3- سنن الترمذي: للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفي عام 279هـ، طبعة دار الفكر.
- 4- السنن الكبرى: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المتوفي عام 458هـ، طبعة دار صادر، بيروت، لبنان.
- 5- شرح النووي على صحيح مسلم: للإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري الخزامي النووي الشافعي المتوفي عام 676هـ، طبعة دار الحديث.
- 6- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: للإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن برد البخاري المتوفي عام 256هـ، طبعة دار ابن كثير اليمامة بيروت.

- 7- صحيح البخاري: للإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن برد البخاري المتوفى عام 256هـ ، طبع دار ابن كثير اليمامة بيروت.
- 8- صحيح مسلم: للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى عام 261هـ طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 9- فتح الباري شرح صحيح البخاري: للإمام أحمد بن علي حجر العسقلاني المتوفى عام 852هـ، طبعة دار المعرفة، بيروت، سنة 1379هـ.
- 10- المصنف لابن أبي شيبة: للإمام الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة المتوفى عام 235هـ طبعة الدار السلفية، بومباي، الهند.
- 11- مسند الإمام أحمد بن حنبل: للإمام أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني المتوفى 241 هـ ، مؤسسة قرطبة مصر.
- 12- النهاية في غريب الحديث والأثر: للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، طبعة دار الفكر.
- 13- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: للإمام محمد بن علي الشوكاني طبعة المكتبة التوفيقية بمصر.

رابعاً: من كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية

- 1- الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم الظاهري، طبعة دار الآفاق الجديدة.
- 2- الأشباه والنظائر: للإمام الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي المتوفى عام 970هـ، طبعة مطبعة مصر العمومية، مطبعة وادي النيل.
- 3- الموافقات في أصول الشريعة: لأبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المتوفى عام 790هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

خامساً: من كتب الفقه

(1) من كتب الفقه الحنفي:

- 1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المتوفى عام 587هـ، المطبعة الجمالية، الطبعة الأولى.

- 2- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للإمام عثمان بن علي بن محمد فخر الدين الزيلعي، المتوفي عام 843هـ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر.
- 3- شرح فتح القدير: للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، المتوفي عام 681هـ، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 4- المبسوط: لشمس الأئمة أبي بكر السرخسي المتوفي عام 483هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.

(ب) من كتب الفقه المالكي

- 1- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي، المتوفي عام 1241هـ، طبعة.
- 2- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، طبعة دار الفكر.
- 3- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للعلامة شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المتوفي عام 1230هـ طبعة دار إحياء الكتب العربية.
- 4- حاشية الشيخ على العدوي: للشيخ على الصعدي العدوي، طبعة دار إحياء الكتب العربية.
- 5- شرح حدود ابن عرفة: للإمام الرصاع الطبعة الأولى سنة 1993 طبعة دار الفكر.
- 6- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا القراوي المالكي، طبعة المكتبة التجارية الكبرى.
- 7- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفي عام 945، الطبعة الثالثة، طبعة دار الفكر.
- 8- المنتقى شرح الموطأ: للإمام أبي الوليد سليمان الباجي، المتوفي عام 494هـ، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

ج- من كتب الفقه الشافعي

- 1- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: للشيخ محمد شطا الدمياطي المشهور بالبكري، دار إحياء الكتب العربية.
- 2- الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفي عام 204هـ، طبعة دار الغد العربي.

- 3- تكملة المجموع: للشيخ محمد بن نجيب المطيعي، نشر مكتبة الإرشاد، بجدة السعودية.
- 4- حاشية نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لأبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبرامسلي القاهري المتوفى عام 1087 طبعة المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.
- 5- الحاوي الكبير: للعلامة أبي الحسن البصري البغدادي الماوردي المتوفى عام 450هـ، طبعة دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 6- مختصر المزني: لإسماعيل بن يحيى بن مسلم المزني المصري، المتوفى سنة 264هـ طبعة كتاب الشعب ودار الفكر.
- 7- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للشيخ الشربيني الخطيب المتوفى عام 977هـ طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 8- المجموع شرح المذهب: للعلامة أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى عام 675هـ طبعة مكتبة الإرشاد بجدة السعودية.
- 9- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للعلامة الرملي المصري الأنصاري المتوفى عام 1004هـ ، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

(د) من كتب الفقه الحنبلي

- 1- أعلام الموقعين عن رب العالمين: للشيخ العلامة ابن قيم الجوزية المتوفى عام 751هـ، طبعة دار الحديث.
- 2- الفتاوى الكبرى: لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، طبعة مؤسسة الحلبي وشركاه.
- 3- كشف القناع عن متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى عام 1051هـ طبعة مطبعة الحكومة بمكة المكرمة 1394هـ.
- 4- المقنع: للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الثانية منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض.
- 5- المغني على مختصر الخرقي: للإمام عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي المتوفى عام 620هـ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية.

(هـ) من كتب الفقه الظاهري

- 1- الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم الظاهري، طبعة دار الآفاق الجديدة.

2- المحلى: للإمام ابن حزم الظاهري، طبعة دار التراث.

(و) من كتب الفقه الزيدي

1- التاج المذهب لأحكام شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار: للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

(ز) من كتب الفقه الإمامي

1- بحوث في الفقه المعاصر: للأستاذ الشيخ حسن الجواهري، طبعة دار النخائر، بيروت لبنان الطبعة الأولى.

سادساً: من كتب الفقه العام وكتب متنوعة

- 1- آداب السوق في الإسلام: للأستاذ/ عبد الحفيظ قرني، طبعة دار الصحوة.
- 2- الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة: للدكتور على أحمد السالوس، طبعة دار الثقافة بالدوحة.
- 3- أحكام المعاملات الشرعية: للأستاذ الشيخ على الخفيف، طبعة دار الفكر العربي.
- 4- حكم المناقصات والتوريدات: من شبكة الانترنت، من موقع شبكة الاستراتيجية لخدمة المتصفح العربي.
- 5- دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة: للدكتور مصطفى أبوه الشنقيطي، طبعة مكتبة العلوم والحكم.
- 6- عقد بيع المزايدة: للدكتور محمد عثمان شبير، طبعة دار النفائس، بالأردن.
- 7- الفقه الإسلامي وأدلته: للدكتور وهبه الزحيلي، طبعة مؤسسة الرسالة.
- 8- مصادر الحق في الفقه الإسلامي: للدكتور عبد الرزاق السنهوري، طبعة دار التراث العربي، بيروت.
- 9- الملكية ونظرية العقد: للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي.
- 10- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: للدكتور محمد عثمان شبير، طبعة دار النفائس.

سابعاً: من كتب القانون

- 1- أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة للمستشار الدكتور صبري أبو الليل، رسالة دكتوراه بمكتبة كلية الشريعة والقانون بتقنها الأشراف.
- 2- الأسس العامة للعقود الإدارية: للدكتور سليمان محمد الطماوي، طبعة مطبعة جامعة عين شمس الطبعة الخامسة.
- 3- العقد الإداري: للدكتور محمود حلمي، طبعة دار الفكر العربي.
- 4- العقود الإدارية: للدكتور صلاح الدين فوزي طبعة 1998، 1999 طبعة دار النهضة العربية.
- 5- العقود الإدارية: للدكتور إبراهيم محمود على والدكتور جمال عثمان جبريل طبعة مطبعة الأخوة الأشقاء.
- 6- قانون المناقصات والمزايدات، المشاكل العملية، والحلول القانونية للدكتور صلاح الدين فوزي طبعة دار النهضة العربية.
- 7- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها للمستشار أنور طلبه، طبعة المكتب الجامعي الحديث بالاسكندرية.

ثامناً: من كتب اللغة والمعاجم

- 1- القاموس المحيط: لمجد الدين الفيروز آبادي، طبعة عيسى الباب الحلبي .
- 2- مختار الصحاح: لمحمد بن أبي بكر الرازي المتوفي عام 966هـ طبعة دار الحديث.
- 3- المصباح المنير في غريب الرافعي الكبير: للفيومي، طبعة دار الكتب العلمية.
- 4- المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية بمصر، طبعة وزارة التربية والتعليم 94 / 95.
- 5- المغرب: للمطرزي، طبعة المكتبة العلمية، بيروت.

مدى مسئولية الدولة الجزائية

عن الجرائم الدولية

الدكتور عبد الله محمد سعيد بنمه القيري

أستاذ القانون الجنائي بكلية الإمام مالك للشرعة والقانون - دبي

مدى مسؤولية الدولة الجزائية عن الجرائم الدولية

المقدمة :

المفروض أننا نعيش اليوم كعالم متحضر ينعم بالأمن والحرية والاستقرار في ظل القانون الداخلي من جهة والقانون الدولي العام من جهة أخرى، وأعني بالقانون الدولي العام في ظل ما يعرف بالتنظيم الدولي المعاصر.

إلا أن الأحداث والكوارث التي تصنعها بعض الدول تجاه دول العالم الآخر وأعني دول العالم الثالث الفقير، شهدت أكثر دموية وأكثر انتهاكاً للأخلاق والإنسانية، ودخولها كذلك في الأعمال الظالمة وخروجها من العدالة الإنسانية إذ يبدو أن هذه الدول لا تعترف بالتحضر والرقى الذي تسعى إليه البشرية وتنشر فيه الأمن والاستقرار، وما التحضر عندها إلا شيء مادي لا يواكبه تحضر أخلاقي في المجالات الإنسانية، والأخلاقية، والدينية، والشاهد على ذلك ارتكاب العديد من دول العالم الجرائم الدولية بحق الأمم والشعوب التي وقعت على مدار السنوات الماضية والحاضرة، ولا تزال هذه الدول تتن وتعاين من ويلات هذه الحروب حتى اليوم بل إن بعض الدول قد مُحيت من الوجود كالصومال وغيرها.

وما شاهدناه ونشاهده من جرائم ترتكب على أرض العراق وفلسطين لا يعلق في أذهان الناس إلا المزيد من الشر وخسارة البشرية، وتحطيم الأخلاق والرقى في العالم الإنساني.

لذلك فإن هنالك من الدلائل ما تشير إلى صحة ما أشرنا إليه، وهو تكريس الأوضاع الدولية غير المشروعة وإعطائها صبغة قانونية وشرعية تحت مظلة مصطنعة من مفاهيم ومصطلحات باطلة، فرضها منطق القوة.

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الدولة الجزائية عن الجرائم الدولية تثير العديد من الإشكاليات القانونية حول تحديد طبيعة هذه المسؤولية، ففي إطار النظم القانونية الداخلية يتم عادة التمييز بين نوعين من أنواع المسؤولية المدنية، وهما المسؤولية

المدنية ونتيجتها التعويض عن الأضرار التي أصابت الضحية، والمسؤولية الجنائية ونتيجتها إنزال العقاب المناسب بالشخص الذي انتهك قواعد القانون الجنائي.

والسؤال الذي يفرض نفسه من الناحية الجزائية هو هل يمكننا تطبيق المسؤولية الجزائية على الدولة حال ارتكابها الجريمة؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل فقد تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين تناول الفصل الأول طبيعة مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية وذلك من خلال مبحثين: المبحث الأول تحت عنوان مفهوم الجرائم وتعريفه في النظام القانوني الدولي، ومطلبين يتعرض المطلب الأول إلى تعريف الجرائم في النظام القانوني للدولة، ويتعرض المطلب الثاني إلى مدى الخلاف حول وجود أو عدم وجود الجرائم في القانون الدولي، أما المبحث الثاني فقد جاء تحت عنوان طبيعة مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية، ويتضمن ثلاثة مطالب، تعرض المطلب الأول منها إلى فكرة وحدة المسؤولية، والثاني إلى فكرة ثنائية المسؤولية، أما المطلب الثالث والأخير فقد تعرض إلى نظرية عقاب الدولة.

وتضمن البحث في فصله الثاني والذي جاء تحت عنوان الاتجاهات الفقهية في شأن المسؤولية الجنائية للدولة مبحثين: الأول تحت عنوان الاتجاه المعارض لمسؤولية الدولة جزائياً والثاني الاتجاه المؤيد لمسؤولية الدولة جزائياً .

وقد بينا في المبحثين : البنود التي تشتمل على طبيعة الدولة ، وقضية الإسناد المعنوي ، ومشكلة المسؤولية الجنائية الجماعية ، والسلطة المختصة بتوقيع الجرائم، والسوابق الدولية .

الفصل الأول

طبيعة مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية

يتناول هذا الفصل بيان – مفهوم الجزاء في النظام القانوني الدولي وطبيعة مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية من خلال مبحثين يتناول المبحث الأول مفهوم الجزاء في النظام القانوني الدولي، أما المبحث الثاني فيتناول معرفة مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية.

المبحث الأول

مفهوم الجزاء وتعريفه في النظام القانوني الدولي

بداية نود أن نشير إلى أن كلمة جزاء في اللغة العربية تنصرف إلى معنى الثواب أو العقاب⁽¹⁾ كذلك أشار إليها كتاب الله الجامع الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه "القرآن الكريم" في معان متعددة.

أما في إطار القانون الداخلي فيتمثل الجزاء في العقوبة التي يترتبها المشرع على مخالفة الأمر أو النهي الذي تنص عليه القاعدة الجنائية⁽²⁾ الوطنية التي تستمد أصولها من التشريع والعرف وقواعد الدين.

(1) أنظر في ذلك : لسان العرب، ابن منظور دار المعارف، القاهرة، سنة 1996م، ص 619 ونشير كذلك في هذا الصدد إلى أن مصطلح الجزاء في اللغة الإنجليزية، ورد بمعنى sanction أي سن القانون، أو التصديق والموافقة عليه أو فرض العقوبة، أنظر في ذلك

The Oxford Duden Geman

Dictionary, (Geman-English—Germany), Clarendon

Press Oxford, 1990, P. 619 – 620.

(2) ينبغي التأكيد في هذا الصدد على أن هذه الأوامر والنواهي التي تنص عليها القاعدة الجنائية الوطنية تستمد أصولها من التشريع والعرف والأخلاق، أنظر في ذلك عبد الأحد جمال لدين، مبدأ الشرعية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 16 يناير 1974 مطبعة جامعة عين شمس، ص 287 – 288.

المطلب الأول

تعريف الجزاء في النظام القانوني الدولي

أما مفهوم الجزاء في إطار القانون الدولي فقد اتفق شراح هذا القانون وتناولوا هذا المفهوم بطرق وأساليب مختلفة⁽¹⁾ غير أنهم اتفقوا على أن المفهوم العام للجزاء الدولي ينصرف إلى كل ما يتم اتخاذه من إجراءات أو تدابير ضد من يقوم بارتكاب فعل يعتبر مخالفة لقاعدة أو التزام دولي معترف به من قبل المجتمع الدولي، ويكون بقرار صادر بثبوت تلك المخالفة عن جهة دولية مختصة ومخولة قانوناً بذلك بشرط أن يكون الإجراء أو التدابير المتخذة تتناسب مع الفعل المرتكب⁽²⁾

وبناء على ذلك فقد ذهبت بعض الآراء إلى أن هذا الجزاء قد يكون سلبياً فيما لو اقتصر على تحقيق الامتثال لقاعدة أو حكم معين عن طريق التهديد بعقوبة تلحق بالمخالف، أو أنه قد يكون إيجابياً إذا تمثل في مكافأة تحفز وتشجع على الامتثال لهذه القاعدة أو لهذا الحكم.

وعليه فإن الجزاء سواء أكان سلبياً أم إيجابياً فإن رجال الفقه قد اختلفوا فيه إلى اتجاهين حول أهميته لحمل أفراد الجماعة للامتثال لأحكام القانون، ذهب الاتجاه الأول إلى أن الجزاءات السلبية هي الكفيلة بتحقيق احترام النظام القانوني⁽³⁾، حيث إن جزاء القاعدة القانونية لا يشترط أن يكون أثراً يترتب على اتباعها كالمكافأة التي تكفي الرغبة في الحصول عليها لإقبال الناس على اتباع القاعدة⁽⁴⁾.

(1) تشير في هذا الصدد إلى أن شراح القانون الدولي تناولوا الجزاء الدولي بتعريفات مختلفة، حيث نذكر في هذا الإطار ما ذكره الدكتور عبد المعز عبد الغفار نجم من أن الجزاء الدولي يعني (كل إجراء يمكن أن يحقق احترام القانون الدولي ومنع انتهاكاته)، نظر د. عبد المعز عبد الغفار - نجم، الإجراءات المضادة في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، 664 (2) انظر د. محمد طلعت الغنيمي : الوسيط في قانون السلام، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1993م، ص 64.

(3) في الحقيقة أن من أنصار هذا الاتجاه الأستاذ AUSTIN والأستاذ Kelen كما أن هذا هو رأى غالبية فقهاء القانون.

(4) أنظر في استعراض هذه الآراء : د. عبد الله الأشعل : النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1977، ص 12 وما بعدها.

وبناء عليه وطبقاً لمفهوم الجزاء الدولي يمكن تعريف الجزاء بأنه رد فعل دولي جزائي يصدر ضد انتهاك النظام القانوني، أو هو عقاب يجوز توقيعه على مرتكب المخالفة الجسيمة ضد مخالفة قاعدة أو التزام دوليين من قبيل جهاز مؤهل لذلك.

المطلب الثاني

مدى الخلاف حول وجود أو عدم وجود الجزاءات الدولية

تُعد فكرة الجزاء في النظام القانوني الدولي من أكثر القضايا التي أثارت الجدل والخلاف بين الفقهاء، وفي هذا الصدد يمكننا التمييز بين اتجاهين: يذهب الأول إلى إنكار وجوده، فيما يذهب الثاني إلى تأكيد وجود هذا الجزاء، وهذا ما يتضح فيما يلي:

الاتجاه الأول : إنكار فكرة الجزاء في القانون الدولي⁽¹⁾:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إنكار وجود الجزاء في النظام القانوني الدولي مستندين في ذلك إلى حداثة قواعد هذا القانون، وكذلك عدم وجود سلطة حقيقية عليا تسهر على تنظيم المجتمع الدولي مقارنة بما هو عليه الوضع في المجتمعات الداخلية حيث توجد مثل هذه السلطات، إضافة إلى أن العديد من الدول وفي مختلف الأوقات تنتهك أحكام هذا القانون دون تعرضها لجزاءات حتى وإن طبقت بعض هذه الجزاءات فإنها تطبق على دولة دون دولة أخرى، الأمر الذي نتأكد من خلاله افتقار المجتمع الدولي إلى نظام الجزاء.

(1) د. محمد سعيد الدقاق، د. مصطفى سلامة حسين : التنظيم الدولي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1997م، ص 9 وما بعدها.

كما لا يتصور أنصار هذا الاتجاه اعتبار التدابير التي تتخذها الدول بنفسها رداً على الاعتداءات التي تتعرض لها من قبيل الجزاء، فهذه التدابير لا تشكل إلا صورة من صور الانتقام أو المعاملة بالمثل والتي لا ترقى بدورها إلى مستوى الجزاءات التي من العدالة أن تفرض من قبل سلطة عليا حاكمة منوطة بذلك من قبل المجتمع الدولي تتسم بالحياد⁽¹⁾.

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى كون العقوبات التي يتضمنها ميثاق الأمم المتحدة لا ترقى بدورها إلى مستوى الجزاءات والعقوبات التي تفرضها القوانين الداخلية ولعل السبب في ذلك كما يرى هؤلاء الفقهاء يرجع إلى كون التصويت في جهاز الأمم المتحدة التنفيذي والممثل في مجلس الأمن الدولي قد أفرغ التدابير التي يقرها من مضمون العقوبة، حيث تحولت إلى أداة سياسية في يد القوى العظمى التي تستخدمها كضغوط للتأثير على سياسات الدول الأخرى تحقيقاً لمصالحها⁽²⁾.

كما ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك، حيث اتجهوا نحو القول إلى عدم وجود قواعد للقانون الدولي نفسه نظراً لافتقار هذه القواعد إلى صفة الوضعية القانونية التي يراد بها (تلك القاعدة العامة المجردة الملزمة والمقترنة بجزاء مادي ملموس)⁽³⁾.

فيما ذهب Friedman إلى وصف القانون الدولي بأنه: (مجرد نظام أخلاقي إيجابي)⁽⁴⁾، فيما تذهب آراء أخرى إلى أن القواعد القانونية الدولية هي على أكثر تقدير قواعد قانونية ناقصة أو غير كاملة، وهو ما يؤكد الأستاذ Hart الذي يصف

(1) انظر في ذلك: الطاهر منصور: القانون الدولي الجنائي، ص - 30.29.

(2) انظر في ذلك: د. فاتنة عبد العال أحمد: العقوبات الدولية الاقتصادية، دار النهضة العربية، 2000، ص 19-20.

(3) عائشة راتب: التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، 1994م، ص 145 - 146.

(4) انظر: السيد أبو عيطة: الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، 2001م، ص 129.

القانون الدولي بأنه نظام بدائي، أو هو في مرحلة وسط بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني : تأييد فكرة الجزاء في القانون الدولي :

نتيجة لما تعرض له الاتجاه السابق والمنكر لوجود فكرة الجزاء في نظام القانون الدولي للكثير من الانتقادات من جانب فقهاء القانون الدولي الذين نادوا بوجود فكرة الجزاء هذه، كذلك دافعوا عن حقيقة وضعية قواعد هذا القانون.

وفي الحقيقة أن أنصار هذا الاتجاه يؤكدون منذ البداية على أن الجزاء ليس شرطاً لوجود القاعدة القانونية، فهذه القواعد وليدة الحاجات الاجتماعية التي تدفعها إلى الوجود، وبالتالي فإنها توجد ولو لم يصحبها جزاء على انتهاكها⁽²⁾.

بناء عليه فقد خلص فقهاء القانون الدولي إلى التأكيد على أن هذا القانون تتسم قواعده بالوضعية وأنه يملك العديد من الجزاءات التي تقتزن عادة بقواعده، وهي جزاءات فعالة، غير أنها تنسجم مع طبيعة المجتمع الدولي نفسه ولا ينبغي بالتالي قياسها بنظام الجزاءات الداخلية، نظراً لاختلاف طبيعة القانونيين واختلاف المخاطبين بأحكامه وطبيعة السلطة الاجتماعية في كليهما⁽³⁾.

المبحث الثاني

طبيعة مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية

لمعرفة مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية وجدت أفكار عديدة نادى بعضها بوحدة المسؤولية ونادى البعض الآخر بثنائية هذه المسؤولية، ومنها من نادى بضرورة عقاب الدولة.

(1) انظر : (H.L) Hart: The concept of law, oxford clarendon press, 1961.p.210- 211

(2) انظر : د. على صادق أبو هيف : القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية 1975، ص 72 – 73.

(3) انظر : د. عبد الله على الأشعل : النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 26 – 27.

ولاشك أن لكل اتجاه من هذه الاتجاهات أنصاره ومؤيديه، لذا يتعين علينا من خلال هذا المطلب إلقاء الضوء على هذه الأفكار الفقهية المختلفة حتى يمكننا استخلاص طبيعة مسؤولية الدولة، وذلك في إطار المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول فكرة وحدة المسؤولية

يعد هذا الجانب من أوائل الجوانب الفكرية الفقهية التي تناولت تحديد طبيعة مسؤولية الدولة، وتخلص فكرة هذا الجانب على توحيد أصل المسؤولية وتوحد أثرها، فالمسؤولية تقوم نتيجة فعل خاطئ يصدر من الدولة، وهذا الفعل الخاطئ يمثل انتهاكاً لالتزام دولي ضد دولة أخرى، كذلك اتفق أنصار هذه النظرية على توحيد فكرة الوظيفة بمعنى أن الأثر الوحيد لنشوء مسؤولية الدولة هو إصلاح الضرر الناشئ عن فعل الدولة الخاطئ⁽¹⁾، فعند حدوث الضرر تنشأ علاقة مباشرة بين طرفين يتمثل الطرف الأول في الدولة المخطئة، أما الطرف الثاني فهو الدولة المضرورة والتي لها الحق بصفة مباشرة في طلب التعويض أو إصلاح الضرر من الدولة المخطئة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الفكرة سادت حتى نهاية القرن التاسع عشر، حيث تأثرت بفكرة المدرسة الوضعية⁽²⁾، ولعل فكر هذا الجانب هو الذي ألقى بظلاله على صياغة المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لسنة 1907م، حيث وحدت أصل المسؤولية، كما وحدت الآثار المبتغاة منها، والذي انحصر كما ذهب إليه أنصارها في التعويض.

(1) انظر لمزيد من التفصيل، د. عبد الوهاب حومد : الإجرام الدولي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى 1978م، ص 118 وما بعدها.

(2) انظر في الفقه المصري الدكتور حافظ غانم، والدكتور علي صادق أبو هيف، وكذلك الدكتور إبراهيم العناني الذي يذهب إلى أن: (الأثر الذي يترتب على ثبوت المسؤولية الدولية هو التزام الشخص المسئول بتعويض الضرر الذي حدث للغير، أنظر: د. إبراهيم العناني : القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، 1998م، ص 254.

ولا يقر أنصار هذه النظرية بمسؤولية الدولة الجنائية، حيث تنحصر هذه المسؤولية في المسؤولية المدنية التي من آثارها فرض تعويض على الدول المخالفة لالتزاماتها الدولية أو المطالبة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع.

وهذا التعويض لا يمكن وصفه بالعقاب، على أساس أن الخطأ الذي يقتضى التعويض أياً كان في مفهومه الواسع فكرة الخطأ المدني المعروفة في أنظمة القوانين الوضعية الداخلية⁽¹⁾.

ويمكننا تحديد عناصر المسؤولية عن الجريمة الدولية في إطار هذه الفكرة في عمل دولي غير مشروع أو خطأ من قبل دولة، وإسناد هذا الخطأ إلى الدولة، ومن ثم يترتب عليه التزامها بدفع التعويض أو إصلاح الضرر أو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه إن أمكن ذلك.

المطلب الثاني

فكرة ثنائية المسؤولية

يرى أنصار هذه الفكرة أنه من الممكن نشوء علاقة بين الدولة المرتكبة للعمل الدولي غير المشروع والجماعة الدولية بأسرها وخاصةً حال بلوغ هذا العمل درجة من الجسامه تجعله موجهاً ضد المجتمع الدولي بأسره، ولعل المثال على ذلك الجريمة الدولية⁽²⁾.

⁽¹⁾ تعرضت محكمة العدل الدولية لتحديد مسؤولية الدولة وفق هذه النظرية، حيث قضت في قضية "قناة كورفو" بأنه (ثبت للمحكمة مسؤولية ألبانيا عن وجود ألغام في مياهها الإقليمية دون أن تضع علامات تحذير عن وجودها، الأمر الذي تترتب عليه آثار خطيرة نتيجة انفجار هذه الألغام ومن هنا تلتزم ألبانيا بدفع تعويض للمملكة المتحدة) أنظر في تفصيل ذلك : C.I.J,Rec., 1968,p.243

⁽²⁾ هذا وقد أصدرت محكمة العدل الدولية في 25 فبراير 1970م حكماً أشارت فيه إلى اعتبار (جرائم العدوان، والإبادة، والتفرقة العنصرية تعد أعمالاً غير مشروعة موجهة ضد المجتمع الدولي..) أنظر C.I.J, Rec. 1970, p 217-218.

لهذا فإن التعرض لبعض الالتزامات الدولية خاصة التي تتعلق بالمحافظة على أفراد المجتمع ومنها إبادتهم أو تعذيبهم أو تهجيرهم قسراً، وغيرها وهي تعد من الممارسات التي تتعارض مع الأعراف والمواثيق الدولية، لا تخص الدولة التي وقع عليها الضرر فقط بل يكون هذا الضرر واقعاً على المجتمع الدولي برمته، لذلك يحق للدولة المتضررة ضرراً مباشراً المطالبة بالتعويض وكذلك الدول الأخرى على أساس أن الدول جميعاً تعد في هذا الوقت ومن الناحية المنطقية ذات مصلحة مشروعة في إثارة مسؤولية الدولة المرتكبة لهذه الأفعال التي نتج عنها الضرر⁽¹⁾.

المطلب الثالث

نظرية عقاب الدولة

من الثابت عملاً أن القواعد التنظيمية عموماً والقواعد القانونية خصوصاً تكون أكثر احتراماً إذا اشتملت على عقاب وجزاء محدد ومعلوم يمكن توقيعه على من يخالف أحكامها، وذلك لأن فكرة العقاب تمثل عاملاً حاسماً من عوامل فعالية أي تنظيم دولي⁽²⁾.

وحيث إنه، وفي ظل القانون الدولي التقليدي، ونظراً لغياب السلطة العليا داخل المجتمع التي تختص بفرض العقاب، فإن الدولة المتضررة هي التي كانت تقوم بتقدير هذا العقاب وأيضاً فرضه وتنفيذه بنفسها وبالأسلوب الذي تراه مناسباً، وهو أمر لم يعد مقبولاً من حيث المبدأ نتيجة التطور الذي شهده المجتمع الدولي الذي أصبح في ظل القانون الدولي الحديث محدداً ومقنناً ومقيداً، فلم يعد حقاً مشروعاً للدولة تمارسه كيفما شاءت، بل أصبح من ضمن وسائل القسر الجماعية التي يتم اللجوء إليها من قبل المجتمع الدولي متمثلاً في منظماته وهيئاته الدولية⁽³⁾.

(1) لمزيد من التفصيل أنظر: د. عبد الغني محمود: المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، دار النهضة العربية، 1986م، ص 261-263.

(2) انظر: د. عبد الله الأشعل: النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 26 - 27
(3) أقرت عصبة الأمم المتحدة ومن بعدها منظمة الأمم المتحدة فرض الجزاءات الدولية كعقاب للدولة عما ترتكبه من ممارسات تتعارض مع أحكام القانون الدولي بحق الدول الأخرى وكذلك بحق شعبيها، أنظر في هذا:

د. عبد الله الأشعل: النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 219 - 232.

هذا وقد نادى فقهاء القانون الدولي المعاصر بعقاب الدولة غير أنهم رأوا أن تتم هذه العقوبة وفقاً لما تقرره المواثيق الدولية وفي حدود الإجراءات التي تقررها، كذلك رفضوا فكرة الحرب كعقوبة حيث إن الحرب وسيلة من وسائل الانتقام وليست لإصلاح الخطأ وجبر الضرر، حيث يعد الانتقام المحرك الرئيسي لها، الأمر الذي اقتضى نبذ الحروب في العلاقات الدولية كوسيلة لحل المنازعات باستثناء حالة الدفاع الشرعي متى توافرت شروطها التي قررها القانون الدولي⁽¹⁾.

وعلى الرغم من نبذ فكرة الحرب كعقوبة توقع على الدولة المخطئة فإن فكرة عقاب الدولة بعقوبة أخرى شغل الكثير من الفقهاء في مجال القانون الدولي الجنائي الذين نادوا بضرورة عقاب الدولة، وإنشاء محكمة جنائية دولية لهذا الغرض تكون مختصة بمحاكمة الدول وإنزال العقاب بها.

وفي الحقيقة أن أصحاب القول المتقدم المشتغلين بالقانون سواء الداخلي أم الدولي يتفقون مع ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية في ضرورة عقاب الدولة حال انتهاكها للمواثيق الدولية وارتكابها للجرائم الدولية، غير أن هذا العقاب لم يعد حقاً مشروعاً للدول تمارسه كيفما تشاء، وإنما أصبح ضمن وسائل القسر الجماعية التي يتم اللجوء إليها من قبل المجتمع الدولي ممثلاً في منظماته وهيئاته الدولية.

الفصل الثاني

الاتجاهات الفقهية في شأن المسؤولية الجنائية للدولة

يتناول هذا الفصل بيان الاتجاهات الفقهية وما أقره التعامل الدولي في شأن المسؤولية الجنائية للدولة عن الجرائم الدولية وذلك من خلال مبحثين : الأول، تحت عنوان الاتجاه المعارض لمسؤولية الدولة جزائياً، أما المبحث الثاني فيتعرض للاتجاه المؤيد لمسؤولية الدولة جزائياً.

(1) انظر في تفصيل ذلك د. سعيد سالم الجويلي : استخدام القوة المسلحة في القانون الدولي زمن السلم، ص 83 وما بعدها. (1)

المبحث الأول

الاتجاه المعارض لمسؤولية الدولة الجزائرية

اتضح فيما سبق أن المسؤولية المدنية للدول لا تثير أي خلاف فقهي أو دولي، حيث إن هناك إجماعاً وتوافقاً على ثبوت هذا النوع من أنواع المسؤولية على عاتق الدولة المرتكبة للأفعال غير المشروعة، غير أن إسناد المسؤولية الجنائية للدولة ومساءلتها جنائياً عن الجرائم التي ترتكبها هو الأمر الذي يثير الخلاف والانقسام فقهيّاً وعلى صعيد العمل الدولي أيضاً.

وفي هذا الإطار ظهر اتجاهان يرفض أولهما نسبة المسؤولية الجنائية للدولة ويعتبر أن مسؤوليتها تنحصر فقط في إطار المسؤولية المدنية كما أشرنا، فيما يذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى نسبة المسؤولية الجنائية للدولة المرتكبة للجريمة الدولية، بحيث تُسأل مدنياً وجنائياً عن الجرائم التي ترتكبها، ولكل من هذه الاتجاهات حججه وبراهينه التي يتمسك بها لدعم وجهة نظره، ومن خلال دراستنا لهذه الحجج التي يتمسك بها أنصار هذين الاتجاهين يمكن تحديد طبيعة الخلاف بينهما في عدة عناصر أساسية تشكل في مجملها المشاكل موضوع الخلاف، والتي سنحاول التعرض لها بمزيد من التفصيل في هذا الفصل وذلك على النحو التالي :

أولاً : طبيعة الدولة :

ذهب أنصار الاتجاه المعارض نحو القول بأنه لكي يتسنى نسبة المسؤولية الجنائية للدولة يجب أن تكون هناك جزاءات توقع عليها وأن تتسم بالعقوبة، أي لا تكون قاصرة على مجرد التعويض عن الأضرار التي أحدثتها تصرفاتها غير المشروعة، وإنما تتعدى ذلك لتصل إلى حد الزجر والردع، وهو ما لم تحققه لتعارضه مع سيادة الدولة وطبيعتها⁽¹⁾، حيث أن طبيعتها كشخص معنوي يجعل من المستحيل فرض الجزاءات الجنائية التقليدية عليها.

(1) لمزيد من التفصيل أنظر د. بن عامر تونسي : أساس مسؤولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989م، ص 282 - 283.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الفكر قد راج لدى الفقهاء الذين رفضوا عقاب الدولة ومن هؤلاء Plawski, Rainin ، حيث رأى الأخير أنه من المستبعد ولأسباب كثيرة تطبيق عقوبات على الدولة كعقوبة الإعدام مثلاً أو العقوبات البدنية أو الحرمان من الحرية وبالتالي فإن طبيعة الدولة وتكوينها يابى الخضوع لمثل هذه العقوبات⁽¹⁾.

هذا وقد أكدت لجنة القانون الدولي أثناء مناقشتها لمشروع قانون مسؤولية الدول على أنه: لا يمكن مقارنة الجزاءات التي فرضها مجلس الأمن كمؤسسة سياسية للحفاظ على السلم والأمن الدوليين بالعقوبات الجزائية التي تفرضها هيئة قضائية، فالدولة لا يمكن أن تتعرض لجزاءات جنائية مثل التي تنص عليها أنظمة العدالة الجنائية الوطنية مثلما ورد في القرارات التي اتخذتها مؤخراً المحكمة الدولية ليوغسلافيا السابقة ومحكمة العدل الأمريكية لحقوق الإنسان، وكما اتضح أن الدول لا يمكن أن تخضع لجزاءات جنائية شبيهة بتلك المنصوص عليها في أنظمة العدالة الجنائية الوطنية⁽²⁾.

ثانيا : الدولة وقضية الإسناد المعنوي :

تمثل الدولة كياناً معنوياً أو اعتبارياً لأشخاص طبيعيين، ومن ثم فهي تفتقر إلى الإرادة التي هي مناط المسؤولية الجنائية التي لا تقع إلا على الأشخاص الطبيعيين الذين يملكون الإرادة التي تُوجه سلوكهم نحو ارتكاب جريمة معينة يمكن إسنادها إليهم معنوياً في صورة قصد جنائي، أو مادي في صورة البنيان المادي للجريمة وهما شرطان أساسيان في قيام المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي⁽³⁾.

(1) انظر: (V.) Plawski: Etude des principes fondamentaux

de droit international penal, (L.G.D.J) 1972 ,p.5

(2) انظر: (V.) Plawski: Etude des principes fondamentaux

de droit international penal, (L.G.D.J) 1972 ,p.5

(3) انظر :د. شريف سيد كامل: المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997م، ص 13- 18

والواقع أن القانون الحديث يسوده مبدأ لا عقوبة بلا إسناد معنوي⁽¹⁾، ولذلك لا يطبق القانون الجنائي إلا على الشخص الطبيعي ليسند كل مسؤولية جنائية وكل عقوبة إلى إرادته الخاطئة، ولا شك أنه وفقاً لأنصار هذا الرأي فإن هذه المبادئ هي المطبقة في القانون الدولي فيما يتعلق بالجرائم الدولية، حيث لا يعترف القانون إلا بالمسؤولية الجنائية المترتبة على الأفراد ورفض أي مسؤولية مترتبة على الأشخاص المعنويين.

ثالثاً : مشكلة المسؤولية الجنائية الجماعية :

يضيف الاتجاه المعارض لمسؤولية الدولة جنائياً سبباً آخر يتمثل في مشكلة المسؤولية الجماعية والذي يعني أن فرض العقوبات على الدولة أمر يتنافى مع اعتبارات العدالة لأنه سيقدر مسؤولية مطلقة على كل شعب هذه الدولة على الرغم من أن أفراد هذا الشعب لم يرتكبوا الجريمة أو يساهموا في ارتكابها، إلا أنهم بحكم ذلك يعدون مسؤولين جزائياً بصرف النظر عن أخطائهم الفردية⁽²⁾.

رابعاً : السلطة المختصة بتوقيع الجزاء :

أشار الاتجاه الرافض لمسؤولية الدولة الجنائية إلى قضية أخرى تتعلق بموضوع الجزاء الذي سيفرض على الدولة وتتعلق كذلك بمدى وجود هذه السلطة التي تتمتع بصلاحيات توقيع هذه الجزاءات الدولية؟، وذلك استناداً إلى افتقار المجتمع الدولي للسلطة العليا التي تختص بفرض هذه الجزاءات على الدول، الأمر الذي يرى معه أنصار هذا الاتجاه، أن القانون الدولي لا يعرف سوى المسؤولية التقليدية للدول⁽³⁾.

وفي هذا الإطار يضيف أنصار هذا الاتجاه أن المجتمع الدولي الحالي يفتقر وجود السلطة الدولية الحقيقية التي لها صلاحية التحقق من ارتكاب الجرائم الدولية والتحقيق فيها وإدانة الدول المتهمه بارتكابها لتقرير مسؤوليتها الجنائية بهدف فرض

(1) انظر د. عمر محمد محمودي : قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 1999، ص 85-92.

(2) انظر د. يونس العزاوي : مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي، ص 41 - 42.

(3) لمزيد من التفصيل أنظر د. يونس العزاوي، مرجع سابق، ص 283 - 285.

الجزاءات الدولية عليها، وعدم وجود هذه السلطة على الصعيد الدولي هو أمر يتأكد معه بلا شك عدم إمكانية نسبة المسؤولية الجنائية للدولة.

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن الإقرار بوجود المسؤولية الجنائية للدولة هو أمر يقتضى أن يكون للمجتمع الدولي برمته تنظيم قادر على متابعة الأعمال غير المشروعة وتوجيه الاتهام بارتكاب هذه الجرائم باسم المجتمع أمر يتطلب وجود جهاز قضائي دائم يتولى ذلك، وبدون وجوده تظل المسؤولية عن الجريمة الدولية نظاماً يفتقر إلى الفاعلية والكمال تحكمه تيارات التوازن الدولي وتحقيق به كافة مخاطر النزاع⁽¹⁾.

خامساً : السوابق الدولية :

يرى أنصار هذا الاتجاه الراض للمسؤولية الجنائية للدولة أن جميع السوابق الدولية التي أثّرت بصدد المسؤولية الجنائية على الصعيد الدولي كان محلها دائماً الشخص الطبيعي وليس الدولة كشخص معنوي، ولهذا فإن الواقع الدولي يؤكد على أن المسؤولية الجنائية على الصعيد الدولي تنحصر في المسؤولية الجنائية للأفراد فقط وليس للدول⁽²⁾.

حيث أكدت تصريحات الحلفاء طوال فترة الحرب العالمية الثانية على ضرورة محاكمة النازيين كأفراد طبيعيين نتيجة إثارته الحرب وارتكابهم الجرائم ضد الإنسانية. دون إثارة المسؤولية الجنائية للدولة الألمانية.

هذا وقد رفضت محكمة نورمبرج صراحةً في الأحكام الصادرة عنها إسناد المسؤولية الجنائية للدولة، حيث ذكرت أن : (الأشخاص الطبيعيين وحدهم الذين يرتكبون الجرائم وليست الكائنات النظرية، ولا يمكن كفالة تنفيذ واحترام نصوص القانون الدولي إلا بعقاب الأفراد الطبيعيين المرتكبين لهذه الجرائم⁽³⁾).

(1) لمزيد من التفصيل أنظر د. محمد سعيد الدقاق : شرط المصلحة في دعوى المسؤولية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983م، ص 79 - 80

(2) انظر في تفصيل ذلك د. عمر محمد محمودي : قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 90 - 95.

(3) د. محمد محيي الدين عوض : دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، سنة 1965، ص 458 - 465.

هذا وقد أكدت لجنة القانون الدولي لسنة 1998م على رفض مسؤولية الدولة الجنائية، حيث أوردت تحت عنوان "رفض مسألة مفهوم المسؤولية الجنائية للدول" أنه قد رأى أعضاء كثيرون أن مفهوم جنایات الدول غير ضروري وغير عملي وهم يرون أن مفهوم جنایات الدول تشوبه عيوب متأصلة لا قيمة قانونية له ولا يستند إلى مبادئ تبرره وهو يتعارض مع معظم التطورات التي جددت في القانون الدولي وليست له أهمية أساسية في مهمة اللجنة،... وأن المجتمع الدولي غير مستعد لقبول ذلك، وهو يزيد من حدة الخلافات بين الدول التي سيسهل عليها تبادل الوصف بالإجرام⁽¹⁾.

ونشير أخيراً إلى أن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998م نفى المسؤولية الجنائية للدولة وقصرها على الأفراد الطبيعيين فقط، حيث جاء في المادة (25) من هذا النظام أنه : (1- يكون للمحكمة اختصاص على الأفراد الطبيعيين عملاً بهذا النظام، 2- الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية وعرضه للعقاب وفقاً لهذا النظام الأساسي...)⁽²⁾.

المبحث الثاني

الاتجاه المؤيد لمسؤولية الدولة جزائياً

ذهب هذا الاتجاه إلى إقرار المسؤولية الجنائية للدولة وتأكيد لها، لذلك فقد عارض الحجج التي استند إليها أنصار الاتجاه الرافض لها ، وفي إطار هذا المطلب نوضح بإيجاز البراهين التي ساقها أنصار هذا الاتجاه لتأكيد مذهبهم، وذلك على النحو التالي:

(1) انظر : تقرير لجنة القانون الدولي لسنة 1998م، مرجع سابق، ص 129 – 130.
(2) لمزيد من التفصيل أنظر د. محمود شريف بسيوني: لمحكمة الجنائية الدولية، سنة 2000م، (بدون ناشر) ص 301 – 302.

أولاً : طبيعة الدولة :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن طبيعة الجرائم الذي يمكن فرضه على الدولة لا يمكن أن يتخذ لنفي ومعارضة نسبة المسؤولية الجنائية إليها، وذلك لأن وجود هذه المسؤولية لا يرتبط حتماً بنوع الجزاءات أو العقوبات الجنائية ولا بطبيعتها، فالجزاء لم يكن في يوم من الأيام أساساً لتقرير المسؤولية الجنائية، فالدولة كشخص معنوي لا يمكن بطبيعة الحال أن تخضع لبعض العقوبات الجنائية المعروفة والمطبقة على الأشخاص الطبيعيين كالعقوبات البدنية السالبة والمقيدة للحرية، غير أنه من الممكن أن نستعاض عنها بعقوبات أخرى تتلاءم مع طبيعة الدولة كالعقوبات المالية والمعنوية الأمر الذي لا يمكن الاحتجاج معه بالشخصية المعنوية للدولة لاستبعاد مسؤوليتها الجنائية عن الأعمال غير المشروعة التي ترتكبها بحق أعضاء المجتمع الدولي والتي من أخطرها الجرائم ضد الإنسانية⁽¹⁾.

ورأى أنصار هذا الاتجاه أن العقوبات التي يمكن فرضها على الدولة يمكن أن تتلاءم مع طبيعتها كشخص معنوي، أي لا يشترط صبغها بالطابع الشخصي أي لا يقصد من ورائها تحقيق الإيلام الشخصي، كعقوبة الإعدام أو الحبس مثلاً، بل من الممكن أن تكون عقوبات ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو عسكرية، كرفض الاعتراف بما ارتكبه الدولة من أفعال غير مشروعة كالجريمة ضد الإنسانية ومقاطعتها اقتصادياً، وكذلك استخدام القوة ضدها، فإذا ما تحقق ذلك نكون بصدد عقوبات جنائية وقعت على الدولة⁽²⁾.

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار أن الجزاءات التي يفرضها مجلس الأمن الدولي على الساحة الدولية تمثل جزاءات جنائية، وقد أشارت بعض الآراء المشتركة في مناقشات لجنة القانون الدولي حول مشروع قانون مسؤولية الدول إلى

(1) لمزيد من التفصيل أنظر د. عمر محمد المحمودي : قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 85 – 92.

د. عباس هاشم السعدي، جرائم الأفراد في القانون الدولي، ص 317 – 324.

(2) أنظر د. رجب عبد المنعم متولي : الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، 2000، ص 379 – 381

ذلك حيث ذكرت أن : (مجلس الأمن الدولي حينما يقوم باسم المجتمع الدولي ككل بتطبيق تدابير ردعية وقمعية ذات طابع جماعي بما في ذلك استخدام القوة ضد الدولة التي ترتكب الجرائم الدولية إنما يتحرك من منطلق المسؤولية، حيث لم يخول للمجلس التصرف إلا في حالة انتهاك دولة من الدول للقوانين والمواثيق الدولية، الأمر الذي يمكن القول معه بتحقيق المسؤولية الجنائية للدولة بالإضافة للمسؤولية المدنية....)⁽¹⁾

ثانيا : الدولة وقضية الإسناد المعنوي :

يذهب أنصار هذا الاتجاه لتأكيد مسؤولية الدولة الجنائية إلى أن الدولة ليست مجرد وهم أو افتراض مجازي قام على الحيلة كما يدعى الاتجاه المنكر، بل هي حقيقة واقعية وشخص قانوني يباشر حقوقه ويتحمل التزامه أياً كانت طبيعتها.

ويذهب أنصار هذا الرأي لتدعيم وجهة نظرهم إلى أن المجتمع الدولي أقر منذ أمد بعيد مسؤولية الدولة المدنية وألزمها بالتعويض متى ارتكبت جريمة دولية، فكيف يمكن الاعتراف بها بالشخصية القانونية والوجود الفعلي الذي يؤهلها لارتكاب الجرائم وتحمل المسؤولية المدنية ودفع التعويض ثم ننكر وجودها بصدد مسؤوليتها الجنائية؟.

ثالثا : مشكلة المسؤولية الجنائية الجماعية :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المسؤولية الجماعية في القانون الدولي تعد مبدأً طبيعياً تقتضيه طبيعة القانون الدول، كما أن المسؤولية الجماعية هي جزاء يستحقه شعب الدول المرتكبة للجريمة الدولية نتيجة تساهله مع قادته الذين ارتكبوا الأفعال المكونة لها، حيث إن الشعب يعد شريكاً لقادته في ارتكابها متى تسامح طويلاً في هذه الممارسات التي يرتكبها ممثلوه⁽²⁾.

(1) انظر : تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الخمسين سنة 1998م، مرجع سابق، ص 176 – 179.

(2) لمزيد من التفصيل أنظر ديونس العزاوي: مرجع سابق، ص 143 – 145.

كذلك يرفض أنصار هذا الاتجاه قبول ما ذهب إليه الاتجاه الرافض الذي يرى بأن إقرار المسؤولية الجنائية للدولة يتمثل في فرض الجزاءات الجماعية على شعب الدولة الذي لم يكن له يد فيما ارتكب من جرائم، واستندوا في ذلك بأن الاتجاه الرافض تناسى أن هناك شعبا أو شعوبا أخرى تعاني من الجريمة التي ارتكبت بحقهم، كذلك فإن الشعب الذي يقبل بالجرائم التي ترتكبها حكومته بحق الشعب أو الجماعات الأخرى يكون مسؤولاً عنها، وحتى يتخلص من هذه المسؤولية عليه أن يثبت للرأي العام حسن نيته وأن يبرهن عليها بأي شكل إيجابي.

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن إقرار المسؤولية الجنائية للدولة هو الأثر المترتب على اعتبار الدولة عضواً داخل المجتمع الدولي الذي يتكون من مجموعة من دول ذات شخصيات معنوية تحكمها قواعد قانونية دولية تلائم طبيعتها وتحدد حقوقها وواجباتها وتفرض الجزاء بغض النظر عن نوعه ومداه على الإخلال بها، وهذا هو المغزى الحقيقي من المسؤولية الدولية⁽¹⁾

لهذا فإن هذا الرأي يفرق بين المسؤولية الجنائية الجماعية التي لا يمكن قبولها قانوناً والمسؤولية الجنائية الدولية للدولة بوصفها شخصاً دولياً عاماً وهو أمر ثابت لا يمكن لأحد إنكاره، كما أنه أمر له أهميته في بقاء قواعد القانون الدولي واحترامها على الساحة الدولية بين أعضاء المجتمع الدولي.

رابعا : السلطة المختصة بفرض الجزاء :

ذهب أنصار الاتجاه المؤيد لمسؤولية الدولة الجنائية إلى وجود السلطة التي تملك صلاحية إقرار الجزاء الدولي المناسب على الدولة المرتكبة للجريمة الدولية، حيث تعد منظمة الأمم المتحدة بالفعل المؤسسة الأكثر تمثيلاً للجماعة الدولية وهي التي يناط بها نسبة المسؤولية إلى الدولة المخالفة لقواعد القانون الدولي وكذلك فرض الجزاءات الدولية المناسبة عليها من خلال مجلس الأمن الدولي، كذلك من الممكن أن تلعب الجمعية العامة للأمم المتحدة دوراً أكثر فعالية في إقرار هذه المسؤولية

(1) لمزيد من التفصيل أنظر د. محمود نجيب حسنى : دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1996م، ص 237 - 238

وفرض الجزاءات نيابة عن المجتمع الدولي، فضلاً عن سلطة محكمة العدل الدولية في هذا المجال حتى يتم الاتفاق بين الدول بشأن الأخذ بآلية مناسبة تلعب هذا الدور الهام على الصعيد الدولي، والتي تمثلت بالفعل بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾.

فيما ذهبت آراء أخرى من أنصار هذا الاتجاه إلى تقديم بعض الاقتراحات لإيجاد السلطة القادرة على فرض الجزاء الجنائي على الدولة، حيث تركزت على ضرورة تفعيل دور محكمة العدل الدولية لتلعب دوراً أكثر فعالية لمواجهة الجرائم الدولية وفرض الجزاءات عليها، وفي هذا يرى الأستاذ "سلدانا" أنه يجب أن يمتد اختصاص المحكمة إلى المسائل الجنائية، كذلك يجب أن يمتد ليشمل كل الجرائم التي ترتكبها الدول أعضاء المجتمع الدولي⁽²⁾.

وفي أثناء مناقشات لجنة القانون الدولي حول قانون مسؤولية الدول قالت هذه اللجنة أن: (الجهاز الذي يملك تحديد ارتكاب جنائية دولية ونسبتها إلى الدولة وإقرار المسؤولية الجنائية عنها يمكن تحديده من خلال ثلاثة حلول : يتمثل الأول في إنشاء جهاز دولي جديد ليقوم بهذا الدور، والثاني يمكن اللجوء إلى مجلس الأمن الدولي، ويتمثل الحل الثالث في اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، وإن كانت المحكمة لا تتمتع بالاختصاص إلا في حالة قبول الدولة له فقط لذا يمكن تحقق القبول عن طريق التصديق على الاتفاقية المقرر إبرامها...)⁽³⁾.

خامساً : السوابق الدولية :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن لا يمكن الاستناد إلى السوابق الدولية لاستخلاص منها أحكاماً نهائية تبرم بنفي إسناد المسؤولية الجنائية للدولة، وقد أشار أنصار الاتجاه المؤيد إلى أن خلو تصريحات الحلفاء طوال الحرب العالمية الثانية من الإشارة إلى إمكانية مساءلة الدولة الألمانية جنائياً والتركيز فقط على محاكمة النازيين كأشخاص طبيعيين لا يمثل سابقة دولية يمكن الاعتداد بها لاستخلاص قواعد قانونية ثابتة في

(1) لمزيد من التفصيل انظر د. عباس هاشم السعدي، ص 368 – 372.

(2) رأي سلدانا مشار إليه في د. محمد محيي الدين عوض، مرجع سابق، ص 427 – 428.

(3) انظر : حولية لجنة القانون الدولي لسنة 1996م، مرجع سابق، ص 183 – 185.

هذا الشأن، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه التصريحات اتسمت بالطابع السياسي وكان هدفها كسب الشعب الألماني وإثارته ضد حكامه النازيين، لذلك فليس هناك سبب قانوني يمنع مساءلة ألمانيا جنائياً عن الجرائم التي ارتكبتها بحق المجتمع البشري، ويؤكد ذلك ما فرضه الحلفاء من شروط قاسية للصالح على ألمانيا بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية⁽¹⁾.

ويرى أنصار هذا الاتجاه كذلك أن السبب الحقيقي وراء استبعاد مساءلة الدولة الألمانية يرجع إلى سرعة تشكيل هذه المحاكم الأمر الذي لم يعط الفرصة الكافية لمحاكمة ألمانيا عن المسؤولية الجنائية، وإلا كيف يفسر وجود الحلفاء على أرضها واستمرار بعضهم حتى وقت قريب⁽²⁾.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه عدم إشارة المحاكمات الجنائية الدولية التي عقدت بعد محاكمات الحرب العالمية الثانية كالمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا سنة 1993م، وكذلك المحكمة الجنائية الدولية لرواندا عام 1994م، إلى المسؤولية الجنائية للدولة يرجع إلى كون هذه المحاكم الدولية قد أنشئت خصيصاً لمحاكمة الأشخاص الطبيعيين ولم تمنح صلاحية محاكمة الدولة المرتكبة للجرائم الدولية التي وقعت في هذه الفترة، لذلك جاءت أحكامها في إطار الاختصاص الولائي الذي أعطته لها نصوص إنشائها، وهذا الأمر ينطبق كذلك على مشروع التقنين الخاص بالجرائم ضد سلام وأمن البشرية، والقول بغير ذلك يعطل الدور الأساسي للقانون الدولي ويسلبه من الجزاء الذي يحفظ احترامه ويكفل تطبيقه على الصعيد الدولي⁽³⁾.

كان هذا بإيجاز بعض الآراء التي استند إليها الاتجاه المؤيد لمسؤولية الدولة الجزائية لمحاولة تأكيد مذهبه، فيما يلي نورد ما نراه في هذه المسألة.

(1) لمزيد من التفصيل أنظر : د. محمد محي الدين عوض : المرجع السابق، ص 438.

(2) لمزيد من التفصيل أنظر د. محمد محي الدين عوض : دراسات في القانون الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص 514 - 515 ، د. سالم محمد سليمان الأوجلي : مرجع سابق، ص 318 - 319

(3) لمزيد من التفصيل أنظر د. السيد أبو عيطة : الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 421 - 423

الخاتمة :

بعد استعراض الآراء المختلفة حول إمكانية مساءلة الدولة جزائياً عن الجريمة الدولية عموماً.

يبدو من خلال ذلك أنه من المستحيل وذلك من الناحيتين القانونية والواقعية مساءلة الدولة جنائياً عن الجرائم الدولية بصفة عامة بصورة مماثلة للمسؤولية الجنائية للأفراد، وذلك على أساس أن هذه المسؤولية تقوم من الناحية القانونية إلى جانب الركن المادي لها على ركن معنوي يتمثل في إرادة الفعل والنتيجة، ومن حيث الواقع ليس للأشخاص الاعتبارية كالدولة مثل هذه الإرادة، وإنما إرادتها هي مجرد افتراض، وتتمثل من حيث الواقع في إرادة الأشخاص الطبيعيين الممثلين لها وهم بالنسبة للدولة يتمثلون في الحكام والسلطات المعبرة عن الشخصية القانونية للدولة، والذين يمثلون بدورهم عنصر السكان فيها.

وكما أشرنا سابقاً إلى أنه من الصعب أن تعبر هذه السلطات عن إرادة الشعب كله حتى في البلاد التي تأخذ بأعظم النظم الديمقراطية، فما بال الوضع في البلاد التي تأخذ بالنظم الديكتاتورية، حيث لا يعبر الحكام إلا عن إرادتهم فقط .

ونظراً للطبيعة الشخصية للمسؤولية الجزائية لا يصح ترتيب المسؤولية الجزائية لدول كشخص معنوي استناداً إلى إرادة شخص طبيعي واحد أو مجموعة من الأشخاص دون اعتبار لإرادة الآخرين، وهذا ما أكدته الأعمال التحضيرية لاتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية لسنة 1948م، والتي جسدت الخلاف في الرأي حول الأخذ بالمسؤولية العقابية عن هذه الجريمة، وهل توقع على الأشخاص الطبيعيين أم تمتد على الأشخاص المعنوية؟، والتي انتهت في نهاية الأمر إلى إقرار المادة الرابعة من الاتفاقية التي تدل على تبني هذه المادة لمبدأ المسؤولية الجنائية الفردية، أي للأشخاص الطبيعيين وحدهم دون الدولة، حيث نصت على أن: (تتعهد الدول الأطراف بموجب هذه المادة بمعاقبة الأشخاص الذين يرتكبون جريمة إبادة الجنس البشري، وكذا الأشخاص الذين يرتكبون الأفعال التي عدتها المادة الثالثة وهي التآمر والتحريض والشروع والاشتراك، وذلك بصرف النظر عمّن كان هؤلاء

الأشخاص من الحكام المسؤولين دستورياً، أو من الموظفين العموميين أو الأشخاص العاديين⁽¹⁾،

وعليها فإذا ارتكب موظف حكومي جرائم ضد الإنسانية في أثناء ممارسته لوظائفه المنوط بها من قبل الدولة تعين أن يكون مسؤولاً بصفة شخصية عن هذه الجرائم مسؤولية جنائية، وحيث إنه ارتكبها بمناسبة وظيفته الرسمية التي يقوم بها باسم دولته ولحسابها فتعد الدولة مسؤولة كذلك عن هذه الجرائم غير أن مسؤوليتها تنحصر في نطاق المسؤولية المدنية ومن ثم تلتزم بتعويض هذه الأضرار التي تحققت من جراء الأفعال والممارسات، وذلك لأن الدولة لم ترتكب هذه الجرائم من الناحية المادية، بل إن هذه الجرائم نسبت إليها فقط من الناحية القانونية.

وبناء على ما تقدم فإنه فيما يتعلق بالمسؤولية عن الجرائم يجب قصر المسؤولية الجزائية عن هذه الجرائم على الأفراد الطبيعيين المرتكبين أو المشاركين أو المساهمين أو الساكتين عن هذه الجرائم حيثما يكون من سلطتهم منعها، وتكون مسؤولية جنائية تستوجب توقيع أقصى الجزاءات الجنائية المدونة بالقوانين الجنائية الداخلية للدول، أو أقصى الجزاءات التي تقرها المحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998م دون تهاون.

أما فيما يتعلق بالدول فأرجح أن تكون مسؤوليتها عن ذلك مسؤولية سياسية أمام مواطنيها، ومسؤولية دولية أمام المجتمع الدولي تؤسس على أساس المسؤولية التقصيرية حيال الأخير، نظراً لمخالفتها لقواعد القانون الدولي التي تحظر ارتكاب الجرائم الدولية، كما تؤسس على أساس المسؤولية التعاقدية المتوافرة في حق الدولة المنتهكة للاتفاقات الدولية المعنية بمناهضة الجرائم الدولية وذلك تجاه الدول الأخرى الأطراف في نفس هذه الاتفاقات.

(1) للمزيد من التفصيل أنظر : إيهاب السيد شحاتة، جريمة إبادة الجنس البشري، بحث مقدم إلى المركز القومي للدراسات القضائية، دورة القانون الدولي الإنساني، سنة 2001م، ص 37 – 39، أنظر د. سعاد الشرقاوي : التمييز وحماية الأقليات في المواثيق الدولية والإقليمية، بحث منشور في مجلة الحق، مجلة فصلية يصدرها إتحاد المحامين العرب، السنة 19، العدد 3، سنة 1988، ص 207 – 211.

كما نؤكد في هذا الصدد على أن هذا الذي أشرنا إليه في مسؤولية الدولة لا يخلو من العقاب، بل نرى أن يجب فرض جزاء على الدولة يتناسب مع مفهوم الجزاء في القانون الدولي وطبيعة الدولة ككيان قانوني سياسي ، وذلك لما للجزاء من أثر بالغ والذي لا يستهان به .

التوصيات :

نظراً لخطورة الجرائم الدولية على المجتمعات البشرية لذا أرى بأن الدولة التي تحدد مسؤوليتها عن ارتكاب هذه الجرائم الخطيرة من الممكن أن يفرض عليها عدة جزاءات أخرى والتي ستكون بمثابة ضغط دولي على الدول التي تشرع في ارتكابها وستكون رادعة لغيرها من الدول التي قد تفكر في ارتكابها في المستقبل ومنها :

- 1 - حرمان هذه الدول من ممارسة حق التصويت .
- 2 - الاستبعاد من عضوية المنظمات الدولية، أو عدم المشاركة في أعمالها .
- 3 - عدم الاستفادة من مساعدتها متى ضلعت في ارتكاب هذه الجرائم، وذلك لأن الدول عليها الالتزام بأحكام القانون الدولي قدر الإمكان .
- 4 - في حالة انتهاك الدولة للقوانين الدولية يتعين عليها تحمل المسؤولية نتيجة ذلك، حيث أن حرمان الدول من المزايا التي تتمتع بها حال انضمامها للمنظمات الدولية يعد كافياً للامتثال للقواعد القانونية الدولية .

ومن كل ما سبق نخلص إلى عدم وجود إجماع دولي عام مؤيد لفكرة المسؤولية الجزائية للدولة ومبادئها الأساسية، نظراً لاختلاف الفكرة مع مصالح بعض الدول وخاصة الكبرى، لهذا فإن الأمر مازال يحتاج إلى وقفة طويلة لتغيير المفهوم الدولي لفكرة المسؤولية الجنائية للدولة، وكذلك للعقوبة الناشئة عنها، حيث إن هذه المسؤولية تحتاج بصفة عامة إلى خضوع الفاعل لسلطة عليا، ولا توجد الآن في المجتمع الدولي بالشكل المعروف في النظم الداخلية .

المراجع

المراجع العربية

1	أحمد، فاتنة عبد العال : العقوبات الدولية الاقتصادية، دار النهضة العربية، 2000 م.
2	الأشعل، عبد الله علي ، النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1977م.
3	بسيوني، محمود شريف: المحكمة الجنائية الدولية، سنة 2000م، (بدون ناشر).
4	جمال الدين، عبد الأحد ، مبدأ الشرعية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، 16 ، مطبعة جامعة عين شمس، يناير 1974م .
5	الجويلي، سعيد سالم ، استخدام القوة المسلحة في القانون الدولي زمن السلم.
6	حسنى، محمود نجيب ، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1996م.
7	حومد، عبد الوهاب ، الإجرام الدولي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1978م.
8	الدقاق، محمد سعيد ، د. مصطفى سلامة حسين، التنظيم الدولي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1997م.
9	الدقاق، محمد سعيد ، شرط المصلحة في دعوى المسؤولية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983م.
10	سيد كامل، شريف ، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1997م.
11	شحاتة، إيهاب السيد ، جريمة إبادة الجنس البشري، بحث مقدم إلى المركز القومي للدراسات القضائية، دورة القانون الدولي الإنساني، 2001م.
12	الشرقاوي، سعاد ، التمييز وحماية الأقليات في المواثيق الدولية والإقليمية، بحث منشور في مجلة الحق، مجلة فصلية يصدرها إتحاد المحامين العرب، السنة 19، العدد 3، سنة 1988م.
13	بن عامر، تونسسي، أساس مسؤولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989م.
14	عبد الغفار ، عبد المعز ، الإجراءات المضادة في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة 1988م.
15	العناني، إبراهيم ، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، 1998م.

16	عوض، محمد محي الدين ، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، 1965م.
17	أبو عيطة، السيد ، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، 2001م.
18	الغنيمي، محمد طلعت ، الوسيط في قانون السلام، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1993م.
19	متولي، رجب عبد المنعم ، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، 2000م.
20	محمود، عبد الغني ، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، دار النهضة العربية، 1986م.
21	المحمودي، عمر محمد ، قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 1999م.
22	ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، 1996م.
23	أبو هيف، على صادق ، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975م.
24	تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الخمسين سنة 1998م، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الملحق رقم 10 (A/53/10) .

المراجع الأجنبية

1	(H.L) Hart: The concept of law, oxford clarendon press, 1961.p.210- 211
2	The Oxford Duden German Dictionary, (German-English—Germany), Clarendon Press Oxford,1990,P. 619 – 620
3	C.I.J,Rec., 1968,p.243
4	.218-217 p ,1970C.I.J, Rec.
5	de droit international penal, (L.G.D.J) 1972 ,p.5
6	(V.) Plawski: Etude des principes fondamentaux

النصوص الذاتية بين التفويض والتأويل

دراسة تحليلية لمنهج الإمام البيهقي

المتوفى سنة (458) هـ

د. أحمد عبد القادر الرفاعي

أستاذ العقيدة بكلية الإمام مالك للشرعة والقانون - دبي

النصوص الذاتية بين التفويض والتأويل

دراسة تحليلية لمنهج الإمام البيهقي المتوفى سنة (458) هـ

د. أحمد عبد القادر الرفاعي

أستاذ العقيدة بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون - دبي

* مقدمة

الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، المتوفى سنة (458) هـ ، هو أحد كبار محدثي القرن الخامس الهجري ، وأحد كبار فقهاء شافعيته ، وعلم من أعلام الأشاعرة الذين قدموا كتابات عقدية ودونها بصيغة "حدثنا" وفق منهج المحدثين، وقد عكست تصانيفه العقدية هذه اعتقاد الأشاعرة الأوائل، من محدثين، وفقهاء، وعامة المتكلمين، ممن هم من طبقات، تلاميذ الشيخ أبي الحسن الأشعري، وتلاميذ تلاميذه، وتلاميذهم، ويعتبر الإمام البيهقي في تصانيفه العقدية، كما الفقهية والحديثية، محققاً بارعاً وفق في استخدام علومه، ومعارفه، وسماعاته الوافرة، لصياغة مناهج في الاعتقاد، والفقه، والحديث، غاية في الوضوح والترتيب، ومعالجة المشكلات الجسام، حتى انتشرت كتبه، وعمت فوائدها، وسارت بها الركبان .

وقد تيسر لي أن أقدم هذه الدراسة التي عنيت باستخلاص منهج الإمام البيهقي في تأويل وتفويض النصوص الذاتية، من خلال تعمقي في قراءة كتابه، الجليل القدر، الأسماء والصفات، حيث سار في صياغة هذا المنهج سيرا موفقا، بناء على جملة أصول وقواعد محكمة، ابتعد فيها عن التكلف، أو الغلو، أو الشطط، كما أجاب بها عن كثير من التساؤلات، وحلّ كثيرا من المعضلات، وكشف كثيرا من التناقضات،

لذلك كان من المفيد الاعتناء بها، وتقديمها للدارسين المهتمين، بصورة نرجو أن تقارب الصواب .

فكتاب الأسماء والصفات يتعرض في قرابة نصف مباحثه لدراسة النصوص الذاتية بعد أن بيّن في النصف الأول معاني الأسماء الحسنى ودلالاتها، وهذه النصوص الذاتية منها ما هو وارد في القرآن الكريم ومتواتر السنة ومشهورها، ومنها ما هو وارد في الأحاديث الآحاد، صحيحها أو ضعيفها، ومنها ما ورد في المناكير والموضوعات، وعدد لا بأس به من الروايات هو عبارة عن إسرائيليات نقلت إما عن قساوسة النصارى أو أبحار اليهود، لذلك تنوعت مواقف التيارات والمذاهب العقدية، واختلفت آراء أصحابها ومنظريها في توجيه وتفسير هذا الكم الهائل من النصوص، بين من اعتمد الصحيح القوي منها، أو الصحيح مطلقاً، وبين من خبط خبط عشواء كحاطب ليل فلم يفرق بين صحيح وضعيف وما هو منكر وموضوع وما نقل عن بني إسرائيل، ومنهم من سار على منهج التأويل مطلقاً، أو منهج التفويض مطلقاً، ومنهم من شبه، ومنهم من جسم، أما الإمام البيهقي فقد غاص في أعماق هذه النصوص واستوعب عرضها وتحليلها، وبيّن ما يقبل منها وما يردّ، وما يؤول وما يفوض، وهو بذلك يسير على منهج المحدثين في العرض والكتابة، وفي النقل عن كبارهم خاصة نقله عن الإمام أبي سليمان الخطابي صاحب معالم السنن، وعلى منهج المتكلمين السنيين الأوائل من كلابية وأشعرية، في إيضاحه موافقتهم للمحدثين، ويكثر من الحديث عنهم، أمثال أبي العباس القلانسي، وأبي الحسن بن مهدي الطبري .

وقد رأيت أن من تصدى للكتابة عن منهج الإمام البيهقي العقدي لم يوف منهجه في التعامل مع النصوص الذاتية حقه، مع أهمية جهد البيهقي في صياغة وتنقيح قواعد هذا المنهج، فيسرع بعضهم لاعتباره محدثاً، والبعض الآخر لاعتباره أشعرياً، ويحلو الآخرين اعتباره أثرياً، والحقيقة أن البيهقي محدث من الطراز الرفيع في

أسلوب كتابته وفي منهجه، وهو في نتاج منهجه هذا لم يخالف ما عليه كبار المتكلمين السنيين الأوائل، فبين عامة المحدثين وهؤلاء المتكلمين موافقة كلية في تفسير وتوجيه النصوص الذاتية، مع اختلاف ظاهر في طريقة الكتابة وتناول صياغة الموضوع، فالمحدثون التزموا منهج "حدثنا"، أما المتكلمون فآثروا منهج المناقشة الكلامية، ويظهر هذا الأمر جليا في ثناء الإمام البيهقي الواسع على شيخ المحدثين في عصره الإمام أبي عثمان الصابوني، ومدحه عقيدته وفقهه وحديثه، فهو يصفه بشيخ الإسلام، والصابوني بالاتفاق ليس أشعريا، إلا أنه بدوره كان يثني على كبار متكلميهم الأوائل، ويصف أبا منصور البغدادي الأشعري بالأستاذ، ونحن نجد أمثال هذه المواءمة في المواقف العقدية بين كبار المحدثين والأشاعرة الأوائل، في العلاقة الحميمة التي نشأت بين شيخ المحدثين في وقته الإمام الدارقطني، وشيخ المتكلمين الأشاعرة الإمام الأصولي أبي بكر الباقلاني .

أما منهج هذه الدراسة فهو وصفي، يعتمد أسلوب العرض والنقد والمناقشة والاستنتاج، حيث قمت باستنتاج قواعد منهج الإمام البيهقي في تعامله مع النصوص الذاتية من خلال استقراء عرضه لجميع مباحثها، وناقشت أفكاره ونقده للآراء في هذا الباب، وقد بنيت دراستي هذه على خطة وفق الآتي :

المقدمة

المبحث الأول : بين التفويض والتأويل

المطلب الأول : القول في التفويض

المطلب الثاني : القول في التأويل

المطلب الثالث : الأصل الذي يبنى عليه منهج التفويض عامة

المطلب الرابع : الأصل الذي يبنى عليه منهج التأويل عامة

المبحث الثاني : قدسية الذات الإلهية وتنزيهها

المطلب الأول : منهج البيهقي في الحديث عن الذات الإلهية

المطلب الثاني : البيهقي ينكر صحة إطلاق الصورة أو الشخص على الذات الإلهية

المبحث الثالث : أصول تأويل النصوص الذاتية عند الإمام البيهقي

المطلب الأول : الأصل الأول : أن يأتي اللفظ الذاتي بطريق خبر الواحد الصحيح

المطلب الثاني : الأصل الثاني : أن يأتي اللفظ الذاتي مضافا إلى صفة ذاتية

المطلب الثالث : الأصل الثالث : أن يأتي اللفظ الذاتي بصيغة الفعل على صورة
مشاكلة

المطلب الرابع : الأصل الرابع : أن يقطع السياق بتأويل اللفظ الذاتي

المبحث الرابع : منهج التفويض وركائزه عند الإمام البيهقي

المطلب الأول : التفويض كما يقدمه الإمام البيهقي

المطلب الثاني : ركائز منهج التفويض لدى البيهقي

*** الخاتمة**

*** الفهارس**

المبحث الأول : بين التفويض والتأويل

المطلب الأول : القول في التفويض

التفويض : وهو مصدر من فَوَّض ، ذكر ابن منظور في اللسان ، في معنى فَوَّض ، قال : فَوَّض إليه الأمر ، صَيَّرَه إليه وجعله الحاكم فيه ، وفي حديث الدعاء " فوضت أمري إليك " ، أي رَدَّته إليك ، يقال : فَوَّض أمره إليه إذا رَدَّه إليه وجعله الحاكم فيه (1).

وذكر التهانوي في كشف اصطلاحات الفنون ، أن التفويض بمعنى التسليم (2) ، وفي تفسير الشيخ أبي منصور الماتريدي ، في معنى " وأفوض أمري إلى الله " (3) ، أي لا اشتغل بشيء في أمري أصيره إلى الله ، وأكلُ إليه في جميع الأمور (4) .

فالتفويض يجتمع على معاني التسليم والتصيير والرد ووكل الأمر إلى الغير ، وفي العقيدة يعني ، التسليم بما ورد في النصوص والأخبار الصحيحة من ألفاظ مضافة إلى الذات الإلهية من وجه ويد وخلافهما ، وتصيير العلم بمعناها وبالمراد منها إلى الله تعالى ، وردّه إليه ، مع اعتقاد أن الظاهر المتبادر منها حقيقة وفق ما يألفه الناس من إطلاق ، غير مراد (5) ، وهذا قدر من الإثبات للألفاظ الذاتية كافٍ، نال عليه المفوضة من سلف الأمة وخلفها ومحدثيها وفقهائها ، لقب المثبته في وجه المعطلة الذين نفوا أخبار الصفات الذاتية ، بداعي نفي التشبيه ، وتميزوا به عن غلاة المثبته والمشبهة ، الذين أثبتوا ألفاظ الذات على ظاهرها وفق المتبادر حسب مألوف الناس ، فهم أي المفوضة يثبتون اللفظ ، ويفوضون فيه المعنى والكيف .

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، جزر (فوض) ج 1 ص 348 .

(2) التهانوي ، محمد علي ، كشف اصطلاحات الفنون ، ج 3 ص 1128 .

(3) سورة غافر ، آية 44

(4) الماتريدي ، أبو منصور ، تأويلات أهل السنة (تفسير الماتريدي) ، ج 9 ، ص 32 - 33 .

(5) البغدادي ، القاضي عبد الوهاب ، شرح عقيدة ابن أبي زيد القيرواني ، دراسة وتحقيق أ.د. أحمد نور سيف ، ص 95 .

فعندما سئل الإمام أحمد بن حنبل المتوفى (241 هـ) عن أحاديث النزول والرؤية والقدم ونحوها قال: نؤمن بها ونصدق بها ، ولا كيف ولا معنى ⁽¹⁾ ، وكان يقول ، أمروا هذه الأحاديث كما جاءت ⁽²⁾ ، وذلك بإضافة اللفظ كما ورد دون التعمق في تفسيره ، أو تأويله ، أو حمله على ظاهره ، ولا يقصد الإمام أحمد وأمثاله من أئمة السلف والخلف تعطيل اللفظ الذاتي المضاف إلى الحق سبحانه ، عندما فوضوا معناه وكيفيته ، إذ اللفظ الذاتي يبقى له تأثيره الدلالي وإفادته من خلال السياق الوارد فيه ، فلفظة اليد المضافة إلى المولى سبحانه في قوله تعالى (يد الله فوق أيديهم) ⁽³⁾ ، أفادت من خلال السياق معنى القوة والقدرة ، كما أفادت من خلال سياق قوله تعالى (وقالت اليهود يد الله مغلولة غلت أيديهم ولعنوا بما قالوا ، بل يدها مبسوطتان ينفق كيف يشاء) ⁽⁴⁾ ، معاني البخل والكرم، والإمساك والإنفاق ، والتقتير والإنعام ، دون أن نجزم في الآية الأولى ، أن اليد على التعيين ، بالنظر إلى اللفظ مجرداً ، هي القدرة أو القوة ، وفي الآية الثانية أنها البخل أو الكرم ، وإن أفادت هذه المعاني من خلال السياق ، هذا مادلاً عليه قول أحد أئمة السلف الكبار، الإمام أبي حنيفة النعمان المتوفى (150هـ)، حين قال (ولا نقول يده قدرته، وإنما يده صفته بلا كيف) ⁽⁵⁾، ويقصد بالصفة هنا مجرد إضافة ما أضافه الله لنفسه دون معنى زائد ، فاللفظ المضاف إذا أخذ مضافاً هكذا وفصل عن سياقه، فوّض، وردَّ المراد منه إلى الله، دون الجزم فيه بتأويل، أو إثبات لمعناه الظاهري وفق المتعارف عليه حقيقة، إذ الإثبات بهذه الكيفية تشبيه وخوض في الذات وقياس لها على الشاهد، وكل هذه الأمور منافية لتنزيه المولى سبحانه وتقديسه ، وإلا فعندها يصبح التأويل أرجى في إدراك القدوسية وإقرارها من إجراء اللفظ على ظاهره وتحقيقه وفق الظاهر المتبادر .

(1) ابن الجوزي ، عبد الرحمن ، دفع شبه التشبيه ، تحقيق محمد زاهد الكوثري ، هامش (1) ص32

(2) الحصني ، أبوبكر ، دفع شبه من شبه وتمرد ونسب ذلك إلى الإمام أحمد ، ص 8 .

(3) سورة الفتح ، الآية 10

(4) سورة المائدة ، الآية 64

(5) القاري، الملا علي، شرح كتاب الفقه الأكبر، ص 58، 59 .

المطلب الثاني : القول في التأويل

ذكر الأزهري في معجمه تهذيب اللغة ، أنَّ الأوَّل معناه الرجوع ، وقد آل الأمر يؤول أولاً ، إذا عاد ورجع ، ويقال طبخت النبيذ حتى آل إلى التلث ، وآل اللحم إذا ذهب (1) .

وقال أحمد بن فارس في كتابه مقاييس اللغة ، يُقال : أوَّل الحكم إلى أهله ، إذا أرجعه وردّه إليهم ، وآل جسم الرجل إذا نحف ، أي رجع إلى تلك الحالة ، ومن هذا الباب تأويل الكلام ، وهو عاقبته وما يؤول إليه ويرجع من المعنى ، وذلك قوله تعالى (هل ينظرون إلا تأويله ، يوم يأتي تأويله يقول الذين نسوه من قبل قد جاءت رسل ربنا بالحق) (2) والمعنى ما يؤول إليه ، أي حقائق القرآن ، في وقت بعثهم ونشورهم (3) .

وذكر ابن منظور في لسانه ، أن التأويل مصدر ، ثلاثية من آل الشيء يؤول إلى كذا أي رجع وصار إليه ، ورباعيّه من أوَّل الكلام وتأوله ، دبّره وقدره ، أي أرجعه إلى معانيه بعد تمحيص وتحقيق ، يُقال أُلّت الشيء أوّله إذا جمعته وأصلحته ، فكان التأويل : جمع معاني ألفاظ أشكلت بلفظ واضح لا إشكال فيه (4) وردّها إليه بعد تدبير وتقدير وتمحيص .

وعلى هذا يكون التأويل والتفسير واحداً ، فقد أورد ابن منظور أن أبا العباس أحمد بن يحيى، سئل عن التأويل ، فقال ، التأويل والمعنى والتفسير واحد (5) ، أي تأويل الكلام ومعناه وتفسيره واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى ، تأوّل الكلام، تفسيره وبيان مرجعه (6) ، إلا أن التأويل كما يؤكد ابن منظور ، هو ما

(1) الأزهري ، أبو منصور ، تهذيب اللغة ، تحقيق إبراهيم الأنباري ، مادة (أول) جـ 15 ، ص 437.

(2) سورة الأعراف - آية 53 .

(3) ابن فارس ، أحمد ، مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، مادة (أول) جـ 1 ، ص 159.

(4) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (أول) جـ 1 ، ص 264 .

(5) المصدر نفسه .

(6) المصدر نفسه .

احتاج إلى تدبير وإمعان نظر من تفسير الكلام ، قال تعالى في شأن المعاندين في صدقية القرآن الكريم (بل كذبوا بما لم يحيطوا بعلمه ولما يأتهم تأويله)⁽¹⁾ ، أي لم يكن معهم علم تأويله ، وهذا دليل على أن علم التأويل ينبغي أن ينظر فيه ، فالتأويل تفسير الكلام الذي تختلف معانيه ، وجمعه وإرجاعه إلى معنى واضح ، ولا يصح إلا ببيان غير لفظه⁽²⁾ .

وهذا المعنى الأخير يفهم من دعاء النبي ﷺ لابن عباس بقوله (اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل)⁽³⁾ أي تفسير القرآن وبيانه ، وخصّه في ذلك بمزيد تدبير وإمعان نظر. ثم يذكر ابن منظور للتأويل معنى آخر ، يقول ، والتأويل ، نقل ظاهر اللفظ عن وضعه الأصلي إلى ما يحتاج إلى دليل ، لولاه ما ترك ظاهر اللفظ⁽⁴⁾ ، وهو ما تصالح عليه المتأخرون من أهل اللغة والتفسير والأصول وعبروا عنه بقولهم ، هو صرف اللفظ عن ظاهره الذي وضع للدلالة عليه إلى معنى آخر محتمل لقريظة تمنع من إرادة المعنى الأصلي ، لولاهما لما كان هذا الصرف ، وقد دفع إلى حصر التأويل بهذا المعنى عند أكثر المتأخرين ما وجدوه من احتياج هذا النوع من التفسير إلى مزيد تدبر وتقدير وتحقيق ونظر ، فقد أورد الشيخ علاء الدين البخاري في كتابه كشف الأسرار عن أصول الإمام البزدوي الحنفي ، أن التأويل هو اعتبار معنى من المعاني محتمل يعضده دليل ، يصير به أغلب على الظن من المعنى الذي دلّ عليه الظاهر⁽⁵⁾ ، والدليل هنا هو القريظة الصارفة ، وهو يشير إلى الجهد الذي يبذله المفسر وهو يتعرض إلى تفصيل هذا النوع من البيان .

(1) سورة يونس - الآية 39 .

(2) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (أول) ، ج 1 ، ص 264 .

(3) الإمام أحمد ، المسند ، رقم (2397) ، ج 1 ، ص 266 ، وإسناده على شرط مسلم . والهيثم ، مجمع الزوائد ، رقم (15505) ، ج 9 ، ص 234 ، وقال رجاله رجال الصحيح ، وهو في الصحيحين من غير قوله (وعلمه التأويل) .

(4) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (أول) ، ج 1 ، ص 264 .

(5) البخاري ، علاء الدين ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، ج 1 ، ص 44 .

وما يُرى هنا ، أن حصر التأويل بصورة صرف اللفظ عن ظاهره لقريضة ، فيه مصادرة ، وهو لا يستقيم ، إذ التأويل هو كل تفسير وبيان قام على تدبر واستدلال ونظر ، وصورة صرف اللفظ عن ظاهره لقريضة لون من ألوانه ، وهو في الحقيقة تفسير وافق أصلاً لغوياً ، إذ اللفظ لا يُفهم في سياقه بمعزل عن قرائنه ، قال تعالى في شأن القرآن الكريم (لِيَذَّبَرُوا آيَاتِهِ) ⁽¹⁾ ، أي ليؤولوها ويحققوا تفسيرها متفكرين متعظين ، بأي صورة أتى التأويل ، طالما وافق أصلاً أقرته لغة العرب ، واحتمله اللفظ والسياق ، وقام عليه دليل ، ولم يخالف نصاً أو حكماً شرعياً صريحاً ، فدعوى الانفصال بين تفسير هو تدبر ، وتفسير هو تأويل وصرف اللفظ عن ظاهره لقريضة دعوى باطلة ، إذ كل ذلك تأويل ، وكله تدبر وتفسير ، واللفظ كما أكدنا لا يؤخذ بمنأى عن سياقه ودلائله .

وقد بالغ العلامة على بن محمد الشريف الجرجاني في كتابه التعريفات ، حين فرّق بين التفسير والتأويل بقوله : والتأويل غير التفسير ، فالتفسير تبين للمراد بدليل قطعي من الشارع نفسه ، ولهذا لا يحتمل أن يراد غيره ، وأما التأويل فهو تبين للمراد بدليل ظني بالاجتهاد وليس قطعياً في تعيين المراد ، ولهذا يحتمل أن يراد غيره ⁽²⁾ .

وقد تجلت هذه المبالغة في :

تفريقه بين التفسير والتأويل ، وجعله الأول بياناً قطعياً لا يحتمل الظن بحال ، والثاني بياناً ظنياً لا يحتمل القطع بحال ، وهذا لا يسلم بإطلاق ، إذ التأويل كما مرّ صورة دقيقة من صور التفسير ، وليس شيئاً مغايراً له ، وكما تكون بعض صور التفسير قطعية ، فإن بعضها الآخر قد يكون ظنياً ، والتأويل إن كان في معظم

⁽¹⁾ سورة ص ، الآية 29

⁽²⁾ الجرجاني ، الشريف على بن محمد ، كتاب التعريفات ، تحقيق محمد المرعشلي ، باب التاء ، ص 112-113 .

تطبيقاته يأتي على نسق تدبر نص اختلفت معانيه ، وجمعه وإرجاعه إلى معنى واحد واضح بفعل الاجتهاد ، وهو ظن ، إلا أن هذا الإرجاع لا يكون إلا بدليل محفوف بقرائن ، وهذه القرائن قد تأتي بدرجة عالية من القوة ، بحيث ينقطع بها الاحتمال ، ويؤول معها النص المحتمل إلى قطعي البيان وفق إفادة هذه القرائن ، كما يؤول النص المتشابه لتعدد احتمالاته ، متى احتفت به أدلة وقرائن قطعية إلى محكم مضاف ، كما في قوله تعالى : (وهو معكم أينما كنتم) ⁽¹⁾ وقوله (وهو الذي في السماء إله وفي الأرض إله) ⁽²⁾ حيث دلت القرائن القطعية الدامغة على استحالة أن يكون الله بذاته معنا ، وبذاته في السموات والطباق وفي الأرض ، ليكون صرف المعية إلى العلم ، والقدرة ، والحفظ ، وخلافها من الصفات قطعياً محكماً .

المطلب الثالث : الأصل الذي يبنى عليه منهج التفويض

عندما ندرك أن التفويض هو تفويض الألفاظ الذاتية المضافة إلى الحق سبحانه ، ندرك أن الأصل الذي دفع باتجاه هذا المنهج هو كون هذه الألفاظ والخوض فيها ، إنما يأخذنا إلى مقام تصور الذات الإلهية وهو محال ، لأنها غيب محض ، فالحديث عن الذات فرع عن تصورهما ، والتصور فرع عن المشاهدة أو إدراك المثل ، وذات الله سبحانه لم تشاهد ولا تدرك ولا يحاط بها ، قال تعالى مقدساً ذاته (لا تدركه الأبصار وهو يدرك الأبصار) ⁽³⁾ ، وليس لها مثال تعرف به ، فكيف نتصورها ، قال تعالى منزهاً ذاته عن المثل (ليس كمثله شيء) ⁽⁴⁾ ، فمع انقطاع المشاهدة وامتناع المثل ، تتحقق استحالة تصور الأشياء وإدراك حقيقة كنهها ، ويصبح الخوض فيها ضرباً من التآلي وركوب الأوهام .

(1) سورة الحديد ، الآية 4

(2) سورة الزخرف ، الآية 84

(3) سورة الأنعام ، الآية 103

(4) سورة الشورى ، الآية 11

ويزداد هذا النسق من الكلام وضوحاً لدى تحليلنا لبعض جوانب قصة المعراج، حين عُرج بالنبي ﷺ إلى السماء ، فيما روته كتب الصحاح ، بشأن سدره المنتهى، حيث استغرق في نعتها بقوله : " هي شجرة فوق السماء السابعة ، أصلها عند الجنة وفرعها باسق ، إليها منتهى كل ملك صاعد ومنتهى كل ملك نازل ، تجري عند أصولها أربعة أنهر ، نبقها - أي ثمرها - كأنه القلال ، وورقها كأنه آذان الفيلة، يسير الراكب في ظلها مائة سنة ، على كل ورقة من أوراقها يقف ملك ، كأنهم الغربان ، تغشى أغصانها بسط من ذهب ، تبدو منها حبات اللؤلؤ..." (1) وهكذا يسترسل النبي ﷺ في ذكر نعوت هذه السدرة ويقربها لنا بذكر المثال الأقرب إليها مما نشاهده ونتصوره في حياتنا ، لنقف بذلك على أفضل تصور يحاكي حقيقتها ، وعندما لم يجد النبي ﷺ مثلاً يقرب به حقيقة أغصانها استعان بالتصوير البياني ليلفت إلى ضخامة هذه الأغصان ، فقال يسير الراكب في ظل كل غصن منها مسيرة مائة سنة ، ومع روعة هذا التصوير ، إلا أننا في حقيقة الأمر لا نستطيع أن نقيم في أذهاننا تصوراً يحاكي حقيقة هذه الأغصان ، أكثر من تصور شجرة بأغصانها المعتادة ، مضافاً إليها ضخامة وسعة تحاكي ضخامة وسعة النجوم والكواكب السيارة ، وذلك لعدم وجود مثال لها بين الشجر يعكس حقيقة حجمها .

ثم عندما صعد النبي ﷺ بين ثنايا هذه الشجرة ، وبلغ مقاماً سمع معه صريف الأقلام التي تكتب في اللوح المحفوظ ، ورأى النور الأعظم ، وكلمه ربه جل وعلا، وغشي السدره ما غشيها من أمر الله تعالى ، تغيّرت ، قال صلى الله عليه وسلم : " ما أحد من خلق الله يستطيع أن ينعتها من حسنها " وفي رواية " تغيّرت وغشيها ألوان لا أدري ما هي " (2) ؟ .

(1) ابن أبي شيبة، المصنف، ج8، ص68. والترمذي، السنن، باب ومن سورة النجم، رقم (3587). والبيهقي، دلائل النبوة، رقم (670)، ج2، ص265، ورقم (679)، ج2، ص274.

(2) البخاري، الجامع الصحيح، باب كيف فرضت الصلوات في الإسراء، رقم (342)، وباب ذكر الملائكة، رقم (3035). ومسلم، الصحيح، باب الإسراء برسول الله، رقم (259). والإمام أحمد، المسند، رقم (12527)، ج3، ص148، ورقم (21326)، ج5، ص143. وأبو يعلى، المسند، رقم (3450)، ج6، ص169 .

لقد شاهد النبي ﷺ هذا الحسن وهذه الألوان ، إلا أنه لم يستطع الحديث عنها ولا وصفها ، وجزم بعدم استطاعة أحد من الخلق نعتها ، لعدم وجود مثال يعكسه في واقع ما عهده هذا الخلق ، وقد قرر النبي ﷺ ، وهو الذي لا ينطق عن الهوى ، ولا يغادر كلامه منطوق الحكمة ، أن تتكّب الحديث عن ذوات الأشياء الغائبة ، مع فقد المثال لها ، يوقع في استجلاب الوهم ، وهو تتكّب في المحصلة لمحال .

فإذا كان هذا البهاء وهذا الحسن وهذه الألوان الباهرة التي غشيت سدره المنتهى، وهي مخلوقة ، ليس لها مثال تعرف به ، فكيف بذات الله الواحد القدوس المتفرد بكمالاته ، لذلك كان منهج الصحابة رضوان الله عليهم ، وجلّ العلماء من سلف هذه الأمة ، ومحدثيها ، وفقهائها ، يأخذ بهم لفهم الألفاظ الذاتية المضافة للحق من خلال سياقها الواردة فيه ، في ضوء الصفات التي لها مثال تعرف به ، فقد تجلّى الحق سبحانه بأسمائه وصفاته المؤثرة في واقع خلقه ، وتركت هذه الأسماء والصفات آثاراً أقامت أمثلة تعرف بها ، بخلاف الذات المقدسة ، فلم يتجل الله سبحانه بذاته في شيء، وأما الألفاظ الذاتية مجردة ، فقد قضى منهجهم ، بإضافتها كما وردت مضافة وتفويض معانيها الظاهرة دون الجزم فيها بتأويل ، ولا القطع فيها بتشبيه أو تجسيم ، جاء عن ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدالله بن عباس فيما رواه تلميذه سعيد بن جبير أنه كان يديم توجيههم بقوله : تفكروا في كل شيء ، ولا تفكروا في ذات الله (1) .

من جهة أخرى كان ثمة أصل ثانٍ يزيد من حضور منهج التفويض ، ويعزز انتشاره وهو اعتبار الألفاظ الذاتية المضافة إلى الحق سبحانه ، ألفاظاً متشابهة ، يفوض العلم بها مجردة على التحقيق إلى الله تعالى ، مطابقة لمنطوق الآية الكريمة (هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هنّ أم الكتاب، وأخر متشابهات ، فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله، وما يعلم

(1) ابن قيم الجوزية ، اجتماع الجيوش الإسلامية ، ص 65 .

تأويله إلا الله، والراسخون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا (1)، علماً بأن التشابه يأتي على صور، منها :

(1) ما ذكره ابن قتيبة الدينوري في تأويل مشكل القرآن ، أن التشابه أن يشبه اللفظ اللفظ في الظاهر والمعنيان مختلفان ، ثم قيل لكل ما غمض ودق متشابه . (2)

(2) ما ذكره أبوبكر الجصاص في فصوله ، أن المتشابه ما يحتمل وجهين أو أكثر من المعنى ، والمحكم ما لا يحتمل إلا وجهاً واحداً (3) .

(3) ما ذكره فخر الإسلام البزدوي ، أن المحكم هو ما في العقل بيانه ويُفهم المراد منه، والمتشابه بخلافه ، فالمحكم ما ظهر لكل أحد من أهل الإسلام حتى لم يختلفوا فيه ، والمتشابه بخلافه (4) .

(4) ما ذكره الإمام ابن جرير الطبري في تفسيره ، أن المتشابه ما لم يكن لأحد إلى علم تأويله سبيل مما استأثر الله بعلمه دون خلقه والمحكم ما عرف العلماء تأويله وفهموا معناه وتفسيره (5) .

ومع كون حمل التشابه في الألفاظ الذاتية على هذه الصورة الأخيرة بعيداً إلى حد معين ، فالى أي صورة تم صرف هذا التشابه ، فإنها كافية لتمثل منهج التفويض ، باعتبار أن هذه الألفاظ تردّها الاحتمالات ، وفيها مظنة قياس الغائب بالشاهد ، وهو محال ، لانتفاء مثال الذات الإلهية في الشاهد من كل وجه .

فقد سأل رجل علياً كرم الله وجهه ، أن يصف له الله عز وجل ، فقال : كيف يوصف الذي عجزت الملائكة مع قربهم من كرسي كرامته ، وطول ولههم إليه،

(1) سورة آل عمران - الآية 7 .

(2) الدينوري ، ابن قتيبة ، تأويل مشكل القرآن ، تحقيق أحمد صقر ، ص 101-102 .

(3) الجصاص ، أحمد بن علي ، الفصول في الأصول ، تحقيق د.عجيل النشمي ، ج 1 ، ص 373 .

(4) البخاري ، علاء الدين ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، ج 1 ص 51 .

(5) الطبري ، ابن جرير ، جامع البيان عن تأويل القرآن ، تحقيق محمود شاكر ، ج 6 ، ص 202 .

وتعظيم جلال عزته ، وقربهم من غيب ملكوت قدرته ، أن يعلموا إلا ما علمهم ، وهم من ملكوت القدس كلهم ، ومن معرفته على ما فطرهم عليه ، فقالوا (سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم) ⁽¹⁾ ، فخذ أيها السائل ما أوتيت من العلم وكن من الشاكرين ، وما كلفك الشيطان علمه مما ليس عليك في الكتاب فرطه ، ولا في سنة النبي ﷺ ولا عن أئمة الهدى أثره ، فكل علمه إلى الله سبحانه، فإنه منتهى حق الله عليك ⁽²⁾.

ويذكر الإمام البخاري أن الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود ، كان يقول لأصحابه : من علم علماً فليقل به ، ومن لا فليقل الله أعلم ، فإن من علم الرجل أن يقول لما لا يعلم ، الله أعلم ، فإن الله تعالى قال لنبيه ﷺ : (قل ما أسألكم عليه من أجر و ما أنا من المتكلفين) ⁽³⁾ ، وكان يقول أيضاً : ما سألتمونا عن شيء من كتاب الله نعلمه أخبرناكم به ، أو سنة من نبي الله ﷺ أخبرناكم به ، ولا طاقة لنا بما أحدثتم ⁽⁴⁾.

ووفق القواعد المعرفية التي تلقاها الصحابة رضوان الله عليهم من رسول الله ﷺ ، فليس من مؤونة علم الرجل ، ولا سعة فقهه وتفسيره ، أن يتعرض لكل لفظ ورد في القرآن بالشرح والبيان ، وإنما هناك ألفاظ مشكلة يوكل العلم بها على التحقيق إلى الله سبحانه ، وهناك ألفاظ استأثر الله بعلمها ، وهذا منهج سار عليه جلُّ مفسري العصور السلفية الأولى ، وتابعهم فيه كبار المحققين من مفسري الحقب اللاحقة .

⁽¹⁾ سورة البقرة ، الآية 32

⁽²⁾ ابن الوزير ، إثثار الحق على الخلق في رد الخلافات إلى المذهب الحق في أصول الدين ، ص 33 .

⁽³⁾ سورة ص ، الآية 86 .

⁽⁴⁾ البخاري ، محمد بن إسماعيل ، خلق أفعال العباد والرد على الجهمية وأصحاب التعطيل ، عقائد السلف ، تحقيق على سامي النشار وعمار الطالبي ، ص 155 .

فقد ذكر البخاري أن النبي ﷺ سمع قوماً يتدارؤون⁽¹⁾ فقال (إنما هلك من كان قبلكم بهذا ، ضربوا كتاب الله بعضه ببعض ، فلا تضربوا بعضه ببعض ، ما علمتم منه فقولوا ، وما لا فكلوه إلى عالمه) وفي رواية قال : (ما أشكل عليكم فكلوه إلى عالمه ، ولا يدخل في المتشابهات إلا ما بُيِّن له)⁽²⁾ .

فالنبي ﷺ يوضح ، كما تشير إليه الرواية الأخيرة ، أن من صور المتشابه الذي يوكل علمه إلى الله تعالى ، المشكل في معناه ودلالته من النصوص ، سواء بالنظر إلى ذاته ، أو بالنظر إلى غيره من النصوص ومقارنته بها ، وأن هذا المشكل لا يدخل أحد في التعرض له بتفسير أو تأويل أو بيان ، إلا من بُيِّن له واقع دلالاته وما يفيد على التحقيق ، وهذا إن وجد ، فإنه بين العلماء في كل حين عزيز نادر ، وعندها فالسلامة تصبح أرجى في التفويض .

المطلب الرابع : الأصل الذي يبنى عليه منهج التأويل

إذا انطلقنا من قاعدة أن الألفاظ الذاتية المضافة إلى الحق سبحانه متشابهة من قبيل ما أشكل ، واحتمل في دلالاته أكثر من معنى ، وليست من قبيل المتشابه الذي خفي ، يصبح الخوض في تأويلها ممكناً ، وذلك بحملها على القرائن المصاحبة في إطار السياق ، ومسوغات أساليب وأنماط التعبير في اللغة العربية ، وبردها كذلك إلى المحكمات وتفسيرها في ضوءها ، ليتعين بعدها معنى بعينه ، ولتؤول هذه الألفاظ محكمات مضافة .

