

دولة الإمارات العربية المتحدة - دبي
كلية الإمام مالك للشرعة والقانون



Al-mi'yār (Dubay)
ISSN : 2303-9604

العدد الثاني

يناير 2013 م – صفر 1434 هـ

المعيار

مجلة كلية الإمام مالك للشرعة والقانون

علمية محكمة تصدر عن الكلية بداية كل سنة ميلادية

اقرأ في هذا العدد

- * خصائص الفقه المالكي التشريعية ومدى استجابته لقضايا العصر
- * الاجتهاد الجماعي في الفتوى
- * التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداري
- * التفريق بين الزوجين للعقم دراسة مقارنة
- * مساهمة الجمعية العامة للأمم المتحدة في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني
- * فقهيات الدعاء والتطبيق عليها في واقع الحياة
- * الجديد في قانون الطيران المدني ... خواطر حول اتفاقية دمشق ولائحة طرابلس المنظمة لها (باللغة الفرنسية)

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



Al-mi'yār (Dubay)
ISSN : 2303-9604

العدد الثاني

يناير 2013 م – صفر 1434 هـ

رئيس التحرير

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

هيئة التحرير

أ.د. خليفة بابكر الحسن

د. أحمد عبد القادر الرفاعي

د. عبد الحكيم أحمد عثمان

د. طارق عبد الحميد البكوش

د. خالد رافت 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 :

تنشئ 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 حلا 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 نتائج 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 مائع الحميري

المحتويات

	* افتتاحية العدد
11	د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري
	* خصائص الفقه المالكي التشريعية ومدى استجابته لقضايا العصر
17	أ. د. خليفة بابكر الحسن
	* الاجتهاد الجماعي في الفتوى
89	أ. د. محمد مصطفى الزحيلي
	* التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداري
127	د. حمدي أبو النور السيد
	* التفريق بين الزوجين للعقم دراسة مقارنة
195	د. شمس الدين التكنينة
	* مساهمة الجمعية العامة للأمم المتحدة في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني
275	د. موفق مصطفى الخزرجي
	* فقهيات الدعاء والتطبيق عليها في واقع الحياة
317	د. محمود إسماعيل مشعل
	* الجديد في قانون الطيران المدني ... خواطر حول اتفاقية دمشق ولائحة طرابلس المنظمة لها (باللغة الفرنسية)
393	د. طارق البكوش

افتتاحية العدد

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري
رئيس التحرير

الحمد لله ملهم العلماء الأبرار فقه النوازل في جميع الأيام والأقطار، ليتسنى للمجتمعات الإسلامية التعايش مع الوقائع المستجدة في كل دهر ومصر، وفق ما ورثه علماء الأمة من أصول عن منهج وسيرة النبي المختار ﷺ، جاعلين نصب أعينهم قواعد التأصيل للقضايا والمسائل في كل فنٍّ من فنون العلم التي مضى بها خطاب التشريع بالحكمة ومراعاة التيسير على مرّ وكرّ العصور والأجيال .

والصلاة والسلام على خير من أظهر وظهر بأوامر ربه مصداق قوله سبحانه وتعالى : "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئء فردّوه إلى الله والرسول"، فقد أغلق الله جلّ جلاله بهذا الخطاب باب التأصيل وفتح باب الاجتهاد على ما أصّل والبناء عليه، في عمل تشريعي يجمع بين الأصالة والمعاصرة، ويبني على قياس مقاصد الشريعة وقواعدها الكلية، وقياس المصالح المرسلة، الذي خاضت في بحره وأفرغت الوسع في إعماله الأجيال المتقدمة من علماء الأمة الموفقين، من عصر الصحابة إلى عهدنا اليوم، موضحين بجهدهم هذا عظمة المرونة في تشريع ديننا الحنيف للتعايش مع النوازل المستجدة، فعلماء الشريعة الإسلامية في تأهب مستمر وسباق مع الزمن لتقديم أدقّ وأصحّ صور الحكم وأنسبها للعصر في قراءاتهم للمستجدات، مع مراعاة الحكمة في بناء الأحكام ومراعاة فقه التيسير، ولما كان التشريع القانوني في الدولة لا يبعد في قواعد عمله عن أصول الشريعة الإسلامية بل هو مستمد منها، كان المجتهدون القانونيون في اجتهاداتهم إنما يسيرون على هدي من هذا النهج القويم .

وقد منّ الله تعالى على كلية الإمام مالك للشريعة والقانون بأن وضعت قواعد عمل تقضي بتفعيل هذا النهج من خلال خطتها المعتمدة للبحث العلمي المتخصص المتجسدة في مجلة المعيار المحكمة، ومشاريع البحث العلمي السنوية، وتهدف الكلية من خلال مساهمتها في نشر البحوث والدراسات الشرعية والقانونية إلى المساهمة في تلبية الاحتياجات العلمية للمؤسسات والأفراد المعنيين باختصاص الكلية من

محاكم وشؤون إسلامية وقضاة ومفتين ومستشارين شرعيين وقانونيين، كما طلاب العلم وسائر المثقفين من العامة .

ونحن اليوم بفضل الله وتوفيقه نقدم لجميع هؤلاء العدد الثاني من مجلة الكلية المحكمة (المعيار) بعد أن حصلت على رقم تحكيم دولي من المركز الدولي لبيانات البليوغرافيا ومقره فرنسا، ودخلت المجلة بذلك قائمة الدوريات العلمية المحكمة برقم دولي (ISSN 2303-9604)، وقد أتى هذا العدد محتويا على مجموعة من البحوث المتميزة التي تعالج بعض المسائل والقضايا المستجدة في مجالي الشريعة والقانون، كتبها ثلة من الباحثين المختصين المشهود لهم في هذا المجال .

فالبحت الأول تحت عنوان (خصائص الفقه المالكي التشريعية ومدى استجابته لقضايا العصر) يتناول موضوعا من أهم الموضوعات الفقهية المعاصرة التي يكثر الحديث عنها هذه الأيام في المنتديات والمؤتمرات العلمية ومراكز البحث العلمي العربية والدولية، وهو يتحدث عن مدى إسهام قواعد الفقه المالكي التشريعية في تعزيز قواعد عمل التشريعات القانونية المعاصرة خاصة ما له صلة بالتشريعات المالية والاقتصادية منها على وجه الخصوص، وقد رأينا أن بعض الجامعات ومراكز البحث التشريعي في الغرب (أوروبا وأمريكا) وبالأخص الجامعات والمراكز الفرنسية، لقرب العلماء المغاربة منها وجلهم مالكيون، قد بدأت تتعامل مع أصول هذا المذهب باعتباره موروثة عالميا يستفاد منه في التدريس والاجتهاد وتستمد منه الضوابط لتعزيز آفاق التشريع القانوني المعاصر، وذلك لما يتسم به مذهب الإمام مالك من السعة والشمول والواقعية والنظرة الدقيقة التي تأخذ بعين الاعتبار مراعاة التيسير إلى جانب الانضباط التام في إيراد الأحكام .

وقد خلص الباحث إلى أن أدلة المذهب المالكي هي الأكثر مناسبة للوقائع والنوازل المستجدة من خلال خصائصها التشريعية التي تجعلها مصادر قوية ومرنة وقادرة على استيعاب المستجدات، من أهم تلك الخصائص : السعة والشمول والواقعية والكلية والتيسير والتسامح والانضباط والوسطية والتوازن إلى جانب المرونة والتجديد .

أما البحث الثاني (الاجتهاد الجماعي في الفتوى) فهو يأتي ليؤكد قاعدة الشورى التي قررها النبي صلى الله عليه وسلم في بناء الأحكام واتخاذ القرارات "وشاورهم في الأمر"، وفي حديث حسن بطرقه : "إن أمتي لا تجتمع على ضلالة"، فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم مرآة للصحابه وهم فيها صور، وكذلك هو للتابعين وورثته من العلماء الملهمين، ولقد علمتنا تجارب الأجيال أن كل فتوى ورأي وحكم شرعي يصدر عن اجتماع أهل العلم المشهود لهم كان فيه الخير والسداد، وكل فتوى ورأي وحكم شرعي تفرد به صاحبه كان فيه الشقاء والعذاب، وما تعانيه الأمة في زماننا هذا من التخبط والمحن إنما هو بسبب التفرد بالرأي والاجتهاد الأحادي الذي غلب فيه الفرد المجتهد مصلحته على حساب مصلحة الأمة، بل ربما جعل فتواه مصدرا للرزق دون انضباط، والله تعالى يقول : "وأمرهم شورى بينهم" .

وأما البحث الثالث (التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداري) فقد تناول فيه الباحث من زاوية قانونية قضائية دراسة الآثار المترتبة على قيام الإدارة بتصرف يترتب عليه تفويت فرصة ما على الغير واستحقاق هذا الغير للتعويض عن الضرر الذي يصيبه بسبب هذا التصرف، وقد خلص الباحث في ضوء أحكام القضاء الإداري إلى أن القاضي في تقديره للتعويض عن تفويت الفرصة لا يخرج عن أحد تصورين : فهو إما أن ينظر إلى الفرصة باعتبار أن لها قيمة في حد ذاتها، بغض النظر عن قيمة الكسب المحتمل، فيقدر التعويض على أساس ذلك، وإما أن يغفل الفرصة في ذاتها، ويعتبرها مجرد وسيلة لتحقيق الكسب، ويحدد التعويض على أساس قيمة الكسب المحتمل الذي ضاع بفعل تفويت الفرصة.

وفي بحث (التفريق بين الزوجين للعقم دراسة مقارنة) وهي مسألة يكثر وقوعها في المحاكم المختصة، ومن الأمور الملحة لعمل القاضي الشرعي، نجد الباحث بعد مناقشات مستفيضة يخلص إلى أن طلب الذرية من كلا الزوجين حاجة فطرية ومقصد من أهم مقاصد النكاح، وعليه يكون الرأي الراجح، وهو قول جمهور الفقهاء، أن لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق بسبب العقم، وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة .

ويعرض بحث (مساهمة الجمعية العامة للأمم المتحدة في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني) طبيعة هذا القانون الذي يعنى بوصف التشريعات الدولية الضامنة لحماية المدنيين زمن الحروب، ويرسم مراحل تطوير هذا القانون في إعلانات وقرارات الأمم المتحدة، والخطوات العملية التي أقرتها لضمان تطبيقه، علماً بأن قواعد التشريع الإسلامي تشكل اللبنة الأساس لتطوير صياغة هذا القانون فهي تحرم وتجرم قتل النساء والأطفال والشيوخ أو الاعتداء عليهم بأي صورة زمن الحروب، كما تحرم هدم البيوت أو حرقها، وقطع الأشجار أو إتلاف الزرع للضرر.

كما يقدم هذا العدد بحثاً بعنوان (فقهيات الدعاء والتطبيق عليها في واقع الحياة) والدعاء في ظاهر الشريعة إنما شرع لإظهار الداعي كمال العبودية والخضوع لله سبحانه "وقال ربكم ادعوني أستجب لكم إن الذين يستكبرون عن عبادتي سيدخلون جهنم داخرين"، أما عند أهل الحقيقة فهو لإظهار العزة لله في قلب الداعي، "وأن العزة لله جميعاً"، وإظهار القوة لله "وأن القوة لله جميعاً"، وإظهار فضل الله "وأن الفضل بيد الله يؤتيه من يشاء" فحينما أخذ الله الميثاق على الأرواح في عالم النذر "وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى" فليس كل من قال (بلى) بلى، هنا كما يقول أهل المعرفة تزامنت الأرواح كل يريد سماع الخطاب فجرت في هذا الموقف المنافع بأن نفعت كل روح الأخرى وظهر فضل بعضها على بعض، فأراد الحق سبحانه أن يعيد الفضل كما هو على الحقيقة له وحده، فشرع الدعاء، كي تتساوى الأرواح في الفضل، ولا يبقى سوى فضل الله تعالى ومنته على الناس جميعاً. أما عن صيغ الدعاء فلم تنص الشريعة على وجوب التقيد بما ورد من المأثور، وإنما أتت الشريعة بالتيسير لا بالتعسير، ورسالة الإسلام جاءت للعرب والعجم، فكل مؤمن يدعو بلغته، وبما يرد على خاطره من صور التقديس والثناء على الله والصلاة على نبيه قبل سؤال الحاجة، ما لم يخالف في دعائه نصاً أو أصلاً.

أما البحث الأخير فهو يناقش القواعد الجديدة المستحدثة في قانون الطيران المدني بشأن التزامات الناقل الجوي بتوفير الأمن والأمان للمتعاقد وإيصاله إلى وجهته في ضوء اتفاقية دمشق ولائحتها التنفيذية، وهو بحث ينشر باللغة الفرنسية.

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

البحوث

خصائص الفقه المالكي التشريعية ومدى استجابته لقضايا العصر

إعداد

أ.د. خليفة بابكر الحسن

عميد كلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

فإن الموضوع الذي يعني به هذا البحث ويتناوله وهو " خصائص الفقه المالكي التشريعية ومدى استجابته لقضايا العصر " يهدف إلى ربط هذا المذهب بقضايا العصر ومتطلبات الزمان والمكان عن طريق التعمق أكثر في دراسة تاريخه ، وحركة تطوره ومدى فعالية أدلته وقواعده في الوفاء والاستجابة للقضايا والحاجات المعاصرة ، وذلك لاعتبارات ثلاث هي :

1- أن هذا المذهب وغيره من المذاهب الفقهية مذهب صمدت على مدى تاريخها الطويل لما يربو على الألف ومائتي عام من السنين على المستويين الشعبي والرسمي ، فعلى المستوى الشعبي وفرت تلك المذاهب الفقه الإسلامي ويسرته لأتباعها وغيرهم ممن يريدون معرفة الأحكام الفقهية ، وبذلك مكنتهم من الإلمام بأحكام دينهم ودنياهم كل حسب المذهب الذي يرتضيه ، والإمام الذي يتبعه ، وينفعل ويتفاعل مع تعاليمه ، وعلى المستوى الرسمي فإن الدول والممالك الإسلامية كانت - منذ تكوينها - وحتى يومنا هذا تعتمد مذهباً معيناً ترجع إليه في قضائها وفتياها .

2- أن الاختلاف بين هذه المذاهب ليس اختلافاً في جوهر العقيدة الإسلامية فهي متفق عليها بين كل تلك المذاهب كما أنه ليس اختلافاً في الثوابت و القطعيات من مقررات الوحي وأحكامه في القرآن والسنة فهي الأخرى محل اتفاق لا يشوبه اختلاف ، وإنما اختلافاتها في تفسير النصوص الظنية التي تقبل - بحكم ظنيتها - الاختلاف في التفسير والاختلاف في التقدير في المستجدات التي لا نص فيها التي كانت تطراً زمنياً بعد آخر في إطار مسيرة الفقه الإسلامي ومداه الواسع العريض ، وهذا الاختلاف يعود إلى اختلاف الأعراف والبيئات في المناطق التي نشأ وترعرع فيها كل مذهب من تلك المذاهب ، وإلى التفاوت بين تلك المذاهب في المناهج التي

يتمسك بها كل فريق منها ، وكل ذلك تعكسه أسباب الاختلاف التي اهتم علماء المسلمين بالتصنيف فيها .

3- أن الانفكاك عن هذه المذاهب بالرجوع إلى المصدرين الأساسيين القرآن والسنة مباشرة وإغفال المراحل الطويلة التي قطعتها هذه المذاهب مفسرة لما جاء في القرآن والسنة ومستتبطة للأحكام منهما ، ومن ثم مقدرة للأحكام التي تطبق على الواقع المعيش فيه تنكر لبعد تاريخي أساسي لا يصح ولا يقبل فضلاً عن أن البنين التشريعي السليم للأمة الإسلامية لا يتم بمعزل عن تلك المذاهب إما منفردة باعتماد واحد منها مع السماحة و الانفتاح على المذاهب الأخرى ، وإما مجتمعة بالتخير منها.

هذا فوق ما في هذا المسعى في عموم الأمر من ربط بين ماضي الأمة الإسلامية وحاضرها ، وبتعبير آخر بين أصلها وعصرها ، وفي ذلك استجابة لحاجات هذه الأمة الوجدانية مع الارتباط بمقدراتها المادية غير أن هذا الوصل نفسه لا يمكن أن يتوفر إلا بتوفر عنصرين هما احترام هذه المذاهب وعدم تخطيها أولاً ، وهذا متاح حتى الآن والحمد لله ، وثانيهما هو تحسس حاجات العصر ومتطلباته ، وإيجاد الصيغة المنهجية التي تصل بينه وبين تلك المذاهب عبر استبطان دراسة تاريخها وأصولها ، وقواعدها ، وجملة مناهجها في العصور المختلفة التي اجتازتها ، والواقع المتقلب الذي رادته لتنشيط وتفعيل أصولها أكثر لاستيعاب المستجدات .

ومن الجدير بالذكر أن هذه المذاهب نفسها تضم في منهجيتها قاعدة " تحقيق المناط " أي دراسة الواقع لتطبيق الحكم عليه ، وهي منهجية ممتدة لأن الاجتهاد بتحقيق المناط لا ينقطع حتى تقوم الساعة كما يقرر ذلك العلامة المحقق ، والإمام المالكي المجدد أبو إسحق الشاطبي .

في غضون ذلك تبدو مثل هذه الدراسة ضرورية على أنها قد تبدو أكثر إلحاحاً وأهمية في عصرنا الحاضر لعدة أسباب :

أولها : أن عجلة التطور في زماننا هذا قد تسارعت بطريقة مذهلة ، وأن المستجدات فيه قد اضطرت على وجه غير مألوف ، فأفرزت فيه الحياة في التعامل الاقتصادي عقوداً جديدة كثيرة ، وعلى المستوى الطبي ظهرت فيه وسائل للعلاج حفاظاً على نفس الإنسان ووجوده ، وأفانين أخرى في الهندسة والمعمار ، وبالمقابل تطورت فيه الجرائم والاعتداءات وتخطت مرحلة السلوك الفردي إلى مرحلة التآمر المنظم .

ثانيها : أن التعامل الذي بدأ به الفقه الإسلامي فردياً بحكم طبيعية في إطار المسؤولية والتكليف انتقل في غالب أحواله وبدرجه أوسع مما كان عليه إلى الشخصية المعنوية والمؤسسية بمختلف أنواعها و ضرورها في الاقتصاد والإدارة والتربية والتعليم والآداب الاجتماعية مما يستوجب النظرة الكلية المستلهمة من الفقه المذهبي في تفاصيله واتجاهاته ، وأصوله وقواعده ومقاصده .

ثالثها : أن كثيراً من المنافع والحقوق المعنوية طالتها المعاوضة بيعاً وإجارة بفضل تطور الحركة الاقتصادية واتساع دائرة التعامل والتبادل التجاري فيها كحقوق التأليف والترجمة والنشر ، وحقوق الارتفاق في البر والبحر و إقليمياً و دولياً ، وبرزت وسائل جديدة في الحماية والضمان والتأمين بل إن طبيعة الأموال نفسها لم يعد الحاكم فيها ما في ظاهر الأرض من ثروات وإنما امتد ذلك إلى باطنها بظهور النفط واتساع التنقيب عن المعادن والذهب ومكونات الأرض الأخرى مع ملاحظة ما يعكسه هذا التطور من آثار على نمط الحياة ، وطرق المعيشة ، وما يجلبه أحياناً من آفات وتضارب في المصالح .

رابعها : أن الثقافات العدلية والقانونية في العالم قد تداخلت كثيراً عما كان عليه الحال من ذي قبل ، وفي هذا التداخل ما هو إيجابي من حيث إنسانيته وجدواه وتحقيقه للمصالح والمنافع المشتركة المحموده ، وهو في هذا الإطار يتكامل مع الفقه المذهبي ، ومنها ما هو سلبي يتعارض مع ذلك الفقه ويتقاطع معه .

مشكلة البحث :

تمثل الأسباب السابقة التي سلف إيرادها في أهمية البحث - في جوهرها - مشكلة البحث والأسئلة التي يتصدى لتناولها والإجابة عنها في إطار المذهب المالكي وخصائصه التشريعية التي تؤهله للاستجابة للتطور والقدرة على استيعاب المستجدات ، والتكيف مع السعة في التعامل وظهور المؤسسة ومن ثم التجاوب مع الثقافات العدلية والقانونية في العالم المعاصر في حال تحقيقها للمصالح وعدم اصطدامها بالنصوص القطعية والمقاصد الشرعية المقررة .

منهج البحث :

أما منهج البحث فهو المنهج الوصفي التحليلي التركيبي الذي يقوم على وصف الفقه المالكي من حيث تاريخه وفقهائه ، ومنهجيته وأصوله وقواعده ومن ثم تحليل تلك المعطيات وصهرها لاستنباط خصائص المذهب التشريعية لقياس مدى قدرته للاستجابة لقضايا العصر وشؤونه ومتطلباته .

الدراسات السابقة في الموضوع :

لم أقف على بحث مباشر في شأن " خصائص الفقه المالكي ومدى استجابته لقضايا العصر " ، ولهذا كان اعتمادي على كتب تاريخ الفقه الإسلامي في عمومها ، وبشكل خاص تلك التي صنفت في تاريخ المذهب المالكي ومناقب إمامه ، وتلك التي أرخت لمدارسه وتراجم فقهاءه ، ومن ثم كتب أصول الفقه الإسلامي مع التركيز على كتب أصول الفقه المالكي وقواعده الفقهية على أنه لا بد من التنويه هنا ببعض المؤلفات المعاصرة التي ركزت على قيمة الفقه المالكي التشريعية التي ساعدتني في الوصول إلى هدفي في بحث الموضوع وهي :

1- كتاب " مالك " للشيخ محمد أبو زهرة وهو كتاب معروف ومطبوع في طبقات كثيرة .

2- بحث عن " المذهب المالكي " لسماحة الشيخ العلامة محمد الفاضل بن عاشور قدمه محاضرة بكلية الشريعة بفاس في مايو 1996م ونشرته مجلة الهداية التي يصدرها المجلس الإسلامي الأعلى بتونس في مارس 2012م.

3- كتاب " اصطلاح المذهب عند المالكية " للدكتور ابراهيم أحمد على الأستاذ بالمملكة العربية السعودية نشر دار البحوث وإحياء التراث بدبي سنة 1421هـ - 2000م .

4- كتاب " المذهب المالكي مدارسه ومؤلفاته وخصائصه وسماته للدكتور محمد المختار محمد المامي طبعة مركز زايد للتراث والتاريخ بالعين بدولة الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى سنة 2002م .

5- كتاب " المدخل الوجيز في التعريف بمذهب إمام الفقه والحديث مالك بن أنس " للأستاذ الدكتور أحمد طه ريان الأستاذ بجامعة الأزهر والوكيل بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي سابقاً ، طبعة دار السلام للطباعة والنشر بالقاهرة الطبعة الأولى سنة 2009م .

خطة البحث :

تحقيقاً للهدف المقصود من الدراسة جعلت بحثي في :

- 1- تمهيد عن " التعريف بالمذهب المالكي وفقهه " .
- 2- فصل أول عن " أدلة المذهب المالكي من حيث مفهومها وخصائصها التشريعية مع المقارنة بأدلة المذاهب الأخرى " .
- 3- فصل ثان عن " خلاصة للخصائص العامة للفقه المالكي من حيث تاريخه ومدارسه ومنهجيته ومناسبتها للوقائع المستجدة مع نماذج تطبيقية معاصرة " .
- 4- خاتمة .

وآمل في نهاية مقدمتي أن تتبع هذه الدراسة دراسات أخرى تشمل كل المذاهب الفقهية لتفعيل ربط أصولها و مناهجها بالواقع المعيش وتوسيع نظرتها في إطار تقلبات الزمان والمكان والمقارنة بينها في ظل حاكمية مقاصد الشريعة الإسلامية الخالدة وكيالاتها وقطعياتها الدائمة أبداً وما توفيقي بالله عليه توكلت و إليه أنيب .

التمهيد

" في التعريف بالمذهب المالكي وفقهه "

المذهب في معناه العام هو مجموعة من الأفكار والآراء والنظريات العلمية والفلسفية التي يرتبط بعضها ببعض ارتباطاً يجعلها وحدة متسقة.¹ وفي معناه الخاص وهو المراد هنا بحكم إضافته إلى الفقه – يقصد به ما ذهب إليه وارتضاه إمام من الأئمة المجتهدين في الفقه كالإمام أبي حنيفة أو مالك أو الشافعي أو أحمد بن حنبل أو غيرهم من أئمة الفقه الإسلامي على مستوى مذاهبه الثمانية.² ومن هنا فإن مذهب الإمام مالك يعني طريقته أو ما ذهب إليه من آراء في المسائل الفقهية الاجتهادية وما أثر عنه من أصول وقواعد مضموماً إلى ذلك ما ذهب إليه أتباعه بناء على قواعده وأصوله ، ولهذا ينسب هذا المذهب نسبة عامة فنقول مذهب المالكية.³ كما نقول المذهب المالكي أو مذهب مالك نسبة إلى إمامه ، لجريانه على قواعده وأصوله التي بنى عليها مذهبه⁴ على أن كلمة " المذهب " تطلق عند المتأخرين من الفقهاء على ما به الفتوى وهو من إطلاق الشيء على جزئه من جهة أن ما به الفتوى هو الجزء الأهم من المذهب بالنسبة لمقلده.⁵ أما الفقه فهو في اللغة الفهم وقصره بعضهم على فهم الأشياء الدقيقة أو فهم غرض المتكلم من كلامه ، والصحيح أنه في اللغة مطلق الفهم.⁶ والإمام مالك الذي ينسب إليه المذهب وفقهه هو إمام دار الهجرة الإمام أبو عبدالله مالك بن أنس بن مالك ابن أبي عامر الأصبحي التي تحكي الروايات أن

¹ مجمع اللغة العربية " المعجم الوجيز " مادة " ذهب " .

² المذاهب الأخرى هي مذهب الشيعة الإمامية (الجعفري) والزيدية والإباضية والظاهرية .

³ المامي، محمد المختار، المذهب المالكي مدارسه ومؤلفاته وخصائصه وسماته ومراجعته ، ط1، طبعة مركز زايد للثقافة والتراث، 2002 م، ص 24.

⁴ الريان، أ.د. أحمد علي طه ، المدخل الوجيز في التعريف بمذهب إمام الفقه والحديث مالك بن أنس، ط1، دار السلام، ص 152 .

⁵ الجيدي، د. عمر، محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي ، طبعة دار الأمان بالرباط .

⁶ الأسنوي، جمال الدين ، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول ، 81 ، والآمدي، سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، بيروت : المكتب الإسلامي، 61 .

ميلاده كان بمدينة الرسول ﷺ سنة 93هـ. وأن وفاته سنة 179هـ ونشأ في بيئة اشتغلت بالعلم على المستوى الخاص والعام فعلى المستوى الخاص كان جده مالك ابن أبي عامر من كبار التابعين روى عن جلة من الصحابة كما كان أخوه النضر شغوفاً بالعلم ملازماً للعلماء حتى أن مالكا كان يعرف به في صغره فيقال " مالك أخو النضر".

أما بيئته العامة فهي بيئة المدينة التي إليها كانت الهجرة ، و بها نزل القرآن وأحل الحلال وحرم الحرام والتي عمرت بأحاديث الرسول ﷺ وفتاوى الصحابة وأقضيته وطرائقهم في معالجة شئون الناس والحياة في ظل القرآن والهدي النبوي الذي ورثوه في هذه البيئة نشأ مالك ، وعلى أرضها الطيبة درج ، وبأريجها العطر اختلطت أنفاسه وفي إطار هيبتها وجلالها تركز في وجدانه حب العلم والحديث فاستوي – من بعد - العالم المهيب ذو السلطان على الأفئدة والقلوب وإن لم يكن من أهل السلطان في الدنيا :

يأبى الجواب فما يراجع هيبة والسائلون نواكس الأذقان

أدب الوقار و عز سلطان التقى فهو المهاب وليس ذا سلطان

وامتداداً لهذا التكوين البيئي للإمام مالك فقد تأسس مذهبه على طريقة ونهج أهل المدينة التي ورثها منحدرةً إليه من شيوخه المباشرين في المدينة ابن شهاب الزهري (توفي 124هـ) وأبو الزناد عبد الله بن ذكوان (توفي 130هـ) و ربيعة بن أبي عبد الرحمن الملقب بربيعة الرأي (توفي 136هـ) ويحيى بن سعيد الأنصاري (توفي 143هـ) الذين أخذوا بدورهم عن الفقهاء السبعة الذين كانوا في طليعة فقهاء الأمصار في عصرهم ، يقول الإمام مالك : " سمعت ابن شهاب يقول جمعنا هذا العلم من رجال في الروضة وهم سعيد بن المسيب وأبو سلمة وعروة والقاسم وسالم وخارجة وسليمان ونافع ثم نقل عنهم ابن هرمز وأبو الزناد وربيعة والأنصاري وبحر العلم ابن شهاب " ⁷.

⁷ السبتى، القاضي عياض ، ترتيب المدارك ، الرباط : مطبعة الشمال الأفريقي، 1965م، 2012.

والأصول التي اعتمد عليها الفقهاء السبعة هي مرويات الصحابة عن المعلم الأول الرسول الكريم المبلغ عن ربه و المبين بقوله و فعله و إقراره لما جاء في المصدر الأول : " القرآن الكريم " بالإضافة إلى فتاواهم و اجتهاداتهم . والصحابة الذي اختصوا بالمدينة في هذا الصدد هم عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعبدالله بن عمر والسيدة عائشة رضي الله عنهم جميعاً .

وفي هذا الاختصاص يقول الإمام مالك أيضاً : " كان أعلم الناس عندنا بعد عمر زيد وكان إمام الناس عندنا بعده ابن عمر و كان سعيد بن المسيب جل ما يفتي به من فتاوي زيد و كان يقول هو أعلم من تقدمه بالقضاء و أبصرهم بما لم يرد عليه مما لم يسمع فيه بشيء " ⁸ .

من هذا التسلسل كله انبثقت الطريقة المدنية التي تربى الإمام مالك في كنفها و تشرب من روحها و هي طريقة يتمثل منهجها عند وصول الأمر للإمام مالك في اعتماده على القرآن الكريم ثم حديث الرسول -صلى الله عليه وسلم- فسنة أهل المدينة التي تأخذها كل طبقة عن الطبقة الأخرى و قضاياهم و عملهم المستمر المجمع عليه الموروث من لدن عصر الرسول ﷺ وهو ما يعبر عنه الإمام مالك دائماً في موطنه بالسنة عندنا أو السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ⁹ .

تضاف إلى ذلك ترجيحاتهم في مواطن الاختلاف ، وفي وصف هذا المنهج يقول الدهلوى في حجة الله البالغة : " و كان سعيد بن المسيب و أصحابه يذهبون إلى أن أهل الحديث أثبت الناس في الفقه وأصل مذهبهم فتاوى عبد الله بن عمر وعائشة وابن عباس وقضايا قضاة المدينة فجمعوا من ذلك ما يسره الله لهم ثم نظروا فيه نظرة اعتبار وتفتيش فما كان مجمعاً عليه بين العلماء في المدينة فإنهم يأخذون به بنواجذهم وما كان فيه اختلاف بين علماء المدينة فإنهم يأخذون بأقواها وأرجحها :

8 الدهلوى، أحمد عبد الرحيم، حجة الله البالغة، ط1، 1322هـ، 1: 114.

9 راجع : السيوطي، جلال الدين، شرح الموطأ، المكتبة التجارية، 1/ 146 ، 189، 148، 192، 206 ، و 2/ 105، 103 .

إما لكثرة من ذهب إليه منهم أو لموافقته لقياس قوى أو تخريج صريح من الكتاب والسنة فحصل لهم مسائل كثيرة في كل باب¹⁰.

وقد التزم الإمام مالك في فقهه ذات المنهج الذي ورثه عن شيوخه ومدرسته بعد أن قومه وشذبه وضم منشوره ولا شك أن الموسوعية التي اتسم بها فقه أهل المدينة قد انعكست في فقه الإمام مالك فجمع بين السنة حديثاً وآثاراً وبين الرأي قياساً واستصلاحاً كما سنرى من خلال دراستنا لأصوله وقواعده فضلاً عن أن الإمام مالكا نفسه قد أيد تلك الموسوعية بخواص هي :

1- تعدد مجالسه العلمية ، حيث كان له مجلس للحديث و آخر للفقه . وهذا التعدد كان سبباً في كثرة تلاميذه لأن بعضهم كان يقصده للحديث وبعضهم للفقه ، والبعض الآخر للأمريين مجتمعين¹¹.

2- لزومه للمدينة لا يبرحها إلا لمكة حاجاً ، فهذه الملازمة كانت هي الأخرى عاملاً من العوامل التي ساعدت في كثرة تلاميذه ، لأن المدينة كانت مقصد المسلمين ومزارهم بعد حجهم أو اعتماهم ، وكما ساعد هذا العامل في كثرة تلاميذ الإمام مالك فقد ساعد أيضاً في تنوعهم من جهة أن بعضهم كان من داخل المدينة و كثيراً منهم كانوا من خارجها .

3- طول المدة التي مكثها يدرس الحديث و الفقه حيث قضى نحواً من أربعين سنة وهو على تلك الحال الطيبة في مجلسه المهيّب ، ولا ريب في أن طول المدة يؤدي إلى كثرة التلاميذ و تكاثفهم وتعاقب الأجيال في الأخذ والتلقي¹².

4- تنوع وسائل وطرق التلقي عنه وهي وسائل اتسمت بالسعة والمرونة وضمت إلى التلقي المباشر المراسلات بينه و بين تلاميذه من البلدان البعيدة والنائية عن

10 الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم الفاروقي، حجة الله البالغة، ط1، المطبعة الخيرية، 1322هـ، 1 : 114.
11 أحمد علي، الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم ، اصطلاح المذهب عند المالكية ، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد (15)، السنة الرابعة، ص53.
12 التركي، عبد المجيد ، رواية موطأ مالك و علماء القيروان ، بحث مقدم في ملتقى القيروان مركز علمي مالكي بين المشرق والمغرب حتى القرن الخامس للهجرة، ص 1.

المدينة ، قال سحنون : " كنت عند ابن القاسم وجوابات مالك ترد عليه " ¹³ . وقال ابن الحارث عن ابن فروخ : " كان من شيوخ أفريقية وممن رحل إلى مالك فسمع منه وكان يكتبه ويجاوبه مالك " ¹⁴ . واشتهر عن ابن غانم أنه كان يكتب إلى عثمان بن عيسى بن كنانة فيسأل له مالكا عن أحكامه " ¹⁵ .

والعامل الأخير الذي يمكن إضافته إلى جملة العوامل السابقة في كثرة تلاميذ الإمام مالك والآخرين عنه الصلة الروحية الحميمة التي كانت تربط بين ذلك الإمام الورع وبين تلاميذه ومريديه حكى الطحاوي أن ابن فروخ قدم المدينة فلبس ثيابه فقدم قبر النبي ﷺ فسلم عليه ثم أتى مالكا فلما رآه تلقاه بالسلام وقام إليه وكان لا يكاد يفعل ذلك بكثير من الناس ، ثم فسح له في المجلس بجانبه كما وجه إليه المسائل التي كانت ترد عليه للإجابة فيها وأخيراً التفت إلى أصحابه وقال هذا فقيه المغرب ¹⁶ .

ونظراً لكثرة تلاميذ الإمام وتنوعهم واختلاف بلدانهم على النحو السالف ، وتدوينه لمذهبه في كتابه الموطأ فقد نشأت للفقه المالكي مدارس هي مدرسة المدينة وهي المدرسة الأولى وكان اتجاهها إلى الحديث النبوي ثم نشأت المدرسة العراقية بالبصرة على يد تلاميذ مالك الذين كانوا بالعراق ، وهذه المدرسة قريبة من المدرسة المدنية إلا أن تأثرها ببيئة العراق مكن للرأي فيها حيث كانت تميل إلى التحليل الفقهي للصور الفقهية والاستدلال الأصولي ، تحرير المسائل على رسم الجدليين وأهل النظر من الأصوليين ¹⁷ .

والمدرسة المصرية وكان يرأسها ابن القاسم الذي نقل عنه سحنون أراء الإمام في المدونة ، وهذه المدرسة تتبنى خط المدرسة المدنية من حيث اعتماد عمل أهل المدينة مع الحديث وهو المنهج السائد في المذهب المالكي ¹⁸ .

¹³ الطالباني : تراجم أغلبية : 89

¹⁴ المرجع السابق : ص 40

¹⁵ المرجع السابق ، و تراجم أغلبية - ص 77

¹⁶ المرجع السابق : 42

¹⁷ أحمد علي ، الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم ، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص 67 .

¹⁸ المرجع السابق : 72

والمدرسة المغربية بمعناها الواسع و تضم المدرسة القيروانية وتتجه اتجاه مدرسة المدينة من حيث التعلق بالحديث والآثار لأنها كانت كثيرة الالتصاق بتلك المدرسة عن طريق الحج ، وعن طريق الرسائل المتبادلة والاهتمام بالموطأ ، كما أن قدمها جعل صلتها من البداية متوطدة بمدرسة المدينة ، كما تضم المدرسة القروية وكانت تركز على الاهتمام بالبحث في ألفاظ الكتب ، وتحقيق ما احتوت عليه بواطن الأبواب وتصحيح الروايات وبيان وجوه الاحتمالات والتنبيه على ما في الكتاب من اضطراب الآثار ، وترتيب أساليب الأخبار ، وضبط الحروف على حسب ما وقع في السماع ¹⁹ .

وفي كل الأحوال فقد دار المذهب المالكي في نشأته وتطوره في مراحل ثلاث ²⁰ :

1- مرحلة التأسيس وتبدأ من نشأة المذهب على يد الإمام مالك التي سلف بيانها وتنتهي بنهاية القرن الثالث الهجري . وقد تميزت هذه المرحلة بوضع أسس المذهب بجمع روايات الإمام و الروايات عنه وتدوينها في دواوين فقهية معتمدة ويتمثل ناتجها في الموطأ المروي عن الإمام مالك نفسه ، وقد تعددت رواياته حيث رواه محمد بن الحسن الشيباني (توفي 189 هـ) صاحب الإمام أبي حنيفة ، ويحيى بن يحيى الليثي الأندلسي (توفي 234 هـ) وعلي بن زياد القيرواني (توفي 190 هـ) . والمدونة وهي الأسدية التي جمعها أسد بن الفرات (توفي 213 هـ) في بادئ الأمر بعد رحلته للعراق وأخذ المسائل وتعرفه على طريقتهم بعد رحلته إلى المدينة

¹⁹ المرجع السابق: 74

²⁰ الإمام الفاضل ابن عاشور يجعل هذه المراحل خمساً : الأولى مرحلة الكتب الأمهات و هي من بداية القرن الثاني مع ظهور الموطأ للإمام مالك إلى منتصف القرن الرابع ، و تبدأ المرحلة الثانية بظهور ابن أبي زيد القيرواني الذي كان يسمى " بمالك الصغير " وهي مرحلة التفريع، والثالثة من بداية القرن الخامس إلى بداية السادس حيث دخل الفقه في التطبيق على الأصول ، والرابعة من بداية القرن السادس إلى السابع وهي مرحلة الترجيح ، والخامسة من بداية القرن السابع وهي مرحلة المختصرات ، وقد اختار د. محمد إبراهيم أحمد صاحب كتاب " اصطلاح المذهب عند المالكية " جعل هذه المراحل ثلاثاً فقط ، وقد أيد ذلك أ.د. أحمد طه ريان ، واختاره حسن وأدعى للتركيز مع استيعابه لتقسيم الشيخ الفاضل. أ.د. أحمد طه ريان المرجع الوزير - الفصل 12 - مصادر المذهب المعتمدة .

وتعرفه على فقهها و مسائلها ، ولما كان الإمام مالك قد توفي فقد عرض تلك المسائل على عبد الرحمن بن القاسم (توفي 128هـ) فأجابه عنها بما يحفظ عن الإمام مالك ثم نقحها سحنون بن سعيد (توفي 240هـ) بحذفه ما لا حاجة فيه منها وأعاد صياغتها منهجاً ومادة بعد أن كانت الأسدية مالكية من حيث المادة الفقهية لكنها كانت على منهج العراقيين غير المحبب إلى مالك²¹ ، والواضحة التي دونها عبد الملك بن حبيب الأندلسي (توفي 238هـ) وقد أخذ سماعاتها عن عبد الملك بن الماجشون (توفي 214هـ) وعن مطرف بن عبد الله (توفي 220هـ) وهما من فقهاء المدرسة المدنية الذين تلقوا الحديث والمسائل من الإمام مالك مباشرة ، والمستخرجة أو العتبية التي دونها محمد بن أحمد العتبي (توفي 255هـ) ورتب سماعاتها كلاً على حدة حيث جمع سماع ابن القاسم عن مالك على حدة وسماع أشهب وابن نافع على حدة ، وسماع سحنون عن ابن القاسم على حدة والموازية لعبد الله بن محمد بن إبراهيم المواز (توفي 299هـ) وهي مأخوذة من ترجيحات المدرسة المالكية المصرية . وتسمى الكتب الأربعة " المدونة والواضحة والمستخرجة والموازية " بالأمهات التي قام عليها المذهب المالكي²² ، وهناك كتب أخرى كالمجموعة التي ألفها محمد بن عبدوس القيرواني (توفي 260هـ) والمبسوط للقاضي إسماعيل بن إسحق (توفي 284هـ) و هو مؤلف على أسلوب المدرسة المالكية العراقية ، ومختصرات عبد الله بن الحكم (توفي 214هـ) وهي معتمدة في المدرسة العراقية. وتتميز هذه الدواوين بتمثيلها واستيعابها للمدارس المالكية المختلفة فالمدونة مدنية قيروانية ، والواضحة مدنية أندلسية والعتبية أو المستخرجة تجمع بين المدرستين المصرية والقيروانية ، والموازية مصرية أما المدرسة القروية فلم يظهر أثرها لتأخر تبلورها و تكوينها . و قد اقتصررت هذه المدونات في تناولها للمسائل الفقهية

21 الريان، أ.د. أحمد علي طه ، المدخل الوجيز في التعريف بمذهب إمام الفقه والحديث مالك

بن أنس ، ص 204

22 المامي، د.محمد المختار ، المذهب المالكي ، ص 50 ، 250

على آراء المالكية دون غيرهم ، إذ كان دورها آنذاك تأسيسياً فلم تنشغل بالآراء المخالفة للمذهب المالكي في المسائل التي توفرت على عرضها و دراستها 23 .

2- مرحلة التطور وتبدأ من بداية القرن الرابع الهجري إلى بداية القرن السابع ، وتشمل من الناحية الموضوعية التفريع و التوسعة للمرحلة التأسيسية مع استدراك الآثار التي لم تضمها المدونات المؤسسة ولم تكن تحفل بالخلاف إلا بالخلاف داخل المذهب ، وأعقب ذلك في هذه المرحلة التطبيق على الأصول مع عرض الخلاف بين المذهب وغيره من المذاهب و من ثم الترجيح 24 .

ومن كتب هذه المرحلة التفريع لابن الجلاب (توفي 378هـ) الذي احتوى على مسائل كثيرة ليست في المدونة ، و" النوادر والزيادات " على ما في المدونة من غيرها من الأمهات " لابن أبي زيد القيرواني (توفي 368هـ) وقد جمع فيه ابن أبي زيد ما تفرق في كتب المذهب المالكي مع إضافته للزيادات التي هي عبارة عن الأحداث التي حدثت في عصره و تنزيلها في ضوء ما جاء في تلك الكتب 25 . والإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي (توفي 422هـ) وهذا الكتاب فيه تفريع وفيه مقارنة لآراء المالكية بآراء غيرهم من المذاهب الأخرى ، والتلقين للقاضي عبد الوهاب أيضاً وهو ينحو نحو التقعيد والتفريع على طريقة العراقيين ، والتهذيب لمسائل المدونة للبرادعي (توفي 438هـ) وهو اختصار وتهذيب لمسائل المدونة. والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (توفي 463 هـ) ويمتاز هذا الكتاب باعتماده على دواوين الفقه المالكي الموثوق بها 26 . والتبصرة للخمّي (توفي 478 هـ) وفيه مخالفات مشهورة لبعض أقوال مالك وأصحابه " والمقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية

²³ إمامي، د.محمد المختار ، المذهب المالكي ، ص 245

²⁴ المامي، د.محمد المختار، المذهب المالكي، ص 245 ، والمدخل الوجيز في التعريف بمذهب الفقه والحديث مالك بن أنس، ص200.

²⁵ ابن عاشور ، الشيخ الفاضل الطاهر، أعلام الفكر الإسلامي في المغرب العربي، ص 48.

²⁶ المذهب المالكي ص 266.

والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشكّلات "لابن رشد الجد (توفي 520 هـ) وابن رشد في هذا الكتاب يعتني بالاستدلال كما أنه صدر كتابه بمقدمة أصولية .
ولابن رشد أيضاً " البيان والتحصيل والشرح والتوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة " ، وهو شرح للعتبية اهتم فيه بالتوجيه و التعليل العقليين ، وشرح التلقين للمازري (توفي 536هـ) وهو شرح لكتاب التلقين للقاضي عبد الوهاب و" بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد (توفي 595هـ) وهو كتاب يهتم بنكت الخلاف وأسبابه في إطار من التأصيل والتعديد وهو كتاب مشهور بين كتب المذهب المالكي كما أنه محل الثناء قديماً وحديثاً نظراً لأهميته²⁷ ، فالجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس (توفي 610هـ) .

3- دور الاستقرار ويبدأ ببداية القرن السابع و يستمر إلى العصر الحاضر وسمة هذا الدور هي الاختيارات والاختصارات والتعليلات والشروح والحواشي وهو يعكس قناعة علماء المذهب بأن الفقه المالكي وصل إلى درجة لم يعد معها في حاجة إلى مزيد²⁸ .

ومن كتب هذا الدور جامع الأمّهات لابن الحاجب (توفي 646هـ) المعروف بمختصر ابن الحاجب الفرعي ، وهو حاو لما جاء في المطولات الفقهية الأولى لكنه موجز ، ولهذا وصفه ابن خلدون بأنه " برنامج للمذهب " وكتاب الذخيرة في الفقه للقرافي (توفي 684هـ) وهو كتاب موسوعي اعتنى فيه صاحبه بالاستدلال من الكتاب والسنة مع الترجيح والاختيار كما صدره بمقدمة أصولية هي نفس كتابه " تنقيح الفصول" والقوانين الفقهية لابن جزي (توفي 741هـ) وهو من الكتب التي اهتمت بالخلاف بين المالكية و المذاهب الفقهية الأخرى . ومختصر خليل بن إسحق (767هـ) وهو اختصار لشرح ابن الحاجب الفرعي الذي تقدم ذكره ويدخل في باب التقنين للفتوى .

²⁷ المذهب المالكي، ص 275.

²⁸ المذهب المالكي، ص 275.

وبعد ذلك توالى شروح كثيرة على مختصر خليل ، وقبله وبعده شروح للرسالة لابن أبي زيد القيرواني وجوامع للفتاوي أبرزها " المعيار المعرب والجامع المغرب من فتاوي أفريقية والأندلس والمغرب " للونشريسي (توفي 914هـ) .

ورغم أن هذه الكتب جاءت في عصر التقليد إلا أنه كانت تظهر بينها أحياناً كتب قوية من جهة تأصيلها وتجديدها كالذخيرة للقرافي والقوانين الفقهية لابن جزي .

هذا ولا بد من بيان أن الفقه المالكي مر في مراحل تطوره بكتب تعني بالجانب العملي مباشرة كالكتب الخاصة بالقضاء و بالفتوى و التوثيق بل إن بعضها يهتم بالأسواق و التجارة التي تدور فيها و الموازين و المكايل و أحكام التسعير و الاحتكار ككتاب "أحكام السوق" ليحي بن عمر الأندلسي (توفي 289هـ) كما أن بعضها يهتم بالمعمار والبناء ككتاب " الإعلان بأحكام البنين " لابن الرامي التونسي (توفي 734هـ) .

ويبدو أن هذا النوع الأخير المتخصص كان في الأندلس وأفريقيا ، أما كتب القضاء فقد كانت في المغرب والمشرق على حد سواء .

ومن كبار الذين كتبوا فيها الباجي (توفي 474هـ) و كتابه " فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام " وابن سلمون الكناني و كتابه " العقد المنظم للحكام فيما بين أيديهم من العقود والأحكام " وكتاب " تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام " لابن فرحون (توفي 799هـ) و " تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام " لأبي بكر بن عاصم (توفي 839هـ) وكتاب "جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام " للبرزلي (توفي 841هـ) وكتاب " المنهج الفائق " للونشريسي (توفي 914هـ) وهو في أحكام التوثيق .

وقد يكون الكتاب أحياناً في موضوع نظرية فقهية معينة كالالتزام للحطاب (توفي 954هـ) للقرافي (توفي 648هـ) و كتابه " الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام

وتصرفات القاضي والإمام " ولابن الرفيع قاضي الجماعة بتونس (توفي 733هـ) وكتابه " معين الحكام على القضايا و الأحكام " ²⁹ .

تعقيب :

ومما يمكن أن يعقب به الباحث بعد عرض مسيرة الفقه المالكي منذ أن نشأ إلى أن دخل في عصر التقليد و الاختصار هو الآتي :

1- أن خط تطور هذا الفقه كان خطأً طبيعياً ومتدرجاً حيث بدأ عند النشأة بمدونات الإمام مالك وتلاميذه المباشرين وسماعاته ثم تبع ذلك التفريع على الأمهات والاستدراكات ثم جاء التطبيق على الأصول والتوجيه والتعليل والتقعيد وتركيز منهجية المذهب مع المقارنة بين فقهه و فقه المذاهب الأخرى ، وقد تم ذلك من خلال منهجية مدارس هذا المذهب المختلفة والمتفتحة في الوقت ذاته على المدارس والمذاهب الأخرى ، والملتصقة ببيئات تغلب عليها الحضارة وأخرى بدوية تغلب عليها الفطرية والبساطة .

2- أن الحواجز الفنية بين آليات المنهجية في أجزائه " الفقه والأصول والقواعد " ، لم تحل بينه و بين التمازج مع هذه المعطيات حيث تجد في المدونات الأولى والوسيلة أصولاً يستنبط منها الفقه وفروعاً تخرج على تلك الأصول كما تجد بين ثناياه قواعد هي كلياته و ضوابطه ونظائر وفروق بين أحكامه تبرز عند التأصيل و المناظرة .

بل إن هذا الفقه أفلح في تركيز جزئياته في سياق مبادئ ونظريات عامة كنظرية الالتزام عند الحطاب ، ورد القاضي بن العربي أصول المعاملات إلى أربعة أصول هي (1) تحريم الربا (2) تحريم الغرر (3) عدم جواز أكل أموال الناس بالباطل (4) تحقيق المصلحة ³⁰ .

²⁹ راجع : المامي، د.محمد مختار، المذهب المالكي ، ص 243-373.

³⁰ ابن العربي ، أبوبكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، 96/1 الطبعة الثانية ، طبعة الحلبي .

3- أن هذا الفقه ظل يدور في مراحله المختلفة بين بسط يقتضيه التأسيس ، وضبط وتركيز يتبعه ، وبين بسط آخر يتعقب ذلك التركيز بالبسط مرة أخرى في إطار المتغيرات و المستجدات التي تستدعيها المصالح و تحتمها الأعراف المقبولة شرعاً.

4- أن هذا الفقه جمع بين العمومية والنوعية المتخصصة ، فعلى حين استمر خطه العام في تطوره لحقه اهتمام بالجوانب العملية بتركيز أكثر في القضاء والإثبات و التوثيق والفتوى .

5- أن هذا الفقه تتخلل أحكامه التفصيلية المقاصدية بوضوح حيث تجد أن رفع الضرر ورعاية المصلحة يصحب تعليقات تلك الأحكام كثيراً انطلاقاً من أصوله الواسعة في هذا الإطار والتي انعكست بدورها في قواعد رفع الضرر ومراعاة الضرورة والحاجة وآليات الموازنة بين المصالح و المفسدات . كما أن هذا الفقه يقدم نموذجاً عملياً بإفراده لباب " جامع" وهو الباب الذي يضم أصول العقيدة والأخلاق وفي ذلك دلالة فعلية على الرابط العضوي بين الأحكام الجزئية والمعمارية المقاصدية .

انتشار مذهب الإمام مالك :

بدأ المذهب المالكي انتشاره ببلاد الحجاز لأن الحجاز مكان نشأته . وقد سبق بسط الحديث عن فقه أهل المدينة وأثره في تكوين هذا المذهب ومن بعد الحديث عن المدرسة المالكية المدنية ، ودورها في هذا المذهب وفقهه كما ظهر بمصر وللإمام مالك تلاميذ مشهورون فيها أسهموا في خدمة هذا المذهب من الذين ترددت أسماؤهم و نحن نتحدث عن فقهه و المدرسة المصرية المالكية مدرسة مقدمة وأثرها واضح في المذهب ، وقد سبقت الإشارة إليه كما عرف هذا المذهب بالعراق عن طريق تلاميذ الإمام مالك الذين كانوا بالعراق وذكرتهم كتب السير والتراجم ، والمدرسة العراقية المالكية مدرسة متميزة وقد سبق الحديث عنها والإشارة إلى دورها في التمازج الفقهي الذي حدث بين المذهبين الحنفي والمالكي .

أما أهل القيروان فقد عرفوا هذا المذهب منذ أيام الفتح الأولى على يد بعض الفقهاء الذين رحلوا للإمام مالك وأخذوا عنه والذي تحكي المصادر أن عددهم كان يربو على الثلاثين رجلاً³¹.

ومدرسة القيروان المالكية من المدارس المبكرة و لها إسهام مقدر في خدمة هذا المذهب مثلها مثل المدرسة الأندلسية التي حمل لواءها يحيى بن يحيى الليثي وهي التي أثرت في فاس فكانت مدرسة القرويين .

هذا هو أمر انتشار المذهب المالكي قديماً أما في العصر الحاضر فينتشر هذا المذهب بمنطقة الإحساء بالمملكة العربية السعودية ، وهو المذهب الغالب على إمارة أبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة ، وقطر والبحرين والكويت ، وعلى صعيد مصر وجمهورية السودان ، وعلى المملكة المغربية وموريتانيا وتونس ، وليبيا والجزائر وتشاد ونيجيريا والسنغال والكاميرون وغينيا بيساو ومالي وموزمبيق والنيجر ، وغينيا وبنين وساحل العاج ، وغامبيا والغابون وتوجو وسيراليون³².

³¹ الطالب: تراجم أغلبية 93.

³² تيمور، أحمد تيمور باشا ، المذاهب الفقهية الأربعة ، مواطن متفرقة .

الفصل الأول

أدلة المذهب المالكي ومناسبتها للوقائع المستجدة

لعله من الأوفق ونحن نلج باب هذا البيان المتعلق بأدلة المذهب المالكي وأصوله أن نعرف بمصطلح " الأدلة " الذي يقود هو الآخر و بالضرورة إلى التعريف بأصوله .

والأدلة جمع دليل ، والدليل في اللغة هو الهادي إلى أي شيء حسياً كان أو معنوياً، خيراً أو شراً، و في الاصطلاح الأصولي هو " ما يستدل بالنظر الصحيح فيه على حكم شرعي عملي علي سبيل القطع أو الظن " ³³ .

وبعض الأصوليين يعرفه بأنه ما يستفاد منه حكم شرعي عملي علي سبيل القطع أما يستفاد منه حكم شرعي على سبيل الظن فيسمى أمانة لا دليل ³⁴ .

والإطلاق الأول هو المشهور ولهذا أثر تقسيم الأدلة إلى قطعية ، كالكتاب والسنة المتواترة ، وظنية كخبر الواحد والقياس وإضرابهما .

ويطلق على الدليل الأصل لأنه أحد معانيه كقولهم ، أصل هذه المسألة الكتاب والسنة أي دليلها ، ومنه أصول الفقه أي أدلته كما يطلق عليه الحجة لأن الحجة تعني البرهان والدليل ³⁵ . ومنه قول الأصوليين القياس حجة و الإجماع حجة الخ أي جعل الدليل واعتباره حجة بالأدلة التي تشهد لحجبه .

وأدلة الفقه المالكي أصوله التي أنبنى عليها ، وأدلته التي استنبطت أحكامه منها ، وعليه فهي تشمل الأدلة الكلية وهي القرآن والسنة والإجماع وغيرها كما تشمل الأدلة التفصيلية المتفرعة عن الأدلة الكلية ، كأفراد الآيات والأحاديث ، وأنواع

³³ الشوكاني، إرشاد الفحول ، ص 4 .

³⁴ الأسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول ، 16 \1 .

³⁵ الجرجاني، التعريفات 261 ، والمجدي ، مجموعة شرح قواعد الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين ، ص260 .

الإجماع ، وحديثات وطرق النظر العقلي في القياس ، والمصالح المرسلة والاستحسان وهلم جرا ، والأولى من اختصاص علم أصول الفقه ، والثانية من اختصاص الفقه ، فضلاً عن ذلك فإن أصول الفقه المالكي تشمل الأصول التي استخرجها فقهاء المذهب وشراحه من الفروع الفقهية في مرحلة لاحقة مثلما صنع فقهاء المذهب الحنفي مع أصول مذهبهم التي استخلصوها من فروع أئمتهم السابقين كالأخذ بمفهوم المخالفة و بفحوى الخطاب ، وبظاهر القرآن ، والقول بالعموم وغير ذلك من تفاصيل القضايا الأصولية .

وقد جاءت هذه الأصول مبثوثة في كتب علم الأصول التي كتبها مالكيون أو التعليقات التي علقوا بها على كتب غيرهم³⁶ ، على أن عدد هذه الأصول حدث فيه تباين بينهم فالقاضي عياض (توفي 544هـ) يقتصر في ذكرها على الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة والقياس . أما صاحب شرح البهجة فقد جعلها ستة عشر أصلاً فاصلاً بين الإجماع وعمل أهل المدينة ، وعاداً لقول الصحابي وللاستحسان وسد الذرائع ، والاستصحاب ومراعاة الخلاف الذي يذكر أنه محل خلاف .

أما السبكي الشافعي (توفي 771هـ) فقد ذكر في طبقاته أن أصول مذهب مالك تزيد على الخمسمائة ، ولعله كما يلاحظ الحجوي يشير إلى القواعد الفقهية المستخرجة من فروعه المذهبية ، فقد أنهاها القرافي في الفروق إلى خمسمائة وثمانية وأربعين بل إن المقرئ أنهاها إلى الألف والمائتين³⁷ .

وكلام الحجوي في هذا الصدد سليم ، ولعل مرد الأمر في المسألة أن القواعد الفقهية كان يطلق عليها – قبل تمايز المصطلحات - أصولاً كأصول الكرخي الحنفي، وأصول الفتيا للخشني المالكي .

36 أبو زهرة ، الشيخ محمد ، مالك حياته وعصره - آراؤه وفقهه ، ط 2، بيروت : دار الفكر العربية ، ص 204.

37 الحجوي، محمد بن الحسن ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، عناية ، هيثم طعيمي ، بيروت : المطبعة العصرية ، ص 318 ، ، وأبو زهرة ، مالك حياته وعصره، ص 206.

كما أن القاعدة تأتي بمعنى الأصل لأن الأصل لغة ماله فرع و القاعدة لها فروع والأصل يأتي بمعنى القاعدة المستمرة لبناء غيره عليه ، والقاعدة يبنى غيرها عليها. وأن بعض الأصوليين من المالكية يطلقون على بعض الأدلة قواعد كقاعدة الاستحسان وقاعدة الذرائع وقاعدة مراعاة الخلاف³⁸ ، مما يدل على التداخل بين المصطلحين مصطلح القاعدة ومصطلح الأصل في مرحلة من مراحل الحركة الأصولية والفقهية .

وفي كل الأحوال فلعل أدق إحصاء لأصول الفقه المالكي ما ذكره القرافي في تنقيح الفصول "حيث ذكر أن أصوله هي القرآن و السنة ، و الإجماع ، و إجماع أهل المدينة و القياس ، و قول الصحابي ، و المصلحة المرسلة ، و العرف ، و العادات ، وسد الذرائع ، و الاستصحاب ، و الاستحسان".³⁹

والأدلة النقلية هي القرآن والسنة و يلحق بهما الإجماع وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي أما أدلة الرأي فهي القياس والمصالح المرسلة والاستحسان ويدخل فيه مراعاة الخلاف ، وسد الذرائع ، والعرف والاستصحاب .

وسوف نقصر الحديث هنا على أدلة الرأي وعمل أهل المدينة لأنها ذات أثر كبير في الموضوع الذي نحن بصدده وهو الخصائص التشريعية للمذهب على أننا سوف نتناول الأدلة النصية من خلال المقارنة التي سوف تأتي بين أدلة المذهب المالكي وغيره من المذاهب ، وسوف يكون التعريف على النحو الآتي :

أولاً : عمل أهل المدينة :

قبل الحديث عن " عمل أهل المدينة " وطبيعته ومصدريته في المذهب المالكي لابد من الإشارة إلى أن الإمام مالكا يأخذ بالإجماع أيضاً وهو اتفاق المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي لا نص فيه⁴⁰ . وقد

³⁸ المامي ، المذهب المالكي ، ص 194

³⁹ القرافي ، شهاب الدين أبو العباسي ، تنقيح الفصول .

⁴⁰ ابن جزي ، تقريب الوصول، ص 335 ، ومحمد أبو زهرة ، مالك حياته وعصره ، ص 260

ذكره الإمام القرافي بين أدلة المذهب المالكي ولم يذكره القاضي عياض مكتفياً بذكر إجماع أهل المدينة⁴¹.

وعلى كل حال فإن أخذ الإمام مالك بإجماع أهل المدينة دليل على أخذه بالإجماع، لأن المسائل التي حدث فيها إجماع فعلي هي المسائل التي أجمع عليها الصحابة في المدينة قبل التفرق في الأمصار الإسلامية المختلفة، وما دام أن الإمام مالكاً تمسك بإجماع أهل المدينة حتى بعد خروج الصحابة منها فمن الطبيعي أن يجعل للإجماع موضعاً بين أدلته⁴². كما أنه يتوسع في مستند الإجماع يقول ابن جزي "يجوز عند مالك الإجماع عن الدليل والأمانة والقياس ولعل الإجماع عنده ما يعبر عنه في الموطأ بقوله "الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا"⁴³.

ومما ورد من ذلك في الموطأ ما جاء بشأن عدم جواز إرث القاتل عمداً من الدية: "الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن قاتل العمد لا يرث من دية من قتل شيئاً ولا من ما له ولا يحجب أحداً وقع له ميراث يقول الباجي في المنتقى "وأما القاتل العمد فلا يرث من المال ولا من الدية، وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب - رضي الله عنهما- و الدليل على ذلك إجماع الصحابة بلا خلاف نعلمه"⁴⁴.

وبناءً على هذا التحديد للإجماع بمعناه العام عند الإمام مالك فإن عمل أهل المدينة عنده يأتي في مرتبة تالية للإجماع العام ويشمل ما أجمع عليه كل فقهاء المدينة أو ما أجمع عليه أكثرهم، وسواء كان سنده نقلاً أو اجتهاداً⁴⁵.

وعلى ذلك يمكن تقسيم عمل إلى أهل المدينة إلى أنواع هي:

1- ما أجمع عليه أهل المدينة كلهم و كان سنده النقل .

2- ما كان عليه بعض أهل المدينة و كان سنده النقل .

41 القرافي، شرح تنقيح الفصول، 49، والقاضي عياض بن موسى السبتي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعيان مذهب مالك، مطبعة الشمال الأفريقي بالرباط، 1965م.

42 الخولي، أمين الخولي، مالك ترجمة محررة، ص 711، وبحث الدكتور الصديق الضير، إجماع أهل المدينة، مجلة معهد أم درمان العلمي، ص21. وتقريب الوصول، ص335.

43 انظر الموطأ في مواطن متفرقة.

44 السيوطي، شرح الموطأ، 191/2، والباجي، المنتقى، 108/7.

45 راجع: الشعلان، د. عبد الرحمن، أصول فقه مالك النقلية، 769/3. والمذهب المالكي 431.

3- ما أجمع عليه أهل المدينة و كان سنده الاجتهاد .

4- ما اختلف فيه أهل المدينة و كان سنده الاجتهاد .

وقد اعتبر ابن رشد الجد ، والقاضي عياض ، وأبو عباس القرطبي النوع الأول حجة لأنه من باب الخبر المتواتر كما أن غيرهم قد اتفقوا على حجيته ، وإن لم يصرحوا أنه من باب السنة وإنما حملوه على الإجماع⁴⁶ ، ويتمثل هذا الضرب في نقل الشرع ابتداءً عن الرسول ﷺ ونقل الأعيان وتعيين الأماكن كنقلهم الصاع والمد، وتعيين موضع المنبر ، وتعيين الروضة والبقيع والمصلى وغير ذلك ، ونقل العمل المستمر كنقل الوقوف والمزارعة والأذان⁴⁷ .

أما النوع الثاني وهو ما كان فيه اختلاف في تفسير ذلك النقل فيبدو من عموم عباراتهم أنه حجة عند مالك ، وهذا صحيح لأن الإمام مالكا كان يعقب في مثل هذه الأحوال بقوله : " وهذا أحسن ما سمعت " كما أن الخلاف فيه لم يحك لأن حكاية الاختلاف كانت من جهة النقل و الاجتهاد ، و لم تكن من جهة الاتفاق و الاختلاف . أما ما كان سنده الاجتهاد من عمل أهل المدينة سواء كان متفقاً عليه أو مختلفاً فيه، فقد جاءت فيه أربعة أقوال :

- 1- أنه ليس بحجة و لا يعتبر مرجحاً لاجتهاد على آخر ، و إلى هذا ذهب أبو يعقوب الرازي و القاضي أبو بكر بن المنتاب ، و الطيالسي ، و أبو بكر الأبهري .
- 2- أنه ليس بحجة و لكنه مرجح لاجتهاد على آخر و إلى هذا ذهب بعض المالكية .
- 3- أنه حجة و لكن لا يحرم خلافه و هذا كلام ابن المعذل .
- 4- أنه حجة إذا انفرد و مرجح لأحد الاجتهاديين على الآخر و هو قول المغاربة و أبو الحسن بن أبي محمد من البغداديين⁴⁸ .

46 البخاري ، علاء الدين ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، 242\3 ، والشيرازي، التبصرة، 365 .

47 ابن تيمية ، تفضيل مذهب الإمام مالك وأهل المدينة وصحة أصوله، ص، 19، 20 و 39 ، وابن القيم ، إعلام الموقعين ، 2\3 .

48 ابن القيم ، إعلام الموقعين، 3\3 ، وابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 100\3، والشوكاني، إرشاد الفحول، ص73 .

وأقرب هذه الأقوال إلى مراد الإمام مالك- فيما أرى - هو حجية عمل أهل المدينة الذي طريقه الاجتهاد لسببين :

أولهما : إن في رسالة الليث بن سعد إلى الإمام مالك ما يشير إلى ذلك ، حيث يركز على أن أهل المدينة بعد عصر الصحابة اختلفوا اختلافاً كبيراً ، ولو كان التنازع فيما طريقه النقل لما كان الاختلاف كبيراً ولما ساقه الإمام الليث حجة على الإمام مالك ، لأن المسائل النقلية لم يحدث فيها خلاف كالخلاف الذي يصفه الليث في رسالته.⁴⁹

ثانيهما : أن الإمام مالكاً يشير صراحة إلى اعتماده على عمل أهل المدينة الذي طريقه الاجتهاد و من ذلك قوله في قسم الصدقات : " الأمر عندنا في قسم الصدقات أن ذلك لا يكون إلا على وجه الاجتهاد من الوالي ، فأى الأصناف كانت فيه الحاجة أو العدد أوثر ذلك الصنف بقدر ما يرى الوالي ، وعلى أن ينقل ذلك إلى الصنف الآخر بعد عام أو عامين أو أعوام ، فيؤثر أهل الحاجة و العدد حيثما كان ذلك⁵⁰ .

وقد ذهب إلى تأييد هذا الاتجاه من المعاصرين الشيخ محمد أبو زهرة حيث يقول : " ويجب أن نقرر أن مالكاً رحمه الله عندما كان يحتج بالأمر المجتمع عليه في بلده ما كان يقتصر على الأمور التي لا تعرف إلا بالتوقف بل كان يذكر ذلك في أمور للرأي فيها مجال و يأخذ بقولهم "51 .

وكذلك أستاذنا الصديق الضريع الذي يقول : فعمل أهل المدينة الذي طريقه النقل أي الذي لا يمكن أن يعرف إلا بالتوقيف كالآذان ، وعملهم الذي يكون للاجتهاد فيه مجال كلاهما حجة عند مالك مقدم على خبر الأحاد ، كما يستفاد من عموم عباراته ، ومن المسائل التي أخذ فيها بعمل أهل المدينة وهي من المسائل الاجتهادية "52 ، وعلى ذلك أيضاً فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد طه ريان⁵³ .

⁴⁹ القاضي عياض، ترتيب المدارك، رسالة الليث إلى الإمام مالك ، 41\1 ، 42.

⁵⁰ السيوطي، شرح الموطأ ، 201\1.

⁵¹ الشيخ محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره، 339 .

⁵² مجلة معهد أم درمان العلمي بالسودان بحث عن "إجماع أهل المدينة" ص 19.

⁵³ الريان، أد. أحمد طه، المدخل الوجيز في التعريف بمذهب إمام أهل الفقه و الحديث ، ص143، وانظر: المامي، د.محمد المختار ، المذهب المالكي، ص437.

ثانياً : القياس :

القياس في اللغة التقدير والتسوية . وفي الاصطلاح يعرفه ابن جزي بأنه " إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه لجامع بينهما " ⁵⁴ ، ويعرفه الحطاب بأنه رد الفرع على الأصل لعله تجمعهما في الحكم " ⁵⁵ .

والتعريفان متقاربان ويتجهان بالقياس إلى أنه فعل المجتهد وهو الذي عليه جمهور المتكلمين على أن تعريف ابن جزي أسلم من التعريف الآخر لتعبيره عن الأصل بالمنطوق به وعن الفرع بالمسكوت عنه تفادياً للتعبير بالأصل والفرع الذي يترتب عليه الدور كما يقول الأصوليون ⁵⁶ .

وفوق تعريف أصولي المالكية للقياس فهم يدركون وظيفته بكفاية حيث يصفونه بأنه "من أهم أصول الفقه ، إذ هو أصل الرأي ، وينبوع الفقه ، ومنه تنتشعب الفروع ، وعلم الخلاف ، وبه تعلم الأحكام والوقائع التي لا نهاية لها ، فإن اعتقاد المحققين أنه لا تخلو واقعة من حكم ، ومواقع النصوص والإجماع محصورة ⁵⁷ كما أن الإمام مالكا أمام المذهب قد استخدمه في موطنه وإن لم يسمه باسمه الاصطلاحي وإنما كان يطلق عليه الرأي ، ومادة الرأي تتداول في الموطأ بمختلف اشتقاقاتها ⁵⁸ .
والمالكية وإن كانوا يتفقون مع جمهور الأصوليين في جوهر القياس وفكرته إلا أن لهم خواصاً ومميزات فيه من حيث :

1- أن القياس عندهم يأتي على أرضية ثابتة من الاهتمام بالتعليل ، والتعليل هو لب القياس لأن العلة هي أساس العلاقة العضوية بين الأصل والفرع إذ هي التي تجمع بينهما ، رابطة بين الأصل المقيس عليه ، والفرع المقيس .

⁵⁴ ابن جزي، تقريب الأصول إلى علم الأصول ، تحقيق: محمد المختار الشنقيطي ، ط2،

2002م، ص345

⁵⁵ شرح الحطاب على الورقات، ص 148 .

⁵⁶ راجع : الأسنوي، نهاية السؤل ، مبحث : شرح تعريف القياس .

⁵⁷ الشنقيطي، نشر البنود على مراقبي السعود ، 104\2.

⁵⁸ راجع : السيوطي، شرح الموطأ ، 132\1، 123، 75، 69، 43، 40، 25، 134

والتعليل عند المالكية ويتفق معهم غيرهم يكون في العادات لا العبادات ، لأن العبادات لا يلتفت فيها إلى معانيها وإنما الموقف معها هو التسليم بخلاف العادات التي هي جارية على المعنى المناسب المعقول⁵⁹ .

وقد أسس إمامهم في موطنه ومسائله ذلك فكان يربط الأحكام بعلاها فهو - مثلاً - لا يربط مدة الخيار في البيع بزمان وإنما يربطه بالحاجة إليه ، والحاجة بشأنه تتفاوت بتفاوت المبيعات ، ويعتبر أن النصوص الواردة في الخيار معللة ، واردة للتنبيه على هذا المعنى ، ويفسر نهى الرسول ﷺ عن تلقي الركبان بأن المقصود به أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون الآخرين ، وتعليله عدم إجازة القراض (المضاربة) بغير الدراهم والدنانير ، بأن العروض والسلع يلحقها التغيير وغير ذلك الكثير .

وقد انعكست سمة الاهتمام بالتعليل التي تميز بها الإمام مالك في تلاميذه ومدرسته التي سيطر عليها التعليل بدرجة بينة ، وقد رأينا ونحن نتناول تطور الفقه المالكي كيف اهتم فقهاؤهم بفحص آراء الفقهاء السابقين لهم وعللوها وخرجوا عليها ، وأن مرحلة تشريعية كاملة سيطر عليها هذا النمط من النشاط الفقهي .

ومن مظاهر أثر التعليل أنهم توسعوا في القياس على النحو الآتي :

أ- إجازتهم للقياس على القياس إذا تعذر القياس على الأصول الأساسية الكتاب والسنة والإجماع ، وفي هذا يقول ابن رشد الجد في المقدمات الممهدات " فإذا علم الحكم في الفرع صار أصلاً وجاز القياس عليه بعلة أخرى مستنبطة منه ، وإنما سمي فرعاً ما دام متردداً بين الأصلين لم يثبت له الحكم بعد ، وكذلك إذا قيس على ذلك الفرع بعد أن ثبت أصلاً بثبوت الحكم فيه فرع آخر بعلة مستنبطة منه أيضاً فثبت الحكم فيه صار أصلاً وجاز القياس عليه إلى ما لا نهاية له " ⁶⁰ ، بل يؤكد أن

⁵⁹ الشاطبي، الاعتصام ، 132، 133.

⁶⁰ ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، 23\1.

هذا المعنى متفق عليه بين مالك و أصحابه .⁶¹ مع مناقشته لأراء المعارضين في هذا الصدد.⁶² ومن ذلك في فقه المالكية إثباتهم لحد الخمر بالشهادة على الرائحة تشبيهاً بالصورة والخط .

ب- إجازتهم للقياس في الحدود والكفارات إذا عقل المعنى ووافقهم في ذلك الشافعية أما الحنفية فيمنعون ، وفي هذا يقول الزركشي : " حكى الباجي عن أصحابهم بقولنا و حكاة القاضي في التقريب عن الجمهور من أصحاب مالك"⁶³ و يقول الباجي نفسه : " إذا ثبت أن القياس دليل شرعي فإنه يصح أن يثبت به الحدود والكفارات والمقدرات " ، ويقول القرافي " إنما نعدل للقياس حيث ظفرنا بالمعنى الذي لأجله ثبت الحكم فحيث تعذر ذلك و كان تعبداً بالقياس فإننا لا نقيس فلا يرد علينا مواطن التعبد"⁶⁴ ومثاله جعل الصداق ربع دينار قياساً على قطع اليد في السرقة بجامع أن كلا منهما فيه استباحة عضو ومنه ما جاء في الرفقاء في الأسفار يسرق بعضهم أنهم يقطعون قياساً على المتجاوزين في الدور والمقاصير ، قال ابن القاسم " سألت مالكا عنها فقال يقطعون " . قال مالك : " وإنما ذلك في منزلة الدار فيها المقاصير والسكان متحازين فيسرق بعضهم من بعض أنه يقطع " ⁶⁵ .

وفي سلامة هذا الاتجاه ودلالته على مناسبة الفقه المالكي للمستجدات المعاصرة وهو موضوعنا ما جاء عن محمد بن الحسن الحجوي وهو بشأن التداخل بين المذاهب التي توجب الضرورة أحياناً حيث قال : " مثلاً الحنفية لا يجوزون القياس في الحدود ، وقد دعت ضرورة الوقت لسن زواج من ضرب وحبس لمن فعل جرائم غير مذكورة في الكتاب والسنة كتأديب وال ارتشى ، أو عامل أو أمين اختلس مال الدولة ، أو نحو هذا فلا بأس بالحنفي أن يقلد مالكيأ يرى أن الإمام يعزز لمصلحة الله أو آدمي بأنواع التعازير ، ثم تقدر تلك التعازير وتبين بأنواعها ،

⁶¹ المرجع السابق .

⁶² الإيجي ، شرح العضد على مختصر المنتهى، 210\2.

⁶³ القرافي ، شرح تنقيح الفصول، ص 183.

⁶⁴ المصدر السابق ، ص 182.

⁶⁵ المدونة الكبرى ، 28\16.

وتكون جارية على القوى والضعيف لتنضبط الحقوق اقتداء بما فعل عمر في الزيادة على حد الخمر" ⁶⁶.

ج- أن الغالب عندهم إجازة القياس على الرخص والمستثنيات ، أما الحنفية فذهبوا إلى عدم جواز القياس فيها ، وذهب الشافعية إلى جوازه ⁶⁷ ، والحنابلة يقولون بجواز القياس في الرخص إذا عقل المعنى ، وفي موقف المالكية يقول القرافي " وقد حكى المالكية عن مذهب مالك قولين في جواز القياس على الرخص ، وخرجوا على القولين فروعاً كثيرة في المذهب" ⁶⁸ ، والباجي يؤيد اتجاه الإجازة حيث قال- بعد أن حكى الخلاف في المسألة : " الصواب أن ينظر إلى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع فإن كانت علته واقعة قصر الحكم على موضعها ، وإن كانت متعديّة عداه وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت" ⁶⁹.

ومن فروع القاعدة إجازة المالكية للمساقاة في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون ⁷⁰ ، من غير ضرورة وهذا الرأي من الآراء التي تناسب العصر الآن لأن الناس يحتاجون للمساقاة في الأصول المذكورة أكثر من النخل والكروم لما تمثله من أصول نقدية كالزيتون الذي تعتمد بعض البلدان عليه في اقتصادها . ومن فروعها أيضاً إباحة أكل الميتة عند الضرورة يقاس عليه المكروه ، لأن الإكراه ضرورة .

ثالثاً : المصالح المرسلة عند المالكية :

الدليل الثاني من أدلة الرأي عند المالكية المصالح المرسلة و هي "كل مصلحة داخلية في مقاصد الشرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء" ⁷¹ ، فكل أمر يحقق مصلحة مرعية في جملة أحكام الشرع بأن يكون فيه حفاظ على كلية من

⁶⁶ الحجوي، الفكر السامي، 718،719/1.

⁶⁷ ابن رشد، بداية المجتهد، 295\1.

⁶⁸ القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 183.

⁶⁹ الباجي، المنتقى، 244\4.

⁷⁰ ابن رشد، بداية المجتهد، 245،246\2.

⁷¹ ابن الحاجب، شرح العضد على مختصر المنتهى، 342\2.

الكليات الخمس : الدين - النفس - العقل - النسل - المال ، و لم يرد فيه عن الشارع نص خاص يعتبره ، و لا نص خاص يلغيه فهو من باب المصلحة المرسلّة لأنه إذا ورد فيه نص خاص يعتبره فهذا القياس المصطلح عليه و الذي سبق الحديث عنه ، و إذا ورد فيه نص خاص يلغيه فالمصلحة هنا تكون ملغاة لأن النص قضى بذلك كمصلحة مساواة البنت الأنثى لأخيها الذكر في الميراث فهي مصلحة ملغاة لقوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾⁷² الذي دل على أن ميراث الأنثى على النصف من ميراث الذكر.

والمصالح المرسلّة بهذا التحديد تدخل في باب القياس إذا توسعنا في مفهومه من جهة ما فيها من قياس على كليات الشريعة ، وبهذا الاعتبار سماها ابن رشد الحفيد وهو من فقهاء المالكية الذي مرنوا على التأصيل ورد الفروع إلى كليات جامعة- بالقياس المرسل وقياس المصلحة.⁷³

وقد خرج فقهاء المالكية شروطها في المذهب مستخلصين لها من فروع إمامهم وهي :

- 1- الملاءمة لمقاصد الشرع بحيث لاتنا في أصلاً من أصوله ، و لا دليلاً من دلائله.
- 2- أن تكون معقولة في ذاتها جرت على المناسبات المعقولة التي إذا عرضت على العقول تلقفتها بالقبول .
- 3- أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري أو رفع حرج لازم في الدين⁷⁴ .

والأخذ بالمصالح المرسلّة ليس قاصراً على مذهب الإمام مالك ، و إن كان قد تميز في الأخذ بها ، والإكثار من التفريع عليها ، وفي هذا يقول القرافي : " وأما المصلحة المرسلّة فالمنقول أنها خاصة بنا و إذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرعوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي

⁷² سورة النساء ، الآية 11.

⁷³ راجع : ابن رشد، بداية المجتهد ، 263\2 .

⁷⁴ الشاطبي، الاعتصام، 129، 130\2.

جمعوا أو فرقوا بل يكتفون بمجرد المناسبة و هذا هو المصلحة المرسله فهي حينئذ في جميع المذاهب⁷⁵.

وأقرب المذاهب إلى المالكية في الأخذ بها هم الحنابلة ، وفي هذا يقول ابن دقيق العيد " الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ، ويليه أحمد بن حنبل ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة " ⁷⁶.

أما الحنفية فيأخذون بها في إطار الاستحسان الذي توسعوا فيه ، وكان من بين أقسامه عندهم استحسان الضرورة كما أن لهم فروعاً كثيرة تدخل في باب المصالح المرسله⁷⁷ ، والشافعية يأخذون باستحسان الضرورة كما أن لهم فروعاً كثيرة تدخل في باب المصالح المرسله⁷⁸ ، الشافعية يأخذون بها ، وهي منسوبة إلى إمامهم الشافعي كما يقرر ذلك إمام الحرمين الجويني الذي يشترط فيها أن تكون شبيهة بالمصالح المعترية⁷⁹ ، أما الإمام الغزالي فيشترط فيها أن تكون مصلحة ضرورية كلية قطعية⁸⁰ ، ويقف بها الزنجاني عند حد أن تكون مستندة إلى أصل كلي في الشرع وأن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة⁸¹.