يؤكد الإمام أبو حامد الغزالي ، المتوفى (505) هـ ، أننا لسنا نرتضى قول من يقول إن آيات الاستواء وسواها من نصوص الذات من المتشابهات بعين الخفية ، كحروف أوائل السور ، فإن حروف أوائل السور ليست موضوعة باصطلاح سابق للعرب للدلالة على المعاني ، فهي غير داخلية في استعمالاتهم ، بعكس ألفاظ

(1) قوله يتدارؤون ، يعني : يتدافعون في الخصومة ويختلفون ، وتقول: تدارأتم، أي اختلفتم وتَدَافَعْتُمْ. ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (درا) .

(2) البخاري ، خلق أفعال العباد ، عقائد السلف ، ص 154 .

وعبارات هذه النصوص ، فإنها من قبيل ما تتلفظ به العرب وتستخدمه ، لذلك فاللائق بالعلماء تعريف دلالات هذه الألفاظ ، وتفهمها وفق قواعد التنزيه ، وتعيين المعاني والتأويلات المناسبة لها ⁽¹⁾ ، فهذا هو عمل الراسخ في العلم ، وعمل الذين بين لهم من العلماء وفق إشارة حديث النبي .. المتقدم ⁽²⁾

إلا أن إظهار التأويل ، كما يرى الغزالي ، ليس بفرض عين على العلماء ، خاصة أمام العوام ، إذ لم يرد بذلك تكليف ، بل التكليف الذي هو فرض عين إنما يكون في إظهار التنزيه عن كل ما يشبه المولى سبحانه بغيره ، وتنقية العقائد من كل ما يوجب التشبيه ويدل على الحدوث ، من الهيئات والأعراض ، ونحقق أنه تعالى موجود ليس كمثله شيء وهو السميع البصير ، وعندها ليس ثمة ما يمنع من التزام منهج التفويض وفق مذهب السلف ، مع وضوح المعاني وظهور تأويلاتها ، شريطة أن يتم التقيد التام بالتعبير عن آيات وأخبار الذات بحقيقة ألفاظها ، فنقول ، استوى على العرش ، أي كما أخبر لا كاستواء البشر ، ولا ينبغي أن يقال مستوٍ ويستوي ، وذلك مع نفي الجسمية ومتعلقاتها من الإحاطة ، والتركيب ، والمسيب ، والجهة ⁽³⁾ .

يذكر الإمام أبوسليمان الخطابي ، المتوفى (388) هـ ، أن المتشابه الذي هو من قبيل ما خفي ، لا سبيل إلى الوقوف على حقيقته ، وهو الذي يتبعه أهل الزيغ ، فيطلبون تأويله ، ولا يبلغون كنهه ، فيرتابون فيه ويفتنون ، ويضرب الراغب الأصفهاني لهذا النوع من المتشابه مثلاً ، بوقت الساعة ، وخروج الدابة ونحوهما ⁽⁴⁾ ، أما المتشابه الذي هو من قبيل المشكل ، والمحمّل لأكثر من معنى ، وما غمض

(1) الغزالي ، أبو حامد ، الاقتصاد في الاعتقاد ، ص 36

(2) يذكر صاحب كتاب كشف الأسرار عن أصول البردوي ، أن أقوال أهل العلم في تفسير الواو ، في قوله تعالى " وما يعلم تأويله إلا الله ، والراسخون في العلم " وتحديد نوع الوقف متوازية بين الأمرين (ص 55) وكذلك قرر الراغب الأصفهاني في المفردات (ص 255) .

(3) المصدر نفسه ، وانظر : الغزالي ، أبو حامد ، إجماع العوام عن علم الكلام ، ص 241 - 259

(4) الأصفهاني ، الراغب ، المفردات ، ص 254

معناه ودق ، فيرى الخطابي ، أن تأويله يكون برده إلى المحكم ، واعتباره به ، فإذا فعل الراسخ ذلك عرف معناه ⁽¹⁾ .

ويوضح الإمام فخر الإسلام البزدوي، علي بن محمد المتوفى (482) هـ ، هذا النسق من الكلام بقوله : إن كل متشابه يمكن رده إلى محكم ، فإن الراسخ يعلم تأويله ، كقوله تعالى " نسوا الله فنسيهم " ⁽²⁾ ، فهذا متشابه يوهم أن الله ينسى ، يمكن رده إلى قوله تعالى " لا يضل ربي ولا ينسى " ⁽³⁾ ، الذي هو المحكم ، فيكون معناه ، جازاهم جزاء النسيان ، وهو الترك ، أي بأن تركهم ، وكل متشابه لا يمكن رده إلى محكم ، فإن الراسخ لا يعلم تأويله ، كقوله تعالى " يسألونك عن الساعة أيان مرساها ، قل إنما علمها عند ربي " ⁽⁴⁾ . والحقيقة أن هذا النوع من التشابه ، الذي هو مشكل ومحتمل، يؤول في النهاية إلى محكم مضاف ، وذلك بعد رد الراسخ إياه إلى المحكم الذاتي ، وتفسيره في ضوء القرائن المصاحبة ، ومسوغات اللغة ، بتدقيق ونظر ، مع الأخذ بعين الاعتبار أن تحديد صورة التشابه في نص من النصوص الذاتية ، وأصول رده إلى المحكم ، وتعيين القرائن المسوغة ، تبقى أموراً مختلفة ومتفاوتة من عالم لآخر ، وهذا ما يؤكد نسبية التشابه والإحكام في التعامل مع هذا النوع من صور المتشابهات، ويبني قواعد تحرير الاختلاف بين العلماء في تحديد نوع المتشابه ودرجاته، ونوع القرائن الموجهة للتأويل ودرجاتها كذلك .

يقول ابن الوزير ، وليس كل دليل عقلي ، قرينة من القرائن ، قاطعاً ، خاصة في المواضع الدقيقة التي اختلف فيها ، بل يجوز أن يقع الخطأ على المحقق في مثل هذا، وينبغي أن يحذره المصنف ، فإن كثيراً من أهل العقول يقصر في هذا الموضع، فيظن في بعض العقليات أن دليله قاطع ، وليس بقاطع في نفس الأمر ، ثم

(1) الخطابي ، أبو سليمان ، معالم السنن ، ج 4 ، ص 331

(2) سورة التوبة ، الآية 67

(3) سورة الأعراف ، الآية 187

(4) البخاري ، علاء الدين ، كشف الأسرار ، ج 1 ، ص 56

يعارضه السمع فيرى في نفسه أن التأويل يتطرق إلى السمع ، أي الخبر ، لاحتمال اللفظ اللغوي له دون الأدلة العقلية القاطعة في ظنه أنها قاطعة ، ولا يدري أن قطعه بأنها قاطعة قطع بغير تقدير ولا هدى (1) .

ومثله ما أوجزه الإمام ابن دقيق العيد المتوفى (702) هـ، بقوله، "إننا نقبل التأويل إذا كان المعنى الذي أول به قريباً مفهوماً من تخاطب العرب، وتؤكد الأدلة العقلية القاطعة ونتوقف فيه إذا كان بعيداً" (2) .

والذي يبدو راجحاً بعد هذا ، أن كل لفظ متشابه محتمل ، لم يقطع سياق وروده، ولا مسوغات اللغة ، ولا القرائن المصاحبة ، من محكمات ، أو أدلة عقلية أخرى ، بلزوم صرفه إلى وجه محتمل بعينه ، وإبطال ما سواه ، فإنه يلحق بالمتشابه الخفي ، لجهة ترجح تفويضه على الخوض في تأويله بناء لظنون غير مؤكدة ، وذلك نحو قوله تعالى " الرحمن على العرش استوى " وقوله " ما منعك أن تسجد لما خلقت بيدي "، أما عندما يرد اللفظ المتشابه في سياق يرجح تعيين وجه من وجوه المعاني المحتملة ، وتقره استعمالات اللغة ، وتقطع به القرائن المصاحبة ، فإنه يتوجب عندها الجزم بتأويل هذا اللفظ ، وصرفه عن ظاهره المعهود إلى المعنى المتعين ، وذلك نحو قوله تعالى " على ما فرطت في جنب الله " أي حق الله تعالى عليّ ، فإن قول من اعتبر الجنب صفة ، منكر ، وهو شديد النكارة ، ونحو قوله تعالى في الحديث القدسي " إذا أتاني - أي عبدي - يمشي ، أتيته هرولة " ، أن الهرولة كناية عن سرعة الإجابة ، وقوله " العظمة إزاري " ، أن الإزار هو إزار العز ، فعظمته تعالى عزته ، وأمثال هذه الألفاظ المتشابهة المحتملة ، متى أمكن عرضها على قرائن قاطعة ، وتهيأت لها هذه القرائن ، فإنها تؤول ، وتصبح محكمات مضافة ،

(1) ابن الوزير ، إثبات الحق ، ص 114

(2) الميداني ، عبد الغني ، شرح العقيدة الطحاوية ، تحقيق محمد الحافظ ، ومحمد المالح ، ص 74

هذا ما برز في نتاج عدد كبير من المحدثين ، وأوائل المتكلمين ، على اختلاف يسير بينهم ، وهو ما يؤكد منهج الإمام البيهقي اللاحق .

المبحث الثاني : قدسية الذات الإلهية وتنزيهها

المطلب الأول : منهج البيهقي في الحديث عن الذات الإلهية

يستهل الإمام البيهقي كلامه في هذا الباب ببيان معنى قوله تعالى (ليس كمثله شيء ، وهو السميع البصير) ⁽¹⁾ ، يقول ، معناه ليس كهو شيء ، وهو نظير قوله عز وجل (فإن آمنوا بمثل ما آمنتم به فقد اهتدوا) ⁽²⁾ ، أي بالذي آمنتم به ، فقد ذكر عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قرأها (فإن آمنوا بالذي آمنتم به) ، ويقول القائل مثلي لا يقابل بمثل هذا الكلام ، ومثلي لا يعاب عليه ، يريد نفسه ⁽³⁾ ، فيكون المعنى ، ليس كنفسه شيء ، يقول البيهقي ، ويُحتمل أن تكون الكاف في قوله (ليس كمثله) زيادة ، كما يقال في الكلام ، كلمني فلان بلسان كمثّل السنان ، فالمعنى ليس مثله شيء ، والعرب إذا أرادت التأكيد في إثبات المشبه كررت حرف التشبيه ، فقالت هذا كهكذا ، كما جمعت بين اسم التشبيه وحروفه ، فقالت هذا كمثّل هذا ، فلما أراد الله سبحانه أن ينفي التشبيه على آكد ما يكون من النفي ، جمع في قراءتنا التي نقرأ بها ، بين حرف التشبيه واسم التشبيه ، فقال (ليس كمثله شيء) ، حتى يكون النفي مؤكداً على المبالغة ⁽⁴⁾ أي على صيغة المبالغة في النفي ، إذ الله سبحانه ليس له مثل ، وقد جاء عن ابن عباس رضي الله عنه ، أنه كان ينهى أصحابه عن قراءة الآية (فإن آمنوا بمثل ما آمنتم به) بهذا الوجه ، ويأمرهم أن يقرؤوها بوجه (فإن

(1) سورة الشورى ، الآية 11

(2) سورة البقرة ، الآية 137

(3) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 277

(4) المصدر نفسه

آمنوا بالذي آمنتم به) ، يقول لهم ، فإن الله سبحانه ليس له مثل ⁽¹⁾ يريد الإشارة إلى واقع الربط بين هذه الآية وأية التنزيه ، يقول البيهقي ، ونهي ابن عباس رضي الله عنه ، هو شيء ذهب إليه للمبالغة في نفي التشبيه عن الله عز وجل ، والقراءة العامة أولى ، فإن معناها ما ذكرناه ⁽²⁾.

ويؤكد البيهقي نفي أن يكون لله سبحانه مثل أو مثال ، بما يرويه من طريق ابن عباس ، قال : جاءت اليهود إلى النبي ﷺ ، فقالوا : يا محمد صف لنا ربك الذي بعثك ، فأنزل الله عز وجل : (قل هو الله أحد ، الله الصمد ، لم يلد - فيخرج منه - ولم يولد - فيخرج من شيء - ولم يكن له كفواً أحد - ولا شبيهه -) فقال : (هذه صفة ربي عز وجل ، وتقدس علواً كبيراً) ⁽³⁾ ، ومن طريق ابن عباس كذلك في قوله تعالى (والله المثل الأعلى) ⁽⁴⁾ ، قال ليس كمثله شيء ، وفي قوله تعالى (هل تعلم له سمياً) ⁽⁵⁾ ، قال هل تعلم للرب مثلاً أو شبيهاً ؟! ⁽⁶⁾ ، ومن طريق التابعي الجليل الحسن البصري أن رجلاً سأله ، هل تصف لنا ربك ؟! قال نعم ، أصفه بغير مثال ⁽⁷⁾.

ويبين البيهقي أن نفي أن يكون لله مثل أو مثال ، كما تضافرت الأدلة على إثبات ذلك ، يؤكد بصورة قاطعة استحالة أن يقوم بالله سبحانه شيء من لوازم الذوات المخلوقة في الشاهد ، بما يعترئها من أعراض ، وتغيرات ، وحوادث ، فقد قال إبراهيم الخليل ، فيما روينا عن أبي سليمان الخطابي ، حين رأى الكوكب ، هذا ربي ، ثم تبين له فساد هذا القول لما رأى القمر أكبر جرماً ، وأبهر نوراً ، فلما رأى الشمس ، وهي أعلى في منظر العين ، وأجلاها للبصر ، وأكثرها ضياءً وشعاعاً ،

(1) المصدر نفسه ، ص 278

(2) المصدر نفسه

(3) المصدر نفسه ، ص 279

(4) سورة النحل الآية 60

(5) سورة مريم الآية 65

(6) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 280

(7) المصدر نفسه

قال هذا ربي ، هذا أكبر ، فلما رأى أفولها وزوالها وتبين له كونها محلاً للحوادث والتغيرات تبرأ منها كلها ، وانقطع عنها إلى رب هو خالقها ومنشئها ، لا تعترضه الآفات ، ولا تحله الأعراض والتغيرات ⁽¹⁾ .

من هذه القاعدة المحكمة ينطلق البيهقي في معالجة مسألة الألفاظ الذاتية المضافة إلى الحق سبحانه ، فهو يؤكد أن الله سبحانه ذات ، وأنه شيء ، وذاتيته وشيئته ، إنما تؤكدان تحقيق وجوده ، الذي هو حقيقة وجودية كبرى ، ليس من قبيل المعنى المجرد ، ولا المادة ، ولا الجسم ، ولا الصورة المركبة التي تتحد فيها أجزاؤها وأبعادها ، بل هو وجود واحد من كل وجه ليس بمتحد ، مطلق ليس بمضاف ، كامل ليس بناقص ، واجب لذاته ليس بممكن بالنظر إلى تعلقه بغيره ، أزلي باقٍ ، سرمدى ليس بمتناهٍ .

ويستشهد البيهقي لإثبات الشيئية بقوله عز وجل (قل أي شيء أكبر شهادة ، قل الله شهيد بيني وبينكم) ⁽²⁾ ، وبقوله صلى الله عليه وسلم (إن أشهر بيت تكلمت به العرب ، كلمة ليبد : ألا كل شيء ما خلا الله باطل) ⁽³⁾ ويستشهد لإثبات الذات بقوله صلى الله عليه وسلم (لم يكذب إبراهيم قط إلا ثلاث كذبات ، ثنتين في ذات الله ، قوله إني سقيم ، وقوله بل فعله كبيرهم هذا ، وواحدة في شأن سارة ، إنك أختي) ⁽⁴⁾ ، وعن ابن عباس (تفكروا في كل شيء ولا تفكروا في ذات الله) ⁽⁵⁾ أي في حقيقة كنه ذاته .

ومثل ما قيل في الذات والشيء ، يقال في النفس ، بسكون الفاء ، فالله سبحانه نفس بمعنى أنه موجود ثابت غير منتفٍ ولا معدوم ، وكل موجود نفس ، وكل

(1) المصدر نفسه ، ص 281

(2) سورة الأنعام ، الآية 19

(3) البخاري، الجامع الصحيح، باب ما يجوز من الشعر والرجز والحداء وما يكره منه، حديث رقم (6147)، ومسلم، الصحيح، كتاب الشعر، باب (1)، حديث رقم (6025) .

(4) البخاري، الجامع الصحيح، باب قوله تعالى: واتخذ الله إبراهيم خليلاً، حديث رقم (3358)، ومسلم، الصحيح، باب من فضائل إبراهيم الخليل، حديث رقم (6294) . وهذا ليس كذباً صراحاً وإنما هو من باب المعارض، وفيها كما يقول النبي ﷺ مندوحة عن الكذب .

(5) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 281 ، 283

معدوم ليس بنفس ، يقول البيهقي ، والنفس في كلام العرب على وجوه ، منها نفس منقوسة ، مجسمة مروحة ، أي فيها روح ، ومنها مجسمة غير مروحة ، تعالى الله عن هذين علواً كبيراً ، ومنها نفس بمعنى إثبات الذات ، كما تقول في الكلام ، هذا نفس الأمر ، تريد إثبات الأمر ، لا أن له نفساً منقوسة ، أو جسماً مروحاً ، فعلى هذا المعنى يقال في الله إنه نفس ، قال الله عز وجل (ويحذركم الله نفسه) (1) ، وقال (كتب ربكم على نفسه الرحمة) (2) ، وقال (واصطنعتك لنفسي) (3) ، وفي الحديث القدسي يقول الله عز وجل (أنا عند ظن عبدي بي ، وأنا معه حين يذكرني ، فإن ذكرني في نفسه ذكرته في نفسي) (4) ، وفي آخر يقول الله تعالى : (يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا) (5) ، وقال رسول الله ﷺ (لا أحد أغير من الله ، ولذلك حرّم الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، ولا شيء أحب إليه المدح من الله ، ولذلك مدح نفسه) (6) .

المطلب الثاني : البيهقي ينكر صحة إطلاق الصورة أو الشخص على الذات الآلمية

وأما الصورة فإن الإمام البيهقي لا يرى صحة إضافتها للحق سبحانه ، إذ هي لا تفيد معنى تحقيق الوجود ، بخلاف الذات ، والشيء ، والنفس ، بل غاية ما تفيده هو التركيب ، والله ليس بمركب ، حيث يشترك جميع الخلق بلا استثناء في قانون التركيب ، وإنما الله سبحانه هو المركب ليس كمثله شيء ، قال تعالى (الذي خلقك فسواك فعدلك ، في أي صورة ما شاء ركبك) (7) .

(1) سورة آل عمران الآية 28

(2) سورة الأنعام الآية 54

(3) سورة طه الآية 41

(4) البخاري، الجامع الصحيح، باب قوله تعالى: ويحذركم الله نفسه، حديث رقم (6970)، ومسلم، الصحيح، باب الحث على ذكر الله تعالى، حديث رقم (2061) .

(5) أخرجه البخاري ومسلم، انظر : الحميدي، الجمع بين الصحيحين، باب المتفق عليه من مسند أبي ذر، حديث رقم (375) .

(6) البخاري، الجامع الصحيح، باب قوله تعالى: ولا تقربوا الفواحش، حديث رقم (4634)، ومسلم، الصحيح، باب غير الله تعالى وتحريم الفواحش، حديث رقم (2760) .

(7) سورة الانفطار ، الآية ، 7-8

يحكي البيهقي عن عامة المحدثين عدم اعتبار الصورة صفة ذات ، إذ الصورة هي التركيب ، والمصوّر المركّب والمصوّر هو المركّب ، ولا يجوز أن يكون الباري تعالى مصوراً ، ولا أن يكون له صورة ، لأن الصورة مختلفة والهيئات متضادة ، ولا يجوز اتصافه بجميعها لتضادها ، ولا يجوز اختصاصه ببعضها إلا بمخصص ، لجواز جميعها على من جاز عليه بعضها ، فإذا اختص ببعضها اقتضى مخصصاً خصه به ، وذلك يوجب أن يكون مخلوقاً وهو محال ، فاستحال أن يكون مصوراً ، وهو الخالق الباري المصوّر ، وأما ما جاء في ذكر الصورة من الحديث فيرى البيهقي أن الكلام فيه يكون من طريقي تأويله ، أو تمحيص سنده (1) .

وبما أن أحاديث الصورة منها الصحيح والضعيف ، فسيكون الحديث عن الصحيح منها من طريق تأويله ، وعن الضعيف من طريق رده وبيان زيفه ، فمن أمثلة الصحيح ما ورد من طريق أبي هريرة ، قال رسول الله ﷺ (خلق الله آدم على صورته ، طوله ستون ذراعاً ، فلما خلقه ، قال له اذهب فسلم على أولئك النفر من الملائكة ... فاستمع ما يحيونك فإنه تحيتك وتحية ذريتك ، فذهب فقال السلام عليكم ، فقالوا ، وعليكم السلام ورحمة الله ، فزادوا رحمة الله ، قال ، فكل من يدخل الجنة على صورة آدم ، طوله ستون ذراعاً ، فلم يزل الخلق ينقص بعد حتى الآن) (2) .

قال الإمام أبو سليمان الخطابي في بيان معنى هذا الحديث ، أن الهاء في كلمة (صورته) وقعت كناية بين اسمين ظاهرين فلم تصلح أن تصرف إلى الله عز وجل ، لقيام الدليل على أنه سبحانه ليس بذي صورة ، فهو ليس كمثله شيء ، فكان مرجع الهاء إلى آدم عليه السلام ، فالمعنى أن الله سبحانه خلق آدم على صورته التامة

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 289 ، وما بعدها .

(2) اللالكائي ، هبة الله ، شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة ، ط 2 (9ج) ، تحقيق د. أحمد الغامدي ، ج 3 ص (468-469) ، والحديث رواه البخاري في صحيحه ، برقم (6227) ، ومسلم برقم (2841) ، والإمام أحمد في المسند ج 2 ، ص 315 .

طوله ستون ذراعاً ، خلقاً مبتدأ ومباشراً هكذا بدون أطوار ، بخلاف ذرية آدم ، فإنما خلقوا أطواراً كانوا في مبدأ الخلقة نطفة ، ثم علقه ، ثم مضغة ، ثم صاروا صوراً أجنة إلى أن تتم مدة الحمل ، فيولدون أطفالاً ، وينشؤون صغاراً ، إلى أن يكبروا ، فتطول أجسامهم ، يقول ، إن آدم لم يكن خلقه على هذه الصفة ، لكنه أول ما تناولته الخلقة وجد خلقاً تاماً طوله ستون ذراعاً⁽¹⁾.

ويذكر الإمام البيهقي عن بعض أشياخه ، أن للحديث فوائد أخرى ، منها أن اليهود كانوا يقولون إن صورة آدم قد شوّهت بعد خروجه من الجنة ، فأراد النبي ﷺ أن يبين أن آدم كان مخلوقاً ابتداءً على صورته التي أهبط عليها بعد الخروج من الجنة ، لم تشوه صورته ، ولم تغير خلقته (2) .

أما الحديثان الآخران اللذان وردا في باب الصورة من طريق أبي هريرة ، فقد أتيا مفسرين على خلاف ما عناه مثبتة الأثرية ومعهم المشبهة ، فالأول أتى بلفظ (إذا قاتل أحدكم أخاه فليتنجب الوجه ، فإن الله خلق آدم على صورته)(3)، والثاني أتى بلفظ أشد تفسيراً (إذا قاتل أحدكم فليتنجب الوجه، لا يقولن قبح الله وجهك ووجه من أشبه وجهك، فإن الله خلق آدم على صورته)⁽⁴⁾، أي صورة وجهه على صورة هذا الوجه المقبح، وصورة هذا الوجه المضروب ، فهو بقوله ، قبح الله وجهك ووجه من أشبه وجهك، إنما يقبح وجه آدم ، وبضربه الوجه ، وتشويهه إياه، إنما يعيب بأصل الخلقة، التي أتت على صورة أحسن تقويم ، قال تعالى (لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم)⁽⁵⁾، أي الإنسان الطيني الأول وهو آدم عليه السلام، قال البيهقي وروينا من طريق أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال (إذا ضرب أحدكم فليتنجب الوجه، فإن الله

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 290

(2) المصدر نفسه .

(3) اللالكائي ، شرح أصول الاعتقاد ، ج 3 ، ص 470 ، والحديث أخرجه مسلم في كتاب البر والصلة برقم (115)

(4) اللالكائي ، شرح أصول الاعتقاد ، ج 3 ، ص 470 ، والحديث رواه الإمام أحمد في المسند ، ج 2 ، ص 434

(5) سورة التين ، الآية ، 4

قد خلق آدم على صورته، فإنما أراد، والله أعلم، أن الله خلق آدم على صورة هذا المضروب (1).

وقد وردت روايات لهذا الحديث الأخير أتت بزيادات ضعيفة، منها ما رواه عبدالله بن الإمام أحمد المتوفى (290) هـ، في كتاب السنة من طريق الأعمش عن حبيب بن أبي ثابت عن عطاء عن ابن عمر، بلفظ زاد فيه قوله، (فإن الله خلق آدم على صورة الرحمن) (2)، ومنها ما رواه الطبراني المتوفى (360) هـ، في المعجم الكبير بلفظ (فإن ابن آدم خلق على صورة الرحمن) (3)، وكلا الحديثين ضعيفان، قال أبوبكر بن خزيمة المتوفى (311) هـ، في كتابه التوحيد، في الحديث الأول، والذي عندي أن في الخبر عللاً ثلاثاً، إحداها أن الإمام الثوري قد روى الحديث فخالف الأعمش في إسناده، فأرسل الثوري ولم يقل عن ابن عمر، والثانية، أن الأعمش مدلس، لم يعلم أنه سمع من حبيب بن أبي ثابت، والثالثة، أن حبيب بن أبي ثابت أيضاً مدلس، لم يذكر أنه سمع من عطاء (4)، وفي الحديث الثاني يقول الإمام الهيثمي، رجاله رجال الصحيح، غير إسحاق بن إسماعيل الطالقاني ففيه ضعف (5).

وقد علق الإمام البيهقي على الزيادة الواردة (صورة الرحمن) بقوله، ويحتمل أن يكون لفظ الخبر في الأصل كما روينا أي (على صورته) فأداه بعض الرواة على ما وقع في قلبه من المعنى (6)، وقريب من هذا ما قاله ابن قتيبة الدينوري المتوفى (276) هـ، ولما وقعت هذه التأويلات المستكرهة لحديث الصورة – إذ هو يميل إلى اعتبار الصورة صفة بلا كيف ولا حد – وكثر التنازع فيها، حمل اللجاج قوماً على أن زادوا في الحديث، فقالوا روى ابن عمر عن النبي ﷺ (أن الله عز وجل خلق آدم على صورة الرحمن) يريدون أن تكون الهاء في صورته، عائدة لله

(1) البيهقي، الأسماء والصفات، ص 290

(2) ابن الإمام أحمد، عبدالله، كتاب السنة، ص 150

(3) الطبراني، المعجم الكبير، حديث رقم (1380)

(4) ابن خزيمة، أبوبكر، كتاب التوحيد، ص 38

(5) الهيثمي، مجمع الزوائد، ج 8 ص 106

(6) البيهقي، الأسماء والصفات، ص 291

عز وجل ، وأن ذلك يتبين بأن يجعلوا الرحمن مكان الهاء ، كما تقول ، إن الرحمن خلق آدم على صورته ، فركبوا قبيحاً من الخطأ⁽¹⁾ ، وعليه تكون هذه الزيادة (على صورة الرحمن) منكراً ، لأنها أتت بزيادة الراوي الضعيف على ما رواه الثقات ، والمنكر لا ينظر إليه في أبواب العمل بله الاعتقاد .

والعجيب أن ابن قتيبة بعد انتقاده هذه الزيادة ، وطعنه بصحتها يقول ، فإن صحت رواية ابن عمر عن النبي ﷺ بذلك ، أي بزيادة (على صورة الرحمن) ، فهو كما قال رسول الله ﷺ ، فلا تأويل ولا تنازع فيه ، ولست أحتم على هذا الحديث بتأويل ، ولا أقضي بأنه مراد رسول الله ﷺ ، لأنني قرأت في التوراة أن الله عز وجل لما خلق السماء والأرض ، قال ، نخلق بشراً بصورتنا ، فخلق آدم ... ، وهذا لا يصلح له ذلك التأويل ، وكذلك لحديث ابن عباس ، أن موسى ضرب الحجر لبني إسرائيل ، فتفجر ، وقال اشربوا يا حمير ، فأوحى الله تبارك وتعالى إليه ، عمدت إلى خلق من خلقي خلقتهم على صورتي فشبهتهم بالحمير ، فما برح حتى عوقب⁽²⁾

ونحن نرى أن كلام ابن قتيبة ، مع كونه من كبار المحققين الأوائل ، قد اضطرب في باب الصورة ، وهو هنا أشد اضطراباً ، إذ كيف يجزم أولاً بعدم صحة نسبة هذه الزيادة إلى النبي ﷺ ، ثم يفترض صحتها ، ثم كيف يتخذ من نص قرأه في التوراة شاهداً يدعم فيه إمكانية صدق الحديث ، مع أن التوراة مجزوم بتحريفها ، ومتى كان الاستشهاد بالذي ورد على لسان الأخبار من إسرائيليات جائزاً في باب العقائد ، حتى نستشهد بما نقل عن ابن عباس عنهم ، مع أن الأثر الذي نسبته إليه ابن قتيبة أتى مقطوعاً من قول تلميذه مجاهد بن جبر بسند ضعيف⁽³⁾ ، ومنتنه غاية في الغرابة ، يتعارض وأبسط شروط العصمة الواجبة للأنبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام ،

(1) ابن قتيبة ، تأويل مختلف الحديث ، ص 149

(2) المصدر نفسه ، ص 149-150

(3) انظر الأثر والحكم عليه في ، الكرمي ، أقاويل الثقات ، ص 172

وهو لا يعكس سوى أخلاق أحبار اليهود، الذين درجوا على الانتقاص من أنبيائهم ، والنيل من كراماتهم وأمانتهم.

ثم إننا نجد الفرق شاسعاً بين ما عقب به ابن قتيبة بعد افتراضه صحة زيادة (على صورة الرحمن) وما عقب به أبوبكر بن خزيمة حين قال ، وعلى فرض صحة الخبر ، فإن إضافة الصورة إلى الرحمن إنما هو من إضافة الخلق إليه ، لأن الخلق يضاف إلى الرحمن ، إذ الله خلقه ، وكذلك الصورة ، لأنه هو الذي صورها ، فمعنى الخبر ، إن صح ، أن ابن آدم خُلق على الصورة التي خلقها الرحمن حين صَوَّر آدم ثم نفخ فيه الروح (1) .

ورأيت من أحسن ما قيل في الصورة هنا أنها الصفة ، وما تدل عليه من معاني الكمال ، أي أن الله تعالى خلق آدم وبنيه على صورة صفاته العلية ، من العلم ، والإرادة ، والقدرة ، والسمع ، والبصر ، والحياة ، وغير ذلك (2) ، وأقام بذلك المثال التي به تعرف صفاته وما تدل عليه من المعاني الكمالية ، مع أن صفات الله سبحانه لا تشبهها على الحقيقة صفات ، إذ هي مطلقة ، وما سواها فمقيد مضاف ، وإنما قام المثال بمحض تجلي الصفات في واقع الخلق ، وهذا مختلف أشد الاختلاف عن قول مثبتة الأثرية ومعهم المشبهة ، أن الصورة هنا هي صورة الذات ، وأن الله خلق آدم وبنيه على صورة ذاته ، وجعل ذات الإنسان مثلاً تعرف به ذات الله ، مع نفي حقيقة المشابهة ، إذ هي كما يقولون صورة لا كالصور، جلَّ الله عن ذلك ، فذاته لا مثال لها، ولم يتجل الله بذاته في شيء حتى تعرف به .

ويؤكد مجيء الصورة بمعنى الصفة ما ذكره الإمام الكرمي الحنبلي المتوفى (1033) هـ، في أقاويل ثقات ، أن العرب تستعمل الصورة على وجهين :
أحدهما : الصورة التي هي شكل مخطط محدود بالجهات .

(1) ابن خزيمة ، كتاب التوحيد ، ص 39

(2) الكرمي ، أقاويل الثقات ، ص 171 .

الثاني : بمعنى صفة الشيء ، كقولهم ، ما صورة أمرك ؟ وكيف كانت صورة نفسك ؟ أي صفة ذلك ، وهذا هو المراد هنا ، فإن الله تعالى ، جعل آدم خليفة في أرضه ، يعلم ، ويأمر ، وينهى ، ويسوس ، ويدبر ، وسخر له ما في السموات وما في الأرض (1).

كما يتأكد مجيء الصورة بمعنى الصفة ، بالحديث الصحيح ، الذي فيه بيان اختبار الله تعالى يوم القيامة لهذه الأمة ، وفيه (... و تبقى هذه الأمة فيها منافقوها ، فيأتيهم الله تبارك وتعالى في صورة غير صورته التي يعرفون ، فيقول أنا ربكم ، فيقولون ، نعوذ بالله منك ، هذا مكاننا حتى يأتينا ربنا ، فإذا جاء ربنا عرفناه ، فيأتيهم الله في صورته التي يعرفون ، فيقول أنا ربكم ، فيقولون أنت ربنا ، ويدعوهم ... الحديث) (2) .

قال البيهقي ، وقد تكلم الشيخ أبو سليمان الخطابي في تفسير هذا الحديث وتأويله بما فيه الكفاية ، فقال ، وأما ذكر الصورة في هذا الحديث ، فإن الذي يجب علينا وعلى كل مسلم أن يعلمه ، أن ربنا ليس بذي صورة ، ولا هيئة ، فإن الصورة تقتضي الكيفية ، وهي عن الله منفية ، وإنما يتأول أن تكون الصورة بمعنى الصفة ، كقول القائل ، صورة هذا الأمر كذا وكذا ، يريد صفته ، فتوضع الصورة موضع الصفة ، ومما يؤكد أن معنى الصورة الصفة قوله صلى الله عليه وسلم في رواية عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري (فيأتيهم الله في أدنى صورة من التي رأوه فيها ، وهم لم يكونوا رأوه قط قبل ذلك) فعلمت أن المعنى في ذلك الصفة التي عرفوه بها (3) .

ومثل هذا ينقله الإمام الكرمي الحنبلي في أقاويل الثقات ، عن الإمام القرطبي ، إلا أنه بعد ذلك ، وبعد أن استفاض وأحسن في عرض أقوال من اعتبر الصورة

(1) المصدر نفسه ، ص 169-170 .

(2) البخاري، الجامع الصحيح، باب قوله تعالى: وجوه يومئذ ناضرة، حديث رقم (7437) ، ومسلم، الصحيح، باب معرفة طريق الرؤية، حديث رقم (469) .

(3) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 295 ، 297 .

بمعنى الصفة ، قال والله أعلم ، ومذهب السلف أسلم⁽¹⁾ ، أي قراءة الأحاديث الصحيحة الواردة بذكر الصورة وإمرارها كما جاءت دون تأويل ولا حد ولا تشبيه ، وأن تفسيرها هو قراءتها .

قلت أما وقد قال تعالى في خلق الإنسان (في أي صورة ما شاء ركبك) فليس في شيء من مذهب السلف اعتبار الصورة صفة ذاتية بلا كيف كاليد ، إذ الصورة كل ما تتركب من معاني وهيئات مختلفة ، فصورة الصفات هي معانيها الكمالية المختلفة ، وهذا حق ، وهو قائم بالله سبحانه باعتبار كمال المعنى ، وأما صورة الذات ، فهيئتها المكونة من أجزائها وأبعاضها ، وهذا في حقه سبحانه محال ، لاستحالة قيام التركيب في ذاته ، فهو ليس كمثله شيء ، فإن قامت الدلائل على اشتراك جميع الخلق في قانون التركيب ، فهذا يدل على أن الخالق سبحانه ليس بمركب ، ولا يقولن أحد إن في إضافة الصورة إلى الذات تحقيقاً لوجودها ، فهذا مما هو معهود في الشاهد ، حيث كل مخلوق لا بد له من صورة أو هيئة تحقق وجوده ، أما المولى سبحانه الواحد الأحد ، الفرد الصمد ، فتحقيق وجوده ، هو في كونه ذاتاً ، وفي كونه شيئاً ، فوحدانية الذات ، تلتقي مع كونها ذاتاً وكونها شيئاً ، ولا تلتقي مع كونها صورة ، إذ الصورة أبداً مركبة ، فأدرك الفرق بين أن نقول الله ذات لا كالدوات ، وشيء لا كالأشياء ، وبين معنا القول إنه صورة لا كالصور .

وكما مرّ في الصورة فإن الإمام البيهقي لا يرى كذلك صحة إطلاق الشخص على الله سبحانه ، ولا عدّ ذلك من الصفات الذاتية ، ولو ورد لفظ الشخص مضافاً إلى الله في بعض طرق حديث الغيرة ، فيما رواه الحاكم في مستدركه ، من طريق المغيرة بن شعبة رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ قال (لا شخص أغير من الله ، ومن أجل غير الله حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن ، ولا شخص أحب إليه العذر من الله ، من أجل ذلك بعث المرسلين مبشرين ومنذرين ، ولا شخص أحب إليه المدح من الله ، من أجل

(1) الكرمي ، أفاويل الثقات ، 169-173 .

ذلك وعد الجنة (1)، إذ لفظ الشخص هنا ، أتى مخالفاً لما ورد في حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه المتقدم ، وفيه (لا أحد أغير ... ولا شيء أحب إليه ...) يقول البيهقي نقلاً عن أبي سليمان الخطابي ، إن إطلاق الشخص في صفة الله سبحانه غير جائز ، وذلك لأن الشخص لا يكون إلا جسماً مؤلفاً ، وإنما سمي شخصاً ما كان له شخوص وارتفاع ، ومثل هذا النعت منفي عن الله سبحانه وتعالى ، وخلق أن لا تكون هذه اللفظة صحيحة ، وأن تكون تصحيفاً من الراوي، لأن لفظ الشيء ولفظ الشخص في الكتابة في شطرهما الأول سواء ، فمن لم يحسن الاستماع، أي تلقي الحديث من الشيخ سماعاً مع الكتابة ، لم يأمن الوهم ، وليس كل الرواة يراعون لفظ الحديث حتى لا يتعدوه ، بل كثير منهم يحدث على المعنى، وليس كلهم بفيقه ، وقد ورد عن بعض السلف قوله ، نعم المرء ربنا لو أطعناه ما عصانا ، مع كون لفظ المرء إنما يطلق في الذكور من الآدميين ، فقايل هذه الكلمة لم يقصد به المعنى الذي لا يليق بصفات الله سبحانه ، ولكنه أرسل الكلام على بديهية الطبع من غير تأمل ، ولا تنزيل له على المعنى الأخص به ، وحرِيَّ أن يكون لفظ الشخص في الحديث إنما جرى من بعض الرواة تحديثاً بالمعنى على هذا السبيل ، إن لم يكن ذلك غلطاً من قبل التصحيف (2) .

يقول البيهقي ، ولو ثبتت لفظة الشخص ، بأن يكون قائلها هو رسول الله ﷺ ، لم يكن فيها ما يوجب أن يكون الله سبحانه شخصاً ، فإنما ذلك مشاكلة ، قصد بها المبالغة في إثبات غيرة الله في مقابل غيرة الأشخاص ، وبيان أن أحداً من الأشخاص ما يبلغ تمامها وإن كان غيوراً ، فهي من الأشخاص جبلة جبلهم الله تعالى عليها ، فيكون كل شخص فيها بمقدار ما جبله الله تعالى عليها منها ، وهي من الله تامة على طريق الزجر عما يغار منه ، وقد زجر عن الفواحش كلها ما ظهر منها وما بطن ، وحرّمها، فهو بذلك أغير من غيره فيها، وقد رويناه من طريق ، عن

(1) الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، ج4، ص399، حديث رقم (8060) و(8061)

(2) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 287 .

الحافظ أبي بكر الإسماعيلي الجرجاني المتوفى (371) هـ- صاحب أبي الحسن الأشعري - ، في بيان معنى (لا شخص أغير من الله)، قوله : ليس فيه إيجاب أن الله شخص، وهذا كما روي (ما خلق الله شيئاً أعظم من آية الكرسي) ، فليس فيه إثبات خلق آية الكرسي، وليس فيه إلا أن لا خلق في العظم كآية الكرسي، لا أن آية الكرسي مخلوقة ⁽¹⁾ ، فالمقابلة هنا في حقيقة العظم لا حقيقة الخلق ، وهناك في حقيقة الغيرة ، التي هي معنى يفيد غاية الزجر عما يغار منه عند انتهاك الحرمات ، لا المقابلة في حقيقة الشخصانية .

المبحث الثالث : أصول تأويل النصوص الذاتية عند الإمام البيهقي

لدى تعمقنا في تحليل ظاهرة تأويل النصوص الذاتية عند الإمام البيهقي، نجد أن صور هذه الظاهرة قد بنيت على أصول أربعة، شكلت القاعدة الأساس لحكم البيهقي على نص بعينه بالتأويل وترك تفويضه، حيث يبقى تفويض النص الذاتي منوطاً بقواعد خرج سياق هذه الأصول، وقد تسنى لنا استخلاصها وفق الآتي :

المطلب الأول : الأصل الأول : أن يأتي اللفظ الذاتي بطريق خبر الواحد الصحيح

وعلة تأويل النص الذاتي هنا هو احتمال أن يكون خبر الواحد الصحيح مما حدث به راويه بالمعنى دون مراعاة اللفظ ، لذلك فإن الإمام البيهقي يرجح عدم اعتبار ما جاء فيه من ألفاظ ذاتية مضافة ، صفات ، وذلك بالنظر إلى ذات الخبر، وإنما يُردُّ ما ورد فيه إلى القرآن الكريم أو إلى الحديث المقطوع بثبوته ، فإن وجد للفظ الذاتي، مستند فيهما أو في أحدهما ، قيل به صفة ، متى اقتضى السياق ذلك، وإلا تعيّن تأويله وفق أرجى الوجوه المؤكدة للتنزيه .

(1) المصدر نفسه ، ص 287-288 .

يذكر البيهقي أن أبا سليمان الخطابي ذهب إلى أن الأصل في إثبات الصفات ، أي الذاتية ، أنه لا يجوز ذلك إلا أن يكون بكتاب ناطق ، أو خبر مقطوع بصحته، فإن لم يكونا ، فيما يثبت من أخبار الأحاديث ، أي الآحاد الصحيحة، المستندة إلى أصل في الكتاب، أو في السنة المقطوع بصحتها ، أو بموافقة معانيهما ، وما كان بخلاف ذلك فالتوقف عن إطلاق الاسم به ، أي الصفة ، هو الواجب ، ويتأول حينئذ على ما يليق بمعاني الأصول المتفق عليها من أقاويل أهل الدين والعلم مع نفي التشبيه فيه ، ومثال ذلك ذكر الأصابع ، فهو لم يوجد في شيء من الكتاب ولا من السنة التي شرطها في الثبوت ما وصفناه من القطع ، وليس معنى اليد في الصفات الذاتية ، الواردة في القرآن بمعنى الجارحة ، حتى يتوهم بثبوتها ثبوت الأصابع ، بل هو توقيف شرعي أطلقنا الاسم ، يعني الصفة ، فيه على ما جاء به الكتاب من غير تكليف ولا تشبيه ، فخرج ذكر الأصابع بذلك أن يكون له أصل في الكتاب أو السنة المقطوع بها ، أو أن يكون على شيء من معانيهما ⁽¹⁾ ، وإن ورد ذكرها في صحيح البخاري ومسلم ، وغيرهما ، على نحو حديث ابن مسعود التالي ، فإن غاية ما تفيد هذه الأحاديث من الصحة هو مجيئها بطريق خبر الواحد ، الذي يفيد غلبة الظن الراجح لا القطع .

ومعلوم أن تصرفاً في المعنى أتى من قبل بعض الرواة في بعض طرق حديث الأصابع الذي يرويه عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أن رجلاً من أهل الكتاب أتى النبي ﷺ، فقال، يا أبا القاسم، أبلغك أن الله عز وجل يحمل السموات على إصبع، والأرضين على إصبع، والشجر على إصبع، والثرى على إصبع، والخلائق على إصبع، ثم يقول، أنا الملك أنا الملك!، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت نواجذه، ثم قرأ (وما قدروا الله حق قدره ، والأرض جميعاً قبضته يوم القيامة والسموات مطويات بيمينه) ⁽²⁾ ، روى الحديث هكذا ، عن الأعمش عن إبراهيم النخعي عن علقمة بن الأسود

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 335 ، 337 .

(2) البخاري، الجامع الصحيح، باب قوله تعالى لما خلقت بيدي، حديث رقم (7415) وقد استوفى طرقه بأحاديث رقم (4811) و(7414) و(7451) و(7513) ، ومسلم، الصحيح ، كتاب صفات المنافقين حديث

عن عبدالله بن مسعود ، دون زيادة ، كل من أبي معاوية ، وحفص بن غياث ، وكذلك رواه أبو عوانة ، وعيسى بن يونس ، وغيرهما عن الأعمش ، وروى الحديث ، بزيادة (فضحك النبي ﷺ حتى بدت نواجذه تعجباً مما قال ، تصديقاً له) ، جرير بن عبد الحميد عن الأعمش بالإسناد المتقدم ، ومنصور بن المعتمر عن إبراهيم النخعي عن عبيدة السلماني عن عبدالله بن مسعود ، ومنصور ابن المعتمر أيضاً عن خيثمة بن عبدالرحمن عن علقمة عن عبدالله بن مسعود ⁽¹⁾ ، الأمر الذي يجعل رواية هذه الزيادة ، وفق ما فهمه كل من جرير بن عبد الحميد ومنصور بن المعتمر من المعنى أمراً محتملاً .

ينقل البيهقي شك الإمام الخطابي في أن تكون هذه الزيادة مما قاله الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود ، وبيان أنها من قبيل ما فهمه الرواة اللاحقون ، قال وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال (ما حدّثكم أهل الكتاب فلا تصدقوهم ولا تكذبوهم، وقولوا آمنا بالله وكتبه ورسله، فإن كان باطلا لم تصدقوه.....) ⁽²⁾ ، والنبي ﷺ أولى الخلق بأن يكون قد استعمله مع كلام هذا الحبر ، فكيف يضحك بعد ذلك تصديقاً له؟! ، والدليل على صحة ذلك أن النبي ﷺ لم ينطق فيه بحرف تصديقاً له، أو تكذيباً ، إنما ظهر منه في ذلك ، الضحك المخيل للرضا مرة ، والتعجب والإنكار أخرى ، ثم تلا الآية ، وهي محتملة للوجهين معاً ، وليس فيها للأصابع ذكر ، وقول من قال من الرواة (تصديقاً لقول الحبر) ، ظن وحسبان ، إنما أتيا وفق الفهم ، والأمر فيه ضعيف ، إذ الاستدلال بالتبسم والضحك في مثل هذا الأمر، الجسيم قدره، الجليل خطره ، غير سائغ ، مع تكافؤ وجهي الدلالة المتعارضين فيه ، ويؤكد

(20) و(21)، وكتاب صفة القيامة والجنة والنار، حديث (7223)، بزيادة تصديقاً له، وأحمد، المسند ج 1، ص 429-457 ، والترمذي في السنن ، حديث (3238) و(3546) بدون زيادة، والنسائي، السنن الكبرى، باب قوله، وما قدروا الله حق قدره، رقم (11451) و(11452) بدون زيادة، و(11450) بزيادة، تعجباً لما قال تصديقاً له .

⁽¹⁾ البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 333-335 .

⁽²⁾ البخاري، الجامع الصحيح، باب ما يجوز من تفسير التوراة، رقم (7542)، والصنعاني، عبد الرزاق، المصنف، رقم (10160) و (19211) .

ما ذهبنا إليه من القول، حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول (يقبض الله الأرض ويطوي السماء بيمينه ، ثم يقول ، أنا الملك ، أين ملوك الأرض) ⁽¹⁾ ، وهذا قول النبي ﷺ ولفظه جاء على وفاق الآية ، ليس فيه ذكر الأصابع ، ولا تقسيم الخليقة على أعدادها ، أي الخمسة ، فدلّ أن كلام الخبر من تخطيط اليهود وتحريفهم ، وأن ضحك النبي ﷺ ، إنما كان على معنى التعجب منه والنكير له ، والله أعلم ⁽²⁾ .

وبناءً على ما تقدم ، فيكون المعنى في الأصابع على وفق تأويل قوله عز وجل: (والسّموات مطويات بيمينه) أي قدرته على طيها وسهولة الأمر في جمعها، فإن الإنسان يقول في الأمر الشاق إذا أضيف إلى الرجل القوي ، إنه ليأتي عليه بأصبع واحدة ، أو إنه يعمل به بخصره ، أو ما أشبه ذلك من الكلام ، الذي يراد به الاستظهار في القدرة عليه والاستهانة به ⁽³⁾ .

أما قوله ﷺ (إن قلوب بني آدم كلها بين أصبعين من أصابع الرحمن ، كقلب واحد يصرفها حيث يشاء) ثم قال رسول الله ﷺ (اللهم مصرف القلوب صرف قلوبنا على طاعتك) ⁽⁴⁾ ، فمعناه تحت قدرة الرحمن ومملكه ، ودلّ ذلك على أن أفعالنا مقدرة لله تعالى مخلوقة ، لا يقع شيء دون إرادته ، ومثّل النبي ﷺ لأصحابه قدرة المولى سبحانه القديمة ، بأوضح ما يعقلون من أنفسهم ، لأن المرء لا يكون أقدر على شيء منه على ما بين أصبعيه ، ويحتمل أنها بمعنى نعمتي النفع والدفع ، أو بين أثري المولى في الفضل والعدل ، يؤيده أن في بعض طرق الحديث (إذا شاء أزاعه ، وإذا شاء أقامه) ، ويوضحه قول النبي ﷺ في سياق الخبر (يا مقلب القلوب ثبت قلبي على دينك) ، وإنما ثنى لفظ الأصبعين ، والقدرة واحدة ، لأنه جرى على المعهود من لفظ المثل ، والإنسان يقول ، ما فلان إلا في يدي ، وما فلان

(1) البخاري ، الجامع الصحيح، باب يقبض الله الأرض، رقم (6154) .

(2) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 337-338 .

(3) المصدر نفسه .

(4) مسلم ، الصحيح ، باب تصريف الله تعالى القلوب كيف شاء، حديث رقم (6921) .

إلا في كفي ، وما فلان إلا في خنصري ، يريد بذلك إثبات قدرته عليه ، لا أن خنصره يحوي فلاناً⁽¹⁾ من الناس .

روى عروة بن الزبير أن أباه الزبير بن العوام رضي الله عنه سمع رجلاً يحدث حديثاً عن النبي ﷺ ، فاستمع الزبير له ، حتى إذا قضى الرجل حديثه ، قال له الزبير ، أنت سمعت هذا من رسول الله ﷺ ؟؟ ، فقال الرجل ، نعم ، قال الزبير ، هذا وأشباهه مما يمنعنا أن نحدث عن النبي ﷺ ، قد لعمرى سمعت هذا من رسول الله ﷺ وأنا يومئذ حاضر ، ولكن رسول الله ﷺ ابتداءً هذا الحديث فحدثناه عن رجلٍ من أهل الكتاب حدثه إياه ، فجئت أنت يومئذ بعد أن قضى رسول الله ﷺ صدر الحديث ، ومضى ذكر الرجل الذي من أهل الكتاب ، فظننت أنه من حديث رسول الله ﷺ⁽²⁾

وقد عقب البيهقي بعد ذكر هذه الرواية بقوله ، ولهذا الوجه من الاحتمال أيضا ترك أهل النظر من أصحابنا الاحتجاج بأخبار الآحاد في صفات الله تعالى ، أي الذاتية ، إذا لم يكن لما انفرد منها أصل في الكتاب ، أو الإجماع ، واشتغلوا بتأويله⁽³⁾ ، هذا ما فعله وقرره تلميذ أبي الحسن الأشعري ، أبو الحسن الطبري المتوفى (380 هـ) في كتابه ، تأويل الأحاديث المشكلات في الصفات ، ومن بعده تلميذ تلاميذ الأشعري الإمام أبوبكر بن فورك المتوفى (406 هـ) ، في كتابه مشكل الآثار ، وهو مذهب عامة متقدمي الأشاعرة ، من المتكلمين كالإمام الباقلاني المتوفى (403 هـ) ، ومن المحدثين كالحافظ أبي بكر الإسماعيلي الجرجاني المتوفى (371 هـ) ، وهم في ذلك سواء ، حيث لا يفوضون في ألفاظ الذات ، ويقولون بها صفات بلا كيف ، إلا ماورد منها في القرآن أو مشهور السنة الصحيحة ، أو أتى في صحيح الآحاد موافقاً لهما ، فهم يثبتون الوجه واليد ، والعين ، والاستواء ، وخلافها

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، 340-341 .

(2) المصدر نفسه ، ص 357 .

(3) المصدر نفسه .

مما هو وارد في النصوص القطعية ، صفات بلا كيف ، مع تفويض المعنى وعدم تحقيق ظاهر اللفظ ، ويؤولون الكف ، والأصابع ، والقدم ، وخلافها ، مما سبيل وروده الأحاد والظن ، ولا يجعلون من اليد قرينة مقوية للكف ، والأصابع ، حيث لا يقيمون رابطاً مادياً بينها ، حتى يكون ثبوت اليد بدليل القطع سبباً في تقوية ثبوت الكف ، والأصابع ، فاليد ليست على الحقيقة الظاهرة وفق المعهود من ظاهر اللفظ ، وإنما هو لفظ ورد مضافاً ، فنضيفه كما ورد ، ويفوض معناه وكيفيته ، بالنظر إلى ذات اللفظ ، وأما ما يفيد من معنى ، فيؤخذ من خلال السياق الوارد فيه .

ومن قبيل ما دخله تصرف بالمعنى من قبل بعض الرواة ، ما ذكره البخاري في بعض طرق حديث الساق، فقد جاء فيه (فيكشف ربنا عن ساقه فيسجد له كل مؤمن ومؤمنة) بصيغة المضارع المعلوم ، مع إضافة الساق إلى المولى سبحانه ، الأمر الذي دفع بعض مثبته الأثرية ومعهم المشبهة للقول بالساق صفة ، وأنها على الحقيقة بلا كيف ، مع أن للحديث طرقاً أخرى أكثر دقة ، ولا تقل صحة ، أنت في صياغتها موافقة للقرآن بقوله (يوم يُكشف عن ساق ويدعون إلى السجود فلا يستطيعون)⁽¹⁾، فيها يقول رسول الله ﷺ (فيكشف عن ساق ، ولا يبقى من كان يسجد لله من تلقاء نفسه إلا أذن الله له بالسجود ...)⁽²⁾ ففعل يكشف في هذه الطرق أتى بصيغة المضارع المجهول ، ولفظ الساق نكرة ، ليكون المعنى وفق إجماع عامة السلف ، يكشف عن كرب وشدة⁽³⁾ ، ورواية (يكشف ربنا عن ساقه)، مما رواه بعض الرواة

(1) سورة القلم ، الآية 42

(2) لفظ (ساقه) ورد في البخاري، الجامع الصحيح، باب يوم يكشف عن ساق، رقم (4919) وباب قوله تعالى وجوه يومئذ ناضرة، رقم (7439) ، ولفظ (ساق) نكرة، ورد عند مسلم، الصحيح، باب معرفة طريق الرؤية، رقم (472)، وعند أحمد، المسند، ج3 ، ص 16-17، رقم (11426)، وعند ابن أبي شيبة، المصنف، رقم (183)، ج8، ص 677 .
(3) الحاكم النيسابوري ، المستدرک على الصحيحين ، ج2 ، ص 499-500 ، واللالكائي ، شرح أصول اعتقاد أهل السنة ، ج3 ، ص 474 .

وفق ما فهمه من المعنى ، قال البيهقي ، وقد رويانا عن ابن عباس ، أن المعنى يوم يكشف عن الأمر الشديد المفظع من الهول يوم القيامة ⁽¹⁾.

ومثله الرواية التي أتت عن ابن عباس عليه السلام من طريق أبي صالح باذام، وفيها: (الكرسي بين يدي العرش ، وهو ، أي الكرسي ، موضع قدميه) ⁽²⁾ ، بإضافة القدمين إلى المولى سبحانه ، وهي مخالفة للمشهور عن ابن عباس من طريق التابعي الجليل سعيد بن جبير ، (الكرسي موضع القدمين ، والعرش لا يقدر أحد قدره) ⁽³⁾ ، من دون إضافة ، وكذلك روى عمارة بن عمير عن أبي موسى الأشعري من غير إضافة ⁽⁴⁾ ، ليكون المعنى أن مقدار الكرسي من العرش كمقدار كرسي يكون عند سرير قد وضع لقدمي القاعد على السرير ، فيكون السرير أعظم قدراً من الكرسي الموضوع دونه موضعاً للقدمين ، يقول البيهقي ، وأما المتقدمون فإنهم لم يفسروا أمثال هذه الرواية ، ولم يشتغلوا بتأويلها ، مع اعتقادهم أن الله تعالى واحد غير متبعض ، ولا أي جارحة ، وقد سئل وكيع بن الجراح عن نحوها ، فقال أدركنا السابقين يحدثون بهذه الأحاديث ولا يفسرون شيئاً منها ⁽⁵⁾ ، وهذا بخلاف ما فهمه المشبهة من أن الله سبحانه استوى على عرشه ، واضعاً قدميه على الكرسي حقيقة بلا كيف ، ثم روى وفق ما فهموا .

يورد البيهقي قول أبي سليمان الخطابي ، أن مذهب كثير من الرواة من أهل النقل، الاجتهاد في أداء المعنى دون مراعاة أعيان الألفاظ ، وكل منهم يرويهِ على

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 346 .

(2) المصدر نفسه ، ص 354 ، وهذه الرواية غير صحيحة أصلاً ، لأن أبا صالح باذام ، كما قال ابن حبان ، يحدث عن ابن عباس ولم يسمع منه ، وتركه ابن مهدي .

(3) الحاكم النيسابوري ، المستدرک على الصحيحين ، ج2 ، ص 282 ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وأقره الذهبي ، والطبراني ، المعجم الكبير ، حديث رقم (12404) ولم يصح مرفوعاً .

(4) أبو الشيخ الأصبهاني ، كتاب العظمة ، حديث رقم (247) ، ص 125 ، وهو موقوف و لا يصح مرفوعاً .

(5) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 354-355 .

حسب معرفته ، ومقدار فهمه ، وعادة البيان من لغته ، وعلى أهل العلم أن يلزموا أحسن الظن بهم ، وأن يحسنوا التآني لمعرفة معاني ما روه ، وأن ينزلوا كل شيء منه منزلة مثله ، فيما تقتضيه أحكام الدين ومعانيها ، على أنك لا تجد بحمد الله ومنه ، شيئاً صحت به الرواية عن رسول الله ﷺ إلا وله تأويل يحتمله وجه الكلام ، فقد روينا من طريق عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قوله: (إذا حدثتم عن رسول الله ﷺ حديثاً ، فظنوا برسول الله ﷺ أهياً وأهداه) ، ومن طريق عنه ، و عن ابن مسعود رضى الله عنهما قولهما: (إذا حدثتم عن رسول الله ﷺ فظنوا به الذي هو أهياً وأهدى وأتقى) (1) .

ونحن ، بعد هذا العرض من الإمام البيهقي ، بات باستطاعتنا التأكيد ، أن من أسباب تأويل اللفظ الذاتي المضاف إلى الحق سبحانه هو مجيئه برواية خبر الواحد ، مع عدم وجود أصل له ، أو معضد في القرآن الكريم أو في السنة القطعي ثوبتها ، وذلك لعدة احتمال أن يحدث الراوي بالمعنى الذي دار في خله ، أو أن يحدث عن أهل الكتاب ، في ظل غياب ما يؤكد انتفاء هذا الاحتمال ، وإنما كثيراً ما يوجد في الروايات الأخرى ما يؤكد ثبوته ، كما في النصوص المتقدمة ، وهذا أصل مهم يقعد لكثير من ظواهر التأويل في النصوص الذاتية ، التي لهج بها عامة الفقهاء والمتكلمين المتقدمين ، وعدد غير قليل من المحدثين ، وأصل يفسر كذلك ما سكت عنه أغلب المحدثين ومعهم عامة السلف من ألفاظ الذات ، ولم يوردوه مورد الصفات ، كما هو ثابت في الاعتقاد الذي قدمه شيخ أهل الحديث في عصره الإمام أبو عثمان الصابوني المتوفي سنة (449هـ) ، وقد اختصر فيه عقيدة السلف وأصحاب الحديث (2) .

ففي حديث القدم الذي صح برواية خبر الواحد ، ولم يصح متواتراً ، وليس له معضد في القرآن ورواه الإمامان البخاري ومسلم ، وهو قوله ﷺ (لا تزال جهنم

(1) المصدر نفسه ، ص 297-298

(2) انظر : الصابوني ، أبو عثمان ، عقيدة السلف وأصحاب الحديث .

تقول هل من مزيد حتى يضع رب العزة فيها قدمه (1) ، نجد البيهقي يذكر قول الخطابي : فيحق علينا أن نطلب لما يرد من هذه الأحاديث إذا صحت عن طريق النقل والسند ، تأويلاً يخرج على معاني أصول الدين ومذاهب العلماء ، ولا نبطل الرواية فيها أصلاً إذا كانت طرقها مرضية ، ولم تبلغ حد القطع والتواتر ، وإنما أريد بوضع القدم فيها نوع من الزجر لها والتسكين ، كما يقول القائل للشيء يريد محوه وإبطاله ، وضعته تحت قدمي (2) .

المطلب الثاني: الأصل الثاني: أن يأتي اللفظ الذاتي مضافاً إلى صفة ذاتية

وإلى جانب الأصل الأول ، فإن البيهقي يقدم أصلاً ثانياً يعتبره عاملاً من العوامل الدافعة باتجاه تأويل الألفاظ الذاتية ، وهو عدم صحة إلحاق الوصف الذاتي بالصفة الذاتية الثابتة بالقرآن الكريم أو السنة القطعية ، إذ في ذلك إيهام بتحقيق معناها وفوق الظاهر المتبادر ، ومثاله أننا عندما نثبت صفة الوجه ، بلا كيف ، وأنها ليست بجارحة ولا بعضاً من ذات ، لتضافر النصوص المتواترة على ذكرها، فإنه لا يصح أن نعتبر ما ورد من ألفاظ ذاتية مضافة إلى الوجه صفات ذاتية كذلك ، لأن ذلك يوهم التشبيه ، ويقرب إقامة علاقة مادية بين الصفة وما إضيف إليها من ألفاظ .

يذكر البيهقي حديثين في إضافة الإقبال إلى وجهه تعالى ، الأول : عن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه ، أن رجلاً قام يصلي فجعل يتفل بين يديه ، فقال له حذيفة لا تتفل بين يديك ولا عن يمينك ، فإن عن يمينك كاتب الحسنات ، وإن الرجل إذا توضأ فأحسن الوضوء ثم قام فصلّى ، أقبل الله تعالى إليه بوجهه يناجيه فلا يصرفه عنه حتى ينصرف ، أو يحدث حدث سوء . والثاني : عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما ، أنه رأى رجلاً يصلي يلتفت في صلاته ، فقال له ، إن الله عز وجل مقبل على عبده

(1) البخاري، الجامع الصحيح، باب قوله وتقول هل من مزيد، رقم (4567) و(4568) و(4569) و(4848)، والحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (2449) .

(2) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 351-352

بوجهه ما أقبل إليه ، فإذا التفت انصرف عنه . قال البيهقي ، ليس في صفات الله عز وجل إقبال ، ولا إعراض ، ولا صرف ، وإنما ذلك إقبال للرحمة ، وإعراض لها ، وانصراف ، وكأن الرحمة التي للوجه تعلق بها تعلق الصفة بمقتضاها ، تأتي الرحمة من قبل وجه المصلي ، فعبر عن إقبال تلك الرحمة وصرفها ، بإقبال الوجه وصرفه ، لتعلق الوجه الذي هو صفة بها⁽¹⁾.

وكذلك القول في السبحات التي أتت مضافة إلى الوجه ، في الحديث الذي أخرجه الإمام مسلم ، من طريق أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وسواه ، قال رسول الله ﷺ (إن الله عز وجل لا ينام ولا ينبغي له أن ينام ، يخفض القسط ويرفعه ، يرفع إليه عمل الليل بالنهار ، وعمل النهار بالليل ، حجاب النور لو كشفه لأحرقت سبحات وجهه ما انتهى إليه بصره من خلقه)⁽²⁾ ، قال البيهقي ، أخبرنا أبو عبد الرحمن السلمي (المفسر العارف) المتوفى (412هـ) ، أن السبحة هي جلال وجهه تعالى ونوره ، ومنه قيل سبحان الله ، إنما هو تعظيم له وتنزيهه ، وقد عقب البيهقي ، بعد موافقته الإمام السلمي في نفي أن تكون السبحات صفة على الظاهر ، بقوله ، إذا كان قوله سبحات من التسبيح ، والتسبيح تنزيهه ، فليس فيه إثبات النور للوجه⁽³⁾ ، وإنما هو جلاله ، وبذلك يوافق البيهقي السلمي بدلالة السبحات على الجلال ، ويخالفه بدلالاتها على النور .

وهذا بلا شك يختلف اختلافاً كلياً ، عن قول بعض مثبثة الأثرية ، إن السبحات صفة ذات تقوم بوجهه تعالى على الحقيقة ، بلا كيف ؟!

(1) البيهقي الأسماء والصفات ، ص 305

(2) مسلم ، الصحيح ، باب قوله عليه السلام ، إن الله لا ينام ، وقوله ، حجاب النور ، رقم (463) .

(3) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 309-310

وكما قيل في الألفاظ الذاتية المضافة للوجه ، يقال فيما أضيف منها إلى اليد ، نحو قوله تعالى (بل يدها مبسوطتان ينفق كيف يشاء) (1) وقوله (والأرض جميعاً قبضته يوم القيامة والسموات مطويات بيمينه) (2) ، وقوله ﷺ (ما تصدق أحد بصدقة من طيب إلا أخذها الرحمن بيمينه ، وإن كانت تمرّة فتربو في كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل ، كما يربي أحدكم فلّوه أو فصيله) (3) وقوله (إن الله تعالى أخذ ذرية بني آدم من ظهورهم وأشهدهم على أنفسهم ثم أفاض بهم في كفيه ، فقال هؤلاء للجنة وهؤلاء للنار) (4) ، وقوله ﷺ (قلب المؤمن بين أصبعين من أصابع الرحمن) (5) ، وخلافه ، يقول البيهقي ، إن اليمين يراد به اليد ، والكف عبارة عن اليد ، وهي الله تعالى صفة بلا جارحة ، فكل موضع ذكرت فيه من كتاب وسنة صحيحة ، فالمراد بذكرها تعلقها بالكائن المذكور معها ، من الطي ، والأخذ ، والقبض ، والبسط ، والمسح ، والقبول ، والإنفاق ، وغير ذلك ، تعلق الصفة الذاتية بمقتضاها من غير مباشرة ، ولا مماسة ، ولا جارحة ، فالقبضة تعني الملك والقدرة ، واليمين تفيد كمالهما ، وأحياناً تأتي اليمين بمعنى حسن القبول كما في حديث ابن عباس ، (الحجر الأسود يمين الله في الأرض) (6) ، وكانت العرب تحب التيامن ، وتكره التياسر ، لما في التياسر من النقصان ، وفي التيامن من التمام ، أما الأصابع متى وردت فتعطي معنى سهولة نفاذ قدرة الله في المقدورات (7) .

(1) سورة المائدة ، الآية 64

(2) سورة الزمر ، الآية 67

(3) الترمذي ، السنن ، باب ما جاء في فضل الصدقة ، رقم (661) ، وقال ، حديث حسن صحيح .

(4) البيهقي ، الأسماء والصفات ص 326 .

(5) سبق تخريجه .

(6) الصنعاني ، عبد الرزاق ، المصنف ، رقم (8919) ، ج5 ، ص39 ، وتتمته (يضاف بها خلقه مصافحة الرجل أخاه ، يشهد لمن استلمه بالبر والوفاء) .

(7) أنظر : البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 330 - 341 (بتصرف) .

ويؤكد البيهقي أن تأويل الألفاظ الذاتية المضافة إلى الصفة الذاتية هو أولى أمام من يحققها من مثبتة الأثرية وفق الظاهر المعهود ، ويعتبرها صفات ذات على الحقيقة تقوم بصفة ذات على الحقيقة كذلك ، هي اليد ، فاليد كما يقولون حقيقة ذاتية مع الكف ، والأصابع ، يقبض الله بيده على الحقيقة ، ويبسط ، ويطوي ، ويمسك ، ويأخذ ، ويصافح ، حيث وردت بذكر ذلك النصوص ، وهي بلا كيف ، ويعتبر البيهقي أن التعمق في تحقيق هذه الظواهر الذاتية لا يغني ، مع نفي الكيفية ، عن الوقوع في التشبيه شيئاً ، إذ إلحاق هذه الظواهر باليد وتحقيقها وفق المعهود ، إنما هو تحقيق لكنه اليد ، وهو عين التشبيه ، والحقيقة التي يقررها البيهقي أن الصفة الذاتية هنا هي اليد ، وهي ليست على الحقيقة المتبادرة ظاهراً ، وليست بجارحة ، وكل ما أضيف إليها من ألفاظ ، إنما تدل على كمالات المعاني ، فاليمين كمال في القدرة ، والقبض والأخذ كمال في الملك ، والبسط كمال في الإنفاق ، والأصابع والطي كمال في سهولة الاقتدار ، والكف كمال في النعمة ، والمصافحة كمال في القبول ، وهكذا

وبالمحصلة ، فالبيهقي يرى أن المتقدمين من سلف هذه الأمة ، قرؤوا ورووا هذه النصوص ولم يفسروا شيئاً منها ، مع اعتقادهم بأجمعهم أن الله تبارك وتعالى واحد في ذاته ، لا يجوز عليه التبعية ، هكذا فعل التابعي الجليل قتادة بن دعامة السدوسي المتوفى (118) هـ ، ومعه عامة مفسري السلف ، وعن سفيان بن عيينة المتوفى (198) هـ ، قال: كل ما وصف الله تعالى به نفسه في كتابه فتفسيره تلاوته والسكوت عليه⁽¹⁾ وهذا منهج جامع سار عليه أكثر محققي علماء الأمة ، وأظهره الإمام أبو عثمان الصابوني في عقيدة السلف وأصحاب الحديث ، عندما لم يقف على شيء من الألفاظ الذاتية المضافة إلى الصفات الذاتية ويعتبرها صفات ، يقول

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 330

البيهقي : فالمتقدمون لم يشتغلوا بتأويل هذه النصوص ، وما جرى مجراها ، وإنما فهموا منها ومن أمثالها ما سيق لأجله النص ، من إظهار قدرة الله تعالى وعظم شأنه (1)، وهو فهم عملي من شأنه أن يركز على تأثير صفات الله تعالى المطلق في واقع الخلق ، لا البحث في حقيقة ذات الخالق ، وهو فهم لا صلة له بإثبات الألفاظ الذاتية صفات على الحقيقة الظاهرة المعهودة، مع إلحاق الوصف الذاتي بها، إذ عند هذا النوع من الإثبات يتأكد التأويل، ويصبح هو الأولى والأرجى .

المطلب الثالث : الأصل الثالث : أن يأتي اللفظ الذاتي بصيغة الفعل على

صورة مشاكلة .

وهناك أصل ثالث يراه البيهقي سبباً موجباً للتأويل وهو أن يأتي اللفظ الذاتي المضاف ، بصيغة الفعل على صورة مشاكلة ، أو مقابلة لفعل العبد، وذلك بذكر ما يجانسه أو يوازيه من فعل ، وإضافته للحق سبحانه ، ليفيد معنى من معاني الإثابة، أو المجازاة ، أو القبول ، أو معنى آخر من معاني الكمال .

جاء في الحديث القدسي الذي يرويه النبي ﷺ عن ربه ، قال الله عز وجل (إذا تقرب العبد إليّ شبراً تقربت إليه ذراعاً ، وإذا تقرب إليّ ذراعاً تقربت إليه باعاً ، وإذا أتاني يمشي أتيته هرولة) (2)، قال البيهقي، تقرب العبد من مولاه بطاعته، وهو وفق ما رواه النبي ﷺ عن ربه ، قال الله تعالى (وما يزال عبيد يتقرب إليّ بالنوافل حتى أحبه، فإذا أحببته كنت سمعه الذي يسمع به، وبصره الذي يبصر به، الحديث) (3) ، فالله سبحانه يقابل المتقرب منه بالطاعة، بأن يستولي عليه حتى لا يسمع شيئاً إلا به، ولا ينطق إلا عنه، نعمة وامتناناً وحفظاً وتأبيداً، فتقرب العبد بالإحسان وتقرب الحق بالامتنان، وتقرب العبد بالتوبة والإنابة، وتقرب الباري بالرحمة والمغفرة ، وتقرب العبد بالسؤال، وتقرب المولى بالنوال، لا من حيث توهم

(1) المصدر نفسه ، ص 335

(2) البخاري، الجامع الصحيح، باب ذكر النبي وروايته عن ربه، رقم (7098) .

(3) البخاري، الجامع الصحيح، باب التواضع، رقم (6137)

الاقتراب والهرولة ، بالحركة المعهودة ، التي لا تكون إلا من جسم متنقل ⁽¹⁾ تنزه الله عن ذلك وتقدس وعلا علواً كبيراً .

ومثله ما ذكر في غير حديث ، أن الله سبحانه يقابل أفعال عباده بضحك أو عجب، وهو مشكلة لما اعتاد الناس أن يظهره عند مقابلة أمثال هذه الأفعال ، من عَجَب أو ضحك ، يعبران عن تعظيمها أو حسن قبولها في أنفسهم ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (يضحك الله إلى رجلين ، يقتل أحدهما الآخر ، كلاهما يدخل الجنة يقاتل هذا في سبيل الله فيقتل ، ثم يتوب الله على القاتل ، فيقاتل في سبيل الله فيستشهد) ⁽²⁾ ينقل البيهقي عن أبي سليمان الخطابي قوله : الضحك الذي يعتري البشر غير جائز على الله عز وجل ، وهو منفي عن صفاته ، وإنما هو مثل ضرب في مقابلة هذا الصنيع ، الذي يحل محل العجب عند البشر، فإذا رآوه أضحكهم، ومعناه في صفة الله عز وجل، الإخبار عن الرضى بفعل الأول منهما، والقبول للآخر، ومجازتهما على صنيعهما الجنة ، مع اختلاف أحوالهما ، وتباين مقاصدهما ⁽³⁾ .

وكذلك في حديث الأنصاري الذي ضاف ضيف رسول الله ، وبالغ هو وزوجته في إكرامه ، أن النبي ﷺ قال لهما في الغداة: (لقد ضحك الله الليلة ، وفي رواية - لقد عجب من فعلكما -، وأنزل قوله : ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) ⁽⁴⁾، يذكر البيهقي قول البخاري في معنى الضحك هنا، أنه الرحمة، وقول الخطابي، أنه الرضا والبشر، الموجبان لجزل العطاء، الذي هو موجب الضحك ومقتضاه ⁽⁵⁾ .

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 458 ، 459

(2) الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (2460)، ج3، ص158 .

(3) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 469

(4) البخاري، الجامع الصحيح، باب قول الله، ويؤثرون على أنفسهم، رقم (3587) .

(5) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 470

وما قيل في الضحك ، يقال في الفرح، الذي ورد في عدة أحاديث على صورة مشكلة كذلك، لما اعتاد الناس أن يظهره من هيئات يعبرون بها عما تختزنه نفوسهم من المعاني، في مقدمتها الرضا ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال رسول الله ﷺ (كيف تقولون بفرح رجل انفلتت منه راحلته تجرّ زمامها بأرض كفر ليس بها طعام ولا شراب وعليها له طعام وشراب، فطلبها حتى شق عليه، ثم مرت بجزل شجرة فتعلق به زمامها، فوجدها متعلقة به ؟، قالوا، شديدا يا رسول الله، فقال، أما والله، الله أشد فرحاً بتوبة عبده من الرجل براحلته)⁽¹⁾ ، وفي رواية (الله أشد فرحاً بتوبة عبده من أحدكم إذا استيقظ على بغيره قد أضله بأرض فلاة)⁽²⁾ ، قال البيهقي : (الله أفرح)، معناه أَرْضَى بالتوبة وأقبل لها ، والفرح الذي يتعارفه الناس من نعوت هيئات بني آدم غير جائز على الله عز وجل ، وإنما معناه الرضا، فالفرح في كلام العرب على وجوه منها : الفرح بمعنى السرور، ومنه قوله عز وجل : (حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها)⁽³⁾، أي سروا، وهذا الوصف غير لائق بالقديم، لأنه خفة تعتري الإنسان إذا كبر قدر شيء عنده فناله، فرح لموضع ذلك، ولأنه أيضاً سكون لموضع القلب على الأمر إما لمنفعة في عاجل أو آجل، ومنها : الفرح بمعنى البطر والأشر، ومنه قوله تعالى (إن الله لا يحب الفرحين)⁽⁴⁾ ، وقوله (إنه لفرح فخور)⁽⁵⁾ ، وهذا كما نرى وصف مذموم ، ومنها: الفرح بمعنى الرضا ، قال تعالى (كل حزب بما لديهم فرحون)⁽⁶⁾ ، أي راضون، وهذا هو المعنى اللائق بالمولى سبحانه ، أفرح أي أَرْضَى ، والرضا من صفات الله سبحانه ، لأن الرضا هو القبول للشيء والمدح له والثناء عليه ، والقديم سبحانه قابل للإيمان وللتوبة ومثني على المرء بهما ، فجاز وصفه بذلك ⁽⁷⁾ .

(1) مسلم، الصحيح، كتاب التوبة، باب الحض على التوبة والفرح بها، رقم (7135) .

(2) مسلم، الصحيح، كتاب التوبة، باب الحض على التوبة والفرح بها، رقم (7137) .

(3) سورة يونس ، الآية 22

(4) سورة القصص ، الآية 76

(5) سورة هود ، الآية 10

(6) سورة المؤمنون ، الآية 53 ، وسورة الروم ، الآية 32

(7) البيهقي، الأسماء والصفات ، ص 477-478 .

أما حديث الغيرة الذي جاء فيه (إن الله تبارك وتعالى يغار ، وإن المؤمن يغار ، وغيرة الله أن يأتي المؤمن ما حرم عليه) (1) ، فإن يغار معناه يزجر ، فالغيرة من الله الزجر ، والله غيور بمعنى زجور يزجر عن المعاصي ، وما أحد أغير من الله ، أي أزجر منه (2) .

وفي نسقه قوله ﷺ (عليكم بما تطيقون - أي من العمل - فو الله لا يملأ الله حتى تملوا) (3) ، فالملال لا يجوز على الله سبحانه بحال ، ولا يدخل في صفاته بوجه ، وإنما معناه لا يترك الله الثواب والجزاء على العمل ، ما لم تتركوه أنتم ، وذلك أن من ملَّ شيئاً تركه ، وفق ما يعتاده الناس ، فأتى بالفعل مشاكلة ، وكنى عن الترك بالملال، الذي هو سببه (4) .

وفي حديث النفر الثلاثة ، الذين دخلوا حلقة يحدث فيها رسول الله ﷺ ، أن أحدهم رأى فرجة في الحلقة فجلس فيها، وأما الآخر فجلس خلفهم، وأما الثالث فأدبر ذاهباً فقال رسول الله ﷺ ، (ألا أخبركم عن النفر الثلاثة، أما أحدهم فأوى إلى الله، فأواه الله، وأما الآخر فاستحى، فاستحى الله منه، وأما الآخر فأعرض، فأعرض الله عنه) (5) ، ومنه قوله تعالى (إن الله لا يستحي أن يضرب مثلاً ما بعوضه فما فوقها) (6) ، قال البيهقي ، قوله إن الله لا يستحي ، أي لا يترك ، لأن الحياء سبب للترك ، ألا ترى أن المعصية تترك للحياء كما تترك للإيمان ، وهذا الصحابي الذي استحى فترك مزاحمة الناس ، استحى الله منه بأن ترك مؤاخذته على ذنوبه (7) .

(1) البيهقي، السنن الكبرى، باب الرجل يتخذ الغلام والجارية المغنين، رقم (20551)، وانظر، الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (2268)، ج3، ص65 .

(2) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 483 .

(3) الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (3206)، ج4، ص69 .

(4) أنظر : البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 483 .

(5) الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (2873)، ج3، ص296 .

(6) سورة البقرة ، الآية 26

(7) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 484 .

وأمثال هذه المشاكلة في القرآن الكريم كثيرة ، منها قوله تعالى في مقابل قول المنافقين الذين قالوا لأوليائهم من الشياطين (إنا معكم إنما نحن مستهزؤون) ، أي بالمؤمنين ، قال (الله يستهزئ بهم ويمدهم في طغيانهم يعمهون)⁽¹⁾ ، فليس في صفات ذات الله شيء على الحقيقة هو استهزاء ، وإنما هو ما يظهره الله تعالى للمنافقين في الآخرة من العقوبة والخزي ، خلاف ما أظهره لهم في الدنيا من أحكام الإسلام ، مجازاة على ما أظهره للنبي ﷺ من الإيمان خلاف ما أضمره من الكفر⁽²⁾ .

ومنها قوله تعالى في شأن المنافقين كذلك ، (يخادعون الله وهو خادعهم)⁽³⁾ ، أي يعجل لهم من الأموال والنعم ما يدخرونه ويفرحون به ، ويؤخر عنهم عذابه وعقابه ، فسمى ذلك خداعاً ، مقابل خداعهم الذي به كانوا يظهرن الإيمان بالله وبرسوله ، ويضمرون خلافه ، فالله سبحانه يظهر لهم من الإحسان في الدنيا خلاف ما يغيب عنهم ويستتر من عذاب الآخرة ، فيجتمع الفعلان لتساويهما من هذا الوجه ، حيث إن ما أعده الله لهم من جزاء على خداعهم هذا ، قد أتى من جنس صنيعهم ، ويذكر البيهقي لهذه الآية معنى آخر نقله عن الإمام أبي الحسن بن مهدي الطبري ، صاحب كتاب تأويل الأحاديث المشكلات في الصفات ، وهو مجيء الخداع بمعنى الفساد ، وفق المعهود من كلام العرب ، فالمنافقون يفسدون ما يظهرن من الإيمان بما يضمرونه من الكفر ، والله سبحانه يفسد عليهم نعمهم في الدنيا بما يصيرهم إليه من عذاب في الآخرة مجازاة⁽⁴⁾ .

وقريب من هذا ، وفي معناه ، قوله تعالى (ومكروا ومكر الله)⁽⁵⁾ وقوله: (فيسخرن منهم سخر الله منهم)⁽⁶⁾ ، وقوله (وجزاء سيئة سيئة مثلها)⁽⁷⁾ .

(1) سورة البقرة ، الآيتان 14-15

(2) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 487

(3) سورة النساء ، الآية 142

(4) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 488

(5) سورة آل عمران ، الآية 54

(6) سورة التوبة ، الآية 79

(7) سورة الشورى ، الآية 40

إن هذه الصفات والأعمال من المبتدئ بها والمبادر إليها من الناس ، مكر ، وسخرية ، وسيئة ، ومن الله تعالى جزاء ، وهو من الجزاء على الفعل بمثل لفظه ، ومثله قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)⁽¹⁾ ، فالعدوان الأول ظلم والثاني جزاء ، والجزاء لا يكون ظلماً بحال وإن أطلق عليه ذلك فإنما هو مشاكلة لفظية ليس إلا⁽²⁾ .

قال عمرو بن كلثوم فيما نظمه :

ألا لا يجهلن أحد علينا فنجهل فوق جهل الجاهلينا

معنى فنجهل فوق جهل الجاهلينا ، أي فنعاقبه بأغلظ عقوبة ، فسمى ذلك جهلاً ، والجهل لا يفتخر به ذو عقل ، وإنما قاله ليزدوج اللفظان ، فيكون ذلك أخف على اللسان من المخالفة بينهما⁽³⁾ ، قال تعالى : (نسوا الله فنسيهم)⁽⁴⁾ ، أي غفلوا عن ذكره فتركهم ، أما الله سبحانه ، فلا تأخذه سنة ولا نوم .

المطلب الرابع : الأصل الرابع : أن يقطع السياق بتأويل اللفظ الذاتي .

أما الأصل الرابع الذي يبنى عليه تأويل النصوص الذاتية وفق ما يقرره الإمام البيهقي ، فهو أن يأتي اللفظ الذاتي المضاف في سياق يحتم الصيرورة إلى التأويل ويعينه ، ويرفع احتمال ما عداه ، وذلك أن اللفظ لا يفهم أو يؤخذ بمعزل عن سياقه ، والسياق هو ما يتقدم اللفظ ويتأخر عنه من كلام ، قد يشكل قرينة قوية تعين بصورة قطعية ، معنى من المعاني المحتملة وتلغي ما سواه .

ويتأكد هذا الأصل في مثل قوله تعالى (ألم تر أن الله يعلم ما في السموات وما في الأرض ، ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم ولا خمسة إلا هو سادسهم ،

⁽¹⁾ سورة البقرة ، الآية 149

⁽²⁾ البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 487

⁽³⁾ المصدر نفسه

⁽⁴⁾ سورة التوبة ، الآية 67

ولا أدنى من ذلك ولا أكثر إلا هو معهم أينما كانوا ، ثم ينبئهم بما عملوا يوم القيامة، إن الله بكل شيء عليم)⁽¹⁾ ، فمفتتح هذه الآية كما مختتمها يتحدثان عن سعة علم الله، وإطلاق تعلقه بالمعلومات ، ليؤكد ذلك بصورة قطعية ، أن معية الله للمتتاجين والمتسارين ، التي أتى ذكرها متوسطاً ، تعني معية علم وإحاطة بخفايا الأمور ، لا معية ذات في سياق مكان ، ومثله قوله تعالى (يعلم ما يلج في الأرض وما يخرج منها وما ينزل من السماء وما يعرج فيها وهو معكم أينما كنتم)⁽²⁾، أي بعلمه وقدرته وسلطانه ، وقد سئل الإمام سفيان الثوري عن ذلك ، فقال ، علمه⁽³⁾ .

كما أن لفظ اليد المضاف للحق سبحانه ، قد يأتي في بعض المواضع صفة، إلا أنه في مواضع أخرى يتعين تأويله بحسب مقتضيات السياق ، فإذا كانت اليد في مثل قوله تعالى (ما منعك أن تسجد لما خلقت بيدي)⁽⁴⁾، صفة ، فإنها في قوله تعالى (والسما بنيناها بأيدي وإنا لموسعون)⁽⁵⁾ ، لا تعني صفة ذاتية ، بقدر ما تشير إلى معنى القوة، التي هي صفة معنى، وهذه الآية تأتي في نسق مع قوله تعالى (واذكر عبدنا داود ذا الأيد)⁽⁶⁾ ، أي ذا القوة⁽⁷⁾ .

وقوله تعالى (قل إن الفضل بيد الله يؤتيه من يشاء)⁽⁸⁾، يفيد معنى الملك ، حيث إن مجيء اليد في سياق بين عبارتي الفضل ، ويؤتيه من يشاء ، يحتم ذلك⁽⁹⁾، وكذلك قوله تعالى (بل يدها مبسوطتان ، ينفق كيف يشاء)⁽¹⁰⁾ ، فإن سياق ينفق كيف يشاء ، يؤكد أن بسط اليد هنا بمعنى الغاية في الكرم .

(1) سورة المجادلة ، الآية 7 .

(2) سورة الحديد ، الآية 4

(3) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 430-431

(4) سورة ص ، الآية 75

(5) سورة الذاريات ، الآية 47

(6) سورة ص ، الآية 17

(7) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 319-129

(8) سورة آل عمران ، الآية 73

(9) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 319

(10) سورة المائدة ، الآية 64

ومن النصوص التي يقطع السياق فيها بتوجيه المعنى ، هو قوله تعالى في الحديث القدسي الذي يرويه النبي ﷺ : (يقول الله عز وجل ، العز إزاري والكبرياء ردائي ، فمن نازعني شيئاً منهما عذبتنه)⁽¹⁾، وكما هو مسلم ، فإن المنازعة التي قد تحصل من بعض الخلق الغافلين ، مع الحق سبحانه ، إنما تكون في صفتي العز والكبرياء ، اللتين هما صفتا ربوبية لا ينبغي لأحد سوى الرب جل وعز الاتصاف بهما ، لا في الإزار والرداء على الحقيقة ، والعرب تقول اتزر فلان بالصلاح ، وارتدى بالورع ، أي اتصف⁽²⁾، فالله سبحانه يتصف بالعز ، ويتصف بالكبرياء ، وهما معنيان يقومان فيه على الإطلاق ، لا يضاهيه فيهما أحد، إذ لا يتصور من أدنى صاحب عقل أن يذهب خلاف هذا المذهب ، فقد شذ بعض مثبته الأثرية، ومعهم المشبهة حيث قالوا، إن الإزار والرداء ، من صفات الذات ، وأضافوا إليهما الحق ، كما في حديث الرحم، أن الله لما خلقها تعلق بحقوي الرحمن⁽³⁾ .

* خلاصة منهج التأويل

وبالمحصلة فإننا نستخلص هذه الأصول الأربعة لتأويل النصوص الذاتية، من خلال عرض الإمام البيهقي لتطبيقاتها في كتاب الأسماء والصفات، وهو يرى أن تأويل الألفاظ الذاتية في مثل هذه الحالات، لا يعنى خروجاً عن أصول السلف ، وإنما هو فهم وتفسير للنصوص في سياق ما يعهده لسان العرب ، وتعرفة لغتهم ، وهو فهم خبره الصحابة والتابعون ، ولم يغيب عن حركتهم الفكرية ، حيث إن القرآن مليء بصيغ الإضمار، والحذف، والاختصار، والكناية، وأشباهاها، وهي تشكل ظواهر بلاغية ، أدرك العرب حلاوتها ، ووقفوا على دلائل إعجازها لمحاكاتها لسانهم ، قال تعالى في شأن من انحرف من بني إسرائيل (وأشربوا في قلوبهم

⁽¹⁾ الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (2621)، ج-3، ص 209 .

⁽²⁾ البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 133

⁽³⁾ الكرمي ، أقاويل الثقات ، ص 182-185 ، والإمام أحمد ، المسند ، ج 2 ، ص 330

(العجل) ⁽¹⁾، والمعنى حب العجل ، وقال فيما حكاه لسان إخوة يوسف (واسأل القرية)
(2) ، يريد أهل القرية، ومثله في الكلام كثير ⁽³⁾.

فالنبي ﷺ حين يقول (إن العبد إذا صلى فإنما يناجي ربه ، وإن ربه فيما بينه وبين قبلته) ، وفي رواية (فإن الله تعالى قبل وجهه) ⁽⁴⁾ ، فإنه يريد الإشارة إلى معنى أن ثواب الله ينزل على المصلي من قبل وجهه ، ومن قبل قبلته ، وهذا التفسير على تقدير محذوف وهو من الأساليب الشائعة في خطاب العرب ، ويؤكد هذا المعنى مجيء رواية عن أبي ذر تنص على تنزل الرحمة قبل وجه المصلي ، قال رسول الله ﷺ (إذا قام أحدكم إلى الصلاة فإن الرحمة تواجهه) ⁽⁵⁾ ومثل هذا النسق قوله ﷺ (اقرأوا القرآن فإنه يأتي يوم القيامة شفيعاً لأصحابه) ⁽⁶⁾ أي يجيء ثواب قراءته ⁽⁷⁾، وهو محل اتفاق بين أهل السنة ، إذ القرآن كلام الله صفته في الأزل ، قديم ليس بمخلوق .

ووفق منهج الإمام البيهقي في تأويل النصوص الذاتية متى دخلت في سياق أصل من الأصول الأربعة المتقدمة ، فإن القاعدة المحكمة التي يبنى عليها هذا التأويل إلى جانب مسوغات اللغة واقتضائها ، هي نفي المثل ، والمثال ، لله تعالى، المستفاد من قوله تعالى (ليس كمثله شيء وهو السميع البصير) ، أما في الروايات الحديثية فإن ثمة قاعدة أخرى مضافة وهي أننا بهذا التأويل الذي يوجه إليه سياق الكلام ، إنما نسير سيراً وسطاً بين من أنكر هذه الأحاديث على صحتها لعل إفادتها التشبيه المحال بحق المولى سبحانه ، وبين من اتخذها مستنداً لإثبات ظواهرها وتحقيقها وفق المتبادر ، وهو تشبيهه .

(1) سورة البقرة ، الآية 93

(2) سورة يوسف ، الآية 82

(3) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 466

(4) سبق تخريجه

(5) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 466

(6) مسلم، الصحيح، باب فضل قراءة القرآن وسورة البقرة، رقم (252) .

(7) البيهقي ، الأسماء والصفات – ص 466-467

يذكر البيهقي أن الزمان قد صار أهله حزبين : منكر لما يروى من نوع هذه الأحاديث رأساً، ومكذبا به أصلاً ، وهم الجهمية وأصناف القدرية والمعتزلة المجترئة على رد أخبار الرسول ﷺ بالمزيف من المعقول ، وفي ذلك تكذيب العلماء الذين رووا هذه الأحاديث ، وهم أئمة الدين ونقله السنن ، والواسطة بيننا وبين رسول الله ﷺ ، والحزب الآخر – وهم مثبتة الأثرية - مسلم للرواية في هذه الأحاديث ، ذاهب في تحقيق الظاهر منها مذهباً يكاد يفضي بهم إلى القول بالتشبيه ونحن نرغب عن الأمرين معاً ، ولا نرضى بواحد منهما مذهباً ، فيحق علينا أن نطلب لما يرد من هذه الأحاديث إذا صحت من طريق النقل والسند تأويلاً يخرج على معاني أصول الدين ، ومذاهب العلماء ، ولا نبطل الرواية فيها أصلاً ، إذا كانت طرقها مرضية ، ونقلتها عدولاً ⁽¹⁾ ، ويسقط بذلك دعوى ردّ النصوص الصحيحة لشبهة إفادتها التشبيه ، كما تسقط دعوى التشبيه ، عندما نحمل ما ورد فيها من ألفاظ ذاتية على سعة اللغة ، وكلام العرب ، وعلى قواعد التنزيه المحكمة.

فالتزام مقام التنزيه ، ومقام الرواية عن رسول الله ﷺ بطريق الثقات الأثبات ، هو الذي يحتم السير بهذه النصوص إلى جانب التقديس الذي يدور في سياق إظهار المعاني الكمالية القائمة بالله تعالى ، ويبتعد عن تحقيق النعوت الذاتية ، وليس في ذلك أدنى اجتراء ، فقد روى البخاري في خلق أفعال العباد قول النبي ﷺ (ولا يدخل في المتشابهات إلا ما بين له) ⁽²⁾ ، أي من أهل العلم المشهود لهم ، ليدفعوا بذلك شبه التشبيه كما يدفعوا شبه التعطيل .

المبحث الرابع : منهج تفويض النصوص الذاتية وركائزه عند الإمام البيهقي .

المطلب الأول : التفويض كما يقدمه البيهقي

وماعدا الألفاظ الذاتية الداخلة في سياق الأصول الأربعة الآنف الذكر ، فإن ما ورد منها في باقي النصوص الذاتية القطعية الثبوت إنما يفوض ولا يؤول ، كما لا يثبت مع تحقيق ظاهره ، والتفويض هنا يعني إضافة ما ورد مضافاً لفظاً ، دون

(1) المصدر السابق ، ص 350-351-458

(2) البخاري، خلق أفعال العباد ، عقائد السلف ، ص 154

الوقوف على معنى اللفظ المضاف مجرداً ، أو تكييفه ، أو الزيادة على مطلق قراءته ، وإنما يؤخذ ما يفيد من المعنى من خلال السياق ، الذي يبقى يؤكد أن الظاهر المعهود للفظ غير مراد وتحقيقه وفق الظاهر المتبادر غير مأثور .

وفي حق هذه النصوص الذاتية ، التي لا ترد على أصول التأويل الأربعة ، مع ثبوتها بطريق التواتر ، يأتي حديث النبي ﷺ الذي ترويه السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: تلا رسول الله ﷺ قوله تعالى، "هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات ، فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله ..." الآية ، ثم قال ، (إذا رأيتم الذين يتبعون ما تشابه منه فأولئك الذين سمى الله عز وجل فاحذروهم)⁽¹⁾ ، حيث مسوغات التأويل في هذه النصوص مرفوعة، ومسالك التشبيه عنها منفية، مع تيسر وترجح وكل العلم بها إلى قائلها، فهل يبقى مع الخوض في المتشابه بعد ذلك سوى الزيغ والهوى ؟!

ففي الاستواء على العرش، المضاف إلى الرحمن في قوله تعالى (الرحمن على العرش استوى)⁽²⁾، والمضاف إلى الرب تعالى، في قول القرآن (إن ربكم الله الذي خلق السموات والأرض في ستة أيام ثم استوى على العرش)⁽³⁾، والذي يرد على معانٍ متشابهة متقابلة وصل بها بعضهم بحسب حروف التعدية إلى خمسة عشر معنى⁽⁴⁾، نجد الإمام البيهقي يقول: فالمتقدمون من أصحابنا رضي الله عنهم، كانوا لا يفسرون ولا يتكلمون فيه، فقد روينا من طريق إلى الأوزاعي، يقول: كنا والتابعون متوافرون نقول: إن الله تعالى ذكره فوق عرشه، ونؤمن بما وردت السنة به من صفاته جل وعلا⁽⁵⁾، وقد أوضح سفيان بن عيينة هذا الإيمان بقوله ، كل ما وصف الله تعالى به نفسه في كتابه فتفسيره تلاوته ، والسكوت عليه⁽⁶⁾ ، كما زجر الإمام مالك بن أنس من سأل عن الرحمن كيف استوى ، وقال الاستواء غير مجهول ، والكيف غير معقول ، والإيمان به واجب والسؤال عنه بدعة ، ومثله ورد

(1) الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم(3152)، ج4، ص22 . وانظر : البيهقي ، الأسماء

والصفات، ص 456-457

(2) سورة طه ، الآية 5

(3) سورة الأعراف ، الآية 54 ، وسورة يونس ، الآية 3

(4) ابن العربي ، أبوبكر ، العواصم والقواصم ، ص

(5) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 408

(6) المصدر نفسه ، ص 409

عن ربيعة الرأي المتوفى (136) هـ، شيخ الإمام مالك⁽¹⁾، يقول البيهقي، والآثار عن السلف في مثل هذا كثيرة، وهو مذهب الإمام الشافعي، والإمام أحمد بن حنبل، وأبي سليمان الخطابي، أنه سبحانه استوى بلا كيف كما أخبر⁽²⁾.

أما عامة المتأخرين من المحدثين أمثال الإمام الدارقطني، المتوفى (385) هـ، وهبة الله اللالكائي، المتوفى (418) هـ، وأبي عثمان الصابوني، المتوفى (449) هـ، ومعهم المتقدمون من المتكلمين، أمثال الإمام أبي الحسن علي بن محمد بن مهدي الطبري تلميذ أبي الحسن الأشعري، المتوفى (380) هـ، وأبي بكر بن فورك، المتوفى (406) هـ، فإنهم يرون أن استوى، بمعنى علا علواً مطلقاً فوق العرش، وأن الاستواء بهذا المعنى، يأتي في نسق مع الفوقية المشار إليها في قوله تعالى (وهو القاهر فوق عباده)⁽³⁾، وقوله (أمنتم من في السماء)⁽⁴⁾ وقوله ﷺ (ألا تأمنوني، وأنا أمين من في السماء، يأتيني خبر السماء صباحاً ومساءً)⁽⁵⁾، (ففي هنا بمعنى (على)، أي على العرش فوق السماء⁽⁶⁾).

ويوضح البيهقي، الذي لم يخف ميوله إلى هذا القول، حقيقة العلو المطلق والفوقية المطلقة بقوله، والقديم سبحانه عالٍ على عرشه، لا قاعد، ولا قائم، ولا مماس، ولا مباين عن العرش مباينة الذات التي هي بمعنى الاعتزال أو التباعد، لأن المماسية، والمباينة، والقيام، والعود، من أوصاف الأجسام، والله عز وجل أحد صمد لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد، فلا يجوز عليه مايجوز على الأجسام تبارك وتعالى⁽⁷⁾.

ففني المماسية للعرش، أو المباينة، أو المقابلة له، يؤكد معنى العلو المطلق وأنه ليس علواً حسياً أو مادياً، وإنما هو علو محيط من كل وجه ليس بمتناه، ووفق

(1) المصدر نفسه، ص 408-409

(2) المصدر نفسه، ص 409-410

(3) سورة الأنعام، الآية 61

(4) سورة الملك، الآية 16-17

(5) البخاري، الجامع الصحيح، باب بعث علي بن أبي طالب وخالد بن الوليد إلى اليمن، رقم (4094)، ومسلم، الصحيح، باب ذكر الخوارج وصفاتهم، رقم (1064).

(6) البيهقي، الأسماء والصفات، ص 410-415-421

(7) المصدر نفسه، ص 410-411

القاعدة العقلية المحكمة ، فإن المتناهي لا يقابل ، أو يوازي ، أو يباين بحال ، اللامتناهي ، فالعرش الذي هو أعظم من الكرسي ، التي هي بدورها أعظم من السموات بكل طباقها وطرائقها ، ومن الأرضين بكل امتداداتها ⁽¹⁾ ، يبقى مع عظمته مخلوقاً متناهياً ، فكيف له أن يقابل أو يحدّ الخالق اللا متناهي ؟!

حكى الأستاذ أبوبكر بن فورك، أن استوى بمعنى علا، ولا يريد بذلك علواً بالمسافة والتحيز والكون في مكان متمكناً فيه ، ولكن يريد معنى قول الله عز وجل (أأنتم من في السماء) ، أي من فوقها على معنى نفى الحدّ عنه - وكذلك الجهة إذ هو علو مطلق - وأنه علو ليس مما يحويه طبق ، أو يحيط به قطر ، فقد وصف الله سبحانه وتعالى بذلك ذاته وفق طريقة الخبر ، فلا نتعدى ما ورد به الخبر ⁽²⁾ .

يقول الإمام البيهقي ، وعلى هذا فالاستواء من صفات الذات ⁽³⁾ ، وليس من صفات الأفعال ، فقد قال تعالى مقدساً ذاته (وهو العلي العظيم) ⁽⁴⁾ ، وقال (وكان الله بكل شيء محيطاً) ⁽⁵⁾ .

ومن صفات الذات التي تفوض عند البيهقي أيضاً، الوجه، فهو يقول، ونشبت الوجه صفة لا من حيث الصورة لورود خبر الصادق به ، قال الله عز وجل (ويبقى وجه ربك ذو الجلال والإكرام) ⁽⁶⁾ ، وقال (كل شيء هالك إلا وجهه) ⁽⁷⁾ ، وفي الحديث عند الإمام البخاري ، من طريق جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، أنه لما نزل على رسول الله ﷺ (قل هو القادر على أن يبعث عليكم عذاباً من فوقكم) قال ، (أعوذ

(1) وقد أكد هذا الأمر حديث أبي ذر ، الذي جاء فيه ، قال رسول الله ﷺ (يا أبازر ما السموات السبع في الكرسي ، إلا كحلقة ملقاة في أرض فلاة ، وفضل العرش على الكرسي كفضل الفلاة على الحلقة) وهو حديث بطرقه ومتابعاته وشواهد حسن ، وقد استوفى ذكرها أبو الشيخ الأصبهاني ، في كتاب العظمة ، ص 108 ، حديث رقم (208) و ص 115 حديث رقم (220) ورقم (222) و ص 127 حديث رقم (254) وص 131 حديث (261) ، حيث في بعض طرق هذا الحديث زيادة (وما جميع ذلك ، أي العرش والكرسي والسموات والأرض ، في قبضة الله عز وجل ، إلا كالحبة وأصغر من الحبة في كف أحدكم) وفي هذه الزيادة من التصوير الفني ما يفيد أن علو الله تعالى كما وجدوه ، محيط بالكون من كل وجه ، بلا حدّ ولا جهة ولا تناءٍ ، وهذا هو معنى الإطلاق

(2) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 411

(3) المصدر نفسه .

(4) سورة الشورى ، الآية 4

(5) سورة النساء ، الآية 126

(6) سورة الرحمن ، الآية 27

(7) سورة القصص ، الآية 88

بوجهك)، (أو من تحت أرجلكم) ، قال ، (أعوذ بوجهك) ، (أو يلبسكم شيئاً ويذيق بعضكم بأس بعض) ، قال (هاتان أهون وأيسر)⁽¹⁾ .

كما يثبت البيهقي العين صفة لا من حيث الحدقة ، لقوله تعالى (ولتصنع على عيني)⁽²⁾ ، وقوله (واصنع الفلك بأعيننا)⁽³⁾، يقول ومن أصحابنا من حمل العين المذكورة في الكتاب على الرؤية ، بمعنى ولتصنع بمرأى منى ، واصنع الفلك بمرأى منا ، وعلى هذا تكون العين من صفات الذات ، وهي صفة واحدة ، أما الجمع فيها فهو يأتي على معنى التعظيم ، وهو شائع في الخطاب ، ومن أصحابنا من حمل العين على الحفظ والكلاءة ، فقوله (تجري بأعيننا)⁽⁴⁾، أي بحفظنا و كلاءتنا ، وزعم أنها من صفات الفعل ، يعقب البيهقي ، والذي يدل عليه ظاهر الكتاب من إثبات العين له صفة لا من حيث الحدقة أولى ، وبالله التوفيق ، فقد روينا من طريق إلى الإمام سفيان بن عيينة يقول ، ما وصف الله تبارك وتعالى به نفسه في كتابه ، فقراءته تفسيره ليس لأحد أن يفسره بالعربية ولا بالفارسية⁽⁵⁾ . وهذا لا يلغي مطلقاً وفق منهج الامام البيهقي معاني ، الرؤية والحفظ والكلاءة ، التي تبقى معاني مؤكدة من خلال السياق وفق أصول الفهم العملي لعصر السلف .

ومثل ذلك اليد ، فهي وإن وردت مضافة في كثير من نصوص الكتاب والسنة ، ضمن سياق يوجب تأويلها ، إلا أنها في مواضع أخرى ترد في سياق يؤكد كونها صفة لا من حيث الجارحة ، كقوله تعالى (يا إبليس ما منعك أن تسجد لما خلقت بيدي)⁽⁶⁾ ، وفي حديث الشفاعة أن الناس يأتون آدم في المحشر ، فيقولون (يا آدم أنت أبو البشر ، خلقك الله تعالى بيده ، ونفخ فيك من روحه ، وعلمك أسماء كل

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 301- 302 .

(2) سورة طه ، الآية 39

(3) سورة هود ، الآية 37

(4) سورة القمر ، الآية 14

(5) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 312-314

(6) سورة ص ، الآية 75

شيء، اشفع لنا إلى ربك (1)، ففي هذين الموضعين كما يقول البيهقي، لا يجوز أن تحمل اليد على الجارحة، لأن الباري جل جلاله واحد، لا يجوز عليه التبعض، ولا على القوة والقدرة، لأن الاشتراك حينئذ يقع بين ولي الله آدم، وعدوه إبليس، فيبطل ما ذكر من تفضيله عليه لبطلان معنى التخصيص، فلم يبق إلا أن تحمل على صفة تعلقت بخلق آدم تشريعاً له، دون خلق إبليس، تعلق القدرة بالمقدور لا من طريق المباشرة، ولا من حيث المماسية، وقد روينا ذكر اليد في أخبار آخر، إلا أن سياقها يدل على أن المراد بها الملك أو القدرة أو الرحمة أو النعمة، أو جرى ذكرها صلة في الكلام، فأما فيما قدمنا ذكره، فإنه يوجب التفضيل، والتفضيل إنما يحصل بالتخصيص، فلم يجز حملها فيه على غير الصفة، وكذلك في كل موضع جرى ذكرها على طريق التخصيص، فإنه يقتضى تعلق الصفة، التي تسمى بالسمع يداً، بالكائن فيما خص بذكر ما فيه، تعلق الصفة بمقتضاها (2).

والبيهقي هنا يقدم محددات مهمة تزيد منهجه في التفويض وضوحاً، فهو لا يعتبر اليد جارحة، ولا يقيم علاقة تبعض بينها وبين الذات الإلهية المقدسة، التي هي واحدة من كل وجه، ولا يثبت صلة مادية بينها وبين الأشياء، تفضي إلى مسيس ومباشرة، وإنما هي صفة، سميت بنص الخبر ودليل السمع يداً، فنسميها كما وردت ونثبت تعلقها بالمذكور معها، تعلق الصفة بمقتضاها من غير جارحة، وبذلك نقر إضافة اللفظ الذاتي، ونمنع تحقيق معناه وفق الظاهر المتبادر كما نمنع تكيفه، أو تحديد كنهه، أما ما يفيد اللفظ من دلالة خاصة، فيبقى الوقوف عليها من خلال السياق العام للنص.

وبالنسبة لنصوص اليد الأخرى، التي يقضي السياق تأويلها، يذكر البيهقي ما رواه النبي عن ربه، قال الله عز وجل (يؤذني ابن آدم بسب الدهر وأنا الدهر، بيدي

(1) البخاري، الجامع الصحيح، باب ذرية من حملنا مع نوح إنه كان عبداً شكوراً، رقم (4435).

(2) البيهقي، الأسماء والصفات، ص 319-320.

الأمر، أقلب الليل والنهار⁽¹⁾، أي بقدرتي وملكي ، وقوله ﷺ (إن الله يبسط يده بالليل ليتوب مسيء النهار، وبالنهار ليتوب مسيء الليل ، حتى تطلع الشمس من مغربها) ⁽²⁾ فهي هنا بمعنى الرحمة ، وكذلك قوله تعالى (يد الله فوق أيديهم)⁽³⁾، وقوله ﷺ (يد الله مع الجماعة)، أي فوقهم ومعهم بالتأييد والنصرة، يريد تعظيم أمر البيعة، وأمر الجماعة⁽⁴⁾.

أما ألفاظ المجيء ، والإتيان ، والنزول ، المضافة إلى المولى سبحانه ، في قوله تعالى (وجاء ربك والملك صفاً صفاً) ⁽⁵⁾، وقوله (هل ينظرون إلا أن يأتيهم الله في ظلل من الغمام والملائكة وقضي الأمر) ⁽⁶⁾، وقوله ﷺ فيما اشتهر عنه من الحديث (ينزل الله عز وجل كل ليلة إلى السماء الدنيا حين يبقى ثلث الليل الأخير ، فيقول من يدعوني فأستجيب له ؟ من يسألني فأعطيه ؟ من يستغفرني فأغفر له ؟) ⁽⁷⁾، فنجد الإمام البيهقي يقدم فيها قول أبي الحسن الأشعري ، أن المجيء واللاتيان إنما يكونان يوم القيامة ، على معنى أن الله تعالى، يحدث فيه فعلاً يسمى مجيئاً وإتياناً ، لا بأن يتحرك أو ينتقل ، فإن الحركة ، والسكون ، والاستقرار ، من صفات الأجسام، والله تعالى أحد صمد ليس كمثله شيء ، وهو كقوله عز وجل (فأتى الله بنيانهم من القواعد ، فخر عليهم السقف من فوقهم)⁽⁸⁾، فلم يرد به إتياناً من حيث النقلة ، وإنما أراد إحداث الفعل الذي به خرب بنيانهم وخرَّ عليهم السقف من فوقهم،

(1) الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (2212)، ج3، ص25 .

(2) الحميدي، الجمع بين الصحيحين، رقم (489)، ج1، ص193 .

(3) سورة الفتح ، الآية 10

(4) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 321-323 ، والحديث في، الترمذي، السنن، رقم (2166).

(5) سورة الفجر – الآية 22

(6) سورة البقرة ، الآية 210

(7) النسائي، السنن الكبرى، رقم (7768)، ج 4، ص420 .

(8) سورة النحل ، الآية 26

فسمى ذلك الفعل إتياناً ، وكذلك القول في أخبار النزول ، أن الله سبحانه يحدث فعلاً في السماء يسميه نزولاً بلا حركة ولا نقلة ، تعالى الله عن صفات المخلوقين (1) .

ومع كون البيهقي يقدم ذكر قول أبي الحسن الأشعري هذا ، إلا أنه يعود فيرجح التزام جانب التفويض في هذه الألفاظ ، ويعتبرها صفات بلا كيف ، لا على معنى الحركة والانتقال ، والأعراض التي تعتري الأجسام ، فهو يروي عن جماعة من أئمة السلف تفويض هذه الألفاظ، حيث نقل عن الإمامين ابن شهاب الزهري المتوفى (124) هـ ، ومكحول الدمشقي المتوفى (113) هـ ، قولهما ، أمضوا الأحاديث ، أي في الصفات ، على ما جاءت ، وعن الأئمة ، عبدالرحمن الأوزاعي المتوفى (157) هـ ، ومالك بن أنس المتوفى (179) هـ ، وسفيان الثوري المتوفى (161) هـ ، والليث بن سعد المتوفى (175) هـ ، قولهم، أمروا هذه الأحاديث كما جاءت بلا كيفية ، وعن الإمام عبدالله بن مبارك المتوفى (181) هـ ، حين سئل كيف ينزل ؟ ، قال ينزل كما يشاء (2) .

ويؤكد البيهقي حقيقة التفويض في هذه الصفات ، بما ينقله عن الإمام أبي سليمان الخطابي ، يقول ، ولا يصح أن نقيس الأمور في ذلك بما نشاهده من النزول ، الذي هو نزلة من أعلى إلى أسفل ، وانتقال من فوق إلى تحت ، فهذا صفة الأجسام ، والأشباح ، فأما نزول من لا تستولي عليه صفات الأجسام ، فإن هذه المعاني غير متوهمة فيه ، وإنما هو نزول يخبر عن قدرته ، ورأفته بعباده ، وعطفه عليهم ، واستجابته دعاءهم ، ومغفرته لهم ، [من دون تجاوز اللفظ المضاف] ، فربنا جل وعز يفعل ما يشاء ، لا يتوجه على صفاته كيفية ، ولا على أفعاله كمية ، سبحانه ليس كمثله شيء وهو السميع البصير (3) .

(1) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 448-449

(2) المصدر نفسه ، ص 453

(3) المصدر نفسه ، ص 453-454

وكذلك مجيئه وإتيانه يخبران عن أمره من دون تجاوز للفظ المضاف ، الذي يبقى صفة مضافة بلا تحقيق للمعنى الظاهر، ولا كيف بالنظر إلى ذاته ، وإنما المعنى يؤخذ من سياق الكلام، فصفة النزول في سياقها ، تخبر عن الرحمة ، أو الرأفة ، أو المغفرة ، وهي صفات إحسان، وصفنا المجيء والإتيان، في سياقهما إنما تخبران عن الأمر، وهو صفة جلال .

يقول البيهقي ، فالمجيء والنزول ، صفتان منفيتان عن الله تعالى من طريق الحركة والانتقال من حال إلى حال ، بل هما صفتان من صفات الله تعالى بلا تشبيهه، جل الله تعالى عما يقول المعطلة لصفاته والمشبهة بها علواً كبيراً ، وقد زل بعض شيوخ أهل الحديث – من مثبثة الأثرية - ، فحاد عن هذه الطريقة حين روى حديث النزول ، ثم أقبل على نفسه ، فقال ، إن قال قائل كيف ينزل ربنا إلى السماء ؟ ، قيل له ينزل كيف يشاء ، فإن قال : هل يتحرك إذا نزل ؟ قيل إن شاء يتحرك وإن شاء لم يتحرك ، وهذا خطأ فاحش عظيم ، فالله تعالى لا يوصف بالحركة ، لأن الحركة والسكون يتعاقبان في محل واحد ، وإنما يجوز أن يوصف بالحركة من يجوز أن يوصف بالسكون ، وكلاهما من أعراض الحدث وأوصاف المخلوقين ، والله تبارك وتعالى متعالٍ عنهما ، ليس كمثله شيء ، فلو جرى هذا الشيخ على طريقة السلف الصالح في التفويض ، ولم يدخل نفسه فيما لا يعنيه، لم يكن يخرج به القول إلى مثل هذا الخطأ الفاحش ⁽¹⁾.

المطلب الثاني : ركائز منهج التفويض لدى البيهقي

ووفق ما قدمه الإمام البيهقي هنا من بيان بشأن تفويض الألفاظ الذاتية المضافة، فإن منهجه في التفويض بات يبنى على جملة ركائز ، نجملها فيما يأتي :

⁽¹⁾ المصدر نفسه ، ص 454-456

(1) أن يرد اللفظ الذاتي المضاف بنص قرآني ، أو بنص من نصوص السنة القطعية الثبوت ، مع عدم وجود موجب للتأويل على نحو ما رأينا في قوله تعالى (لما خلقت بيدي) .

(2) أن تفويض اللفظ الذاتي ، يقابله تنزيه للذات الإلهية ، عن لوازمه ، وفق المعهود ظاهراً ، من الأجزاء والأبعاد ، والهيئات ، والأعراض ، وقد قرر البيهقي ذلك بقوله، أما المتقدمون من السلف ، فإنهم لم يفسروا شيئاً من هذه الألفاظ، مع اعتقادهم بأجمعهم أن الله تبارك وتعالى واحد ، لا يجوز عليه التبعية (1) سبحانه ليس كمثله شيء .

(3) أن تفويض اللفظ الذاتي ، لا يقصد به أكثر من إضافة اللفظ كما ورد ، والقول به صفة بلا كيف ، من دون تحقيق معناه وفق الظاهر ، ولو كان ذلك التحقيق مع نفي الكيفية ، وذلك لأمرين ، أولهما : أن هذا النوع من التحقيق بدعة لم يؤثر عن أحد من السلف القول به ، وثانيهما : أن تحقيق معنى اللفظ وفق الظاهر يورد موارد التشبيه ، ولو مع نفي الكيفية ، إذ إنه يدفع باتجاه إقامة علاقة جزئية مع سواه من الألفاظ في سياق الحديث عن الذات الإلهية ، مع أنها ذات واحدة من كل وجه وليست بمتحدة، ولا يتحقق وجودها من خلال قانون التركيب ، الذي هو سمة مشتركة تميز وجود جميع المخلوقات ، فالبيهقي يورد عن أبي عبيد القاسم بن سلام المتوفى (224) هـ ، أحد أئمة أهل العلم من السلف قوله ، أما نحن فنروى هذه الأحاديث في الصفات ، ولا نريغ لها المعاني (2) ، وإنما نثبت اللفظ كما ورد ونفوض معناه وكيفيته، وقد أكد الإمام زين الدين الكرعي الحنبلي في أقاويل الثقات ذلك بقوله : وجمهور أهل السنة من السلف وأهل الحديث ، على الإيمان بها، أي بهذه الألفاظ ، وتفويض معناها المراد منها إلى الله تعالى ، ولا نفسرها ، مع تنزيهنا

(1) المصدر نفسه ، ص 330

(2) المصدر نفسه ، ص 350 ، وقوله لا نريغ، أي لا نطلب .

للمولى سبحانه عن حقيقتها الظاهرة⁽¹⁾، على هذا يحمل قول أئمة السلف ، كل ما وصف الله به نفسه في كتابه ، فتفسيره قراءته والسكوت عنه ، ليس لأحد أن يفسره إلا الله ورسوله⁽²⁾، لا أن يحمل قولهم ، فتفسيره قراءته ، على إجرائه وفق الظاهر المعهود حقيقة بلا كيف ، فبلا كيف عندها ، لا تنفي أكثر من اتحاد كنه الصفات الذاتية ، مع كنه صفات الخلق ، دون أن تنفي اتحاد حقيقة قيامها بالذات ، ووصف علاقتها بها .

(4) إن التفويض بهذا النسق لا يعني مطلقاً تعطيل اللفظ الذاتي المضاف ولا إبطال معناه حيث إن تفويض معنى اللفظ الذاتي إنما يكون باعتبار النظر إليه مجرداً ، أما متى وضع في سياقه ، فإن دلالاته وإفادته تبقى ظاهرة من خلال هذا السياق ، وهذا ما يمكن تسميته بالفهم العملي لنصوص وألفاظ الذات ، يقول البيهقي ، أما المتقدمون الذين لم يشتغلوا بتأويل ألفاظ الذات ، وأمرؤها كما جاءت، إنما فهموا منها ما سيقّت لأجله من إظهار قدرة الله تعالى وعظم شأنه⁽³⁾ .

*الخاتمة

وخلاصة القول، أن الإمام البيهقي يقرر أربعة أصول لتأويل النصوص الذاتية، هي وفق الآتي :

(1) أن يأتي اللفظ الذاتي المضاف ، بطريق الخبر الواحد ، وليس له معضد في نص آخر قطعي الثبوت ، وذلك لاحتمال أن يحدث الراوي بالمعنى ، على نحو ما فهم ، مع إمكان الخطأ في الفهم ، أو يحدث عن أهل الكتاب دون تبصر .

(1) الكرمي ، أقاويل الثقات ، ص 60

(2) المصدر نفسه ، ص 62

(3) البيهقي ، الأسماء والصفات ، ص 335

(2) أن يأتي اللفظ الذاتي المضاف ، على صورة وصف ذاتي لصفة ذاتية ثابتة ، على نحو ما رأينا في الألفاظ الذاتية المضافة إلى اليد إذ في اعتبارها صفات وفق الظاهر ، مع عدم وجود المسوغ ، إمعان في التشبيه ، فإثبات الصفة الذاتية ، لا يوجب إثبات أوصافها لأنها ليست بجارحة ليتم قياسها على ما هو معهود في الشاهد.

(3) أن يكون اللفظ الذاتي المضاف فعلاً مضافاً ، أتى على صورة مشكلة لفعل الإنسان .

(4) أن يرد اللفظ الذاتي المضاف في سياق يقطع بوجوب توجيهه إلى غير ظاهره. ثم يقدم أربع ركائز لتفويض هذه النصوص، وهي :

- (1) أن يرد اللفظ الذاتي بنص قطعي، مع عدم وجود مسوغ للتأويل ولا موجب له.
- (2) أن التفويض بالضرورة يقابله تنزيه للذات الإلهية عن لوازم اللفظ الذاتي وفق المعهود ظاهراً .
- (3) أن تفويض اللفظ الذاتي لا يراد منه أكثر من إضافته كما ورد مضافاً، دون تحقيق معناه، أو تكييفه .
- (4) نفي ارتباط التفويض بالتعطيل، حيث إفادة اللفظ الذاتي للمعنى المراد تبقى ظاهرة من خلال سياق وروده .

فبالأصول الأربعة التي يقدمها البيهقي للتأويل، وبركائز التفويض الأربعة، يتضح منهجه في تأويل وتفويض ألفاظ الذات، وهو منهج سار عليه عامة المحدثين ومعهم متقدمو الأشاعرة ، أمثال أبي الحسن بن مهدي الطبري، وأبي بكر الإسماعيلي الجرجاني، وأبي بكر بن فورك، وأبي بكر بن الباقلاني، وأبي ذر الهروي، وسار عليه كبار محققهم لاحقاً، أمثال الإمام ابن دقيق العيد، الذي أقر

تأويل ما قرب في لسان العرب ، نحو قوله تعالى (على ما فرطت في جنب الله)
أي في حقه وما يجب له ، ولم يقر بتأويل ما بُعد ، كتأويل استوى بمعنى استولى⁽¹⁾،
وإنما استوى كما أخبر لا كاستواء البشر ، أو استوى بمعنى علا علواً مطلقاً
على نحو ما مرّ .

والله تعالى أعلم

⁽¹⁾ الكرمي ، أقاويل الثقات ، ص 60

قائمة المصادر والمراجع

- 1 الأزهرى، أبو منصور، تهذيب اللغة، (15ج)، تحقيق: إبراهيم الأنباري، القاهرة، الدار المصرية، 1966 .
- 2 الأصبهاني، أبو الشيخ، كتاب العظمة، تحقيق مصطفى عاشور، ومجدي إبراهيم، لا ط، القاهرة، مكتبة القرآن، لا ت
- 3 الأصفهاني، الراغب، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان الداودي، ط 1، دمشق، دار القلم، 1412 هـ .
- 4 البخاري، علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1974 .
- 5 البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، ط3، (6ج)، تحقيق: د. مصطفى البغا، بيروت، دار ابن كثير، 1987 .
- 6 البخاري، محمد بن إسماعيل، خلق أفعال العباد والرد على الجهمية وأصحاب التعطيل، عقائد السلف، تحقيق: د. علي سامي النشار، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1971 .
- 7 البغدادى، القاضي عبد الوهاب، شرح عقيدة أبي زيد القيرواني، ط1، تحقيق أد. أحمد نور سيف، دبي، دار البحوث، 2004 .
- 8 البيهقي، أحمد بن الحسين، كتاب الأسماء والصفات، بيروت، دار إحياء التراث العربي، لا ت .
- 9 البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ط1، حيدر آباد، دائرة المعارف النظامية، 1344هـ
- 10 الترمذي، محمد عيسى، السنن، (5ج)، تحقيق: أحمد شاكر، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- 11 التهانوي، محمد علي، كشاف اصطلاحات الفنون، بلاط، (3ج)، بيروت، دار صادر، بلا ت .
- 12 الجرجاني، الشريف علي، كتاب التعريفات، ط1، تحقيق: محمد المرعشلي، بيروت، دار النفائس، 2003 .
- 13 الجصاص، أحمد بن علي، الفصول في الأصول، ط1، (3ج)، تحقيق: د. عجيل النشمي، الكويت، وزارة الأوقاف، 1985 .
- 14 ابن الجوزي، عبد الرحمن، دفع شبهة التشبيه، تحقيق: محمد زاهد الكوثري، القاهرة، المكتبة التوفيقية، لا ت .
- 15 الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله، المستدرک على الصحيحين، (4ج)، بيروت، دار الفكر، 1978
- 16 ابن حنبل، أحمد، المسند، (6ج)، القاهرة، مؤسسة قرطبة .
- 17 الحصني، أبو بكر، دفع شبه من شبه وتمرد ونسب ذلك إلى الإمام أحمد، القاهرة، المكتبة التوفيقية، لا ت .
- 18 الحميدي، محمد، الجمع بين الصحيحين، ط2، (4ج)، تحقيق: د. علي البواب، بيروت، دار ابن حزم، 2002 .
- 19 ابن خزيمة، أبو بكر، كتاب التوحيد وإثبات صفات الرب عزوجل، تحقيق: خليل هراس، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983 .
- 20 الخطابي، أبو سليمان، معالم السنن، تحقيق محمد الطباخ، حلب، المطبعة العلمية، 1932.
- 21 الدينوري، ابن قتيبة، تأويل مختلف الحديث، بيروت، دار الكتاب العربي، لا ت .
- 22 الدينوري، ابن قتيبة، تأويل مشكل القرآن، ط3، تحقيق: أحمد صقر، بيروت، دار الكتب العلمية، 1981 .

- 23 ابن أبي شيبه، أبو بكر، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق محمد شاهين، 15م، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005 .
- 24 الصابوني، أبو عثمان، عقيدة السلف وأصحاب الحديث، تحقيق د. ناصر الجديع، ط1، الرياض، دار العاصمة، 1415هـ .
- 25 الصنعاني، عبد الرزاق، المصنف، ط2، (11ج)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت، المكتب الإسلامي، 14.3هـ .
- 26 الطبراني، أبو القاسم، المعجم الكبير، تحقيق حمدي السلفي، 20 م، ط2، الموصل، مكتبة العلوم والحكم، 1983 .
- 27 الطبري، ابن جرير، جامع البيان عن تأويل القرآن، تحقيق: محمود شاكر، القاهرة، دار المعارف، 1958 .
- 28 ابن العربي، أبو بكر، العواصم من القواصم، تحقيق محب الدين الخطيب ومحمد الاستانبولي، ط2، بيروت، دار الجيل، 1987 .
- 29 ابن قيم الجوزية، أبو بكر، اجتماع الجيوش الإسلامية في غزو المعطلة والجهمية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1984 .
- 30 الغزالي، أبو حامد، الاقتصاد في الاعتقاد، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983
- 31 الغزالي، أبو حامد، إجماع العوام عن علم الكلام، مصر، مكتبة الجندي، لات .
- 32 ابن فارس، أحمد مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، القاهرة، 1366هـ .
- 33 القاري، الملا علي، منح الروض الأزهر في شرح الفقه الأكبر، تحقيق وهبي سليمان غاوجي، ط1، بيروت، دار البشائر، 1998 .
- 34 الكرمي، زين الدين، أقاويل الثقات في تأويل الأسماء والصفات والآيات المحكمات والمشبهات، تحقيق شعيب الأرناؤوط، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1985 .
- 35 اللالكائي، هبة الله، شرح اعتقاد أهل السنة والجماعة، ط2، (9ج)، تحقيق: د. أحمد الغامدي، السعودية، دار طيبة، 1994 .
- 36 الماتريدي، أبو منصور، تأويلات أهل السنة (تفسير الماتريدي)، ط1، (10ج)، تحقيق: مجدي باسلوم، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005 .
- 37 مسلم بن الحجاج، أبو الحسين القشيري، الصحيح، (5ج)، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، لات .
- 38 ابن منظور، لسان العرب، ط3، (15ج)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بلات.
- 39 الميداني، عبد الغني، شرح العقيدة الطحاوية، ط2، تحقيق: محمد الحافظ، و محمد المالح، دمشق، دار الفكر، 1982 .
- 40 النسائي، أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، ط1، (6ج)، تحقيق: د. عبد الغفار البنداري، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991 .
- 41 الهيثمي، نور الدين، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، (10ج)، بيروت، دار الفكر، 1992.
- 42 ابن الوزير، إيثار الحق على الخلق في رد الخلافات إلى المذهب الحق في أصول الدين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983 .
- 43 أبو يعلى، أحمد بن علي، المسند، ط1، (13ج)، تحقيق حسن أسد، دمشق، دار المأمون للتراث، 1984 .

الوساطة الإلكترونية في قانون البورصة الإماراتي

د. طارق بن عبد الحميد البكوش

أستاذ مساعد في القانون التجاري

بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

أستاذ مساعد سابقا بكلية الحقوق (جامعة سوسة – الجمهورية التونسية)

مقدمة عامة

لقد استأثرت البورصة في الآونة الأخيرة باهتمام الأفراد والجماعات من متعاملين وأصحاب قرار. ولا يعود هذا الاهتمام المفاجيء للدور الذي ما انفكت تقوم به منذ إنشائها بل أيضاً لطبيعتها كسوق منظمة تخضع لقوانين ولوائح وأنظمة وقرارات خاصة بها.

وتستمد البورصة خصوصيتها من المال والسلع المتداولة بها، ومن صور التبادل وآلياته. ولعل الوساطة في مادة البورصة تعدّ من أهم سمات القانون البورصي إذ جعلها المشرع واجبة لجملة العمليات وعقود التداول¹³⁰.

وفي الحقيقة، تتعدى الوساطة مجرد عملية عادية مثلما هو الشأن في المعاملات المدنية، إذ أوجبها المشرع في معاملات البورصة كآلية وحيدة وحصريّة لإبرام عمليات التداول التي تبطل بدونها¹³¹.

وتعرف المادة الأولى من القرار رقم (1) لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بالوسطاء بكونها " العمل على إنجاز أوامر البيع أو الشراء التي يتلقاها الوسيط من العملاء " في حين عرفتها المادة (4) من نفس القرار بجملة أعمال "استمالة عملاء للتعامل في الأوراق المالية والسلع وأضافت شارحة " ويعد مستميلاً للعملاء كل من يسعى لمقابلة الأشخاص في الأماكن العامة أو في أماكن عملهم أو إقامتهم من وسائل الاتصال عارضاً شراء أو بيع أوراق أو سلع أو تقديم خدمات في هذا الشأن".

¹³⁰ انظر المادة 25 من القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2000 في شأن هيئة و سوق الامارات للأوراق المالية و السلع.

¹³¹ نصت المادة 24 ق. إ. رقم 4 لسنة 2000 على أنه: "يقع باطلا كل تعامل في الأوراق المالية المدرجة في السوق و لم يسجل وفقاً لاحكام هذا القانون و الانظمة و القرارات الصادرة له".

ولاشك أن عناية المشرع في سنة 2000 عند تعريفه للوساطة لم تتجه تحديداً للوساطة الإلكترونية وأن لم تستثنها صراحةً بدليل ما ورد في كونها يمكن أن تكون بأية وسيلة من وسائل الاتصال. ولا شك بأن الاتصال الإلكتروني أصبح وسيبقى أحد أهم الوسائل الحديثة للاتصال، ولا شك أيضاً أنه معني بنطاق مجال الوساطة كما حددته وعرفته المادة (4) من قرار الهيئة رقم (1) لسنة 2000 المشار إليه.

وشمول تعريف الوساطة على الوساطة الإلكترونية تفترضه طبيعة الوسائل المعتمدة في سوق البورصة التي أوجب المشرع أن تكون وسائل الكترونية، هذا بالإضافة إلى تأكيد المادة الرابعة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية على حياد الوسيلة الإلكترونية إذ نصت أنه " لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل الكتروني ". كما أكدت المادة 2/11 من نفس القانون، أن العقد¹³² " لا يفقد صحته أن قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر " بل واجازت المادة 1/12 أن يتم التعاقد، مثلما هو الحال في عمليات البورصة، عبر " وسائط الكترونية مؤتمنة... وحتى في حالة عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية أبرام العقد".

ولئن استثنت المادة 2-2-ج) من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 المشار إليه " السندات القابلة للتداول " من مجال قانون المعاملات الإلكترونية فإن هذا الاستثناء لم يعمر طويلاً، إذ صدر القرار رقم (67/ر) لسنة 2007، بتاريخ 2007/9/20¹³³ عن رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع بشأن نظام

¹³² يجب سحب عبارة العقد لتشمل التصرفات الانفرادية.

¹³³ أنظر القرار رقم (67/ر) لسنة 2007 بتاريخ 2007/9/20 بشأن نظام التداول عبر الانترنت مثبت في الملحق.

التداول عبر الإنترنت¹³⁴ يشير فيه صراحة في مستنداته إلى القانون رقم (1) لسنة 2006 .

وفي الحقيقة، يبدو أن "السندات القابلة للتداول" المشار إليها في المادة 2-2 (ج) المذكورة هي جملة الأوراق التجارية التي تكون قابلة للتداول بطريق التظهير (Effets de commerce). وبالتالي لا يعني هذا الاستثناء القيم المنقولة (Valeurs mobilières) أي الأسهم والسندات والصكوك المتداولة في سوق الأوراق المالية بدولة الإمارات العربية المتحدة¹³⁵.

ومهما يكن من أمر، فإن القرار رقم (67/ر) تجاوز هذه العقبة وأقر إمكانية التداول مباشرة عبر الانترنت، أي إمكانية أن تمارس الوساطة عن طريق الكتروني وعبر الانترنت مما يستدعي وجوب دراسة هذا الشكل المستحدث للوساطة وبيان خصوصيتها ووصفها القانوني (المبحث الثاني) بعد أن نكون قد أتينا على مستلزماتها أي على جملة معطياتها و شروطها القانونية (المبحث الأول).

¹³⁴ أنظر في القانون المقارن قرار الهيئة التونسية للسوق المالية رقم 13 (Decision n° 13 Générale du Conseil du Marché Financier n° 13 relative aux conditions de traitement des orders de bourse et aux normes minimales des registres tenus sur des supports informatiques (telle que modifiée par la Decision Générale du Conseil du Marché Financier en date du 28 janv. 2010).

¹³⁵ سوف نترك جانبا الإشكالات المتعلقة بالجهة القضائية المختصة و القانون الواجب التطبيق اذا ما صدرت أوامر التداول من وسيط أو مستثمر مقيم في دولة أجنبية. أنظر حول مجمل المسألة في قانون الاتحاد الأوروبي (باللغة الفرنسية): Vauthier (A.), "La fourniture de services et de produits financiers à l'heure d'internet et le consommateur: Aspects juridiques", Mémoire DESS, Paris II, sept. 2003, p. 85 et suiv; Laetitia Rolin Jaquemys & Thibault Verbiest, 'l'offre de services et de produits financiers sur internet', L'ASBL, Droits nouvelles technologies, 17 avril 2000, consultable sur : <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/13-1.pdf>, p.2 et suiv.

المبحث الأول

المُعْطَى: النظام القانوني للوساطة الإلكترونية

LE DONNÉ

نعرّف المعطى القانوني بجملة القواعد و الأنظمة المعتمدة في التشريع الاماراتي – بالمعنى الواسع- لتنظيم الوساطة الالكترونية في مجال البورصة. فالمعطى هو إذا جملة القواعد القانونية الموجودة، أي المكتسبة، و التي تهدف الى تنظيم عمليات تداول الأوراق المالية. فالمعطى على هذا المعنى هو النظام القانوني الذى أفردته المشرع لتأطير عمليات الوساطة الإلكترونية في سوق البورصة .

و يمكن مبدئياً دراسة هذا المعطى عبر جملة الالتزامات المتقابلة التي تستلزمها الوساطة الإلكترونية على الأطراف المعنية. و يتّجه بالتالي التمييز بين الالتزامات العامة (الفقرة الأولى) والالتزامات الخاصة (الفقرة الثانية) .

المطلب الأول

الالتزامات العامة

Les obligations générales

أوجب قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم 67/ر لسنة 2007 بشأن نظام التداول عبر الانترنت على الوسيط الالكتروني جملة من الالتزامات والواجبات التي يمكن تقسيمها إلى التزامات فنية (الفرع الأول)، والتزام عام بالإبلاغ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزامات الفنية

يتحمّل الوسيط جملة من الالتزامات متأتية من الطبيعة الخاصة للوساطة الإلكترونية فرضتها المتطلبات الفنية والإدارية للعمل تارة، و طبيعة عمل الوسيط كمتعامل داخل السوق، تارة أخرى.

ألزمت المادة 3- أولاً 1- من القرار رقم 67/ر لسنة 2007 أن: " يتوافر لدى الوسيط القدرات والإمكانات الفنية والإدارية لتقديم خدمة التداول عبر الإنترنت"، وأضافت الفقرة 2 من نفس المادة على وجوب توافر الكوادر البشرية المؤهلة لتشغيل نظم المعلومات وقواعد البيانات وحمايتها¹³⁶.

وفى الحقيقة، فإن القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2000 فى شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، الذي ألزم فى مادته 20، الأسواق بـ: " الربط الإلكتروني المتبادل على مستوى الدولة"¹³⁷ والذي أجاز إثبات الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب (انظر المادة 35)، لم يتعرض صراحة لمسألة الوساطة الإلكترونية. ويبدو أن أول تلميح للوساطة الإلكترونية، عن طريق الإيحاء، جاء صلب المادة الرابعة من القرار رقم 1 لسنة 2000 المشار إليه، الذي اعتبر أن كل من يستخدم الهاتف أو أية وسيلة

¹³⁶ انظر أيضاً المادة 19-5 من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بالوسطاء التي جاء فيها " يلتزم الوسيط بمسك دفاتر و سجلات تجارية أو استخدام أجهزة الحاسوب أو غيرها من أجهزة التقنية الحديثة وفقاً للمعايير المحاسبية الدولية (IFRS) ..."
¹³⁷ انظر أيضاً المادة 2-3 و 3-3 من قرار مجلس الوزراء رقم 11 لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بترخيص السوق والرقابة عليه التي أوجبت الربط الإلكتروني لأسواق الدولة (3-3) وتجهيز السوق بالأجهزة الإلكترونية اللازمة لمباشرة نشاطها إلكترونياً.
انظر أيضاً المواد:

6- من القرار رقم 2 لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية الذي أوجب التداول في الأوراق المالية من خلال " نظام التداول الإلكتروني".
13- من نفس القرار بخصوص القيود الإلكترونية المدونة في سجلات السوق
24- من نفس القرار التي توجب على الشركة المدرجة في السوق بتحديث سجل أسهم مساهميها وفقاً لنموذج إلكتروني متخصص لحفظ البيانات.
32- من القرار رقم 3 لهيئة الأوراق المالية والسلع لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بعمل السوق الذي ألزم السوق بتوفير نظام إلكتروني للتداول، أنظر أيضاً المادة 1-33 من نفس القرار الذي أوجب التداول في السوق " من خلال نظام تداول إلكتروني الذي توفره السوق وفقاً لأحكام التداول المنصوص عليها في القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة تنفيذاً له .
المادة 2 من القرار رقم 70 لسنة 2003 بشأن فتح قاعات التداول والذي أوجب ربط القاعة – قاعة التداول – بنظام ربط إلكتروني.

من وسائل الاتصال (لاستمالة العملاء) يُعدّ ضرباً من ضروب الوساطة¹³⁸. فعدم تقيد الوساطة بوسيلة معينة لاستمالة المستثمرين فتح الباب على مصراعيه أمام ظهور الوساطة الإلكترونية. و مع ذلك، لم تقبل الوساطة الإلكترونية في مفهومها الضيق إلا بعد القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية¹³⁹، وتحديداً بعد قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم 67/ر لسنة 2007¹⁴⁰. و أوجب هذا القرار توفر جملة من الشروط الفنية في الوسيط يؤدي غيابها إلى رفض ترخيص الهيئة أو سحبه¹⁴¹، وتبقى المادة 3- أولاً - 2 من نفس القرار للهيئة الحق في إضافة " أي شروط أو ضوابط أخرى وفقاً لمعطيات العمل في السوق أو مقتضيات المصلحة العامة "142.

وفي الحقيقة، فإن المتأمل واجبات الوسيط الإلكتروني يجدها تتراوح بين التزامات ببذل عناية وأخرى بتحقيق نتيجة.

¹³⁸ تنص المادة الرابعة من القرار رقم 1 لسنة 2001، المشار إليه: "يعتبر عملاً من أعمال الوساطة استمالة عملاء للتعامل في الأوراق و السلع. و يعد مستميلاً للعملاء كل من يسعى لمقابلة الأشخاص في الأماكن العامة أو في أماكن عملهم أو إقامتهم ، وكل من يستخدم الهاتف أو أية وسيلة من وسائل الاتصال عارضاً شراء أو بيع أوراق أو سلع أو تقديم خدمات في هذا الشأن" و يُقابل هذا النص في القانون الفرنسي المادة 2 من القانون الصادر في 3 جانفي 1972 بشأن الوساطة المالية.

¹³⁹ حول خدمات الوساطة المالية عبر الأنترنت، تراجع نشرية الهيئة الفرنسية للسوق المالية، عدد 329 لشهر نوفمبر 1998، ص. 163- 172. (Bulletin COB, n°329, nov. 1998, pp. 163- 172) المستثمرين في مادة البورصة عبر مواقع الأنترنت بشأن صناديق الاستثمار الجماعي للقيم المنقولة (OPCVM)

¹⁴⁰ تجدر الملاحظة إلى أن القرار رقم 67/ر لسنة 2007 بشأن نظام التداول عبر الأنترنت أشار في أسانيده صراحة إلى القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 وإلى القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006 في شأن مكافحة الجرائم الإلكترونية.

¹⁴¹ انظر المادة 8 من القرار رقم 67/ر المشار إليه: " للهيئة أن تلزم الوسيط بالتوقف عن تقديم خدمة التداول عبر الأنترنت وذلك إذا خالف أيّاً من شروط أو متطلبات الترخيص أو الضوابط الفنية المنصوص عليها في هذا القرار"

¹⁴² حول شروط الوساطة الإلكترونية في مادة البورصة في القانون الفرنسي و الأوروبي، راجع باللغة الفرنسية: Vauthier, *locus. op. cit.*, p. 51 et suiv.

فوجوب أن يوفّر الوسيط القدرات والإمكانيات الفنية لتقديم خدمة التداول عبر الإنترنت هو، بلا ريب، التزام بتحقيق نتيجة، لا يكفي مجرد بذل العناية للتوصل منه. فالوسيط ملزم بتوفير كل مستلزمات التداول عبر الإنترنت وكل ما توصلت إليه التقنية الحديثة من إمكانيات¹⁴³.

ويبقى الوسيط الإلكتروني مسؤولاً¹⁴⁴ عن الأضرار التي تلحق بالعميل المستثمر إذا ما ثبت أن أوامر العميل لم تنفذ في الوقت المناسب أو المعقول¹⁴⁵ أو بالطريقة أو بالكمية أو بالسعر الذي حدده العميل المستثمر. ولا يمكن للوسيط أن يدفع بعدم تنفيذ أوامر العميل أو أن تأخرها راجع إلى أسباب فنية تجيزها مقتضيات المادة 3-3-أولاً-ز من القرار رقم 67/ر المشار إليه. فالأسباب التي تُخلي مسؤولية الوسيط الإلكتروني، هي أسباب كلها خارجة عن السلطة المباشرة للوسيط. وبالتالي، لا

¹⁴³ و عليه، نجد العديد من الهيئات المهنية ذات السلطة الرقابية تؤكد على ضرورة توفير كلّ مستلزمات التقنية لمقدمي خدمات الوساطة الإلكترونية من ذلك ما جاء في تقرير هيئة مؤسسات الائتمان و الإستثمار التابعة للبنك المركزي الفرنسي لسنة 2008، ص. 85 و ما يليها، أنظر تحديداً النقطة 3-5 من التقرير V. le rapport du Comité des Etablissements de Crédits et des Entreprises d'Investissement de la Banque de France – CECEI-, Rapport annuel, 2008, p. 85, spéc. point 3-5, consultable sur www.cecei.org.

¹⁴⁴ في الحقيقة الوسيط الإلكتروني هو ذات اعتبارية، أنظر المادة 7 من القرار رقم (1) لسنة 2000 الذي حدد ممارسة الوساطة في " أحد الإشكال المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1984 بشأن الشركات التجارية "، وتحديداً شركة تجارية تكون مسؤولة طبقاً لمسؤولية الشركات التجارية.

¹⁴⁵ مع الأخذ في الاعتبار إمكانية حدوث طوارئ فنية، قارن مع المادة 3-3-أولاً-ز من القرار رقم 67/ر المشار إليه. هذا، و قد أوجب القانون الفرنسي تنفيذ أوامر التداول في أقرب الآجال (dans les plus brefs délais. و لا يعفى الوسيط إلا في الحالات الإستثنائية. أنظر في هذا الشأن باللسان الفرنسي:

Samuelian (M.) & Berruyer (G.), *Décideurs Strategies Finace Droit*, n°76, p. 98).

يكون الوسيط مسؤولاً عن توقف النظام الإلكتروني للسوق عن استقبال الأوامر أو عن تعطيل نظام غرفة المقاصة الإلكترونية أو تعرض نظامها إلى هجوم فيروسى أو تشويش إلكتروني¹⁴⁶ أو غيرها من الأسباب التي تكون بالنسبة له في حكم القوة القاهرة¹⁴⁷.

وفي المقابل، يكون الوسيط الإلكتروني مسؤولاً عن أي عطل أو توقف أو اضطراب في نظمه المعلوماتية أو قواعد بياناته التي تدخل في حفظه مباشرة¹⁴⁸.

¹⁴⁶ انظر المادة (7) للقرار رقم 67/ل المشار إليه التي تنص " على السوق توفير البنية الأساسية الخاصة بالربط بين نظام التداول الإلكتروني ونظام الوسيط لتقديم خدمة التداول عبر الانترنت " و لكن يبدو ان المادة 5-19 من القرار رقم 1 لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بالوسطاء توحى بعكس ذلك فيما يخص الاحتفاظ بنسخ احتياطية من البيانات الموجودة في الحاسوب الآلي اذ ألزمت الوسيط الإلكتروني الاحتفاظ " بنسخ احتياطية (backup) من كافة البيانات المتوافرة بالحاسب الآلي في الشركة لمدة (10) سنوات حفاظاً على بيانات العملاء و عدم تعرضها لأي سبب من أسباب التلف "...¹⁴⁷ كما في صورة غلق السوق من طرف السلطة الإدارية أو وقف التعامل في صك أو سند بعينه كما في حالة المادة 32 من القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 التي تجيز " وقف التعامل مؤقتاً في سوق الأوراق المالية أو في سهم أية شركة حال حدوث ظروف استثنائية أو حدوث ما يهدد حسن سير العمل وانتظامه في تلك السوق " أو صورة المادة 18 من قرار مجلس الوزراء رقم 11 لسنة 2000 المشار إليه، أو صورة المادة 19 من قرار مجلس الوزراء المشار إليه (حالة تجميد أو تعليق العمل للأنحة أو نظام يتعلق بالسوق أو بأي علمياته) والمادة 19 مكرر في نفس القرار (حالة إيقاف عمل السوق مؤقتاً لعدم دفعه للهيئة المبالغ المالية المستحقة) أو في حالة المادة 20 من قرار مجلس الوزراء رقم 12 لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بإدراج الأوراق المالية والسلع (تعليق إدراج الأوراق المالية) والمادة 22 من نفس القرار بخصوص إلغاء إدراج الأوراق المالية، أنظر أيضاً المادة 22 للقرار رقم 2 لسنة 2001 المشار إليه، أنظر أيضاً المواد 27 من القرار الإداري رقم 93/ل لسنة 2005 بشأن نظام إدراج الصكوك الإسلامية (تعليق تداول الصكوك الإسلامية) 28 (إلغاء إدراج الصكوك الإسلامية) ، 30 (تعليق التداول مؤقتاً) والمواد 33 وما يليها. ويمكن اعتبار ثورتي تونس و مصر من قبيل القوة القاهرة، او على الأقل من قبيل الأحداث الاستثنائية التي توجب وقف التعامل مؤقتاً في السوق المالية و هو ما حدث فعلاً بالنسبة لهذه الأسواق(وقع غلق البورصة المصرية عقب أحداث الثورة في 27 جانفي 2011 بعد هبوط حاد في مؤشرها الرئيسي بنحو 16% نتجت عنه خسائر قدرت بنحو 70 مليار جنيه مصري (11.8 مليار دولار أمريكي). و فتحت سوق البورصة المصرية مجدداً يوم 23 مارس 2011).

¹⁴⁸ أكدت المادة 13 من قرار الهيئة الفرنسية للسوق المالية على واجب الوسيط الإلكتروني طرح "آليات بديلة" لتجاوز العطب الإلكتروني. أنظر في هذا الشأن: Décision générale du CMF , n° 99-07, art. 13 à propos "des équipements alternatifs mis à la disposition du client en cas d'interruption prolongée du service"; cf. avec Vauthier, *locus. op. cit.*, p. 41 à 42.

أي التي تكون تحت تصرفه وسلطته المباشرة على معنى المادة 316 من قانون المعاملات المدنية (قانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985). وبناء عليه، لا يكون الوسيط الإلكتروني ضامناً للاضرار الواقعة للتعامل نتيجة سوء استخدام الآلات التي تحت تصرفه والتي " تتطلب منه عناية خاصة للوقاية من ضررها " وفقاً لنص المادة 316 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1985 فضلاً على ضرورة اعلام المستثمر في أقرب الآجال بالأعطاب التي تعرّضت لها منظومة الربط المعلوماتي للوسيط¹⁴⁹.

ولا يمكن للوسيط الإلكتروني التوصل من ضمانه إلا في حالات الإعفاء المنصوص عليها في المادة 287 من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985. وحتى في هذه الحالة، يمكن للتعامل المستثمر الرجوع عليه على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي متى أثبت أن عيب الآلات المستخدمة أو أنظمة المعلومات وقواعد البيانات يعود، في الحقيقة، إلى سوء استعمالها من طرف الفنيين أو ممثل الوسيط. وفي هذه الحالة أيضاً يكون الوسيط الإلكتروني مسؤولاً عن سوء اختياره، بمعنى عن خطئه الشخصي، المتمثل في سوء اختيار مستخدميه¹⁵⁰.

فعلى غرار الوسيط العادي، بل و حتى أكثر منه، يكون الوسيط الإلكتروني ملزماً " ببذل عناية الرجل الحريص، وفقاً لأحكام القانون والأنظمة الصادرة تنفيذاً له وللشروط والضوابط التي صدر على أساسها الترخيص " (مادة 18 من القرار رقم (1) لسنة 2000، المشار إليه). وبالتالي يكون لزاماً عليه حسن اختيار ممثليه ومستخدميه.

¹⁴⁹ أنظر: Vauthier, *locus. op. cit.*, p. 75

¹⁵⁰ يبقى الخطأ شخصياً حتى وإن مورست الوساطة الإلكترونية عبر ذات اعتبارية عملاً بالمادة 3 من القرار رقم (1) لسنة 2000

وفي مطلق الأحوال، يقع على الوسيط الإلكتروني واجب توفير المستلزمات المادية للعمل، من آلات وأنظمة تشغيل وحماية لقواعد البيانات¹⁵¹. وعدم توفير متطلبات العمل يكون خطأ في حد ذاته يوجب مساءلة الوسيط تأديبياً وسحب الترخيص منه بقطع النظر عن تحقيق الضرر لعملائه من عدمه (أنظر المادة 8 من القرار رقم 67/ر).

أما بالنسبة لتوفير الكوادر الفنية، فلم توجب المادة 3-3- أو 2- من القرار رقم 67/ر أن تكون على مستوى رفيع من الكفاءة، بل أكتفت بأن تكون الكوادر " مؤهلة"، مما يوحي بأن تكون متحصلة على شهادات علمية تسمح لها القيام ومتابعة عمليات التداول¹⁵². ويبقى مع ذلك الوسيط ضامناً ومسؤولاً عن اختياره. ولا يجوز

¹⁵¹ قارن مع موقف اللجنة الأوروبية للهيئات المالية (CESR Committee of European Securities Regulators) و الذي كرّسه التوجيه الأوروبي في مادته (21) Dir. (21) du 21 avr. 2004 sur les marchés financiers و الذي ألزم الوسطاء " بأخذ كل الخطوات المعقولة لتحقيق أفضل نتيجة ممكنة " للمستثمر "take all reasonable steps to achieve the best possible result" و هو ما يعرف "بالتنفيذ الأمثل" "Best execution" و لا يكون ذلك ممكناً إلا بتوافر أفضل الأنظمة و الاجراءات من حيث الامان و الأمانة و السرعة في التنفيذ (قارن مع النظام العام لهيئة السوق المالية الفرنسية في مادته 42-341 (Règlement général de l'autorité des marchés financiers , art. 42-341) و يعرف التوجيه الأوروبي بشأن آليات السوق المالية "التنفيذ الأمثل" بكونه التنفيذ الذي يوفر أفضل سعر و يكون الأقل تكلفة و الأسرع والذي يوفر أفضل احتمالات التنفيذ و الأداء و التغطية (Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), n°2004/39/CE, J. O. U. E. , 30 avr. 2004.

في حين تعرّف الهيئة الأمريكية للسوق المالية (Securities & Exchange Commission SEC) التنفيذ الأمثل " بكونه الإلتزام الذي يفرض على الوسيط اتخاذ جميع الإجراءات المتوافرة والمعقولة بحسب الظروف المحيطة بعملية التداول الخاصة بكل طرف" (ترجمة شخصية) (U. S., SEC, Order Execution obligations, Exchange Act Release, N°34-37619 A: "The duty of best execution requires a broker- dealer terms reasonably available under the circumstances for a customer's transaction".

¹⁵² خلافاً لممثل الوسيط الذي يجب أن يكون " حاصلاً على مؤهل جامعي مع خبرة عملية لا تقل عن 5 سنوات " مادة 12-5 من القرار رقم (1) لسنة 2000 المشار إليه (أنظر أيضاً للمادة 12-6 من نفس القرار) في حين يجب أن يكون مدير عمليات الوسيط حاصلاً على مؤهل جامعي في

له أن يدفع بالمسؤولية الشخصية للفني للتقصي من تعويض الضرر الناشئ عن خطئه في الاختيار. وهذه المسؤولية مختلفة في أساسها عن تلك الناشئة عن ضمان فعل مخدمه والمؤسسة على المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

ولا تقف مسؤولية الوسيط الإلكتروني عند هذا الحد، فواجب حسن الاختيار يبقى التزاماً مستمراً إلى ما بعد فترة التعاقد ، ويمتد إلى مرحلة تنفيذ اتفاقية التداول عبر الانترنت. من ذلك أن المادة 18-2 من القرار رقم (1) لسنة 2000 السالف الذكر نصت على وجوب " وضع نظام داخلي يكفل سلامة اختيار ممثليهم (يعني ممثلي الوسيط) وتوعيتهم بأصول وآداب المهنة ". و يجب فهم عبارة "ممثليهم" على إطلاقها ، لأنها وردت مطلقة ، وبالتالي تشمل المستخدم والفني لأن كليهما يمثل مؤجره في شأن العمل الذي انتدب من أجله . وعليه يكون الوسيط الإلكتروني، أسوة بالوسيط العادي، ملزماً بحسن اختيار طاقمه وكوادره، متحماً بتبعة سوء اختياره لعدم بذل العناية الكافية للرجل الحريص في اختياره ومراقبته (مادة 18-10 من القرار رقم (1) لسنة 2000)¹⁵³.

كما أوجبت المادة 19-3 من القرار رقم (1) لسنة 2000 السالف الذكر، على الوسيط " التأكد من صحة الأوامر الواردة عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني والاحتفاظ بنسخ من مثل هذه الأوامر ".

وتحمل هذه المادة الوسيط الإلكتروني واجبين متلازمين:

أولاً: التأكد من صحة الأوامر الواردة له عن طريق البريد الإلكتروني، طبقاً لمقتضيات المادة 13 من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 المشار إليه، المتعلقة بإسناد الرسالة الإلكترونية. فالأصل هنا أن يُسند الأمر الإلكتروني للمنشئ

تخصص مناسب مع خبرة عملية لا تقل عن خمس سنوات في مجال الخدمات المالية، الوساطة أو الاستثمار (مادة 7-7 من نفس القرار رقم (1) لسنة 2000 المشار إليه . انظر أيضاً المادة 22 من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (3) لسنة 2001 بشأن نظام السوق " تضع السوق الضوابط المتعلقة باعتماد ممثلي الوسطاء وبخطط تأهيلهم فنياً واجتيازهم الامتحان الذي تُعده السوق وتعتمده الهيئة".

¹⁵³ معيار الرجل الحريص يعبر عن التنفيذ الأمثل *best execution/ bonne exécution* لأوامر العميل المستثمر و يفترض السلامة و الأمانة و سرعة في التنفيذ.

متى كان هو الذي أصدره بنفسه (مادة 13-1 ق.إ. رقم 1 لسنة 2006) أو من نائبه المخول بذلك (مادة 13-2-أ) أو، وهو الغالب¹⁵⁴، " من نظام معلومات مؤتمت ومبرمج تلقائياً من قبل المنشئ أو نيابة عنه"¹⁵⁵. بالتالي يكون المرسل إليه، أي الوسيط الإلكتروني، معفياً من واجب التأكد إذا تسلم أمر العميل من قبل منظومة إلكترونية مؤتمته أي " برنامج أو نظام إلكتروني... يعمل تلقائياً بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف من أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه العمل أو الاستجابة له " (المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006، انظر أيضاً المادة 12-1 من نفس القانون). ففي هذه الحالة، يعفي الوسيط من التأكد من صحة الأمر المرسل إليه، ويكتفي فقط بالتحقق بأن الأمر صدر فعلاً من منظومة إلكترونية مؤتمته. فتُخْتَرَلُ صحة الأمر الإلكتروني الذي صدر عن منظومة مؤتمته في صحته الشكلية الظاهرة دون صحة مضمونه Régularité formelle ويستثنى من ذلك" إذا ما علم (الوسيط الإلكتروني) أو كان عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة أو استخدم إجراء متفقاً عليه بأن البث قد أسفر عن أي خطأ في الرسالة الإلكترونية كما استلمها " (المادة 13-7 ق.إ. رقم (1) لسنة 2006).

ففي حالة عطب المنظومة أو انقطاع البث¹⁵⁶ يجب على الوسيط الإلكتروني بذل عناية معقولة أو أن ينفذ الإجراء المتفق عليه مع العميل عند حدوث مثل هذا الطارئ.

فإذا علم الوسيط بأن البث أسفر عن تعيب أو تحريف أو تغيير في الأمر الذي تلقاه، وجب عليه في الإبان الاتصال بعميله للتأكد من صحة الأمر وفحواه. و لا يعفي الوسيط مجرد تلقى الأمر المعيب من واجب التأكد مباشرة من عميله. فإن لم

¹⁵⁴ انظر تعريف نظام التداول عبر الإنترنت كما حددته المادة الأولى من القرار رقم 67/ل لسنة 2007.

¹⁵⁵ مادة 13-2-ب. ق.إ. رقم (1) لسنة 2006 سالف الذكر، بشرط أن يكون العميل " يعلم أو من المفترض أن يعلم " ، إن النظام يستولي " إبرام العقد أو تنفيذه تلقائياً " (مادة 12-2- من نفس القانون).

¹⁵⁶ يبدو أن المادة (13-7) من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 عنت فقط انقطاع البث دون الأعطاب الأخرى للمنظومة.

يفعل يكون للعميل المستثمر الحق في الرجوع على الوسيط عن جملة الأضرار التي لحقته بفعل خطئه. ويمكن إثبات واقعة العلم بأية وسيلة إثبات وحتى بالقرائن المتضافرة.

أما في حالة جهل الوسيط بعيوب البث، فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار اللاحقة لعمله إذا كان عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة بعيوب البث (مادة 13-7 ق. إ. رقم 1 لسنة 2006)¹⁵⁷، ويجب فهم معيار العناية المعقولة على ضوء المادة 18-10 من القرار رقم 1 لسنة 2000، التي اعتمدت معيار الرجل الحريص. فمعيار المادة 13-7 من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 غير منطبق في واقع الحال، لأنه معيار عام، ينظم جملة المعاملات الإلكترونية دون تخصيص، ودون اعتبار لخصوصية الوساطة الإلكترونية، في حين يكون معيار المادة 18 السالفة الذكر هو المعيار المناسب لكونه معتمداً من طرف نص خاص. وتأسيساً عليه، وعملاً بقاعدة تقديم الخاص على العام، وجب اعتماد معيار عناية الرجل الحريص. وبالتالي، يكون التزام الوسيط الإلكتروني في هذه الحالة مختلفاً عن مجرد بذل "العناية المعقولة المتوقعة" من رب الأسرة الصالح (معيار العناية المعقولة لرب الأسرة الصالح *Bonus pater familias*)¹⁵⁸ ليصبح التزاماً ببذل عناية مؤكدة¹⁵⁹ Obligation de moyens renforcée. وهذا الالتزام هو بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، يلزم المحمول عليه أن يثبت أنه قام بكل ما في وسعه

¹⁵⁷ يكون البث معيماً متى اشتمل أمر التداول مثلاً عن بيانات متناقضة أو ناقصة أو غير معقولة أو غير متعارف عليها أو غير مألوفة أو مشبوهة...

¹⁵⁸ معيار رب الأسرة الصالح (*bonus pater familias*) هو، بلا ريب، قالب مرجعي standard (juridique) على معنى الفقيه عبد الرزاق السنهوري في مقاله الشهير لسنة 1934 باللغة الفرنسية: Al Sanhoury (A. A.), 'Le standard juridique', article in *Mélanges Geny*, Tome II, 1936, p. 145 et suiv.

¹⁵⁹ على حد علمنا، لم يتعرّض الفقه إلى التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية في هذا المستوى. قارن مع ذلك في شأن الالتزام بالاعلام والنصح والارشاد (باللسان الفرنسي): (Buyle J.P.), ' Les obligations d'information, de renseignement , de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance' in *Les obligations d'information, de renseignement , de mise en garde*, éd. Larcier 2006, CUP. Vol. 86, p. 168 -169.

لتنفيذ التزامه، ومتى فشل في ذلك كان عليه تحمل الضمان. فعبء الإثبات في هذه الحالة يكون على الوسيط دون العميل المستثمر.

كما يكون الوسيط الإلكتروني مسؤولاً عن الأضرار الواقعة لعميله إذا غفل عن استخدام إجراء متفق عليه للتأكد من صحة إصدار الأمر بالتنفيذ. وفي هذه الحالة، يكون الوسيط ملزماً بتحقيق نتيجة، لأن عدم تنفيذ الإجراء المتفق عليه يُعدُّ إخلالاً بالتزامه التعاقدية الذي ارتضاه لنفسه، ولا يكون دفعه بالعطب في البث مدعاة لإعفاءه من المسؤولية التعاقدية.

ثانياً: يجب على الوسيط الاحتفاظ لمدة عشر سنوات بنسخة من الأوامر الموجهة إليه عملاً بأحكام المواد 19-1605 و 19-3 من القرار رقم 1 لسنة 2000 والمادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006. ويكون الحفظ متوافراً متى حفظت الأوامر بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت منه أو استلمت به أو " بشكل يمكن اثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت في الأصل " (مادة 5-1-أ، ق.إ. رقم 1 لسنة 2006) "على نحو يتيح استخدامها أو الرجوع إليها فيما بعد " (مادة 5-1-ب، ق.إ. رقم 1 لسنة 2006) .

ويُقصد بالمعلومات، الأوامر الصادرة للوسيط دون البيانات التقنية الأخرى التي تنشأ بصورة ضرورية وتلقائية بغاية إرسال أو استلام الأمر.

والالتزام بالحفظ يجب فهمه بالمعنى الواسع (*lato sensu*)¹⁶¹. فالحفظ يشمل تسجيل الأوامر وأرشفتها وتخزينها (أنظر المادة 19-3 من القرار 1 لسنة 2000 التي أوجبت التسجيل والأرشفة بالنسبة للأوامر المتلقاة بالهاتف، ولكن نفس الواجب ينسحب أيضاً على الوسائل الأخرى للاتصال، ومن بينها الإنترنت). و يثير الالتزام بالحفظ بعض الصعوبات فيما يتعلق الأمر بالوساطة الإلكترونية. فالفقرة الثالثة من

¹⁶⁰ نصّت المادة 19-5 من قرار هيئة الأوراق المالية و السلع رقم (1) لسنة 2000 " ... على أن يتم الاحتفاظ بنسخ احتياطية (Backup) من كافة البيانات المتوافرة بالحاسب الآلي في الشركة لمدة (10) سنوات حفاظاً على بيانات العملاء وعدم تعرضها لأي سبب من أسباب التلف..."
¹⁶¹ في الحقيقة، يتضمّن واجب الحفظ التزامين مترابطين: واجب القيد obligation d'enregistrement و واجب الحفظ بالمعنى الضيق obligation de conservation. قارن مع: Vauthier, *locus. op cit.*, p. 76.

المادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 بشأن المعاملات الإلكترونية تجيز الاستعاضة بخدمات " أي شخص آخر " للقيام بواجب الحفظ، متى وقر مستلزمات الحفظ. فهل يجوز للوسيط الإلكتروني ان يعهد التزامه بالحفظ إلى شخص آخر ؟

إن خصوصية العمل البورصي، وطبيعة الوساطة الإلكترونية نفسها ومتطلباتها، تفرض عدم إجازة ممثل هذه الاستعاضة. فالمادة 18-6 من القرار رقم (1) لسنة 2000، والذي يقدّم باعتباره نصاً خاصاً على قانون 2006¹⁶² يلزم الوسطاء بعدم الإفصاح " للوسطاء أو المتعاملين عن أسماء عملائهم أو الإدلاء بأية بيانات أو معلومات عن أوامرهم ". هذا النص قاعدة أمرّة تتعلق بالنظام العام لأنه يهدف لحماية السر المهني، وحماية السر المهني لا تُعنى بحماية بيانات شخصية بقدر ما تهدف الى حماية السوق وأخلاقيات المهنة.

وبالنتيجة، لا يجوز للوسيط بأي حال من الأحوال، التخلي عن واجب الحفظ لطرف أجنبي حتى وإن أجازته العميل. فالإجازة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لتعلقها بأمر مخالف للنظام العام الاقتصادي للسوق ومصلحته.

فواجب الحفظ يجب أن يتولاه الوسيط نفسه ناهيك وأن قانون البورصة يوجب عليه الاستظهار، حال قيام إجراءات تفتيش ضده¹⁶³، بالبيانات الخاصة بأوامر التداول، عملاً بأحكام المادة 12 من قرار مجلس الوزراء رقم (11) لسنة 2000، السالف الذكر، مما يحتم على الوسيط الإلكتروني أن تكون هذه البيانات في حفظه شخصياً. و الالتزام بحفظ الأوامر هو التزام بتحقيق نتيجة.

ويفرض واجب الحفظ على الوسيط ضمان سلامة منظومته المعلوماتية من كل اختراق خارجي ينجر عنه " إلغاء أو حذف أو تدمير أو إنشاء أو إتلاف أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات " (مادة (2) من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات) أو " إيقافها عن العمل أو تعطيلها

¹⁶² انظر المادة الثانية -2- ج، وخاصة الفقرة (و) من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006.

¹⁶³ المادة 12 من قرار مجلس الوزراء رقم 11 لسنة 2000، المشار إليه: " لفريق التفتيش المعين من الهيئة أن يدخل السوق ومكاتب الوسطاء خلال ساعات العمل، وأن يطلع على السجلات والوثائق، وأن يطلب تزويده بأي مستند أو معلومات يعتبرها ضرورية لأداء مهمته ".

أو تدمير أو مسح أو حذف أو إتلاف أو تعديل البرامج أو البيانات أو المعلومات فيها " (مادة 6 من ق.إ. رقم (2) لسنة 2006، سالف الذكر) متى كان فعل الاختراق يستهدف منظومة الوسيط وبرمجياته التي هي في حفظه وبالتالي التي تكون تحت سلطته المباشرة وليس منظومة السوق الخارجة عن رقابته¹⁶⁴.

و بالنتيجة، يضمن الوسيط مدنياً الأضرار اللاحقة لعميله نتيجة تعرض موقعه للتغيير أو الإلغاء أو الإتلاف أو التعديل (مادة 14 ق.إ. رقم (2) لسنة 2006 المشار اليه)، وعليه أن يقوم تالياً بالحق الشخصي على الجاني. و يكون التزام الوسيط بحماية منظومته من الاختراقات الخارجية التزاما بتحقيق نتيجة إذ يكفي إثبات بذل العناية لدرء مسؤوليته. فأقل درجات الحرص توجب على الوسيط ضمان سلامة منظومته من الاعتداء الخارجي.

الفرع الثاني: الالتزام العام بالإبلاغ L'obligation générale de déclaration

يتحمل الوسيط الإلكتروني واجب إطلاع الهيئة على كافة أوامر التداول التي قام بها فضلا عن واجب الإبلاغ عن المخالفات والعمليات المشبوهة. و كل هذه الواجبات هي التزامات بتحقيق نتيجة.

¹⁶⁴ وبالتالي، لا يضمن الوسيط الإلكتروني كل اعاقه أو تعطيل للوصول إلى خدمة الوساطة أو الدخول إلى منظومته الإعلامية لأن ذلك يكون خارجاً عن إرادته. و لا يدخل في هذا الفرض توقف منظومة الأمان الإلكترونية التي اختارها الوسيط نظراً لضغط الأوامر عليها (أنظر في هذا الشأن تحديداً حكم الكنتون الثاني لمدينة فيرفي الصادر في 23 نوفمبر 1984 و المثبت في مقال J. P. Buyle & D. Goffaux , ' Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise' in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, éd. du jeune barreau de Bruxelles, 2005

حيث جاء فيه:

« En mettant en pied un systeme qui se trouve complètement bloqué au niveau de la securité durant les week-end, alors que c'est précisément à ce moment que le systeme est le plus susceptible d'etre utilisé notamment par les voleurs, sans en avertir de façon claire et precise les utilisateurs, le banquier a commis une faute. La banque étant un professionnel, elle doit metre sur pied un système offrant un maximum de garantie contre les utilisations frauduleuses. », Just. Paix 2^{ème} Canton Verviers, 23 nov. 1984.

1. واجب إطلاع الهيئة على كافة أوامر التداول:

إلى جانب التزاماته المعتادة (انظر المادة 18 من قرار الهيئة رقم (1) لسنة 2000)، تحمّل المادة السادسة من القرار رقم 67/ر لسنة 2007 الوسيط الإلكتروني التزامين:

أولاً: إطلاع الهيئة والسوق على كافة البيانات والمستندات المتعلقة بأوامر التداول (مادة 6-2 قرار رقم 67/ر)¹⁶⁵.

ثانياً: تزويد السوق والهيئة بتقرير من قبل مدقق خارجي يفيد تحرّيه على أمن المعلومات والبرامج لدى الوسيط (مادة 6-3 قرار رقم 67/ر المذكور).

1 1 - تجب الإشارة هنا، بدءاً، إلى أن عبارة البيانات والمستندات تنسحب، سواء بسواء، على المستند أو البيانات الورقية أو الإلكترونية عملاً بقاعدة موازنة المحرر العرفي بالمحرر الإلكتروني متى استوفى هذا الأخير شروط صحته (أنظر المواد 4-1 والمواد 7، 9، 10 و11-2 من ق.إ. رقم (1) لسنة 2006¹⁶⁶. ويكون إطلاع الهيئة على هذه الأوامر الكترونياً باعتبار أن الوسيط مرتبط إلكترونياً بالهيئة والسوق¹⁶⁷، بالإضافة إلى أنه يتعامل مع نظام معلوماتي مؤتمت، بحيث يقع إبلاغ الهيئة بالأوامر بطريقة مباشرة وفورية.

ويجدر هنا التنبيه إلى وجوب أن يحتفظ الوسيط بالبيانات الشخصية المتعلقة بهوية عميله، لأن هذه البيانات مشمولة بالسر المهني، ولأن نظام السوق نفسه يفرض على

¹⁶⁵ يجب فهم عبارة أوامر التداول بالمعنى الواسع بحيث تشمل، عملاً بأحكام المادة العاشرة من نفس القرار، عمليات المقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية المنظمة بقرار الهيئة رقم 2 لسنة 2001.

¹⁶⁶ المادة السابعة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006: "إذا اشترط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بيئة أن يكون مكتوباً، أو نصّ على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة، فإن المستند أو السجل الإلكتروني هذا الشرط إذا تم الإلتزام بأحكام الفقرة 1 من المادة (5) من هذا القانون" تفيد هذه المادة موازنة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي (العرفي) متى استوفى الشروط القانونية لذلك.

¹⁶⁷ أنظر المادة 40-أ من القرار رقم 67/ر.

الوسيط، حتى وإن كانت الوساطة الكترونية - حتى وإن اعتمد نظام برمجة مؤتمتة لا تستدعي تدخل الإنسان للتعامل مع البيانات- عدم الإفصاح عن هوية عميله عند تنفيذ أوامر التداول. فعلي الوسيط الإلكتروني ضمان سرية البيانات الخاصة بشخص العميل و هويته وأن ينفذ أوامر التداول باسمه الشخصي حتى وإن كان في حق عميله.

21 - كما يلتزم الوسيط بضمان أمن المعلومات والبرامج التي يعتمد عليها وذلك بتأمين السوق والهيئة من الاطلاع عن تقرير مدقق أجنبي¹⁶⁸، انتدب للتحرّي عن سلامة وأمن المعلومات والبرامج المعتمدة من طرف الوسيط الإلكتروني¹⁶⁹. وهنا أيضاً يقع على الوسيط واجب توخي الحذر من إمكانية تسرب بيانات تتعلق بأوامر التداول نفسها أو البيانات الشخصية للعملاء أثناء التدقيق في منظومة البيانات والبرامج.

ويكون الوسيط متحملاً للالتزام بتحقيق نتيجة فيما يخص حفظ البيانات الشخصية لعملائه من أي تسرب، ولا يشفع له عدم إلمامه بخبايا البرامج المعلوماتية أو استحالة مراقبة أعمال المدقق الخارجي من واجب المحافظة على سرية هذه البيانات المحمول عليه.

2- واجب الإبلاغ:

تحمل المادة 18 (قرار رقم (1) لسنة 2000) الوسيط التزاماً عاماً يفرض عليه " الإسراع في التبليغ عن مخالفات ممثليهم للجهات المعنية تمهيداً لتوقيع الجزاءات

¹⁶⁸ في الغالب، تكون المراقبة مزدوجة: داخلية و خارجية و هو ما دأبت عليه معظم الأنظمة. أنظر مثلاً باللغة الفرنسية:

CECEI, Rapport 2008, préc., p. 86, spéc. point 3.5.1.2. et suiv.

¹⁶⁹ انظر المادة 4-1/ أ +ب+ج+د التي توجب على الوسيط أن يقدم تقارير للهيئة بغية الحصول على الترخيص. وهذه التقارير هي تقارير توضح النظام الفني المستخدم (أ) ونظام تلقي وتسجيل أوامر العملاء المدخلة (ب) وتقرير يوضح نظم حماية المعلومات من الاختراق (ج) وتقرير يعدد الأجهزة التقنية ونظم الاتصال المعتمدة (د) وكل هذه التقارير هي تقارير شخصية يقوم بها الوسيط تحت مسؤوليته. ولكن هذا لا يدفع المسؤولية الجزائية عن المدقق متى كان مرتكباً للجنحة المنصوص عليها بالمادة 11 من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006 ، المشار إليه، إذا ما عمد أثناء تحقيقه الى " الوصول دون وجه حق إلى أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو غيرها في البطاقات الإلكترونية".

التأديبية بحقهم". ويتأكد هذا الواجب إذا كان موضوع البلاغ جريمة كما هو الحال إذا امتنع ممثل الوسيط عن إبلاغ " وحدة المعلومات المالية " عن " فعل وقع في منشأتهم وكان متصلاً بجريمة غسل الأموال " (مادة 15 ق.إ. رقم 4 لسنة 2002 في شأن تجريم غسل الأموال¹⁷⁰). وتكفي مجرد الشبهة حتى يقوم على الوسيط واجب إبلاغ " وحدة المعلومات المالية " بدليل أن المادة 15 المشار إليها تعرضت " لأي فعل ... كان متصلاً بجريمة غسل الأموال ". فقد لا يكون الفعل في ذاته جرمًا يُؤاخذُ عنه جنائياً، ومع ذلك يبقى الوسيط الإلكتروني ملزماً بتبليغ الوحدة التي تتعهد بالتحرّي حول " غسل الأموال والحالات المشبوهة "¹⁷¹.

وبالتالي، يكفي مجرد الشبهة أو المعلومات المريبة لوجوب إبلاغ الوحدة¹⁷². و لا يكون السر المهني حائلاً دون القيام بالتبليغ إذ أعفت المادة 20 (ق.إ. رقم 4) لسنة 2002) الوسيط المبلغ من " المسؤولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية التي يمكن أن تترتب عن تقديم المعلومات المطلوبة أو عن الخروج عن أي قيد مفروض

¹⁷⁰ قارن في القانون الفرنسي مع المرسوم عدد 104-2009 المؤرخ في 30 جانفي 2009 (Ordonnance n°2009-104 du 30 janv. 2009) بشأن محاربة الإرهاب و تبييض الأموال الذي قام بإدخال التعميم الأوروبي عدد CE/60/2005 في التشريع الداخلي الفرنسي. انظر حول عموم المسألة:

CECEI, Rapport préc., p. 88 et suiv., point 3.5.1.3. ; Laetitia Rolin Jaquemys & Thibault Verbiest, *locus. op. cit.*, p. 10 à 11 ; Vauthier, *locus. op. cit.*, p. 59 et suiv.

¹⁷¹ أنظر نص المادة 7 من قانون رقم (4) لسنة 2002.

¹⁷² واجب الإبلاغ يخضع في قانون الاتحاد الأوروبي و القانون الفرنسي الى شروط محدّدة و وضعها التوجيه الأوروبي الثالث لسنة 2005. أنظر: Directive 2005/60/CE du 26 oct. 2005 relative à la prevention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchissement de capitaux du financement du terrorisme.

انظر حول هذه المسألة (باللسان الفرنسي): Soistier (V.), Blanchissement de capitaux et financement du terrorisme: le nouveau dispositif relative à la prevention du système financier, article, *Banque et Droit*, n°129, janv.-fév. 2010, p. 13 et suiv.

لضمان سرية المعلومات بنص تشريعي أو عقدي أو نظامي أو إداري، ذلك ما لم يثبت أن البلاغ قد تم بسوء نية بقصد الإضرار بصاحب المعاملة". وبالتالي، يكون الوسيط المبلغ في حل من واجب السرية المحمول عليه بمقتضى المادة 18- (6) من القرار رقم 1 لسنة 2000 عندما يتعلق الأمر بمعلومات أو بيانات على صلة بغسل الأموال أو معاملات صورية¹⁷³.

ويجب، حسب رأينا، اعتبار المعاملات الصورية التي " لا تؤدي إلى انتقال حقيقي للأوراق أو الأموال محل الصفقة " على معنى المادة 26-2 من القانون رقم 4 لسنة 2000 المشار إليه، من قبيل " الحالات المشبوهة " التي تستدعي إخطار وحدة المعلومات المالية، وذلك بغض النظر عن الهدف الحقيقي وراء المعاملة الصورية (وعلى الوحدة إيقاف التتبعات إذا ما كانت العملية لا تهدف غسل أموال، أو إحالتها إلى الجهات المختصة للتحقيق في الأمر). كما تحمل المادة 18- ب - 3 من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في تاريخ 9 ديسمبر 1999 [109/54] والتي انضمت إليها دولة الإمارات العربية المتحدة بالمرسوم الاتحادي رقم 98 لسنة 2005 " المؤسسات المالية التزاما بالإبلاغ الفوري للسلطات المختصة لكل المعاملات الكبيرة المعقدة غير العادية والأنماط غير العادية للمعاملات التي ليس لها غرض اقتصادي ظاهر أو هدف قانوني واضح دون أن تخشى تحمل المسؤولية الجنائية أو المدنية عن انتهاك أي قيد يلزم بعدم الكشف عن المعلومات، إذا بلغت عن شكوكها بحسن نية ".

وتأسيسا عليه، يكون الوسيط الإلكتروني مطالبا بالتبليغ عن الأموال¹⁷⁴ التي " يُحصل عليها بأي وسيلة كانت، والوثائق أو الصكوك القانونية أيا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي " (المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع

¹⁷³ انظر أيضا المادة 16 (المتعلقة بالعمليات الوهمية) والمادة 17 (تثبيت سعر ورقة مالية بصورة مفتعلة) من قرار هيئة الأوراق المالية و السلع رقم 2 لسنة 2001، المشار إليه.

¹⁷⁴ تعرّف المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب المال كالتالي: " يقصد بتغيير الأموال " أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية، المنقولة أو غير المنقولة.

تمويل الإرهاب) بغاية ارتكاب جريمة " بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة " على معنى المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة¹⁷⁵.

ويتحلل الوسيط الإلكتروني للقيام بواجب الإبلاغ عن جرائم غسل الأموال والمعاملات الصورية وجرائم الإرهاب من السر المهني متى قام بالتبليغ عن حسن نية، دون قصد الإضرار بمصالح عميله أو ممثله أو حتى زميله.

المطلب الثاني

الالتزامات الخاصة

Les obligation spéciales

إن خصوصية الوساطة الإلكترونية أوجبت على الوسيط الإلكتروني رزمة من الالتزامات الخاصة التي ينفرد بها إذا ما قورن بالوسيط العادي. ويمكن إجمالاً وللتبسيط تقسيم هذه الالتزامات إلى التزامات تجاه العميل، أي جملة الالتزامات التي يتحملها الوسيط الإلكتروني تجاه عميله، والتي تكون في نفس الوقت حقوقاً ينتفع بها هذا الأخير (الفرع الأول)، و التزامات موظفة على ذات العميل والتي يكون، هذا الأخير، ملزماً بتنفيذها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزامات الوسيط الإلكتروني تجاه عميله : حقوق العميل المستثمر

:Droits de l'investisseur

تكمّن جملة التزامات الوسيط الإلكتروني في إبرام اتفاقية التداول عبر الإنترنت التي أوجبتها المادة 3-3 من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم 67/ر، المشار إليه.

¹⁷⁵ كما تلزم المادة 18- ب 2 من الاتفاقية المذكورة الدول الأطراف في الاتفاقية باتخاذ التدابير التي تلزم المؤسسات المالية والمهنة الأخرى التي لها صلة بالمعاملات المالية باستخدام أكفأ التدابير المتاحة للتحقق من هويات عملائها المعتادين أو العابرين، وكذا من هويات العملاء الذين تفتح حسابات لصالحهم وإيلاء اهتمام خاص بالمعاملات غير العادية أو المشبوهة والتبليغ عن المعاملات التي يشتبه في أنها من نشاط إجرامي. كما تلزم المادة 16- ب 4 المؤسسات المالية بالاحتفاظ لمدة خمسة سنوات على الأقل بجميع السجلات اللازمة المتعلقة بالمعاملات المحلية و الدولية، هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة.

وتلزم المادة المذكورة الوسيط تقديم نموذج من الاتفاقية للحصول على موافقة الهيئة قبل عرضها على العميل المستثمر. ويجب أن يحتوي نموذج الاتفاقية على حد أدنى من البيانات والتوصيات الوجوبية التي تهدف كلها لتنبيه العميل لخطورة التداول عبر الانترنت وإعلامه بالطبيعة الخاصة لعمليات التداول وما تقتضيه من وجوب توخي الحيلة والحذر عند إرسال أوامر التداول.

1 . من ناحية الشكل، لم يشر قرار رئيس الهيئة صراحة الى جزاء تخلف المعلومات والبيانات الوجوبية في اتفاقية التداول، ولكن يمكن للهيئة ان تلزم الوسيط " بالتوقف عن خدمة التداول عبر الانترنت وذلك اذا خالف أياً من شروط أو متطلبات الترخيص"¹⁷⁶. وتضمن البيانات والمعلومات المنصوص عليها في المادة 3-3 من القرار رقم 67/ر في اتفاقية التداول هو بلا ريب من متطلبات الترخيص. و مع ذلك ، لا يمكن مبدئياً الجزم ببطلان الاتفاقية التي لا تتضمن كل البيانات الوجوبية لغياب النص، عملاً بالقاعدة " لا بطلان بدون نص " ¹⁷⁷.

وفي الحقيقة، فإن المتأمل في المادة 3-3 المذكورة، يستشف من طبيعة البيانات الوجوبية المحمولة على الوسيط صيغة الوجوب التي تميز النصوص الأمرة مما يبعث على الاعتقاد بوجوب اعتبار هذه المادة قاعدة تهم النظام العام، ناهيك وان صيغة الوجوب صيغت جملة الفقرات المادة 3-3 من القرار المشار اليه.

وفي الواقع، يبدو أن صيغة الوجوب جاءت لتضمن للعميل حداً أدنى من الحقوق الواجب حمايتها في اتفاقية التداول، دون أن يكون لطبيعة هذه الحقوق أدنى تأثير على صحة الاتفاقية من عدمها، لأنه لا يمكن مطلقاً تصور بطلان ما اتفق عليه الأطراف بمفعول نص لائح لا يرفي حتى إلى مرتبة القانون العادي ولا ينص صراحة على بطلان الاتفاقية.

¹⁷⁶ مادة 8 - قرار 67/ر. أنظر أيضاً المادة الثانية من نفس القرار التي تشترط الترخيص للحصول على خدمة التداول عبر الانترنت ولا تنص على جزاء تخلف أحد البيانات أو المعلومات في اتفاقية التداول.

¹⁷⁷ تردّد الفقه الفرنسي حول جدوى البطلان و طبيعته و الإتفاقيات المعنية به. أنظر حول هذه

المسألة: Vauthier, *locus . op. cit.*, p. 65 et 66 et les notes 80 à 82 en bas de page.

ومهما يكن من أمر وفي مطلق الأحوال، يجب على الوسيط ضمان حد أدنى من الحقوق للعميل متى ارتأى هذا الأخير استعمال الانترنت في توجيه أوامر التداول. و لا يحول هذا طبعاً، دون تضمين حقوق أخرى للعميل في اتفاقية التداول غير التي أوجبتها المادة 3-3 من قرار رئيس الهيئة رقم 67 لسنة 2007.

وتبقي اتفاقية التداول بلا شك الإطار التعاقدي الذي يضمن حقوق كلا الطرفين، الوسيط والعميل، ويحدد التزاماتهم المتقابلة. وعلى الرغم من أهميتها، لم يفرض القرار رقم 67/ر شكلاً معيناً لهذه الاتفاقية مما يحملنا مبدئياً على الاعتقاد بأنه يمكن أن تتخذ شكلاً إلكترونياً، عملاً بقاعدة الموازنة بين المحرر الكتابي والمحرر الإلكتروني الواردة في المادة السابعة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية¹⁷⁸. ومع ذلك يراودنا الشك حول إمكانية إبرام اتفاقية التداول إلكترونياً على اعتبار أن الالتزامات المحمولة على الوسيط تستوجب الحضور الفعلي للعميل مما يفرض إبرامها بين حاضرين. فطبيعة التزامات الوسيط كالتزامه ببيان ماهية المخاطر والخسائر التي قد تلحق استثمارات العميل (3-3 أ.و.ز.) أو التأكيد لمعاقده، على تحمله وحده كافة النتائج المترتبة على استثماراته (3-3 أ.و.ز. ح) تفرض مخاطبة العميل مباشرة وتقديم النصح إليه وإرشاده مما يحتم حضوره.

ومما يؤكد اعتقادنا هو ما أقرت به المواد (3-3 أ.و.ز. - أ) نفسها من وجوب " بيان معرفته (أي العميل) في مجال التداول بالأوراق المالية " (مادة 3-3 - و)

¹⁷⁸ ومع ذلك يبقى اشتراط الكتابة كوسيلة لإثبات المعاملة (*ad probationem*) و ليست كشرط صحة (*ad validitatem*) . قارن بهذا الشأن: Samuelian & Berruyer, article préc., n° 98, p. 76.

وما تفرضه خدمة التداول عبر الإنترنت من " معرفة عالية لدى العميل في مجال التداول بالأوراق المالية " (مادة 3-3-أولاً، القرار المذكور)¹⁷⁹.

وتقدير ذلك كله لا يكون إلا بالتواصل المباشر والمادي مع العميل المستثمر حتى يتمكن الوسيط حقيقةً من تقييم درجة معرفة العميل وقدرته على إدراك حجم المخاطر التي تحقق به¹⁸⁰. وتقديم النصح اللازم له خاصة وان كان التعاقد عبر

الانترنت (قارن مع المادتين 11 و 15 ق. إ. رقم (1) لسنة 2006).

وفي المحصلة، يصعب حقيقةً على الوسيط تنفيذ التزاماته على الوجه الأفضل متى رغب العميل في توقيع اتفاقية التداول إلكترونياً عملاً بأحكام المادتين 8 و 18 من قانون المعاملات التجارية والإلكترونية دون أن يرى ضرورة في لقاء الوسيط والتحدث إليه.

¹⁷⁹ تجدر الإشارة في هذا السياق الى أن التشريع الأوروبي و القانون الفرنسي و فقه القضاء الفرنسي يميزون بدرجات متفاوتة بين العميل المستثمر العادي (l'investisseur profane) و العميل المستثمر الحريص (l'investisseur avisé) و العميل المستثمر الحرفي (l'investisseur qualifié). و على سبيل المثال، اعتبر فقه القضاء الفرنسي مستثمراً حريصاً العميل الشغوف بالبورصة و العضو في منتديات الاستثمار و الميكانيكي الذي يدير لوحده حساباته الاستثمارية منذ 15 سنة

انظر حول أحكام فقه القضاء الفرنسي: Samuelian & Berruyer, article préc., p. 98; v. aussi: Maudouit (A.), Obligation d'information et responsabilité des intermédiaires financiers, Mémoire, Paris II, mai 2008, p 16 et suiv., spéc. p. 28 et suiv., p. 32 et suiv., et p. 34 et suiv.; J-G. d'Hérouville, art. préc., p. 20 et suiv.; Experton (M-J.), "L'investisseur qualifié", Bull. Joly Bourse, mars-avr. 1999, p. 140. و قد أخذ التوجيه الأوروبي تقسيماً مختلفاً إذ يميز بين المؤسسات المؤهلة (les contreparties éligibles) و المحترفين

(les professionnels) و المستثمرين غير المحترفين (les clients 'non professionnels' , de detail . راجع: Ordonnance n° 2004-544 du 12 avr. 2007, J. O. R. F. 13 avr. 2007, entrée en vigueur le 1er nov. 2007 et ayant transposé la Directive Marchés d'Investissements Financiers - en français et Markets in Financial Instruments Directive - en anglais) n°2004/39/CE du 21 avr. 2004, J. O. U. E. du 30 avr. 2004 dans le Code Monétaire et Financier français (D. 533-13).

¹⁸⁰ يفترض واجب النصح و الإرشاد حضور العميل أصالة عن نفسه و لا يتحقق ذلك عن طريق الوكالة متى كان المستثمر شخصاً طبيعياً. قارن في هذا الشأن مع: Maudouit (A.), obligation et responsabilité des intermédiaires financiers, Mémoire , Paris II, mai 2008, p. 30 et décisions rapportées en note 102 en bas de page.

2 . ومن ناحية المضمون، يمكن تقسيم التزامات الوسيط الإلكتروني إلى التزامات تهدف لإرشاد العميل ونصحه (2.1) والتزامات خاصة تُعنى بإعلامه (2.2) :

2.1- واجب النصح والإرشاد و التنبيه (أو التبصير) :

Le devoir de conseil, l'obligation de renseignement et de mise en garde¹⁸¹

واجب النصح و الإرشاد هو التزام الوسيط الإلكتروني بتقديم العون¹⁸² للعميل المستثمر على اختيار القرار الملائم لحاجياته واتباع السلوك الأنسب لمصلحه . ويُميز الالتزام بالنصح مضمونه ونسبته وزمن تنفيذه.

¹⁸¹ أنظر في عموم المسألة باللسان الفرنسي:

V. entre autres : Lucas De Leysac, ' l'obligation de renseignement dans les contrats', in *Information en droit privé*, sous dir. Paul Lagarde et Yvon Loussouarn, L. G. D. J. , Paris 1978, p. 305 et suiv. ; Boucard (F.), les obligations d'informations et de conseil du banquier, *Presses Universitaire d'Aix en Marseille*, 2002, p. 20 et suiv.; Daigre (J.- J.), " L'information de l'investisseur sur les marches financiers spéculatifs", *Rev. dr. bancaire et fin.*, 2002, n°6, p. 352; Storck (M.), "Les obligations d'information, de conseil et de mise en garde des prestataires de service d'investissement", *Bull. Joly Bourse* 2007, n°3, p. 311; Hattab (R.), De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement", thèse, *Presses Universitaires de Strasbourg*, 2006, n°26 et suiv.; Buyle, *locus op. cit.*, p. 167 et suiv. et p. 199 et suiv. ; Maudouit (A.), *locus op. cit.*, p. 12 et suiv ; Vauthier, *locus op. cit.*, spéc. p. 42 à 43 et pp. 47 et 48.

¹⁸² الأصل أن يتحمل العميل المستثمر وحده نتائج عدم ملائمة قرارته لأن التزام الوسيط يقف عند مجرد العون (انظر في هذا الشأن، قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 2002 /2/19 مثبت في Samuelian, article préc., p. 99, note 3 en bas de page) الذي أكد على وجوب بقاء العميل المستثمر صاحب القرار النهائي لأنه يتحمل وحده ملاءمة أوامره من عدمها. فواجب النصح المحمول على الوسيط لا يجب أن يتحول الى تدخل سافر في شؤون العميل المستثمر (قارن مع: Com. Nivelles, 26 sept. 1996, *R. D. C.* 1997, p. 789 et obs. J. P. Buyle et M. Delierneux) ، الا اذا كانت هناك اتفاقية خاصة موضوعها تقديم النصح في المادة الإستثمارية (Conseil en placement) . قارن مع : Droit de la bourse, préface Michel Germain, éd. Litec, Paris1994,n °378, p. 265 (in fine).

2.1.1- مضمون واجب النصح و الالتزام بالإرشاد¹⁸³:

إن الالتزام بالنصح يفرض علاقة مباشرة بين الوسيط والعميل حتى يتمكن الوسيط من حسن تقدير ملائمة آلية التعامل الإلكتروني مع الحاجات الحقيقة للعميل¹⁸⁴.

¹⁸³ تجدر التفرقة بين كل هذه المفاهيم المجاورة. الالتزام بالإعلام يتمثل في اطلاع الدائن على جملة من المعطيات الموضوعية. و عليه، ينحصر الالتزام بالإعلام في الإبلاغ عن جملة من المعطيات الواقعية و القانونية ذات الصبغة التقنية الصرفة حتى يتمكن الدائن من فهم و إدراك العملية التي بنوي القيام بها و يكون بالتالي قادرا على الاختيار. و الالتزام بالإعلام هو التزام تلقائي يقوم حتى في حالة عدم طلبه من المدين. و يختلف الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصح من حيث إن الالتزام بالإعلام يتحملته المدين بصفة عامة و مبدئية في حين لا يتحمل المدين، غالبا، واجب نصح الدائن الذي يبقى أدرى بمصالحه و الأفضل على تقديرها و هو ما ذهب اليه الفقه الفرنسي. أنظر مثلا:

Vasseur, Droit et économie bancaire, Fasc 1, p. 61 et suiv.; Gavalda & Stoufflet, 'Chronique de droit bancaire', J. C. P. (G.) 1979, doc. n° 2965, n°s 13-14; Buyle, art. préc., p. 200.

فواجب النصح يكون على هذا المعنى أشمل و أوسع من الالتزام بالإعلام إذ يتمثل في إسداء النصيحة للعميل المستثمر حول جدوى العملية. و تكون النصيحة مشخصة أي أخذة في الاعتبار التطلعات الشخصية للمستثمر من وراء إصدار الأمر بالتداول. و يتضمن واجب النصح التزامين: التزاما بتحقيق نتيجة يتمثل في الإسداء المادي للنصيحة و التزاما ببذل عناية يخصص جدوى النصيحة و ملاءمتها للمصالح المالية للعميل المستثمر (قارن في الفقه الفرنسي مع :

Rives – Langes (J. L.) & Contamine– Reynaud (H.), Droit bancaire, 5^{ème} éd. Dalloz, Paris, p. 213, n° 173; Vasseur (M.), 'Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients', article, Banque 1983, p. 943; Buyle, art. préc., pp. 169 à 171.

أما الالتزام بالإرشاد فلا يكون تلقائيا بل استجابة لطلب المستثمر الذي توجه به الى الوسيط (obligation de renseignement). إذ يفترض طلبا توضيحيا من طرف المستثمر الدائن في حين يتمثل واجب التبصير أو التنبيه في لفت نظر المستثمر العميل الى النتائج المتوقعة و المحتملة لأوامره. و على الوسيط أن يقوم بتنفيذ الالتزام بالتنبيه على المستثمر مع ما يلائم وضعه المالي و قدراته الذاتية إذ يفترض واجب التنبيه الأخذ بظروف المستثمر الذاتية (obligation de mise en garde).

راجع حول هذه المسألة في عقود المضاربة:

Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation, "Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation", La documentation française-2009, pp. 216et 217.

¹⁸⁴ المعرفة العالية التي يجب أن تتوافر في العميل المستثمر تحمله واجب الإفصاح عن كل البيانات التي في حوزته فضلا عن تطلعاته الشخصية من وراء عملية التداول (Renseigner pour se faire renseigner). هذا الواجب سيمكّن الوسيط لاحقا من اسداء النصح لعميله المستثمر في أفضل الظروف الممكنة و على أحسن وجه. و العكس بالعكس: يقع على الوسيط التزام بتقصي المعلومات حتي يتمكن تاليا من ارشاد و نصح المستثمر على أفضل وجه (Se renseigner pour renseigner). يبدو أن المشرع الفرنسي قد أقر جملة هذه الالتزامات في المواد 533-13، I و II و المادة 533-12، II من المجلة النقدية والمالية (V. les art. L. 533-12 II et L. 533-13 I et II, Com. 12 fév. 2008, Bull. 2008, IV, n°31, JurisData n° 06.20835 CMF), v. aussi هذا القرار لمحكمة النقض الفرنسية ألزم الوسيط بواجب تقصي احتياجات و امكانيات و تطلعات العميل المستثمر و حمّله تنفيذ التزامه بالإرشاد وفقا لهذه المعطيات. قارن في فقه القضاء الفرنسي مع : Com. 5 mai 2009, JurisData n°08.14983; Com. 23 juin 2009, JurisData n°07.22032.

فالحضور الفعلي للعميل وتواصله المباشر والمادي مع الوسيط يمكّن هذا الأخير من تقييم مدى ادراك العميل للمخاطر المنجزة من استعماله الإنترنت في إصدار أوامره¹⁸⁵. وقد نصت المادة 3-3-أولا من القرار المذكور، بوضوح على وجوب أن تتضمن اتفاقية التداول " بيان معرفة العميل في مجال التداول " (3-3 أولا و) وبيان ما تطلبه خدمة التداول عبر الإنترنت من " معرفة عاليه " (3-3 أولا أ) إلى جانب تنبيهه إلى الطبيعة الخاصة للمخاطر والخسائر التي قد تلحق باستثماراته (3-3 أولا - ز) والتأكيد على تحمله وحده كافة المسؤولية المنجزة عن استثماراته نتيجة اختياره التداول عبر الإنترنت (3-3-أولا-ح). فمجمّل هذه الالتزامات المحمولة على الوسيط الإلكتروني تستوجب الحضور الفعلي للعميل مما يجعل إمكانية تنفيذ واجب النصح والإرشاد عبر الانترنت صعبة المنال (أنظر ما تقدم)¹⁸⁶.