وفي كل الأحوال فإن توسع المالكية في المصالح المرسله لا يأتي من فراغ أو ابتداء وإنما يترسمون في ذلك طريق الصحابة الذين جمعوا القرآن ، وضمنوا الصناعات ، وأقروا استخلاف سيدنا أبي بكر لسيدنا عمر ليتولى الخلافة من بعده كما

⁷⁵ القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص171، 199، و انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، 212.

⁷⁶ الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 212، والكاساني ، بدائع الصنائع ، 2104.

⁷⁷ الكاساني، بدائع الصنائع، 2104.

⁷⁸ الشربيني ، تقرير على جمع الجوامع مع حاشية العطار، 282 ، والشوكاني، إرشاد الفحول 212، ونهاية السؤل، 134\3 بهامش التقرير والتحبير ، والمستصفي 293\1.

⁷⁹ الشربيني، تقرير على جمع الجوامع مع حاشية العطار، 282 ، والشوكاني، إرشاد الفحول، 212، والإسنوي، نهاية السؤل، 134\3 بهامش التقرير والتحبير ، والغزالي، المستصفي، 293\1.

⁸⁰ الشربيني، تقرير على جمع الجوامع مع حاشية العطار، 282 والشوكاني، إرشاد الفحول، 212، ونهاية السؤل، 134\3 بهامش التقرير والتحبير ، والمستصفي، 293\1.

⁸¹ الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، 169.

أن أكثر الصحابة عملاً بالمصالح المرسله كان سيدنا عمر وهو من أصول مدرسة المدينة في ذلك العصر .

رابعاً : سد الذرائع عند المالكية :

الذرائع جمع ذريعة ، وهي في اللغة الوسيلة و الطريقة إلى الشيء⁸² . وفي الاصطلاح تطلق عند أغلب الفقهاء على الوسيلة المباحة في ذاتها لكنها تؤدي إلى ممنوع ، يقول الباجي في تعريفها " المسألة التي ظاهرها الإباحة و يتوصل بها إلى فعل محظور"⁸³ ، ويختصر الشاطبي التعريف عند حد قوله " التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة "⁸⁴ .

وهي دليل من الأدلة الاجتهادية أو قاعدة كما يطلق عليها الشاطبي ، كما أنها مشتقة من المصلحة وتمثل وجهاً من وجوه حمايتها و تكميلها ، ولأهميتها من هذه الوجهة نجد مصطلحها كثير التردد عند الإمام مالك في موطنه كما سلفت الإشارة كما نجد الشاطبي وهو من أصولي المالكية المجددين يتجه بها صوب المقاصد في المسألة الخامسة التي عقدها للحديث على جلب المصلحة و دفع المفسدة⁸⁵ . كما يتناولها في المسألة العاشرة عند حديثه عن المجتهد الذي يشترط فيه النظر في مآلات الأفعال ويقرر في هذا الصدد أن على المجتهد ألا يحكم في فعل من الأفعال عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة فيه تدرأ⁸⁶ كما نجد عموم الأصوليين يقفون عندها عند حديثهم عن المناسبة ، وبالتحديد عند تناولهم لانخراط تلك المناسبة بالمفسدة المساوية أو الزائدة⁸⁷ .

82 ابن منظور، لسان العرب، والزرقاني علي مختصر خليل، 98/5 .

83 الباجي ، الإشارات، ص 113 ، وابن رشد ، المقدمات الممهدة، ص 524 .

84 الشاطبي، الموافقات، 130/4 .

85 الشاطبي، الموافقات، 255/2 .

86 المرجع السابق 4 / 127، 128 .

87 حسان، د.حسين حامد ، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص195.

ولعلاقة سد الذرائع بالمصلحة نجد أيضاً أن المذاهب كلها تأخذ بها وقد سبق الحديث عن أنها كلها تأخذ بالمصلحة أيضاً ، ولا يخالف في ذلك سوى ابن حزم الظاهري أما الحنابلة فيتفقون مع المالكية في الأخذ بها ويكثرون من ذلك كموقفهم مع المالكية في المصلحة المرسله ، يبقى - بعد ذلك - الإشارة إلى أن ما حدث من خلاف في سد الذرائع ليس في المبدأ ، وفي هذا يقول القرافي : " وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية بل قال بها أكثر من غيره وأصل سدها مجمع عليه⁸⁸ كما أن القرطبي يقرر أن أكثر الفقهاء خالفوا المالكية فيها تأصيلاً لكنهم عملوا بها في أكثر فروعهم تفصيلاً⁸⁹ .

والذرائع كما تسد تفتح - عند القرافي - حيث يقول : " الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها و تكره و تندب و تباح"⁹⁰ و معنى فتح الذرائع إباحة الأمر الممنوع إذا ترتب على إباحته مصلحة و يمثل القرافي لفتح الذرائع بالآتي :

1- جواز دفع المال للمحاربين الكفار توصلاً إلى فداء الأسرى المسلمين و فتح الذريعة هنا أن دفع المال للمحاربين في الأصل حرام لا يجوز لما فيه من تقوية الكفار والإضرار بجماعة المسلمين ، لكنه أجاز دفعاً لضرر أكبر هو تخليص أسرى المسلمين و تقوية المسلمين بهم .

2- جواز دفع المال للدولة المحاربة لدفع خطرها و أذاها إذا لم تكن جماعة المسلمين على مستوى القوة التي يستطيعون بها حماية بلادهم .

3- جواز دفع المال لرجل حتى لا يزني بامرأة إذا عجز عن دفعه إلا بذلك⁹¹ .

وهذه الصور كلها تجري في المجتمع المعاصر ، وفي ذلك استجابة مباشرة من الفقه المالكي لضرورات العصر وحاجاته وبخاصة الصورة الأخيرة التي تستوعب الحالات التي يحتجز فيها الخارجون عن القانون الفتيات والصبيان و يهددون بقتلهم

⁸⁸ القرافي ، الفروق ، 32\2 .

⁸⁹ الشوكاني ، إرشاد الفحول ، ص 217 ، والزحيلي ، وهبة : أصول الفقه ، 893\2 .

⁹⁰ القرافي ، الفروق ، 32\2 .

⁹¹ الشاطبي ، الموافقات ، 258\2 ، والفروق ، 33\2 .

أو بالفجور بهم إذا لم يعطوا فدية يقررونها فإن إعطاءهم مثل هذه الفدية جائز إذا لم يكن للسلطان سبيل إلى التمكن منهم وتخليص المحتجزين بأمن وسلام من غير أن يمسه سوء أو أذى إلا بدفع تلك الفدية .

خامساً: الاستحسان عند المالكية :

الاستحسان في اللغة استفعال من الحسن وهو عد الشيء حسناً⁹² ، وفي اصطلاح أصولي المالكية تعددت فيه التعاريف ، ويبدو أن مرجع ذلك أن هناك كثيراً من الفتاوى الاستحسانية التي صدرت عن الإمام مالك وكبار تلاميذه ، وأن أتباعه لما جاءوا - بعد ذلك - وأرادوا تحرير المصطلح نظر كل فريق منهم إلى جانب من تلك الفتاوى وحدد المراد منه في إطارها .

فابن العربي - في تعريفه له - يجمع بين مفهوم الحنفية والمالكية حيث يقول : " الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين "⁹³ ، ويتجه الباجي نفس الاتجاه حيث يقول : " الاستحسان عند بعض أصحاب مالك - رحمه الله - هو القول بأقوى الدليلين "⁹⁴ ، وابن رشد يقول في تعريفه " الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس هو أن يكون طرحاً لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع "⁹⁵ واللمحي يتجه نفس الاتجاه إلا أنه يفصح عن الأدلة التي يكون العدول عن طريقها⁹⁶ أما ابن الأنباري فيتجه به نحو المصلحة مباشرة حيث يقول " والذي يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان ، وحاصله استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس "⁹⁷ ، وابن رشد في تعريف

⁹² البخاري، علاء الدين، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، 1143\4 ، والآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 200\3.

⁹³ الشاطبي، الموافقات، 210\4 ، والاعتصام، 138\2.

⁹⁴ الباجي، الإشارات، ص 112.

⁹⁵ ابن رشد ، بداية المجتهد، 278\2.

⁹⁶ شلبي، الشيخ محمد مصطفى، نقلاً عن تعليل الأحكام، ص36.

⁹⁷ الشوكاني ، إرشاد الفحول، ص211 .

آخر يقول : " ومعنى الاستحسان في أغلب الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة و العدل " ⁹⁸ .

وواضح من هذه التعاريف عمومية التعاريف الأولى التي تتجه نحو الأقسام ، وخصوصية التعريفين اللذين يتجهان به نحو المصلحة على أنه لا منافاة بين الاتجاهين، لأن الاتجاه الثاني يدخل في الأول إلا أنه يركز على جانب المصلحة التي يكون العدول بها غالباً عند المالكية كما أن تعريف اللّخي رغم عموميته إلا أنه يجعل الأقسام كلها دائرة في باب المصلحة كما هو واضح ⁹⁹ .

أما عند الحنفية فيعرفه الكرخي بقوله " هو أن يعدل عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول " ¹⁰⁰ ، ويعرفه آخرون بأنه " العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه " ¹⁰¹ .

وبهذا نلاحظ وجود الاتجاهين عند الحنفية كما هو عند المالكية . وقد أشار إلى ذلك ابن العربي في تعريفه الذي سبق عرضه ، والمذهبان وإن اتفقا في وجود الاتجاهين في تخريجهما إلا أنهما يختلفان في أمر جوهري هو أن اتجاه المالكية في العدول يكون صوب المصلحة واتجاه الحنفية يكون إلى القياس .

وذلك يرجع إلى لازمة أساسية هي أن الاجتهاد والرأي في عمومهما يغلب عليه عند المالكية عنصر المصلحة ، أما عند الحنفية فيغلب عليه القياس المبني على العلة وهي الوصف الظاهر المنضبط ، وترتب على ذلك أن عالج المالكية غلو القياس بالاتجاه إلى المصلحة نفسها والعرف ، ودفع الحرج والمشقة وكلها مصلحة ، أما الحنفية فقد عالجوا ذلك الغلو بتقديم القياس الخفي على الجلي . وقد انعكس ذلك في أقسام الاستحسان عند كل منهما وهو موضوع سوف نتناوله عند المقارنة بين المذهبين في هذا الدليل .

⁹⁸ ابن رشد ، بداية المجتهد ، 185\2.

⁹⁹ يعرفه اللّخي بأنه كون الحادثة مترددة بين أصليين أحدهما أقوى شبيهاً أو أقرب إليها ، و الآخر أبعد فيعدل عن القياس على الأصل القريب إلى الأصل البعيد لجريان عرف أو ضرب من المصلحة أو خوف من المفسدة أو ضرب من الضرر .

¹⁰⁰ البخاري ، علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، 1123\4

¹⁰¹ المرجع السابق 1124\4

ومن هذا الوجه وهو رعاية المصلحة في باب الاستحسان عند المالكية جاء دليل مراعاة الخلاف عندهم وهو يرجع إلى أنه إذا وجد قولان في مسألة فقهية راجح ومرجوح ، وحدث أن وقع فعل من المكلف ، وكان في العدول عن الراجح إلى المرجوح تداركاً لوقوع مفسدة وترتيب ضرر فينبغي العدول عن الراجح إلى المرجوح ، فالماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة و لم تغير أحد أوصافه فإنه لا يجوز الوضوء به بل يتركه و يتيمم فإن حصل و توضأ به أعاد ما دام في الوقت و لم يعد بعده ، و هذا الحكم مبني على الاستحسان بمراعاة خلاف من يقول أنه طاهر مطهر ، ويجوز الوضوء به ابتداءً ¹⁰² .

وإذا تزوجت المرأة بغير ولي أو بما لا يصح مهراً فإن النكاح فاسد عند الإمام مالك ، ومع ذلك رتب عليه استحقاق المهر والميراث إذا وقع و دخل بها ، والقياس ألا يترتب عليه ذلك لفساده ولكن هذا القياس معدول عنه استحساناً مراعاة لخلاف من قال بعدم فساد هذا النكاح أصلاً ¹⁰³ .

سادساً: العرف و العادة :

تطلق كلمة العرف في اللغة على معان عديدة منها تتابع الشيء متصلاً ببعض كعرف الفرس ، والسكون والاطمئنان نقول عرف فلان فلاناً أي عرفه وسكن إليه واطمأن ، ومنها الظهور والوضوح في الحسيات كعرف " الرمل والجبل " أي أعاليه ، وفي المعنويات في الجود والكرم لظهور صاحبه فيه ¹⁰⁴ ، وفي الاصطلاح يعني " الأمر المستقر في النفوس من جهة العقول و تلقي الطباع السليمة له بالقبول" ¹⁰⁵ .

والمعنى اللغوي والاصطلاحي يلتقيان في التتابع ، وفي السكون والطمأنينة ، وفي الظهور والوضوح ¹⁰⁶ .

¹⁰² الشاطبي ، الاعتصام ، 149\2 .

¹⁰³ المرجع السابق ، 145\2 .

¹⁰⁴ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، 281\4 ، ولسان العرب ، 144\1 والزمخشري ، أساس البلاغة ، ص 298

¹⁰⁵ الرهاوي ، حاشية على شرح المنار ، 423\1 ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 40 .

¹⁰⁶ عوض ، الدكتور السيد صالح ، أثر العرف في التشريع الإسلامي ، ص 53 .

أما العادة في اللغة فهي " الدين " وهو الدأب والاستمرار على الشيء سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى وجمعها عادات وعوائد¹⁰⁷. وعند المتقدمين من الأصوليين ترد بمعنى مرادف للعرف ، ومنهم من يفرق بينهما ويحمل العادة على الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية كالعادة الطبيعية ، والعرف على الأمر المتكرر عن اتجاه عقلي وتفكير على أن يكون صادراً عن جماعة¹⁰⁸. والعرف ينقسم إلى عرف قولي و هو ما يجري عليه استعمال الناس للألفاظ والتراكيب في غير معانيها المقررة لها في اللغة كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، واللحم على ما عدا السمك مع أن السمك يسمى لحماً في اللغة ، وعرف عملي وهو اعتياد الناس على ضروب الأفعال و تعارفهم عليها كتعارفهم على البيع بالتعاطي بأن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة كما يجري الآن في المتاجر، وكتعارفهم أن تكون الأجرة مشاهرة أو مياومة وهكذا.

كما ينقسم إلى عرف عام و خاص ، و العام هو العرف الذي يجري عليه الناس في جميع البلاد في زمن من الأزمان سواء كان ذلك في الفعل أو القول كتعارفهم على الاستصناع ، وعلى تقسيم المهر إلى مؤجل ومؤخر ، والخاص هو العرف الذي يجري عليه أهل إقليم أو بلد أو حرفة معينة ويكون محصوراً بينهم كتعارف التجار على اعتبار الدفاتر التي تقيد بها الديون حجة في إثباتها .

ومن جهة الشرع ينقسم إلى عرف صحيح وهو العرف الذي لا يناقض أدلة الشريعة ونصوصها وقواعدها ، وفساد وهو العرف الذي يصطدم بنصوص الشريعة و أحكامها كتعارف الناس اليوم على التعامل بالفائدة وغيره من المظاهر التي لا يقرها الشرع¹⁰⁹.

وفي كل الأحوال فإن العرف دليل من أدلة الأحكام لأنه وليد حاجة الناس والمعبر عن مصالحهم ، وفي نزاعهم عنه حرج شديد ، والحرص في الدين مرفوع بأدلة كثيرة

¹⁰⁷ لسان العرب، 4/309.

¹⁰⁸ الزرقا، الأستاذ مصطفى ، المدخل الفقهي العام، 2/841.

¹⁰⁹ بابر، الأستاذ الدكتور خليفة، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، ص47.

وثابتة وفي ذلك يقول الشاطبي " إن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع " ¹¹⁰ .

ولهذا فإن المذاهب الفقهية كلها آخذة به ، وإن اختلفت درجاتها فيه ، وفي ذلك يقول القرافي " العرف مشترك بين المذاهب ، ومن استقراها وجدهم يصرحون بذلك فيها " ¹¹¹ .

والمالكية من أكثر المذاهب الفقهية أخذاً بالعرف ترشحهم لذلك طريقة أمامهم وسلفه من المدنيين في الأخذ بعمل أهل المدينة في جانبه الاجتهادي ، وتكشف عن ذلك أقوالهم الواضحة في اعتباره وتحكيمه بمختلف مدارسهم، وتباين أزمانهم وأمكنتهم، ومن ذلك :

قول ابن العربي القرطبي (توفي 543هـ) " العرف أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام " ¹¹² ، وقول الشاطبي (توفي 790هـ) " العوائد الضرورية واجبة الاعتبار شرعاً " ¹¹³ .

وقول الونشريسي (توفي 914هـ) أن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة ¹¹⁴ .

وقول الفقيه ميارة (توفي 1072هـ) انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام ¹¹⁵ ، وقول الفقيه التسولي (توفي 1259هـ) " إن حمل الناس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجب ، والحكم عليها بخلاف ذلك من الزيغ والضلال " ¹¹⁶ .

وقد تبلور فقه العرف عند المالكية وتكثف فيما يسمونه بالعمليات التي كانوا يحتجون بها في القيروان وأفريقيا و تونس والأندلس ويقضي بها قضاتهم ، ومن بعد

¹¹⁰ الشاطبي، الموافقات، ص288، وقوتة ، د.عادل ، أثر العرف و تطبيقاته المعاصرة، ص38.

¹¹¹ القرافي ، شرح تنقيح الفصول، 488 ، وقوتة ، د.عادل ، العرف ، 45.

¹¹² ابن العربي ، أحكام القرآن ، 1085\3.

¹¹³ الشاطبي، الموافقات، 286\2.

¹¹⁴ نقله عنه السجلмасي في عمل فاس، 372\1.

¹¹⁵ قوتة ، د.عادل ، العرف ، 45.

¹¹⁶ التسولي، البهجة شرح التحفة، 61\2 ، وقوتة ، د.عادل ، العرف ، ص13.

استقل أهل فاس بعمل خاص بهم يسمى بالعمل الفاسي ، و كانوا يخالفون به العمل بالمشهور لدرء مفسدة أو خوف أو فتنة أو جريان عرف ، فإذا زال الموجب لذلك عادوا للعمل بالمشهور¹¹⁷ .

والأحكام المبنية على العرف في المذهب المالكي تتغير بتغير الأعراف ، وقد شدد المالكية في ذلك حتى قال القرافي : " مهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور في الكتب طوال عمرك فالجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين "¹¹⁸ .

وإذا اتجهنا صوب الفقه المالكي نجد أنه قد اعتمد على العرف في فهم الواقع وتحقيق المناط كما اعتمده مرجحاً لرأي على آخر في حالة الموازنة بين الآراء الفقهية داخل المذهب ، وأنه عمل به كآلية من آليات تفسير النصوص على النحو الآتي :

أولاً : من القضايا التي اعتمد فيها على العرف فيما يتصل بفهم الواقع وتحقيق المناط :

- 1- ما قال به فقهاء المالكية بشأن المرأة التي يشتبه عليها الحيض بالاستحاضة فلا تدري هل انقطع دم الحيض أم لا ؟ أن تعتمد العادة التي كانت عليها قبل ، وذلك بالنظر إلى عدد الأيام و الليالي التي كانت تحيضهن من الشهر¹¹⁹ .
- 2- تقدير نفقة الزوجية بحسب العرف بالنظر إلى حال الزوج المنفق والزوجة المنفق عليها ، وفي هذا يقول ابن العربي عند تفسيره لقوله تعالى في المطلقات " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن "¹²⁰ ، وهذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعاً وإنما تقدر بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه ، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة "¹²¹ .

¹¹⁷ الحجوي ، الفكر السامي، 708-711.

¹¹⁸ القرافي ، الفروق، 176، 177\1.

¹¹⁹ نور سيف، أ.د. أحمد، عمل أهل المدينة، ص137 ، والخادمي، د.نور الدين، المقاصد في المذهب المالكي خلال القرنين الخامس و السادس، ص 381 .

¹²⁰ سورة الطلاق، الآية 6 .

¹²¹ ابن العربي ، أحكام القرآن، 1841\4.

3- حكموه أيضاً في تحديد نوع وقدر ما يحمل على الدابة المستأجرة وفي تقدير المسافة والمنازل التي يتم النزول بها ، وفي الزاملة وهي ما يضع المسافر فيه حاجته كخرج وكيس ونحوها ، وفي فراش المحمل هل هو على رب الدابة أو على المكثري ، وفي الأموال الربوية التي لم يرد بشأنها نص عن الشارع بكونها من المكيل أو الموزون فإن المرجع في مقياسها إلى ما جرى عليه العرف¹²² ، وراعوه أيضاً في الاستئذان فقصوا بأنه يكون في الأوقات التي تقتضي عادة الناس فيها الانكشاف¹²³ .

4- المرجعية في العقود للعرف ، وفي ذلك يقول الإمام ابن تيمية " والعقود من الناس من أوجب فيها الألفاظ ، وتعاقب الإيجاب والقبول ونحو ذلك ، وأهل المدينة جعلوا المرجع في العقود إلى عرف الناس وعاداتهم ، فما عده الناس بيعاً فهو بيع ، وما عده إجارة فهو إجارة ، وما عده هبة فهو هبة ، وهذا أشبه بالكتاب والسنة و أعدل " ¹²⁴ .

ثانياً : ما جعل فيه العرف مرجحاً :

اعتمد المالكية العرف مرجحاً عند التنازع في الحقوق ، فإذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لواحد منهما فالقول قول من يشهد له العرف بيمينه فما يقضي به العرف أنه من شأن الزوجات يحكم به لهن مع اليمين كالحلي والأخمرة وما يناسبهن من الملابس ، وما يقضي به العرف أنه من شأن الأزواج كالسيف والمصحف وكتب العلم وسلع التجارة يحكم لهم به مع اليمين ¹²⁵ ، كما جعلوه مرجحاً للرأي الضعيف على المشهور في المذهب¹²⁶ .

¹²² راجع : الدردير، الشرح الصغير، 29\4 وما بعدها.

¹²³ الباجي ، المنتقى، 283\1 ، وابن العربي ، أحكام القرآن، 304\14.

¹²⁴ ابن تيمية ، تفضيل مذهب الإمام مالك وأهل المدينة وصحة أصوله، ص91.

¹²⁵ الدردير، الشرح الصغير، 496،497\2 و 538\3.

¹²⁶ الحجوي ، الفكر السامي، 708-711.

ثالثاً : في مجال تفسير النصوص :

يرى جمهور المالكية جواز تخصيص اللفظ العام بالعرف جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : " وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف إن كان فعلياً ، ونقل الوانواغي عن الباجي أنه صرح أن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً أيضاً، وفي القلشاني لا فرق بين القولي والفعلي في مسائل الفقهاء " ¹²⁷ . ويقول المقرئ في قواعده : إن العادة عند مالك كالشرط تقيد المطلق وتخصص العام ¹²⁸ ، والقرطبي كذلك ¹²⁹ .

سابغاً : الاستصحاب عند المالكية :

الاستصحاب في اللغة استفعال من الصحبة وهي الملازمة و المعاشرة. وفي اصطلاح الأصوليين هو الحكم على الشيء بما كان ثابتاً له أو كان منفيّاً عنه لعدم قيام الدليل على خلافه ¹³⁰ ، وهو حجة عند المالكية كما هو حجة عند أكثر الشافعية خلافاً للحنفية والمتكلمين ¹³¹ .

وهو قسمان عند المالكية :

- 1- استصحاب ما دل العقل و الشرع على ثبوته مثل الملك عند وجود سببه فإنه يثبت حتى يوجد ما يزيله و دوام الحل بملك الاستمتاع حتى يوجد ما يزيله من طلاق ونحوه .
- 2- استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه مثل استصحاب الطهارة فإن وصف الطهارة إذا ثبت أبيحت الصلاة إلا إذا جاء حدث فيزول وصف الطهارة .

¹²⁷ الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، 2/140.

¹²⁸ الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، القاعدة رقم 111.

¹²⁹ عوض، الدكتور سيد صالح ، أثر العرف في التشريع الإسلامي ، ص 352.

¹³⁰ ولد أباه، الدكتور محمد المختار، مدخل إلى أصول الفقه المالكي ، ط2، دار الأمان، ص128.

¹³¹ ابن جزي، تقريب الوصول، 393.

3- استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف ، مثل التيمم إذا وجد الماء بعد الشروع في الصلاة، فالإجماع منعقد على صحة شروعه في الصلاة و صحة صلاته إذا انتهت قبل وجود الماء فيستصحب حكم الصحة المجمع عليه حال عدم الماء إلى حال ما بعد وجوده المتنازع فيه .

4- استصحاب العموم و الإطلاق إلى أن يريد دليل التخصيص أو التقييد . والمعروف عند الإطلاق استصحاب عدم الأصلي ومعناه البقاء على عدم الحكم حتى يثبت خلافه لأن الأصل براءة الذمة¹³² .

وهذا الدليل دليل حاكم في باب الدعاوى وترجع إليه كثير من قواعد الإثبات مثل "الأصل في الذمة البراءة " ، "الذمة إذا عمرت فلا تبرأ إلا بيقين" ، " الأصل في الأمور العارضة عدم " ، " القديم يترك على قدمه " والأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته وقواعده كثيرة لأن باب الإثبات واسع وكبير .

تعقيب :

بالنظر في أدلة المذهب المالكي و تتبع تاريخها و تطورها و طبيعتها نجد أن خصائصها تتمثل في الآتي :

1- أنها أدلة مقنعة ولها أصول حجية تمتد إلى عصر الرسول ﷺ عصر الوحي ثم تبلورت في عصر الصحابة على يد فقهاء المدينة منهم وأبرزهم سيدنا عمر بن الخطاب الذي تولى الخلافة ومارس سياسة الناس ، وأدار شئونهم ثم مرت بتجربة صقل عملية في عهد الفقهاء السبعة المشاهير في المدينة إلى أن تركزت في تيار الرأي الذي يمثلته ربيعة بن أبي عبد الرحمن الملقب بريبعة الرأي ، و تيار الحديث الذي يمثلته نافع و ابن شهاب الزهري ثم آلت إلى الإمام مالك فأضاف إليها ما عنده ورجح بينها ودونها في كتابه الموطأ ثم جاء تلاميذه ففرعوا عليها ، و تبعهم آخرون فوسعوها بالتخريج عليها .

132 راجع : تعليق الدكتور محمد المختار بن الشيخ الأمين الشنقيطي على تقريب الوصول، ص392 (هامش) .

- 2- ترتبت على الخاصية السابقة خاصية أخرى وهي توازن هذه الأدلة التي يندرج في مساقها النقلي القرآن والحديث النبوي وآثار فقهاء الصحابة والتابعين في المدينة، وفي مساقها الاجتهادي القياس والمصالح المرسله وسد الذرائع و الاستحسان ، والعرف مما يجعلها وسطاً بين أدلة مدرسة الرأي التي يمثلها الإمام أبو حنيفة وسلفه من شيوخ مدرسة العراق ، وبين مدرسة الحديث اللاحقة المتمثلة في الإمام الشافعي ، والإمام أحمد بن حنبل و الظاهرية كما أن الرأي فيها تعلوه روح الأثر فيكون رأياً ما هو برأي كما يقول الإمام مالك نفسه وإنما منزع غلبه من تكوينه المدني المشبع برعاية مصالح الناس ، والالتفات إلى حاجاتهم و ضروراتهم .
- 3- أن طابع الرأي فيها كانت تغلب عليه الحرية والمقاصدية ، ولم تكبله قيود القياس الفنية و حدوده المنطقية بل حتى القياس نفسه توسعت فيه ناهيك عن المصالح التي هي مقصد الشارع الحكيم الأساسي التي انطلقت في رحابها كما استصحبها قانوناً استثنائياً في الاستحسان لمعالجة غلو القياس وسلبياته في بعض الأحوال ، والعرف الذي توسع فيه فقهاء المذهب من بعد رعاية للواقع و تفاعلاً مع الحياة في أي زمان عاشوه ، وفي أي مكان قطنوه مع الاحتياط بسد الذرائع والتوقي من التحايل .
- 4- أن هذه الأدلة كانت دائماً وفي تاريخها الطويل الذي اجتازته يصحبها قانون الموازنة والترجيح ، وتتبعها ملكات التعليل المبدعة بالكشف عن منابع الفقهة مما يجعلها أدلة نافعة ومسعفة في كل زمان ومكان .

الفصل الثاني

خلاصة الخصائص العامة للفقه المالكي من حيث تاريخه و مدارسه ومنهجيته ومناسبتها للوقائع المستجدة

الخصائص جمع خصيصة وأصلها في اللغة الفرجة ، ويرجع مدلولها الحسي إلى الفرح بين الأثافي ، وتطلق في المعنويات على تخصيص الإنسان بشيء بمعنى إفراده به دون غيره¹³³ .

وانطلاقاً من التعريف اللغوي فإن خصائص المذهب المالكي التشريعية هي ما اختص به ذلك المذهب وتميز دون غيره من المذاهب الأخرى في مجال التشريع وسن النظم والقوانين التي تساس وتضبط بها حياة الناس الاجتماعية.¹³⁴ على أنه لا بد من أن يلاحظ أن الوقفة عند هذه الخصائص ومحاولة جردها و تعدادها ليست هدفاً في ذاتها بقدر ما يراد بها المضاهاة بينها وبين متطلبات الحياة المعاصرة ومشكلاتها بالقدر الذي يكشف عن إمكانيات هذا المذهب في الإسهام في إيجاد حلول لتلك القضايا والمشكلات .

وقد أجد نفسي وأنا في بداية تناولي لهذه المسألة في حاجة إلى الإشارة إلى أن المذهب المالكي ليس غريباً عن هذه التجربة إذ احتاجت إليه "فرنسا" في عهد التنوير حينما عمدت إلى وضع قوانينها و سن أنظمتها التي تكفل للإنسان حريته ، وتنظم له كافة أوجه حياته الاجتماعية ، و تحفظ له كرامته بعد العسف والاضطهاد والظلم والتتكيل الذي تعرض له في العصور الوسطى المظلمة فكان أن اتجهت للفقه المالكي الذي تعرف فقهاؤها عليه من خلال ترجمة الكتب المالكية إلى اللغة الفرنسية ومن بينها الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ، ومختصر خليل بن إسحق ، وقد ألف الأستاذ سيد عبد الله حسين كتاباً أسماه " المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي و مذهب الإمام مالك " .

¹³³ مقاييس اللغة ولسان العرب، مادة "خصص".

¹³⁴ المامي، الدكتور محمد مختار، المذهب المالكي مدارسه و مؤلفاته و خصائصه و سماته ، ط1، مركز زايد للتراث والتاريخ، 2002.

وفي هذا الكتاب يقرر الباحث أن ما يقرب من تسعة أعشار القانون الفرنسي مشابهة لأحكام المذهب المالكي¹³⁵.

وقد اخترت - بعد أن تحدثت في المحور السابق عن الأدلة التشريعية ، ومهدت لها بدراسة مستفيضة عن المذهب المالكي وتاريخه وتطوراته - اخترت أن تكون هذه الخصائص مستخلصة من ذلك التاريخ والأدلة التي سبق الحديث عنها ، لاستصحاب تلك المادة في متابعة هذه الخصائص من جهة وبطريقة يتداعى فيها ، القسمان على بعضهما متأزرين في الاهتداء إلى الحقيقة من جهة أخرى .

وبما أن المذهب المالكي وغيره من المذاهب الفقهية ما هي إلا استنباط واستنتاج من الأصوليين الشرعيين القرآن والسنة باستعمال وسائل النظر والاجتهاد التي سبق الحديث عنها فإن الحديث عن هذه الخصائص لا بد من يسبقه انعطاف إلى خصائص التشريع الإسلامي في عمومته والتي تتمثل في :

1- تحقيق مصالح الناس جميعاً.

2- تحقيق العدالة .

3- رفع الحرج¹³⁶ .

أما خصائص المذهب المالكي التشريعية وهي خصائص تجميعية اجتهادية فيمكن حصرها في :

1- السعة و الشمول .

2- الواقعية والكلية .

3- التيسير والتسامح والانضباط .

4- الوسطية والتوازن .

وسوف أتناولها على الوجه الآتي :

¹³⁵ راجع : خليفة وسراج ، تاريخ التشريع الإسلامي و مصادره ، 257-294 ، طبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة بالعين .

¹³⁶ المرجع السابق، ص 64-69.

أولاً: السعة و الشمول :

المذهب المالكي مذهب متسع جغرافياً و منهجياً فمن جهة الجغرافيا فإن هذا المذهب كانت نشأته في المدينة ثم عرفته مصر والعراق ، والقيروان والأندلس عن طريق تلاميذ الإمام مالك الذين كانوا يأتون إليه في المدينة و يسمعون منه ، وعن طريق الذين ذهبوا من المدينة إلى تلك البقاع في فترة مبكرة كفقهاء الصحابة الذين اصطحبهم عقبة بن نافع عند تأسيسه للقيروان¹³⁷ . كما أن سليمان بن يسار من فقهاء المدينة السبعة نزل القيروان غازياً و أقام بها¹³⁸ .

وبهذه الأبعاد الجغرافية المترامية التي حظي بها هذا المذهب في تمدده وانتشاره في فترة مبكرة نستطيع أن نقول عنه أنه مذهب عالمي لاتصاله بكل المكونات البشرية ، والسلالات البيولوجية كما أن المنطقة التي نشأ بها و تلك التي حل بها لم تكن خلواً من الحضارة كما يقول الشيخ أبو زهرة مناقشاً لابن خلدون في هذا الصدد: فالمدينة منطقة زراعية و تجارية ، ولذلك عرف المذهب المالكي حتى في مسائله الأولى بيع الثمار وبيع الطعام بالطعام ، وما لا زكاة فيه من الثمار ، وما يخرص من ثمار النخيل وزكاة المعادن ، وأحكام المعاملات في القراض (المضاربة) والتسجير والصرف وتعليل الربا بما يرتبط بقوت الناس ، وزكاة الشريكين ، وتضمين الصناع ، وفي العصر الأموي كان الحجاز كله المدينة وغيرها من حواضره يعيش في رغد ونعيم انعكس في أشعارهم و ثقافتهم¹³⁹ .

أما العراق فقد كان مجتمعه متحضراً و تتسم أوضاعه المادية بالرخاء والنعيم وبخاصة في عهد الدولة العباسية التي عرف فيها المذهب آنذاك .

ومصر أيضاً هي مهد الرخاء والحضارة التي أفاءها عليها نهر النيل الذي عده

الرسول ﷺ من أنهار الجنة .

¹³⁷ طبقات علماء أفريقية وتونس، ص68.

¹³⁸ المرجع نفسه، ص83.

¹³⁹ الشيخ أبو زهرة ، مالك حياته وعصره ، ص 344.

والأندلس كان جنة الله في أرضه – كما يعكس تاريخه - في خصبه ورخائه ومعمارهِ ، وقصوره محفوظة في ذاكرة البشرية حتى يومنا هذا .
أما القيروان فقد كان فيها حركة معمارية ازدهرت مع مرور الأيام وحركة تجارية آيلة إلى تخصص القيروان في بعض الصناعات الحرفية المميزة ، بالإضافة إلى نظامها الإداري و القضائي الذي قام عليه حسان بن النعمان القائد الذي أرسله عبد الملك بن مروان في عهد الأمويين ، ودواوينه التي أنشأها بالقيروان للخراج والبريد والعطاءات وسك النقود ، والقضاء والمظالم والحسبة معروفة في تاريخ تلك المنطقة .

وقد تفاعل المذهب المالكي مع تلك البيئات – كما سلفت الإشارة - فكان له اتجاه في كل واحدة من الأمصار التي عرفت فيه بعض الاختلاف عن الاتجاه الآخر لكنها كانت مكملة لبعضها لا متصادمة ، وبذلك رفدت هذه المذهب بمنهجية واسعة وشاملة في أصوله وقواعده فكانت هي الأخرى متسعة وشاملة وموجهة ، وقد سبق الإلماح إلى ذلك كله .

خلاصة القول أن مذهباً تمكن في الدنيا أكثر من ألف عام على المستويين الشعبي والرسمي في القضاء والإفتاء ، وعلى المستوى العلمي في التأليف و البحث و المناظرة – لا يمكن بحال – أن يقصر عن معالجة شئون الناس في الحياة في قابل أيام الدنيا والله أعلم .

ثانياً : الواقعية والكلية في المذهب المالكي :

هذه خصيصة أخرى من خصائص المذهب المالكي تضم الواقعية و الكلية ، لأن من يكون واقعياً لا بد من أن تكون نظرته إلى ذلك الواقع كلية ضرورة أن تحقيق المناط الذي يتم في إطار واقع معين لا بد من أن يصحبه تقدير لمآلات الأفعال وعواقبها.

والواقعية أرساها في هذا المذهب الإمام مالك نفسه الذي كان يتحامى الخوض في مسائل العقيدة وعلم الكلام خشية ما تجر إليه من مراء و جدل ، ولأنها لا تسلم إلى

مراد عملي و في ذلك روى عنه أنه قال "إياكم والبدع ؟ قيل ما البدع ؟ قال البدع هم الذين يتكلمون في أسماء الله وصفاته وكلامه ، ولا يسكتون عما سكت عنه الصحابة والتابعون" ¹⁴⁰ ، وروى سفيان بن عيينة أن رجلاً سأل مالكا فقال " الرحمن على العرش استوي " كيف استوي فسكت ملياً ، ثم قال : " الاستواء منه معلوم ، والكيف منه غير معقول ، والسؤال عنه بدعة ، والإيمان به واجب وإنني لأظنك ضالاً " ¹⁴¹ .

وكان في المسائل العملية وهي مسائل الفقه التي تصدى لها مع اهتمامه بالحديث وروايته كان لا يجيب إلا على ما تترتب عليه فائدة و عمل ، وفي ذلك قال : " لا أحب الكلام إلا فيما كان تحته عمل " ¹⁴² ، كما كان يكره الفرض للمسائل وتقديرها قبل وقوعها روي عن أسد بن الفرات قال " كان ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجعلوني أسأله في المسألة فإذا أجاب يقولون قل له : إذا كان كذا فأقول له فضاق علي يوماً ، فقال هذه سلسة بنت سلسة إن أردت هذا فعليك بالعراق " ¹⁴³ . بل وأكثر من ذلك فإن المسائل الواقعة بالفعل لم يكن الإمام يقدم عليها إلا بعد تفكير ورويه وترديد للنظر وقد روي عنه في ذلك قوله " ربما وردت علي المسألة فأفكر فيها ليالي " وقوله " إني لأفكر في مسألة منذ بضع عشرة سنة فما اتفق لي فيها رأي إلى الآن " ¹⁴⁴ ، وكان إذا سأله السائل عن المسألة يقول له انصرف حتى أفكر فيها ¹⁴⁵ .

وقد استمرت الواقعية في هذا المذهب حتى نشأ فقه " العمليات " أو الماجريات وقد سبقت الإشارة إليه .

¹⁴⁰ بن حمدة، الدكتور عبدالعزيز ، المدارس الكلامية بأفريقية ، 29.

¹⁴¹ الشيخ أبو زهرة ، مالك حياته وعصره ، ص 145.

¹⁴² السيوطي ، تزيين الممالك في مناقب الإمام مالك ، ص 17.

¹⁴³ الشاطبي، الموافقات، 288\4.

¹⁴⁴ المصدر السابق .

¹⁴⁵ المصدر السابق .

وفي كل الأحوال فإن الواقعية في هذا المذهب قد قادت إلى أن تكون نظريته للأمور كلية لا جزئية ، وأن يرتبط تنزيله للنصوص بالواقع المعيش دون التوقف عند ظواهر النصوص أو شكلية المواقف.

ففي حديث " في سائمة الغنم زكاة " ¹⁴⁶ ، كان يرى أن العرب الذين كانوا حول الرسول ﷺ كانوا يسومون مواشيهم لكن معظم بلاد المسلمين تقوم بتغذية مواشيها في المزارع في مصر والمغرب والشام والعراق ، لذلك قال بوجوب الزكاة على الماشية متى ما وصلت النصاب ، وحال عليها الحال سواء كانت سائمة أو معلوفة وأيد ذلك بعموم حديث الرسول ﷺ " ليس فيما دون خمس ذود صدقة " ¹⁴⁷ ، كما حمل حديث السوم بأنه جاء جرياً على الغالب .

كما أنه لم يأخذ بعموم الحديث الذي نهى فيه الرسول ﷺ عن بيع فضل الماء و رأى أن ذلك مخصوص بالماء غير المملوك ، لأن الملكية الخاصة مصنونة في الشرع ، وحمل الحديث على الآبار الموجودة في الأراضي غير المملوكة كما هو الحال في الأراضي الصحراوية والآبار العامة ¹⁴⁸ .

وتدخل هذه المسألة في عمومها في إطار منهجية المذهب المالكي في مآلات الأفعال كما تدخل في تفسير النصوص بتخصيص النصوص العامة بالواقع والأعراف السائدة في حينها .

وأخيراً فإنه لا يساور صادق شك في أن مذهباً من خصائصه الواقعية والكلية لا يمكن أن تكون منهجيته وسياقه وأحكامه غير متناسبة مع قضايا العصر ومتطلباته ، لأن قضايا العصر واقع ، والمذهب المالكي مذهب عملي يستصحب ذلك الواقع حتى إذا ما تغير ذلك الواقع وحل محله واقع جديد وكان لا يتعارض مع الأصول القطعية في الدين، فإنه يتفاعل معه ويأخذ به كما أن نظريته المنهجية لذلك الواقع- فيما سلف

¹⁴⁶ أخرجه أبو داود في السنن ، حديث رقم (1567) .

¹⁴⁷ أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، 5242.

¹⁴⁸ الريان، أ.د. أحمد طه، المدخل الوجيز ، ص 157، 156.

من الزمان و ما هو آت – نظرة كلية لا تقف عند جزئيات الفروع بقدر ما تقف عند كلياتها ومقاصدها و نظامها والله أعلم .

ثالثاً : التيسير و التسامح :

من خصائص المذهب المالكي التيسير في الأحكام ، والتسامح في التعامل مع الآخرين الذي هو فرع من فروع ذلك التيسير .

وفي هذا الصدد يقرر ابن تيمية " أن مذهب أهل المدينة منتظم للتيسير " ¹⁴⁹ ، وهو في ذلك أشبه بسنة رسول الله ﷺ الذي أمر الصحابة – حينما بال إعرابي في المسجد- بصب الماء على ذلك البول وقال : " إنما بعثتم ميسرين و لم تبعثوا معسرين " ¹⁵⁰ .

ومظاهر التيسير في منهجية المذهب المالكي وافرة نذكر منها :

1- الاستحسان بترك التيسير للتوسعة ، ومن ذلك جواز النكاح الموقوف إلا إذا بعد وقت الإجازة ¹⁵¹ ، ورد المبيع بقيمته إن لم يكن هو وجه الصفقة ، وجواز الصرف مع البيع في صفقة واحدة إذا كانت الدراهم قليلة ¹⁵² ، و اغتفار الغرر اليسير في المعاملات مثل بيع المغيب في الأرض كالجزر واللفت وبيع المغاني جملة وبيع الباقلاء في قشره ¹⁵³ .

2- الاستحسان بمراعاة الخلاف وفروعه كثيرة في المذهب المالكي ، وفي هذا يقول الشاطبي عنه " وهذا المعنى كثير في المذهب " ¹⁵⁴ ، وقد تقدمت بعض فروعه عند الحديث عن أدلة المذهب المالكي .

3- قواعد رفع الحرج و أن المشقة تجلب التيسير و قواعد رفع الضرر "الضرر يزال" والضرورات تبيح المحظورات" الضرر لا يزال بالضرر ، يتحمل الضرر

¹⁴⁹ ابن تيمية ، صحة أصول مذهب أهل المدينة ، ص84.

¹⁵⁰ رواه البخاري في الجامع الصحيح عن أبي هريرة، رقم (5690) .

¹⁵¹ الباجي ، المنتقى ، 311\3

¹⁵² المدونة الكبرى، 410\8.

¹⁵³ ابن تيمية، صحة أصول مذهب أهل المدينة ، ص92.

¹⁵⁴ الشاطبي، الاعتصام ، 146\2.

الخاص لدفع الضرر العام" درء المفسد أولى من جلب المصالح" إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما " الإضرار لا يبطل حق الغير" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" ، " الضرر لا يزال بمثله " ، " الضرر يزال بقدر الإمكان " .

وهي قواعد كما هو واضح تشمل كل جوانب الضرر حيث تشمل رفع الضرر ابتداء ، والموازنة بين الضرر العام والخاص ، والضرر الأشد والضرر الأخف ، وأن إزالة الضرر تكون بقدر الإمكان وأنه لا يزال بضرر آخر مثله فوق بيان أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح .

وقد اهتم فقهاء المالكية بهذه القواعد وخصص لها القاضي عياض كتاباً أسماه كتاب " نفي الضرر" في كتابه " مذاهب الحكام في نوازل الأحكام" ¹⁵⁵ . وأورد أبو بكر بن العربي عند تفسيره للآيات المتعلقة بالضرر والضرار حديثاً عنها ونماذج وأمثلة من واقع الحياة التي كان يعيشها الناس آنذاك ، و مثله ابن عبد البر وابن رشد الحفيد و الباجي ¹⁵⁶ .

4- أن نظرة المالكية للتيسير كانت مرنة وكلية ، ومن جراء ذلك توسع مفهوم الاضطراب عندهم فشمل الإكراه يقول القرطبي : " الإكراه لا يخلو إما أن يكون بإكراه من ظالم أو من جوع في مخمصة " ¹⁵⁷ ، وأفتى بعضهم بأن التناول من الميتة عند الاضطراب لا يقف عند حد سد الرمق فقط فقد روى ابن وهب عن الإمام مالك " أن له أن يأكل حتى يشبع وكذلك يجوز له أن يتزود منها " ¹⁵⁸ ، كما أجاز القاضي عبد الوهاب أكل الميتة في حال الإقامة وحال السفر ولو كان السفر لغرض المعصية ، وقال في ذلك " إذا اضطر في سفر معصية لشدة الجوع إلى أكل الميتة أكلها لأن وجوب إحيائه لنفسه لا يسقط لمعصية سفره " ¹⁵⁹ ، كما أنهم كانوا

¹⁵⁵ راجع القواعد المذكورة .

¹⁵⁶ الخادمي، الدكتور نور الدين ، المقاصد في المذهب المالكي ، 371-376.

¹⁵⁷ تفسير القرطبي، 207\2.

¹⁵⁸ الجصاص، أحكام القرآن، 151\1 ، وابن العربي، أحكام القرآن، 24\1.

¹⁵⁹ البغدادي، القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 116\1، والمقاصد في المذهب المالكي، ص404.

يتوسعون في مفهوم الضرورة فيدخلون فيها الحاجة العامة ويجعلونها مبررة للترخيص بل ويستخدمون الضرورة في موطن الحاجة يقول الباجي في الجعالة " وإنما جعل الجعل في العمل المجهول والغرر للضرورة الداعية إلى ذلك " ¹⁶⁰ . هذا ولا بد من ملاحظة أن التيسير في المذهب المالكي ليس على إطلاقه وإنما محكوم ومنضبط بأمور :

أولها : عدم دخوله في المسائل القطعية بل إن القطعيات يحرص المالكية على رعايتها وحمايتها ، ولهذا يتشددون في الربا كنظام عام فيسدون الذرائع إليه ، وفي هذا يقول ابن تيمية " ومفسدة الغرر أقل من مفسدة الربا فلذلك رخص فيما تدعو الحاجة منه فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً " ¹⁶¹ .

ثانيها : مراعاة مآلات الأفعال فكل تيسير يؤدي إلى ضرر أو مفسدة يمنع ، فالمذهب المالكي يدور مع قاعدة المصلحة القطعية الثابتة بنصوص الشرع أعياناً واستقراءً ، لأن الشريعة - كما يقول ابن القيم - مصلحة كلها و عدل كلها ، و كل شيء خرج من المصلحة إلى المفسدة أو من العدل إلى الجور فليس من الشريعة في شيء " . وهو من هذه الوجهة يسد باب التحيل كما سبق بيانه .

ثالثها : أن المالكية وإن كان دأبهم الترخيص والتيسير في المعاملات فإنهم يدورون مع قاعدتهم في حماية المصلحة وتحقيق العدالة فيتشددون في العقوبات ولذلك يرون أن عقوبة القصاص تكون بمثل ما قتل به الجاني المجني عليه ، وأن حد القذف يكون حتى بالتعريض ، وذلك سداً لذريعة إشاعة مثل هذه الجريمة المثيرة للفتن ، والهادمة للمجتمع ، والمصيبة له في معنوياته كما يقضون بقتل الأمر والمباشر للقتل لاشتراكهما بالقتل والمباشرة ، ويرون قتل الجماعة بالواحد ، والقصاص من الوالد بسبب قتله لولده إذا تم عمداً و بطريقة تنفي عنه مشاعر الشفقة و الرحمة ¹⁶² .

¹⁶⁰ الباجي ، المنتقى ، 110\5-112.

¹⁶¹ ابن تيمية ، القواعد النورانية الفقهية ، ص 118.

¹⁶² ابن تيمية، صحة أصول مذهب أهل المدينة، ص 142 ، والريان، أ.د. أحمد ، المدخل بالتعريف بمذهب إمام الفقه والحديث ، ص 193-195.

أما التسامح في المذهب المالكي سواء كان في عدم التعصب أو كان في التعامل مع الآخرين ، فمظاهره عديدة منها :

1- أن الإمام مالكا نفسه كان يقول " إنما أنا بشر أخطئ وأصيب فانظروا في رأيي فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به "163 ، ولما ألف كتابه " الموطأ " وأراد أبو جعفر المنصور حمل الناس عليه أبى ومنعه ، لتفرق الصحابة في البلدان واختلاف آرائهم في المسائل164 .

2- من السماحة في المذهب أن حرية الرأي فيه كانت متاحة ، ولهذا خالف ابن القاسم مالكا في مسائل كثيرة كما خالفه ابن الماجشون وأشهب وابن حبيب في مسائل كثيرة ذكرها ابن رشد الجد، وخالفه يحيى بن يحيى الليثي في مسائل اتبع فيها قول الليث بن سعد ، وكان ابن العربي يختار في ترجيحاته أقوال الأئمة غير المالكية ، والقرافي يقرر أن الحق ليس محصوراً في جهة فليعلم الفقيه أي المذهبين أقرب للتقوى وأعلق بالسبب الأقوى " والشاطبي كان يذم التعصب داخل المذهب المالكي نفسه "165 .

3- أن المالكية يجيزون الاقتداء في الصلاة بالإمام غير المالكي قال خليل : " وجاز اقتداء بأعمى ومخالف في الفروع " وإجازتهم لذلك ليست مقيدة بقيد ، فيجوز عندهم الاقتداء بالمخالف في الفروع ، ولو أتى بمانع لصحة الصلاة كترك الموالاة والنية ، وتكميل مسح الرأس وغير ذلك بخلاف شروط الاقتداء فالمعتبر فيها مذهب المأموم لا مذهب الإمام فلا يصح اقتداء مفترض بمتنفل ، أو معيد أو مؤد بقاض أو عكسه166 .

وقد تناول ابن تيمية هذه المسألة في كتابه عن " تفضيل مذهب الإمام مالك وأهل المدينة " تحت عنوان " مذهبهم في الائتتمام بالمخالف في الفروع "167 .

163 الشاطبي ، الاعتصام ، 301\2 ، وعياض ، ترتيب المدراك ، 189\1، 182.

164 إضاءة الحال 92 ، وإعلام الموقعين، 382، 383\2 وتنوير الحوالك، 2\1 ، والمذهب المالكي، ص 518.

165 المذهب المالكي، ص 517-522.

166 منح الجليل، 182\4 و أثر التعليل بالقواعد عند المالكية، ص 414.

167 تفضيل مذهب الإمام مالك، ص 115، 116.

وقد ساعدت هذه السماحة التي سادت هذا المذهب و اتسم بها في :

أ- انتشاره وترسيخه في المناطق التي عرفته ففي العراق كان لتفتح أصحابه وسماحتهم وعدم تعصبهم دور في قبول الناس له ، ونوال أصحابه الاحترام والخطوة ، جاء في ترتيب المدارك للقاضي عياض في ترجمة الأبهري وهو من القيمين على المدرسة العراقية " لم يعط أحد من العلم والرئاسة ما أعطي في عصره من المؤلفين والمخالفين " .

كما كان الشافعية والحنفية في العراق إذا اختلفوا في أقوال أئمتهم يسألونه فيرجعون إلى قوله " وعرف عنه أنه كان يحفظ أقوال المالكية حفظاً مشبعاً ، وأثر أنه سئل ليتولى القضاء فامتنع ، واستشير فأشار بأبي بكر الرازي وكان حنفي المذهب ¹⁶⁸ .

ب- أنها كانت عاملاً فاعلاً من العوامل التي أدت إلى تقارب المدارس المالكية وتداخلها ، فالمدرسة المغربية كانت في غالب أحوالها في مراحلها الأولى تابعة للمدرستين المدنية والمصرية حيث كان بعضهم يرجح رأي المدنيين ، وبعضهم يرجح رأي المصريين ¹⁶⁹ .

كما ساعدت هذه السماحة أيضاً في العلاقات الودية و العلمية بين مدارس الفقه المالكي المختلفة حيث كان القيروانيون والمصريون والعراقيون على صلة دائمة بمهد المدرسة ومنبعها في المدينة ، وقد تطورت هذه العلاقة في مراحلها اللاحقة فشملت مدارس المذهب المالكي في المشرق والعراق ومصر التي كان لعلماء المغرب لها رحلات علمية مشهورة ومعروفة وذات أثر كبير في تقدم المذهب المالكي وتطوره .

ج- ومن مميزات هذه السماحة أنها أدت إلى التلاقح الفكري والفقهي بين المذهب المالكي وغيره من المذاهب الفقهية الأخرى ، وأمدت هذا المذهب بفقه المذاهب الأخرى فساعدت في أطروحة المقارنة فالباجي كان يستدل بآراء كل المذاهب

¹⁶⁸ المذهب المالكي، ص83.

¹⁶⁹ المرجع السابق، 115.

الفقهية بل يتعداها إلى الظاهرية والشيعة والمعتزلة والخوارج ويقارن بينها وبين المذهب المالكي ، والمازري كان يجمع كل الأقوال ويرجح ما يراه مناسباً لمقاصد الشرع ومصالح الخلق، وابن رشد كان موسوعياً حيث أصل وسبب للخلاف بين المذاهب الفقهية ، وبذلك استثمر الخلاف في توسيع الاجتهاد ، والانحياز إلى الحقيقة، وكذلك ابن عبد البر ، وابن رشد الجد ، والقاضي عبد الوهاب ، والبطلوسي الذي ألف في أسباب الخلاف¹⁷⁰ .

وبعد هذا كله فلا شك أن مذهباً اتسم بالتيسير في منهجه مع الانضباط كما اتسم بالسماحة التي نقلته من خلال فكر فقهاء العالي إلى مستوى المذهب الجامع والموائف لا شك أنه قادر بل و حقيق و قمن بإيجاد حلول لقضايا الزمن و مشكلاته و نوازله و الله أعلم .

رابعاً : الوسطية و التوازن :

المذهب المالكي مذهب وسط ، لأن الخصائص – التي سبق استنباطها له – من حيث اتساعه وشموله ومن حيث واقعيته وكليته ، ومن حيث تيسيره وسماحته مع انضباطه لا بد من أن تسلمه إلى تلك الوسطية ؛ لأنها خصائص لا تتوفر لمذهب آخر مجتمعة فإن شاركه مذهب في السعة قد لا يشاركه في الواقعية ، وإن شاركه آخر في التيسير نجد أن ضوابطه لذلك التيسير أقل من ضوابط المذهب المالكي ، وذلك يجعل هذا المذهب مذهباً وسطاً لاتسامه بتلك السمات مجتمعة ، وبهذا فهو آخذ من كل مذهب من المذاهب الأخرى بطرف مع تفردته باكتماله النسبي في الخصائص التي تم استنباطها على أن هذه الوسطية يمكن تركيزها و جمعها فيما يأتي :

1- المالكية أشعرية من حيث عقيدتهم وعقيدة الأشعرية وسط بين اتجاه المعتزلة الذين يحكمون العقل ويرون أنه وحده يحسن و يقبح ، وبين اتجاه الجمهور ومنهم الأشعرية والسلف الذي يرون أن العقل لا يحسن ولا يقبح غير أن الأشعرية يقولون

¹⁷⁰ الخادمي، د. نور الدين ، المقاصد في المذهب المالكي ، ص 190-192.

بأن العقل يدرك ما في الأشياء من حسن وقبح و لذلك قالوا بتأويل المتشابه ، أما السلف فقد قالوا بوجوب الإيمان به على المعنى الذي أراده الله دون البحث فيه و التأويل . فهم لذلك وسط بين المعتزلة و السلف¹⁷¹ .

2- ترتب على الخاصية السابقة أن كان المالكية في حالة توفيقية بين العقل و الشرع، وفي هذا يقول المازري الظاهرة الأولى في الأشعري هي : التوفيق بين مقتضيات العقل ومقتضيات السمع¹⁷² ، وقد عمل فقهاء المالكية على توضيح هذه الفكرة و منهم المازري نفسه أما ابن رشد فقد ألف كتاباً في " فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال "¹⁷³ .

3- المالكية وسط بين أهل الرأي (الحنفية) وبين أهل الحديث المتأخرين (الشافعية والحنابلة والظاهرية) فعلى حين أخذ الحنفية بالرأي ومالوا إليه كثيراً ، أخذ المتأخرون من أهل الحديث بالأحاديث ولو كانت ضعيفة أما المالكية فقد تمسكوا بالحديث والأثر وعمل أهل المدينة ، ولذلك كانوا وسطاً بين الفريقين .

4- لو حدث تتبع للمسائل التي حدث فيها اختلاف بين المالكية وغيرهم نجد أن المالكية في غالب الأمر أقرب إلى المذهبين الشافعي و الحنبلي ، و قد سبق تتبع ذلك في أصولهم ، و لهذا فهم وسط بين المذاهب الفقهية ، صحيح أنهم أحياناً يؤيدون هذا وأحياناً ذاك لكن وسطيتهم تظل ثابتة بحكم ارتكازهم على قوة الدليل ، وعدم انسياقهم مع التعصب وهو أمر سلف بسطه أيضاً .

ولتمكن الروح الوسطية في المذهب المالكي نجد أن الشاطبي يلح على فكرة الوسطية هذه مصرحاً بأنه قصد حمل الناس على الوسط الذي هو مجال العدل والاعتدال¹⁷⁴ .

¹⁷¹ الوزير ، أحمد بن علي ، المصنف في أصول الفقه ، دمشق : دار الفكر ، ص 142.

¹⁷² المعلم، 771 ، والمقاصد في المذهب المالكي، ص501.

¹⁷³ المقاصد في المذهب المالكي، ص501.

¹⁷⁴المذهب المالكي، ص 105 ، والظاهر بن عاشور، أعلام الفكر الإسلامي في المغرب العربي، ص75.

خامساً : المرونة والتجديد :

الفقه المالكي فقد مرّن ومنضبط في الوقت ذاته ، فهو في العبادات لا يلتفت إلى المعاني و إن ظهرت لبادي الرأي لأن العبادات القصد فيها إلى التسليم على ما هي عليه¹⁷⁵ أما في المعاملات فقد قام هذا الفقه على تعليلها و إجرائها على المعنى المناسب الظاهر للعقول¹⁷⁶ ، و لذلك كان مرناً فيها ، وقبل الدخول في بيان هذه المرونة المتصلة بالمعاملات أو العادات عموماً لا بد من الإشارة إلى أمرين :

أولهما : أن المالكية بهذه المرونة لا يخرجون عن السياج العام للتعبد لأن إتباع المصالح عندهم و الأخذ بها هو في ذاته تعبد في جملة الأمر ما دام أنها داخلة في دائرة المصالح التي ارتضاها الشارع الحكيم و علل بها أحكامه¹⁷⁷ و الممنوع عندهم و في الشرع انقياد الإنسان لشهوته الزائلة، و أغراضه العاجلة في الدنيا¹⁷⁸. وفي هذا المعنى تقررت عند المالكية قواعد منها " كل تكليف لا يخلو عن التعبد"¹⁷⁹ وكل ما ثبت فيه اعتبار المعاني دون التعبد فلا بد فيه من اعتبار التعبد¹⁸⁰.

ثانيهما : أن المرونة في المعاملات ويعبرون عنها بالعبادات لا تكون إلا في إطار أصول ضابطة وهي الأصول التي قررها ابن العربي وسبقت الإشارة إليها ، والتي تتركز في:

- 1- عدم أكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾¹⁸¹ ، و يشمل ذلك القمار و الغصب و التعدي على الأموال ، وجدد الحقوق ، والسرقة والحراقة بأخذ المال وهلم جرا.

¹⁷⁵ الشاطبي، الاعتصام، 132، 133\2.

¹⁷⁶ المرجع السابق.

¹⁷⁷ الشاطبي، الموافقات ، 293\2 .

¹⁷⁸ المرجع السابق، 289\2.

¹⁷⁹ ماء العينين ، المرافق على الموافق، 299\1.

¹⁸⁰ المريني، الدكتور الجيلالي، القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتاب الموافقات،

312.

¹⁸¹ سورة النساء ، الآية 29.

2- تحريم الربا لقوله تعالى ﴿وأحل الله البيع و حرم الربا﴾¹⁸²، و بناء على ذلك فإن البيع حلال كمبدأ إلا ما جاء نص فيه بالمنع تخصيصاً أو تقييداً أو تفسيراً كما أن الربا حرام وقد شدد الشارع في تحريمه وبشعه لما فيه من استغلال و ظلم ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾¹⁸³ ، ولذلك فإن المالكية يسدون ذرائعه تماماً وقد سبق بيان ذلك و اجتهدوا في ذلك حتى اعتبروا " كل قرض جر منفعة فهو ربا " ، على عكس البيع الذي اعتبروا الأصل فيه الحل ، ومن قواعدهم المقررة " الأصل في المنافع الإذن و في المضار المنع " ¹⁸⁴.

3- النهي عن الغرر الذي جاءت فيه عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أحاديث كثيرة ثم فصل فقهاء المالكية أحكامه بإفاضة و تركيز وما يتبعه أيضاً من النهي عن الغش والتدليس وسائر ما يفضي إلى المشاحة والنزاع على أنهم أجروا الغرر في المعاوضات واغترفوه في التبرعات كما تجاوزا في المعاوضات عن الغرر اليسير، والغبن اليسير الذي لا يؤدي إلى مشاحة و نزاع . وفي الأطعمة والأشربة تشددوا في المشروبات فحرموا كل مسكر ، وأن ما أسكر كثيرة فقليله حرام سواء كان من الثمار أو الحبوب أو العسل . أما الأطعمة فحرموا فيها ذوات الأنياب لثبوت تحريمها بنصوص قطعية ، أما ذوات المخالب فجعلوها مكروهة ، والطير لا يحرم منه شيء عندهم ولا يكره ، والخيل عندهم مكروهة و رويت فيها الإباحة والتحريم¹⁸⁵ . والمرونة في فقههم واضحة في المأكولات أما الأشربة فيجرون فيها قاعدتهم في الجنايات التي سلفت الإشارة إليها.

¹⁸² سورة البقرة ، الآية 275.

¹⁸³ سورة البقرة ، الآية 275.

¹⁸⁴ شرح تنقيح الفصول، 355 ، البرنو، الدكتور محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، 49\1.

¹⁸⁵ ابن تيمية، صحة أصول مذهب أهل المدينة، ص79،80.

4- القاعدة الرابعة و الأخيرة من قواعدهم في المعاملات تحقيق المصلحة ، وهو تحقيق يأتي في إطار أدلتهم التي سبق شرحها في هذا الصدد و هي مراعاة المصالح المرسله ، والاستحسان باستثنائه العرفي والمصلي ، والعرف نفسه بما فيه من اتساع و تجاوب مع حاجات الناس و مصالحهم .

وفي دقة وجودة أصول المعاملات وضوابطها في الفقه المالكي ، فقد وصفها ابن تيمية بقوله " وأصول مالك في البيع أجود من أصول غيره "186 .

ومن هنا تنطلق المرونة في هذا المذهب مستجيبة لمصالح الإنسان ومتابعة لها بدقة وانضباط ، ومحمية في الوقت ذاته بالأصول الشرعية المقررة ، وبإخلاص فقهاء المالكية الذي عرفوا في كل زمن بالإخلاص والتوقي والزهادة ، والبصر والعمق في كل زمن وحين .

ولمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي وهو مالكي قول فيما يتصل بالمرونة حيث يقول بعد كلام سبق في هذا السياق " وهكذا ينبغي للأئمة أن يراعوا الضرورات فيما تقتضيه النظمات الوقتية ، والأحوال العمومية لمجاراة الأمم المتحدثة في مضمار الترقيات العصرية ، وكثير من أحكام الشريعة لا سيما المعاملات والأحكام الدنيوية فيها مرونة مناسبة لحال التطور لانبنائها على أعراف وعوائد تتغير بتغيرها "187 .

أما التجديد في الفقه المالكي وهو تنزيل الأحكام الشرعية على ما يجد من وقائع وأحداث¹⁸⁸ ، فليس غريباً على الفقه المالكي فقد رأينا ونحن نتناول مراحل تطور هذا الفقه كيف تابع حياة الناس العملية ، وكيف نزل الأحكام الفقهية على أحداث زمانهم ومكانهم ، وكيف أفلح فقهاؤه في النظر فوضعوا معايير للتعليل والترجيح وأكثروا من التفريع ومنه استخلصوا قواعد موافية لفقهم حتى جاء القرن السابع وهو عصر التقليد و ركن الناس إلى المختصرات وأبرزها مختصر خليل بن إسحق

¹⁸⁶ ابن تيمية ، مجموع الفتاوى، 26\26.

¹⁸⁷ الحجوي ، الفكر السامي، ص 718.

¹⁸⁸ محمد، الدكتور أمانة عدنان ، تجديد الفكر الإسلامي، ص16.

لكن ذلك لم يحل بين المالكية والتجديد الذي ظهر عند القرافي وابن جزري وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ثم لما كثر التعصب والتقليد أكثر وركن الناس إلى كتب المتأخرين من مختصرات وشروح و حواشي¹⁸⁹ ، كان رد الفعل قوياً فظهر التجديد المالكي المستوعب الذي قام به الإمام أبو إسحق الشاطبي في كتابه الموافقات وهو تجديد عكس بأمانة قدرة هذا المذهب على التجديد ، لأن تجديد الشاطبي لم يكن قاصراً على الفروع وإنما تعداها إلى المنهج و الأصول و بالتالي لم يكن وفقاً على المذهب المالكي وحده و إنما تعداه إلى تجديد كل الفقه الإسلامي فضلاً عن أن هذا التجديد شمل كافة أصول الفقه فقد أضاف في مضامينه بعض الإضافات في باب الحكم الشرعي حيث أدار المباح بين الكلية والجزئية كما ربطه بمقاصد المكلف وأحواله ، وأوضاعه من حيث كونه خادماً لغيره ، وأوضاعه بحسب المآل والمصالح والمفاسد التي تعقبه ، ومرتبة العفو وعلاقتها بالمباح ومباحث العموم وما يعترئها من قضايا الأعيان وحكايات الأحوال بالإضافة إلى تجديده في باب الاجتهاد واهتمامه بتحقيق المناط وهو الاجتهاد التطبيقي ونظرية مقاصد الشريعة بكل ما فيها من عبقرية و إضافة و تفرد¹⁹⁰ .

وهذا يصل بنا إلى أن التجديد في الفقه المالكي بلغ غايته ، و أنه عن طريق المقاصد يتصل مباشرة بالقضايا المعاصرة التي هي محل الحديث و الله أعلم .

نماذج تطبيقية لمناسبة الفقه المالكي للوقائع المستجدة

نماذج تطبيقية لاستجابة الفقه المالكي لقضايا العصر :

استجابة الفقه المالكي لقضايا العصر ليست في جوهرها أمراً جديداً ، فقد سبق أن أشرنا إلى أن القانون الفرنسي قد تأثر بالفقه المالكي في إطار نهضته التشريعية بعد

¹⁸⁹ المذهب المالكي، ص 214.

¹⁹⁰ راجع : مجلة المسلم المعاصر ، بحث : التجديد في أصول الفقه مشروعيته و تاريخه وإرصاصاته المعاصرة .

عهد التنوير⁽¹⁾ ومن ثم فإن التشريعات العربية قد تأثرت بالفقه المالكي عن طريق تأثيرها هي الأخرى بالقانون الفرنسي هذا عدا تأثر الفقه الغربي في عمومته بالفقه الإسلامي ، وتأثرهم بالفقه المالكي على وجه الخصوص عن طريق الأندلس والاقتباس مما ترجم من كتب المالكية ككتاب خليل بن اسحق المشهور بمختصر خليل⁽²⁾ ، وإذا تجاوزنا هذا البعد التاريخي الذي تقادم نسبياً فإننا لا نستطيع تجاوز حركة التقنين التي سادت العالم الإسلامي المعاصر في القرن الثالث عشر الهجري حينما مست الحاجة إلى التقنين الذي دعا إليه المصلحون في العالم الإسلامي ، ومنهم رفاة رافع الطهطاوي (ت1290هـ) الذي دعا إلى وضع مدونة قانونية تقوم على تقنين الأحكام الشرعية⁽³⁾ ، وخير الدين التونسي (ت1307هـ) الذي دعا أيضاً في كتابه " أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك " إلى نفس الفكرة⁽⁴⁾ ، والإمام محمد عبده ، ورشيد رضا وسواهم كثيرون من الذين تطلعوا إلى هذا النمط من الإصلاح التشريعي والقانوني حينما مست الحاجة إليه ، وقد كان من الأسباب التي اقتضت ذلك التقنين كثيرة النوازل التي جدت في العصور المتأخرة ، وكانت بالتتالي تحتاج إلى اجتهاد فقهي يبين أحكامها إما بالترجيح بين الآراء الفقهية الموجودة أصلاً ، أو باشتقاق حكم جديد لها في إطار الأصول الشرعية المقررة .

وقد كان الفقه المالكي مسعفاً في ذلك حيث صدر في " تونس " قانون " الالتزامات والعقود " المأخوذ كله من المذهب المالكي كما صدر في سنة 1984 قانون المعاملات المدنية المعدل بقانون 1987 لدولة الإمارات العربية المتحدة وجزء كبير من هذا القانون مأخوذ من المذهب المالكي .

(1) الفصل الثاني من هذا المبحث : خلاصة الخصائص العامة للفقه المالكي .
(2) راجع : زقور ، الدكتور أحسن ، عالمية الفقه المالكي وهيمنته على سائر الفقه ، منشورات دار الأديب بالجزائر .
(3) زغبية ، الدكتور محمد ابراهيم ، حركة التقنية في البلاد التونسية ، تونس : حركة النشر الجامعي ، 2003م ، ص 33.
(4) المرجع السابق .

وفي مجال الأحوال الشخصية صدر القانون المصري رقم (25) لسنة 1920 والقانون السوري لسنة 1975 بالتفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق ، وخلاصة الأحكام الواردة في القانونين بالنسبة لعدم الإنفاق هي :

أ- أن الزوج إذا كان له مال ظاهر ينفذ الحكم عليه بالنفقة من ماله من غير حاجة إلى التفريق .

ب - إذا لم يكن للزوج مال ظاهر فإن كان حاضراً ولم يثبت عجزه عن الإنفاق وأصر على الامتناع فرق القاضي بين الزوجين في الحال ، وإن أثبت عجزه عن الإنفاق أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر في القانون السوري وشهراً في القانون المصري فإن مضت المدة ولم ينفق فرق القاضي بينهما إما إن كان غائباً وليس له مال ظاهر فيجب إعداره وإمهاله إلى مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن مضت ولم ينفق على الزوجة فرق القاضي بينهما ، وهذه الأحكام كلها مأخوذة من المذهب المالكي (6) .

ونموذج آخر يتمثل في أخذ قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة بالطلاق للضرر وسوء العشرة الذي لا يجيزه الحنفية والشافعية ويجيزه المالكية والحنابلة غير أن أخذ القوانين به كان اعتماداً على مذهب المالكية . ففي مصر كان العمل بمذهب الحنفية الذي يقضي بعدم إجازة الطلاق للضرر حتى صدر القانون رقم (25) لسنة 1929 الذي أخذ بمذهب المالكية في هذا النوع من الطلاق ، وجاءت تفاصيل الأحكام فيه الخاصة معتمدة على مذهب المالكية ، وفي السودان يأخذ قانون الأحوال الشخصية بالطلاق للضرر وسوء العشرة منذ سنة 1912 وهو زمن كانت تعمل فيه المحاكم السودانية آنذاك بالراجح من مذهب الحنفية لكنها استتنت الطلاق للضرر ولم تأخذ فيه بمذهب الحنفية ، وصدر في ذلك المنشور (17) لسنة 1915 وهو ما اعتمده قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 ، كما أخذ القانون السوري

(6) الزحيلي، أ.د. وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، ط10، دمشق : دار الفكر المعاصر ، 2007م ، 7043/9.

في الطلاق للضرر بمذهب المالكية في سنة 1975 ، والقانون الأردني " قانون حقوق العائلة " رقم 92 لسنة 1951 يأخذ بالطلاق للضرر من مذهب المالكية ، وفي المغرب تأخذ مدونة الأحوال الشخصية بالطلاق للضرر عملاً برأي المالكية ، وفي تونس تأخذ به مجلة الأحوال الشخصية الصادرة في سنة 1956 ، وفي الكويت يأخذ به القانون رقم (51) لسنة 1984 ، وفي الجزائر يأخذ به قانون الأسرة قانون رقم (84) لسنة 1984 ، وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يأخذ به قانون الأحوال الشخصية المواد 117-123⁽⁷⁾ .

ومن النماذج التطبيقية لاستجابة الفقه المالكي للحاجات المعاصرة التفريق للغيبة الذي أخذت به القوانين المعاصرة لأحوال الشخصية من المذهب المالكي ، ويوافقهم في ذلك الحنابلة ، أما الحنفية والشافعية فلا يقولون بالتفريق للغيبة⁽⁸⁾ والتفريق للحبس الذي لم يجزه جمهور الفقهاء وقال به المالكية وبرأيهم أخذت قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة .

وفيما وراء ذلك كان الفقه المالكي متجاوباً مع المصالح وحاجات الناس المعاصرة الخاصة بالوقف ، وقد نجم عن ذلك أخذ قوانين الوقف الإسلامي بالأحكام التي قررها وإرساها الفقه المالكي ومن ذلك :

1- أخذ القانون المصري لسنة 1948 بتأقيت الوقف على غير المساجد كالمشافي والملاجئ والمدارس والفقراء توسعة في عمل الخير ، والقول بذلك هو قول المالكية، وواضح مدى استجابة هذا القول لحاجات الناس المعاصرة ، ومدى ما يحققه من مصلحة للمجتمع ، وسعة في عمل الخير⁽⁹⁾ .

(7) الطلاق للضرر حقيقته وأحكامه ، منشور بكتاب " دراسات في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة ، ط1 ، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالعين، 2002م ، ص 215-222.

(8) الزحيلي، أ.د. وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، 7069/10 .

(9) المرجع السابق، 7610/10

2- أخذ قانون الوقف المصري لسنة 1948 بعدم جواز وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة آخذاً برأي المالكية وإن كان قد قيد ذلك ببعض الشروط⁽¹⁰⁾.

وإذا تخطينا مرحلة التقنين واتجهنا إلى الفتاوى المعاصرة التي أصدرها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة بعد إنشائه في سنة 1984 نجده قد أخذ بالفقه المالكي في :

1- إجازة التأمين التعاوني كبديل للتأمين التجاري الذي صدر فيه قرار المجمع رقم: 2/9/9 الذي جاء فيه ما يلي :

أولاً : أن عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد ولذا فهو حرام شرعاً .

ثانياً : أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون ، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني .

ثالثاً : دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين ، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة والله أعلم .

وهذا القرار وما يتضمن من فتوى اعتمد على مذهب المالكية الذي يقررون أن " الغرر يمنع في المعاوضات دون التبرعات " ⁽¹¹⁾ ، والتأمين التعاوني من باب التبرعات لا المعاوضات التي يفسدها الغرر كالتأمين التجاري الذي يكثر الغرر فيه.

2- الوعد الملزم في المراهبة للأمر بالشراء ، وقد صدر فيه قرار المجمع رقم (40 - 41) (بتاريخ 6 - 1 جمادى الأولى 1409 الموافق 10 - 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م وهو رأي المالكية قال : سحنون الذي من الوعد قوله " أهدم

(10) المرجع السابق ، 7613/10 .

(11) راجع : الغرياني، د.الصادق عبد الرحمن ، البهجة شرح التحفة، قاعدة رقم 235 ، مع تطبيقات الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة شرح التحفة ، ط1 ، بيروت : دار ابن حزم، 2005م ، وانظر : القرافي، الفروق، الفرق الرابع والعشرين .

دارك و أنا أسلفك ما تبني به، و أخرج إلى الحج و أنا أسلفك أو اشتر سلعة أو تزوج امرأة و أنا أسلفك⁽¹²⁾

3- وقف النقود الذي صدر فيه القرار رقم 15\6\140 الدورة الخامسة عشرة بتاريخ 1425هـ و الذي جاء فيه :

- أ- وقف النقود جائز شرعاً، لأن المقصد الشرعي من الوقف وهو حبس الأصل وتسبيل المنفعة متحقق فيها؛ ولأن النقود لا تتعين بالتعيين وإنما تقوم بأبدالها مقامها .
- ب- يجوز وقف النقود للقرض الحسن، وللاستثمار إما بطريق مباشر، أو بمشاركة عدد من الواقفين في صندوق واحد، أو عن طريق إصدار أسهم نقدية وقفية تشجيعاً على الوقف، وتحقيقاً للمشاركة الجماعية فيه.
- ج- إذا استثمر المال النقدي الموقوف في أعيان كأن يشتري الناظر به عقاراً أو يستصنع به مصنوعاً ، فإن تلك الأصول والأعيان لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد ، بل يجوز بيعها لاستمرار الاستثمار، ويكون الوقف هو أصل المبلغ النقدي .
- وهو رأي المالكية و من يؤيدهم من الفقهاء .

4- إجازة وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية و المنافع الذي جاء في قرار مجمع الفقه رقم 181 (19/7) بتاريخ 1 إلى 5 جمادى الأولى 1430هـ ، الموافق 26 - 30 نيسان (إبريل) 2009م ، والذي قرر ما يأتي " يجوز وقف أسهم الشركات المباح تملكها شرعاً ، والصكوك ، والحقوق المعنوية ، والمنافع والوحدات الاستثمارية لأنها أموال معتبرة شرعاً " ، وهو رأي المالكية ومن يؤيدهم من الفقهاء الذين يرون جواز تأقيت الوقف و جواز وقف المنافع .

5- من المسائل المعاصرة التي يمكن تخريجها على قواعد المالكية :

- أ- المرضى الميئوس من شفائهم الذين يعيشون في غرف العناية المركزة ، فيقوم جهاز بوظيفة القلب ، وآخر بوظيفة الرئة ، ويظل الجسم ممدداً لا حراك فيه ويستمر

(12) القرافي : الفروق، الفرق : 214 .

على هذا مدة طويلة ، ولو فصلت عنه الأجهزة لفارق الحياة ، فهذه تدرج تحت قاعدة " الحياة المستعارة كالعدم " (13) .

ب- مياه المجاري بعد تنقيتها و تعقيمها ، فهذه تدرج تحت قاعدة " الحكم بالنجاسة مشروط باتصاف المحكوم بنجاسته بالأعراض المخصصة ، لتمائل الأجرام " (14) .

ج- الصائم المسافر من الغرب إلى الشرق جوا ، فمع تطور السفر تطوراً مذهلاً قد يصبح النهار بالنسبة إليه ثلاث ساعات أو أقل ، وربما في السنوات القادمة يصبح النهار في هذه الحالة أقل من ساعة ، فحكم صيامه يندرج تحت قاعدة " تعلق الحكم بالمحسوس على ظاهر الحس لا على باطن الحقيقة " فإذا أمسك عند طلوع الفجر وجب عليه أن يستمر حتى تغرب ولو غربت بعد نصف ساعة (15) .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد ،

فقد تناول هذا البحث قضية خصائص المذهب المالكي التشريعية ومدى استجابته لقضايا العصر من خلال مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة ، أما المقدمة فقد نوهت بأهمية الموضوع التي تتركز في بيان صلة هذا المذهب بقضايا العصر ، ومتطلبات الزمان والمكان . ومن جهة ما يتمتع به من قدرة على إيجاد حلول للقضايا العملية المعاصرة في شتى صورها وأنواعها .

ثم جاء التمهيد للتعريف بالمذهب المالكي ونشأته وتطوره والمراحل التشريعية العامة التي مرَّ بها في تاريخه الطويل .

وفي الفصل الأول تناول البحث أدلة المذهب المالكي ومناسبتها للوقائع والنوازل المستجدة من خلال التعريف بتلك الأدلة النقلية منها والعقلية ، وبيان خصائصها

(13) بن حمدي، أحمد بن عبدالله ، قواعد المقرئ ، 9/1.

(14) المصدر السابق .

(15) المصدر السابق .

التشريعية التي تجعلها مصادر قوية ومرنة وقادرة على استيعاب المستجدات ، ولم يخل هذا الفصل من المقارنات والموازنات اللازمة بين المذهب المالكي وغيره من المذاهب الفقيه الأخرى في هذا الصدد .