2.1.2- نسبية واجب النصح و الالتزام بالإرشاد:

¹⁸⁵ يتحمّل العميل المستثمر واجب إعلام الوسيط و التعاون معه L'obligation d'informer et de coopérer بكل ما من شأنه أن يُيسّر على الوسيط تقييم مستوى المستثمر و تحديد تطلّعاته، و يتحمّل العميل المستثمر واجب الإعلام و الاستعلام حتى يقدّم معطيات تمكّن الوسيط من نصح و إرشاد العميل في أحسن الظروف . أنظر باللسان الفرنسي في هذا الصدد: Biron (J.), " La responsabilité de l'intermédiaire de marché et la protection du petit investisseur: à la recherche d'un certain équilibre", Mémoire, Faculté des Etudes Supérieures, Montréal, Août 2005, p. 115 et 125.

¹⁸⁶ تجدر الإشارة إلى أن الوسيط يتحمّل عبء إثبات تنفيذ الالتزامات المحمولة عليه. راجع في هذا الشأن قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 7 جانفي 2004 و الذي جاء فيه : " على المتحمّل للالتزام الإعلام أو لواجب النصح إثبات تنفيذه لالتزاماته" (Cass. Com., 7 janv. 2004, Banque et Droit, 2004, n°94, p. 32 obs. H de Vaulpane et J. J. Daigre: " celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'un devoir d'information ou de conseil d'établir qu'il a satisfait à son obligation »).

إن التمعن في أحكام المادة 3-3-أولا – المذكورة يؤكد أن واجب النصح والإرشاد نسبي، أي أن مضمونه المادي يختلف بحسب شخصية العميل المستثمر¹⁸⁷ والطبيعة القانونية لعملية التداول¹⁸⁸. وبيان ذلك أن القرار اعتمد معياراً ذاتياً في تقدير إمام العميل بمتطلبات خدمة التداول ومخاطرها والمسؤوليات المترتبة عنها. فالمادة 3-3-أ المشار إليها، أكدت على وجوب " المعرفة العالية " لدى العميل للاستفادة من خدمة الإنترنت مما يفرض – في العميل – حداً أدنى من المؤهلات الفنية والعلمية للتعامل مع هذه الآلية. كما تابعت المادة (3-3-أولا- و) وجوب تضمين اتفاقية التداول " طبيعة عمل العميل والجهة التي يعمل لديها " مع " بيان معرفته في مجال

¹⁸⁷ انظر باللسان الفرنسي: Bonfils (S.), Le droit des obligations dans l'intermédiation financière", these, *Bib. dr. priv.*, L. G. D. J., 2005, n°s 215 et suiv. et n°s 697. V. aussi en jurisprudence française: Com. fr. 5nov. 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n°327, *Jurisdata* n°89.18005, *Banque et droit*, 1992, p.106, *Bull. Joly bourse* 1992, p. 292, §56 : « *quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur le marché à terme, hors le cas où il en a connaissance* » ; v. aussi dans le même sens Com. 10 mai 1994 et Com. 2 nov. 1994, *RJDA* 1/95, n° 34 ; Com. 23 fév. 1993, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 296, § 58, note Peltier (F.) ; Com. 18 mai 1993, *Bull. Joly bourse* 1993, p. 393, §81, note Bonneau (Th.) ; Com. 7 avr. 1998, *Banque et Droit*, n° 60 juill. Août 1998, p. 37 ; CA Paris, 17 déc. 1992, *Banque et Droit* 1993, p. 29, cf. avec le Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation , préc., pp. 214 et 215.

¹⁸⁸ نشير في هذا الصدد إلى أن محكمة النقض الفرنسية لا تلزم المصرف أو البنك بإخطار العميل المستثمر و تبصيره لعمليات التداول التي لا تتضمن عنصر المضاربة. أنظر : Cass. com., 14 déc. 2004, *D.* 2005, Act. Jur., p. 360: “ *le banquier teneur de comptes de titres n'est pas tenu, en l'absence d'opération spéculatives, à une obligation de mise en garde envers son client*” ; Cass. com., 19 sept. 2006, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 186, *JurisData* n°05-14. 344, Com. 19 sept. 2006, *JurisData* n°2006-035004 ; Cass. com. 19 sept. 2006, *Bull. civ.* 2006, IV, n°185, *JurisData* n°05-0514. 343, Com. 19 sept. 2006, *JurisData* n°2006-035003 ; Cass. com. 19 sept. 2006, *JurisData* n°04-19. 522 ; Cass. com. 19 sept. 2006, *JurisData* n°05-15. 305, *Rev. dr. bancaire et fin.* 2007, n°1, p.43 note Storck.

التداول بالأوراق المالية " (3-3-أولا - ز) في حين أكدت الفقرة الأخيرة من المادة (3-3-أولا) على تحمل العميل " وحده " كافة المسؤولية المترتبة على استعماله آليات التداول عبر الإنترنت (3-3-أولا-ح). فكل هذه الإشارات التي تحيل على معرفة العميل وتحمله مسؤوليته تجعلنا نميل إلى الاعتقاد بأن تقديم النصح للعميل يجب أن يتناسب مع جملة من المعايير المعتمدة التي تختلف من عميل إلى آخر ، حسب معرفة كل منهم بالتداول عبر الانترنت ومهنتهم وقدرتهم على تحمل مسؤولية أوامرهم¹⁸⁹ . فكلما كانت معرفة العميل بالخدمات الإلكترونية محدودة أو حرفته بعيدة عنها، كلما كانت حاجته للنصح والإرشاد أوكد¹⁹⁰ ، وكلما كان النصح في حقه مسايرا *Obligation personnalisée* لمتطلباته واحتياجاته الشخصية¹⁹¹ .

وتقدير ذلك كله يختلف بحسب حال كل عميل، وبحسب إمكانياته ومؤهلاته

¹⁸⁹ قارن في القانون الفرنسي مع المادة 533-14 فقرة ثانية من المجلة النقدية و المالية 533-14 (V. L. 533-14) al. 2 CMF. V aussi la Dir. MIF[*MiFID – Markets in Financial Instruments Directives*] n°2004/39/CE du 21 avr. 2004, *JOUE* du 30 avr. 2004 ; cf. avec Maudouit, *locus op. cit.*, p. 28 et suiv., 32 et suiv., 34 et suiv.

¹⁹⁰ قارن في هذا الشأن مع: Biron, *locus op. cit.*, p. 98. Maudouit, *locus op. cit.*, p. 7 ;

¹⁹¹ وعليه، يجب على الوسيط إسداء أفضل النصيحة للعميل المستثمر (Best advice/ Meilleur conseil) و لا يعفى الوسيط من الالتزامات المحمولة عليه بمجرد اطلاع المستثمر على نشرية الإصدار مؤشرا عليها بموافقة هيئة السوق المالية و شرحها له. انظر خاصة في هذا الشأن في القضاء الفرنسي: Com. fr., 24 juin 2008, pourvoi n°06-21798, inédit, cassation partielle: « Attendu que pour rejeter les demandes de Mme X..., l'arrêt , après avoir constaté que la plaquette commercial reçue par Mme x... indique ' vous n'avez pas à vous inquiéter des évolutions des marchés financiers' puis que le digramme qui y figure n'envisage à aucun moment de perte et que même en cas de baisse de l'indice DJ euro Stoxx 50 à 35% il est encore envisagé un gain de 2,25%, retient que, si ce document n'a pu à aucun moment informer la cliente, celle-ci a cependant été informée par l'examen de la notice visée par la Commission des opérations de bourse ; attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ... »

الشخصية¹⁹². (appreciation in concreto)¹⁹³. وعليه ، لا يجوز ، حسب رأينا ، للوسيط تقديم واجب النصح والإرشاد عبر وسائط الكترونية أو برمجيات جاهزة تعمل تلقائياً أو مؤتمتة لا تراعي خصوصية وحاجة كل عميل مستثمر . فتقديم النصح والإرشاد يجب أن يحافظ على طابعه الانساني- الذاتي (ad humanitatem) ، وأن يسدى لكل مستثمر على حده¹⁹⁴ و بمناسبة كل عملية أو أمر تداول¹⁹⁵. ويتحلل الوسيط من التزاماته بالإعلام والإرشاد والنصح و التبصير متى كان المستثمر مطلعاً على خصوصيات العمل البورصي¹⁹⁶.

¹⁹² و تبقى مع ذلك مسألة الأخذ بالمعطيات الشخصية والظروف المحيطة بالعميل المستثمر أي اعتماده معياراً ذاتياً بصفة مطلقة appreciation in concreto subjective أو الاكتفاء بتمثل ما كان على العميل المستثمر أن يفعله في ظل ظروفه الشخصية appreciation in concreto objective مطروحة.

¹⁹³ أنظر باللسان الفرنسي: "Banque et Droit", J. G. D'Hérouville, "La notion d'investisseur averti", 1998, n°57, p. 21; Maudouit, *locus op. cit.*, spéc. P. 29 et p. 52; De La Batie (N.Dejean), *Appréciation in concreto et in abstracto en droit français*, thèse, préf. H. Mazaud, *Bib. dr. priv.*, t. 57, L. G. D. J., 1965, p. 6 et suiv.

¹⁹⁴ و قد جرى العمل على القيام باستبيان أول لتقدير تجربة المستثمر و خبرته (Suitability test) قبل إجراء استبيان ثان لتحديد أفضل الأوراق الملائمة لتطلعات و الإمكانات المالية للمستثمر. انظر مثلاً في القانون الفرنسي التعميم الصادر في 12 أبريل 2007 *J. O. R. F.* 13 avr. 2007, Ord. n°2007-554 du 12 avr. 2007.

انظر حول هذه المسألة: Maudouit (A), "Obligation d'information et responsabilité des intermédiaires financiers", *Mémoire*, Paris II, mai 2008, p. 15; Biron, *locus op. cit.*, p. 95. الحقيقة ، فإن فقه مدرسة الملاءمة suitability doctrine هو تكريس لقاعدة " اعرف حريفك " المعتمدة في الولايات المتحدة الأمريكية (KYC: "Know your client rule"). انظر حول هذه المسألة: Biron, *locus op. cit.*, p. 83 et suiv.; Conac (P-H.), "Les devoirs d'information de l'investisseur sur les marchés spéculatifs aux Etats-Unis", *Rev. dr. bancaire et fin.* 2002, n°6, p. 354.

¹⁹⁵ يجب هنا التأكيد على أن واجبات إعلام و إرشاد الحريف و نصحه لا يمكن إسداءها صبرة واحدة و إنما بحسب كل عميل و بحسب كل عملية تداول لأن عقد التوظيف الاستثماري الذي يربط العميل بالمستثمر قد يشمل أنواعاً عديدة من العمليات ذات المخاطر المتنوعة و المختلفة. و عليه ، يجب على الوسيط أخذ خصوصيات العملية و مخاطرها في الحسبان. (أنظر في هذا المعنى باللسان الفرنسي: Maudouit, préc., p. 11.) المرجع السابق، ص. 11

¹⁹⁶ العديد من القرارات و الأحكام القضائية الفرنسية أكدت هذا المعنى. أنظر في هذا الشأن القرارات التي أوردها:

J. J. Daigre, « L'information de l'investisseur sur les marchés spéculatifs », *Rev. Dr. bancaire et fin.*, 2002, p. 352.

و لعل أبرز هذه القرارات، حكم المحكمة التجارية بباريس الصادر في 20 سبتمبر 2000 Trib. Com. : Paris, 20 sept. 2000, *Banque et Droit* 2000, p. 37, note H. De Vauplane.

2.1.3- زمن تنفيذ واجب النصح والإرشاد :

خلافًا لواجب الإعلام، يسدي الوسيط النصح قبل إصدار العميل أوامر التداول إذ لا معنى للنصيحة متى قام العميل بالفعل بإصدار أوامره . فلفت انتباه العميل والتأكيد عليه بأن أوامره قد لا تنفذ أو يتأخر تنفيذها (مادة 3-3-أولا-3-ز) أو أن معالجتها قد تتطلب وقتاً (مادة 3-3-أولا-3-ز-1) يكون، بحكم الضرورة وطبيعة الأشياء، قبل إصدار العميل لأوامره. ولا يتصور واقعا وقانونا ان يُرَجَأ التنبيه على العميل لحين صدور الأمر بالتداول. ومن العبث أيضاً أن لا يُنَبَّه العميل إلى خطورة معالجة الأوامر عبر الإنترنت للتغيير السريع والمطّرد في الأسعار (3-3-أولا-3-ز-2 + أنظر أيضاً 3-3-أولا-3-ز-4). فالوسيط ملزم في كل هذه الأحوال بالتنبيه على العميل المستثمر ولفت انتباهه ونصحه والتأكيد عليه بإمكانية حدوث كل هذه الطوارئ الملازمة لطبيعة التداول عبر الانترنت عند إبرام اتفاقية التداول و أثناء تنفيذها¹⁹⁷.

ويكون الوسيط الإلكتروني ملزماً ببذل أقصى ما في استطاعته من عناية في تحسيس العميل المستثمر بمخاطر قد تحدث من جراء التعامل بالانترنت بحسب تقدير درجة التزامه بالنصح و حسب مؤهلات العميل وخبرته بميدان البورصة مما يفرض على الوسيط التزاماً مؤكداً ببذل عناية لا يتحلل منه إلا متى أثبت بأنه قام بكل ما في وسعه لتنبيه العميل للمخاطر التي تحيط بعملية التداول عبر الانترنت. ويكون الوسيط الإلكتروني مسؤولاً بنصيحته طبقاً للقواعد العامة للقانون، أي أنه يكون مسؤولاً متى أسدى مشورة عن سوء نية أو ارتكب خطأ فاحشاً في اسدائها.

¹⁹⁷ راجع : Maudouit, *locus op. cit.*, p. 29.

2.2- الالتزام الخاص بالإعلام : L'obligation spéciale d'information¹⁹⁸

يتحمّل الوسيط واجبا خاصاً إعلام العميل عند إبرام اتفاقية التداول وعند تنفيذها.

2.2.1 ف عند إبرام اتفاقية التداول، يلتزم الوسيط الإلكتروني بتضمين بياناً تفصيلياً بجملة حقوق والتزامات العميل (مادة 3-3-أولا-ح). ولا يفوتنا هنا التأكيد على وجوب صياغة هذه الواجبات والحقوق بدقة متناهية وبوضوح كامل وبعبارات مألوفة استبعاداً للشبهة وحتى يتمكن العميل من إدراك ما له وما عليه بحيث لا تكون التزاماته وحقوقه مبهمّة أو فضفاضة.

كما يجب أيضاً أن يمنح العميل مهلة من الزمن كافية لتدبر أمره قبل قبول اتفاقية التداول وأن تضمن الاتفاقية ذلك وأن يتمكن الوسيط من إثبات ذلك متى نشأ نزاع بين المتعاقدين.

ومن بين البنود التي يجب قانوناً أن تتضمنها اتفاقية التداول البند المتعلق بقيمة الرسوم على العميل مقابل خدمة التداول عبر الإنترنت (مادة 3-3-أولا-ب، القرار المشار إليه) حتى يكون العميل على بينة من أمره. وعلى حدّ علمنا تبقى نسبة العمولة ومقدارها خاضعين لأحكام المادة (15) من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (1) لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بالوسطاء¹⁹⁹. وعلى الوسيط الإلكتروني إثبات كل ذلك متى نشأ نزاع بين المتعاقدين. ولا تثريب عليه أن يثبت تنفيذ لجملة التزاماته إلكترونياً كأن يستلم إقراراً من العميل بإلمامه وإدراكه لجملة التنصّيات والبيانات المضمنة في اتفاقية التداول²⁰⁰.

¹⁹⁸ انظر باللسان الفرنسي: Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats

– Essai d'une théorie, thèse, *Bib. dr. priv.*, L. J. D. G., Paris 1992.

¹⁹⁹ انظر أيضاً المادة الثالثة للقرار رقم 158/ل لسنة 2005 بشأن الرسوم المستحقة للهيئة والمقررة على بورصة دبي للذهب والسلع.

²⁰⁰ ومن بين البنود التي تستأثر بالاهتمام البند (3-3-أولا- ب) المتعلق بقيمة الرسوم المحمولة على العميل مقابل خدمة التداول عبر الانترنت. فقد ألزمت هذه المادة بيان الرسوم وقيمة العملة الموظفة على

وبالتالي فإن غياب قيمة العمولة أو مقدار الرسوم الموظفة على الخدمة ليس من شأنه مبدئياً أن يبطل اتفاقية التداول. لأن هذه الرسوم والعمولة قابلة للتعيين حتى وإن لم تكن معينة عند إبرام اتفاقية التداول، بل إنها في الأصل معلومة باعتبارها مسعرة ومحددة مسبقاً. ولا يجوز أن يسرف الوسيط في القيام بعمليات التداول بدون موجب بنية الحصول على أكبر قدر من العمولة²⁰¹.

2.2.2 أما تنفيذ اتفاقية التداول، فتفرض على الوسيط التواصل مع عميله المستثمر، أي إمكانية إخطاره بمآل أوامره. وهذا ما ذهبت إليه المادة (3-3-أولاً) من القرار عندما أشارت إلى لزوم " تحديد وسيلة الاتصال مع العميل ". فالوسيط مطالب بإخبار العميل المستثمر بوضعيته المالية الجديدة و ما عليه من استحقاقات وما له من حقوق تجاه الغير إذ يتحمل التزاماً بمتابعة أوامر العميل المستثمر و تحيينها و تحديثها obligation de suivi et de mise à jour و إخطار المستثمر بوضعيته المالية الجديدة²⁰² obligation de rendre compte. و كل من التزامات المتابعة و الإخطار و التحيين يمكن تنفيذها إلكترونياً وبشكل فوري وآلي عن طريق برنامج أو نظام إلكتروني مؤتمت (أنظر المادة 12-2 ق. أ. رقم (1) لسنة 2006). كما يمكن للوسيط الإلكتروني أيضاً - حتى يضمن علم العميل بمآل أوامره - أن يتفق معه على توجيه إقرار إلكتروني باستلام الإخطار الذي وجهه له ، وفقاً لأحكام المادة (14) من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006. وأخيراً يجب التذكير بأن المادة (6) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم 67/ر يلزم الوسيط بتزويد العميل بكشف حساب شهري تفصيلي لعمليات التداول والرصيد النقدي للعميل في الحساب. ويمكن له أيضاً إرسال هذا الكشف إلكترونياً.

خدمة التداول حتى يكون العميل على بينة من أمره وعلى حد علمنا، تبقى نسبة العمولة ومقدارها خاضعين لأحكام المادة (15) من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (1) لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بالوسطاء. أنظر أيضاً المادة 3 للقرار رقم 156/ر لسنة 2005 بشأن الرسوم المستحقة للهيئة والمقررة على بورصة دبي للذهب والسلع.

²⁰¹ انظر : Biron , *locus op. cit.*, p. 106 et suiv.

²⁰² و يكون ذلك إما في شكل كشف حساب (relevé de compte) أو في شكل إعلام بالتنفيذ (avis d'opéré). انظر في هذا الشأن: Vauthier, *locus op. cit.*, p. 77.

الفرع الثاني: التزامات العميل المستثمر Obligations de l'investisseur

أوجبت المادة (3-3-أولا-د) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم 67/ر على العميل المحافظة على رقم المستخدم الشخصي ورقمه السري. وفي الحقيقة، يتحمل العميل باعتباره، مَوْقِعاً إلكترونياً، جملة من الالتزامات طبقاً لأحكام المادة 19 من القانون الاتحادي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

من ذلك أنه يقع على العميل المستثمر واجب الحيلة والحذر " لتفادي استخدام أداة توقيعه استخداماً غير مصرح به " (مادة 19 أولاً-2. ق. أ. رقم 1/ لسنة 2006)، كما يلتزم بممارسة " عناية معقولة " لضمان صحة ودقة واكتمال بياناته المتعلقة بشهادة المصادقة الإلكترونية في الحالات التي تكون لازمة للتوقيع (مادة 19-أولاً-4-ق. أ. رقم 1/ لسنة 2006).

والتقصير في واجب الحيلة المحمول على العميل المستثمر تنجر عنه مسؤوليته الشخصية إذا ما أحدث أضراراً للوسيط أو لغيره. وتكون مسؤولية تعاقدية تجاه الوسيط وتقديرية تجاه الغير لغياب العلاقة التعاقدية المباشرة بين العميل المستثمر والمتعاملين والمتدخلين الآخرين في السوق.

وتوجب المادة 19 أولاً-3 (ق. أ. رقم 1 لسنة 2006) على العميل المستثمر إخطار الوسيط وبدون تأخير إذا اشتبه في أمانة توقيعه (مادة 19-أولاً-3-أ) أو إذا ما تبين من الظروف ما يحمله على الاعتقاد بأن توقيعه تعرض لما يثير الشبهة (مادة 19-أولاً-3-ب)²⁰³، ويمكن أن يكون الإخطار في شكل إلكتروني. والأصل أن تكون عناية العميل عناية معقولة (مادة 19-أولاً-4) إلا أن هذا المعيار يبقى غامضاً لعدم تحديد المقصود بالعناية المعقولة، فهل العناية المعقولة هي العناية

²⁰³ انظر المادة (21 - أولاً - د) من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 التي أوجبت على مزود خدمات التصديق " أن يوفر وسيلة للموقعين تمكنهم من تقديم إخطار بأن أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة وأن يضمن توافر خدمة إلغاء للتوقيع يمكن استخدامها في الوقت المناسب "، كما أكدت نفس المادة في الفقرة ج-5 على ضرورة ضمان " ما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة " (مادة 12-أولاً-ج-5) و " ما إذا كان للموقع وسيلة لإعطاء إخطار بموجب هذا القانون " (مادة 21-أولاً-ج-6).

المعتادة، أي عناية رب الأسرة الصالح ؟ أم عناية الرجل الحريص مثلما هو الشأن بالنسبة للوسيط ؟ أم ، وبكل بساطة ، عناية المستثمر لأمواله ؟

الغالب على الظن أن تكون عناية العميل العناية المستثمر لأمواله، بمعنى أن يكون حذراً متيقظاً عند إرسال أوامر التداول وتسلم الإخطارات والكشوفات بمآلها، دون أن تبلغ هذه العناية درجة العناية المحمولة على الوسيط، أي عناية الرجل الحريص.

ويرجع هذا التفاوت في معيار العناية إلى درجة الحرفية التي يتمتع بها الوسيط إذا ما قورن بالعميل. فكان لابد من اعتبار ذلك عند تقدير عناية العميل (مادة 3-3-أولاً، من القرار المذكور). وما لزوم نصح وإرشاد العميل المستثمر إلا لأنه من المفترض أن تكون عناية العميل أقل درجة من عناية الوسيط.

كما يلتزم العميل بالمحافظة على وسيلة الاتصال التي وقع تحديدها مع الوسيط في اتفاقية التداول.

فتغيير وسيلة الاتصال يُعدُّ، حسب رأينا، تغييراً أحادي الجانب في أحد الالتزامات الجوهرية للعقد، يجيز طلب فسخ اتفاقية التداول ومطالبة العميل بالتعويض عن الاضرار التي تسبب فيها للوسيط أو لمتعامل آخر²⁰⁴.

ويجب أخيراً على العميل أن يدفع الرسوم و العمولة للوسيط - ويكون الوسيط محقاً في إستخلاص هذه المبالغ من مال العميل الذي تحت يده - فله حبس السندات والأسهم والصكوك حتى استيفاء الرسوم والعمولة²⁰⁵ متى كان ذلك ممكناً.

²⁰⁴ و تكون بالطبع مطالبة التعويض على اساس المسؤولية التعاقدية في علاقة العميل المستثمر بالوسيط، و على اساس المسؤولية التقصيرية في علاقة المستثمر بمستثمر آخر.

²⁰⁵ أقرت المادة 213 من قانون المعاملات التجارية (ق.إ. رقم 18 لسنة 1993) بأن " للوكيل الحق في حبس البضائع وغيرها من الأشياء التي يرسلها اليه الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له وذلك ضماناً لما يستحقه من اجر ومصروفات لدى الموكل ". كما نصت المادة 238-1 من نفس القانون أن " للوكيل - فضلاً عن حقه في الحبس - امتيازاً على البضائع وغيرها من الأشياء التي يرسلها الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له". كما أجازت المادة 16 من قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 95 لسنة 2006 للوسيط " التصرف في الأوراق المالية محل الصفقة التي توسط في إبرامها إذا لم يقم العميل المستثمر الذي وسطه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن تلك الصفقة " وذلك بعد أخذ موافقة مدير عام السوق. و عليه، يمكن للوسيط حجز الأوراق المالية إلى حين استيفاء أجرته و عمولته. وتسري قواعد المنقول المعنوي على حجز الأوراق و القيم المالية. أنظر أيضاً حقوق

المبحث الثاني

المَبْنَى: التكيف القانوني للوساطة الإلكترونية

LE CONSTRUIT

يقصد بالمبنى عملية التكيف أي التوصيف القانوني لمعطى قانوني. فالعملية تفترض اذا إسناد المعطى لمفهوم أو مؤسسة قانونية أو قاعدة أو مجموعة قواعد قانونية. وعملية الإسناد هذه تتطلب مقارنة المعطى أي النظام القانوني - كما وقع تحديده في المطلب الأول- عبر مفاهيم وآليات ومؤسسات قانونية سابقة الوضع محددة ومعروفة. وتهدف عملية البناء القانوني، من وراء توصيف الواقع أو المعطى، إلى تحديد الطبيعة القانونية للمعطى.

ولمّا قمنا سابقاً بدراسة المعطى القانوني، أي جملة التزامات وحقوق كل من العميل المستثمر والوسيط، كان علينا الآن توصيف الإطار - التعاقدى - الذي تنشأ فيه هذه الحقوق و الالتزامات ، أي محاولة إلحاق المعطى أو إسناده إلى مفهوم أو مؤسسة قانونية معروفة ومحددة. إن دراسة المعطى القانوني سيساعدنا في تحديد الطبيعة القانونية للوساطة الإلكترونية (المطلب الثاني) بعد أن نكون قد بيّنا قصور المقاربات التقليدية على الاحاطة بخصائص الوساطة الإلكترونية و طبيعتها (المطلب الأول).

المطلب الأول

قصور المقاربات التقليدية على الاحاطة بخصائص الوساطة الإلكترونية

إن المتأمل في آلية الوساطة الإلكترونية لا يسعه إلا أن يستنتج قصور الأوصاف التقليدية التي أقرها الفقه تارة وفقه القضاء تارة أخرى في تكيف الوساطة في ميدان

الوسيط، خالد على صالح الجنيبي " الحماية الخاصة لسوق الأوراق المالية لدولة الامارات العربية المتحدة وفقاً للقانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، "الطبعة الأولى"، بيروت ، لبنان 2007 .

البورصة. فلا عقود الوكالة (الفرع الأول) ولا عقد السمسرة (الفرع الثاني) يمكن لها أن تنظم حقوق والتزامات كل الأطراف. وللسبب نفسه يجب استبعاد كل من آلية التعهد عن الغير Promesse de porte-fort (الفرع الثالث) والاسم المستتر Prête – nom (الفرع الرابع) اللذين يبقيان ناقصين لتكييف جامع مانع للوساطة الإلكترونية²⁰⁶.

الفرع الأول: قصور عقود الوكالة على تكييف الوساطة الإلكترونية.

تعرف المادة الأولى من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (1) لسنة 2000 السالف الذكر، الوساطة على أنها " العمل على إنجاز أوامر البيع أو الشراء التي يتلقاها الوسيط من العملاء " و تضيف المادة الرابعة من نفس القرار " يعتبر عملاً من أعمال الوساطة استمالة عملاء للتعامل في الأوراق المالية والسلع ".

²⁰⁶ ترجع صعوبة التكييف أيضا الى أن مفهوم الوساطة المالية intermédiaire financier يحيل على عدة وضعيات قانونية مختلفة. ففي القانون الأنكلوسكسوني عموما ، و البريطاني خصوصا، يحيل مفهوم الوساطة على السماسرة و الوكلاء بالمعنى الواسع للكلمة Commission Brokers و الذي يشمل تارة سماسرة الصالة Floor Brokers و تجار المقصورة ، تارة أخرى Floor Traders/Market Makers (الذين لا يتعاملون مع مستثمرين بل يقومون بالشراء و البيع لحسابهم الخاص مستفيدين من أسعار البيع و الشراء)، فضلا عن السماسرة المتخصصين Specialists (يجمع المتخصصون بين صفتي الوسيط مقابل عمولة و صفة التاجر الذي يضارب لحسابه عن طريق بيع و شراء الأوراق المالية) . وقد ينسحب مفهوم الوساطة المالية أيضا على السماسرة للحساب الخاص Jobbers الذين لا يجوز لهم التعامل مع العموم خلافا للسماسرة لحساب الغير Brokers الذين يتمتعون بحق حصري للتعامل مع جمهور المستثمرين، هذا فضلا عن معاوني السماسرة كالمندوب الرئيسي Commission principle و الوسيط Remisier) في مفهومه البدائي و البسيط ، يكون الوسيط مجرد أداة الاتصال بين السمسار و العملاء). أنظر في عموم المسألة: خورشيد أشرف إقبال، سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية و النظم الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم _ قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مكتبة الرشد – ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2206، ص. 525 و ما يليها، تحديدا: من الص. 532 الى الص. 535، قارن مع محمد الأمين ولد عالي الغلاوي الشنقيطي، الاجتهاد و تطبيقاته المعاصرة في مجال الأسواق المالية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة المقاصد، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 2006، من الص. 367 الى الص. 371 (في شأن صعوبة التفرقة بين الوسيط و السمسار في الأسواق المالية و الخط السائد بين كلا المفهومين و ضرورة التمييز بينهما).

وعملية "استمالة" العميل مختلفة عن عملية "إنجاز" أوامره بالبيع والشراء. فالاستمالة تقوم على تقريب العملاء بعضهم من بعض، وتكون بالتالي عملية سابقة عن إصدار الأوامر. بل إن الوساطة على هذا المعنى قد تكون عملية سابقة حتى عن إبرام اتفاقية التبادل، في حين تعرفها المادة الرابعة على أنها إنجاز الأوامر بالبيع والشراء، وعلى هذا المعنى تكون الوساطة مجرد عملية تنفيذ ما تلقاه الوسيط من أوامر من قبل العميل.

وفي كلتا الحالتين، سواء أكانت عملية "استمالة" أم عملية "إنجاز" مادي لأوامر المستثمرين، لا تُعنى الوساطة بإبرام التصرفات القانونية. فموضوع الوساطة إما أن يكون مقتصرًا على استمالة العملاء دون أن ينصرف إلي تمثيل أحدهم في إبرام العقود²⁰⁷، وإما أن ينحصر في مجال تنفيذ أوامر العميل المستثمر. وفي كلتا الحالتين لا يمكن اعتبار الوسيط وكيلًا، ولا حتى وكيلًا بعمولة – فالوكالة سواء أكانت مجردة أم بعمولة ينصرف موضوعها إلى التصرفات القانونية أي "الأعمال التجارية" دون الوقائع القانونية (أنظر المادتين 197 و 200 من قانون المعاملات التجارية)، خلافاً لما أجازته المادة الأولى من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع الذي أوكل للوسيط، وبالتالي للوسيط الإلكتروني، العمل على "إنجاز" أوامر البيع والشراء في حق العميل.

و لا يمكن، حسب رأينا، الاعتداد بالمادة 217 من قانون المعاملات التجارية لاعتبار اتفاقية التداول ضرباً من ضروب وكالة العقود لأنه وإن أجاز المشرع في هذا النوع من الوكالة " الحز والتفاوض على إبرام الصفقات " (أي استمالة العملاء على معنى المادة الرابعة لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع، السالف الذكر)، بالإضافة إلي مهمة " تنفيذ الصفقات " (أي تنفيذ أوامر التداول على معنى المادة الأولى، من نفس القرار، السالف الذكر) فإنه لا ريب في أن هذا النوع من الوكالة يتعارض صراحة مع مقتضيات المادة 18-6 من القرار رقم (1) لسنة 2000، السالف الذكر، الذي يوجب على الوسيط عدم "الافصاح للوسطاء أو المتعاملين الآخرين عن أسماء عملائهم".

²⁰⁷ إبرام العقد يمكن فقط الوسيط من استحقاق العمولة " بمجرد تحقق ذلك الإبرام حتى لو لم ينفذ العقد كله أو بعضه " (المادة 13 قرار رقم 1/ لسنة 2000).

فالوسيط في عمليات البورصة، يتعاقد في حق عميله ولكن باسمه الشخصي في حين توجب المادة 217 المذكورة أن " تشمل مهمته إبرام الصفقات وتنفيذها باسم الموكل ولحسابه ". فالوكالة التجارية العادية تفرض أن يكون الوكيل نائباً للعميل وهذا ما لا يجيزه نظام التداول في الأسواق المالية. فالوسيط الإلكتروني، أسوة بالوسيط العادي، يتعاقد باسمه الشخصي، أي أنه لا ينوب عميله قبالة المتعاملين الآخرين.

وبالتالي، وخلافاً للوكالة التجارية العادية، لا يمكن لغير المتعامل مساءلة العميل على أساس المسؤولية التعاقدية، لأنه لا يوجد أي رابط عقدي مباشر بينهما²⁰⁸ حتى وإن علم عن حسن نية بهوية العميل المصدر لأمر التداول. فالعلم بشخص العميل المستثمر وهويته لا يكفي لإنشاء حقوق والزامات تعاقدية بين المستثمر ومستثمر ثان.

و مع ذلك، يبدو أن عقد الوكالة بالعمولة يمكن أن يحيط بالوساطة الإلكترونية لأسباب ثلاثة:

أولاً: كما في الوساطة الإلكترونية، الوكالة بالعمولة تفرض على الوكيل " أن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل (المادة 229، قانون المعاملات التجارية، أنظر أيضاً المادة 236-1 من نفس القانون).

²⁰⁸ انظر في هذا الشأن قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 جوان 1892 و الذي جاء فيه: Cass. fr. 14 juin 1892, D. P. 1893, 1, p. 500 : « Attendu, d'une part, que les agents de change, dans l'achat et la vente des valeurs qu'ils négocient à la bourse, agissent, non comme mandataires des parties, mais comme des commissionnaires stipulant en leur nom personnel; que le contrat ne se forme qu'entre les agents de change qui ont concouru à la négociation, chacun d'eux ignorant le commettant de l'autre de telle sorte que, aucun lien de droit ne pouvant se créer entre les parties qui n'ont pas ensemble figuré au contrat et stipulé les unes vis-à-vis des autres, il en résulte qu'une action directe ne saurait exister au profit du donneur d'ordre acheteur contre l'agent de change vendeur ». V. dans le même sens Paris, 18 juin 1992, D. 1993, 79, 3^{ème} espèce ; Joly Bourse et Produits financiers 1992, note H. de Vaulpane.

ثانياً: كلٌّ من الوكيل بعمولة و الوسيط الإلكتروني يتقاضى عمولة من الموكل أو العميل.

ثالثاً وأخيراً: كما في الوساطة الإلكترونية، يلتزم " الوكيل مباشرة قبل الغير الذي تعاقد معه " (مادة 237-1، قانون المعاملات التجارية) وليس للغير الحق في الرجوع على الموكل، والعكس بالعكس: فليس للموكل الرجوع على الغير مباشرة، إذ لا علاقة تعاقدية تربط بينهما (مادة 237-2 من نفس القانون) .

لجملة هذه الأسباب، نميل مبدئياً للقول بوجوب اعتبار الوساطة الإلكترونية عقد وكالة بعمولة أسوة بقرار محكمة التمييز بدبي رقم 37/ بتاريخ 2003/5/3 ²⁰⁹ الذي اعتبر الوكالة بعمولة عقد يجريه الوكيل باسمه الشخصي مع الغير في حق موكله بناءً على طلبه، مقابل عمولة، ويكون بمقتضاه الوكيل بالعمولة مسؤولاً مباشرة قبل الغير، وليس لهذا الأخير أن يرجع على الموكل الذي يبقى أجنبياً عن العقد، فلا تنشأ بينه وبين الموكل أية علاقة قانونية²¹⁰.

ومما يعضد هذا الاعتقاد أنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يضمن تنفيذ الموكل لالتزاماته²¹¹. إلا أن تكييف الوساطة الإلكترونية على أنها عقد وكالة بعمولة يتجاهل معطين قانونيين على غاية من الأهمية.

²⁰⁹ محكمة تمييز دبي، حكم رقم 37 ، بتاريخ 2005/5/3 ، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية ، عام 2—3 ، ج 1 العدد 14 ص 539 ، أنظر في نفس السياق ، خالد على صالح الجنيبي ، مرجع سابق ، ص 92 . قارن مع قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 14 جوان 1892 المشار اليه و قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 18 جوان 1992 على أن تتضمن الوساطة تداولاً للأوراق على معنى قانون البورصة (négociation): Bull. Paris 18 juin 1992, (H.) De Vauplane 1993, p. 25, §3, note.

²¹⁰ أنظر في هذا الشأن باللسان الفرنسي: De Vauplane (H.) & Bornet (J-P.), ouv. préc., n° 359, p. 248, n° 378, p. 264.

²¹¹ خلافاً للممثل التجاري الذي لا يضمن مبدئياً تنفيذ الصفقات التي تتم عن طريقه. أنظر المادة 246 من قانون المعاملات التجارية، في حين تنص المادة 242-2 من قانون المعاملات التجارية على أنه : " ويستحق الوكيل بالعمولة الضامن لوفاء المتعاقد بالتزاماته أجراً إضافياً تحدده المحكمة عند عدم وجود اتفاق أو عرف في شأنه "، أسوة بالوسيط الإلكتروني الذي يقع عليه واجب " تسوية التزاماته مع السوق

أولاً: أن الوكيل بالعمولة يحلُّ بإرادته الشخصية عند تعاقدته مع الغير المتعاقد²¹² ، خلافاً للوسيط الذي ينحسر دوره في تنفيذ أوامر التداول التي يتلقاها - فعيوب الرضا ينظر إليها وتُقَدَّر في إرادة الوكيل بالعمولة دون إرادة الموكل في حين لا تُبقي اتفاقية التداول عبر الإنترنت أي هامش للوسيط الإلكتروني للتعبير عن إرادته في عملية التداول إذ تقتصر مهمته على نقل إرادة العميل الى السوق ومحاولة انفاذها . فدور الوسيط الإلكتروني، كما نظمته القرار رقم 67/ر المذكور، يجعله في الحقيقة أقرب الى الرسول (Messenger) منه إلى الوكيل إذ أكدت كلتا الفقرتين (ز) و (ح) على تحمل العميل وحده كافة المسؤوليات المترتبة عن استثماره من خلال نظام التداول عبر الانترنت. ويُرجَّع هذا الدور إلى طبيعة الوساطة الإلكترونية نفسها. إذ أن الوسيط يقوم فقط بإرسال أوامر العميل، بعد التثبت من هويته وملكيته للأسهم (مادة 14-18، قرار (1) لسنة 2000 المذكور) وأهليته (مادة 12-18 من نفس القرار) أو ملاءته وأمانته (مادة 9-18 نفس القرار) دون أن تكون لإرادته في اختيار الأسهم أو السندات أو الصكوك موضوع التداول، أو عددها أو القيمة الجمالية لعملية التداول أي تأثير. فأمر التداول يضبط جملة هذه العناصر الأساسية ولا تترك لإرادة الوسيط أي فرصة أو هامش للتدخل أو الاشتراك في إبرام صفقة التداول.

وبالنتيجة، لمّا كانت إرادة العميل المستثمر هي الإرادة التي قادت عملية التداول وهيمنّت عليها إلى درجة أن الوسيط الإلكتروني حدّد دوره في إيصال وتبليغ هذه الإرادة للسوق، كان لازماً على العميل أن يتحمّل وحده تبعه اختياره. فالمتمأل في جملة أعمال الوسيط الإلكترونية يستنتج أنها أعمال مادية لا ترقى إلى مرتبة التصرفات القانونية. فمعالجة الأوامر المدخلة عبر الإنترنت مثلاً هي عمل فني بحث، قد يقوم به برنامج إلكتروني مُعدّ للغرض أو حتى منظومة إلكترونية مؤتمتة دون أن يكون للوسيط، أو ممثليه أو مستخدميه أي دور حاسم. وتنفيذ أوامر التداول " وفقاً لأسبقية ورودها " على الوسيط الإلكتروني (مادة 10-18 قرار رقم (1) لسنة 2000 المذكور) هي مجرد عمليات تنفيذ لا ترقى إلى مستوى العمل أو

وفقاً لنظامه وبغض النظر عمّا إذا كان قد حصل على تسوية من عملائه أو لم يحصل، (مادة 11-18 من القرار رقم (1) لسنة 2000 المشار إليه، قارن مع المادة 4-7 من نفس القرار).
²¹² قارن مع المادة 1-152 من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985.

التصرف القانوني بالمعنى الضيق للكلمة. وتنسحب نفس الملاحظة على عملية ملائمة أوامر التداول مع آلية العرض والطلب فهذه الملائمة تحدث بصفة آلية، أي إلكترونياً دون أن يكون للوسيط أي دور محدد ناهيك أنها هي أيضاً عملية مادية بحته، ولا يمكن بأي حال اعتبارها تصرفاً قانونياً.

ثانياً: أن الذي يحول دون اعتبار الوساطة الإلكترونية عقد وكالة بالعمولة يتمثل في التزام الوكيل بالعمولة بنقل ملكية الشيء الذي كُلف بشرائه أو بيعه أو معاوضته إلى ومن عميله عبر إبرام عقد جديد مع ذات العميل.

ويُردّ ذلك إلى أن الوكيل بعمولة لا ينوب عن موكله إذ يتعاقد باسمه الشخصي فكان لزاماً عليه حينئذ أن ينقل ما آلت إليه ملكيته إلى موكله بعقد جديد²¹³.

وهذا ما يفنده الواقع والقانون وظروف التعامل في البورصة، إذ لا يمكن اعتبار تسوية الوسيط الإلكتروني لعمليات التداول الحاصلة عقوداً جديدة. فهذه التصرفات محمولة قانوناً على الوسيط ولا تستلزم رضا العميل إلى جانب كونها لا تعد تصرفات منفصلة عن أوامر العميل وبالتالي وجب إلحاقها بها، عملاً بقاعدة الفرع يتبع الأصل. ومتى كانت الأوامر أعمالاً انفرادية، وجب اعتبار عمليات التسوية أعمالاً من ذات الصلة لتعلقها بها.

الفرع الثاني: استبعاد وصف السمسرة عن الوساطة الإلكترونية

تعرف المادة 254 من قانون المعاملات التجارية السمسرة بكونها " عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين وبالوساطة في مفاوضات التعاقد وذلك مقابل أجر ".

ويقترّب هذا التوصيف كثيراً من تعريف الوساطة في قانون البورصة، إذ يركّز على عملية البحث عن طرف ثان لإبرام العقد ، الشيء الذي يحيل على مفهوم "

²¹³ كل المراجع الفقهية مُجمعة على وجوب إبرام عقد جديد بين الوكيل بعمولة والموكل، انظر مثلاً: عبدا لرزاق السنهوري ، تحقيق مصطفى محمد الفقي ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7 ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1979 ص 479 عدد 2-213 والحكم المشار إليه في الهامش رقم (2).

الاستمالة " على معني المادة الرابعة من القرار رقم (1) لسنة 2000 المشار اليه²¹⁴ . ومما يدفع لاعتبار الوساطة الإلكترونية عقد سمسرة ما جاءت به المادتان 266 و 271 من قانون المعاملات التجارية. فقد حظرت المادة الأولى على السمسار التوسط لأشخاص اشتبهوا بعدم ملاءتهم (مادة 266، المشار اليها) وهو ما يتطابق مع مقتضيات المادة (18-9) من القرار رقم (1 لسنة 2000) في حين نبّهت المادة الثانية (271 من قانون المعاملات التجارية) إلى أنه " تسري على السمسرة في أسواق الأوراق المالية والبضائع أحكام القوانين والنظم الخاصة بذلك " وبالتالي تكون قد أقرت صراحة بوجود ضرب من السمسرة في أسواق البورصة.

بيد أنه وبالتمعن في أحكام قانون المعاملات التجارية نفسه ومقتضيات القرار رقم 67/ر المشار إليه يظهر جلياً عدم ملاءمة وصف عقد السمسرة للوساطة الإلكترونية.

فمن ناحية، وخلافاً للنظام الخاص بالوسطاء المنطبق قانوناً على الوساطة الإلكترونية، " لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في العقد الذي توسط في إبرامه " (مادة 263 من قانون المعاملات التجارية)، مما ينزع السرية عن شخص العميل وهويته. فالأصل أن يُدلي السمسار باسم الشخص أو الأشخاص الذين يتوسط لهم.

هذا بالإضافة طبعاً إلى أن السمسار لا يتعاقد باسمه الشخصي في حق العميل مثلاً يفعل الوسيط الإلكتروني بل لا يكون أصلاً طرفاً في العقد الذي يتوسط فيه²¹⁵. وحتى وإن أجازته الأطراف وأقام نفسه طرفاً ثانياً في الاتفاقية التي توسط

²¹⁴ قارن في هذا الشأن مع: خورشيد أشرف إقبال، المرجع السابق، الصفحات 527 و 528 ; محمد الأمين ولد عالي الغلاوي الشنقيطي، المرجع السابق، ص. 370.

²¹⁵ و الحال أن الوسيط في مادة البورصة سواء كان عادياً أو الكترونياً يبقى مسؤولاً شخصياً بشأن الإلتزامات الناشئة من عملية التداول. أنظر في هذا الشأن مثلاً قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ غرة فيفري لسنة 1961 و التي أكدت على هذا المعنى. *Bull. Com. 1^{er} fév. 1961*, *civ., III, n°6: « il apparait donc personnellement débiteur des obligations découlant de l'opération en cause ».*

فيها ²¹⁶ ، كأن يكون له " فضلاً عن أجره، مصلحة فيها " ²¹⁷، فإنه مع ذلك يبقى غير ملزم بالتعاقد في حق العميل المستثمر.

ومهما يكن من أمر، وفي مطلق الأحوال، ليس من طبيعة السمسرة ولا من ماهيتها أن يتعاقد السمسار باسمه الشخصي في حق موكله و إن كان يمكن نظرياً تمثّل العكس. وتبقى مع ذلك الحالة استثنائية، لا يجوز القياس عليها أو تعميمها.

ومن ناحية أخرى، لا يضمن السمسار حسن تنفيذ الاتفاق المبرم بين الأطراف، إلا إذا كان ضامناً بموجب الاتفاق أو القانون ملءة الأطراف وحسن تنفيذها. الأصل إذاً، أن لا يكون السمسار ضامناً لحسن تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم أو ملءتهم، لانه ليس من طبيعة السمسرة ضمان التنفيذ. وبالتالي تختلف السمسرة جوهرياً مع الوساطة الإلكترونية لأن الوسيط يكون بداءة ضامناً لتنفيذ عملية التداول، وحتّى لو ضمن السمسار، استثناءً، أحد طرفي العقد فإن ذلك يختلف كلية مع التزام الوسيط بتغطية عميله (المادة 11-18 من القرار رقم (1) لسنة 2000).

فالسمسار له، في هذه الحالة، الخيار في عدم ضمان معاقده خلافاً للوسيط الذي يتحمل وجوباً التزاماً بتغطية العميل ولا يستطيع الاتفاق على استبعاده.

الفرع الثالث: إستبعاد آلية التعهد لمصلحة الغير عن الوساطة الإلكترونية

إن الاشتراط لمصلحة الغير، أو التعهد لمصلحة الغير، تبدو آلية ملائمة للإحاطة بالوساطة الإلكترونية. فالوسيط الإلكتروني يُنفذ أوامر التداول، يشتري، يبيع أو يبادل لمصلحة عميله ²¹⁸. ومما يدعونا إلى التوقف على هذه الآلية واعتمادها في توصيف الوساطة الإلكترونية، أمران :

²¹⁶ مكّنت المادة 263 العقاد من اجازة السمسار بأن يكون طرفاً ثانياً في العقد الذي توسط فيه.

²¹⁷ وهي الحالة المنصوص عليها بالمادة 267-2 من قانون المعاملات التجارية لسنة 1993.

²¹⁸ انظر المادة 254 من القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 بشأن المعاملات المدنية.

أولاً: يتعاقد المشتراط - أي الوسيط الإلكتروني - بإسمه الشخصي لا باسم الغير، الذي هو في الحالة التي تعيننا، العميل. هذه الخاصية تمكن الوسيط من احترام التزامه بعدم البوح باسم العميل وبالتالي من احترام مقتضيات المادة 6-18 من القرار رقم (1) لسنة 2000 المشار إليه.

ثانياً: يفترض التعهد لمصلحة الغير، أو الاشتراط لمصلحة الغير، أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية، وهو ما تؤكد طبيعة العلاقة بين الوسيط الإلكتروني والعميل باعتبار أن الأول يتقاضى من الثاني عمولة عن إسداء خدمة الوساطة.

إلا أن الدراسة المتأنية للاشتراط لمصلحة الغير تُظهر أن هذه الآلية تبقى ناقصة على الإيفاء بمتطلبات الوساطة الإلكترونية. فمن جهة، يؤدي الاشتراط لمصلحة الغير إلى نشأة الالتزامات مباشرة بين المنتفع والمتعهد، بمعنى - إذا ما أعملنا ذلك على الوساطة الإلكترونية - بين العميل والمستثمر (أو ممثله). و عليه، لا يقوم الاشتراط إذا لم تنشأ علاقة مباشرة بين المتعهد والمنتفع، إذ نصت المادة 2-254 من قانون المعاملات المدنية صراحة على أنه " ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك". فطبيعة الاشتراط لمصلحة الغير تفترض علاقة مباشرة بين كل من المتعهد والمنتفع، أي مع فارق التشبيه، بين كل من العميل والمستثمر الثاني.

فلو أخذنا بهذا التوصيف، لأمكن للعميل الرجوع على المستثمر المتعاقد الثاني بدعوى مباشرة دون وجوب إدخال الوسيط الإلكتروني (والعكس صحيح) والحال أن لا حق للعميل في الرجوع على المستثمر المتعاقد الثاني حتى وإن علم هذا الأخير بهويته. ولا يبقى للعميل حينئذ إلا الرجوع على الوسيط الذي تربطه به اتفاقية تداول.

ومن جهة أخرى، لا يجوز تكليف الوساطة الإلكترونية على أنها من صور الاشتراط لمصلحة الغير لأنه في حقيقة الأمر لا يمكن اعتبار المستثمر المتعاقد الثاني بمثابة المنتفع. فالوسيط الإلكتروني، هو في واقع الحال، وسيط العميل " يمثله

" ويحمي مصالحه ولا يعقل أن تكون نية الأطراف قد اتجهت عند إبرام اتفاقية التبادل إلى إكساب المستثمر حقوقاً. فأقصى ما يمكن تصويره هو أن يكون الوسيط متعهداً عن المستثمر المتعاقد الثاني في حق عميله الذي يأخذ مكان المنتفع، ولكن هذا التوصيف لا يستقيم، هو أيضاً، لغياب علاقة تعاقدية مباشرة بين الوسيط الإلكتروني والمستثمر الثاني تجيز أن يحتل العميل المستثمر مكانة المنتفع .

وبناءً عليه، تكون آلية التعهد عن الغير قاصرة على الإيفاء بمتطلبات الوساطة الإلكترونية مما يفرض وجوباً استبعادها.

الفرع الرابع: اختلاف الوساطة الإلكترونية عن الوكالة المستترة

تكون الوكالة مستترة متى أعار الوكيل اسمه وتعاقد في حق موكله باسمه الشخصي، فتنشأ الحقوق والالتزامات في ذمة الوكيل بداءة ، ثم ينقلها هذا الأخير للموكل ، فتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، ولا تنفذ في حق الغير المتعاقد²¹⁹ .

وعليه ، يُنظر إلى عيوب الرضا في إرادة المُسَخَّر prêtre-nom دون إرادة الأصيل ، وهو ما يخالف مقتضيات الوساطة الإلكترونية على اعتبار أن العميل هو الذي يعبر عن إرادته – ويكتفي الوسيط الإلكتروني بإيصال هذه الإرادة ونقلها إلى السوق – (انظر ما سبق بشأن الوكيل والوكيل بالعمولة) .

ويقوم التزام المُسَخَّر prêtre-nom بإبرام عقد جديد موضوعه نقل حقوقه إلى الموكل حائلاً دون توصيف الوسيط الإلكتروني بالمُسَخَّر . لأن الوسيط يكتفي فقط بإيصال أمر التداول وتسوية وضعية عميله في غرفة المقاصة .

وفي المحصلة ، لا يجوز واقعاً وقانوناً أن تختزل اتفاقية التبادل عبر الانترنت في مجرد اتفاق يستعير مقتضاه العميل اسم الوسيط لتباين نظام كلا الاتفاقين واختلاف طبيعتهما .

²¹⁹ انظر في الفقه مثلاً : السنهاوري ، مرجع سابق ، ج 7 المجلد الأول ، عدد 213 ص 479 ، نفس المؤلف ج 1 ، المجلد 1 عدد 90 ، ص 250.

المطلب الثاني

التكييف المقترح: الوساطة الإلكترونية، عملية خدمية مركبة

إن عملية التكييف القانوني، أي عملية الإسناد أو الإلحاق لمؤسسة قانونية معروفة، عملية محفوفة بالمخاطر ، لذلك وجب التذكير ببعض القواعد المنهجية المتبعة .

أولاً: إن التكييف القانوني لعملية الوساطة الإلكترونية يفترض تكييف اتفاقية التبادل نفسها : فجملة الحقوق والتزامات الأطراف تنشأ في إطار هذه الاتفاقية ، وكان بالتالي إلزاماً أن نقوم بداءة بتكييف الإطار التعاقدى للتبادل عبر الانترنت .

ثانياً: إن إبرام الاتفاقية في شكل إلكتروني أو إرسال أوامر التداول عبر الإنترنت لا يجب أن يغير في وصف تكييف اتفاقية التداول نفسها أو الأمر المرسل²²⁰.

فطبيعة كليهما تبقى ثابتة ولا تتأثر بالشكل الإلكتروني الذي قد تتخذه²²¹ ، فاعتماد الوسائل الإلكترونية جاء ، في الأصل ، وبداءة ، لتقريب الأطراف ولتيسير إثبات وحفظ المعاملات الإلكترونية . وليس في القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 ما يفهم على أن طبيعة المعاملات تتغير بتغير شكلها. فعقد البيع مثلاً يبقى محافظاً على طبيعته (عقد بيع) حتى وإن اتخذ شكلاً إلكترونياً.

فالشكل الإلكتروني تحديداً لا يمس المضمون، أي - في واقع الحال - بطبيعة العملية ذاتها. وهذا معنى حياد الوسيلة الإلكترونية. و عليه، فإن التوصيف، أي تكييف الوساطة الإلكترونية، ينسحب حتماً، عملاً بمبدأ حياد الوسيلة الإلكترونية، على الوساطة العادية. فالطبيعة القانونية لكليهما لا تتأثر بالشكل الذي ظهرت فيه.

ثالثاً وأخيراً : إن عملية التكييف القانوني تفرض علينا ان يكون التوصيف عند نشأة العمل أو التصرف القانوني لا عند تنفيذه . فالعبرة في تحديد ماهية العمل أو

²²⁰ قارن مع المادة 4-1 من ق. إ. رقم (1) لسنة 2006 الذي يكرس مبدأ حياد الشكل الإلكتروني ولكن بالنسبة للتنفيذ "لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني".

²²¹ إن اللجوء إلى الشكل الإلكتروني يبقى مجرد إمكانية للأطراف التي يمكن لها رفضه (أنظر المادة (6) من ق. إ. رقم (1) لسنة 2006، السالف الذكر).

التصرف القانوني تكون عند إنشائه لا عند تنفيذه. فالأطراف يكونون ملزمين بالاتفاق على طبيعة العمل أو التصرف عند نشأته وإلا كان باطلاً في حقهم لعدم التقاء إرادتهم حول طبيعة العمل²²² ، فمتى كان توصيف التصرف القانوني مختلفاً في مرحلة تنفيذه عما هو عليه عند إبرامه قُدم هذا الأخير لأن طبيعة التصرف وماهيته تطرح عند الأطراف وتقبل عندهم في مرحلة الإبرام وليس في مرحلة التنفيذ .

إن وضع هذه القواعد والالتزام بها تالياً، سيمكننا من وصف الوساطة الإلكترونية على أنها عملية قانونية مركبة (الفرع الأول) تهدف إسداء خدمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوساطة الإلكترونية، عملية قانونية مركبة

إن الدّارس للوساطة الإلكترونية ومتطلباتها، لابد له أن يتمثلها على أنها عملية قانونية مركبة (Operation juridique complexe) أي مجموعة من التصرفات القانونية (Ensemble d'actes juridiques). فهي بهذا المعنى ليست عقداً فقط ، إذ لا يمكن إختزالها في اتفاقية التداول عبر الانترنت لأن آثار هذه الاتفاقية تتعدى الأطراف المتعاقدة (الوسيط – العميل المستثمر) لتمتد إلي أطراف أخرى (المتعاملين والسوق) .

وبالتالي يكون ناقصاً التكييف الذي يعتمد عنصراً في عملية الوساطة دون العناصر الأخرى. فاتفاقية التداول وإن كانت عنصراً أساسياً ومحددأ في عملية التداول ، وبالتالي في عملية التكييف ، فإنها لا تستوعب كامل العملية، أي كامل المجموعة (Groupe)²²³ .

²²² لأن طبيعة العمل من ماهيته وجوهره بالنسبة للأطراف وعدم الاتفاق على ما هية العمل أو التصرف يبطله في حقهم، كأن يعتقد شخص أنه باع في حين يذهب معاقد إلي الاعتقاد أنه استأجر. فلا يقوم هنا – لاختلاف الأطراف حول تحديد طبيعة التصرف القانوني- لا عقد بيع ولا عقد إيجار.

²²³ حول مسألة المجموعات العقدية عموماً: أنظر بتمعن:

thèse, préface de J.-M. TEYSSIÉ (B.), Les groupes de contrats, MOUSSERON, Bib. dr. priv., éd. LGDJ, Paris 1975, p. 75, v. aussi :

وكون الوساطة الإلكترونية عملية قانونية فهذا معناه أنها تجمع بين تصرفات قانونية تهدف كلها تحقيق غاية واحدة وان اختلفت طبيعة هذه التصرفات.

فاتفاقية التداول عبر الإنترنت هي عقد يجمع بين طرفين: الوسيط والعميل المستثمر، يوجب على الوسيط، مقابل عمولة محمولة على العميل، أن يقدم خدمة التداول عبر الإنترنت ويضمنها وان يتعهد بإيصال أوامر العميل للسوق ويضمن تنفيذ أوامر عميله. أما أمر التداول فهو تصرف قانوني ملزم لجانب واحد: العميل، قبل السوق والمتعاملين معه. وعلى هذا المعنى، يكون أمر التداول التزاماً بإرادة منفردة على خلاف الوساطة التي هي عقد ملزم للجانبين. وفي واقع الأمر، تتكون عملية الوساطة من العقد، عقد الوساطة أي اتفاقية التداول، من جهة، ومن التصرف الملزم لجانب واحد، الأمر بالتداول، من جهة أخرى. فلا غنى للأول عن الثاني، ولا معنى للثاني بدون الأول.

فالأمر بالتداول يمثل في الحقيقة، وسيلة لتنفيذ اتفاقية التداول عبر الإنترنت، إلا أنه خلافاً لاتفاقية التداول، يكون تصرفاً ملزماً لجانب واحد (العميل) بضمان الوسيط. ولا يكون التزام الوسيط الملزم بالضمان موجباً لإعادة تكييف أمر التداول واعتباره تصرفاً ملزماً للجانبين، لأن الالتزام بالضمان والتغطية هو التزام احتياطي لا يقوم متى نفذ العميل التزاماته، وبالتالي لا يقوم في مقابلة التزام العميل بنقل الملكية أو دفع الثمن أو مبادلة السندات.

وفي حقيقة الأمر، يُعبر أمر التداول عن إرادة العميل إذ يستأثر هذا الأخير بجانب من إرادته عند إبرام اتفاقية التداول لحين مرحلة التنفيذ، فأمر التداول هو تعبير عن إرادة العميل، في وقت معين، من شأنه أن يُفعل ما كان اتفق عليه مع الوسيط في اتفاقية التداول.

NÉRET (J.), Le sous-contrat, thèse, préface de P. CATALA, Paris, *LGDJ*. 1979 ; Bacache-Gibeili (M.), La relativité des conventions et les groupes de contrats, thèse, Paris *LGDJ* 1996 ; Fories (P-A), Groupes de contrats et ensembles contractuels – Quelques observations en droit positif, *LGDJ*, coll. Contrats et patrimoine, 1^{ère} éd., Paris 2006).

وبالتالي يساهم أمر التداول في إتمام إرادة العميل وجعلها مكتملة. وبهذا المعنى، لا يهدف أمر التداول إلى تنفيذ اتفاقية التبادل فحسب ، بل يعنى أيضاً بإكمال وإتمام إرادة العميل. فانفصام إرادة العميل وانقسامها بين اتفاق التداول وأمر التداول هي الميزة الأساسية لعملية الوساطة الالكترونية وهي التي تُعطي وحدة قانونية لجملة العملية و يجعل منها مجموعة قانونية (Ensemble d'actes juridiques) .

هذه الخاصية تجعلنا نرى في اتفاقية التبادل عبر الانترنت اتفاقاً إطارياً

Convention-cadre يستلزم لإتمامه وتنفيذه أوامر بالتداول تهدف ، في الحقيقة إلى تفعيل الاتفاق الإطاري²²⁴ .

فالطبيعة المزدوجة لأوامر التداول (وسيلة تنفيذ وتعبير تكميلي و لكن أساسي عن إرادة العميل) هي التي أربكت الفقه في توصيف الوساطة في مادة البورصة. كما ساهمت أيضاً الطبيعة المختلفة لكل من اتفاقية التداول ، والأمر بالتداول في تفرّد عملية الوساطة الالكترونية عن النماذج المعروفة من العمليات القانونية و المجموعات القانونية التي تفترض تصرفات قانونية من نفس الطبيعة (عقود ملزمة للجانبين) . هذه الميزة تجعل من الوساطة الإلكترونية عملية مركبة تجمع بين عقد وساطة، يليه الأمر بالتداول، تليه عملية تسوية. وكل هذه العمليات القانونية ليست لها نفس الطبيعة القانونية ولا تلزم نفس الأطراف. ومنها ما يدخل في دائرة التكوين (اتفاقية التبادل) ومنها ما يدخل في دائرة التنفيذ (عملية التسوية) ومنها ما يكون حلقة وصل بين التكوين والتنفيذ (أوامر التداول) . وتفرّد عملية الوساطة في مادة البورصة يجعل منها، على حد علمنا، نموذجاً خاصاً لا مثيل له وتطبيقاً فريداً ومميزاً لآلية الاتفاقات الإطارية التي تستوجب عادة عقوداً تنفيذية Contrats d'application ولا تفترض ، كما هو حال في مادة الوساطة الالكترونية ، تصرفات تنفيذية ملزمة لجانب واحد.

²²⁴ العقد الإطاري ينظم العلاقات المستقبلية لأطرافه بوضعها في إطار عام محدّد سلفاً تاركا لعقود التنفيذ تحقيق أهداف الأطراف المتعاقدة. و ما يميّز الاتفاقات الإطارية هي رغبة الأطراف في تنظيمها في قوالب مرجعية سابقة أو ما يعرف اصطلاحاً ب *l'affectio moduli* و هي الرغبة في أحداث مرجعيات عقدية لعلاقات مستقبلية. أنظر في هذا الشأن باللسان الفرنسي: Gasti (J.), Le contrat-cadre, thèse, préf. Beahar- Toucghais, Bib. dr. priv., éd L. G. D. J. , Paris 1996, n° 2 et 329 et suiv.

الفرع الثاني: الوساطة الإلكترونية، عملية خدمية

إن دراسة الوساطة الإلكترونية عن كثب بينت وجود مجموعة من التصرفات القانونية تراوحت بين العقد (اتفاقية التداول عبر الإنترنت) والتصرف الإرادي المنفرد الذي يمثل عرضاً للتعاقد (الأمر بالتداول) والتصرف الملزم بحكم القانون (التسوية)²²⁵.

وبالتالي يكون من الصعب اختزال الوساطة الإلكترونية في إحدى هذه التصرفات المترابطة و المتلازمة والمتتالية.

فجملة هذه التصرفات تتحدد في السبب و تتقارب في الموضوع²²⁶.

فموضوع اتفاقية التداول هو بلا شك إساءة خدمة التداول عبر الانترنت مثلما عرفته المادة الأولى من القرار 67/ر السالف الذكر والمادة 4-1 من نفس القرار. فالوسيط الإلكتروني يتعهد بتوفير نظام الكتروني لمعالجة أوامر تداول العميل والنظر في إمكانية تنفيذها والتحقق من ذلك ومن ثمة إرسالها بشكل آلي وحيني الى نظام التداول الإلكتروني المستخدم بالسوق باسمه الشخصي. فموضوع اتفاقية التداول هو تلقي أوامر التداول ومعالجتها في مرحلة أولى ثم إرسالها إلى السوق. وبهذا المعنى تكون اتفاقية التداول عقد خدمة Contrat de service لأنها لا تتدخل في أمر التداول نفسه بل تهدف فقط لمعالجته وإيصاله بغية تنفيذه في السوق، لذلك ذهبت المادة 3-أولاً-3 من القرار رقم 67/ر الى إلزام الوسيط الإلكتروني " بتحديد مفهوم خدمة التداول عبر الإنترنت " في اتفاقية التداول، أي بيان مضمونها وحدودها²²⁷. كما يوجب القرار المذكور على الوسيط الإلكتروني بيان ما تتطلبه خدمة التداول من معرفة عالية لدى العميل (مادة 3-3-أولاً-1، القرار المذكور).

²²⁵ التسوية هي عملية محمولة قانوناً على الوسيط الإلكتروني، أنظر المواد 31، 32، 33 من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (2) لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.

²²⁶ هذه الخصوصية هي التي تدفع الى اعتبار جملة التصرفات المتخذة من قبيل "المجموعة" على معنى الفقه الفرنسي (groupe). أنظر مثلاً: TEYSSIE (B.) (الذي استنتج وجود المجموعة العقدية من وجود عقود تهدف كلها الى تحقيق نفس الغاية سواء لوحدة في سببها أو لاتحاد موضوعها)، المرجع السابق، ص. 75.

²²⁷ انظر أيضاً المواد 2، 1/3 و 1/4 من نفس القرار الذي يقر صراحة بالطابع الخدمي لاتفاقية التداول.

فاتفاقية التداول لا تنتج حقوقاً مادية (عينية أو شخصية) بل التزاماً لا مادياً بتوفير خدمة، مقابل العمولة التي يتلقاها الوسيط²²⁸. ويجب النظر الي هذه الخدمة على ضوء ما أوجبه القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 في مادته (25) من حصر التعامل في الأوراق المالية على الوسطاء المرخص لهم²²⁹. فالعميل ملزم قانوناً بالالتجاء للوسيط حتى يتمكن من التعامل في السوق²³⁰ ، وإلا عُدَّ تعامله باطلاً . بل إن الوساطة الالكترونية ما كانت لتوجد أصلاً لو لم يجعلها المشرع حكراً على الوسطاء المرخص لهم اذ جازى بالبطلان الأوامر التي لا تمر عبرهم. ليس هذا فحسب، بل أن خدمة الوساطة الالكترونية تحديداً تقف عند الحد الأدنى، إذ لا يقوم الوسيط الالكتروني باستمالة العملاء على معنى المادة الرابعة للقرار رقم (1) لسنة 2000 ، بل يكفي فقط بالمعالجة الفنية لأوامر العميل والتحقق من إمكانية تنفيذها وإرسالها إلى السوق باسم الوسيط الإلكتروني .

أما أمر التداول فموضوعه التعبير، في لحظة زمنية معينة، عن إرادة بيع أو شراء أو مبادلة أوراق من فئة معينة، بسعر معين وبكمية معينة. فأمر التداول يُفَعَّلُ اتفاقية التداول ويخرجها من طور الممكن إلى طور الوجود. وهو في نفس الوقت إيجاب ملزم لجانب واحد يمثل عرضاً للتعاقد *Offre de contracter* يحمله الوسيط باسمه إلى السوق. ويجب أن يحتوى هذا العرض على جملة البيانات والعناصر اللازمة حتى إذا ما صادف قبولاً كانت عملية البيع والشراء أو المبادلة، وبالتالي يعبر الأمر بالتداول عن رغبة وإرادة العميل في اقتناء وبيع أو مبادلة أوراق مالية تحت شروط معينة وفي أجل محدد.

²²⁸ حول هذا التكييف القانوني لعقد الوساطة المالية بعقد الخدمة في القانون الكندي، أنظر: Biron, *locus op. cit.*, p. 28 qui conclut à la qualification du contrat de service pour le contrat de gestion d'office du portefeuille en droit canadien.

²²⁹ انظر أيضاً المواد: 3 من قرار مجلس الوزراء رقم (12) لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بإدراج الأوراق المالية والسلع، 3 من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 2 لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.
²³⁰ انظر مع ذلك الاستثناءات الواردة بالمادة 3 من القرار رقم (2) لسنة 2001 المشار إليه.

تمثل عملية التسوية تصرفاً يوجبه القانون على الوسيط الإلكتروني. فهذا الأخير ملزم بحكم القانون بتصفية المعاملة مالياً وتصفية حساباته مع المقاصة ومع عميله وتغطية العميل (و بدفع الضمان إذا لزم الأمر)²³¹. فهي إذا إجراء تنفيذي لاحق لعملية الوساطة موضوعه إجراء تسوية بين مختلف الحسابات.

وهذه العملية هي ثانوية بامتياز إذا ما قورنت باتفاقية التداول أو أوامر التداول على اعتبار أن القانون والأنظمة واللوائح هي التي تنظمها بدقة، فيكون دور الوسيط هنا مجرد أداة تنفيذية لعمليات قانونية سابقة.

ومما تقدم يمكن القول بأن عملية الوساطة تنقسم إلى عمليتين أساسيتين: خدمة التداول يضاف إليها أمر التداول، وكلتا العمليتين لها نظامها ومتطلباتها الخاصة. فعملية التداول عملية مركبة على النحو التالي:

إتفاقية تبادل (عقد خدمة) + أمر تداول (عرض للتعاقد) + عملية تسوية (تصرف ملزم بحكم القانون).

وهذه السلسلة من العمليات يغلب عليها، في الحقيقة، الطابع الخدمي لاعتبارين أساسيين:

1 - إن اتفاقية التداول، التي تمثل عقد خدمة، يمكن أن تقوم قانوناً بذاتها و لذاتها، بمعنى أن يظل العميل والوسيط الإلكتروني ملزمين - بفعل الاتفاقية نفسها - بعدة التزامات²³² في غياب صدور الأمر بالتداول . وبالتالي تكون، مبدئياً، اتفاقية التداول كافية قانوناً بذاتها لإحداث التزامات في ذمة الطرفين المتقابلين، خلافاً لأمر التداول الذي لا يمكن أن يقوم بذاته لتعذر تنفيذه قانوناً في غياب اتفاقية إطارية للتداول عبر الانترنت، هذا من ناحية.

2 - ومن ناحية أخرى، فإن اعتبار الوساطة الإلكترونية حكراً على الوسطاء المرخص لهم تجعل من اتفاقية التداول لازمة قانوناً، خلافاً للأمر بالتداول. وبالتالي، يبطل الأمر بالتداول إذا ما تخلف شرط صحة عن اتفاقية التداول، والعكس غير صحيح: فبطلان أمر التداول لسبب من الأسباب لا يمتد وجوباً إلى اتفاقية التداول.

²³¹ انظر المادتين 31 و32 من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (2) لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.

²³² كالالتزام بالمحافظة على المفتاح الرقمي بالنسبة للعميل، والالتزام بتمكين العميل من الدخول على منظومة الوسيط، ومن إرسال أوامره متى رغب في ذلك وضمان إمكان ذلك له (عبر طرح آليات بديلة في حلة تعطب المنظومة المعلوماتية للوسيط) ...

وفي المحصلة، يتّجه اعتبار خدمة التداول التي تحدثها اتفاقية التداول الالتزام الرئيسي والمحدّد Obligation caractéristique نظراً للزومها قانوناً وواقعاً²³³.

فهو الالتزام الذي تدور حوله جملة الالتزامات الأخرى من وجوب تحمّل العميل كافة المخاطر الناتجة عن أوامر التداول، ووجوب تسوية المعاملة الإلكترونية والالتزام – احتياطياً – بتغطية العميل ونقل ملكية السندات... فكل هذه الالتزامات هي التزامات ثانوية إذا ما قُورنت طبعاً بالالتزام الرئيسي والمحدد المتمثل في توفير خدمة التداول عبر الانترنت وضمانها.

²³³ يقابل الالتزام الرئيسي و المحدّد obligation caractéristique في هذه الدراسة الخدمة الرئيسية أو المحدّدة prestation caractéristique على معنى المادة الرابعة فقرة 2 من اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق بشأن الإلتزامات التعاقدية (V. art. 4-2 de la Convention de Rome, 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE/C27/34 /26.1.98, : “ Sous réserve du paragraphe 5, il est presumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caracteristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa residence habituelle ou, s’il s’agit d’une société, association ou personne morale, son administration centrale ...”.

ملحق

قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (67/ر) لسنة 2007

بشأن نظام التداول عبر الإنترنت

رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع ،،،

بعد الإطلاع على القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع وتعديلاته،

وعلى القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية،

وعلى القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006 في شأن مكافحة الجرائم الإلكترونية،

وعلى المرسوم الاتحادي رقم (10) لسنة 2006 الصادر بتاريخ 2006/2/11 بشأن تشكيل مجلس الوزراء،

وعلى قرار مجلس الوزراء رقم (15/194) لسنة 2006 الصادر بتاريخ 2006/6/26 بشأن تشكيل مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع ،

وعلى قرار مجلس الوزراء رقم (13) لسنة 2000 بشأن نظام عمل هيئة الأوراق المالية والسلع وتعديلاته،

وعلى قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (1) لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بالوسطاء وتعديلاته ،

وعلى قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (2) لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية وتعديلاته ،

وعلى موافقة مجلس الإدارة في اجتماعه السادس من الدورة الثالثة في جلسته المنعقدة بتاريخ 2007/9/19،

وبعد التشاور والتنسيق مع الأسواق المالية المرخصة في الدولة ،

قرر اعتماد النظام التالي بشأن التداول عبر الإنترنت،

التعريفات

المادة (1)

يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها ما لم يقض سياق النص بغير ذلك :

القانونون: القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع وتعديلاته.

الهيئة: هيئة الأوراق المالية والسلع .

السوق: سوق الأوراق المالية والسلع المرخص في الدولة من قبل الهيئة .

الوسيط : الشخص الاعتباري المصرح له وفقاً لأحكام القانون والأنظمة والقرارات الصادرة بمقتضاه بالقيام بأعمال الوساطة في السوق.

نظام التداول عبر الإنترنت: هو النظام المستخدم لدى الوسيط الذي يمكن العميل من إدخال الأوامر الخاصة بشراء أو بيع الأوراق المالية بشكل مباشر من خلال شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) حيث يتولى هذا النظام بمجرد تلقي الأمر التحقق من إمكانية تنفيذه ومن ثم إرساله بشكل آلي إلى نظام التداول الإلكتروني المعمول به لدى السوق.

شروط الترخيص

المادة (2)

لا يجوز للوسيط تقديم خدمة التداول عبر الإنترنت إلا بعد الحصول على ترخيص من الهيئة وذلك وفقاً للشروط والأحكام والإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار ووفقاً للمتطلبات الفنية التي تضعها الأسواق .

المادة (3)

أولاً:- يشترط لترخيص الوسيط تقديم خدمة التداول عبر الإنترنت ما يلي:

- 1 - أن يتوافر لدى الوسيط القدرات والإمكانيات الفنية والإدارية اللازمة لتقديم خدمة التداول عبر الإنترنت.
- 2 - أن يتوافر لدى الوسيط الكوادر الفنية المؤهلة في المجالات التالية:
 - نظم التشغيل وشبكات الاتصال.
 - نظم قواعد البيانات.
 - حماية نظم المعلومات.
- 3 - الحصول على موافقة الهيئة المسبقة على نموذج اتفاقية التداول عبر الإنترنت والتي يجب أن تتضمن بشكل خاص المعلومات والبيانات المبينة أدناه، وللهيئة طلب أية تعديلات قد تراها مناسبة على هذا النموذج:
 - أ - تحديد مفهوم خدمة التداول عبر الإنترنت، مع بيان ما تتطلبه الاستفادة من هذه الخدمة من معرفة عالية لدى العميل في مجال التداول بالأوراق المالية.
 - ب- تحديد قيمة الرسوم المترتبة على العميل مقابل هذه الخدمة .
 - ج- بيان تفصيلي بالحقوق والالتزامات المترتبة على كل من العميل والوسيط.
 - د- التأكيد على مسؤولية العميل في المحافظة على رقم المستخدم والرقم السري الخاصة به وعن كافة الأوامر المنفذة من خلالها.
 - هـ- تحديد وسيلة الاتصال مع العميل.
 - و- تحديد طبيعة عمل العميل والجهة التي يعمل لديها، مع بيان معرفته في مجال التداول بالأوراق المالية.
 - ز- التأكيد على أن العميل يدرك ماهية المخاطر والخسائر التي قد تلحق باستثماراته في الأوراق المالية من خلال التداول عبر الإنترنت وعلى الأخص ما يلي:
 - 1- أن معالجة الأوامر المدخلة قد لا تتم بصورة فورية، وتتبع في هذا الشأن الإجراءات التنظيمية التي يضعها السوق.
 - 2- خطورة معالجة الأوامر المدخلة عبر الإنترنت نظراً لسرعة التغير في الأسعار وفقاً لآلية العرض والطلب في السوق.

3- أن بعض الأوامر قد لا تنفذ أو قد تتأخر في التنفيذ بسبب آلية العرض والطلب في السوق.

4- إمكانية تكبد الخسائر بسبب التأخير في تنفيذ الأوامر أو عدم تنفيذها لأي سبب من الأسباب الفنية، ما لم يكن ذلك بطلاً أو إهمال من الوسيط.

ح- التأكيد على أن العميل يتحمل وحده كافة المسؤوليات المترتبة على استثماره من خلال نظام التداول عبر الإنترنت.

ثانياً:- للهيئة إضافة أية متطلبات أو شروط أو ضوابط وفقاً لمعطيات العمل في السوق أو مقتضيات المصلحة العامة.

طلب الترخيص

المادة (4)

1- يقدم طلب الترخيص لتقديم خدمة التداول عبر الإنترنت إلى الهيئة وفقاً للنموذج المعد لذلك مشفوعاً بالمعلومات والبيانات والمستندات المؤيدة للطلب وبشكل خاص ما يلي:

أ- تقرير يوضح النظام الفني المستخدم لدى الوسيط لمعالجة المعلومات وما يفيد وجود ربط إلكتروني بين الوسيط والسوق بما يحقق المتابعة والرقابة.

ب- تقرير يوضح النظام الفني المستخدم لدى الوسيط لتلقي وتسجيل أوامر العملاء المدخلة إلى نظام التداول عبر الإنترنت، وذلك وفقاً للضوابط والمتطلبات الفنية التي تضعها الهيئة.

ج- تقرير يوضح نظم حماية المعلومات من الاختراق على شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، وذلك وفقاً للضوابط والمتطلبات الفنية التي تضعها الهيئة.

د- تقرير يوضح الأجهزة التقنية ونظم الاتصال المتوافرة لتقديم خدمة التداول عبر الإنترنت، وذلك وفقاً للضوابط والمتطلبات الفنية التي تضعها الهيئة.

هـ- نموذج اتفاقية التداول عبر الإنترنت متضمنة كافة المعلومات والبيانات الواردة في نص المادة (3) من هذا القرار.

2- للهيئة والسوق طلب أية إيضاحات أو معلومات أو مستندات أخرى إذا ارتأت ضرورة لذلك.

المادة (5)

تصدر الهيئة قرارها بالموافقة على طلب الترخيص أو رفضه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب مستوفياً الشروط والمتطلبات والمعايير الفنية التي تضعها الأسواق وتعتمدها الهيئة.

التزامات الوسيط

المادة (6)

يلتزم الوسيط المرخص له بتقديم خدمة التداول عبر الإنترنت بما يلي:

- 1 - تزويد العميل بكشف حساب شهري تفصيلي يوضح تداول الأوراق المالية التي تمت من خلال خدمة التداول عبر الإنترنت والرصيد النقدي في الحساب.
- 2 - تمكين الهيئة والسوق من الإطلاع على كافة البيانات والمستندات المتعلقة بأوامر التداول عبر الإنترنت.
- 3 - تزويد الهيئة والسوق بتقرير من قبل مدقق خارجي يفيد قيامه بالتدقيق على أمن المعلومات والبرامج لدى الوسيط.

أحكام عامة

المادة (7)

على السوق توفير البنية الأساسية الخاصة بالربط بين نظام التداول الإلكتروني ونظام الوسيط لتقديم خدمة التداول عبر الإنترنت.

المادة (8)

للهيئة أن تلزم الوسيط بالتوقف عن تقديم خدمة التداول عبر الإنترنت وذلك إذا خالف أياً من شروط أو متطلبات الترخيص أو الضوابط والمتطلبات الفنية المنصوص عليها في هذا القرار.

المادة (9)

يُعاقب كل من يخالف أحكام هذا القرار وفقاً لنصوص القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع وتعديلاته والأنظمة والقرارات الصادرة بمقتضاه.

المادة (10)

تطبق أحكام النظام الخاص بالوسطاء الصادر بموجب قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (1) لسنة 2000 وتعديلاته، والنظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية الصادر بموجب قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (2) لسنة 2001 وتعديلاته وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا القرار.

المادة (11)

- 1- ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ويعمل به اعتباراً من تاريخ نشره.
- 2- على الوسيط الذي يقدم خدمة التداول عبر الإنترنت قبل صدور هذا القرار توفيق أوضاعه وفقاً لأحكامه وذلك خلال مدة لا تتجاوز (120) يوماً من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية.

لبنى بنت خالد القاسمي

رئيس مجلس الإدارة

قائمة المصادر و المراجع

1. المصادر

1. مصادر من القانون الاماراتي

1.1 قوانين اتحادية

القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006 في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية المنشور في العدد رقم 442 من الجريدة الرسمية
القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2006 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات المنشور في العدد رقم 442 من الجريدة الرسمية القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2000 في شأن هيئة و سوق الامارات للاوراق المالية و السلع المنشور في العدد رقم 344 من الجريدة الرسمية.

القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 بشأن المعاملات التجارية بتاريخ 7 سبتمبر 1993

القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 بشأن المعاملات المدنية بتاريخ 15 / 12 / 1985

1.2 قرارات ترتيبية و ادارية

القرار رقم (67/ر) لسنة 2007 بتاريخ 20/9/2007 بشأن نظام التداول عبر الانترنت مثبت في الملحق

قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 95 لسنة 2006

القرار رقم 158/ر لسنة 2005 بشأن الرسوم المستحقة للهيئة والمقررة على بورصة دبي للذهب والسلع بتاريخ 31

أكتوبر 2005

القرار الإداري رقم 93/ر لسنة 2005 بشأن نظام إدراج الصكوك الإسلامية بتاريخ 18 يونيو 2005

القرار رقم 70 لسنة 2003 بشأن فتح قاعات التداول بتاريخ 31 / 5 / 2003

قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (2) لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل

الملكية وحفظ الأوراق المالية بتاريخ 18 / 2 / 2001

القرار رقم 3 لهيئة الأوراق المالية والسلع لسنة 2001 بشأن النظام الخاص بعمل السوق بتاريخ 6 / 2 / 2002

قرار مجلس الوزراء رقم 11 لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بترخيص السوق والرقابة عليه و الصادر بتاريخ 3

يوليو 2000 و المعدل بقرار مجلس الوزراء رقم 15 لسنة 2004 بتاريخ 10 / 5 / 2004

قرار مجلس الوزراء رقم (12) لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بإدراج الأوراق المالية والسلع بتاريخ 3 يوليو

2000

قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2000 بشأن النظام الخاص بالوسطاء بتاريخ 8 / 4 / 2000.

2. مصادر من القانون المقارن

-Ordonnance n° 2007-544 du 12 avr. 2007, *J. O. R. F.* 13 avr. 2007, entrée en vigueur le 1^{er}

nov. 2007 ayant transposé la Directive (Marchés d'Investissements Financiers – en français et

Markets in Financial Instruments Directive – en anglais) n°2004/39/CE du 21 avr. 2004, *J.*

O. U. E. du 30 avr. 2004 dans le Code Monétaire et Financier français (D. 533-13)

- Dir. MIF[*MiFID – Markets in Financial Instruments Directives*] n°2004/39/CE du 21

avr. 2004, *JOUE* du 30 avr. 2004

-Ordonnance n°2009-104 du 30 janv. 2009 relative à la prevention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme

ayant transposé la Directive 2005/60/CE du 26 oct. 2005 relative à la prevention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchissement de capitaux du financement du terrorisme, JORF, 31 janv. 2009, p. 1819

- U. S., SEC, Order Execution obligations, Exchange Act Release, N°34-37619 A, 61, Fed. Reg., 48290 (1996)

- Convention de Rome, 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE/C27/34 /26.1.98

II. المراجع

1. _ باللغة العربية

- خالد على صالح الجنيني " الحماية الخاصة لسوق الأوراق المالية لدولة الامارات العربية المتحدة وفقاً للقانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، "الطبعة الأولى"، بيروت ، لبنان 2007

- خورشيد أشرف إقبال، سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية و النظم الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم ، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مكتبة الرشد – ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2006، ص. 525

- عبد الرزاق السنهوري ، تحقيق مصطفى محمد الفقي ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 7 ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1979 ص 479 عدد 2-213

- محمد الأمين ولد عالي الغلاوي الشنقيطي، الاجتهاد و تطبيقاته المعاصرة في مجال الأسواق المالية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة المقاصد، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 2006

2. _ باللغات الأجنبية

- Al Sanhoury (A. A.), 'Le standard juridique', article in *Mélanges Geny*, Tome II, 1936, p. 145

- Bacache-Gibeili (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse, Paris LGDJ 1996

- Biron (J.), " La responsabilité de l'intermédiaire de marché et la protection du petit investisseur: à la recherche d'un certain équilibre", Mémoire, Faculté des Etudes Supérieures, Montréal, Août 2005, p. 115 et 125.

- Bonfils (S.), *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*", these, *Bib. dr. priv.*, L. G. D. J., 2005, n°s 215 et suiv. et n°s 697

- Boucard (F.), *les obligations d'informations et de conseil du banquier*, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, 2002, p. 20

- Buyle (J.P.), ' Les obligations d'information, de renseignement , de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance' in "*Les obligations d'information, de renseignement , de mise en garde*", éd. Larcier 2006, CUP. Vol. 86, p. 168 -169.

- J. P. Buyle & D. Goffaux , ' Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise' in "*La banque dans la vie de l'entreprise, Bruxelles*", éd. du jeune barreau de Bruxelles, 2005

- Conac (P-H.), " Les devoirs d'information de l'investisseur sur les marches spéculatifs aux Etats-Unis", *Rev. dr. bancaire et fin.* 2002, n°6, p. 354.

- Daigre (J.- J.), “ L’information de l’investisseur sur les marches financiers spéculatifs”, *Rev. dr. bancaire et fin.*, 2002, n°6, p. 352
- De La Batie (N.Dejean), *Appréciation in concreto et in abstracto* en droit français, thèse, préf. H. Mazaud, *Bib. dr. priv.* , t. 57, L. G. D. J., 1965, p. 6
- De Vauplane (H.) & Bornet (J-P.), *Droit de la bourse*, préface Michel Germain, éd. Litec, Paris 1994
- J. G. D’Hérouville, “ La notion d’investisseur avrti”, *Banque et Droit* 1998, n°57, p. 21
- Experton (M-J.), “L’investisseur qualifié”, *Bull. Joly Bourse*, mars- avr. 1999, p. 140
- Lucas De Leysac, ‘ l’obligation de renseignement dans les contrats’, *in* Information en droit privé, sous dir. Paul Lagarde et Yvon Loussouarn, L. G. D. J. , Paris 1978, p. 305
- Fabre-Magnan, *De l’obligation d’information dans les contrats – Essai d’une théorie*, thèse, *Bib. dr. priv.* , L. J. D. G. , Paris 1992
- Fories (P-A), *Groupes de contrats et ensembles contractuels – Quelques observations en droit positif*, *LGDJ*, coll. Contrats et patrimoine, 1^{ère} éd., Paris 2006
- Gasti (J.), *Le contrat-cadre*, thèse, préf. Beahar- Toucghais, *Bib. dr. priv.*, éd L. G. D. J. , Paris 1996, n°s 2 et 329
- Gavalda & Stoufflet, ‘ Chronique de droit bancaire’, *J. C. P. (G.)* 1979, doc. n° 2965, n°s 13-14
- Hattab (R.), *De l’obligation de conseil des prestataires de services d’investissement*, thèse, *Presses Universitaires de Strasbourg*, 2006, n°26
- Laetitia Rolin Jacquemys & Thibault Verbiest, ‘l’offre de services et de produits financiers sur internet’, *L’ASBI*, *Droits nouvelles technologies*, 17 avril 2000, consultable sur : <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/13-1.pdf>, p.2 et suiv.
- Maudouit (A), “ Obligation d’information et responsabilité des intermediaries financiers”, *Mémoire*, Paris II, mai 2008, p. 15
- NÉRET (J.), *Le sous-contrat*, thèse, préface de P. CATALA, Paris, *LGDJ*. 1979
- Rives – Langes (J. L.) & Contamine- Reynaud (H.), *Droit bancaire*, 5^{ème} éd. Dalloz, Paris, p. 213
- Samuelian (M.) & Berruyer (G.), *Décideurs Strategies Finace Droit*, n°76, p. 98
- Soistier (V.), *Blanchissement de capitaux et financement du terrorisme: le nouveau dispositif relative à la prevention du système financier*, article, *Banque et Droit*, n°129, janv.-fév. 2010, p. 13

- Storck (M.), “Les obligations d’information, de conseil et de mise en garde des prestataires de service d’investissement”, *Bull. Joly Bourse* 2007, n°3, p. 311
- TEYSSIÉ (B.), Les groupes de contrats, thèse, préface de J.-M. MOUSSERON, *Bib. dr. priv.*, éd. LGDJ, Paris 1975, p. 75
- Vasseur (M.), ‘ Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients’, article, *Banque* 1983, p. 943
- Vauthier (A.), “La fourniture de services et de produits financiers à l’heure d’internet et le consommateur: Aspects juridiques”, Mémoire DESS, Paris II, sept. 2003, p. 85.

|||. فقه القضاء

1. فقه القضاء الاماراتي

- محكمة تمييز دبي، حكم رقم 37 ، بتاريخ 2005/5/3 ، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية ، عام 2—3 ، ج 1 العدد 14 ص 539

2. فقه القضاء المقارن

2.1 قضاء محكمة النقض الفرنسية

Com. fr., 24 juin 2008, pourvoi n°06-21798, inédit, (cassation partielle)

Cass. com., 19 sept. 2006, n°05-14. 344, *JurisData* n°2006-03500

Cass. com. 19 sept. 2006, n°05-0514. 343, *JurisData* n°2006-035003

Cass. com. 19 sept. 2006, *JurisData* n°04-19. 522

Cass. com. 19 sept. 2006, n°05-15. 305, *Rev. dr. bancaire et fin.* 2007, n°1, p.43 note Storck

Cass. com., 14 déc. 2004, *D.* 2005, Act. Jur., p. 360

Cass. Com., 7 janv. 2004, *Banque et Droit*, 2004, n°94, p. 32 obs. H de Vaulpane et J. J. Daigre

Com. 7 avr. 1998, *Banque et Droit*, n° 60 juill. Août 1998, p. 37

Com. 10 mai 1994 et Com. 2 nov. 1994, *RJDA* 1/95, n°34

Com. 23 fév. 1993, *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 296, § 58, note Peltier (F.)

Com. 18 mai 1993, *Bull. Joly bourse* 1993, p. 393, §81, note Bonneau (Th.)

Com. fr. 5 nov. 1991, *Banque et droit*, 1992, p.106, *Bull. Joly bourse* 1992, p. 292, §56

Com. 1^{er} fév. 1961, *Bull. civ.*, III, n°6

Cass. fr. 14 juin 1892, *D. P.* 1893, 1, p. 500

2.2 أحكام قضاة الأصل (الفرنسي والمقارن)

Trib. Com. Paris, 20 sept. 2000, *Banque et Droit* 2000, p. 37, note H. De Vauplane.

Com. Nivelles, 26 sept. 1996, *R. D. C.* 1997, p. 789 et obs. J. P. Buyle et M. Delierneux

Paris, 18 juin 1992, *D.* 1993, 79, 3^{ème} espèce ; *Joly Bourse et Produits financiers* 1992, note H. de Vauplane

- *Bull. Joly Bourse* 1993, p. 25, §3, note De Vauplane (H.)

CA Paris, 17 déc. 1992, *Banque et Droit* 1993, p. 29.

IV تقارير و نشریات

- Rapport AQnnuel 2009 de la Cour de cassation française, 'Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation', La documentation française , 2009, p.211 et suiv.

- Rapport du Comité des Etablissements de Crédits et des Entreprises d'Investissement de la Banque de France – CECEI-, Rapport annuel, 2008, p. 85, spéc. point 3-5, consultable sur [www. cecei.org](http://www.cecei.org)

- *Bulletin COB*, n°329, nov. 1998, pp. 163-172

الكناية وأثرها عند ذكر العلاقات الزوجية في القرآن الكريم

الدكتور علي عبد العزيز سيور⁽²³⁴⁾

(234) أستاذ مساعد (في التفسير وعلوم القرآن) كلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي.

بسم الله الرحمن الرحيم

الكناية وأثرها عند ذكر العلاقات الزوجية

في القرآن الكريم

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد عني علماء اللغة قديما وحديثا بما يسمى بعلم البيان ، باعتباره فرعاً من فروع البلاغة العربية، ولم يغفلوا ذكر علاقة هذا العلم بالقرآن الكريم من جهة إضاءته وكشفه عن وجه من وجوه الإعجاز البياني فيه، إلا أن هذه المادة - أي علم البيان - لم تأخذ حقها في بيان قيمتها وعلاقتها وأثرها بتفسير كلمات القرآن من وجهة نظر الفقيه [تفسير آيات الأحكام]، أو من وجهة نظر التفسير الموضوعي، وإلى أي مدى تسهم في ترجيح المعنى المراد عند التفسير الفقهي، وإلى أي مدى أيضاً تسهم في صياغة موضوع محدد في ما يسمى بالتفسير الموضوعي، من هنا فقد عرّضت على انتقاء مصطلح من مصطلحات علم البيان وهو " الكناية" من أجل بيان قيمتها اللغوية، وأثرها في التفسير من جهة الاستنباط والفقه [تفسير آيات الأحكام]، ومن جهة أخرى من أجل بيان مدى إسهامها في التفسير الموضوعي.

واتخذت من موضوع العلاقات الزوجية نموذجاً لعدة أغراض:

الأول: بيان أثر مصطلح الكناية على اختلاف الفقهاء في تفسير آيات الأحكام.

الثاني: أثر الكناية في الترجيح بين أقوالهم بناء على اختيار المعنى المراد من الكلمة المكنى بها في القرآن الكريم.

الثالث: تقديم الكناية في قالب مصطلح يمكن أن يعتمد عليه في عملية التفسير الموضوعي لأجل صياغة موضوع قرآني يحتاجه الواقع.

الرابع: تسابق كثير ممن يقدمون عناوين لحلقات إذاعية وأخرى تلفزيونية تتحدث عن العلاقة بين الزوجين، وما يجري في تلك الحلقات من كلام وفتاوى كانت ترد على لسان السائل أو المفتي يخجل المرء من أن يقولها في أخص مجالسه، وكانت تلقى بعبارات صريحة من غير كناية، ومع ذلك كانت الفتاوى تتعرض لمثل هذه المسائل بالإجابة وفق ما يفتح الله على المفتي، وتارة يستطرد المفتي فيذكر ما لا ينبغي التصريح به، والحجة المشهورة "لا حياء في الدين"، وبعضهم أقام الأدلة من القرآن على صحة التصريح بذكر العلاقات الزوجية، فكان لا بد من الكشف عن حقيقة هذا المنهج في كلمات القرآن الكريم.

أضف إلى ذلك - وهي من أبرز الدوافع للحديث عن موضوع الكناية في الحديث عن العلاقات الزوجية - ، ما انتشر في الآونة الأخيرة من دعوات إلى ضرورة إدراج ما يسمى بالتربية الجنسية في المدارس، ويكفي لمعرفة خطورة الأمر الوقوف على بعض نماذج للكتب التي تعنى بهذا الموضوع وهي كثيرة ، كل منها يحمل عنوانا مختلفا ، منها الإسلام والجنس، مسؤولية التربية الجنسية في الإسلام، العلاقات الجنسية في الإسلام، طرق فنية في الحياة الزوجية، فن العلاقة الزوجية، إلى غير ذلك من العناوين، وقد تضمنت في غالبها كلاما صريحا في كيفية العلاقة وطرقها وإضافات لا يعلمها كثير من المتزوجين بعبارات صريحة، وكان يبرر صاحب الكتاب صراحته بأن هذا ينسجم مع مفهوم التربية الجنسية في الإسلام ، وأنه لا يمنع ذلك من أن يكون بشكل فاضح وصريح، من دون كناية ولا تعريض، لا بل إن بعضهم يزعم بأن هذا منهج القرآن!!...؟

إذا ، فكيف يمكن لموضوع الكناية في القرآن أن يجيب عن هذه التساؤلات، من هذه الجهات المتعددة، وما هو الأثر الذي يمكن أن يقدمه من أجل الاسهام في

الكشف والترجيح عن معانٍ فقهية ضمن ما يعرف بتفسير آيات الأحكام، وما الأثر الذي يمكن أن يسهم من خلاله في صياغة تفسير موضوعي يقدم من خلالها منظومة أخلاقية تربوية ... لأجل ذلك كان هذا البحث، وقد جاء على فصول ومباحث على الشكل التالي:

عنوان البحث:

الكناية وأثرها عند ذكر العلاقات الزوجية في القرآن الكريم.

المقدمة:

الفصل الأول: الكناية بين الحقيقة والمجاز.

المبحث الأول: تعريف الكناية.

المطلب الأول - الكناية براعة وبلاغة.

المطلب الثاني - تعريف الكناية .

الفرع الأول: الكناية في اللغة .

الفرع الثاني: الكناية في الاصطلاح عند علماء البلاغة .

المبحث الثاني: الكناية بين الحقيقة والمجاز، وأثرها في التفسير.

المطلب الأول - العلاقة بين الكناية والمجاز.

المطلب الثاني - علاقة الكناية بمنطوق الخطاب ومفهومه .

المبحث الثالث: الأغراض العامة للكناية في القرآن الكريم.

الفصل الثاني: ضوابط وموضوعات الحديث عن العلاقات الزوجية في القرآن.

المبحث الأول: التحذير من التصريح بذكر ما يتعلق بالعلاقات الزوجية في غير

محله.

المطلب الأول: تحذير القرآن من التصريح بذكر العلاقات الزوجية.

المطلب الثاني: تحذير السنة من التصريح بذكر العلاقات الزوجية.

المبحث الثاني: التحذير من نشر حديث الفاحشة.

المبحث الثالث: ذكر موضوعات العلاقات الزوجية في القرآن.

المطلب الأول: - موضوع: صيانة الأعراض وحفظ الفروج.

المطلب الثاني - موضوع: طلب العلاقة التي أحلها الله تعالى والابتعاد عن الحرام.

فقرة أولى: التعبير عن مسمى العلاقة التي أحلها الله.

فقرة ثانية: التعبير عن مسمى العلاقة التي حرمها الله.

المطلب الثالث: - بيان ما يحل وما يحرم في العلاقة بين الزوج والزوجة.

فقرة أولى: - من حيث مكان إتيان الزوجة.

فقرة ثانية - من حيث حال الزوجة، طاهرة أم غير طاهرة.

فقرة ثالثة - من حيث وقت العلاقة.

المطلب الرابع: - موضوع: الأحكام التي تترتب على الزواج من حيث الدخول وعدمه.

فقرة أولى: ذكر ما يتعلق بحقوق المرأة إذا تم الدخول بها.

فقرة ثانية: ذكر ما يتعلق بحقوق المرأة إذا لم يتم الدخول بها .

فقرة ثالثة: ذكر سبل علاج الاضطراب في العلاقة الزوجية.

الفصل الثالث: أغراض الكناية وأثارها في ذكر العلاقات الزوجية في القرآن.

المبحث الأول: الأغراض البيانية لذكر الكناية عن العلاقات الزوجية في القرآن.

المطلب الأول: ترك اللفظ إلى ما هو أحسن منه صونا للسان.

المطلب الثاني - الإيجاز.

المطلب الثالث: تحسين اللفظ .

المبحث الثاني : الأغراض الفقهية لذكر الكناية عن العلاقات الزوجية في القرآن.

المطلب الأول: - الكناية بكلمة (المباشرة) ودلالاتها الفقهية.

المطلب الثاني- الكناية بكلمة (الرفث) ودلالاتها الفقهية.

المطلب الثالث - الكناية بكلمة (الملامسة) ودلالاتها الفقهية.

المطلب الرابع - الكناية بكلمة (الحرث) ودلالاتها الفقهية.

المطلب الخامس - الكناية بكلمة (الدخول) ودلالاتها الفقهية.

المبحث الثالث: الأغراض التربوية لذكر الكناية عن العلاقات الزوجية في القرآن.

المطلب الأول: الآثار السلوكية.

المطلب الثاني: الآثار الاجتماعية.

فقرة أولى: الإشارة إلى الغاية من العلاقة الزوجية

فقرة ثانية: حفظ المجتمع من أسباب الفتن.

المطلب الثالث: الآثار النفسية.

فقرة أولى - منع الإثارة.

فقرة ثانية: الحفاظ على المشاعر.

فقرة ثالثة: صيانة اللسان.

الخاتمة.

فهرس المصادر والمراجع.

الفصل الأول: الكناية⁽²³⁵⁾ بين الحقيقة والمجاز.

المبحث الأول: تعريف الكناية:

المطلب الأول - الكناية براعة وبلاغة:

ذكر علماء البلاغة بأن الكناية نوع من أنواع علم البيان، وأسلوب من أرقى أساليب المستعملة في البلاغة، وأداة من الأدوات الفنية في التعبير عن المراد⁽²³⁶⁾، وأنها أبلى في الدلالة على المعنى من التصريح والإفصاح⁽²³⁷⁾، وذلك من عدة جهات: منها أن الكناية تزيد المعنى إثباتاً بدليلها، بينما التصريح يثبت المعنى ذاتاً من غير دليل، وضربوا لذلك مثالا فقالوا: " فليست المزية في قولهم (جَمَّ الرَّمَاد) دلالة على كثرة الضيافة بل فيه دلالة على أنك ادعيتَه دعوى أنت بها أنطق وبصحتها أوثق، وأتيت بهذه الدعوى من وجه هو أبلى"⁽²³⁸⁾. " ومنها أنها تضع لك المعاني في صورة المحسات، ولا شك أن هذه خاصة الفنون، فإن المصوِّر إذا رسم لك صورة للأمل أو لليأس بهرك وجعلك ترى ما كنت تعجز عن التعبير عنه واضحا ملموسا"⁽²³⁹⁾.

(235) الكناية علم من مباحث علم البيان في البلاغة، وعلم البيان هو : علم يعرف به إيراد المعنى الواحد بطرق مختلفة في وضوح الدلالة عليه" انظر: الخطيب القزويني، جلال الدين محمد بن عبد الرحمن بن عمر بن أحمد بن محمد ت : 739 هـ . الإيضاح في علوم البلاغة : المعاني والبيان والبديع. تحقيق إبراهيم شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت : ط 1 سنة 1424 هـ 2003 م.ص: 163.

(236) انظر: السيد، الدكتور شفيق، التعبير البياني رؤية بلاغية نقدية، دار غريب القاهرة، ط 5 : 1423 هـ 2003 م. ص: 221..

(237) انظر: القصاب، د. وليد. البلاغة العربية البيان والبديع. دار القلم دبي. ط1: 1418 هـ 1997م. ص: 241. المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبديع، المكتبة العصرية ، صيدا، 2005 - 1426 هـ ص: 259.

(238) الجرجاني عبد القاهر ، دلائل الإعجاز في علم المعاني ، المكتبة العصرية صيدا، تحقيق د. ياسين الايوبي، 2007م - 1428 هـ ص: 117 - 118. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الاتقان في علوم القرآن، تحقيق محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية بيروت 1424 هـ 2003م. 71/2.

(239) الهاشمي، السيد أحمد، جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع، دار الكتب العلمية ، بيروت: 1427 هـ 2006 ط3: ص: 211.

المطلب الثاني - تعريف الكناية :

الفرع الأول: الكناية في اللغة:

هي أن تتكلم بشيء وتريد غيره، وهي مصدر من كنوت بكذا عن كذا أو كنيت إذا تركت التصريح ومن الشعر فيه قولهم:

وإني لأكنو عن قذور بغيرها *** وأعرب أحياناً بها وأصارح⁽²⁴⁰⁾.

" وسميت لإخفائها وجه التصريح يقال: كنى عن الشيء إذا لم يصرح به، ومنه الكنى في الأعلام" ⁽²⁴¹⁾.

الفرع الثاني: الكناية في الاصطلاح عند علماء البلاغة:

تعددت أقوال العلماء في تعريف الكناية، ويمكن حصرها في ثلاثة تعريفات رئيسية: التعريف الأول: أن يريد المتكلم إثبات معنى من المعاني فلا يذكره باللفظ الموضوع له في اللغة ، ولكن يجيء إلى معنى هو تاليه وردفّه في الوجود فيومئ به إليه ويجعله دليلاً عليه ⁽²⁴²⁾ أي : ذكر الشيء بغير لفظه الموضوع له⁽²⁴³⁾، مع جواز إرادة المعنى الأصلي لعدم وجود قرينة مانعة من إرادته⁽²⁴⁴⁾.

التعريف الثاني: اللفظ المستعمل فيما وضع له لكن لا ليكون مقصوداً بالذات بل لينتقل منه إلى لازمه المقصود لما بينهما من العلاقة وال لزوم⁽²⁴⁵⁾.

(240) المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبديع، ص: 254 .

(241) ابن الناظم ، أبو عبد الله بدر الدين بن مالك الدمشقي. المصباح في المعاني والبيان والبديع. حققه الدكتور عبد الحميد هندأوي، دار الكتب العلمية بيروت ط1: 1422 هـ 2001 م: ص: 185 .

(242) وينسب هذا التعريف إلى الجرجاني، انظر: الجرجاني عبد القاهر، دلائل الإعجاز في علم المعاني، ص: 113.

(243) وينسب هذا التعريف إلى الزمخشري، انظر: السيوطي، الإتيان في علوم القرآن: 2 / 95. وانظر:

المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبديع، ص: 254 الحاشية رقم 2..

(244) الحميري، عيسى بن مانع. الإجهاز على منكري المجاز. دار التمام ، لبنان، ط 2، 1431 هـ 2010 م . ص: 54...

(245) وينسب هذا التعريف إلى السكاكي ، والسبكي ، انظر: انظر : السيوطي، الإتيان في علوم القرآن: 2 / 96. وانظر: الخطيب القزويني، الإيضاح في علوم البلاغة : ص: 242.

التعريف الثالث: " لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادة معناه حينئذ "(246).

فإن قولك : " فلانة نؤومة الضحى " أي مرفهة مخدومة، لا يمتنع أن يراد به مع ذلك النوم في الضحى على الحقيقة (247).

وتظهر من خلال هذه التعريفات عدة فروق:

- منها ما له علاقة بتصنيف هذا العلم من حيث الحقيقة والمجاز وما يترتب عليه من خلاف بين القائلين هل في القرآن مجاز أم لا ؟ .

- ومن حيث تفسير هذه الكناية وهل يجوز اعتبار معنى أصل اللفظ المذكور فيجوز حمل المعنى عليه أم يقتصر على مدلوله الذي قصده المتكلم، وهذا يؤدي في التفسير إلى اختلاف أقوال أهل التفسير والفقه في عملية الاستنباط، من مثل تفسير قوله

تعالى: ﴿ أَوَلَمْ مَسْمُومٌ النِّسَاءَ ﴾ [سورة النساء: 43].

ففي التعريف الأول: تكون الكناية " واسطة بين الحقيقة والمجاز فليست حقيقة لعدم وفي التعريف الثاني: لا يؤخذ بالمعنى الحقيقي للكلمة لأنه غير مراد ، ولكنه يكون من باب الحقيقة لا المجاز ، لكون استعمال اللفظ فيما وضع له وإن لم يكن لذاته (248).

استعمالها في الموضوع له ... ولا مجازا لجواز إرادة الموضوع له "(249).

وفي التعريف الثالث: الذي يذكر بأن الكناية هي لفظ أريد به لازم معناه، مع جواز إرادة معناه الأصلي فإنه عندئذ يجوز اعتبار المعنيين في التفسير، وبهذا تكون الكناية من باب الحقيقة عند اعتبار المعنى الأصلي، ومن باب المجاز عند اعتبار لازم معناه، ومن أجل ذلك وجدنا من العلماء من يقيد منع اعتبار المعنى الأصلي في

(246) وهذا تعريف الخطيب القزويني، انظر: الخطيب القزويني. الإيضاح في علوم البلاغة ص: 241.

وهو تعريف ابن الأثير أيضا ، انظر : السيوطي ، ، الإتقان في علوم القرآن ، م. 2 / 95.

(247) انظر: الخطيب القزويني ، الإيضاح في علوم البلاغة : ص: 241.

(248) انظر: المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبدیع، ص: 254.

(249) انظر: المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبدیع، ص: 254 حاشية رقم 2...

الكناية لأسباب موجبة فقالوا: " وقد تمتنع إرادة المعنى الأصلي فيها أحيانا لخصوص الموضوع نحو قوله تعالى:

﴿وَالسَّمَوَاتُ مَطْوِيَّاتٌ بِيَمِينِهِ ۖ﴾ [سورة الزمر: 67].

فهي كناية عن قوة التمكن وتمام القدرة إلى غير ذلك" (250).

والذي يترجح هو التعريف الثالث: فالكناية هي لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادة معناه حينئذ (251). لأنه بهذا التعريف يفصل بين المجاز والكناية.

المبحث الثاني - الكناية بين الحقيقة والمجاز، وأثرها في التفسير.

المطلب الأول - العلاقة بين الكناية والمجاز:

ليس الحديث في هذا الباب عن الحقيقة والمجاز بعمومه ، وهو مبحث أسهب فيه كثير من العلماء بين أخذ ورد (252)، ذكر السيوطي في الإتيان مذاهب العلماء فيه فقال: " النوع الثاني والخمسون في حقيقته ومجازه: لا خلاف في وقوع الحقائق في القرآن، وهي كل لفظ بقي على موضوعه، ولا تقديم فيه ولا تأخير، وهذا أكثر الكلام. وأما المجاز فالجمهور أيضا على وقوعه فيه وأنكره جماعة..." (253).

وإنما الحديث هنا عن الكناية هل هي من باب الحقيقة التي لا يمتنع إرادة المدلول اللفظي للكلمة التي كني بها، ويسميه علماء الأصول دلالة المنطوق، أم هي من باب المجاز التي لا يجوز إرادة المعنى الظاهر منها؟.

(250) انظر: المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبديع، ص: 255. الهاشمي، السيد أحمد، ت: 1362 هـ جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع. دار الكتب العلمية ، بيروت: ط: 3 ، سنة: 1427 هـ - 2006 م. ص: 206.

(251) وهذا تعريف الخطيب القزويني، انظر: الخطيب القزويني. الإيضاح في علوم البلاغة ص: 241. وهو تعريف ابن الأثير أيضا ، انظر : السيوطي ، الإتيان في علوم القرآن ، م. 95 / 2.

(252) انظر، الحميري، عيسى بن مانع. الإجهاز على منكري المجاز. ص: 213 وما بعدها في الرد على من أنكر المجاز...

(253) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الإتيان في علوم القرآن. 71/2، وقال في هذا المبحث بعد ذكر كلام من قال بإنكار لمجاز ، : وهذه شبهة باطلة ، ولو سقط المجاز من القرآن سقط منه شطر الحسن....

اختلف العلماء فيها من حيث كونها من باب الحقيقة أم المجاز⁽²⁵⁴⁾. تبعا لطبيعة تعريفها من حيث كون اللفظ وضع لما دل عليه... أم أن اللفظ المستعمل في غير ما وضع له...

فتبعا للتعريفات التي ذكرت سابقاً فإن من جعل الكناية هي اللفظ المستعمل لما وضع له مع إرادة لازمه، تكون عنده الكناية حقيقة، وقال أصحاب هذا الرأي: "الظاهر أنها ليست بمجاز، لأنك استعملت اللفظ فيما وضع له وأردت به الدلالة على غيره، ولم تخرجه عن أن يكون مستعملاً فيما وضع له، وهذا شبيه بدليل الخطاب..."⁽²⁵⁵⁾.

ومن جهة أخرى فإن هؤلاء يقولون بأن ثمة فروقا بين الكناية والمجاز، ومن هذه الفروق:

أولاً - "من جهة إرادة المعنى مع إرادة لازمه فإن المجاز ينافي ذلك"⁽²⁵⁶⁾، فلا يمتنع مع الكناية إرادة المعنى الأصلي، أما المجاز فيمتنع من إرادة المعنى الأصلي⁽²⁵⁷⁾. ومن أمثال ذلك أن تقول: فلان كثير الرماد، ويكون المراد كثير الضيافة والإطعام، ويصح حمل الكلمة على وجود كثرة الرماد من أثر إحراق الحطب بقصد الطبخ، وأما لو قلت قام أسد خطيباً فيستحيل حمله على ظاهره، من جهة أن يراد به الأسد الحيوان.

(254) انظر: الزركشي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي. البرهان في علوم القرآن. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت ط1: 1428 هـ 2007 م: 176/2.

(255) الزركشي. البرهان في علوم القرآن: 176/2.

(256) الخطيب القزويني. الإيضاح في علوم البلاغة ص: 242..

(257) انظر: المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبديع، ص: 255. الهاشمي، السيد أحمد، ص: 1362 هـ. جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع: 206. وإن قالوا قد يتمنع أحياناً إرادة المعنى الأصلي في بعض المباحث مثل قولهم "وقد تمتنع إرادة المعنى الأصلي فيها أحياناً لخصوص الموضوع نحو قوله تعالى: (والسماوات مطويات بيمينه) [سورة الزمر: 67] فهي كناية عن قوة التمكن وتمام القدرة إلى غير ذلك".

ثانياً. وفرّق بعضهم بقوله: " مبنى الكناية على الانتقال من اللازم إلى الملزوم، ومبنى المجاز على الانتقال من الملزوم إلى اللازم"⁽²⁵⁸⁾ يريد بذلك أن الكناية لا يراد معها المعنى الأصلي للفظ، وإن كان هو الأصل في الدلالة على المعنى المقصود، ومنه ينطلق في التعرف على المراد..

ثالثاً - الكناية لا توجد قرينة تمنع من حمل اللفظ على ظاهره، مما يجعل اللفظ قابلاً للحمل على المعنى الحقيقي والمجازي، وأما المجاز فلا بد من أن ينصرف الذهن إلى المعنى المجازي لوجود قرينة توجبها وتمنع من إرادة المعنى الحقيقي⁽²⁵⁹⁾.

وأما من اعتبر أن الكناية لون من ألوان المجاز فقد عرفها بقولها: اللفظ المستعمل في غير ما وضع له، أو لما وضع له لكن لا ليكون مقصوداً بالذات بل لينتقل إلى لازمه المقصود.. ومن هنا فإن الكناية لون من ألوان المجاز، ولذا قالوا: " الكناية صورة من صور التعبير المجازي فيما نرى، إذ يصدق عليها مفهوم المجاز في كونها نمطاً من التعبير يؤدي المعنى أداء غير مباشر لعلاقة بين المعنى الثاني والأول"⁽²⁶⁰⁾.

وبناء على ما سبق فمن أنكر الكناية في القرآن، أنكرها بناء على إنكار المجاز، وإن أثبتتها من وجهة نظره من حيث الدلالة⁽²⁶¹⁾، وأما من أجاز المجاز في القرآن فقد أثبتتها " إذ هما من باب واحد في التجوز في العبارة والتوسع في التعبير "⁽²⁶²⁾.

(258) الخطيب القزويني. الإيضاح في علوم البلاغة ص: 242. وقد نسب القزويني هذا القول إلى السكاكي، ورده القزويني من جهة أنه لا يتصور معرفة المراد من دون استصحاب المعنى الأصلي للكلمة حيث قال: وفيه نظر: لأن اللازم ما لم يكن ملزوماً يمتنع أن ينتقل منه إلى الملزوم، فيكون الانتقال حينئذ من الملزوم إلى اللازم، ولو قيل: للزوم من الطرفين من خواص الكناية دون المجاز أو شرط لها دونه اندفع هذا الاعتراض....

(259) انظر: القصاب، د. وليد. البلاغة العربية البيان والبدیع.. ص: 226..

(260) السيد، الدكتور شفيع، التعبير البياني رؤية بلاغية نقدية. ص: 214- 222..

(261) انظر: الزركشي. البرهان في علوم القرآن: 176/2، حيث قال أصحاب هذا القول: الظاهر أنها ليست بمجاز، لأنك استعملت اللفظ فيما وضع له وأردت به الدلالة على غيره... وهذا شبيه بدليل الخطاب...

(262) القصاب، د. وليد. البلاغة العربية البيان والبدیع.. ص: 241....

المطلب الثاني - علاقة الكناية بمنطوق الخطاب ومفهومه:

لقد سبق ذكر تفريق علماء البلاغة بين الكناية والمجاز من جهة كون مدلول اللفظ من الكناية هو المراد أم المراد الغرض الذي سيق لأجله اللفظ، وقد اعتنى علماء الأصول بهذا الجانب، إلا أنهم استعملوه في مطلق الكلام وبالتالي فرقوا بين المنطوق وبين الغرض الذي سيق لأجله الكلام، وأطلقوا على المنطوق دلالة المنطوق أو مدلول اللفظ، وأطلقوا على ما سيق لأجله الكلام عبارة النص.

وأما طريقة تعاطي الفقهاء مع مدلول الكناية ، فقد رد بعضهم مناهجهم إلى منهجين، وذكر أن منهم من وافق منهج اصطلاح الأصوليين في الكلمات المكنى بها ، ومنهم من وافق منهج علماء البلاغة من جهة تفسير الكلمات المكنى بها فقال: " ومن هنا علم أن الشافعي رحمه الله تعالى إنما جعل الطلاق الواقع بالكنايات رجعيًا لأنها كنايات عن لفظ الطلاق عنده، فالعامل عنده لفظ الطلاق والواقع به رجعي، بخلاف الحنفية ، فإنها بوائن عندهم ، لأن ألفاظ الكنايات عندهم عوامل بأنفسها، وإنما سميت كنايات لاستتار المراد، فالكنايات عند الحنفية على اصطلاح الأصوليين ، وعند الشافعية على اصطلاح أهل المعاني " (263).

ويزداد الموضوع وضوحًا بمثال آخر يظهر من خلاله أثر الاختلاف في الكناية على أقوال الفقهاء، ومن هذه الألفاظ كلمة { لَمَسْتُ } { أَلْغَيْطُ } وهل هذه الكلمات حقيقة أم كناية، وأثر هذا التقسيم على الاستنباط الفقهي، وسوف نذكر الآية وما جاء من أقوال للفقهاء في شأن الكلمة المذكورة :

(263) الكشميري، محمد أنور شاه. فيض الباري على صحيح البخاري، دار الكتب العلمية بيروت، ط1: 2005....

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا ۚ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُم مِّنَ الْغَايَةِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا ﴿٤٣﴾﴾ [سورة النساء: 43].

وقبل ذكر أقوال الفقهاء وبيان أنها مبنية على اللفظة (لَمَسْتُمْ) من حيث الكناية والتصريح ، نبين أن ما ذكر من كون اختلافهم فيها قائما على التفريق بين اللمس والمس قد دفعه بعض المحققين بقوله: " وهما - أي اللمس والمس - بمعنى واحد على التحقيق، ومن حاول التفصيل لم يأت بما فيه تحصيل" (264).

وبين أن أصل اللمس هو الجس باليد وكذلك المس، وقد يستعمل كناية عن الجماع إذا جاءت قرينة ومن ذلك ما قالوا في اللمس: " فلانة لا ترد يد لامس، وأصل اللمس المباشرة باليد أو بشيء من الجسد، وقد أطلق مجازا وكناية على قربان النساء ومنه قولهم: فلانة لا ترد يد لامس، وكذلك لفظ المس ، كما جاء في قوله تعالى:

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۚ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٧﴾﴾ [سورة البقرة: 237] " (265).

(264) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. دار سحنون للنشر والتوزيع ، تونس: 66/2..

(265) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. : 66/2..

ونعود لذكر اختلافهم في تفسير كلمة (لَمَسْتُ) لنرى أنه قائم على اعتبارها صريحة أم كناية.

- فمن حمله على الحقيقة، قال بأن الملامسة هنا المراد منها ظاهرها وما وضعت له، واللمس حقيقته المس باليد، وبذلك فسر الشافعي، وقال من استدلل للشافعي ورد على غيره: " فأما تخصيصه (اللمس) بالجماع فذاك مجاز، والأصل حمل الكلام على حقيقته" (266).

- " ومن اعتبر أن اللفظة من باب الكناية، قالوا بأن اللمس في اللغة هو الجس باليد، ولكنها هنا من باب الكناية وهي بمعنى الجماع" (267)، وهو مذهب الحنفية والمالكية.

ومع ذلك فالذين عدوها كناية اختلفوا أيضا في هل يلتزم بما دلت عليه الكناية وقصدته، أم يجوز حملها على معناها الأصلي الذي وضعت له بالإضافة إلى اعتبار ما كنت به وقصدته، ويظهر من فقه المالكية وأقوالهم في المسألة أنهم أعملوا الكناية والصريح في الكلمة، أي أعملوا أصل اللفظ فيما وضع له من أن النقض بالجس باليد، وأعملوا أيضا الكناية فيما دلت عليه اللفظة، وهذا ما أشار إليه من خرج فقه المالكية:

قال: " إلا أن مالكا قال : إذا التذ اللامس أو قصد اللذة انتقض وضوؤه ، وحمل الملامسة في هذه الآية على معنيها الكنائي والصريح.. " (268). وهذا أشبه بمنهج الأصوليين منه بمنهج أهل البلاغة كما سبق تفصيل ذلك.

(266) الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التميمي البكري . التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب. دار الكتب العلمية بيروت: ط1: 1421 هـ 2000م 91/5.

(267) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير: 67-66/2..

(268) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير: 67-66/2..

فالأقوال في هذه الآية ثلاثة، وقد بنيت في غالبها على النظر في الكلمة القرآنية من حيث كونها حقيقة محمولة على الصريح، أم كناية، وبناء على الاختلاف في هل الكناية تحمل على مقصودها أم على اللازم والملزوم منها سواء.

فالشافعي حملها على الحقيقة فليست الكناية عنده مانعة من اعتبار مدلول اللفظ، كما سبق تعريف الكناية عند بعضهم، إلا أن العامل عنده هو اللفظ المذكور وليس ما كنى لأجله وقصده المتكلم، والذي يسمى في دلالة الأصوليين عبارة النص.

وأما الحنفية فحملوها على الكناية، من باب أن اللفظ المستعمل في ما وضع له لا ليكون مقصودا بالذات بل لينتقل منه إلى لازمه المقصود. وهذه هي الكناية في أبرز تعريفاتها..

وأما المالكية: فقد حملوها على الكناية التي لا تمنع جواز اعتبار المعنى الأصلي، وهو التعريف القائل: لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادة معناه...

ولذلك قالوا بنقض الوضوء باللمس مع الشهوة، وبالجماع. فحملوها على الصريح والكناية في نفس الوقت. ولكن يبقى أن اشتراط المالكية اللذة عند الجس باليد خارج عن اللفظة، ولذلك قال بعضهم: " وأرى مالكا اعتمد في هذا على الآثار المروية عن أئمة السلف، ولا أراه جعله المراد من الآية. " (269).

المبحث الثالث: الأغراض العامة للكناية في القرآن الكريم.

ذكر علماء البلاغة أغراضا متعددة للكناية، وسوف نفتصر على تتبع أغراض الكناية في القرآن الكريم كما فعل الزركشي (270)، ومن أغراض الكناية في القرآن:

أولاً - التنبيه على عظمة قدرة الله تعالى في الخلق والإبداع:

ومنها قوله تعالى عند ذكر خلق الناس والتنبيه على أصل خلقهم، وأنه خلقهم من

آدم فقد جاء التعبير عنه بقوله ﴿ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ﴾ ، قال تعالى:

(269) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير: 67-66/5/3.

(270) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1/ 176 . السيوطي، الاتقان في علوم القرآن: 93/2.

﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتَ بِهِ^ط فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَا اللَّهَ رَبُّهُمَا لِيَنْ إِاتَيْنَا صَاحِبًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴿١٨٩﴾﴾ [سورة الأعراف: 189].

فكنى في الآية عن آدم بذكره ﴿نَفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾ ، "إشعارا بعظمة الله الذي خلق الناس كلهم من هذه النفس الواحدة، وتنبيهها على أصل الخلق" (271).

ثانياً - لصيانة السمع عما لا ينبغي التصريح فيه:

ومن أمثلته: "أن يفحش ذكره في السمع فيكنى عنه بما لا ينبو عنه الطبع، كما جاء في قوله تعالى:

﴿وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا ﴿٧٢﴾﴾ [سورة الفرقان: 72] .

ومثله قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ^ج عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا^ح﴾ [سورة البقرة: 235].
فكنى عن الجماع، بالسر" (272). ومثله كثير في القرآن.

ثالثاً - قصد الاختصار والإيجاز لما فيه من البلاغة والإعجاز:
ومن أمثلة ذلك قوله تعالى:

(271) د. القصاب، البلاغة العربية: 241 . الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1/ 176 . السيوطي، الاتقان في علوم القرآن: 93/2..

(272) الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1/ 176 . السيوطي، الاتقان في علوم القرآن: 93/2..

﴿كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾ [المائدة: 79].

قالوا في غرض الكناية في الآية: " وهي كناية عن كثير من الأفعال التي كانوا يفعلونها" (273).

رابعاً- قصد الإطناب لغرض لا يدرك إلا به ..
ومن مثله قوله تعالى :

﴿ أَوْ مَنْ يُنشِئُ فِي الْحَلِيِّ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ ﴾ [سورة الزخرف: 18].

قالوا في تفسيرها: " فإنه سبحانه كنى عن النساء بأنهن ينشأن في الترفه والتزيين والتشاغل عن النظر في الأمور ودقيق المعاني ، ولو أتى بلفظ النساء لم يشعر بذلك، والمراد نفي - ذلك - أي الأنوثة - عن الملائكة، وكونهم بنات الله.." (274).

خامساً - تحسين اللفظ من حيث اختيار المفردة الجمالية في التعبير عن الغرض:

ومثله قوله تعالى: ﴿ كَأَنَّهُنَّ بَيْضٌ مَّكْنُونٌ ﴾ [الصافات: 49].

فإن العرب كانوا يتوخون اللفظة التي تؤدي المقصد ، وتزين التعبير، وقد اختار القرآن في التعبير عن المرأة: ﴿ كَأَنَّهُنَّ بَيْضٌ مَّكْنُونٌ ﴾ كناية عن النساء الحسن (275) ..

سادساً - الكناية عن الشيء القبيح بما يدل على قبحه لغرض التنفير منه:

ومن مثل ذلك قوله تعالى في وصف الزناة:

(273) الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1 / 181 ، الفائدة التاسعة، . المراغي، أحمد مصطفى. علوم

البلاغة البيان والمعاني والبدیع، ص: 261..

(274) الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1 / 181 ، الفائدة السادسة.

(275) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1 / 180 ، الفائدة رقم تسعة، . المراغي، أحمد

مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبدیع، ص: 260..

﴿ الْحَبِثْتُ لِلْخَبِيثِينَ وَالْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ ﴾ [سورة النور: 26]

قالوا: " وكنى عن الزناة بالخبيثين ليدل على فحش هذا العمل وقبحه ، في موطن التنفير منه، والتشنيع على فاعليه.. " (276).

سابعاً - الكناية عن الشيء الطيب بما يدل على طيبه وحسنه وجماله ، لغرض الترغيب فيه:

ومن مثل ذلك قوله تعالى في وصف المرأة العفيفة الطاهرة:

﴿ فِيهِنَّ قَصِيرَاتُ الْظُرْفِ لَمْ يَطْمِئِنَّ أَنْسُ قَبْلَهُمْ وَلَا جَانٌّ ﴾ [سورة الرحمن: 56] .

" كناية عن النساء العفيفات الطاهرات...فهذه كناية عن صفة العفة والنزاهة، وغرضها تحسين المكنى به وتجميله"(277).

ثامناً - الكناية باللباس المعقول ثوب المحسوس، لما فيه من دقة في التصوير، ولطف في التعبير، لعدة أغراض ...

منها التعبير عن الشعور بالإحساس والندم بصورة مادية، ومن ذلك قوله تعالى في الحديث عن تصوير حال الكافر يوم القيامة:

﴿ وَيَوْمَ يَعَضُّ الظَّالِمُ عَلَى يَدَيْهِ يَقُولُ يَلَيْتَنِي أَخَذْتُ مَعَ الرَّسُولِ سَبِيلًا ﴾ [سورة الفرقان: 27].

" فليس المراد من عض الظالم على يديه تلك الحركة المادية التي تتمثل في وضع اليدين بين الأسنان...وإنما ..لما ترمز له وتدل عليه ..الإحساس بالندم، والتحسر على ما فات.. " (278).

(276) القصاب، د. وليد. البلاغة العربية البيان والبدیع. ص: 244.

(277) القصاب، د. وليد. البلاغة العربية البيان والبدیع. ص: 244.

(278) السيد، د. شفیع، التعبير البياني. ص: 214..

إلى غير ذلك من أنواع الكنايات التي ذكرها القرآن الكريم ، ويكمن في كل كناية غرض لا يتأتى إلا بصورة الكناية التي اختارها في التعبير عن المعنى المراد.

الفصل الثاني:

الكناية والحديث عن العلاقات الزوجية في القرآن.

المبحث الأول : التحذير من التصريح بذكر ما يتعلق بالعلاقات الزوجية في غير محله.

المطلب الأول: تحذير القرآن من التصريح بذكر العلاقات الزوجية:

إن الحديث عن العلاقة الزوجية في القرآن حديث تظله المودة والرحمة، ويجمله الستر والطهر، يحس القارئ في ألفاظه حنوا ورفقا . « إن الإسلام لا يحارب دوافع الفطرة ولا يستقذرها ، إنما ينظمها ويطهرها ، ويرفعها عن المستوى الحيواني ، ويرقيها حتى تصبح هي المحور الذي يدور عليه الكثير من الآداب النفسية والاجتماعية . وقيم العلاقات الجنسية على أساس من المشاعر الإنسانية الراقية ، التي تجعل من التقاء جسدين ، التقاء نفسين وقلبين وروحين ... » (279).

ومن الآيات التي أشارت إلى هذا المعنى قوله تعالى:

﴿ نَسَاؤُكُمْ حَرْتُ لَكُمْ فَآتُوا حَرَّتَكُمْ أَنْى شِئْتُمْ ۖ ﴾ [سورة البقرة].
﴿ أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ۗ ﴾ [سورة البقرة].
وقوله: ﴿ وَمَنْ ءَايَتْهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم].

(279) سيد، ظلال القرآن: 231/7 مقدمة سورة الطلاق....

ولا يخفى على المسلم أن مبنى الحديث عن العلاقة الزوجية في القرآن هو الستر لقدسية هذه العلاقة، وفق أسلوب الكناية الذي يهدف من خلاله إلى حفظ المجتمع من أسباب الفتن، فهو رسالة إعلامية هادفة، " فهذا الدين لا يريد أن يعرض الناس للفتنة ثم يكلف أعصابهم عنقا في المقاومة، فهو دين وقاية قبل أن يقيم الحدود، ويوقع العقوبات، وهو دين حماية للضمائر والمشاعر والحواس والجوارح، وربك أعلم بمن خلق، وهو اللطيف الخبير.. " (280).

ولقد جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية ما يمنع المرء من ذكر التصريح بما يتعلق بالعلاقات الزوجية، فمن القرآن قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا

﴿[سورة الفرقان : 72].

فقد ذكر الطبري من جملة أقوال أهل التأويل في معنى اللغو أنه بمعنى الكف عن ذكر الحديث عن أمور النكاح، وذكر ذلك عن مجاهد قال : بل معناه وإذا مروا بذكر النكاح ، كفوا عنه، وعنه أيضا: كانوا إذا أتوا على ذكر النكاح كفوا عنه" (281). وقد جاء الأثر في تفسير الكشاف بعبارة : " كنوا عنه" من الكناية(282). وهو الأثر نفسه الذي جاء في مصنف ابن أبي شيبة عن مجاهد بعبارة كنوا عنه: " إذا أتوا على ذكر النكاح كنوا عنه" (283).

وسواء أكان المعنى كنوا عنه أم كفوا عنه فهو يدل على منع المؤمن من أن يصرح بشأن أمور العلاقات الزوجية، وإن كان معنى كنوا عنه ينسجم مع أسلوب القرآن في استعمال الكناية عند الحديث عن الأمور التي تتعلق بالنكاح.

(280) سيد، ظلال القرآن: 172/3. من سورة الأنعام

(281) الطبري، محمد بن جرير أبو جعفر. جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة بيروت: 1420 هـ - 2000 م: 315 / 19. والأثر عن هشيم عن العوام عن مجاهد...

(282) انظر: الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر. الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل. دار إحياء التراث العرب بيروت: ط1 : 1421 هـ - 2001 م. 301/3....

(283) ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد ت: 235 هـ . الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار. تحقيق: محمد عبد السلام شاهين. ط1: 1416 هـ - 1995 م: 40 / 4 رقم: 17555. والأثر عن هشيم عن العوام عن مجاهد، وهو نفس السند عند الطبري ، مما يدل على أن إحدى الكلمتين وقع فيها تصحيف، ولعل الراجح (كنوا) من الكناية، إذ هي أقرب إلى سياق الآية من الكف...

المطلب الثاني: تحذير السنة من التصريح بذكر العلاقات الزوجية:

وقد جاء في الحديث ما يصرح بتحريم ذكر أسرار العلاقة الزوجية ومن هذه الأحاديث :

1 - قوله صلى الله عليه وسلم: " إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة ، الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ، ثم ينشر سرها" (284). وفي رواية: إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة.. " الحديث .

وذكر النووي في شرحه للحديث قوله: " وفي هذا الحديث تحريم إفشاء الرجل ما يجري بينه وبين امرأته من أمور الاستمتاع ، ووصف تفاصيل ذلك ، وما يجري من المرأة من قول أو فعل ونحوه، فأما ذكر الجماع فإن لم تكن فيه فائدة ولا إليه حاجة فمكروه ، لأنه خلاف المروءة ... " (285).

2 - قوله صلى الله عليه وسلم: " عسى أحدكم يخبر بما صنع بأهله، وعسى إحداكن أن تخبر بما صنع بها زوجها، فقامت امرأة سوداء فقالت: يا رسول الله إنهم ليفعلون وإنهن ليفعلن، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا أخبركم بمثل ذلك ؟ مثل ذلك كمثّل شيطان لقي شيطانة فوقع عليها في الطريق والناس ينظرون ففضى حاجته والناس ينظرون " . (286).

وذكر الشوكاني في شرحه الحديث ما يدل على تحريم ذكر ما يتعلق بأسرار العلاقات الزوجية ، فقال: الحديث يدل " على تحريم إفشاء أحد الزوجين لما يقع بينهما من أمور الجماع، وذلك لأن كون الفاعل .. بمنزلة شيطان لقي شيطانة ... من

(284) مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح ، المسمى صحيح مسلم. باب تحريم إفشاء سر المرأة، رقم: 1437. وابن أبي شيبه ، المصنف ، 40/4 رقم: 17553....

(285) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف. صحيح مسلم بشرح النووي. تحقيق: عصام الصبابطي. دار أبي حيان . ط1 : 1415 هـ 1995 م . 262/5...

(286) أبو داود ، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب ما يكره من ذكر الرجل ما يكون من إصابته أهله. رقم: 2174. ابن أبي شيبه، المصنف.: 40 / 4 رقم: 17554

أعظم الأدلة الدالة على تحريم نشر أحد الزوجين للأسرار الواقعة بينهما الراجعة إلى الوطء ومقدماته ... " (287).

إذا يتبين مما سبق أن الشريعة دعت إلى التخلق بهذا الأدب الرفيع، وجعلته منهجا ينبغي للمسلم أن يلتزمه عند الحديث عن أسرار العلاقات الزوجية. ولم نجد في القرآن ما يستثني هذا الأسلوب، وإن كان بعض أهل العلم استثنى حالة الخصومة أمام القضاء ، لإثبات حجة ، أو لدفع تهمة بناء على ما نقل في بعض الآثار من بعض خصومات وقعت بين الأزواج والتي كانت رفعت بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم (288).

المبحث الثاني: التحذير من نشر حديث الفاحشة.

لقد أمر القرآن المسلم بصيانة اللسان عن نطق البذيء أو الفاحش من الكلام، لما في ذلك من أثر سيئ على خلق الفرد والمجتمع بشكل عام . فالكلمات والإشارات والإغراء والتزيين ..كلها فواحش منع منها المسلم، قال تعالى :

﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْمَلُونَ ﴾ [سورة الأعراف].

(287) الشوكاني، محمد بن علي. ت: 1250 هـ . نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار . تحقيق طه عبد الرؤوف سعد . مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة. الجزء السابع ص: 292.... وانظر: أبادي ، أبو الطيب محمد شمس الحق ، عون المعبود شرح أبي داود. دار الكتب العلمية بيروت. ط2: 1423 هـ 2002 م. 158/3.

(288) انظر: النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف. شرح صحيح مسلم بشرح النووي.. 262/5. والشوكاني، نيل الأوطار: الجزء السابع: 293. " فإن كان إليه حاجة .. فلا كراهة في ذكره وذلك نحو أن تنكر المرأة نكاح الزوج لها وتدعي عليه العجز عن الجماع أو نحو ذلك كما روى أن الرجل الذي ادعت عليه امرأته بالعجز عن نكاحها ، وذكرت ذلك بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقول زوجها: يا رسول الله إني لأنفضها نفص الأديم " ولم ينكر عليه ، والحديث عند البخاري، باب: الثياب الخضر ، رقم: 5487....

وقد جاء في تفسير معنى الفواحش أي ما يتعلق بذكر العورات، قالوا: " أي ما تفاحش قبحه أي تزايد، وقيل : هي ما يتعلق بالفروج" (289).

وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ ءَامَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿١٩﴾﴾ [سورة النور].

وقد استدل بعض العلماء بالآية على حرمة الحديث بكل ما يتعلق بالفاحشة، " لأن في الآية من جهة العموم إشارة إلى أن الله تبارك وتعالى أراد أن يؤدب أهل الإيمان بها، فلا يكون المؤمن ناقلاً لحديث الفاحشة، مشيعاً له بين الناس...لأنه إذا انتشر بين الناس ذكر الفواحش والكلام القبيح ..، فإن ذلك مظنة إلى فتنة الناس وصددهم عن التخلق بالأخلاق الفاضلة" (290).

حتى إن بعض الفقهاء قال بعدم استنطاق المصابة بالفجور صيانة للمجتمع من سماع كلامها في شأنه، إذ لا يخلو كلامها من الحديث عن الهيئة والكيفية وما يتعلق بالفعل، فرأى بعض الفقهاء أن في ذلك مفسدة عظيمة، قال: " المصابة بالفجور لا تستنطق لأن استنطاقها إشاعة للفاحشة وذلك ممنوع منه" (291). وقد جاء في المبسوط عند الحنفية قولهم: " فإنها وإن ابتليت بالزنى مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنى لا ينعدم حياؤها بل يزداد لأن في الاستنطاق ظهور فاحشتها وهي تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء محمود منها لأنها سترت ما على نفسها وقد أمرت بذلك" (292). فكيف يصح إذا أن تكتب الكتب أو تقام برامج على التلفاز وفيها من الكلام ما يصرح فيه بذكر الهيئات والكيفيات والطرق بما لا يخلو من إثارة بقصد أو بغير قصد.

(289) الزمخشري، الكشاف: 97/2..

(290) الشنقيطي، محمد بن محمد المختار. تفسير سورة النور، مجموعة دروس صوتية، الدرس السادس..

(291) الرازي، مفاتيح الغيب: 160/23...

(292) السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن سهل. المبسوط، دار الفكر، بيروت، 2000: 11/5...

وفي كنايات القرآن ، وصراحة الأحاديث النبوية المانعة من إفشاء ما يفضي به الرجل إلى أهله، وعده من الكبائر، إضافة إلى ما سبق من ذكر كلام بعض الفقهاء، يحمل إشارة واضحة إلى ضرورة الكناية عن أمور العلاقة الزوجية وأنه لا يصح التصريح بها بحجة التعليم أو الإرشاد أو غيرها من الحجج، لأن من خصائص المجتمع المسلم أنه نظيف عفيف لا تشيع فيه الفاحشة، ولا يتبجح فيه بالإغراء، ولا تروج فيه الفتنة...ومن نتائج ذلك الأمن والسكن والسلم والطهر..(293).

المبحث الثالث: ذكر موضوعات العلاقات الزوجية في القرآن.

جاء في القرآن ذكر ما يتعلق بأحكام العلاقات الزوجية في أكثر من سورة ، وتنوعت الموضوعات التي ذكرتها الآيات القرآنية في هذا الشأن، فتارة كان الغرض لأجل بيان ما يحل وما يحرم من موضع إتيان الزوجة، وتارة جاء الحديث عن الوقت الذي يجوز أو لا يجوز فيه إتيان الزوجة، وتحدث تارة أخرى عن العلاقة المشروعة وامتدحها، وذكر التنشيع على العلاقة غير المشروعة وحذر منها...إلى غير ذلك من الأسباب التي ذكرها القرآن وسوف نأتي على تبويبها وفق الموضوعات الآتية:

المطلب الأول: - موضوع: صيانة الأعراض وحفظ الفروج:

قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ ﴿٥٥﴾ [سورة المؤمنون: 5].

قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ ﴿٢٩﴾ [سورة المعارج: 29].

قال تعالى: ﴿وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ﴾ ﴿٢٥﴾ [سورة الأحزاب:

35].

(293) انظر: سيد، ظلال القرآن. 1/187...

قال تعالى: ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ۖ ﴾ [سورة النور: 30].

قال تعالى: ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ ﴾ [سورة النور: 31].

قال تعالى: ﴿ وَالَّتِي أَحْصَتْ فَرْجَهَا فَنَفَخْنَا فِيهَا مِنْ رُوحِنَا وَجَعَلْنَاهَا وَابْنَهَا آيَةً لِلْعَالَمِينَ ﴾ [سورة الأنبياء: 91].

قال تعالى: ﴿ وَمَرْيَمَ ابْنَتْ عِمْرَانَ الَّتِي أَحْصَتْ فَرْجَهَا فَنَفَخْنَا فِيهِ مِنْ رُوحِنَا وَصَدَّقَتْ بِكَلِمَاتِ رَبِّهَا وَكُتِبَ لَهَا وَكَانَتْ مِنَ الْغَابِرِينَ ﴾ [سورة التحريم: 12].

فقد كنى الله تعالى بهذه اللفظة عن مواضع السوءات، ولذا قالوا: " أخطأ من توهم هنا الفرج الحقيقي⁽²⁹⁴⁾، وإنما هو من لطيف الكنايات وأحسنها، وهي كناية عن فرج القميص، أي لم يعلق ثوبها ربيبة، فهي طاهرة الأثواب، وفروج القميص أربعة: الكمان والأعلى والأسفل، وليس المراد غير هذا فإن القرآن أنزه معنى، وألطف إشارة، وأملح عبارة من أن يريد ما ذهب إليه وهم الجاهل... " (295).

(294) وكل فرجة بين شيين فهو فرج، كقوله:

إِلَّا كُمَيْتًا بِالْقَنَاءِ وَضَائِبًا... بِالْفَرْجِ بَيْنَ لِبَائِهِ وَيَدِهِ.

جعل ما بين يديه فرجا. وفرج الوادي: ما بين عدوتيه، وهو بطنه. وفرج الطريق: متنه وفوهته وفرج الجبل: فجّه. ويقال: جرى الفرس بملاى فروجه وهي ما بين قوائمه، أي من شدة إسرعه في الجري امتلأ ما بين قوائمه بالغبار والتراب.

والفَرْجُ الثَّغْرُ الْمَخُوفُ وهو موضع المخافة.

وفي حديث صلاة الجماعة وَلَا تَذَرُوا فُرْجَاتِ الشَّيْطَانِ وفي رواية فرج، جمع فرجة، وهو الخَلْلُ الذي يكون بين المصَلِّينَ في الصُّفُوفِ. ابن منظور. لسان العرب: 341/2..

(295) الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1/ 179. السيوطي، الإتقان في علوم القرآن: 94/2..

المطلب الثاني - موضوع: طلب العلاقة التي أحلها الله تعالى والابتعاد عن الحرام.

فقرة أولى: التعبير عن مسمى العلاقة التي أحلها الله:

كنى القرآن عن العلاقة الزوجية التي أحلها بلفظ النكاح، وغيره من الألفاظ ذات الدلالات المختلفة، مثل الإحصان، والاستمتاع....

قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ۖ ﴾ [سورة النساء: 3].

قال تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [سورة النساء: 22].

قال تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعِيَهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [سورة الأحزاب: 49]

قال تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ ۚ وَلَا مُمِئَةً مُّؤْمِنَةً خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۚ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُوْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۚ ﴾ [سورة البقرة: 221].

قال تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۖ كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ۚ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ فَرِيضَةٌ ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [النساء: 24].

إذا فقد عبر القرآن عن العلاقة فيما بين الزوج والزوجة بالنكاح وغيرها من الألفاظ التي تحمل كناية في دلالتها على العلاقة فيما بين الرجل والمرأة، وذهب بعضهم إلى أن لفظ النكاح في القرآن لا يراد به إلا العقد، ونقل ذلك عن الزجاج حيث قال: لا يعرف النكاح في كتاب الله تعالى إلا بمعنى الزوج أي العقد⁽²⁹⁶⁾. وسواء أكان بمعنى العقد أم بمعنى الوطء، فقد استعمل كأسلوب كناية عن الدخول، قال الزركشي: "ومن عادة القرآن العظيم الكناية عن الجماع باللمس، واللامسة، والرفث، والدخول، والنكاح، ونحوهن.." (297).

فقرة ثانية: التعبير عن مسمى العلاقة التي حرّمها الله:

وكنى عن العلاقة المحرمة بالزنى وغيرها من الألفاظ ذات الدلالات المختلفة مثل الفاحشة، والسفاح والمسافحة، والخن والخذنة...

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ ﴿١٢﴾ [سورة الإسراء: 32]

قال تعالى: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾ ﴿١٥﴾ [سورة النساء: 15].

قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَتِ الْمُؤْمِنَتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِأَيْمَانِكُمْ بَعْضُكُم مِّنْ بَعْضٍ فَاذْكُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسْفَحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ ﴿٢٥﴾ [سورة النساء: 25].

(296) انظر: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن. دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ/2003 م: 167/12..

(297) الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1 / 177. السيوطي، الإتقان في علوم القرآن: 93/2..

قال تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا
الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ وَلَا
مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ
مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾ [سورة المائدة: 5].

المطلب الثالث: - بيان ما يحل وما يحرم في العلاقة بين الزوج والزوجة:

فقرة أولى: - من حيث مكان إتيان الزوجة:

وقد عرض القرآن الكريم لأشد الموضوعات حساسية، وهو بيان ما يحل وما يحرم
من حيث موضع الإتيان في العلاقة بين الرجل والمرأة.

قال تعالى: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْى شِئْتُمْ ﴾ [سورة
البقرة: 223].

قال تعالى: ﴿ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ﴾ [سورة البقرة:
222].

فقرة ثانية: - من حيث حال الزوجة، طاهرة أم غير طاهرة.

قال تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي
الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ
أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴾ [سورة
البقرة: 222].

فقرة ثالثة: - من حيث وقت العلاقة:

وأما من حيث طبيعة الوقت الذي يرغب فيه الزوجان بالعلاقة من ليل أو نهار في
صيام أو حج فقد جاء ذكر ذلك في القرآن، ومنها...

قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَشِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ﴿١٨٧﴾﴾ [سورة البقرة: 187].

قال تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ ﴿١٩٧﴾ [سورة البقرة: 197].

المطلب الرابع: - موضوع: الأحكام التي تترتب على الزواج من حيث الدخول وعدمه.

وفي هذا الموضوع نجد أن القرآن أقام لهذه العلاقة عدة أحكام منها ما يتعلق بحقوق المرأة إذا تم الدخول بها، ومنها ما يتعلق بواجبات تترتب على الدخول بها، ومنها ما له علاقة بمعالجة الخلافات بين الأزواج.

فقرة أولى: ذكر ما يتعلق بحقوق المرأة إذا تم الدخول بها، ونذكر بعض هذه الآيات: قال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ ﴿٢١﴾ [النساء: 21]. والإفضاء هنا بمعنى الدخول بالمرأة، وأصل الإفضاء المخالطة، والمراد به هنا الجماع ولكن الله كريم يكتفي، فحقها أن تأخذ المهر كاملاً (298) ..

(298) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: 102/5 ..

قال تعالى: ﴿ وَرَبَّيْبُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [سورة النساء: 23].

فقد بنى تحريم بنت الزوجة من غيره على الدخول بأمرها، وعبر بالدخول عن الجماع من باب الكناية.

فقرة ثانية: ذكر ما يتعلق بحقوق المرأة إذا لم يتم الدخول بها .

ومن الآيات التي ذكرت الأحكام التي تتعلق بالعلاقة الزوجية إذا لم يتم الدخول بالمرأة :

قال تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [سورة الأحزاب: 49]

ومعنى النكاح هنا: العقد، ومعنى المس: الدخول. وقد اشتهرت الكناية به في لسان الشرع عن الجماع، وهو من آداب القرآن لأنه يتحاشى ذكر الألفاظ الفاحشة فيكوني عنها.. (299).

فقرة ثالثة: ذكر سبل علاج الاضطراب في العلاقة الزوجية.

ومن الأحكام التي وضعها القرآن لتصحيح العلاقة عند الاضطراب وحفظها من الضياع:

قال تعالى: ﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾ [النساء: 34].

(299) انظر: الصابوني، محمد علي، روائع البيان. دار الفكر: 2/ 233..

وقد جاء في معنى الهجر هنا عن ابن عباس وغيره: أن يكون الرجل وامرأته على فراش واحد لا يجامعها فيه⁽³⁰⁰⁾..

وهكذا نجد أن الموضوعات التي تتعلق بأحكام العلاقات الزوجية ذكرها القرآن الكريم بأساليب مختلفة، وعالج موضوعاتها بعباراته التي تختزن كثيرا من اللطف، بعيدة عن معاني الإثارة، وسوف نقف فيما يأتي على أغراض الكناية في حديث القرآن عن العلاقات الزوجية.

الفصل الثالث:

أغراض الكناية وآثارها في ذكر العلاقات الزوجية.

المبحث الأول: الأغراض البيانية لذكر الكناية عن العلاقات الزوجية في القرآن.

كما تعددت الموضوعات التي لأجلها ذكر القرآن هذه العلاقة، فقد تعددت أغراض الكناية من جهة أخرى، وقد حصرها بعضهم في غرض واحد من أغراض الكناية، وهو: أن يفحش في السمع ذكره تصريحاً، أو يكون التصريح مما يستقبح ذكره، فيكني عنه⁽³⁰¹⁾، وبعضهم جعلها تحت عدة أغراض⁽³⁰²⁾، ونذكر أهم هذه الأغراض التي لأجلها كنى القرآن في حديثه عن العلاقات الزوجية.

المطلب الأول: ترك اللفظ إلى ما هو أحسن منه صوتاً للسان.

من أغراض الكناية ترك اللفظ إلى ما هو أحسن منه صوتاً للسان⁽³⁰³⁾، بأن يكون التصريح مما يستقبح ذكره⁽³⁰⁴⁾، أو أن يفحش ذكره في السمع⁽³⁰⁵⁾، عند ذلك يكون

(300) انظر: الطبري، جامع البيان: 302/8..

(301) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 177 / 1 . السيوطي، الإتقان في علوم القرآن: 93/2..

(302) انظر: القصاب، د. وليد. البلاغة العربية: 241 - 244..

(303) انظر: القصاب، د. وليد. البلاغة العربية: 241..

(304) انظر: السيوطي، الإتقان في علوم القرآن: 93/2..

(305) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 177 / 1 ...

أسلوب الكناية هو الأداة الفنية المستساغة للتعبير عن المعنى⁽³⁰⁶⁾، ككناية الله تعالى عن الجماع بالملامسة والمباشرة والإفضاء، والرفث، والدخول، والنكاح، واللباس، والغشيان، ونحوهن... ومن أمثلة ذلك:

- كنى الله عن الجماع بالمباشرة: قال تعالى:

﴿ فَأَلْزَمَ بَشْرُوهُنَّ وَأَبْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى آيِلٍ وَلَا تَبْشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَجِدِ ﴾ [سورة البقرة: 187].

وسبب الكناية لما فيه من التقاء البشريتين⁽³⁰⁷⁾. وعن ابن عباس قال: المباشرة الملامسة والمس بالجماع ولكن الله يكني ما شاء بما يشاء⁽³⁰⁸⁾.

- وكنى عن الجماع بالرفث: قال تعالى:

﴿ أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ [سورة البقرة: 187].
وبقوله:

﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ﴾ [سورة البقرة: 197].

فالرفث كناية عن الجماع، وعن ابن عباس إن الله تعالى حيي كريم يكني، ...⁽³⁰⁹⁾.

(306) انظر: السيد، د. شفيع: التعبير البياني : 221...

(307) انظر: الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. 391/8. البغوي، محيي الدين أبو محمد الحسين بن مسعود ت: 516. معالم التنزيل، المعروف بتفسير البغوي. دار طيبة. ط4 : 1417 هـ 1997 م : 207/1. الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 178 /1 ...

(308) انظر: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن الكمال. الدر المنثور، دار الفكر بيروت: 1993 م : 485/1 ...

(309) انظر: البغوي، معالم التنزيل : 206/1. ...

- وكنى عن الجماع باللباس: قال تعالى:

﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ [سورة البقرة: 187].

واللباس من الملابس وهي الاختلاط والجماع⁽³¹⁰⁾.

- وكنى عن الجماع بالملامسة: قال تعالى:

﴿ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ ﴾ [سورة النساء: 43].

إذ لا يخلو الجماع عن الملامسة⁽³¹¹⁾.

- كنى عن الجماع بالدخول: قال تعالى:

﴿ وَرَبَّيْبُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [سورة النساء: 23].

فقد عبر بالدخول عن الجماع من باب الكناية.

- وكنى عن الجماع بالحرث: قال تعالى:

﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ أَنْى شِئْتُمْ ﴾ [سورة البقرة: 222].

والإتيان في هذا الموضع كناية عن اسم الجماع⁽³¹²⁾، والحرث في هذا الموضع

كناية عن الجماع، وتسمى النساء حرثاً لأنهن مزروع الأولاد⁽³¹³⁾...

- وكنى عن الجماع بالغشيان: قال تعالى:

﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمَلاً خَفِيفاً فَمَرَّتْ بِهِ ۖ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَاحِبًا صَلِحًا لَّنُكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ [سورة الأعراف: 189].

(310) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1/ 178 ...

(311) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1/ 178 ...

(312) انظر: الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. 398/4 ...

(313) انظر الكيا الهراسي ت: 504هـ، عماد الدين بن محمد. أحكام القرآن. 107/1 ...

فمعنى فلما تغشاها أي جامعها قال الزجاج : وهذا أحسن كناية عن الجماع⁽³¹⁴⁾..

المطلب الثاني - الإيجاز.

من أغراض الكناية الإيجاز مع توصيل المعنى بأسلوب راق، وتقدير للفائدة، وبيان للغاية⁽³¹⁵⁾.

إن جمع هذه الأمور الثلاثة في كلمة واحدة ، هو من خصائص أسلوب كنايات القرآن الكريم ، فقد تكون الكناية لجمال الكلمة، أو تكون للبعد عن الكلمة الخشنة، أو تكون لإفادة المعنى المراد مع احتمال المعنى الحقيقي، ولكن أن يكون كل ذلك بالإضافة إلى بيان الغاية والمآل التي ينبغي أن ينتبه إليها المستمع فهذه قمة سامقة من ألوان الكناية، وتجد هذه المرادات كلها في قوله تعالى :

﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ [سورة البقرة].

كنى الله تعالى عن الجماع بالحرث ، فالحرث في هذا الموضع كناية عن الجماع، وتسمى النساء حرثاً لأنهن مزدرع الأولاد⁽³¹⁶⁾. وكنى عن المعاشرة الزوجية بالحرث، وذلك من أجل التنبيه إلى الغاية من هذه المعاشرة، مع تقرير الفائدة منها، وهي الإنجاب والإخصاب، " ودلالة على أن الغرض الأصيل في الإتيان هو طلب النسل لا قضاء الشهوة، فلا تأتوهن إلا من المآلى الذي يتعلق به هذا الغرض " ⁽³¹⁷⁾.

ففي هذه الكلمة من الآية إيجاز اشتمل على أكثر من ثلاث فوائد، منها: الإيجاز، ومنها تجميل اللفظ وتحسين العبارة، ومنها توصيل المعنى المطلوب بكلمة فيها

(314) انظر: ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد. زاد المسير في علم التفسير. المكتب الإسلامي، بيروت. ط3 : 1404 هـ : 301/3 ...

(315) انظر، القصاب، د. وليد. البلاغة العربية: 223 . وانظر الزركشي. البرهان في علوم القرآن: 181/1، الفائدة التاسعة...

(316) انظر الكيا الهراسي ت: 504 هـ، عماد الدين بن محمد. أحكام القرآن. : 107/1 ...

(317) الزمخشري، الكشاف : 294/1 ...

مغزى بلطف، ومنها تنبيه للغاية التي ينبغي أن تكون عليها هذه العلاقة من إنجاب الولد. ومنها النهي عن امتناع وطء النساء لأن المزدرع إذا ترك ضاع... إلى غيرها من الفوائد التي اشتملت عليها هذه الكناية الموجزة، وهذه الكناية في النكاح من بدیع كنايات القرآن⁽³¹⁸⁾.

المطلب الثالث: تحسين اللفظ .

من أغراض الكناية قصد تحسين اللفظ لغرض تحسين المكنى والكنى به⁽³¹⁹⁾. وقد امتدح الله تعالى الزوجات العفيفات اللاتي يحفظن أزواجهن في أنفسهن وأبصارهن... فكنى عن هذه العلاقة بجملة لطيفة فيها من الحسن في لفظها وكنائيتها مثل قوله تعالى:

﴿ وَعِنْدَهُمْ قَصِرَتُ الْأَطْرَفُ عَيْنٌ ۖ كَأَنَّهُنَّ بَيْضٌ مَّكْنُونٌ ۝٤٨ ۝٤٩ ﴾

[سورة الصافات: 48-49].

فإن الله تعالى كنى عن النساء بصفيتين الأولى جمال النفس والخلق، والثانية جمال المظهر والخلق. فاستعمل اللفظ الجميل وكنى به عن معنى جميل ، ففي الآية " كناية عن صفة العفة والنزاهة وغرضها تحسين المكنى عنه وتجميله" ⁽³²⁰⁾.

المبحث الثاني: الأغراض الفقهية لذكر الكناية عن العلاقات الزوجية في القرآن:

لا تقتصر أغراض الكناية على المعطى البياني، وإنما ثمة علاقة فيما بين المكنى والمكنى عنه من جهة اختيار اللفظة المكنى بها لغرض دلالي، وسوف نقف على بعض الكلمات التي كنى الله تعالى بها مما يتعلق بالعلاقات الزوجية فنجد الفقهاء وعلماء التفسير (خاصة تفسير آيات الأحكام) قد حملوا اللفظ على كنياته ، ومع ذلك

(318) انظر: أبو حيان، محمد بن يوسف . البحر المحیط، 2/180..

(319) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 1/ 178 . القصاب، د. وليد. البلاغة العربية. 244...

(320) القصاب، د. وليد. البلاغة العربية. 244...

أخذوا من صورة اللفظ أحكاماً ، فكان اللفظ المكنى به يحمل دلالات في كنياته ودلالات في صورته، فإن في اختيار كلمة مثل الرفث وأن يكنى بها عن الجماع في الموضع الذي استعمله القرآن له إحياءاته وإشارات الفقهية، والتي لا تغني مكانها استعمال كلمة " لامستم"، وكذلك الشأن في هذه الأخيرة فإن لها دلالاتها وإحياءاتها التي تتناسب مع الموضع الذي سيق في لا تغني عنها كلمة اللباس، أو الغشيان أو غيرها ، ومن أمثلة ذلك:

المطلب الأول: - الكناية بكلمة (المباشرة) ودلالاتها الفقهية:

كنى الله عن الجماع بالمباشرة، قال تعالى :

﴿ وَلَا تَبَشِّرُوهُنَّ ۚ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَجِدِ ﴾ [سورة البقرة:187].

ووجه الكناية وسببها لما فيه من التقاء البشريتين⁽³²¹⁾. وعن ابن عباس قال: المباشرة الملامسة والمس بالجماع ولكن الله يكنى ما شاء بما يشاء⁽³²²⁾. والمباشرة في اللغة: من بشر، والبشر جمع بشرة وهو ظاهر الجلد، ومنه اشتقت مباشرة الرجل المرأة لتضام أبطارهما، وقد استعمل على ظاهره في أكثر من حديث، وبأشرف الرجل امرأته مباشرة وبشراً كان معها في ثوب واحد فوليت بشرته بشرتها، ومباشرة المرأة ملامستها. وأصله من لمس الرجل بشرة المرأة وقد يراد به الوطء⁽³²³⁾.

وبناء على ما سبق فقد ذكرت الآية النهي عن المباشرة في الاعتكاف، واتفق على أن المباشرة كناية عن الجماع، فالممنوع الجماع للمعتكف.

(321) انظر: الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. 391/8. البغوي. معالم التنزيل ، المعروف بتفسير البغوي: 207/1. الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 178 /1 ...
(322) انظر: السيوطي، الدر المنثور : 485/1 ...
(323) انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم . لسان العرب. دار صادر بيروت، 59/4 ...

لكن بقي ما دون الجماع من الكلام، والمباشرة، والقبلة... وما هو من مقدمات الجماع، فهل في الكلمة المكنى بها دلالة أخذ منها المفسرون والفقهاء أحكاماً.

نعم. إننا نجد الفقهاء اتفقوا على تحريم كل ما يتعلق بما دلت عليه اللفظة من حيث الحقيقة والكناية بالنسبة للمعتكف فمنعوا من اللمس والتقبيل وغيره مما له علاقة بمقدمات الجماع..

" فإن من جامع متعمداً فسد اعتكافه بإجماع أهل العلم.. أما التقبيل واللمس بشهوة فهو حرام، ويفسد اعتكافه إن أنزل لعموم الآية، (ولا تباشروهن) (324) ..

وبناء على ما سبق من بيان سبب الكناية ووجهها، ودلالاتها اللغوية، فإن كان من معانيها اللغوية الجماع، يصح أن نقول بأن المنع من القبلة واللمس من باب العموم، وإن لم يكن من مدلولاتها اللغوية الوطء، فيكون من باب الكناية التي لا يمتنع إرادة معنى أصل المكنى به عند عدم وجود مانع من مثل تخصيص أو نحوه، وعلى كلا الأمرين يتبين أن قصد ذكر كلمة المباشرة هنا في التعبير عن الجماع فيه إشارة إلى أن المباشرة باليد والجسد ممنوع لكونه من مقدمات الجماع، ولكون الكلمة المكنى بها في أصل وضعها تشير إليه وتتناسب مع الموضوع التي ذكرت فيه.

المطلب الثاني- الكناية بكلمة (الرفث) ودلالاتها الفقهية:

كنى الله تعالى عن الجماع بالرفث:

قال تعالى ﴿ الْحَبْجُ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَةٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَبْجَ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَبْجِ ﴾ [سورة البقرة: 197].

فالرفث كناية عن الجماع، وعن ابن عباس "إن الله تعالى حيي كريم يكني.."(325).

والرفث في اللغة: " قول الفحش، وقيل كلمة جامعة لكل ما يريده الرجل من أهله، وقيل هو التعريض بالنكاح، وقيل الرفث: الجماع"(326).

(324) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 276/22....

(325) انظر: البغوي، معالم التنزيل: 206/1. ...

(326) ابن منظور، لسان العرب. مادة رفث. 153/2.

لقد تحدث الفقهاء في الأثر الفقهي لهذه الكلمة، وتحديثوا عما يحرم على المحرم، فاتفقوا على حرمة الجماع ودواعيه الفعلية أو القولية، للآية السابقة، وأما تخريج وجه الاستدلال من الآية على ذلك فكانت :

- أن من فسر الرفث بأنه في اللغة ما قيل عند النساء من قول الفحش وذكر الجماع، فتكون الآية في الدلالة على تحريم مقدمات الجماع القولية والفعلية بنص اللفظ ، وتكون الدلالة على تحريم الجماع من باب دلالة النص، أي من باب أولى، لأنه إذا حرم ما دون الجماع من مقدماته ، كان تحريم الجماع من باب أولى.
- ومن فسر الرفث على أنه يطلق على عدة معان منها مقدمات الجماع من قول أو فعل، ومنها الجماع، كان الدلالة على تحريم الجماع ومقدماته من باب العموم⁽³²⁷⁾.
- وإذا اعتبرنا ما نقل عن ابن عباس وغيره في أن اللفظ كناية، كنى الله بها عن الجماع، فتصبح الدلالة من باب إعمال الكناية فيما دلت عليه، واعتبار دلالتها اللغوية فيما نصت عليه ، وقد رجح هذا التوجيه بعض المفسرين فقال:

" والرفث اللغو من الكلام والفحش منه، والمراد به هنا الكناية عن قربان النساء، وأحسب أن الكناية بهذه اللفظ دون غيره لقصد جمع المعنيين الصريح والكناية"⁽³²⁸⁾.

المطلب الثالث - الكناية بكلمة (الملامسة) ودلالاتها الفقهية.

كنى الله عن الجماع باللامسة في قوله تعالى:

﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِ سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا ﴾ [سورة النساء: 43].

(327) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 168/2.

(328) ابن عاشور، التحرير والتنوير. 234/2.

اللمس في اللغة : الجس باليد، وهو كناية عن الجماع⁽³²⁹⁾. وسبب الكناية ووجهها أن الجماع لا يخلو عن الملامسة⁽³³⁰⁾.

وقد اختلف في تفسير هذه الكلمة بناء على معناها اللغوي، وهل هي صريحة أم كناية.

- فمن رأى أن أصل معنى الكلمة هي الجس باليد، حمل المعنى على الحقيقة وقال بأن الملامسة هنا المراد منها ظاهرها، واللمس حقيقته المس باليد، وبذلك فسره الشافعي، وقال من استدلل للشافعي: " فأما تخصيص اللمس بالجماع فذاك مجاز، والأصل حمل الكلام على حقيقته"⁽³³¹⁾. وعليه فمن نواقض الوضوء عنده لمس المرأة باليد⁽³³²⁾. ويكون اللمس بمعنى الجماع من باب الكناية في نقض الوضوء من باب أولى.

- " ومن اعتبر أن اللفظ (لامستم) كناية عن الجماع ، فقد فسره بالجماع"⁽³³³⁾. واعتبر أن الناقض للوضوء هو الجماع وليس الجس باليد ونحوه وهو مذهب الحنفية والمالكية⁽³³⁴⁾، ويكون بذلك قد أعمل الكناية فقط ومنع حمل اللفظ على الحقيقة.

ومع ذلك فإن من اعتبرها كناية اختلفوا أيضا في هل يلتزم بما دلت عليه وقصدته الكناية، ولا يعمل اللفظ على معناه الأصلي، أم يجوز حملها على معناها الأصلي الذي وضعت له بالإضافة إلى اعتبار ما كنت به وقصدته، ويظهر من فقه المالكية وأقوالهم في المسألة أنها اعتبروا الكناية والصريح في الكلمة ، أي أعملوا أصل اللفظ فيما وضع له ، واعتبروا ما دلت عليه اللفظة من حيث الكناية ، وهذا ما أشار إليه من خرّج فقه المالكية بقوله: " إلا أن مالكا قال : إذا التذ اللامس أو قصد اللذة

(329) انظر: ابن منظور، لسان العرب ، مادة: لمس: 209/6. ...

(330) انظر: الزركشي: البرهان في علوم القرآن: 178 /1 ...

(331) الرازي، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب. م 91/5.

(332) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 332/35 ...

(333) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير: 67-66/2..

(334) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 332/35 ...

انتقض وضوؤه ، وحمل الملامسة في هذه الآية على معنيها الكنائي والصريح.."
(335)

فالأقوال في هذه الآية ثلاثة، وقد بنيت في غالبها على النظر في الكلمة القرآنية من حيث كونها حقيقة محمولة على الصريح، أم كناية، وبناء على الاختلاف في هل الكناية تحمل على مقصودها أم على اللازم والملزوم منها سواء، كانت هذه الأقوال. فالشافعي حملها على الحقيقة بمعنى الجس باليد، فليست عنده من باب الكناية، ولا من نوع المجاز.

فهل الحنفية حملوها على الكناية، من باب أن اللفظ المستعمل في ما وضع له لا ليكون مقصودا بالذات بل لينتقل منه إلى لازمه المقصود، فإن كان معنى الكلمة الجس باليد ، فإنها كنت عن الجماع فيكون هو المراد دون غيره..

أم أنهم حملوها على الحقيقة والكناية معاً، ولكنهم خصوا الحقيقة لما ورد من أقوال السلف وأحاديث تفيد أن اللمس لا ينقض الوضوء (336) ..

وأما المالكية: فقد حملوها على الكناية التي لا تمنع جواز اعتبار المعنى الأصلي، وهو التعريف القائل: لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادة معناه...

ولذلك قالوا بنقض الوضوء باللمس مع الشهوة، وبالجماع. فحملوها على الصريح والكناية في نفس الوقت. ولكن يبقى أن اشتراط المالكية اللذة عن الجس باليد خارج عن اللفظة، ولذلك قال بعضهم: " وأرى مالكا اعتمد في هذا على الآثار المروية عن أئمة السلف، ولا أراه جعله المراد من الآية. " (337).

المطلب الرابع - الكناية بكلمة (الحرث) ودلالاتها الفقهية.

(335) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير: 67-66/2..

(336) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 332/35، فقد ذكر أن لمس الرجل المرأة لا ينقض الوضوء وهو مروى عن علي وابن عباس وعطاء وطاووس والحسن ومسروق..

(337) ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير: 67/2..

لقد تحدث الفقهاء في الأثر الفقهي لهذه الكلمة وبيان ما يحرم، وذلك عند تفسير قوله تعالى:

﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ^ط ﴾ [سورة البقرة].

فمن منع إتيان النساء في غير القبل قالوا: بأن الحرث في هذا الموضع كناية عن الجماع، وتسمى النساء حرثاً لأنهن مزدرع الأولاد⁽³³⁸⁾، وهو " من الكنايات اللطيفة والتعريضات المستحسنة " ⁽³³⁹⁾.

ومن قال بجواز إتيان المرأة في غير موضع القبل قالوا: بأن الحرث جعل اسماً للمرأة (نساؤكم حرث لكم) وليس لموضع الإتيان، ولما قال بعده فأتوا حرثكم أنى شئتم دل على إطلاق الإتيان.. ⁽³⁴⁰⁾.

والدليل للمذهب الأول من لفظ الكناية قولهم: إن في هذه الكناية دليلاً على تحريم الوطء في غير موضع الحرث ، ودليل التحريم مأخوذ من قوله تعالى:

﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ^ط ﴾ [سورة البقرة].

يعني محل استنبات الزرع، إذ يدل على أن في المأتي اختصاصاً، وأنه مقصور على موضع الولد، فمعنى الكلمة في الآية أن يأتيها في المكان الذي ينجب الولد على أي جهة شاء ⁽³⁴¹⁾، قالوا " فإن قلت ما موقع قوله: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ ﴾ مما قبله ؟

قلت موقعه موقع البيان والتوضيح لقوله (فأتوهن من حيث أمركم الله) يعني أن المأتي الذي أمركم الله به هو مكان الحرث ترجمة له وتفسيراً أو إزالة للشبهة" ⁽³⁴²⁾..

(338) انظر: الكيا الهراسي ت: 504هـ، عماد الدين بن محمد. أحكام القرآن. : 107/1 ...

(339) الزمخشري، الكشاف : 294/1 ...

(340) انظر: الرازي، مفاتيح الغيب : 62/6 ...

(341) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: 39/3. الكيا الهراسي، أحكام القرآن: 107/1. ابن عاشور،

التحرير والتنوير: 373/2 ...

(342) الزمخشري، الكشاف : 294/1 ...

ومثل هذه الكناية بلفظها وما كنت به تمنع صحة الاستدلال بها على جواز إتيان المرأة في غير موضع الحرث⁽³⁴³⁾..

المطلب الخامس - الكناية بكلمة (الدخول) ودلالاتها الفقهية.

كنى الله عن الجماع بالدخول: قال تعالى

﴿ وَرَبَّيْبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [سورة النساء: 23].

والربيبه هنا : بنت امرأة الرجل من غيره، سميت بذلك لأنه يرببها الرجل في حجره، فقد عبر بالدخول عن الجماع من باب الكناية⁽³⁴⁴⁾.

واتفق الفقهاء على أن الربيبة تحرم على زوج أمها إذا دخل بأمرها⁽³⁴⁵⁾.

ولكنهم اختلفوا في معنى الدخول المحرم.

1- الدخول: الجماع بالعقد الصحيح، وهو محل اتفاق الفقهاء⁽³⁴⁶⁾.

2 - الدخول: التجريد والنظر بشهوة ..⁽³⁴⁷⁾.

3- الدخول: مطلق الجماع ولو بزنى وهو قول عند الحنفية⁽³⁴⁸⁾.

(343) انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم: 592/1، حيث فصل المسألة وخلصتها: أنه قد نسب هذا القول إلى طائفة من فقهاء المدينة وغيرهم وعزاه بعضهم إلى الإمام مالك وأكثر الناس ينكر أن يصح ذلك عن الإمام مالك، وقد وردت الأحاديث المروية من طرق متعددة بالزجر عن فعله، وأما ما روي عن ابن عمر في جواز ذلك فلا يصح وقد أنكره فيما صح عنه من نقل... ..

(344) انظر: أبو حيان. البحر المحيط، 220/3..

(345) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 112/5...

(346) انظر: القرطبي. الجامع لأحكام القرآن، 106 /5 - 112. الموسوعة الفقهية الكويتية 214/36.

(347) انظر: الطبري، جامع البيان: 147/8 - 148. قال وهو قول عطاء ، وهو قول عند الحنفية ،

انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية: 275/19 . القرطبي. الجامع لأحكام القرآن، 112/5. ونسبه إلى الإمام أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي...

(348) انظر: الرازي، مفاتيح الغيب: 28/10. ورد على هذا القول: بأن الدخول المراد به هنا ما بني على عقد بدليل أن هذه الآية تناولت امرأة كانت من نسائه قبل الدخول مما يدل على أن ثمة عقدا سبق

أما الدخول سواء بعقد صحيح أو بزنى فهو ينسجم مع الكلمة المكنى بها، وأما اعتبار ما قام مقامه من التجريد والخلوة واللمس والقبلة وغيرها، فلا تدخل في الآية إلا بتأويل ، ولأجل ذلك رجح ابن جرير ما دخل في مدلول الكلمة من الجماع، وقال " لأن معنى الدخول الجماع والنكاح، ولا يخلو معناه من أحد أمرين : إما أن يكون على الظاهر المتعارف من معاني الدخول في الناس، وهو الوصول إليها بالخلوة بها أو يكون بمعنى الجماع، وفي إجماع الجميع على أن خلوة الرجل بامرأته لا يحرم عليه ابنتها إذا طلقها قبل مسيسها ومباشرتها، ما يدل على أن معنى ذلك هو الوصول إليها بالجماع"⁽³⁴⁹⁾. وهكذا وجدنا أن للكلمة المكنى بها أثراً في الترجيح بين المعاني المحتملة، والله أعلم.

المبحث الثالث: الأغراض التربوية لذكر الكناية عن العلاقات الزوجية في القرآن:

لا يخفى أن للكناية جملة آثار تربوية ونفسية واجتماعية وأخلاقية تنبض بها الكلمة المكنى بها، وهذا من حيث كونها مبحثاً لغوياً بلاغياً، فهل للكناية في القرآن جملة من هذه الآثار؟ آثار مقصودة بالنص يريد أن يرشدنا القرآن إلى تلمسها والوقوف عندها، خاصة أننا وجدنا الكناية قد استعملت عند الحديث عن الأمور التي لها صلة بالعلاقات الزوجية.

عليها، وهو قوله (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن). فالآية بينت أن النساء المعقود عليهن صنفان إما دخل بها أو لا، والمزني بها ليست كذلك...

(349) واختلف الفقهاء في الخلوة فذهب الحنفية إلى أن الخلوة... لا تقوم مقام الدخول في التحريم، وهو قول الحنابلة في إحدى الروايتين، وذهب المالكية إلى التحريم وأنها تقوم مقام الدخول ، ودليل الحنفية ومن وافقهم أن الآية نصت على الدخول فلا يجوز خلافه...انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 275/19 . القرطبي. الجامع لأحكام القرآن، 112/5. ونسبه إلى الإمام أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي..

وذهب بعض الحنفية ومن وافقهم إلى أن اللمس بشهوة والتقبيل بشهوة... قائم مقام الدخول ، واستدلوا لذلك بحديث رواه ابن أبي شيبة في المصنف 165/4، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا بنتها. انظر. الموسوعة الفقهية الكويتية، 214/36. وجاء في الفتاوى الهندية: حتى ولو أنزل عند اللمس أو النظر لم تثبت به حرمة المصاهرة، قال الصدر الشهيد : وعليه الفتوى. الفتاوى الهندية 1 / 274 - 275 . . انظر. الموسوعة الفقهية الكويتية، 214/36...

قبل الإجابة عن هذا السؤال لا بد من الإشارة إلى أن كثيراً من الكتب المعاصرة التي عالجت مسألة العلاقات الزوجية، تحدثت بصريح الكلام عن طبيعة العلاقة بين الرجل والمرأة، وتجاوز الأمر إلى شاشات التلفاز، على ألسنة مفتين تارة أو معالجين للعلاقات الزوجية من منظور إسلامي، وقد دافع أصحاب الجراءة هؤلاء عن تصريحهم فيما من شأنهم الكناية فيه، بعدة حجج: منها ردهم عن الشبهة القائلة بأن الإسلام دين الكبت الجنسي⁽³⁵⁰⁾، فوقع بعض هؤلاء في التصريح ليردوا بفعلهم هذا شبهة ساقطة بخطأ منهجي، والأشد من ذلك أن بعضهم احتج بأسلوب القرآن وبعض الآثار النبوية المروية ليبرر التصريح وترك الكناية. حتى إن بعضهم أراد أن يحمل أسلوب الكناية في القرآن على أنه أسلوب مشجع في التصريح عن العلاقات الجنسية فقال:

تحت عنوان : هل يجوز مصارحة الولد جنسيا؟ وساق مجموعة من الأدلة على صحة ذلك ومنها قوله: إن آيات كثيرة تتحدث عن الاتصال بالجنس.. وذكر بعض الآيات التي سبق الحديث عنها في البحث. ثم قال: " فكيف يفهم الولد، تفسير هذه الآيات وأمثالها إذا لم تتضح له حقائقها وما يراد منها... ولا يمكن أن نطمس معاني هذه الآيات بتفسيرات أخرى لا تمت إلى المعنى المراد بصلة، أو أن يمر عليها مرور الكرام دون توضيح لها أو تفسير لمضمونها، لأن هذا المسلك غير سليم يتنافى مع قواعد التربية الإسلامية الأصيلة...ومن هنا نعلم أن القرآن اشتمل على ثقافة جنسية... وهذه الثقافة ينبغي أن يتفهمها الصغار والكبار، والشيب والشبان، والنساء والرجال.." (351).

(350) انظر : علوان، عبد الله ناصح. الإسلام والجنس. دار السلام. صفحة 2 وما بعدها..

(351) علوان، عبد الله ناصح. مسؤولية التربية الجنسية. دار السلام. صفحة 96 وما بعدها... ومن المعلوم أن الشيخ الفاضل (رحمه الله) صاحب رؤية تربوية في تربية الأولاد تلقاها الناس بالقبول، وإنما أردت أن أنبه من خلال كلام الشيخ إلى أمرين: الأول أنه لا يصح أن يستدل بتأصيله على جواز مباشرة هذا العلم على الشاشات والرأي العام، الثاني: لا يصح أن يستدل بتأصيله الذي ذكره على صحة نشر هذه الثقافة بين الأولاد بحجة التنقيف الجنسي في المدارس، وأما تعليم المقبلين على الزواج، فلا مشكلة في إقامة مراكز للقضايا العائلية، يستفيد منها القادمون على الزواج بتوضيح كل ما يشكل عليهم من أسئلة واستفسارات، أما أن تكون الآية أو الآيات محلاً للشرح والتفصيل في كتب التفسير أو كتب مستقلة فالمسألة فيها نظر.

وبعضهم قال إن الكناية في العلاقات الزوجية في القرآن هو من باب ذكر ما تضيق عنه العبارة ، ولا يخفى أن في مثل هذا الكلام شبهة قصور الألفاظ القرآنية عن أداء المعنى، وهذا مردود جملة وتفصيلا، وإنما قال صاحب الكلام لك لأنه أراد أن يبرر لنفسه الحديث بالتفصيل عن العلاقات الزوجية ، وأن يطلق العنان في الكشف عن كل ما يمكن أن يدخل تحت موضوع اللفظة القرآنية المكنى بها، وهذا لا يصح له مستند، مع أن الذين تبنوا مثل هذه الآراء في صحة التصريح على التلفاز أو الكتب، لم يغفلوا ذكر الحديث عن خطورة النظر، والسماع، والتكلم بمثل هذه المسائل لما لها من أثر سلبي على الطفل، لا بل على الكبار أيضا.. (352).

ومثل هذا الإقرار منهم يثبت أن التصريح في الحديث عن هذه المسائل له أثر سلبي على مشاعر المستمع وسلوكه، وعليه فكان ينبغي الوقوف عند أسلوب القرآن في عرض هذه المسائل .

ومن هنا نجد لزما علينا أن نقدم موضوعا قرآنيا يكشف لنا عن الأغراض والآثار النفسية والسلوكية والاجتماعية التي يحققها أسلوب الكناية في حديثه عن العلاقات الزوجية، ولقد فطن السلف والخلف لهذه الأغراض فجاءت مبنوثة في بطون الكتب منثورة في صفحات التفاسير، ولذا فإنها بحاجة إلى جمعها في خيط واحد، وفق منهجية التفسير الموضوعي ليسهم في الإضاءة على هذا الجانب الاجتماعي المهم في حياة الأفراد والأسر والمجتمعات، وسوف نأتي على ذكر أقوالهم وبعض هذه الإشارات التي نقلت عنهم في تفسيرهم لكنايات الحديث عن العلاقات الزوجية، ومنها:

المطلب الأول: الآثار السلوكية:

- من الآثار السلوكية، ضرورة التأدب بأسلوب القرآن في الحديث عن العلاقات الزوجية:

(352) انظر: علوان، عبد الله ناصح. مسؤولية التربية الجنسية. صفحة 7 وما بعدها..

ومما جاء من ذلك قولهم عند تفسير قوله تعالى :

﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ^ط ﴾ [سورة البقرة].

قالوا وهذه " من الكنايات اللطيفة والتعريضات المستحسنة وهذه وأشباهها في كلام الله آداب حسنة على المؤمنين أن يتعلموها ويتأدبوا بها ويتكلفوا مثلها في محاورتهم ومكاتبتهم" (353).

المطلب الثاني: الآثار الاجتماعية.

فقرة أولى: الإشارة إلى الغاية من العلاقة الزوجية

من الآثار الاجتماعية للكناية في قوله تعالى :

﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ^ط ﴾ [سورة البقرة].

الإشارة إلى الغرض من العلاقة الزوجية وأنها تهدف إلى الإنجاب والتكاثر، وتختزن البعد الحقيقي للعلاقة بين الزوجين، لتكون هذه العلاقة وسيلة لا غاية، وسيلة لتحقيق هدف أعمق في طبيعة الحياة، هدف النسل وامتداد الحياة... فليس الهدف هو مطلق الشهوة، إنما الغرض هو امتداد الحياة (354)... قال الزمخشري: " ودلالة على أن الغرض الأصيل في الإتيان هو طلب النسل لا قضاء الشهوة، فلا تأتوهن إلا من المأتى الذي يتعلق به هذا الغرض " (355).

فقرة ثانية: حفظ المجتمع من أسباب الفتن:

إن من أبرز الأغراض الاجتماعية والتربوية في الحديث عن العلاقات الزوجية في القرآن الكريم وفق أسلوب الكناية هو حفظ المجتمع من أسباب الفتن، فهو رسالة إعلامية هادفة، " فهذا الدين لا يريد أن يعرض الناس للفتنة ثم يكلف أعصابهم عنتا

(353) الزمخشري، الكشاف : 294/1 ...

(354) انظر، سيد . في ظلال القرآن. 221/1 ...

(355) الزمخشري، الكشاف : 294/1 ...

في المقاومة، فهو دين وقاية قبل أن يقيم الحدود، ويوقع العقوبات، وهو دين حماية للضمائر والمشاعر والحواس والجوارح، وربك أعلم بمن خلق، وهو اللطيف الخبير.. " (356).

من هنا جاء الحديث عن العلاقة الزوجية في القرآن وفق صورة متكاملة يشع منها التعاطف، وتظللها المودة والرحمة، ويجملها الستر والطهر، يحس القارئ في ألفاظها حنوا ورفقا، في جو من النظافة والبراءة، " إن الإسلام لا يحارب دوافع الفطرة ولا يستنذرها، إنما ينظمها ويطهرها، ويرفعها عن المستوى الحيواني، ويرقيها حتى تصبح هي المحور الذي يدور عليه الكثير من الآداب النفسية والاجتماعية.. " (357).

ومن الآيات التي أشارت إلى هذا المعنى قوله تعالى:

﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ [سورة البقرة].
وقوله:

﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ [سورة البقرة].
وقوله:

﴿ وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم].

المطلب الثالث: الآثار النفسية:

فقرة أولى - منع الإثارة:

من الآثار النفسية المقصودة لاستعمال الكناية في القرآن الكريم عند ذكره للعلاقة الزوجية أنه قصد إيصال المعنى من دون إثارة.

(356) سيد، ظلال القرآن: 172/3. من سورة الأنعام

(357) سيد، ظلال القرآن: 231/7 مقدمة سورة الطلاق...

نعم " يكون أسلوب الكناية هو الأداة الفنية المستساغة للتعبير عن المعنى وذلك حيث يكون التعبير الصريح المباشر كاشفا لما ينبغي ستره ، ويستخدم لأجل ذلك عبارة لا تمس عفاً، ولا تجرح حياء... " (358). يؤخذ ذلك من قوله تعالى:

﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمَلاً خَفِيفاً فَمَرَّتَ بِهِ ۖ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَاحِبًا صَلَاحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ [سورة الأعراف].

فمعنى فلما تغشاه أي جامعها قال الزجاج : " وهذا أحسن كناية عن الجماع " (359).

وقد عقب بعض المفسرين على هذه الكناية بأن قوله تعالى (تغشاه) يرى من خلاله القارئ سمو التعبير القرآني، وعرضه للحقائق بأدب رفيع، وأسلوب لطيف وهو يصور العلاقة بين الزوجين، فهو يعرضها عن طريق كلمة لطيفة يكتفي بها تتناسب مع جو السكن والمودة بين الزوجين ، وتفترق عن الصورة الحيوانية الغليظة، وتتماشى مع جو الستر الذي يدعو إليه القرآن، كل ذلك اختزلته الكلمة التي كنى بها عن هذا الموضوع، وهي كلمة تغشاه (360).

فقرة ثانية: صيانة الأسماع عن السماع الفاحش، (361) والحفاظ على المشاعر:

إن في صيانة الأسماع عن الاستماع للكلام الفاحش فيه حفظ لمشاعر الإنسان وسلوكه. ولأجل ذلك جاء الأمر بالإعراض عن اللغو في نطقه وفي الاستماع إليه، وتجد هذا المغزى في سورة يوسف في قوله تعالى:

(358) شفيع، د. السيد. التعبير البياني: 221...

(359) ابن الجوزي. زاد المسير في علم التفسير: 301/3. ...

(360) انظر: قطب، سيد. في ظلال القرآن. دار الشروق ، بيروت: 1399 هـ : 338/3.

(361) انظر: قصاب، د. وليد. البلاغة العربية : 241 ...

﴿وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ ءَاتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا وَكَذَلِكَ نُجْزِي الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٢﴾ وَرَوَدَتْهُ الْمَلَأَىٰ فِي بَيْتِهَا عَنْ نَفْسِهِ وَعَلَّقَتْ الْأَبْوَابَ وَقَالَتْ هَيْتَ لَكَ قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ إِنَّهُ رَبِّي أَحْسَنَ مَثْوَايَ إِنَّهُ لَا يُفْلِحُ الظَّالِمُونَ ﴿٢٣﴾ وَلَقَدْ هَمَّتْ بِهِ وَهَمَّ بِهَا لَوْلَا أَنَّ رَأَىٰ بُرْهَانَ رَبِّهِ ؓ كَذَلِكَ لِنَصْرِفَ عَنْهُ السُّوءَ وَالْفَحْشَاءَ إِنَّهُ مِنْ عِبَادِنَا الْمُخْلَصِينَ ﴿٢٤﴾﴾ [سورة يوسف].

وجمهور المفسرين على أنها همت به هم الفعل، وهم بها هم النفس، ثم تجلى له برهان ربه فترك⁽³⁶²⁾. كل ذلك اختصره القرآن بعبارات وجيزة نظيفة يتناسب مع المنهج القرآني في الحديث عن مثل هذه الأمور في عملية التوجيه والتربية، ولذا قالوا: "واقصر على هذا في التنزيل، وهو منتهى النزاهة في التعبير، ونقل رواية الإسرائيليات ما يعلم بالضرورة أنه كذب، وهو الأسلوب الذي لا يعقله هؤلاء" (363). فأسلوب القرآن في الحديث عن هذه العلاقة يدلنا على الكناية والمعالجة لا يسمح للنفس عبر سماعها للمشكلة أن تنشأ عند المستمع مشكلة أخرى، وهذه من خصوصية الأدب القرآني من جهتي اللغة وزمن العرض في الحديث عن

(362) وإلى هذا القول ذهب معظم السلف من المفسرين قال الطبري: فأما من قال بوقوع الهم من السلف فممنهم: ابن عباس، وابن أبي مليكة، ومجاهد، وسعيد بن أبي جبير، وعكرمة. أنظر: الطبري، أبو جعفر. جامع البيان. مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 / 2000م: 35/16. وقال القرطبي: وإلى هذا القول ذهب معظم المفسرين، فيما ذكر القشيري أبو نصر، وابن الأنباري والنحاس والماوردي وغيرهم. انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن. دار عالم الكتب، الرياض، السعودية: 2003. 166/9.

وقيل في الآية أقوال أخرى وقد ناقشها الطبري في تفسيره وردّها، ومن هذه الأقوال:

وأما آخرون ممن خالف أقوال السلف وتأولوا القرآن بأرائهم، فإنهم قالوا في ذلك أقوالا مختلفة.

فقال بعضهم: معنى الكلام: ولقد همت به، فتناهى الخبر عنها. ثم ابتدئ الخبر عن يوسف، فقيل: "وهم بها يوسف لولا أن رأى برهان ربه". كأنهم وجَّهوا معنى الكلام إلى أن يوسف لم يهَمَّ بها، وأن الله إنما أخبر أن يوسف لولا رؤيته برهان ربه لهمَّ بها، ولكنه رأى برهان ربه فلم يهَمَّ بها، كما قيل: (وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا)، [النساء: 83].

قال أبو جعفر: ويفسد هذا القول: أن العرب لا تقدم جواب "لولا" قبلها، لا تقول: "لقد قمت لولا زيد"، وهي تريد: "لولا زيد لقد قمت"، هذا مع خلافه جميع أهل العلم بتأويل القرآن، الذين عنهم يؤخذ تأويله. الطبري، جامع البيان: 39/16.

(363) رضا، محمد رشيد. تفسير المنار. الهيئة المصرية للكتاب، 1990. 228/12.

الموضوع، " فالسياق القرآني لم يفصل في تلك المشاعر البشرية المتداخلة المتعارضة المتغالبة، لأن المنهج القرآني لا يريد أن يجعل من هذه اللحظة معرضا يستغرق أكثر من مساحته المناسبة... فذكر طرفي الموقف بين الاعتصام بالله تعالى، مع الإمام بلحظة الضعف ، ليكتمل الصدق والواقعية والجو النظيف جميعا" (364).

فإن إثارة المشاعر بذكر الألفاظ الفاضحة بحجة المعالجة يؤدي إلى ما هو مخالف لمنهج التربية القرآنية في هذا المجال.

فقرة ثالثة: صيانة اللسان:

- صيانة اللسان عن نطق الفاحش من الكلام:

لما في ذلك من أثر سيء على خلق المجتمع المسلم ، فالكلمات والإشارات والإغراء والتزيين ..كلها فواحش منع منها المسلم، قال تعالى :

﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾ [سورة الأعراف].

وقيل في معنى الآية ما تعلق بالعورات، " أي ما تفاحش قبحه أي تزايد، وقيل : هي ما يتعلق بالفروج " (365).

وقال تعالى :

﴿ إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ ءَامَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [سورة النور].

(364) قطب، سيد. في ظلال القرآن. 203-202/4..

(365) الزمخشري، الكشاف: 97/2..

وفي الآية من جهة العموم إشارة إلى أن الله تبارك وتعالى أراد أن يؤدب أهل الإيمان بها ، فلا يكون المؤمن ناقلاً لحديث الفاحشة، مشيعاً له بين الناس...لأنه إذا انتشر بين الناس ذكر الفواحش والكلام القبيح ..، فإن ذلك مظنة إلى فتنه الناس وصدهم عن التخلق بالأخلاق الفاضلة⁽³⁶⁶⁾. وقد نقل عن بعض الفقهاء قوله بعدم استنتاج من ابتليت بالزنا صيانة لنفسها من التكلم بما أصابها حتى لا يسقط عندها حاجز الحياء، وحفظاً للمجتمع من سماع كلامها في شأنه، حتى إن بعض الفقهاء قال بعدم استنتاج المصابة بالفجور صيانة للمجتمع من سماع كلامها في شأنه، إذ لا يخلو كلامها من الحديث عن الهيئة والكيفية وما يتعلق بالفعل، فقالوا: " المصابة بالفجور لا تستتق لأن استنتاجها إشاعة للفاحشة وذلك ممنوع منه"⁽³⁶⁷⁾. وقد جاء في المبسوط عند الحنفية قولهم: " فإنها وإن ابتليت بالزنى مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنى لا ينعدم حيائها بل يزداد لأن في الاستنتاج ظهور فاحشتها وهي تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء محمود منها لأنها سترت ما على نفسها وقد أمرت بذلك"⁽³⁶⁸⁾. فكيف يصح إذا أن تكتب الكتب أو تقام برامج على التلفاز وفيها من الكلام ما يصرح فيه بذكر الهيئات والكيفيات والطرق بما لا يخلو من إثارة بقصد أو بغير قصد.

وفي كنايات القرآن ، وصراحة الأحاديث النبوية المانعة من إفشاء ما يفضي به الرجل إلى أهله، وعده من الكبائر، إضافة إلى ما سبق من ذكر كلام بعض الفقهاء، يحمل إشارة واضحة إلى ضرورة الكناية عن أمور العلاقة الزوجية وأنه لا يصح التصريح بها بحجة التعليم أو الإرشاد أو غيرها من الحجج، لأن من خصائص المجتمع المسلم أنه نظيف عفيف لا تشيع فيه الفاحشة، ولا يتبجح فيه الإغراء، ولا تروج فيه الفتنة...ومن نتائج ذلك الأمن والسكن والسلم والطهر..⁽³⁶⁹⁾.

(366) انظر: الشنقيطي، محمد بن محمد المختار. تفسير سورة النور، مجموعة دروس صوتية، الدرس السادس..

(367) الرازي، مفاتيح الغيب: 160/23...

(368) السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن سهل. المبسوط ، دار الفكر ، بيروت، 2000: 11/5...

(369) انظر: سيد، ظلال القرآن. 187/1...

الخاتمة:

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين ، أما بعد:

ففي ختام هذا البحث يمكن تلخيص أبرز ما جاء فيه إلى ما يأتي:

1- الكناية لون بلاغي من ألوان التعبير عن المعنى، وتحمل خاصية إمكان إرادة معنى اللفظ الموضوع له، وإرادة المعنى الذي قصده المتكلم وأشار إليه وإن لم يوضع هذا اللفظ له.

2- الخلاف بين العلماء في الكناية من حيث الحقيقة والمجاز يرتبط بتعريف معنى الكناية، فمن فرق بينها وبين المجاز فهو بناء على أن المجاز لا يصح إرادة المعنى الأصلي الذي وضع له، بينما هذه يصح حملها على المعنى الأصلي مع إرادة المعنى التبعية لها.

ومن جمع بينها وبين المجاز فهو بناء على أن المعنى الأصلي غير مراد، بل المراد ما دلت عليه الكناية وأشارت إليه، وهذا المجاز.

3 - جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية ما يمنع المرء من ذكر التصريح بما يتعلق بالعلاقات الزوجية.

4 - جاء في القرآن ذكر ما يتعلق بأحكام العلاقات الزوجية في أكثر من سورة ، وتنوعت الموضوعات التي ذكرتها الآيات القرآنية في هذا الشأن، ومن هذه الموضوعات:

أ - موضوع: صيانة الأعراض وحفظ الفروج.

ب - موضوع: طلب العلاقة التي أحلها الله تعالى والابتعاد عن الحرام.

ج - بيان ما يحل وما يحرم في العلاقة بين الزوج والزوجة. من حيث موضع إتيان الزوجة، ومن حيث حال الزوجة، طاهرة أم غير طاهرة...

د - موضوع: الأحكام التي تترتب على الزواج من حيث الدخول وعدمه.

وفي كل تلك الموضوعات لم يخل الأسلوب في الحديث عنها من الكناية.

5- من أغراض الكناية البلاغية في الحديث عن العلاقات الزوجية في القرآن:

أ - ترك اللفظ إلى ما هو أحسن منه صونا للسان، بأن يكون التصريح مما يستقبح ذكره، أو أن يفحش ذكره في السمع، كالكناية عن الجماع بالملامسة والمباشرة والإفضاء، والرفث، والدخول، والنكاح، واللباس، والغشيان، ونحو ذلك...

ب - الإيجاز، مع توصيل المعنى بأسلوب راق.

ج - تحسين اللفظ، لغرض تحسين المكنى والمكنى به .

6- تبين أن للكناية في القرآن أثرا في الاختلاف الفقهي، وقد تم ذكر بعض الكلمات التي كنى الله تعالى بها مما يتعلق بالعلاقات الزوجية وبيان أثرها في الاختلاف الفقهي.

7- تبين أن للكناية في القرآن عند الحديث عن العلاقات الزوجية مجموعة أغراض تربوية ونفسية واجتماعية وأخلاقية تم الوقوف عليها والإشارة إليها داخل البحث. ومنها:

ضرورة التأدب بأسلوب القرآن في الحديث عن العلاقات الزوجية.

بيان الغرض من العلاقة الزوجية وأنها تهدف إلى الإنجاب والتكاثر.

قصد إيصال المعنى من دون إثارة.

صيانة الأسماع عن السماع الفاحش، لما في ذلك من أثر على مشاعر وسلوك السامع.

حفظ المجتمع من إشاعة الحديث عن الفحش، وحفظه من أسباب الفتن، فهو رسالة إعلامية هادفة.

وفي الختام أرجو من الله تعالى أن أكون قد وفقت إلى تقديم ما فيه الفائدة والخير والنفع ، وأن أكون قد أسهمت في الإضاءة على جانب من جوانب الإعجاز القرآني، وفتح المجال أمام طريقة من طرق فقه الآيات القرآنية بأبعادها الثلاثة اللغوية والفقهية والتربوية، وأن يفتح البحث رؤية للكشف عن إجابات لمشكلات المجتمع من خلال التفكير وحسن التدبر لآيات القرآن الكريم.