أما الفصل الثاني فقد أجمل ابتداءً خصائص المذهب التشريعية مستلهمًا لها من الدراسة التاريخية وهي الدراسة الواسعة التي توفر عليها تمهيده ، ومن خلال أدلة المذهب التي توفر عليها الفصل الذي لحق بالتمهيد ، ولم يقف البحث عند إجمال تلك الخصائص وإنما أتبع ذلك بالبسط والتفصيل لتلك الخصائص المتمثلة في :

1- السعة والشمول 2- الواقعية والكلية 3- التيسير والتسامح والانضباط 4- الوسطية والتوازن 5- المرونة والتجديد .

ونتيجة لتلك الدراسة أتبع هذا الفصل بمجموعة من النماذج التطبيقية للقضايا المعاصرة التي اعتمد فيها القضاء والتشريع على المذهب المالكي والتي تقف شاهداً مباشراً وقوياً على الإمكانيات الزاخرة التي يتمتع بها المذهب سواء كان ذلك من جهة تاريخه أو من جهة أدلته وقواعده ومنهجيته ، ومن خلال مرونته وتفاعله مع قضايا الحياة وشؤون الناس في مختلف العصور التي اجتازها في تاريخه الطويل الغني بالعطاء والإبداع والتميز ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

المراجع

- 1- الأمدي : سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن محمد " الإحكام في أصول الأحكام " الناشر المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان .
- 2- الإسنوي : جمال الدين عبدالرحيم بن الحسين الأسنوي " نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول " ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان 1420 هـ - 1999 م .
- 3- ابن أمير الحاج " التقرير والتحبير " الطبعة الأولى ، الأميرية ببولاق 1317 هـ .
- 4- ابن تيمية : شيخ الإسلام عبدالسلام بن الشيخ الإمام محمد بن القاسم الخضر الحراني الدمشقي " تفضيل مذهب أهل المدينة وصحة أصوله " طبعة دار الفضيحة ، تحقيق وتعليق أحمد مصطفى قاسم الطهاوي .
- 5- ابن جزي : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي " تقريب الوصول إلى علم الأصول " تحقيق وتعليق محمد المختار الشيخ محمد الأمين الشنقيطي الطبعة الثانية 2002م .
- 6- ابن رشد : " الجد " أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد " المقدمات الممهدة " ، مكتبة المثنى ببغداد 1970م مصورة عن الطبعة القديمة .
- 7- ابن رشد : " الحفيد " محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " طبعة الإستقامة وطبعة الحلبي .
- 8- أبو زهرة : الشيخ محمد أبو زهرة " مالك حياته وعصره آراؤه وفقهه " طبعة - دار الفكر العربي 1997 م - الطبعة الثالثة .
- 9- ابن جزي : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي " تقريب الوصول إلى علم الأصول " تحقيق ودراسة وتعليق الدكتور محمد المختار الشيخ محمد الأمين الشنقيطي - الطبعة الثانية 2002م .
- 10- الإدريسي :الدكتور محمد السمانى الإدريسي " الاجتهاد الذرائعي في الفقه المالكي " طبعة مركز الدراسات والرابطة المحمدية بالمغرب .
- 11- إلمامي : الدكتور محمد المختار محمد " المذهب المالكي ودراسة مؤلفاته وخصائصه وسماته " طبعة مركز زايد للتراث والتاريخ ، الطبعة الأولى 2002م .

- 12- الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي " الإحكام " تحقيق محمد أبو الأجفان – الدار العربية للكتاب 1985 م .
- 13- البخاري : عبدالعزيز بن أحمد بن محمد البخاري " كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي " ، طبعة الشركة الصحفية العثمانية .
- 14- البوطي : الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي " ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية " مطبعة العلم بدمشق 1387 هـ - 1976 م .
- 15- التسولي : أبو الحسن علي بن عبدالسلام التسولي " تطبيقات الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة " طبعة دار ابن حزم – الطبعة الأولى 2005 م .
- 16- الحجوي : محمد بن الحسن الحجوى الثعالبي " الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي " طبعة المكتبة العصرية ببيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2009 .
- 17- حسان : الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان " نظرية المصلحة في التشريع الإسلامي " طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة .
- 18- الخادمي : الدكتور نورالدين محمد مختار الخادمي " المقاصد في المذهب المالكي مكتبة النشر والتوزيع – الرياض – المملكة العربية السعودية – الطبعة الثانية 2008م
- 19- خليفة بابكر : الأستاذ الدكتور خليفة بابكر و أ. محمد عبدالهادي سراج " تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره " مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة 1996م.
- 20- الدهلوي : أحمد بن عبدالرحيم الفاروقي الدهلوي الهندي " حجة الله البالغة " الطبعة الأولى – المطبعة الخيرية 1322 هـ .
- 21- الزحيلي : الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي " الفقه الإسلامي وأدلته " طبعة دار الفكر المعاصر – الإعادة العاشرة – 1428 هـ - 2007 م ، وأصول الفقه الإسلامي – طبعة دار الفكر الإسلامي
- 22- الزرقا : الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا " المدخل الفقهي العام " الطبعة السابعة 1383 هـ - 1963 م .
- 23- الزنجاني : أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود بن شهاب الدين " تخريج الفروع على الأصول " طبعة جامعة دمشق 1960م تحقيق الدكتور محمد أديب صالح.

- 24- ريان : أ.د. أحمد على طه ريان " المدخل الوجيز في التعريف بمذهب إمام الفقه والحديث مالك بن أنس " طبعة دار السلام للطباعة والنشر – الطبعة الأولى 2009م .
- 25- الروكي : أ.د. محمد الروكي " نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء " منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط 1994م .
- 26- سيف : أ.د. أحمد نور سيف " عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين " دار البحوث للدراسات وإحياء التراث ، دبي .
- 27- الشاطبي : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي القرناطي " الاعتصام طبعة السعادة والموافقات طبعة صبيح " .
- 28- الشربيني : عبدالرحمن الشربيني " تقرير الشربيني على جمع الجوامع " مطبعة مصطفى محمد .
- 29- الشعلان : الدكتور عبدالرحمن الشعلان " أصول فقه الإمام مالك وأدلته النقلية " طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض .
- 30- الشنقيطي : عبدالله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي " نشر البنود على مراقي السعود " منشورات ببيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 1421هـ - 2000م .
- 31- شلبي – الشيخ الدكتور محمد مصطفى شلبي " تحليل الأحكام " مطبعة الأزهر 1947هـ .
- 32- الشوكاني : محمد بن محمد الشوكاني " إرشاد الفحول " طبعة صبيح .
- 33- العضد : عبدالرحمن بن أحمد الأيجي " شرح العضد على مختصر المنتهى " الطبعة الأولى الأميرية ببولاق 1316هـ .
- 34- على الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم على " اصطلاح المذهب عند المالكية " طبعة دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث بدبي .
- 35- عوض : د. على صالح عوض : أثر العرف في التشريع الإسلامي " طبعة دار الكتاب الجامعي .
- 36- عياض : القاضي عياض بن موسى بن عياض بن موسى السبتى " ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة مذهب مالك " طبعة الشمال الأفريقي بالرباط 1383هـ - 1965م .

- 37- الغزالي : أبوحامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي " المستصفى " الطبعة الأولى الأميرية ببولاق .
- 38- القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي " شرح تنقيح الفصول " مكتبة الكليات الأزهرية عن الطبعة الأولى 1393هـ - 1973م والفروق ، الطبعة الأولى طبعة إحياء الكتب العربية 1344هـ .
- 39- قوته : الدكتور عادل عبدالقادر قوته : أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في المعاملات المالية - طبعة البنك الإسلامي للتنمية بجدة 1428هـ .
- 40- مالك : الإمام مالك بن أنس الأصبحي " الموطأ بشرح السيوطي " طبعة المكتبة التجارية مع تنوير الحوالك " والمدونة الكبرى مكتبة المثنى ببغداد 1970م مصورة عن طبعة السعادة .
- 41- المجددي : محمد عميم الإحسان المجددي البركتي " مجموعة قواعد الفقه " طبعة مير كتب خانة .
- 42- المريني : الدكتور الجيلالي المريني " القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي في الموافقات " طبعة دار ابن القيم ودار ابن عفان ، الطبعة الأولى 2002م .
- 43- المقرئ : أبو عبدالله محمد بن أحمد " القواعد " تحقيق د. أحمد عبدالله بن حميد نشر مركز إحياء التراث الإسلامي - أم القرى - مكة المكرمة .
- 44- الونشريسي : أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي " إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك " طبعة دولة الإمارات العربية المتحدة .

الاجتهاد الجماعي في الفتوى

أ.د. محمد مصطفى الزحيلي

أستاذ الفقه المقارن والدراسات العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد أرسل الله الرسل، وأنزل الكتب، لبيان الشرع الحكيم الذي يهدي للحق والصرط المستقيم، ولتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، وأمر رسوله بالتبليغ، فقال تعالى: "يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك" المائدة/ 67، فبلغ الرسالة، ثم أمر صحابته بذلك فقال عليه الصلاة والسلام: "بلغوا عني ولو آية" (191) وحمل العلماء مسؤولية التبليغ، فقال عليه الصلاة والسلام: "العلماء ورثة الأنبياء" (192)، وقام الصحابة رضوان الله عليهم، والعلماء من بعدهم بذلك، فبينوا الأحكام الشرعية للناس للعمل بها.

والأحكام الشرعية قسمان، الأول: ما ورد صريحاً في الكتاب والسنة، وما استقر في المذاهب الفقهية، وهذا سهل ميسور، ويبينه العلماء والفقهاء والمفتون والقضاة للناس تعليماً وإفتاءً، والثاني: حكم النوازل الجديدة التي لم يرد فيها حكم في النصوص الشرعية، ولا في المذاهب الفقهية، وتعرض على العلماء للاجتهاد فيها لمعرفة حكمها، بالإضافة إلى الأحكام المبنية على الأعراف والمصالح عند تغييرها، والاجتهاد في تفسير النصوص الظنية الدلالة، وهذا ما يقوم به الفقهاء والمفتون في كل عصر، لبيانها للناس، والجواب عن أسئلتهم .

(191) هذا طرف من حديث صحيح رواه البخاري، الأنبياء ، باب نزول عيسى ابن مريم عليهما السلام 1275 /3 رقم 3274 ، 7 وأحمد 195 /2 .

(192) هذا طرف من حديث رواه أبو داود ،كتاب العلم ،باب الحث على طلب العلم/2، 285 ، وابن ماجه ، المقدمة ، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم ص 39 رقم 223 ، وأحمد 196 ، وهو حديث صحيح ، انظر: كشف الخفا 83 /2 ، الترغيب والترهيب 94 /1 ، بذل المجهود 375 /11 ، نزهة المتقين 955 /2 .

إشكالية البحث :

إن إشكاليات الفتوى كثيرة في الماضي والحاضر، وعرضت في ندوات وفي بحوث وكتب ، وفي العصر الحاضر كثرت النوازل، وتعددت المشاكل، وتقدمت العلوم والمعارف، وتعقدت الحياة، وتشابكت القضايا، بتركيبتها من عناصر متعددة، وحصل شيء من الارتباك في بيان الأحكام، مع بعض الفوضى في الفتوى، فظهرت الحاجة الماسة للفتوى الجماعية عن طريق الاجتهاد الجماعي لمعالجتها ، وذلك بالتقاء عدد من العلماء لدراسة القضايا الجديدة، والاستعانة بأهل الاختصاص في موضوع النازلة، لمعرفةها، والتشاور فيها، وبيان الرأي والاجتهاد والأدلة فيها، وتقديمها للناس عموماً، وللمؤسسات والشركات خصوصاً، وللدولة والمسؤولين والحكام على وجه أخص، فتكون أكثر نضجاً وعمقاً، وأسرع قبولاً، وأجدي في توحيد الفتوى بما يحقق المصلحة العامة، ووحدة الصف، وتطبيق الشرع، وهذا ما نريد دراسته في هذا البحث.

الدراسات السابقة :

- 1- إن جميع كتب أصول الفقه عرضت الاجتهاد كمصدر ثالث للفقه الإسلامي بعد القرآن والسنة، وذلك في الاجتهاد الأصولي، وكتب أحد طلابنا رسالة دكتوراه عن الاجتهاد الجماعي في أصول الفقه، وكتب الدكتور عبد المجيد السوسوة كتيباً عن الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، مع كتاب الاجتهاد الجماعي للدكتور شعبان اسماعيل ،وعُقد مؤتمر عن الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالعين، وجمعت البحوث في كتاب مستقل.
- 2- كتب كثير من العلماء كتباً وبحوثاً عن الفتوى في الإسلام قديماً وحديثاً، في كتب الفقه وأصول الفقه، ولكن لم يكتب أحد عن الاجتهاد الجماعي في معالجة الفتوى، أو الفتوى الجماعية، وهو ما نريد بيانه باختصار في هذا البحث.

أهداف البحث:

- 1- العمل على إصدار الفتاوى الشرعية في النوازل المعاصرة ضمن القواعد والضوابط الفقهية التي ذكرها العلماء، وحسب منهج محدد، ومدرّس ومنظم في العصر الحاضر، كما هو مقرر في مناطه، وفق الضوابط الشرعية.
- 2- مراعاة تطور الزمن، وتعقد الحياة، وتعدد الاختصاصات، للاستفادة من أهل الخبرة في كل علم، مما له صلة بموضوع الفتوى ومحلها، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.
- 3- تجنب الأخطاء الفردية، والعوامل الشخصية، والعصبية المذهبية والاقليمية في الفتاوى، لتصدر من جماعة، أو لجنة، أو هيئة محايدة، بالإجماع، أو بالأكثرية.
- 4- تجنب التضارب والاختلاف والاضطراب، والتعدد في الفتاوى العامة، مع بقاء الفتاوى الخاصة بالأشخاص منسجمة مع أحوال أصحابها، وظروفهم، وما يتعلق بما نزل بهم.
- 5- ربط هيئات الفتوى، ولجانها، بجهة رسمية، لتحظى بالعموم والشمول، وتستفيد من الإمكانيات المتاحة، بشرط عدم التدخل في عملها، أو إصدار التوجيهات والإيحاءات لها، حتى لا تتحاز لها، ولا تصبح ناطقة باسمها، أو محققة لرغباتها وسياستها، كما حصل في بعض البلدان.
- 6- مراعاة التقدم العلمي المذهل في مختلف العلوم، والتقنيات، وخاصة في الطب، والمختبرات، وسائر التخصصات، مع تطور وسائل الاتصال والإعلام والنشر بالإذاعة والتلفزة، والقنوات الفضائية، والإنترنت، والصحف والمجلات التي تعبر القارات، وتتخطى الحدود.

منهج البحث:

يلتزم الباحث المنهج الوصفي، والتحليلي، والاستقرائي، والمقارن، فيصف الواقع، ويحلل النوازل، ويتتبع مجريات الحياة، ويقارن بين الآراء في حدود البحث.

خطة البحث:

جاء البحث في مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وهذه هي المقدمة، وأما التمهيد فيعرض تعريف الفتوى، وأهميتها وصورها.

المبحث الأول: في حقيقة الاجتهاد الجماعي في الفتوى ، وتعريف مفردات العنوان.

المبحث الثاني: في أهمية الاجتهاد الجماعي، لبيان فوائده ومجالاته.

المبحث الثالث: في تطبيقات الاجتهاد الجماعي في الفتوى ، لعرض بعض ما صدر فيها.

الخاتمة: في نتائج البحث وتوصياته.

ونسأل الله العون والتوفيق والسداد، وصلى الله وسلّم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

تمهيد

تعريف الفتوى ، وأهميتها ، وصورها

أولاً: تعريف الفتوى:

الفتوى لغة: اسم مصدر، بمعنى الإفتاء، وأفتى في المسألة أبان الحكم فيها، والإفتاء مصدر، وهو بيان حكم المسألة، وتدور في اللغة على البيان والإيضاح والإظهار، فالفتوى: هي الجواب عما يشكل من المسائل الشرعية أو القانونية(193).

والفتوى اصطلاحاً: هي الإخبار عن الحكم الشرعي على غير وجه الإلزام(194)، وهذا يشمل الإخبار عن الأحكام الشرعية الواردة في القرآن والسنة والمذاهب الفقهية، والإخبار عن الحكم الشرعي للنوازل التي تقع، وللمسائل التي توجه للعالم لتنزيل الحكم عليها، وقيد "على غير وجه الإلزام" لتمييزها عن حكم القاضي الملزم.

ثانياً: أهمية الفتوى :

يقوم المفتي والفقيه والمجتهد والعالم ببيان حكم الله تعالى في الواقعة التي تعرض عليه مفصلة، ليعرف الناس ذلك، ولذلك وصف ابن القيم رحمه الله تعالى المفتين بأنهم "هم في الأرض بمنزلة النجوم في السماء، بهم يهتدي الحيران في الظلماء، وحاجة الناس إليهم أعظم من حاجتهم إلى الطعام والشراب، وطاعتهم عليهم أفض من طاعة الأمهات والآباء"(195)، فالفتوى تعالج أمور الواقع، لتحديد رأي الشرع

(193) القاموس المحيط، مادة (فتو) 4 / 375، المصباح المنير، مادة (فتو) 2 / 622، ووردت كلمة القانونية في المعجم الوسيط، مادة (فتو) 2 / 673.

(194) هذا تعريف البناني في حاشيته على جمع الجوامع 2 / 401، ووردت تعريفات أخرى متقاربة، لا مجال لعرضها، وذكرها العلماء قديماً وحديثاً، انظر : الذخيرة للقرافي، 1 / 121، البحر المحيط للزركشي 6 / 305، صفة الفتوى ، لابن حمدان ص 4 ، شرح الكوكب المنير، لابن النجار 4 / 541 ، التعريفات، للجرجاني، ص 18 ، الفتوى في الإسلام، القاسمي، ص46، الموسوعة الفقهية الكويتية، 32 / 21.

(195) أعلام الموقعين، 1 / 10، 251.

فيها، مع اختلاف الوقائع بين الأشخاص، وحسب الزمان والمكان والعرف، ولذلك يجب أن تكون الفتوى مطابقة للنازلة.

وإن الفتوى من المناصب الإسلامية الجليلة؛ لأن المفتي ينوب بالتبليغ عن رب العالمين، ويؤتمن على شرعه، ولذلك سمي ابن القيم كتابه "أعلام الموقعين عن رب العالمين" فالمفتون يوقعون عن الله تعالى في إصدار الفتوى، وهذا يقتضي العلم بالواقعة، والخبرة بها، ومعرفة أصول التشريع، والصدق في التبليغ، ولذلك فإن عمل المفتي يشبه عمل الأنبياء والمرسلين، كما سبق في الحديث الشريف "العلماء ورثة الأنبياء".

وتشاطر الفتوى القضاء في بيان الأحكام الشرعية، والفصل في المسائل والوقائع والعقود عند الاختلاف، ثم صار الإفتاء مؤسسة شبيهة قضائية لمساعدة القضاة في حل المنازعات والخصومات (196).

وتزداد أهمية الفتوى عند غياب تطبيق الشريعة في معظم شؤون الحياة، وعند كثرة القضايا المستجدة، والنوازل والأمور الطارئة، والتطور الاجتماعي والاقتصادي والتقني، وفي عالم الاتصال، ومختلف شؤون الحياة، وتتضاعف الأهمية عند تعيين المفتي في منصب رسمي، أو إحالة المسائل والنوازل إلى الهيئات واللجان.

ثالثاً: صور الفتوى :

تأخذ الفتوى صوراً عديدة، وأشكالاً مختلفة، ونقتصر على جانب منها، وهو الشخص أو الجهة التي تصدر عنها الفتوى، وهي :

(196) القاسمي، الفتوى في الإسلام، ص44، 49، النووي، آداب الفتوى، ص13، النووي، المجموع ، 1 / 67، الموسوعة الفقهية، 32 / 21، ابن الجوزي، تعظيم الفتيا ، ص51، المعتمد في الفقه الشافعي، 5 / 415، التنظييم القضائي، ص47.

1- الإفتاء الفردي، وهو الوحيد تقريباً في العصور السابقة، ولا يزال هو الشائع في العصر الحاضر، بأن يوجه السؤال إلى شخص لبيان الحكم الشرعي في المسألة فيجيب عنها.

2- الإفتاء الجماعي، وهو توجيه السؤال إلى لجنة، أو هيئة، أو مجمع، أو مؤسسة، أو يعرض في ندوة جماعية، أو في مؤتمر فقهي، ويتم دراسته، والبحث عن جوانبه، والتداول فيما يتصل به، والتشاور في الأدلة، ثم الوصول إلى الحكم أو القرار، وهو موضوع بحثنا.

وتعتمد الفتوى في جميع صورها على المفتي الذي يشترط فيه شروط أساسية، ويجب أن تتوفر فيه آداب وصفات معينة، بينها العلماء، ولا مجال لعرضها في هذا البحث.

المبحث الأول

حقيقة الاجتهاد الجماعي في الفتوى

نبين في هذا المبحث حقيقة الاجتهاد الجماعي بتعريفه، وبيان صلته في الفتوى، ومعالجة النوازل بعد تعريفها، والتذكير بمشروعيتها، ومجالاته.

أولاً: تعريف الاجتهاد:

الاجتهاد لغة : افتعال من الجهد، بضم الجيم وفتحها، وهو الطاقة والمشقة، أي هو بذل المجهود، واستفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور، ويختص بما فيه كلفة ومشقة (197).

والاجتهاد اصطلاحاً : هو استفراغ الفقيه وسعه لدرك حكم شرعي (198)، فالاستفراغ معناه بذل الوسع والطاقة من ذي الفقه، بحيث تحس نفسه بالعجز عن

(197) القاموس المحيط، مادة (جهد) 1/ 286، المصباح المنير، مادة (جهد) 1/ 155، المعجم الوسيط، مادة (جهد) 1/ 142، معجم مقاييس اللغة 1/ 487.

(198) هذا تعريف ابن النجار الفتوح في شرح الكوكب المنير 4/ 458، وهو مقتبس من تعريف =

الزيادة للمعرفة الظنية أو للنصوص التي يسوغ فيها الاجتهاد، لتحصيل ومعرفة الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

والمراد من الفقيه عند الأصوليين قديماً: المجتهد، وأما إطلاقه على من يحفظ الفروع الفقهية فهو اصطلاح عند غيرهم، وكان لفظا الفقيه والمجتهد مترادفين في العصور الأولى، ثم انفصلا، وصار الفقيه هو المجتهد عند الأصوليين، والعالم بالفقه هو الفقيه عند الفقهاء.

والاجتهاد يعم معظم مصادر التشريع، وهو أوسع من القياس، ومن الرأي، بل كثيراً ما نحتاج للاجتهاد في نصوص القرآن والسنة من جهة، وفيما قرره الأئمة والمجتهدون عند تغير الأزمان والأعراف (199).

ثانياً: مشروعية الاجتهاد وشروطه:

إن الاجتهاد مطلوب شرعاً، وثبتت مشروعيته في آيات كثيرة، ووردت فيه أدلة كثيرة، وأحاديث عدة تدل على طلبه، ونكتفي بحديث معاذ رضي الله عنه لما بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، فقال له: "كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟" فقال: أقضي بكتاب الله، قال: "فإن لم يكن في كتاب الله؟" قال: فبسنة رسول الله، قال: "فإن لم يكن في سنة رسول الله؟" قال: "أجتهد في رأيي، ولا آلو، أي لا أقصر" وفي رواية زيادة: "فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدر معاذ، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله، لما يرضي الله

= البيضاوي وهو "استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية" منهاج الوصول مع شرحه نهاية السؤل 2/ 233، وهناك تعريفات كثيرة ترد في مظانها ومواطنها، انظر: الغزالي، المستصفى، 2/ 350، الأمدي، الأحكام، 4/ 62، الرازي، المحصول، 3/ 7، اللكنوي، فواتح الرحموت، 2/ 362، الزركشي، البحر المحيط، 6/ 197، الإيجي، شرح العضد على ابن الحاجب، 2/ 289، البخاري، علاء الدين، كشف الأسرار على أصول البزدوي، 4/ 14، الجرجاني، التعريفات، ص8.

(199) الماوردي، الحاوي، 20/ 178، الغزالي، المستصفى، 2/ 300، الزركشي، البحر المحيط، 6/ 196.

ورسوله"(200)، وأجمع الصحابة ومن بعدهم على مشروعية الاجتهاد نظرياً وعملياً حتى تواتر ذلك عن الصحابة، ولم يخالف في ذلك أحد، وسار عليه سلف الأمة وخلفها حتى وقتنا الحاضر، وهو ما يقتضيه العقل ويؤيده؛ لأن الله تعالى له حكم في كل حادثة أو واقعة في الكون، وأن نصوص القرآن والسنة محدودة، وأن وقائع الكون غير محدودة، والمحدود لا يحيط بغير المحدود، فكان الاجتهاد في معرفة حكم الحوادث والمستجدات والنوازل أمراً محتوماً عقلاً، وواجباً شرعاً، فصار الاجتهاد أصلاً في الشرع، وهو واجب على العلماء أو الفقهاء أو المجتهدين أو المفتين، وبابه واسع ومفتوح عند وجود الأهل له، وتوفر شروطه، وهي: العلم بكتاب الله تعالى، والعلم بالسنة المتعلقة بالأحكام، والعلم بالناسخ والمنسوخ، وأسباب النزول، ومعرفة مسائل الإجماع، ووجوه القياس، وعلوم اللغة العربية، والعلم بأصول الفقه لمعرفة مصادر التشريع، وأنواع الحكم الشرعي، والتعارض والترجيح، والاجتهاد والتقليد، وقواعد الاستنباط أو الدلالات، أو تفسير النصوص، ومقاصد الشريعة، ومعرفة المآلات التي تصل إليها الأحكام(201).

ثالثاً: تعريف الاجتهاد الجماعي:

الاجتهاد الجماعي في حقيقته نوع من الاجتهاد الذي سبق تعريفه في الاجتهاد الفردي، ولم يعرف أحد في السابق الاجتهاد الجماعي، وإن وقع عملياً في كثير من

(200) هذا الحديث رواه أبو داود، الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، 272 / 2، والترمذي، الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، 556 / 4، وأحمد، المسند، 230 / 5، 242، 236، والبيهقي، 114 / 10، وذكره ابن عبد البر في جامع بيان العلم، 69 / 2، وابن سعد في الطبقات، 2 / 347، وابن القيم في أعلام الموقعين، 1 / 221، ووكيعة في أخبار القضاة، 98 / 1، وقال الشوكاني: "وقد قيل: إنه مما تلقته الأمة بالقبول" إرشاد الفحول، ص 250، مما يدل على صحته، وانظر: الحاوي، 2 / 186.

(201) انظر: الشافعي، الرسالة، ص 509، المستصفي، 250 / 2، الرازي، المحصول، 30 / 3، الآمدي، الإحكام، 4 / 162، فواتح الرحموت، 2 / 363، كشف الأسرار، 4 / 15، العصد على ابن الحاجب، 2 / 290، شرح تنقيح الفصول، ص 427، الجصاص، الفصول في الأصول 23/3، الزركشي، البحر المحيط، 6 / 199، شرح الكوكب المنير، 4 / 459، الموافقات، 4 / 67.

الأحيان، وتم تطبيقه في مجالات عدة، ولم يُفرد بالبحث والدراسة إلا في العصر الحاضر عندما نادى به بعض العلماء، وطالبوا العمل به، ثم مارسوه في الواقع والحياة.

وتعددت تعريفات الاجتهاد الجماعي من المعاصرين، واختلفت، وكلها تدور على كونه الاجتهاد المشترك الذي يصدر عن عدد من العلماء الباحثين الذين وصلوا إلى درجة الاجتهاد الجزئي، وتتوفر فيه شروط الاجتهاد، بعد عرض مسألة أو قضية عليهم، ودراستها ومناقشتها، وإبداء الرأي فيها، واتفاق الحاضرين أو أغلبهم عليها، مع الاستعانة بأهل الاختصاص العلمي والفني في المسألة، كالأطباء والمخبريين في الأمور الصحية، والمحامين والقضاة والقانونيين في القضايا التشريعية، والمحاسبين والاقتصاديين في الأمور المالية والاقتصادية والمصارف والشركات والتأمين(202).

ويمكننا تعريف الاجتهاد الجماعي باقتباس تعريف الاجتهاد عامة مع تقييده بالجماعة، فنقول: الاجتهاد الجماعي هو : استقراغ جمع من الفقهاء وسعهم لتحصيل حكم شرعي.

فيمتاز الاجتهاد الجماعي عن الاجتهاد الفردي أنه صادر عن عدد لا يقل عن ثلاثة بعد المناقشة والمحاورة والتشاور، واستعراض مختلف الأدلة ومناقشتها، للوصول إلى اتفاق الجميع أو الأغلبية على رأي في حكم شرعي في القضية أو المسألة المعروضة أمامهم، وهذا مستمد من الوصف "الجماعي" الذي هو نسبة إلى الجماعة، فهو اجتهاد الجماعة الذين تتوفر فيهم شروط الاجتهاد.

رابعاً: مشروعية الاجتهاد الجماعي:

سبق بيان مشروعية الاجتهاد عامة، وهو يشمل الاجتهاد الفردي والاجتهاد الجماعي؛ لأن الخطاب للعموم، فيشمل الفرد والجماعة، مع ما ورد تأكيداً في

(202) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1/ 248، الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة ص 56 وما بعدها، 74، السوسوة، الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، ص 46، الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، 2/ 352، المزيني، الفتيا المعاصرة، ص 778.

الشورى والمشاورة، وضرورتها وأهميتها وفائدتها وميزاتها، وحرص العلماء عليها، وتطبيقها عملياً منذ عصر الصحابة والخلافة الراشدة، وطوال التاريخ الإسلامي، والتزام الأئمة والفقهاء والقضاة العمل بها، وتؤكد هذا في العصر الحاضر في الشؤون العامة، وفي الاجتهاد والفتاوى خاصة، كما سيأتي في المبحث الثاني، ونذكر أمثلة من السنة النبوية وآثار الصحابة تأكيداً لذلك.

جاء عن علي رضي الله عنه أنه قال: قلت: "يا رسول الله، إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر ولا نهى، فما تأمرنا؟" قال: "شاؤروا الفقهاء والعابدين، ولا تُمضوا فيه رأي خاصة" (203)، وفي حديث آخر عن علي رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله، الأمر ينزل بنا بعدك، لم ينزل فيه قرآن، ولم يسمع منك فيه شيء؟ قال: "اجمعوا له العابدين من أمتي، واجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوه برأي واحد" (204)، وفي حديث ثالث أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمر يحدث ليس في كتاب ولا سنة، فقال: "ينظر فيه العابدون من المؤمنين" (205).

وطبق ذلك الصحابة رضوان الله عليهم، فكان أبو بكر رضي الله عنه، إن أعياه أن يجد في المسألة كتاباً أو سنة، "جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به" (206)، وكان عمر رضي الله عنه يفعل ذلك إذا لم يجد في الكتاب والسنة وسيرة أبي بكر "جمع علماء الناس واستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به" (207)، وكتب عمر رضي الله عنه إلى شريح كتاباً وفيه

(203) هذا الحديث رواه الطبراني في الأوسط، وقال الهيثمي: رجاله موثقون من أهل الصحيح، مجمع الزوائد، 1/ 428.

(204) هذا الحديث رواه الخطيب في الفقيه والمتفقه، 1 / 476، رقم (519)، ورواه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله، 3 / 81، 82، وانظر: أعلام الموقعين، 1 / 68، وسنده ضعيف، ولكن يستأنس به.

(205) هذا الحديث رواه الدارمي، باب اتباع السنة، 1 / 47، والخطيب، 2 / 391، رقم (1154)، وسنده ضعيف جداً، ويستأنس به.

(206) هذا الأثر رواه الدارمي، 1 / 58، وابن القيم في أعلام الموقعين، 1 / 65.

(207) هذا الأثر نقله ابن القيم في أعلام الموقعين، 1 / 66.

"فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، ولم يسنه رسول الله، فاقض بما أجمع عليه الناس" (208) .

وفي كتاب آخر "فاجتهد رأيك، واستشر أهل العلم والصلاح" (209)، وفي كتاب آخر " فاقض بما قضى به الصالحون" (210).

ويتأكد ذلك بمبدأ الشورى المقرر في القرآن الكريم، وفي الأحاديث الشريفة القولية، والعملية، وما تحققه المشاورة من ثمار يانعة، ونتائج باهرة، وتتجنب فيه الفردية، والجوانب الشخصية، واستبداد الرأي والتعصب للقول.

خامساً: النوازل:

النوازل لغة: جمع نازل، من نزل نزولاً: هبط من علو إلى سفلى، والنازلة: المصيبة الشديدة جمع نازلات ونوازل (211).

وفي الاصطلاح: النازلة: هي الأمر، أو الواقعة التي تحل بالناس مما لم يكن سابقاً، أو هي الحادثة الجديدة التي تحتاج إلى حكم شرعي ، وهي محل الفتوى، والاجتهاد عامة، والاجتهاد الجماعي خاصة، لأنه لم يرد لها حكم في المصادر التشريعية من القرآن والسنة واجتهاد الأئمة والفقهاء، وتحتاج لاجتهاد جديد لمعرفة حكم الله تعالى، وعُرفت عند الفقهاء بالنوازل، أو المستجدات، أو الوقائع الطارئة، أو المسائل المستحدثة، وهي كثيرة في كل عصر، ولذلك تصدى لها الأئمة والفقهاء في

(208) هذا الأثر نقله وكيع في أخبار القضاة، 1/ 190، والدارمي، 1/ 60، وابن القيم، أعلام الموقعين، 1/ 90.

(209) هذا الأثر نقله ابن القيم في أعلام الموقعين، 1/ 224.

(210) هذا الأثر نقله ابن القيم في أعلام الموقعين، 1/ 186، 236، وانظر : الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص118.

(211) القاموس المحيط مادة (نزل) ص958 ، المعجم الوسيط ، مادة (نزل) 2/ 915.

اجتهاداتهم في الماضي، حتى سموا كتب الفقه والفتاوى بكتب النوازل، وتلتقي مع المعنى اللغوي، وكأنها نزلت من السماء، لبيان حكمها الشرعي.

وتشمل النوازل – في عصرنا – مختلف جوانب الحياة، والتي تحتاج لبيان الحكم الشرعي فيها، فمن ذلك:

- 1- النوازل في العقيدة كأراء الفرق الدينية الجديدة كالبايية والبهائية والقاديانية، والجماعات التكفيرية، والماسونية، والعلمانية، والإلحاد.
- 2- النوازل في العبادات كالصلاة في الطائرة، وإثبات الأهلة بالأجهزة الحديثة، والإحرام في الطائرة، وتطوير مكان الرمي والسكنى بمنى، وتحديد أوقات الصلاة في البلاد القريبة من القطب الشمالي، وبدايات الشهور القمرية، والزكاة على الشركات والصيغ الحديثة من الثروة، والعقارات، والأسهم.
- 3- النوازل في المعاملات المالية كالعقود المستحدثة، والشركات الجديدة، والمصارف الإسلامية والتأمين، والأسواق المالية، وبدل الخلو، وتجارة الأسماك في المياه، ومستحدثات التجارة الدولية.
- 4- النوازل في الحلال والحرام من المأكولات والمشروبات المعاصرة، والمصنعة.
- 5- النوازل في الطب والتداوي، كطفل الأنابيب، والتلقيح الاصطناعي، والأدوية المستخرجة من الخنزير وغيره، وزراعة الأعضاء الإنسانية، والإجهاض، والبصمة الوراثية، وبنوك الدم والحليب والحيوان المنوي والبويضات.
- 6- النوازل في البناء العمران والمواصلات والاتصالات مما لم يعرف في السابق، كالعمارات والأبراج السكنية، والهاتف، والجوال، والانترنت.
- 7- النوازل السياسية والتشريعية والقضائية والقانونية المحلية والدولية في العالم الإسلامي، والدولي.

8- الأعراف المستحدثة، والعادات الجديدة التي تظهر مع التطور والحياة والتعامل وتحتاج إلى معرفة الحكم الشرعي فيها.

9- النوازل في الأحوال الشخصية، كزواج الميسار، والزواج العرفي، وانتقال الأراضي غير المملوكة، والزواج عن طريق الإنترنت وتأجيل المهور وأنواعها والوصية الواجبة، وتنظيم النسل.

10- النوازل المتنوعة، كحقوق الملكية الأدبية والفكرية، والاستملاك للأغراض العامة، والمياه والأجواء الإقليمية، والملاكمة والمصارعة الحرة، ومصارعة الثيران، واليانصيب، والاسم التجاري(212).

وغير ذلك مما لا حصر له، ويشمل كل النوازل والمستجدات والأمور الطارئة، ومسائل الاختراع المتجددة، والمبتكرات(213).

وتظهر أهمية دراسة النوازل بأنها تنير السبيل أمام الناس في معرفة حكمها الشرعي ليكونوا على بصيرة من أمرهم، وعلى هدى ونور من دينهم، وبذلك يظهر كمال الشريعة وصلاحها لكل زمان ومكان، مع كسب الأجر والثواب من الله تعالى، والحرص على تأدية الأمانة التي حملها الله العلماء، وكل ذلك يدخل تحت مهمة التجديد لهذا الدين، وإحياء ما اندرس من معالمه، وليغطي جميع شؤون الحياة.

المبحث الثاني

أهمية الاجتهاد الجماعي

تظهر أهمية الاجتهاد الجماعي وفوائده في الأمور الآتية(214):

(212) السوسوة، الاجتهاد الجماعي، ص122، 127، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، 2/ 333، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، 1/ 353.

(213) وهو ما تقوم به مؤسسات الاجتهاد الجماعي والفردية، وانظر قرار مجمع الفقه الإسلامي بالهند عن العرف والعادة، ص192.

(214) الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، ص196، الاجتهاد الجماعي في التشريع=

أولاً: فوائد الاجتهاد الجماعي : وهي الآثار الحميدة التي يتجلى بها، ويقدمها للأمة والأفراد والمجتمع، وهي: عملاً بسنة النبي صلى الله عليه وسلم، واستناداً لمنهج الخلف والراشدين، والسلف الصالح، وهي:

1- أقرب للحق والصواب، وأبعد عن الخطأ : إن الاجتهاد الجماعي أقرب للصواب من الاجتهاد الفردي(215)، وأبعد عن الخطأ الذي يتعرض له المجتهد؛ لأن الاجتهاد الجماعي يتم بعد مناقشات، ومحاورات، ومداخلات، واستعراض لمختلف الأدلة، مع الاستعانة بآراء أصحاب الاختصاصات العلمية المختلفة فيما يتعلق بالنزلة، لكشف الحقيقة، وبيان الواقع، ليبيد الفقهاء الرأي الشرعي فيها، فهو أكثر دقة في الحقيقة، وأقرب إصابة للحكم الشرعي، وأبعد عن الفتاوى الضعيفة، أو الشاذة، أو المنحرفة؛ لأن المناقشة تبرز جوانب الموضوع، وتكشف الأمور الغامضة فيه، وتجمع ما ورد فيه من أدلة، وتستعرض مآله، لاختيار الصواب والراجح.

2- ضرورة الاجتهاد الجماعي: أصبح الاجتهاد الجماعي في العصر الحاضر ضرورة ملحة، وحاجة أكيدة، لكثرة المستجدات، وتعدد المكتشفات، وتعدد الأمور، وتشعب العلوم وتفرعها وتداخلها وتشابهاها، حتى صار من شبه المستحيل على عالم أن يتبحر ويتعمق في مختلف العلوم، ويعلم وقائعها.

3- انتشار التخصص: ويتفرع عما سبق تميز العلوم، ووجود التخصصات في مختلف المعارف، بل انتشرت الاختصاصات الدقيقة في العلم الواحد، وتوفر الخبراء والمستشارون المتخصصون في كل منها، مما يكشف الخبايا، ويحقق الدقة، ويوصل إلى الصواب ما أمكن، ليكون القرار أقرب للواقع، ومتفقاً مع الحقيقة والجوهر الذي قدمه أهل الاختصاص، ليأتي الحكم الشرعي متوافقاً مع المضمون.

=الإسلامي، ص77، الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، 2/ 352، المزيني، الدكتور خالد، الفتيا المعاصرة، ص779، 786.

(215) انظر: المزيني، الدكتور خالد، تقويم الفتيا الفردية المعاصرة في رسالته : الفتيا المعاصرة، ص773 وما بعدها.

4- إن الاجتهاد الجماعي أكثر قبولاً وادعى للاطمئنان، من عامة المسلمين، على مختلف المستويات الفردية، والجماعية، وأعطت الاجتهادات الجماعية في النوازل رصيذاً ممتازاً فيما تناولته، وكثيراً ما تتضمن أنظمة هيئات الرقابة الشرعية على إلزامية القرارات، وتوجب التقيد بها والعمل بمضمونها، ونأمل أن تتبنى الحكومات والمؤسسات قرارات وفتاوى الاجتهاد الجماعي، وتلتزم بها، لتكون أسوة لباقي الأفراد في التقيد بها.

5- العمل المؤسسي: أصبح العمل المؤسسي من السمات البارزة، والضرورية، والمسلمة، والواقعية في العصر الحاضر في جميع المجالات، ولا يقبل أن يغيب الاجتهاد عنها، بل أصبح ملحاً لهذه الأهمية، وهو تأكيد لمبدأ الشورى الذي قرره القرآن الكريم، وسوف نبين بعض المؤسسات الشرعية التي تمارس الاجتهاد الجماعي، وإن الاجتهاد الجماعي يضم عدداً من الفقهاء المؤهلين الذي يعلمون النصوص ومدلولاتها ومقاصدها مع أهل الخبرة الذين يعرفون الواقع ومآلاته، لتكون الفتوى مؤصلة من العلم بالنصوص والعلم بالواقع.

6- القضايا العامة وفقه الأمة: تحتاجان للعمق والدقة والوضوح؛ لأنه يترتب عليها نتائج تهم المجتمع والدولة والأمة والعالم، مما تحتاج إلى الشورى واجتهاد الجماعة، وكثيراً ما يعجز عنها اجتهاد الفرد، وإن وجد فتعرضه للخطأ والخطر وسوء العاقبة كثير، بينما تأتي المناقشات الجماعية كاشفة للخفايا، والغوامض، وتذكر بأمر كانت منسية للفرد، فالقضايا التي تتعلق بمصالح الأمة، أو تتصف بطابع العموم الذي يمس المجتمعات كافة، يجب حصرها بالاجتهاد الجماعي.

7- الاجتهاد الجماعي يعوض عن توقف الإجماع: فالإجماع هو المصدر التشريعي الثالث المتفق عليه للفقه الإسلامي، وهو اتفاق مجتهدي عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي، وهو يوجب اتفاق جميع المجتهدين في العالم

الإسلامي على حكم، وهذا من المستحيل لغيره اليوم، فيأتي الاجتهاد الجماعي القائم على عدد من الفقهاء مقامه، ويسد الفراغ الذي يحدثه غياب الإجماع، ويحقق بعض أهدافه، مع يسره وإمكان تطبيقه، ويعبر عن اتفاق عدد من المجتهدين أو أكثريتهم على رأي معين(216).

8- الاجتهاد الجماعي ينظم الاجتهاد الذي اتفق عليه الصحابة والأئمة وجميع العلماء، وسبق بيانه في المبحث الأول، ثم تعرض للجمود، بل وادعاء الإغلاق، لأسباب عدة لا مجال لعرضها، فإن الاجتهاد الجماعي يعيد الحيوية بعد فتح باب الاجتهاد، ويتجنب الفوضى والأخطاء والزلات والعوارض التي دعت لإغلاقه(217)، وهو ما أرشد إليه الرسول صلى الله عليه وسلم لسيدنا علي في الحديث السابق(218)، ويسد الباب أمام فوضى الفتاوى غير المنضبطة.

9- الاجتهاد الجماعي سبيل إلى توحيد الأمة، وخاصة في القضايا العامة، والأحكام المشتركة بين المسلمين في العالم، وهو ما يتطلع إليه المخلصون والأفراد في العالم الإسلامي، وبذلك يتم تجنب الخلافات والفرقة، والتشردم، والتعصب الإقليمي والمذهبي الذي يعيشه كثير من الناس، ويتألمون منه، ويتأوهون من آثاره، وكثيراً ما يؤثر ذلك سلباً على الأقليات والجاليات المسلمة في بلاد العالم، فيقرب الاجتهاد الجماعي وجهات النظر، ويقلل مساحات الخلاف بين المسلمين.

بل إن الاجتهاد الجماعي يعضد الوحدة الوطنية في البلد الواحد، مما يوحد الكلمة، ليكون الناس وراء علمائهم صفاً واحداً، فتتجلى مظاهر القوة والهيبة، وتتجنب

(216) السوسوة، الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، ص80، الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، ص199.

(217) السوسوة، الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، ص83.

(218) المبحث الأول، فقرة مشروعية الاجتهاد الجماعي.

عوامل التفرق والضعف(219)، وتبعد ما قد يكون في الاجتهاد الفردي من قصور أو شذوذ، أو تأثر ببعض النزعات الخاصة، والتوجيهات الخفية.

10- الاجتهاد الجماعي أحد ضوابط الفتوى، لأنه يحصر الفتوى في علماء الشرع المختصين، والمتخصصي في الفقه وأصول الفقه الذين تتوفر فيهم شروط الاجتهاد والفتوى، وتبعد الأدعياء والمتصدين للفتوى بدون علم ولا تخصص، وهم يقولون على الله بغير علم، ولا ورع، ولا تقوى(220)، في الأمور الخطيرة، كالتكفير، ثم تجرؤوا على الفتوى في الأمور القطعية كنقل صلاة الجمعة إلى يوم الأحد، وتحريم تعدد الزوجات، والتساوي بين الذكور والإناث في الميراث، وتجزئة الحج على مدار العام تحاشياً للزحام، وفتح باب الحج لليهود والنصارى، وأداء الصلوات الجماعية على الكراسي كما يفعل النصارى في الكنائس، ولا يعني ذلك إقصاء المتخصصين في العلوم الأخرى التي تتعلق بالفتوى، بل يجب استشارتهم، والاستعانة بهم، وأخذ رأيهم، كما سبق.

كما يوفر الاجتهاد الجماعي التثبيت وعدم التسرع في الفتوى، وأن يكون العالم في حالة متزنة، بعيداً عن تشويش الفكر، والغضب، والخوف، والهم وغيره، وتجنب الجراءة على الفتوى خوفاً من الحديث الشريف: "أجروكم على الفتيا أجروكم على النار"(221).

ثانياً: مؤسسات الاجتهاد الجماعي :

لم يبق الاجتهاد الجماعي في حيز الدراسة النظرية، والآمال والأحلام والتطلعات، بل ترجم إلى الواقع العملي في مؤسسات متعددة، وحظي بالرعاية والتطبيق

(219)المزيني، الفتيا المعاصرة، ص779.

(220)الخال، الاجتهاد الجماعي، ص201.

(221) هذا الحديث رواه الدارمي في المقدمة، 57/1 مرسلأ، ورواه غيره، وهو حديث ضعيف، ولكن معناه صحيح، انظر: كشف الخفا 1/ 51.

والتنفيذ، وحقق ثمرات عديدة، كما سيأتي في الأمثلة التطبيقية، وصارت معظم مؤسسات الاجتهاد الجماعي منظمة، ورسمية، وتتبع أحياناً إحدى الوزارات أو الإدارات في الدولة، مما يدل على أهميته، ونشير إلى أهم مؤسسات الاجتهاد الجماعي باختصار:

1- لجان الفتوى التابعة إلى وزارات الأوقاف، أو مديريات الأوقاف، أو الأمانة العامة للأوقاف، ويتم اختيار أعضائها من كبار العلماء، والفقهاء، وأساتذة الفقه والأصول في كليات الشريعة، والباحثين المختصين بالفقه والأصول، وهي موجودة في معظم البلاد كالسعودية، ومصر، وسورية، والأردن، والإمارات العربية المتحدة، وغيرها، وكثيراً ما تجمع هذه الفتاوى وتطبع وتنتشر، مثل الكويت (23 مجلداً) ودبي (17 مجلداً) والشارقة (3 أعداد) وتتلقى هذه الهيئات الأسئلة من الأفراد والجهات الرسمية، لما تتمتع به من سمعة طيبة، وموضوعية، وحياد، ويكون العمل جماعياً، وتصدر الفتاوى بالإجماع أو بالأغلبية، وتبلغ لأصحابها، وقد تنشر (222).

2- هيئات الرقابة الشرعية في الشركات المالية الإسلامية المتنوعة، والمصارف الإسلامية، وشركات التأمين التعاوني (أو التكافلي أو الإسلامي)، وتتكون كل هيئة من عدد من الأعضاء، لا يقل عن ثلاثة، ويختارون أيضاً من كبار العلماء والفقهاء، وكثيراً ما يضم إليهم متخصصون بالاقتصاد، والمحاسبة، والقانون (223)، ويدرسون أعمال المؤسسة التي يتبعونها، ويتناقشون فيها، ويصدرون قراراتهم وتوصياتهم بشأنها.

(222) تسمى في الكويت قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، وفي مصر دار الإفتاء التابعة لوزارة العدل، ولجنة الفتوى التابعة لمشيخة الأزهر، وفي دبي إدارة الإفتاء والبحوث، وفي الشارقة اللجنة الدائمة للفتوى، وفي الأردن هيئة الإفتاء، وانظر: الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص 270، 281. (223) المدخل الفقهي العام 1/ 255.

وتشترط معظم الدول وجود هيئة رقابة شرعية في نظام الشركة أو المصرف(224)، وتحدد عددها، وأعمالها، وصلاحياتها، وتنص على أن تكون قراراتها ملزمة للإدارة، وكثيراً ما تجمع قرارات هذه الهيئات، وتنشر، وتعمم، مثل قرارات هيئة شركة البركة في جدة، وفتاوى أعيان في مجلدين، ويضاف إلى هذه الهيئات الهيئة الشرعية العالمية للزكاة بالكويت، والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت.

3- مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر: وصدر القرار بإنشائه عام 1381هـ / 1961م، وعقد أول مؤتمر له في القاهرة عام 1383هـ / 1963م، ويدرس ما يتصل بالبحوث الإسلامية، ويبين الرأي فيما يجدر من مشكلات مذهبية، أو اجتماعية، ويتألف من خمسين عضواً من العلماء المختصين من المذاهب الإسلامية، ومنهم ما لا يزيد عن العشرين من غير المصريين، ويكون نصف الأعضاء على الأقل متفرغين لعضويته، وهذا من أهم ميزاته، ويعين العضو بقرار من رئيس الجمهورية، ويكون شيخ الأزهر رئيساً له، وتصدر عنه القرارات والتوصيات، وله عدة لجان، أهمها لجنة البحوث الفقهية، التي تتبعها لجان فرعية للأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، وقرر المجمع تحريم الفائدة على القروض بجميع أنواعها عام 1385هـ / 1965م، ثم انتزع منه قرار خاطئ بإباحتها، كما قرر المجمع زيادة النسل وتنظيمه(225).

(224) أهم هذه الهيئات اللجنة الشرعية بمصرف الراجحي بالسعودية، وهيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنيت التمويل الكويتي، وهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي، واللجنة الشرعية لبنك البلاد بالسعودية، والهيئة الشرعية لشركة البركة بجدة، والهيئة الشرعية للزكاة بالكويت، واللجنة الشرعية بالأمانة العامة للأوقاف بالشارقة، وهيئة الرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، وهيئة الرقابة الشرعية لمصرف أبوظبي الإسلامي، وهيئة الرقابة الشرعية للمصارف الإسلامية بدمشق، الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص 285.

(225) المدخل الفقهي، العام 1 / 250، السوسوة، الاجتهاد الجماعي، ص 138، الخالد الاجتهاد الجماعي، ص 229، الفتاوى المعاصرة، ص 815.

4- هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية التي شكلها الأمر الملكي عام 1391هـ، لإبداء الرأي فيما يحال إليها من ولي الأمر لأجل بحثه، وتكوين الرأي المستند إلى الأدلة الشرعية فيه، وتعقد جلساتها كل ستة أشهر، ويرأسها المفتي العام للمملكة، وتتفرع عنها اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وتصدر الأمانة العامة للهيئة مجلة البحوث الإسلامية التي تتضمن طائفة من فتاوى اللجنة الدائمة، ويظهر من اسمها أنها تتكون من كبار علماء المملكة، المتخصصين بالشريعة، للتشاور والتباحث وإصدار الفتاوى في النوازل، ومن قراراتها عقوبة مهربي المخدرات ومرّجوها، وحكم التسعير(226).

5- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية: وهي متفرعة عن هيئة كبار العلماء، ويختار أعضاؤها منهم، ومهمتها إعداد البحوث وتهيئتها للمناقشة من قبل الهيئة وإصدار الفتاوى في الشؤون الفردية، وجمعت فتاويها في عدة مجلدات للاطلاع عليها والإفادة منها مرتبة حسب الموضوعات، وأنشئت اللجنة عام 1391هـ، وتجتمع يومين في الأسبوع، ولا يقل عدد الناظرين في الفتوى عن ثلاثة، ولا تصدر الفتوى إلا بموافقة الأغلبية أو الجميع(227).

6- المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وأنشئ سنة 1398هـ 1978م، لدراسة أمور المسلمين الدينية والفقهية، والنظر في النوازل والوقائع الجديدة في شؤون الحياة، ويتألف من عدد من العلماء المتميزين بالنظر الفقهي والأصولي، وتصدر عنه مجلة دورية تتضمن البحوث الفقهية، وقرارات المجمع، والفتاوى الصادرة منه، وجمعت القرارات الصادرة عنه، وطبعت ونشرت

(226) الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص279، الفتيا المعاصرة، ص808.

(227) الفتيا المعاصرة، ص813.

للاطلاع والإفادة، وتمت ترجمة القرارات إلى اللغة الإنكليزية والفرنسية والأردية، وستبدأ ترجمتها إلى اللغة البنغالية والكورية والروسية(228).

7- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، الذي يعد أوسع المجامع، ولو نظرياً، ويتألف من أعضاء عاملين، لكل دولة عضو يتم تعيينه من قبل دولته، مع أعضاء آخرين من العلماء والفقهاء في البلاد الإسلامية، والجاليات المسلمة، كما يضم عدداً من الخبراء المختصين، بالفقه والقانون والطب والصيدلة والمخبر والمحاسبة والاقتصاد.

ويجتمع المجمع في دورة سنوية، في إحدى المدن الإسلامية، لدراسة مشكلات الحياة المعاصرة، والاجتهاد فيها لتقديم الحلول النابعة من الشريعة الإسلامية، ويصدر القرارات والفتاوى في النوازل، وتصدر عنه مجلة تتضمن البحوث والقرارات، وطبعت قراراته وتوصياته عدة مرات لنشرها والإفادة منها(229).

8- مجمع الفقه الإسلامي بالهند، وأنشئ عام 1988م، لبحث الحلول للنوازل ومستجدات العصر، والمشاكل الناجمة عنها وفق المنهج الإسلامي، ويشارك في ندواته السنوية نخبة من العلماء يزيد عددهم عن ستمئة عالم، معظمهم من الهند، وجمعت قراراته وتوصياته حتى عام 1428هـ / 2007م، ويتم انتخاب الأعضاء من كبار العلماء والفقهاء مع الاختصاصيين في الطب والاجتماع والقانون وعلم النفس

(228) المدخل الفقهي العام، 1/ 250، السوسوة، الاجتهاد الجماعي، ص 139، الاجتهاد الجماعي، ص233، الفتيا المعاصرة، ص822، مجلة المجمع، السنة 12 ، العدد 24 ، عام 1429هـ / 2008، ص 314.

(229) المدخل الفقهي العام، 1/ 250، السوسوة، الاجتهاد الجماعي، ص140، الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص238، الفتيا المعاصرة، ص828، نشرة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في الدورات والندوات.

والاقتصاد، وقام المجمع بعمل جليل وكبير، وهو ترجمة الموسوعة الفقهية الكويتية إلى لغة الأردو (230).

9- مجمع الفقه الإسلامي بالسودان: الذي اعتمد عام 1419هـ / 1999م، ويضم أربعين عضواً من الفقهاء والعلماء والخبراء السودانيين، وله هيئة للمستشارين من ممثلي المجامع الفقهية والبحثية من خارج السودان، وتصدر عنه مجلة حولية تتضمن بحوثاً فقهية وبعض قرارات المجمع.

10- رابطة علماء المغرب، ومقرها الرباط، وتعنى ببحث المسائل الفقهية المعاصرة والنوازل، وتجمع معظم علماء المغرب، وتصدر عنها مجلة باسم مجلة الرباط.

11- المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، وهو هيئة علمية متخصصة مستقلة، ومقره في إيرلندا، ويهدف إلى إيجاد التقارب بين العلماء الذي يعملون في الساحة الأوروبية، لتوحيد الآراء الفقهية فيما بينهم، وإصدار الفتاوى الجماعية التي تسد حاجة المسلمين في أوروبا، وإصدار البحوث والدراسات الشرعية في المستجدات على الساحة الأوروبية، مع توحيد الفتوى (231).

12- مجمع فقهاء الشريعة في أمريكا، وهو مؤسسة علمية تسعى لبيان أحكام الشريعة فيما يعرض للمقيمين في أمريكا من النوازل، ومقرها واشنطن، وأصدر المجمع مجلدين عن النوازل الناشئة خارج ديار الإسلام، وفيهما أبحاث وقرارات وتوصيات المؤتمرات السبع التي عقدها المجمع في سبع دول عربية وإسلامية وأجنبية، كما أصدر المجمع موسوعة فتاوى المغتربين في سبع مجلدات، ويوجد فيه

(230) الاجتهاد الجماعي، الخالد ص244، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، ص13، 17، 51.

(231) الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص250، الفتيا المعاصرة، ص827.

لجنة دائمة للإفتاء من سبعة من أعضائه من حملة الدكتوراة في الشريعة، ولجنة لمستشاري الإفتاء للاتصال بهم عبر تقنيات الاتصال العالمية الحديثة (232).

13- الندوات الفقهية المحلية والعالمية، والمؤتمرات العلمية الدولية التي تعقد في جميع البلدان، وتطرح فيها قضايا المسلمين، والأحداث، والنوازل، وتكتب فيها البحوث من العلماء والباحثين، وتوزع على المشاركين، ثم تلقى ملخصاتها، وتتم مناقشتها، والمداخلات فيها، والتعقيبات عليها، وتصدر في ختامها قرارات وتوصيات، بعد التصويت عليها، وكثيراً ما تطبع البحوث وتنتشر، وتعمم القرارات للاطلاع والإفادة، وتم عقد العديد من الندوات والمؤتمرات، وخاصة مؤتمرات الفقه الإسلامي، في البلاد الإسلامية وغيرها (233).

14- إصدار الأنظمة والقوانين واللوائح في جميع الدول، بعد تشكيل هيئة جماعية لوضعها، وصياغتها، واختيار الأقوال الراجحة، أو المناسبة والصالحة للتطبيق، وكثيراً ما تتناول النوازل والمستجدات، لبيان أحكامها، ثم تصدرها الجهات الرسمية في الدولة لتطبيقها والعمل بها، بدءاً من الفتاوى الهندية (ق12هـ/ق17م) التي كانت محاولة شبه تقنية، ومجلة الأحكام العدلية (1293هـ) وانشصر العمل بهما في المذهب الحنفي (234)، ثم صار الاختيار من سائر المذاهب، مثل قوانين الأحوال الشخصية، وتنص معظم الدساتير في البلاد العربية والإسلامية على أن يكون الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع (235).

15- مجلس الفكر الإسلامي في باكستان الذي ورد في الدستور منذ أوائل الخمسينيات، ونشط منذ أوائل السبعينيات، ويضم علماء من مدارس الفقه المتعددة، ويقدم توصياته الشرعية في شأن التشريعات التي تعرض على البرلمان (المجلس

(232) الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص 257.

(233) المدخل الفقهي العام، 1/ 249، 307، الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص 126.

(234) المدخل الفقهي العام، 1/ 256، 265، 313.

(235) المدخل الفقهي العام، 1/ 256، 265، 313.

الوطني)، ومن منجزاته الخالدة دراسته عن كيفية إلغاء الفائدة الربوية من الاقتصاد الإسلامي، وإحلال معاملات شرعية بديلة محلها، واستعان بعدد من الخبراء الاقتصاديين والمصرفيين لمساعدته في صياغة قانون الزكاة (236).

المبحث الثالث

تطبيقات الاجتهاد الجماعي في الفتوى

تزداد أهمية الاجتهاد الجماعي عند معرفة مجالاته الواسعة كما سبق، وتطبيقاته العملية في الحياة، على المستوى المحلي، والعالمي، ونكتفي بنماذج منها، ونقتصر على القرارات التي صدرت من المجامع الفقهية (237)، ونحيل القارئ إلى الكتب والمجلدات والدوريات التي تصدر عن هيئات الفتوى، والرقابة الشرعية، والندوات والمؤتمرات للتزود بالعديد من الفتاوى والقرارات الصادرة جماعياً (238)، ولكنها لا تزال محدودة الانتشار والتوزيع والتعميم، وينقصها الدعاية لإبلاغ الناس بها في مختلف أجهزة الإعلام.

أولاً: مسائل العقيدة والإيمان:

1- الماسونية: أصلها يهودي، وهدفها ضد الأديان، ويحرم الانتساب لها.

(236) المدخل الفقهي، 1/ 251، 285 هامش.

(237) هذه القرارات مستمدة مما يلي : قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورات 1-14، القرارات 1-134، عام 1423هـ / 2003م، طبع قطر، قرارات وتوصيات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، نشر رابطة العالم الإسلامي، الدورات 1-16، والقرارات 1-95، عام 1422هـ / 2002م، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، للندوات 1-16، والقرارات 1-70، نشر المجمع، ط 11 حتى عام 1428هـ / 2007م.

(238) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة للفتوى في إمارة الشارقة في ثلاثة أجزاء، وفتاوى وتوصيات اللجنة الشرعية بالأمانة العامة للأوقاف بالشارقة، وفتاوى أعيان الكويت، مجلدان، والفتاوى الشرعية لقسم الإفتاء بدبي 14 جزءاً، ومجموع الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت 23 مجلداً، ويضاف لها فتاوى الزكاة والصدقات، وفتاوى المساجد والصلاة فيها، 5 مجلدات، وفتاوى الهيئة الشرعية لشركة بركة، والفتاوى الشرعية لمصرف الراجحي، وغير ذلك كثير.

2- القاديانية: لها عقيدة خارجة عن الإسلام، ومعتنقها كافر ومرد.

3- البهائية والبابية، فرقتان خارجتان عن الإسلام، ويكفر من يتبعهما.

ثانياً: مسائل العبادات:

1- مواقيت الصلاة في البلدان الواقعة بين خطي عرض 48-66 شمالاً وجنوباً، وذلك بالقياس الزمني على نظائرها في خط عرض 45، وهو أقرب مكان لها.

2- الإحرام من جدة للواردين إليها من السودان وبور سعيد ونحوهما بقصد الحج والعمرة، وأنه يجب الإحرام من المواقيت أو من محاذاة أقرب ميقات، وأن جدة ليست ميقاتاً، ومن أحرم منها فعليه كفارة بإطعام ستة مساكين، أو ذبح شاة، أو صيام ثلاثة أيام.

3- توحيد بدايات الشهور القمرية فإذا ثبتت الرؤية في بلد وجب على المسلمين الالتزام بها، ولا عبرة لاختلاف المطالع.

4- استئجار الكنائس لإقامة الصلوات: لا مانع من ذلك شرعاً عند الحاجة، مع تجنب الصلاة إلى التماثيل والصور، وتستر بحائل إذا كانت باتجاه القبلة.

5- زكاة أجور العقارات، فإن كان العقار معداً للسكن فالزكاة على الأجرة بعد حولان الحول عليها، وإن كان العقار للتجارة فالزكاة على ثمنه وأجرته.

6- لا تجب على المشتري الزكاة في ثمن السلع التجارية التي عجل المشتري أداء ثمنها، بل تجب على البائع، كما تجب على البائع زكاة المبيع قبل تسليمه إلى المشتري في بيع السلم وبيع الاستصناع.

ثالثاً: مسائل الأحوال الشخصية:

1- إسقاط الجنين المشوه خلقياً: لا يجوز إذا بلغ 120 يوماً، ويجوز قبل ذلك إذا ثبتت حالته بتقرير لجنة من الأطباء المختصين الثقافات، وبناء على طلب الوالدين.

- 2- نقل الدم من امرأة إلى طفل دون سن الحولين: لا يثبت به التحريم، وأن التحريم خاص بالرضاع، ولا يجوز أخذ العوض عن الدم (بيع الدم).
- 3- عقود النكاح المستحدثة: يجب أن تخضع لقواعد الشريعة وضوابطها، فالمسيار جائز، والمؤقت بالإنجاب وغيره فاسد، والزواج بنية الطلاق يوصى بمنعه لمفاسده وأضراره.
- 4- قيام المراكز الإسلامية بتطبيق زوجات المسلمين اللواتي ترافعن إليها، أو إذا حصل الطلاق من محاكم غير إسلامية، فيجب حث المسلمين على تضمين عقد الزواج شرط التحكيم عند النزاع باللجوء إلى الشريعة، وتحويل الطلاق الصادر من المحاكم غير الإسلامية إلى المركز الإسلامي، أو إلى محام مسلم، أو محكم، ليفصل فيه.
- 5- الفحص الطبي قبل الزواج: إنه غير لازم، مع التوصية بنشر الوعي بأهميته، وأرى أنه لازم وضروري وخاصة إذا نصّت عليه الأنظمة وقوانين الأحوال الشخصية، كما هو الحال في عدة بلاد.
- 6- تحريم منع النسل، وجواز التحكم في الإنجاب (تنظيم النسل)، وتحريم استئصال القدرة على الإنجاب، إلا في حالات الضرورة والتداوي.
- 7- إذا نكح المصاب بمرض الإيدز امرأة، وأخفى عليها مرضه، حق لها فسخ نكاحها، وإذا أصاب الزوج مرض الإيدز بعد النكاح، ووصل المرض إلى مرحلة خطيرة، جاز لها فسخ النكاح.

رابعاً: المسائل الطبية:

- 1- زراعة الأعضاء: يجوز أخذ عضو من جسم إنسان حي، وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه، لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، والأولى أخذ العضو من ميت بإذنه مسبقاً، أو بإذن ورثته، أو من حيوان مأكول ومذكي، ويجوز أخذ جزء من جسم الإنسان لزرعه، أو الترقيع به في جسمه، أو وضع قطعة صناعية من المعادن في جسمه كالمفاصل.

2- التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، فإنه يوجد سبعة أساليب، وأجاز المجمع التلقيح، بين الزوجين الداخلي، والخارجي في أنبوب، وأنه يثبت به النسب للزوجين، والخمسة الباقية محرمة.

3- اختيار جنس الجنين، يجوز بالطرق الكيميائية، كالنظام الغذائي، والغسل الكيميائي، وتوقيت الجماع، وعدم جوازه بالتدخل الطبي، إلا عند الضرورة العلاجية في الأمراض الوراثية التي تصيب الذكور دون الإناث، وأرى جواز اختيار جنس الجنين عند الحاجة، لأنه نوع من التداعي.

4- تقرير حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش: يجوز رفعها إذا تعطلت وظائف الدماغ تعطلاً نهائياً بقرار ثلاثة أطباء مختصين، ولا يحكم بالموت شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً.

5- استعمال الدواء المشتمل على شيء نجس العين كالخنزير: يجوز التداعي به عند عدم وجود البديل المباح، مع عدم التوسع في استعماله، والدعوة لتصنيع البديل من مصدر مباح.

6- الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات: يحرم استعمال الخمر الصرفة دواءً، ويجوز استعمال الأدوية المشتملة على الكحول بنسبة مستهلكة تقتضيها الصناعة الدوائية التي لا بديل عنها، بشرط وصفها من طبيب عدل، ويجوز استعمال الكحول مطهراً خارجياً للجروح وقتلاً للجراثيم، وفي الكريمات والدهون الخارجية، مع التوصية باستخدام البدائل في التصنيع، والابتعاد ما أمكن عن وصف الأدوية المشتملة على الكحول.

7- البصمة الوراثية: لا مانع من الاعتماد عليها في التحقيق الجنائي، وفي إثبات نسب اللقطاء والمتنازع عليهم، وفي حالات الاشتباه والضياع واختلاط الأطفال، وعدم جوازه في نفي النسب الثابت شرعاً، ولا في اللعان، مع التشدد على المختبرات بالرقابة الحكومية.

8- يحرم الاستنساخ البشري، بأي طريق كان، ويجوز الأخذ بتقنيات الاستنساخ في النبات والحيوان بما يحقق المصالح البشرية، ولا يجر إليها المفاصد الدينية والخلقية والجسدية.

خامساً: مسائل اقتصادية ومصرفية:

1- العملة الورقية تقوم مقام الذهب والفضة في الثمنية والوفاء والإبراء، وفي التداول والتبادل، وهي نقد قائم بذاته، وتجب فيه الزكاة، ويجري فيه الربا فضلاً ونسيئة.

2- سوق الأوراق المالية والبضائع (البورصة): إن إيجادها أمر جيد ومفيد، مع وجوب تجنب المحرم بالمقامرة والاستغلال وأكل المال بالباطل، وتجوز فيها العقود الآجلة على السلع الحاضرة والموجودة في ملك البائع ما لم تكن محرمة، ولا تجوز في العقود العاجلة والآجلة على السندات، ولا العقود الآجلة على المكشوف، وإن العقود الآجلة في البورصة ليست من قبيل السلم، مع الطلب من المسؤولين بمراقبة أسواق البورصة.

3- الغرامة الجزائية على المدين بسبب تأخره عن سداد الدين في المدة المحددة: إن الشرط فيها باطل، ولا يجوز الوفاء به، مع تفصيل في الشرط الجزائي والعقوبة المالية.

4- قبض الشيك يقوم مقام قبض النقد عند الصرف والتحويل، وإن التسجيل في دفاتر المصرف يكفي عن القبض لمن يريد استبدال العملة بأخرى.

5- المواعدة ببيع العملات: إنه صرف، ويجب تحقق شروطه، وأهمها القبض، فإن تم الاتفاق على تأجيل البديلين أو أحدهما فلا يجوز.

6- التنضيز الحكمي (التقويم) من أجل تحديد وتوزيع أرباح المضاربة المشتركة، أو الصناديق الاستثمارية، أو الشركات، ويكون التوزيع نهائياً، على أن يتم من قبل أهل الخبرة.

7- الربا (الفائدة البنكية) حرام البتة، إلا عند الضرورة الشرعية، وعند الاضطرار لوضع النقود في مصارف ربوية، فتؤخذ الفائدة، بدلاً من أن تترك للبنوك الربويّة، وتنفق على المصالح العامة، ويمنع صرفها في المساجد وشؤونها.

8- يجوز الاعتياض عن الحقوق التي ارتبطت بها منفعة مالية، وشاع تداولها والاعتياض عنها في الأعراف بما لا يتعارض مع الشريعة، مع دفع الضرر عن أصحابها.

سادساً: المسائل السياسية والاجتماعية والإنسانية والدينية العامة:

1- ضرورة تبني برنامج إسلامي للإغاثة، واستنقاذ أولى القبليتين وثالث الحرمين الشريفين، وتحرير الأرض المحتلة، والتنديد بهجرة اليهود إلى الأرض المباركة، مع إصدار بيانات عن أحداث فلسطين وكشمير وأفغانستان والعراق والصومال، وتونس، ومصر.

2- الاهتمام بقضايا المسلمين التي تتصل بحياتهم الاجتماعية والاقتصادية، وتحقيق أسباب التكافل والتضامن، ومواجهة التحديات، والاهتمام بالسلام العالمي.

3- تصحيح الوازع العقدي وتقويته، والسعي لتطهير الإعلام والإعلانات التجارية من كل ما يشكل معصية لله تعالى، والمحافظة على الأصالة الإسلامية والتراث الإسلامي، وتوجيه التعليم وجهة إسلامية، وبناء الأسرة المسلمة بناء صحيحاً، وتيسير الزواج، وتهيئة الوسائل لتربية النشء تربية إسلامية، وإقامة الاقتصاد الإسلامي، واتخاذ الإسلام محوراً للعلوم عامة.

4- محاربة الغزو الفكري، ودعوة المسلمين إلى التضامن، والالتزام بالحلول الإسلامية، والمصارف الإسلامية، والشركات المتفقة مع الفقه الإسلامي.

5- بيان مكة المكرمة بشأن الإرهاب الذي يلصقه الغرب بالإسلام لتنفير الناس منه، وبيان بشأن الإساءة للنبي صلى الله عليه وسلم، وبيان حول الكتاب المقدس المسمى تلبساً بالفرقان الحق.

6- حوادث السير لوجوب الالتزام بأنظمة تراخيص المركبات، ورخص القيادة، وتحديد السرعة المعقولة، وتحديد الحمولة، والتغريم المالي لمن يخالف تعليمات المرور، وتطبيق أحكام الجنايات المقررة في الشريعة على الحوادث التي تنتج عن تسيير المركبات، وأن أصحاب البهائم يضمنون الأضرار التي تنجم عما تسببه من حوادث السير.

وغير ذلك من الأمثلة الكثيرة، في مختلف المجالات مما ظهر حديثاً، ويهم المسلم لمعرفة الحكم الشرعي والحلال والحرام، ليلتزم بدين الله وشرعه.

الخاتمة

تتضمن الخاتمة خلاصة البحث ونتائجه، ثم بعض التوصيات:

أولاً: نتائج البحث:

1- الأحكام الشرعية قسمان، الأول: ما ورد في القرآن والسنة وقررت المذاهب المعتمدة، والثاني: أحكام النوازل الجديدة التي تحتاج للاجتهاد للفتوى بها، وهي كثيرة، وجاء البحث فيها.

2- يهدف البحث إلى الاجتهاد الجماعي للفتوى في النوازل المعاصرة ضمن القواعد والضوابط الفقهية، المقررة شرعاً، مع مراعاة التطور العلمي والتقني، وتعدد الاختصاصات، لتجنب الأحكام الفردية، والتعدد في الفتوى.

3- الفتوى هي الإخبار عن الحكم الشرعي على غير وجه الإلزام، وهي من وظيفة الأنبياء والعلماء، وتصدر إما فردياً، وهو السائد قديماً في الغالب، وإما جماعياً وهو المطلوب اليوم.

4- الاجتهاد عامة: هو استفراغ الفقيه وسعه لدرك حكم شرعي، وهو المصدر الثالث للتشريع بعد القرآن والسنة، وله شروطه المحددة في أصول الفقه، والاجتهاد الجماعي هو استفراغ جمع من الفقهاء وسعهم لتحصيل حكم شرعي، وله ميزاته، وثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والآثار والإجماع والمعقول.

5- النوازل: هي الوقائع التي تحل بالناس مما لم يكن سابقاً، وهي محل الفتوى الفردية والجماعية، ومجالاتها كثيرة في العقيدة، والعبادة، والمعاملات المالية، والحلال والحرام، والطب والتداوي، والبناء والعمران، والمواصلات والاتصالات، والسياسة والتشريع والقضاء، والحقوق، وجميع أمور الحياة .

6- الاجتهاد الجماعي ضروري، وأقرب للصواب، ويتفق مع انتشار التخصصات، وهو أكثر قبولاً على مختلف المستويات، وينسجم مع العمل المؤسسي والقضايا العامة وفقه الأمة، ويعوض - نسبياً - عن الإجماع الأصولي، وهو سبيل لتوحيد الأمة، ويمثل أحد ضوابط الفتوى في العصر الحاضر.

7- تعددت مؤسسات الاجتهاد الجماعي اليوم، كهيئات الرقابة الشرعية، ولجان الفتوى، ومجمع البحوث الإسلامية، وهيئة كبار العلماء، ولجنة البحوث العلمية والإفتاء، والمجمع الفقهي الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومجمع الفقه الإسلامي بالهند، والسودان، ورابطة علماء المغرب، والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، ومجمع فقهاء الشريعة بأميركا، والندوات الفقهية، والمؤتمرات العلمية، ولجان وضع الأنظمة والقوانين، ومجلس الفكر الإسلامي، مما يؤكد أهمية الاجتهاد الجماعي.

8- صدرت عن مؤسسات الاجتهاد الجماعي قرارات كثيرة، وتوصيات متنوعة، وطبع معظمها ونشر، وترجم بعضها إلى اللغات الحية، ولكنها محدودة الانتشار والدعاية بالإعلام.

ثانياً: التوصيات

1- إن الفتوى في الأحكام المنصوصة يقوم بها المتخصصون بالشريعة فردياً غالباً، أما أحكام النوازل الجديدة فيجب أن تنحصر بالاجتهاد الجماعي، ولا تترك للأفراد، وخاصة النوازل العامة التي تشمل عموم الناس أو تتصل بالدولة والسياسة الشرعية،

ونوصي أن يتم العمل على استيعاب مستجدات العولمة ، مع الالتزام بالأصول العامة والقواعد الكلية للشريعة.

2- نوصي أن تتبنى الحكومات والدول والمؤسسات قرارات الاجتهاد الجماعي، والفتاوى التي تصدر عنه، لتحقيق الانسجام بين العقيدة والشريعة، والفقه والواقع، ثم يسري ذلك إلى جميع الأفراد والهيئات.

3- نوصي بأن يتم التنسيق بين مؤسسات الاجتهاد الجماعي المتشابهة في هيئات الفتوى مثلاً، ولجان الرقابة الشرعية، ومجامع الفقه الإسلامي، بل نطالب بإقامة اتحاد عام لها، ليتم التواصل، والتعاون، والتكامل، وأن يتم تأسيس قاعدة بيانات ومعلومات مشتركة عبر الشبكة العنكبوتية بين هيئات الإفتاء، وأن يتم جمع وتدوين فتاوى العلماء قديماً وحديثاً للاستفادة منها .

4- نوصي بأن ينحصر أعضاء الاجتهاد الجماعي بالمتخصصين حصراً بالشريعة، وبالفقه وأصوله حتماً، مع الاستعانة بأي اختصاص آخر له صلة في الموضوع دون أن يكون لأصحابه حق التصويت، ويجب تجنب حشد الاختصاصات المتنوعة في اتخاذ القرار، لتميع الفتوى، وتوجيهها حسب الرغبات، كما حصل في إباحة الفوائد الربوية وغيرها، ولذلك نوصي بإنشاء مراكز ومعاهد علمية لتأهيل المفتين ، وإقامة دورات مستمرة لهم .

5- نوصي بأن يتم التفرغ – ما أمكن – للعلماء والمفتين وأعضاء هيئات الفتوى والرقابة الشرعية، ليكون عملهم دائماً ومتصلاً، وتكون دراساتهم معمقة ومؤصلة، وليتم التواصل بينهم، والاتصال معهم باستمرار، وإن العمل المتقن في ذلك يملأ الوقت، بل أكثر منه، ويمكن التفرغ الجزئي لذلك، وأن يشارك العضو في ثلاثة مؤسسات أو خمسة، ولا تقبل الصورة الموجودة الآن في اشتراك بعضهم في خمسين، أو ثمانين، أو مائة مؤسسة وهيئة.

6- نوصي بأن يتم الاهتمام الكافي في طبع ونشر وتوزيع وترجمة فتاوى الاجتهاد الجماعي، وتعميمها على وسائل الإعلام المختلفة، ووضعها بين يدي الناس عامة، والباحثين والطلبة خاصة، وبين أيدي العلماء وأساتذة الشريعة بشكل أخص.

وصلّى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

أهم المصادر والمراجع

- 1- الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، السوسوة، وزارة الأوقاف، قطر، 1418 هـ.
- 2- الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، الخالد، رسالة دكتوراة، جامعة دمشق، 1426 هـ / 2005م.
- 3- أخبار القضاة، وكيع (306هـ)، عالم الكتب، بيروت، د.ت.
- 4- إرشاد الفحول، الشوكاني (1250هـ) مصطفى الحلبي، القاهرة، 1356هـ / 1937م.
- 5- أعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية (751هـ) دار الكتب الحديثة، القاهرة، 1388 هـ / 1968م.
- 6- البحر المحيط، الزركشي (794هـ) وزارة الأوقاف، الكويت، 1413هـ / 1992م.
- 7- تاريخ القضاة في الإسلام، الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، 1422هـ / 2001م.
- 8- الترغيب والترهيب، المنذري (656هـ) مصطفى الحلبي، القاهرة، 1388هـ / 1968م.
- 9- تعظيم الفتيا، ابن الجوزي (597هـ) مكتبة التوحيد، المنامة – 1423هـ / 2002م.
- 10- التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، 1423هـ / 2002م.
- 11- جامع بيان العلم وفضله، ابن عبد البر (463هـ) مكتبة العاصمة، القاهرة – 1388هـ / 1968م.
- 12- حاشية البناني على جمع الجوامع لابن السبكي (771 هـ) عيسى الحلبي، مصر، د.ت.
- 13- سنن الترمذي (279هـ) مع تحفة الأحوذني، المباركفوري (1357هـ) المدني، القاهرة، 1383هـ / 1963م.
- 14- سنن الدارمي، الدارمي (255هـ) دار القلم، دمشق، 1412هـ / 1991م.
- 15- سنن أبي داود، السجستاني (275هـ) مصطفى الحلبي، مصر، 1371هـ / 1952م.
- 16- سنن ابن ماجه، القزويني (273هـ) عيسى الحلبي، مصر، 1372هـ / 1952م.
- 17- سنن النسائي، أحمد بن شعيب (303هـ) مصطفى الحلبي، مصر – 1383هـ / 1964م.
- 18- شرح تنقيح الفصول، القرافي (684 هـ) الكليات الأزهرية، مصر، 1393هـ / 1973م.
- 19- شرح الكوكب المنير، ابن النجار الفتوح (972هـ)، العبيكان، الرياض، 1413هـ / 1993م.
- 20- صحيح البخاري، البخاري (256هـ) دار القلم، دمشق، 1400هـ / 1980م.
- 21- الفتيا المعاصرة، خالد المزيني، دار ابن الجوزي، الرياض – 1430هـ.
- 22- الفصول في الأصول، الجصاص الرازي (370هـ) وزارة الأوقاف، الكويت، 1414هـ / 1994م.
- 23- القاموس المحيط، الفيروز أبادي (817هـ) دار الفكر، دمشق، 1425هـ / 2005م.