فهرس المصادر والمراجع:

أبادي ، أبو الطيب محمد شمس الحق ، عون المعبود شرح أبي داوود. دار الكتب العلمية بيروت. ط2: 1423هـ - 2002م.
البغوي، محيي الدين أبو محمد الحسين بن مسعود ت: 516. معالم التنزيل ، المعروف بتفسير البغوي. دار طيبة . ط4 : 1417هـ - 1997م :
الجرجاني عبد القاهر ، دلائل الإعجاز في علم المعاني ، المكتبة العصرية صيدا، تحقيق د. ياسين الايوبي، 2007م - 1428 هـ
ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد. زاد المسير في علم التفسير. المكتب الإسلامي، بيروت. ط3 : 1404هـ
الحميري، عيسى بن مانع. الإجهاز على منكري المجاز. دار التمام ، لبنان، ط2 ، 1431 هـ 2010 م
أبو حيان، محمد بن يوسف . البحر المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت: 1422هـ - 2001م.
الخطيب القزويني، جلال الدين محمد بن عبد الرحمن بن عمر بن أحمد بن محمد ت : 739 هـ . الإيضاح في علوم البلاغة : المعاني والبيان والبديع . تحقيق إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت : ط 1 سنة 1424 هـ 2003م.
أبو داوود ، سليمان بن الأشعث السجستاني. سنن أبي داوود، دار الكتاب العربي. بيروت.
الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التميمي البكري . التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب. دار الكتب العلمية بيروت: ط1: 1421 هـ 2000م 91/5.
رضا، محمد رشيد . تفسير المنار. الهيئة المصرية للكتاب، 1990.
الزركشي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي. البرهان في علوم القرآن. تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت ط1 : 1428هـ 2007
الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر. الكشاف عن حقائق التنزيل وعلوم الأقاويل في وجوه التأويل. دار إحياء التراث العرب بيروت: ط1 : 1421 هـ 2001م
السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن سهل. المبسوط ، دار الفكر ، بيروت، 2000
السيد، الدكتور شفيع، التعبير البياني رؤية بلاغية نقدية، دار غريب القاهرة، ط5 : 1423 هـ 2003 م...

السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الاتقان في علوم القرآن، تحقيق محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية بيروت 1424 هـ 2003 م.
السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن الكمال. الدر المنثور ، دار الفكر بيروت: 1993م ..
الشنقيطي، محمد بن محمد المختار. تفسير سورة النور، مجموعة دروس صوتية..
الشوكاني، محمد بن علي. ت: 1250 هـ . نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار . تحقيق طه عبد الرؤوف سعد . مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة.....
ابن أبي شيبه، أبو بكر عبد الله بن محمد ت: 235 هـ . الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار. تحقيق: محمد عبد السلام شاهين. ط1: 1416 هـ 1995م:
الصابوني، محمد علي، روائع البيان. دار الفكر: 2/ 233..
الطبري، محمد بن جرير أبو جعفر. جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة بيروت: 1420 هـ 2000م:....
ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. دار سحنون للنشر والتوزيع ، تونس.
علوان، عبد الله ناصح. الاسلام والجنس. دار السلام.
علوان، عبد الله ناصح. مسؤولية التربية الجنسية. دار السلام. .
قطب، سيد. في ظلال القرآن. دار الشروق ، بيروت: 1399 هـ .
القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن. دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ 2003م:
القصاب، د. وليد. البلاغة العربية البيان والبدیع. دار القلم دبي. ط1: 1418 هـ 1997م.
الكشميري، محمد أنور شاه. فيض الباري على صحيح البخاري، دار الكتب العلمية بيروت، ط1: 2005.
الکيا الهراسي ت: 504هـ، عماد الدين بن محمد. أحكام القرآن... ..
المراغي، أحمد مصطفى. علوم البلاغة البيان والمعاني والبدیع، المكتبة العصرية ، صيدا، 2005 - 1426 هـ
ابن منظور، محمد بن مكرم . لسان العرب. دار صادر بيروت، ...

الموسوعة الفقهية الكويتية . وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت..
ابن النازم ، أبو عبد الله بدر الدين بن مالك الدمشقي. المصباح في المعاني والبيان والبدیع. حققه الدكتور عبد الحميد هندائي، دار الكتب العلمية بيروت ط1: 1422 هـ 2001 م:
النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف. صحيح مسلم بشرح النووي. تحقيق: عصام الصبابطي. دار أبي حيان . ط1 : 1415 هـ 1995 م
النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، دار الجيل ، بيروت.
الهاشمي، السيد أحمد، ت: 1362 هـ جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبدیع. دار الكتب العلمية ، بيروت: ط: 3 ، سنة: 1427 هـ - 2006م.

الأصناف النباتية المهندسة وراثيا

المفهوم والنظام القانوني

د. نصر أبو الفتوح فريد

أستاذ القانون المدني بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون – دبي

جامعة المنصورة سابقا

مقدمة

1 - موضوع البحث وأهميته :

تلعب الأصناف النباتية بوجه عام دورا مهماً في حياة الإنسان منذ قديم الأزل. بيد أن هذه الأهمية ازدادت بشكل كبير في الآونة الأخيرة، حيث ظهرت النباتات المهندسة وراثيا، والتي أصبحت تقدم للإنسان العديد من المزايا التي لم تكن معروفة من قبل . وأمكن من خلال هذه النباتات الجديدة تلبية أشد الطلبات غرابة، حيث أصبح من الممكن أن تتحول هذه النباتات إلى مصانع صيدلانية حية تنتج الدواء، أو مصانع أولية لإنتاج المواد الخام اللازمة للصناعات المختلفة، بل وصل الحد إلى أن تقوم النباتات المهندسة وراثيا بخدمات مثل الحراسة أو الإنارة.

2 - مشكلة البحث :

نظرا لهذه الأهمية الكبيرة والمتزايدة يوما بعد الآخر؛ نجد أن هذه النباتات المهندسة وراثيا أصبحت محل اهتمام الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية على حد سواء، حيث أولت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية والمعروفة اختصارا باسم اتفاقية التريبس⁽³⁷⁰⁾ عناية كبيرة بحماية الأصناف النباتية الجديدة، حيث اعتبرت أنها أحد أنواع حقوق الملكية الفكرية الجديدة. ومن ثم ألزمت الاتفاقية جميع الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بحماية هذه الأصناف، إما من خلال نظام براءات الاختراع وإما من خلال نظام حماية خاصة.

وقد نفذ المشرع المصري هذا الالتزام حيث خصص الكتاب الرابع من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 لحماية الأصناف النباتية.

(370) يطلق على الاتفاقية بالإنجليزية TRIPS وهي اختصار للاسم الإنجليزي :

Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights .

ويعبر المختصر (ADPIC) عن الاسم الفرنسي للاتفاقية وهو :

Accord Relatif Aux Aspects de Droits de propriété Intellectuelle qui touche au Commerce.

كما أصدر المشرع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 2009 بشأن حماية الأصناف النباتية الجديدة والتي تعد النباتات المهندسة وراثيا إحدى صورها⁽³⁷¹⁾. وعلى ذلك أضحت حماية الأصناف النباتية الجديدة مطلبا حيويا على المستوى الدولي والوطني علي حد سواء، كما أصبحت مشكلة حماية هذه الأصناف النباتية المهندسة وراثيا من الأمور التي تفرض نفسها بقوة دوليا، ووطنيا .

3 - أهداف البحث :

إذا كنا قد انتهينا إلي أهمية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا وضرورة حمايتها، فإن التساؤلات التي نحاول الإجابة عنها في هذا البحث تتمثل في : ما هذه الأصناف النباتية الجديدة؟ وما علاقتها بالهندسة الوراثية؟ وما المجالات الحيوية التي تقوم فيها النباتات المهندسة وراثيا بالدور الفعال في تلبية طلبات الإنسان وكفالة الراحة والأمان له؟ وكيف يمكن أن نحمي هذه الأصناف من الاعتداء عليها في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية؟

4 - منهج البحث

تحقيقاً لأهداف البحث السابقة، ووصولاً لأفضل الأساليب والطرق الكفيلة بالحماية القانونية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا؛ فإننا سنعتمد على المناهج العلمية الآتية:

أ - المنهج الاستقرائي: وذلك بهدف دراسة واستقراء بعض الكتابات والدراسات السابقة التي يتضمنها الفقه القانوني، والمتعلقة بموضوع البحث ، وكيفية الاستفادة منها في معالجة مشكلة البحث.

(371) من الجدير بالذكر أن هذا القانون صدر في الحادي والثلاثين من ديسمبر عام 2009 ، وتم العمل به من اليوم التالي لنشره.

ب - المنهج المقارن : وذلك بهدف المقارنة بين النصوص القانونية الخاصة بالأصناف النباتية المهندسة وراثيا الواردة في اتفاقية التربس والقانون المصري والقانون الإماراتي، والمتعلقة بكيفية حماية هذه الأصناف للوقوف على النتائج التي توصلت إليها، وكيفية الاستفادة منها في التغلب على مشكلة البحث .

ج - المنهج الاستنباطي: الذي يعتمد على التفكير المنطقي الاستنتاجي لمحاولة الربط بطريقة منطقية بين الأصناف النباتية الجديدة ، وكيفية الحماية القانونية لها، ومعرفة أثر ذلك على مسلك الاتفاقيات الدولية والتشريعات المحلية في تقرير الحماية.

ء - المنهج الوصفي: وذلك لوصف وتفسير وشرح النصوص القانونية المتعلقة بحماية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا، والتي سوف يتعرض لها الباحث لبيان كيفية الحماية وأوجه المقارنة القانونية بين النصوص التشريعية التي تضمن تحقيقها.

5 - خطة الدراسة

لتحقيق أهداف البحث ومعالجة مشكلته بصورة علمية ، فإننا سنبحر في آفاق الحماية القانونية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا من خلال بيان ماهية الأصناف النباتية وعلاقتها بالهندسة الوراثية، ثم نوضح الحماية القانونية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا من خلال معالجة الشروط اللازمة لحماية هذه الأصناف، وأنواع الحماية القانونية التي تحظى بها. وعلى ذلك: فإن خطة الدراسة ستكون على النحو الآتي :

المبحث الأول : الأصناف النباتية والهندسة الوراثية.

المطلب الأول: تعريف الأصناف النباتية .

المطلب الثاني : علاقة الأصناف النباتية بالهندسة الوراثية.

المبحث الثاني : النظام القانوني لحماية الأصناف النباتية المهندسة وراثيًا.

المطلب الأول : شروط الحماية والحقوق المترتبة عليها .

المطلب الثاني : مدة الحماية.

المطلب الثالث : أنواع الحماية القانونية للأصناف النباتية المهندسة وراثيًا.

المبحث الأول

الأصناف النباتية والهندسة الوراثية

6 - تمهيد وتقسيم :

خلق الله تبارك وتعالى النباتات على الأرض قبل أن تطأها قدم إنسان أو حافر حيوان، وأصبحت هي الغذاء الأساس لكل مخلوق. وبالإضافة إلى دور النبات الحيوي في الغذاء؛ أوجد الله فيها الدواء للأمراض، وأعطى الله عز وجل للحيوان الذي لا يعقل غريزة الاهتمام إلى نوع النباتات التي تشفيه من مرضه، وترك الإنسان العاقل ليهتدي إلى النباتات الشافية من الأمراض بالدراسة والتجارب.

وكشفت التجارب والأبحاث التي قام بها علماء النبات والهندسة الوراثية عن التوصل إلى نباتات جديدة مهندسة وراثيا يمكن من خلالها زيادة إنتاجية النباتات المعروفة من قبل وإنتاج نباتات جديدة لها وظائف غير تقليدية تعتبر وبحق طفرة علمية وتكنولوجية بكل المقاييس .

وهكذا امتزجت الأصناف النباتية بالهندسة الوراثية ليحدثا آثارًا هزت البشرية بحيث ازدادت أهمية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا على حساب الأصناف النباتية التقليدية. وحتى يمكننا أن نتعرف على العلاقة القوية بين الأصناف النباتية والهندسة الوراثية يجدر بنا في البداية أن نعرف الأصناف النباتية الجديدة، وكيف دخلت النباتات المهندسة وراثيا تحت هذه الأصناف، ومن ثم حظيت بالحماية سواء في الاتفاقيات الدولية أم في قانون حماية حقوق الملكية المصري، أم في القانون الإماراتي .

وإذا ما انتهينا من تعريف الأصناف النباتية الجديدة ، فلا شك أن التعرض للمجالات المختلفة التي تستخدم فيها النباتات المهندسة وراثيا يكون له عظيم الأثر في بيان العلاقة بين الأصناف النباتية والهندسة الوراثية.

وعلى هذا الأساس ينقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: ماهية الأصناف النباتية.

المطلب الثاني : علاقة الأصناف النباتية بالهندسة الوراثية.

المطلب الأول

ماهية الأصناف النباتية

تمهيد وتقسيم : 7 -

من المفيد في البداية قبل أن نشرع في بيان المقصود بالأصناف النباتية أن نلقي نظرة سريعة على المملكة النباتية وأهميتها، ثم نوضح العلاقة بين الأصناف النباتية والاتفاقيات الدولية التي أضفت عليها الحماية، حتي يتسنى لنا بعد ذلك أن نوضح تعريف الأصناف النباتية المهندسة وراثيا، وذلك من خلال التفصيل التالي :

أولا – المملكة النباتية وأهميتها :

8 - تمثل النباتات المخلوقات الحية التي تشكل في مجموعها المملكة النباتية (plant kingdom) وهي تشكل مع الإنسان والحيوان عناصر الحياة على كوكب الأرض⁽³⁷²⁾. وتعتبر النباتات مصدراً أساسياً من مصادر الغذاء والدواء لكل من الإنسان والحيوان⁽³⁷³⁾. ولذلك تعد المملكة النباتية بحق مصدر الأكسجين الذي نتنفسه والغذاء الذي نأكله وأرخص وأفضل مصدر رئيس للأدوية التي استخدمها الإنسان في علاج الأمراض المختلفة عبر تاريخ البشرية الطويل.

(372) حسين العروسي و عماد الدين وصفي، المملكة النباتية، بحث منشور على الموقع التالي Available at, <http://olom.info/olom/book/open.php?cat=4&book>. Site visited on 1-3-2007

(373) أحمد توفيق حجازي، موسوعة الطب الشعبي والتداوي بالنباتات وبالأعشاب ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن، الطبعة الأولى ، 2000، ص 5. ومن الأقوال المأثورة للطبيب اليوناني الشهير أبو قراط "وليكن غذاؤك دواءك وعالجوا كل مريض بنبات أرضه فهي أجلب لشفائه"، انظر عبد اللطيف عاشور، التداوي بالأعشاب والنباتات، مكتبة ابن سينا للطباعة والنشر القاهرة، عام 1985، ص5، وانظر أيضاً المعلومات المنشورة على الموقع الآتي:

<http://www.alsehha.net/fiqh.html>. site visited on 20-2-2008.

ثانياً – الأصناف النباتية والاتفاقيات الدولية :

9 - نظرًا لأهمية الأصناف النباتية فقد حظيت بعناية اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس). ولم تكن اتفاقية التربس هي الاتفاقية الأولى التي اهتمت بحماية الأصناف النباتية، ولكن سبقتها اتفاقيات دولية أخرى اهتمت بهذه الأصناف. ومن أهم هذه الاتفاقيات، الاتفاقية الدولية لحماية الأصناف النباتية المعروفة اختصارًا باسم اتفاقية اليوبوف (UPOV) ⁽³⁷⁴⁾. وقد تم التوصل إلى هذه الاتفاقية بعد محاولات جادة للتنسيق بين سياسات الدول المختلفة، بعد أن استمرت اجتماعات ومشاورات عديدة في النمسا منذ سنة 1956 وحتى إقرار هذه الاتفاقية. وجرى عدة محاولات لمراجعتها وتنقيحها حتى وصلت إلى صورتها الأخيرة في عام 1998 ⁽³⁷⁵⁾. وتهدف الاتفاقية بصفة عامة إلى توفير الحماية لحقوق الملكية الفكرية لمربي الأصناف النباتية الجديدة ⁽³⁷⁶⁾.

(374) يرمز هذا الاختصار إلى الاسم الفرنسي للاتفاقية وهو: Union pour la protection des obtentions végétales ويطلق عليها بالإنجليزية: International Convention for the protection of new varieties of plants. وهذه الاتفاقية كونت ما يعرف بالاتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية، ومقر هذا الاتحاد مدينة جنيف بسويسرا وهذا الاتحاد له موقع على شبكة الإنترنت بعدة لغات هي: الفرنسية، والإنجليزية، والأسبانية، والبرتغالية. لمزيد من التفاصيل حول هذا الاتحاد انظر الموقع الفرنسي لهذا الاتحاد وعنوانه: <http://www.upov.int/index-fr.html>.

FRANÇOIS DESSEMONTET "La propriété intellectuelle" éd. CEDIDAC, (375) Lausanne 2000, n° 687, p. 314.

وقد أبرمت اتفاقية اليوبوف في 2 ديسمبر 1961، وعدلت بجنيف في 10 نوفمبر 1972، 23 أكتوبر عام 1978، 19 مارس 1991، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 24 أبريل 1998، وهذه الاتفاقية كونت ما يسمى الاتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية، وهو منظمة دولية مستقلة تتخذ مقرًا رئيسًا بمدينة جنيف. لمزيد من التفاصيل حول الاتفاقية والتطور التاريخي لها، انظر حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية الأصناف النباتية الجديدة، بحث مقدم إلى الندوة المشتركة بين الويبو واتحاد المحامين العرب عن الملكية الفكرية والمنعقد في المنامة بالبحرين في الفترة من 23 إلى 25 يناير 2003. ومنشور على موقع الويبو على شبكة الإنترنت وهو: <http://www.wipo.org.html>. 20-6-2003 site visited on

(376) السيد أحمد عبد الخالق، الجوانب الاقتصادية لحماية حقوق الملكية الفكرية في قطاع

واحتوت اتفاقية اليوبوف في صورتها الأخيرة عام 1998 على 42 مادة مقسمة إلى فصول عالجت من الفصل الأول إلى السابع التعاريف والالتزامات العامة للأطراف المتعاقدة، وشروط منح الحماية لمستولد النباتات، وإجراءات طلب منح الحماية، والحقوق التي تعطىها تلك الحماية، واستنفاد حق المستولد وإسقاطه وبطلانه⁽³⁷⁷⁾، ثم تناولت في الفصول الباقية الاتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية الجديدة وبينت الاتفاقية القيود والأحكام التي تخضع لها تشريعات الدول الأعضاء من حيث الشروط اللازمة لمنح الحماية، والأجناس والأنواع النباتية الواجب حمايتها، وحقوق المربي، والحالات المستثناة من الحماية، واستبعاد هذه الحقوق⁽³⁷⁸⁾. ولم تتعرض الاتفاقية لأى حماية مدنية أو جنائية حيث تركت ذلك للتشريعات الداخلية للدول الأعضاء. وبذلك تكون الاتفاقية قد وضعت قواعد حماية يستعان بها عند الرغبة في وضع تنظيم خاص لحماية الأصناف النباتية، مع إعطاء حرية كبيرة للدول الأعضاء في وضع تفاصيل هذا التنظيم⁽³⁷⁹⁾.

وعلى الرغم من عدم انضمام مصر إلى هذه الاتفاقية إلا أن الكتاب الرابع من قانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، والمتعلق بالأصناف النباتية قد جاء مطابقاً لها في الكثير من أحكامه. والمتأمل في نصوص الكتاب الرابع ونصوص الاتفاقية يجد تشابهاً كبيراً بينهما في العديد من الأحكام. وكذلك فعل المشرع الإماراتي في القانون

الزراعة في إطار اتفاقية التريبس دراسة تحليلية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى السادس بكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربى، والمنعقد في القاهرة يومى 26، 27 مارس 2002 منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ص524.

WALTER SMOLDER "Colloque ompi – upov sur la coexistence des (377) brevets et droits d'obtenteur dans la promotion des creations biotechnologiques" voir à <http://www.upov.int/fr/documents/symposium2002/session.pdf>. 23-21-2002.

(378) محمد عبد الظاهر حسين، الحماية القانونية للأصناف النباتية وفقاً للقانون المصري والمعاهدات الدولية، 2003، بدون دار نشر، ص77.

DESSEMONTET (F.), "La propriété intellectuelle", Op. Cit, N° 688, (379) P.314

رقم 17 لسنة 2009 حيث تشابهت أحكامه إلي حد كبير مع اتفاقية اليوبوف والقانون المصري سالف الذكر، كما سنري لاحقا في موضعه من البحث .

ولم تكن اتفاقية اليوبوف هي الاتفاقية الوحيدة التي استعان بها القائمون على التشريع عند وضعهم لأحكام الباب الرابع المتعلق بالأصناف النباتية⁽³⁸⁰⁾ في القانون المصري أو القانون الاتحادي المتعلق بحماية الأصناف الجديدة حيث استعانوا باتفاقية التنوع البيولوجي (C.D.B)⁽³⁸¹⁾، وحماية الثروات النباتية البيولوجية، والاتفاقية الدولية المتعلقة بالموارد الجينية في مجال الأغذية والزراعة⁽³⁸²⁾.

ثالثا - المقصود بالأصناف النباتية :

10 - عرفت اتفاقية اليوبوف الصنف النباتي بأنه : مجموعة نباتية تندرج في

(380) السيد حسن بدراوى، حماية الأصناف النباتية الجديدة، بحث مقدم إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع جامعة القاهرة في الفترة من 17 إلى 19 فبراير 2003، ص4 وما بعدها، منشور على : Site visited <http://www.wipo.org/arab/ar/meetings/2003/ipcai/doc..> on 4-5-2003 (381) يشير هذا الاختصار إلى الاسم الفرنسي للاتفاقية وهو : "la convention sur la diversité biologique"

ولقد أبرمت هذه الاتفاقية في إطار الأمم المتحدة عام 1993 لمواجهة الاعتداءات التي تقع على الثروات النباتية الجينية واستغلالها في الحصول على براءات اختراع. وتهدف الاتفاقية إلى الحفاظ على أشكال وأجناس وأنواع وأصناف وسلالات الكائنات الحية بمختلف صورها ضد ما تتعرض له من مخاطر بالغة بسبب التوسع في استخدام الهندسة الوراثية وما قد يقود إليه ذلك من تأثير على سلامة البيئة. لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية انظر :

GONDATION & GRAIN, "Droit de propriété intellectuelle et boisdiversité, les mythes écomomiques", voir à <http://www.grain.org/briefings.html>.25-1-2004.

(382) أبرمت هذه الاتفاقية في الثالث من نوفمبر 2001 تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (الفاوFAO)، وتهدف الاتفاقية إلى المحافظة على استخدام المواد الجينية للنباتات في الأغذية والزراعة والمشاركة العادلة والمنصفة في المكاسب الناتجة عن هذا الاستخدام بما يتوافق مع اتفاقية التنوع البيولوجي. وأكدت الاتفاقية على حماية المعارف التقليدية المتعلقة بالموارد الجينية النباتية ومساعدة الحكومات في اتخاذ القرارات الوطنية المتعلقة بالمحافظة على استخدام الموارد الجينية النباتية. لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية انظر : سالم اللوزي، دليل التشريعات في مجال الموارد الوراثية النباتية للأغذية والزراعة في الوطن العربي. دراسة موسوعية منشورة على الموقع التالي :

Available at, <http://www.aoad.org/gtp/nre-legdir.doc>. site visited on 10-11-2003

تصنيف نباتي واحد من أدنى المرتبات المعروفة، وتستوفي أو لا تستوفي تمامًا شروط منح حق مربّي النباتات، ويمكن تعريفها بالخصائص الناجمة عن تركيب وراثي معين أو مجموعة معينة من التراكيب الوراثية وتميزها عن أية مجموعة نباتية أخرى بإحدى الخصائص المذكورة على الأقل، واعتبارها وحدة نظرًا إلى قدرتها على التكاثر دون أي تغيير⁽³⁸³⁾.

وقد عرف المشرع الاتحادي لدولة الإمارات الصنف النباتي بوجه عام بأنه : مجموعة من النباتات الزراعية ضمن نوع ما ، تتميز عن المجموعة الأخرى بصفة ظاهرية أو فسيولوجية أو كيميائية أو وراثية أو بأي صفة أخرى لها دلالة أو أهمية زراعية والتي عند إكثارها أو تكاثرها تظهر تلك الخصائص، ولا يشمل ذلك الأصناف البرية ما لم يدخل عليها أي تطوير. ثم عرف المشرع الصنف المحمي بأنه الصنف الذي تم منحه حق الحماية وفقا لأحكام هذا القانون⁽³⁸⁴⁾ . كما أشارت المادة 189 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري إلى المقصود بالصنف الذي يتمتع بالحماية المقررة في هذا القانون بقولها: "تتمتع بالحماية طبقًا لأحكام هذا القانون الأصناف النباتية المستنبطة في جمهورية مصر العربية أو في الخارج سواء تم التوصل إليها بطريقة بيولوجية أو بطريقة غير بيولوجية، وذلك متى قيدت في السجل الخاص بالأصناف النباتية التي تمنح حقوق الحماية"⁽³⁸⁵⁾.

(383) انظر :

JEAN-PIERRE BERLAN "Semences et propriété intellectuelle" voir à <http://www.severins.free.fr/archives.4-4-2001>

وتجدر الإشارة إلى أن تعريف الصنف النباتي قد ورد في الفقرة السادسة من المادة الأولى من اتفاقية اليوبوف.

(384) راجع المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 17 لسنة 2009 .

(385) من الجدير بالذكر أن المادة 189 من القانون رقم 82 لسنة 2002 لم تحظ بقدر كاف من المناقشات حيث تمت الموافقة عليها دون إبداء ملاحظات من جانب الأعضاء . ولا شك أن هذه المادة تعالج نواحي فنية ومجالات علمية متعلقة بعلم البيولوجيا والهندسة الوراثية، مما كان يتطلب التعرض لمثل هذه المسائل بشيء من التفصيل لبيان مفهوم ما اشتملت عليه المادة من مصطلحات قبل إقرارها. ومما يزيد الأمر صعوبة أن اللائحة التنفيذية للكتاب الرابع للقانون رقم 82 لسنة 2002 صدرت ورغم أنها أوضحت بعض التعاريف المستخدمة في القانون كالمربي، وسجل

رابعاً - الأصناف النباتية المهندسة وراثيا :

11 - من المفيد في البداية أن نشير إلى أن القانون المصري لحماية الملكية الفكرية لم يعرف كلاً من النباتات التي يتم التوصل إليها بطريقة بيولوجية أو غير بيولوجية كما خلت اللائحة التنفيذية من مثل هذا التعريف، وكذلك فعل المشرع الإماراتي، ولكن الفقه قام بمحاولات جادة لتعريف هذه الطرق وكيفية التوصل إلى الأصناف النباتية الجديدة من خلالها. فبالنسبة للنباتات التي يتم التوصل إليها بطريقة بيولوجية هي تلك التي يتم التوصل إليها من خلال التكاثر البيولوجي الذي يتم من خلال اتحاد خليتين أساسيتين هما البويضة واللقاح، ويحدث اندماج خلوي بينهما لتنتج بويضة مخصبة تظل تنقسم وتنمو وتتنامى حتى يتم تكوين البذرة، أي أن الطرق البيولوجية هي الطرق التي تتم بالتكاثر العادي أو الرباعي الذي تم الحفاظ عليه دون إدخال أية تعديلات عليه، وظل النبات محتفظاً بتكوينه وتركيبه ولم يتم التدخل فيه من جانب النظريات التي ظهرت في علم البيولوجيا والهندسة الوراثية⁽³⁸⁶⁾. أما الأصناف النباتية التي يتم التوصل إليها بطريقة غير بيولوجية فهي تلك الأصناف التي تنتج من إدخال تحسينات أو تعديلات في التركيبة الوراثية

الأصناف النباتية، إلا أنها خلت من تعريف للنباتات التي يتم التوصل إليها بطريقة بيولوجية أو بطريقة غير بيولوجية. ولا شك أن بيان المقصود من هذه النباتات يساعد الباحث والقاضي على معرفة ما إذا كان الصنف النباتي المطروح هو من النباتات الخاضعة للحماية أم لا. لمزيد من التفاصيل انظر مضبطة مجلس الشعب المصري، الجلسة الرابعة والخمسون المنعقدة في 2002/4/9.

(386) الهندسة الوراثية هي إضافة جينات جديدة من الخارج إلى المادة الوراثية للكائن الحي أو تغيير بعض الجينات الوراثية بحيث تنتج بروتينات جديدة في أوقات مختلفة بكميات مختلفة، واستخدمت الهندسة الوراثية في كثير من التطبيقات العملية وكان أهمها الطب والدواء حيث تم إنتاج هرمون النمو والإنسولين البشري، واستخدمت الهندسة الوراثية بكثرة في مجال الزراعة والنبات، لمزيد من التفاصيل حول موضوع الهندسة الوراثية انظر وجدي عبد الفتاح سواحل، الهندسة الوراثية ونباتات القرن القادم، أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 97، وفاء عبد النبي محمد، الهندسة الوراثية في الحيوان، المرجع السابق، ص 11، وانظر أيضاً: أحمد مستجير، الثورة البيولوجية، دار المعارف، القاهرة سنة 2004، ص 62 وما بعدها.

لنبات بيولوجي⁽³⁸⁷⁾، وذلك عن طريق الانتقاء والتهجين كأن يتم عمل بعض التحوير في تركيب الجين النباتي ليصبح أكثر مقاومة للحشرات والآفات⁽³⁸⁸⁾. وعلى ذلك تعد النباتات المهندسة وراثيا - التي هي موضوع دراستنا ومناطق بحثنا - من الأصناف النباتية الجديدة التي تحظى بالحماية القانونية سواء في اتفاقية التريبس ، أم في قانون حماية حقوق الملكية المصري، أم في قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الإماراتي. ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن استخدام الطرق غير البيولوجية تؤدي إلى التوصل إلى أصناف نباتية معدلة وراثيا تفوق إنتاجها ما كانت تنتجه مثيلتها من الأصناف التقليدية أو الموروثة كزراعة القطن الملون، وهو نوع من القطن المطور، والذي يخرج بلون معين دون حاجة إلى صبغة بعد ذلك، مما يوفر في الوقت والجهد والمال⁽³⁸⁹⁾، وأيضا زراعة الطماطم المربعة التي تواجه مشاكل التخزين والتعليق حيث تكون الثمرة في شكل المربع الذي يسهل وضع كميات فوق بعضها البعض دون أن تشغل مساحة كبيرة ودون أن تتعرض للتلف السريع⁽³⁹⁰⁾.

12 - ولا يكفي أن يكون الصنف النباتي الذي تم التوصل إليه قد تم بطريقة بيولوجية أو غير بيولوجية لكي يحظى بالحماية، وإنما يلزم فوق ذلك أن يتم قيد هذا الصنف في السجل الخاص بالأصناف النباتية، حتى يحظى بالحماية القانونية. وهذا ما أكدت عليه المادة 190 من قانون الملكية الفكرية المصري بقولها : "ينشأ بقرار

(387) عيد عبد المجيد، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر "الحماية القانونية للأصناف النباتية" الذي عقدته كلية الحقوق جامعة القاهرة فرع بنى سويف، يوم 22 فبراير 2003، منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، السنة السادسة عشرة ، ص421 وما بعدها.

(388) JEAN-PIERRE (B.), " Semences et propriété intellectuelle ", Op. Cit, p.4.

(389) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص23.

(390) راجع مارتن هور، الملكية الفكرية، التنوع البيولوجي والتنمية المستدامة، حل المسائل الصعبة، ترجمة السيد أحمد عبد الخالق، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، 2004، ص30.

من رئيس مجلس الوزراء مكتب يسمى مكتب حماية الأصناف النباتية، ويختص هذا المكتب بتلقي الطلبات المقدمة للحصول على حماية الأصناف النباتية وفحصها والبت فيها ومنح شهادة الحماية، وذلك طبقا للقواعد والإجراءات التي يحددها قرار الإنشاء⁽³⁹¹⁾. كما أكدت المادة الثالثة من قانون حماية الأصناف النباتية الإماراتي علي هذا المعني حيث جاء فيها " ينظم بالوزارة سجل يسمى حماية الأصناف النباتية الجيدة ، لحماية الأصناف النباتية الجديدة وحقوق مستتبطي النباتات وفقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية"

المطلب الثاني

علاقة الأصناف النباتية بالهندسة الوراثية

13- تمهيد وتقسيم :

بعد أن انتهينا من تعريف الأصناف النباتية بوجه عام، والأصناف النباتية المهندسة وراثيا ، يجدر بنا الآن أن نوضح علاقة الأصناف النباتية بالهندسة الوراثية، وذلك من خلال التفصيل الآتي :

أولا – تعريف التكنولوجيا الحيوية :

14 - التكنولوجيا الحيوية هي التطبيق الصناعي للتكنولوجيا التي يتم بحثها وتطويرها أو استخدامها في العلوم البيولوجية، وخاصة تلك التي تتصل بالهندسة الوراثية⁽³⁹²⁾، وبمعنى آخر هي مجموعة الأساليب التي تستخدم الكائنات الحية أو أجزاء من هذه الكائنات من أجل الحصول على منتجات معدلة، وتحسين النباتات أو الحيوانات أو تطوير كائنات حية دقيقة لأغراض محددة⁽³⁹³⁾.

(391) راجع المادة (190) من القانون رقم 82 لسنة 2002 والمتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية، وتجدر الإشارة إلى أن رئيس مجلس الوزراء قد أصدر القرار رقم 492 لسنة 2002 المتعلق بإنشاء مكتب حماية الأصناف النباتية، وجاء القرار في سبع مواد عالج من خلالها إنشاء المكتب واختصاصاته والشهادات الخاصة بحماية الأصناف النباتية التي يمنحها المكتب وغيرها من الأمور التي تتعلق بممارسة المكتب لنشاطه في حماية هذه الأصناف. انظر الجريدة الرسمية العدد 72 الصادر في الأول من أبريل 2003، ص3.

(392) أحمد مستجير، بحور العلم، الجزء الرابع، قراءة في كتابنا الوراثي، دار المعارف القاهرة، عام 1999، ص108.

(393) أ.م. شلتون، دور التكنولوجيا الحيوية المتعلقة بالنباتات في أنظمة الغذاء والدواء في العالم، بحث منشور ضمن صفحة المجلات الإلكترونية الصادرة ضمن موقع مكتب برامج الإعلام الأمريكي الخارجي

وتعد الهندسة الوراثية من أهم صور التكنولوجيا الحيوية حيث تؤدي النباتات المهندسة وراثيًا دورًا كبيرًا في شتى مجالات الحياة، بيد أننا سنركز علي أهمية هذه الأصناف في صناعة الدواء باعتبارها صناعة من أخطر وأهم الصناعات التي تتعلق بصحة الفرد وأمن الوطن، كما سنشير إلى بعض الصناعات الأخرى التي ترتبط بالأصناف النباتية المهندسة وراثيًا.

ثانيا - دور النباتات المهندسة وراثيا في صناعة الدواء :

15 - لاشك أن استخدام النباتات في صناعة الدواء من خلال إنتاج أصناف نباتية لها خصائص علاجية كان من الآمال العظيمة التي سعى العلماء إلى تحقيقها بكافة السبل حتى ظهر ما يعرف بالغذاء العلاجي وهو ما سنعالجه حالاً.

16 - الغذاء العلاجي :

قامت الهندسة الوراثية والتكنولوجيا الحيوية بدور فعال في إحداث ثورة في مجال الدواء، حيث ظهرت الأغذية العلاجية التي تعتبر، من جهة غذاءً طبيعياً به كل المقومات الأساسية للغذاء، ومن جهة أخرى تعتبر دواء فعالاً له كل الآثار العلاجية للدواء حيث يتم استعمال المحاصيل الزراعية التقليدية في إنتاج مواد كيميائية قيمة مثل البروتينات الصيدلانية وعلى نطاق زراعي. ولقد أطلق على هذه الطريقة البيوفارمينج (Biopharming) . وهكذا فلن يقتصر دور الخضروات والفاكهة على إمداد الإنسان بالبروتينات والنشويات والدهون اللازمة لاستمرار الحياة فقط، وإنما سيتمند إلى تصنيع البروتينات ذات الأهمية الطبية مثل اللقاحات والأمصال والهرمونات التي تنقذ حياة ملايين البشر(394). ونوضح هذا الأمر من خلال الأمثلة الآتية :

ومنشور على الموقع التالي :

Available at, <http://usinfo.state.gov/arabic/wfsub.html>. Site visited on 4-3-2004
(394) وجدى عبد الفتاح سواحل ، الهندسة الوراثية ونباتات القرن القادم، المرجع السابق، ص 98.

1 - طماطم ضد الالتهاب الكبدي الوبائي :

17- نجح باحث مصري⁽³⁹⁵⁾ بالمركز الدولي للهندسة الوراثية بنيودلهي في إنتاج نوع جديد من الطماطم يقاوم الالتهاب الكبدي الوبائي. وهذا النوع من الطماطم ينتمي إلى الأطعمة المعدلة وراثياً، إذ يتم زراعة مصل الالتهاب الكبدي الوبائي في حبات الطماطم لتصبح من مكوناتها الأساسية، وفي نفس الوقت لا تؤثر على حجم وطعم ثمرة الطماطم العادية إلا أن إنتاجها مكلف جداً. وقد حصلت إحدى شركات الأدوية المصرية على حق إنتاج هذا المصل.

2 - ذرة تعالج أمراض الكبد :

18 - تمكن فريق من العلماء المصريين من إنتاج نبات ذرة محورة وراثياً يحتوى على أحد البروتينات اللازمة لتكوين المصل المضاد لفيروس الالتهاب الكبدي (B). وقام فريق الباحثين بإنتاج هذا النوع من الذرة المعدلة وراثياً والتي تحتوى على بروتين يعرف اختصاراً بـ HBSAG، ويستحث هذا البروتين الجهاز المناعي لإنتاج أجسام مضادة وقائية ضد فيروس الالتهاب الكبدي، وبهذا يمكن استعمال ذلك البروتين في إنتاج مصل مضاد للمرض⁽³⁹⁶⁾.

حاصل القول إذن هو أن الهندسة الوراثية والتكنولوجيا الحيوية هما الثورة الحقيقية للصناعة الدوائية، حيث تمكن الباحثون من خلالهما من تحويل بعض الأصناف النباتية لتصبح مصانع صيدلانية حية قادرة على أدوية ولقاحات وأمصال

(395) هذا الباحث هو الدكتور محيى سليمان، ويعتبر أول باحث مصرى وعربى ينضم للدفعة الأولى المنتقاة على مستوى العالم للحصول على الدكتوراه من المركز الدولي للهندسة الوراثية بنيودلهي تحت مظلة الأمم المتحدة. لمزيد من التفاصيل حول طبيعة هذا المركز وتفاصيل هذا البحث انظر الموقع الآتى :

Available at, <http://www.shamela.com.html>. Site visited on 20-3-2004.

(396) قاد هذا الفريق الأستاذة الدكتورة هانية الإترى، رئيسة مركز بحوث الهندسة الوراثية الزراعية بالقاهرة.

Available at, <http://www.egypt-bic.com/royah16.htm> . Site visited on 30-1-2003

لأمراض خطيرة. وهكذا تلاقت الهندسة الوراثية مع التكنولوجيا الحيوية ليحدثا آثاراً مهمة في مجال الصناعات الدوائية، وأصبح من شأن هذا التلاقي أن يلبي أشد الطلبات غرابة، وأصبح بالإمكان هندسة النباتات لتعطي لقاحاً لمقاومة بعض الأمراض المعدية، ولتكون خطأً دفاعياً ومناعياً للبعض الآخر.

ثالثاً - دور النباتات المهندسة وراثيا في تقدم مختلف الصناعات :

19 - لم يتوقف الدور الفعال للأصناف النباتية المهندسة وراثياً عند صناعة الدواء فقط، ولكن امتد هذا الدور إلى مختلف الصناعات ، مما يدل على أن أهمية هذه الأصناف آخذة في الازدياد يوماً بعد يوم، وسوف نذكر بعض هذه المجالات على سبيل المثال لا الحصر.

1 - أصناف نباتية تنتج المواد الخام البلاستيكية :

20 - استطاع فريق من الباحثين من جامعة "برديو" Purdue University استنساخ جين من إحدى النباتات المعملية المعروفة، والتي يطلق عليها Arabadopsis، يقوم هذا الجين بإنتاج إنزيم مسئول عن حث النبات على حفظ وتخزين بعض المركبات التي يمكن استخدامها كمواد أولية لإنتاج البلاستيك، وبإضافة هذا الجين لجينات بعض المحاصيل ستستطيع النباتات إنتاج وتخزين تلك المركبات دون أن يؤثر هذا على صحة النبات⁽³⁹⁷⁾.

2 - أصناف نباتية تقوم بطلب النجدة عند الخطر :

21 - بعد عدة أيام من الإعلان عن إتمام الخريطة الوراثية لنبات "الأرابيدوبسيس" الذي يعتبره علماء وراثة النبات "فأر التجارب النباتي"⁽³⁹⁸⁾، تم

(397) بثينة أسامة، أشجار تطرح بلاستيك، منشور على الموقع التالي :

<http://www.islamonline.net/Arabic/Science/2001/02/Article20.shtml>. site visited on 4-5-2007.

(398) نهى سلامة ، أعظم اكتشافات القرن.. الخريطة الوراثية للنبات ، منشور على الموقع التالي :

الإعلان عن إنتاج بطاطس تتوهج في الظلام وتطلب السقاية والارتواء عند العطش؛ لتعمل كناقوس ينذر المزارعين عند احتياج النبات للماء، وعند إحساسه بالخطر⁽³⁹⁹⁾. ومثل هذه التقنيات من الممكن أن تساهم مساهمة كبيرة في إنتاج الكساء والدواء وتوفر الوقت والجهد والأراضي الزراعية اللازمة لإنتاج الغذاء في القرن القادم؛ لمجابهة النمو المطرد في زيادة سكان الأرض⁽⁴⁰⁰⁾.

22 - وبذلك العرض نكون قد أسدلنا الستار على المبحث الأول من هذا

البحث، والذي عالجنا فيه الأصناف النباتية والهندسة الوراثية، حيث عرضنا لمفهوم الأصناف النباتية في الاتفاقيات الدولية والتشريع المصري والإماراتي ، ورأينا أن الأصناف النباتية المهندسة وراثيا تحظى بالحماية، وفقا لما جاء في التشريعات والاتفاقيات نظرا لكونها تتحلى بقدر من الجودة والابتكار وتلبية احتياجات جديدة. كما عرضنا لبيان العلاقة الوثيقة بين الأصناف النباتية والهندسة الوراثية، وكيف لعبت الهندسة الوراثية الدور الحاسم والفعال في إنتاج أصناف نباتات غذائية ودوائية في آن واحد ، كما أوضحنا دور النباتات المهندسة وراثيا في تقديم مختلف الصناعات. والسؤال الذي يفرض نفسه الآن، ويحظى بكل اهتمام هو: إذا كانت هذه هي الأصناف النباتية المهندسة وراثيا، فكيف يمكن حماية هذه الأصناف ؟ وما موقف الاتفاقيات الدولية والمشرع المصري والإماراتي من هذه الحماية ؟

<http://www.islamonline.net/arabic/science/2000/12/Article10.shtml>. site visited on 8-10-2008

(399) طارق يحيى قابيل، بطاطس تطلب النجدة عند الخطر ، بحث منشور على الموقع التالي:

<http://www.islamonline.net/Arabic/Science/2001/01/Article2.shtml>. site visited on 2-3 2005

ومن الجدير بالذكر أن صاحب هذا البحث هو باحث بجامعة كليمنسون بولاية جنوب كارولينا الأمريكية.

(400) انظر نهى سلامة ، الهندسة الوراثية تلهو بغذائك ، منشور على الموقع التالي :

<http://www.islamonline.net/Arabic/Science/2008/03/Article05.shtml> . Site visited on 20-5-2006.

لا شك أن الإجابة على هذه التساؤلات تحتاج إلى التصدي للعديد من الفروع والتفصيلات ومقارنة موقف الاتفاقيات والتشريعات، مما يدفعنا إلى أن نخصص لها العديد من الصفحات، وهذا يجعلها جديرة بأن تكون موضوعا للمبحث القادم .

المبحث الثاني

النظام القانوني لحماية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا

23 - تمهيد وتقسيم :

لقد رأينا في المبحث السابق الدور الحيوي الذي تلعبه الأصناف النباتية المهندسة وراثيا في المجالات الدوائية وغيرها من الصناعات الأخرى . ولاشك أن هذا الدور المهم الذي تلعبه الأصناف النباتية المهندسة وراثيا في شتي مجالات الحياة يجعلها عرضة للقرصنة والاعتداء على حقوق مربيها. ولهذا كان من الضروري إضفاء الحماية القانونية على الأصناف النباتية .

وحتى يحظى الصنف النباتي المعدل وراثيا بالحماية لابد أن تتوافر فيه شروط معينة، فإذا ما توافرت هذه الشروط فإن مربي هذا الصنف يمنح شهادة حماية تخوله حقوقاً استثنائية في مواجهة الكافة. ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، وإنما قرر المشرع المصري حماية وقتية ومدنية وجنائية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا حتى يستطيع المربي أن يحافظ على حقوقه الاستثنائية طوال مدة الحماية القانونية. وكذلك فعل المشرع الإماراتي لكي يحافظ على حقوق المربي لهذه الأصناف الجديدة.

وعلى ذلك : سنبحر في آفاق النظام القانوني للأصناف النباتية المهندسة وراثيا من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول : شروط الحماية والحقوق المترتبة عليها.

المطلب الثاني : مدة الحماية.

المطلب الثالث : أنواع الحماية القانونية.

المطلب الأول

شروط منح الحماية القانونية والحقوق المترتبة عليها

24- تعداد :

أوضحت المادة 1/192 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري الشروط اللازم توافرها في الصنف النباتي لكي يكون محلاً للحماية القانونية، حيث عبرت عن ذلك بقولها : "يشترط للتمتع بالحماية أن يكون الصنف النباتي متصفاً بالجدّة والتميز والتجانس والثبات وأن يحمل تسمية خاصة"⁽⁴⁰¹⁾. كما تناول المشرع الإماراتي شروط الحماية بصفة إجمالية في المادة الخامسة من قانون الأصناف النباتية الجديدة رقم 17 لسنة 2009 ، ثم تناول في المواد السادسة، والسابعة، والثامنة، والتاسعة من ذات القانون بعض التفصيل لهذه الشروط

ويظهر من هذه النصوص أن الشروط اللازمة لمنح الحماية للأصناف النباتية المعدلة وراثيا هي الجدة، والتميز، والتجانس، والثبات، والتسمية الخاصة بالصنف النباتي.

الشرط الأول : الجدة: La Nouveauté

25 – جاء في نص المادة 192 من قانون الملكية الفكرية المصري أن الصنف النباتي يكون جديداً "إذا لم يقم مربى الصنف النباتي حتى تاريخ تقديم الطلب ببيع مواد الإكثار النباتي للصنف أو تداولها بنفسه أو بموافقته لأغراض الاستغلال، ولا

(401) من الجدير بالذكر أن هنالك تشابها كبيرا بين النصوص الواردة في القانون المصري والقانون الإماراتي و نص المادة الخامسة من اتفاقية اليوبوف لعام 1991 ، حيث نصت على :
"1- يمنح حق مستولد النباتات إذا كان الصنف النباتي : أ – جديداً ب- مميّزا ج- متجانسا د- ثابتا

2- لا يجوز أن يتوقف منح حق مستولد النباتات على أية شروط إضافية أو مختلفة عن الشروط الوارد ذكرها أعلاه على أن تُبين تسمية الصنف وفقاً لأحكام المادة 30، ويستوفي مستولد النباتات الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الطرف المتعاقد الذي أودع الطلب لدى إدارته ، ويدفع الرسوم المستحقة".

يفقد الصنف شرط الجودة إذا تم الطرح أو التداول في جمهورية مصر العربية لمدة لا تزيد عن سنة سابقة على تقديم الطلب، فإذا كان الطرح أو التداول قد تم في الخارج فيجب ألا تزيد المدة على ست سنوات بالنسبة للأشجار والأعشاب وألا تزيد على أربع سنوات بالنسبة لغيرها من الحاصلات الزراعية، كما لا يفقد الصنف شرط الجودة إذا تم بيعه أو منح حق استغلاله بموافقة المربي لغيره قبل منحه حق الحماية. كما نصت المادة السادسة من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الإماراتي رقم 17 لسنة 2009 على أن الصنف النباتي يكون جديداً "إذا لم تكن مادة الإكثار أو التكاثر أو مادة الصنف التي تم جنيتها قد عرضت لبيع أو بيعت أو تم نقلها للغير بأية طريقة بواسطة أو بموافقة مستنبط الصنف، وبهدف الاستخدام التجاري قبل تقديم الطلب لأكثر من سنة واحدة داخل الدولة ولأكثر من أربع سنوات خارج الدولة ولأكثر من ست سنوات بالنسبة للأعشاب والأشجار".

وبتطبيق هذه النصوص على النباتات المهندسة وراثيا نخلص إلى أن الصنف النباتي المهندس وراثيا يعتبر جديداً إذا لم يتم في تاريخ إيداع الطلب بشأنه بيع مواد التنازل، أو التكاثر النباتي للصنف أو منتجات محصول الصنف، أو لم يتم نقلها للغير بطريقة أخرى من قبل المربي، أو بموافقته لأغراض استغلال هذا الصنف⁽⁴⁰²⁾. وبمعنى آخر فإن شرط الجودة يعني عدم سبق طرح الصنف للتداول، سواء بمعرفة المربي نفسه أم من قبل شخص آخر حصل على موافقته بذلك⁽⁴⁰³⁾.

(402) نود أن نشير إلى أن المشرع المصري استخدم لفظ (مربي النباتات) للإشارة إلى الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يقوم بإنتاج الأصناف النباتية الجديدة، في حين استخدم المشرع الاتحادي لدولة الإمارات لفظ (مستنبط النباتات) للإشارة إلى الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي استنبط صنفا نباتيا جديداً أو اكتشفه وطوره أو خلف القانوني له؛ ونظرا لأننا في هذا البحث نقوم بالمقارنة بين القانون المصري والقانون الإماراتي؛ لذلك نجد في ثنايا البحث في بعض الأحيان كلمة (مربي النباتات) وفي أحيان أخرى (مستنبط النباتات) ونؤكد أنه لا فرق بينهما سوى أن لفظ (المربي) يشير إلى المصطلح الذي استخدمه المشرع المصري، ولفظ المستنبط يشير إلى المصطلح الذي استخدمه المشرع الإماراتي.

DESSEMONET (F.), La propriété intellectuelle, Op. Cit, no 690, p. 315 (403)

ولا يفقد الصنف النباتي المهندس وراثيًا شرط الجودة إذا تم الطرح والتداول لمدة لا تزيد على سنة سابقة على تقديم الطلب. فإذا كان الطرح أو التداول قد تم في الخارج فيجب ألا تزيد المدة على ست سنوات بالنسبة للأشجار والأعشاب، وألا تزيد المدة على أربع سنوات بالنسبة لغيرها من الحاصلات الزراعية، كما لا يفقد شرط الجودة إذا تم بيع أو منح حق استغلال الصنف النباتي بموافقة المربي للغير قبل منحه حق الحماية⁽⁴⁰⁴⁾.

ويفهم من هذا الاستثناء أن الصنف النباتي المهندس وراثيًا يظل متمتعًا بصفة الجودة ويحصل المربي على حمايته حتى ولو طرح للتداول أو الاستعمال بأي صورة كانت، سواء أكان ذلك بطريقة مباشرة عن طريق استعمال الصنف النباتي ذاته، أم كانت غير مباشرة من خلال استعمال مواد إكثاره في إنتاج أصناف أخرى، أو تم إدخاله في مواد تركيبية أخرى كالأدوية. فكل ذلك لا يمنع الحماية ما دامت المدة المنصوص عليها مازالت قائمة ولم تنته بعد⁽⁴⁰⁵⁾.

ولا ريب أن المربي هو صاحب المصلحة في إثبات عدم انقضاء المدة الزمنية المنصوص عليها. ولذلك يقع عليه عبء الإثبات. ويستطيع المربي أن يثبت عدم انقضاء الفترة الزمنية بكافة طرق الإثبات وعلى رأسها بطبيعة الحال تقديم ما يثبت تاريخ أول طرح للصنف النباتي المهندس وراثيًا أو استغلاله⁽⁴⁰⁶⁾.

(404) ورد هذا الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة (192) من القانون رقم 82 لسنة 2002.
(405) تجدر الإشارة إلى أن المادة السادسة من اتفاقية اليوبوف لعام 1991 أشارت في الفقرة الأولى منها إلى مفهوم شرط الجودة، حيث نصت على اعتبار الصنف جديدًا إذا لم يتم في تاريخ إيداع طلب حق متولد النباتات بيع مواد التناسل أو التكاثر النباتي للصنف أو منتجات محصول الصنف أو لم يتم نقلها للغير بطريقة أخرى من قبل مستولد النباتات أو بموافقة لأغراض استغلال الصنف :
أ - في إقليم الطرف المتعاقد الذي أودع لديه الطلب منذ أكثر من سنة.
ب- في إقليم الطرف المتعاقد الذي أودع لديه الطلب منذ أكثر من أربع سنوات أو أكثر من ست سنوات إذا كان الأمر يتعلق بالأشجار والكروم.
لمزيد من التفاصيل حول موقف اتفاقية اليوبوف من شرط الجودة انظر :

SMOLDER (W.), Colloque ompi-UPOV sur la coexistence des brevets et droit d'obtenteur dans la promotion des créations biotechnologiques, Op. Cit, p. 3 et s.

(406) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص34.

الشرط الثاني التميز : La distinction :

26- ورد في نص المادة 192 من قانون الملكية الفكرية المصري أن الصنف النباتي يكون متميزا إذا أمكن تمييزه عن غيره من الأصناف المعروفة بصفة واحدة ظاهرة على الأقل مع احتفاظه بهذه الصفة عند إكثاره . كما نصت المادة السابعة من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الإماراتي رقم 17 لسنة 2009 على أن الصنف النباتي يكون متميزا "إذا أمكن تمييزه بوضوح عن أي صنف آخر يكون وجوده معروفا علانية في تاريخ إيداع الطلب ، سواء داخل الدولة أو خارجها، وإيداع طلب لمنح حق مستنبط النباتات أو لقيد صنف آخر في سجل رسمي للأصناف النباتية في دولة ما يعتبر بمثابة جعل ذلك الصنف الآخر معروفا علانية ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، بشرط أن يترتب علي الطلب منح حق مستنبط النباتات أو قيد ذلك الصنف الآخر في السجل الرسمي للأصناف النباتية بحسب الأحوال .

ويتفق هذا الشرط مع ما نصت عليه المادة السابعة من اتفاقية اليوبوف، حيث يعتبر الصنف النباتي متميزاً وفقاً لها إذا أمكن تمييزه عن أي صنف آخر يكون وجوده معروفاً علانية في تاريخ إيداع الطلب⁽⁴⁰⁷⁾.

ومفاد النصوص السابقة هو أن كلا من المشرع المصري والإماراتي يعتبران الصنف النباتي المهندس وراثياً متميزاً متى أمكن تمييزه عن غيره من الأصناف النباتية المعروفة بصفة واحدة على الأقل شريطة أن تكون هذه الصفة ظاهرة وأن تستمر عند إكثار وتناسل هذا الصنف . ويرى بعض الفقهاء⁽⁴⁰⁸⁾ بحق أنه إذا كانت صياغة نص المادة السابعة من اتفاقية اليوبوف لم تشر صراحة إلى الاكتفاء بصفة واحدة مميزة لاعتبار الصنف النباتي متميزاً، إلا أنها من جهة أخرى لم تشترط

(407) JEAN PIERRE (B.), "Semences et propriété intellectuelle", Op. Cit, p.5.

(408) سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق، بند 468، ص 645.

سوى أن يكون التمييز واضحاً عن أي صنف آخر يكون وجوده معروفاً علانية في تاريخ إيداع الطلب .

وعلى ذلك، فإن الصنف النباتي المهندس وراثياً لا يصل إلى درجة التمييز التي تؤهله للحماية القانونية إذا لم يكن له إحدى الصفات التي تميزه عن الأصناف النباتية المعروفة علانية وقت تقديم الطلب، وكذلك الحال إذا لم تكن الصفة المميزة من الممكن احتفاظ الصنف النباتي بها عند تناسله حيث لن يكون الصنف مميزاً عند هذا التناسل مما يفقده ميزته.

الشرط الثالث : التجانس L'homologie :

27 - أوضحت المادة 192 من قانون الملكية الفكرية المصري أن الصنف النباتي يكون متجانساً إذا كان الاختلاف بين أفراده يقع في نطاق الحدود المسموح بها (409). كما عبر المشرع الإماراتي عن صفة التجانس بما ورد في المادة الثامنة من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الإماراتي رقم 17 لسنة 2009 ، حين قرر أن الصنف يعتبر متجانساً إذا كانت صفاته الأساسية متجانسة بصورة كافية مع مراعاة ما قد يتوقع من تباين نتيجة للمميزات الخاصة التي تتسم بها عملية إكثاره أو تكاثره جنسياً أو خضرياً . كما أوضحت المادة الثامنة من اتفاقية اليوبوف أن الصنف النباتي يكون متجانساً متى كانت خصائصه الأساسية متجانسة بصورة كافية مع مراعاة ما قد يتوقع من تباين نتيجة للميزات الخاصة التي تتسم بها عملية تكاثره (410).

وبتطبيق هذه النصوص على الأصناف النباتية المهندسة نخلص إلى أن الصنف

(409) حسام الدين عبد الغنى الصغير، دروس في الملكية الفكرية، محاضرات أُلقيت على طلبية السنة الثالثة بكلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2003، بدون دار نشر، ص175.

(410) راجع البحث المنشور على الموقع الفرنسي للاتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية والذي يقع تحت عنوان :

"les système de protection des obtentions végétales de l'upov, voir à <http://www.upov.int/fr/about-système.html>.20-12-2002.

النباتي المهندس وراثيًا يكون متجانسًا ما دامت خصائصه الأساسية متماسكة مع بعضها بصورة كافية، ولا يمثل التباين أو الاختلاف بين هذه الخصائص حائلًا دون توافر شرط التجانس متى كان في الحدود المتوقعة التي لا تخل بتماسكه.

الشرط الرابع : الثبات La Stabilité :

28 - نصت الفقرة الرابعة من المادة (192) من قانون 82 لسنة 2002 على أن "يكون الصنف النباتي ثابتًا عند تكرار زراعته إذا لم تتغير خصائصه الأساسية بتكرار إكثاره لفترة تحددها اللائحة التنفيذية للقانون"

وقد أوضحت اللائحة التنفيذية للكتاب الرابع المتعلق بالأصناف النباتية المدة اللازمة لاعتبار الصنف النباتي ثابتًا بأن هذه المدة تكون سنتين، أو دورتين زراعتين أيهما أقل، أو في نهاية كل دورة تكاثر في حالة وجود دورة معينة للتكاثر⁽⁴¹¹⁾. كما نصت المادة التاسعة من قانون حماية الأصناف النباتية الإماراتي رقم 17 لسنة 2009 على أن "يعتبر الصنف ثابتًا إذا لم تتغير صفاته الأساسية الوراثية إثر إكثاره أو تكاثره المتتابع أو في نهاية كل دورة خاصة للإكثار أو للتكاثر". ولقد عبرت اتفاقية اليوبوف عن هذا الشرط في مادتها التاسعة بقولها : "يعتبر الصنف ثابتًا إذا لم تتغير خصائصه الأساسية إثر تكاثره المتتابع أو في نهاية كل دورة خاصة للتكاثر"⁽⁴¹²⁾. وعلى هذا الأساس فإن شرط الثبات يعني احتفاظ الصنف النباتي المهندس وراثيًا عند تعدد تناسله أو زراعته بخصائصه التي تميزه. وهذا الشرط يعد منطقيًا، لأن الصنف النباتي لا يحقق النتائج المتميزة المرجوة منه إذا فقد خصائصه الأساسية عند تعدد زراعته "تكاثره"⁽⁴¹³⁾.

(411) راجع المادة 164 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 82 لسنة 2002 والصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1366 لسنة 2003.

(412) راجع في ذلك : les système de protection des obtentions végétales de l'upov, Op. Cit, p. 20.

(413) سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق، بند 470، ص 647.

الشرط الخامس : تسمية الصنف النباتي: La denominations:

29 - يعتبر الاسم العنصر المميز لكل عمل ولكل صنف، وحتى لا يختلط الصنف النباتي المهندس وراثيًا بغيره من الأصناف النباتية الأخرى يجب على المربي أن يسمى صنفه باسم معين يرتبط به، ولا ينفصل عنه⁽⁴¹⁴⁾. وقد أشارت المادة (192) من القانون رقم 82 لسنة 2002 إلى ضرورة أن يحمل الصنف النباتي تسمية خاصة به حتى يحظى بالحماية، بيد أن هذه المادة لم تفرض على المربي أسماء معينة يختار من بينها، كما لم تضع قيودًا معينة على اختيار الاسم، وإنما تركت له الحرية في اختيار الاسم بشرط ألا يشكل الاسم المختار اعتداءً على اسم سبق استخدامه على صنف آخر من النوع ذاته.

وإذا كان هذا هو موقف المشرع المصري من تسمية الصنف النباتي المهندس وراثيًا إلا أن المشرع الإماراتي عالج تسمية الأصناف النباتية بتفصيل أكثر حيث خصص لها ثلاث مواد كاملة، عالج المشرع في المادة 20 إجراءات تسمية الصنف النباتي وضوابطها، وفي المادة 21 تناول التسمية ذاتها، ثم تعرض بعد ذلك لإلغاء تسمية الأصناف النباتية المسجلة في المادة 22، وفي هذا يتفق المشرع الإماراتي بشكل كبير مع ما جاء في اتفاقية اليوبوف التي وضعت الضوابط والخصائص التي يجب توافرها في التسمية التي تسجل مع الصنف النباتي⁽⁴¹⁵⁾، حيث اشترطت أن يكون الاسم يسمح بتعريف الصنف النباتي وأن يكون له مدلول متعلق بالنوع الذي ينتمي إليه الصنف، كما يجب ألا يؤدي الاسم إلى التضليل أو الالتباس بشأن خصائص الصنف النباتي أو قيمته أو ماهيته، كما يلزم أن يكون الاسم مختلفًا على

(414) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص41.

(415) راجع المادة 20 من اتفاقية اليوبوف لعام 1991، وانظر في هذا المعنى : حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية الأصناف النباتية الجديدة، بحث مقدم إلى الندوة الوطنية المشتركة بين الويبو واتحاد المحامين العرب عن الملكية الفكرية للمحامين والتي نظمتها الويبو واتحاد المحامين العرب بالتعاون مع حكومة البحرين والمنعقدة بالمنامة في الفترة من 23 إلى 25 يناير 2003 والمنشورة على الموقع الآتي :

Available at <http://www.wipo.org.html>. Site visited on 20-6-2003.

وجه الخصوص عن أي اسم آخر يعين صنفًا نباتيًا موجودًا من قبل من النوع النباتي ذاته أو من نوع قريب في إقليم أي طرف متعاقد⁽⁴¹⁶⁾.

30 - وبذلك العرض نكون قد انتهينا من بيان أهم الشروط القانونية اللازمة

لحماية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا والتي ورد النص عليها في القانون المصري والقانون الإماراتي واتفاقية اليوبوف⁽⁴¹⁷⁾ ، فإذا توافرت هذه الشروط فإن هناك حقوقا تثبت لمربي هذه الأصناف وهذا ما سنعرض له حالا .

ثانيا : الحقوق التي تثبت للمربي بعد منحه شهادة الحماية :

31 - يمكن معالجة الحقوق التي تثبت للمربي بعد حصوله على شهادة الحماية من خلال بيان مضمون الحق الاستثنائي، ونطاقه، والقيود الواردة عليه، وسنلقي علي هذه الموضوعات أضواء المعرفة الكاشفة من خلال التفصيل الآتي :

أ - مضمون الحق الاستثنائي :

32 - أبرزت المادة (194) من قانون الملكية الفكرية المصري مضمون الحق الاستثنائي للمربي الذي حصل على شهادة الحماية حيث يثبت له الاستغلال التجاري للصنف النباتي المحمي بجميع صور الاستغلال، وحظرت على الغير تداول مواد الإكثار إلا إذا حصل على موافقة كتابية من المربي، وقد عبرت هذه المادة عن هذا المعنى بقولها : "يتمتع من يحصل على شهادة حق المربي بحق استثنائي يخول له الاستغلال التجاري للصنف النباتي المحمي بأي صورة من الصور، ولا يجوز للغير إنتاج أو إكثار أو تداول أو بيع أو تسويق أو استيراد أو

(416) DESSEMONTET (F.), Op. Cit, no 92, P. 315.

(417) من الجدير بالذكر أن هناك شروطا أخرى نص عليها المشرع الإماراتي، ولم ينص عليها المشرع المصري مثل الشرط المتعلق بعدم مخالفة الصنف النباتي للشريعة الإسلامية أو لقانون معمول به في الدولة، وأن يكون غير ضار بالصحة أو بالبيئة .

تصدير مواد الإكثار إلا بموافقة كتابية من المربي" (418). وعلى ذلك، لا يجوز للغير إنتاج أو تداول مواد الإكثار التي يتولد منها الصنف النباتي المهندس وراثيًا سواء كان في شكل نبات كامل أو أجزاء منه متى كان ذلك بهدف الاستغلال التجاري إلا بعد موافقة كتابية من المربي، كما لا يجوز القيام بأي عمل من الأعمال السابقة بناءً على الموافقة الشفهية، لأن المشرع اشترط أن تكون الموافقة كتابية. ويقترب هذا الأمر مع موقف المشرع الإماراتي الذي نص في المادة 30 من قانون حماية الأصناف النباتية رقم 17 لسنة 2007 على أنه " لمستنبط النباتات أن يمنح الغير ترخيصاً باستغلال الصنف المحمي بمقابل أو بدون مقابل بموجب عقد كتابي يتم تسجيله لدى المسجل".

ب - نطاق الحقوق الاستثنائية :

33 - حدد المشرع الإماراتي الحالات المستثناة من نطاق الحماية في المادة السادسة عشرة من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الإماراتي رقم 17 لسنة 2009 حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه " لا يخول حق الحماية لحامل الحقوق منع أي شخص من استخدام الأصناف المحمية إذا كان الاستخدام لأحد الأغراض الآتية:

(418) ورد النص على حقوق المربي في اتفاقية اليوبوف في المادة الرابعة عشرة من هذه الاتفاقية، وجاءت هذه المادة في خمس فقرات ونصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه "مع مراعاة المادتين 15، 16 ينبغي الحصول على تصريح مستولد النباتات لمباشرة الأعمال التالية الذكر فيما يتعلق بمواد 1- الإنتاج أو التوالد 2- التكيف لأغراض التكاثر 3- العرض للبيع 4- البيع أو غير ذلك من أعمال التسويق 5- التصدير 6- الاستيراد 7- التخزين لأي غرض من الأغراض المشار إليها في النقاط من 1 إلى 6 . لمزيد من التفاصيل حول حقوق المربي وفقًا لاتفاقية اليوبوف انظر البحث المنشور على الموقع الفرنسي للاتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية والذي يقع تحت عنوان :

"La convention international pour la protection des obtentions végétales", voir à http://www.upov.int/fr/about/upov_convention.html 30-3-2002.

1 - التجارب العلمية .

2 - الأعمال التي تتم من أجل استنباط أصناف جديدة أخرى ، عدا ما هو منصوص عليه في المادة 15 من هذا القانون .

أما المشرع المصري فقد حدد نطاق الحقوق الاستثنائية بالاستغلال التجاري وحده، أي أنه يحظر على الغير استغلال هذا الصنف تجارياً بأي صورة من صور الاستغلال السابقة المشار إليها. وبناءً عليه فإن أي استخدام للصنف خارج حدود الاستغلال التجاري لا يعد اعتداءً على حقوق مربى هذا الصنف النباتي. وقد أشار المشرع المصري إلى الأعمال التي لا تمثل اعتداءً على حقوق المربي الاستثنائية⁽⁴¹⁹⁾، وهي :

أولاً : الأنشطة غير التجارية والاستخدام بغرض الإكثار الشخصي :

يقصد بالإكثار الشخصي هنا أن يحتفظ المزارع ببعض من بذور الصنف النباتي المحمي الناتجة من زراعته بهدف استخدامها كتقاوي لإعادة زراعتها في أرض في حيازته الخاصة. ولقد استثنى المشرع الأنشطة غير التجارية، والإكثار الشخصي بواسطة المزارع على أرض في حيازته من شرط الحصول على موافقة كتابية من المربي، لأن هذه الأنشطة لا تمثل استغلالاً تجارياً⁽⁴²⁰⁾.

ثانياً : الأنشطة المتصلة بالتجارب وأغراض البحث العلمي :

إن الاستخدامات المتعلقة بالتجارب والبحث العلمي تتسم بالصفة العلمية والبحثية البحتة وتخرج تماماً من نطاق الأغراض التجارية. ولذلك لا تؤثر هذه الأعمال على الحقوق الاستثنائية لمربي الأصناف النباتية. ومن أمثلة الأنشطة المتعلقة بالبحث العلمي ما تقوم به الجهات المتخصصة في إجراء التجارب الزراعية العلمية كمركز البحوث الزراعية.

(419) راجع المادة 195 من القانون 82 رقم لسنة 2002 المتعلق بحقوق الملكية الفكرية، وانظر في بيان هذه الاستثناءات وعرضها خاطر لطفي، المرجع السابق ص 630 وما بعدها.
(420) حسام الدين عبد الغنى الصغير، دروس في الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص 198.

ثالثاً : التربية والتهجين بهدف استنباط أصناف جديدة :

تهدف أنشطة التربية والتهجين والانتخاب التي تتم على الأصناف النباتية المحمية إلى استنباط أصناف جديدة بخلاف تلك الأصناف المحمية. ولذلك أجاز المشرع المصري القيام بهذه الأنشطة دون الحصول على موافقة المربي⁽⁴²¹⁾. ولقد أحسن المشرع المصري صنعا عندما نص على هذا الاستثناء، لأنه لو لم ينص عليه لكان مؤدى ذلك غلق الباب أمام محاولات استنباط الأصناف النباتية الجديدة، حيث يصبح هذا النشاط معلقاً على موافقة المربي إن شاء سمح به وإن شاء رفض القيام به.

رابعاً : الأنشطة المتعلقة بأغراض التعليم والتدريب :

قصد المشرع المصري من هذا الاستثناء تشجيع التحصيل العلمي والمعرفي، ورفع مستوى التدريب في مجال تكنولوجيا الزراعة وعلم النبات بما يحقق الصالح العام للمجتمع، بيد أنه يشترط في هذه الأنشطة محل الاستثناء أن تقتصر على الغرض منها وهو التعليم والتدريب دون أن تتجاوز هذا الغرض. وتقوم بهذه الأنشطة التعليمية والتدريبية المنشآت التعليمية بجميع مراحل التعليم وكذلك مراكز التدريب المتخصصة.

خامساً : الاستخدام والاستغلال التجاري لمادة المحصول ومواده الأولية :

أجاز المشرع المصري للغير مباشرة أنشطة الاستخدام والاستغلال التجاري والاستهلاك لمادة المحصول والمواد الأولية والوسيلة والمنتجات النهائية التي تصنع أو تستخرج من مادة المحصول بشكل مباشر أو غير مباشر سواء تمثلت مادة المحصول في هيئة نبات كامل أم كانت جزءاً منه. وعلى الرغم من أن هذه الاستخدامات تجارية إلا أنها لا تمثل اعتداءً على حق مربي الصنف النباتي المحمي، لأن هذه الأخيرة كانت مجرد الوسيلة المستخدمة للوصول إلى المواد المقدمة سواء بطريق مباشر أم غير مباشر⁽⁴²²⁾.

(421) السيد حسن بدرأوي، حماية الأصناف النباتية الجديدة"، المرجع السابق، ص6.

(422) سميحة القليوبى، الملكية الصناعية، بند 477، ص658.

ج - القيود الواردة على الحق الاستثنائي :

34 - قيد المشرع المصري الحق الاستثنائي لمربي الصنف النباتي بقيدين أحدهما إرادي يرجع إلى فعل المربي نفسه، والآخر إداري يرجع إلى فعل جهة الإدارة متمثلة في وزير الزراعة :

أ - القيد الإرادي :

إذا قام مربى الصنف النباتي المهندس وراثيًا بطرح مواد الصنف للتداول خارج جمهورية مصر العربية، فهذا الطرح يعطى للغير الحق في تداول الصنف المحمي. وقد عبرت الفقرة الأولى من المادة (198) من قانون الملكية الفكرية عن هذا المعنى بقولها : "تستنفذ حقوق المربي على مواد الصنف المحمي إذا طرحت للتداول بمعرفته أو بموافقته خارج جمهورية مصر العربية، ويحق للغير في هذه الحالة تداول أو بيع أو تسويق أو توزيع أو استيراد الصنف المحمي سواء في هيئة مواد محصول من نبات كامل أو أي جزء منه أو المنتجات المستخرجة أو المصنعة من المحصول أو غير ذلك من مكونات النبات".

ويقصد بالاستنفاد الدولي في مجالات حقوق الملكية الفكرية سقوط الحق في منع الغير من استيراد أو استخدام أو بيع أو توزيع المنتجات المشمولة بالحماية إذا تم تسويقها في أي دولة من الدول سواء بنفسه أو عن طريق الترخيص بذلك⁽⁴²³⁾.

وأساس مبدأ استنفاد الحقوق هو أن المربي نفسه أجاز للغير طرح المواد محل الحماية للتداول خارج مصر، وهذا يعنى موافقته على هذا الطرح للتعامل بالبيع والعرض وغيرها من الأعمال المتعلقة بتداول الصنف، فيكون من المنطقي عدم إمكانية التمسك بحقوقه الاستثنائية، ومنع الغير من التعامل على هذا الصنف المحمي داخل مصر. بيد أن المشرع المصري أجاز للمربي أن يقوم بمنع الغير من

(423) السيد حسن بدرأوى، حماية الأصناف النباتية الجديدة، المرجع السابق، ص5.

تصدير الصنف المحمي إذا كان التصدير يؤدي إلى إكثار الصنف النباتي في بلد لا يتمتع فيه بالحماية(424).

ب - القيد الإداري :

ورد النص على هذا القيد في المادة (199) من قانون الملكية الفكرية المصري، حيث أجازت لوزير الزراعة، بناءً على توصية اللجنة المشكلة بقرار مجلس الوزراء أن يقيد مباشرة المربي لكل أو بعض حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون بأي صورة من القيود بهدف تحقيق المصلحة العامة خاصة في الأحوال الآتية(425):

1- إذا ظهر للصنف النباتي المحمي تأثير ضار على البيئة أو على سلامة التنوع البيولوجي في جمهورية مصر العربية، أو على القطاع الزراعي فيها، أو على حياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات.

2- إذا ظهر للصنف النباتي المحمي تأثير اقتصادي أو اجتماعي ضار أو معوق للأنشطة الزراعية المحلية، أو إذا ظهر له استخدام يتناقض مع قيم ومعتقدات المجتمع.

ولاشك أن هذا القيد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على البيئة الطبيعية من التلوث بسبب استخدام الصنف المحمي ومنع تأثيره على القطاع الزراعي أو على صحة الإنسان والحيوان والنبات. ومن أمثلة الأصناف

(424) راجع الفقرة الثانية من المادة 198 من القانون رقم 82 لسنة 2002 وانظر في تفصيل مبدأ استنفاد الحقوق المتعلقة بالمربي، السيد حسن بدراوى، حماية الأصناف النباتية الجديدة، المرجع السابق، ص7.

(425) من الجدير بالذكر أن هذا القيد لم يرد في المشروع الذي أعدته الحكومة، وإنما اقترحه مجلس الشورى وأضافته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب. وبطبيعة الحال فإن هذا القيد قد سد نقصاً تشريعياً خطيراً لم تفتن إليه الحكومة عند إعداد المشروع، ولذلك فإن النص على هذا القيد يعتبر خطوة مهمة جداً في حماية المجتمع، إذا ظهر أن للصنف النباتي تأثيراً ضاراً بالمصلحة العامة. لمزيد من التفاصيل، انظر مضبطة مجلس الشعب المصري، الجلسة التاسعة والخمسون، المنعقدة مساء يوم 14 أبريل 2002، ص46 وما بعدها.

النباتية التي تؤدي إلى مثل هذه النتائج الضارة ما يعرف بالبذور الشيطانية التي هي عبارة عن بذور معدلة وراثيًا تستخدم للزراعة مرة واحدة فقط، وتحتوى على إنزيمات ومركبات من شأنها أن تجعل البذور غير صالحة للزراعة مرة أخرى، أي بمجرد زراعتها وإنباتها يفرز النبات مادة تجعل البذرة الناتجة من هذا النبات ميتة لا تصلح لشيء وينبغي في هذه الحالة الرجوع إلى مربى الصنف مرة أخرى لكي يتم شراء بذور جديدة⁽⁴²⁶⁾.

المطلب الثاني

مدة الحماية القانونية

35 - تمهيد وتقسيم :

نصت المادة 193 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري على أن "تكون مدة حماية الأصناف النباتية خمسا وعشرين سنة بالنسبة للأشجار والأعشاب وعشرين سنة بالنسبة لغيرها من الحاصلات الزراعية. وتبدأ مدة الحماية اعتبارا من تاريخ منحها. ومع ذلك يمنح الصنف المقدم عنه الطلب حماية مؤقتة تبدأ من تاريخ إيداع الطلب وتنتهى بنشر الإعلان عن قبول منح الحماية على أن يقتصر حق المربي – المنصوص عليه بالمادة(194) من هذا القانون – خلال هذه الفترة على الحق في التعويض العادل بمجرد منحه هذه الحماية، بشرط أن يكون المربي قد وجه إخطارا بإيداعه الطلب إلى من قام باستغلال الصنف النباتي قبل منحه الحماية. كما نصت المادة التاسعة عشرة من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الإماراتي رقم 17 لسنة 2009 على أن تكون مدة حماية الصنف المحمي عشرين سنة للحاصلات الزراعية وخمسا وعشرين سنة للأعشاب والأشجار. ويبدأ حساب مدة الحماية من تاريخ صدور قرار منح حق مستنبط النباتات . وباستقراء هذه النصوص وتطبيقها

(426) أحمد مستجير، في بحور العلم، الجزء الخامس، القرصنة الوراثية، دار المعارف، القاهرة، 2001، ص23 وما بعدها، وانظر أيضاً مارتن هور، المرجع السابق، ص34 وما بعدها.

على الأصناف النباتية المهندسة وراثيا نخلص إلى أن مدة الحماية الممنوحة للأصناف النباتية المهندسة وراثيا تنقسم إلى مدة حماية دائمة ومدة حماية مؤقتة ، وسنعرض لكيفية معالجة كل من المشرع المصري والإماراتي لهذا الأمر من خلال التفصيل الآتي :

أولا - مدة الحماية الدائمة :

36 - إذا كان الصنف النباتي المهندس وراثيا ينتمي إلى فصيلة الأشجار والأعشاب فإن مدة حمايتها تكون خمساً وعشرين سنة ، في القانون المصري وهي ذات المدة المنصوص عليها في القانون الإماراتي . أما إذا كان الصنف النباتي المعدل وراثيا من غير الأشجار والأعشاب فإن مدة الحماية تكون عشرين سنة من تاريخ منح الحماية ، ويتفق في ذلك كل من المشرع المصري والإماراتي .

ونحن من جانبنا لا نرى داعيا للتفرقة بين مدة الحماية الممنوحة للأشجار والأعشاب وغيرها من الحاصلات الزراعية للأسباب الآتية :

1 - الأصناف النباتية الجديدة تحتاج إلى وقت ومجهود وبحث كبير للوصول إليها سواء أكانت أشجاراً أم أعشاباً أم حاصلات أخرى، فلماذا تطول فترة حماية الأشجار والأعشاب عن غيرها من الحاصلات الأخرى ؟

2 - إذا كان المبرر لهذه التفرقة هو أن الأشجار والأعشاب قد تأخذ وقتاً أطول في النمو، فإن هذا لا يعد مبرراً كافياً، لأن هناك من الحاصلات الجديدة ما قد يأخذ فترة أطول في النمو حتي يعد صالحاً للاستخدام . ونحن قد عرضنا من قبل لبعض أنواع هذه الحاصلات مثل الطماطم التي تعالج بالتهاب، والبطاطس التي تطلب النجدة عند الخطر، وهي ليست من النخيل والأعشاب وبالتالي فإن مدة حمايتها عشرون سنة فقط.

3 - إن مدة العشرين سنة ذاتها هي مدة طويلة جدا، بل هي نفس المدة التي وضعتها اتفاقية التريبس لحماية براءات الاختراع ، ولذلك كان يجب الاكتفاء بمدة واحدة لحماية الأصناف الجدية وتكون مدة 20 سنة ولا يخصص مدة أخرى للنباتات التي تنتمي للأشجار أو الأعناب .

ثانيا - الحماية المؤقتة :

37 - عالج المشرع المصري مدة الحماية المؤقتة في ذات المادة التي تناول فيها مدة الحماية الدائمة وهي المادة 193 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري سالفة الذكر، أما المشرع الاتحادي لدولة الإمارات فقد خصص لمدة الحماية المؤقتة المادة الخامسة والعشرين من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة، والتي نصت على أن " يمنح مستنبط النباتات حماية مؤقتة خلال المدة الواقعة بين تاريخ نشر الطلب في الجريدة الرسمية وتاريخ إصدار قرار منحه حق مستنبط النباتات، ويحق له خلال هذه المدة استغلال صنفه واتخاذ الإجراءات لإثبات أي تعد عليه" .

ويفهم من ذلك أن مستنبط الأصناف النباتية المهندسة وراثيا يحظى بالحماية ليس فقط من تاريخ منح الحماية القانونية، ولكن من تاريخ إيداع الطلب وتنتهي بنشر الإعلان عن قبول منح الحماية في القانون المصري، وتمتد في القانون الإماراتي بين تاريخ نشر الطلب في الجريدة الرسمية وتاريخ إصدار قرار منحه حق مستنبط النباتات.

وخلال الفترة المؤقتة أوضح المشرع المصري أن حق مستنبط الأصناف النباتية المهندسة وراثيا يقتصر علي التعويض العادل الذي يمثل ما لحق المضرور من خسارة فقط، أما المشرع الإماراتي فلم يقصر حق مستنبط الأصناف النباتية علي التعويض العادل، وإنما أكد علي حقه في استغلال صنفه، واتخاذ الإجراءات لإثبات أي تعد عليه.

المطلب الثالث

أنواع الحماية القانونية

38 - تمهيد وتقسيم :

تتمثل الحماية القانونية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا في الحماية الوقتية التي تتمثل في الإجراءات التحفظية التي يجوز لرئيس المحكمة المختصة بموضوع النزاع أن يأمر باتخاذها. والحماية الدائمة والمتمثلة في الحماية الجنائية والحماية المدنية.

أولاً : الحماية الوقتية :

39- تتميز هذه الحماية بأنها تمثل نوعاً من الاحتياط أو التحفظ إلى حين تحقيق الحماية الدائمة سواء أكانت جنائية أم مدنية، فهي إذاً حماية وقتية وليست حماية نهائية أو موضوعية⁽⁴²⁷⁾. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الاتحادي لدولة الإمارات لم ينص على قواعد للحماية الوقتية في قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة رقم 17 لسنة 2009 وبالتالي يخضع هذا النوع من الحماية للقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992. أما المشرع المصري فالحماية الوقتية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا تتمثل في الإجراءات التحفظية التي يجوز لرئيس المحكمة المختصة بموضوع النزاع الأمر بها أو بإحداها والتي نصت عليها المادة 204 من الكتاب الرابع من قانون الملكية الفكرية الجديد بقولها "الرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع وبناء على طلب كل ذي شأن وبمقتضى أمر يصدر على عريضة أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التحفظية المناسبة، وعلى وجه الخصوص"⁽⁴²⁸⁾.

(427) أحمد صدقي محمود، المرجع السابق، ص13.

(428) تتفق هذه المادة مع نص المادة (50) من اتفاقية التريبس والمادة 1/30 من اتفاقية اليوبوف الخاصة بحماية الأصناف النباتية الجديدة.

1 -إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية.

2 - إجراء حصر ووصف تفصيلي للمنتجات المخالفة والأدوات التي استخدمت أو تستخدم في ارتكاب الجريمة.

3 -توقيع الحجز على الأشياء المذكورة في البند (2).

ولرئيس المحكمة في جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة، ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر له".

وبمطالعة نص المادة السابقة نستطيع أن نلقى عليها الضوء من خلال التعرض للسلطة المختصة بإصدار الإجراءات التحفظية، وصور تلك الإجراءات.

1 -السلطة المختصة بالأمر بالإجراءات التحفظية :

40 - يستفاد من نص المادة 204 سالفه الذكر أن الجهة المختصة بإصدار الإجراءات التحفظية هو رئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع والذي يتمتع بسلطة تقديرية في أن يأمر بالإجراء أو برفض الطلب وفقًا لما يراه من الظروف والملايسات التي تطرح أمامه، أي أن هذه الإجراءات التحفظية ليست وجوبية على القاضي أن يأمر بها بمجرد تقديم طلب له بذلك وإنما تتوقف هذه الإجراءات على سلطة القاضي التقديرية وفقًا لظروف كل حالة وملايسات الواقعة محل النزاع. وقد وازن المشرع المصري بين مصلحة من يدعى بوقوع اعتداء على حق من حقوق الملكية الفكرية وبين مصلحة من سيصدر القرار في مواجهته. ولذلك أجاز المشرع لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع والمنوط به إصدار الإجراء التحفظي أن يفرض على طالب الإجراء إيداع كفالة مناسبة يمكن لمن صدر ضده الإجراء أن يرجع عليها في حالة إلغاء القرار عند التظلم منه بعد ذلك.

ويقصد برئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع، إما رئيس المحكمة الجزئية المختصة بأصل النزاع إذا كانت قيمة الحق المطالب به لا تزيد عن عشرة آلاف جنيه، وإما رئيس المحكمة الابتدائية التي تختص بنظر جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص المحكمة الجزئية⁽⁴²⁹⁾.

وعلى ذلك فإن لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع أيًا كان سلطة إصدار الإجراءات التحفظية المناسبة لحماية حقوق الملكية الفكرية الواردة على الصنف النباتي المحمي، وذلك بهدف عدم تقطيع أوصال القضية، حيث إنه من الأفضل لتحقيق العدالة أن يكون قاضي الأصل هو قاضي الفرع، والفرع هنا هو الإجراء التحفظي الذي يتخذ في مواجهة من يعتدي على حقوق الملكية الفكرية.

وتجدر الإشارة إلى أن رئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع عندما يقوم بإصدار الإجراء الوقفي أو التحفظي فإنه يقوم بدور قاضي الأمور المستعجلة، لأنه يصدر أمراً وقتياً لم يستقر بعد، أي أنه يمتنع على القاضي أن يمنح حماية موضوعية، لأن الإجراء التحفظي يشترط فيه ألا يمس أصل الحق المتنازع عليه، أي يكون المطلوب اتخاذه إجراءً وقتياً يحكم به لصاحب الحق الظاهر في الأوراق دون حاجة إلى البحث المتعمق فيها⁽⁴³⁰⁾.

2- صور الإجراءات التحفظية :

41 - من المفيد في البداية أن نشير إلى أن الإجراءات التحفظية الواردة في المادة 204 سالف الذكر واردة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، أي أنه يجوز لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع وهو صاحب السلطة في إصدار الإجراءات التحفظية أن يأمر بأي إجراء آخر غير الوارد في المادة السابقة متى كان إجراءً وقتياً لا يمس أصل الحق⁽⁴³¹⁾. ومن الإجراءات التي يجوز للقاضي أن يأمر بها ما يأتي :

(429) أحمد صدقي محمود، المرجع السابق، ص115 وما بعدها.

(430) فتحى إسماعيل والى، الوسيط في قضاء القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، بند81، ص131.

(431) سميحة القليوبى، الملكية الصناعية، المرجع السابق، بند483، ص666.

أ - إثبات واقعة الاعتداء على الحق:

يتم إثبات الواقعة محل الاعتداء من خلال إثبات وقائع استغلال الصنف النباتي المحمي أو إنتاجه أو إكثاره، وكذلك إثبات وقائع تداول أو بيع أو تسويق أو استيراد أو تصدير مواد الإكثار الخاصة بهذا الصنف، وبصفة عامة إثبات أية واقعة تشكل اعتداءً على الحق محل الحماية⁽⁴³²⁾. وأساس قبول طلب وقف واقعة الاعتداء يتمثل في الخشية من حدوث ضرر محتمل يظهر من خلال إنكار حق المدعى عند نظر الدعوى الموضوعية. ولذلك يلجأ طالب الإجراء إلى ما يسميه بعض الفقه⁽⁴³³⁾ دعوى الدليل للوقاية من هذا الضرر المحتمل حيث يتسلح المدعى بالأدلة المثبتة لحقه قبل قيام المدعى عليه بالتخلص منها.

ب - إجراء حصر ووصف تفصيلي للمنتجات والأدوات :

إذا تم إثبات واقعة الاعتداء على حق مربى الصنف النباتي فإنه من الضروري حصر المنتجات والأدوات التي استخدمت أو تستخدم في ارتكاب الجريمة، ووصف هذه المنتجات والأدوات وصفاً دقيقاً يميزها عن غيرها ويعرفها ويحددها تحديداً نافياً للجهالة. ولاشك في أن اتخاذ إجراء الحصر والوصف التفصيلي للمنتجات والأدوات التي استخدمت في الاعتداء يمكن صاحب الحق، وهو مربى الصنف النباتي، من إثبات واقعة الاعتداء على الحق على نحو دقيق، وغالباً ما يتم ذلك سواء بالأرقام أم بالزمن وفقاً لطبيعة الحق وظروف كل حالة على حدة⁽⁴³⁴⁾.

(432) أنور طلحة ، حماية حقوق الملكية الفكرية ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 171.

(433) أحمد صدقي محمود، المرجع السابق، ص123، ويقترح هذا مع ما ذهبت إليه اتفاقية التريبس حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (50) على أن "للسلطات القضائية صلاحية الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة وفعالة أ – للحيلولة دون حدوث تعد على أي حق من حقوق الملكية الفكرية لاسيما منع السلع المستوردة فور تخليصها جمركياً من دخول القنوات التجارية القائمة في مناطق اختصاصاتها. ب – لصون الأدلة ذات الصلة فيما يتعلق بالتعدي المزعوم.

(434) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص95.

ج - توقيع الحجز :

يعتبر توقيع الحجز من أهم صور الحماية الوقائية، لأن إثبات واقعة الاعتداء وحصر الآلات والأدوات المستخدمة في الاعتداء لا قيمة لهما بدون طلب توقيع الحجز. والأخير يعد إجراءً وقائيًا يقصد به التحفظ على جسم الجريمة وتفادي ارتكاب الأفعال غير المشروعة، وتسهيل الحصول على التعويض المناسب فيما بعد عند اللجوء إلى القضاء الموضوعي.

حاصل القول إذن هو أن طلب أي إجراء من الإجراءات التحفظية أو الوقائية من شأنه أن يحافظ على دليل الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون، وهذا يؤدي في حالة صحة تلك الإجراءات إلى حسم النزاع موضوعيًا فيما بعد لمصلحة طالب الإجراء.

ثانيًا : الحماية الدائمة :

42 - تنقسم الحماية الدائمة للأصناف النباتية إلى الحماية الجنائية والحماية المدنية ، ونظرًا لأهمية هذا النوع من الحماية ودوره الفعال في المحافظة على حقوق المربي فإنه من الضروري التعرض للحماية الدائمة بشيء من التفصيل على النحو الآتي :

1- الحماية الجنائية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا :

43 - نصت المادة 203 من القانون رقم 82 لسنة 2002 على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب على كل من يخالف عمدًا أحكام هذا الكتاب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه. وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنة، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، وفي جميع الأحوال يحكم بمصادرة التقاوي ومواد الإكثار المضبوطة". كما نصت المادة 33 من قانون حماية الأصناف النباتية رقم 17 لسنة 2009 ، علي ما يأتي :

" 1 – يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهرين وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم ولا تزيد علي مائتين وخمسين ألف درهم أو بأحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادتين 15، 17 من هذا القانون أو توصل بصورة غير مشروعة لمنحه حق مستنبط النباتات. وتضاعف العقوبة في حالة العود. ويعاقب كل من يخالف أي حكم آخر من أحكام هذا القانون بالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف درهم ولا تزيد علي مائتين وخمسين ألف درهم .

2 – للمحكمة الحكم بمصادرة المواد موضوع الدعوى والأمر بإتلافها علي حساب المحكوم عليه أو إحالتها إلي الجهات العامة التي يجوز التعامل أو الانتفاع بها، ولها إذا ارتكب الجريمة باسم أو لحساب شخص اعتباري أو منشأة تجارية أو مهنية أن تقضي بالغلق لمدة لا تجاوز ستة أشهر ."

وباستقراء هذين النصين نستطيع أن نلاحظ ما يأتي :

أولاً : الصياغة العامة للنصين :

بتدقيق النظر في نص المادة المنصوص عليها في القانون المصري نجد أنها احتوت على عبارة "يعاقب كل من يخالف عمداً أحكام هذا الكتاب..." ، وفي صياغة المشرع الإماراتي عبارة "كل من خالف أحكام". وهذه الصياغة جاءت في صورة عامة يفهم منها أن العقوبة تنطبق على كل من يخالف أحكام الكتاب الرابع المتعلق بالأصناف النباتية أو قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الإماراتي بغض النظر عن وقعت منه المخالفة، وبذلك يمكن أن تنطبق على المربي إذا خالف حكماً من هذه الأحكام. ومن أمثلة الأفعال التي تمثل مخالفة من قبل المربي، ألا يقوم بالكشف عن المصدر الوراثي الذي اعتمد عليه لاستنباط الصنف النباتي الجديد المهندس وراثياً ، أو لم يحصل على هذا المصدر بطريق مشروع. ومعنى ذلك أن المشرع بهذه الصياغة العامة لم يكتف بحماية حقوق المربي من الاعتداء عليها فقط، وإنما حمى أيضاً المجتمع في حالة مخالفة المربي للقواعد والشروط التي يجب أن تتوفر حتى يحصل على هذه الحماية(435).

(435) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص86.

ثانياً : أركان الجريمة :

الركن المادي: يتمثل في القيام بفعل يخالف أحكام الباب الرابع الخاص بالأصناف النباتية، ومن أهمها الاعتداء على حقوق المربي الذي حصل على شهادة الحماية الخاصة بالصنف من مكتب حماية الأصناف النباتية. ومن أمثلة هذه الأفعال قيام شخص بنشاط تجاري على الصنف دون الحصول على موافقة المربي.

الركن المعنوي: من المعلوم أنه يتخذ صورة القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدى. والركن المعنوي لجريمة الاعتداء على الأصناف النباتية يتخذ صورة القصد الجنائي القائم على عنصري الإرادة والعلم.

وعلى ذلك فالجريمة عمدية وليست جريمة تقوم على الخطأ غير العمدى، وبالتالي فالمخالفات التي تقع بإهمال أو عدم احتراز لا تشكل جريمة وذلك لانتفاء صفة العمد عن الفعل، أي أن اتجاه الإرادة عمداً إلى المخالفة هو وحده الذي يشكل جريمة الاعتداء على الأصناف النباتية المهندسة وراثياً وفقاً للمادة 203 من القانون، وفضلاً عن ذلك فإن العمد يشترط أيضاً في حالة العود حيث إذا تم العود بدون قصد عمدي لا تقوم الجريمة.

ثالثاً : مصادرة المواد موضوع الدعوي :

يستفاد من نص المادة سالفه الذكر أن المشرع أوجب مصادرة التقاوي ومواد الإكثار المضبوطة سواء عند ارتكاب الفعل المؤثم لأول مرة أم في حالة العود. ولا شك أن هذا يعد أمراً مهماً في مجال الحفاظ على حقوق مربي الأصناف النباتية، لأن عدم مصادرتها قد يجعلها عرضة للاعتداء عليها مرة أخرى من جانب أشخاص آخرين، ولذلك عندما نص المشرع على وجوب المصادرة حمى المربي من اعتداء جديد، ومنع غيره من الوصول إلى هذه التقاوي التي قد يساء استخدامها مرة أخرى.

وبذلك تكون المصادرة عقوبة تبعية للعقوبة الأصلية، وتقوم بوظيفة وقائية⁽⁴³⁶⁾ من خلال غلق الباب أمام من يريد الاعتداء مرة أخرى على هذا الصنف النباتي المحمي، فلا يستطيع الشخص الذي يريد إساءة استخدام البذور والتقاوي من القيام بأي فعل على هذه البذور، لأنها تكون قد صودرت من قبل السلطات العامة في الدولة. أما المشرع الإماراتي فجعل عقوبة المصادرة جوازية للقاضي حيث قرر أن للمحكمة الحكم بمصادرة المواد موضوع الدعوي والأمر بإتلافها، وعلى ذلك: فالمشرع الإماراتي منح القاضي السلطة التقديرية في الحكم بالمصادرة أو إحالتها إلي الجهات العامة التي يجوز التعامل أو الانتفاع بها.

رابعاً : إمكانية تطبيق العقوبة الأشد :

أتاح المشرع المصري الفرصة أمام إمكانية تطبيق أية عقوبة أشد من العقوبات الواردة بالمادة 203 سالفه الذكر، حيث عبر عن ذلك من خلال صياغة المادة التي جاء فيها عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون". ومفاد هذه العبارة هو جواز انطباق نصوص الجرائم التقليدية الواردة في قانون العقوبات على حالة الاعتداء على الأصناف النباتية المهندسة وراثياً كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة إذا ما توافرت باقي الشروط الأخرى اللازمة لقيام تلك الجرائم . وفضلاً عن ذلك، فمن الممكن أن تثور هنا جريمة إفشاء الأسرار المنصوص عليها في المادة 310 من قانون العقوبات⁽⁴³⁷⁾.

(436) عبد العظيم مرسى، وزير، شرح قانون العقوبات القسم العام، الجزء الثاني، النظرية العامة للعقوبة، 1988، بدون دار نشر، ص54.

(437) نصت المادة (310) من قانون العقوبات على أن "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوايل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو ثمن عليه فأفشاءه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالعقوبة بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري...". وتعتبر جريمة إفشاء الأسرار من جرائم الأشخاص التي تقع بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة. ويجب أن يكون مرتكب فعل الإفشاء صاحب مهنة تتيح له الإطلاع على بعض الأسرار، وتعتبر هذه الأسرار من أدوات عمله بحيث لا يستطيع أن يمارس مهنته إلا إذا علم بهذه الأسرار، ويفهم من صياغة المادة سالفه الذكر أن المشرع المصري لم يقدم حصراً كاملاً للأمناء على الأسرار، وإنما أشار إلى بعض الطوائف على سبيل المثال. ولذلك ليس هناك ما يمنع من اعتبار كل من يقوم بعمل يمثل انتهاكاً لأحكام الكتاب الرابع من قانون الملكية الفكرية مرتكباً لجريمة إفشاء الأسرار إذا ما توافرت باقي شروط هذه الجريمة. لمزيد من التفاصيل حول جريمة إفشاء الأسرار انظر سيد حسن عبد الخالق، النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار في التشريع الجنائي المقارن، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، 1987، غنام محمد غنام "الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

وفي هذا يتفق المشرع المصري مع المشرع الإماراتي الذي أكد في المادة 34 من قانون حماية الأصناف النباتية علي أنه لا تخل العقوبات الواردة بهذا القانون بأي عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر .

2- الحماية المدنية :

44- لم ينظم المشرع المصري الحماية المدنية⁽⁴³⁸⁾ في حالة الاعتداء على أي حق من حقوق الملكية الفكرية التي شملها القانون رقم 82 لسنة 2002 وإنما تركها للقواعد العامة. كما لم يتناول قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة رقم 17 لسنة 2009 الحماية المدنية لهذه الأصناف، وعلى ذلك فإن الحماية المدنية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا لم تقرر بنصوص خاصة في قوانين الملكية الفكرية وإنما تركت للقواعد العامة في كل من التشريعين المصري والإماراتي .

ولا شك أن هذه الحماية النابعة من القواعد العامة قد لا تكون ناجعة في ظروف غير عادية تتطلب حماية سريعة وبإجراءات مبسطة. ولذلك يرى بعض الفقه بحق أنه كان من الأفضل أن يتم تقرير تعويض قانوني جزافي لمن اعتدى على حق له من حقوق الملكية الفكرية، بحيث يمثل هذا التعويض الجزافي الحد الأدنى من الحماية المدنية لصاحب الحق، ويستطيع الحصول عليه من خلال أمر أداء من القاضي المختص، فإذا لم يرض صاحب الحق المعتدى عليه بالتعويض الجزافي فله أن يلجأ للقضاء للحصول على التعويض الذي يراه مناسباً⁽⁴³⁹⁾. ولما كانت المسؤولية المدنية تنقسم إلى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، لذا سنعالج الحماية المدنية للأصناف النباتية من خلال المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية على النحو التالي:

(438) من الجدير بالذكر أن الحماية المدنية هي التي تهم المربي ومن له حق استغلال الصنف النباتي، وذلك لأن المربي لا يهتم كثيراً بالحماية الجنائية، فهي وإن كانت حقاً للدولة وتمثل نوعاً من الردع أو الزجر، إلا أنها ليست كافية لمن اعتدى على حقه في استغلال الصنف النباتي.

(439) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص100.

أ- الحماية القانونية في إطار العلاقة العقدية :

45 - تفترض المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين المضرور والمسئول، وأن يكون الضرر الذي وقع ناشئاً عن الإخلال بالتزام عقدي متولد من العقد . وينظم العقد العلاقة القانونية بين مربى الأصناف النباتية المهندسة وراثياً ومن يتنازل له عن حقوق استغلال الصنف النباتي أو عن حق منها، وينشأ عن هذا العقد الحقوق والالتزامات المترتبة على كل من طرفيه. وعند مخالفة أي طرف من أطراف العقد لأحد الالتزامات المفروضة عليه تنعقد المسؤولية العقدية إذا ما توافرت شروطها وأركانها. وتتمثل أركان المسؤولية العقدية في الخطأ المتمثل في الإخلال من جانب أحد الطرفين في تنفيذ التزاماته، والضرر الناتج عن هذا الخطأ والمرتبط معه ارتباطاً مباشراً وعلاقة السببية⁽⁴⁴⁰⁾.

ويلتزم المربي باحترام سر الصنف النباتي وعدم إفشائه أو السماح لأحد من تابعيه أو الغير بالاطلاع عليه، ويلتزم مستغل الصنف بعدم التنازل عن الاستغلال إلى شخص من الغير إلا بموافقة المربي ومنع هذا الغير من الاعتداء على الصنف أو التعرف على أسرارهِ وتركيبته حتى لا يفتح المجال للقرصنة أو الاستعمال غير المشروع.

ويعتبر التزام مستغل الصنف النباتي بعدم إفشاء سرهِ أو تمكين الغير من الاطلاع عليه التزاماً بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية، حيث لا يكفي منه بإثبات أنه بذل ما في وسعه للحفاظ على الصنف وسريته، وإنما لابد وأن تتحقق النتيجة وهي عدم الإفشاء فعلاً. وإذا حدث إخلال بهذا الالتزام فإن على المربي إثبات وجود مصدر الالتزام وحدوث الإخلال لينقلب عبء الإثبات بعد ذلك على عاتق المستغل، وفي هذه الحالة يكون على هذا الأخير إثبات إما عدم وجود الإخلال بالالتزامات

(440) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص13.

أو التقييد في تنفيذها، وإما إثبات وجود القوة القاهرة التي أدت إلى حدوثه⁽⁴⁴¹⁾.

ب - الحماية من خلال المسؤولية التقصيرية :

46 - إذا كانت المسؤولية العقدية تقتض وجود عقد صحيح بين المضرور والمسئول، وأن يكون الضرر ناشئاً عن الإخلال بالتزام متولد من العقد، فإن المسؤولية التقصيرية تقوم عندما يقع الاعتداء على الصنف النباتي المهندس وراثياً من شخص أجنبي عن المربي، أي لا يرتبط بالمربي بأية رابطة عقدية⁽⁴⁴²⁾. وقد منعت المادة 194 من قانون حماية الملكية الفكرية الغير من الاعتداء على حقوق مربي الصنف النباتي، حيث نصت على أن "يتمتع من يحصل على شهادة حق المربي بحق استثنائي يخول له الاستغلال التجاري للصنف النباتي المحمي بأية صورة من الصور، ولا يجوز للغير إنتاج أو إكثار أو تداول أو بيع أو تسويق أو استيراد أو تصدير مواد الإكثار إلا بموافقة كتابية من المربي". كما يفهم من موقف المشرع الإماراتي أنه منع الاعتداء على حقوق مربي النباتات حيث نص في المادة 30 من قانون حماية الأصناف النباتية رقم 17 لسنة 2009 على أنه " لمستنبط النباتات أن يمنح الغير ترخيصاً باستغلال الصنف المحمي بمقابل أو بدون مقابل بموجب عقد كتابي يتم تسجيله لدى المسجل".

ووفقاً لهذين النصين لا يجوز للغير القيام بأي عمل من أعمال استغلال الصنف النباتي، كالتداول أو التصدير أو الاستيراد أو غيرها، دون الحصول على موافقة كتابية من المربي. وعلى ذلك فإن قيام الغير بأي عمل من الأعمال السابق ذكرها يؤدي إلى انعقاد مسؤولية هذا الغير التقصيرية إذا ما توافرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، حيث يقع على المربي أو خلفه العام أو الخاص عبء إثبات ارتكاب الغير لخطأ يشكل اعتداء على حقه الاستثنائي ينتج عنه ضرر يرتبط به

(441) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، ص12.

(442) محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، المرجع السابق، بند12، ص14.

ارتباطاً مباشراً. وتقوم المسؤولية التقصيرية أيضاً في حالة قيام الغير بإفشاء أسرار الصنف النباتي المهندس وراثياً بعد إطلاعهم عليه بأية صورة من الصور⁽⁴⁴³⁾. كما يعد من حالات المسؤولية التقصيرية حالة المنافسة غير المشروعة. بيد أن دعوى المنافسة غير المشروعة تفترض وجود طرفين يمارسان أنشطة متقاربة أو يقدمان منتجات أو خدمات متماثلة للجمهور، ولذلك من المتصور قيام المسؤولية التقصيرية استناداً إلى دعوى المنافسة غير المشروعة في حالة قيام شركتين بإنتاج أنواع معينة من البذور المهندسة وراثياً التي تنتج محاصيل زراعية، فتعتمد إحدى الشركتين إلى الإساءة إلى منتجات الشركة الأخرى من خلال نشر ادعاءات كاذبة حول بذور تلك الشركة، كأن تدعى بأن هذه البذور تسبب الأمراض على المدى الطويل أو أنها تسبب أضراراً على التربة التي تزرع فيها، إلى غير ذلك من الأمور التي من شأنها أن تنفر المستهلكين من منتجات تلك الشركة⁽⁴⁴⁴⁾.

وتستند دعوى المنافسة غير المشروعة في هذه الحالة على المادة 163 مدني والتي تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". وفي المثال السابق نجد أن الخطأ يتمثل في قيام إحدى الشركتين بأحد الأفعال التي من شأنها تنفير المستهلكين من بذور الشركة الأخرى مما يسبب ضرراً يتمثل في الخسائر التي تلحق بالشركة التي تمت الإساءة إلى بذورها وتنفير المستهلكين من شراء منتجاتها، بيد أنه يشترط أن يرتبط هذا الخطأ بذلك الضرر برابطة سببية حتى يتم انعقاد المسؤولية. كما تستند دعوى المنافسة غير المشروعة في القانون الإماراتي على المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي تنص على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

ج - أثر انعقاد المسؤولية المدنية :

(443) هذا فضلاً عن قيام المسؤولية الجنائية عن الإفشاء وفقاً للمادة 310 من قانون العقوبات كما سبق أن أوضحنا في البند المتعلق بالحماية الجنائية .
(444) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص107.

47- يتمثل الأثر المترتب على انعقاد المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية في الحكم بالتعويض اللازم لجبر الضرر. ويتولى القاضي تقدير قيمة التعويض حيث يراعى في ذلك الخسارة اللاحقة والكسب الفائت⁽⁴⁴⁵⁾. وفي هذا الصدد تنص المادة 221 من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول...".

ويختلف هذا التعويض عن التعويض المنصوص عليه في المادة 193 من قانون حماية الملكية الفكرية، والتي تتعلق بالحماية المؤقتة لمقدم طلب الحماية في الفترة التي تبدأ من تاريخ إيداع الطلب وتنتهي بنشر الإعلان عن قبول الحماية، حيث تنص هذه المادة على أنه "... ومع ذلك يمنح الصنف المقدم عنه طلب حماية مؤقتة تبدأ من تاريخ إيداع الطلب وتنتهي بنشر الإعلان عن قبول منح الحماية، على أن يقتصر حق المربي المنصوص عليه بالمادة 194 من هذا القانون خلال هذه الفترة على الحق في التعويض العادل بمجرد منحه هذه الحماية، بشرط أن يكون المربي قد وجه إخطاراً بإيداعه الطلب إلى من قام باستغلال الصنف النباتي قبل منحه الحماية".

ويظهر الاختلاف بين التعويض المنصوص عليه في المادة 221 مدني والتعويض المنصوص عليه في المادة 193 من قانون حماية الملكية الفكرية في أن التعويض المنصوص عليه في المادة 193 من قانون حماية الملكية الفكرية يعتبر مقابلًا ماليًا لقيام الغير باستغلال الصنف النباتي خلال تلك الفترة، فلا يمتد إلى ما قد

(445) محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، المرجع السابق، بند 210، ص 179.

يصيب المربي من أضرار مادية أو أدبية من جراء هذا الاستغلال، في حين أن التعويض كأثر لانعقاد المسؤولية المدنية المنصوص عليه في المادة 221 مدني يعتبر أوسع مجالاً حيث ينظر في تقديره إلى عناصر التقدير جميعها كالخسارة اللاحقة والكسب الفائت⁽⁴⁴⁶⁾.

* خاتمة

عالجنا في هذا الأصناف النباتية المهندسة وراثيا من حيث مفهومها ونظامها القانوني ورأينا من خلال ذلك العرض مدى أهمية وحيوية وخطورة هذه الأصناف، حيث تلعب النباتات المهندسة وراثيا دوراً كبيراً في شتى مجالات الحياة، فلم يتوقف الدور الفعال للأصناف النباتية المهندسة وراثيا في إنتاج أصناف جديدة فقط ، بل امتدت إلى صناعة الدواء، ولعبت الهندسة الوراثية الدور الحاسم والفعال في إنتاج أصناف نباتات غذائية ودوائية في آن واحد. كما امتد هذا الدور إلى مختلف الصناعات ، مما يدل علي أن أهمية هذه الأصناف آخذة في الازدياد يوما بعد يوم .

وبناء علي هذا الدور المهم الذي تلعبه الأصناف النباتية المهندسة وراثيا في شتى مجالات الحياة، فإنها تصبح عرضة للقرصنة والاعتداء على حقوق مربيها. ولهذا كان من الضروري إضفاء الحماية القانونية على الأصناف النباتية . وقد عرضنا لمفهوم الأصناف النباتية في الاتفاقيات الدولية والتشريع المصري والإماراتي ، ورأينا أن الأصناف النباتية المهندسة وراثيا تحظى بالحماية، وفقا لما جاء في التشريعات والاتفاقيات إذا ما توافرت فيها شروط معينة من أهمها الجودة، والتميز، والتجانس، والثبات، والتسمية الخاصة بالصنف النباتي، فإذا ما توافرت هذه الشروط، فإن مربي هذا الصنف يمنح شهادة حماية تخوله حقوقاً استثنائية في مواجهة الكافة. ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، وإنما يحظى مربي الصنف النباتي بالحماية الجنائية والمدنية والوقائية .

(446) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص109 وما بعدها.

ويمكن من خلال ذلك العرض أن نخلص إلى النتائج الآتية :

أولاً : تمثل الأصناف النباتية مصدر الأكسجين الذي نتنفسه والغذاء الذي نأكله، وأرخص وأفضل مصدر رئيس للأدوية التي استخدمها الإنسان في علاج الأمراض المختلفة عبر تاريخ البشرية الطويل، ولذلك كانت هذه الأصناف محلاً لثورة الهندسة الوراثية، ومن ثم ظهرت الأصناف النباتية المهندسة وراثيا والتي أصبحت مسألة حمايتها ضرورة محلية ودولية علي حد سواء .

ثانياً : يتوافر للصنف النباتي المهندس وراثيا شرط الجودة إذا لم يسبق طرحه للتداول، سواء بمعرفة المربي نفسه أم من قبل شخص آخر حصل على موافقته بذلك. ولا يفقد هذا الصنف شرط الجودة إذا تم الطرح والتداول لمدة لا تزيد عن سنة سابقة على تقديم الطلب. كما لا يفقد شرط الجودة إذا تم بيع أو منح حق استغلال الصنف النباتي بموافقة المربي للغير قبل منحه حق الحماية.

ثالثاً : هناك تشابه كبير في موقف كل من المشرع الإماراتي والمشرع المصري من حماية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا، ونرى أن السبب في ذلك يرجع إلي أن كلا منهما قد اعتمد على الاتفاقيات الدولية السابقة، والتي نظمت الحماية القانونية لهذه الأصناف ، وعلى رأسها الاتفاقية الدولية لحماية الأصناف النباتية (اليوبوف)، واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس).

رابعاً : علي الرغم من أن اتفاقية اليوبوف في صورتها الأخيرة عام 1998 تعتبر الاتفاقية الرئيسية في حماية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا، حيث عالجت شروط منح الحماية لمستولد النباتات، وإجراءات طلب منح الحماية، والحقوق التي تعطيها تلك الحماية، إلا أنها لم تتحدث عن أية حماية مدنية أو جنائية، حيث تركت ذلك للتشريعات الداخلية للدول. وبذلك تكون الاتفاقية قد وضعت قواعد حماية يستعان بها عند الرغبة في وضع تنظيم خاص لحماية الأصناف النباتية، مع إعطاء حرية كبيرة للمشرع الوطني في وضع تفاصيل هذا التنظيم.

التوصيات :

بعد أن عرضنا لبيان موجز لموضوع البحث، وعرضنا لأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الدراسة، وبعد أن أبحرنا في أعماق الأصناف النباتية لنرحل في خضم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية، حتى نفهم ماهية الأصناف النباتية المهندسة وراثيا ونظامها القانوني فإننا نوصي بما يأتي :

أولاً : نهيب بالمشروع المصري والمشروع الإماراتي توحيد مدة حماية الأصناف النباتية الجديدة وجعلها عشرين سنة فقط وعدم التفرقة في مدة الحماية بين الأشجار والأعشاب وغيرها من الحاصلات الزراعية الأخرى .

ثانياً : نهيب بالمشروع الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة أن يضم قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة رقم 17 لسنة 2009 إلى باقي القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية، مثل قانون حق المؤلف، وقانون براءات الاختراع، وقانون العلامات التجارية داخل مدونة واحدة، وبذلك يحذو المشرع المصري الذي سبقه في هذا الأمر حيث أصدر قانون حماية الملكية الفكرية المصري في عام 2002، وجمع فيه كل حقوق الملكية الفكرية بما فيها الأصناف النباتية الجديدة والتي تعد الأصناف النباتية المهندسة وراثيا من أهم صورها.

ثالثاً : وضع استراتيجية للأصناف النباتية المهندسة وراثيا إنتاجا واستهلاكاً وتسجيلاً وتسويقاً بما يحقق التكامل في منظومة هذا النوع من النباتات لمواجهة القيود الفنية لاتفاقيات حقوق الملكية الفكرية والتي تشكل قيداً على الدول العربية في الاستفادة من الثورة التكنولوجية في شتى مجالات الحياة.

رابعاً : إنشاء مركز عربي متخصص في مجال البحوث والتطوير للأصناف النباتية المهندسة وراثيا يساهم في تمويله مؤسسات التمويل وصناديق التنمية العربية بهدف تشجيع الاستثمار في إنتاج الأصناف النباتية المهندسة وراثيا كاستثمار عربي مشترك يمثل تعاوناً في مجال الإنتاج والسعي لاستخدام التكنولوجيا المتطورة من الدول الرائدة في هذا المجال.

مراجع البحث

أولاً - المراجع العربية :

- 1 - أحمد توفيق حجازي، موسوعة الطب الشعبي والتداوى بالنباتات وبالأعشاب ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن، الطبعة الأولى ، 2000 .
- 2 -أحمد صدقي محمود، الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية وفقاً لأحكام القانون رقم 82 لسنة 2002 ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.
- 3 - أحمد مستجير،
أ - في بحور العلم،"، الجزء الرابع، قراءة في كتابنا الوراثي ، دار المعارف ، القاهرة ، 1998
ب - في بحور العلم، الجزء الخامس، القرصنة الوراثية، دار المعارف، القاهرة، 2001، ص23 وما بعدها،
ج - في بحور العلم، الجزء السابع، الثورة البيولوجية، دار المعارف، القاهرة سنة 2004.
- 4 - أنور طلبية ، حماية حقوق الملكية الفكرية ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- 5 - السيد أحمد عبد الخالق، الجوانب الاقتصادية لحماية حقوق الملكية الفكرية في قطاع الزراعة في إطار اتفاقية التريبس دراسة تحليلية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس بكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي، والمنعقد في القاهرة يومى 26، 27 مارس 2002 منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية.
- 6 - حسام الدين عبد الغنى الصغير، دروس في الملكية الفكرية، محاضرات أُلقيت على طلبية كلية الحقوق جامعة المنوفية ، عام 2003 ، بدون دار نشر.
- 7 - خاطر لطفي، "موسوعة حقوق الملكية الفكرية" دراسة تأصيلية للقانون رقم 82 لسنة 2002، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2003.
- 8 - سميحة القليوبى، الملكية الصناعية"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2003.
- 9 - مارتن هور، الملكية الفكرية، التنوع البيولوجى والتنمية المستدامة، حل المسائل الصعبة، ترجمة السيد أحمد عبد الخالق، دار المربخ للنشر، المملكة العربية السعودية، 2004.
- 10 -محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثانى، المصادر غير الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.
- 11 - محمد عبد الظاهر حسين، الحماية القانونية للأصناف النباتية وفقاً للقانون المصري والمعاهدات الدولية، 2003، بدون دار نشر، .
- 12 -هانى عرموش، موفق العمرى "الأعشاب في كتاب، الاستخدامات الطبية والعلاجية والتجميلية والتصنيعية، دار النفائس دمشق - سوريا، عام 1999.
- 13 -جودى عبد الفتاح، سواحل الهندسة الوراثية ونباتات القرن القادم، أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا، القاهرة ، بدون تاريخ نشر.

ثانياً - المراجع المنشورة على شبكة الإنترنت باللغة العربية :

- 1 - أ.م. شلتون، دور التكنولوجيا الحيوية المتعلقة بالنباتات في أنظمة الغذاء والدواء في العالم، بحث منشور ضمن صفحة المجلات الإلكترونية الصادرة ضمن موقع مكتب برامج الإعلام الأمريكي الخارجي ومنشور على الموقع التالي :
<http://usinfo.state.gov/arabic/wfsub.html>.
- 2 - بثينة أسامة، أشجار تطرح بلاستيك، منشور على الموقع التالي :
<http://www.islamonline.net/Arabic/Science/2001/02/Article20.shtml>
- 3 - العروسي و عماد الدين وصفي، المملكة النباتية، بحث منشور على الموقع التالي
<http://olom.info/olom/book/open.php?cat=4&book>.
- 4 - السيد حسن بدرأوى، حماية الأصناف النباتية الجديدة، بحث مقدم إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع جامعة القاهرة في الفترة من 17 إلى 19 فبراير 2003. منشور على :
<http://www.wipo.org/arab/ar/meetings/2003/ipcai/doc>.
- 5 - حسام الدين عبد الغنى الصغير، حماية الأصناف النباتية الجديدة، بحث مقدم إلى الندوة الوطنية المشتركة بين الويبو واتحاد المحامين العرب عن الملكية الفكرية للمحامين التي نظمتها الويبو واتحاد المحامين العرب بالتعاون مع حكومة البحرين والمنعقدة بالمنامة في الفترة من 23 إلى 25 يناير 2003 والمنشورة على الموقع الآتي :
<http://www.wipo.org.html>.
- 6 - سالم اللوزي، دليل التشريعات في مجال الموارد الوراثية النباتية للأغذية والزراعة في الوطن العربي. دراسة موسوعية منشورة على الموقع التالي :
<http://www.aoad.org/gtp/nre-legdir.doc>.
- 7 - طارق يحيى قابيل، زراعة البلاستيك ، منشور على الموقع التالي :
<http://www.khayma.com/madina/plastic-plant.htm>
- بطاطس تطلب النجدة عند الخطر ، بحث منشور على الموقع التالي :
<http://www.islamonline.net/Arabic/Science/2001/01/Article>
- 9 - نهى سلامة ،
أ - أعظم اكتشافات القرن.. الخريطة الوراثية للنبات ، منشور على الموقع التالي :
<http://www.islamonline.net/arabic/science/2000/12/Article10.shtml>
- ب- الهندسة الوراثية تلهو بغذائك ، منشور على الموقع التالي :
<http://www.islamonline.net/Arabic/Science/2002/03/Article05.shtml>
- 10 - وجد عبد الفتاح سواحل ، الأغذية المعالجة وراثيًا" ، منشور على الموقع التالي :
<http://www.islam-online.net/iol-arabic/dowalia/scince21-3-00/scince1a.asp>

ثالثاً : المراجع الأجنبية.

- 1 - FRANÇOIS DESSEMONTET "La propriété intellectuelle" éd. CEDIDAC, Lausanne 2000 .
- 2 - GONDATION & GRAIN, "Droit de propriété intellectuelle et boisdiversité, les mythes écomomiques", voir à <http://www.grain.org/briefings.html.25-1-2004>
- 3 - JEAN-PIERRE BERLAN "Semences et propriété intellectuelle" voir à <http://www.severins.free.Fr.archives.4-4-2001>
- 4 - WALTER SMOLDER "Colloque ompi – upov sur la coexistence des brevets et droits d'obtenteur dans la promotion des creations biotechnologiques" voir à <http://www.upov.int/fr/documents/symposium2002/session.pdf>
- 5 - "les système de protection des obtentions végétales de l'upov, voir à <http://www.upov.int/fr/about-système.html.20-12-2002>

أثر تغير قيمة العملة على أداء الالتزام

دراسة تطبيقية

إعداد

الدكتور رمضان عبد الله الصاوي السيد

رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون _ دبي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين؛ سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين .

وبعد :

فإن الإنسان منذ نشأته ووجوده على هذه الأرض أبى الله -ﷻ- أن يكون وحيداً، فخلق له من نفسه زوجاً يأوي إليها، ويأنس بها، وجعل منها الذرية التي ملأت هذه الأرض وتفرقت في ربوعها وتكاثرت حتى تكونت منها المجتمعات، واستعمرت بها الأرض، وفي مثل هذه المجتمعات تختلف حاجات الناس وأنشطتهم وأعمالهم، وتظهر حاجة كل إنسان إلى الآخر، وتختلف ظروف كل واحد منهم في المعاملات؛ فمنهم من ينشئ التزاماً وبفي به، ومنهم من تضطره الحاجة وضيق ذات اليد إلى إنشاء التزام للوفاء باحتياجاته دون أن يكون عنده من المال ما يفي بحاجته وقت إنشاء الالتزام، فيلجأ إلى إبرام العقود دون الوفاء بما يجب عليه من حق أو التزام، مؤجلاً ذلك إلى وقت يرجو فيه القدرة على الوفاء، وقد تأتي الظروف المحيلة دون الوفاء بالحق أو الالتزام الواجب على هذا الشخص، سواء أكانت هذه الظروف خارجة عن إرادته كهلاك المال بقوة قاهرة أم غصبا أو إتلافا من الغير، وقد يكون الشخص معسراً غير قادر على الوفاء بما وجب عليه من حق أو التزام، وقد يكون قادراً على أداء الواجب عليه لكنه يرفض الوفاء وأداء الحقوق .

وعدم وفاء الشخص بالتزامه المالي الذي حل وقت الوفاء به يولد آثاراً تترتب عليه كحق طلب التعويض عن عدم الوفاء، وكذلك الفوائد المالية المترتبة على التأخير في الوفاء بالحقوق والالتزام، وكذلك الشروط الجزائية التي تتضمنها العقود، وأيضاً الغرامات التأخيرية .

وأيضاً نبحث هنا آثار التأخير في الوفاء بالحق أو الالتزام على قيمة النقود الشرائية، وهل يمكن التعويض أو لا ؟

ثم بعد ذلك نأتي بالدراسة التطبيقية على بعض العقود، مبيناً في ذلك آراء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع عرض الآراء والأدلة والمناقشة مع بيان الرأي الراجح في المسألة ، وتركيز هذا الجانب من البحث على الجانب التطبيقي لآثار التأخير في أداء الحقوق والالتزامات الحالة على السياسة النقدية الشرعية منها والوضعية مستنديين في دراستنا على مدى تأثر النقد الشرعي المتمثل في الذهب والفضة بالتأخر في وقت السداد مع ملاحظة أن السداد لا يتم بالذهب والفضة وإنما يتم بالعملة المتداولة الورقية فهل يتم بنفس المبلغ المقترض بذات العدد أم يتم بنفس القيمة الذهبية دون النظر للقيمة الورقية زيادة أو نقصاً وهذا ما سأحاول الإجابة عنه من خلال هذا البحث إن شاء الله تعالى ، وقد اتبعت في هذا البحث منهجاً استنباطياً استقرائياً وأحياناً ألجأ للمنهج التاريخي في البحث حينما يقتضى الأمر ذلك .

ويأتي هذا البحث في مبحثين هما :المبحث الأول في الآثار الناتجة عن تأخير الحقوق الحالة والالتزامات على قيمة العملة ، وهذا بدوره مقسم إلى مطالب ثلاثة هي: المطلب الأول: التكيف الفقهي للنقود . والمطلب الثاني: آثار التأخير في الوفاء بالحقوق والالتزامات الحالة هل يسد بمثله أو بقيمته . والمطلب الثالث: آثار تغير قيمة النقد على السياسة النقدية ، أما عن المبحث الثاني فهو دراسة تطبيقية لآثار تأخير الحقوق والالتزامات الحالة ويأتي هذا المبحث في أربعة مطالب هي: المطلب الأول: عن أثر تأخير سداد الأقساط الحالة في البيع بالتقسيط في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. والمطلب الثاني: عن آثار التأخير عن الوفاء بالالتزامات في بطاقات الائتمان غير المغطاة. والمطلب الثالث: عن الجانب التطبيقي لحساب الزكاة بين السياسة النقدية الشرعية والوضعية. والمطلب الرابع: عن الجانب التطبيقي لأداء الديون بين السياسة النقدية الشرعية والوضعية ،وبعد ذلك الخاتمة ونتائج البحث ، والله -ﷻ- أسأل التوفيق والسداد، إنه نعم المولى ونعم النصير .

المبحث التمهيدي

كلمة تاريخية عن نشأة العملة

منذ نشأة الإنسان على ظهر الأرض وانتشاره في الأرض وسعيه للكسب وسعي غيره له كذلك فتنوعت المطالب والحاجات فاهتدى الإنسان القديم إلى نظام المبادلة لأنه لم توجد العملة التي يمكن على أساسها التعامل ومبادلة السلع، ولما اتسع النشاط الاقتصادي أصبحت المقايضة لا تفي بحجم التبادلات بين الناس، والتطور الإنساني دعا إلى السعي لتسهيل المبادلات وتقليل الوقت والجهد في ذلك .

لكن خطوات الإنسان في هذا الشأن لم تصل مباشرة لشكل العملة الموجود الآن بل اتخذت كل جماعة من الناس أو بلد من البلاد نقودا سلعية تقاس بها قيم الأشياء وكان هذا النوع من النقود يختلف باختلاف الناس والجماعات فاتخذ كل مجتمع إنساني سلعة تلائم بيئته ويقاس على أساسها قيمة باقي السلع، لذلك استخدمت مجموعة كبيرة ومتنوعة من الأشياء كنقود مثل: الصوف، والماشية والتبغ، والفراء، والعبيد، ثم استخدمت الفضة والذهب كنقود قبل اختراع المسكوكات (447).

ولما جاء الإسلام كان النقد السائر والشائع استعماله في المجتمع العربي هو الدراهم الفضية والدنانير الذهبية وكانا يستوردان من الفرس والروم على الترتيب فالدولة الفارسية كانت عملتها الدراهم والدولة الرومانية كانت عملتها الدنانير الذهبية، ثم جاء عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقام بضرب دراهم على نفس الهيئة التي كان عليها دراهم الفرس ونقش على بعضها " الحمد لله " وعلى البعض الآخر " لا إله إلا الله " كما قام عثمان بضرب دراهم، ثم معاوية بن أبي سفيان ثم عبد الله بن الزبير (448).

(447) الموجز في النقود والبنوك د. أحمد عبده محمود ط . 1989 م ص 9 .
(448) تغير قيمة العملة وأثره في الحقوق والالتزامات د. كيلاني محمد المهدي بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالدقهلية العدد الأول الجزء الأول سنة 2001 م ص 475 .

ثم جاء عبد الملك بن مروان فأمر بضرب السكة وترك دنانير الرومان ودراهم الفرس وكان الذي ضرب الدراهم رجلا يهوديا من تيماء يقال له: سمير نسبت الدراهم إذ ذاك إليه وقيل لها: الدراهم السميرية وعمت في البلاد والأمصار⁽⁴⁴⁹⁾.

ثم ظلت الخلافة الإسلامية تحافظ على النقود ولا تفرط فيها إلا في حالات الاضطراب فلم تشهد مثل ما تعاني منه الدول المعاصرة من تضخم حاد وذلك لالتزام الخلافة بالنقود الذهبية أو الفضية، نعم قد عانت منها بعض الاضطرابات نتيجة لسياسة الفلوس والغش فيها⁽⁴⁵⁰⁾.

* نشأة الفلوس :

نشأت الفلوس غير عربية ثم عربت في عهد الخليفة عبد الملك بن مروان ويدل علي ذلك ما عثر عليه من فلوس كتب عليها بالبسلة وشهادة التوحيد وفي أي مكان ضربت وتاريخ ضربها⁽⁴⁵¹⁾.

ولقد كان الهدف من ضرب الفلوس تسهيل أمور الناس في المعاملات الصغيرة والتي لا تشكل إلا جزءا يسيرا من عرض النقود في الدولة الإسلامية ... وقد كانت الفلوس محلية التداول داخل المدينة التي سكنت فيها ولكن لم يدم هذا الأمر طويلا حتى راجت وصارت أكثر نقود الناس⁽⁴⁵²⁾.

وفي إمارة الظاهر برقوق لما وصل الأمر إليه وأقام الأمير محمود بن علي استنادا أكثر من ضرب الفلوس وأبطل ضرب الدراهم فتناقصت حتى صارت عرضا ينادى عليه في الأسواق وغلبت الفلوس⁽⁴⁵³⁾.

⁽⁴⁴⁹⁾ النقود الإسلامية القديمة للمقريزي الشافعي مطبوع مع بحوث ودراسات إسلامية د. نصر فريد ص 231 .

⁽⁴⁵⁰⁾ تغير قيمة العملة . السابق د. كيلاني المهدي ص 476 .

⁽⁴⁵¹⁾ دراسات مقارنة في النقود . د. عطية عبد الحليم صقر ص 256 ط دار الهدى سنة 1992 .

⁽⁴⁵²⁾ التكييف الفقهي للفلوس وبيان أحكامها الشرعية وآثارها الاقتصادية د. محمد علي سميران بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . الكويت العدد 52 مارس سنة 2003 م ص 249 .

⁽⁴⁵³⁾ النقود الإسلامية القديمة للمقريزي . السابق ص 240 .

* نشأة النقود الورقية :

ظهرت النقود الورقية في النصف الثاني من القرن السابع عشر حين لم تستطع النقود المعدنية من الذهب والفضة الصمود أمام عجلة التطور لصعوبة نقلها وسهولة سرقتها وقلة المخزون منها، مما دفع إلى إيجاد عملة بديلة عنها فنشأت في إنجلترا النقود الورقية⁽⁴⁵⁴⁾ وإلى اليوم تتداول العملة الورقية بجانب الفلوس التي أصبحت عملة متداولة بين الناس لكن الخطوة الأولى نحو الأوراق النقدية جاءت حينما كان الصيارفة يتسلمون النقود المعدنية من ذهب وفضة كانوا يسلمون المودعين إيصالات يثبتون فيها قيم هذه الأموال ومقدارها ونوعها مع تعهد بالدفع للمودعين عند الطلب وكان المودعون يدفعون سعر الفائدة لهم وكان التجار يقدمون هذه الإيصالات عند حاجتهم للذهب فيسحبون ما يحتاجون من سبائك ويدفعونها إلى دار صك النقود لتتحول إلى عملات .. ثم بدأ التجار يظهرون الإيصالات التي يتسلمونها ويقبلها المتعاملون معهم ثقة بالتجار و بالصاغة .. وبذلك حلت الإيصالات محل العملات الذهبية ثم تبع ذلك خطوة أخرى وهى إلغاء فكرة التظهير وأصبحت الإيصالات تدفع مقابلها من الذهب لحاملها دون حاجة للتظهير ثم وجد الصيارفة أنه من الأيسر لهم تجزئة الإيصالات وجعلها على شكل وحدات من فئات نقدية محددة ، وكانت هذه هي الصورة الأولى لأوراق البنكنوت⁽⁴⁵⁵⁾ .

ثم بعد ذلك بدأت الحكومات تقوم مقام الصيارفة إلى أن استقر الوضع على ذلك في مطلع القرن السابع عشر كما ذكرنا سابقا .

لكن الجديد أن الحكومات والدول أرادت أن تجعل هذه الأوراق النقدية ثمنا قانونيا حيث ألزمت بعض الدول الدائنين بقبول هذه الأوراق في اقتضاء ديونهم، ثم بدأت البنوك تقرض من الودائع التي لها غطاء ذهبي ثم بدأت تمنح القروض من

(454) الإسلام والاقتصاد د. عبد الهادي النجار ط . سلسلة عالم المعرفة ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت سنة 1983 راجع ص 135 وما بعدها .

(455) الموجز في النقود والبنوك . د. أحمد عبده محمود . السابق ص 340 وما بعدها .

أوراق نقدية ليس لها غطاء أو وجود حقيقي ودافعها في ذلك الكسب السريع ولما عجزت بعض البنوك عن سداد ما لديها تدخل البنك المركزي المرتبط بالدولة الأقدر على ضبط التعامل بالأوراق النقدية وأقدر على الوفاء .. ثم عند المشكلات والحروب تقوم الدول بطبع كميات كبيرة من النقود دون وجود غطاء ذهبي وقد عمدت بعض الدول إلى إنقاص جودة المعدن بحيث تكون قيمته الاسمية أكثر بكثير من قيمته الحقيقية من ذهب وفضة (456).

وهكذا تطورت الأوراق النقدية من عملة تساوى قيمتها ذهباً إلى ورق ليس له غطاء بحيث أصبحت الأوراق النقدية عملة قائمة بذاتها لا صلة لها بغطاء الذهب وغالب المشكلات الاقتصادية محليا وعالميا بدأت بقبول أوراق عرفية قانونية دون أن يكون لها قيمة حقيقية وأن المشكلات التي يعاني منها الاقتصاد المعاصر من التضخم والكساد وغيرها إنما مرجعه في الجملة إلى هذه القضية وسيظل الاقتصاد العالمي يعاني من الأزمات تتلوها الأزمات ما دامت الأوراق النقدية لا تمثل قيمة حقيقية تماثل أو تقارب قيمتها الاسمية (457).

وبذلك نرى أنه لا يوجد رابط بين النقد " الذهب والفضة " والأوراق النقدية الآن حيث انتفى وجود غطاء ذهبي بقيمتها أو قريب منها حتى نقول : إن هذا الغطاء يجعل القيمة الاسمية للأوراق النقدية لها نصيب أو قيمة من الغطاء الذهبي.

ومن خلال هذا التمهيد نضع أساسا للنقاط التي سنبحثها في هذا المبحث وهي كالتالي :-

المطلب الأول: التكيف الفقهي للنقود - سواء أكانت ذهباً أم فضة أم فلوساً أم أوراقاً نقدية .

(456) العملة وأحكامها في الفقه الإسلامي د. عجيل جاسم النشمي ، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية. الكويت العدد الحادي عشر أغسطس 1988 م ص 266 وما بعدها
(457) العملة وأحكامها في الفقه الإسلامي السابق 270 .

المطلب الثاني: آثار التأخير في الوفاء بالحقوق والالتزامات الحالة هل يسدد بمثله أو بقيمته ؟

المطلب الثالث : آثار تغير قيمة النقد على السياسة النقدية .

المبحث الأول

الآثار الناتجة عن تأخر أداء الحقوق والالتزامات الحالة على قيمة العملة

المطلب الأول : التكيف الفقهي للنقود

* أولا : الذهب والفضة أصل القيم : من نعم الله -ﷻ- خلق الدراهم والدنانير وبهما قوام الدنيا وهما حجران لا منفعة في أعيانهما لكن يضطر الخلق إليهما من حيث إن كل إنسان يحتاج إلى أعيان كثيرة في مطعمه وملبسه وسائر حاجاته وقد يعجز عما يحتاج إليه ويملك ما يستغني عنه كمن يملك الزعفران مثلاً وهو محتاج إلى جمل يركبه ومن يملك الجمل وربما يستغني عنه ويحتاج إلى زعفران ، ولا مناسبة بين الزعفران والجمل حتى يقال يعطى منه مثل وزنه أو صورته .. فافتقرت هذه الأعيان المتنافرة المتباعدة إلى متوسط يحكم بينهما حكم عدل فيعرف من كل واحد رتبته ومنزلته حتى إذا تقررت المنازل وترتبت الرتب علم بعد ذلك المساوي من غير المساوي، فخلق الله الدراهم والدنانير حاكمين ومتوسطين بين سائر الأموال حتى تقدر الأموال بهما فيقال: هذا الجمل يساوي مائة دينار وهذا القدر من الزعفران يساوي مائة دينار، فهما من حيث إنهما متساويان بشيء واحد إذن متساويان، وإنما أمكن التعديل بالنقدين إذ لا غرض في أعيانهما ولو كان في أعيانهما غرض ربما اقتضى خصوص ذلك الغرض في حق صاحب الغرض ترجيحاً ولم يقتض ذلك في حق من لا غرض له فلا ينتظم الأمر، فإذا خلقهما الله لتداولهما الأيدي ويكونا حاكمين بين الأموال بالعدل، ولحكمة أخرى وهى التوصل بهما إلى سائر الأشياء لأنهما عزيزان في أنفسهما ولا غرض في أعيانهما ونسبتهما

إلى سائر الأموال نسبة واحدة فمن ملكهما فكأنما ملك كل شيء - هذا ما ذكره الإمام أبو حامد الغزالي - رحمه الله -⁽⁴⁵⁸⁾.

وقال ابن القيم (رحمه الله):- إن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثلث هو المعيار الذي يعرف به تقويم الأموال فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات بل الجميع سلع، وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة ولا يقوم هو بغيره إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض فتفسد معاملات الناس ويقوم الخلف ويشتد الضرر كما رأيت من فساد معاملاتهم.

والضرر اللاحق بهم حين اتخذ الناس الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها لصلح أمر الناس⁽⁴⁵⁹⁾ وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: رأيت الدراهم والدنانير ثمناً للأشياء ولا تكون الأشياء ثمناً لها⁽⁴⁶⁰⁾.

فكلام أئمتنا واضح جلي في أن الذهب والفضة أصل الأثمان ولا يصح أن يكونا أو أحدهما سلعة لأنهما أساس تقييم السلع .

* ثانياً : التكيف الفقهي للفلوس .

معنى الفلوس :- الفلوس جمع فلس، ومعناه : الخلو والتجرد فيقال : هو فلس من الخير، وأفلس الرجل : صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم والمعنى صار مفلساً أي لم يبق له مال⁽⁴⁶¹⁾ .

⁽⁴⁵⁸⁾ إحياء علوم الدين . للإمام الغزالي 86/4 ط . دار الفكر العربي دون تاريخ .

⁽⁴⁵⁹⁾ إعلام الموقعين للإمام ابن القيم 134 /2 ط . دار الحديث أولى سنة 1993 .

⁽⁴⁶⁰⁾ الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ص 512 ط دار الكتب العلمية بيروت سنة 1989 .

⁽⁴⁶¹⁾ راجع لسان العرب السابق 165/6 وما بعدها . المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية 726/2 .

وتعريف الفقهاء لها بأنها :- كل ما يتخذہ الناس ثمنا من سائر المعادن عدا الذهب والفضة⁽⁴⁶²⁾، ومن الفقهاء المعاصرين من عرفها بأنها : ما ضرب من المعادن غير الذهب والفضة سكة وصار نقدا في التعامل عرفا وثمرنا باصطلاح الناس⁽⁴⁶³⁾

أما تعريفها عند أهل المال والاقتصاد؛ فقد قال البعض : إنها عبارة عن قطع نقدية صغيرة بسيطة القيمة وتصدر في أجزاء من وحدة النقد الأساسية وتستمد اسمها من وظيفتها إذ تقوم بمساعدة فئات النقد الكبيرة في تسهيل عمليات التبادل الصغيرة⁽⁴⁶⁴⁾.

والواضح من التعريفات السابقة: أنها تتحد لغة وفقها واقتصادا إذ الجميع متفق على أن الفلوس شيء قليل بالنسبة للعملة الأصلية والجميع متفق على أن الهدف منها تسهيل التعامل في الأمور الصغيرة وأنها تتخذ من غير الذهب والفضة وأن العرف السائد في التعامل بها جعلها نقودا اصطلاحا .

أما عن وظيفتها :- فقد اتضح من أقوال فقهاءنا أن الهدف منها التيسير على الناس في المعاملات الصغيرة حتى إن الاقتصاديين يسمونها وبحق النقود المساعدة وواجب الإمام أن يضرب هذه الفلوس كما ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أنه : " ينبغي للسلطان أن يضرب لهم – أي لرعيته – فلوسا تكون بقيمة العدل في معاملاتهم من غير ظلم ولا يتجر ذو سلطان في الفلوس أصلا بأن يشتري نحاسا فيتجر به "⁽⁴⁶⁵⁾ ، بل لاحظ الاقتصاديون المعاصرون هذه النقطة وأهميتها فذكروا أنه عادة ما تبقي الحكومة قيمة المعدن في العملة المساعدة عمدا أقل من قيمتها الاسمية حتى لا يصبح من المربح صهرها من أجل الحصول على ما تحتويه من

⁽⁴⁶²⁾ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني 5 / 236 ط دار الكتب العلمية بيروت

⁽⁴⁶³⁾ معجم الاصطلاحات الاقتصادية في لغة الفقهاء د. نزيه حماد ص 219 ، 220 .

⁽⁴⁶⁴⁾ الموجز في النقود والبنوك د. أحمد عبده ص 30 .

⁽⁴⁶⁵⁾ مجموعة الفتاوى لابن تيمية الحراني 29 / 469

معدن وتجنّي الحكومة أرباحاً طائلة – في الاقتصاد المعاصر – من صك العملات المساعدة وهذا الربح يساوي الفرق بين قيمة المعدن في السوق وقيمة العملات المصنوعة منها وتسمى هذه الأرباح برسم صك العملة (466).

*** هل تعتبر الفلوس كالذهب والفضة في مقياس ثمن الأشياء .**

تحرير محل النزاع :-

لم يختلف الفقهاء فيما بينهم على أن الذهب والفضة أساس تقييم الأشياء وأثمانها لأنها وضعت لذلك لكن مع هذا الاتفاق اختلف الأمر بالنسبة للفلوس إذا راجت وانتشرت بين الناس؛ هل تعتبر كالذهب والفضة أو لا ؟ ، وسبب اتفاق الفقهاء على الذهب والفضة وأنها أثمان بوضع الشارع الحكيم لهما، وسبب اختلافهم في الفلوس أنها ليست أثماناً بالوضع والخلفة ولكن باصطلاح الناس على ذلك وتداولهم فيما بينهم إياه .

وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم في شأن ثمنية الفلوس إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أن الفلوس أثمان يجرى فيها الربا بنوعيه .

ومعنى ذلك أنها اتخذت وظيفة الثمنية التي للذهب والفضة، وقد ورد هذا عن بعض الحنفية والمالكية ورواية عند الإمام أحمد، فقد نقل الكاساني عن محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة أن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً كالدرهم والدنانير، ومالية الأعيان كما تقدر بالدرهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثماناً فكان بيع الفلس بالفلسين بغير أعيانهما وهذا لا يجوز لأنهما إذا كانا أثماناً فالواحد يقابل الواحد فبقي الآخر فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (467) .

(466) الموجز في النقود والبنوك. السابق ص 30 وما بعدها

(467) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 185/5

وكذلك نقل ابن الهمام في شرح فتح القدير على عدم جواز بيعها بجنسها مع التفاضل في عملتهم المغشوشة المتخذة من غير الذهب والفضة فقال: " إن مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أي بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي (468)، والغطارفة (469) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها يفتح باب الربا الصريح " (470).

وهذا الرأي منقول عن المالكية أيضا لكنهم يرون فيه الكراهة لا الحرمة ويرجع سبب ذلك عندهم هو أن الشبه بين الفلوس والدرهم والدنانير شبه من بعض الوجوه وليس من كل الوجوه ولذلك قال مالك - رحمه الله -: " لا يصلح الفلوس بالفلوس جزافا ولا وزنا مثلا بمثل ولا كيلا مثلا بمثل يدا بيذا ولا إلى أجل ولا بأس بها عددا فلما بفلس ولا يصلح فلسان بفلس يدا بيذا ولا إلى أجل والفلوس هاهنا في العدد بمنزلة الدراهم والدنانير في الورق " .

وسئل ابن القاسم: أرايت إن اشتريت فلما بفلسين أيجوز هذا عند مالك ؟ قال: لا يجوز فلما بفلسين (471).

ونقل عن الحنابلة أيضا في رواية عندهم حيث يرى ابن تيمية أن حكم الفلوس هو حكم الدراهم والدنانير فقد سئل عن جماعة تباع بدراهم وتوفي عن بعضها فلوسا فأجاب ليس لهم أن يوفوا فلوسا إلا برضا البائع وإذا أوفوا فلوسا فليس لهم أن يوفوا إلا بالسعر الواقع كما أمر النبي - ﷺ - عبد الله بن عمر لما قال له : إنا نبيع بالذهب ونقتضي الورق ونبيع بالورق ونقتضي الذهب فقال : لا بأس به بسعر يومه إذا افترقتما وليس بينكما شيء (472).

(468) العدالي : الدراهم المنسوبة للعدل وكأنه اسم ملك ينسب إليه دراهم فيها غش - راجع رسالة ابن عابدين تنبيه الرقود على مسائل النقود ص 59 مع مجموعة رسائل ابن عابدين .

(469) الغطارفة : دراهم منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد . شرح فتح القدير 382/5 .

(470) شرح فتح القدير لابن الهمام 382/5 .

(471) المدونة للإمام مالك بن أنس 292/2 .

(472) مجموعة فتاوى ابن تيمية 467/29 .

ونقل في المغني عن الإمام أحمد قوله : " لا يباع الفلوس بالفلسين ، ولا السكين بالسكنيين ، أصله الوزن " (473) .

الاتجاه الثاني: يرى أن الفلوس ليس لها صفة الثمنية .

ويترتب على ذلك عدم إلحاقها بالذهب والفضة ويجوز بيعها نسيئة ويجوز بيعها بجنسها متفاضلا وهذا القول للشافعية وقول عند الحنفية ورواية عند الحنابلة.

فقد ذكر المحلي في شرحه على منهاج النووي : " أن النقد أي الذهب والفضة مضروبا كان أو غير مضروب بالنقد فطعام بطعام فإذا بيع بجنسه كذهب بذهب أو فضة بفضة اشترط المماثلة والحلول والتقابض قبل التفرق إن بيع بغير جنسه كذهب بفضة جاز التفاضل واشترط الحلول والتقابض قبل التفرق ولا ربا في الفلوس الرائجة في الأصح فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وإلى أجل (474) .

وجاء في المجموع شرح المذهب : أن علة الربا في الذهب والفضة كونهما جنس الأثمان غالبا، وهذه علة قاصرة عليهما لا تتعداهما إذ لا توجد في غيرهما، وإذا راجت الفلوس رواج النقود لم يحرم الربا فيها فلا تعد من الأثمان (475).

وهناك من الحنفية من وافق الشافعية فيما قالوا حيث قال ابن عابدين : " يحل بيع فلس بفلسين أو أكثر: لأنهما غير أثمان خلقة فهما كالعروض " (476).

وهو رواية عند الحنابلة حيث ذكر البهوتي أنه : " يجوز بيع فلس بفلسين عددا ولو نافقة لأنها ليست بمكيل ولا موزون " (477) .

(473) المغني والشرح الكبير 4/ 128 وما بعدها

(474) شرح جلال الدين المحلي على المنهاج 2/ 170 ، 51/3 ط عيسى الحلبي

(475) المجموع شرح المذهب 9/ 396 ط دار العلوم للطباعة بالقاهرة سنة 1972 م

(476) حاشية رد المحتار على الدر المختار 7/ 308 .

(477) كشف القناع عن متن الإقناع 3/ 340

الترجيح :

بعد عرض آراء الفريقين وبناء على أن علة الذهب والفضة هي مطلق الثمنية وقد علمنا قبل ذلك أن الذهب والفضة أصل الأثمان والعلة فيهما الثمنية وهذه العلة إن وجدت في غير الذهب والفضة فهل يمكن تعدية الحكم لها ؟

أقول: إن النبي -ﷺ- قد نص على الأجناس التي يقع فيها الربا عدًّا وإذا نظرنا للفلوس الرائجة فإنها لا تأخذ صفة الثمنية بذاتها بل باصطلاح الناس على ذلك فلا يصلح أن تكون العلة متعددة من النقود إلى الفلوس ويترتب عليها ترجيح قول الشافعية ومن معهم في عدم صلاحية الفلوس للثمنية - والله أعلم - .

المطلب الثاني

إذا تغيرت قيمة الفلوس في دين حل وتأخر المدين في الوفاء؛ فهل يكون السداد بمثل المأخوذ من الفلوس أو بقيمته ؟ وهل القيمة يوم الاستحقاق أو يوم الأداء ؟

اختلفت وجهة نظر الفقهاء في هذه المسألة إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول : يرى الرد بالمثل وهذا هو قول جمهور الفقهاء فهو قول أبي حنيفة والمشهور عند المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة .

فعند الحنيفة؛ قال ابن عابدين:- " وأجمعوا على أن الفلوس إذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها أو رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد " ، وقال أبو الحسن: " لم تختلف الرواية عن أبي حنيفة في قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها " (478).

فالفرض عند أبي حنيفة أن كساد الفلوس يبطل كونها ثمنًا وحين يبطل ثمنها تصبح سلعة من السلع فالواجب فيها رد المثل للمقرض وأما إذا تغيرت قيمتها غلاء ورخصا فإن الواجب عنده أيضا رد المثل لأنها حينئذ تكون عنده من باب العارية والعارية ترد بالمثل وليس بالقيمة .

(478) مجموعة رسائل ابن عابدين 60/2 ط دار التراث بيروت، شرح فتح القدير 157/7 وما بعدها .

وأما الملكية في المشهور عندهم فالواجب فيه المثل حيث جاء في الشرح الكبير: " ورد المقترض على المقرض مثله قدرا وصفة أو عينه إن لم يتغير في ذاته عنده ولا يضر بغير تغير السوق، فإن تغير تعين رد مثله، وجاز أفضل، أي رد أفضل بما اقترضه صفة لأنه من حسن القضاء إذا كان بلا شرط وإلا منع الأفضل والعادة كالشرط ويتعين رد مثله "(479).

وفي موضع آخر: " وإن بطلت معاملة من دنانير أو دراهم أو فلوس ترتبت لشخص على غيره من قرض أو بيع وتغير التعامل بها بزيادة أو نقص فالمثل أي فالواجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته إن كانت موجودة في بلد المعاملة "(480).

وقد سأل سحنون بن عبد السلام التتوخي عبد الرحمن بن القاسم قال له: أرأيت إن استقرضت فلوسا ففسدت الفلوس فما الذي أرد على صاحبي؟ قال مالك: ترد عليه مثل الفلوس التي استقرضت منه وإن كانت قد فسدت .

وقال مالك في القرض " والبيع في الفلوس إذا فسدت فليس له إلا الفلوس التي كانت ذلك اليوم وإن كانت فاسدة "(481).

ومذهب الشافعية أيضا يوجب رد المثل حيث قال النووي: " ولو أقرضه نقدا فأبطل السلطان المعاملة به فليس له إلا النقد الذي أقرضه "(482) .

وقال أبو إسحاق الشيرازي: " ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل لأن مقتضى القرض رد المثل "(483).

وقال السيوطي: " تترتب الفلوس في الذمة بأمر منها القرض وقد تقرر أن القرض الصحيح يرد فيه المثل مطلقا فإذا اقترض منه رطل فلوس فالواجب رد

(479) الشرح الكبير للدريدر على متن خليل 106/2 .

(480) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك 69/3 ط دار المعارف 1986 .

(481) المدونة 444/3 .

(482) روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي 37/4 .

(483) المهذب مع المجموع لأبي إسحاق الشيرازي 185/12 .

رطل من ذلك الجنس سواء زادت قيمته أم نقصت ولو أقرضه نقدا فأبطل السلطان المعاملة به فليس له إلا النقد الذي أقرضه نص عليه الشافعي -رحمه الله- فإذا كان هذا مع إبطاله فمع نقص قيمته من باب أولى

وقال الشافعي -رحمه الله- نصا في ذلك: "ومن سلف فلوسا أو دراهم أو باع بها ثم أبطلها السلطان فليس له إلا مثل فلوسه أو دراهمه التي أسلف أو باع بها." (484)
وقد سار الحنابلة في نفس الاتجاه حيث قرروا أن الفلوس إن لم يحرمها السلطان وجب رد مثلها غلت أو رخصت أو كسدت (485).

وقال ابن قدامة: "وإن كانت دراهم يتعامل بها عددا فاستقرض عددا رد عددا، وإن استقرض وزنا رد وزنا، وهذا قول الحسن وابن سيرين والأوزاعي واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عددا وأعطاه بالبصرة عددا لأنه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبه ما لو كانوا يتعاملون به وزنا فرد وزنا ويجب رد المثل في المكيل والموزون لا نعلم فيه خلافا، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفا مما يجوز أن يسلف رد عليه مثله إن ذلك جائز وإن للمسلف أخذ ذلك ولأن المكيل والموزون يضمن في الغصب والإتلاف بمثله فكذا هنا" (486).

وقد قال ابن تيمية ذلك في القرض: "فإنه لا يجب فيه إلا رد المثل بلا زيادة" (487).

الاتجاه الثاني: يرى الرد بالقيمة. وهذا القول لأبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وهو قول لبعض الحنابلة ورأي عند المالكية على تفصيل في الأخير.

(484) الحاوي للفتاوى للسيوطي 97/1 ط. دار الكتب العلمية بيروت 1975 م ط ثانية، الأم للإمام الشافعي 28/3.

(485) كشف القناع عن متن الإقناع 315/2.

(486) المغنى لابن قدامة 352/4.

(487) مجموعة الفتاوى لابن تيمية 306/29 ط. المكتبة التوفيقية دون تاريخ.

فقد ذكر في شرح فتح القدير قال: " قال أبو يوسف: عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم ، وقال محمد : عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها "(488) .

وقد ذكر ابن عابدين أن قول الفتوى في المذهب هو هذا القول حيث قال : " وأما قول أبي يوسف فقد جعلوا الفتوى عليه في كثير من المع تبرات (489) المعول عليه وقد دلل في شرح فتح القدير علة اعتماد رد القيمة فقال :- " إن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه وإذا بقي العقد وجب القيمة لكن عند أبي يوسف وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة "(490) .

وابن مفلح من الحنابلة يرى المصير إلى القيمة إن حرم السلطان المعاملة بالفلوس فلا يلزمه قبولها وبصير إلى القيمة لأن تحريم السلطان لها أصبح كالعيب (491) .

وقد علق الرهوني في حاشيته على مشهور مذهب المالكية القائل بوجوب رد المثل عند تغير السعر قال : قلت : وينبغي أن يفيد ذلك بما إذا لم يكثر جدا حتى يصير القابض لها كالقابض لما لا كبير لمنفعة فيه لوجود العلة التي علل بها المخالف حيث إن الدائن قد دفع شيئا منتفعا به لأخذ منتفع به فلا يظلم بإعطائه مالا ينفع (492) .

الترجيح :-

بنى أصحاب القول الأول رأيهم على وجوب سداد المثلي عند وجوده دون النظر لرخصه أو غلائه وهذا فيه احتياط من الوقوع في المعاملات الربوية

(488) شرح فتح القدير 148/7 .

(489) مجموعة رسائل ابن عابدين 62/2 .

(490) شرح فتح القدير 154 /7

(491) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 4 /207 ط . المكتب الإسلامي دمشق

(492) الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل 118/5 . ط . دار الفكر بيروت 1978

المحرمة، كما أن رد المثل مع الرخص أو الغلاء لا يعتبر عيباً لأنه وصف منضبط والقول بغيره سيمنع القرض الحسن .

بينما نظر أصحاب القول الثاني إلى أن القيمة واعتبارها هو العدل بالمقرض والمقترض في حال غلاء السعر أو رخصه بخلاف دفع المثل لكن الرأي الأول هو الأولى بالقبول لأن المثل موجود وله ضابط معروف وبعيد عن شبهة الربا .

ولكن ينبغي أن تكون المثلية هنا هي مثلية النقد الشرعي أي المقيس بسعر الذهب وبذلك يتفق الرأيان لأن القيمة تعنى المثلية في النقد الشرعي.

* الأوراق النقدية هل تعتبر كالنقد أو تعتبر كالفلوس ؟

ماهية الأوراق النقدية: هي عبارة عن سندات على مصدرها بقيمتها من العملات الذهبية أو الفضية تخول لحاملها التعامل بها نيابة عن العملات الأصلية كما يخول له في نفس الوقت المطالبة بأصلها عند اللزوم⁽⁴⁹³⁾.

وقد رأينا قبل ذلك أن النقود كانت ذهبية ثم بعد ذلك حل محلها النقود الورقية بغطاء ذهبي ومع الأزمات الاقتصادية التي حلت بالعالم أعقاب الحروب الكبرى بدأت الدول تتخلى عن الغطاء الذهبي إلى الضمان الحكومي لهذه الأوراق وهنا انقطعت الصلة بين القيمة الذهبية للنقود والأوراق النقدية المتداولة بين الناس وقد كان من السهل اليسير إلحاق النقود الورقية بما يساوى قيمتها من الغطاء الذهبي ولكن لما انفكت الصلة بينهما هل تكيف الأوراق النقدية كالنقد أو تكون كالفلوس في القيمة والحكم ؟

وبمعنى آخر :- هل يؤدي القرض في الأوراق النقدية بمثله أو بقيمته ؟

وقبل الإجابة عن هذا السؤال نقرر: أن هذه المسألة خلافية بين الفقهاء قديماً

وحديثاً وهذا الخلاف بين الفقهاء في القديم كان بالنسبة للعملة المساعدة " الفلوس "

(493) راجع : العملة وأحكامها في الفقه الإسلامي د. عجيل جاسم النشمي بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . الكويت العدد الحادى عشر أغسطس سنة 1988 ص 309، 316 .

هل تشبه الذهب والفضة أو لا ؟ ولما ظهرت الأوراق النقدية نظر إليها الناس تبعا للأشبه بها ففريق نظر لها على أنها سند من سندات الدين وآخرون نظروا لها على أنها شبيهة الفلوس أو شبيهة الذهب والفضة أو شبيهة عروض التجارة .

وقد وجدنا وجهة نظر الفقهاء متباينة كالآتي :-

1 - الأوراق النقدية سندات دين .

وقد بنى أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم على أن هذه الأوراق ليست نقدا في حد ذاتها ، وإنما تستحق عند دفعها بقيمتها مالا لأنها مضمونة من البنوك أو الدولة بما يساوي قيمتها من الذهب فتشبه هنا الحوالة (494).

2 - الأوراق النقدية شبيهة الفلوس .

يرى أصحاب هذا الرأي أن النقود الورقية شبيهة الفلوس ومع اتفاق هذا الفريق في الشبه بين النقود والفلوس إلا أنهم اختلفوا في قياس الفلوس على عروض التجارة باعتبارها ليست أثمانا أو قياسها على الذهب والفضة باعتبار أنها لم تكن أثمانا خلقة كالذهب ولكن اصطلح الناس على جعلها أثمانا تقوم بدور الذهب والفضة (495).

وبعد سوق الرأيين السابقين يمكن القول: إن الرأي الأول كان يمكن قبوله في السابق وقت أن كانت السندات تعطى من الصيارفة مقابل ما يأخذونه من العملة الذهبية والفضية وكان يمكن قبول هذا الأمر إلى الدولة بإصدار النقد مع وجود غطاءه الذهبي ولكن لما انحل الرابط بينهما لم يعد لهذا الرأي وجهة خصوصا أن هذه الأوراق بذاتها لا تعطي ثقة في التعامل بها لأنها لا تتعدى الأوراق المرقومة المنقوشة وهذه لا تعطيها صفة الثمنية ولا تعطيها مضمون قيمتها التي تستمد من صفة الإلزام القانونية التي أعطتها الدولة إياها (496) .

(494) راجع : العملة وأحكامها في الفقه الإسلامي د. عجيل جاسم النشمي بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . الكويت العدد الحادي عشر أغسطس سنة 1988 ص 309، 316 .

(495) المرجع السابق . ص 322 ،

(496) الموجز في النقود والبنوك د. أحمد عبده . السابق ص 30

ولم يعد أماننا إلا الرأي القائل بقياسها على الفلوس لكن - كما رأينا سابقا - فإن أصحاب هذا القول مختلفون في توجيهه فالبعض يرى أنه بالسلع التجارية أشبه، والبعض الآخر يرى أنه بالذهب والفضة أشبه وهذه وجهتهم كالتالي :

* من يرى أن النقود الورقية أشبه بالسلع التجارية .

ذهب فريق من الفقهاء المحدثين والمعاصرين إلى أن النقود الورقية أشبه بالفلوس والفلوس سلعة تجارية حيث قالوا :- إذا بيع جنس بآخر كالذهب والفضة أو العكس صح البيع مع التفاوت في الوزن والقيمة بشرط الحلول والتقابض في مجلس العقد وعلى ذلك يجوز أن يشتري الجنيه الذهب الذي قيمته مائة وعشرون قرشا من الفضة بمائة قرش فقط أو بأقل من ذلك أو أزيد لحديث: " فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد " أي: مقابضة في مجلس العقد ثم يستطرد هذا الرأي في بيان وجهة نظره بأن الفلوس مخالفة للنقدين فيقول: " والفلوس وهى المأخوذة من معادن أخرى غير الذهب والفضة كالنيكل والبرونز والنحاس والألومنيوم مثل القروش المصرية والفلسات اليمنية وغيرها من عملات البلاد الأخرى فإنه لا ربا في التعامل بها عند الجمهور من الفقهاء ولا يشترط فيها ما يشترط في الذهب والفضة أو النقود المتخذة منها .. وإن اختلفت القيمة والوزن لأن ذلك من عروض التجارة ولأن لكل من المتعاقدين غرضا معينا ومصلحة في هذا التبادل والنص التشريعي لم يشملها لا نصا ولا قياسا لأن الوزن ليس مقياسا في ذلك أصلا بل المعتبر هو العد والقيمة والعد ليس علة على المعتمد في بيع الربويات كما أن القيمة أيضا باتفاق ليست علة لأنها تتغير من زمن إلى زمن .. ولهذا كانت القيمة هي العلة في إباحة الربح والتفاوت فيه في البيع من قوله -ﷺ-: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (497).

(497) راجع بحوث ودراسات إسلامية في العقود الربوية والمعاملات المصرفية والسياسة النقدية د. نصر فريد واصل . السابق ص 52 ، 53 .

ثم ألحق هذا الرأي الأوراق النقدية بالفلوس في كونها عرضاً من عروض التجارة بقوله : " وإذا كان الأمر كذلك أي من حيث إن الأوراق النقدية ليست من الأشياء التي تثبت فيها علة الربا لا بالنص ولا بالقياس فتكون في حكم الفلوس التي لا تثبت فيها الربا لأنها حينئذ تكون في حكم عروض التجارة بل ذلك واضح فيها أكثر من الفلوس وقد سبق أن بينا أن المالكية نصوا على اعتبار الفلوس من عروض التجارة ولا خلاف بين الفقهاء في أن عروض التجارة لا ربا فيها لأنه يجوز التفاضل سواء كان ذلك في الحال أو مع التأخير (498).

ما يترتب على هذا القول من نتائج بالنسبة للالتزامات والديون .

بعد بيان وجهة هذا الرأي فلا بد من استخلاص نتيجته المبنية عليه بالنسبة للقروض والمداينات وهي إقراض العملات الورقية بزيادة عليها عند الدفع المقترض كما إذا اقترض شخص من آخر جنيهاً على أن يدفعه جنيهاً وخمسة قروش بعد شهر ونحن لا نرى من وجهة نظرنا أن ذلك من ضمن الربا لأن علة الربا، وهي سبب التحريم، لا توجد فيه على أساس أن هناك زيادة .. وكذلك إذا قلت القيمة ولم تزد هل يتم إنقاص القدر المدفوع ؟ إذ هذا لازم إذا صحت هذه القاعدة التي استند عليها في القول بجواز الزيادة وهذا الإيراد مدفوع لأن القاعدة عامة وتصح في الزيادة والنقصان معا فإذا زادت قيمة النقود جاز الأقل بما يساوي قيمة الأصل في القرض وإن نقصت قيمتها جازت الزيادة عند الرد مع مراعاة ثبات الأصل المقيس عليه في جميع الحالات في الأخذ والرد (499).

ومعنى ذلك أن الأوراق النقدية سلعة تجارية تتأثر بالرخص والغلاء فيمكن زيادة مقدار الدين عند رخص الأوراق النقدية ويمكن خفضه إن غلت هذه الأوراق وهو ما يسمى بربط الديون والالتزامات بمؤشر تكاليف المعيشة .

** من يرى أن النقود الورقية أشبه بالذهب والفضة .

(498) بحوث ودراسات إسلامية في العقود الربوية . السابق ص 55
(499) المرجع السابق ص 57 .

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأوراق النقدية أشبه بالفلوس من حيث إن الورقة النقدية لا قيمة لها في ذاتها وأعطتها الدولة صفة الإلزام والقوة وكذلك الفلوس فهي قطع من الحديد أو النحاس قيمتها لا تذكر ومع ذلك تعامل الناس بها واصطلحوا على اتخاذها وسيطا للتبادل في المعاملات ووسيلة لشغل الذمم وترتيب الحقوق على أن الاختلاف بينهما لا يترتب عليه فارق لأن ذلك راجع للقيمة الذاتية وهي في الفلوس كقطع معدنية أقوى من الورقة النقدية التي لا اعتبار لها في ذاتها وهذا فارق أيضا غير مؤثر وهو إلى الإلغاء أقرب .

كما أن فارق عظم وظيفية الأوراق النقدية عن الفلوس لا يمنع التماثل حيث بالأوراق النقدية في القليل والحقير كالفلوس كما يتعامل بها في الجليل والكثير كالدرهم والدنانير وعموم الوظيفة أولى بالاعتبار من خصوصها فدل ذلك على أن الفارق من هذه الحيثية غير معتبر في عدم المناظرة بل هو فارق لقوة علة القياس على الدراهم والدنانير من حيث وظيفة كل منهما في شمولها وتخصصها في المبادلات ذات القيمة العالية وإذا اتفقت الفوارق بين الأوراق النقدية والفلوس واتحدا في الوظيفة والغاية فهما في ميزان الشرع حكم واحد فأمكن حينئذ النظر في تحقق علة الثمنية بين الأوراق النقدية والدراهم والدنانير⁽⁵⁰⁰⁾.

والأوراق النقدية بواقعها النهائي اليوم وإن كانت تجتمع مع الفلوس في الثمنية إلا أن ثمنية الأوراق النقدية أكثر وضوحا ومماثلة لثمنية الدراهم والدنانير، فعلة الثمنية في الذهب والفضة أظهر في الأوراق النقدية منها في الفلوس وفارقت الفلوس في شمول التعاون وعمومه فيما صغر من المعاملات أو كبر بينما هي في الفلوس فيما صغر من المعاملات فحسب بل إنها فاقت التعامل بالذهب والفضة لما يتأثر فيها من سبل التعامل مما لا يتيسر للذهب والفضة ولهذا كله صح قياس الأوراق النقدية على الذهب والفضة لعل الثمنية⁽⁵⁰¹⁾.

⁽⁵⁰⁰⁾ العملة وأحكامها في الفقه الإسلامي . السابق ص 317 .

⁽⁵⁰¹⁾ المرجع السابق ص 322 .

النتائج المترتبة على هذا الرأي بالنسبة للحقوق والالتزامات .

يترتب على هذا الرأي أنه إذا أجرينا أحكام الذهب والفضة على الأوراق النقدية فإنه يسري عليهما أحكام الربا بنوعيه، ربا الفضل والنسيئة – مع مراعاة جهة إصدار هذه الأوراق فتعتبر أوراق كل دولة جنسا مستقلا له فيما تختلف عن قيمة أوراق دولة أخرى لأن المراعى في هذه الأوراق في كل دولة مصدرة لها ما تحمله من قيمة وهى متغيرة من بلد لآخر وعلى ذلك إن كانت العملة واحدة فيشترط التساوي بين البلدين من نفس الأوراق وأن يتم القبض لأحد البلدين في المجلس وإلا فسد العقد كما أنه لا يجوز بيع الأوراق النقدية من جنس واحد مع التفاضل سواء كانت نسيئة أو يدا بيد ، كما أنه يجوز بيع الأوراق النقدية إن اختلف الجنس كما يجوز أن تكون الأوراق النقدية رأس مال عند السلم وتجب فيها الزكاة (502).

الترجيح :-

لكي يمكن تكوين رأي في هذه القضية الشائكة واختلاف النقول والآراء بين الفقهاء على مر العصور وما نتج عن ذلك من تباين الأحكام الشرعية واختلافها فإننا يمكن أن نضع ضابطا أحسب أنه سيوضح إشكال الاختلاف في النقل والحكم وهو أن اختلاف النقل والرأي عن الأئمة الفقهاء قديما وحديثا جاء نتيجة لاختلاف الحالات التي تكلموا عنها فقد تكلموا عن حالة كساد الفلوس وحالة انقطاعها وحالة رخصها وغلائها .

*** أما عن حالة الكساد :-** وهو ترك المعاملة بالنقد في جميع البلاد فيرى الحنفية أن الواجب رد المبيع إن كان قائما ومثله إن كان مثليا وقيمته إن كان غير ذلك وحكم البيع فاسد بينما يرى أبو يوسف وجوب القيمة وقت البيع وعند محمد يوم الكساد(503).

(502) السابق . ص 325 وما بعدها بتصرف .

(503) راجع حاشية ابن عابدين 24/4 ، بدائع الصنائع 245/7 ، الفتاوى الهندية 225 /3 ، تنبيه الرقود ص 57.

ويرى الشافعية ومشهور مذهب المالكية لم يكن على المدين غير السكة التي قبضها يوم العقد أي بمثلها دون النظر بحالة الكساد ونقل عن الشافعي - رحمه الله - أنه يتخير بين إجازة البيع بالنقد القديم أو فسخ العقد⁽⁵⁰⁴⁾.

وذهب الحنابلة ورأي عند المالكية إلى أن الواجب في هذه الحالة هو القيمة⁽⁵⁰⁵⁾.

*** أما عن حالة الانقطاع :-** فمعناه ألا يوجد النقد في السوق وإن وجد في يد الصيارفة والبيوت، وعرف أيضا بأنه الانعدام جملة في بلد المتعاقدين وإن وجدت أي الفلوس حين القبض في غيرها .

ويرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبى يوسف ومحمد من الحنفية أنه في حالة انقطاع الفلوس فالواجب القيمة وإن اختلفوا في وقت الوجوب إلا أن الذي يشغلنا هنا هو وجوب القيمة وليس غيره ، بينما يرى أبو حنيفة - رحمه الله - أن الانقطاع يوجب فساد البيع⁽⁵⁰⁶⁾.

وواضح من قول الفقهاء أن الواجب القيمة لأن المثل متعذر بالانقطاع ومن خالف كأبي حنيفة قال بفساد العقد .

*** أما عن حالة الرخص والغلاء :-**

الرخص يعني: هبوط قيمة الفلوس، والغلاء يعني: ارتفاع قوتها الشرائية.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو حنيفة إلى أن الواجب هو النقد الثابت في ذمة المدين ولا ينظر إلى الرخص والغلاء⁽⁵⁰⁷⁾.

⁽⁵⁰⁴⁾ حاشية الخرشي على متن خليل 55/5 ، حاشية الرهوني 118/5 ، تحفة المحتاج 44/5 ، روضة الطالبين 37/4 .

⁽⁵⁰⁵⁾ المغنى 4/365 ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي 5/127 ط. مطبعة السنة المحمدية أولى سنة 1956 . كشاف القناع 314/3 .

⁽⁵⁰⁶⁾ حاشية ابن عابدين 4/24 ، تنبيه الرقود ص 58 وما بعدها ، شرح فتح القدير 383/5 شرح الزرقاني على متن خليل بحاشية البناني 60/5 .

⁽⁵⁰⁷⁾ راجع حاشية الدسوقي 3/45 ، الحاوي للفتاوى للسيوطي 1/97 تحفة المحتاج 44/5 .

بينما ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن الواجب هو أداء القيمة عند الرخص والغلاء⁽⁵⁰⁸⁾.

وبالنظر للحالات الثلاث سابقة الذكر يتضح الآتي :-

إن جمهور الفقهاء قالوا بأحد شيئين هما رد المثل أو فساد البيع وفسخ العقد وذلك حذرا من الوقوع في الربا، أما في حالة الانقطاع فالجميع قالوا بالقيمة غير أبي حنيفة الذي قال بفساد العقد وهذا مناسب لعدم وجود المثلي هنا بعد انقطاعه، أما في حالة الرخص والغلاء فالجمهور على رد المثلي أيضا لأنه موجود دون النظر لرخصه وغلائه خوفا من فتح باب الربا أما أبو يوسف فيرى وجوب القيمة لأن الرخص والغلاء عنده من باب فساد العملة فتكون كالمعدومة فيلجأ عنده للقيمة ورأي أبي يوسف يربط الدين على ذلك بالقيمة أو ما يسميه الاقتصاديون بربط الدين بمستوى المعيشة وهذا يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وهي:-

القول بهذه الرأي يؤدي إلى استباحة الربا لأنه لا معنى للقول بحرمة الفائدة إذا قلنا بجواز الربط القياسي بين الدين ومستوى المعيشة لأن تحريمها عندئذ لا يكون لغوا لأن المحصلة والنتيجة واحدة وهي القول بجواز الفوائد المصرفية وأساس ذلك أن مؤشر تكاليف المعيشة هو دائما في اتجاه إلى الارتفاع لا للانخفاض إلا نادرا⁽⁵⁰⁹⁾.

وفي هذه الحالة يكون رأس المال في جميع القروض مضمونا لعدم تصور انخفاض الأسعار بطريقة تأتي على جزء منه ، كما أن الزيادة الحاصلة لهذا المال مؤكدة وإن كانت غير معروفة النسبة للناس إلا أنها معروفة تأكيدا بالنسبة للحكومة⁽⁵¹⁰⁾.

⁽⁵⁰⁸⁾ تنبيه الرقود ص 58 ، حاشية ابن عابدين 24/4 .

⁽⁵⁰⁹⁾ قضايا فقهية معاصرة د. نزيه حماد ص 497 .

⁽⁵¹⁰⁾ كساد النقود الورقية وانقطاعها وغلاؤها ورخصها وأثر ذلك في تعيين الحقوق والالتزامات د. محمد على القرى . ص 25 بحث مقدم للدورة التاسعة لمجمع الفقه الإسلامي أبو ظبي أبريل 1995 م

كما أنه في هذه الحالة يمكن أن يأخذ المقرض من المقترض أكثر مما يأخذه المرابي وأكثر مما يأخذه من يستغل هذا المال في نشاط مشروع وذلك في الدول التي يزداد فيها نسبة التضخم ، كما أن ربط الدين بمستوى الأسعار ينشأ عنه غرر للجهل بمقدار الثمن فإن العاقدين لا يدریان المقدار الواجب دفعه عند حلول الأجل ، كما أننا لو أجزنا هذه المعاملة فإنه يلزمنا أن نجيز ربط باقي الديون مثل القمح والتمر والشعير ولا يوجد خلاف فقهي في أن المدين في القرض لا يلزمه أكثر من مثل ما اقترضه وزنا أو كيلا⁽⁵¹¹⁾.

وقد ذهب الفقهاء قديما وحديثا إلى أن النقود من المثليات، فقد ذكرنا ذلك عن فقهاء السابقين - رحمهم الله - وكثير من الفقهاء من المحدثين أيضا عدها من المثليات وذكروا منها العملات الورقية المتداولة الآن فقد قال الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - : "والمثليات منها نقود ومنها غير نقود فالدرهم والدنانير من المثليات ومثلها الجنيهاات والنقود الفضية في عصرنا الحاضر من المثليات وهذا النوع يسمى ثمننا وغيره يسمى مثننا والنقود تمتاز من بين سائر الأموال بأنها معايير ومقاييس يقاس بها مقدار مالية الأشياء وما فيها يشبع حاجات الناس .. لذلك كانت في العقود أثمانا دائما"⁽⁵¹²⁾.

وقال الشيخ على الخفيف - رحمه الله - : " وعلى الجملة فأساس اعتبار المال مثليا في الشريعة أمران: التماثل بين أجزائه عندما يكون مكيلا أو موزونا وبين أحاده عندما يكون معدودا مع ملاحظة وجوده كذلك في الأسواق وقد عرفنا أن النقود من المثلي ولكنها تمتاز عن غيرها من المثليات بأنها تكون دائما أثمانا ومعايير لغيرها من الأموال"⁽⁵¹³⁾ .

⁽⁵¹¹⁾ موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار والصادق محمد الأمين الضربير . ص 17 وما بعدها . بحث مقدم لحلقة ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من وجهة النظر الإسلامية (ندوة البنك الإسلامي للتنمية بجدة أبريل 1987)
⁽⁵¹²⁾ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - الشيخ محمد أبو زهرة ص 56 .
⁽⁵¹³⁾ أحكام المعاملات الشرعية . الشيخ على الخفيف 37 وما بعدها .

وبعد سوق الرأيين السابقين يمكن أن نقول: ينبغي أن نلاحظ في كلام المحدثين أن عدمهم للعملة الورقية على أنها نقد ينبغي ألا يفهم خطأ لأن كلام الشيخ أبو زهرة والشيخ على الخفيف كان يستند في عصرهم على أن العملة الورقية كانت مقدرة بالذهب حيث كان الجنيه مقدراً بما يقارب ثلاثة جرامات وثلاثي الجرام قبل عام 1945 وبجرامين ونصف الجرام بعد عام 1949 فينبغي أن يفهم كلامهم داخل هذا الإطار حتى يكون حكمنا موضوعياً وبعيداً عن الميول والأهواء.

وبعد سوق الرأيين السابقين نرى أن فريقاً قال بالمثلية في الأداء وفريقاً قال بالقيمة لكن بالرجوع إلى حديث رسول الله ﷺ "الذهب بالذهب ... " لم يذكر فيه إلا هذه الأصناف الستة والذي خرج عن هذه الأصناف ووجدت فيه علة الربا فهو مقيس عليه وداخل ضمن الحرمة المنصوص عليها في الربا لأن القياس دليل شرعي ولا عبرة بمخالفة أهل الظاهر في ذلك لأنهم متأخرون عن زمن القول بثبوت القياس كدليل شرعي ، لكن إن خالف المقيس المقيس عليه فلا عبرة بهذا القياس شرعاً وبتطبيق قياس الأوراق النقدية على شبهها بالنقدين "الذهب والفضة"، نرجع إلى ما تقدم ذكره عن النقدين كما قال الغزالي - رحمه الله - "خلق الله الدراهم والدنانير حاكمين ومتوسطين بين سائر الأموال حتى تقدر الأموال بهما فيقال : هذا الجمل يساوي مائة دينار وهذا القدر من الزعفران يساوي مائة دينار فهما من حيث إنهما متساويان بشيء واحد إذن متساويان وإنما أمكن التعديل بالنقدين إذ لا غرض في أعيانهما ولو كان في أعيانهما غرض ربما اقتضى خصوص ذلك الغرض في حق صاحب الغرض ترجيحاً ولم يقتض ذلك في حق من لا غرض له فلا ينتظم الأمر فإذن خلقهما الله لتتداولهما الأيدي ويكونا حاكمين بين الأموال بالعدل ولحكمة أخرى وهي التوصل بهما إلى سائر الأشياء لأنهما عزيزان في أنفسهما ولا غرض في أعيانهما ونسبتها إلى سائر الأموال نسبة واحدة فمن ملكهما فكأنما ملك كل شيء⁽⁵¹⁴⁾.

(514) إحياء علوم الدين ، المرجع السابق 86/4 .

ويتضح المقام أكثر في النسبة بين الذهب والفضة من جهة والنقود الورقية بما ذكره الإمام ابن القيم - رحمه الله - حيث قال : إن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات والثلث هو المعيار الذي يعرف به تقويم الأموال فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات بل الجميع سلع وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة ولا يقوم هو بغيره إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض فتفسد معاملات الناس ويقوم الخلف ويشد الضرر كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذ الناس الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها لصلح أمر الناس " (515).

وبالنظر إلى النقود " ذهباً كانت أو فضة ، لوجدنا اختلافاً بيناً بينها وبين العملة الورقية المتداولة مما يمنع تحقق العلة لصحة القياس بينهما .

ويقوي ابن القيم - رحمه الله - هذا الفهم في الاستدلال فيقول : " وأما الدراهم والدنانير فقالت طائفة : العلة فيهما كونهما موزونين وهذا مذهب أحمد في إحدى الروايتين عنه ومذهب أبي حنيفة ، وطائفة قالت : العلة فيهما الثمنية وهذا قول الشافعي ومالك وأحمد في الرواية الأخرى وهذا هو الصحيح بل الصواب فإنهم أجمعوا على جواز إسلامهما في الموزونات من النحاس والحديد وغيرهما فلو كان النحاس والحديد ربويين لم يجز بيعهما إلى أجل بدراهم نقداً فإن ما يجري فيه الربا إذا اختلف جنسه جاز التفاضل فيه دون النساء والعلة إذا انتقضت من غير فرق مؤثر دل على بطلانها وأيضاً فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة فهو طرد محض بخلاف التعليل بالثمنية فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات والثلث هو المعيار الذي يعرف به تقويم الأموال " (516).

(515) إعلام الموقعين 134/2 ط دار الحديث ط . أولى سنة 1993 م .
(516) المرجع السابق .

ومن المعلوم أن الأوراق النقدية ترتفع وتنخفض من زمن إلى زمن ومن حالة إلى حالة تبعاً لحالة الدولة الاقتصادية المصدرة لهذه الأوراق ورصيداها الذهبي وميزانها التجاري تكون هذه الأوراق خارجة عن الأثمان الحقيقية الشرعية التي تقوم بها الأشياء لاضطراب العلة فيها من وقت لآخر وعدم ثبوتها وهي في هذه الحالة كأى سلعة من سلع المبيعات في عروض التجارة تخضع للعرض والطلب لدرجة أننا نجد بعض هذه العملات الورقية لا يتعدى التعامل بها خارج حدود البلد التي أصدرتها حيث يصبح التعامل بها خارج حدود هذه الدولة غير ذات فائدة بل قد يصير الأمر إلى أن تكون ورقة عادية لا قيمة لها⁽⁵¹⁷⁾.

وللتدليل على ذلك يمكن الاسترشاد بهذا البيان الإحصائي الصادر عن مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام⁽⁵¹⁸⁾ بالنسبة لوضع الجنيه المصري مقارنة بالدولار الأمريكي وهما عملتان ورقيتان فما بالك بالمقارنة بين الجنيه والنقد الذهبي .

جدول توضيحي لمتوسط سعر صرف الدولار مقابلة بالجنيه المصري من يناير 1985م حتى يناير 2002م

م	الفترة الزمنية	سعر الدولار بالقرش
1	3 يناير 1985	83,2 قرش
2	6 يناير 1985	124,5 قرش
3	يونيه 1986	133 "
4	يوليو 1986	135 "
5	2 فبراير 1987	137 "

⁽⁵¹⁷⁾ العقود الربوية والمعاملات المصرفية في الفقه الإسلامي ، أستاذنا الدكتور نصر فريد واصل ص 66 .

⁽⁵¹⁸⁾ مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية بالأهرام 2002 ، ص 467 .

" 216,5	11 مايو 1987	6
" 218,9	يونيه 1987	7
" 225,6	ابريل 1988	8
" 231,6	أغسطس 1988	9
" 233,3	ديسمبر 1989	10
" 247,8	ابريل 1989	11
" 256	ديسمبر 1989	12
" 331,3	ديسمبر 1991	13
" 338	ديسمبر 1994	14
" 341	ديسمبر 1995	15
" 341	ديسمبر 1996	16
" 344	ديسمبر 1999	17
" 365	ديسمبر 2000	18
" 385	يناير 2001	19
" 386	يناير 2001	20
" 415	أغسطس 2001	21
" 450	ديسمبر 2001	22
" 451	يناير 2002	23

وإذا كان النقد الرئيسي للدولة – كما رأينا – غير ثابت وغير مستقر من حيث قيمته النقدية ومن حيث انخفاض سعر صرفه المستمر بالنسبة للعملة النقدية الأخرى المستقرة التي كانت في مثل حالته أثناء قوته وثباته أو من حيث الانخفاض والارتفاع بدون ضوابط محددة أو قواعد ثابتة وكان ذلك هو سمة النقد الغالبة عليه بسبب العجز الدائم لميزان الدولة التجاري بصورة غير محددة النسبة وغير منتظمة، ولا تتمكن الدولة من تحديده أو السيطرة عليه لأسباب ترجع إليها أو إلى سياستها النقدية أو السياسية أو الاقتصادية أو إلى غيرها، ثم تعتمد الدولة لسد عجزها المالي والنقدي في الداخل بإصدار نقد جديد لا يقابله غطاء نقدي حقيقي ولا نشاط اقتصادي إنتاجي صناعي أو زراعي أو تجاري يوازي هذا الإصدار النقدي الجديد، ففي مثل هذه الحالة سيتحول النقد المثلي مع الإصدار الواحد في الزمن الواحد إلى قيمي بالنسبة للإصدار السابق له أو اللاحق له، وينقلب النقد من ثمن لغيره إلى مثنى له أي يصبح حكمه حكم عروض التجارة في البيع والشراء، ولا يتحقق في ظل التعامل بمثل هذا النقد الوفاء بالحقوق المالية أو الالتزامات التي يتم التعاقد عليها وتحتاج لعنصر الزمن اللاحق للعقد للوفاء بها إما لطبيعة العقد ذاته كعقود العمل والاستصناع والالتزام في الذمة كالبيع لأجل معين أو القرض أو الالتزام الشرعي بالمال بسبب يوجبه كالإتلاف والضمان⁽⁵¹⁹⁾.

والتكييف الشرعي للنقود الورقية بهذا الوصف يجعلها تتحول من المثالية المنضبطة إلى القيمية غير المنضبطة التي تدخل في عروض التجارة ، وقد خرج النقد بذلك عن ثمنيته الشرعية المنضبطة إلى ثمنيته العرفية القانونية غير المنضبطة، والواجب شرعاً هو المثل في المثليات أو قيمة المثل عند تعذر المثل أو عدمه وقت الالتزام به وبهذا نفهم حكمة الشارع الإسلامي من اعتبار الثمنية الحقيقية

(519) الأموال الربوية واقتراض الحكومات الإسلامية والهيئات بفائدة من البنوك المركزية وفي إطار الأحكام الشرعية . أستاذنا الدكتور / نصر فريد واصل ص 193 وما بعدها .

في النقدين أي الذهب والفضة دون غيرهما، وهذا هو رأي فضيلة أستاذنا الدكتور نصر فريد محمد واصل⁽⁵²⁰⁾

قد سبق لهذا الرأي أبو يوسف ومحمد من الحنفية وقيد الرهوني العمل به وذهب إليه من المالكية سحنون .

وتوجيه هذا الرأي في أن أبا يوسف اعتبر الرخص والغلاء عيباً لحق الفلوس سواء في القرض أو البيع فترتب عليه ظلم للدافع مع الرخص فينبغي أن يجبر بالقيمة ولا يقتضي إبطال العقد كما لم يبطل في الكساد والانتقطاع ، وقد لاحظ أبو يوسف أن الفلوس أثمان باصطلاح الناس فإذا تغير تغير اصطلاحهم أو تغير ما اصطلاحوا عليه فينبغي مراعاة هذا التغير بحيث لا يترتب على طرف ضرر، وكذلك رأي محمد تبعاً لرأي أبي يوسف ودليله⁽⁵²¹⁾، أما عن قيد الرهوني لهذا الرأي بما إذا لم يكثر الرخص والغلاء جداً حتى يصير القابض لها كالقابض لما لا كبير منفعة فيه لأن البائع إنما بدل سلعته في مقابلة منتفع به لأخذ منتفع به فلا يظلم بإعطائه ما لا ينتفع به⁽⁵²²⁾، وذلك لأنه إذا تحركت العملة مع كل رخص وغلاء لاضطربت المعاملات وفقد الناس الثقة في التعامل بالفلوس ومثلها الأوراق النقدية، وأيضاً لأن الغبن اليسير أو الغلاء والرخص اليسير لا تخلو منه المعاملات ولو تقيد به دخل على الناس العسر في معاملاتهم لكن التغير في القيمة إذا كان كثيراً فإنه يترتب عليه ظلم أحد الطرفين في الرخص والغلاء ... وينبغي أن يكون تقدير الرخص والغلاء من ولى الأمر لأنه الأقدر على معرفة المصلحة العامة وتقديرها⁽⁵²³⁾.

وأكبر دليل على أن النقود الورقية تعد قيمية أن لها بورصة مالية تعتبر سوقاً عالمية لكل نقود الدول وأوراقها المالية وأسهمها التجارية ، وهذه النقود تتغير

⁽⁵²⁰⁾ الأموال الربوية واقتراض الحكومات الإسلامية والهيئات بفائدة من البنوك المركزية وفي إطار الأحكام الشرعية ، د. نصر فريد ص 182 .

⁽⁵²¹⁾ تغير قيمة العملة في الفقه الإسلامي ، د. عجيل جاسم النشمي ، المرجع السابق ص 176 .

⁽⁵²²⁾ حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمثن خليل 118/5 وما بعدها .

⁽⁵²³⁾ تغير قيمة العملة السابق ، ص 176 وما بعدها

قيمتها صعوداً أو هبوطاً بالنسبة لبعضها بعضاً من يوم إلى آخر وعلى ضوء ذلك تتحدد معاملات الدول والهيئات والأفراد وتعرف الحقوق وتحدد الالتزامات المالية التي على أساسها يتم الوفاء عند الأداء وقد ظهر كلام الفقهاء المسلمين في هذا الجانب المتعلق بهبوط سعر النقد أو صعوده عندما ظهر الغش فيه أو كساده لأسباب أهمها بالطبع الجانب الاقتصادي في الدولة ونقص النقد الخالص المسكوك من الذهب أو الفضة⁽⁵²⁴⁾.

أما الدراهم والدنانير فتستند في معيار قيمتها إلى ذاتيتها خلقة فإذا رخصت أو غلت فإنما ترخص وتغلو بالنسبة لذاتها من الذهب والفضة ، لكن الفلوس ومثلها الأوراق النقدية لا تستند إلى معيار الذهب والفضة حتى ارتفعت قيمة السلع رخصت قيمتها وكلما انخفضت قيمة السلع غلت قيمتها فلا بد للفلوس من ارتباط والسلع تصلح معياراً أما اصطلاح الناس فلا يصلح بداهة ويمكن أن يخرج على هذا القول : ربط تغير العملة بأسعار السلع لمعرفة نسبة انخفاض ورخص العملة أو ما يسمى بالتضخم ولا نجد ما يمنع من تنظيم الدول نسب التضخم وتحديدتها كل عام بحيث تكون قائمة الأسعار مقياساً لتقييم العملة وتأسيس هذا الموضوع على طبيعة الفلوس والأوراق النقدية في أنها ليست ثمناً خالصاً ولا عرضاً خالصاً وإنما فيها طرف من هذا وهذا فلنكن هنا كالعرض المعيب فتأخذ قيمتها عند الرخص والغلاء الكثير في القرض لأنه لا بديل عن ذلك وتأخذ قيمة السلعة في البيوع لإمكان التقدير بها وهي عرض محض فيكون التقدير بها أكثر اطمئناناً⁽⁵²⁵⁾.

المطلب الثالث : آثار تغير قيمة النقد على السياسة النقدية

لعل من أهم الظواهر المترتبة على تغير قيمة النقد هو: ظاهرة التضخم .

*** معنى التضخم:**

⁽⁵²⁴⁾ بحوث ودراسات إسلامية ، د. نصر فريد ، المرجع السابق ص 111 وما بعدها .

⁽⁵²⁵⁾ تغير قيمة العملة ، المرجع السابق بتصرف ص 177

هو الارتفاع في المستوى العام للأسعار ويترتب عليه تدهور القوة الشرائية للنقود، وبعبارة موجزة: غلاء الأسعار ورخص النقود⁽⁵²⁶⁾.

والتضخم ظاهرة اقتصادية مرتبطة بالاقتصاد المعاصر ولكن ليس معنى ذلك أنه لم يكن موجودا قبل ذلك في العصور السابقة، بل كان موجودا لكنه لم يكن ظاهرة كما هو الآن، والدليل على وجوده مناقشة أئمتنا الفقهاء أحكام الفلوس – باعتبار أن قيمتها ليست في نفسها كالذهب والفضة – من حيث الرخص والغلاء والكساد والانقطاع .

والتضخم ينشأ من أسباب طبيعية لا يد للإنسان فيها كالكوارث والآفات السماوية، أو من أسباب مصطنعة كالاختكار، وقد يكون ناشئا نتيجة الحروب أو الحصار الاقتصادي لبلد ما⁽⁵²⁷⁾.

ويعرف التضخم بقياس قيمة النقود فلو أن ثمن الكيلو الواحد من الفاكهة عشرة قروش لكان معنى ذلك أن قيمة الجنيه تساوى $100 \div 10 = 10$ أي تساوى عشرة كيلوات من الفاكهة فإذا ارتفع ثمن الفاكهة إلى 15 قرش تنخفض قيمة الكيلوات المشتراة بالجنيه إلى $100 \div 15 = 7$ كيلوات تقريبا .. ويمكن قياس التغير في قيمة النقود بين تاريخين بالنسبة إلى مجموعة من السلع كالمواد الغذائية مثلا⁽⁵²⁸⁾.

• آثار التضخم :

لعل من أبرز الآثار المترتبة على التضخم ما يلي :

التأثير السلبي على النقود في تأدية وظيفتها كمقياس للقيمة لأن انخفاض قيمة العملة يؤدي إلى خوف الناس منها واللجوء لغيرها كالسلع والأشياء الثمينة وهذا بدوره يؤدي إلى نتيجة أخرى وهى ظهور الاختكار والمضاربات بصورة تضر

⁽⁵²⁶⁾ آثار التضخم على العلاقات التعاقدية في المصارف الإسلامية والوسائل المشروعة للحماية د: رفيق يونس المصري ص7 ط دار المكتبي دمشق ط . أولى سنة 1999م.

⁽⁵²⁷⁾ المرجع السابق ص 7 .

⁽⁵²⁸⁾ الموجز في النقود والبنوك د. أحمد عبده ص 77 وما بعدها

بالمجتمع، كما أن التضخم يؤدي إلى إعادة توزيع الثروة في المجتمع توزيعاً بغير وجهة، حيث يستفيد البعض من رخص قيمة النقود كالمدينين، لأنهم يسددون بالقيمة الاسمية للنقد ورجال الأعمال وأصحاب المشروعات الذين يستفيدون من ارتفاع الأسعار بسبب انخفاض قيمة النقد، كما يستفيد أصحاب المدخرات الذهبية حيث يؤدي ذلك إلى ارتفاع قيمة مكنزاتهم بسبب رخص قيمة النقد، وعلى النقيض يتضرر من انخفاض قيمة النقد: الدائنون لأنهم ملتزمون بالمثلثية الاسمية دون مثلثية القيمة في الوفاء بحقوقهم، كما يتضرر أصحاب الدخل الثابت من العمال والموظفين حيث محدودية الدخل أمام ارتفاع الأسعار، ويتضرر أصحاب المدخرات النقدية لدى البنوك حيث تقل القوة الشرائية لمدخراتهم⁽⁵²⁹⁾.

ومن الآثار السيئة للتضخم اتجاه الاستثمار إلى وجهة غير منتجة كالاستثمار في الأراضي والمباني والمعادن الثمينة على حساب القطاعات المنتجة كالزراعة والصناعة والتجارة والنقل⁽⁵³⁰⁾.

* ارتباط الربا بالتضخم .

علاقة التضخم بالربا تأتي من أن النقود تتحول إلى سلعة في الأنظمة الرأسمالية وحقيقة الربا تأخير النقد وإلغاء وظيفته، وبدلاً من أن تكون النقود حكماً ومعيّاراً ومخزناً للقيمة ووسيطاً للتبادل التجاري تصبح سلعة تطلب لذاتها وهذا مخالف لطبيعة النقد ووظيفته .. كما تعتبر غالب الدول النامية ضبط التوسع النقدي والائتماني هدفين رئيسيين لسياستها النقدية في مواجهة التضخم فإن الزيادة في العرض النقدي تعتبر من أهم المتغيرات في زيادة حدة التضخم كما أن النقص في معروض السلع مع التوسع في المعروض من النقد يعتبر متغيراً هاماً في النظام الربوي⁽⁵³¹⁾.

⁽⁵²⁹⁾ التكيف الفقهي للفلوس وبيان أحكامها الشرعية وآثارها الاقتصادية د. محمد علي سميران ص 279 وما

بعدها بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد الثاني والخمسون مارس سنة 2003.

⁽⁵³⁰⁾ آثار التضخم على العلاقات التعاقدية د. رفيق يونس المصري السابق ص 9 .

⁽⁵³¹⁾ السياسة النقدية والمالية في الإسلام ودورها في معالجة التضخم د. أحمد صبحي العيادي ص 300 وما بعدها بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت العدد الرابع والخمسون سبتمبر 2003م.

وثمة آثار أخرى وهي أن العقود الإسلامية تأخذ شكل استخدامات للسلع بخلاف القرض الربوي الذي يضع النقود تحت تصرف المقرض وهذا من الجانب الإسلامي مانع للتضخم أو يحد منه لأن قيمة النقد أمام السلع محافظ عليها بخلاف العقود الربوية القائمة على السحب المالي الذي يؤدي بدوره للتضخم .. كما أن الاتجاه الأكبر في الأنظمة النقدية الربوية موجه للضمانات والانتظام في السداد أما العقود الإسلامية فإن الاهتمام بالقرض ومحل العقد أمر لازم كما أن النجاح أو الفشل يرتبط به وكذلك النتائج وقياسها، ومن ثم يكون محتما الربط بين النفقات التمويلية والنفقات السلعية في العقود الإسلامية، حيث يؤدي ذلك إلى القضاء على الأعراض التضخمية والعقود الإسلامية مشاركة في الربح والخسارة على نقيض النظام الربوي الذي يعتبر رابحا دائما (532).

* النظام المقترح لعلاج التضخم .

لعلاج ظاهرة التضخم يمكن السير في اتجاهين؛ أحدهما: وقائي، والآخر: علاجي .

أما عن الدور الوقائي: فيتمثل في تحريم الربا واستبداله بنظام المشاركة أو المضاربة وبهذا تلغى تقلبات الأسعار للفائدة وما ينتج عنها من تقلبات في حجم الاستثمار ... وكذلك تحريم الاحتكار وإحلال المنافسة في التعامل الاقتصادي وهذا يساعد على تخفيض حدة تقلبات الأسعار الناتجة عن إخفاء السلع أو التقليل من إنتاجها ترقبا لزيادة الأسعار، كما أن إخراج الزكاة يعمل على الإنفاق النقدي وعن طريقها يمنع الاكتناز لأن المال إذا لم يستثمر أكلته الصدقة وكذلك عدم الإسراف والتبذير وهذا أيضا يحد من تقلبات الأسعار (533).

أما عن الدور العلاجي للتضخم: فيتمثل في معرفة الداء حتى يمكن على أساسه وضع العلاج، وأهم مظاهر التضخم هي زيادة الإنفاق وتضخم الأجور وزيادة

(532) المرجع السابق ص 304 .