- 24- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة - د.ت.
- 25- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وزارة الأوقاف، قطر، 1423 هـ / 2003 م.
- 26- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بالهند، إصدار المجمع، 1428 هـ / 2007 م.
- 27- القواعد الفقهية وتطبيقاتها، الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، 1426 هـ / 2006 م.
- 28- كشف الخفاء، العجلوني (1162 هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت - 1418 هـ / 1997 م.
- 29- مجمع الزوائد، الهيتمي (807 هـ) مكتبة القدسي، مصر، د.ت.
- 30- المجموع، للنووي (677 هـ) مطبعة إمام، مصر، 1388 هـ / 1968 م.
- 31- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (1420 هـ / 1999 م) دار القلم، دمشق - 1425 هـ / 2004 م.
- 32- المستصفى، للغزالي (505 هـ)، المطبعة الأميرية - مصر - 1322 هـ.
- 33- مسند الإمام أحمد، الإمام أحمد (242 هـ) المكتب الإسلامي، دمشق عن الميمنية 1335 هـ.
- 34- المصباح المنير، الفيومي (770 هـ) المطبعة الأميرية - مصر - 1926 م.
- 35- المعتمد في الفقه الشافعي، الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق - 1428 هـ / 2007 م.
- 36- معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، (395 هـ) دار الفكر، دمشق، 1399 هـ / 1979 م.
- 37- المعجم الوسيط، عدد من المؤلفين، دار الأمواج، بيروت، 1410 هـ / 1990 م.
- 38- الموافقات، الشاطبي (790 هـ) المدني، وصبيح، القاهرة، 1970 م.
- 39- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف، الكويت، 1966 - 2006 م.
- 40- نزهة المتقين شرح رياض الصالحين، النووي (677 هـ)، الرسالة، بيروت، 1398 هـ / 1978 م.
- 41- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الدكتور محمد الزحيلي، دار الخير، دمشق، 1423 هـ / 2003 م.

التعويض عن تفويت الفرصة فى ضوء أحكام القضاء الإدارى

الدكتور

حمدى أبو النور السيد

أستاذ مشارك ورئيس قسم القانون بكلية الإمام مالك للشرعة والقانون - دى

أستاذ مساعد بقسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة حلوان

ملخص البحث

يتناول هذا البحث موضوعاً هاماً من الموضوعات التي لم تلق كثيراً من الاهتمام الفقهي، رغم أهميته العملية، وهو موضوع قيام الإدارة بتصرف يترتب عليه تفويت فرصة ما على غيرها واستحقاق هذا الغير للتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك .

وقد تناولت – في فصل تمهيدى - المقصود بتفويت الفرصة في مجال القانون الإدارى، وعرفته بأنه (قيام السلطة الإدارية باتخاذ تصرف ما يترتب عليه ضياع أمل مشروع كان المضرور ينتظر تحقيقه، وبشرط أن يكون هذا الأمل تؤيده ظروف الواقع والقانون، أى أنه كان مرجح التحقق لو لم تتدخل الإدارة بتصرفها).

وقد تناولت في نفس الفصل أهم تطبيقات تفويت الفرصة في القانون الإدارى، في مجال قيام الجهة الإدارية بنقل الموظف العام الذى أوشك على نيل فرصة الترقية إلى جهة إدارية أخرى بغرض تفويت هذه الفرصة عليه، وكذلك ما يقرره القضاء الإدارى بشأن مسئولية المرفق العام الطبى عما يحدثه من ضرر للمريض يتمثل في تفويت فرصة الشفاء عليه أو فرصة البقاء على قيد الحياة .

وفى الفصل الأول من هذا البحث تناولت أركان التعويض عن تفويت الفرصة، والتي تتمثل في قيام الإدارة بتفويت الفرصة، بأن تصدر تصرفاً غير مشروع يترتب عليه أن يفقد المضرور فرصة حقيقية كان ينتظر تحقيقها، أما الركن الثانى فيتمثل في الضرر الناجم عن تصرف الإدارة، والذى يتمثل في ضياع الفرصة على صاحبها بشكل نهائى، بحيث لم يعد لديه أمل فى تحقيقها . وأما الركن الثالث فيتمثل فى رابطة السببية بين هذا الخطأ الواقع من جهة الإدارة وذلك الضرر أصاب صاحب الفرصة، وتحقق هذه الرابطة عندما يكون هذا الخطأ هو السبب الوحيد أو الرئيس فى فقد المضرور لفرصته .

وفي الفصل الثاني تناولت قواعد تقدير التعويض عن تفويت الفرصة، فبينت شروط استحقاق هذا التعويض، والتي تتمثل في أن يفقد صاحب الفرصة فرصته فقداً نهائياً ومؤكد، وأن يصاب بضرر يتمثل في إغلاق الباب أمامه في تحقيق أى كسب أو مطلب متوقع أو تجنب خسارة متوقعة، بحيث يصبح فقد الأمل في ذلك أمراً مؤكداً وفقاً للمجرى العادى للأمر، وأن يكون تصرف الإدارة هو السبب الرئيسى لضياع الفرصة، سواء كان ذلك عن قصد أو بدون قصد، بأن كانت هي العامل الوحيد في إحداث ذلك، فإذا كانت هناك عوامل أخرى ساهمت في إحداث هذه النتيجة، فإنه يتعين أن يكون تصرف الإدارة هو العامل الرئيسى في إحداثها .

وتناولت في الجزء الثاني من هذا الفصل كيفية تقدير التعويض عن تفويت الفرصة، وأوضحت أن هذا التعويض قد يكون تعويضاً جزئياً، وأن القاضى يقره وفقاً لظروف الواقع، واضعاً في حسابه الظروف الشخصية للمضرور .

وقد رأينا من خلال الاطلاع على أحكام القضاء الإدارى أن القاضى في تقديره للتعويض عن تفويت الفرصة لا يخرج عن أحد تصورين، فهو إما أن ينظر إلى الفرصة باعتبار أن لها قيمة في حد ذاتها، بغض النظر عن قيمة الكسب المحتمل الذى فات المضرور، فيقدر التعويض على أساس ذلك، وإما أن يغفل الفرصة في ذاتها، ويعتبرها مجرد وسيلة لتحقيق الكسب، وليس لها قيمة في حد ذاتها، ويحدد التعويض على أساس قيمة الكسب المحتمل الذى ضاع على المضرور .

تقديم

يقصد بمسئولية الدولة التزامها بدفع تعويض لمن يصيبه ضرر، نتيجة ممارستها لنشاطها الإداري، وذلك في إطار أوضاع وأحكام المسئولية المعمول بها.

ودعوى التعويض هي الوسيلة القانونية والقضائية الممنوحة للأفراد، والتي يهدفون من ورائها إلى الحصول على تعويض عن ضرر أصابهم من جراء نشاط إداري للدولة (239).

ويقوم التعويض، بصفة عامة، على أركان ثلاث هي الخطأ الذي يرتكبه شخص أو جهة معينة، والضرر الذي أصاب الغير بسبب هذا الخطأ، وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر.

والقاعدة أن الضرر الذي يمكن التعويض عنه يتعين أن يكون ضرراً محققاً، وذلك بأن يكون قد وقع فعلاً للمضرور، أو يكون وقوعه أمراً مؤكداً في المستقبل، أى أنه سيقع حتماً وفقاً للمجرى العادى للأمر، ولذلك لا يكفي في هذا الشأن أن يكون الضرر احتمالياً، أى من الممكن حدوثه مستقبلاً أو عدم حدوثه.

ولذلك قضت محكمة النقض بأن (.. الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً، بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً . أما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع فإن التعويض عنه لا يُستحق إلا إذا وقع فعلاً .) (240).

إشكالية الدراسة :

لما كان الضرر الذي يمكن التعويض عنه يجب أن يكون ضرراً محققاً، وليس احتمالياً، فإنه يثور التساؤل عن مدى إمكانية التعويض عن الضرر الناجم عن

239 - د. مجدى مدحت النهري " مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية - قضاء التعويض "، مكتبة النهضة العربية، 1996 - 1997، ص 156.

240 - حكم محكمة النقض في الطعن رقم 25 لسنة 29 ق، جلسة 1965/5/13، مجموعة أحكام المحكمة، 1965، ص 570.

تفويت الفرصة على أحد الأشخاص في تحقيق مكسب أو مأرب معين كان ينتظره، فهذا الضرر هو ضرر احتمالي، لأن تحقيق هذا المكسب أو المأرب هو أمر غير مؤكد، بمعنى أنه لو لم تفت الفرصة على هذا الشخص لكان هناك أمل في تحقيق المكسب أو المأرب المطلوب، وتحقيق هذا الأمل مسألة غير مؤكدة ، وبالتالي فهذا الضرر لا يجوز التعويض عنه وفقاً للقواعد العامة .

ولكن إذا كانت تحقق الفرصة أمراً محتملاً، فهل يعتبر تفويت الفرصة في حد ذاته ضرراً محقق يستوجب التعويض عنه ؟ . هذه هي الإشكالية التي تجيب عنها هذه الدراسة .

نطاق الدراسة :

ستقتصر دراستنا لهذا الموضوع على معرفة اتجاه القضاء الإداري المصري والفرنسي بشأن إمكانية التعويض عن تفويت الفرصة، مع بيان بعض التطبيقات القضائية والتشريعية لذلك، وتحديد أركان هذا التعويض والقواعد التي تنظم كيفية تقديره .

تقسيم الدراسة :

وحتى يمكننا الإلمام بهذا الموضوع نتناول، في البداية، المقصود بتفويت الفرصة في مجال القانون الإداري، ثم نتناول أركان التعويض عن الضرر الناجم عنه، وأخيراً نبين القواعد التي تحكم عملية تقدير هذا التعويض .

وبناء عليه نقسم دراستنا في هذا البحث إلى فصلين متتاليين يسبقهما فصل تمهيدى، وذلك كما يلي :

فصل تمهيدى : المقصود بتفويت الفرصة وأهم تطبيقاته في مجال القانون الإداري .

الفصل الأول : أركان التعويض عن تفويت الفرصة .

الفصل الثانى : القواعد التي تنظم تقدير التعويض عن تفويت الفرصة .

الفصل التمهيدي

المقصود بتفويت الفرصة وأهم تطبيقاته في مجال القانون الإداري

لما كنا في هذا البحث نتحدث عن قيام الإدارة بتفويت فرصة ما على أحد الأفراد، مما يصيبه بالضرر، فإنه يتعين علينا أن نتعرف أولاً على المقصود بالفرصة وتفويتها، ثم نتبين أهم التطبيقات التشريعية والقضائية للتعويض عن تفويت الفرصة في مجال القانون الإداري .

وعلى ذلك تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : المقصود بتفويت الفرصة .

المبحث الثاني : أهم التطبيقات التشريعية والقضائية لتفويت الفرصة في القانون الإداري .

المبحث الأول

المقصود بتفويت الفرصة

تعريف الفرصة :

يعرف أحد الفقهاء الفرصة بأنها الطريقة التي يتوقف عليها تحقيق واقعة ما، فهي طريقة من طرق حدوث واقعة قدرية، أي واقعة احتمالية تقع أثر تحقق شروط غير معلومة وغير معروفة مسبقاً، وفقاً لقدرية الحوادث، أي أنها إمكانية تحقق أمر ما واحتماله (241) .

ويمكننا أن نعرفها بشكل أكثر تبسيطاً بأنها (حدث ما يترتب عليه تحقيق مأرب معين لشخص معين ، بحيث إذا انتفى وجود هذا الحدث انتفى معه تحقيق ذلك المأرب) .

²⁴¹ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل " تعويض تفويت الفرصة "، مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد 3، ص 110 .

وهذا معناه أن الأمر المترتب على وجود الفرصة لابد أن يكون أمراً مرغوباً فيها من جانب صاحب الفرصة، بمعنى أنه يتمناه ويسعى إليه، على اعتبار أنه سيحقق له مغنماً معيناً .

مفهوم فقد الفرصة :

كان تفويت الفرصة يظهر في البداية كوسيلة يستخدمها القاضى لتكوين عقيدته حول تحقق الضرر موضوع طلب التعويض . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بالتعويض عن فقد المراهن في سباقات الخيل لفرة الفوز، لعدم تأهل عضد حصانه بسبب خطأ الفارس، ففقد هذه الفرصة دليل على إصابته بضرر يستحق عنه تعويضاً⁽²⁴²⁾ .

لذلك فإن كل محاولة لتعريف تفويت الفرصة، في البداية، لم تكن إلا تعداداً للحالات المختلفة التي يوجد فيها تفويت الفرصة .

ففي مجال القانون الخاص يمكننا أن نجد المقارنة التي أعدتها فيني بين فقد الأمل في تحقيق ميزة في المستقبل وحالة ضياع فرصة تجنب حدوث ضرر معين⁽²⁴³⁾، والفئة الأولى هي الأكثر أهمية . وقد أعدت فيني تعداداً غير شامل للحالات التي تغطيها، وكان من الواضح أن الأمثلة الأكثر تكراراً تتعلق بفقد فرص النجاح الوظيفي، ثم فقد الأمل في إبرام عقد ما كان المضرور ينتظر من ورائه تحقيق ربح أو أى ميزة أخرى . أما الطائفة الثانية فتتعلق بفقد الأمل في استرداد قرض بسبب موت المدين في حادث، أو فقد الأمل في البقاء على قيد الحياة بسبب قيام الطبيب بقطع أحد أعضاء الجسم⁽²⁴⁴⁾ .

هذه المصلحة العملية التي لا تقبل الجدل، والتي يحققها الطعن ضد فقد الفرصة، جعلت مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى الاعتراف بفقد الفرصة كسبب للتعويض،

²⁴² -Cour de cassation, 4 mai 1972, G.P., 1972, p. 521.

²⁴³ - Geneviève « Traité de droit civil, Les obligations-les effets-la responsabilité », L.G.D.J., Paris, 1998, p. 341 et 436.

²⁴⁴ - v . Frédérique SALLET « La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative a la responsabilité de la puissance publique », L.G.D.J. . 1994, p. 2.

دون أن يحاول تعريفها، ففوضى بإلزام الإدارة بتعويض الخسارة التي أصيب بها موظف بشكل غير مشروع من جراء فقد فرصة الترقية (245).

ومن جانبنا يمكننا أن نوضح المقصود بتفويت الفرصة في مجال العمل الإداري بأنه (قيام السلطة الإدارية باتخاذ تصرف ما يترتب عليه ضياع أمل مشروع كان المضرور ينتظر تحقيقه، وبشرط أن يكون هذا الأمل تؤيده ظروف الواقع والقانون، أى أنه كان مرجح التحقق لو لم تتدخل الإدارة بتصرفها).

ومعنى ذلك أن تصرف الإدارة الذى تسبب فى ضياع الفرصة يعد تصرفاً غير مشروع، وبالتالي يستحق صاحب هذه الفرصة الضائعة تعويضاً عما أصيب به من ضرر من جراء هذا التصرف .

فالفرصة هي احتمال تحقيق مغنم معين أو تجنب خسارة معينة، وبالتالي فإن تفويتها على صاحبها معناه ضياع هذا الاحتمال وفقد الأمل فى تحقيق ذلك المغنم المرجو أو تجنب تلك الخسارة .

وهذه الفرصة لابد أن تكون حقيقية لا وهمية، بمعنى أنه يجب أن يكون تحقيقها للمغنم المرجو منها أو منع الخسارة أمراً مرجحاً بنسبة كبيرة، لا أن تكون مجرد أوهام فى ذهن من يدعيها، ولا يؤيدها الواقع، وكلما زادت هذه النسبة كلما زادت قيمة الفرصة .

فالفرصة تقدر بمعيار موضوعي وليس معياراً شخصياً، بمعنى أنه لا يكفى للقول بوجود الفرصة مجرد إحساس الشخص أو أمله فى تحقيق مأرب معين، دون أن تتوافر من الأسباب الموضوعية والواقعية ما يجعل إحساسه أو أمله أمراً مرجح الوقوع لو أتيحت له الفرصة .

فالموظف الذى يأمل فى الترقية لا تكون لديه فرصة حقيقية فيها إلا إذا كان هناك من الأسباب ما يجعل ترقيته أمراً مرجحاً، فإذا قامت الإدارة بنقله أو باتهامه بجرم

²⁴⁵ t 1928, Bacon, Leb., p. 1.35.û C.E.,3 ao-

معين لتفويت عليه هذه الترقية فإنها تكون قد أصابته بضرر يتمثل في حرمانه من هذه الفرصة الحقيقية في الترقية .

لكن لا يشترط أن يصل هذا الاحتمال الذي تمثله الفرصة إلى درجة اليقين، بمعنى أن يكون من المؤكد تحقيق الضرر لما يجرّوه لو أُتيحت له الفرصة، فإذا وصلت الفرصة إلى مستوى اليقين فإن الضرر يعوّض عن الضرر المحقق الذي يصيبه بسبب تصرف الإدارة، وليس عن مجرد تفويت فرصة عليه .

ويتعين أن يكون المأرب الذي يتغياها صاحب الفرصة من فرصته مأرباً مشروعاً، أى موافقاً للقانون ، وذلك حتى يمكنه المطالبة بحماية قانونية وقضائية له . أما إذا كان هذا المأرب غير مشروع فإن الإدارة بقيامها بتفويت فرصة تحقيقه تكون قد أصابت صحيح القانون .

فإذا كانت الترقية التي يبتغيها الموظف لنفسه ليست من حقه وإنما من حق زميل له، وهو يأمل في اقتناصها منه بطريقة غير مشروعة، كدفع رشوة أو وجود وساطة، فإن الإدارة إذا قامت بنقله لتفويت عليه هذا الغرض تكون قد قامت بتصرف مشروع، ولا يمكنه الإدعاء بأنها ضيعت عليه فرصة الترقية .

إثبات وجود الفرصة :

وفقاً للقواعد العامة يقع عبء إثبات وجود الفرصة على من يدعيها، وهو المضرور من تفويتها عليه، ويمكنه إثباتها بكل طرق الإثبات . ويكون على الجهة الإدارية إذا أرادت أن تدافع عن نفسها أن تثبت عدم صحة ما يدعيه، وتقدم من المستندات ما يؤيد دفاعها .

وتقوم المحكمة بتقييم أدلة كل من الطرفين، للتحقق من وجود أو عدم وجود فرصة ضائعة على المدعى، فإذا توصلت إلى وجود هذه الفرصة فإنها تقيمها في ضوء درجة الاحتمال التي تمثلها، وتقضى بالتعويض عنها، أما إذا توصلت إلى عدم وجود فرصة حقيقية وأن الأمر لا يتعدى مجرد أمنية بعيدة المنال للمدعى فإن ترفض دعواه بالتعويض .

وللمحكمة سلطة تقديرية في إثبات وجود الفرصة أو عدم وجودها، وفقاً للملابسات المحيطة بالموضوع والمستندات المقدمة من الطرفين، وغير ذلك من الوسائل التي يمكن للمحكمة أن تستعين بها في هذا الشأن .

وهذه السلطة التقديرية هي تطبيق للقواعد العامة، والتي تقرر أن قاضي الموضوع يملك السلطة المطلقة في تقدير وجود الضرر أو عدم وجوده، وتفويت الفرصة يعتبر نوعاً من أنواع هذا الضرر .

ولا يتوقف الأمر على تقدير وجود أو عدم وجود الفرصة، ولكن تتطرق المحكمة بالضرورة إلى تحديد مدى وجود رابطة سببية بين فقد هذه الفرصة وما ترتب على ذلك من ضرر (246) .

تفويت الفرصة في التشريع الإسلامي :

عرف التشريع الإسلامي ما نطلق عليه الآن " تفويت الفرصة " ، وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتعويض عنه، وكذلك فعل من جاء بعده من الخلفاء والفقهاء .

ومن ذلك ما روه أبو داود وغيره من أهل السنن عن النبي - صلى الله عليه وسلم - فيمن سرق من التمر المعلق قبل أن يؤويه إلى الجرين أن عليه جلدات نكال وغرمه مرتين (247)، وفيمن سرق من الماشية قبل أن تؤوى إلى المراح أن عليه جلدات نكال وغرمه مرتين .

وكذلك قضى عمر بن الخطاب في الضالة المكتومة (248) أن يضعف غرمها، وبذلك قال طائفة من العلماء مثل أحمد وغيره، وأضعف عمر الغرم في ناقة أعرابي أخذها ممالك جياح ، فأضعف الغرم على سيدهم ودرأ عنهم القطع (249) .

246- راجع د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، بحثه سالف الذكر ، ص 121 .

247- أي جلده وتغريمه ضعف مقدار قيمة التمر على سبيل التعويض لصاحبه جزاء على ما فوته عليه من منفعة .

248- يقصد بالضالة المكتومة الشيء الذي يضيع على صاحبه، من حيوان وغيره ، إذا أبقاه من وجده فترة من الزمن عنده لينتفع به ثم رده لصاحبه .

249- شيخ الإسلام ابن تيمية " مجموع الفتاوى "، الجزء الثامن والعشرين، طبعة مجمع الملك فهد للمصنف الشريف - موقع روح الإسلام، <http://islamspirit.com> ، 2009 ، ص 118 ، 119 .

ومن خلال ما تقدم نجد أن التشريع الإسلامي قد عرف التعويض عن الكسب الفائت أو الفرصة الضائعة، متى وجد الضرر وأمكن تحديده قضاءً، وقاضي الموضوع هو الذي يحدد تقديره بناءً على وقائع القضية وظروفها والملابسات المقارنة لها .

المبحث الثاني

أهم تطبيقات تفويت الفرصة في القانون الإداري

توجد تطبيقات تشريعية قليلة لتفويت الفرصة في مجال القانون الإداري، يتمثل أهمها في حالة قيام الجهة الإدارية بنقل الموظف العام الذي أوشك على نيل فرصة الترقية إلى جهة إدارية أخرى بغرض تفويت الفرصة عليه .

وقياساً على هذه الحالة وضع القضاء الإداري تطبيقات مختلفة لتفويت الفرصة، وألزم الإدارة بالتعويض عنها إذا كانت هي المتسببة في ذلك .

ومن هذه التطبيقات ما يقرره القضاء الإداري بشأن مسؤولية المرفق العام الطبي عما يحدثه من ضرر للمريض يتمثل في تفويت فرصة الشفاء عليه أو فرصة البقاء على قيد الحياة .

ونستعرض فيما يلي هذين التطبيقين كنموذجين لتفويت الفرصة والتعويض عنها، وذلك في مطلبين متتاليين .

المطلب الأول

تفويت الفرصة في مجال نقل وترقية الموظف العام

يعتبر نقل الموظف العام من الطرق التي تشغل بها الوظائف العامة، إلى جانب طرق التعيين والترقية والندب، وهي الطرق التي عدتها المادة 12 من قانون نظام

العاملين المدنيين بالدولة، والتي تنص على أن (يكون شغل الوظائف عن طريق التعيين أو الترقية أو النقل أو الندب بمراعاة استيفاء الاشتراطات اللازمة) .

وتعرف المحكمة الإدارية العليا النقل بأنه (إفصاح من الإدارة عن إرادتها، بقصد إحداث أثر قانوني هو إنهاء ولاية العامل الوظيفية في دائرة الجهة أو في الوظيفة المنقول إليها) (250) .

والنقل نوعان، فهو إما أن يكون نقلاً نوعياً، ويعنى نقل الموظف من وظيفته إلى وظيفة أخرى تختلف عنها في طبيعتها وأعبائها، وذلك في نفس الجهة الإدارية التي يعمل بها . وإما أن يكون النقل نقلاً مكانياً، بمعنى نقل الموظف من مقر عمله إلى مقر عمل آخر في الجهاز الإداري للدولة .

ويعتبر نقل الموظف إلى وظيفة أخرى غير مشروع، بسبب تفويت فرصة ما عليه، في حالتين هما :

(1) نقل الموظف بغرض تفويت فرصة الترقية عليه :

حتى يكون نقل الموظف مشروعاً يتطلب القانون ألا يكون هذا النقل بمثابة وسيلة للإضرار بالموظف، بأن يكون القصد منه تفويت الفرصة عليه في الترقية . ولذلك تنص المادة 54 من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة على أنه (مع مراعاة النسبة المقررة في المادة 15 من هذا القانون يجوز نقل العامل من وحدة إلى أخرى من الوحدات التي تسرى عليها أحكامه . كما يجوز نقله إلى الهيئات العامة والأجهزة الحكومية ذات الموازنة الخاصة بها ووحدات القطاع العام والعكس، وذلك إذا كان النقل لا يفوت عليه دوره في الترقية بالأقدمية أو كان بناء على طلبه ...) .

²⁵⁰ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 511 لسنة 3 ق، جلسة 1958/2/15 .

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا النقل الذى يتم بقصد تفويت فرصة الترقية على العامل المنقول هو بمثابة انحراف بالسلطة وتعسف فى استعمالها من جانب السلطة الإدارية التى أصدرت قرار النقل (251) .

أما إذا كان النقل لا يقصد به تفويت فرصة الترقية ولا يؤدى فعلاً إلى ذلك فإنه يكون مشروعاً، ولا يستحق عنه الموظف تعويضاً لانتفاء الضرر فى حقه .

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه (ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية قد استقر على أن جهة الإدارة تترخص فى النقل، بمالها من سلطة تقديرية، مراعاة لصالح العمل، طالما خلا تصرفها من إساءة استخدام السلطة .. وحيث أن قرار النقل باعتباره قراراً إدارياً ... من الأمور التى تترخص فيها جهة الإدارة، طالما لا يترتب عليه تفويت فرصة العامل للترقية بالأقدمية، أو كان يتضمن نقله إلى وظيفة من درجة أقل أو إلى وظيفة غير محددة ومناسبة من ذات مستوى الوظيفة المنقول منها) (252) .

كما يعد النقل مشروعاً إذا كان لا يفوت على الموظف دوره فى الترقية، لكنه يفوت عليه مزايا مالية لا تتوافر فى الوظيفة المنقول إليها، باعتبار أن هذه المزايا لا تعد حقاً مكتسباً له .

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن (... النقل الذى يمتنع على الإدارة أن تجريه، ولو كان لمثل الدرجة الوظيفية، ذلك الذى يفوت على المنقول دوره فى الترقية بالأقدمية، ولكن هذه المادة لا تمنع النقل ولو فوت على المنقول ميزات أخرى كانت له فى الجهة التى نقل منها . ولعل الشارع رأى أن الاحتفال بمثل هذه المزايا قد يغفل يد الإدارة فى إجراء النقل الذى تتطلبه دواعى المصلحة العامة، ومن

²⁵¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 1403 لسنة 26 ق ، جلسة 1988/2/7 .

²⁵² - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 3816 لسنة 40 ق جلسة 1999/9/28، وفى ذات المعنى حكمها فى الطعن رقم 1298 لسنة 41 ق جلسة 1999/9/25 .

ثم فلو كانت للمطعون ضدها مزايا مادية في الجهة التي نقلت منها فليست بممانعتها من النقل (253) .

كذلك الأمر إذا تم نقل العامل بناء على طلبه، فإن هذا النقل يكون جائزاً بنص القانون، وبالتالي لا يستحق تعويضاً إذا ترتب على ذلك النقل فوات فرصة الترقية عليه، لأنه هو الذي فوتها على نفسه .

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن (... فتمارس السلطة المختصة سلطتها في النقل دون معقب عليها في هذا الشأن ما دام قرارها قد برئ من شائبة إساءة استعمال السلطة، وذلك فضلاً عن ضرورة مراعاة الشروط القانونية، من ضرورة صدور القرار من السلطة المختصة بالتعيين، وفي حدود النسبة المقررة في المادة 15 من القانون، وألا يكون النقل إلى وظيفة درجتها أقل من المنقول منها أو مفوتاً لدور العامل المنقول في الترقية بالأقدمية أو بناء على طلبه) (254) .

ورغم أن نص المادة 54 من القانون رقم 47 لسنة 1978 التي سلف ذكرها تقرر عدم مشروعية نقل الموظف إذا كان ذلك يفوت عليه دوره في الترقية بالأقدمية، إلا أن المحكمة الإدارية العليا طبقت نفس المبدأ أيضاً في حالة الترقية بالاختيار، فاعتبرت أن قرار النقل في مثل هذه الحالة أيضاً غير مشروع .

ولذلك قضت بأنه (... ولئن كانت جهة الإدارة تترخص في إجراء النقل من وحدة إلى أخرى إذا كان النقل لا يفوت على العامل دوره في الترقية بالأقدمية، إلا أن هذا الحظر يمتد كذلك إلى الترقية بالاختيار إذا كان قرار النقل قد أملاه الغرض أو كان الباعث عليه تحقيق نفع ذاتي أو مصلحة شخصية أي انطوى على الانحراف وإساءة استخدام السلطة) (255) .

²⁵³ - حكم المحكمة الإدارية العليا في 1965/2/27 ، مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا ، قاعدة 1573 - 7

²⁵⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1218 لسنة 34 ق جلسة 199/2/24 ، الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء 4. ص 338 .

²⁵⁵ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1154 لسنة 14 ق، جلسة 1972/6/11 .

أما إذا قامت الإدارة بتفويت فرصة الترقية على العامل، وكان لهذا التفويت سبب مشروع، فإن تصرفها يكون مشروعاً، وبالتالي فلا يستحق تعويضاً عنه، لأن القاعدة العامة أنه لا تعويض إلا بناء على خطأ .

فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الموظف الفائز بالترقية، لكن ذلك يجب أن يبنى ذلك على أسس عادلة في المفاضلة بينه وبين أقرانه، فلا تتخطى الإدارة الموظف الأقدم إلا إذا كان الموظف الأحدث منه أكثر كفاءة، وهذا مستمد من عناصر حقيقية، فإذا قامت الإدارة بذلك فإن قرارها بالترقية يكون صحيحاً، وليس فيه تفويت لأي فرصة على الموظف الأقدم، أما إذا خالفت ذلك فإن قرارها يعتريه عدم المشروعية .

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه (ومن حيث أنه من المبادئ المستقرة أن الترقية بالاختيار ، ولئن كانت من الأمور التي تترخص فيها جهة الإدارة، إلا أن منط ذلك أن يكون هذا الاختيار قد استمد من عناصر صحيحة، وأن تجرى مفاضلة حقيقية وجادة بين العاملين للتعرف على مدى تفاوتهم في مضممار الكفاية، بحيث لا تتخطى الأقدم إلا إذا كان الأحدث أكثر كفاية، وهو أمر تمليه دواعي المشروعية فإذا لم يقع الأمر على هذا الوجه فسد الاختيار وفسد القرار الذي اتخذ على أساسه)⁽²⁵⁶⁾.

وفي مجال ترقية موظفي الدولة اتجه مجلس الدولة إلى أن قيام الإدارة بتخطي المضروور في الترقية ، دون تقديم مبرر لذلك، يعد بمثابة تفويت لفرصة الترقى عليه، دون خطأ من جانبه .

ومن ذلك ما قضت به المحكمة في من أنه (وإن كانت المادة 40 من قانون

نظام موظفي الدولة معدلة بالقانون رقم 73 لسنة 1957 التي كانت سارية وقت

²⁵⁶ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3967 لسنة 37 ق عليا ، جلسة 1994/10/29 ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج 44 ، 1998 ، ص 301 وما بعدها . وفي نفس المعنى حكمها في الطعن رقم 3767 لسنة 40 ق ، جلسة 1996/6/8 ، نفس الموسوعة ، ص 303 .

صدور قرار الترقية المطعون فيه لم تلزم لجنة شئون الموظفين عند إجراء الترقية في النسبة المخصصة للترقية بالاختيار، بمراعاة الأقدمية بين المرشحين الحاصلين على ذات مرتبة الكفاية المؤهلة للترقية بالاختيار، الأمر الذي كان يجعل ترقية المطعون ضده فيما لو لم يرق الموظفون الأربعة المطعون في ترقية أمرا احتماليا، إذا ما دخل في المفاضلة مع باقى شاغلي الدرجة الخامسة الإدارية الذين كانوا سيرشحون للترقية إلى الأربع درجات، غير أنه لا يوجد أيضا ثمة دليل على أن لجنة شئون الموظفين لم تكن ستترقى المطعون ضده إلى الدرجة الخامسة، إذا ما أجرت الترقية على الوجه المطابق للقانون، أى باستبعاد الأربعة المطعون في ترقية من كشف المرشحين، خاصة وقد كان المطعون ضده حاصلا على 95 درجة في كل من تقريرى الكفاية عن سنتى 1955، 1956، أى على درجة الامتياز وهى الدرجة التى تؤهله للترقية بالاختيار حسب نص القانون، ووفقا للمعايير التى وضعتها لجنة شئون الموظفين فى صدر محضرها، ويترتب على ذلك أن القرار المطعون فيه إذ يتضمن ترقية الموظفين الأربعة المطعون في ترقية يكون قد فوت على المطعون ضده فرصة الترشيح للترقية إلى الدرجة الأعلى وفرصة الترقية إلى هذه الدرجة فيما لو رأت لجنة شئون الموظفين ترقية، فيكون قد لحق به الضرر فى هذه الحدود ويستحق التعويض عن هذا الضرر (257) .

فإذا انتفت الفرصة التى يدعى الطاعن قيام الإدارة بتفويتها عليه انتفى التعويض . ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن (كل ما يمكن نسبته إلى الوزارة من تقصير هى أنها فوتت على المدعى فرصة إعادة الكشف الطبى عليه مرتين آخرين كان يحتمل فيهما نجاحه أو رسوبه . وغنى عن البيان أنه لا تتحقق المسؤولية فى هذه الحالة إلا حيث يتأكد للقاضى أن احتمال النجاح كان كبيرا فهو يقدر إلى أى مدى كان الأمل قويا فى ذلك النجاح المزعوم . أما إذا اتضح على العكس أن المرض الذى كان سببا فى رسوب المدعى فى الكشف الأول هو من الأمراض التى

²⁵⁷ - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 331 لسنة 11 ق عليا ، جلسة 197/6/17 . ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج 23 ، 1986-1987 ، ص 104 وما بعدها .

لا شفاء منها، فإن الوزارة لا تكون قد أضاعت عليه عندئذ فرصة في النجاح في الكشف الطبى، وتنتفى بذلك مسئوليتها (258) .

(2) نقل العامل من مجموعته الوظيفية إلى مجموعة وظيفية أخرى :

أناط المشرع بكل وحدة من الوحدات الخاضعة لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة وضع هيكلها الوظيفي وجداول وظائفها، مرفقاً بها بطاقات لوصف كل وظيفة، تحدد واجباتها ومسئولياتها والاشتراطات اللازم توافرها لشغلها، واشترط أن تعتمد هذه الجداول وتلك البطاقات وإعادة التقييم بقرار يصدر من رئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة . وأوجب المشرع على الوحدة تقسيم وظائفها إلى مجموعات نوعية ، واعتبر كل مجموعة نوعية وحدة متميزة في مجال التعيين والترقية والنقل والندب .

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز نقل العامل من مجموعة وظيفية إلى أخرى، فالنقل الذى قرره المادة 55 من هذا القانون هو النقل من وحدة إلى أخرى، تحقيقاً لمصلحة عامة . وأما النقل من مجموعة إلى أخرى فهو أمر محظور، إلا إذا كانت الوظيفة التى ينقل إليها الموظف بذات مسمى ومضمون وظيفته المنقول منها، باعتبار أن هذا الحظر يفترض اختلاف وظائف المجموعة النوعية المنقول منها العامل عن المجموعة المنقول إليها في المسمى والمضمون، فإذا تحقق هذا الاختلاف في المسمى والمضمون فإن النقل يكون محظوراً .

ولذلك قررت الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فى فتوى لها، بأنه (.. ولما كانت وظائف مجموعة الهندسة المساعدة والفنية التى يشغلها المعروضة حالتهم تستقل وتختلف فى مسماها ومضمونها عن وظائف مجموعة التعليم التى

²⁵⁸ - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 419 لسنة 9 ق علبا، جلسة 1967/1/7، الموسوعة الإدارية، الجزء 23 ، 1986 - 1987 ، ص 107 .

يرغبون في النقل إليها، باعتبار أن وظائف الأخيرة تقوم على تربية النشء وتعليمهم، فمن ثم فإنه لا يجوز مثل هذا النقل (259) .

المطلب الثاني

تفويت الفرصة في مجال عمل المرافق العامة الطبية

إذا أخطأ الطبيب أو خرج في عمله عن واجب الحيطة والحذر في عمله، فترتب على ذلك حدوث أضرار للمريض الذي يقوم بعلاجه، أو فقدانه للحياة، فإنه يلتزم بتعويضه، على أساس أنه تسبب في تفويت فرصة الشفاء عليه أو فرصة البقاء على قيد الحياة، طالما كان خطأ هذا الطبيب هو السبب الوحيد في حدوث هذا الضرر، أو كان على الأقل السبب الرئيسي في ذلك .

المقصود بالخطأ الطبي :

عرف بعض الفقه بأنه " إخلال الطبيب بالالتزامات التي تفرضها عليه مهنته، وكذلك إخلاله بالالتزامات القانونية، وذلك عند قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل ما، مع إدراكه لهذا الإخلال " (260) .

وينبغي علينا في هذا الصدد أن نبين مدى العناية التي يجب على الطبيب مراعاتها في القيام بعمله، وهي عناية الرجل الحريص، بمعنى أنه يجب عليه أن يتخذ الاحتياطات اللازمة التي يقتضيه عمله الفني ، فإن لم يتخذها كان ذلك إهمالاً منه لواجباته، وبالتالي يكون قد ارتكب خطأ يوجب لمسؤوليته .

ويرى البعض (261) أن مصطلح التعدى الذي أورده فقهاء الشريعة الإسلامية كموجب للضمان يعد أكثر دقة من مصطلح الخطأ الذي جعله فقهاء القانون أساساً

²⁵⁹- يراجع في هذا المعنى فتوى الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 179 بتاريخ 1 / 3 / 1999 ملف رقم 86 / 3 / 967)

²⁶⁰- د. نادية الرامي " المسؤولية الطبية في المغرب "، بحث منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 20، يوليو 2003.

²⁶¹- د. عاشور عبد الرحمن أحمد " التعويض عن الأضرار البدنية الناشئة عن الأخطاء الطبية - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي "، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي

للتعويض، وذلك لأنه يبين هدف الشارع وهو ضرورة الحفاظ على النفس وعدم إهدارها أو إتلافها بالتعدي عليها من قبل أي شخص، ولو كان هذا الشخص هو الطبيب.

موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن خطأ الطبيب :

يرى الفقهاء أن الطبيب أو البيطار إذا عالج المريض، سواء كان إنساناً أو حيواناً، ولم يتجاوز في عمله، فلا تعويض عليه، ولو تضرر المريض . لكن إذا جاوز الطبيب ما هو مألوف في عمله، أو قصر في بذل العناية الكافية بمريضه، وترتب على ذلك ضرر زائد على مريضه فإنه يضمن هذا الضرر الزائد إذا لم يهلك المريض، فإن هلك فإنه يضمن نصف دية النفس (عند الحنفية) (262)، أو الدية كاملة (عند الشافعية) (263). وكذلك الأمر لمن مارس مهنة الطب بدون إذن بمزاولة المهنة أو كان على غير علم بالطب، فإنه يلتزم بالتعويض إذا ترتب على عمله أضرار للمريض.

ووضع الحنابلة شرطين لإعفاء الطبيب من التعويض هما أن يكون ذا مهارة وخبرة في عمله ولم يهمل فيه مع المريض، وألا يتجاوز حدود ما هو مسموح به من قطع في حالة إجراء عملية جراحية (264) . أما إذا كان الطبيب ماهراً في عمله، ولكنه أخطأ فإنه يلتزم بتعويض المريض المضرور، سواء كان خطأ عمدياً أو غير عمدي، فهو أشبه بإتلاف المال .

ونخلص من ذلك إلى أنَّ فقهاء المسلمين حاولوا التضييق من نطاق المسؤولية المدنية للطبيب، فقصروها على حالة الخطأ وحالة العمل بدون ترخيص أو العمل

الثاني، بعنوان قضايا طبية معاصرة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بتاريخ 23 - 25 سنة 1430 .

²⁶² - من فقهاء الحنفية راجع : ابن عابدين . محمد أمين بن عمر " رد المحتار على الدر المختار " ، طبعة دار الكتب العلمية ، 1412هـ/1992م .

²⁶³ - من فقهاء الشافعية راجع : محمد بن أبي العباس الرملي " نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (حاشية الشبرايملى)، طبعة دار الفكر للطباعة، 14.4هـ - 1984م.

²⁶⁴ - من فقهاء الحنابلة راجع : ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد " المغني "، طبعة دار إحياء التراث العربي، ط 1، 14.5هـ / 1985م، ص 313 .

بغير علم بمهنة الطب، وذلك حتى لا يخشى الطبيب الماهر من ملاحقته بالمسؤولية، ولذا يكفي في انتفاء مسؤوليته ألا يكون قد ارتكب خطأ وأن يكون قد بذل العناية الكافية في علاج مريضه .

عبء إثبات الخطأ في المجال الطبي :

طبقاً للقواعد العامة فإن من يدعى حدوث خطأ ما عليه أن يثبت ما يدعيه، ولكن خلافاً لذلك، ولا اعتبارات عملية، لا يلتزم المريض الذي أصيب بأضرار من جراء علاجه أن يثبت خطأ الطبيب المعالج له، وإنما عليه فقط إثبات حدوث ضرر له، وعلى الطبيب، إذا أراد درء المسؤولية عنه، أن يثبت عدم وقوع خطأ من جانبه.

وهذا هو ما يأخذ به القضاء الفرنسي، حيث يتجه إلى إلقاء عبء إثبات عدم وقوع خطأ طبي على الطبيب المعالج، وذلك لأن تكليف المريض بإثبات وقوع الخطأ من جانب طبيبه ليس بالأمر السهل، باعتبارها مسألة فنية تحتاج إلى متخصصين . ولذلك فإن الأقرب للمنطق والعدالة أن يثبت المريض حصول الضرر، وعلى الطبيب، إذا أراد نفي مسؤوليته، أن يثبت عدم وقوع خطأ من جانبه.

فإذا كان المريض يدعى أنه كانت لديه فرصة للشفاء أو النجاة من الموت، فإن عليه أن يثبت صحة ما يدعيه حتى يقضى له بالتعويض . وهذا ما يقرره كارتير حيث يقول أنه لكي يثبت المدعى فقده لفرصة ما كان بسبب خطأ الإدارة فإن عليه أن يثبت أنه كانت هناك إمكانية تجنبه وقوع حدث غير مقبول أو حرمانه في المستقبل من إمكانية وقوع حدث سعيد⁽²⁶⁵⁾، أي أنه يثبت فقط حدوث ضرر له من جراء تصرف الإدارة، وليس عليه أن يثبت خطأها، وإنما عليها هي أن تثبت عدم وقوع خطأ من جانبها .

²⁶⁵ -Carrier " La réparation du préjudice", Dalloz.1983, spécial n 36 .

اتجاه القضاء الإداري بشأن التعويض عن فقد الفرصة بشأن الخطأ الطبي :

كان القضاء الفرنسي يشترط لإقرار مسؤولية المرافق الطبية Les services hospitaliers وجود خطأ جسيم، ثم تحول تدريجياً عن هذا الشرط إلى مجرد اشتراط الخطأ البسيط لإقرار هذه المسؤولية .

وكان من أسباب هذا التحول ما أصاب بعض المرضى بأضرار من جراء الإهمال الذي يلاقونه في المستشفيات العامة أو الوحدات الصحية، مما دفع القضاء الإداري إلى عدم اشتراط " الخطأ الجسيم " من جانب هذه المرافق الصحية لتقرير مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها . فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي مجرد خروج المريض من المستشفى مصاباً بمرض أخطر مما دخل من أجل علاجه قرينة قاطعة على وجود خطأ جسيم من جانب المستشفى، وبالتالي يستوجب قيام مسؤوليتها عنه .

ولذلك قضى المجلس بأنه إذا كان المريض قد دخل المستشفى لإجراء جراحة بسيطة، فخرج منها مصاباً بعجز دائم بسبب عملية التخدير، فإن هناك قرينة على وقوع خطأ جسيم من جانب المستشفى يستوجب مسؤوليته، يكفي لتقرير مسؤولية الدولة أن يكون الخطأ الذي ارتكبه المستشفى قد أضاع على المريض كل فرصة في الشفاء أو تلافي الإصابة بعجز دائم (266) .

ووفقاً لنظام قرينة الخطأ فإن المدعى لا يكلف بعبء إثبات الخطأ، وإنما يقع على عاتق المدعى عليه إثبات عدم ارتكاب الخطأ الذي أحدث الضرر، وبالتالي فإن هذا النظام يؤدي إلى قلب عبء الإثبات، دون الوصول إلى نظام قيام المسؤولية دون خطأ أي على أساس المخاطر (267) .

266 - C.E., 28 Fév., 1962 , Sieur Meier, C.E.T.A., p. 123 .

267 - د. محمد عبد اللطيف " التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة "، طبعة دار النهضة العربية، 2000، ص 84 .

وقد هجر المجلس الفرنسي فكرة الخطأ الجسيم نهائياً، وأخذ بما يسمى بالخطأ الطبي *La faute médicale*، وكان ذلك في حكم *Epoux V* (268).

وتتلخص وقائع القضية في أن سيدة دخلت إحدى المستشفيات لإجراء ولادة قيصرية، وتم تخديرها ولكن بجرعة أكبر من المطلوب، مما أدى إلى هبوط في الضغط واضطراب في القلب، ثم تم تخديرها مرة ثانية بمادة ينصح بعدم تقديمها في هذه الحالة، مما أدى إلى هبوط ثان في الضغط. وبعد الولادة حدث نزيف مستمر، فأعطيت المريضة بلازما لا تعادل درجة حرارتها حرارة الجسم، مما سبب لها آلاماً حادة في الذراعين وتوقف في القلب، مما اقتضى عمل إنعاش صناعي. وقد أدى كل ذلك إلى إصابتها بمتاعب عصبية وجسمانية.

وعند عرض الدعوى على مجلس الدولة لم يثر فكرة الخطأ الجسيم، وإنما اكتفى بالقول بأن هذه الأخطاء تشكل خطأ طبياً من شأنه أن يرتب مسؤولية المستشفى.

والخطأ الطبي يتميز بأنه أولاً ليس خطأ جسيماً، وإنما هو خطأ بسيط. ويتميز ثانياً بأنه خطأ متميز، أي يتم تقديره وفقاً لقوانين الطب. ويتميز ثالثاً بأنه يشبه الخطأ الطبي الخاص، لأن مضمون كل منهما واحد، لكن يؤخذ في الاعتبار وسائل المرفق والظروف الخاصة بالوقت والمكان وعنصر الاستعجال وموقف المضرور (269).

والضرر في هذه الحالة هو غالباً ضرر بدني يصيب الضحية، سواء أصاب جسده فقط أو أدى به إلى الموت. وعلى سبيل الاستثناء قد يكون هناك ضرر معنوي كالضرر الذي يصيب مستخدم العلاج نتيجة تشخيص خاطئ لتطور مرض معين، أو كالضرر المعنوي الذي يصيب الزوجة من جراء فقد حملها (270).

268 - C.E., 1. avril 1992, Epoux V., RFDA, 1992, p. 571

269 - د. محمد عبد اللطيف. المرجع السابق، ص 86.

270 - C.E. ass., 2 juillet 1982, Rec., p. 266.

فالمضرور قد يكون من المرضى، وقد يكون من أقربائه كالوالدين أو الورثة الآخرين والذين يعانون من ضرر خاص .

وبالمقارنة بين موقفى القضاء بين العادى والإدارى فى فرنسا نجد تطابقاً وتزامناً فى هذا الشأن، فقد كان أول استخدام لاصطلاح تفويت الفرصة *perte de chance* فى مجال الأخطاء الطبية فى حكم صادر من محكمة الاستئناف بمدينة جرينوبل فى 24 أكتوبر 1961 قضى فيه بتعويض المريض عن فقدته فرصة الشفاء بسبب خطأ طبيه . وفى منتصف الستينيات من القرن العشرين صدر حكم لمجلس الدولة الفرنسى فى قضية *Hôpital-Hospice de Voiron* آخذاً بذات الاتجاه ، وسابقاً بقليل لحكم محكمة النقض الفرنسية الذى أيد ما أخذت به محكمة الاستئناف (271) .

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على ذلك، فقضى بالتعويض عن تفويت الفرصة على المريض فى الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، سواء تسبب فى ذلك الطبيب المعالج أو معاونوه أو إدارة المستشفى (272) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن بأن (القانون لم يشترط سناً معينة بالابن المتوفى فى حادث للحكم للوالدين بتعويض مادي عن فوات فرصة أملهما فى رعايته لهما فى شيخوختهما، شريطة أن يكون لهذا الأمل أسباب مقبولة، وكان أمل الوالدين فى بر ابنهما بهما ورعايته لهما والانتفاع بإحسانه لهما أمراً قد جبلت عليه النفس البشرية منذ ولادته حياً، دون انتظار بلوغه سناً معينة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى قضائه، فإن النعي عليه بسبب الطعن على غير أساس . و يلزم فى مثل هذه الحالات إقامة الدليل على أن حالة المريض كانت غير

²⁷¹ -C. de Cassation, 14 déc. 1965, JCP, 1966, II, p. 14753 .

²⁷² - Cour de cassation, 14 déc. 1965, la semaine juridique, 1966, p. 14753.

ميئوس منها، أو أنها في سبيل التحسن، أو على الأقل ليست نحو الاتجاه للأسوأ⁽²⁷³⁾.

فالقاضي يعتمد في ذلك على القرائن القوية والمحددة، فإذا ثبت أن المريض في سيره الطبيعي كان مؤدياً حتماً بحياة المريض، سواء أجريت له العملية الجراحية أو لم تجر، فإن الطبيب لا يسأل عن موته .

أما إذا كانت حالة المريض تبعث على الاطمئنان إلى شفاؤه، فإن أي خطأ من الطبيب المعالج يفوت عليه فرصة للشفاء يعتبر منشئاً لمسؤوليته ومسئولية المستشفى الذي يعمل فيه .

وتتمثل الفرصة هنا في احتمال حدوث حدث سعيد للمريض، وهو شفاؤه من مرضه أو بقاءه على قيد الحياة، ويتمثل تفويت هذه الفرصة في تسبب الطبيب والمستشفى في فقد هذه الاحتمال .

تطبيقات فكرة الخطأ البسيط في مجال مسؤولية الدولة عن تنظيم ورقابة مراكز نقل الدم :

كان لمأساة انتشار فيروس الإيدز عبر عمليات نقل الدم أثر كبير في تطوير أحكام مسؤولية الدولة عن التقصير في استخدام سلطات الضبط الصحي، فأصبحت مسؤوليتها تقوم على أساس الخطأ البسيط وليس الخطأ الجسيم .

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ الجسيم في البداية، فقد اشترط هذا الخطأ بالنسبة لبعض مرضى الهيموفيليا الذين انتقلت إليهم عدوى الإيدز عبر عمليات نقل الدم، فقد قضت المحكمة الإدارية بباريس بمسؤولية الدولة عن هذا الأمر، لأن السلطات الصحية ارتكبت خطأ تمثل في عدم قيامها بصورة عاجلة بمنع توزيع منتجات الدم الملوثة، كإجراء ضروري لمواجهة نقل

²⁷³ - حكم محكمة النقض في الطعن رقم 4797 لسنة 64 ق ، جلسة 2007/1/115 .

العدوى (274) . وعند الطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية الاستئنافية بباريس أيدت الحكم في تقريره مسؤولية الدولة، لكنها عدلت أساس هذه المسؤولية، فاشتترطت وجود خطأ جسيم، وليس خطأ بسيطاً لتقرير هذه المسؤولية .

وعند الطعن في الحكم الاستئنافية أمام مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بالخطأ الجسيم، كأساس لتقرير مسؤولية الدولة، وإنما قرر أن مسؤولية المرافق الصحية تنعقد عن كل خطأ في ممارسة اختصاصاتها، وذلك نظراً للسلطات الواسعة التي أعطاهها القانون للمرفق الطبي المختص لمنع انتقال العدوى عن طريق الدم الملوث، ونظراً إلى أن حماية الصحة العامة تشكل التزاماً على درجة كبيرة من الأهمية يفرض على الدولة أن تبذل عناية خاصة في القيام به (275) .

الفصل الأول

أركان التعويض عن تفويت الفرصة

تقوم مسؤولية الدولة عن تفويت الفرصة على الأركان الثلاث التقليدية للمسؤولية الإدارية، وأولها الخطأ المتمثل في قيام الإدارة بتصرف مخالف للقانون، والركن الثاني هو الضرر الذي يصيب من صدر التصرف بشأنه، والركن الثالث والأخير هو رابطة السببية التي تربط بين هذا الخطأ وذلك الضرر .

ونتناول كلا من هذه الأركان في مبحث مستقل، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : قيام الإدارة بتفويت الفرصة (خطأ الإدارة) .

المبحث الثاني : الضرر الناجم عن تفويت الفرصة .

المبحث الثالث : رابطة السببية بين خطأ الإدارة وضرر تفويت الفرصة .

²⁷⁴ - T.A.de Paris, 2. déc. 1991, M.D., M.G., et M.B., REDA, 1992, p. 552.

²⁷⁵ -C.E., Ass., 9 avril 1993, M.G., AJDA, 1993, p. 381.

المبحث الأول

قيام الإدارة بتفويت الفرصة (خطأ الإدارة)

المقصود بالخطأ :

يمكن تعريف الخطأ بصفة عامة بأنه " تقصيرٌ في سلوك أحد الأشخاص يسبب ضرراً للغير، ولا يقع من الشخص اليقظ الذى يوجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بمرتكب الضرر » .

ويقصد بالشخص اليقظ أوسط الناس يقظة وحيلة ، فلا يقدر الخطأ بمن يكون أقل منه يقظة ولا من كان أكثر منه حرصاً . وتأكيذاً لذلك حكم بأنه متى كان معيار الخطأ الذي يستوجب المسؤولية يركز على الإهمال وعدم التبصر، فهذا يكون إما إتيان عمل كان يتعين عدم القيام به أو امتناع عن عمل كان يتعين ألا يصدر .

وقد حدد مجلس الدولة المصرى المقصود بالخطأ فى القرار الإدارى فى كونه غير مشروع، ويكون كذلك إذا لحقه عيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها فى المادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة (276) . فإذا انتفى عنصر الخطأ، بأن صدر القرار سليماً مطابقاً للقانون، فلا تُسأل الإدارة عن نتيجته، مهما بلغت الأضرار التى قد تلحق بالفرد من جراء تنفيذه، إذ لا تقوم مسؤولية الإدارة، كأصل عام، على أساس تبعة المخاطر (277) .

تفويت الفرصة يعد من قبيل الخطأ المرفقى :

يفرق الفقه والقضاء بين صورتين للخطأ، هما الخطأ الشخصى والخطأ المرفقى . فيكون الخطأ شخصياً إذا صدر عن الشخص التابع للإدارة، دون أن يكون للإدارة

²⁷⁶ - عدلت المادة العاشرة المذكورة، فى فقرتها قبل الأخيرة، العيوب التى تعيب القرار الإدارى وتجيز الطعن عليه بالنص على أنه (.. ويشترط فى طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيباً فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة ..) .

²⁷⁷ - فى هذا المعنى : حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم 4380 لسنة 50 ق ، جلسة 21 فبراير 1999

دور ما في وقوع هذا الخطأ⁽²⁷⁸⁾، ويتحمل هذا الشخص المخطئ وحده المسؤولية عن خطئه .

أما الخطأ المرفقى فهو ما لا يمكن اعتباره خطأ شخصياً، أو هو خطأ ناجم عن مخالفة الالتزامات المفروضة على المرفق⁽²⁷⁹⁾، أو هو الخطأ الذي لا يمكن فصله عن واجبات الوظيفة، بحيث يعتبر من الأخطاء العادية التي يتعرض لها الموظفون⁽²⁸⁰⁾، ويكون من غير الطبيعي أن يتحملة الموظف، فالمسؤولية تقع على عاتق الإدارة وليس على عاتقه هو، رغم أنه هو الذي قام بالخطأ، كمثل للمرفق⁽²⁸¹⁾ .

وللتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقى نبحت وراء نية الموظف، فإذا كان يهدف من القرار الإداري الذي أصدره إلى تحقيق الصالح العام، أو كان قد تصرف لتحقيق أحد الأهداف المنوط بالإدارة تحقيقها، فإن خطئه يندمج في أعمال الوظيفة، بحيث لا يمكن فصله عنها، ويعتبر من الأخطاء المرفقية⁽²⁸²⁾، أما إذا كان الموظف المخطئ يهدف إلى تحقيق صالحه الخاص فإن خطئه يعد خطأ شخصياً .

ولصعوبة وضع معيار لفكرة الخطأ المرفقى، قام الفقه ببيان أهم الصور التي يمكن أن يوجد فيها، ومن أهمها عدم أداء المرفق للخدمات الواجب عليه أدائها، أو

²⁷⁸ - راجع :

• د. فتحى فكرى " مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية "، طبعة دار النهضة العربية، 1995، ص 218 وما بعدها .

• د. مجدى مدحت النهى . المرجع السابق ، ص 225 وما بعدها .

• M. WALINE « Traité de Droit administratif », Paris, Sire, 6e éd, 1952, p. 523 et s.

²⁷⁹ - Gilles DARCY «La Responsabilité de l'administration », Dalloz, 1996, p. 66 & M. ROUSSET « Droit administratif - Le Contentieux administratif », P.U.G., 1994, p. 139.

²⁸⁰ - راجع د. سليمان الطماوى " القضاء الإدارى - قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام - دراسة مقارنة "، طبعة دار الفكر العربى، القاهرة، 1986، ص 146 .

²⁸¹ - Serge PETIT «le Contentieux judiciaire de l'administration , Berger - Levraut, 1993, p. 86.

²⁸² - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 3013 لسنة 34 ق، علماً، جلسة 27 إبريل 1993، الموسوعة ، ج 39 .

سوء قيام المرفق بها، وهو ما يسبب ضرراً ما دون أن يكون من الممكن تحديد الموظف الذى يكون إهماله أو خطأه هو ما أدى إلى هذا الضرر (283).

ولا يمكن للمضرور أن يطالب رجل الإدارة شخصياً بتعويضه عما أصابه من ضرر إلا فى حالة الخطأ الشخصى له، دون الخطأ المرفقى، فإذا كان الخطأ مرفقياً، فإنه لا تُسأل عنه إلا جهة الإدارة (284).

ويعد تفويت الفرصة غالباً من قبيل الأخطاء المرفقية، حيث تنطبق عليها أغلب الحالات التى عددها الفقه لهذا النوع من الأخطاء. ومن ذلك مثلاً حالة تأخر الإدارة فى أداء الخدمة عن الميعاد المناسب لأدائها، فحتى إذا لم يحدد القانون لها موعداً لأداء الخدمة، فإنه ذلك لا يعنى عدم تقيدها بميعاد، وإنما عليها أن تتخذ إجراءاتها وتقدم الخدمة المطلوبة منها فى الميعاد المناسب، وفقاً للظروف المحيطة بها، فإذا تأخرت فى تقديم الخدمة عن هذا الوقت المناسب، مما فوت على متلقى هذه الخدمة فرصة معينة، فإنها تلتزم بتعويضه عن ذلك الضرر الذى سببته له.

مثال ذلك أن تتأخر الإدارة فى الرد على طلبات الأفراد، أو أن يتأخر مرفق المطافئ فى التدخل لإخماد حريق فى الوقت المناسب مما تسبب فى تضخم حجم الخسائر الناجمة عن هذا الحريق (285).

283- راجع فى ذلك :

• د. محمود عاطف البنا " الوسيط فى القضاء الإدارى "، طبعة دار الفكر العربى، 1990، ص 397 وما بعدها .
• د. يسرى مجمد العصار " دروس فى القضاء الإدارى - دعوى التعويض "، طبعة دار النهضة العربية، 1990، ص 162 .

• M. ROUSSE, op. Cit., p. 139 .

284- Marcel SOUSSE «la Notion de réparation de dommages en Droit administratif français », L.G.D.A., pp. 156 et s.

285- راجع فى ذلك من أحكام القضاء الفرنسى والمصرى :

• C.E., 28 juin 1961, Commune de St-André des Alpes, C.E.T., p. 44.
• حكم محكمة القضاء الإدارى ، السنة 8 ق ، المجموعة ، السنة 11 ، ص 63 .

ومن ذلك أيضاً تفويت الفرصة الناجم امتناع الإدارة عن أداء خدمة ناط بها القانون أداها، مما يترتب عليه تفويت فرصة ما على طالب الخدمة، ويرتب له الحق في التعويض .

من ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من أن امتناع الإدارة عن إجراء الفحص الفني للعبارات التي تقل المسافرين بين فرنسا والجزر التابعة لها هو خطأ يلزمها بتعويض المتضررين من جراء غرق أحد هذه العبارات (286) . وما قضى به من أن امتناع الإدارة عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان سلامة المصيفين على أحد الشواطئ، مما تترتب عليه غرق أحدهم يعد بمثابة خطأ يستوجب مسئوليتها (287).

ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة القضاء الإداري من التزام الإدارة بالتعويض في حالة امتناع وزير الداخلية عن التصديق على قرار تعيين أحد المأذونين الشرعيين (288)، وكذلك التزامها بالتعويض في حالة امتناع الإدارة عن تنفيذ بعض الأحكام القضائية مما سبب ضرراً لمن صدرت هذه الأحكام لصالحهم (289) .

المبحث الثاني

الضرر الناجم عن تفويت الفرصة

يعتبر فقد الفرصة في حد ذاته ضرراً يصيب صاحبها، ويجب تعويضه عنها. وعموماً فإن صاحب الفرصة تصيبه أضرار، ولهذه الأضرار عناصر معينة يجب

²⁸⁶ - C.E., 11 mai 1951, Commune de Sacy-Sur-Mame, C.E.T., p. 218 .

²⁸⁷ - C.E., 9 Fév. 1966, Ville de Touquet, C.E.T.A., p. 91 .

²⁸⁸ - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 1429 لسنة 6 ق، المجموعة، السنة 8، ص 230 .

²⁸⁹ - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 88 لسنة 3 ق، المجموعة، السنة 4، ص 304 .

تحديدها، كما أن لها وجهين، فهي إما أن تكون أضراراً احتمالية أو تكون أضراراً محققة .

ونتناول هذه النقاط الثلاثة في ثلاثة مطالب متتالية .

المطلب الأول

فقد الفرصة كضرر يتم التعويض عنه

المقصود بالضرر الموجب للتعويض :

يعرف الضرر بأنه مقارنة بين أمرين يتمثل أولهما في حالة المضرور بعد وقوع الفعل الضار، ويتمثل الثاني في الحالة التي كان من المتوقع أن يكون عليها إذا لم يقع هذا الفعل الضار (290) .

وقد بيّن الإمام ابن تيمية المقصود بالضرر الموجب للتعويض، بسبب تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، فذكر أن الإلتلاف الموجب للضمان – أى للتعويض – نوعان، الأول هو إلتلاف شئ موجود، أما الثاني فهو إلتلاف شئ معدوم انعقد سبب وجوده، أى تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها، فهذه المنفعة هي فرصة حقيقية إذا قام شخص بتفويتها على صاحبها كان ملزماً بتعويضه (291) .

وورد عن شريح أنه قضى في الكسر إذا انجر، فقال (لا يزيده ذلك إلا شدة ، يُعطى أجرة الطبيب وقدر ما شُغل)، بمعنى أن المتسبب في الكسر يلتزم بتعويض المكسور بقدر ما دفعه للطبيب المعالج ، وبقدر ما تعطل عن كسب الرزق .

وحتى يمكن تعويض الضرر يتعين أن يكون شخصياً وحقيقياً، وليس مفترضاً، وناجماً عن الاعتداء على مصلحة مشروعة .

290 - T. Vansweevelt « La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital », Bruxelles, Bruyant, 1996, p. 275.

291 - مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج30، ص 122 .

فقد الفرصة يعد ضرراً يتم التعويض عنه :

يعد فقد الفرصة بمثابة خسارة وضرر لصاحبها، وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 يناير 2008 بقولها أن فقد الفرصة يشكل في حد ذاته ضرراً⁽²⁹²⁾.

وهذا الضرر الذي يشكله فقد الفرصة يتعين أن يكون ضرراً مباشراً وحقيقياً، وليس مجرد احتمال⁽²⁹³⁾.

فالفُرصة التي يدعى فقدها لا تشكل ضرراً يمكن التعويض عنها إلا إذا كانت هذه الفرصة حقيقية وموجودة. فالمريض، مثلاً، لا يمكن القول بأنه قد فقد فعلاً فرصة الشفاء إلا إذا ساءت حالته الصحية وتدهورت بعد دخوله المستشفى وتلقيه العلاج، بحيث لا يوجد أى أمل فى شفائه أو بقاءه على قيد الحياة. أما إذا كانت الفرصة التي يدعى فقدها هي مجرد أمل كاذب أو أوهم فإنه لا يكون هناك مجال لأى تعويض عنها⁽²⁹⁴⁾.

ويمكن القول بأن فقد الفرصة يعنى أداة لقياس مقدار الضرر الذي يصيب شخصاً ما، وكمقوم لقوة علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالضرر الحقيقي الذي لا شك فيه يرتبط بعلاقة سببية بينه وبين الفعل المرتكب⁽²⁹⁵⁾.

وقد سبق القول أنه لا تنجم عن تفويت الفرصة أضرار حقيقية إلا إذا كانت الفرصة المطلوب التعويض عنها فرصة حقيقية وموجودة، يرجح معها احتمال تحقيق المضرور لمكسب أو مأرب معين، فإذا تم تفويت هذه الفرصة على صاحبها فإنه يمكن حينئذ القول بأنه أصيب بأضرار بسبب ذلك.

²⁹² - C. de Cassation, 5 juin 2008, sur <http://www.cass.be>

²⁹³ - C. de Cassation, 9 oct. 1975, G.P., 1976, p. 4.

²⁹⁴ - v. T. Vansweevelt, op. cit., p. 275.

²⁹⁵ - F. SALLET, op. cit., p. 1. et s.

أما إذا كان المضرور، وفقاً للمجرى العادى للأمر ووفقاً لظروفه الخاصة، لم يكن ليحقق أية مآرب أو مكاسب حتى لو أتيحت له الفرصة، فإن معنى ذلك أنه لا توجد فرصة أصلاً، وبالتالي لا يمكن القول بأنه أصيب بأضرار من جراء ذلك، وعلى ذلك فإنه لا يقضى له بتعويض .

المطلب الثانى

عناصر الضرر الناجم عن تفويت الفرصة

تتمثل عناصر الضرر الذى يصيب صاحب الفرصة الفاتنة فى الإخلال بمصلحته، وأن تكون المصلحة التى تم تفويتها عليه مشروعة، وأن يكون الضرر الذى أصابه محقق الوقوع .

(1) الإخلال بمصلحة المضرور :

لا يشترط أن يؤدى تصرف الإدارة الذى فوت الفرصة على صاحبها إلى الإخلال بحق له، حتى يستحق تعويضاً عنه، بل يكفي أن يمس مجرد مصلحة له . فالضرر يعد قائماً إذا انطوى على المساس بميزة للمضرور وقت تحقق الضرر، كالحرمان من العائل أو الحرمان من الترقية . أما إذا لم يكن ثمة إخلال بحق أو بمصلحة فإن عنصر الضرر لا يتوافر .

(2) أن تكون المصلحة التى تم تفويتها مشروعة :

لا يقوم الضرر إلا إذا كانت المصلحة التى تم الإخلال بها مشروعة . فإذا كانت المصلحة التى تم المساس بها غير مشروعة، فإنه ليس ثمة ضرر يستحق عنه المضرور تعويضاً .

فليس للخليلة أن تطالب بالتعويض عن انقطاع نفقة خليلها عليها بسبب موته بحادث، ولا يحق لتاجر المخدرات أن يطالب بالتعويض ممن أتلّفها أو دل الشرطة عليها فتمت مصادرتها وإتلافها .

وإذا ترتب على فعل الإدارة حرمان الشخص من كسب غير مشروع أو تحقيق خسارة معينة له، فإنه لا يستحق عن ذلك تعويضاً، إذ لا يجوز التعويض عن الحرمان من مباشرة النشاط غير المشروع .

(3) أن يكون الضرر الناجم عن تفويت الفرصة محقق الوقوع :

يشترط في الضرر الموجب للتعويض عموماً أن يكون محقق الوقوع، وهو يكون كذلك إذا وقع فعلاً ، أو كان احتمال وقوعه في المستقبل أمراً حتمياً .

فهناك فرق بين الضرر المستقبلي المحقق وبين الضرر المحتمل غير المحقق، فالضرر المستقبلي هو الضرر الذي تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل، كإصابة شخص بعاهة مستديمة تعجزه عن الكسب، فإن الإصابة في ذاتها محققة ولكن الخسارة المالية التي تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن الكسب هي ضرر مستقبلي توجب التعويض المناسب .

أما الضرر المحتمل فهو ضرر لم يتحقق سببه في الأساس، وبالتالي لا يمكن التعويض عنه . فإذا ضرب شخص امرأة حامل على بطنها ضرباً يحتمل معه إجهاضها، فلا يجوز لها أن تطالبه بالتعويض عن الإجهاض ما دام الجنين لا يزال في بطنها، فإذا أجهضت فقد تحقق الضرر ووجب التعويض⁽²⁹⁶⁾ .

ولذلك فإن الضرر المستقبلي الذي يمكن التعويض عنه هو الضرر الذي تكون احتمالات وقوعه في المستقبل تفوق احتمالات عدم وقوعه .

والحقيقة أن صاحب الفرصة يصيبه - عند فقدانها - نوعان من الضرر، فما تنتجه الفرصة الضائعة من كسب هو أمر احتمالي لا يعوض عنه، أما تفويت الفرصة فهو ضرر محقق لما يترتب عليه من زوال احتمال الكسب الذي كان قائماً، فالفرصة بحد

²⁹⁶- حسن الذنون ومحمد الرحو " الوجيز في النظرية العامة للالتزام "، ج1، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر، عمان - الأردن، 2002، ص 268 .

ذاتها تساوي شيئاً ما، وهذا الشيء فقده المضرور نهائياً، وهو ضرر يستحق التعويض الذي على القاضي تقديره بالنظر لمختلف الظروف، بما في ذلك نسبة احتمال الكسب من عدمه (297) .

المطلب الثالث

أوجه الضرر الذى يصيب فاقد الفرصة

قلنا أن الشخص الذى تفوت عليه الإدارة فرصة ما يصيبه نوعان من الضرر، أحدهما ضرر احتمالي والآخر ضرر محقق .

(1) الضرر الاحتمالي :

يتمثل هذا الضرر الاحتمالي الذى يصيب صاحب الفرصة فى مقدار الكسب أو المأرب أو الغاية التى كان ينشدها ويتوقعها ويسعى إلى تحقيقها، لو أتيحت له الفرصة، والتى أصبح تحققها مستحيلاً بسبب تفويت هذه الفرصة عليه .

ويعد هذا الضرر احتمالياً لأن تحقق هذا الكسب أو الغاية لصاحب الفرصة، إذا لم تفوت الفرصة عليه، هو أمر غير مؤكد، فقد يتحقق وقد لا يتحقق، وبالتالي فلا يستحق تعويضاً عنه، لأن الضرر المحقق فقط هو الذى يتم التعويض عنه .

لكن هذا الضرر الاحتمالي له أهميته عند تحديد التعويض عن فقد الفرصة ، فقيمة هذه الفرصة تزداد كلما كان احتمال تحقق الكسب المأمول كبيراً، فكلما قوى هذا الاحتمال كلما زادت قيمة الفرصة، وزادت بالتالى قيمة التعويض المستحق عن تفويتها على صاحبها .

فإذا تحول هذا الاحتمال إلى يقين، بأن كان الكسب أو المأرب المنتظر مؤكد الحدوث لو لم تفوت الفرصة على صاحبها، فإنه يستحق تعويضاً عن هذا الضرر

²⁹⁷ - حسن الذنون ومحمد الرحو ، مرجع سابق ، ص 268 .

باعتباره ضرراً محققاً، وليس مجرد تفويت فرصة، ويستحق المضرور تعويضاً عن كامل هذا الضرر تطبيقاً للقواعد العامة .

فعلى سبيل المثال، إذا كان الموظف على وشك الترقية بالأقدمية، بأن قاربت مدة أقدميته في درجته الوظيفية على التمام، فقامت الإدارة بنقله، فنجم عن ذلك تفويت فرصة الترقية عليه، فإن هذا يعد بمثابة ضرر محقق من ناحيتين، من ناحية قيمة الفرصة في حد ذاتها والضرر المحقق من تفويتها، ومن ناحية الكسب الذي ضاع عليه والمتمثل في الترقية باعتباره ضرراً محققاً أيضاً .

ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتعويض الموظف الذي حرم من فرصة الترقية الوشيكة، باعتبار أنه قد أصيب بضرر محقق من جراء عمل الإدارة (298) .

ويأخذ القضاء المصرى بنفس الاتجاه، فيقضى بالتعويض في مثل هذه الحالة، لكنه يعتبر أن الحرمان من الترقية هو دائماً ضرر محتمل، حتى ولو كانت هذه الترقية وشيكة .

ولذلك قضت محكمة النقض بأن (... تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق، وهو في درجته، عنصر من عناصر الضرر التي يجب النظر في تعويض الموظف عنها . أما القول بأن الضرر الذي يصور في هذه الحالة مرده مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد، إذ لا يتعلق للموظف حق إلا بتفويت ترقية مؤكدة فمردود بأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق ..) (299) .

وتوضح المحكمة اتجاهها، في حكم آخر، بطريقة أكثر صراحة عندما تقرر أن الترقية تعد من الإطلاقات التي تملكها جهة العمل، وليست حقاً مكتسباً، وبالتالي فإن تفويتها على الموظف يصيبه دائماً بضرر محتمل (300) .

²⁹⁸ - C. de cassation, 31 janv. 1974, G.B., 1974. p. 495.

²⁹⁹ - نقض مدنى 13 نوفمبر 1958، مجموعة أحكام النقض، السنة 9، رقم 88، ص 684 .

³⁰⁰ - نقض مدنى أول ابريل 1943، مجموعة عمر، رقم 44، ص 107 .

وعلى العكس من ذلك، إذا كان احتمال تحقق الكسب لصاحب الفرصة مستحيلاً لو لم تفوت عليه الفرصة، فإن فواتها عليه لا يتحقق معه أى ضرر له، لأن تحقيق هذا الكسب الذى كان يأمله أمر مستحيل ، وبالتالي فلا مجال للحديث عن فرصة فائتة عليه .

فإذا ادعى الموظف أن نقله من وظيفته إلى وظيفة أخرى كان بهدف تفويت الفرصة عليه فى الترقية بالاقتدار، فى حين أن تقارير الكفاية الخاصة به جاءت بتقديرات ضعيفة خلال عدة سنوات، مما يستحيل معه ترقيته بالاقتدار، فإن معنى ذلك أن هذا النقل لم يصبه بأى ضرر، لأنه لم يفوت عليه أى فرصة فى الترقية، لأن أمر ترقيته لا يمثل بالفعل كسباً مرجحاً .

(2) الضرر المحقق :

تفويت الفرصة لا تنجم عنه أضرار حقيقية إلا إذا كانت الفرصة المطلوب التعويض عنها فرصة حقيقية *chances sérieuses* وموجودة ، يرجح معها احتمال تحقيق الضرر لمكسب أو مأرب معين، فإذا تم تفويت هذه الفرصة على صاحبها فإنه يمكن حينئذ القول بأنه أصيب بأضرار بسبب ذلك .

فلا شك أن لهذه الفرصة قيمة فى حد ذاتها، بغض النظر عن الكسب المحتمل فى حالة عدم تفويتها، وطالما أن لها قيمة فإن تفويتها على صاحبها يمثل بلا شك ضرراً حقيقياً يستحق عنه تعويضاً، وكلما ازدادت قيمة هذه الفرصة ازداد الضرر المحقق الناجم عن تفويتها، واستحق صاحبها بالتالى تعويضاً أكبر .

وقد استقر قضاء النقض على أن تفويت الفرصة يعد بمثابة ضرر محقق يستوجب التعويض، حتى ولو كانت الإفادة منها أمراً محتملاً، فالتعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها لأنها أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت الفرصة باعتباره ضرراً مؤكداً .

ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قيام المحامي بإهماله بتفويت الفرصة على موكله في إقامة دعوى قضائية يعتبر خطأ حالاً ومحققاً يستحق عنه تعويضاً⁽³⁰¹⁾.

فإذا انتفت الفرصة، وإنما ادعى المضرور وجودها دون سند، فإنه ينتفى وجود أى ضرر حقيقي، وبالتالي لا يستحق تعويضاً في هذه الحالة.

كما قضى المجلس بأنه بالنسبة لموضوع تسجيل الأطباء في قائمة التميز liste de notoriété إذا كان قد سبق الحكم بتعويض السيد Sifflet عن عدم تسجيله في هذه القائمة، فذلك لأن الإدارة أضاعت عليه بذلك فرصة حقيقية، نظراً لحصوله على شهادات علمية متعددة، كما أن له العديد من الإنجازات العملية، إلا أن الوضع مختلف بالنسبة للسيد Pelage والسيد Bournoville فهما لا يستحقان تعويضاً من الإدارة، لأنهما لم يكن لديهما فرص حقيقية للتسجيل في هذه القائمة⁽³⁰²⁾.

ويقبل مجلس الدولة الفرنسي طلب المدعى التعويض عن الأضرار التي أصيب بها من جراء تفويت الفرصة، حتى ولو لم يتم التعبير عنها صراحة، طالما أنها كانت فرصة حقيقية، وذلك في حالة الأضرار المهنية الناتجة عن إعادة تنظيم الهيئة التي يعمل بها⁽³⁰³⁾، أو في حالة تسببها في ضياع فرص ترقيته⁽³⁰⁴⁾.

ويقوم القاضي صلة بين الفرص الحقيقية المفقودة من جانب المدعى والصفة الحقيقية للضرر الذي أصابه.

³⁰¹ - cour de cassation, 27 mars 1911, D., 1914, p. 225.

³⁰² - C.E., 3 juil. 1968, Sieur Sifflet, Ministre du Travail c/ Sieur Pelage, Leb., p. 417.

³⁰³ - C.E., 1. juil. 197., Sieur Bastard, Leb., p. 494.

³⁰⁴ - C.E., 3 déc. 1975, Sieur Placide, R.D.P., 1976, p. 923.

ولذلك قضى المجلس بأن القرار غير المشروع والخطأ الصادر برفض تسجيل إحدى المرشحات في قائمة الصلاحية لوظيفة المراقب العام لم يحرمها فقط من فرصة حقيقية للقبول في هذه الوظيفة، لكنه لم يأخذ في الاعتبار أيضاً ممارستها للعمل كسكرتيرة في الإدارة الجامعية لمدة 9 سنوات (305).

أما إذا كان المضرور، وفقاً للمجرى العادى للأمر ووفقاً لظروفه الخاصة، لم يكن ليحقق أية مآرب أو مكاسب حتى لو أتيحت له الفرصة، فإن معنى ذلك أنه لا توجد فرصة أصلاً، وبالتالي لا يمكن القول بأنه أصيب بأضرار من جراء ذلك، وعلى ذلك فإنه لا يقضى له بتعويض.

لذلك رفض المجلس الاعتراف بوجود فرص حقيقية في التعيين في وظيفة موثق عقود لمرشح كانت دراسته في الجزائر، فالتعيين لا يكون إلا بالاختيار من بين الأسماء الواردة في قائمة الترشيح، ولم يكن اسمه من بينها (306)، ولذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا كان السيد Aurnague استطاع الحصول على تعويض عن ضرره، لعدم إصدار الإدارة قراراً بترقيته إلى درجة " عميد "، قبل خروجه للتقاعد، طبقاً لما يقرره المرسوم الصادر في 8 مارس 1957، فإن الوضع يختلف بالنسبة للسيد Clara- Ponosole، لأن فرصة حصول كل منهما على هذه الدرجة قبل تقاعدهما ليست حقيقية حتى يكون لهما الحق في التعويض، لعدم توافر شروط استحقاقها (307).

³⁰⁵ - C.E., 17 mars 1972, Ministre de l'Education Nationale c/ Dlle Jarrige, Leb., p. 222.

³⁰⁶ - C.E., 5 fév. 1958, Dame Veuve Zermati, Leb., p. 64.

³⁰⁷ - C.E., Ass., 5 Jan. 1962, Aurangue, Leb., p. 9. C.E., Huguet et Ponsole, Leb., p. 88 et s., C.E., 12 nov. 1969, Clara, R.D.P., 1970, p. 45..

وقضى المجلس بتعويض الموظف عن الأضرار المهنية التي أصيب بها من جراء تفويت الفرصة عليه بسبب إعادة تنظيم الهيئة التي يعمل بها (308)، ومن بينها ضياع فرصته في الترقية باعتبارها فرصة حقيقية (309) .

وفيما يتعلق بالحرمان من ميزة معينة، كان يمكن للمدعى الاستفادة منها قضى المجلس بتعويض المدعى إذا كان خطأ الإدارة قد تسبب في حرمانه من تقديم طلب تعيينه في وظيفة أستاذ منتدب (310) . كما قضى المجلس بالتعويض إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها القانونية في مجال التعليم، ما أدى إلى حرمان طالب من استكمال تعليمه (311) .

وقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي اصطلاح " الحرمان من الفرص الحقيقية privation de chances sérieuses"، إذا كان المدعى عنده فرصة حقيقية للفوز في مسابقة للتعيين أو للتسجيل في قائمة الشرف، فارتكبت السلطة الإدارية مخالفة قانونية، بأن انحرفت في إجراء المسابقة (312)، أو لم تلتفت إلى جدارته وتميزه، مما أدى إلى حرمانه من أي من هذه الفرص (313) .

وعلى العكس من ذلك، كان مجلس الدولة الفرنسي، منذ عام 1928، يقرر أن فقد الموظف العام لفرصة الترقية يعتبر بمثابة ضرر مؤكد وليس احتمالياً . كما اعتبر المجلس أن تفويت الفرصة على إحدى الشركات في الاشتراك في المزايدات

³⁰⁸ - C.E., 1. juil. 1970, Sieur Bastard, Leb., p. 494. -

³⁰⁹ - C.E., 3 déc. 1975, Sieur Placide, R.D.P., 1976, p. 923.