(533) التكييف الفقهي للفلس المرجع السابق ص 283 وما بعدها

المعروض من النقود، ولعلاج ظاهرة التضخم فلا بد من خفض النفقات الحكومية وعن علاج تضخم الأجور فإن علاجها يكون عن طريق ربط الزيادة في الأجور بزيادة المعروض من السلع أي ربط الأجر بالإنتاج وعلاج الظاهرة الثالثة يتمثل في الترشيح في عرض النقود (534)، وامتصاص فائض العرض النقدي يكون عن طريق وقف التوسع في إصدار النقود والائتمان وذلك بتخفيض نسبة القرض الحسن وزيادة حصة البنك من عائد المضاربة مما يؤدي لتقليل النقد في يد الجمهور وتشجيع الاستثمار في القطاعات غير المنتجة (535).

لكل هذا كانت السياسة النقدية في الشريعة الإسلامية سياسة حكيمة محققة دائماً عند الالتزام بها - القواعد والضوابط الشرعية الخاصة بها كل الخير والرخاء المالي والمادي والاقتصادي لكل المجتمعات التي تلتزم بها وتسير على نهجها وتبعدها عن دائرة الفقر والتضخم المالي والكساد الاقتصادي والخلل الاجتماعي لأغلب دول العالم حسب النظام المالي والسياسة النقدية العالمية ... والتي تصب في مصلحة الدول الغنية مما يحقق الغنى للأغنياء وزيادة التضخم والدين والفقر للعالم الثالث والدول المتخلفة، وهذا بدوره يؤدي للخلل المالي والاقتصادي لكل المجتمعات البشرية الغنية والفقيرة على السواء لأنه إذا عز المال على الفقراء تلف على الأغنياء لأن الفقراء إذا لم يتمكنوا من الحصول على ما يحقق لهم العيش والحياة وتبادل المنافع والأموال بينهم وبين الأغنياء في مجال الضروريات والحاجيات فلن يجد الأغنياء من يتعامل معهم ويشترى منهم ما أنتجوه من مال على هيئة سلع وخدمات وبذلك يتحقق الكساد المالي بين الأغنياء جميعاً مما يترتب عليه ازدياد دائرة الفقر بين الأغنياء وبذلك تدب في المجتمعات كلها دائرة الفساد ويشقى الأغنياء مع الفقراء وهذا ما حذر الله منه في قوله ﷺ: ﴿كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾ (536)

(534) الموجز في النقود والبنوك المرجع السابق ص 89 وما بعدها

(535) التكييف الفقهي للفلوس السابق ص 284 وما بعدها .

(536) سورة الحشر من الآية 7 .

المبحث الثاني

دراسة تطبيقية لآثار تغيير قيمة العملة عند أداء الالتزام

بعد الدراسة النظرية لآثار تأخير الحقوق والالتزامات الحالة التي على المدين لمصلحة الدائن نطبقها على بعض العقود في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وهي كالتالي :-

المطلب الأول : أثر تأخير سداد الأقساط الحالة في البيع بالتقسيط في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

معنى البيع بالتقسيط :-

" البيع الذي يكون دفع الثمن فيه مؤجلاً أي أضيف دفع الثمن إلى أجل، أي مدة مستقبلية، فهو وصف للبيع صورة لكنه للثمن معنى وهو ضد البيع الحال أو البيع نقداً"⁽⁵³⁷⁾.

أما عن الآثار الناتجة عن تأخر المدين في دفع الأقساط الحالة :

فإن الحال ليست واحدة بالنسبة للجميع فقد يكون الملتزم بدفع القسط قادراً على الدفع ولم يدفع، ويمكن أن يكون الدفع بسبب إعساره وعدم قدرته وقد يكون عدم دفع الأقساط والتأخر فيها بسبب الظروف الطارئة أو القوة القاهرة ولكل مسألة حكمها كما يلي :-

أولاً : تأخر المشتري عن دفع الأقساط وهو قادر على الدفع:

إذا تأخر المشتري عن دفع الأقساط مع القدرة على ذلك فإن الفقه القانوني يختلف عن الفقه الإسلامي في هذه المسألة .

فبالنسبة للقانون الوضعي: فإنه يترتب على تأخر المشتري المؤسر في دفع الأقساط المستحقة عليه فإنه تحل الأقساط أو الجزء الباقي منها بعد إعداره بالوفاء أو

(537) الوسيط في البيع بالتقسيط د. أشرف عبد الرازق ص 154 ط دار النهضة العربية دون تاريخ .

إخطاره بذلك بإنذار رسمي أو بمكتوب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو ببرقية أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة نظرا لسرعة المعاملات التجارية كما يجوز اعتبار المشتري عالما بمجرد حلول أجل القسط دون حاجة إلى إعداره أو إخطاره باتفاق سابق، بل إن المادة 64 من القانون التجاري نصت على استحقاق العائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ولا يجوز في أية حالة أن يكون مجموع العائد الذي يتقاضاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذي احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك . ويرى بعض الفقه القانوني جواز أخذ تعويض مالي عن ماطلة المدين القادر على الوفاء بدينه ولم يفعل، وقد حدد هذا المقدار بما يقابل الربح الفعلي للبنك في الفترة التي تم فيها المطل، ويرى أنها غير داخلية في باب الربا لأنها - في نظره - مانع للضرر اللاحق بالدائن ، أما القانون التجاري الاتحادي رقم 18 لسنة 1993 فقد نص في المادة 116 منه على أنه إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه جاز للبائع بعد إخطار المشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى ، على أنه يجوز للمحكمة إذا تبين أن المشتري قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزامه أن تمنحه مهلة للسداد وأن ترفض الفسخ إذا قام بالوفاء خلال هذه المهلة ، وفي حالة الفسخ يجب على المشتري أن يرد المبيع إلى البائع وأن يرد البائع إلى المشتري الأقساط التي قبضها بعد أن يخصم منها ما يعادل أجرة الانتفاع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذي يكون قد لحق بالمبيع بسبب الاستعمال غير العادي مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك في عقد البيع وبشرط ألا يجاوز مجموع ما يتقاضاه البائع مقدار الثمن الأصلي مع فوائده ، علما بأنه لا يكون الاتفاق على حلول كامل الثمن عند عدم دفع أحد الأقساط في ميعاد استحقاقه نافذا إلا إذا تخلف المشتري عن الدفع بالرغم من إخطاره وانقضاء سبعة أيام على ذلك م117 تجاري اتحادي .

وهناك حكم قانوني آخر في هذه المسألة وهو ما نصت عليه المادة 461 مدني حيث نصت على أن بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ما لم يوجد اتفاق على غيره ، أما عن القانون المدني الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة فقد نص في المادة 347 منه على أنه إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا حيث يجب قبوله أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء أعذره المدين بإعلان وحدد له مدة مناسبة ، ويترتب على إعدار الدائن أن يصير الشيء محل الالتزام في ضمان المدين وأن يصبح للمدين الحق في إيداعه على نفقة الدائن وفي ضمان ما أصابه من ضرر م 348 مدني اتحادي ، أما عن استحقاق التعويض فقد نصت عليه المادة 386 اتحادي على أنه إذا استحالت على المدين تنفيذ الالتزام حكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، على أن استحقاق التعويض يكون بعد إعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو العقد م 387 مدني اتحادي ، ويتم تقدير التعويض عن طريق القاضي بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه وذلك إذا لم يكن مقدرا في القانون أو العقد م 389 مدني اتحادي ، وقد قضت محكمة تمييز دبي أن المقرر في القضاء أن تقدير الضرر ومراعاة الظروف الملائمة له في تحديد مبلغ التعويض الجابر له هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديره محكمة الموضوع مادام القانون لم يوجب اتباع معايير معينة بالتقدير ولا معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز ما دامت أنها أبانت عناصر الضرر ووجه أحقية طالب التعويض فيه من واقع ما هو مطروح عليها من أوراق (تمييز دبي رقم 99/36 بتاريخ 10/04/1999 عرب وصادر ،صادر بين التشريع والاجتهاد في دولة الإمارات العربية المتحدة ،قانون المعاملات المدنية ص 126)

أما عن الفقه الإسلامي :

فإن فريقاً من الفقهاء يرون التعويض المالي عن التأخر في الوفاء بالدين المستحق ويمكن تقديره بمقدار الربح الذي حققه المصرف في خلال مدة المماطلة⁽⁵³⁸⁾.

وقد أيدوا ما ذهبوا إليه بقوله -ﷺ-: " مطل الغني ظلم " ⁽⁵³⁹⁾، وبقوله -ﷺ-: " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " ⁽⁵⁴⁰⁾ .

وذهب الرأي الغالب فقها إلى أن العقوبة الواردة في الحديث ليست عقوبة مالية – كما فسرها أصحاب الرأي السابق – وقد سبق ذكر ذلك عند التعرض لعقوبة المدين المماطل وذكرنا أقوال أئمتنا الفقهاء في العقوبة بأن يقول مطلني ظلمي أي يتكلم في حقه بما يسيئه أمام الناس، وفسرها آخرون بأنها عقوبة الحبس لأن العقوبة المالية تعتبر مسوغاً لأكل أموال الناس بالباطل ولأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه، أما العقوبة فهي الحبس أو الضرب فقد ورد عن ابن القيم – رحمه الله – عن المدين المماطل : " لا يحبس في شيء من ذلك إلا أن يظهر بقرينه أنه قادر مماتل سواء كان دينه عن عوض أو عن غير عوض وسواء لزمه باختياره أو بغير اختياره فإن الحبس عقوبة والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق أسبابها وهي من جنس الحدود فلا يجوز إيقاعها بالشبهة بل يتثبت الحاكم ويتأمل حال الخصم ويسأل عنه فإن تبين له مطله وظلمه ضربه إلى أن يوفي أو يحبسه " والضرب متفق عليه إذا جحد الحق الذي عليه، فقد ذكر ابن القيم في موضع آخر قال : " وأما عقوبة من عرف أن الحق عنده وقد جحد فمتفق عليها بين العلماء لا نزاع بينهم أن من وجب عليه حق من عين أو دين وهو قادر على أدائه وامتنع منه أنه يعاقب حتى يؤديه

⁽⁵³⁸⁾ رأى سابق للدكتور الضريير ،د/على السالوس ص262 بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة عشرة منشور بمجلة المجمع سنة1990

⁽⁵³⁹⁾ الحديث سبق تخريجه .

⁽⁵⁴⁰⁾ الحديث سبق تخريجه .

ونصوا على عقوبته بالضرب وذكر ذلك الفقهاء من الطوائف الأربعة أى المذاهب الأربعة، ويمكن أن تمتد العقوبة إلى إجبار الحاكم له على أداء دينه فإن أبى وكان له مال ظاهر معروف يبيعه الحاكم عليه ويؤدي حق الغرماء منه، فقد سئل الإمام الرملي عن ذلك فأجاب: بأن المدين المليء يجب عليه أداء ما عليه من الدين الحال إذا طالبه مستحقه فيجب على الحاكم أمره به فإن امتنع عنه أجبره الحاكم عليه فإن امتنع وله مال ظاهر من جنس الدين وفاه الحاكم منه، أو من غير جنسه باعه الحاكم عليه أو أكرهه على بيعه (541).

الرأي الراجح :-

يترجح رأي من قال إن العقوبة هي الحبس أو الضرب لأن العقوبة المالية تدخلنا في حيز المحظور بالنسبة للفوائد الربوية " ولا نعلم عند الفقهاء السابقين أن أحدا منهم أجاز تغريم المتأخر بغرامة أو معاقبته بعقوبة مالية " (542) ولأجل منع المماثلة فيمكن اشتراط حلول جميع الأقساط المتبقية إذا لم يف المدين المماطل ويمكن اللجوء للتحكيم للفصل في القضية حسب رؤية القاضي لها (543).

ثانيا : تأخر المشتري عن دفع الأقساط بسبب الإعسار أو الإفلاس

(أ) حالة الإعسار :

بالنسبة للفقهاء القانوني :

فإن الحكم واحد لا فرق بين ماطلة أو إعسار بالنسبة للمدين إلا أن القانون المدني قد أعطى الحق للقاضي على سبيل الاستثناء - إذا لم يكن هناك ممانعة قانونية - أن ينظر المدين إلى أجل معقول ينفذ التزامه فيه إذا استدعت حالته ذلك

(541) فتاوى الرملي للإمام شهاب الدين الرملي 180/2 مطبوع بهامش الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر ط مكتبة المشهد الحسيني دون تاريخ

(542) بيع التقيسيط د. رفيق يونس المصري ص 334 . بحث منشور بالدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي جدة 1990 م العدد السادس الجزء الأول

(543) البيع بالتقيسيط د. على. أحمد السالوس ص 266

ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (م 346 مدني)، وإذا كان هذا في المعاملات المدنية فإن المعاملات التجارية لم تعط أية مرونة في ذلك حيث حظر قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 م منح أية مهلة للوفاء بالديون التجارية حيث قالت : " لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجارى مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن "(544) ، أما عن القانون المدني الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 فقد نص في المادة 429 منه على أنه يجوز إضافة التصرف إلى أجل تترتب عليه عند حلوله أحكام نفاذه أو انقضائه ، بينما المادة 430 تحدثت عن وفاء المدين عند القدرة على السداد فقد نصت على أنه إذا تبين من التصرف أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة حدد القاضي أجل الوفاء مراعى موارد المدين الحالية والمستقبلية ومقتضيا منه عناية الحريص على الوفاء بالتزامه ، بينما يسقط حق المدين في الأجل في الأحوال الآتية : 1- إذا حكم بإفلاسه أو الحجر عليه . 2- إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها . 3- إذا انقضت التأمينات العينية للدين بفعله أو بسبب لا يد للمدين فيه ما لم يبادر إلى تكملتها . (م 431 من القانون المدني الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة .)

وعلى أي النظامين المدني والقانوني فإننا لا نستطيع أن نعتبر ذلك حكما لأنه أمر استثنائي وعلى سبيل الجواز ومشروط بعدم الضرر بالدائن ولاشك أن تقدم الدائن للقضاء في الحالتين المدنية والتجارية قرينة على تضرره .

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين :

فقد رأينا قبل ذلك أن المدين المعسر إذا ثبت إعساره فلا يجوز إلحاق عقوبة به من حبس أو ضرب أو غيره أو ملازمته لأن ذلك لا يحمل إلا إهانة للمدين ولا يمكن الدائن من استيفاء حقه أو بعضه وفي هذه الحالة يكون التفرق في الطلب من الدائن وطلب التيسير في الأداء من المدين، بل تعطي الشريعة الإسلامية الأجر

(544) القانون التجاري د. سميحة القليوبي ص 49. فقرة 36. ط دار النهضة العربية 1981

الجزيل على من يسر على معسر أو حط عنه بعض دينه حتى يمكنه الوفاء بالباقي، لكن يضاف في هذا الموطن إن كان الشيء المبيع موجودا وتعذر سداد المدين لما عليه فيمكن أن يباع هذا الشيء وتسدد باقي الأقساط ويأخذ المدين باقي الشيء المبيع⁽⁵⁴⁵⁾

(ب) حالة الإفلاس :-

موقف القانون المدني المصري والتجاري في ذلك واحد حيث يصير ما على المفلس من ديون مؤجلة مستحق الطلب حالا بالإعسار حيث تنص على ذلك المادة 221 تجاري وكذلك المادة 606 تقضي بأن الحكم بإشهار الإفلاس يسقط آجال جميع الديون النقدية التي على المفلس سواء كانت عادية أو مضمونة بامتياز عام أو خاص، وهذا أيضا ما نصت عليه المادة 705 من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم 18/لسنة 1993 ف1 .

وأحكام القانون المدني تقضي بذلك أيضا حيث تنص المادة 225 مدني على أنه: يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة " ، وتنص المادة 273 مدني أن حق المدين من الأجل يسقط ويحل أجل الدين بسبب من ثلاثة: الأول: إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقا لنصوص القانون .. " ولعل الحكمة في ذلك ترجع إلى سببين : أحدهما: أن الدائن عندما منح المدين أجلا للوفاء بالدين كانت لديه ثقة في مدينه وقد زالت هذه الثقة بالإفلاس فلا محل بعد ذلك لبقاء الأجل، والثاني: أن الإفلاس يقتضي تصفية أموال المدين تصفية جماعية بين دائنيه ومن المرغوب فيه سرعة إنجاز هذه التصفية كما أنه من الضروري أن يتم تحديد المركز المالي للمدين على وجه الدقة وفي أقرب وقت ممكن دون أن يكون لآجال الديون دخلا في تأخير هذا التحديد⁽⁵⁴⁶⁾

⁽⁵⁴⁵⁾ بيع التقسيط د. محمد عطا السيد 212/1 بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي العدد السادس
⁽⁵⁴⁶⁾ القانون التجاري المصري د. يسرى أبو سعدة 69/2 " العقود التجارية " ط. مكتب الأزهر دمنهور 2000 /
2001 م

والثالث: أن الإفلاس موت حكمي وإمكان تطبيق أحكام الإفلاس وتحقيق المساواة بين الدائنين في سداد ديونهم نقول بحلول أجل الدين علما بأن الإفلاس يطبق على التاجر وغيره ويشمل الدين التجاري وغيره (547).

موقف الفقه الإسلامي من حالة الإفلاس ... هل يحل معها الدين المؤجل أم لا؟
رأينا وجهة النظر القانونية القائلة بحلول الآجال للديون التي لم يأت موعدها بعد فهل الوجهة الفقهية الشرعية كذلك أم لا ؟

أقول: اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في حالة إفلاس المشتري إلى قولين:-

القول الأول : يرى أصحابه أن الدين المؤجل لا يحل بالحجر على المدين وتقليسه ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية(548)

والدليل على ذلك: قياس المفلس على السفه فديون السفه لا تحل لبقاء ملكه كما يجوز أن يحدث له ملك ويبقى له ذمة لم تحل ديونه ولا يقاس على الميت في حلول ديونه الآجلة لأن الميت لا يبقى له ملك ولا يجوز أن يحدث له ملك ولم تبق له ذمة مالية والمفلس ليس كذلك ، ولأن الحجر على المفلس كان بالديون الحالة دون المؤجلة بدليل أنه لو كانت ديونه مؤجلة لم يجز الحجر عليه بها، والمفلس إنما يجب صرف ماله فيمن كان الحجر عليه من أجله بدليل أن من حدث دينه بعد الحجر لم يكن مشاركاً في مال المفلس الذي وقع عليه الحجر فكذلك أرباب الديون المؤجلة(549) كما أن الأجل حق مقصود للمدين فلا يفوت (550)

(547) جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط د. محمد أحمد الزرقا ص121 ط. دار النهضة العربية ط.أولى 2000 م .

(548) راجع بدائع الصنائع 255/7 وما بعدها ، الحاوي الكبير للما وردى 323/6 الإنصاف في معرفة

الراجح من الخلاف للمر داوى 274/5 ط. دار الكتب العلمية . المحلى 174/8 ط. در التراث

(549) الحاوي 323/6 ط. دار الكتب العلمية بيروت أولى 1994م.

(550) روضة الطالبين 364/3 مغنى المحتاج 146/2 وما بعدها .

القول الثاني: ويرى أصحابه حلول أجل الدين المؤجل على المفلس... وهذا الرأي للمالكية وقول عند الشافعية ورأي عند الحنابلة .

وحجتهم في ذلك: قياس المفلس على الميت في حلول آجال الديون المتأخرة بوفاته⁽⁵⁵¹⁾.

الرأي الرابع : إن قلنا بالرأي الأول وهو عدم حلول الديون الآجلة فإن هذا الرأي فيه رفق بالمدين ويعطيه فرصة للعمل وأداء ما عليه من ديون آجلة بعد ذلك، وإن قلنا بالرأي الثاني فهو يضمن حق الدائن أو بعض حقه لأنه قد لا يجد وقت حلول الدين شيئاً معداً لسداد دينه فقاوسه على الميت الذي انتهت ذمته المالية وهي بذلك أشبه، وثمة نظير آخر وهو تقاصر الدين عن سداد جميع الديون فإن كل دائن يأخذ حقه من المال بنسبة الموجود إلى دينه وليس له إلا ذلك ويمكن أن يستأنس بهذا الوجه هنا لذلك يمكن القول إن الرأي الثاني هو الأرجح .

ثالثاً : تأخر المشتري في سداد الأقساط الحالة بسبب الظروف الطارئة

قد يكون المدين مرتباً ظروفه على أداء ما عليه في وقت يستطيع فيه السداد ولكن قد تأتي الرياح بما لا تشتهي السفن فيتعرض المدين لحادث استثنائي ينزل به خسارة فادحة تعوقه عن أداء ما عليه وعند ذلك ننظر إلى هذا الحدث الاستثنائي أو الظرف الطارئ .

لابد من مراعاة: عدم قدرة المدين على الأداء وعدم توقع هذا الحادث وعدم تدخل المدين فيه أو نسبته إليه وإرهاق السداد للمدين استحالة فإذا توافرت هذه الشروط للمشتري مطالبة البائع أو القاضي تخفيف أثر هذا الحادث وتلك الظروف بتخفيض مقدار الدين وهذا ما نصت عليه المادة 2/147 مدني حيث أجازت للقاضي – بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول ، وقد أقرت

(551) حاشية الدسوقي 266/3 ، المغنى لابن قدامة 326/4 ، الحاوي 323/6 .

محكمة النقض هذا المبدأ (552)، وقد نص المشرع الإماراتي على أنه يجب أن يتم الوفاء بالالتزام فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم م2/359 مدني اتحادي* .

وبالنظر للتوجه القانوني فإننا نلمس روح القانون في هذه المسألة التي تحت الدائن على إعطاء المدين مهلة للسداد أو تحكيم القاضي في المسألة حتى يرد الالتزام إلى الحد المعقول ولكن هذه الروح قاصرة حيث إنها متعلقة برؤية القاضي التقديرية وبتفهم الدائن لظروف المدين وما لحق به.

أما الفقه الإسلامي :-

فقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى إقرار وجهة النظر القانونية وذلك في جلسته المنعقدة بمكة المكرمة من 9: 16 من ربيع الأول 1403 هـ حيث جاء فيها : " في العقود المترامية التنفيذ إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة في التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامه فإنه يحق

(552) قضت محكمة النقض بأنه للقاضي عند تحققه من الظروف الاستثنائية أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مراعيًا في ذلك مصلحة الطرفين، ولا يجوز للقاضي إعفاء المدين من التزامه القائم أو إلزام الدائن برد ما استوفاه منه قبل ذلك، ويجب على القاضي عدم إعمال حكم النص القانوني إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت أن التزام المدين بها قد أصبح مرهقاً بسبب الحادث الطارئ بما يهدده بخسارة فادحة، ولا يعمل القاضي حكم النص القانوني بشأن الأقساط المستحقة مستقبلاً إذا تبين أن هناك احتمالاً راجحاً لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها. نقض مدني طعن رقم 368 لسنة 29 ق بتاريخ 1964/2/26. * قضت محكمة تمييز دبي بتاريخ 1999/12/19 بأنه وفقاً للمادة 359 مدني اتحادي يمكن منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم وهذا أمر جوازي للقاضي يراه حسب الظروف المحيطة بطرفي الخصومة (تمييز دبي رقم 321 بتاريخ 1999/12/19)

للقاضي في هذا الحال عند التنازع وبناء على طلب صاحب الشأن تعديل الحقوق والالتزامات بما يترتب عليه توزيع القدر الزائد من الخسارة على طرفي العقد ، كما يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل والمراد بالفسخ هنا إسقاط ما بقي على المدين وإبرائه منه مع الحكم بتعويض عادل للدائن من باب الصلح ويعتمد القاضي فيما يحكم به بالإضافة إلى شروط العقد والحادث الطارئ وأقوال طرفي العقد رأي أهل الخبرة والثقات والعرف التجاري السائد ويجوز للقاضي كذلك أن يمهل المدين أي يمنحه فرصة وأجلاً إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير وأن الدائن لا يتضرر بهذا الإمهال وأن حالة المدين قابلة لليسار⁽⁵⁵³⁾.

وإذا كان هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الظروف الطارئة الحالة بالمدين فإن هذا يعتبر من قبيل فقه الواقع لأن الشريعة فيها ما هو أوسع من ذلك حيث جعلت للدائن إقالة المدين من بعض دينه أو كله ورغبته في ذلك بالأجر الجزيل والثواب العميم إلا أن الشريعة الإسلامية لم تقف عند حد جعل المدين تحت رحمة الدائن به إن شاء أنظره أو أقاله أو رفض ذلك فجعلت للمجتمع دوراً في المسألة وللدولة كذلك دوراً آخر أما دور المجتمع فيأتي بالتصدق على هذا المدين حتى يقوم بالوفاء بدينه بل تحل له مسألة الناس حتى يقوم بأداء غرمه ولا تحل له المسألة بعد ذلك حيث أحل النبي -ﷺ- المسألة لقبیصة بن المخارق الهلالي عند الدين المفظع أو الجائحة أو الفاقة الشديدة حتى يقول ثلاثة من ذوي العقول إن فلاناً قد أصابته فاقة وما بعد ذلك من المسألة فهو سحت ، لكن أصحاب الهيئات والمروءات قد يقعون في حرج بالغ من جراء المسألة فتكلفت الدولة بأداء حق آخر تجاه الغارمين غير القادرين على أداء ما عليهم وذلك بجعل سهم ثابت لهم في أموال الزكاة وهو سهم الغارمين ونقول إن مجمع الفقه الإسلامي قد أخذ بفقه الواقع لعدم انتظام بيت المال

(553) مشار إليه في جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط د. محمد الزرقا ص 107 وما بعدها والوسيط في البيع بالتقسيط د. أشرف ويح ص 180، 181 .

ولو وجد لكثير المدعون وضاع بينهم أصحاب الحقوق فكان هذا التوجه محمودا لأنه المقدور عليه - والله أعلم -

المطلب الثاني : آثار التأخير عن الوفاء بالالتزامات في بطاقات الائتمان غير المغطاة

مفهوم بطاقة الائتمان :-

عرف مجمع الفقه الإسلامي بطاقة الائتمان بأنها :- مستند يعطيه مُصْدِرُهُ لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف⁽⁵⁵⁴⁾.

وتسميتها ببطاقة الائتمان تسمية مجازية من باب إطلاق السبب على المسبب حيث تأتمن الجهة المصدرة للبطاقة " البنك " الشخص الممنوح له هذه البطاقة على تأدية الحق الذي أوتمن عليه ويصير بموجب ذلك مخولا حق الاستدانة بها وفقا للاتفاقية المبرمة بينهما⁽⁵⁵⁵⁾.

وبطاقة الائتمان بهذا الشكل تتضمن ثلاثة عقود منفصلة :-

الأول : بين البنك (مصدر البطاقة) والعميل (حامل البطاقة) .

الثاني : بين البنك (مصدر البطاقة) و التاجر .

الثالث : بين حامل البطاقة (العميل) و التاجر .

وتطبيقنا على هذه البطاقة ليس في أشخاصها وإنما في المعاملة التي تتم بها ويكون فيها دين يتأخر سداذه أو يتعذر، لكن لكي نعطي حكما شرعيا فلا يمكن قبل تمام معرفة عمل البطاقة حتى يمكن تصور الحكم الشرعي لها .

⁽⁵⁵⁴⁾ مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع 127/1 .

⁽⁵⁵⁵⁾ قضايا فقهية معاصرة د. نزيه حماد ص141

* فكرة عمل البطاقة :-

يتلخص عمل البطاقة في الآتي :-

○ عندما يشتري حامل البطاقة سلعة أو منفعة أو خدمة ما من تاجر فإنه يملك السلعة ونحوها بعقد البيع ويصير ثمنها ديناً في ذمته .

بعد ثبوت الثمن ديناً في ذمة حامل البطاقة للبائع يقوم كفيله وهو البنك (مصدر البطاقة) بوفاء دين حامل البطاقة لدى التاجر .

يصبح البنك (مصدر البطاقة) كفيلاً بسداد الدين الذي لزم ذمه المشتري (حامل البطاقة) وهو المكفول وتبرأ ذمة الأخير من هذا الدين ويصبح الضامن مسئولاً عن سداد هذا الدين .

بعد ذلك يطالب التاجر (المكفول له) البنك (مصدر البطاقة) بوفاء دينه فيبادر البنك بالسداد الفوري بعد مصالحة التاجر على الحط من الدين بنسبة معينة متفق عليها بين البنك والتاجر .

ثم أخيراً يعود البنك على حامل البطاقة بسداد الدين كاملاً لا ما أداه البنك⁽⁵⁵⁶⁾. والمسألة - كما نرى - عقود متشابكة ذات فوائد متعددة لكل أطرافها فالبنك مستفيد من نسبة الفرق بين ما يقوم بسداده وما يحصله، وفائدة للعميل الذي يقوم بتحصيل فائدة وهي الحصول على ما يحتاجه من خدمات وسلع دون أن يدفع شيئاً، والتاجر مستفيد من تصريف بضاعته والمسألة تندرج تحت جانب المعاملات في الفقه الإسلامي وهي مسألة مستحدثة والأصل في المعاملات الحل إلا ما دل دليل على تحريمه لذلك يقول ابن تيمية : " إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فليست بحسب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم وأيضاً ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط " ⁽⁵⁵⁷⁾ .

⁽⁵⁵⁶⁾ المرجع السابق ص 148 وما بعدها .

⁽⁵⁵⁷⁾ مجموعة الفتاوى 93/29 وما بعدها ط. المكتبة التوفيقية .

* غرامات التأخير التي تتضمنها البطاقة .

تتضمن اتفاقية إصدار بطاقة الائتمان لدين لا يتجدد نصا على تحميل صاحب البطاقة غرامة تأخير بمجرد تأخره عن سداد كامل مبلغ فاتورة البطاقة إلى ما بعد مهلة السماح الممنوحة له .

والحكم الشرعي لهذه المسألة: محرم قطعاً لأنه عين الربا الذي كان في الجاهلية فقد كان المدين إذا حل عليه الدين قال له الدائن إما أن تقضي وإما أن تربني وهو ما ابتليت به كثير من البنوك وأقرته كثير من الأنظمة ويقوم عليه التعامل الدولي وعليه أكثر مصارف العالم وأدلة تحريم هذه الفائدة هي أدلة تحريم الربا بعينها⁽⁵⁵⁸⁾.

وقد جاء في توصيات ندوة فقه بطاقة الائتمان بالبحرين نوفمبر 1998م " وحكم إصدار هذه البطاقة والتعامل بها الجواز ما دامت خالية من شرط ترتب الفائدة على التأخير الذي هو فاسد ومحظور شرعاً، وقامت الاتفاقية على أن العلاقة بين التاجر والبنك مصدر البطاقة علاقة ضمان⁽⁵⁵⁹⁾ .

لكن نظراً لفساد الذمم وخرابها ومماثلة كثير من المدينين في الوفاء فإن البعض ينادي بجواز اشتراط غرامة مقطوعة أو بنسبة محددة على المبلغ والفترة في حال تأخر حامل البطاقة عن سداد ما عليه دون عذر مشروع وتصرف هذه الغرامة في وجوه البر⁽⁵⁶⁰⁾ .

لكن تقدم الرد على هذه النقطة بأن العقوبات محددة في الشرع والمال لا تجوز العقوبة به لأن الشرع الحكيم أخبر بأن كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه والمال الذي ليس له مقابل إن دفع يكون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل وهو منهي عنه .

⁽⁵⁵⁸⁾ التعويض عن الأضرار المترتبة على المماثلة في الديون د. سليمان بن صالح الدخيل ص 4 .

⁽⁵⁵⁹⁾ راجع توصيات ندوة بطاقات الائتمان بالبحرين نوفمبر 1998م مجموعة أعمال الندوة .

⁽⁵⁶⁰⁾ قضايا فقهية معاصرة د. نزيه كمال حماد 0 السابق ص 155 .

* فائدة تجديد الدين عند عدم القدرة على سداد كله أو بعضه.

إصدار البطاقة لدين قابل للتجديد تنص اتفاقيةه على تحميل صاحب البطاقة فائدة على تجديد الدين إذا تخلف عن سداد أي قدر منه إلى ما بعد فترة السماح الممنوحة له فجعلته بالخيار بين أن يقضي خلال فترة السماح أو يربي .

والحكم الشرعي في هذه المسألة لا يحتاج إلى بيان أو إيضاح فهو أوضح من فلق الصبح فإذا كنا نقول : إن الأصل في المعاملات الحل إلا إذا ورد من الشارع ما يحرمه، والتحريم ثابت بحديث رسول الله -ﷺ- عن عمرو بن عوف المزني أن رسول الله -ﷺ- قال : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " (561)، وهو نص خطاب عمر لأبي موسى الأشعري (562) الذي هو دستور القضاء ، يقول ابن القيم - رحمه الله - : " كثير من الناس لا يعتمد العدل في الصلح بل يصلح صلحا ظالما جائرا فيصالح بين الغريمين على دون الطفيف من حق أحدهما " (563)، ولا شك أن هذه المعاملة من قبيل الصلح الجائر إذ هي اتفاق بين طرف ضعيف وهو حامل البطاقة والبنك مصدرها والبنك يشترط لمصلحته هذا الشرط والحق -ﷻ- يقول : ﴿ وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ (564).

وقد جاء في توصيات ندوة فقه بطاقة الائتمان السالف الذكر :

" وحكم إصدار هذه البطاقة والتعامل بها الحظر لاشتغال اتفاقية الإصدار على شرط الربا إذا لم يقر حاملها بتسديد كامل المبلغ خلال مهلة السداد " .

لكن هل يجوز للمسلم التعامل بهذه البطاقة مع وجود هذا الشرط ؟

(561) سنن الترمذي 49/4 كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله -ﷺ- في الصلح بين الناس ، رقم الحديث 1352 قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .
(562) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص 6 وما بعدها .
(563) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم 103/1 .
(564) سورة البقرة : من الآية 279 .

يرى فريق من الفقهاء أن الأصل تحريم هذه المعاملة إلا عند الحاجة والضرورة بشرط أن يتخذ حامل البطاقة من الاحتياط ما يكفل عدم تطبيق هذا الشرط المحرم فلا بأس من الاستفادة من البطاقة وتوقيعه على اتفاقيتها بالرغم من هذا الشرط لأنه في معرض الإلغاء شرعا⁽⁵⁶⁵⁾.

المطلب الثالث : الجانب التطبيقي لحساب الزكاة بين السياسة النقدية الشرعية والوضعية

مقدار الزكاة :-

تمهيد :- من المعروف أن الوحدة النقدية الشرعية تشكل عنصراً أساسياً في أي نظام نقدي سليم فهي تمثل وزناً وقياساً قانونيين معلومين لقطعة من النقود الذهبية أو الفضية أو لجزء منها⁽⁵⁶⁶⁾. ومن المعلوم أن الزكاة في الإسلام مقدرة بالعملة النقدية الشرعية وهي إما الذهب وإما الفضة والذهب مقداره يعرف بالدينار والفضة مقداره يعرف بالدرهم. ولم تكن الدراهم والدنانير ذات صنعة عربية وإنما كانت معروفة لديهم حيث كانت ترد إليهم من البلاد المجاورة كالفرس والروم ، يقول البلاذري : كانت دنانير هرقل ترد على أهل مكة في الجاهلية فتد عليهم دراهم الفرس وكانوا يتعاملون بها بالوزن معاملة التبر غير المضروب وكانت لقريش أوزان في الجاهلية فدخل الإسلام فأقرت على ما كانت عليه . كانت قريش تزن الفضة بوزن تسميه درهماً وتزن الذهب بوزن تسميه ديناراً فكل عشرة من أوزان الدراهم سبعة أوزان من الدنانير وكان لهم وزن الشعيرة وهو واحد من الستين من وزن الدرهم.

⁽⁵⁶⁵⁾ بطاقات الائتمان د. عبد الستار أبو غدة ص29 بحث مقدم لندوة بطاقات الائتمان بالبحرين سبتمبر 1998م ، التكيف الشرعي لبطاقة الائتمان د. نواف عبد الله بانو بارة ص73 وما بعدها بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 37 سنة 1998م .
⁽⁵⁶⁶⁾ محاسبة زكاة المال علماً وعملاً ، د. شوقي إسماعيل شحاتة ص 193 ط . مكتبة الأنجلو المصرية أولى سنة 1970م .

وكانت لهم الأوقية : وهي وزن أربعين درهماً ، والنش : وزن عشرين درهماً ، وكانت لهم النواة : وهي وزن خمسة دراهم ، فكانوا يتبايعون بالتبر على هذه الأوزان فلما قدم النبي -صلى الله عليه وسلم- مكة أقرهم على ذلك (567). ونصاب الزكاة بالدينار الذهبي لا خلاف على أنه عشرون ديناراً ذهبياً وهي بذاتها العشرون مثقالاً وبالفضة مائتا درهم .

مقدار الدينار :-

ينقل ابن خلدون الإجماع على مقدار الدرهم والدينار الشرعيين حيث قال : " اعلم أن الإجماع منعقد منذ صدر الإسلام وعهد الصحابة والتابعين أن الدرهم الشرعي هو الذي تزن العشرة منه سبعة مثاقيل من الذهب والأوقية منه أربعون درهماً ، وهو على هذا سبعة أعشار الدينار ووزن المثقال من الذهب مئتان وسبعون حبة من الشعير فالدرهم الذي هو سبعة أعشاره خمسون حبة وخمسا حبة وهذه المقادير كلها ثابتة بالإجماع فإن الدرهم الجاهلي كان بينهم على أنواع أجودها: الطبري وهو أربعة دوانق، والبغلي وهو ثمانية دوانق، فجعلوا الشرعي بينهما وهو ستة دوانق، فكانوا يوجبون الزكاة في مائة درهم بغلية ومائة طبرية وخمسة دراهم وسطاً، وقد اختلف الناس هل كان ذلك من وضع عبد الملك أو إجماع الناس بعد عليه كما ذكرناه ، ذكر ذلك الخطابي في معالم السنن والماوردي في الأحكام السلطانية وأنكره المحققون المتأخرون لما يلزم عليه أن يكون الدينار والدرهم الشرعيان مجهولين في عهد الصحابة ومن بعدهم مع تعلق الحقوق الشرعية بهما في الزكاة والأنكحة والحدود وغيرهما والحق أنهما كانا معلومي المقدار في ذلك العصر لجريان الأحكام يومئذ بما يتعلق بهما من الحقوق وكان مقدارهما ووزنهما حتى استفحلت الدولة الإسلامية وعظمت أحوالها ودعي الحال إلى

(567) فتوح البلدان للإمام أبي الحسين البلاذري ص 452 و 453 ط. دار الكتاب العلمية بيروت 1978م ، الأحكام السلطانية للماوردي ص 148 ط. ثانية مطبعة عيسى الحلبي 1996م ، معالم السنن للخطابي 43/5 ط. دار المعرفة بيروت سنة 1980م .

تشخيصهما في المقدار والوزن كما هو في الشرع ليستريحوا من كلفة التقدير وقارن ذلك أيام عبد الملك فشخص مقدارهما وعينهما في الخارج كما هو في الذهن ونقش عليها السكة باسمه وتاريخه إثر الشهادتين الإيمانيتين وطرح النقود الجاهلية رأساً حتى خلصت ونقشت عليهما سكتته وتلاشى وجودها فهذا هو الحق الذي لا محيد عنه⁽⁵⁶⁸⁾

لكن مع نقل الإجماع – كما ذكر ابن خلدون – نقل عن ابن حزم قوله : " بحثت غاية البحث عن كل من وثقت بتمييزه فكل اتفق على أن دينار الذهب بمكة وزنه ثنتان وثمانون حبة وثلاثة أعشار حبة من حب الشعير وعشر عشر حبة فالرطل مائة درهم وثمانية وعشرون وأربعة أسباع درهم وهو تسعون مثقالاً⁽⁵⁶⁹⁾ .

لكن اختيار ابن حزم هذا قد رد عليه ابن خلدون بقوله : وأما وزن الدينار باثنتين وسبعين حبة من الشعير الوسط فهو الذي نقله المحققون وعليه الإجماع ، إلا ابن حزم فقد خالف ذلك وزعم أن وزنه أربعة وثمانون حبة ، نقل ذلك عن القاضي عبدالحق ورده المحققون وعدوه وهماً وغلطاً وهو الصحيح⁽⁵⁷⁰⁾ .

أما عن مقدار الدرهم فقد سبق الإشارة إليه فيما نقل عن ابن خلدون وذكر الإمام الخطابي في حديث المكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة⁽⁵⁷¹⁾ .

قال : إن الوزن الذي يتعلق به حق الزكاة وزن أهل مكة وهي دراهم الإسلام منها العشرة بسبعة مثاقيل لأن الدراهم مختلفة الأوزان في البلدان فمنها البغلي وهو

⁽⁵⁶⁸⁾ مقدمة ابن خلدون ص 11/2 ، ط . ثانية وطبعة لجنة البيان سنة 1965 تحقيق د. علي عبدالواحد وافي .

⁽⁵⁶⁹⁾ الحاوي للفتاوى للسيوطي 102/1 ط. دار الفكر بيروت ، الفتح الرباني بترتيب سند الإمام أحمد للشيخ عبد الرحمن البنا 246/8 ط. مطبعة الفتح الرباني أولى 1356 هـ الأحكام السلطانية للماوردي ص 147 .

⁽⁵⁷⁰⁾ مقدمة ابن خلدون 11/2 تحقيق د. علي عبدالواحد وافي ط. ثانية مطبعة لجنة البيان سنة 1965م

⁽⁵⁷¹⁾ أخرجه أبو داود في سننه مع شرحه عون المعبود 88/9 رقم الحديث 3324 ، ط . ثانية 1986م سنن النسائي بشرح السيوطي 54/5 .

ثمانية دوانيق والطبري أربعة دوانيق ومنها الخوارزمي وغيرها من الأنواع ودرهم الإسلام في جميع البلدان ستة دوانيق وهو وزن أهل مكة الجاري بينهم وكان أهل المدينة يتعاملون بالدرهم عدداً وقت قدوم النبي - صلى الله عليه وسلم - ويدل عليه قول عائشة - رضي الله عنها - في قصة شرائها ببريرة " إن شاء أهلك أن أعدها عدة واحدة فعلت " تريد الدرهم فأرشدهم النبي - ﷺ - إلي الوزن وجعل العيار وزن أهل مكة ، قال : اختلفوا في حال الدرهم فقال بعضهم : لم تزل الدرهم على هذا العيار في الجاهلية والإسلام وإنما غيروا السكك ونقشوها بسكة الإسلام والأوقية أربعون درهماً ولهذا قال النبي - ﷺ - ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة " وهي مائتا درهم⁽⁵⁷²⁾.

وكان أهل مكة قبل الاصطلاح على الدرهم في الفضة والدينار في الذهب يتبايعون بأوزان اصطالحوا عليها فيما بينهم وهي : الرطل الذي هو اثنتا عشرة أوقية والأوقية هي أربعون درهماً فيكون الرطل ثمانين وأربعمئة درهم والنص هو نص الأوقية حوت صاده شيئاً فقل نش وهو عشرون درهماً والنواة هي خمسة دراهم والدرهم الطبري ثمانية دوانيق والدرهم البجلي أربعة دوانيق وقيل بالعكس والدرهم الجوراني أربعة دوانيق ونصف والدانق ثمان حبات وخمسا حبة من حبات الشعير المتوسطة التي لم تقشر وقد قطع من طرفيها ما امتد وكان الدينار يسمى لوزنه ديناراً وإنما هو تبر ، ويسمى الدرهم لوزنه درهماً وإنما هو تبر ، ويسمى الدرهم لوزنه درهماً وإنما هو تبر وكانت زنة كل عشرة دراهم ستة مثاقيل والمثقال زنة اثنين وعشرين قيراطاً إلا حبة وهو أيضاً بزنة اثنين وسبعين حبة شعير ، مما تقدم ذكره، وقيل إن المثقال منذ وضع لم يختلف في جاهلية ولا إسلام⁽⁵⁷³⁾.

⁽⁵⁷²⁾ معالم السنن للخطابي 12/5 وما بعدها .

⁽⁵⁷³⁾ النقود الإسلامية القديمة للمقرئ مطبوع مع العقود الربوية والمعاملات المصرفية والسياسة النقدية د . نصر فريد ص 227 وما بعدها .

وبعد ذكر أقوال الفقهاء ونقولهم في هذه المسألة نجد أن المقدار الشرعي لكل من الدينار والدرهم كان مضبوطاً في الجاهلية والإسلام وأقر النبي -- هذه الأوزان وتقرير النبي - صلى الله عليه و سلم - سنة ثابتة صحيحة ولا شبهة ترد إن تأخرت السكة في دار الإسلام إلي عهد عبدالملك لأنه كما سبق ذكره أن أهل مكة كانت ترد إليهم دنانير الروم ودرهم الفرس فيتبايعون بوزنها تبرأ أي ذهباً أو فضة غير مضروبين سكة فالقدر كان معلوماً ولا يجوز أن يكون مجهولاً في عهد النبي - صلى الله عليه و سلم - وفي عهد أصحابه الكرام ولا يمكن أن يكون التطبيق على غير أساس ثابت معلوم .

مقدار الدرهم والدينار بالأوزان الحديثة :

لم يختلف الفقهاء في أن نسبة وزن الدرهم إلى المئقال " الدينار " 7 : 10 لكن الاختلاف أتى في تحديد النسبة حيث ذهب فريق إلى أن مقدار الدينار الشرعي وزناً 4,25 جراماً ويترتب عليه أن يكون وزن الدرهم على حسب النسبة السابقة (7 : 10) 2,975 جراماً⁽⁵⁷⁴⁾.

وذهب فريق آخر إلى أن وزن الدينار الشرعي بالجرام المصري = 4,45714⁽⁵⁷⁵⁾، وذهب فريق ثالث إلي أن وزن الدينار بالجرام = 4,44 والدرهم 3,12 جراماً⁽⁵⁷⁶⁾، وقد انتهى مؤتمر الزكاة الأول المنعقد في الكويت بتاريخ 29 رجب 1404 هـ الموافق 1984/4/3م إلى أن وزن الدينار الشرعي = 4,25 ، وعليه يكون نصاب الزكاة هو $85 = 20 \times 4,25$ جراماً من الذهب الخالص ونصاب

⁽⁵⁷⁴⁾ راجع : الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية د . محمد ضياء الدين الرئيس ص 340 وما بعدها ط. الثالثة سنة 1969م .

⁽⁵⁷⁵⁾ محاسبة زكاة المال علماً وعملاً ، د . شوقي إسماعيل شحاتة ، السابق ص 198 ، زكاة النقود الورقية المعاصرة د . محمود الخالدي ص 151 ط . مكتبة الرسالة سنة 1985 م .

⁽⁵⁷⁶⁾ راجع فقه الزكاة في مناقشة هذا الرأي ، د . يوسف القرضاوي 257/1 .

الفضة $2,975 \times 200 = 595$ جراماً⁽⁵⁷⁷⁾ وعلى ذلك يمكن معرفة مقدار الدينار الشرعي بالنسبة للدرهم الإماراتي بضرب حاصل 85 جرام من الذهب الخالص في قيمته بسعر اليوم فلو قلنا إن سعر اليوم للذهب الخالص عيار 24 يساوي مائتي درهم فيكون النصاب هو 17000 سبعة عشر ألف درهم.

ومقدار 85 جراماً من الذهب الخالص عيار 24 هو ما يساوي 97 جراماً من عيار 21 ويساوي 113 جراماً من عيار 18 ولمعرفة مقدار زكاة الذهب الواجبة بالجرام عيار $18 = 113 \times 18 \div 24$ ، وهذا أول النصاب وعيار $21 = 97 \times 21 \div 24$ وهو أول النصاب أيضاً وعيار $24 = 85 \times 24 \div 24$ وهو أول النصاب أيضاً⁽⁵⁷⁸⁾.

النسبة القانونية بين الدرهم والدينار الشرعيين :

علمنا فيما سبق أن النصاب الشرعي عشرون ديناراً ومائتا درهم أي أن النسبة بينهما 1 : 10 لكن النسبة الشرعية بينهما ليست هكذا بل هي 1 : 7 لأن وزن الدينار يختلف عن وزن الدرهم فالدينار يزن ($1 \frac{7}{3}$) الدرهم وتقدير الدينار والدرهم بالعملة المصرية الذهبية والفضية في القرن التاسع عشر – في عهد محمد علي تحديداً – كانت قيمة النصاب في الذهب تساوي بالقروش المصرية 1187 قرشاً بينما كانت في الفضة تساوي 529 قرشاً فقط فكيف نقول إن نسبة الدينار إلي الدرهم 1 : 7 بينما تظهر النتيجة خلاف ذلك وتوضيح ذلك أن محمد علي أصدر أمراً سنة 1836 بأن وحدة التعامل في مصر جنيه ذهب عيار 0,875 وزنه 8,5 جراماً ذو مائة قرش وقطعة من الفضة ذات عشرين قرشاً وقطعة من الذهب ذات عشرين قرشاً وزنها أقل من القطعة الفضية بـ 15,5 مرة أي أن النسبة التي سارت عليها مصر في ذلك الوقت بين الذهب والفضة هي النسبة السائدة في أوروبا في هذا

⁽⁵⁷⁷⁾ العملية وأحكامها في الفقه الإسلامي د. عجيل جاسم النشمي . السابق ص 278 .
⁽⁵⁷⁸⁾ إسلام أون لاين نت .

العصر وهي 1 : 15,686 وقد سبق أن بينا أن هذه النسبة بين الذهب والفضة كانت في صدر الإسلام هي 1 : 7 ثم حدث أن تغيرت هذه النسبة في القرن التاسع عشر لتدهور قيمة الفضة وتطورت النسبة إلي 1 : 15,686 فإذا أعملنا هذا التغير واحتسبنا قيمة النصاب من الذهب والفضة دون مراعاة كون النسبة بين الذهب والفضة قد تطورت من 1 : 7 إلي 1 : 15,686 فإننا نصل إلي النتيجة الخاطئة التي أشرنا إليها (1187 قرشاً ذهباً إلي 529 قرشاً فضة) وإذا لم نغفل هذا التطور وأخذناه في الحسبان – ويتعين حتماً أن نأخذه – على حسب قول صاحب هذا الرأي – نصل إلى أن التقدير الصحيح لقيمة منتي درهم بالعملة المصرية في القرن التاسع عشر ليس هو 529 قرشاً بل يتعين أن يكون $529 \times 15,686 = 1187$ قرشاً وهو نفس قيمة نصاب الذهب بالعملة المصرية في عهد محمد علي وقد كان الذهب والفضة نقدين قانونيين في عهده⁽⁵⁷⁹⁾.

مقدار النصاب بالعملة الورقية المتداولة:

يمكن على أساس المعيار الشرعي الذي أخذ به مؤتمر الزكاة المنعقد بالكويت تحديد قيمة النصاب الشرعي لأية عملة ورقية متداولة حيث نقوم بحاصل ضرب ما قيمته عشرون ديناراً ذهبياً في قيمة العملة في حينها وتطبيقاً على عملة دولة الإمارات العربية المتحدة بسعر الذهب اليوم 2011/10/18 حيث قيمة الذهب اليوم عيار 24 تساوي 197.43 مضافاً إليها قيمة الصنع إن قدرناها بـ 40.57 تقريباً لكان سعر الجرام الواحد الخالص عيار 24 = 238 في 85 جرام ذهب = 20230 درهماً ولاشك أن هذه النسبة ليست ثابتة بل هي متغيرة بتغير سعر الذهب في الأسواق وطالما معنا الأساس يسهل الوصول دائماً للقيمة أياً كانت ، وقد ذكرنا فيما سبق أن الرأي الراجح في مقدار الدينار الشرعي هو 4,25 جرام على حسب ما أخذ به مؤتمر الزكاة المنعقد بالكويت وأن مقدار النصاب من الذهب عشرون ديناراً

(579) وقائع اغتيال الجنيه ، موقع التجديد العربي ، عبدالمجيد راشد ، ص 1 .

ففضرب $85 = 20 \times 4,25$ جرام من الذهب الخالص وبمعرفة سعر الذهب بالجرام من العملة الورقية المحلية مضروباً في 85 تخرج النسبة المحددة لنصاب زكاة المال وبتطبيق ذلك اليوم نجد أن سعر الجرام الذهبي الخالص عيار $168,37 = 24$ جنيهاً مضروباً $85 \times$ جرام تخرج النسبة وهي $14,342/16$ أربعة عشر ألفاً واثنان وأربعون وثلاثمائة جنيه وستة عشر قرشاً بالعملة المصرية.

ولاشك أن هذه النسبة متغيرة وليست ثابتة لتغير قيمة العملة الورقية الوضعية مقارنة بالعملة النقدية الشرعية إذ إن العملة النقدية الشرعية تتمتع بالثبات حتى في أيام الحروب والأزمات بخلاف الأوراق النقدية فإنها لا تحمل نفس المؤدى والدليل التطبيقي على ذلك اختلاف نسبة أداء الزكاة كل عام بالنسبة للعملة الورقية المتداولة فمثلاً سعر الجرام الذهبي سنة 1945 = 30 قرشاً تقريباً $85 \times = 25,50$ خمسة وعشرون جنيهاً ونصف نصاب الزكاة ، وسعر الجرام الذهبي عام 1950 = 50 قرشاً فإن نسبة الزكاة هي $85 \times 50 = 42,50$ اثنان وأربعون جنيهاً ونصف تقريباً ، وفي عام 1960 وصل سعر الذهب إلى 62 قرشاً وبالتالي تتغير النسبة عن ذي قبل إل $85 \times 62 = 52,70$ اثنين وخمسين جنيهاً وسبعين قرشاً، وفي عام 1965 وصل سعر الجرام إلى 100 قرش بما يعني أن مقدار النصاب وصل إلى $85 \times 100 = 85.00$ جنيهاً ، ووصل سعر الجرام الذهبي سنة 1975 إلى ثلاثة جنيهاً ونصف ، فوصلت قيمة النصاب إلي $85 \times 3,50 = 297,50$ جنيهاً ، وفي عام 1980 وصل سعر الجرام إلى 16 جنيهاً $85 \times = 1360$ جنيهاً ، وفي عام 1985 نزل الجرام إلى 15 جنيهاً $85 \times = 1275$ جنيهاً وفي سنة 1990 وصل سعر الجرام إلى 32,5 جنيهاً $85 \times = 2762,50$ جنيهاً ، وفي عام 1991 وصل سعر الجرام إلى $85 \times 38 = 3230$ جنيهاً تقريباً ، وفي عام 1996م وصل سعر الجرام إلي 43 جنيهاً تقريباً $85 \times = 3655$ جنيهاً مصرياً ، وفي مايو 2006م وصل سعر الجرام الذهبي عيار 24 إلي $85 \times 120 = 10200$ جنيهاً تقريباً .

واليوم سعر الجرام الذهبي سنة 2009م $= 85 \times 168,37 = 14342,16$ أربعة عشر ألفاً واثنان وأربعون جنيهاً وثلاثمائة وستة عشر قرشاً .

وبالاسترسال تطبيقياً مع تغير نصاب الزكاة ننظر إلي تغير القوة الشرائية للجنيه الورقي حيث إن الجنيه المصري حينما دخلت مصر منضمة إلى صندوق النقد الدولي سنة 1945م حدد سعر الجنيه المصري بقيمة ثابتة من الذهب تعادل 3,6728 جراماً من الذهب وكانت وقتها تساوى 4,133 دولار ، وقد ظل الجنيه المصري يعادل 4,1 دولار حتى عام 1949م حيث طرأت تغيرات كثيرة على وزن الذهب الخالص في الجنيه المصري في 1949/9/18 من تعديل قيمة الجنيه المصري بالنسبة للذهب ليصبح وزنه الذهبي 2,55187 من الذهب الخالص بدلاً من 3,6728 التي كانت قبل ذلك⁽⁵⁸⁰⁾ مما يعني أن الجنيه الذي كان يشتري ثلاثة جرامات وثلثي جرام تقريباً أصبح لا يساوى أكثر من جرامين وأكثر من نصف الجرام بقليل .

وفي الفترة من 1949م حتى 1955م ومع نقص العملات الأجنبية دار متوسط سعر الصرف حول ثلاثة دولارات وثلثين سنتاً مقابل الجنيه المصري.

وفي الفترة من 1969م حتى 1977م كان سعر صرف الجنيه مقابل الدولار يساوى أربعين قرشاً لكل دولار ، وفي الفترة من عام 1978م إلي 1988م كان سعر الصرف الاسمي يعادل سبعين قرشاً للدولار ، والفترة من 1989م إلي 1990م ارتفع سعر الصرف حتى وصل إلى 200 قرش للدولار ومن عام 1991م إلى

(580) العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي والنتائج الحقيقي في مصر د . سعيد عبدالعزيز على و د . محمد فوزي أبو السعود ، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق بالإسكندرية العدد الأول سنة 2002م ، ص 183 .

1999م وصل الارتفاع إلى 340 قرشاً للدولار⁽⁵⁸¹⁾، وفي عام 2002م وصل سعر الصرف إلى 451 قرشاً للدولار ، وفي عام 2009م وصل إلى متوسط 550 قرشاً للدولار ، وبالنظر إلى راتب الموظف لدى الدولة عام 1945م الذي كان يتقاضى عشرين جنيهاً كان يمكنه شراء ما يعادل 75 جراماً من الذهب الخالص براتبه ، وإذا نظرنا اليوم إلى الموظف الذي يتقاضى خمسة آلاف جنيه الآن ماذا يمكنه أن يشتري بها من الذهب إن علمنا أن جرام الذهب الخالص يقترب من مئة وسبعين جنيهاً ومعنى ذلك أن الذي يحصل على خمسة آلاف الآن يمكنه شراء ما يقارب 29 جراماً من الذهب بما يعني أن العشرين جنيهاً قوتها الشرائية عام 1945 تفوق في قوتها الشرائية من يحصل على ثلاثة عشر ألف جنيه مصري الآن .

وإذا طبقنا ذلك على الأرض الزراعية نجد أن سعر الفدان سنة 1945م كان يقدر باثنين وسبعين جنيهاً على أساس أن القيراط يساوي ثلاثة جنيهات ، أما الآن فيتجاوز سعره الثلاثمائة ألف جنيه ، مما يعني أن السعر تجاوز أضعافه أكثر من ألف مرة خلال هذه الفترة ، والخلاصة من وراء ذلك أن النقد الشرعي ظاهر منضبط تكاد تنعدم فيه نسبة التضخم " وذلك لأن قيمته في ذاته ونفسه لا تتغير ولا تتبدل مع جنسه وإن تغيرت مع جنس آخر من النقد في سعر الصرف وهذا لا يمكن أن يحدث معه تضخم إلا بطريقتين أحدهما الربا وهو محرم مجمع على تحريمه فهو في حكم العدم في ظل النظام الإسلامي والثاني وهو مشروع وهو زيادة الإنتاج النقدي وهو بطبيعة الحال معدن نفيس يحتاج إلى جهد وعمل كبيرين للحصول عليه والكثرة منه بهذا الطريق سوف تؤدي إلى سعادة الفرد والمجتمع معاً وبالتالي إلى الرخاء للجميع لأن معنى التضخم فيه كثرته في يد الناس وكثرته في أيديهم تؤدي

(581) أزمة سعر صرف الجنيه المصري وآثارها على سوق رأس المال في مصر ، د. مدحت عبدالحميد صادق ، ص 178 ، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق جامعة بيروت العربية ، العدد الأول سنة 2003م ، منشورات الحلبي الحقوقية ط . أولى سنة 2004م .

لزيادة وسائل الإنتاج والنشاط الاقتصادي في كل المجالات داخلياً وخارجياً ... والمجتمع الذي يتحقق فيه وفرة رأس المال الأصلي وأهمية رصدها المعدني الذهبي أو الفضي أو هما مما لاشك فيه سيكون من مجتمع الأغنياء لا الفقراء وهذا ما حرص الإسلام عليه لكل المجتمعات والأفراد ... وبهذا ظهر التعادل في العرض مع الطلب في سعر الصرف في النظام الإسلامي ما دام خاضعاً لقواعده الشرعية وضوابطه من حيث التعامل فيه أو البيع والشراء وأنه لا خوف معه من تحرير سعر الصرف وتكون مهمة أولي الأمر في الدولة وأهل الاختصاص فيه تحديد المقياس والمعياري الذي على أساسه يتعامل الناس في بيعهم وشرائهم⁽⁵⁸²⁾.

وإذا كان هذا هو النظام في ظل ثبات سعر الصرف في السياسة النقدية الشرعية فإن الأمر على النقيض في السياسة النقدية الوضعية حيث إن " انخفاض سعر الجنيه في مواجهة الدولار يؤثر على أسعار الصادرات والواردات من سلع وخدمات كما يؤثر على مستوى الأسعار المحلية، وعلى معدل التبادل الدولي وعلى توزيع الدخل القومي وعلى الادخار والاستثمار القوميين وعلى عبء المديونية الخارجية وعلى قدرة الاقتصاد القومي على جذب الاستثمارات الأجنبية ، فضلاً عن ارتباطه بسوق المال ومعاملات البورصة⁽⁵⁸³⁾ وإذا كان التأثير سلباً في دولة كمصر لا هتزاز سعر العملة أمام الدولار فإن الأمر يختلف في دولة تتميز بثبات سعر الصرف أمام الدولار كالإمارات العربية المتحدة .

وفي ظل النقود الورقية لن تتوقف نسبة التضخم كل عام على جميع العملات الورقية في كل دول العالم مع تفاوت في النسبة قلة وكثرة حسب قوة الدولة أو ضعفها في مجالات الإنتاج من زراعة وصناعة وتجارة ورصيد معدني أو من العملات ذات الثبات والاستقرار كالدولار الأمريكي ودائماً ما تكون النسبة مرتفعة

⁽⁵⁸²⁾ العقود الربوية والمعاملات المصرفية والسياسة النقدية ،المرجع السابق ص110 وما بعدها بتصرف

⁽⁵⁸³⁾ أزمة سعر صرف الجنيه المصري ،السابق ص178 .

في الدول النامية والفقيرة التي ينهار اقتصادها في الأزمات والحروب كما حدث مع عملة العراق والكويت حيث انهارت عملة العراق نهائياً وانخفضت قيمة عملة الكويت بنسبة 90% من قيمتها في أيام معدودات إبان حرب الخليج التي اعتدى فيها على الكويت ، وتصل نسبة التضخم النقدي العالمي إلى 20% تقريباً كل عام مما يؤدي لزيادة الأسعار كل عام بنفس النسبة غالباً في السوق الحرة ، وقد ذكر علماء المالية والاقتصاد أن قيمة الجنيه المصري عام 1983م أصبحت تساوى عام 1991م ثلاثين قرشاً من قيمته والأسعار تضاعفت 200% وزادت الرواتب بمقدار 10% وانخفاض القوة الشرائية للجنيه المصري هي التي أدت لهذا الانخفاض في قيمته حتى وصلت إلى ثلاثين قرشاً في خلال عشر سنوات مما يدفع كثيراً من المدخرين إلى تحويل نقودهم المحلية إلى دولارات باعتبار أن الدولار الآن أفضل العملات النقدية لاختزان القيمة والمحافظة عليها⁽⁵⁸⁴⁾.

وبتطبيق نصاب الزكاة على عملة الكويت أو العراق إذا كان مقدار النصاب يساوى مثلاً ثلاثمائة دينار كويتي قبل الغزو ولم يخرج المزكي زكاة ماله حتى حدث انهيار للعملة وصل بها إلى 10% من قيمتها فإن النصاب المخرج عنه لن يكون ثلاثمائة دينار كما كان من قبل بل يقدر على أساس قيمة العملة الورقية التي انهارت مقابلة بالدينار الذهبي الشرعي الثابت القيمة وحينئذ نحتاج إلى أن نضرب الثلاثمائة $\times 90$ وهي قيمة الفاقد من العملية حتى نصل بها إلى مقدار النصاب الشرعي فينبغي عليه أن يكون النصاب $27000 = 90 \times 300$ سبعة وعشرين ألف دينار كويتي بعد الغزو هي نصاب الزكاة حتى تخرج عنه النسبة الشرعية وهي 2,5% .

والتطبيق أيضاً يشمل جانب الديات حيث إن الدية مقدرة بمائة بعير أو ألف دينار من الذهب والألف دينار – كما علمنا – وزنها أربعة آلاف ومئتان وخمسون

(584) العقود الربوية ، المرجع السابق ص 107 وما بعدها بتصرف .

جراماً مضروباً في سعر العملة الورقية المتداولة وقت استحقاق الدية والتقدير بالعملة الشرعية ثابت مقدار لا يختلف إنما الذي يختلف هو سعر العملة الورقية المتداولة وغالباً ما تكون إلي هبوط في البلاد الفقيرة والنامية التي تحتاج إلى غيرها وإذا طبقنا ذلك على وقتين مختلفين فإن الذي يحكمنا هو الميزان الثابت الذي لا يختلف والذي تقوم به الأشياء وهو الدينار الذهبي الشرعي حتى وإن اختلف السعر أو الوقت لأنه كما علمنا قيمة المعدن الذهبي أو الفضي في نفسه فإن قلنا مثلاً إن جريمة قتل خطأ قد وقعت فطالب أولياء القتيل بالدية على أساس قيمة الذهب بالعملة الورقية المتداولة ولنقل قد وقعت سنة 1965م مثلاً وقت أن كان الجرام الذهبي يساوي مائة قرش مصري فإن قيمة الدية تضرب في 4250 جرام من الذهب وهو الألف دينار فتكون قيمة الدية 4250 جنيهاً أربعة آلاف ومائتين وخمسين جنيهاً في ذلك الوقت .

وإذا ما قلنا إن الجريمة قد وقعت الآن في عام 2009م فإن الدنانير أيضاً لا تختلف ونسبتها من الجرامات كذلك بجنيه مصري واحد عام 1965م وأصبحت الآن بما يقارب المائة وسبعين جنيهاً بما يعني أن المطلوب سداده الآن في الدية بالعملة النقدية الشرعية هو 722500 سبعمائة ألف واثنان وعشرون ألفاً وخمسمائة جنيه مصري ولا غرابة في ضخامة المبلغ لأنك إن رددته إلي قوته الشرائية عام 1965م لوجدت أن النسبة واحدة ولو رددته إلي عام 1945م وقت أن كان الجرام الذهبي يساوي ثلاثين قرشاً لوجدت أن النسبة إلي اليوم في القوة الشرائية لمبلغ الدية واحدة بما يعني أن السياسة النقدية الشرعية تتسم بالثبات والقوة وعليه فينبغي أن يكون تقديرنا بالثابت لا المتغير .

والحديث عن الديات يجرنا إلي التطبيق على وضع شرعي آخر وهو مؤخر الصداق ، فإذا قلنا مثلاً إن محمداً تزوج بهند عام 1945م على مؤخر صداق مائة جنيه وقت أن كان الجنيه المصري مقوماً بالذهب بمقدار 3,6728 ثلاثة جرامات

وثلاثي جرام تقريباً ثم طلقها عام 1980 م وقت أن وصل الجرام الواحد إلي 16 جنيهاً مصرياً فكيف يكون سداد المؤخر هل بالمائة جنييه التي كانت تعدل 367 جراماً من الذهب تقريباً أو بالمائة التي لا تساوي سوى خمسة جرامات ونصف تقريباً والحق أن القيمة ها هنا أعدل وأقرب لروح الشريعة السمحة التي وضعت ميزاناً ثابتاً للتقويم وهو الذهب وقد ذكرنا قبل ذلك أن العملة الورقية لا تصلح للقيام بهذه المهمة لأنها ليست لها قيمة في ذاتها فإذا ما قام الحاكم باتخاذ قرار بإلغاء العملة الورقية لأصبحت ورقة لا قيمة لها بخلاف الذهب أو الفضة فإن قيمتهما في ذاتهما ، لذلك كانا أساس تقويم السلع ومنها العملة الورقية ، وبالملاحظة التطبيقية لما سبق من أمثلة لا توجد أو لا تكاد توجد نسبة التضخم في السياسة النقدية الشرعية لأن القياس دائماً على المعدن النفيس الذي يحتفظ بقيمته في نفسه ، وقد اختلف الأمر في دولة الإمارات في تحديد المهر حسب الوقت والزمان فقد صدر القانون الاتحادي رقم 12 لسنة 1973 لتحديد الحد الأعلى للمهور بعشرة آلاف درهم أربعة منها مقدمة وستة منها مؤخرة ، لكن تغيير هذا الأمر مع صدور القانون رقم 21 لسنة 1997 بشأن تحديد المهور بجعل الحد الأقصى للمهر خمسين ألف درهم عشرون ألفاً منها مقدمة وثلاثون مؤخرة .

المطلب الرابع : الجانب التطبيقي لأداء الدين بين السياسة النقدية الشرعية والوضعية

إذا اقترض شخص من آخر قرضاً ننظر إن كان هذا القرض له أصل ثابت أم لا فالأصل الثابت – كما سبق – هو الذهب أو الفضة أصل قيم الأشياء فيجب عليه أن يرد المثل ولا محيد عنه ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء قديماً وحديثاً لأن القول بغير ذلك يدخل في باب الربا المحرم شرعاً ، فإذا ما اقترض أحمد من محمد عشرة دنانير ذهبية إلى سنة مثلاً ، فعليه رد الدنانير العشرة لا غير لأن المثلية هنا وقعت على ميزان ثابت منضبط .

وإذا أخذنا هذا المثال إلي حيز التطبيق على العملة الورقية المصرية في وقت من الأوقات كانت تغطي فيه العملة الورقية بغطاء ذهبي فإن العبرة ليست بالورقة التي في أيدينا ولكن فيما يقابلها من غطاء ذهبي ، وأوضح الأمر أكثر بهذا المثال :- اقترض محمود من علي مبلغاً وقدره عشرة جنيهاً مصرية عام 1945م على أن يقوم بسدادها بعد خمس سنوات من القرض فوافقه علي وأقرضه على أن يقوم بالسداد عام 1950م باعتبار أن الجنيه المصري مقابل بقيمة ذهبية ثابتة لا تتغير ، فلما جاء موعد السداد أراد محمود أن يسدد العشرة جنيهاً الورقية فرفض على وأراد القيمة أو المثلية في الذهب علماً بأنه سنة 1945م انضمت مصر لصندوق النقد الدولي وحددت قيمة الجنيه المصري بثلاثة جرامات وثلثي جرام تقريباً (3,67288 جرام) من الذهب الخالص وفي 18/9/1949م تم تعديل قيمة الجنيه المصري بالنسبة للذهب ليصبح جرامين وأكثر من نصف الجرام بقليل (2,55187 جرام) مما يعني أن العشرة جنيهاً عام 1945م تساوي ستة وثلاثين جراماً وثلثي جرام تقريباً (36,728 جرام) بينما العشرة جنيهاً عام 1950م تساوي من الجرامات (25,5187) خمسة وعشرين جراماً ونصف الجرام تقريباً ، فإن قام على بسداد العشرة جنيهاً الورقية لكان ظالماً لمقرضه لأنه أخذ منه ما قيمته ستة وثلاثين جراماً من الذهب ورد له خمساً وعشرين فقط فالمثلية هنا غير منضبطة لأنه قاسها على عرض متغير وليس على أصل ثابت والحكم أن يرد إليه ما قيمته ستة وثلاثون جراماً وثلثاً جرام تقريباً من الذهب الخالص ، فإذا كان قد اقترض عشرة جنيهاً ورقية فإن واجب الرد في هذه الحالة ليس هو العشرة جنيهاً وإنما أربعة عشر جنيهاً ونصف الجنيه تقريباً لأنها توازي مثلية الذهب وقت القرض ، هذا بالنسبة لأداء القرض من الأموال التي لها غطاء ذهبي ، أما بالنسبة لغيرها من الأموال الورقية التي انتفى عنها الغطاء الذهبي، وغالب العملات في العالم اليوم بدون غطاء ذهبي فإننا نفرق فيها بين النقود الثابتة المستقرة من حيث قوتها المالية

في نفسها وحماية الدولة المصدرة لها لهذا الثبات والاستقرار بوسائلها المختلفة وبإمكاناتها المالية والصناعية والتجارية وعدم تدخل الدولة في زيادة أو نقص بقيمتها بإجراء رسمي أو بإصدار نقدي جديد لا يقابله رصيد مالي أو تجاري وبين النقود الورقية التي تصدر بدون ضابط وغير ثابتة ومستقرة لعجز الدولة المصدرة لها عن حمايتها من حيث قيمة أصلها الذي صدرت به لعجزها المالي والتجاري ولزيادة إصدارها النقدي عند الحاجة إلى النقود من غير مقابل لهذه الزيادة الجديدة ... ففي حالة الثبات والاستقرار للنقود الورقية وحماية الدولة المصدرة لها وضمانها لهذا الثبات وهذا الاستقرار لا يجوز الزيادة فيه بأي حال عند العقد بالنسبة لأحد طرفيه ولا اشتراط ذلك في العقد لأن عقد القرض عقد يمنع الزيادة لتمثل العوضين فيه في الجنس الواحد والشرط بالزيادة أو النقص في العقد يبطله ويدخله في دائرة الربا المحرم إما قياساً وإما سداً للذريعة عملاً بقاعدة سد الذرائع ولا مانع شرعاً عند العقد في هذه الحالة من ربط النقد محل القرض بأصله الشرعي عند الفقهاء ليكون مقياساً لدرجة الثبات والاستقرار في المال المقترض وللرجوع إليه عند النزاع والخلاف لأن الواجب شرعاً هو رد المثل عند وجوده أو قيمته عند عدمه أو عند تعذر الوصول إليه أو إلى أقرب مثل له⁽⁵⁸⁵⁾.

أما عن قرض النقود الورقية غير ثابتة القيمة إما لفقر الدولة وقلة مواردها وإما لما يصيب العملة من تضخم بما يعني ارتفاع ثمن السلعة ورخص النقد الورقي فهنا يجب رد المثل دون زيادة عليه ، لكن المثل يختلف في العوضين عند الأخذ وعند الرد والوفاء لاختلاف مثلية السابق عن مثلية اللاحق له من حيث الحقيقة والواقع وإن تساوى في الظاهر من حيث العدد حيث يعتبر النقد في هذه الحالة نقداً قيمياً لا مالياً ولا يتحقق معه إجراء القياس الشرعي الصحيح الذي تم العمل به في ظل الثبات والاستقرار لأن النقد في هذه الحالة نقد عرفي لا شرعي أي صار قانوناً ملزماً بقوة الدولة لا بقوة الشرع ونحن ملتزمون بالأحكام الشرعية أو العرفية أو

(585) الأموال الربوية واقتراض الحكومات الإسلامية والهيئات بفائدة من البنوك المركزية وفي إطار الشرعية ، أستاذنا الدكتور نصر فريد ، السابق ص 180 وما بعدها .

القانونية التي لا تعارض الشرع من كتاب أو سنة أو إجماع ويمكن معرفة مثل الأصل بالرجوع إلى قيمة أصله الشرعي الحقيقي من النقد عند العقد ولصاحب المال أن يأخذ مثل حقه على جهة الكمال وله أن يحط منه أو يأخذ الأقل إن رضي بذلك إن كانت النقود عند الرد مساوية في العدد لمثل القرض عند العقد ولكنها لا تساويه في الحقيقة والواقع من حيث المثلية المنضبطة في الشرع حسبما حدده الفقهاء ، وعلى ذلك فإننا نرى أنه لا إلزام شرعاً على أن يأخذ المقرض أقل من ماله الذي أقرضه وإنما ذلك لإرادته واختياره بدون إلزام من أحد لا من المقرض ولا من غيره (586) .

والقول بالمثلية في القيمة النقدية الشرعية كما ذكرنا قبل ذلك أنه قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية واختيار الرهوني وسحنون من المالكية ومفهوم كلام ابن القيم من الحنابلة وكذلك الغزالي من الشافعية بما أوردناه عنهم من نقول، ونضيف إليها ما قاله سحنون في مثل هذه المسألة، حيث قال : يرجع إلى قيمة السلعة يوم دفعها بالسكة الجديدة وقال أبو يونس وأبو حفص : قيمتها يوم الحكم وبه قال سحنون في صورة قرض مخصوصة (587).

وكان أبو محمد دحون - رحمه الله - يفتى بالقيمة يوم القرض ويقول إنما أعطاه على العوض فله العوض أخبرني به الشيخ أبو عبدالله بن فرج عنه (588).
وقد ذهب المالكية كما ذكره ابن رشد من أنه إذا أقرضه عشرة دنانير ذهبية من وزن معين وعند الأداء أدى إليه دنانير ذات وزن أقل فإنه يجب أن يؤدي إليه دنانير أكثر عدداً بما تساوى وزن العشرة التي أقرضه إياه (589).

(586) المرجع السابق ص 181 وما بعدها .

(587) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى 127/5 ط . مطبعة السنن المحمدية ط . أولى سنة 1956م مطالب أولى النهى بشرح المنتهى للعلامة مصطفى السيوفي 249/3 منشورات المكتب الإسلامي ، بيروت .

(588) المعيار المعرب والجامع المغرب للإمام أحمد بن يحيى الونشريسي 163/6 ، 462 ط . دار الغرب الإسلامي بيروت .

وهم في هذه الحالة نظروا إلى القيمة ولم ينظروا إلى الصورة والنقود الورقية لا يقصد منه الصورة بل الصورة غير معتبرة والمقصود هو القيمة ومع ذلك وتسليماً بقولهم إن هذه النقود من المثليات فإذاً الواجب في قرض النقود رد المثل على ذلك فبتغير القيمة عدم المثل فنرجع إلى القيمة (590) .

والتكليف الشرعي للنقد الورقي بوصفه السابق هو التحول من المثلية المنضبطة إلى القيمة غير المنضبطة التي تدخل في عروض التجارة وقد خرج النقد بذلك من ثمنيته الشرعية المنضبطة إلى ثمنيته العرفية القانونية غير المنضبطة والواجب شرعاً هو المثل في المثليات أو قيمة المثل عند تعذر المثل أو عدمه وقت الالتزام به وبهذا نفهم حكمة الشارع الإسلامي من اعتبار الثمنية الحقيقية في النقيدين الذهب والفضة دون غيرهما .

وتطبيقاً على ذلك نقول : اقترض على من أحمد ألف دينار كويتي في بداية عام 1990م على أن يردها إليه بعد عامين من تاريخ القرض لكن بعد عدة أشهر تم غزو الكويت فأراد أحمد أن يرد القرض قبل مواعده لأن قيمة العملة هبطت في أيام معدودة إلى عشر قيمتها فإن قام بسداد الألف دينار بألف مثلاً في العدد فقد ظلمه لأن قيمة الألف الأولى من الذهب تساوى عشرة أضعاف الألف الثانية ولأن العملة الورقية أصبحت غير منضبطة فينبغي حينئذ العودة إلى الأصل المنضبط وهو النقد الشرعي المتمثل في الذهب والفضة ويعطيه القيمة الحقيقية للقرض يوم أخذه والتي تساوى عشرة آلاف دينار وليس ألفاً واحدة وإن قبلنا الصورة وقلنا إن القرض تم وقت انهيار العملة في أكتوبر 1990م واقترض الألف دينار في ذلك الوقت ووقت سدادها بعد عامين فلما جاء وقت السداد تعافت العملة وعادت إلى قوتها قبل الغزو،

(589) البيان والتحصيل لابن رشد 319/7 .

(590) تغير القوة الشرائية للنقود ، ص 296 هائل عبدالحفيظ يوسف ط . المعهد العالي للفكر الإسلامي مشار إليه في التضخم النقدي في ظل السياسة الشرعية وأثره في عقود المعاوضات المالية الحالة والأجله د . محمد أبو زيد الأمير ص 85 ط . مكتبة الرشد بالسعودية ط . أولى سنة 2007م .

فهل عليه أن يرد ألفاً مثل الألف في العدد أم يرد مثلها في القيمة؟ والجواب أن العملة طالما هي غير ثابتة انخفاضاً وارتفاعاً فلا عبرة بها ولا تعويل عليها – كما أسلفنا – وإنما ينبغي العودة للأصل الثابت المنضبط وهو الذهب والفضة فالألف التي اقترضها أصبحت تساوي ما قيمته مئة دينار فعليه رد المئة وليس الألف لأن المثلية كما قلنا تقاس على النقد الشرعي الثابت الذي وضعه الله ميزاناً للقيم .

وبعد : فهذه هي السياسة النقدية الشرعية نظامها ثابت ومعياريها ثابت وقيم الأثمان محفوظة إلى الميزان الذي جعله الشارع مقياساً للسلع بعيداً عن الأزمات وبعيداً عن توزيع المال توزيعاً على غير أساس كما يصيب التضخم العملة الورقية فتوزع الثروة بغير معيار وعودة الناس إلى النظام الذي سنه الله سبحانه يحميهم من أكل الأموال بالباطل بينهم وبين بعض ويحفظ لكل ذي حق حقه ويشجع على التراحم بين الناس بأداء القرض الحسن والتعاون على البر والتقوى وهذا مفهوم من قوله سبحانه : " أفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا بالقسطاس المستقيم

وبعد :- فلا يسعني إلا حمد الله عز وجل أن وفقني لهذا البحث وما كان منه صواب فمن الله عز وجل وتوفيقه وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه براء ولا أدعي الكمال فإن النقص من شأن البشر ولا أدل على من ذكر حال الإمام الشافعي مع تلميذه المزني الذي يقول : قرأت الرسالة على صاحبها بضعا وثلاثين مرة فما من مرة إلا وقف منها على خطأ فقال الإمام حسبك : أبى الله أن يكون هناك كتاب صحيح غير كتابه والحمد لله أولاً وآخراً .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

" نتائج البحث "

بعد الفراغ من هذا البحث يمكن رصد النتائج الآتية :-

- 1 -تهدف السياسة النقدية الشرعية إلى استقرار قيمة النقود وهو هدف أساسي لا غنى عن في الإسلام بخلاف السياسة النقدية الوضعية التي تتأرجح ما بين صعود وهبوط لأنه ليست لها نفس المزية الموجودة في النقد الشرعي وهي أن قيمة النقد الشرعي كامنة في ذاته .
- 2 -ثبات القيمة النقدية الشرعية مخاطب به أولو الأمر لما لثبات القيمة من أثر على تشجيع الإنتاج وبما يجعل أصحاب المشروعات الصناعية يقدرّون نتائج مشروعاتهم بمقياس ثابت غير متقلب بخلاف العملة الورقية الوضعية .
- 3 -السياسة النقدية الشرعية بعيدة عن الوقوع في شباك التضخم لأن قيمة النقد الشرعي في ذاته ولا يمكن حدوث تضخم في النقد الشرعي لأنه لا ينشأ إلا عن الربا وهو محرم أو زيادة الإنتاج بالجهد والعمل وهذه فيها السعادة لأفراد المجتمع ، وإذا كانت نسبة التضخم في وحدة النقد الوضعية تصل إلى 20% فإنها في العملة الشرعية تصل إلى صفر .
- 4 -في السياسة النقدية الشرعية لا يتخوف معها من تحرير سعر الصرف بالنسبة للعملة الشرعية وذلك لتعادل العرض مع الطلب ومهمة أولياء الأمر تحديد المعيار الذي يتعامل على أساسه الناس في بيعهم وشرائهم ، بينما السياسة النقدية الوضعية ليست كذلك ، فكلما حلت بها أزمة لجأت لإصدار النقد دون أن يكون له ما يساويه من جهد وإنتاج .

5 -ثبات وحدة النقد الشرعية لأنها ميزان ثابت توزن به الأشياء والسلع ولا توزن الوحدة النقدية بالسلعة لأن في ذلك قلباً للحقائق ، وهذا الميزان لا يتوافر للعملة النقدية الوضعية التي تعتبر كسلعة ولا تصلح السلعة أن تكون مقياساً لباقي السلع .

6 -السياسة النقدية الشرعية تهدف إلى تحقيق استقرار مستوى الأسعار لكي تكون على توافق تام مع وظائف النقد الشرعية من كونها وسيطاً للتبادل ومقياساً للسلع ومخزناً للقيمة بخلاف العملة النقدية الوضعية التي تعامل على أنها عرض أو سلعة تغلو وترخص

7 -كما نظرت الشريعة الإسلامية إلى المدين المعسر بإنظاره إلى حين ميسرة فقد نظرت للمدين المماطل بعقوبة الملازمة والتشهير به بين الناس وتلك عقوبة يخشاها ذوو السمعة الطيبة والسيرة الحسنة أو من يريدون أن يكونوا بين الناس كذلك فالمماطل حينما يعلم أن الشرع أباح للمظلوم أن يتكلم في حقه في مجامع الناس ومجالسهم فيقول مطلني هذا وظلمني بل إن الشرع الحنيف يسميه ظالماً كما جاء في الحديث : "مطل الغني ظلم" وفي القانون الوضعي الأمر ليس كذلك حتى في حال الإفلاس والتشهير لا يفرق القانون بين موسر ومعسر أو بين من أصابته جائحة ومماطل .

8 -تقوم القاعدة في الوفاء بالالتزام في الفقه الإسلامي على أن المال لا يلد المال فليس لك إلا عين الحق دون زيادة بل لك أن تأخذ أقل منه أو تعفي المدين منه أو يقوم الأفراد أو تقوم الدولة بمساعدة المدين وتلك أمور تتفق وطبيعة الأشياء بخلاف القانون الوضعي الذي يضع على كاهل المدين عبئاً جديداً بالفائدة التي زادها وهذا مضاد للطبيعة والفطرة لأن الذي ينوء بحمل الصغير لا يقوى على حمل ما هو أكبر منه.

9 - يقف الاقتصاد الإسلامي موقف العداء من كل زيادة لا مقابل لها حتى إن الله - سبحانه و تعالى - آذن أصحابها بالحرب التي لا هوادة فيها حتى يعودوا إلى ما أحل الله من اقتضاء رأس المال دون غيره .

10 - النقود في الفقه الإسلامي أصل الأثمان وهي ليست نامية بنفسها بل بتقليبها في وجوه الأنشطة الاستثمارية التي تدير حركة الحياة وتقلب المال فيها بين الناس حتى لا يكون حكرا على طائفة دون أخرى.

11 - تداول المال بين الأغنياء والفقراء له فائدة اجتماعية كبيرة فترك القادر لغير القادر بعض الدين يجعله يحمده له صنيعه ويقدر له معروفه بل إن رأى أحدا يريد الاعتداء عليه أو على ماله قام دونه بخلاف النظام الاقتصادي المعاصر الذي طالب بالمال وفائدته مما ينتج عنه عدم السداد واللجوء للجريمة أو الحبس وتعرض أبنائه لغوائل الحياة وهذا ما عبر الحق - سبحانه و تعالى - به في معرض الزكاة حيث قال : ﴿ تطهرهم وتركبهم بها ﴾ ، وهي للجميع فهي طهرة لنفس الغنى من الشح والبخل ولنفس الفقير من الحقد والحسد و للمال من اختلاطه بحق الله - سبحانه و تعالى - الذي يحرمه.

12 - قيام الاقتصاد الإسلامي على جعل الثمنية ثابتة لمعادن ثابتة القيمة كالذهب والفضة يعطي قوة للاقتصاد وبيتعد به عن مواطن ضعفه من تضخم وكساد وغيرهما علما بأنه ثمة رباط وثيق بين التضخم والربا المحرم فالمال إذا عز على الفقراء تلف على الأغنياء.

هذا وبالله التوفيق وأسأله السداد والقبول والله سبحانه و تعالى أسأل أن يجعل هذا العمل نافعا مقبولا والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

أهم مراجع البحث

* أولاً : القرآن الكريم:

* ثانياً : كتب التفسير:

1. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي " للإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي " طبعة دار الحديث القاهرة الطبعة الثانية 1996

2. تفسير القرآن العظيم لابن كثير ط. مكتبة دار التراث دون تاريخ

* ثالثاً: كتب الحديث :

1 - الاستذكار في مذاهب علماء الأمصار لابن عبد البر ط. دار الكتب العلمية بيروت ط. أولى 2000م

2 - سنن أبي داود " لأبي داود سليمان الأشعث بن إسحاق السجستاني " طبعة دار الفكر - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .

3 - سنن الترمذي " لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي " طبعة دار الحديث أولى 1999

4 - السنن الكبرى للبيهقي " لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي " طبعة دار الباز - مكة المكرمة - 1414هـ - 1994م - تحقيق محمد عبد القادر عطا .

5 - الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد الشيباني . عبد الرحمن البنا ، ط. مطبعة الفتح الرباني أولى 1356

6 - شرح السيوطي والسندي على سنن النسائي ط. دار الحديث أولى 1999

7 - صحيح البخاري " للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري " طبعة دار ابن كثير اليمامة - بيروت - الطبعة الثالثة 1407هـ - 1987م. تحقيق مصطفى ديب البغا .

8 - صحيح مسلم " لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري " طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت - تحقيق محمد فؤاد

9 - المستدرک على الصحيحين " للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد عبد الله الحاكم النيسابوري " الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - 1411هـ - 1990م - دار المعرفة - بيروت .

10 - معالم السنن للإمام الخطابي ط. المكتبة العلمية بيروت 1981م ، 1401هـ

11 - المنتقى شرح الموطأ للبخاري ط. مطبعة دار السعادة 1332هـ.

12 - الموطأ للإمام مالك بن أنس ط. دار الحديث ثانية 1993م.

* رابعاً: كتب اللغة العربية، والمعاجم

1. القاموس المحيط للفيروز آبادي ط دار الفكر بيروت 1415 هـ - 1995م

2. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي تأليف أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ط . دار الفكر بيروت . دون تاريخ .

3. المنجد في اللغة والإعلام ، إبراهيم أنيس وآخرون ط. دار المشرق بيروت 1960

4. لسان العرب " لأبي الفضل جمال الدين مكرم بن منظور الأنصاري " طبعة دار الفكر أولى 1410 هـ - 1990

* خامساً: كتب أصول الفقه، وقواعده :

1. الأشباه والنظائر للإمام للسيوطي . ط. دار الكتب العلمية . الطبعة الأولى 1983م ، 1413هـ

2. إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ط. دار الحديث القاهرة ط أولى 1993م .

3. التحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور ط. الدار التونسية 1984

4. مجمع الضمانات للبغداد ط أولى 1308هـ

* سادسا : كتب الفقه :

* كتب الفقه الحنفي :

1 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق "لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي" طبعة دار المعرفة

2 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع "للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني" طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ، ط. مطبعة الجمالية أولى 1910 م .

3 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق "للإمام عثمان بن علي بن محمد فخر الدين الزيلعي" طبعة دار الكتاب الإسلامي .

4 - حاشية ابن عابدين المسماة "رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين" طبعة الحلبي 1966م .

5 - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام "لعلي حيدر" طبعة دار الجيل - بيروت - ط الأولى 1991م .

6 - رسالة ابن عابدين تنبيه الركود على مسائل النقود مع مجموعة رسائل ابن عابدين ط دار التراث بيروت.

7 - شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ط. دار إحياء التراث بيروت - دون تاريخ .

8 - المبسوط لشمس الدين السرخسي - طبعة دار المعرفة .

9 - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخ زاده ط/ دار إحياء التراث الإسلامي .

10 - الهداية شرح بداية المبدى " للإمام أبي بكر المرغناني " طبعة مصطفى الحلبي - الطبعة الأخيرة .

* كتب الفقه المالكي :

1. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ط. دار الفكر بيروت .

2. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي ط. دار الفكر بيروت ، دون تاريخ

3. حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ط . دار الفكر بيروت 1978 م .

4. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك ط دار المعارف 1986 .

5. الكافي لابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ط/ دار الكتب العلمية - بيروت ط/ أولى 1407هـ .

6. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل "لأبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المعروف بالحطاب" طبعة دار الفكر بيروت 1992م .

7. المعيار المعرب و الجامع المغرب للإمام أحمد بن يحيى الوئشريسي، طبعة دار الغرب الاسلامي بيروت .

كتب الفقه الشافعي :

1 - الحاوي الكبير للماوردي ط دار الكتب العلمية أولى 1994م .

2 - الحاوي للفتاوى للسيوطي : ط دار الكتب العلمية ثانية 1975 م .

3 - روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ط المكتب الإسلامي دمشق ط. الثالثة 1991م.

4 - شرح جلال الدين المحلي على المنهاج ط. دار الفكر بيروت 1995م ، ط عيسى الحلبي

5 - فتاوى الرملي للإمام شهاب الدين الرملي مطبوع بهامش الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر ط مكتبة المشهد الحسيني دون تاريخ .

6 - المجموع شرح المذهب ط دار العلوم للطباعة بالقاهرة سنة 1972 م .

- 7 - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشربيني الخطيب ط. مصطفى الحلبي 1958م .
- 8 - نهاية المحتاج لشهاب الدين الرملي ط مصطفى الحلبي .
* كتب الفقه الحنبلي :
1. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ط. دار الكتب العلمية، ط. مطبعة السنة المحمدية أولى سنة 1956 .
2. الروض المربع شرح زاد المستتفع في اختصار المقنع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ط. المكتبة الثقافية
3. شرح منتهى الإرادات "منصور بن يونس البهوتي" طبعة عالم الكتب..
4. .. كشاف القناع عن متن الإقناع ط. دار الفكر، ط. مطبعة أنصار السنة المحمدية 1947م
5. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ط . المكتب الإسلامي دمشق
6. .. المغنى "لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة " طبعة دار إحياء التراث العربي، وطبعة دار الفكر – بيروت – الطبعة الأولى 1405هـ
* كتب الفقه الظاهري :
- 1 - المحلى لابن حزم الظاهري ط دار إحياء التراث .
* سابعاً: مراجع حديثة، ومؤلفات عامة، وأبحاث متخصصة:
1. إحياء علوم الدين . للإمام الغزالي ط . دار الفكر العربي دون تاريخ .
2. الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام ط دار الكتب العلمية بيروت سنة 1989 .
3. أحكام المعاملات الشرعية الشيخ: على الخفيف ط. مكتبة أنصار السنة المحمدية ، الطبعة الثالثة 1947م ، 1366هـ
4. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ط. دار الجبل بيروت، ط . أولى 1998م
5. .. المقدمات الممهدة لابن رشد ط. دار الغرب الإسلامي 1408هـ ، دمشق 1394هـ
6. : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية الشيخ: محمد أبو زهرة ط. دار الفكر العربي ط 1977م
7. النقود الإسلامية القديمة للمقريري الشافعي مطبوع مع بحوث ودراسات إسلامية د.نصر فريد
8. تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب 17 ط. دار الغرب الإسلامي طبعة أولى 1984م .
9. توصيات ندوة بطاقات الائتمان بالبحرين نوفمبر 1998م مجموعة أعمال الندوة
10. د. أحمد حشمت أبو ستيت . نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ط. مطبعة مصر 1954م . ط. مكتبة عبد الله وهبة، .
11. د. أحمد صبحي العيادي السياسة النقدية والمالية في الإسلام ودورها في معالجة تضخم بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت العدد الرابع والخمسون سبتمبر 2003م.
12. د. أحمد عبده محمود . الموجز في النقود والبنوك ط . 1989 م .
13. د. إسماعيل غانم . النظرية العامة للالتزام – الجزء الثاني ، أحكام الالتزام والإثبات ط. مكتبة عبد الله وهبة 1967م
14. د. أشرف عبد الرازق: الوسيط في البيع بالتقسيط ط دار النهضة العربية دون تاريخ.

15. د. الصديق محمد الأمين الضرير الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماثلة وعليه تعليق د. محمد زكي عبد البر مجلة جامعة الملك عبد العزيز للاقتصاد الإسلامي - المجلد الثالث 1991 م .
16. د. الصديق محمد الأمين الضرير .موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار بحث مقدم حلقة ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من وجهة النظر الإسلامية (ندوة البنك الإسلامي للتنمية بجدة أبريل 1987
17. د. رفيق المصري . أثار التضخم على العلاقات التعاقدية في المصارف الإسلامية والوسائل المشروعة للحماية ط دار المكتبي دمشق ط . أولى سنة 1999م.
18. د. رفيق المصري . بيع التقسيط بحث منشور بالدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي جدة 1990 م العدد السادس الجزء الأول .
19. د. سعيد عبدالعزيز على ود. محمد فوزي أبو السعود .العلاقة بين سعر الصرف الحقيقي والنتائج الحقيقي في مصر. بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق بالإسكندرية العدد الأول 2002
20. د. سميحة القليوبي القانون التجاري ط دار النهضة العربية 1981
21. د. شوقي إسماعيل شحاتة. محاسبة زكاة المال علما وعملا ، ط. مكتبة الأنجلو المصرية . أولى 1970.
22. د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ط . دار النهضة العربية دون تاريخ
23. د. عبد الستار أبو غدة . البيع المؤجل . طبع ونشر البنك الإسلامي للتنمية بالسعودية .
24. د. عبد الستار أبو غدة: بطاقات الائتمان - بحث مقدم لندوة بطاقات الائتمان بالبحرين سبتمبر 1998م
25. د. عبد الهادي النجار الإسلام والاقتصاد ط . سلسلة عالم المعرفة ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت سنة 1983
26. د. عجيل جاسم النشمي العملة وأحكامها في الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية. الكويت العدد الحادي عشر أغسطس 1988 م
27. د. عطية عبد الحليم صقر دراسات مقارنة في النقود . ط دار الهدى سنة 1992 .
28. د. على السالوس . البيع بالتقسيط بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة منشور بمجلة المجمع سنة 1990 .
29. د. على محمد حسين الصوا الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت ، العدد الثامن والخمسون سبتمبر 2004م
30. د. كيلاني محمد المهدي تغير قيمة العملة وأثره في الحقوق والالتزامات بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالدقهلية العدد الأول الجزء الأول سنة 2001م
31. د. محمد أبو زيد الأمير. التضخم النقدي في ظل السياسة الشرعية وأثره في عقود المعاوضات المالية الحالة والآجلة ط. مكتبة الرشد بالسعودية أولى 2007
32. د. محمد أحمد الزرقا جواهر التبسيط في قواعد البيع بالتقسيط ط. دار النهضة العربية ط. أولى 2000 م .
33. د. محمد أنس الزرقا ود. محمد على القرى ، التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي . جامعة الملك عبد العزيز الجزء الخامس
34. د. محمد ضياء الدين الرئيس الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية ، ط. ثالثة 1969
35. د. محمد عطا السيد بيع التقسيط بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي العدد السادس .

36. د. محمد علي القرى . كساد النقود الورقية وانقطاعها وغلاؤها ورخصها وأثر ذلك في تعيين الحقوق والالتزامات بحث مقدم للدورة التاسعة لمجمع الفقه الإسلامي أبو ظبي أبريل 1995 م
37. د. محمد علي سميران التكييف الفقهي للفلوس وبيان أحكامها الشرعية وآثارها الاقتصادية بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد الثاني والخمسون مارس سنة 2003 .
38. د. محمود الخالدي زكاة النقود الورقية المعاصرة ط. مكتبة الرسالة 1985
39. د. مدحت عبدالعزيز صادق ، أزمة سعر صرف الجنيه وآثارها على سوق رأس المال في مصر . بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية كلية الحقوق جامعة بيروت العربية العدد الأول 2003 منشورات الحلبي الحقوقية " ط، أولى 2004
40. د. نزيه حماد ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، البحث العاشر . عقود المدين المماثل ط. دار القلم و الدار الشامية ط. أولى 2001 م .
41. د. نصر فريد واصل، بحوث ودراسات إسلامية في العقود الربوية والمعاملات المصرفية والسياسة النقدية ط. مطبعة الصفا أولى 2000 م.
42. د. نصر فريد واصل. الأموال الربوية واقتراض الحكومات الإسلامية والهيئات بفائدة من البنوك المركزية وفي إطار الأحكام الشرعية
43. د. نواف عبد الله بانوبارة : التكيف الشرعي لبطاقة الائتمان - بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد 37 سنة 1998 م
44. د. هائل عبد الحفيظ يوسف "تغير القوة الشرائية للنقود ط، المعهد العالي للفكر الإسلامي
45. د. وهبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة - طبعة دار الفكر دمشق - سورية - الطبعة الأولى 1423 هـ - 2002 م .
46. د. يسرى أبو سعدة القانون التجاري المصري " العقود التجارية " ط. مكتب الأزهر دمنهور 2000 / 2001 م.
47. د. يوسف القرضاوي . فقه الزكاة ط. مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة والعشرون 1996 م.
48. عبد المجيد راشد ، وقائع اغتيال الجنيه . موقع التجديد العربي.
49. فتوح البلدان للبلاذري، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، سنة 1978.
50. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، المجلد الثالث ، العدد الأول
51. مجلة جامعة الملك عبد العزيز إصدار 1411 هـ - 1991 م .
52. مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع .
53. مجموع فتاوى ابن تيمية الحراني ط1 . مطابع الحكومة بالرياض،
54. مقدمة ابن خلدون، طبعة لجنة البيان، 1965 تحقيق د. علي عبد الواحد وافي
55. مركز الدراسات الاستراتيجية بالأهرام إصدار سنة 2002.