³¹⁰ - C.E., 28 nov. 1962, Dlle Ozil, Leb., p. 641.

³¹¹ - C.E., 27 jan. 1988, Ministre de l'Education Nationale c/ Giraud, Leb. p. 30.

³¹² - C.E., 8 fév. 1984, Ministre de l'Education Nationale c/ Dlle Guéninchault, D. , 1986, p. 31.

³¹³ - C.E., 3 nov. 1971, Ministre de l'Education Nationale c/ Dlle Cannac, Leb., p. 650.

في الأسواق العامة، لمدة ثلاث سنوات، بمثابة ضرر مؤكد تستحق عنه تعويضاً⁽³¹⁴⁾.

وقد استقر قضاء النقض المصري على ذات الاتجاه، فاعتبر أن تفويت الفرصة ضرر محقق يستوجب التعويض حتي ولو كانت الإفادة منها أمراً محتملاً، فالتعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها، لأنها أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت الفرصة باعتباره ضرراً مؤكداً.

فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل، فإن تفويتها أمر محقق⁽³¹⁵⁾. كما قضت بأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه، ما دام أن الأمل له أسباب معقولة⁽³¹⁶⁾.

المبحث الثالث

رابطة السببية بين خطأ الإدارة وضرر تفويت الفرصة

لا يكفي لمسئولية الإدارة أن يكون هناك خطأ في جانبها، وإنما يتعين أن توجد علاقة وثيقة بينه وبين الضرر المطلوب تعويضه، وألا يوجد سبب للإعفاء من المسئولية، كالقوة القاهرة، أو تخفيفها كخطأ المضرور نفسه⁽³¹⁷⁾.

ويعبر عن هذه العلاقة برابطة السببية lien de causalité بين الخطأ الواقع من

الجهة الإدارية والضرر الذي أصاب الشخص المضرور.

³¹⁴ - C.E., 5 avril 1957, Lebon, p. 244

³¹⁵ - حكم محكمة النقض في 13 نوفمبر 1958، مجموعة أحكام النقض، السنة 9، ص 684، رقم 88.

³¹⁶ - حكم محكمة النقض في أول إبريل 1943، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة، الجزء 2، ص 290، رقم 126.

³¹⁷ - Ch. DEBBASCH « Institutions et Droit administratif », tome 2, « l'action et le contrôle de l'administration », Paris, P.U.F., 1998, p. 405.

ونتناول في هذا المبحث مفهوم علاقة السببية، ونتبين ما إذا كان المضرور يستحق تعويضاً إذا كان هو الذي فوت على نفسه الفرصة الضائعة، باعتبار أنه في هذه الحالة قد قطع رابطة السببية بين فعل الإدارة والضرر الذي أصابه .

ونناقش هاتين النقطتين في مطلبين متتاليين .

المطلب الأول

مفهوم علاقة السببية

يعد قيام رابطة السببية بين الخطأ الذي وقعت فيه الجهة الإدارية وبين الضرر المترتب على ذلك الخطأ، ركناً أساسياً في قيام مسؤوليتها الإدارية إزاء من صدر بحقه القرار الإداري النهائي، وهي لا تختلف في هذا عما هو مقرر في المسؤولية المدنية⁽³¹⁸⁾ .

معنى علاقة السببية :

تعنى علاقة السببية أنه يجب أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر⁽³¹⁹⁾، أى يكون كافياً في حد ذاته لإحداث الضرر، وأن يكون هذا الضرر قد نجم مباشرة عن نشاط الإدارة الخاطئ⁽³²⁰⁾ .

وتقوم أحكام القضاء الإداري التي ترفض التعويض، في الغالب، على أساس انتفاء علاقة السببية بين خطأ الإدارة، وبين الضرر الذي لحق بالمدعى .

³¹⁸ - تقرر المادة 163 من القانون المدني أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .) .

³¹⁹ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة " مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية - القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة "، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007 ، ص 223.

³²⁰ - C. DEBBASCH, op. Cit., p. 4.6. & M. ROUSSET, op. Cit. , p. 146.

ولذلك قررت المحكمة الإدارية العليا أنه (.. وفقاً للمقرر بالمادة 216 من القانون المدني فإنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم به إذا اشترك الدائن بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه ، ومؤدى هذه القاعدة أن المضرور لا يتقاضى في كل الأحوال تعويضاً كاملاً، بل يتحمل نصيبه من المسؤولية إذا كان هناك ما يدعو لذلك . فإذا كان الضرر قد حدث نتيجة لسببين، كأن يكون فعل المضرور قد ساهم إلى جانب خطأ الإدارة في إحداثه، فإن المسؤولية تقسم بينهما في هذه الحالة) (321) .

انتفاء علاقة السببية:

يعبر عن انتفاء ركن السببية بأن العيب لم يكن ذا تأثير على موضوع القرار الإداري . وفي الحالات التي قضى فيها القضاء الإداري برفض التعويض يكون مرجع ذلك إلى انتفاء ركن السببية، ويعبر القاضي عن ذلك بأن عيب الإجراء أو الشكل لم يكن ذا تأثير على مضمون القرار الإداري .

وتحدد المادة 165 من القانون المدني الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فتقرر أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .) .

وبناء على ذلك تنهار علاقة السببية بين العمل غير المشروع والضرر إذا كان وقوع هذا الضرر مرجعه إلى سبب أجنبي عن الإدارة، سواء تعلق الأمر بفعل الغير أو فعل المضرور نفسه أو قوة قاهرة .

321 - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 774 لسنة 32 ق ، جلسة 1992/5/12 .

وبناء على ذلك تتقرر مسؤولية الإدارة عن تعويض المضرور من جراء تفويت الفرصة إذا توافرت رابطة السببية بين خطئها والضرر الذى أصابه .

ويقيم القاضى صلة بين الفرص الحقيقية التى فقدتها المدعى والصفة الحقيقية للضرر، من ناحية، وبين الخطأ الذى تسبب فى إحداث ذلك من ناحية أخرى . فإذا ثبت لديه أن خطأ الإدارة هو الذى كان سبباً فى فقدان هذه الفرصة، فإنه يقضى له بالتعويض، بناء على توافر رابطة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر .

ورابطة السببية، عموماً، لابد أن تكون حقيقية، فالمنطق يتطلب حتى يكون مصدر التصرف مسؤولاً أن يكون مؤكداً حدوث خسارة من جراء هذا التصرف (322)، ولا يكفى فى هذا الشأن إمكانية وجود علاقة سببية بين الفعل والخسارة لتبرير إدانة مصدر التصرف (323) .

فإذا كان المضرور قد ساهم بخطئه، إلى جانب خطأ الإدارة المدعى عليها، فى إحداث الضرر الذى أصابه أو تفاقمه، فإن ذلك الخطأ قد يؤثر على رابطة السببية بين خطأ الإدارة والضرر الذى أصيب به .

أثر خطأ المضرور على رابطة السببية بين خطأ الإدارة والضرر :

إذا أخطأ المضرور، فساهم بخطئه فى زيادة الضرر الذى أصابه بسبب خطأ الإدارة، فإن ذلك الخطأ - كما قلنا - قد يؤثر على رابطة السببية بين خطأ الإدارة والضرر الذى أصيب به .

ونفرق فى هذا الشأن بين حالتين :

الحالة الأولى : استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر

إذا اشترك المضرور بخطئه، إلى جانب خطأ المدعى عليه، فى إحداث الضرر الذى أصابه، فإن تحديد مسؤولية المدعى عليه يتوقف على مدى استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر .

³²² - R.O. DALGQ « Traité de la responsabilité civile », Bruxelles, Larcier, 1962, T. II, p. 2556.

³²³ - J.L. Fagnard « Charge de la preuve et responsabilité médicale », in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 99.

فإذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ المضرور فإن المسؤولية عن الضرر تقع على عاتق المدعى عليه، على اعتبار أن خطئه كان بذاته كافياً لوقوع الضرر . أما إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه فإنه لا مسؤولية على هذا الأخير .

ويكون أحد الخطأين مستغرقاً للخطأ الآخر إذا كان الخطأ الأول أشد جسامه من الخطأ الآخر، أو إذا كان أحدهما خطأ عمدياً والثاني غير عمدي، كذلك إذا كان أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر، فإن كان خطأ المضرور نتيجة لخطأ المدعي عليه اعتبر الأخير مسئولاً بالتعويض مسؤولية كاملة .

فإذا قام الراغب في الانتحار بإلقاء نفسه أمام سيارة فإن خطئه يستغرق الخطأ غير العمدى الذى وقع من المدعى عليه المتمثل فى الإسراع بالقيادة خلافاً لقوانين المرور .

الحالة الثانية : الخطأ المشترك

إذا كان الخطأ المستغرق الذى يعفى من المسؤولية يقوم على أن أحد الخطأين غير مستقل عن الخطأ الآخر، فإن الخطأ المشترك على عكس ذلك يقوم على أن خطأ المضرور مستقل عن خطأ المدعى عليه ، ولذلك يمكن للقاضي توزيع مقدار التعويض عن الخطأ المشترك على المسؤولين بالتساوي، إلا إذا أمكن تحديد درجة جسامته كل خطأ منهما .

المطلب الثانى

لا تعويض إذا كان المضرور هو الذى فوت على نفسه الفرصة

إذا كان الخطأ الذى فوت على المضرور فرصته ينسب إليه هو وحده، دون الإدارة، فإن هذا يعنى انقطاع علاقة السببية بين تصرف الإدارة والضرر الذى أصابه، وبالتالي انتفاء مسئوليتها نحوه .

ويحدث هذا فى حالة عدم ارتكاب الإدارة أى خطأ عند اتخاذها تصرفاً معيناً إزاء المضرور، وكذلك فى حالة ارتكابها خطأ فى تصرفها، لكن هذا الخطأ لم يكن

السبب في حدوث الضرر، أى انقطعت رابطة السببية بينه وبين ذلك الضرر، فلا تسأل الإدارة عنه .

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه (و غني عن البيان أنه لا وجه لما ذهب إليه الحكم الطعين من التفرقة بين فرصة فوز المطعون ضده بعضوية مجلس الإدارة، والتي اعتبرها الحكم أمراً احتمالياً، وتفويت هذه الفرصة عليه والتي اعتبرها الحكم أمراً محققاً، ذلك أن الثابت مما تقدم أن المطعون ضده هو الذى فوت على نفسه هذه الفرصة بوقفه ضد إجراء القرعة بينه وبين منافسه، فأصبح بمثابة من يصنع الدليل لنفسه، وبالتالي لا يسوغ القول بتفويت الفرصة عليه .

كما أنه لا وجه أيضاً لما ذهب إليه المطعون ضده بصحيفة دعواه من أنه كان يجب على جهة الإدارة إجراء القرعة ولو في غيبته، إذ أن الثابت من الأوراق أن المذكور قد وجه إنذاراً إلى الجهة الإدارية بتاريخ 1990/9/17 ، وهو التاريخ الذى أجل إليه إجراء القرعة بناء على طلبه، يحذر فيها من اتخاذ أية إجراءات بشأن القرعة المزمع إجرائها، وذلك بمقولة أنها تخالف أحكام القانون وحجية الأحكام الصادرة لصالحه، الأمر الذي يعنى تناقض المطعون ضده فى أقواله ودفاعه، مما لا يسوغ معه الاعتداد بما أثاره في هذا الصدد) (324) .

عبء إثبات رابطة السببية بين خطأ الإدارة وتفويت الفرصة :

يقع على المضرور - بوصفه مدعياً - عبء إثبات توافر رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذى أصيب به .

وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية ، فى حكم من أحكام المبادئ، فقررت أنه يتعين على طالب التعويض عن فقد الفرصة أن يثبت قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر، بحيث يمكن القول بأنه بدون هذا الخطأ لم يكن لذلك الضرر أن يحدث (325) .

³²⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 3565 لسنة 42 ق ، جلسة 2005/5/28 .
³²⁵ - C. Cassation, ch. Réunies, 1er avril 2004. et v. aussi J. L.

وقد أكدت المحاكم الأدنى درجة اتجاه محكمة النقض الفرنسية، فأقرت بتوافر علاقة السببية بين خطأ الغير والضرر المدعى به، والذي يتمثل في حروق بالوجه، إذ ثبت أنه لولا الأخطاء المرتكبة ما كانت هذه الأضرار لتحدث في نفس الوقت وفي نفس الظروف التي حدثت فيها (326).

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن القرار غير المشروع والخطأ الصادر برفض الاعتراف لإحدى المرشحات بالتسجيل في قائمة الصلاحية لم يحرمها فقط من فرصة حقيقية للقبول في وظيفة المراقب العام، لكنه لم يأخذ في الاعتبار ممارستها للعمل كسكرتيرة في الإدارة الجامعية لمدة 9 سنوات، وقد أثبتت علاقة السببية بين هذا القرار وبين الفرصة التي أضاعها عليها (327).

الفصل الثاني

القواعد التي تنظم تقدير التعويض عن تفويت الفرصة

تعريف التعويض (La réparation) :

يعرف بعض الفقه الإسلامي التعويض بأنه " واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة "، أو هو المال الذي يُحكم به على من تسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له، تؤكد حصولها

ويعرفه البعض من الفقه المعاصر بأنه " المال الذي يُحكم به على من تسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له، تؤكد حصولها " (328).

Fagnard « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in La réparation du dommage. Questions particulières, coll. . Droit des assurances, Anthémis, 2..6, p. 73 .

³²⁶ - C. d'appel de Mons, 1. oct. 2..5, J. T., 2..5, p. 717.

³²⁷ - C.E., 17 mars 1972, Ministre de l'Education Nationale c Dlle Jarrige, Leb., p. 222.

³²⁸ - راجع في سرد هذه التعريفات دكتور / عاشور عبد الرحمن أحمد محمد ، بحثه سالف الذكر.

مشروعية التعويض عن الضرر في الشريعة الإسلامية :

حرمت الشريعة الإسلامية على المسلم أن يصيب نفسه أو غيره بضرر، فالقاعدة كما جاءت في الحديث الشريف أنه (لا ضرر ولا ضرار)، فإذا قام المسلم بما يسبب ضرراً للغير فإنه يلتزم بتعويضه ، وفقاً لما تقتضيه العدالة .

والدليل على ذلك ما رواه النعمان بن بشير رضي الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن)، وما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من تطبب ولم يُعلم منه طب فهو ضامن) .

ومن ذلك يمكن القول بأنه لا يوجد خلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في أن التعويض مشروع جبراً لما أصاب المضرور من ضرر .
ونتناول في هذا الفصل القواعد التي تحكم تقدير التعويض عن تفويت الفرصة في مجال العمل الإداري في بحثين، نتناول في الأول شروط استحقاق هذا التعويض، ثم نتناول في الثاني كيفية تقديره .

وعلى ذلك تنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : شروط استحقاق التعويض عن تفويت الفرصة .

المبحث الثاني : كيفية تقدير التعويض عن تفويت الفرصة .

المبحث الأول

شروط استحقاق التعويض عن تفويت الفرصة

يجد التعويض أساسه في حالة تفويت الفرصة من جانب الإدارة في الضرر الذي أصابها صاحب الفرصة نتيجة فقدانه لها، وهو ضرر محقق لأنه بالفعل كانت هناك فرصة حقيقية تسببت الإدارة بفعلها في تفويتها على صاحبها .

ويشترط القضاء للتعويض عن فقدان الفرصة أن يكون هذا الفقد قد تم بشكل نهائي ومؤكد، وأن يتسبب ذلك في إلحاق الضرر بصاحب الفرصة . ونضيف إلى هذه الشروط شرطاً هو أن يكون تصرف الإدارة هو السبب الرئيسي لضياع الفرصة .

الشرط الأول : أن يفقد صاحب الفرصة فرصته فقداً نهائياً ومؤكداً

حتى يتم تعويض المضرور من فقد الفرصة يتعين أن يكون فقده للفرصة قد وقع فعلاً وبشكل نهائي ومؤكد، بمعنى أنه يتمتع عليه من الناحية الواقعية والقانونية استغلال هذه الفرصة وتحقيق ما يمكن أن يحققه من ورائها من كسب محتمل، أي أن هذا الكسب المحتمل أصبح مستحيلًا تحقيقه نتيجة لفقد الفرصة .

ومعنى ذلك أن الإدارة بتصرفها أضاعت على المضرور كل أمل في تحقيق أي مآرب أو مكسب أو تجنب أي خسارة، وأصبح ذلك أمراً مؤكداً، وبالتالي فلا محل للانتظار لمعرفة ما سينتهي إليه الأمر مستقبلاً، وهل سيقع الضرر بالفعل أم لا، فبفقد الفرصة أصبح من المتيقن أن هذا الضرر المتمثل في فقد الكسب أو تحقيق المآرب سيقع بالضرورة (329) .

فعلى سبيل المثال إذا تسببت إدارة المستشفى بإهمالها في تدهور حالة المريض الصحية، بحيث لم يعد هناك أمل في شفائه، فإنها تكون قد ضيعت عليه فرصة الشفاء، وأصبح فقده لهذا المآرب أمراً مؤكداً، ولا مجال للانتظار لمعرفة حالته الصحية مستقبلاً، لأن الأمر في ذلك أصبح محسوماً، وبالتالي فقد أصيب بضرر محقق يستحق عنه تعويضاً .

الشرط الثاني : تحقق الضرر

لا يكفي طبعاً لاستحقاق التعويض مجرد فوات فرصة معينة إذا لم يكن يترتب على فواتها ضرر، فالتعويض يفترض دائماً حدوث ضرر، فهو يرتبط به وجوداً وعدمًا .

³²⁹ - قارب في ذلك د. إبراهيم أبو الليل ، بحثه سالف الذكر ، ص 124 .

والضرر الذى يسببه تفويت الفرصة يتمثل فى إغلاق الباب أمام صاحب الفرصة فى تحقيق أى كسب أو مطلب متوقع أو تجنب خسارة متوقعة، بحيث يصبح فقد الأمل فى ذلك أمراً مؤكداً وفقاً للمجرى العادى للأمر .

وهذا الضرر يعتبر ضرراً محققاً إذا كانت الفرصة حقيقية وليست وهمية، أى فى خيال المدعى فقط ولا يساندها واقع أو قانون . وتكون هذه الفرصة حقيقية إذا كان احتمال تحقيق المدعى للكسب أو المأرب المطلوب قوياً، وكلما زادت قوة هذا الاحتمال كلما زادت القيمة المادية للفرصة، وبالتالي زادت قيمة التعويض عن فقدها.

ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتعويض الأبوين عن الأمل فى أن يستظلا برعاية ابنهما الذى فقد فى الحادثة فبفقدته فاتت فرصتهما بضياح أملهما وحكم بالتعويض عن تفويت فرصة الترفية إلى درجة أعلى .

الشرط الثالث : أن يكون تصرف الإدارة هو السبب الرئيسى لضياح الفرصة

يشترط ثالثاً لإلزام الإدارة بتعويض المضرور بسبب تفويت الفرصة عليه، أن تكون هذه الإدارة هى التى تسببت، بقصد أو بدون قصد، فى تفويت الفرصة على صاحبها، بأن كانت هى العامل الوحيد فى إحداث ذلك، فإذا كانت هناك عوامل أخرى ساهمت فى إحداث هذه النتيجة، فإنه يتعين أن يكون تصرف الإدارة هو العامل الرئيسى فى إحداثها .

ويشترط للتعويض هنا أن يكون هذا التفويت قد حدث نتيجة التعدي، أما إذا انقطعت العلاقة بينهما فلا تعويض إذاً، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى) . ولأن المدعى عليه هنا متمسك بالأصل ومستصحب له، والأصل فيه براءة الذمة .

على ذلك، يتعين أن تتوافر علاقة سببية بين تصرف الإدارة والضرر الذى أصيب به المضرور، والمتمثل فى تفويت الفرصة عليه فى تحقيق مأرب معين، وقد

سبق لنا بيان ذلك . والقاضي الإداري هو الذي يقدر مدى توافر هذه العلاقة السببية في كل حالة على حدة .

المبحث الثاني

كيفية تقدير التعويض عن تفويت الفرصة

يخضع تقدير التعويض عن تفويت الفرصة لعدة قواعد نتناولها في عدة مطالب متتالية .

المطلب الأول

مبدأ التعويض الكامل للضرر

Principe de la réparation intégrale du préjudice

يعنى هذا المبدأ أن التعويض المحكوم به يجب أن يغطي كل الضرر الذي أصاب المضرور، وذلك بغض النظر عن درجة الخطأ الذي ارتكبته جهة الإدارة، فمراعاة درجة جسامة الخطأ المنسوب للإدارة يُنظر إليه - في قضاء مجلس الدولة - لمعرفة قيام ركن الخطأ من عدمه، فإذا لم يكن الخطأ على درجة معينة من الجسامة - في الحالات التي يشترط فيها ذلك - فإنه يعد مغتفراً، فلا تسأل عنه الإدارة، وكأنه لم يقع، أما إذا سلم القضاء بوجود الخطأ الذي يستوجب المسؤولية، سواء كان جسيماً أو غير جسيم، فإنه يقدر التعويض حسب جسامة الضرر، لا جسامة الخطأ، بحيث يغطي كل الأضرار التي أصابت المضرور⁽³³⁰⁾ .

فإذا كان الضرر متمثلاً في فصل موظف من وظيفته بشكل غير مشروع، فإن القاضي يضع في اعتباره، عند تقديره للتعويض، ما ضاع على المضرور من دخل أثناء فترة فصله أو إبعاده عن عمله، وما تكبده من نفقات التقاضي، ومدى تأخره

330 - د. سليمان الطماوى . قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام ، المرجع السابق ، ص

عن أقرانه في الترقية أو الحصول على علاوات، أو الحصول على درجة علمية، وما فقده من مزايا عينية من وظيفته، إلى غير ذلك .

والعلة في تحديد التعويض عن كامل الضرر أنه إذا زاد التعويض عن الضرر أثرى المضرور على حساب المسئول بغير سبب، وإذا نقص مقدار التعويض عن الضرر اختلت العدالة .

فإذا اشترك المضرور مع المسئول في وقوع الضرر، فإن للمحكمة تخفيض مبلغ التعويض بقدر مساهمة في إحداث الضرر .

وتقدر قيمة التعويض عن الضرر وقت الحكم به، وليس وقت وقوع الضرر، خصوصاً إذا كان الضرر متغيراً، أو كانت قيمة العملة النقدية قد تغيرت، وذلك إعمالاً لمبدأ التعويض الكامل للضرر.

والقاعدة في تقدير التعويض عن الضرر المادي هي مراعاة ما فات المضرور من كسب وما لحقه من خسارة (331) . أما التعويض عن الضرر الأدبي (332)، فيتم تقديره بشئ من التحكم، لعدم استناد الضرر فيه إلى قيم معينة متعارف على تقديرها (333) .

وهذا لا يعنى أن الإدارة تتحمل دائماً المسؤولية عن كامل الضرر الذى أصاب المضرور، فقد يشترك معها الغير في ذلك، وقد يتحمل المضرور نفسه جزءاً من المسؤولية إذا ساهم بخطئه في إحداث الضرر أو تفاقمه .

فالتعويض المحكوم به يجب ألا يزيد على الضرر الفعلى . فمثلاً إذا صدر قرار بفصل موظف ، وقضت المحكمة بإلغائه والتعويض عنه، فإنها تستنزل من مقدار

331 - وهو ما تقرره المادة 221 من القانون المدنى الحالى والتي تقرر أن (... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ...) .

332 - وتقرره المادة 222 من القانون المدنى بنصها على أن (1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء ...) .

333 - د. سليمان الطماوى . قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، المرجع السابق، ص 421 .

التعويض ما يكون المضرور قد حصل عليه من عمل آخر أثناء الفصل من الخدمة (334) .

فيقرر مجلس الدولة الفرنسي أنه في حالة الحكم بإلغاء قرار استبعاد أحد الموظفين عن وظيفته، يضع القاضى في اعتباره الدخل الذى كان سيحصل عليه لو لم يتم استبعاده (335) .

وتقرر ذات الأمر محكمة القضاء الإدارى، حيث قضت بأنه (... ومن حيث أن القرار غير مشروع محل طلب التعويض عنه قد ترتب عليه إصابة المدعى بأضرار مادية تمثلت في تأخر حصولها على درجة الماجستير، وما يترتب على ذلك من تأخر ترقية إلى وظيفة مساعد أخصائى، وفى تكبد لها للنفقات بسبب نقل عملها إلى القاهرة ، بعد نقل تسجيلها للماجستير بجامعة القاهرة من السلطة المختصة بذلك، مما ترتب عليه إصابتها بأضرار أدبية تمثلت فى شعورها بالأسى، لتخلفها عن إنجاز الرسالة فى المواعيد المقررة بسبب القرار محل طلب التعويض ...) (336).

ويضيف مجلس الدولة الفرنسي فى ذات الاتجاه أن المضرور لم يقدم عملاً خلال فترة استبعاده أو فصله يستحق عنه أجراً، وإنما يستحق تعويضاً يتم تقديره بالنظر إلى الضرر الذى أصابه ومدى جسامته الخطأ الذى وقعت فيه الإدارة، وما إذا كان قد تسبب بخطأ منه فى إحداث هذا الضرر أو زيادة جسامته (337) .

وقد قضت محكمة القضاء الإدارى، بشأن قرار رئيس الجمهورية رقم 1223

لسنة 1963 بنقل المدعى من الرقابة القضائية إلى المؤسسة المصرية للأبنية

334 - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى 1962/2/24، السنة 7، ص 349 .

335 - C.E. ass. , 7 avril 1933, Deberles, G.A.J.A., p.274.

336 - حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم 7101 لسنة 44 ق ، جلسة 15 فبراير 1998.

337 - ومن أحكامه فى هذا الشأن :

- C.E., 7 avril 1933, Debarles, R.D.P., 1933, p. 624.
- C.E., 9 janv. 1959, Damas, Rec. , p. 31.
- C.E., 16 octobre 1959, Guille, Rec. , p. 516.

العامة، بإلغاء هذا القرار وتعويض المدعى عنه، لأنه أصيب بأضرار مادية، فقد حُرِمَ من فرص الترقى إلى الوظائف القيادية العليا بالرقابة الإدارية ومزاياها، كما أصيب بأضرار أدبية تمثلت في أن ظروف النقل وملابساته وما وصف به بأنه إبعاد للمدعى إلى وظيفة غير محددة . وعند الطعن في هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا أيدت ما جاء به (338) .

ولذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن اشتراك الإدارة مع صاحب الصيدلية في تعطيل الحكم الصادر بغلقها، مما تسبب في إحداث الضرر للغير ، يعنى أن يشترك كل من الإدارة وصاحب الصيدلية في دفع التعويض، وفقاً لنسبة اشتراك كل منهما في إحداث هذا الضرر .

وإذا كان المضرور قد تسبب بإهماله في تضخم الضرر الذى أصابه، فإن الإدارة لا تتحمل كل المسؤولية عن هذا الضرر، فتقرر محكمة القضاء الإداري أنه يجب أن يراعى في التعويض الذى تقدره أن (... المدعى قصر فى حق نفسه بعدم المبادرة إلى الطعن فى قرار التخطي، وعدم تحميل الوزارة كامل المسؤولية ...) (339) .

غير أن تطبيق التعويض الكامل عن الأضرار مقيد بقيدين

1- أن المضرور لا يستحق تعويضاً كاملاً إلا عن الأضرار الفعلية التى أصابته نتيجة الفعل الضار . ويرجع هذا القيد إلى تبرير عام مؤداه أن التعويض لا يجوز أن يكون مصدراً لإثراء المدين، مثلما لا يجوز أن يكون مؤدياً إلى افتقاره

2- أن القضاء بالتعويض الكامل يجد حده الأقصى فى قيمة التعويض التى يطالب بها المدعي، ومقتضي ذلك أن القاضي يحكم بالتعويض الذى يطلبه المدعي إذا كان أقل من التعويض الكامل . ويرجع هذا القيد إلى قاعدة أساسية تسود الإجراءات القضائية مؤداها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما يجاوز طلبات الخصوم .

338 - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 862 ، 897 لسنة 37 ق ، عليا ، جلسة 20 يوليو 1999 ، غير منشور .

339 - حكم محكمة القضاء الإداري فى الدعوى رقم 3624 لسنة 7 ق ، جلسة 10 مارس 1955 ، المجموعة ، السنة الثالثة ، ص 985 .

المطلب الثاني

التعويض عن تفويت الفرصة يكون تعويضاً جزئياً

إذا كانت القاعدة العامة الواردة في المادة 221 من التقنين المدني هي أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، إلا أنه في مجال المسؤولية الإدارية قد يقتصر التعويض على ما لحق المضرور من خسارة ولا يشمل ما فاتته من كسب . ففي مجال إخلال الإدارة بالوعد فإن التعويض يقتصر على ما أصاب من صدر الوعد في مواجهته من خسارة، ولا يغطي بأى حال ما فاتته من كسب . وإذا كان التجنيد المخالف للقانون يشكل ركن الخطأ إلا أن القضاء لا يجيز التعويض عما فات المجند من فرصة للكسب، استناداً إلى أن الأداء الخدمة العسكرية شرف لا يدانيه شرف آخر .

وأخيراً ليس لجهة الإدارة أن تطالب بالتعويض عما فاتتها من كسب، نتيجة خطأ ارتكبه أحد العاملين في جهة عامة أخرى . وتطبيقاً لذلك أفتي مجلس الدولة أنه إذا تسبب سائق تابع لهيئة النقل العام في إحداث تلفيات بسيارة تابعة لهيئة الاستعلامات، فإن حق الأخيرة في التعويض يقتصر على المبالغ اللازمة لإصلاح السيارة دون المبالغ التي قدرتها عما فاتتها من كسب، نتيجة تعطيل السيارة بسبب الحادث، لأنه ينبغي على الإدارة أن تتجرد عن المطالبة بها إعمالاً للمقتضيات التي من أجلها ضرب الصفح عن المطالبة بالفوائد التأخيرية فيما يثور من منازعات بين الجهات الإدارية .

وفي مجال تحديد التعويض عن تفويت الفرصة في مجال المسؤولية الطبية، إذا لم يتم تبصير المريض بمخاطر التدخل الطبي، فالخطأ المنسوب إلى المرفق ليس خطأ طبياً، ولكنه إخلال بالالتزام بالتبصير، ونتيجة له فقد المريض الفرصة في تجنب مخاطر التدخل الطبي الذي حدث .

والقاعدة أن تعويض تفويت الفرصة في المجال الطبي يتحدد بجزء من مختلف عناصر الضرر التي أصابت المريض، ويأخذ القاضي في الاعتبار الأضرار

الناشئة عن التدخل الطبي بالمقارنة بالأضرار التي كان يمكن أن تقع في حالة العدول عن هذا التدخل، ويقتصر التعويض على ما أصاب المضرور من خسارة .

المطلب الثالث

تقدير القاضى للتعويض وفقاً لظروف الواقع مع إمكانية تجزئته

(1) تقدير التعويض وفقاً لظروف الواقع

يعتبر تقدير التعويض من سلطة محكمة الموضوع، تقدره وفقاً لظروف الواقع. وفى ذلك تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه (وطبقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن تقدير التعويض المستحق للمضرور متى استقامت أركان المسؤولية الإدارية هو من إطلاقات محكمة الموضوع، بمراعاة أن هذا التقدير من مسائل الواقع التى تستقل بها، حيث أنه لا يوجد فى القانون نص يلزمها بإتباع معايير معينة. فإذا ما صدر حكمها محيطاً بكافة عناصر الضرر الناتج عن خطأ الإدارة، شاملاً ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، فإنها تكون قد أصابت صحيح حكم القانون فيما انتهت إليه من تقدير لقيمة التعويض) (340) .

ويقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمضرور، مراعيًا فى ذلك الظروف الشخصية للملابسة .

والمقصود بالظروف الشخصية التى تراعى عند تقدير التعويض ظروف المضرور لا المسئول عن الضرر، وذلك لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور لا بمقدار الخطأ، فالظروف الشخصية للمسئول عن الفعل الضار لا تدخل فى تقدير التعويض .

والقاضي يعتمد في تقدير التعويض على ظروف كل حالة، ففي مجال العمل الطبى ينظر إلى طبيعة الضرر الذى أصاب المريض من جراء التشخيص أو العلاج الخاطئ، وما إذا كان يمكن الشفاء منه أم لا . وفي الحالات التي لا يثبت فيها أن الخطأ المنسوب للطبيب ليس هو السبب الوحيد للضرر الذى أصاب المريض يحكم

³⁴⁰ - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 10321 لسنة 46 ق العليا ، جلسة 15 مايو 2004 ، وفى نفس المعنى حكمها فى الطعنين رقمي 3373 ، 3437 لسنة 36 ق العليا ، جلسة 2004/1/10 .

القاضي بتعويض جزئي، باعتبار أن الخطأ الطبي قد فوت على المريض فرصة الشفاء .

(2) كيفية تقدير القاضي للتعويض عن تفويت الفرصة وإمكانية تجزئته :

عند قيام القاضي بتقدير قيمة التعويض عن تفويت الفرصة فإنه يبدأ بتحديد الضرر الواقع على المضرور، ثم يقوم بتقويمه مالياً، حتى يمكنه تحديد التعويض المناسب الذي سيقضى به لهذا المضرور .

ولا يخرج الأمر عن أحد تصورين، الأول أن ينظر القاضي إلى الفرصة باعتبار أن لها قيمة في حد ذاتها، بغض النظر عن قيمة الكسب المحتمل الذي فات المضرور، فيقدر التعويض على أساس ذلك .

أما التصور الثاني فهو أن يغفل القاضي الفرصة في ذاتها، ويعتبرها مجرد وسيلة لتحقيق الكسب، وليس لها قيمة في حد ذاتها، ويحدد التعويض على أساس قيمة الكسب المحتمل الذي ضاع على المضرور (341) .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن التصور الأخير هو الأولي بالإتباع، فالمضرور لا تهمه الفرصة في حد ذاتها، فهي مجرد وسيلة لتحقيق مغنم معين، وما يهمه هو هذا المغنم الذي ضاع عليه، ولذلك فعند تقدير التعويض يجب وضع المضرور في الوضع الذي يكون عليها لو كانت هذه الفرصة قد تحققت بالفعل (342) .

ولكن الاتجاه السائد في القضاء المدني الفرنسي – والذي نؤيده - يأخذ بالتصور الأول، ويرى في الفرصة قيمة ذاتية في حد ذاتها يترتب على تفويتها على صاحبها ضرر محقق يستحق التعويض عنه بقدر قيمة هذه الفرصة، وتزداد هذه القيمة كلما زادت النسبة المئوية لاحتمال تحقق تلك الفرصة، ولذلك يكون التعويض في هذه

³⁴¹ - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، بحثه سالف الذكر ، ص 158 .

³⁴² - Alain Benabent « La chance et le droit », 1933, p. 237.

الحالة جزئياً، إذ لكي يكون كاملاً يجب أن يكون تحقيق الفرصة للكسب يقيناً وليس محتملاً، ومن ثم يكون الحرمان من هذا الكسب ضرراً محققاً، وهذا لا يتحقق في حالة فقد الفرصة (343).

وتقدر قيمة هذا التعويض بنسبة معينة من الكسب الاحتمالي الذي كان متوقعاً لو لم تفقد الفرصة، وهذه النسبة يحددها قاضي الموضوع.

وحتى يقوم القاضي بذلك يتعين عليه أن يلجأ إلى تقديرين، يوضح في أولهما ما كان سيؤول إليه مركز المضرور إذا تحققت الفرصة، ويقدر في الثاني قيمة الفرصة ذاتها، أي درجة احتمال تحقيقها للكسب المأمول (344).

وينتج عن الأخذ بهذا التعويض الجزئي أنه من الممكن أن يتعدد التعويض بتعدد الفرص الضائعة، وذلك إذا اشترك في إحداث هذا الضرر أكثر من سبب، حيث يسأل كل منها بقدر الفرصة التي أضاعها.

وقد أخذ القضاء المدني بذلك، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بإلزام كل من الطبيب والمرضة بالتعويض، لأنهما تسببا في إهدار فرصة الشفاء والبقاء على قيد الحياة لإحدى المريضات، حيث قامت المريضة بإخراجها من المستشفى بعد ولادتها بثلاثة أيام، بعد استشارة الطبيب المعالج تليفونياً، رغم حالتها المرضية السيئة، والتي كانت تتطلب بقاءها بالمستشفى، ولذلك عادت المريضة للمستشفى بعد أسبوعين لإصابتها بأنيميا حادة وحمى، مما أدى إلى وفاتها بعد أيام (345).

المطلب الرابع

تقدير القاضي لقيمة الفرصة الفائتة

قلنا أن القاضي، عند تقديره قيمة التعويض المستحق عن تفويت الفرصة، عليه أن يقوم بتقدير قيمة هذه الفرصة التي يطالب المضرور. وحتى يقوم القاضي بذلك فإنه

³⁴³ - Cour de cassation, 2 mai 1978, C. civil, n° 167.

³⁴⁴ - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، بحثه سالف الذكر، ص 161.

³⁴⁵ - نقض مدني فرنسي، 25 مايو 1971 ومشار إليه عند د. إبراهيم الدسوقي، في بحثه سالف الذكر، ص 164.

يستبعد جسامه الخطأ الذي ترتكبه الإدارة كميّار لتحديد هذه القيمة، وبالتالي تحديد التعويض، فجسامه الخطأ ليست دليلاً على جسامه الضرر الناجم عنها، بل قد يتسبب الخطأ البسيط في إحداث ضرر جسيم، والعكس على ذلك صحيح، كما أن المسؤولية عن تفويت الفرصة قد تقع في حالة انعدام الخطأ، أو ما يسمى بالمسؤولية على أساس المخاطر *responsabilité sur risque* .

وحتى يقوم القاضي بتقدير قيمة الفرصة الفائتة فإنه يمر بمرحلتين⁽³⁴⁶⁾ :

المرحلة الأولى :

يقوم القاضي في هذه المرحلة بتقدير الضرر الاحتمالي، والذي يتمثل في قيمة الكسب الأصلي الذي كان متوقعاً لو لم تفوت على المضرور فرصته .

ففي حالة قيام الإدارة بنقل الموظف بغرض تفويت فرصة الترقية عليه في محل عمله الأصلي، يقدر القاضي الكسب المادي والمعنوي الذي كان الموظف سيحصل عليه لو لم يتم نقله .

المرحلة الثانية :

يحدد القاضي في هذه المرحلة قيمة الفرصة في حد ذاتها ونسبة تحقيقها للكسب المأمول، وكلما زادت هذه النسبة كلما زادت معها قيمة التعويض، وبالتالي فإن التعويض يكون دائماً جزءاً من هذا الكسب المأمول تتحدد قيمته وفقاً للنسبة المئوية لإمكانية تحقيقه لو لم تفت الفرصة على صاحبها، ولا يغطي هذا التعويض كل الكسب المأمول إلا إذا وصلت النسبة المئوية لتحقيقه إلى مائة بالمائة لو لم تُفوت تلك الفرصة .

³⁴⁶ - راجع في بيان هذه المراحل في القضاء المدني د. إبراهيم الدسوقي ، بحثه سالف الذكر ، ص 168 وما بعدها .

فالقاضي يبحث في هذا المجال علاقة السببية بين تفويت الفرصة والكسب المأمول، والذي يمثل في نفس الوقت العلاقة بين تفويت الفرصة والضرر المحقق، والذي يتمثل في قيمة هذه الفرصة، باعتبار أن هذا الضرر المحقق هو عبارة عن نسبة من الضرر الاحتمالي المتمثل في ضياع الكسب المأمول .

فهناك نوعان من الضرر – كما سبق القول - يصيبان صاحب الفرصة، ضرر احتمالي وضرر محقق، وعلى القاضي أن يقدر كلا منهما عند قيامه بتقدير التعويض المستحق له .

المطلب الخامس

التعويض يكون عن فقد الفرص الحقيقية

ترى محكمة النقض الفرنسية أن الضرر الفردي الذي يتم التعويض عنه هو الضرر المادي الناجم عن فقد الفرصة (347) . فيستحق المضرور تعويضاً إذا كان الضرر المادي الذي أصابه بسبب خطأ الإدارة المدعى عليها حرمه فعلاً من فرصة معينة يستحقها قانوناً، مثل فرصة الحصول على ترقية أو الاستفادة من نفقة .

وعلى ذلك فإن المضرور لا يستحق تعويضاً عن كل فرصة مفقودة له، وإنما فقط عند فقد الفرص الحقيقية . ولذلك فإن محكمة النقض الفرنسية تشترط للحكم بالتعويض عن فقد الفرصة أن يكون الحدث السعيد الذي كان المضرور ينتظره من المحتمل حدوثه، أي ليس مستحيلاً، وتقدير درجة هذه الاحتمالية ترجع إلى قاضي الموضوع .

وهناك ضرر احتمالي يصيب المضرور من تفويت الفرصة، ويتمثل هذا الضرر في الكسب الذي كان يأمل المضرور تحقيقه أو الخسارة التي كان يرجو تجنبها . وكلما قويت علاقة السببية بين تفويت الفرصة وضياع الكسب المأمول أو حدوث

³⁴⁷ - Cass. Civ.1^{ère} , 27 mars 1973, Bull. civ. II n 52, p. 36.

الخسارة كلما زادت قيمة الفرصة في حد ذاتها، وبالتالي تزيد قيمة التعويض المستحق عن تفويتها .

ومن عناصر تقدير التعويض في مثل هذه الأحوال حساب ما فقده صاحب الفرصة من كسب مادي وما لحقه من خسارة بسبب تفويت الفرصة عليه من جانب جهة الإدارة .

ولذلك قضت محكمة النقض بأن (... من عناصر التعويض عن فصل موظف قبل سن الستين ما ضاع عليه من مرتبات وعلاوات لو بقي في الخدمة وما فاتته من فرص الترقى، فتفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته، بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق قبل انتهاء مدة خدمته عنصر من عناصر الضرر .) (348) .

وتظهر صعوبة تحديد الصفة الاحتمالية للضرر إذا كان هناك ضرر محتمل عند تفويت الفرصة على صاحبها، وكان هناك ضرر آخر يحتمل حدوثه مترتباً على هذا الضرر الأول .

فعلى سبيل المثال إذا كان الموظف قد عزم على استكمال تعليمه أثناء وظيفته، وقام بالالتحاق بإحدى الكليات، فمنعته جهة عمله من أداء الامتحان، بأن لم تسمح له بإجازة أو كلفته بأعمال عاجلة خلال أيام الامتحان، ففي هذه الحالة هناك ضرر وقع عليه هو حرمانه من النجاح في دراسته، وهذا الضرر محتمل لأن نجاحه لو كان قد أدى الامتحان أمر غير مؤكد، كما أن هناك ضرراً آخر يترتب على هذا الضرر الأول، وهو حرمانه من تعديل وضعه الوظيفي بعد اجتياز الامتحان والتخرج من الكلية .

³⁴⁸ - حكم محكمة النقض في الطعن رقم 375 لسنة 32 ق ، جلسة 1967/2/16 ، المجموعة ، 1967 ، ص 373 .

ولكن - فى رأينا - إذا كان كل من الضررين أمراً محتملاً، ورغم صعوبة تقييم الاحتمال فيهما، إلا أن تفويت الفرصة على هذا الموظف فى أداء الامتحان يمثل فى حد ذاته ضرراً محققاً يستحق التعويض عنه، وتزداد قيمة هذا التعويض كلما كانت احتمالات نجاحه أقوى، وهو ما يمكن استنتاجه من الاطلاع على تقديراته فى السنوات الدراسية السابقة بالكلية .

وأمام هذه الصعوبة فى تقدير الاحتمال فقد اتجه القضاء العادى فى فرنسا اتجاهاً مخالفاً لذلك، ففضى برفض التعويض فى مثل هذه الحالات .

ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية برفض طلب التعويض المقدم من شخص تعرض لحادث أصابه بأضرار منعه من الحصول على درجة الدكتوراه فى مجال تخصصه، وبالتالي حرمة من العمل فى مجال التدريس بالجامعات ، فحصله على الدكتوراه ليس أمراً مؤكداً، كما أن تعيينه كأستاذ جامعى فى حالة حصوله عليها ليس أمراً مؤكداً أيضاً، وخاصة أنه كان كبير السن نسبياً، كما أنه لم يمارس أى نشاط أكاديمى يمكن لشهادة الدكتوراه أن تؤثر عليه (349) .

وقد يتمثل الضرر الناجم عن تفويت الفرصة فى خسارة كان من المحتمل تجنبها لو لم تفوت الفرصة على صاحبها، وكان درجة هذا الاحتمال معقولة، بحيث يمكن القول بأن تجنب هذه الخسارة كان مرجحاً لولا تفويت الفرصة .

فعلى سبيل المثال إذا تسبب المستشفى العام، بإهماله فى علاج أحد المرضى فى الوقت المناسب، فى تدهور حالته الصحية، فإنه يكون قد فوت عليه فرصة الشفاء من مرضه، أى أنه تسبب له فى خسارة تتمثل فى فقد الأمل فى الشفاء . فإذا مات بسبب هذا التدهور فى حالته الصحية، فإن المستشفى يكون قد فوت عليه أيضاً فرصة البقاء على قيد الحياة .

349 - C. de cassation, 1. oct. 1973, la semaine juridique p. 203

ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن حرمان المريض من فرصته في العلاج نتيجة خطأ الطبيب المعالج يستوجب التعويض، حتى ولو لم يكن من المؤكد أن المريض سيشفى من مرضه لو لم يخطئ الطبيب (350).

فيستحق المضرور تعويضاً إذا كان الضرر المادى الذى أصابه بسبب خطأ الإدارة المدعى عليها حرمه قانوناً من فرصة معينة مثل فرصة الحصول على ترقية أو الاستفادة من نفقة.

وعلى ذلك فإن المضرور لا يستحق تعويضاً عن كل فرصة مفقودة له، وإنما فقط عند فقد الفرص الحقيقية. ولذلك فإن محكمة النقض الفرنسية تشترط للحكم بالتعويض عن فقد الفرصة أن يكون الحدث السعيد الذى كان المضرور ينتظره من المحتمل حدوثه، أى ليس مستحيلاً، وتقدير درجة هذه الاحتمالية ترجع إلى قاضى الموضوع.

ويتمثل هذا الضرر الذى يصيب صاحب الفرصة فى فقد هذه الفرصة التى تشكل فى حد ذاتها قيمة حقيقية حرم منها من جراء تصرف الإدارة.

وحتى يمكن القول بأن المضرور قد أصيب بهذا الضرر فعلاً لا بد أن تكون هناك فرصة حقيقية ضاعت عليه، وليس مجرد أمل كاذب لا مكان له إلا فى نفسه.

ولا يكفى للقول بوجود فرصة حقيقية أن يكون هناك كسب أو مأرب محتمل حدوثه، وإنما يجب أن يكون صاحب الفرصة قد قام بما يمكنه عمله من أجل أن يجعل هذه الفرصة حقيقية فعلاً، بمعنى أن يكون هذا الكسب أو المأرب مرجح الحدوث بالنسبة له، فإذا أهمل فى ذلك أو كان السبب فى تضييع الفرصة على نفسه، فإنه لا يمكنه بعد ذلك المطالبة بتعويض عن فقد هذه الفرصة.

³⁵⁰ - C. de cassation, 1^{er} déc. 1965, la semaine juridique, 1966, p. 14753.

فإذا كان الموظف الذى يسعى للحصول على ترقية بناء على كفاءته قد أهمل فى أداء عمله خلال فترة زمنية طويلة نسبياً، بحيث لم يحصل على تقارير كافية بمرتبة ممتاز، لسنتين متتاليتين، فإن الإدارة إذا قامت بنقله لا تكون قد فوتت عليه فرصة الترقية، لأنه هو الذى تسبب بإهماله فى تضييع الفرصة عليه، أو بمعنى آخر لم تكن هناك فرصة حقيقية للترقية قامت الإدارة بتفويتها عليه، وبالتالي لا يستحق تعويضاً.

خاتمة

تناولنا فى هذا البحث الموجز موضوعاً هاماً من الموضوعات التى لم تطرح على نطاق مناسب من الدراسة، رغم أهميته العملية، وهو يتعلق بقيام الإدارة بتصرف يترتب عليه تفويت فرصة ما على غيرها واستحقاق هذا الغير للتعويض عن الضرر الذى يصيبه من جراء ذلك .

وحتى يمكننا أن نلم بهذا الموضوع فقد تناولنا – فى باب تمهيدى - المقصود بتفويت الفرصة فى مجال القانون الإدارى، ثم استعرضنا أهم تطبيقاتها فى القانون الإدارى، فى مجال قيام الجهة الإدارية بنقل الموظف العام الذى أوشك على نيل فرصة الترقية إلى جهة إدارية أخرى بغرض تفويت هذه الفرصة عليه، وكذلك ما يقرره القضاء الإدارى بشأن مسئولية المرفق العام الطبى عما يحدثه من ضرر للمريض يتمثل فى تفويت فرصة الشفاء عليه أو فرصة البقاء على قيد الحياة .

وفى الفصل الأول من هذا البحث تناولنا أركان التعويض عن تفويت الفرصة، والتى تتمثل فى قيام الإدارة بتفويت الفرصة، والذى يمثل ركن الخطأ فى مسئولية الإدارة، وتبيننا أن تفويت الفرصة يعد من قبيل الخطأ المرفقى . وأما الركن الثانى فيتمثل فى الضرر الناجم عن تفويت الفرصة، وقد وجدنا أن القضاء يعتبر أن فقد الفرصة يشكل فى حد ذاته ضرراً، واشترط أن يكون هذا الضرر ضرراً مباشراً وحقيقياً .

وأما الركن الثالث فيتمثل في رابطة السببية بين خطأ الإدارة وضرر تفويت الفرصة، فإذا كان الخطأ الذي فوت على المضرور فرصته ينسب إليه هو وحده، دون الإدارة، فإن هذا يعنى انقطاع علاقة السببية بين تصرف الإدارة والضرر الذي أصابه، وبالتالي انتفاء مسئوليتها نحوه .

وفى الفصل الثانى تناولنا قواعد تقدير التعويض عن تفويت الفرصة، فبيننا شروط استحقاق هذا التعويض، والتي تتمثل فى أن يفقد صاحب الفرصة فرصته فقداً نهائياً ومؤكداً، وأن يصاب بضرر يتمثل فى إغلاق الباب أمامه فى تحقيق أى كسب أو مطلب متوقع أو تجنب خسارة متوقعة، بحيث يصبح فقد الأمل فى ذلك أمراً مؤكداً وفقاً للمجرى العادى للأمور، وأن يكون تصرف الإدارة هو السبب الرئيسى لضياع الفرصة، سواء كان ذلك عن قصد أو بدون قصد، بأن كانت هى العامل الوحيد فى إحداث ذلك، فإذا كانت هناك عوامل أخرى ساهمت فى إحداث هذه النتيجة، فإنه يتعين أن يكون تصرف الإدارة هو العامل الرئيسى فى إحداثها .

وتناولنا فى الجزء الثانى من هذا الفصل كيفية تقدير التعويض عن تفويت الفرصة، وأوضحنا أن هذا التعويض قد يكون تعويضاً جزئياً، وأن القاضى يقرره وفقاً لظروف الواقع، واضعاً فى حسبانهِ الظروف الشخصية للمضرور .

وقد تبيننا من خلال الاطلاع على أحكام القضاء الإدارى أن القاضى فى تقديره للتعويض عن تفويت الفرصة لا يخرج عن أحد تصورين، فهو إما أن ينظر إلى الفرصة باعتبار أن لها قيمة فى حد ذاتها، بغض النظر عن قيمة الكسب المحتمل الذى فات المضرور، فيقدر التعويض على أساس ذلك، وإما أن يغفل الفرصة فى ذاتها، ويعتبرها مجرد وسيلة لتحقيق الكسب، وليس لها قيمة فى حد ذاتها، ويحدد التعويض على أساس قيمة الكسب المحتمل الذى ضاع على المضرور . وقد رأينا أن التصور الأول أولى بالإتباع .

فإذا أراد القاضى تقدير قيمة الفرصة فإنه يستبعد جسامه الخطأ الذى ترتكبه الإدارة كمعيار لتحديد هذه القيمة، وبالتالى تحديد التعويض، فجسامه الخطأ ليست دليلاً على جسامه الضرر الناجم عنها، بل قد يتسبب الخطأ البسيط فى إحداث ضرر جسيم، والعكس على ذلك صحيح .

مراجع البحث

أولاً : المراجع العربية

- ابن تيمية " مجموع الفتاوى "، الجزء الثامن والعشرين، طبعة مجمع الملك فهد للمصحف الشريف – موقع روح الإسلام ، <http://islamspirit.com> ، 2009 .
- ابن عابدين . محمد أمين بن عمر " رد المحتار على الدر المختار "، طبعة دار الكتب العلمية، 1412هـ/1992م .
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد " المغني "، طبعة دار إحياء التراث العربي، ط 1، 14.5 هـ / 1985م .
- أبو الليل د. إبراهيم الدسوقي " تعويض تفويت الفرصة "، مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد 3، العدد الثاني .
- أحمد د. عاشور عبد الرحمن " التعويض عن الأضرار البدنية الناشئة عن الأخطاء الطبية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي "، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني بعنوان قضايا طبية معاصرة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1430 .
- البنا د. محمود عاطف " الوسيط في القضاء الإداري "، طبعة دار الفكر العربي ، 1990.
- خليفة د. عبد العزيز عبد المنعم " مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية – القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة "، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2007 .
- الذنون د. حسن - الرحو د. محمد " الوجيز في النظرية العامة للالتزام "، ج 1 ، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر ، عمان – الأردن، 2002 .
- الرامي د. نادية " المسؤولية الطبية في المغرب "، بحث منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 20، يوليو 2003 .
- الرملي . محمد بن أبي العباس " نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (حاشية الشبراملسي)، طبعة دار الفكر للطباعة، 1404هـ - 1984م.
- الطماوى د. سليمان " القضاء الإداري – قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام – دراسة مقارنة "، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1986
- عبد اللطيف د. محمد محمد " التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة "، طبعة دار النهضة العربية ، 2000 .
- العصار د. يسرى مجمد " دروس في القضاء الإداري – دعوى التعويض "، طبعة دار النهضة العربية، 1990 .
- فكرى د. فتحى " مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية "، طبعة دار النهضة العربية، 1995
- النهري د. مجدى مدحت " مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية – قضاء التعويض "، مكتبة النهضة العربية ، 1996 – 1997 .

ثانياً : المراجع الأجنبية

- Benabent Alain « La chance et le droit », 1933.
- DALGQ R.O « Traité de la responsabilité civile », Bruxelles, Larcier, 1962, T. II .
- DARCY Gilles «La Responsabilité de l'administration », Dalloz, 1996.
- DEBBASCH Ch. « Institutions et Droit administratif tome 2 «l'action et le contrôle de l'administration », Paris, P.U.F., 1998.
- Fagnard J.L. « Charge de la preuve et responsabilité, médicale », in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruyant, 2000.
- Fagnard J. L. « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in La réparation du dommage. Questions particulières, coll. . Droit des assurances, Anthémis, 2006.
- Geneviève « Traité de droit civil, Les obligations-les effets-la responsabilité », L.G.D.J., Paris, 1998.
- PETIT Serge «le Contentieux judiciaire de l'administration », Berger – Levrault, 1993.
- ROUSSET M., «Droit administratif - Le Contentieux administratif », P.U.G., 1994.
- SALLET Frédérique « La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative a la responsabilité de la puissance publique », L.G.D.J. . 1994.
- SOUSSE Marcel «la Notion de réparation de dommages en Droit administratif français », L.G.D.A. 2000.
- Vansweevelt T. « La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital », Bruxelles, Bruyant, 1996.
- WALINE M, « Traité de Droit administratif » , paris , Sirey, 6e éd , 1952.

التفريق بين الزوجين للعقم دراسة مقارنة

إعداد
الدكتور شمس الدين التكنينة
أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشرعية والقانون بدبي

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، يهب لمن يشاء انثاً ، ويهب لمن يشاء الذكور ، ويجعل من يشاء عقيماً انه عليم قدير ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد : فإن عقد الزواج من سنن الإسلام التي عنيت بها الشريعة الإسلامية ، ابقاءً للنوع الإنساني ، قال تعالى : ﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ﴾ (1) .

وقد شرع الله تعالى الزواج لتحصيل مصالح دينية ودنيوية ، منها بناء الأسرة التي يسكن فيها كل من الزوجين إلى الآخر ، وتأمين العفة والإحصان ، وتحقيق النسل الذي تتم به عمارة الأرض ، ولتحقيق هذه المصالح ينبغي أن تقوم العلاقة الزوجية على أساس المودة والرحمة وحسن العشرة ، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا المعنى، قال تعالى ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾ (2) .

ولما كانت النفس البشرية مفطورة على الحب والبغض ، والوئام والخلاف ، فقد أرشد الله تعالى الزوجين إلى عدم التأثر بالعوارض الإنسانية ، فلا يتعجلان الخصام والفراق قال تعالى ﴿ وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً ﴾ (3) .

وقد راعت الشريعة الإسلامية حق الزوجين في رفع الضرر عنهما ، خاصة الزوجة باعتبارها الطرف الأضعف ، فلها الترافع أمام القضاء طالبة التفريق إذا وُجد ما يستدعي ذلك ، بل إن الشريعة أعطت الرجل أيضاً حق اللجوء للقضاء

(1) سورة النحل ، الآية رقم 72 .

(2) سورة الروم ، الآية رقم 21 .

(3) سورة النساء ، الآية رقم 19 .

لطلب التفريق بينه وبين زوجته ، رغم أنه يملك حق إيقاع الطلاق ، وذلك ليخفف عن نفسه بعض الحقوق المترتبة عليه .

وقد بين الفقهاء الأسباب التي تجيز للزوجين اللجوء للقضاء من أجل التفريق بينهما ، والفقهاء ، وإن اختلفوا في بعض الأسباب الموجبة للتفريق بين الزوجين ، إلا أنهم اتفقوا على التفريق للعيوب الجنسية ، والأمراض المنقّرة أو المعدية ، والتفريق للضرر ، ويثور الجدل والخلاف في الآونة الأخيرة بشأن عقم أحد الزوجين هل يعتبر سبباً لطلب التفريق بينهما ، وهل العقم يدخل من ضمن العيوب المجيزة للتفريق ؟ هذا ما سأبحثه في هذه الدراسة التي اخترت لها عنوان (التفريق بين الزوجين للعقم ، دراسة مقارنة) .

أهداف البحث :

- 1- إظهار عظمة الإسلام ، وتميز الفقه الإسلامي في معالجة القضايا بمنهج يحقق العدل والإنصاف ، مما لا يوجد له نظير في أي تشريع آخر .
- 2- بيان إحاطة الإسلام واهتمامه بالقضايا العامة ، والقضايا الأسرية خاصة ، والتدليل على أن التشريع الإسلامي صالح للتطبيق ، وأن تشريعاته لا تخالف فطرة الإنسان ومصلحته .
- 3- بيان ما في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية من تفرد وتميز في معالجة القضايا المستجدة .

أسباب اختيار الموضوع :

- 1) معرفة رأي الفقه الإسلامي والقانون في حكم طلب أحد الزوجين التفريق لعقم الآخر ، وهل عدم الإنجاب يعتبر سبباً يوجب التفريق .
- 2) توضيح الرأي الفقهي للعيوب ، هل يضيق بما ذكره الفقهاء من عيوب ، أم تتسع دائرته ليشمل كل عيب مستحكم تقوت به أي من مقاصد الزواج .

منهج البحث :

سلكت في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي ، وتتبع أقوال الفقهاء في المسائل المتعلقة بموضوع الدراسة ، مع بيان الأدلة ومناقشتها ، وتحديد القول الراجح ، كما ذكرت موقف بعض القوانين العربية من التفريق للعقم .

خطة البحث :

اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى مقدمة ، وتمهيد ومباحث ، وخاتمة ، تفصيلها على النحو التالي :

المقدمة : تشتمل على أهمية الموضوع وأسباب اختياره ومنهج البحث وخطته .

التمهيد : خصصته للحديث عن مقاصد الشارع من الزواج .

المبحث الأول : ماهية التفريق والعقم ، وحكم التفريق للعيب ، ويشتمل على مطالب .

المطلب الأول : تعريف التفريق لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : تفريق العقم لغة واصطلاحاً وطبيعياً .

المطلب الثالث : حكم التفريق بين الزوجين للعيب .

المطلب الرابع : العيوب الداعية للتفريق بين الزوجين .

المبحث الثاني : التفريق بين الزوجين للعقم ، ويشتمل على مطالب :

المطلب الأول : آراء الفقهاء من التفريق للعقم .

المطلب الثاني : موقف بعض القوانين العربية من التفريق للعقم .

المبحث الثالث : صاحب الحق بطلب التفريق للعقم ، وشروط التفريق ، وآثاره .

المطلب الأول : صاحب الحق بطلب التفريق للعقم .

المطلب الثاني : شروط التفريق للعقم .

المطلب الثالث : آثار التفريق للعقم .

الخاتمة : تشتمل على أهم النتائج والتوصيات .

التمهيد

مقاصد الشريعة من الزواج

شرع الله تعالى الزواج لتحقيق غايات ومقاصد لا يمكن أن تتحقق إلا به ، وهذه المقاصد كثيرة ، ولعل من أهمها ، النسل ، والإحصان ، والإعفاف ، والسكن والمودة ، والذي يهمننا في هذا البحث هو مقصد النسل ، وهو من الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة لإيجاده والمحافظة عليه ، فبه تتحقق الغاية التي خُلق الإنسان من أجلها وهي العبادة ، قال تعالى ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾ (1) .

وقد حرصت الشريعة على تحقيق هذا المقصد ، وجعلته مطلباً من مطالب الفطرة الإنسانية ، وغريزة من غرائزها المركوزة في نفس الإنسان ، يسعى لتحقيقه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إكراه عليه ، فحبة الإنسان لنسله جبلة في الطبع جعلها الله في الوالدين ، يشعر كل منهما أن الولد قطعة منه ، وامتداد له (2)، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث ذلك متاع الحياة الدنيا ﴾ (3) .

يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : (فالميل إلى النساء مركوز في الطبع وضعه الله تعالى لحكمة بقاء النوع بداعي طلب النسل ، إذ المرأة هي موضع التناسل ، فجعل ميل الرجل إليها في الطبع حتى لا يحتاج بقاء النوع إلى تكلف) (4) .

وقد بين الفخر الرازي الحكمة من جعل الولد جبلة في الطبع فقال : (واعلم أن الله تعالى جعل في إيجاد حب الزوجة والولد في قلب الإنسان حكمة بالغة فإنه لولا هذا الحب لما حصل التوالد والتناسل ، ولأدى ذلك إلى انقطاع النسل) (5) .

(1) سورة الذاريات ، الآية رقم 56 .

(2) الدكتور عبدالعزيز الخياط ، حكم العقم في الإسلام ، ص 15 .

(3) سورة آل عمران ، الآية رقم 14 .

(4) الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير 181/3 .

(5) العلامة فخرالدين الرازي، التفسير الكبير ، 411/2 .

وهذه الشهوات ومنها البنون ، هي شهوات مستلذة وليست شهوات مستنكرة في نظر الشرع ، وقد بين القرآن طبيعتها وبواعثها ، فهي ضرورية للحياة البشرية كي تتأصل وتنمو وتطرد ، وقد وصفها الله تعالى بأنها زينة الحياة الدنيا ، قال تعالى : ﴿ المال والبنون زينة الحياة الدنيا ﴾ ⁽¹⁾ ، وقال : ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق ﴾ ⁽²⁾ ، وقد امتن الله على عباده بنعمة النسل ، قال تعالى : ﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ﴾ ⁽³⁾ ، وقد توجه زكريا عليه السلام بالدعاء إلى الله أن يهبه ذرية صالحة قال تعالى : ﴿ هنالك دعا زكريا ربه قال رب هب لي من لدنك ذرية طيبة إنك سميع الدعاء ، فنادته الملائكة وهو قائم يصلي في المحراب أن الله يبشرك بيحيى مصدقاً بكلمة من الله وسيداً وحسوراً ونبيّاً من الصالحين ﴾ ⁽⁴⁾ ، كما توجه سيدنا إبراهيم عليه السلام بالحمد والشكر لله على نعمة الولد فقال : (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحاق إن ربي سميع الدعاء) ⁽⁵⁾ .

ومن أجل تحصيل مقصد النسل الذي لا يمكن تحصيله إلا بوطء الذكر للأنثى ، شرع الله تعالى الزواج ، لأن النسل كما يقول الغزالي : (هو الأصل وله وضع النكاح) ⁽⁶⁾ ويقول الشاطبي : (والنكاح لا يخفى ما فيه مما هو مقصود الشارع في تكثير النسل وإبقاء النوع الإنساني) ⁽⁷⁾ ، ولهذا حث الإسلام على الزواج وندب إليه ، والنصوص الدالة على الأمر به كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ ⁽⁸⁾ ، وقوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من

(1) سورة الكهف ، الآية رقم 46 .

(2) سورة الأعراف ، الآية رقم 32 .

(3) سورة النحل ، الآية رقم 72 .

(4) سورة آل عمران ، الآية 38 ، 39 .

(5) سورة إبراهيم ، الآية رقم 39 .

(6) الإمام أبو حامد محمد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، 2/25 .

(7) أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي ، الموافقات في أصول الأحكام ، 1/86 .

(8) سورة النور ، الآية رقم 32 .

النساء مثنى وثلاث ورباع» (1) ، وقوله ﷺ : (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) (2) .

قال النووي : (إن النكاح إذا قصد به الولد الصالح والاعفاف كان من عمل الآخرة) (3) وقال في روضة الطالبين : (إن أراد النكاح فالبكر أولى من الثيب والولود أولى) (4) فالبكر الولود أولى لأنها أكثر نسلًا ، وفي هذا دلالة على قصد النسل في النكاح ، وقد جاء في حديث الرسول ﷺ : (تزوجوا الولود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة) (5) .

وإذا كان الزواج هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق مقصد النسل في الإسلام ، فقد اعتنى به ، واهتم به اهتماماً بالغاً ، وشرع له من الأحكام ما يحقق هذا المقصد على أتم وجهٍ وأكملة ، فقد أراد الإسلام أن يكون الزواج دائماً لأن ديمومته مهمة لحفظ النسل، ولهذا منع الزواج المؤقت ، فحرم نكاح المتعة ، ونكاح المحلل (6) .

فكل ما يحقق دوام الزواج من الأوصاف التي ينبغي أن يتصف بها كل من الزوج والزوجة مطلوب شرعاً ، ولهذا أعطى الإسلام الرجل والمرأة حرية اختيار الطرف الآخر ، ومنع الإجبار على الزواج ، وحث الخاطب والمخطوبة أن ينظر كل منهما للآخر ، قال ﷺ للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة : (انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما) (7) . وقد عمل الإسلام على إزالة جميع العوائق التي تعترض الزواج ، فكره المغالاة في المهور ، قال ﷺ : (خير النكاح أيسره) (8) ، ومنع العضل ، قال تعالى :

(1) سورة النساء ، الآية رقم 3 .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب من لم يستطع الباءة فليصم ، 363/3 .

(3) شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، 183/6 .

(4) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، 19/7 .

(5) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين 176/2 ، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه

(6) القاضي زياد صبحي ذياب ، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية ، ص 12 .

(7) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب النكاح 306/4 وقال هذا حديث حسن .

(8) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح ، 228/2 .

﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾⁽¹⁾، كما حرم الإسلام إثيان النساء في أدبارهن ، لأن الدبر ليس موضعاً للحرث ، قال تعالى : ﴿ نسأؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ﴾⁽²⁾ وقال ﷺ : (لا ينظر الله إلى رجل جامع زوجته في دبرها)⁽³⁾ ، ومنع العزل عن النساء إلا برضاهن ، وندب إلى التزوج من الولود ، وكره تزوج العاقر ، فقد جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : إني اصبت امرأة ذات حسب وجمال وإنها لا تلد، أفأتزوجها ؟ قال : لا ، ثم أتاه ثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال: تزوجوا الولود فإنني مكاثركم بكم الأمم)⁽⁴⁾ .

وكما حافظ الإسلام على مقصد النسل من الناحية الإيجابية ، فقد حافظ عليه من الناحية السلبية ، فحرم الزنا واعتبره جريمة واعتداء على مقصد النسل ، قال تعالى: ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾⁽⁵⁾ ، ووضع لها عقوبة قاسية تدل على عظم الجريمة ، فالرجم بالحجارة حتى الموت للزاني المحصن ، والجلد مائة وتعريب عام للزاني غير المحصن ، عقوبة رادعة زاجرة من أجل استئصال هذه الجريمة التي تهدد المجتمع بأطفال غير شرعيين⁽⁶⁾ .

وإذا كان الزنا اعتداء على مقصد النسل ، فقد عمل الإسلام على إغلاق جميع الأبواب التي تؤدي إليه ، فشرع آداب الاستئذان والزيارة ، وأمر بغض البصر ، وحرّم النظر إلى المرأة الأجنبية ، ومنع الخلوة بالمرأة الأجنبية ، ومنع المرأة من السفر بغير محرم ومنعها من الخروج من بيتها متعطّرة متبرجة ، ومنعها من إظهار مفاتها وزينتها لغير زوجها ، كل ذلك وغيره من الوسائل التي تؤدي إلى الزنا منعها الإسلام سداً للذرائع .

(1) سورة البقرة ، الآية رقم 232 .

(2) سورة البقرة ، الآية رقم 223 .

(3) أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب النكاح ، 619/2 وقال البوصيري هذا إسناد صحيح .

(4) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح 217/3 .

(5) سورة الإسراء ، الآية رقم 32 .

(6) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، 121/2 .

وخلاصة القول أن مقصد النسل إذا عجز عن تحقيقه بالزواج أي من الزوجين جاز انحلاله ، يؤيد ذلك القاعدة التي قررها العز بن عبدالسلام والتي نصها : (أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل) (1) .

المبحث الأول

تعريف التفريق والعقم ، وحكم التفريق للعيب

ويشتمل على أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف التفريق لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : تعريف العقم لغة واصطلاحاً وطبيعاً

المطلب الثالث : حكم التفريق بين الزوجين للعيب

المطلب الرابع : العيوب الداعية للتفريق بين الزوجين

المطلب الأول : تعريف التفريق

تعريف التفريق لغة : التفريق مصدر فرق ، والفرق خلاف الجمع ، والفرقة مصدر الافتراق ، وفرّق بالتشديد للأبدان ، وفرقت بالتخفيف للكلام ، ومثال الأول فرقت بين الرجلين ، ومثال الثاني فرقت بين الكلامين فافترقا (2) ، ومنه قوله ﷺ : (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما) (3) وفارق الشيء مفارقة وفراقاً بآينه ، والاسم الفرقة ، وتفارق القوم ، فارق بعضهم بعضاً ، وفارق فلان امرأته مفارقة وفراقاً بآينها .

ويأتي التفريق في اللغة على عدة معان منها :

(1) عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، 121/2 .

(2) ابن منظور ، لسان العرب 299/10 ، الفيومي ، المصباح المنير ، 242/1 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، 58/3 .

1- التبدّد : يقال تفرّق الشيء أي تبدّد وتلاشى ⁽¹⁾، ومنه قوله تعالى : ﴿ويحلفون بالله إنهم لمنكم وما هم منكم ولكنهم قوم يفرقون﴾ ⁽²⁾ أي أنهم قوم يخافونكم ، فهم خوفاً منكم يقولون بألسنتهم إنا منكم ليأمنوا فلا يقتلوا، والقتل هو التبدّد والتلاشي ⁽³⁾.

2- التقسيم : يقال فرّق الأشياء ، بتشديد الراء أي قسمها ووزعها ⁽⁴⁾ ، ومنه قوله تعالى: ﴿ وإذ فرقنا بكم البحر فأنجيناكم وأغرقنا آل فرعون وأنتم تنظرون ﴾ ⁽⁵⁾ ، أي جعلناهم فرقاً وأقساماً .

3- التمييز : يقال فرق الأشياء بعضها عن بعض ، أي ميز بعضها عن بعض، ومنه قوله تعالى: ﴿ وقرآنًا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلاً ﴾ ⁽⁶⁾ ، أي فصلناه وميزناه وبيّناه .

4-الفصل : يقال فرق بين الشيئين أي فصل بينهما ، ويقال فرقه وفارقه انفصل عنه وبأينه ⁽⁷⁾ ، ومنه قوله تعالى ﴿ قال رب إني لا أملك إلا نفسي وأخي ، فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين ﴾ ⁽⁸⁾ أي افصل يا رب بيننا وبينهم .

مما سبق ذكره من تعريف التفريق في اللغة يظهر أن المعاني الدالة والمرادفة له تأتي على حسب موضوعها في الجملة ، والتفريق لا يخرج عن التقسيم والفصل للزوجين .

تعريف التفريق اصطلاحاً : إذا نظرنا في كتب الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء القدامى لم يضعوا تعريفاً للتفريق ، مع استخدامهم لهذا المصطلح في فروعهم

(1) الفيروز أبادي، القاموس المحيط ، 340/1 ، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط ، 658/2 .

(2) سورة التوبة ، الآية رقم 56 .

(3) ابن جرير الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن ، 298/14 .

(4) الزبيدي، تاج العروس، 297/26 .

(5) سورة البقرة ، الآية 50 .

(6) سورة الإسراء ، الآية 106 .

(7) ابن منظور، لسان العرب ، 398/5 ، سعي أبو حبيب ، القاموس الفقهي ، 284/1 .

(8) سورة المائدة ، الآية رقم 25 .

الفقهية، وهو لا يبعد في معناه عن التفريق بين الزوجين بإبطال النكاح سواء كان التفريق بالطلاق أو الفسخ .

ولهذا سأذكر بعض تعريفات التفريق عند العلماء المعاصرين :

(1) عرفه الأستاذ الشيخ على الخفيف بقوله : (هو ما تتحل به عقدة الزواج فينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية)⁽¹⁾ .

(2) وعرفه الأستاذ بدران أبو العنين بأنه : (ما ينتهي به عقد الزواج وتتحل بسببه الرابطة الزوجية ، وينقطع ما بين الزوجين من علاقة)⁽²⁾ .

(3) وقال الشيخ عبدالرحمن تاج ، التفريق هو: (انحلال رابطة الزواج)⁽³⁾ .

(4) وجاء في الموسوعة الكويتية : (يذكر الفقهاء الفرقة ويريدون بها انحلال رابطة الزواج والفصل والمباينة بين الزوجين سواء أكانت بطلاق أو غيره)⁽⁴⁾ .

(5) وعرفه الدكتور محمد عبدالحميد بأنه (كل ما ينحل به رباط الزوجية)⁽⁵⁾ .

(6) وعرفه الأستاذ ماجد توفيق حمادة بقوله : التفريق هو (انحلال رابطة الزوجية وانقطاعها بسبب من الأسباب التي توجب ذلك)⁽⁶⁾ .

وهذا التعريف الأخير هو الراجح وهو قريب من تعريف الأستاذ بدران أبو العنين ، والشيخ على الخفيف .

(1) فرق الزواج ، نقلاً عن كتاب المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، للدكتور عبد الكريم زيدان ، 339/7.

(2) الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون 295/1.

(3) أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية ، نقلاً عن كتاب نظام الأسرة في الإسلام ، الدكتور محمد عقله ، 9/3 .

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية 107/32 .

(5) محمد عبدالحميد ، الأحوال الشخصية ، 242/1 .

(6) التفريق بين الزوجين للردة وإبء الإسلام وتطبيقاته في المحاكم الشرعية في قطاع غزة ، ص 7.

شرح التعريف :

انحلال : أي إنهاء الرابطة الزوجية .

الرابطة الزوجية : أي عقد الزواج الذي يربط بين الزوجين .

وانقطاعها : إشارة إلى النوعين اللذين تشتمل عليهما الفرقة ، وهما الفسخ والطلاق.

بسبب من الأسباب التي توجب ذلك : إشارة إلى الأسباب التي يحكم بها القاضي للتفريق بين الزوجين .

المطلب الثاني : تعريف العقم لغة واصطلاحاً وطبياً

أولاً : العقم في اللغة :

العقم في اللغة : هو هزيمة تقع في الرحم ، فلا يقبل الولد ⁽¹⁾

والعقيم : هو الذي لا يولد له ، ويطلق على الذكر والأنثى ، ويجمع الرجل على عُقَماء وعُقَماء ، وتجمع المرأة على عَقَائِم وعُقَم ⁽²⁾ .

وقد ورد العقم في اللغة بمعانٍ كثيرة : ⁽³⁾

الريح العقيم : هي التي لا تلقح الشجر ، ولا تأتي بمطر ، إنما هي ريح الهلاك .

ويوم عقيم : أي لا هواء فيه ، شديد الحر ، ويوم القيامة يوم عقيم لأنه لا يوم بعده.

والملك العقيم : هو الذي لا ينفع في طلبه نسب ولا صداقة ، فإن الرجل يقتل أباه وابنه إذا خاف على الملك .

وعقل عقيم : لا ينفع صاحبه .

والعقام : هو الداء الذي لا براء منه ، تقول العرب : بلأه بالسهم ورمأه بالداء العقام.

⁽¹⁾ ابن منظور، لسان العرب 412/12 ، الجوهري، الصحاح، 988/5 .

⁽²⁾ أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، 423/2 .

⁽³⁾ الفيروز ابادي، القاموس المحيط، 415/4 ، الزبيدي، تاج العروس، 402/8 .

وخلاصة القول أن العقم في اللغة يطلق على كل ما لا يثمر ، أو كل ما لا يرجى نفعه .

ثانياً : العقم في الاصطلاح :

الفقهاء القدماء لم يعرفوا العقم كغيره من العيوب والأمراض ، وقد ذكر بعض المفسرين تفسيرات للعقم فمن ذلك ما ورد في تفسير قوله تعالى : ﴿ الله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكراً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير ﴾ (1).

فهذه الآية توضح أن الله عز وجل قد قسم الناس من حيث هبتهم للنسل إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : وهب لهم إناثاً .

القسم الثاني : وهب لهم ذكوراً .

القسم الثالث : وهب لهم الذكور والإناث .

القسم الرابع : لم يهب لهم شيئاً ، وهو العقيم .

قال القرطبي : العقيم الذي لا يولد له ، يقال رجل عقيم ، وامرأة عقيم ، وعَقِمَت المرأة تَعْقِمُ عَقْماً ، مثل حَمَدَ يَحْمَدُ ، وعَقُمْتُ تَعْقُمُ مثل عَظُمَ يَعْظُمُ (2) . وهذه الآيات دليل على عظيم خلق الله ، ودليل على أن العقم أمر واقع .

وذكر الجصاص في تفسير قوله تعالى : ﴿ وكانت امرأتي عاقراً فهب لي من لدنك ولياً يرثني ويرث من آل يعقوب واجعله رب رضياً ﴾ (3) ، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : كان عقيماً لا يولد له ولد ، فسأل ربه الولد فقال يرثني ويرث من آل يعقوب النبوة (4) .

(1) سورة الشورى ، الآية رقم 49-50 .

(2) أبو عبد الله القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 48/16 .

(3) سورة مريم ، الآية رقم 5-6 .

(4) أبو بكر بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن ، 320/3 .

وقد عرفه الفقهاء المعاصرون ، وفيما يلي بعض تعريفاتهم :

عرفه الدكتور عبدالرحمن الصابوني بأنه (العجز عن الانسال مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين) (1).

وهذا التعريف يؤخذ عليه أنه غير مانع من دخول المرأة الآيس ، فهي تستكمل المتعة الجنسية مع زوجها ، ولكنها عاجزة عن الانسال .

وعرفه الدكتور فؤاد جاد الكريم فقال : العقم هو عدم مقدرة الجهاز الخاص بالإنجاب ، لكل من الزوج والزوجة ، على القيام بأداء ما أنيط به من مهام (2).

وهذا التعريف أيضاً غير مانع من دخول المرأة الآيس ، لأن جهازها الخاص بالإنجاب غير قادر على القيام بمهامه .

وعرفه القاضي زياد صبحي ذياب بأنه (العجز عن الإنجاب لوجود علة أو عيب بالزوجين معاً ، أو بأحدهما ، وهما في سكن يمكن الإنجاب به عادة) (3).

هذا التعريف حدد أسباب العقم بالعلة والعيب ، مع أن هناك حالات كثيرة للعقم لا يعرف لها سبب ، رغم كثرة الفحوصات ، بل يجزم الأطباء بعدم وجود مرض أو علة ، ولو انفصل الزوجان ، وتزوج كل منهما بآخر لأنجب ، مما يؤكد أن العقم قدر إلهي يبتلي الله به من يشاء من عباده وبغير سبب (4) ، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ويجعل من يشاء عقيماً﴾ (5) .

ويبقى التعريف الأقوى والأرجح هو (العقم عجز حقيقي ، أو حكمي ظني ، عن إنجاب الزوجين معاً ، أو أحدهما ، والزوجة في سن يمكنها به الإنجاب عادة) (6).

(1) مدى حرية الزوجين في الطلاق 671/2 .

(2) فؤاد جاد الكريم محمد ، حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، ص 79 .

(3) القاضي زياد صبحي ذياب ، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية ، ص 49 .

(4) الدكتورة سارة الهاجري ، الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل ، ص 34 .

(5) سورة الشورى ، الآية رقم 50 .

(6) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء ، ص 71 .

شرح التعريف :

عجز : لفظ عام يشمل كل أنواع العجز ، التي تحول دون الإنجاب .
حقيقي : بيان للعجز الناتج عن العيوب الخَلْقِيَّة ، كانهدام الرحم ، أو غياب الخصية.
أو حكمي ظني : بيان لما يمكن علاجه بعد معرفة سببه ، ومعنى كونه ظنياً أنه يحكم على المريض بالعجز المظنون ، لإمكان معرفة السبب ، ومحاولة علاجه ، إذ لا يقطع بإمكان الشفاء منه .

عن إنجاب : قيد خرج به بقية أنواع العجز ، كالعجز عن الكلام والسمع .
الزوجين معاً أو أحدهما : تحديد لمكان العجز ، فقد يكون فيهما أو في أحدهما .
والزوجة في سن يمكنها به الإنجاب عادة : قيد أخرج المرأة الآيس ، إذ لا تسمى عقيماً (1) .

ثالثاً : تعريف العقم طبياً :

لقد عرف الأطباء العقم بتعريفات متعددة ، وهي تعريفات غير جامعة وغير مانعة ، فهم يطلقون المصطلح ويريدون به شيئاً ، وقد يظل يدخل في مصطلحهم بعض الحالات التي لا يعنونها ، فمن ذلك تعريف الدكتور محمد رفعت للعقم بأنه (عدم القدرة على الإنجاب) (2) ، وهذا التعريف يدخل المرأة التي بلغت الستين من عمرها ، وقد سبق لها الإنجاب ، ومع ذلك لا تسمى عقيماً .
وعرفه الدكتور عدنان مروة بأنه (فشل الحمل بعد مضي سنه كاملة على المعاشرة الزوجية) (3) .

وقال الدكتور سميح الخوري : يعتبر الزوج عقيماً إذا مضت عليه سنتان ، وكان الزوجان سليمين ولم ينجبا رغم رغبتهما في ذلك (4) .

(1) المرجع السابق ، ص 72 .
(2) العقم عند النساء والرجال ، أسبابه وطرق علاجه ، ص 9 .
(3) المرجع السابق ، ص 7 .
(4) الدكتور سميح خوري ، عقم الرجل والمرأة ، ص 15 .

وعرفه بعض الأطباء بأنه عدم الإنجاب بعد معاشرة طبيعية للحياة الزوجية ، لمدة سنتين على الأكثر ، بدون وسائل منع الحمل لأي من الزوجين (1) .

ومن الأطباء من فرق بين العقم وعدم الإخصاب ، فالعقم عندهم عدم القدرة على الإنجاب لسبب لا يمكن علاجه ، كعدم وجود الرحم في الأنثى ، وغياب الخصية في الرجل ونحو ذلك ، أما عدم الإخصاب فمعناه أن تتعدى فترة عدم الحمل عاماً بعد الزواج ، دون استخدام وسائل منع الحمل .

وينقسم عدم الإخصاب عندهم إلى قسمين :

أولي : ومعناه عدم حدوث الحمل إطلاقاً .

ثانوي : ومعناه عدم القدرة على الحمل بعد فترة حمل مرة أو مرتين (2) .

المطلب الثالث : حكم التفريق بين الزوجين للعيب

لابد لنا قبل أن نتعرف على حكم التفريق بين الزوجين بسبب العقم ، أن نعرف أولاً حكم التفريق للعيب ، وإذا كان التفريق للعيب جائزاً ، فما هي العيوب التي يجوز التفريق من أجلها ؟ .

حكم التفريق بين الزوجين للعيب

اختلف الفقهاء في حكم التفريق للعيب على ثلاثة مذاهب ، وفيما يلي بيان لهذه المذاهب مع ذكر أدلة كل مذهب ، ومناقشتها وتحديد المذهب الراجح .

المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء (3) من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن لكل واحد من الزوجين الحق بطلب التفريق للعيب، مع اختلافهم في تحديد هذه العيوب.

(1) مجموعة من الأطباء ، أنت والمتاعب التناسلية ، ص 8 .

(2) الدكتور عاطف لماظه ، العقم عند الرجل والمرأة ، أسبابه وعلاجه ، ص 38 .

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 483/3 ، الشيخ عليش، منح الجليل، 79/2 ، الرملي، نهاية المحتاج، 345/7 أبو إسحاق الشيرازي، المذهب ، 62/2 ، البهوني، كشف القناع، 105/5 ، ابن قدامة المقدسي، المغني، 579/7 ، المرتضى، البحر الزخار ، 60/4 .

المذهب الثاني : ذهب الحنفية ⁽¹⁾ إلى أن للزوجة دون الزوج حق طلب التفريق

لعيب تجده في زوجها ، وبه قال ابن مسعود والنخعي والثوري ⁽²⁾ .

المذهب الثالث : ذهب الظاهرية إلى عدم جواز التفريق للعيب ، سواءً وجد العيب

بالزوج أو الزوجة ، وهو مذهب عمر بن عبدالعزيز وإليه ذهب الشوكاني ⁽³⁾ .

أدلة أصحاب المذهب الأول :

استدل الجمهور الذين قالوا لكل واحد من الزوجين الحق بطلب التفريق إذا وجد في الآخر عيباً ، فأدلتهم على إعطاء الرجل حق طلب التفريق إذا وجد عيباً في زوجته ما يلي :

1- عن جميل بن زيد، عن كعب بن زيد، أو زيد بن كعب، أن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني غفار ، فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى بكشحتها بياضاً فقال : (البيسي ثيابك وألحقي بأهلك) ⁽⁴⁾ ، وفي رواية ردها وقال : (دلستم عليّ) ⁽⁵⁾ .

وجه الدلالة أن النبي ﷺ عندما وجد في المرأة بياضاً أي برصاً ردها ، وهذا يدل على أن للزوج حق الخيار إذا وجد في زوجته عيباً أن يردها ، يقاس على البرص غيره من العيوب والأمراض .

اعترض على هذا الاستدلال بالآتي :

أ) إن الحديث ضعيف لا يصح الاستدلال به ، فالحديث يدور على جميل بن زيد وقد ضعفه غير واحد من علماء الحديث ، قال عنه ابن معين ليس بثقة ⁽⁶⁾ وقال النسائي

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 327/4، الزيلعي، تبیین الحقائق، 25/3 ، السرخسي، المبسوط، 95/5 .

(2) الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، 297/4 ، البابرتي، العناية شرح الهداية، 297/4 ، ابن قدامة المقدسي، المغني، 7 / 579 .

(3) لابن حزم، المحلى، 109/7 ، الشوكاني، نيل الأوطار، 299/6 ، ابن رشد، بداية المجتهد، 50/2 .

(4) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، 493/3 ، والبيهقي في السنن الكبرى، 256/7 .

(5) البيهقي، السنن الكبرى، 257/7 .

(6) العقيلي ، الضعفاء الكبير ، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجي، 191/1

ليس بالقوي⁽¹⁾ ، وقال الشوكاني⁽²⁾ عنه ، جميل بن زيد ضعيف، وقد اضطرب في هذا الحديث.

(ب) إن زيد بن كعب مجهول ، ولا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد⁽³⁾ .

(ج) إن الحديث لو صح فلا يعتبر دليلاً على إعطاء الرجل حق طلب التفريق لعيب يجده في زوجته ، لأن اللفظ الصادر عن النبي ﷺ هو من كنايات الطلاق ، فتكون الرواية الأخرى (ردّها) أي ردّها بالطلاق⁽⁴⁾ .

2- قال ﷺ (فر من المجذوم كما تفر من الأسد)⁽⁵⁾ . وجه الاستدلال ، أن النبي ﷺ أمر المسلم أن يفر من المريض بالجذام كما يفر من الأسد ، وهذه مبالغة في طلب الابتعاد ، وإذا كان أحد الزوجين مصاباً بهذا المرض ، أو ما يشابهه من الأمراض المعدية ، فإن الفرار منه يكون بالافتراق⁽⁶⁾ .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن الزوج يستطيع الفرار بالطلاق ، أما الزوجة فلا تستطيع إلا طلب التفريق واللجوء إلى القضاء⁽⁷⁾ ، يجاب على هذا الاعتراض بأن الرجل وإن كان حقاً يستطيع الفرار بالطلاق ، إلا أن ذلك يرتب عليه حقوقاً ، وقد يكون ممن كلفه الزواج كثيراً ، ثم يفاجأ بما ليس في الحسبان ، فإعطاؤه حق طلب التفريق يخفف عنه من الأعباء والأضرار⁽⁸⁾ .

3- روى مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب أنه قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيما رجل تزوج امرأة و بها جنون أو جذام أو برص ، فمسّها فلها صداقها كاملاً ، وصداق الرجل على من غرّه⁽⁹⁾ .

(1) النسائي، الضعفاء والمتروكون ، ص 287 .

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، 298/6 .

(3) ابن حزم، المحلى، 111/10 .

(4) السرخسي، المبسوط، 96/5 ، الكاساني، بدائع الصنائع، 328/4 ، ابن حزم، المحلى، 111/10 .

(5) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الطب ، باب الجذام 129/10 .

(6) الدكتور عبدالرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، 648/2 .

(7) السرخسي، المبسوط، 97/5 ، الكاساني، بدائع الصنائع، 327/4 .

(8) المراجع السابقة .

(9) الإمام مالك ، الموطأ ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحباء ، 526/2 .

وجه الدلالة : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطى الرجل حق الخيار بالتفريق لهذه العيوب.

وقد اعترض على هذا الأثر بأن سعيد بن المسيب لم يسمع من عمر بن الخطاب رضي الله عنه (1).

وقد أجاب ابن القيم عن هذا الاعتراض بأن هذا مخالف لإجماع أهل الحديث ، قال الإمام أحمد : وإذا لم يُقبل سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب فمن يقبل ؟ وأئمة الإسلام وجمهورهم يحتجون بقول سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ فكيف بروايته عن عمر ؟ وكان عبد الله بن عمر رضي الله عنه يرسل إلى سعيد يسأله عن قضايا عمر رضي الله عنه فيفتي بها (2) .

4- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : (أربع لا يجزن في بيع ولا نكاح ، المجنونة والمجنومة ، والبرصاء ، والعفلاء (3)) (4) .

وجه الدلالة : أن ابن عباس رضي الله عنهما يرى عدم جواز نكاح من بها داء من هذه الأمراض الأربعة ، ويقاس عليها بقية العيوب التي تماثلها في الضرر .

5- استدلووا بالقياس ، وقالوا إن النكاح يشبه البيع من حيث أنه عقد بين طرفين ، والبيع يرد بالعيوب، فكذلك النكاح ، فإذا وجد أحد الزوجين عيباً في الآخر ثبت له الخيار(5). وقد اعترض ابن حزم على قياس النكاح على البيع ، وبَيَّن أن النكاح يختلف عن البيع في جملة أمور منها :

(أ) أن البيع نقل ملك ، وليس في النكاح ملك أصلاً .

(1) ابن حزم، المحلى، 60/10 .

(2) ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، 39/4 .

(3) العفل لغة مصدر عَفَلَ ، يقال عفلت المرأة عفاً إذا خرج من فرجها شيء يشبه أدرة الرجل ، وقيل هو لحم ينبت في قُبَل المرأة ، وقيل هو ورم يكون بين مسلكي المرأة فيضيق فرجها حتى يمتنع الإيلاج ، انظر : لسان العرب 458/11 .

(4) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب النكاح ، باب ما يرد به النكاح من العيوب، 215/7 .

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، 38/2 ، الرمل، نهاية المحتاج، 311/6 ، ابن القيم، زاد المعاد، 38/4.

(ب) أن النكاح جائز بغير ذكر صداق في العقد ، ولا يجوز البيع بغير ذكر ثمن .

(ج) الخيار جائز في البيع مدة مسماة ، ولا يجوز في النكاح .

(د) البيع بترك رؤية المبيع وترك وصفه باطل ، ولا يجوز أصلاً ، والنكاح بترك رؤية المنكوحه وترك وصفها جائز (1) .

اعترض على هذا القياس أيضاً بأن المقدمات التي بُني عليها غير سليمة ، لأن المرأة في الحقيقة ليست معقوداً عليها في النكاح كما ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء ، بل إن المرأة في عقد النكاح هي أحد المتعاقدين ، والمعقود عليه هو حل الاستمتاع بينهما ، والمهر ليس بدلاً ولا عوضاً في عقد النكاح ، بل هو منحة وهبة من الزوج يؤكد به رغبته في المرأة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ (2) وشرع إظهاراً لخطر المحل (3) .

6- استدلو أيضاً بأن مقاصد النكاح ومصالحه لا تقوم مع وجود هذه العيوب ، لأن من العيوب ما تنفّر منه الطباع السليمة مثل الجذام ، والبرص ، والجنون ، ومنها ما يمنع الوطء في المرأة كالرتق (4) والقرن (5) ، وعامة مصالح النكاح يتوقف حصولها على الوطء ، فالعفة ، والإحصان ، والسكن ، والنسل ، لا تحصل إلا بالوطء ، ولهذا يثبت الخيار بهذه العيوب (6) .

الأدلة على أن للمرأة حق طلب التفريق لعيب في زوجها :

(1) ابن حزم، المحلى، 114/10 ، الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، 304/4 .

(2) سورة النساء ، الآية رقم 4 .

(3) الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، 304/4 .

(4) الرتق لغة : مصدر رتق ، يقال رتقه رتقاً إذا سدّه أو لحمه ، والرتق ضد الفتق ، والمرأة الرتقاء التي لا يمكن جماعها لارتقاق ذلك الموضع منها ، أي التصاقه وانضمامه ، انظر : لسان العرب، 114/10 الجوهري ، الصحاح، 148/4

(5) القرن لغة : مصدر قرن ، يقال قرن الشيء قرناً إذا جمعه ووصله ، والقرناء من النساء التي في فرجها ما يمنع سلوك الذكر فيه ، إما غدة ، أو لحمة ، أو عظم ، انظر : لسان العرب

336/13 ، المصباح المنير، 500/2

(6) الشربيني، مغني المحتاج، 213/3 .

استدل أصحاب المذهب الأول والمذهب الثاني على إعطاء المرأة حق التفريق لعيب تجده في زوجها بما يلي :

(1) قوله تعالى : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ﴾ (1) .

وجه الدلالة : أن الله تعالى أمر المطلق أثناء العدة بأن يمسك زوجته بمعروف إذا أراد إرجاعها ، وإلا فليكن التسريح بمعروف أيضاً ، وحرّم إمساك الزوجات والاضرار بهن ، وجعل الإضرار بالزوجة ظلماً ، وإن المرأة تتضرر أشد الضرر بوجودها مع زوج به مرض أو عيب يحول دون تحقيق مقاصد الزواج ، وإذا وقع الضرر فينبغي إزالته ، وإزالة الضرر تكون بالتفريق بينها وبين زوجها (2) .

(2) قوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ (3) .

وجه الدلالة : أن الله تعالى أوجب على الزوج أن يمسك زوجته بالمعروف أو يفارقها بإحسان ، وإن إمساك الزوجة مع وجود عيب أو مرض بالزوج ليس إمساكاً بمعروف لأنه يخرم الزوجة من حقوقها ، فيتعين على الزوج التسريح بإحسان ، وإذا لم يقم به الزوج ، فإن من حق المرأة أن تلجأ للقضاء لرفع الضرر عنها (4) .

اعترض ابن حزم على الاستدلال بالآيتين ، فهو يرى أن الممتنع عن القيام بحقوقه وهو قادر على القيام بها مضار لزوجته ، ويجب منعه من ذلك ، وأما العاجز فقد قال تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ (5) ، فوجب أن لا يكلف ما به عيب ما لا يقدر عليه (6) .

(1) سورة البقرة ، الآية 231 .

(2) محمد رأفت عثمان ، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ، ص 42 .

(3) سورة البقرة ، الآية رقم 229 .

(4) الكاساني، بدائع الصنائع ، 132/4 ، السرخسي، المبسوط، 97/5 .

(5) سورة البقرة ، الآية 286 .

(6) ابن حزم، المحلى، 60/10 .

أجيب عن هذا الاعتراض بأن ابن حزم أقر بأن عدم القيام بالحقوق مع القدرة ضرر ، والضرر يزال ولا يشترط في الضرر الواقع أن يكون بإرادة الإنسان أو رغم إرادته ، أو أن يكون قادراً على إزالته أو غير قادر ، وأن الآية التي استدلت بها ابن حزم ، إنما هي خاصة في حقوق الله ، لا حقوق العباد ، ثم إنه إن لم يكن في وسعه القيام بحقوقه فإنه لا يُكلف بها ، وإنما يكلف بما في وسعه وهو التسريح بإحسان (1) .

(3) عن ابن جريج عن بعض بني أبي رافع - مولى النبي ﷺ - عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : طلق عبد يزيد (أبو ركانة وإخوته) أم ركانة ونكح امرأة من مزينة ، فجاءت النبي ﷺ فقالت ، ما يغني عني إلا كما تغني هذه الشعرة ، لشعرة أخذتها من رأسها ، ففرق بيني وبينه ، فأخذت النبي ﷺ حمية ، فدعا بركانة وإخوته ، ثم قال لجلسائه : أترون فلاناً يشبه منه كذا وكذا من عبد يزيد ؟ وفلاناً يشبه منه كذا وكذا ؟ قالوا : نعم ، قال النبي ﷺ لعبد يزيد طلقها ، ففعل ، ثم قال : راجع امرأتك أم ركانة وإخوته ، قال : إني طلقته ثلاثاً يا رسول الله ، قال : قد علمت ، راجعها ، وتلا : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ (2) (3) .

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ أمر أبا ركانة بتطليق المرأة التي تزوجها من مزينة ؟ بعد أن شكت له عدم قدرته على جماعها .

اعترض على هذا الدليل بأنه حديث ضعيف ، فابن جريج لم يسم ، ولا عرف الراوي الذي روى عنه من بني رافع ، كما أن عبد يزيد لم تكن له صحبة ولا إسلام ، وإنما الصحبة لركانة ابنه ، فسقط الاحتجاج به (4) .

وقد أجاب ابن القيم على هذا الاعتراض فقال : ولا علة لهذا الحديث إلا رواية ابن جريج له عن بعض بني أبي رافع ، وهو مجهول ، ولكن هو تابعي ، وابن

(1) القاضي زياد صبحي ذياب ، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية ، ص 168 .

(2) سورة الطلاق ، الآية رقم 1 .

(3) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الطلاق ، 259/2-260 .

(4) ابن حزم ، المحلى ، 60/10 .

جريح من الأئمة الثقات العدول ، ورواية العدل عن غيره تعديل له ما لم يعلم فيه جرح، ولم يكن الكذب ظاهراً في التابعين ولاسيما التابعين من أهل المدينة، ولاسيما موالى رسول الله ﷺ ولاسيما مثل هذه السُّنة التي تشتد حاجة الناس إليها ، ولا يظن بابن جريح أنه حملها عن كذاب ، ولا عن غير ثقة عنده ولم يبين حاله (1).

(4) استدلوا أيضاً بالآثار التي وردت بالتفريق للعنة عن كثير من الصحابة كعمر وعثمان و عبد الله بن مسعود وسمرة بن جندب ، ومعاوية بن أبي سفيان ، والحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة ، والمغيرة بن شعبه ، فعمر وابن مسعود والمغيرة أجلوه سنة، وعثمان ومعاوية وسمرة لم يؤجلوه ، والحارث بن عبد الله أجله عشرة أشهر (2)

وجه الاستدلال من هذه الآثار ، أن التفريق للعنة ورد عن كثير من الصحابة ، وقضى به بعض الصحابة ، وهذا لا يمكن أن يصدر عنهم إلا إذا كان عن سماع من رسول الله ﷺ ، لأن مثل هذا لا يكون إلا عن توقيف ، وإذا جاز التفريق للعنة فغيرها من العيوب التي تضر بالمرأة ، أو تقوت مقصداً من مقاصد النكاح مثلها (3).

(5) استدلوا أيضاً بالإجماع ، فقد نقل غير واحد من أهل العلم ثبوت إجماع الصحابة على حق المرأة بطلب التفريق من زوجها إذا وجدته محبوباً أو عنيناً (4) .

أدلة أصحاب المذهب الثاني :

إن أصحاب المذهب الثاني ، وهم الحنفية ذهبوا إلى إعطاء حق طلب التفريق للزوجة دون الزوج ، وقد سبق أن ذكرنا الأدلة على إعطاء المرأة حق طلب

(1) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، 38/4 .

(2) الحافظ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف ، كتاب النكاح ، باب أجل العنين 253/6-254 ، زاد المعاد، 38/4 ، سنن البيهقي ، 226/7 ، ابن أبي شيبه، المصنف، 33/3

(3) مغني المحتاج، 203/3 .

(4) بدائع الصنائع، 222/4 ، مغني المحتاج، 203/3 .

التفريق لعيب تجده في زوجها ، فلا داعي لتكريرها ، أما أدلتهم على عدم إعطاء الزوج حق طلب التفريق لعيب يجده في زوجته فهي كما يلي :

أ- قول ابن مسعود رضي الله عنه : (لا تُرد الحرة عن عيب) ⁽¹⁾ .

ب- قول على بن أبي طالب رضي الله عنه : (أيما رجل نكح امرأة وبها برص ، أو جنون ، أو جذام ، أو قرن ، فزوجها بالخيار ما لم يمسخها ، إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق ، فإن مسها ، فلها المهر بما استحل من فرجها) ⁽²⁾ .

ج - احتجوا أيضاً بأن الزوج يمكنه أن يتزوج على زوجته المعيبة ، كما يمكنه أن يطلقها ويتزوج غيرها ، وبهذا يمكنه أن يحصل على مقصود النكاح من قضاء الشهوة وإيجاد النسل ، أما الزوجة إذا وجدت عيباً في زوجها ينافي مقصود النكاح فإن لم يثبت لها خيار الفسخ بقيت معلقة ، لا هي ذات زوج يحصل به مقصود النكاح ولا هي خلية تستطيع الزواج من غيره ، فأثبتنا لها خيار الفسخ ، لإزالة الظلم، وهذا لا يوجد في حق الزوج إذا وجد عيباً في زوجته ⁽³⁾ .

د - قالوا إن العيوب في الزوجة التي يراد فسخ النكاح بسببها ، لا تخل بموجب عقد النكاح ، وهو الحل ، فلا يثبت للزوج خيار الفسخ ، كما لا يثبت له هذا الخيار في حالة عمی الزوجة وشلها ⁽⁴⁾ .

أدلة أصحاب المذهب الثالث :

استدل الظاهرية على عدم جواز التفريق للعيب ، فلا المرأة يجوز لها أن ترد الرجل لعيب فيه ، ولا الرجل يرد المرأة لعيب فيها،

أما أن الرجل ليس له رد المرأة ، فأدلتهم هي أدلة الحنفية الذين لا يردون المرأة لعيب مطلقاً ، وقد سبق ذكرها .

(1) ابن أبي شيبة، المصنف، 333/3 .

(2) البيهقي، السنن الكبرى، 214/7 ، ابن حزم، المحلى، 61/10 .

(3) السرخسي، المبسوط، 97/5 .

(4) المرجع السابق .

أما أدلتهم على أن المرأة لا ترد الرجل لعيب فيه فهي كما يلي :

1- من القرآن قوله تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ ⁽¹⁾ ، فאלله سبحانه وتعالى لا يكلف الإنسان ولا يُحمّله مما لا يقدر على إزالته ، يقول ابن حزم : (فوجب أن لا يكلف العنين ما لا يقدر عليه) ⁽²⁾ .

اعترض على هذا الاستدلال بأن الآية جاءت في معرض الحديث عن حقوق الله ، أما حقوق العبيد فينبغي أدائها ، فإذا لم يستطع أداء حقوق غيره فينبغي إزالة الضرر الواقع بسبب عدم أداء الحق ، لأن الضرر يزال ، وإزالة الضرر بسبب وجود عيب في أحد الزوجين تكون بالتفريق بينهما ، قال تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ⁽³⁾ .

2- عن عروة بن الزبير أن عائشة زوج النبي ﷺ أخبرته أن رفاعة القرظي طلق امرأته ، فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير ، فجاءت إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات ، فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير ، وإنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدية ⁽⁴⁾ ، وأخذت بهدية من جلبابها ، فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً ، وقال : لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ⁽⁵⁾ .

وجه الدلالة : أن المرأة شكت إلى الرسول ﷺ أن زوجها لم يطأها ، وأن ذكره كهدية الثوب لا ينتشر ، وأنها تريد مفارقة زوجها ، فلم يجبه الرسول ﷺ ولا أجل لها ولا فرق بينهما .

(1) سورة البقرة ، الآية رقم 286 .

(2) ابن حزم، المحلى 60/10 .

(3) سورة البقرة ، الآية رقم 229 .

(4) جاء في لسان العرب : (هدية الثوب طرف الثوب ، شبه به استرخاء ذكره وأنه لا يقدر على الوطء)، لسان العرب، 47/15 .

(5) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسه ، 464/9 ، ومسلم في صحيحه ، كتاب الطلاق ، 3/10 .

يعترض على هذا الاستدلال بأن الحديث جاء لبيان حكم شرعي ، وهو أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الأول إلا بعد أن تتزوج آخر ويطأها ، لا لبيان حكم الزوج إن كان عنيماً، يتضح ذلك من قوله ﷺ (لعلك تريدان أن ترجعي إلى رفاة).

يدل على ذلك ما ورد في رواية أخرى ، أن عبدالرحمن بن الزبير قال : كذبت والله يا رسول الله ، إني لأنفضها نفص الأديم ، ولكنها ناشز تريد رفاة ، قال : فإن كان كذلك لم تحلى له أو لم تصلح له حتى يذوق من عسيلتك ، قال : وأبصر معه بنين له ، فقال بنوك هؤلاء ؟ قال : نعم ، قال : هذا الذي تزعمين ؟ فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب (1) .

3- عن هانئ بن هانئ قال : رأيت امرأة جاءت إلى علي بن أبي طالب ﷺ فقالت : هل لك في امرأة ليست بأيمن ولا ذات بعل ، قال وجاء زوجها ، فقال : لا تسأل عنها إلا مبيتها ، فقال له علي : ألا تستطيع أن تصنع شيئاً ؟ قال لا ، قال : ولا من السحر ، قال : لا ، قال له علي : هلكت وأهلكتما أما أنا فلست مفراً بينكما ، اتقى الله واصبري (2) .

وجه الدلالة : أن سيدنا علي ﷺ ، رغم أن زوج المرأة أقر بأنه عنين لا يستطيع إتيان زوجته ، إلا أنه لم يفرق بينهما ، ولو كانت العنة عيباً يجوز التفريق من أجلها لفرق بينهما ، مع أنها من أشد العيوب إخلالاً بمقاصد الزواج ، فغيرها من العيوب أولى .

اعتراض على هذا الدليل بأن عدم تفريق الإمام علي ﷺ بين الرجل وزوجته سببه أن عدم قدرة الرجل على زوجته كان لكبر سنه ، فقد جاء في بعض الروايات ، بأن امرأة جاءت إلى علي بن أبي طالب ﷺ فقالت : هل لك في امرأة ليست بأيمن ولا

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب اللباس ، 281/10 ، ومالك في الموطأ ، 531/2 .
(2) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، 54/2 ، والبيهقي في السنن الكبرى ، 227/7 ، وقد ضعف البيهقي هذا الحديث ، وحكي عن الشافعي أن هانئاً لا يعرف ، وأن أهل العلم لا يثبتون هذا الحديث لجهالتهم بهانئ ، انظر : الجوهر النقي بهامش السنن الكبرى ، 227/7 .

بذات بعل ، قال فعرف عليّ ما تعنى ، فقال من صاحبها ؟ قالوا فلان ، وهو سيد قومه ، قال : فجاء شيخ كبير يجنح ... (1) ، والشيخوخة أمر طبيعى لا يسلم منها أحد ، ولو جوزنا التفريق بسببها ما تبقى بيت إلا فرق بين أهله .

4- إن النكاح صحيح بكلمة الله عز وجل وسُنَّة رسول ﷺ ، وقد حرّم الله تعالى بشرة الزوجة وفرجها على كل من سوى الزوج ، فمن فرق بينهما بغير قرآن وسُنَّة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى (2) بقوله : ﴿ فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه ﴾ (3) .

يعترض على هذا الدليل بأن التفريق بين الزوجين لوجود عيب بأحدهما لا يتعارض مع الكتاب والسُنَّة ، بل هو موافق لعموم النصوص فقد قال ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) (4) . ومن هذا الحديث استمدت القاعدة الفقهية (الضرر يزال) والتفريق بين الزوجين للعيب وسيلة لإزالة الضرر .

5- إن عقد النكاح عقد لازم ، ثبتت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقة ونحوها ، وثبت أن الخروج منه يكون بالطلاق أو الموت ، ولا يجوز الخروج منه بغيرهما إذ لا دليل من الكتاب والسُنَّة على ذلك (5) .

الرأي المختار :

بعد عرض آراء الفقهاء ، وذكر أدلتهم ، ومناقشتها ، يظهر لي رجحان مذهب الجمهور وهو جواز التفريق لكل واحد من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً ، لأن العيوب تنفر منها الطبيعة البشرية ، والزواج شرع للمودة والسكن والرحمة ، فلا يتحقق المقصود من الزواج مع وجود العيب ، كما أن هذا الرأي هو الأقرب لروح

(1) عبد الرزاق ، المصنف ، 256/6 .

(2) ابن حزم ، المحلى ، 60/10 .

(3) سورة البقرة ، الآية رقم 102 .

(4) أخرجه مالك في الموطأ ، 745/2 ، والدارقطني في سننه ، 228/4 ، وقال النووي : حديث حسن .

(5) القنوجي ، الروضة الندية في شرح الدر البهية ، 22/2 .

الشريعة وعدلها ، فما قيمة الزواج إذا لم يحقق أهدافه التي شرع لتحقيقها ، وإذا كان أحد الزوجين غير قادر على إعطاء الآخر حقوقه وناله ضرر من جراء ذلك ، فإن هذا الضرر ينبغي أن يزال ، عملاً بالقاعدة الفقهية (الضرر يزال) وإزالة الضرر تكون بالتفريق بين الزوجين .

المطلب الرابع : العيوب الداعية للتفريق بين الزوجين

تعريف العيب :

العيب في اللغة ⁽¹⁾ الوصمة ، والجمع أعياب وعيوب ، تقول : عاب المتاع ، أي صار ذا عيب ، وعيئه أي نسبه إلى العيب أو جعله ذا عيب ، وفي القرآن الكريم : ﴿أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها...﴾ ⁽²⁾ أي أجعلها ذات عيب .

العيب في الاصطلاح : له تعريفات متعددة ، تختلف بتنوع مجالات العيوب في الشريعة فالعيب في النكاح هو : (ما يخل بمقصود النكاح الأصلي ، كالتنفير عن الوطء ، وكسر الشهوة) ⁽³⁾ .

أو هو (ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً) ⁽⁴⁾ ، وعُرف بأنه نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين ، يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية ⁽⁵⁾ .

وقد بسط الفقهاء القول في العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين ، ومن هذه العيوب ما هو مشترك بين الزوج والزوجة ، ومنها ما هو خاص بالزوج فقط ، ومنها ما هو خاص بالزوجة ، واليك بيان هذه العيوب .

(1) ابن منظور، لسان العرب، 633/1 ، الجوهري، الصحاح، 190/1 .

(2) سورة الكهف ، الآية رقم 79 .

(3) حاشيتنا قليوبي وعميرة، 245/2 .

(4) الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، 327/6 .

(5) علي حسب الله ، الفرقة بين الزوجين، ص 120 .

الفرع الأول : العيوب المشتركة بين الزوجين :

1- الجنون : وهو لغة : الستر والخفاء ، مأخوذ من الاجتنان ، وهو الاستتار ، والمجنون من حيل بينه وبين عقله ، فالعقل عند المجنون مستتر .⁽¹⁾

وفي الاصطلاح : هو اختلال العقل ، بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً⁽²⁾ ، أو هو زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء .⁽³⁾

2- الجذام : وهو في اللغة من جَذَم ، والجذَم القطع ، وجُذِم الإنسان إذا أصابه الجذام، لأنه يقطع اللحم ويسقطه ، والرجل أجذم والمرأة جذماء⁽⁴⁾ .
والجذام إصلاحاً : هو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر⁽⁵⁾ .

3- البرص : هو في اللغة بياض يظهر في ظاهر البدن ، والذكر أبرص والأنثى برصاء⁽⁶⁾ .

وفي الاصطلاح بياض شديد يُبقع الجلد ويذهب دمويته⁽⁷⁾ .

4- العذيفة : هي في اللغة من عَذَط ، والعذيوط هو الذي يحدث عند الجماع ، والمرأة عذيوطة⁽⁸⁾ .

وفي الاصطلاح : هي خروج الغائط من الرجل عند الجماع⁽⁹⁾ .

(1) لسان العرب 92/13 ، المصباح المنير ، ص 62 .

(2) الشريفة الجرجاني، التعريفات، ص 78 .

(3) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 268/3 .

(4) لسان العرب، 88-86/12 .

(5) النووي، روضة الطالبين، 167/6 .

(6) لسان العرب، 625/7 ، المصباح المنير، ص 54 .

(7) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 484/3 ، مغني المحتاج، 267/3 .

(8) لسان العرب، 349/7 ، المصباح المنير، ص 216 .

(9) مواهب الجليل، 484/3 ، روضة الطالبين، 169/6 .

5- **الخنوثة** : في اللغة من الخنث ، وهو من فيه انخناث أي تكسّر ، وتثنّى ، وتخنيث الكلام تليينه ، والخنثى من له ما للرجال والنساء (1) .

وفي الاصطلاح : هو من له فرج النساء وذكر الرجال ، وقيل هو من ليس له واحد منهما ، وإنما له خرق يخرج منه البول (2) .

والخنثى نوعان :

خنثى مشكل : وهو الذي تعارضت فيه علامات الرجال ، وعلامات النساء فأشكّل أمره والتبس .

وخنثى غير مشكل : وهو الذي قد تبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة فيعلم أنه ذكر أو أنثى (3) .

6- **بخر الفم** : البخر لغة التثني يكون في الفم وفي غيره ، والذكر أبخر والأنثى بخراء والجمع بُخر (4) .

وفي الاصطلاح : هو نتن ريح الفم ، أو رائحة متغيرة من الفم (5) .

7- **الباسور** : وهو لغة ورم تدفعه الطبيعة إلى كل موضع من البدن يقبل الرطوبة من المقعدة، والانثيين، والأنف، وغير ذلك، وإن كان الأشهر حدوثه في المقعدة (6) .
وفي الاصطلاح : هو تورم داخل المقعدة بثآليل (7) .

8- **الناسور** : لغة هو علة تحدث في مآقي العين ، ويحدث أيضاً في المقعدة ، وفي اللثة (8) .

(1) لسان العرب، 145/2 ، القاموس المحيط، ص 216 .

(2) الشيخ قاسم القونوي، أنيس الفقهاء، ص 166 ، الجرجاني، التعريفات، ص 101 .

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 327/7 ، أبو إسحاق الشيرازي، المذهب، 52/2 .

(4) لسان العرب، 47/4 ، المصباح المنير، ص 25 .

(5) الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، 281/2 ، البهوتي، كشف القناع، 121/5 .

(6) لسان العرب، 95/4 ، الصحاح ، 589/2 .

(7) المواق، التاج والاكلیل شرح مختصر خليل، 151/5 .

(8) لسان العرب، 205/5 ، الصحاح، 827/2 .

في الاصطلاح : هو علة في مقعدة الإنسان ، تنتج من انفتاح عروقها وجريان مادتها⁽¹⁾، فهو كالباسور من حيث اختصاص كل منهما بالمقعدة .

هذه هي أهم العيوب المشتركة بين الزوجين ، التي ذكرها الفقهاء في كتبهم ، وقد ذكروا عيوباً أخرى كالعمى ، والعمور ، والقروح السيالة ، والطرش ، والكساح ، والعرج ، والصغر والكبر الفادحين ، وقطع اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، والقرع والبله⁽²⁾ .

الفرع الثاني : العيوب الخاصة بالرجل :

1- **العُنة** : هي في اللغة : مصدر عَنَ ، وَعَنَ الشيء يُعَنُّ عَنّاً إذا ظهر أمامك واعترض وانصرف⁽³⁾ .

وفي الاصطلاح : العنين هو الذي لا يقدر على الجماع مع وجود الآلة ، لمرض به، أو ضعف في خلقته ، أو كبر في سنه ، أو سحر ، هذا عند الجمهور⁽⁴⁾ ، أما عند المالكية فالعنين هو صغير الذكر ، بحيث لا يتأتى به جماع لشدة صغره⁽⁵⁾ .

2- **الجَب** : لغة القطع ، يقال : جببته جباً قطعته ، فهو محبوب⁽⁶⁾ ، والمحبوب اصطلاحاً هو من قطع ذكره وأنثياه معاً ، أو خلق بدونها ، أو هو من قطع الانثيين فقط⁽⁷⁾ .

3- **الخصاء** : لغة : مصدر خصى ، وخصيت الفرس نزعته خصيتيه ، والخصية : البيضة من أعضاء التناسل⁽⁸⁾ .

(1) الخرشي على مختصر خليل، 106/2 ، الشيرازي، المذهب، 105/2 .

(2) الخطاب، مواهب الجليل، 486/3 ، كشاف القناع، 190/5 ، ابن مفلح، الفروع، 231/5 .

(3) لسان العرب، 290/13، الرازي، مختار الصحاح، ص 458 .

(4) الزيلعي، تبیین الحقائق، 21/3 ، المغني، 152/7 ، أنيس الفقهاء، ص 165

(5) حاشية الدسوقي، 278/2 ، الشيخ عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 382/3 .

(6) لسان العرب، 253-249/1 .

(7) حاشية الدسوقي، 278/2/ منح الجليل، 381/3 .

(8) لسان العرب، 229/14 ، مختار الصحاح، ص 178 .

وفي الاصطلاح : قطع الخصيتين دون الذكر ، وقيل هو قطع الخصيتين مع الذكر ، وقيل قطع الذكر دونهما (1) .

4- الاعتراض : في اللغة من عَرَضَ له عارض ، أي مانع يمنع (2) .

وفي الاصطلاح : هو عدم القدرة على الجماع لعدم انتصاب الذكر ، وفي اصطلاح للمالكية مقابل لاصطلاح العنة عند الجمهور ، ومعنى اتصافه بالاعتراض ، قيام مانع الوطء به لعارض كسحر أو خوف أو مرض (3) .

الفرع الثالث : العيوب الخاصة بالمرأة :

1- الرَّتْق : لغة مصدر رَتَقَ ، يقال رَتَقَ الشيء رَتْقاً ، إذا سدَّه أو لحمه وأصلحه ، والرتق ضد الفتق ، وفرج أرتق أي ملتزق (4) .

واصطلاحاً : هو انسداد مدخل الذكر بعظم أو لحم ، بحيث لا يستطيع الذكر الدخول فيه (5) .

2- القرْن : لغة مصدر قرَنَ ، يقال قرن الشيء قرناً إذا جمعه ووصله ، والقرناء من النساء هي التي في فرجها ما يمنع سلوك الذكر فيه ، أما عظم أو غدة أو لحمة (6) .

وفي الإصلاح : هو عظم في الفرج يمنع الجماع أو هو انسداد الفرج ببروز شيء فيه من عظم أو لحم (7) .

3- العفل : في اللغة مصدر عَفَلَ ، يقال عفلت المرأة عفلاً ، إذا خرج من فرجها شيء يشبه أدرة (8) الرجل فهي عفلاء (9) .

(1) مواهب الجليل، 485/3 ، كشف القناع، 110/5 .

(2) لسان العرب، 175/7 .

(3) حاشية الدسوقي، 278/2 ، منح الجليل، 382/3 .

(4) لسان العرب، 114/10 .

(5) حاشية ابن عابدين، 501/3 ، منح الجليل، 382/4 ، روضة الطالبين، 168/6 .

(6) لسان العرب، 336-331/13 .

(7) حاشية ابن عابدين، 501/3 ، حاشية الدسوقي، 277/2 ، روضة الطالبين، 168/6 .

(8) الأدرة : هي انتفاخ الخصية ، المصباح المنير، 476/2 .

(9) لسان العرب، 458/11 ، المصباح المنير، 476/2 .

وفي الاصطلاح : هو رغبة في الفرج تمنع لذة الوطء ، وقيل هو شيء يخرج من الفرج يشبه الأدرّة التي للرجل في الخصية (1).

4- الإفضاء : في اللغة مصدر فضا ، يقال فضا المكان فضوًّا إذا اتسع ، وأفضى المرأة جعل مسلكيها واحداً ، فهي مفضاة (2) .

واصطلاحاً : هو اختلاط مسلك البول بمسك الجماع وصيرورتهما مسلكاً واحداً (3) ، وهو والفتق بمعنى واحد .

5- بخر الفرج : وهو في اللغة من بَخَرَ ، وهو رائحة متغيرة في الفرج (4) .

وفي الاصطلاح : نتن في الفرج يثور بالوطء (5) .

6- الاستحاضة : لغة من الحيض ، يقال استحاضت المرأة أي استمر بها الدم بعد أيام حيضها (6) .

وفي الاصطلاح : الدم الخارج بسبب علة أو فساد في البدن ، وهو يخرج من عرق في أدنى الرحم يسمى العاذل (7) .

هذه هي أهم العيوب التي ذكرها الفقهاء في كتبهم ، منها ما يختص بأحد الزوجين دون الآخر ، ومنها ما هو مشترك بينهما ، وقد ذكرنا تعريفها لغة واصطلاحاً ، من غير توسع ، لأنها ليست المقصود الأساسي من بحثنا ، وإنما مقصودنا هو العقم ، والعقم لم نذكره هنا ضمن العيوب ، على الرغم من ذكر بعض الفقهاء له ، وذلك لأننا سبق أن أفردناه بالبحث .

(1) منح الجليل، 382/3 ، المغني، 141/7 .

(2) لسان العرب، 157/15 ، المصباح المنير، 476/2 .

(3) منح الجليل، 382/3 ، روضة الطالبين، 169/6 .

(4) لسان العرب، 47/4 ، المصباح المنير، 37/1 .

(5) حاشية الدسوقي، 277/2 ، اليهودي، شرح منتهى الإرادات، 678/2 .

(6) لسان العرب، 142/7 .

(7) ابن رشد، بداية المجتهد، 68/2 ، مواهب الجليل، 488/3 .

وقد حصر بعض الفقهاء هذه العيوب في نوع وعدد معين وبعضهم وضع لها ضابطاً.

الفرع الرابع : مذاهب الفقهاء في حصر العيوب :

اختلف الفقهاء الذين حصروا العيوب الموجبة للتفريق في أنواع معينة على أربعة مذاهب :

المذهب الأول : العيوب الموجبة للتفريق تنحصر في الجب والعنة والخصاء ، والخنوثة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، حيث إن الحنفية عموماً يرون أن التفريق للعيوب الموجودة في الرجل دون المرأة (1) .

المذهب الثاني : تنحصر العيوب الموجبة للتفريق في ثلاثة عشر عيباً ، أربعة مشتركة بين الزوجين هي : الجنون والجدام ، والبرص ، والعذيمة ، وأربعة يختص بها الزوج وهي : الجب ، والعنة ، والخصاء ، والاعتراض ، وخمسة تختص بها المرأة وهي : القرْن ، والرَّتق ، والعَفَل ، والبُخر ، والإفضاء ، وهو قول المالكية (2) .

المذهب الثالث : العيوب الموجبة للتفريق تنحصر في ثلاثة مشتركة هي : الجنون والجدام والبرص ، واثنين يختص بهما الرجل هما : الجب والعنة ، واثنين تختص بهما المرأة هما : الرَّتق ، والقرْن ، وهو الصحيح من مذهب الشافعية (3) .

المذهب الرابع : تنحصر العيوب الموجبة للتفريق في ثمانية هي : الجنون ، والجدام والبرص ، والجب ، والعنة ، والرَّتق ، والقرْن ، والعَفَل ، وهو قول الحنابلة (4) .

أما العلماء الذين ذهبوا إلى عدم حصر العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين بعدد معين ، فقد عدّوا كل ما يتضرر به أحد الزوجين من الآخر ، أو يسبب الإيذاء

(1) بدائع الصنائع، 595/3 ، شرح فتح القدير، 274-267/4 .

(2) حاشية الدسوقي، 103/3 ، منح الجليل، 380/3 .

(3) روضة الطالبين، 168-167/6 ، مغني المحتاج، 217/3 .

(4) كشف القناع، 120/5 ، المغني، 459/6 .

والنفرة له ، أو يمنع من الوطء ولذته ، أو يخل بمقصود النكاح من الرحمة والمودة وإنجاب الذرية ، يعتبر عيباً موجباً للتفريق ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس ، رضي الله عنهم ، واليه ذهب سعيد بن المسيب ، والزهري ، وأبو ثور ، وابن القيم ، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية ، وقول عند الشافعية (1) .

فالاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة لا وجه له ، فالعوى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك ، من أعظم المنفرات ، والسكوت عنه تدليس وغش ، مناف للدين والأخلاق ، فالقياس أن كل عيب ينفّر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار (2) .

وفي رأيي أن العيوب لا تنحصر ، لما يلي :

1- الذين حصروا العيوب لم يستندوا إلى أي دليل يصح الاعتماد عليه أو الاستناد إليه .

2- الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً ، والعلة في اعتبار العيوب المتفق عليها والمسوغة للفسخ ، هي الضرر الناجم عن هذه العيوب ، وهذا الضرر موجود في كل شيء يحول دون استمرار الحياة الزوجية ، فالإقتصار على عدد لا وجه له .

3- العيوب التي ذكرها الفقهاء ، ليست على وجه الحصر ، بل هي مما أوجب العرف أنها منفرة ، وهي قاعدة مطّردة في كل ما يعده العرف منفراً .

4- العيوب أعم مما ذكره الفقهاء السابقون ، فكل عيب يتعدى ضرره إلى الغير ، معتبر في ثبوت الخيار في فسخ عقد الزواج ، وقد خصوا الجذام والبرص بالذكر لأنهما كانا شائعين ومستعصيين في زمانهما ، ويتعدى ضررهما إلى الغير .

(1) المبسوط، 221/5 ، روضة الطالبين، 169/6 ، زاد المعاد، 38/4 .

(2) زاد المعاد، 38،39/4 (بتصرف) ، الدكتور تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، ص191

5- كثير من الأمراض التي كانت مستعصية في السابق أصبح علاجها ممكناً وميسوراً وقد ظهرت في هذا الوقت أمراض أشد فتكاً من الأمراض السابقة كالإيدز والزهري ، لذا يكون الإطلاق أولى من التحديد والحصر ، لكن هذا مشروط بعدم فتح الباب على مصراعيه فلا تنضبط حدوده ، والضابط في ذلك أن كل ما ينفر الزوج من الآخر ولا يحصل منه مقصود الزواج فهو عيب معتبر يُرجع فيه إلى العرف ، لأن ما ليس له ضابط في الشرع ولا في اللغة فمرده إلى العرف (1) .

المبحث الثاني

التفريق للعقم في الفقه والقانون

ويشتمل على مطلبين

المطلب الأول : أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين للعقم

المطلب الثاني : موقف القانون من التفريق للعقم

المطلب الأول : أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين للعقم

اختلف الفقهاء في حكم التفريق للعقم على مذهبين :

المذهب الأول : عدم جواز التفريق للعقم بين الزوجين ، وإليه ذهب الجمهور (2) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية .

جاء في المبسوط للسرخسي الحنفي : (ولأن الولد ثمرة ، فلا يستحق بالنكاح ، ولهذا لو كانت عجوزاً أو عقيماً لا يثبت للزوج الخيار) (3) .

(1) المراجع السابقة .

(2) الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، 300/4، حاشية الخرشي، 236/3، الشافعي، الأم، 43/5، ابن قدامة، المغني، 583/7، ابن حزم، المحلى، 112/10، المرتضى، البحر الزخار، 63/4 .

(3) السرخسي، المبسوط، 157/18 .

وقال صاحب مواهب الجليل : (وأما العقم فالظاهر أنه لا يجب إخبارها به، لأنه ليس بعيب يوجب الخيار، ولأنه لا يقطع به فلعله يولد له من هذه وإن لم يولد له من غيرها) ⁽¹⁾ ، وجاء أيضاً : (ولا يضر عدم النسل كالعقم) ⁽²⁾ .

وفي روضة الطالبين قال النووي : (ولا خيار بكونه أو كونها عقيماً) ⁽³⁾ .

وقال البهوتي : (ولو بان أحدهما عقيماً فلا خيار للآخر) ⁽⁴⁾ .

أما الظاهرية فهم لا يجيزون التفريق للعيب مطلقاً، وعليه فالعقم ليس عيباً عندهم.

جاء في المحلى : (ولا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ، ولا بمرض كذلك،

ولا بجنون ، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ولا بأن تجده هي كذلك) ⁽⁵⁾ .

وعند الزيدية : (ولا فسخ بكون أيهما عقيماً إذ لا دليل) ⁽⁶⁾ .

المذهب الثاني : جواز التفريق للعقم بين الزوجين وهو مذهب عمر بن الخطاب من

الصحابة ⁽⁷⁾ ، والحسن البصري من التابعين ⁽⁸⁾ ، وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة

⁽⁹⁾ ، ومحمد بن الحسن من الحنفية ⁽¹⁰⁾ ، ومن المعاصرين ذهب إليه الدكتور عبد

الرحمن الصابوني ⁽¹¹⁾ ، والدكتور عبد العزيز الخياط ⁽¹²⁾ ، والدكتور محمد سلام

مذكور ⁽¹³⁾ وغيرهم .

(1) الخطاب، مواهب الجليل، 404/3 .

(2) حاشية الدسوقي، 278/2 .

(3) روضة الطالبين، 178/7 .

(4) كشاف القناع، 112/8 .

(5) ابن حزم، المحلى، 112/10 .

(6) المرتضى الزبيدي، البحر الزخار، 63/4 .

(7) ابن القيم، زاد المعاد، 38/4 .

(8) محمد رواس قلعة جي، موسوعة الحسن البصري الفقهية، 708/2 .

(9) الإمام ابن تيمية، مجموع الفتاوى 16/32 ، زاد المعاد، 38/4 .

(10) الزيلعي، تبیین الحقائق، 25/3 .

(11) مدى حرية الزوجين في الطلاق، 672/2 .

(12) حكم العقم في الإسلام، ص 23-25 .

(13) العقم والتعقيم وما يتعلق بهما من أحكام، ص 18 .

وقد نقل ابن قدامة : (أن الحسن البصري قال : إذا وجد الآخر عقيماً يَخْيَرُ) (1).

وقال ابن تيمية : (لو بان الزوج عقيماً فقياس قولنا ثبوت الخيار للمرأة أن لها حقاً في الولد ، ولهذا لا يعزل عن الحرة إلا بإذنها وعن الإمام أحمد ما يقتضيه ، وروى عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيضاً) (2).

وجاء في زاد المعاد : (والقياس أن كل عيب يَنْفِرُ الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع) (3).

يقول الدكتور عبدالرحمن الصابوني : (وإنني أرى أن عقم أحد الزوجين سبب مبرر للتفريق) (4).

وقال الدكتور محمد سلام مذكور : (فينبغي أن يكون العقم من العيوب التي تجيز لكل واحد منهما طلب التفريق ما دام هو ليس بعقيم) (5).

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول القائلين بعدم جواز التفريق للعقم بما يلي :

1- إن المقصود من الزواج هو الاستمتاع ، وعقم أحد الزوجين لا يخل بهذا المقصود (6).

2- إن العقم لا دخل للإنسان فيه ، ولا يستطيع منعه ، فلا يجوز التفريق بسببه ، لأن الله لا يكلف الإنسان ما لا يقدر عليه (7).

(1) المغني، 583/7 .

(2) الاختيارات الفقهية، ص 308 ، ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 464/5 .

(3) ابن القيم، زاد المعاد، 38/4 .

(4) مدى حرية الزوجين في الطلاق، 672/2 .

(5) العقم والتعقيم وما يتعلق بهما من أحكام، ص 18 .

(6) الشافعي، الأم، 34/5 .

(7) ابن حزم، المحلى، 60/10 .

3- إن عيب العقم غير مقطوع به ، فالرجل قد يولد له من امرأة ، ولا يولد له من امرأة أخرى (1) .

4- إن من الملاحظ أن العقم قد يزول ويُعالج منه الإنسان وقد يولد للشخص وهو شيخ كبير ولا يولد له وهو شاب ، فقد ولد لسيدنا إبراهيم عليه السلام من زوجته هاجر بعد أن كبرا بالسن ، كما ولد لسيدنا زكريا عليه السلام بعد أن بلغ من العمر عتياً (2) .

5- لم يرد دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع على جواز التفريق للعقم (3) .

6- قياس العقم على الإياس ، فالمرأة الآيس التي لا تلد لا يجوز التفريق بينها وبين زوجها حتى لو تزوجها وهو لا يعلم ذلك ، فكذلك العقم لا يجوز التفريق بين الزوجين بسببه (4) .

أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني الفائلين بجواز التفريق للعقم بما يلي :

1- عن ابن سيرين : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على بعض السعاية ، فتزوج امرأة وكان عقيماً ، فلما قدم ذكر له ذلك فقال له عمر : هل أخبرتها أنك عقيم ؟ قال : لا ، قال : فانطلق فأعلمها ثم خيرها (5) .

فهذا عمر بن الخطاب من كبار الصحابة ومن أكثرهم فقهاً ، أمر الرجل العقيم أن يخبر زوجته بعقمه ويخيرها ، وهذا دليل على اعتبار العقم عيباً ، وكتمانها يعتبر تدليساً ، ولهذا أمره أن يذهب لزوجته ويخيرها ، فإن شاءت البقاء معه فلها ذلك ، وإن أرادت الفراق فلها ذلك أيضاً ، وقد قال ذلك سيدنا عمر ، وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد .

(1) الخطاب، مواهب الجليل، 404/3 .

(2) ابن قدامة، المغني، 583/7 ، الشافعي، الأم، 43/5 .

(3) المرتضى الزبيدي، البحر الزخار، 63/4 .

(4) المغني، 583/7 .

(5) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، 162/6 من عدة طرق، وانظر : المحلى، 61/10 ، وزاد المعاد، 38/4 .

2- إن كثيراً من الفقهاء قد أجازوا التفريق بين الزوجين لعيوب أقل ضرراً من العقم، فأجازوا التفريق للباسور والناصور والقروح السياله ، فيكون جواز التفريق للعقم من باب أولى (1) .

3- حث الإسلام على التكاثر وزيادة النسل ، فمن ذلك قوله ﷺ : (تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثركم بالأمم يوم القيامة) (2) ، والعقم يحول دون ذلك فيكون التفريق للعقم متفقاً مع حث الإسلام على التكاثر والنسل .

4- ذكر الإمام الغزالي في الإحياء في آداب النكاح أثراً تحت على تفضيل من تلد من النساء على غيرها وذلك لإنجاب الأولاد ، فقد روى : أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال : إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال ، وأنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ قال : لا ، (3) ويقاس على ذلك الرجل العقيم .

5- إن من أهم مقاصد الزواج تحصيل النسل ، وعقم أحد الزوجين يحول دون تحقيق هذا المقصد ، والعقد إذا لم يحقق مقصده يكون وجوده كعدمه (4) .

6- إن عقم الزوج يعتبر ظلماً للزوجة وإضراراً بها ، والضرر يزال ، والظلم يجب رفعه ، وإزالة الضرر ورفع الظلم يكون بإعطاء المرأة حق طلب التفريق (5) .

7- إن في التفريق للعقم في بعض أنواعه مصلحة لكلا الطرفين ، حيث إنه إذا افترقا وتزوج كل واحد منهما من غير صاحبه أنجب وولد له ، وبهذا تتم سعادته (6) .

8- العقد إذا تم بين الزوجين ، فإن كلا العاقدین إنما يباشر العقد على أساس أن الطرف الآخر سالم من العيوب التي لم يخبر بها ، لأن الإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة ، فهو كالمشروط عرفاً (7) .

(1) مدى حرية الزوجين في الطلاق، 672/2 .

(2) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح ، باب النهي عن تزوج من لم تلد من النساء ، كما أخرجه النسائي في سننه، كتاب النكاح باب النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد حديث رقم 3026

(3) المستدرک علی الصحیحین، 176/2 .

(4) محمد فهر شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود ، 194/1 .

(5) محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام ، 211/2 .

(6) المرجع السابق .

(7) ابن القيم، زاد المعاد، 21/4 .

المناقشة والترحيج :

مناقشة أدلة المذهب الأول :

يمكن مناقشة أدلة الذين منعوا التفريق للعقم بما يلي :

1- ما استدلووا به من أن مقصود الزواج هو الاستمتاع ، والعقم لا يخل بهذا المقصد ، أمر غير مُسلم ، فليس مقصود الزواج هو الاستمتاع فقط ، بل إن المقصد الأسمى للزواج هو التكاثر والتناسل ، أما الاستمتاع فهو مكمل لهذا المقصد .

2- أما قولهم إن العقم لا دخل للإنسان فيه ، فلا يجوز التفريق بسببه ، فيرد عليه بأنكم تجيزون التفريق للجنة والرتق والقرن وغير ذلك من العيوب ، وهذه العيوب لا تدخل في طاقة الإنسان ولا قدرة له على دفعها .

3- أما دليلهم الثالث الذي ذكروا فيه أن العقم غير مقطوع به ، وأن الرجل قد يولد له من امرأة أخرى ، هذا الرجل ليس عقيماً ، وإنما العقم قد يكون بالزوجة التي لم تلد ، وإذا كان الرجل بإمكانه أن يتزوج بأكثر من امرأة ليحصل على النسل ، فلماذا لا نحقق رغبة المرأة بالنسل ونفرك بينها وبين زوجها إذا ثبت عقمه .

4- قولهم : أن الإنسان قد يولد له وهو كبير السن ولا يولد له وهو شاب ، واستشهدواهم بقصة إبراهيم وزكريا عليهما السلام ، فيرد عليهم بأن هذا من قبيل المعجزة وهي أمر خارق للعادة وخارج عن المألوف ، بدليل أن سارة زوجة سيدنا إبراهيم قد استغربت أن تلد وهي في هذه السن وقد قال الله تعالى على لسانها : ﴿قالت يا ويلتى أألد وأنا عجوز وهذا بعلي شيخاً إن هذا لشيء عجيب﴾ (1).

وكذلك ولادة سيدنا يحيى عليه السلام لنبي الله زكريا ، كانت أمراً خارقاً للعادة ، وقد استغرب سيدنا زكريا أن يولد له وهو شيخ كبير وزوجته عاقر ، قال تعالى على لسانه : ﴿هنالك دعا زكريا ربه قال رب هب لي من لدنك ذرية طيبة إنك سميع

(1) سورة هود ، الآية رقم 72 .

الدعاء فنادثته الملائكة وهو قائم يصلى في المحراب أن الله يبشرك بيحيى مصدقاً بكلمة من الله وسيداً وحصواً ونبياً من الصالحين قال رب أنى يكون لي غلام وقد بلغني الكبر وامرأتي عاقر قال كذلك الله يفعل ما يشاء⁽¹⁾ ، وهذه المعجزات خاصة بالأنبياء فلا يقاس عليها، وما يقع لغيرهم فهو نادر جداً .

5- أما احتجاجهم بعدم ورود نص في الكتاب والسنة على جواز التفريق للعقم ، يُرد عليه بأن الأدلة العامة في الكتاب والسنة تؤيد التفريق للعقم ، مثل قوله تعالى : ﴿فإمساك بمعروف أو بتسريح بإحسان﴾⁽²⁾، وقوله تعالى : ﴿فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾⁽³⁾ وقوله عليه الصلاة والسلام : (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁴⁾ ، يضاف إلى ذلك أن قصد الشارع من الزواج ، ومقاصد الشريعة العامة تؤيد مذهب القائلين بجواز التفريق للعقم ، ذلك أن إمساك الرجل العقيم زوجته الراغبة في الولد إمساك بغير معروف ، فيتعين التسريح بإحسان ، فإذا لم يقم به الزوج قام به القاضى رفعاً للضرر وإزالة للظلم .

6- أما قياسهم العقم على الإياس ، وكما لا يجوز التفريق بسبب إياس المرأة فلا يجوز التفريق للعقم ، بجامع عدم الولادة لهما (الآيس والعقيم) ، أقول : هذا قياس مع الفارق إذ أن سن اليأس يمكن معرفتها ، ولكن لا يمكن للمرأة أن تعرف عقم زوجها خاصة إذا كانت الزوجة الأولى ، كما أنه يشترط في التفريق للعيب عدم العلم بالعيب قبل العقد ، وهذا الشرط غير متوافر في الآيس إذ أنه لا يخفى على عاقل بلوغ المرأة سن اليأس ، أما العقم فكلا الزوجين لا يعرف شيئاً عن عقم صاحبه⁽⁵⁾ .

(1) سورة آل عمران ، الآية رقم 38-40

(2) سورة البقرة ، الآية 229 .

(3) سورة البقرة ، الآية 231 .

(4) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، 213/1 .

(5) القاضي زياد صبحي ذياب ، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص 191 .

الترجيح : بعد ذكر الأدلة ومناقشتها يظهر لي رجحان المذهب الثاني القائل بجواز التفريق بين الزوجين للعقم ، لقوة أدلتهم ، فالأثر المروى عن عمر بن الخطاب واضح الدلالة في جواز التفريق للعقم ، وهو من كبار الصحابة المشهود لهم بالعلم والفقه ، وقد اشتهر قوله ولم يخالفه أحد من الصحابة ، كما أن هذا المذهب أقرب إلى روح الشريعة ومقاصد الشرع ، وتحقيق فوائد النكاح وغاياته وأهدافه ، وكون الجماع والاستمتاع والمعاشرة الجنسية هي المقصد الوحيد من عقد النكاح يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة وغير مستقرة ، ثم إن شعور الزوجة بأنها عاجزة عن تأدية واجبها بصفقتها أمّاً ومربية يجعلها تشعر بالنقص والإحباط وأنها دون النساء الأخريات ، وهذا فيه ما فيه من الضرر والأذى ، والضرر مرفوع بقوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) (1) .

كما أن للمرأة حقاً في الولد وقد نص على ذلك كثير من الفقهاء ، ولهذا لا يجوز العزل عن الحرة بغير رضاها وبدون إذنها ، يقول الكاساني : (ويكره للزوج أن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها لأن الوطء عن إنزال سبب لحصول الولد ، ولها في الولد حق ، وبالعزل يفوت الولد فكان سبباً لفوات حقها) (2) ، وجاء في المغني : (ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها ... لأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجز إلا بإذنها) (3) ، وإذا أقر الفقهاء بحق الزوجة في الولد فإن عقم الزوج يمنع من حصولها على هذا الحق ، ومنعها ظلم ، ورفع الظلم يكون بالتفريق إذا طلبته الزوجة .

ثم إن جمهور الفقهاء أجازوا التفريق للعنة والخصاء والجب والقرن والرتق ، وهذه العيوب تربطها علاقة وثيقة بالعقم وعدم الإنجاب ، يقول ابن قدامة : (والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته) (4) ، وفائدة الوطء هي الولد ، فكل عيب يخل بمقصد النسل يجوز التفريق من أجله ، والعقم يمنع النسل ،

(1) المستدرك على الصحيحين ، 66/2 .

(2) بدائع الصنائع ، 334/2 .

(3) المغني ، 134/8 .

(4) المرجع السابق ، 581/7 .

وإذا نظرنا إلى أدلة المخالفين القائلين بعدم التفريق بسبب العقم نجد أنها ضعيفة ولم تسلم من المناقشة .

المطلب الثاني : موقف القانون من التفريق للعقم

اعتمدت في هذا المطلب على بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية ويمكن تقسيمها من حيث موقفها من التفريق للعقم إلى ثلاثة أقسام هي :

- 1- قوانين نصت صراحة على جواز التفريق للعقم ، وهو قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، وقانون الأحوال الشخصية العراقي .
- 2- قانون تدل نصوصه على عدم جواز التفريق للعقم ، وهو القانون السوري .
- 3- قوانين تدل نصوصها على جواز التفريق للعقم ، وإن لم تنص على ذلك صراحة، ومن ذلك القانون السوداني والقانون الكويتي .

الفرع الأول : القوانين التي نصت صراحة على جواز التفريق للعقم .

أولاً : قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :

إذا نظرنا إلى قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (8) لسنة 2005م ، نجد أنه صرح بجواز التفريق للعقم ، فالمادة (114) الفقرة (2) نصت على : لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الآتية : (إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر ، بعد زواج دام خمس سنوات ، وبعد العلاج الطبي ، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ ، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة)⁽¹⁾.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون : أما الفقرة الثانية من المادة (114) من القانون فإنها أعطت للزوجين حق فسخ العقد لعدم الإنجاب ، ذلك أن الغاية من الزواج هو التناسل ، فمن الظلم أن يحرم أحد الزوجين من طفل ، ما دام قادراً على إنجاب الولد والذرية ، فمن المصلحة للمجتمع تمكين أحد الزوجين من طلب الفسخ

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، ص 230 .

لعدم الإنجاب ، ومصدر هذا الحكم الوارد في هذه الفقرة أن الفقهاء الذين لم يحصرُوا العيوب ، قد ذكروا من العيوب التي تجيز الفسخ لأحد الزوجين ما تكون أقل في خطورتها من العقم (1) .

إلا أن المشرع الإماراتي لم يعط هذا الحق مطلقاً ، بل قيده بقيود خمسة هي :

(1) التحقق من عقم المدعى عليه بتقرير طبي .

(2) مضي خمس سنوات على الزواج .

(3) إجراء العلاج والتجارب الطبية من العقيم .

(4) عدم وجود أولاد لطالب الفسخ .

(5) عدم مجاوزة طالب الفسخ لسن أربعين سنة .

وحرصاً من المشرع الإماراتي على بقاء الحياة الزوجية راعى القيود الخمسة من أجل التفريق للعقم للاعتبارات التالية :

1- إذا نظرنا إلى القيد الأول نجد أن القانون لم يعط الحق في طلب التفريق إلا بعد التأكد والتحقق من عقم المدعى عليه ، ولابد أن يثبت العقم بتقرير طبي ، من أهل الخبرة والاختصاص ، وبهذا يكون التقرير حجة قوية على صدق ادعاء العقم أو نفيه ، وإنني أرى أن يضاف إلى هذا القيد (وألا يكون طالب التفريق عقيماً بشكل محقق) وهذا يعرف عن طريق الخبرة الطبية ، ويتناسب مع موقف القانون الإماراتي الذي أعطى حق طلب التفريق لكلا الزوجين .

2- أما القيدان الثاني والثالث : وهو مضي خمس سنوات على الزواج ، وإجراء العلاج والتجارب الطبية من العقيم ، فقد وضعاً لأن أسباب العقم عند الرجل والمرأة كثيرة ومتنوعة ، منها ما يحتاج إلى العلاج بالعقاقير ، ومنها ما يحتاج إلى إجراء عملية جراحية ، وبعض الحالات تحتاج إلى التلقيح الصناعي الداخلي ، ومع تطور

(1) المرجع السابق ، ص 231 .

الطب أصبح بالإمكان إجراء عملية الإخصاب خارج الرحم (أطفال الأنابيب) وكل ذلك لا يتم بتجربة واحدة ، أو من مقابلة واحدة ، بل يحتاج العلاج لوقت طويل ومراجعات كثيرة ، ولابد من استنفاد كل الفرص ، وبحث كل الوسائل التي يمكن أن تشفي من العقم ، وهذا لا يتم في أقل من خمس سنوات ، بل قد يحتاج إلى أكثر من ذلك كما هو مشاهد .⁽¹⁾

3- اشترط القانون لطالب التفريق بالعقم ألا يوجد له أولاد ، ذلك أن من مقاصد الزواج الإنجاب والحصول على الذرية ، فإذا كان للزوج أولاد منها أو من غيرها ، وكذلك الزوجة إذا كان لها أولاد منه أو من غيره ، فلا يفرق بينهما للعقم مع وجود الولد لتحقيق مقصد الزواج .

4- حدد القانون لطالب الفسخ بسبب العقم ألا يزيد عمره عن أربعين سنة ، وهي السن التي تكون للزوجين قابلية الإنجاب لو افترقا ، وقد ثبت علمياً أن في هذه السن تبدأ خصوبة الرجل بالتناقص التدريجي ، كما تبدأ مشاكل الخصوبة بالظهور بشكل حاد عند المرأة ، ويصبح الحمل أمراً عسيراً أو بعيد المنال في أغلب الأحيان⁽²⁾ .
هذه القيود إذا تخلف منها قيد سقط حق المدعى في الفسخ .

ثانياً : قانون الأحوال الشخصية العراقي :

إذا نظرنا إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد أنه نص صراحة على جواز التفريق للعقم ، فقد نص في المادة الثالثة والأربعين منه على ما يلي : (للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية) :

وذكرت هذه المادة العقم في السبب الخامس حيث جاء فيها : (إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة)⁽³⁾ .

(1) القاضي زياد صبحي ذياب ، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية ، ص 63-73 ، العقم والأمراض التناسلية ، ص 188

(2) جريدة الديار اللندنية ، جريدة مستقلة تعنى بشؤون الناطقين بالعربية في بريطانيا والعالم ، عدد الجمعة، 2011/2/4

(3) الدكتور فاروق عبدالله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ص 215

والعقم المقصود هنا هو العقم الذي لا يرجى شفاؤه ، ولا فرق بين أن يكون الزوج عقيماً ابتداءً أو أصيب بالعقم بعد الزواج ، فللزوجة في الحالتين حق طلب التفريق شريطة ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة ، ومنطوق النص أن الزوجة يحق لها طلب التفريق إذا كان لها ولد من زوج آخر ، وإذا كان الباعث من تشريع هذه الفقرة هو إرضاء غريزة الأمومة ، فإنه يكفيها أن يكون لها ولد من زوج آخر ، ولهذا فإن قيد (منه) الوارد في الفقرة أعلاه ينبغي أن يحذف .

وقد جاء في الوسيط شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، شروط التفريق للعقم كما يلي : (1)

- 1- أن تقدم الزوجة طلباً للقضاء .
- 2- ألا يكون العقم قابلاً للشفاء .
- 3- ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة إذا كان العقم طارئاً .
- 4- ألا تكون الزوجة قد علمت بالعقم ورضيت به .
- 5- ألا تكون هي عقيمة أيضاً .

يتبين من هذا أن القانون العراقي أعطى حق طلب التفريق بسبب العقم للزوجة دون الزوج ، لأنه لا إشكال بالنسبة للزوج إذا كانت الزوجة عقيمة ، بإمكانه التزوج من أخرى ، أما إذا كان الزوج عقيماً وأرادت الزوجة أن تنجب ولداً فلا طريق أمامها سوى طلب التفريق ، وهذا ما أقره القانون .

الفرع الثاني : القانون الذي تدل نصوصه على عدم جواز التفريق للعقم .

القانون السوري : إن القانون الوحيد من ضمن القوانين العربية التي تدل نصوصه على عدم جواز التفريق للعقم هو قانون الأحوال الشخصية السوري (2)، فإن مواد

(1) المرجع السابق .

(2) الدكتور عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، 69/2 .

التفريق للعيب قد حصرت العيوب المجيزة لطلب التفريق ، بالعلل المانعة من الدخول ، وبالجنون فقط ، وقد نصت المادة (105) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي :

مادة (105) : للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

- 1- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول ، بشرط سلامتها هي منها .
- 2- إذا جُن الزوج بعد العقد .

وبتأمل هذا النص نجد أنه قد حصر العيوب المجيزة لطلب التفريق بالعلل الجنسية، وبالجنون فقط ، وهذا يعني أنه لا يحق للزوجة طلب التفريق للعلل المنفرة أو العلل الضارة ، وهذا يعتبر قصوراً في النص القانوني ، لأن العلل المنفرة والضارة تحول دون تحقيق غايات الزواج من مودة وسكينة .

وقد أعطى القانون حق طلب التفريق للزوجة دون الزوج .

وعليه يمكن القول إن القانون السوري لم يعتبر العقم عيباً يجوز للزوجين طلب التفريق من أجله .

الفرع الثالث : قوانين تدل نصوصها على جواز التفريق للعقم ، وإن لم تنص على ذلك صراحة .

أولاً : قانون الأحوال الشخصية السوداني :

نصت الفقرة الأولى من المادة (151) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م على ما يلي : (يجوز للزوجة طلب التطلاق من زوجها لعيب أو مرض مستحكم أصيب به قبل العقد ولم تعلم به ، أو حدث بعد العقد ولم ترض به ، عقلياً كان أو عضوياً لا يُرجى برؤه ، أو يرجى برؤه بعد مضي أكثر من سنة ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر)⁽¹⁾ .

⁽¹⁾ قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 م .

ومقتضى النص أنه يحق للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا ثبت أن به عيباً أو مرضاً وتجاب إلى طلب التطلاق إذا توافرت الشروط الآتية :

الأول : أن يكون عيباً أو مرضاً مستحكماً لا يُرجى برؤه ، أو يُرجى برؤه بعد مضي أكثر من سنة .

الثاني : ألا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر ، والضرر عام يشمل الضرر المادي والأدبي ، ويشترط في الضرر أن يكون من الشدة بما لا يستطيع معه دوام العشرة بغير ضرر .

الثالث : ألا يثبت رضا الزوجة بالمقام مع الزوج مع علمها بالعيب ، وذلك بأن يكون العيب بالزوج قبل الزواج ولم تكن تعلم به وقت الزواج أو حدث بعد الزواج، ولم ترض به ، فإن كانت تعلم به قبل الزواج ، أو علمت به بعد الزواج ورضيت به الزوجة صراحة أو دلالة فلا يجوز لها طلب التفريق .

ويتضح من النص أن المشرع اختار تعريف العيب أو المرض بالوصف لا بالاسم ، ودلالة التعريف بالوصف أن العيب أو المرض الموجب للتطلاق ليس قاصراً على مرض دون مرض ، أو عيب دون عيب ، بل كل مرض أو عيب مستحكم يفوت به أي من مقاصد الزواج ، وهذا التوسع في العيوب المبيحة للتطلاق، يُدخل العقم ، لكونه مرضاً مستحكماً وعيباً يفوت به التناسل كمقصد من مقاصد الزواج .

وبهذا يمكننا القول بأن القانون السوداني أعطى الزوجة دون الزوج حق طلب التطلاق للعقم إذا توافرت شروطه ، على أن يستعان بأهل الخبرة من الأطباء لبيان استحكام المرض وإمكانية علاجه من عدمها ، كما نصت على ذلك المادة (152) من القانون .

ثانياً : قانون الأحوال الشخصية الكويتي :

لقد نصت المادة (139) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما يلي : (لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفرة أو المضرة ، أو التي تحول دون الاستمتاع ، سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده ، ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد ، أو رضي به صراحة بعده)⁽¹⁾ .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون أنه استمد أحكام هذه المادة من مذهب ابن قيم الجوزية ، و ابن القيم يرى أن العقم عيبٌ يجوز التفريق بين الزوجين لأجله ، كما أجاز التفريق للعمى والعرج والخرس والطرش ، وهذه العيوب أقل ضرراً على أحد الزوجين من العقم ، فيكون التفريق للعقم عند ابن القيم من باب أولى⁽²⁾ .

وجاء في المذكرة الإيضاحية : (... إن العيوب المقصودة هنا هي كل عيب ينفر الزوج الآخر ، أو يتضرر منه ، أو يمنع الاستمتاع ، لأنه حينئذ لا يحصل به مقصود الزواج من المودة ، والرحمة . والصحابة والسلف لم يخصوا ذلك بعيب دون عيب ، فهذا عمر يأمر بتخيير زوجة العقيم ، وأجل مجنوناً سنة ليفيق أو يفرق بينه وبين امرأته والزهرري يرد بكل داء عضال ، وشريح يقول لمن تزوج عمياء ، إن كان دلس عليه بعيب لم يجز ، وعمر وابنه وابن عباس ، وجابر بن زيد وأحمد والشافعي وإسحاق قد أثبتوا خيار الفسخ لمن يجد من الزوجين في الآخر عيباً في الجملة ، وقال ابن القيم : أما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا وجه له ...)⁽³⁾ .

وإذا كان قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد استمد أحكام هذه المادة من مذهب ابن القيم ، وابن القيم يجيز التفريق للعقم ، فمعنى ذلك أن القانون الكويتي يجيز

(1) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم (51)، لسنة : 1984 .

(2) زاد المعاد، 38/4 .

(3) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ، ص 244 .

التفريق للعقم ، كما أن نص المادة عام يشمل بعمومه العقم ، فهو من العيوب المضرّة ، وقد اعتبره القانون عيباً في الرجل والمرأة ، فيجوز لكل من الزوج والزوجة طلب التفريق لعقم الآخر .

وقد أعطى القانون القاضي صلاحية تأجيل الفسخ مدة مناسبة إذا كان زوال العلة ممكناً ، وحددتها المذكرة الإيضاحية بسنة على الأكثر ، وكان الأولى بالمشرع تحديد المدة بالنص القانوني .

كما جاء ذلك في نص المادة (141) : (إذا كانت العيوب المذكورة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال ، وإن كان زوالها ممكناً تؤجل القضية مدة مناسبة ، فإذا لم يزل العيب وأصر طالب الفسخ حكمت به المحكمة) .

وقد نصت المادة (142) : (يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في معرفة تحديد المدة المناسبة ، وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها) .

بعد أن نظرنا في بعض القوانين العربية في موضوع التفريق للعقم ، تبين لنا أن قانوني الأحوال الشخصية الإماراتي والعراقي هما اللذان نصا صراحة على جواز التفريق بين الزوجين للعقم ، فقانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، وهو أحدث قانون في البلاد العربية ، نجده صرح بالتفريق ووضع له شروطاً في غاية الأهمية، فهو بذلك يحقق مقاصد الزواج ، ويتناسب مع الزمن والعصر ، ويتفق مع التطورات الاجتماعية ولا يتعارض مع أحكام الشرع ، وهو ما نرجحه ونؤيده .

المبحث الثالث

صاحب الحق بطلب التفريق للعقم وشروط التفريق وآثاره

المطلب الأول : صاحب الحق يطلب التفريق للعقم

المطلب الثاني : شروط التفريق للعقم

المطلب الثالث : آثار التفريق للعقم

المبحث الثالث

صاحب الحق بطلب التفريق للعقم وشروط التفريق وآثاره

بعد أن رجحنا في المبحث السابق مذهب من يرى جواز التفريق للعقم ، فلا بد من معرفة صاحب الحق بطلب التفريق ، وشروط التفريق للعقم وآثاره ، وهذا ما نبينه في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : صاحب الحق بطلب التفريق للعقم

من خلال دراستنا لآراء الفقهاء في موضوع التفريق للعقم ، والتفريق للعيب ، نستطيع أن نقول إن الفقهاء انقسموا إلى مذهبين من صاحب الحق بطلب التفريق للعقم ، فمنهم من يرى أنه حق للزوجين معاً ، ومنهم من يرى أنه حق للزوجة دون الزوج .

المذهب الأول : إن حق طلب التفريق للعقم ثابت لكل من الزوجين فلكل واحد منهما طلب التفريق ، وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم ، والقاضي شريح ، والزهرري ، ومن المعاصرين قال به الدكتور عبد الرحمن الصابوني ، والدكتور محمد سلام مذكور⁽¹⁾ .

المذهب الثاني : حق طلب التفريق للعقم خاص بالزوجة دون الزوج ، وهو مذهب الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ، ومن المعاصرين ذهب إليه الدكتور عبد العزيز الخياط ، والدكتور محمد عقله ، وغيرهما⁽²⁾ .

أدلة المذهب الأول : هي الأدلة نفسه التي سبق أن ذكرناها في حكم التفريق بالعيب، ويمكن أن يستدل لهم بالأدلة التالية :

(1) الإمام ابن تيمية، الفتاوى ، 16/22 ، ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، ص 380 ، زاد المعاد، 21/4 ، المحلى، 112/10 ، نيل الأوطار، 299/6 ، مدى حرية الزوجين في الطلاق، 772/2 ، الإسلام والأسرة والمجتمع، ص 131 .
(2) المبسوط، 221/5 ، بدائع الصنائع، 237/4 ، حكم العقم في الإسلام، ص 23 ، نظام الأسرة في الإسلام، 247/2 .

1- إن عقم أي من الزوجين يقف حائلاً دون تحقيق هدف الزواج الأسمى وهو النسل، ولا فرق في ذلك بين عقم الرجل وعقم المرأة .

2- وردت نصوص كثيرة في السُّنة النبوية ترغب في نكاح المرأة الولود ، وتنتهى عن زواج المرأة العقيم ، وهذه النصوص وإن كانت على سبيل التفضيل والترغيب، إلا أنها تبين أهمية التناسل بين الزوجين ومكانته في الإسلام ، فإذا وجد في أحد الزوجين ما يمنع من تحقيقه ، جاز للآخر طلب التفريق .

3- إن غريزة حب النسل وحفظ النوع ، موجودة في نفس كل إنسان ذكراً كان أم أنثى ، والطريق الصحيح لإشباع هذه الغريزة هو الزواج ، فإذا لم يكن أحد الزوجين قادراً على تحقيق هذه الغريزة وإشباعها للآخر بسبب عقمه ، فإن ذلك يضر به والضرر يزال ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة ، وإزالته تكون بالتفريق (1) .

أدلة المذهب الثاني : هي ذات الأدلة التي سبق أن ذكرناها على إعطاء المرأة حق التفريق لعيب تجده في زوجها (2) ، ويمكن أن يستدل لهم أيضاً بما يلي :

1- ما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على بعض السَّعَاية ، فتزوج امرأة وكان عقيماً ، فلما قدم ذكر له ذلك ، فقال له عمر : هل أخبرتها أنك عقيم ؟ قال : لا ، قال : فانطلق فأعلمها ثم خيّرْها (3) . وهذا يدل على أن الخيار للمرأة بطلب التفريق للعقم .

2- إن الهدف من إعطاء الخيار للمرأة هو إزالة الضرر عنها ، لأنه لا يمكن إزالة الضرر الواقع عليها بسبب عقم زوجها إلا بطلب التفريق ، أما الرجل فيستطيع أن يلبي عاطفة الأبوة بالزواج من أخرى ، وإن لم يستطع الجمع بين زوجتين فبإمكانه أن يطلق العقيم ، والعقم يختلف عن غيره من العيوب ، فهو لا يُنْفَر ولا يُعْدَى ، ولا يمنع الاستمتاع ، وإنما اعتبرناه عيباً ، لأنه يمنع النسل الذي هو أحد مقاصد الزواج.

(1) الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل في الفقه الإسلامي ، ص 127 .

(2) انظر : ص 21-24 من البحث .

(3) سبق تخريجه ، ص : 41

الرأي الراجح : أرى أن الراجح هو المذهب الثاني الذي يقصر حق طلب التفريق للعقم على المرأة ، ذلك أن عقم المرأة وإن كان يفوت على الزوج مقصد النسل ، إلا أن الزوج يستطيع تلبية رغبته الفطرية بالزواج من أخرى ، وإن كان لا يستطيع أن يجمع زوجتين في عصمته فله إنهاء زواجه منها بالطلاق ، أما المرأة فليست كالرجل ، ولا سبيل لها إلى الولد إلا بالطلاق منه ، فإن رفض الطلاق تضررت ، ورفع الضرر عنها واجب ، ولا يكون هذا إلا بالتفريق بينها وبينه .

وإذا نظرنا إلى المصلحة العامة في هذا الزواج نرى أن الزواج من امرأة أخرى مع الزوجة العقيم أخف ضرراً ، وأقل شرراً ، وأستر حالاً ، وأكثر منفعة من إعطاء الرجل حق طلب التفريق لعقم زوجته ، لأنه إذا تم التفريق للعقم فإن هذه المرأة لن تجد من يتزوجها ، لأن النفس تنفر من المرأة العقيم ، وقد تكون هذه المرأة صغيرة السن تحتاج إلى زوج يحصنها ، فإذا لم تجد من يحصنها فإنها قد تقع في المحذور ، وفي هذا من المفسد ما لا يخفى ، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح .

كما أرى أن الزوج له الحق في الرد بعقم الزوجة إذا كان قد دُلَّس عليه عند العقد ، حتى لا يُتخذ التدليس والخداع وسيلة لتضييع الحقوق .

موقف القانون :

من خلال النظر في بعض القوانين العربية ، نجد أن القانون الإماراتي والقانون الكويتي هما الوحيدان اللذان يعطيان حق طلب التفريق لكلا الزوجين بسبب العقم ، أما القانون العراقي والقانون السوداني فهما يعطيان حق طلب التفريق للعقم للزوجة دون الزوج .

المطلب الثاني : شروط التفريق للعقم

إن الفقهاء الذين اعتبروا العقم عيباً ، وهم الذين لم يحصروا العيوب ، لم يضعوا شروطاً للتفريق به ، ولعلهم اكتفوا بالشروط التي ذكرها الفقهاء في التفريق للعيب ، ولهذا سأسْتَخلص شروط التفريق للعقم من شروط التفريق للعيب .

وفيما يلي شروط التفريق للعيب التي تشترط في التفريق للعقم :

الشرط الأول : عدم العلم بالعيب والرضا به .

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة ⁽¹⁾ على اشتراط عدم العلم بالعيب قبل العقد ، وعد الرضا به بعد العلم ، لثبوت الخيار ، لأن العلم بالعيب قبل العقد رضاً بالعيب ، والرضا بالعيب يسقط الخيار ، كالمشتري إذا كان عالماً بعيب المبيع عند البيع ، إلا أن الجمهور ⁽²⁾ من المالكية والشافعية والحنابلة ، استثنوا عيب العنة من هذا الشرط لأن العنة قد تحصل في حق امرأة دون أخرى .

أثر العلم بالعقم قبل العقد أو الرضا به بعده : يشترط في التفريق للعقم عدم العلم به قبل العقد ، وعدم الرضا به بعد العلم ، مع تفصيل في هذا الشرط تبعاً لأنواع العقم ، فإذا كان العقم دائماً ، بمعنى أنه لا يمكن للمصاب به أن ينجب ، وعلم به الطرف الآخر ، فلا خيار للسليم بطلب التفريق ، أما إذا كان العقم نسبياً وهو الذي يمكن علاجه فإنه يأخذ حكم العنة ، وأرى الأخذ برأي جمهور الفقهاء في استثناء العنة من شرط العلم بالعيب ، لأن الرجل تحصل له العنة مع امرأة دون أخرى ، فذلك العقم النسبي ، فإن بعض الرجال الذين يعانون من ضعف في الإخصاب إذا تزوجوا نساء ضعيفات الخصوبة لم يولد لهم ، ولكنهم إذا تزوجوا نساء لهن زيادة في الخصوبة لأنجبوا ، وبما أن العلم بالعنة عند بعض الفقهاء لا يسقط خيار الرد ، فذلك العلم ببعض أنواع العقم وهو ما يرجى علاجه لا يسقط حق الرد ⁽³⁾ .

يؤيد هذا أن الشافعية أثبتوا الخيار للعالم بالعيب إذا ظنه يسيراً ثم انتقل لأفحش منه ، وهو هنا استحالة الإنجاب ، فيثبت الخيار مع العلم به ⁽⁴⁾ .

(1) بدائع الصنائع، 325/2 ، حاشية الدسوقي، 277/2 ، مغني المحتاج، 341/4 ، تكملة المجموع، 381/17 ، كشف القناع 111/5 .

(2) حاشية الدسوقي، 277/2، حاشيتا قليوبي وعميرة، 262/3، الرحيباني، مطالب أولي النهى، 151/5 .

(3) مغني المحتاج، 203/3 .

(4) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 346/7 .

ويمكن صياغة هذا الشرط بالنسبة لأثر العلم بالعقم قبل العقد أو الرضا به بعد العلم كالتالي :

العلم بعقم الطرف الآخر أو الرضا به يسقط خيار طلب التفريق إذا كان العقم دائماً ، أما إن كان العقم مؤقتاً فإن العلم به قبل العقد لا يؤثر على حق طلب التفريق ، ولا يسقط هذا الحق إلا بالرضا صراحة .

الشرط الثاني : سلامة طالب التفريق من العيب الذي يراد التفريق لأجله

إذا كان طالب التفريق معيباً بنفس العيب الذي يريد رد النكاح لأجله ، فهل له ذلك ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول : ذهب المالكية ⁽¹⁾ والشافعية في الأصح ⁽²⁾ والحنابلة في الصحيح من المذهب ⁽³⁾ إلى أن لكل واحد من الزوجين حق رد صاحبه ، لأن سبب الخيار وهو العيب قد وجد ، ولأن الإنسان يعاف من عيب غيره ولا يعاف من نفسه .

المذهب الثاني : ذهب الحنفية ⁽⁴⁾ والشافعية في وجه ⁽⁵⁾ والحنابلة في رواية ⁽⁶⁾ إلى أنه لا خيار لأي من الزوجين في رد صاحبه ، لأنهما متساويان في العيب ، ولا توجد مزية لأحدهما على الآخر ، فأشبهها الصحيحين .

المذهب الثالث : ذهب اللخمي من المالكية ⁽⁷⁾ إلى أن الخيار للزوج دون الزوجة ، وعلى ذلك بأن الزوج بذل صداقاً لزوجة سالمه فوجدها معيبة ، ممن يكون مهرها أقل من ذلك .

(1) الحطاب، مواهب الجليل، 483/3 .

(2) مغني المحتاج، 203/3 ، تحفة المحتاج، 348/7 .

(3) المغني، 583/7 ، المرداوي، الإنصاف، 199/8 .

(4) المبسوط، 104/5 ، بدائع الصنائع، 325/4 .

(5) مغني المحتاج، 203/3 .

(6) ابن مفلح، المبدع 108/7 ، الإنصاف، 199/8 .

(7) حاشية الدسوقي، 277/2 ، مواهب الجليل، 483/3 .

الرأي الراجح : المذهب الثاني الذي لم يعط لأي من الزوجين حق رد صاحبه إذا كان معيباً بنفس عيب صاحبه ، هو الراجح ، وهو الأقرب لروح الشريعة وعدلها ، لأن الشارع أجاز التفريق للعيب لرفع الضرر ، فإذا تساوى بالعيب فلا مزية لأحدهما على الآخر .

ونستطيع أن نصوغ هذا الشرط بالنسبة للعقم كالتالي :

أن لا يكون طالب التفريق للعقم عقيماً .

ذلك أن الأصل في مشروعية الخيار بطلب التفريق للعيب هو إزالة الضرر ، فإذا كان كلا الزوجين عقيماً فلا يرتفع الضرر عن أحدهما بطلب التفريق ، ومعلوم أن العقم ليس من الأمراض المنفرة ، ولا المعدية ولا يفوت عقم أحد الزوجين على الآخر مقصد الإحصان أو السكن .

الشرط الثالث : الفورية في طلب التفريق .

إذا كان لأحد الزوجين حق طلب التفريق للعيب ، فهل يشترط الفورية في طلب التفريق؟ ، أم أنه يجوز على التراخي ؟ ، للفقهاء في ذلك مذهبان :

المذهب الأول : ذهب الجمهور⁽¹⁾ من الحنفية والحنابلة والزيدية إلى أن خيار التفريق للعيب يثبت على التراخي ، لأنه جُعل لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي ، كخيار القصاص .

المذهب الثاني : ذهب الشافعية⁽²⁾ إلى اشتراط الفورية في طلب التفريق للعيب ، ومع التراخي يسقط الحق في التفريق ، وذلك قياساً على خيار العيب في البيع ، إذ يجب على الفور ، إلا أن الشافعية استثنوا عيب العنة ، فإن الخيار فيه يثبت على التراخي ، لأن العنة تحصل في حق امرأة دون أخرى .

(1) تبين الحقائق ، 23/3 ، حاشية ابن عابدين ، 499/5 ، المغني ، 7/ 143 ، كشف القناع ، 112/5 ، البحر الزخار ، 630/4 .

(2) حاشيتا قليوبي وعميرة ، 263/3 ، المذهب ، 62/2 .

الرأي الرابع : أن طلب التفريق للعيب على التراخي ، وهو مذهب الجمهور ، ذلك أن عدم المطالبة فوراً لا تدل على الرضا دلالة قاطعة ، إذ قد يكون التراخي بطلب التفريق رجاء شفاء العقم ، أو ربما يظن من نفسه القدرة على الصبر ، ثم بعد ذلك يكتشف أن ذلك فوق طاقته ، فثبوت الخيار على التراخي وعدم اشتراط الفورية ، يجعله يثبت ولا يتعجل بفراق صاحبه ، لأنه يعلم أن حقه لا يضيع بالتراخي ، فالحكمة والمصلحة تقتضى أن يكون خيار التفريق للعيب ثابتاً على التراخي ، فعلى هذا نستطيع القول : أنه لا تشترط الفورية في طلب التفريق للعقم .

الشرط الرابع : التفريق للعيب الطارئ بعد الدخول

اختلف الفقهاء في حكم التفريق للعيب الطارئ بعد الدخول على عدة مذاهب :

مذهب الحنفية : وهم لا ينظرون إلى وقت حدوث العيب ، إنما ينظرون إلى وقت العلم به فإن علمت المرأة بالعيب وقت العقد فلا يكون لها حق الخصومة ، والحنفية كما هو معلوم يقصرون حق الرد على المرأة وفي عيبي العنة والجب (1) .

مذهب المالكية : المالكية فصلوا في العيوب (2) ، فإذا كان العيب الطارئ من العيوب المشتركة بين الزوجين ، وهي : الجنون والجدام والبرص والعذيمة ، فإن للزوجة أن ترد بها ، وليس للزوج ذلك لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إذا تضرر ، لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة .

أما إن كان العيب الطارئ من العيوب الخاصة بالرجل وهي : الجب والعنة والاعتراض والخصاء ، فليس للمرأة طلب التفريق من أجلها وهي مصيبة نزلت بها، إلا إذا تسبب الرجل في العيب .

(1) بدائع الصنائع، 325/4 ، نظام الدين البلخي ومجموعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية 524/1 .

(2) حاشية الدسوقي، 278/2 ، المواق، التاج والاكلیل، 147/5 .

وفي حالة كان العيب الطارئ هو من العيوب الخاصة بالمرأة وهي القرن والعقل والرتق والبخر والإفضاء ، فليس للرجل حق طلب التفريق من أجلها ، وهي مصيبة نزلت به .

مذهب الشافعية : ذهب الشافعية ⁽¹⁾ إلى أن للزوجة الخيار في عيوب الزوج الحادثة بعد الدخول ، إلا العنة الحادثة بعد الدخول فلا يجوز طلب التفريق لأجلها .

أما إذا كان العيب الطارئ بالزوجة فعند الشافعية قولان :

الأول : تثبت الخيار للزوج ، وهو قول الشافعي في الجديد ، لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد يثبت به الخيار إذا حدث بعده ، كالعيب في الزوج .

الثاني : لا يثبت الخيار للزوج ، وهو قول الشافعية في القديم ، لأن الزوج يملك أن يطلق ويرفع الضرر عن نفسه بخلاف الزوجة .

مذهب الحنابلة : للحنابلة وجهان في العيب الحادث بعد الدخول ⁽²⁾ :

الأول : لا يثبت الخيار لأي منهما ، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد ، فأشبهه العيب الحادث بالمبيع .

الثاني : يثبت الخيار لكلا الزوجين ، لأنه عقد على منفعة ، فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة .

حكم التفريق للعقم الطارئ :

إن العقم يختلف عن العيوب التي نص عليها الفقهاء ، فهو ليس مرضاً معدياً ، ولا منقراً ، إلا أنه يُفوّت مقصد النسل ، فإذا طرأ على أحد الزوجين بعد الدخول ، وبعد أن أنجب من الآخر ، فإن الزواج يكون قد حقق مقصد النسل ، ولو بولادة ولد واحد .

⁽¹⁾ نهاية المحتاج، 311/6 ، المجموع شرح المذهب، 374/17 .

⁽²⁾ كشف القناع، 111/5 ، شرح منتهى الارادات، 678/2 .

مما سبق يمكن أن نستخلص الشرط التالي للعقم :

ألا يكون قد ولد لطالب التفريق للعقم ولد من الزوج الآخر .

هذه هي الشروط التي ذكرها الفقهاء في التفريق بالعيب ، والتي استنبطنا منها شروط التفريق للعقم ، وهناك شروط أخرى ذكرها بعض العلماء المعاصرين ، يمكن إضافتها إلى الشروط السابقة وهي :

الشرط الخامس : مُضي مدة على الدخول بالزوجة قبل التفريق للعقم .

إذا ثبت العقم بالفحص الطبي والتحليلات المختبرية ، ولا يمكن احتمال زواله والبراء منه ، أو غلب على الظن ذلك ، فُرق بين الزوجين في الحال ، وإلا فلا يُفَرَّق بينهما حتى تمضي مدة كافية للتثبت من العقم ، ومن الرغبة بالتفريق ، وهذه الفترة حددها بعض الأطباء في تعريفهم للعقم بمضي سنة على الزواج ، حتى يقال أن هناك عقمًا في أحد الزوجين ، وبعضهم قدر المدة بمرور سنتين على الزواج (1) وحدد الدكتور عبدالكريم زيدان (2) المدة بأربع سنوات ، وأوصلها الدكتور الصابوني (3) خمس سنوات بدون إنجاب لاعتبار العقم .

والحقيقة أنه لا يوجد دليل على تحديد المدة ، فينبغي أن يحددها أهل الاختصاص من الأطباء .

الشرط السادس : أن يكون طالب التفريق في سن يمكنه الإنجاب .

وبناءً على هذا الشرط فإن المرأة إذا بلغت سن اليأس فلا يحق لها طلب التفريق للعقم ، لأنها لا تستفيد من طلبها التفريق في تحقيق مقصدها من الزواج وهو الحصول على النسل ، لأنها أصبحت هي غير قادرة على تحقيق هذا المقصد لو تزوجت من غيره (4) .

(1) انظر : صفحة 16 من البحث .

(2) المفصل في أحكام المرأة ، 40/9 .

(3) مدى حرية الزوجين في الطلاق ، 673/2 ، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص 213 .

(4) أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص 213 .

موقف القانون من شروط العقم :

إذا نظرنا إلى القوانين التي أجازت التفريق للعقم صراحة وهو قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، وقانون الأحوال الشخصية العراقي ، نجد أنهما نصا على هذه الشروط ، فالقانون الإماراتي وضع خمسة شروط لجواز التفريق للعقم هي :

- 1- عدم وجود أولاد لطالب الفسخ .
 - 2- مضي خمس سنوات على الزواج .
 - 3- عدم مجاوزة طالب الفسخ لسن أربعين سنة .
 - 4- إجراء العلاج والتجارب الطبية .
 - 5- التأكد من عقم المدعي بتقرير طبي .
- أما قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فقد أعطى الزوجة دون الزوج طلب التفريق للعقم واشترط له :

- 1- ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة إذا كان العقم طارئاً .
- 2- ألا تكون الزوجة قد علمت بالعقم ورضيت به .
- 3- ألا تكون هي عقيمة أيضاً .
- 4- ألا يكون العقم قابلاً للشفاء ⁽¹⁾ .

المطلب الثالث : آثار التفريق للعقم

إذا وقع التفريق بين الزوجين بسبب العقم ، فما الآثار والحقوق المترتبة على هذا التفريق ؟ .

وبما أن بعض آثار التفريق وكثيراً من الحقوق المترتبة عليه تتوقف على معرفة نوع الفرقة هل هي طلاق أم فسخ ، هذا ما سنبينه .

⁽¹⁾ راجع هذه الشروط صفحة 49 من البحث .

الفرع الأول ، نوع التفريق :

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة التي يتم بها التفريق بين الزوجين للعيب على مذهبين :

المذهب الأول : التفريق للعيب - والعقم أحد أنواعه - يعتبر طلاقاً بائناً ، وهذا مذهب الحنفية (1) والمالكية (2) .

المذهب الثاني : إن التفريق للعيب يعتبر فسخاً لا طلاقاً ، وهذا مذهب الجمهور (3) من الشافعية والحنابلة والزيدية .

أدلة أصحاب المذهب الأول : استدل أصحاب المذهب الأول بما يلي :-

1- إن الفرقة الحاصلة بالعنة والجب إنما شرعت لعدم وصول الرجل إلى امرأته ، فتقاس هذه الفرقة على فرقة الإيلاء ، التي يتمتع بها الزوج عن وطء زوجته ، والفرقة بالإيلاء طلاق بائن (4) .

يُعتَرَض على هذا الدليل بأن قياس الجب والعنة على الإيلاء قياس مع الفارق ، لأن عدم الوطء في الإيلاء يتم برغبة الزوج وإرادته ، أما في الجب والعنة فلا إرادة له .

2- إن الواجب على الزوج إمساك الزوجة بمعروف أو تسريحها بإحسان ، فإن كان عاجزاً عن إمساكها بمعروف ، فيتعين عليه التسريح بطلاقها ، فإن لم يفعل ناب عنه القاضي رفعاً للضرر عنها (5) .

نوقش هذا الدليل بأن الطلاق ملك الزوج دون غيره ، ولا يجوز أن يكون القاضي وكيلاً لأحد الخصوم ، وإنما وظيفته أن يحكم بين الخصوم فإن كانت الزوجة

(1) شرح فتح القدير، 300/4 ، المبسوط، 102/5 ، تبين الحقائق، 23/3 .

(2) مواهب الجليل، 410/3 ، الخرشي على خليل، 16/4 .

(3) الشيرازي، المهذب 62/2 ، الأم، 43/5 ، أسنى المطالب، 176/3 ، شرح منتهى الإرادات، 78/2 ، ابن مفلح، المبدع 101/7 ، البحر الزخار، 60/4 ، الصنعاني، التاج المذهب، 63/2 .

(4) المغني، 153/7 ، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، ص 71 .

(5) المبسوط، 102/5 ، تبين الحقائق، 23/3 .

مظلومة بعيب زوجها ، فرفع الظلم عنها يكون بالتفريق بينهما ، وحيث إن الطلاق من حق الزوج ، فيستطيع القاضي أن يفرق بين الزوجين بفسخ العقد ، حتى لا يتعدى أحد على حقه (1) وهم قد اعتبروا هذا الطلاق بائناً لا رجعيّاً ، لأن المقصود منه دفع الظلم عن المرأة ، فلو كان رجعيّاً لاستعادها الزوج إلى عصمته فلا يزول عنها الضرر .

أدلة أصحاب المذهب الثاني وقد استدلو بما يلي :

- 1- إن التفريق للعيب ، إنما هو خيار ثبت لأجل العيب ، والخيار يعطي صاحبه حق الفسخ قياساً على العيب في المبيع (2) .
- 2- إن الطلاق خاص بالفرقة التي يوقعها الزوج ، والتي تصدر منه ويتلفظ بها ، والزوج لم يتلفظ بالطلاق عند إيقاع الفرقة بالعيب من قبل القاضي ، بل قد تكون الفرقة رغم أنفه ، فتكون فسخاً (3) .

الرأي الراجح : إن هذه المسألة لم يرد بها نص ، وإنما هي أدلة عقلية ، ولهذا ينبغي أن يكون الترجيح محققاً لما فيه المصلحة ، وإنني أرى الأخذ برأي الفقهاء الذين اعتبروا الفرقة فسخاً لا طلاقاً وهو أقرب إلى تحقيق المصلحة ، وذلك أن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات ، فلو فكرنا بالرجوع إلى بعضهما ، لكان في اعتبار الفرقة فسخاً فرصة أكبر ، كما أن الفسخ قبل الدخول يسقط نصف المهر بينما الطلاق يوجب ، ففي ذلك عدالة وإنصاف ، لأنه إن كانت المرأة هي التي ردت لعيب في الرجل ، كانت الفرقة من جهتها فيسقط المهر ، وإن كان الرجل هو الذي ردّ لعيب في المرأة ، فإنه يفسخ لمعنى في جهتها ، وهو التدليس بالعيب ، فكأنها اختارت الفسخ ، فالفسخ أكثر عدالة .

(1) أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص 223 .

(2) المغني، 605/7 .

(3) المصدر السابق ، وأحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص 224 .

موقف القانون .

ذهب قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، والكويتي إلى اعتبار الفرقة بسبب العيب فسخاً سواء أكان العيب بالزوج أم الزوجة ⁽¹⁾ ، تيسيراً على الأزواج .

أما قانون الأحوال الشخصية السوداني والعراقي ، فقد اعتبرا الفرقة للعيب طلاقاً بائناً ، وهم لا يفرقون إلا لعيب الزوج ⁽²⁾ وعلى هذا فالتفريق للعقم في القانون الإماراتي والكويتي يعد فسخاً لا يقلل من عدد الطلاقات ، أما في القانون السوداني والعراقي فيعتبر طلاقاً بائناً .

الفرق بين الطلاق والفسخ من حيث الآثار المترتبة عليهما :

إن الآثار المترتبة على الفسخ تختلف عن الآثار التي تترتب على الطلاق ، وأهم هذه الاختلافات هي :

- 1- إن الفرقة بالطلاق تحسب من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته ، أما فسخ الزواج فلا ينقص من عدد الطلاقات ⁽³⁾ .
- 2- إن الطلاق إذا وقع قبل الدخول والخلوة فإن المرأة تستحق نصف المهر المسمى أما الفسخ إذا تم قبل الدخول والخلوة فلا تستحق المرأة شيئاً من المهر ⁽⁴⁾ .
- 3- إن الطلاق بعد الدخول يوجب للمرأة المهر المسمى ، أما فسخ العقد بعد الدخول يوجب للمرأة مهر المثل ⁽⁵⁾ .
- 4- تستحق المرأة نفقة عدة إذا كانت الفرقة طلاقاً ، ولا تستحقها إذا كانت فسخاً ⁽⁶⁾ .

(1) انظر : نص المادة 115 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ، والمادة 139 من القانون الكويتي .

(2) انظر : نص المادة 151 من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م والمادة 45 من القانون العراقي .

(3) كشاف القناع ، 112/5 ، ابن أبي تغلب ، نيل المأرب ، 178/2 .

(4) المهذب ، 62/2 ، محمد رأفت عثمان ، سلطة القاضي في التفريق ، ص 76 .

(5) المراجع السابقة .

(6) المغني ، 589/7 فؤاد جاد كريم ، حق الزوجين في طلب التفريق ، ص 153 .

5- الزوجة ترث زوجها في عدة الطلاق الرجعي ، أما في الفسخ فلا يرث أحدهما الآخر (1) .

الفرع الثاني : الحقوق المترتبة على التفريق .

يترتب على التفريق بين الزوجين حقوقٌ لعل من أهمها :

أولاً - المهر : إن التفريق للعيب إما أن يكون لعيب في الزوج أو في الزوجة ، وإما أن يكون قبل الدخول أو بعده ، فلدينا أربع حالات نحتاج إلى معرفة مقدار المهر في كل حالة منها :

الحالة الأولى : حكم المهر إذا كانت الفرقة لعيب في الزوج قبل الدخول والخلوة .

اختلف الفقهاء في استحقاق المرأة لشيء من المهر ، إذا كانت الفرقة لعيب الزوج قبل الدخول والخلوة على مذهبين :

المذهب الأول : ذهب الحنفية (2) إلى أن لها نصف المهر المسمى ، إن كان قد سمي لها مهراً ، وإن لم يسم لها فلها المتعة ، وذلك لأن هذه الفرقة طلاق بائن عندهم ، فتأخذ حكم الطلاق قبل الدخول والخلوة .

المذهب الثاني : ذهب جمهور (3) الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن الزوجة لا تستحق شيئاً من المهر ، واستدلوا بما يلي :

1- إن المرأة هي التي طلبت التفريق ، فتكون الفرقة من جهتها وبسببها فيسقط مهرها (4) .

2- إن المهر مقابل الانتفاع ، والزوج قد بذل المهر مقابل ذلك ، وحيث تمت الفرقة ولم ينتفع الزوج ، فيبقى المهر له (5) .

(1) المراجع السابقة .

(2) بدائع الصنائع ، 531/4 .

(3) الشرح الصغير، 427/2 ، المهذب، 62/2 ، تحفة المحتاج، 250/7 ، الفروع، 229/5 ، المغني، 585/7 ، البحر الزخار، 63/4

(4) المهذب، 65/2 ، شرح منتهى الإرادات، 680/2)

(5) الشرح الصغير، 427/2

الحالة الثانية: حكم المهر إذا كانت الفرقة بسبب عيب الزوجة قبل الدخول والخلوة:

ذهب الجمهور⁽¹⁾ من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أنه إذا تم التفريق لعيب الزوجة قبل الدخول والخلوة فإنها لا تستحق شيئاً من المهر ، لأنها مدلسة ، فصار كأن الفسخ منها .

أما الحنفية فقد سبق أن ذكرنا أنهم لا يرون التفريق لعيب في المرأة .

الحالة الثالثة : حكم المهر إذا كانت الفرقة لعيب في الزوج بعد الدخول :

اختلف الفقهاء في المهر الذي تستحقه المرأة في هذه الحالة على مذهبين :

المذهب الأول : ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح عندهم ، والحنابلة في الصحيح من المذهب والزيدية ، إلى أن لها المهر المسمى⁽²⁾ ، واستدلوا لمذهبهم بما يلي :

1- إن الفرقة تمت بعد الدخول ، في نكاح صحيح ، فيه مهر مسمى ، وقد تأكد المسمى بالدخول فوجب⁽³⁾ .

2- إن الفرقة بسبب عيب الزوج ، فتقاس هذه الفرقة من حيث وجوب المسمى على الفرقة بالطلاق ، لأن العيب بالزوج وهو المدلس⁽⁴⁾ .

المذهب الثاني : ذهب الشافعية في قول ، والحنابلة في قول ، أن لها مهر المثل وقد استدلوا لمذهبهم بما يلي :

1- إن فسخ العقد للعيب رفع للعقد من أصله ، فيرجع كل طرف من أطراف العقد إلى حقه ، فإن تلف فإلى بدل حقه ، فإذا فسخ الزواج لعيب الزوج ، رجع الزوج

⁽¹⁾ المدونة، 143/2 ، المنتقى شرح الموطأ، 279/3 ، المجموع شرح المذهب، 381/17 ، شرح منتهى الارادات، 680/2 البحر الزخار، 63/4 .

⁽²⁾ المبسوط، 102/5 ، مواهب الجليل، 492/3 ، نهاية المحتاج، 312/6 ، مغني المحتاج، 204/3 ، ابن تيمية، المحرر، 111/7 ، الإنصاف، 201/8 ، البحر الزخار، 63/4 .

⁽³⁾ المغني، 586/7 .

⁽⁴⁾ المرجع السابق ، والبحر الزخار، 63/4 .

لعين حقه ، وهو المهر المسمى ، ورجعت الزوجة إلى بدل حقها وهو مهر المثل ، إذ يتعذر إرجاع حقها لها بعد الدخول (1) .

2- إن الفسخ لعيب الزوج القديم أو المقارن للعقد يستند إلى سبب قبل العقد ، فيصير الوطء فيه كالحاصل في نكاح فاسد ، وهذا الوطء يوجب مهر المثل (2) .

الحالة الرابعة : حكم المهر إذا كانت الفرقة لعيب الزوجة بعد الدخول :

اختلف الفقهاء في المهر الذي تستحقه المرأة في هذه الحالة إلى مذاهب :

المذهب الأول : ذهب الجمهور (3) من المالكية والشافعية في قول والحنابلة في الصحيح إلى أن الزوجة يجب لها المهر المسمى ، مستدلين لمذهبهم بما يلي :

1- إن المهر يستقر بالدخول في نكاح صحيح ، فيه مهر مسمى ، فيجب المسمى كغير المعيبة (4) .

2- إن المهر يستقر بالدخول ، فإذا استقر ، فلا يسقط بعيب حادث بعده (5) .

المذهب الثاني : ذهب الشافعية في قول والحنابلة في قول إلى أنه يجب لها مهر المثل (6) وأدلتهم هي نفس أدلة الذين ذهبوا إلى إيجاب مهر المثل في الفرقة لعيب الزوج بعد الدخول .

المذهب الثالث : ذهب الشافعية في الأصح والحنابلة في قول ، أن لها مهر المثل إذا كان العيب قديماً أو مقارناً للعقد ، ولها المهر المسمى إذا حدث العيب بعد الوطء (7) ، مستدلين لمذهبهم بما يلي :

(1) مغني المحتاج، 343/4.

(2) المذهب، 32/2 .

(3) ابن جزىء ، قوانين الأحكام الشرعية، ص 238، مغني المحتاج، 204/3، 205/3، المغني، 586/7، الإنصاف، 201/8.

(4) المغني 586/7.

(5) المرجع السابق ، ومغني المحتاج 205/3

(6) مغني المحتاج، 205/3 ، الإنصاف، 201/8

(7) المراجع السابقة .

1- إن فسخ النكاح بعد الدخول لعيب الزوج القديم أو المقارن يستند إلى سبب قبل العقد ، فيصير الوطء فيه كالذي في النكاح الفاسد ، فيجب مهر المثل ، أما العيب الطارئ بعد الوطء ، فإن المهر يكون قد استقر وتأكد قبل وجود سبب الخيار ، فإذا حدث العيب ، فلا يؤثر على استقرار المهر⁽¹⁾ .

2- إن الرجل في حالة العيب القديم أو المقارن للعقد ، إنما بذل المسمى على ظن السلامة ، والأصل السلامة من العيوب ، فإذا اختلت السلامة ، فكأن العقد قد جرى بدون تسمية ، وبهذا يجب مهر المثل ، أما العيب الحادث بعد الوطء ، فقد تأكد المهر واستقر قبل حدوث العيب⁽²⁾ .

القول الراجح :

الرأي الذي أرى رجحانه هو أنه إن كان التفريق لعقم الزوجة ، فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها ، لأن الفسخ قد تم فيرجع كل طرف إلى عين حقه .

وإن كان بعد الدخول ، فعين حقها يستحيل إرجاعه ، فلها بدله وهو الأقل من مهر المثل أو المهر المسمى ، لأن الفرقة بسببها .

وإن كان التفريق لعقم الزوج فلا شيء للمرأة إن كان قبل الدخول ، لأنه وإن كان العيب من جهته ، إلا أن التفريق حصل من جهتها ، فأشبه ما لو كان بسببها .

وإن كان التفريق لعقم الزوج بعد الدخول ، فلها المهر المسمى ، لأن المهر تأكد بالدخول .

ثانياً – نفقة العدة :

إن من أهم الآثار التي تترتب على الفرقه وجوب العدة ، ومن الحقوق التي تترتب على وجوب العدة النفقة خلالها، فهل تستحق الزوجة المفترقه للعيب نفقة عدة أم لا؟

(1) المهذب، 63/2 .

(2) تحفة المحتاج، 350/7 ، مغني المحتاج، 205/3 .

لنعرف هل تستحق الزوجة نفقة عدة إذا تمت الفرقة بينها وبين زوجها للعقم؟، فرّق الفقهاء في هذه المسألة بين الزوجة الحامل وغير الحامل ، وحيث أنه يشترط في التفريق للعقم عدم الولادة، لهذا سنقتصر في هذا الموضوع على نفقة العدة لغير الحامل.

للفقهاء في استحقاق المفترقة عن زوجها للعيب نفقة عدة إذا كانت غير حامل مذهبان :

المذهب الأول : ذهب الجمهور⁽¹⁾ من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المفترقة عن زوجها للعيب لا تستحق نفقة عدة .

المذهب الثاني : ذهب الحنفية ، والثوري ، إلى أن المفترقة تستحق نفقة عدة ، وبه قال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما⁽²⁾ .

أدلة أصحاب المذهب الأول : استدل الجمهور بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول :

1- قال تعالى : ﴿ وإن كنَّ أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾⁽³⁾ .

وجه الاستدلال : إن شرط النفقة للمطلقة أن تكون حاملاً ، فإذا لم تكن حاملاً فلا تستحق النفقة لانتفاء شرطها⁽⁴⁾ .

2- عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب ، فأرسل وكيله بشعيرة فسخطته فقال : والله مالك علينا من شيء ، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال: تلك المرأة يغشاها أصحابي ، اعتدي عند ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى ، تضعين ثيابك ، فإذا حللت فأذنيني ، قال فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي

(1) الخرشي على مختصر خليل، 192/4 ، مغني المحتاج، 205/3 ، كشف القناع، 113/5 .

(2) بدائع الصنائع، 86/4 ، شرح العناية على الهداية، 403/4 ، الجصاص، أحكام القرآن، 355/5 .

(3) سورة الطلاق ، الآية 6 .

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، 105/7 ، الخرشي على خليل، 192/4 .

سفيان ، وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله ﷺ : أما أبو الجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، انكحى أسامة بن زيد ، فكرهته ، ثم قال ، انكحى أسامة ، فنكحته فجعل الله فيه خيراً واغتبطت به (1) .

وجه الدلالة : أن فاطمة بنت قيس ذكرت صراحة أن الرسول ﷺ قال : لا نفقة ولا سكنى للمطلقة بائناً .

وقد اعترض على حديث فاطمة بنت قيس من عدة وجوه ، ذكرها وأجاب عليها ابن القيم ، وصح الحديث وبين أنه موافق للكتاب وليس مخالفاً له (2) .

3- قال ﷺ : (إنما السكنى والنفقة إذا كان لزوجها عليها الرجعة) (3) .

وجه الدلالة : إن النفقة والسكنى تجب للمطلقة إذا كان زوجها يملك إرجاعها ، والمطلقة بائناً والمفسوخ عقد نكاحها لا يملك عليها رجعة ، فلا تستحق النفقة .

4- إن النفقة تكون للزوجة ، فإذا بانّت منه صارت أجنبية حكمها حكم سائر الأجنيات .

5- إن مجرد وجوب العدة لا يوجب النفقة للمرأة ، بدليل أنه لا تجب نفقة عدة للموطوءة بشبهة أو زنا ، ولا تجب النفقة لعدة الوفاة (4) .

أدلة المذهب الثاني : استدلال الحنفية لمذهبهم بما يلي :

(1) قوله تعالى : ﴿ اسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيّقوا عليهنّ وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهن ﴾ (5) .

وجه الدلالة : إن الله تعالى أوجب للمطلقة البائن السكنى بقوله تعالى : ﴿ اسكنوهنّ ﴾ والأمر يفيد الوجوب ، فدل أن نفقتها واجبة عليه لأن السكنى بعض النفقة ، فإذا

(1) أخرجه مسلم في صحيحه ، صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الطلاق، 99-94/10 .

(2) زاد المعاد، 198-194/4 .

(3) البيهقي، السنن الكبرى ، كتاب النفقات، 473/7 .

(4) أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، ص 237 .

(5) سورة الطلاق ، الآية 6 .

كانت المرأة مستحقة للجزء بنص الآية فهي تستحق الكل ، كما نهى الله تعالى عن مضارة المطلقات بقوله : ﴿ ولا تضاروهن ﴾ والنهي يفيد التحريم ، والمضارة تقع في النفقة كما تقع في السكنى (1) .

نوقش هذا الدليل بأن الآية خاصة بالطلاق الرجعي ولا تشمل البائن ، يدل على ذلك قوله تعالى في الآية الأولى من سورة الطلاق : ﴿ لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ والأمر الذي يقتضيه سياق الآية هو الرجعة ، والمعنى أن التي تستحق السكنى والنفقة هي المطلقة رجعيًا فقط (2) .

(2) عن أبي إسحاق قال: كنت مع الأسود بن يزيد جالساً في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي ، فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة ، ثم أخذ الأسود كفاً من حصى فحصبه به ، فقال : ويلك تحدث بمثل هذا ؟ قال عمر : لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندرى لعلها حفظت أو نسيت ، لها السكنى والنفقة (3) .

وجه الدلالة : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول بإيجاب النفقة والسكنى للمطلقة البائن ، وأنه ردّ حديث فاطمة بنت قيس ، وقول عمر لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا ... يقتضي أن يكون هناك نص عن النبي ﷺ بإيجابها (4) .

نوقش هذا الدليل بأن حديث فاطمة بنت قيس مرفوع إلى النبي ﷺ ، وهذا قول عمر ، كما أن كلمة (وسنة نبينا) في قول عمر ، غير محفوظة ، والمحفوظ لا ندع كتاب ربنا (5) .

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 256/5 .

(2) زاد المعاد، 193/4 .

(3) أخرجه مسلم في صحيحه ، صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة بائن لا نفقة لها، 104/10 .

(4) الجصاص ، أحكام القرآن، 657/5 .

(5) الدارقطني، السنن، 26/4 .

(3) إن سبب وجوب النفقة للزوجة هو الاحتباس للزوج ، والمرأة في عدة الطلاق البائن محبوسة بسبب النكاح ، لأن النكاح قائم من وجه ، فتستحق النفقة كما تستحقها قبل الفرقة ، بل إن استحقاقها يجب أن يكون بعد الفرقة من باب أولى ، لأن حبسها بعد الفرقة تؤكد بحق الشرع (1) .

الرأي الراجح :

بعد عرض أقوال الفقهاء وبيان أدلتهم ومناقشتها ، يترجح لي مذهب جمهور الفقهاء ، القائل إنه لا نفقة عدة للبائن لحديث فاطمة بنت قيس وغيره من الأدلة ، وبناءً على ذلك فإن المفترقة عن زوجها بسبب العقم لا تستحق نفقة عدة ، سواءً اعتبرنا الفرقة للعيب طلاقاً أم فسخاً ، لإنقطاع أثر النكاح بالفسخ .

موقف القانون :

نص القانون الكويتي (2) والسوري (3) والسوداني (4) على أن المرأة تستحق نفقة عدة سواءً كانت عدة من طلاق أو فسخ ، أما القانون العراقي (5) فقد أوجب نفقة العدة للمطلقة حيث اعتبر القانون الفرقة لعيب الزوج طلاقاً .

أما القانون الإماراتي (6) فلم يتعرض للنفقة في حالة الفسخ ، أما في الطلاق البائن فلا تجب للمطلقة نفقة لأنها لم تعد زوجة ، وأوجب لها السكنى على الزوج لاحتمال أن يعيدها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين .

(1) بدائع الصنائع، 16/4 .

(2) انظر : المادة 162 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(3) انظر : المادة 83 من قانون الأحوال الشخصية السوري .

(4) انظر : المادة 72 من قانون الأحوال الشخصية السوداني .

(5) انظر : المادة 45 من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(6) انظر : المادة 69 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي .

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أسجل أهم النتائج والتوصيات التي توصلتُ إليها :

أولاً - النتائج :

- 1- إن تحصيل النسل من أهم مقاصد الشارع من تشريع الزواج وهو حق لكل واحد من الزوجين .
- 2- العقم هو عجز حقيقي أو حكمي ظني ، عن إنجاب الزوجين معاً أو أحدهما ، والزوجة في سن يمكنها الإنجاب عادة .
- 3- الراجح مذهب الجمهور أن لكل من الزوجين الحق بطلب التفريق إذا وجد بصاحبه عيباً ، مع اختلافهم في تحديد هذه العيوب .
- 4- العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين غير محصورة بعدد ولا نوع ، فكل عيب يُنفّر الزوج الآخر ، ولا يحقق مقصود النكاح يوجب الخيار .
- 5- العقم من العيوب التي يجوز التفريق من أجلها .
- 6- القوانين العربية التي نصت على جواز التفريق بين الزوجين للعقم ، هو قانون الأحوال الشخصية الإماراتي وقانون الأحوال الشخصية العراقي .
- 7- يشترط للتفريق بالعقم الشروط الآتية :
 - أ) عدم العلم بالعقم قبل العقد ، وعدم الرضا به بعد العلم .
 - ب) ألا يكون طالب التفريق للعقم عقيماً .
 - ج) ألا يكون قد ولد لطالب التفريق للعقم ولد .
 - د) العقم الذي لا يمكن علاجه يفسخ في الحال ، أما العقم المؤقت فلا يفرق بين الزوجين حتى تمضي مدة يحددها أهل الاختصاص .
 - هـ) أن يكون طالب التفريق في سن يمكنه الإنجاب .

- 8- التفريق للعقم يعتبر فسخاً لا طلاقاً ، لأن الفسخ لا يحسب من عدد الطلاقات ، فتكون فرصة رجوع الزوجين لبعضهما أفضل .
- 9- التفريق لعقم الزوجة إذا تم قبل الدخول بها فلا شيء لها من المهر ، فإن كان بعد الدخول فلها الأقل من مهر المثل أو المهر المسمى .
- 10- التفريق لعقم الزوج ، إذا تم قبل الدخول فلا شيء للمرأة من المهر ، وبعد الدخول يوجب المهر المسمى .
- 11- المفترقة عن زوجها بسبب العقم لا تستحق نفقة عدة ، لانقطاع أثر النكاح .

ثانياً - التوصيات :

- 1- أوصي إدارة التشريع في الدول العربية بالنص في قوانين الأحوال الشخصية على حق الزوجين في طلب التفريق للعقم .
- 2- أوصي عند تعديل قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بتعديل الشرط الرابع من شروط التفريق للعقم كما يلي :
 - أ- عدم وجود ولد لطالب الفسخ ، بدل أولاد ، لأن مقصد الزواج يتحقق بولادة ولد واحد .
 - ب- إضافة شرط سادس لشروط التفريق للعقم ، كما يلي :

- ألا يكون طالب التفريق عقيماً بشكل محقق .
- 3- أوصى المرأة التي ابتلاها الله بعقم زوجها أن تحتسب أجرها عند الله ، وأن تصبر وتبقى مع زوجها العقيم مؤازرة له ، ولها مثل أجر المرأة التي أنجبت وأحسن تربية أولادها ، إن نوت ذلك وأخلصت نيتها لله تعالى ، فالعلاقة بين الزوجين مبنية على الإحسان والفضل والمعروف المتبادل .

فهرس المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : كتب التفسير

1- أحكام القرآن ، لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص الحنفي ، المتوفى سنة 370هـ طبعة دار الفكر .

2- الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، القاهرة : دار الكتاب العربي للطباعة والنشر 1387هـ - 1967م .

ثالثاً : كتب الحديث النبوي وشروحه

1- سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، بيروت : المكتبة العصرية .

2- سنن الدارقطني ، علي بن عمر الدارقطني ، بيروت : عالم الكتب ، ط 4 ، 1406هـ - 1986م .

3- سنن سعيد بن منصور ، سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني المكي ، تحقيق المحدث حبيب الله الأعظمي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط 1 .

4- السنن الكبرى ، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، بيروت : دار صادر .

5- السنن الكبرى ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1411هـ - 1991م .

6- شرح النووي على صحيح مسلم ، للإمام محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، بيروت : مؤسسة مناهل العرفان .

7- صحيح البخاري ، للإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري ، بيروت : دار ابن كثير .

8- صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، بيروت : دار إحياء التراث العربي .

9- المصنف في الأحاديث والآثار ، الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي ، بيروت : دار الفكر ، 1409هـ - 1992م .

10- المصنف ، أبوبكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، بيروت : المكتب الإسلامي ، 1392هـ - 1992م .

11- المستدرک على الصحيحين ، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1411هـ - 1990م .

12- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي ، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1420هـ ، 1999م .

13- الموطأ ، للإمام مالك بن أنس ، برواية يحيى بن يحيى بن كثير الليثي القرطبي ، بيروت : المكتبة العصرية .

14- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، العلامة محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق طه عبدالرؤف سعد ومصطفى محمد الهواري، الرياض : مكتبة المعارف.

رابعاً : كتب الفقه الحنفي

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي بيروت : دار الكتب العلمية 1418 هـ ت 1997 م .

2- تبیین الحقائق شرح كنز الرقائق ، للعلامة فخرالدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي بيروت : دار المعرفة ، ط 1 ، 1313 هـ .

3- حاشية رد المحتار ، لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، الطبعة الثانية 1386 هـ - 1996 م . 4- شرح فتح القدير ، العلامة كمال الدين محمد عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، بيروت : دار إحياء التراث العربي .

5- شرح العناية على الهداية ، أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، مطبوع بذييل شرح فتح القدير لابن الهمام ، بيروت : دار إحياء التراث العربي .

6- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، العلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، بيروت : دار المعرفة ، الطبعة الثانية ، 1392 هـ - 1973 م .

7- المبسوط ، لشمس الدين السرخسي ، بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر .

خامساً : كتب الفقه المالكي

1- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الجواد، بيروت دار الكتب العلمية ، ط 3 ، 2003 م - 1424 هـ .

2- التاج والإكليل على مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواف ، مطبوع بهامش مواهب الجليل للخطاب ، بيروت : دار الفكر ، ط 2 ، 1398 - 1987 م .

3- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للشيخ شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، مصر : دار إحياء الكتب العربية .

4- الخرشي على مختصر سيدي خليل ، بيروت : دار الفكر .

5- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، محمد بن أحمد بن جزىء الغرناطي ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ، بيروت : المكتبة العصرية ، 1426 هـ - 2005 م .

6- المدونة الكبرى ، للإمام مالك بن أنس ، رواية سحنون بن سعيد التتوخي ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، بيروت : دار الفكر ، 1398 هـ - 1978 م .

سادساً : كتب الفقه الشافعي

1- الأم ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، تحقيق الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب مصر : دار الوفاء للطباعة والنشر ، 1422 هـ - 2001 م .

- 2- تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1421هـ - 2001م .
- 3- حاشيتا قليوبي وعميرة ، للشيخ شهاب الدين القليوبي ، والشيخ عميرة ، على شرح العلامة جلال الدين المحلي ، مصر : دار إحياء الكتب العربية .
- 4- روضة الطالبين ، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1421هـ - 2000م .
- 5- المجموع شرح المذهب ، للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، السعودية مكتبة الإرشاد .
- 6- مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، للشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، بيروت : دار الكتاب العلمية ، 1421هـ - 2000م .
- 7- المذهب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق الشيرازي ، تحقيق وتعليق الدكتور محمد الزحيلي ، بيروت : الدار الشامية ، دمشق ، دار القلم ، 1422هـ - 2001م .
- 8- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي ، الشهير بالشافعي الصغير ، بيروت : دار الفكر .

سابعاً : كتب الفقه الحنبلي

- 1- الاختيارات الفقهية ، تقي الدين أحمد بن تيمية ، الرياض : المؤسسة السعدية .
- 2- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى ، 1419هـ - 1998م .
- 3- زاد المعاد في هدي خير العباد ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- 4- شرح منتهى الإرادات ، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، 1426هـ - 2005م .
- 5- الفروع ، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، 1424هـ - 2003م .
- 6- كشف القناع عن متن الإقناع ، العلامة منصور بن يونس البهوتي ، تحقيق الشيخ محمد عدنان درويش ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، 1420هـ - 1999م .
- 7- المبدع شرح المقنع ، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي ، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي ، بيروت : دار الكتب العلمية 1418هـ - 1997م .
- 8- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، طبعة مؤسسة الحلبي وشركاه .
- 9- مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى ، محمد بن عبد العزيز بن مانع ، دمشق : المكتب الإسلامي .

- 10- المغنى على مختصر الخرقى ، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ضبط وتصحيح عبد السلام محمد على شاهين ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1414هـ - 1994م .
- 11- نيل المآرب شرح دليل الطالب ، عبد القادر بن عمر الشيباني ، الشهير بابن أبي تغلب ، الكويت : مكتبة الفلاح .

ثامناً : كتب الفقه الظاهري واليزيدي

- 1- المحلى ، للإمام أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ، بيروت : المكتب التجاري للطباعة والنشر .
- 2- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، أحمد بن يحيى بن المرتضى ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- 3- الروضة الندية شرح الدرر البهية ، أبو الطيب صديق بن حسن بن على الحسيني القنوجي ، القاهرة : مكتبة دار التراث .

تاسعاً : كتب فقهية معاصرة

- 1- أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية ، القاضي زياد صبحي على ذياب ، الأردن / مطابع المؤسسة الصحفية الأردنية ، الطبعة الأولى ، 1995م .
- 2- الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل في الفقه الإسلامي ، الدكتورة سارة شافي سعيد الهاجري ، بيروت : دار البشائر الإسلامية ، الطبعة الأولى ، 1428هـ - 2007م .
- 3- حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية ، فؤاد جاد الكريم محمد ، القاهرة ، مكتبة مدبولي .
- 4- حكم العقم في الإسلام ، الدكتور عبد العزيز عزت الخياط ، عمان : وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، 1981م .
- 5- سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ، دكتور محمد رأفت عثمان ، القاهرة : دار الكتاب الجامعي 1981م .
- 6- شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود ، محمد فخر شفقة 1972م .
- 7- الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي ، دكتور تيسير رجب التميمي ، القاهرة دار الفكر العربي ، ط 1 ، 1430هـ - 2009م .
- 8- مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية ، الدكتور عبد الرحمن الصابوني بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط 3 ، 1403هـ - 1983م .

عاشراً : كتب طبية

- 1- أنت والمتاعب التناسلية ، مجموعة من الأطباء ، مصر : دار الهلال للكتاب الطبي.
- 2- عقم الرجل والمرأة ، دكتور سميح الخوري ، بيروت : المؤسسة العربية للدراسات ط 1 .

3- العقم عند الرجال والنساء أسبابه وعلاجه ، أسبيرو فاخوري ، بيروت : دار العلم للملايين 1988م .

4- العقم عند النساء والرجال أسبابه وعلاجه ، اليوت فيليب ، ترجمة الفاضل عمر العبيد ، بيروت : دار مكتبة الهلال ، ط 1 ، 1985م .

حادي عشر : كتب القانون

1- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (8) لسنة 2005م ، والمذكرة الإيضاحية ، المكتبة القانونية ، 2009 م .

2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، منشور مع المذكرة الإيضاحية للقانون ، الكويت مكتب وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية .

3- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م ، دار العدالة والقانون العربية .

4- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959م وتعليقاته ، الدكتور فاروق عبد الله كريم ، طبع على نفقة جامعة السليمانية 2004م .

5- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (59) لسنة 1953م ، الموقع السوري للإستشارات والدراسات القانونية .

6- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، دكتور عبد الرحمن الصابوني ، دمشق : جامعة دمشق ، 1410هـ - 1990 م .

ثاني عشر : كتب اللغة

1- تاج العروس ، محمد المرتضى الزبيدي ، بنغازي : دار ليبيا للطباعة والنشر ، 1386هـ - 1966م .

2- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، لأبي نصر إسماعيل بن عباس بن حماد الجوهري ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1999م .

3- القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، بيروت : دار الجيل .

4- لسان العرب ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، بيروت : دار صادر .

5- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، أحمد بن محمد الفيومي ، القاهرة : وزارة المعارف العمومية ، 1921م .

مساهمة الجمعية العامة للأمم المتحدة
في تطوير قواعد
القانون الدولي الإنساني

د. موفق مصطفى الخزرجي
أستاذ مساعد بكلية القانون
الجامعة الأمريكية في الإمارات - دبي

بسم الله الرحمن الرحيم

" وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا
يحب الفساد"

المقدمة :

بالرغم من التقدم الحضاري للبشرية ونص ميثاق الأمم المتحدة على امتناع أعضاء المنظمة في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد أية دولة خلافا لمقاصد الأمم المتحدة ، فإن الحروب لم تتوقف ، ويهدف القانون الدولي الإنساني إلى الحد من معاناتها وآلامها بتوفير الحماية والمساعدة الإنسانية لضحاياها، لذلك فهو يتعامل مع واقع النزاع دون اعتبار لأسباب اللجوء إلى القوة أو مشروعيته.

وحيث إن غاية المنظمة الدولية هي حفظ السلام والأمن العالميين وتحريم الحروب وحل المنازعات سلمياً وتخفيض التسليح . فقد شجعت الجمعية العامة تقدم القانون الدولي الإنساني لأنها الفرع العام في المنظمة الذي يضم كل الأعضاء ويتمتع بسلطات عامة، فساهمت قراراتها بتطوير القانون الدولي الإنساني على نحو أفضل وبلورتها فضلاً عن وضع قواعد جديدة تضاف على قواعده القائمة.

لذلك كانت فرضية البحث هي : أن إسهام الجمعية العامة لن يتوقف في تحسين وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني.

خطة البحث :

تضمنت خطة البحث فصلين ، خصص الفصل الأول منهما لنشأة القانون الدولي الإنساني وتطوره ، وقسمته إلى مبحثين :

خصص المبحث الأول لنشأة القانون الدولي الإنساني وتعريفه وشرح العلاقة بين فروع .

أما المبحث الثاني فكرس للجمعية العامة والقانون الدولي الإنساني وانقسم إلى ثلاثة مطالب :

تطرقت في المطلب الأول إلى الاختصاص شبه التشريعي للجمعية العامة.

وفي المطلب الثاني بحثت في الطبيعة القانونية للتوصيات.

أما المطلب الثالث فعالج التعاون بين الجمعية العامة واللجنة الدولية للصليب والهلال الأحمر.

أما الفصل الثاني فقد أنصب على الجانب العملي للقانون الدولي الإنساني ، وقسمته إلى مبحثين ، كان المبحث الأول عن نشاط الجمعية العامة لتطوير القانون الدولي الإنساني خلال فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية وحتى انتهاء الحرب الباردة ، أما المبحث الثاني فتناول دورها بعد الحرب الباردة ، وثبت في الأخير الاستنتاجات التي خلصت إليها .

الفصل الأول : نشأة القانون الدولي الإنساني وتطوره

المبحث الأول : نشأة القانون الدولي الإنساني

تعد قواعد القانون الدولي الإنساني قديمة وعرفية، ونظمت سلوك المحاربين، وقد اتسمت الحروب القديمة بقساوتها وهمجيتها ووحشية ممارستها حيث نتجت عنها الويلات والأهوال للشعوب والدمار لممتلكاتها، فلم يكن هناك تمييز بين المحاربين والمدنيين ولم ترع حرمة شيخ كبير أو امرأة حامل أو صبي صغير ، ولم تميز كذلك بين ميدان القتال وغيره من أماكن العبادة والعلم والثقافة إلى أن جاءت الرسائل السماوية بما حملته من مبادئ الرأفة والرحمة والعدالة والتزمت بها الدول، فكان من أثر ذلك التخفيف من فظائع الحروب وشراستها ولتفرض تبني اعتبارات إنسانية تنظم سلوك المتحاربين.

والحرب في الإسلام تعد ضرورة مفروضة وقد قيدها الإسلام بقواعد إنسانية، فأرسى الإسلام نظاماً قائماً على الأخلاق والفضيلة والإنسانية ليغطي مختلف جوانب الحرب القتالية ووضع الأسرى والجرحى والسكان المدنيين، ويتضح هذا النظام في المبادئ الآتية والتي يلتزم بها المسلمون في حروبهم مع الأمم الأخرى:

- 1- ألا يقاتل غير مقاتل .
- 2- ألا يتلف أو يمس من الأموال مالم يس له قوة مباشرة في الحرب وفي حدود ضرورتها.
- 3- وجوب احترام مبادئ الإنسانية والفضيلة في أثناء الحرب.
- 4- إجازة الأمان في ميدان القتال منعا لاستمرار القتال كلياً أو جزئياً ما امكن المنع.
- 5- حسن معاملة أسرى الحرب وضرورة تسهيل فك أسرهم.
- 6- احترام المنشآت المدنية من دينية وزراعية وصناعية... إلخ.

7- انطباق هذه القواعد والضوابط على شتى أنواع النزاعات المسلحة³⁵¹.

وبرأينا فقد ساهم الإسلام العظيم بمبادئه الأخلاقية النبيلة والإنسانية في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني بشكل كبير، والمبادئ التي جاء بها يسجل له فيها الريادة والسبق في تأسيس وإقامة نظام حضاري متطور لحماية ضحايا الحروب.

وبدأت قواعد الحرب التي تستند إلى الاعتبارات الإنسانية والقواعد الدينية والأخلاقية تتحول إلى قواعد أمر³⁵² Jus cogens، لكونها قواعد عرفية، وأخذت طريقها لتترسخ في معاهدات دولية تنظم تصرفات المقاتلين في الحروب.

ففي النصف الثاني من القرن التاسع عشر قامت محاولات على نطاق عالمي وأخرى على نطاق إقليمي، رمت بعضها إلى تحقيق تقنين جزئي لطائفة من المسائل الدولية، ورمى بعض الآخر إلى إيجاد تقنين شامل لهذه المسائل فجاء تصريح باريس سنة 1856 الخاص بتدوين قواعد الحرب البحرية أول هذه المحاولات³⁵³، حيث تضمنت تنظيمًا دوليًا لسلوك المحاربين، وألغت القرصنة واعتداء الأفراد على سفن العدو والإستيلاء عليها بتفويض من الحكومة.

وتم تبني تعليمات هامة لإضفاء الطابع الإنساني للحرب، وهي تعليمات لحكم جيوش الولايات المتحدة في الميدان (الأوامر العامة رقم 100) الصادرة سنة 1863م، وكان أساس هذه التعليمات مشروعاً أعد وفقاً لروح مؤلف غروتشيوس (temperamenta) من قبل الدكتور "فرانسيس ليبير" وتضمنت التعليمات قواعد

³⁵¹ شكري، د. محمد عزيز، تاريخ القانون الدولي الإنساني وطبيعته، بحث منشور في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، إعداد نخبة من المتخصصين، القاهرة، دار المستقبل العربي، 2000 م، ص 15.

³⁵² وهي قواعد في القانون الدولي أساسية وملزمة لكل الدول ولا يسمح بأي استثناءات عليها، وتكون القواعد أمر إذا اعترف بها هكذا من قبل المجتمع الدولي كله. (قاموس أكسفورد القانوني ص 274 ط 5). وقضت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 ببطالان المعاهدة التي تتعارض مع قاعدة أمر من قواعد القانون الدولي العامة، انظر المادة (53) من الاتفاقية.

³⁵³ الجلي، د. حسن، القانون الدولي العام، ج1، بغداد، مطبعة شفيق، 1964، ص 74.

مكتوبة دقيقة لضبط مجمل سلوك الجيوش في الميدان ، وأثرت إيجابياً في قانون الحرب خارج الولايات المتحدة، وكانت بمثابة أساس لمفاوضات دولية لاحقة³⁵⁴ .

وكان للدور الهام الذي لعبه جان هنري دونا من سويسرا الأثر في تطوير التدابير الدولية لإضفاء الطابع الإنساني على الحرب ، حيث كان شاهداً لمعركة "سولفرينو solferino" بين فرنسا والنمسا وتمخضت عن خسارة أربعين ألف قتيل وجريح.

فقدم دونا عرضاً للأمور المرعبة التي رآها في كتيب عنوانه "ذكرى سولفرينو" (1862) واقترح إنشاء منظمة دولية من الجمعيات الوطنية للعناية بالجند والجرحى والمرضى³⁵⁵ .

ووافق الاتحاد السويسري على توجيه الدعوة إلى عقد المؤتمر الدولي الذي انعقد فعلاً في 8 آب 1864، وتمخض عن عقد اتفاقية بتاريخ 22 آب 1864 دعت باسم اتفاقية لتحسين حالة العسكريين الجرحى، وبتوقيع هذه الاتفاقية انتقل القانون الدولي الإنساني من الشرائع السماوية والأعراف والقوانين الداخلية والاجتهادات الفقهية على صلب معاهدة دولية لأول مرة³⁵⁶ .

وتضمنت هذه الاتفاقية إرساء أسس القانون الإنساني الدولي المعاصر فقد أصبحت قواعد مكتوبة دائمة وعالمية الشمول لحماية ضحايا الحروب، ثم فتحت أمام جميع الدول إذ اتسمت بطابع تعدد الأطراف، وبرز الالتزام بالرعاية دون تمييز الجرحى والمرضى العسكريين، وأضيف الاحترام على أفراد الخدمات الطبية ووسمها بشارة مميزة (صليب أحمر على أرضية بيضاء) .

³⁵⁴ آرثر نوسبوم ، الوجيز في تاريخ القانون الدولي ، ترجمة وتعليق : د.رياض القيسي ، بغداد ، بيت الحكمة ، 2002م ، ص 313 .

³⁵⁵ انظر القصة الكاملة لحياة دونا في : المصدر السابق ص 310 ، حيث يستعرض المؤلف حياته بصورة كاملة وبكل جوانبها .

³⁵⁶ شكري ، د. محمد عزيز ، تاريخ القانون الدولي الانساني وطبيعته ، ص 1.

تلتها اتفاقيات لاهاي سنة 1899 بشأن قوانين وأعراف الحرب البرية، وتطوير مبادئ اتفاقية جنيف لعام 1864 لتشمل الحرب البحرية وفي عام 1907 تمت مراجعة اتفاقيات لاهاي لعام 1899 واعتماد اتفاقيات جديدة، وفي عام 1925 اعتمد بروتوكول جنيف لحظر استخدام الغازات الخائقة أو السامة وغيرها من الغازات في الحرب وتحريم أساليب الحرب البكتيولوجية.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، قامت محاولات لوضع معاهدة دولية شاملة تسد الثغرات الكثيرة في قوانين الحرب ، فتم في المؤتمر الدبلوماسي المعقود وجاء اعلان (سان بطرسبرغ) لتحريم استخدام قذائف معينة في وقت الحرب، ثم في جنيف عام 1949 اعتماد أربع اتفاقيات هي :

الأولى : لتحسين حال الجرحى والمرضى من المقاتلين في الميدان .

الثانية : لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى المقاتلين في البحار.

الثالثة : وتخص معاملة أسرى الحرب.

الرابعة : حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب.

وتعد هذه الاتفاقيات برأينا تطوراً هاماً للقانون الدولي الإنساني ويحمد لها أنها فرضت على الدول الأطراف التزاماً مطلقاً باحترام ما جاءت به من التزامات دون تعليق ذلك على احترام الطرف الآخر لأحكامها، كما استحدثت الدول الأطراف على أن تبذل جهدها لضمان احترام الآخرين لأحكامها³⁵⁷ .

إلا أن المنازعات التي جرت بعدها أوضحت ضعف فعاليتها بالنظر لغموض ونقص نصوصها من جهة وبسبب تطور الحروب الحديثة التي يزداد عدد ضحاياها والتي يصعب معها تمييز المدنيين عن العسكريين.

³⁵⁷ الغنيمي ، د. محمد طلعت ، الوسيط في القانون الدولي العام زمن السلام ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، 1982، ص 1 .

ورغبة في الإبقاء على مكتسبات اتفاقيات جنيف لعام 1949 ، فقد تقرر تعزيز حماية ضحايا النزاعات المسلحة باعتماد بروتوكولين إضافيين لاتفاقيات جنيف في المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في جنيف عام 1977 :

الأول : يخص النزاعات المسلحة الدولية ، ويعدُّ النص على اعتبار الحروب من أجل تقرير المصير بمثابة منازعات دولية من أهم المبادئ التي تضمنها البروتوكول الأول ، وبموجبه أصبح كفاح الشعب الفلسطيني يخضع له .

والثاني : يخص النزاعات المسلحة غير الدولية وكانت الدول الكبرى مهتمة بتطوير التدخل الدولي "بالمنازعات غير الدولية" ضمن إطار قواعد القانون الدولي الإنساني ، حيث إن أغلب النزاعات المسلحة تحصل في الدول النامية وأن وراءها مصالح الدول الكبرى فقد يخشى أن يكون ذلك مبرراً للتدخل من أجل تمزيقها وإضعافها وليس تدخلاً إنسانياً محضاً³⁵⁸ .

وقد قالت الجمعية العامة في قرارها رقم 48/49 لعام 1994 : أن اتفاقات جنيف لعام 1949 قد حازت قبولاً عالمياً universal acceptance ويلاحظ أن مواقف الدول متغايرة بخصوص الوثائق القانونية التي قننت قواعد القانون الدولي الإنساني، فبينما وافقت بعض الدول على التصديق على بروتوكولي 1977 الملحقين باتفاقيات 1949 رفضت دول أخرى القيام بذلك وهكذا ، مثلاً وافقت بلجيكا على ذلك مع إصدار بعض التفسيرات (كقولها إن البروتوكول خاص بالأسلحة المنصوص عليها بالاتفاقية دون غيرها من الأسلحة الأخرى) ، أما الولايات المتحدة فقد رفضت التصديق على البروتوكول الأول³⁵⁹ .

³⁵⁸ الفلوجي ، د. اقبال ، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الإنساني ، مجلة العدالة ، وزارة العدل في العراق ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، 1975 ، ص 555 ، علماً بأن الفلوجي قد شارك في الدورة الأولى للمؤتمر الدبلوماسي المعقود عام 1974 في جنيف والذي أنجز أعماله بعد أربع دورات في حزيران عام 1977 باعتماد البروتوكولين من قبل مفوضي 102 دولة شاركت في المؤتمر .

³⁵⁹ انظر : أبو الوفا ، أحمد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، ط 4 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 829 .

تعريف القانون الإنساني الدولي:

يعرف الاتجاه الفقهي القانون الدولي بأنه : "ذلك القسم الضخم من القانون الدولي العام الذي يستوحي الشعور الإنساني ويركز على حماية الفرد الإنساني في حالة الحرب" 360 .

ويعرفه اتجاه آخر بأنه "مجموعة قواعد قانونية دولية تستهدف في حالات النزاع المسلح حماية الأشخاص الذين يعانون ويلات هذا النزاع، وفي إطار أوسع حماية الأعيان التي ليس لها علاقة مباشرة بالعمليات العدائية" 361 .

ويعرفه جان بكتيه بأنه القانون الذي يتكون من كافة النصوص القانونية الدولية سواء كانت مكتوبة أو عرفية، والتي تؤمن الاحترام للفرد ولرفاهته 362 .

وقد يقصد بهذا المصطلح مجموعة القواعد والمبادئ التي تضع قيودا على استخدام القوة في وقت النزاع المسلح وذلك من أجل :

1- الحد من الآثار التي يحدثها العنف على المحاربين بما يتجاوز القدر اللازم الذي تقتضيه الضرورات الحربية.

2- تجنب الأشخاص الذين لا يشتركون بشكل مباشر في الأعمال الحربية ويلات الحرب ومتاعبها 363 .

³⁶⁰ عبد الرحمن ، د.إسماعيل ، الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي ، في القانون الدولي الإنساني ، إعداد نخبة من المتخصصين ، القاهرة ، دار المستقبل العربي ، 2003 ، ص 41 .

³⁶¹ أستانيلاس أنهليك ، عرض موجز للقانون الدولي الإنساني ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، آب 1984 ، ص 9 .

³⁶² جان بكتيه ، مبادئ القانون الدولي الإنساني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ، 1975 ، ص 6 .

³⁶³ عبد السلام ، أ.د. جعفر ، أحكام الحرب والحياد في ضوء القانون الدولي والشريعة الإسلامية، القاهرة ، 2002 ، ص 27 ، وقد اعتمد الأستاذ الدكتور في تعريفه إلى حد كبير على التعريف الذي أورده في اللغة الانكليزية :

Michel .Ueuthey : Introduction to International Humanitarian LawP 12
12th Summer Course on IHL Programme 25June-6July2012 Sanremo, Italy
Geneva,Switzerland

والسبب في استخدام هذا المصطلح الجديد من جانب لجنة الصليب الأحمر إنما هو: الرغبة في إبراز الطابع الإنساني الخالص لقانون النزاعات المسلحة ، ذلك القانون الذي يهدف إلى حماية الكائن البشري والأموال اللازمة له بالضرورة ، فهو لا يقتصر على اتفاقيات جنيف الخاصة بحماية ضحايا الحرب فحسب ، وإنما يتجاوزها ليشمل تلك القواعد العرفية أو الاتفاقية التي تضع القيود على تسيير العمليات الحربية أو استخدام الأسلحة ، وغيرها من القواعد التي تنطوي على بعض القيود وتقررت نزولاً على اعتبارات مبدأ الإنسانية³⁶⁴.

ويرى د. الغنيمي أن هناك فريقاً يفسره تفسيراً موسعاً ويقصد به القواعد الدولية التي تضمن حرية شخص الإنسان ورفاهيته ، وبذلك يضم حقوق الفرد كما جاءت في مركز الفرد في القانون الدولي ، كما يضم القواعد الإنسانية في قانون الحرب وهي التي تستهدف التخفيف من بربرية العدوان المسلح و حصر أهواله ، وهناك من ينظر إليه نظرة ضيقة فيقصره على القواعد الإنسانية في النزاع المسلح³⁶⁵.

العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان :

ينقسم القانون الدولي الإنساني إلى فرعين رئيسيين هما : قانون الحرب ، ومظاهر محدودة من قانون حقوق الإنسان .

ويشار إلى قانون الحرب هنا باعتباره تقنياً ينقسم إلى أجزاء صغيرة في تلك النصوص التي احتوتها اتفاقيات لاهاي أو قانون الحرب تماماً ، وتلك النصوص التي احتوتها اتفاقيات جنيف أو القانون الإنساني ، وينظم قانون الحرب بدقة اختيارات الدول لوسائل ومناهج الحرب في النزاع المسلح ، ويحمي القانون الإنساني الأفراد ويلطف من آثار النزاع المسلح ، وهو يستعمل أساساً للسيطرة على الأعمال العدائية ، وتوجد درجة من التداخل بين قانون الحرب والقانون الإنساني ،

³⁶⁴ عبد السلام ، أ.د. جعفر ، المرجع السابق ، ص 28 .

³⁶⁵ الغنيمي ، د.محمد طلعت ، الوسيط في القانون الدولي العام زمن السلام ، ص 109 .

وهذا التداخل يظهر خصوصاً في البروتوكول الأول لعام 1977 واتفاقيات جنيف لعام 1949³⁶⁶.

والفرع الرئيسي الثاني للقانون الدولي الإنساني هو قانون حقوق الإنسان ، وهو يحكم العلاقات بين الدولة ومواطنيها بشكل أساسي وتستهدف قواعده حماية حقوق الإنسان خلال أوقات السلام ، وعلى أية حال يسمح قانون حقوق الإنسان للدول بأن تنتقص من بعض التزاماتها تجاه مواطنيها بخصوص الحقوق الأساسية خلال النزاع المسلح .

وهكذا فإن حقوقاً أساسية محددة تبقى قيد النفاذ ، ويبقى قانون حقوق الإنسان على صلة وثيقة في حالة وضع نزاع مسلح ، ليجعل من الفرعين الرئيسيين للقانون الدولي الإنساني متممين بعضهما البعض الآخر ، حيث يشترك الفرعان معاً بصفة أساسية في حماية الإنسان والمحافظة على حياته وحرياته ، ثم يلتقي الفرعان من حيث تمتع قواعدهما بالصبغة الدولية ، فالفرعان هما من فروع القانون الدولي ، ومن حيث الجوهر فهما متكاملان في آن واحد ، وهذا التوجه يفرز آثاراً واضحة على حماية الإنسان في كل الظروف ، في زمن النزاعات المسلحة والسلام .

واليوم فإن درجة التداخل بين فرعي القانون الدولي الإنساني تتضمن المنفعة من تبني طريقة الدمج ، والتي نفذت بوضوح في البروتوكول الأول لعام 1977 بالرغم من الشكاوى بأن فوضى المفاهيم أو الشرعية ستكون هي النتيجة .

وأثبتت طريقة الدمج للقانون الدولي الإنساني أنه ضروري والذي من خلاله قد يحمي فرداً ضد دعوى دولة معينة في كل الظروف ، وأيضاً فإن طريقة الدمج تساعد عندما يحين وقت مقاضاة الإخلال باتفاقيات جنيف ، والانتهاكات الخطيرة لها وجرائم الحرب³⁶⁷.

³⁶⁶ Chadwick E., Self-determination, Terrorism and the int. Humanitarian law of Armed Conflict, Martinus Nijhoff publishers, The Hague/Boston/London, 1996, pp5-6.

³⁶⁷ OP Cit . p.6 Chadwick E (6.,)

إن أحكام القانون الدولي الإنساني قد شرعت لتأمين حقوق الإنسان خلال أقصى الظروف وهو ظرف النزاع المسلح ، وبالتالي لا يتصور بداهة أن يكون هذا الظرف قيداً على احترام هذه الحقوق ، وهذا ما يجعل الحماية الواردة في القانون الدولي الإنساني شاملة ومطردة في التطبيق³⁶⁸ .

فأكدت اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 المتعلقة بحماية ضحايا الحرب، أن أحكامها ملزمة في جميع الأحوال (المادة الأولى)، ويجب تنفيذها سواء في وقت السلم أو في حالات الصدمات المسلحة، وإنها تطبق "في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي حتى إذا لم تكن إحدى الدول المشتبكة في القتال طرفاً متعاقداً بهذه الاتفاقية" (المادة الثانية).

وفي حالة قيام اشتباك مسلح ليست له صبغة دولية في أراضي أحد الأطراف يتعين على كل طرف في النزاع معاملة الأشخاص الذين ليس لهم دور ايجابي في الأعمال العدائية معاملة إنسانية في جميع الأحوال (المادة الثالثة).

وأكدت اتفاقيات جنيف لعام 1949 على أن أحكامها تعتبر الحد الأدنى الذي لايجوز انتهاكه أو التنازل عنه³⁶⁹ .

وكذلك أكدت المادة الأولى من المعاهدة الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري (أبارتهيد) والمعاقبة عليها على أن أحكام المعاهدة تنطبق بالإضافة إلى الدول الأطراف على المنظمات الدولية والمؤسسات والأفراد الذين يرتكبون جريمة الفصل العنصري³⁷⁰ .

³⁶⁸ فرحات ، أ.د. محمد نور ، تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان (جوانب الوحدة والتميز) ، بحث منشور في دراسات في القانون الدولي الإنساني ، إعداد نخبة من المتخصصين والخبراء ، القاهرة ، دار المستقبل العربي ، 2000 ، ص 92 .

³⁶⁹ العبيدي ، د. صالح مهدي ن المسؤولية الدولية عن خرق قواعد القانون الدولي الإنساني ، بحث منشور في القانون الدولي وأزمة الخليج ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، 1992 ، ص 114 .
³⁷⁰ المصدر السابق، ص 121 .

المبحث الثاني :

الجمعية العامة للأمم المتحدة والقانون الدولي الإنساني

المطلب الأول : الاختصاص شبه التشريعي للجمعية العامة

من وظائف الجمعية العامة للأمم المتحدة ما نصت عليه المادة (13) من الميثاق ، فلها أن تنشئ دراسات وتشير بتوصيات بقصد إنماء التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي وتدوينه ³⁷¹ .

وبموجب هذه المادة فإن الجمعية العامة تصدر توصيات والتي ليس لها أي إلزام قانوني مؤثر على أعضاء الأمم المتحدة ، وربما بمقدور شخص ما أن يدعو ذلك عملية (شبه تشريعية qusi-legislative) ويكون لها في ذلك إطار القانون وليس قوة القانون والتي تتميز هكذا قرارات تصدر ، فالقسم الأول من المادة (13)، يرجع مضمونه في الميثاق إلى الشعور في مؤتمر سان فرانسيسكو وخصوصاً الشعور القوي مابين الدول الصغيرة ، والتي لم تظهر وثائق مؤتمر ديمبارتون أوكس الاعتبار الكافي للقانون كأساس للمنظمات الدولية ، أما القسم الثاني من المادة فقد استمد من الباعث نفسه الذي أدى إلى إنشاء المجلس الاقتصادي والاجتماعي المنفصل في سياق عمل الأمم المتحدة ³⁷² .

وقد استهلكت الجمعية العامة وظائفها شبه التشريعية في ثلاث طرق رئيسة :

أولاً : وقبل كل شيء في عام 1948، أنشأت الجمعية العامة لجنة القانون الدولي وهي كانت تتألف من (15) خبيراً وحالياً من (25) والذين يخدمون لمدة خمس سنوات بصفقتهم الخاصة وليس كممثلين لحكوماتهم ، ومهمة اللجنة القيام بدراسات وتهيئة مسودات تشريعية وإعلانات لتقديمها إلى الجمعية .

³⁷¹ ميثاق الأمم المتحدة ، إدارة الأنباء بالأمانة العامة للأمم المتحدة ، نيويورك .

³⁷² Nicholas H.G., The United Nations as political institutions, fifth Edition, Oxford University Press, London, 1979, P.118

ثانياً : وعلى هذا الأساس فإن الجمعية ، كخطوة ثانية ، أكدت مبادئ القانون الدولي لتكون مثلاً تلك المجسدة في محاكم نورمبرغ وفي قرارات تلك المحاكم .

ثالثاً : وبدون ضرورة للاسترشاد بلجنة القانون الدولي ، فربما تهيئ الجمعية العامة للأمم المتحدة وتبنى "معاهدات conventions " أو "إعلانات Declarations " تجسد شرعية للتصرفات الأصولية للدول ، وهذه سوف يتطلب من الدول المصادقة عليها وإصدار القوانين المحلية الضرورية لكي تعطيها التأثير ، وفي هذه الأخيرة تأتي آليات مثل معاهدة منع الإبادة الجماعية "Convention on Geno Cide" التي تجد في قتل مجموعة من الأشخاص جريمة (والتي تبنتها الجمعية في عام 1948) أو معاهدة إزالة جميع أشكال التمييز العنصري "Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination." التي تبنتها بدورها عام 1965)³⁷³ .

ويشير القطيفي إلى رأي الأستاذ "والدوك" حول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي صدر بقرار من الجمعية العامة في 10 كانون الأول سنة 1948، بأنه يمكن أن يعتبر الآن "بمثابة تعبير رسمي عن القانون الدولي العرفي في الوقت الحاضر بشأن حقوق الإنسان أو على الأقل بمثابة القانون العرفي للأمم المتحدة في هذا الموضوع³⁷⁴ .

وهناك من يرى أن من شأن أعمال هذه الوظيفة التي نصت عليها المادة (13) من الميثاق تأييد أحكام القانون بين الأمم وضبط استعمال السلطات التي ينفرد بها مجلس الأمن³⁷⁵ ، وأن هذه الوظيفة شبه التشريعية حلت محل سلطة الجمعية العمومية لعصبة الأمم التي كان من حقها النظر ومراجعة المعاهدات والاتفاقات الدولية³⁷⁶ .

³⁷³ Op Cit P. 119

³⁷⁴ القطيفي، عبد الحسين ، القانون الدولي العام ، ج-1 بغداد ، مطبعة العاني ، 1968 ص 178.

³⁷⁵ عبد العزيز، مصطفى ، التصويت والقوى السياسية في الجمعية العامة للأمم المتحدة ، دراسات فلسطينية العدد (25)، بيروت 1968، ص 93 نقلاً عن د. حامد سلطان، ميثاق الأمم المتحدة ص 105

³⁷⁶ عبد العزيز، مصطفى ، المصدر السابق ، ص 94 نقلاً عن :

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتوصيات

يعرف القرار بأنه تعبير مرسوم عن رأي أو موقف جهاز ما بصدد أمر معين ، فالقرار يمكن أن يوصف إذن بأنه تعبير إرادي لجهاز معين ³⁷⁷ .

ويشمل مفهوم القرار ، القرار الملزم قانوناً (decision) كما يشمل أيضاً التوصية (recommendation) ، ويوجد بينهما فارق واضح من حيث القيمة القانونية لكل منهما ، وهناك اتجاه فقهي لا يؤيد بتاتا عدم الاعتراف بالتوصية إلا بمجرد القيمة الأدبية لها ³⁷⁸ .

بل إن هذه التوصيات ليست مجردة من أي أثر قانوني ، إذ أن النظام القانوني للمنظمة الدولية يسند إليها القدرة على إنتاج آثار قانونية معنية تدنو في مرتبتها عن مرتبة إرساء الحقوق والالتزامات ³⁷⁹ .

فالتوصيات يمكن أن تخلق ما يمكن تسميته "بالشرعية الدولية" على معنى أن الاقتضاء الذي تتطلبه التوصية من المخاطب بها يعد بمثابة تعبير عن رأي القانون الدولي بصدد المسألة التي صدرت التوصية بشأنها ، وبعبارة أخرى فإن التوصية تخلق قرينة قانونية على شرعية السلوك الذي يتفق مع مضمونها .

ويستند هذا الرأي إلى التفسيرات الفقهية للفقرة الثانية من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة والتي تنص على أن أعضاء المنظمة "يقومون في حسن نية بالالتزامات التي أخذوها على أنفسهم بهذا الميثاق" حيث ذهب جانب من هذا الفقه إلى تفسير هذه العبارة - في شأن التوصيات - على أساس أنها تعني أن الدول لا

Dulles, John Foster, "The Institutionalizing of peace", Reading in International Politics : Concepts and Issues, edited by Charles O. Ierche Jr. and Margaret E. Ierche, New York, Oxford University Press, P. 230-233.

³⁷⁷ الدقاق ، محمد السعيد ، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية ودورها في إرساء قواعد القانون الدولي ، الإسكندرية 1973 ، ص 111 .

³⁷⁸ عبد الحميد ، د. محمد سامي ، القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدولي العام ، الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد 24 لعام 1968 ، ص 121 .

³⁷⁹ الدقاق ، محمد السعيد ، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية ودورها في إرساء قواعد القانون الدولي ، ص 143 .

تستطيع أن تضرب صفحاً عن كل ما جاء في التوصية ، ولا أن تتجاهلها تجاهلاً تاماً ، بل إن عليها إما تنفيذها ، وإما أن تقدم تبريراً لامتناعها عن التنفيذ ، ولكنها في جميع الأحوال لا تستطيع أن تذهب إلى عكس ما اقتضته التوصية ، وعلى ذلك فإن الدول التي تنصاع إلى ما أمرت به التوصية أو انتهت عما نهت عنه من سلوك، إنما تفعل ذلك وهي مطمئنة إلى مشروعية مسلكها واتفاقه مع القانون الدولي³⁸⁰ .

أما إذا امتنعت عن تنفيذ ما جاء في التوصية ظل موقفها هذا مشوباً بعدم المشروعية حتى تقدم الدليل على عكس ذلك أي تقدم الأسباب التي تبرر هذا الامتناع ، وتظل المنظمة الدولية الحكم في تقرير وجهة هذه المبررات³⁸¹ .

وهكذا فإن قرارات الجمعية العامة وهي التوصيات فإنها ولأول وهلة لا تفرض التزاماً قانونياً³⁸² . والقرار الذي لا يكون ملزماً ربما يقرر مبادئ القانون الدولي ، وقد يكون إعلاناً لا غير ، وعلى أية حال فإن الصيغة الصرفة للمبادئ ربما تشرح وتطور القانون العرفي ، وعندما يتناول قرار للجمعية العامة مواضيع تخص الأمم المتحدة، فإنها قد تعد تفسيراً رسمياً للميثاق ، والأمثلة الواضحة هي : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان The Universal Declaration of Human Rights. وإعلان منح الاستقلال للأقطار والشعوب الخاضعة للاستعمار The Declaration on the Granting of Independence to colonial Countries and Peoples التي اشتملت عليها قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، والقرارات

³⁸⁰ المصدر السابق ، ص 156 ، نقلاً عن :

Virally, La Valur Juridiae des Recommendations des Organisations Internationales, A.F.D.I.,1956,op. cit.,p87.

³⁸¹ المصدر السابق ، ويشير المؤلف إلى ما ذكره الأستاذ Virally ، أن الدول قد جرت على عدم طرح ما جاء في التوصية ضاربة بها عرض الحائط بل أنها تسعى - جادة أو متملصة- إلى إبداء أسباب عدم انصياعها إلى أحكامها .

³⁸² Brownline , Ian, Principles of public International law, 3rd edition, clarendon press Oxford,1984,P 696.

See , however, Judge Lauterpacht, separate opinion, south west Africa (voting procedure), I.C.J.

Reports (1955) p. 67 at pp. 118-19

بشأن مشاكل قانونية جديدة تعد الوسائل لتجميع وتعريف سرعة نمو الممارسة الدولية ، بينما تبقى جميعها إرشادية في الشكل ³⁸³ .

المطلب الثالث : تعاون الجمعية العامة واللجنة الدولية للصليب الأحمر

وفي الوقت الحاضر فإن قواعد الحرب والقانون الإنساني تصاغ وتستمد بشكل ثابت من هيئات مختلفة في الأمم المتحدة ولجنة الصليب الأحمر الدولية ³⁸⁴ ، على سبيل المثال : قرار الجمعية 2444 في دورتها الثالثة و العشرين عام 1968 وافقت خصوصاً على القرار 18 للمؤتمر الدولي العشرين للصليب الأحمر في فينا عام 1965 والذي يقضي في سياق القانون الدولي الإنساني بما يلي :

- 1- أن حق أطراف النزاع في استخدام وسائل إلحاق الضرر بالعدو ليس حقاً مطلقاً ³⁸⁵ .
- 2- أن شن هجمات تستهدف السكان المدنيين بصفتهم هذه أمر محظور .
- 3- أنه يجب التمييز في جميع الأوقات بين فئة الأشخاص الذين يشتركون في الأعمال العدائية وفئة أفراد السكان المدنيين بهدف حماية الفئة الأخيرة وتجنّبها الضرر بقدر الإمكان .

³⁸³ Brownline, Ian, OP.CIT, P696 وانظر : الإعلان الخاص بالمبادئ التي تحكم النشاطات في الفضاء الخارجي .

³⁸⁴ ينشأ الأفراد أو مجموعات من الأفراد المنظمات غير الحكومية ، وتقوض بعضها بوظائف معينة من قبل الدول ، مثل لجنة الصليب الأحمر الدولية ، التي تلعب دوراً هاماً في الإشراف على تطبيق اتفاقيات جنيف عن قوانين الحرب ، انظر : Akehurst Michael, A Modern Introduction to International Law, 5th Edition , London, 1984, p.69.

³⁸⁵ وعليه يعد من الأسلحة المحرمة التي يمثل استخدامها جريمة من جرائم الحرب ما يلي :
- المقذوفات المتفجرة أو المشوة بمواد ملتهبة .
- الغازات الخانقة .
- السم أو الأسلحة المسمومة .
- الأسلحة البكتريولوجية ، أي التي تقذف بميكروبات تتضمن أمراضاً وبائية خطيرة .
- بعض أنواع الألغام البحرية ، مثل الألغام المثبتة التي تكون ضارة بمجرد انفصالها عن مرساها، والألغام العائمة أو المطلقة ، والألغام المغناطيسية ، وغيرها .
- السلاح النووي وغيره من أسلحة التدمير الشامل والمؤدية إلى إبادة الجنس البشري ، انظر : د.ابراهيم العناني ، المحكمة الجنائية الدولية ومنع انتشار أسلحة الدمار الشامل ، بحث منشور في كتاب الخيار النووي في الشرق الأوسط ، مجموعة مؤلفين ، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت 2001 ، ص 112.

وقرار الجمعية العامة 2597 الذي تبنته في دورتها الرابعة والعشرين عام 1969 ذهب إلى أكثر من ذلك فقد صادق على قرار المؤتمر الحادي والعشرين للجنة الصليب الأحمر في طهران عام 1966 الذي ينص على حماية المدنيين والمقاتلين في النزاعات التي تنشب من حروب التحرير .

وقرار الجمعية العامة 2676 الذي تبنته في دورتها الخامسة والعشرين في عام 1970 مشابه في التصديق على قرار اللجنة الدولية للصليب الأحمر عن أسرى الحرب .

وأيضا فقد ساهمت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالإعداد لمعاهدات الأسلحة التقليدية التي نقلت أخيراً إلى رعاية الأمم المتحدة³⁸⁶.

وقد توثقت علاقات التعاون بين الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر ، بعد منح الأخيرة صفة مراقب في الجمعية العامة للأمم المتحدة في تشرين الأول 1990³⁸⁷.

الفصل الثاني : الجوانب العملية للقانون الدولي الإنساني

المبحث الأول : جهود الجمعية العامة في تطوير القانون الدولي الإنساني

فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية وحتى انتهاء الحرب الباردة

³⁸⁶ INGRID DETTER, The law of war, second edition, cambridge University press, 2000, p.164 ينظر

³⁸⁷ هناك فقط سمتين يمتلكها المراقبون بصورة عامة : الأولى : بإمكان العضو المراقب أن يحضر الاجتماعات الثانية : ليس لهم حق التصويت .

ومركز المراقب لم يظهر في ميثاق الأمم المتحدة ، ولكن الجمعية العامة قد ضمنت هذا المركز إلى عدد من الدول غير الأعضاء ، وكذلك لمنظمات غير حكومية إقليمية وفي عام 1974 فقد تم دعوة منظمة التحرير الفلسطينية لإلقاء خطاب في الجمعية العامة للأمم المتحدة ، قرار الجمعية العامة 3280 (29) ، انظر : رسالتنا للدكتوراه ، دور منظمة الأقطار المصدرة للنفط أوبك في العلاقات الدولية ، مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد عام 1985 ، غير منشورة .

شهد عقد الأربعينيات من القرن العشرين أحداثاً هامة ، يأتي في مقدمتها وضع الحرب العالمية الثانية أوزارها ، بعد أن ثبت عجز عصبة الأمم عن المحافظة على السلام ، وقد خلفت هذه الحرب ورائها عشرات ملايين القتلى والجرحى والمآسي والآلام والدمار للبشرية ، بفعل تطور الأسلحة الحربية الفتاكة ، وفي هذه الحرب شهد العالم لأول مره استخدام الأسلحة النووية ضد اليابان عام 1945 ، وقد ترتب عليها آثار تدميرية مروعة أدت إلى استسلام اليابان ، كل هذا زاد من الدعوة إلى إنشاء منظمة دولية جديدة ، واتجه تفكير الحلفاء إلى وضع تنظيم دولي يقوم على نظام فعال للأمن الجماعي ، ومسؤولية الدول الكبرى في المحافظة على السلام³⁸⁸ ، وظهر اتجاه واضح في الفقه الدولي يناهز من جديد بإدانة الحرب كنظام قانوني³⁸⁹ ، فنص الميثاق على أن : " يتمتع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق ومقاصد "الأمم المتحدة"³⁹⁰ ، وأضاف الميثاق على أن : "يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر"³⁹¹ .

إنشاء الوكالة الدولية للطاقة الذرية :

أكدت الجمعية العامة في دورتها الأولى في 24 كانون الثاني 1946 ، زيادة القلق الدولي بشأن الأسلحة الذرية وضرورة حث المجتمع الدولي للتوصل إلى اتفاق بشأنها ، وقد تبنت الجمعية العامة مشروع قرار يتضمن استحداث هيئة تختص

³⁸⁸ راتب ، د. عائشة ، التنظيم الدولي (الأمم المتحدة) ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1970 ، ص 28 .

³⁸⁹ ويرى تونكين أن الدولة السوفيتية أثارت فور نشأتها مسألة تحريم العدوانية ، ففي مرسوم السلام الصادر في 26 أكتوبر عام 1917 أعلنت الدولة رسمياً أن حروب الغزو تشكل "أبشع جريمة منافية للإنسانية" انظر : كتابة القانون الدولي العام قضايا نظرية ، ترجمة أحمد رضا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1972 ، ص 39 .

³⁹⁰ الفقرة 4 من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة .

³⁹¹ الفقرة 3 من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة .

بالسيطرة على الطاقة النووية ، وقد تم تشكيل هيئة الأمم المتحدة للطاقة الذرية من الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن فضلاً عن كندا³⁹² .

وقد هدفت الجمعية العامة الى إقامة أنظمة دولية للسيطرة على هذه المادة من أجل ضمان استخدامها في الأغراض السلمية فقط ، فضلاً عن استبعاد الأسلحة النووية في عمليات التسليح الوطني، وعليه ومع صعوبة التطبيق الشديد لهذه التوصيات فإن قضية حظر انتشار الأسلحة النووية أصبحت تحظى بالتركيز والاهتمام الرئيسيين في الأمم المتحدة³⁹³ .

مبادئ محكمتي نورمبرج وطوكيو :

وأكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها 95 في 11 كانون الأول 1946³⁹⁴ على المبادئ القانونية التي صاغتها لجنة القانون الدولي والتي تضمنها ميثاق محكمتي نورمبرج وطوكيو³⁹⁵ وهي :

1- أي شخص يرتكب فعلاً يشكل جريمة وفقاً للقانون الدولي ويكون مسؤولاً عنها ومعرضاً للعقاب عليها.

2- لا يعفي عدم وجود عقوبة في القانون الداخلي عن الفعل الذي يعد جريمة وفقاً للقانون الدولي الشخص الذي ارتكب الفعل من المسؤولية طبقاً للقانون الدولي .

³⁹² انظر : حولية الأمم المتحدة لنزع السلاح ، المجلد الأول 1976، ص 129.

³⁹³ المصدر السابق ، ص 61 .

³⁹⁴ الدليمي ، د.قاسم محمد عبد ، معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية لعام 1996 ، بغداد ، بيت الحكمة ، 2003 ، ص 101 .

UN , The NON Proliferation Treaty, fifteen years after entry into force , disarmament , facts sheet , no 41 , july, 1985, p.2

³⁹⁵ ويرى د.محمد حافظ غانم أن محكمة نورمبرج حققت عملاً إنشائياً في دائرة العدالة الجنائية ، فقد قررت لأول مرة مبدأ المسؤولية الفردية للحكام المسؤولين عن إعلان حرب الاعتداء ، كما قررت وجوب عقابهم بوسيلة دولية ، مبادئ القانون الدولي العام ، القاهرة 1966 ، ص 652 ، نقلاً عن كوهن ، المجلة الأمريكية للقانون الدولي ، رقم 4 سنة 1948.

3- لا يعفى الشخص الذي ارتكب جريمة وفقاً للقانون الدولي من المسؤولية بتطبيق أحكام القانون الدولي كونه قد تصرف باعتباره رئيساً للدولة أو مسؤولاً حكومياً .

4- لا يعفى الشخص الذي ارتكب الفعل بناء على أمر من حكومته أو رئيسه الأعلى من المسؤولية وفقاً للقانون الدولي بشرط وجود خيار معنوي كان متاحاً له. Provided a moral choice was in fact possible to him .

5- لكل شخص متهم بجريمة وفقاً للقانون الدولي الحق في محاكمة عادلة بخصوص الوقائع والقانون.

6- يعد من الجرائم المعاقب عليها وفقاً للقانون الدولي ، الجرائم الآتية :

أ- الجرائم ضد السلام : وتشمل :

أولاً : التخطيط والإعداد والمبادأة أو شن حرب عدوانية أو أية حرب بالمخالفة للمعاهدات والاتفاقات الدولية والتأكيدات التي تم التعهد بها.

ثانياً : الاشتراك في خطة أو مؤامرة عامة لتنفيذ أي من الأفعال المذكورة أعلاه.

ب- جرائم الحرب : وتتمثل بانتهاك قوانين وأعراف الحرب ، التي تشمل القتل والمعاملة السيئة أو السخرة أو لأي غرض آخر للسكان المدنيين في الأراضي المحتلة ، وقتل أو سوء معاملة أسرى الحرب ، أو الأشخاص في البحار ، أو قتل الرهائن ، أو اغتصاب الملكية العامة أو الخاصة ، أو التدمير العمدي wanton destruction للمدن والقرى أو التدمير الذي لا تبرره الضرورات الحربية .

ج- الجرائم ضد الإنسانية : مثل القتل أو العبودية أو أي عمل لا إنساني آخر ضد السكان المدنيين ، أو الاضطهاد استناداً إلى أسس سياسية أو عرقية أو دينية ، إذا تم ارتكاب تلك الأفعال أو الاضطهادات تنفيذاً لجريمة من الجرائم ضد السلام أو جرائم الحرب أو ارتباطاً بها.

7- يعتبر جريمة وفقاً للقانون الدولي الاشتراك في ارتكاب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية³⁹⁶

جريمة إبادة الجنس البشري. the crime of genocide.

وقد تبنت الجمعية العامة في "كانون الأول 1946، القرار 96 الذي يعالج جريمة الإبادة الجماعية ويعلن القرار : "أن الإبادة الجماعية حرمان لحق الحياة لمجموعة بشرية برمتها مثلما أن القتل هو حرمان البشر من حق الحياة. والحرمان من الحق في الوجود يصعق ضمير البشرية ويؤدي إلى خسائر فادحة للبشرية متمثلة في المساهمات الثقافية وغيرها لهذه المجموعات البشرية وهو مناقض للقانون الأخلاقي ولروح الأمم المتحدة وأهدافها".

ويبين القرار أن جرائم الإبادة الجماعية ارتكبت غالباً "عندما دمرت مجموعات عرقية أو دينية أو سياسية أو غيرها على نحو تام أو جزئي" ³⁹⁷.

ولذا تؤكد الجمعية العامة "أن الإبادة الجماعية جريمة في نظر القانون الدولي، ويعاقب لارتكابها المسؤولون عنها وشركاؤهم سواء أكانوا أفراداً أهليين أم موظفين حكوميين أو رجال دولة، وسواء ارتكبت الجريمة لأسباب دينية أو عرقية أو سياسية أو أية أسباب أخرى"، ثم يدعو قرار الجمعية العامة 96 الدول الأعضاء إلى تشريع القوانين الضرورية لمعاقبة مرتكبي جرائم الإبادة البشرية ويوصي بالتعاون الدولي لهذا الغرض .

وأيد قرار الجمعية العامة اللاحق 260 أ (3) الصادر بتاريخ 9 كانون الأول 1948 ميثاق منع ومعاقبة مرتكبي الإبادة الجماعية ، واقترح توقيعه وتصديقه³⁹⁸.

³⁹⁶ أبو الوفا ، د. أحمد ، نظام الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة لحماية حقوق الإنسان ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 54 لعام 1998، ص 103.

³⁹⁷ جيف سيموند ، التنكيل بالعراق (العقوبات والقانون والعدالة) ، بيروت ، مركز دراسات الوحدة العربية ، 1998، ص 246 .

³⁹⁸ المصدر السابق ، ص 247 . وأشار المؤلف إلى أمثلة عن الإبادة الجماعية عبر التاريخ وفي القرن العشرين نقلاً عن :

وقامت الجمعية العامة بوضع مشروعات لبعض الاتفاقيات الدولية ومثال ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948.

بدأت اتفاقية تحريم إبادة الجنس البشري بالسريان منذ كانون الثاني سنة 1951م، وكان الباعث لصدور هذه الاتفاقية سياسة ألمانيا النازية خلال الحرب العالمية الثانية ، التي أدت إلى فناء الملايين من البشر.

وتقضي هذه الاتفاقية بأن الأفعال التي تتكون منها هذه الجريمة ، سواء وقعت وقت الحرب أو السلم تشكل جريمة دولية³⁹⁹.

أنثرت الجهود الدولية إلى التوصل لعقد معاهدة أنتاركتيك واشنطن حول القطب الجنوبي الموقعة في أول كانون الأول 1959م، التي نصت على نزع السلاح الكامل والشامل لقارة القطب الجنوبي ، وتعلن المعاهدة ان منطقة القطب الجنوبي يجب أن تستخدم حصراً لأغراض سلمية ، وتحظر أي تواجد ذا طبيعة عسكرية في المنطقة كإقامة قواعد عسكرية أو تحصينات أو إجراء مناورات أو تجارب لأي نوع من الأسلحة ، وتحظر أي تفجير ذري وكذلك إيداع أي مواد مشعة⁴⁰⁰.

وفي عام 1961م ، قررت الجمعية العامة تحريم استخدام السلاح النووي باعتباره يشكل انتهاكاً لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة والقيم الإنسانية⁴⁰¹.

وأقرت الجمعية العامة معاهدات حظر تجارب الأسلحة النووية في الجو وفي الفضاء الخارجي وتحت سطح الماء لعام 1963م ، سعياً للحد من شروا الأسلحة والجرائم الحديثة ، ومنذ عام 1963م ، دأبت الجمعية على دعوة الدول الحائزة لأسلحة نووية إلى وقف جميع تجارب الأسلحة النووية وفي البيئات كلها ، وحثت

John W.Dower, War Without Mercy: Race and Power in the Pacific War (London: faber and faber, 1986) P.40

³⁹⁹ سرحان ، د. عبد العزيز محمد ، المدخل لدراسة حقوق الإنسان في القانون الدولي ، الكويت ، مطبعة جامعة الكويت ، 1980م ، ص 95 .

⁴⁰⁰ أسير ، د. أمين ، السلام والتسلح النووي ، دمشق ، مطبعة عكرمة ، 1995م ، ص 44 .

⁴⁰¹ جان بكتيه ، مبادئ القانون الدولي الإنساني ، مصدر سبق ذكره ، ص 59.

أعضاء المجتمع الدولي إلى تكثيف الجهود الرامية إلى إنجاز معاهدة لحظر شامل للتجارب النووية⁴⁰².

وأكدت الجمعية العامة في دوراتها السابقة الخامسة و العشرين عام 1969 ما سبق أن قرره في دورتها السابقة من ضرورة تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني على كافة النزاعات المسلحة سواء الدولية منها وغير الدولية ، ليحصل المقاتلون على الرعاية الإنسانية المناسبة .

وقد اعتمدت الجمعية العامة في هذه الدورة أيضاً عدة قرارات تخص حماية الصحفيين الذين يؤدون أعمال خطيرة ، وأسرى الحرب ، ومعاملة أعضاء حركات المقاومة كأسرى حرب⁴⁰³ ، وحماية السكان المدنيين في النزاعات المسلحة ، أو التأكيد على أهمية التعاون بين الجمعية العامة واللجنة الدولية للصليب الأحمر.

وكانت الجمعية العامة قد دعت إلى عقد مؤتمر دولي لحقوق الإنسان في طهران في الفترة الواقعة بين 22 نيسان و13 مارس 1968م، ضمنا لحقوق الإنسان أبان النزاعات المسلحة ، واستجابت لدعوة المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان كثير من الدول حيث أصدرت الجمعية العامة خلال دورتها الثالثة والعشرين التوصية رقم 2444 بتاريخ 19 كانون الأول 1968م ، ودعت فيها الأمين العام بعد استشارة اللجنة الدولية للصليب الأحمر وغيرها من الهيئات الدولية أن يقوم بدراسة ما يلي :

1- الخطوات الواجب اتخاذها لضمان أفضل تطبيق لقواعد القانون الدولي الإنساني واتفاقياته القائمة على كافة النزاعات المسلحة .

⁴⁰² الدليمي ، قاسم محمد عبد ، معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية لعام 1996 ، ص 113 ، وفضلاً عن ذلك دعت الجمعية العامة في عدد من القرارات إلى ضرورة احترام جميع الدول لبروتوكول جنيف سنة 1925 الخاص بتحريم استخدام الغازات السامة والخانقة والغازات الأخرى في الحرب ، وكذا منع وسائل الحرب الجرثومية . انظر ك د. عبد الواحد محمد الفار ، التنظيم الدولي ، القاهرة ، عالم الكتب ، 1979 ، ص 312 .
⁴⁰³ انظر قرار الجمعية العامة 2105 في عام 1965 .

2- الحاجة إلى قواعد جديدة في إطار القانون الدولي الإنساني (سواء في شكل اتفاقيات تكميلية أو أي شكل آخر ملائم) لضمان أفضل حماية للمدنيين والأسرى والمقاتلين في كافة النزاعات المسلحة.

وكان عنوان هذه التوصية المهمة احترام حقوق الإنسان خلال النزاعات المسلحة

404

لقد شكلت توصية الجمعية العامة آنفة الذكر ، برأينا ، انعطافة مهمة في مسيرة الجمعية بلورة وإيجاد قواعد جديدة للقانون الدولي الإنساني وتطبيقها في النزاعات المسلحة ، وحث الدول الأعضاء من قبل الأمين العام على ضمان تطبيقها ، وكلفت الجمعية العامة الأمين العام على أن يلفت انتباه الدول الأعضاء إلى المبادئ الموجودة في القانون الدولي الإنساني وحثها على تبني قواعد جديدة لكي تضمن أن المدنيين والمحاربين يتمتعون بالحماية طبقاً لمبادئ قانون الأمم المتحدة من الأعراف السائدة بين الشعوب المتقدمة ومن قوانين الإنسانية ومبادئ الضمير ، وفي القرار ذاته أكدت الجمعية العامة على قرارات المؤتمر الثاني عشر للصليب الأحمر الدولي الذي وضع أساس السلوك في النزاعات المسلحة وفقاً للمبادئ الآتية :

1- أن حق أطراف النزاع المسلح بإلحاق الأذى بالعدو ليس حقاً مطلقاً بل يجب أن يتقيد بالهدف من العمليات العسكرية .

2- أنه من المحظور الهجوم على المدنيين باعتبارهم هدفاً مستقلاً .

3- أن كل الجهود يجب أن تبذل لتجنيب المدنيين ويلات الحرب⁴⁰⁵ .

وبذلك تكون فكرة مهاجمة المدنيين وقصفهم وضربهم بصنوف الأسلحة المختلفة لأجل إجبار العدو على التسليم فكرة غير شرعية أو إنسانية.

⁴⁰⁴ عامر، د. صلاح الدين ، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، المنصورة ، دار النهضة العربية ، 2002 م ، ص 1005.

⁴⁰⁵ فرحات ، أ.د. محمد نور ، تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان (جوانب الوحدة والتميز) ، ص 93-94

وفي عام 1969م ، قدم الأمين العام تقريره إلى الجمعية العامة حول "حقوق الإنسان في النزاعات المسلحة" وقد طلبت الجمعية العامة من الأمين العام أن يتابع على وجه الخصوص مسألة احترام حقوق الإنسان للمدنيين والمقاتلين من أجل تحرير أنفسهم من الاستعمار.

تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 2391 في 26 تشرين الثاني 1968 اتفاقية عدم قابلية تطبيق قواعد التقادم على جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وذلك لما كانت الجرائم المذكورة من أخطر الجرائم ، لذا وجب معاقبة مرتكبيها دون مراعاة للمدة التي قد تمضي دون محاكمتهم .

ويهدف ذلك إلى منع ارتكاب تلك الجرائم رغبة في تحقيق حماية أفضل لحقوق الإنسان ولكفالة السلم والأمن الدوليين ، لذلك أكدت الاتفاقية مبدأ مؤداه أنه لا توجد فترة تقادم *a period of limitation* للمحاكمة عن تلك الجرائم أي أنه لا تقادم *imprescriptibilite* او عدم قابلية تطبيق القيود النظامية الموضوعة - *non applicability of statutory limitations* على تلك الجرائم التي تهدد البشرية جمعاء⁴⁰⁶.

ويلاحظ أن الاتفاقية المذكورة وسعت من نطاق الجرائم ضد الإنسانية على النحو المذكور في مبادئ محكمة نورميج التي قننتها لجنة القانون الدولي ، إذ أضافت إليها جريمتي الفصل العنصري وإبادة الجنس *apartheid – genocide*.

وقد نصت الاتفاقية على اتخاذ الدول للإجراءات التشريعية والتنظيمية التي تكفل تحقيق ذلك ، وهو ما حث عليه أيضاً القرار رقم 2712 الصادر عن الجمعية العامة سنة 1970 ، والذي لاحظ - بين أمور أخرى - أن العديد من مجرمي الحرب

⁴⁰⁶ أبو الوفا ، د. أحمد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، ط 4 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 837 .

مازالوا مختلفين دون أن توقع عليهم عقوبة من العقوبات لذلك نص القرار على ضرورة التعاون بين الدول من أجل الكشف عنهم وتوقيع العقاب عليهم⁴⁰⁷.

كما قررت الجمعية العامة في سنة 1969 أن تكون الفترة من سنة 1970 إلى سنة 1980 عقداً لنزع السلاح ، وطالبت الحكومات المختلفة أن تقوم خلال هذه الفترة ببذل الجهود الممكنة من أجل وقف سباق التسلح والتخلص من أسلحة الدمار الجماعي وعقد اتفاقية لنزع السلاح العام الشامل في ظل رقابة دولية فعالة⁴⁰⁸.

وأصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بدورها الخامسة والعشرين القرار رقم 2625 في 24 تشرين الأول 1970، بشأن إعلان مبادئ القانون الدولي الخاصة بالصدقة والتعاون بين الدول the Friendly Relations Declaration of " Resolution 2625 " 1970، وفيه تؤكد تجاوز ميثاق الأمم المتحدة للفصل التقليدي بين الحرب وأعمال الانتقام العسكرية من جهة ، وتؤكد ذلك بالقرار الخاص بتعريف العدوان من جهة أخرى .

إذ مؤدى إعلان مبادئ القانون الدولي تجلّى بالتزام الدول بـ (الامتناع عن الأعمال الانتقامية التي تنطوي على استعمال القوة) ، وهو المعنى ذاته الذي تؤكد أيضاً في ظل القرار 3314 الخاص بتعريف العدوان⁴⁰⁹ ، ومؤداه انطباق صفة العدوان على الأعمال الواردة في المادة الثالثة منه ، سواء صدرت بإعلان حرب أو بدونه⁴¹⁰ ، وقد وصف هذا القرار العدوان باعتباره جريمة دولية ضد السلام العالمي تستوجب المساءلة الدولية للدولة⁴¹¹ .

⁴⁰⁷ المصدر السابق .

⁴⁰⁸ الفار، د. عبد الواحد محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص 312 .

⁴⁰⁹ وهو القرار الصادر عن الدورة التاسعة والعشرين للجمعية العامة في 14 كانون الأول 1974.

⁴¹⁰ عتلم ، د. حازم محمد ، قانون النزاعات المسلحة الدولية ، ط 2 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 132.

⁴¹¹ المادة (5) ، فقرة (2) من القرار 3314 للجمعية العامة في 1974/12/14 .

وقررت الجمعية العامة في قرارها المرقم 3074 / د ، لعام 1973 الخاص بـ (مبادئ التعاون الدولي في اكتشاف واعتقال وتسليم ومعاقبة الأشخاص المذنبين في ارتكاب جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية)⁴¹² ، وذهبت إلى أن الجرائم ضد الإنسانية تتجاوز حدود الدول لأنها تتعلق بقيم عالمية مشتركة ، ومن الثابت الآن ضرورة التعاون الدولي بخصوص البحث والقبض على مرتكبي جرائم الحرب وتسليمهم .

وأدانت الجمعية العامة للأمم المتحدة ادعاء استخدام أسلحة كيميائية ، ودعت إلى إجراء تحقيق لإثبات الوقائع بسرعة مثل القرار 3318 (1974)⁴¹³ .

واعترفت الجمعية العامة بقرارها 3103 (7111) في كانون الأول 1973 ، بأن المقاتلين من أجل الحرية وتقرير المصير مؤهلون لتطبيق عليهم نصوص اتفاقيات جنيف الثالثة والرابعة لعام 1949 ، وهذا هو القرار الأخير الذي يعترف بأن النزاع المسلح من أجل كفاح تحرري هو نزاع دولي في تقدير أو اتجاه اتفاقيات جنيف لعام 1949 ، وأكدت الجمعية العامة على الحق الكامن The inherent Right للشعوب المستعمرة في النضال بكل الوسائل المتاحة لهم ضد الدول المستعمرة والدول الأجنبية التي تسيطر عليهم ، بالتطبيق لحق تقرير المصير الذي اعترف به ميثاق الأمم المتحدة ، لذلك فإن ذلك النضال يعد مشروعاً⁴¹⁴ .

وقد تم توقيع اتفاقية حظر استخدام تقنيات التعديل البيئي لأغراض عسكرية أو لأي أغراض عدائية أخرى في 10 / كانون الأول 1976⁴¹⁵ .

⁴¹² العبيدي ، د. صالح ، المسؤولية الدولية عن خرق قواعد القانون الدولي الإنساني (كتاب القانون الدولي الإنساني وأزمة الخليج) ، تحرير محمد الدوري ، بغداد ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، 1992 ، ص 113 .

⁴¹³ أبو الوفا ، د. أحمد ، الوسيط في القانون الدولي العام .

⁴¹⁴ أبو الوفا ، د. أحمد ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، ط 1 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2006 ، ص 53 .

⁴¹⁵ القانون الدولي الإنساني . منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، آيار ، 2003 ، ص 9 .

وفي هذا العقد تم توقيع البروتوكولين الإضافيين إلى اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والذين يعززان حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية (البروتوكول الأول) وغير الدولية (البروتوكول الثاني) ويعزز البروتوكول الأول مجموعة القواعد التي اعتمدت في عام 1949، فهو يوجب على سبيل المثال ، على الدولة المحاربة أن تقبل أعمال الغوث ذات الصبغة الإنسانية المحايدة ، والتي تجري دون تمييز مجحف ، لصالح السكان المدنيين في الأراضي الخاضعة لها ، شريطة موافقة الأطراف المعنية ، فإذا ما توفرت هذه الشروط ، كان من الخطأ رفض أعمال الغوث هذه حيث إنها لا تعتبر تدخلاً في النزاع المسلح أو أعمالاً عدائية⁴¹⁶.

وفي النزاع المسلح غير الدولي يحدد البروتوكول الثاني (المادة 18) أنه حين يعاني السكان المدنيون حرماناً شديداً من جراء نقص المؤن الضرورية لمعيشتهم، يتوجب القيام بأعمال غوث ذات طابع إنساني وحيادي بحث ودون تمييز مجحف، شريطة موافقة الطرف المحارب المعني ، ومن المعترف به عموماً اليوم بأنه يتعين على الدولة السماح بعمليات الإغاثة ذات الطابع الإنساني البحث⁴¹⁷.

ومن الجدير ذكره هنا أن توسيع أحكام القانون الدولي الإنساني لتشمل بالكامل كافة نزاعات حق تقرير المصير من خلال التوافق consensus عزز أيضاً من الرأي القائل بأن قرارات الأمم المتحدة ربما تشكل مصدراً كامناً للقانون الدولي⁴¹⁸.

⁴¹⁶ المصدر السابق ، ص 10 .

⁴¹⁷ المادة 18 : جمعيات الغوث وأعمال الغوث : نصت على ما يلي :

1- يجوز لجمعيات الغوث الكائنة في إقليم الطرف السامي المتعاقد مثل جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر والأسد والشمس الأحمرين ، أن تعرض خدماتها لأداء مهامها المتعارف عليها فيما يتعلق بضحايا النزاع المسلح ، ويمكن للسكان المدنيين ، ولو بناءً على مبادرتهم الخاصة ، أن يعرضوا القيام بتجميع الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار ورعايتهم .

2- تبذل أعمال الغوث ذات الطابع الإنساني والحيادي البحث وغير القائمة على أي تمييز مجحف لصالح السكان المدنيين بموافقة الطرف السامي المتعاقد المعني ، وذلك حين يعاني السكان المدنيون من الحرمان الشديد بسبب نقص المدد الجوهري لبقائهم كالأغذية والمواد الطبية.

⁴¹⁸ Chadwick E., OP Cit. p. 34

وقد شاركت إحدى عشرة حركة تحرر في المؤتمر الدبلوماسي باعتبارها أعضاء مراقبين ، إلى جانب (51) منظمة حكومية وغير حكومية ، وكانت القرارات تتخذ في المواضيع الجوهرية وفقا لقاعدة أغلبية أصوات الثلثين متى لم يكن هناك توافق .

ودعى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (33/ 84 في 13 / كانون الأول / ديسمبر 1978) الدول الأعضاء إلى حظر " أسلحة التدمير الشامل" علما بأن لجنة الأسلحة التقليدية عرفت الأسلحة ذات التدمير الشامل في 12 أغسطس 1948 : بأنها أسلحة التضجير النووي وأسلحة المواد ذات النشاط الإشعاعي والأسلحة الكيميائية والبيولوجية القاتلة وأية أسلحة تطور في المستقبل قد تكون لها سمات ذات تأثير تدميري مماثل لتأثير القنبلة الذرية أو الأسلحة المذكورة سابقا ⁴¹⁹.

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974 إعلانا بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والنزاع المسلح ⁴²⁰ ، فضلا عن ذلك فقد تطرقت لتلك الحماية المادتان (23 و 24) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية والمادة (10) من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

وتناولت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الخامسة والعشرين وضع الصحفيين حيث دعت في قرارها في 2 / 11 / 1973 الأمين العام للأمم المتحدة إلى عرضه على المؤتمر الدبلوماسي الذي عقد في جنيف ، حيث اعتبرت المادة (79) من البروتوكول الأول أن الصحفي يعتبر في حكم (المدني) ، وعليه حمل بطاقة هوية مسلحة من الدولة التي هو من رعاياها أو التي يقيم بها ، أو التي فيها جهاز الأنباء الذي يستخدمه وتشهد على صفته كصحافي ، والحماية التي يجب أن يتمتع

⁴¹⁹ جين سيموند ، التنكيل بالعراق ، ص 242 .

⁴²⁰ الطراونة ، د. محمد ، حماية غير المقاتلين في النزاعات غير ذات الطابع الدولي ، في كتاب القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني ، إعداد نخبة من المتخصصين ، القاهرة ، دار المستقبل العربي ، 2003 ، ص 251 .

بها الصحفي هو حصانته من الأعمال الحربية باعتباره مدنياً والمدنيون ليسوا أهدافاً عسكرية⁴²¹.

وتبنت الجمعية العامة اتفاقية الأمم المتحدة 1980 بشأن حظر أو تقييد استخدام أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر وقد غطت هذه الاتفاقية حالات النزاع المسلح الدولي فقط⁴²².

كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم 37 / 10 في 15 / تشرين الثاني 1982 على أنه (ليس في الوجود نزاع ما ، ولا في إخفاق إجراء ما من إجراءات تسوية النزاعات الدولية بالوسائل السلمية ، ما يبيح استعمال القوة أو التهديد بها من قبل أي من الدول الأطراف في النزاع)⁴²³.

وفي عام 1981 كلفت الجمعية العامة لجنة القانون الدولي من جديد بمهمة إعداد مشروع قانون⁴²⁴ ، يأخذ بعين الاعتبار التطور التدريجي للقانون الدولي المعاصر خاصة فيما يتعلق بالقانون الدولي الإنساني .

وقد قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 39 / 179 لعام 1984 ، مجموعة من المبادئ أهمها : أن مسؤولية إزالة مخلفات الحرب تقع على عاتق الدول التي وضعتها ، وأن للدول النامية التي تأثرت بزرع الألغام وغيرها من مخلفات الحرب الحق في التعويض العادل والإزالة الكاملة لهذه المخلفات بواسطة الدول التي زرعتها⁴²⁵.

⁴²¹ المصدر السابق ، ص 249 .

⁴²² القانون الدولي الإنساني ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، ص 9 .

⁴²³ العبيدي ، د. صالح ، المسؤولية الدولية عن خرق قواعد القانون الدولي الإنساني ، ص 124

– 125 ، نقلاً عن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم 37 / 10 في 15 / 11 / 1982 .

⁴²⁴ المصدر السابق ، ص 120 ، ويشير الباحث إلى قرار الجمعية العامة 26 / 106 في كانون الأول عام 1981 .

⁴²⁵ أبو الوفا ، أحمد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، ص 853 .

وصادقت الجمعية العامة بقرارها 40 / 32 في دورتها الأربعين لعام 1985 على المبادئ الأساسية لاستقلال الهيئة القضائية التي تبناها واعتمدها مؤتمر منع الجريمة السابع بميلانو (من 26 آب إلى 6 أيلول 1985) «7th Crime Congress» ومشروع المبادئ الخاصة باستقلال الهيئة القضائية وباستقلال المهنة القانونية⁴²⁶ ، ومن هذه المبادئ فإن المحكمة ككيان قانوني يجب أن تكون مستقلة.

فمنذ أن اتخذت الجمعية العامة في ديسمبر 1988 القرار 43 / 131 المتعلق بتقديم المساعدة الإنسانية إلى ضحايا الكوارث الطبيعية وحالات الطوارئ المماثلة ، أصبح المفهوم القانوني لتقديم المساعدة الإنسانية يشكل إلى حد ما أحد الأبعاد التنفيذية لضمان وحماية حقوق الإنسان .

وقد انعكس ذلك بوضوح على عمليات الأمم المتحدة في السودان والصومال والعراق واليوم في يوغسلافية السابقة ، مرة أخرى ، فإن الأمر لا يتعلق في جميع هذه القرارات بتقرير حق ما بالتدخل بل يتعلق فقط بمراعاة الفكرة الأساسية للجهود المبذولة حالياً لحماية حقوق الإنسان ، ألا وهي العلاقة بين هذه الحماية والمتطلب الديمقراطي الذي يأخذه المجتمع الدولي اليوم بحق على عاتقه⁴²⁷ .

وقد حددت الجمعية العامة بقرارها 46 / 182 عام 1991 أن المساعدة الإنسانية يجب تقديمها وفقاً لمبادئ الإنسانية والحياد وبناء على طلب الدولة المعنية مع احترام السيادة والسلامة الإقليمية للدول⁴²⁸.

فالجمعية العامة للأمم المتحدة تبنت في قرارها 44 / 34 لعام 1989 الاتفاقية الدولية ضد استقدام أو استخدام أو تمويل وتدريب المرتزقة ، ونصت الاتفاقية على

⁴²⁶ G. A. Res. 40 \ 32 , U.N GAOR , 40th sess, U.N DOC 32 \ 40 , A \ Res \ 40 \ 32 (1985)

⁴²⁷ غالي ، د. بطرس بطرس ، حقوق الإنسان بين الديمقراطية والتنمية ، مجلة السياسة الدولية ، العدد 114 ، أكتوبر (تشرين الأول - 1993) .

⁴²⁸ أبو الوفا ، د. أحمد ، نظام الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة لحماية حقوق الإنسان ، ص 106.

التزام الدول بعدم استقدام أو استخدام أو تمويل وتدريب المرتزقة ، مع اتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بذلك وذلك بالتنسيق فيما بينها ، كذلك قررت أن المرتزق الذي يشارك في نزاع مسلح أو في عمل عنف يرمي إلى زعزعة السلامة الإقليمية لدولة ما أو نظامها الدستوري أو قلب نظام الحكم فيها إنما يرتكب جريمة وفقاً للاتفاقية ، وأن لكل دولة تقع الجريمة فوق إقليمها معاقبته ، وكذلك لها حق توقيع العقاب على رعاياها أو على عديمي الجنسية الذين يرتكبون مثل هذه الجرائم⁴²⁹.

وبالإمكان القول إن الجمعية العامة أصدرت عام 1970 عدداً من القرارات أكدت فيها ما يلي :

- 1- أن حقوق الإنسان كما وردت في القانون الدولي وفي المواثيق الدولية واجبة النفاذ في حالة النزاعات المسلحة .
- 2- أن المناضلين في حركات التحرر والمقاتلين من أجل الحرية يجب أن يعاملوا كأسرى حرب في حالة القبض عليهم.
- 3- حظر قصف السكان المدنيين أو استخدام الأسلحة الكيميائية والبكتريولوجية .
- 4- أن المرضى وذوي الإصابات الخطيرة من أسرى الحرب يجب إعادتهم إلى أوطانهم أو تسليمهم إلى دولة محايدة ، وكذلك من قضوا بالأسر مدةً طويلة .
- 5- ضرورة المعاملة الإنسانية للأسرى المتمتعين بحماية اتفاقية جنيف الثالثة وأهمية التفيتيش الدولي عن أماكن احتجازهم بواسطة المنظمات الإنسانية كاللجنة الدولية للصليب الأحمر.
- 6- يجب ألا تكون أماكن الإيواء واللجؤ والمستشفيات وغيرها هدفاً لأية عمليات عسكرية⁴³⁰.

⁴²⁹ أبو الوفا ، د. احمد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، ص 768 .

⁴³⁰ فرحات ، أ.د. محمد نور ، مصدر سبق ذكره ، ص 94 - 95 .

المبحث الثاني : جهود الجمعية العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني (فترة ما بعد الحرب الباردة)

أثمرت الجهود الدولية عن التوصل إلى اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة والموقعة في باريس في كانون الثاني 1993⁴³¹.

كما نص إعلان وبرنامج فينا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان عام 1993، الذي دعت إلى انعقاده الجمعية العامة ، على اتخاذ تدابير دولية فعالة لضمان تنفيذ حقوق الإنسان للسكان تحت الاحتلال الأجنبي وتوفير الحماية القانونية ضد انتهاك الحقوق الإنسانية المقررة لهم ، طبقاً لقواعد حقوق الإنسان وللقانون الدولي ولا سيما اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب في 14/آب/1949، وغيرها من قواعد القانون الإنساني الواجبة التطبيق⁴³².

وقد شجعت الجمعية العامة اللجنة الدولية للصليب الأحمر عام 1994، وبالأستعانة بخبراء متخصصين ، لوضع مبادئ توجيهية لإعداد كتيبات وتعليمات عسكرية بشأن حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة ، جاء ذلك بعد أن أظهرت حرب الخليج عام 1991 أن قواعد القانون الدولي الإنساني بشأن حماية البيئة والتي تشمل : المادة (55) من البروتوكول الإضافي الأول ، واتفاقية حظر استخدام تقنيات التعديل البيئي لأغراض عسكرية أو لأي أغراض عدائية أخرى الموقعة في 10 كانون الأول 1976، غير معروفة بالقدر الكافي ، فضلا عن أنها تفتقر أحيانا إلى الدقة⁴³³.

⁴³¹ العناني ، د.إبراهيم محمد ، مصدر سبق ذكره ، ص 107 .

⁴³² ينظر نص وبرنامج عمل فينا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان ، في مجلة السياسة الدولية ، العدد 114 ، أكتوبر ، 1993 ، ص 323 .

⁴³³ القانون الدولي الإنساني ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولية ، ص 20.

لذلك تبنت الجمعية العامة قرارها رقم 146/50 لعام 1995 الخاص بإنشاء اللجنة التحضيرية لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية ، وأصدرت القرار رقم 207/51 الصادر في 17 كانون الأول 1996، والمتضمن دعوة اللجنة التحضيرية إلى الانعقاد خلال عامي 1997 و1998 للانتهاء من الصياغة النهائية لمشروع إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ، توطئة لتقديمه إلى المؤتمر الدبلوماسي الذي تقرر عقده في العاصمة الإيطالية روما في الفترة من 14 حزيران - 17 تموز 1998، وتأسيسا على ذلك واصلت اللجنة المذكورة عملها إلى أن أقرت الصياغة النهائية لهذا المشروع والذي أقره بدوره مؤتمر روما الدبلوماسي في 17 تموز 1998 وكانت الجمعية العامة قد دعت إليه بقرارها رقم 52 / 160 لعام (1997) ⁴³⁴ ، وشارك فيه ممثلون عن 160 دولة و31 منظمة دولية حكومية ، إلى جانب مشاركة ممثلين عن 136 منظمة غير حكومية وطنية ودولية ⁴³⁵ .

وقد جرى التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من جانب 60 دولة في 1/ نيسان 2002، ودخل حيز النفاذ في 1 تموز 2002، ويعد اعتماده خطوة هامة نحو الحد من الإفلات من العقوبة وضمان احترام أكبر للقانون الإنساني، وبشأن الاختصاص الموضوعي للمحكمة ، فإن لها أن تنتظر في جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم العدوان .

كما تبنت الجمعية العامة القرار رقم 138 / 50 عام 1995 بخصوص "استخدام المرتزقة كوسيلة لانتهاك حقوق الإنسان ولعرقلة استخدام الشعوب لحق تقرير المصير" دعت فيه الدول إلى وضع حد سريع لذلك ⁴³⁶ .

⁴³⁴ أبو الوفا ، أحمد ، نظام الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة لحماية حقوق الإنسان ، ص 101.

⁴³⁵ بيسيوني ، د. محمود شريف ، المحكمة الجنائية الدولية نشأتها ونظامها الأساسي ، مطابع روز اليوسف الجديدة ، 2002 ، ص 99-102.

⁴³⁶ أبو الوفا ، أحمد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، ص 768 .

واعتمد مؤتمر فينا الدبلوماسي في تشرين الأول 1995 حظر استخدام ونقل أسلحة الليزر التي تتمثل وظيفتها القتالية تحديدا في الإصابة بالعمى الدائم ، ويقتضي البروتوكول من الدول أن تتخذ الاحتياطات المناسبة ، بما فيها تدريب القوات المسلحة لتجنب خطر الإصابة بالعمى نتيجة استخدام أنظمة الليزر الأخرى⁴³⁷ .

كذلك اهتمت الجمعية العامة بمشاكل اللاجئين ووضعهم القانوني ، من ذلك قرارها رقم 51/ 73 لعام 1996، الذي أدان استغلال اللاجئين القصر الذين لا يصطحبهم ذويهم Unaccompanied refugee minors بما في ذلك استخدامهم كجنود أو دروع بشرية في النزاع المسلح ، أو تجنيدهم الإجباري في القوات المسلحة ، أو أي أفعال أخرى تعرض سلامتهم أو أمنهم الشخصي للخطر⁴³⁸ .

واهتمت الأمم المتحدة بحقوق المرأة ونددت بالاعتداءات عليها ، ففي قرارها رقم 51/ 115 لعام 1996 قررت الجمعية العامة الآتي :

- 1- إدانة اغتصاب النساء والأطفال في يوغسلافيا السابقة .
- 2- إدانة استخدام الاغتصاب كسلاح حرب وكأداة للتطهير العرقي .
- 3- اعتبار الاغتصاب أثناء النزاعات المسلحة جريمة حرب ، بل اعتبارها في بعض الأحوال جريمة ضد الإنسانية وعملا من أعمال إبادة الجنس Geno Cide⁴³⁹ .

معاهدة حظر الألغام المضادة للأفراد وتدميرها :

جاءت اتفاقية حظر استعمال الألغام المضادة للأفراد وتخزينها وإنتاجها ونقلها وتدميرها "معاهدة أوتاوا" عام 1997 كرد فعل دولي على المعاناة التي تسببها هذه

⁴³⁷ القانون الدولي الإنساني ، ص 21 .

⁴³⁸ أبو الوفا ، أحمد ، نظام الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة لحماية حقوق الإنسان ، ص 41.

⁴³⁹ المصدر السابق ، ص 38 .

الألغام على نطاق واسع ، وتستند الاتفاقية إلى قواعد القانون الدولي الإنساني العرفية التي تطبق على جميع الدول وتحظر استعمال الأسلحة التي لا تميز بسبب طبيعتها بين المدنيين والمقاتلين أو التي تسبب معاناة لا مبرر لها أو إصابات مفرطة، وعرضت الاتفاقية للتوقيع في "أوتاوا" يومي الثالث والرابع من ديسمبر 1997⁴⁴⁰. وتتضمن نصوصاً بشأن إزالة الألغام ومساعدة ضحاياها .

الاستنتاجات

في ضوء ما عرضنا من مباحث ، نلخص إلى النتائج الآتية :

1- كان من ثمار جهود الجمعية العامة العديد من القرارات والاتفاقيات التي عززت قواعد القانون الدولي الإنساني ، ففي عقد الأربعينيات أكدت الجمعية العامة سنة 1946 على المبادئ القانونية التي صاغتها لجنة القانون الدولي والتي تضمنها ميثاق محكمتي نورمبرج وطوكيو، وأقرت سنة 1948 اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها .

2- يضاف إلى ذلك سلسلة هامة من قرارات الجمعية العامة ، كالقرار الذي أرسى مبادئ ثلاث هي :

أ- أن حق الأطراف بالإضرار بالعدو ليس مطلقاً .

ب- حظر شن هجمات على المدنيين .

ج- التمييز بين المقاتلين والمدنيين .

3- في سنة 1970 اتخذت الجمعية عدة قرارات من بينها شمول المقاتلين في حركات المقاومة باتفاقيات جنيف لعام 1949 ومعاملتهم كأسرى حرب وعدم جواز مهاجمة المساكن والملاجئ والمستشفيات وغيرها من المبادئ .

⁴⁴⁰ شنطاوي ، فيصل ، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ، عمان ، مطبعة الحامد ، 2001 ، ط 2 ، ص 201 .

4- لقد تركت قرارات الجمعية العامة بشأن تعزيز قواعد القانون الدولي الإنساني صداها الواسع ، حيث جاءت الإشارات العديدة إلى القانون الإنساني في قرارات مجلس الأمن عام 1992 والتي أدان فيها بوجه خاص انتهاكات مبادئ القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان بالنسبة للنزاع في يوغسلافيا الاتحادية السابقة ، وتلحظ كثير من هذه الإشارات وتقارب في كثير من حالات النزاع المسلح في الوقت الحاضر.

5- أسهمت الجمعية العامة بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، وكثفت جهودها من خلال إعداد النظام الأساسي للمحكمة ، والذي وافق عليه مؤتمر الأمم المتحدة في روما عام 1998 وهي التي دعت إلى عقده، فالمحكمة هي مؤسسة دولية دائمة، أنشئت بموجب معاهدة لغرض التحقيق ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون "أشد الجرائم خطورة" وهي الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان، ويمثل إنشاء المحكمة تقدماً في مجال منع الجريمة الدولية ومكافحتها.

6- إن قرارات الجمعية العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني وتحسينها أصبحت مشهودة على مر العقود الماضية على إنشاء المنظمة الدولية، وأن المستقبل كفيل بإغنائها وهذا ما يدعو إلى المزيد من الاهتمام والدراسة، لا سيما بعد التطور في استخدام التكنولوجيا في الحروب، وماتفرزه من ازدياد ضحاياها من جرحى وأسرى وأعتداءات على السكان المدنيين العزل ، ولتأمين حد أدنى من المعاملة الإنسانية لهم وتحقيق أعلى قدر من حماية حقوق الانسان .

المصادر

أولاً: المواثيق: ميثاق الأمم المتحدة

ثانياً: الكتب:

- 1- أبو الوفا ، أحمد ، الوسيط في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 2- أسبر ، أمين ، السلام والتسليح النووي، اتحاد الكتاب العرب، دمشق 1995 .
- 3- بسيوني ، د.محمود شريف ، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي ، مطابع روز اليوسف الجديدة، 2002 .
- 4- بكتيه ، جان ، مبادئ القانون الدولي الانساني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 1975.
- 5- تونكين ، ج ، أ، القانون الدولي العام ، ترجمة أحمد رضا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1972 .
- 6- الجلي ، حسن ، القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1964.
- 7- الدقاق ، محمد السعيد ، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية ودورها في إرساء قواعد القانون الدولي ن الاسكندرية ، 1973.
- 8- الدليمي، قاسم محمد عبد ، معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية لعام 1996، بيت الحكمة، بغداد، 2003.
- 9- راتب، د. عائشة ، التنظيم الدولي ، الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- 10- سرحان، عبدالعزيز محمد، المدخل لدراسة حقوق الانسان في القانون الدولي، ط 1، 1980.
- 11- سيموند، جيف، التنكيل بالعراق (العقوبات والقانون والعدالة) مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1998.
- 12- شكري ، محمد عزيز، تاريخ القانون الدولي الانساني وطبيعته، بحث كتاب دراسات في القانون الدولي الانساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2000.
- 13- عامر، صلاح الدين ، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، المنصورة ، 2002.

- 14- عبدالرحمن ،أسماعيل ، الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني، بحث في كتاب القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003.
- 15- عبدالسلام، جعفر، احكام الحرب والحياد في ضوء القانون الدولي والشريعة الاسلامية، القاهرة، 2002.
- 16- العبيدي، صالح، المسؤولية الدولية عن خرق قواعد القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في كتاب القانون الدولي وأزمة الخليج، تحرير محمد الدوري.
- 17- علتم، د. حازم محمد، قانون النزاعات المسلحة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 2002 .
- 18- العناني، د.ابراهيم، المحكمة الجنائية الدولية ومنع انتشار اسلحة الدمار الشامل، بحث في كتاب الخيار النووي في الشرق الأوسط، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2001.
- 19- الغنيمي ، د. محمد طلعت، الوسيط في القانون الدولي العام زمن السلام، منشأة دار المعارف بالاسكندرية 1982.
- 20 – د. محمد حافظ غانم ، مبادئ القانون الدولي العام ،القاهرة ، 1996
- 21- القطيفي، عبدالحسين، القانون الدولي العام، الجزء الأول في المبادئ والأصول، الجماعة الدولية، مطبعة العاني، بغداد. 1968.
- 22- فرحات ،ا.د.محمد نور ،تاريخ القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان (جوانب الوحدة و التميز) بحث في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 2000

ثالثاً : الدوريات:

- 1- أبو الوفا ، أحمد، نظام الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة لحماية حقوق الإنسان، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 54 لعام 1998.
- 2- أستانيلاس أنهليك، عرض موجز للقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، آب 1984.
- 3- عبدالحميد، د.محمد سامي ، القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدول العام، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 24 لعام 1968
- 4- غالي ، د. بطرس بطرس، حقوق الانسان بين الديمقراطية والتنمية ، السياسة الدولية، العدد 119 ، أكتوبر (تشرين الأول 1993)

5- الفلوجي، اقبال ، الاتجاهات الحديثة في القانون الانساني، مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل، العدد الثاني، السنة الأولى 19

رابعاً: المصادر الأجنبية:

- 1- Akehurst, Michael, A Modern Introduction to International Law, 5th Edition , London, 1984.
- 2- BROWNLIE , IAN, Principles of public International law, 3rd edition, clarendon press OXFORD,1984.
- 3- Chadwick E.,Self-determination, Terrorism and the International Humanitarian law of Armd Conflict, Martinus Nijhoff publishers, The Hague, 1996.
- 4- Dulles, John Foster, "The Institutionalizing of peace", Reading in International Politics : Concepts and Issues, edited by charles O.lerche Jr. and Margaret E.lerche, New York, Oxford University Press.
- 5- John W.Dower, war without Mercy: Race and Power in the Pacific war (London: faber, 1986)
- 6- INGRID DETTER, The law of war, second edition, cambridge University press, 2000.
- 7- NICHOLAS H.G., The United Nations as political institutions, fifth Edition, oxford University Press,London, 1979.
- 8- Michel, Ueuthey , Introdiction to International Humanitaria law, 12th Summer Course on IHL Programme 25 June-6July2012
Sarenio, Italy, Geneva, Swizerland .
- 9- Virally, La Valur Juridiaue des Recommandations des Organisations Internationales, A.F.D.I. , 1956

فقهيات الدعاء والتطبيق عليها فى واقع الحياة

الدكتور

محمود إسماعيل مشعل

أستاذ الفقه المشارك بكلية الإمام مالك للشرعة والقانون - دى
وأستاذ الفقه المساعد بكلية الشرعة والقانون بدمنهور - جامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الأطهار وأصحابه الأخيار . وبعد : فهذه مقدمة تشتمل على ما يلي:

أولا : أهمية الموضوع وسبب اختياره :

يرشدنا القرآن الكريم إلى أهمية التفقه في باب الدعاء ، فيما استفيد من قصة نبي الله نوح عليه السلام عندما توجه إلى ربه سبحانه : " رَبِّ إِنِّي مِنْ أَهْلِي وَإِنَّ وَعْدَكَ الْحَقُّ وَأَنْتَ أَحْكَمُ الْحَاكِمِينَ " ﴿١٠٦﴾ قَالَ يَا نُوحُ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ إِنَّهُ عَمَلٌ غَيْرُ صَالِحٍ فَلَا تَسْأَلْنِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنِّي أَعِظُكَ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ ﴿١٠٧﴾ قَالَ رَبِّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ أَنْ أَسْأَلَكَ مَا لَيْسَ لِي بِهِ عِلْمٌ وَإِلَّا تَغْفِرْ لِي وَتَرْحَمْنِي أَكُنْ مِنَ الْخَاسِرِينَ " [هود/45-47] . وفي هذا الدعاء القرآني المبارك استنباطات فقهية ينبغي للعبد أن يعتني بها :

ينبغي له أن يتفقه في باب الدعاء حتى يدعو على علم ، وبصيرة ، وفهم . وينبغي له كذلك الاعتناء في طلب هذين المقصدين العظيمين : (المغفرة ، والرحمة) حال دعائه ، كما في غالب الأدعية ؛ لأن فيهما الوقاية والعناية ، وذلك أن المغفرة هي ستر الذنب والتجاوز عنه وهذه هي الوقاية ، والرحمة تقتضي الإحسان والإنعام والخيرات وهذه هي العناية . وقدم طلب المغفرة على الرحمة لأن التخلية مقدمة على التحلية.

ويستفاد منه أيضا : أهمية سؤال الله بربوبيته ، سواء أكان في الطلب أو في الاستعاذة ؛ فإنه من مؤكدات الإجابة . وينبغي للداعي أن يتجنب الاعتداء في الدعاء . وفيه دلالة على أن العبد مهما كانت منزلته ، فإنه مفتقر إلى الله بالتوبة والمغفرة . وينبغي للداعي أن يعتني بالأدعية الشرعية ؛ فإن فيها السلامة من الخلل والزلل ، وفيها كمال المقصد والمقاصد . وأيضا : (عدم جواز الدعاء بما لا يعلم

كما ورد في حديث أبي أمامة رضي الله عنه قال : دعا رسول الله ﷺ بدعاء كثير لم نحفظ منه شيئاً ، فقلنا : يا رسول الله ، دعوتَ بدعاء كثير لم نحفظ منه شيئاً ، فقال : ((ألا أدلكم على ما يجمعُ ذلك كله ؟ تقولون : اللهم إنا نسألك من خير ما سألَكَ منه نبيُّكَ محمد ، ونعوذُ بك من شرِّ ما استعاذ منه نبيُّكَ محمد ، وأنت المستعانُ ، وعليك البلاغُ ، ولا حول ولا قوة إلا بالله)) (442).

ففهمنا من إرشاده ﷺ إلى جوامع الدعاء أن للأدعية القرآنية والنبوية مقاصد يراعى النظر فيها وإعمالها.

فما مدى سريان الفكرة المقاصدية في الأدعية ؟ وهل الدعاء بغير المأثور مشروع أو مبتدع ؟ وما حكم الدعاء لولاية الأمور بأسمائهم على المنابر ؟ وهل يعتبر الدعاء على غير المسلمين من باب الاعتداء في الدعاء ؟ وما حكم الدعاء الجماعي ، ورفع اليدين ، والجهر بالأدعية ، والسجع ، والتباكي ؟ الإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها مما يجرى في حياة الناس هي موضوع هذا البحث ، وقد اخترت له عنوان: (فقهيات الدعاء والتطبيق عليها في واقع الحياة).

ثانيا : المقصود بمصطلح الواقع :

الفعل الثلاثي (وَقَعَ) واشتقاقاته (يقع، وقَعًا، ووقوعًا) يُفيد في اللغة معنى : السقوط وإنزال الشيء على الشيء ، وهذا ما يُفيدة في الكلام حقيقة ، كأن تقول : وقع الطير على أرض أو شجر ، أو وقع المطر على الأرض ، أو وقعت الدواب ؛ أي : ربضت على الأرض... إلخ (443).

(441) محمد بن علي الشوكاني ، فتح القدير ، بيروت : دار الفكر ، 503 /2 .

(442) سنن الترمذی ، حديث رقم (3521) .

(443) أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، اتحاد الكتاب العرب ، 2002م ، 134/6 ، والخليل بن أحمد الفراهيدي ، كتاب العين ، دار مكتبة الهلال ، 176/2 .

أما في الاستخدام المجازي ، فَوَقَعَ بمعنى : حصل الشيء وثبت ، كما نقول : وقع الحق أي : ثبت ، ووقع الحق عليه أي : ثبت ، ووقع في الشُّرك : حصل فيه (444).

على أن الفروع الفقهية التي ركزت عليها في خطة البحث أردت إدخالها ضمن إطار هذا المصطلح ، باعتبار أن الواقع له دلالة مرتبطة بفعل (وَقَعَ) في اللغة أي : ما حَصَلَ وَتَعَيَّنَ وأصبح عياناً منظوراً ، ومن هنا فمفردة الواقع ضمن هذا السياق المجازي تعني : الحاصل من ممارسة الناس للأدعية والفقهيات المتصلة بها.

ومن معاني الواقع أيضا : النازل ، ومنها كلمة الواقعة أي : النازلة ، ووقائع أي : نوازل ، وقال الراغب الأصفهاني : (ولا تقال إلا في الشَّدة والمكروه) (445).

والواقعة أو النازلة في اصطلاح الفقهاء هي : مسألة أو قضية مستجدة وقعت بين الناس ، وليس فيها نصٌ تشريعي خاص ، فيعمد الفقيه إلى استنباط حكمها من الأدلة الشرعية أو تخريجه على قواعد مذهبه أو الإفتاء بها وفقاً لإحدى الروايات أو الأقوال أو الوجوه في المذهب. وجمعها الوقاعات والنوازل .

وأما ما يسمى بكتب الوقاعات أو النوازل فهي كتب الفتاوى ، أي أجوبة المسائل التي وقعت وحدثت ، فاستنبطها المجتهدون المتأخرون لما سُئِلُوا عنها ولم يجدوا فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين . قال ذلك ابن عابدين في معرض بيانه لمراتب المصنفات في المذهب الحنفي ، وأنها على ثلاث طبقات : الأولى : مسائل الأصول وتسمى ظاهر الرواية. والثانية : مسائل النوادر. والثالثة : الفتاوى والوقاعات (446).

ثالثاً : منهج البحث :

محور الارتكاز في عملية البحث ، تتمثل في إبراز الفروع والمسائل في فقهيات الدعاء مما يكثر حصوله في حياة الناس وواقعهم المعاش ، ويتحقق هذا الأمر من خلال ربط جزئيات هذا الموضوع بالمراجع الفقهية القديمة والمعاصرة ، وإثبات

(444) ابن منظور ، لسان العرب ، 8 / 402 .

(445) الراغب الأصفهاني ، المفردات ، ص 832 .

(446) ابن منظور ، لسان العرب ، 6 / 4894 ، والجرجاني ، التعريفات ، ص 539 ، ورسائل ابن عابدين ، 1 / 17 ، وقدرى أفندي ، واقعات المفتين ، مصر : المطبعة الأميرية ، ص 2 .

النقول الفقهية الصريحة متضمنة للتعليلات والاستدلالات فيما ينسب إلى المذاهب الفقهية ، مما يعطي تصورا واضحا للتعامل مع هذه المسائل.

على أن فقهيات الدعاء تستوعب الكثير من المسائل ، لكنني بحثت منها ما له مسيس بالواقع المعيش ، وتنوعت منهجية البحث ، بحيث شملت (الاستقرائي – والوصفي – والاستدلالي – والاستنباطي – والتحليلي – والترجيحي) (447) ، وقد أخذت من كل نوع بطرف ؛ حيث تتبعت الموضوع في مظانه وجمعت المعلومات المتعلقة به (وهذا استقراء) ، ورتبت المطالب والفروع بطريقة تصف ظاهرة الدعاء كما توجد في الواقع (وهو وصفي) ، وقمت بالتدليل والتعليل لما أعرضه من أقوال الفقهاء (وهذا استدلال) ، وبينت أوجه دلالة النصوص على الأحكام المطلوبة (وهو استنباطي) ، وتعرضت بالتحليل والمناقشة لما يحتاج لذلك (وهذا تحليلي) ، ورجحت في المسائل الخلافية التي أعرضها (وهو ترجيحي) .

رابعا : خطة البحث :

يقع هذا البحث في مقدمة وخمسة مطالب وخاتمة . أما المقدمة فهي تشرح أهمية الموضوع وسبب اختياره والخطة المتبعة فيه ومنهجه .

المطلب الأول : في تعريف الدعاء وبيان فضله والمصطلحات ذات الصلة.

المطلب الثاني : في حكم الدعاء وبيان شروطه ومقاصده.

المطلب الثالث : أحكام الدعاء بغير المأثور وضوابطه.

المطلب الرابع : أحكام الدعاء للغير ، والدعاء على الغير .

المطلب الخامس : أحكام ما يقترن بالدعاء من الهيئات و الصفات.

أما الخاتمة : فتتناول أهم نتائج البحث وثمراته.

(447) د. محمد رواس قلعه جي ، طرق البحث في الدراسات الإسلامية ، الأردن : دار النفائس ، ط1، 1999م ، ص18-19 .

المطلب الأول

في التعريف بالدعاء وبيان فضله والمصطلحات ذات الصلة

ويتضمن ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في تعريف الدعاء لغةً واصطلاحاً .

الدَّعَاءُ لغةً : مصدر من قول : دعوتُ الشيء أدعوه دعاءً ، وهو أن تُميل الشيءَ إليك بصوت وكلام يكون منك المأثور من الدَّعاء ، وقد يلجأ إليه حتى أشقى الأشقياء قال ابن منظور : (دعا الرَّجُلَ دعواً ودعاءً : ناداه . والاسم : الدعوة . ودعوت فلاناً : أي صحت به واستدعيته) (448) . وفي القاموس المحيط : (الدَّعاء : الرغبة إلى الله) (449) . وفي المصباح المنير : (دعوت الله أدعوه دعاءً : ابتهلت إليه بالسؤال ورغبت فيما عنده من الخير . ودعوت زيداً : ناديته وطلبت إقباله) (450) . والدَّعاء إذن : استدعاء ورغبة ونداء وابتهاال بالسؤال واستغاثة .

أما اصطلاحاً : فقال أبو سليمان الخطابي : (معنى الدَّعاء استدعاءُ العبد ربَّه عزَّ وجلَّ العناية ، واستمداده منه المعونة . وحقيقته : إظهار الافتقار إلى الله تعالى والتبرُّؤ من الحول والقوَّة ، وهو سمةُ العبودية واستشعارُ الذلَّة البشريَّة ، وفيه معنى الثناء على الله عزَّ وجلَّ وإضافة الجود والكرم إليه) (451) . وقال الحافظ ابن حجر : (والدَّعاء : الطلب . والدَّعاء إلى الشيء : الحث على فعله . ودعوت فلاناً : سألته . ودعوته : استغثته) (452) .

الفرع الثاني : في المصطلحات ذات الصلة :

أولاً - تعريف الذَّكر لغةً واصطلاحاً :

(448) لسان العرب : مادة (د ع و) ، 257/14 .
(449) القاموس المحيط : مادة (د ع و) ، 1655/1 .
(450) الفيومي ، المصباح المنير ، ص 194 .
(451) أبو سليمان الخطابي ، شأن الدعاء ، ص 4 .
(452) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، 94/11 .

الذكر لغة هو : الشرف والصيت. ويقال : رجل ذكير : أي جيد الذكر والحفظ. والذكر في التنزيل وفق الآية : (وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَّكَ وَلِقَوْمِكَ) [الزخرف:44]، أي: القرآن شرف لك ولهم. وقوله تعالى : (وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ) [الإنشراح:4]، أي شرفك.

والذكر أيضا : هو التخلص من الغفلة والنسيان ، والغفلة : هي تركٌ باختيار الإنسان ، والنسيان ك هو تركٌ بغير اختياره. ويقال أيضا : الذكر هو الصلاة لله والدعاء إليه والثناء عليه. وقيل : الذكر الصلاة ، والذكر قراءة القرآن ، والذكر التسبيح ، والذكر الدعاء ، والذكر الشكر ، والذكر الطاعة (453).

أما اصطلاحاً ، فيستعمل لفظ الذكر بمعنىين :

أولهما : من حيث موضوعه : فهو تمجيد الله وتقديسه وتسبيحه وتهليله والثناء عليه بجميع محامده. ولذلك يقال : فلان يذكر الله ، أي : يصفه بالعظمة ويثني عليه ويوحده. والذكر بهذا المعنى نوعان : ذكرٌ بالقلب (وهو الأصل في المعنى)، يقصد به إحضار الشيء في الذهن ، وذكرٌ باللسان ، ويقصد به التلفظ بالشيء (454) ، والنوعان متلازمان. فالترداد باللسان لا يكفي إذا لم يؤد إلى التنبه بالقلب للمذكور والتيقظ به. وسمي الذكر باللسان ذكراً لأنه دلالة على الذكر القلبي . ومن خلال هذا المعنى، نستنتج أن الذكر جزء من الدعاء.

وثانيهما : من حيث مصدره : فهو جملة الأدعية وصيغ الثناء على الله ، التي وردت في القرآن الكريم ، أو وردت عن النبي ﷺ ، فقالها أو ندب لقولها ، مثل ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: ((مَنْ قَالَ حِينَ يُصْبِحُ وَحِينَ يُمَسِي : سُبْحَانَ اللَّهِ وَبِحَمْدِهِ مِائَةَ مَرَّةٍ ، لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِأَفْضَلَ مِمَّا جَاءَ بِهِ ، إِلَّا أَحَدٌ قَالَ مِثْلَ مَا قَالَ ، أَوْ زَادَ عَلَيْهِ)) (455) ، ولذلك يقال لهذه الأدعية : الأذكار النبوية. ومن خلال هذا المعنى نستنتج أيضا أن الذكر هو أيضا جزء من الدعاء ، ولكنه ينحصر أكثر في دائرة الأدعية المأثورة عن النبي ﷺ ، أو المذكورة في القرآن الكريم.

(453) لسان العرب ، مادة (ذ ك ر) ، 308/4 .

(454) إبراهيم خورشيد(وآخرون) ، دائرة المعارف الإسلامية ، القاهرة ، 1969م ، 387/9 .

(455) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الذكر والدعاء، باب فضل التهليل والتسبيح والدعاء، 69/8

ثانياً - العلاقة بين الدعاء والذكر :

تسمية الذكر والثناء والتوحيد دعاءً ورد في عدة مواطن من الكتاب والسنة. فقد قال تعالى : (وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ) [يونس:10] وجاء في الحديث : ((دَعْوَةُ أَخِي ذِي النُّونِ : (لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ سُبْحَانَكَ إِنِّي كُنْتُ مِنَ الظَّالِمِينَ) مَا دَعَا بِهَا مَكْرُوبٌ إِلَّا فَرَّجَ اللَّهُ كُرْبَتَهُ))⁽⁴⁵⁶⁾، سمّاها دعوة لأنها تتضمن نوعي الدعاء. وجاء في حديث آخر : ((أَفْضَلُ الذِّكْرِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَفْضَلُ الدُّعَاءِ الْحَمْدُ لِلَّهِ))⁽⁴⁵⁷⁾. والعبد بحاجة إلى هذين النوعين من الدعاء ، والأفضل له أن يجمع بينهما ، يبدأ بالثناء ثم يثني بالطلب والسؤال. وإنما كان الحمد لله أفضل الدعاء لأن الحمد من جملة شكر الله تعالى. ومن شكر الله تعالى فقد تأهل لمزيد من فضله قال تعالى : (لِيُشْكِرْكُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ) [إبراهيم:7].

والملاحظ : أن ألفاظ الحمد والتسبيح والدعاء والذكر متداخلة الدلالات والمعاني، لأن كل لفظ منها قد يحمل معنى الآخر، مما يدخل جميعها ضمن حيز الدعاء والطلب⁽⁴⁵⁸⁾. فالتحميد (يدل على التسبيح دلالة التضمن.. فالتسبيح إشارة إلى كونه تعالى تاماً، والتحميد يدل على كونه تعالى فوق التمام)⁽⁴⁵⁹⁾ ، والذكر متضمن معنى الدعاء لأنه يعني ترك الغفلة والتزام التفكير في جلال الله تعالى وعظمته، وأيضاً (فالغالب على الخلق أنه لا تنصرف قلوبهم إلى ذكر الله عز وجل إلا عند إمام حاجة وإرهاق مُلِمّةٍ، فإنّ الإنسان إذا مسّه الشرّ فذو دعاء عريض.

⁽⁴⁵⁶⁾ رواه الترمذي في سننه ، كتاب الدعوات، باب ما جاء في عقد التسبيح باليد ، 529/5 .
⁽⁴⁵⁷⁾ رواه الترمذي في سننه ، كتاب الدعوات، باب ما جاء أن دعوة المؤمن مستجابة ، 462/5 ، وابن ماجه في سننه ، كتاب الأدب، باب فضل الحامدين ، 1249/2 ، وابن حبان في صحيحه ، كتاب الرقائق ، باب الذكر، 126/3 .
⁽⁴⁵⁸⁾ محمد محمود زوين ، الدعاء في القرآن الكريم ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 2002م ، ص 48.
⁽⁴⁵⁹⁾ الفخر الرازي ، تفسير مفاتيح الغيب ، 182/1 .

فالحاجة تُخَوِّج إلى الدعاء، والدعاء يردُّ القلب إلى الله عز وجل بالتضرع والاستكانة، فيحصل به الذكر الذي هو أشرف العبادات (460).

ثالثاً - مصطلح : الورد :

يطلق لفظ الورد على النصيب من القرآن والذكر ، أو على الجزء من الليل الذي يجعله المرء على نفسه ليصليه ، وذلك كل يوم (461). والنبي ﷺ أوصى بقراءة بعض الأذكار على هيئة وردٍ منتظم كل يوم ورغب في هذا. ومن ذلك قوله ﷺ : ((مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ، فِي كُلِّ يَوْمٍ مِائَةَ مَرَّةٍ كَانَتْ لَهُ عِدَلُ عَشْرِ رِقَابٍ ، وَكُتِبَتْ لَهُ مِائَةُ حَسَنَةٍ ، وَمُحِيتُ عَنْهُ مِائَةُ سَيِّئَةٍ ، وَكَانَتْ لَهُ جِزْأٌ مِنَ الشَّيْطَانِ يَوْمَهُ ذَلِكَ حَتَّى يُمِيسِيَ ، وَلَمْ يَأْتِ أَحَدٌ بِأَفْضَلٍ مِمَّا جَاءَ بِهِ إِلَّا رَجُلٌ عَمِلَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)) (462).

وفي هذا دلالة واضحة على أهمية الورد والمحافظة اليومية عليه. وقد كان الورد شيئاً معروفاً لدى السلف الصالح (463)، ثم أمسى في العصور المتأخرة سمةً من سمات الصوفية التي اعتنت به كثيراً ، (وهذا الاعتناء الصوفي به أدى بجموع كثيرة من أورداد الصالحين إلى الرِّيب والتشويش والنفور منه جهلاً بفضله ومشروعيته وتسرعاً واعتقاداً أنه بدعة ، وذلك من منطلق أن كل ما أتت به

(460) أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، كتاب الأذكار والدعوات ، 329/1 . واستشكل حديث : (من شغله ذكرى عن مسألتني أعطيته أفضل ما أعطي السائلين) [التاريخ الكبير للبخاري، برقم 1879] المقتضي لترك الدعاء وتفضيل الذكر عليه مع الآية المقتضية الحض على الدعاء وجعله من العبادة مع الوعيد الشديد على تركه قال تعالى : (وقال ربكم ادعوني أستجب لكم إن الذين يستكبرون عن عبادتي سيدخلون جهنم داخرين) [غافر/60]. وأجيب : بأن العقل إذا استغرق في الثناء كان أفضل من الدعاء ؛ لأن الدعاء طلب الجنة والاستغراق في معرفة جلال الله أفضل من الجنة ، أما إذا لم يحصل الاستغراق فالدعاء أولى ؛ لاشتماله على معرفة الربوبية وذل العبودية، والصحيح استحباب الدعاء ، ورجح بعضهم تركه استسلاماً للقضاء ، وقيل : إن دعا لغيره فحسن وإن خص نفسه فلا ، وقيل : إن وجد في نفسه باعثاً للدعاء استحباب وإلا فلا . [يراجع: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 44/2] .

(461) محمد بن عبد الكريم الكسنزان الحسيني ، موسوعة الكسنزان فيما اصطلح عليه أهل التصوف والعرفان ، دمشق : دار المحبة ، 2005 م ، 37/21 .

(462) رواه البخاري في الصحيح ، رقم (6040) ، بيروت : دار ابن كثير ، (ط3) ، 1987م .
(463) وردت عن بعض السلف والعلماء والعباد أورداد خاصة، حُفِظَ بعضها ولم يُحْفَظَ البعض الآخر. ومما حُفِظَ وَكُتِبَ : ورد الإمام النووي ، كان خاصاً به وأخذ تلاميذه وطبقوه.

الصوفية فهو بدعة (464). بينما يؤكد الصوفية : (أن مصدر الأوراد من الرسول ﷺ، ثم من شيخ إلى شيخ حتى الآن ، وهي مستنبطة من القرآن) (465). (والفرق بين الورد والحزب أن الورد يقرأ في أوقات منتظمة فيقال أوراد النهار وأوراد الليل، أما الحزب فليس لقراءته وقت مخصص) (466).

الفرع الثالث : في فضل الدعاء ومكانته :

ورد في فضل الدعاء وأهميته آيات كريمة وأحاديث نبوية كثيرة، فمن فضائله العظيمة التي دلَّ عليها الكتاب والسنة :

1- أن الله تعالى أثنى على أنبيائه به فقال تعالى : (إِنَّهُمْ كَانُوا يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا وَكَانُوا لَنَا خَشِيعِينَ) [الأنبياء:90]، فأثنى سبحانه عليهم بهذه الأوصاف الثلاثة : المسارعة في الخيرات، ودعاؤه رغبة ورهبة، والخشوع له، وبَيَّن أنها هي السبب في تمكينهم ونصرتهم وإظهارهم على أعدائهم، ولو كان شيء أبلغ في الثناء عليهم من هذه الأوصاف لذكره سبحانه .

2- أن الله تعالى أمر به وحثَّ عليه ، وكذلك رسوله الكريم ﷺ ، قال تعالى : (وَأَسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ) [النساء:32]، وقال سبحانه : (وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ) [غافر:60]، وقال تعالى : (فَأَدْعُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ) [غافر:14]، وقال : (ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ) إلى قوله تعالى : (وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا) [الأعراف:55-56]، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : ((من لم يسأل الله يغضب عليه)) (467).

(464) محمد بن موسى الشريف ، العاطفة الإيمانية وأهميتها في الأعمال اليومية ، دار الأندلس الخضراء ، (ط1) ، 2005م ، (بتصرف) .

(465) موسوعة الكسنزان : 38/21 ، وسيأتي من النماذج ما يشهد لهذا المعنى في الكلام عن الدعاء بغير المأثور وأنهم تناقلوها بما فتح الله لهم استنباطاً من الأدعية القرآنية والنبوية.

(466) المرجع السابق ، 40/21 .

(467) أخرجه أحمد في المسند، 442/2، والترمذي في السنن (3373)، وصححه الحاكم ، 491/1.

3- أن الله تعالى قريب من أهل الدعاء ، قال تعالى : (وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ) [البقرة:186]، وقد جاء في سبب نزولها أن الصحابة رضي الله عنهم سألوا رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله ، ربنا قريب فنناجيه أم بعيد فنناديه؟ ، فنزلت الآية (468).

4- أنه من أفضل العبادات ، قال الله تعالى: (وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ إِنَّ الَّذِينَ يَسْتَكْبِرُونَ عَنْ عِبَادَتِي سَيَدْخُلُونَ جَهَنَّمَ ذَٰخِرِينَ) [غافر:60]، وعن النعمان بن بشير قال : قال النبي ﷺ : ((الدعاء هو العبادة)) ، ثم قرأ: (وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ) (469).

قال الخطابي : (معناه أنه من أعظم العبادة وأفضل العبادة، كقولهم : الناس بنو تميم والمال الإبل ، يريدون أنهم أفضل الناس أو أكثرهم عددا أو ما أشبه ذلك ، وأن الإبل أفضل أنواع الأموال وأنبليها) (470). وقال المباركفوري : (أي هو العبادة الحقيقية التي تستأهل أن تسمى عبادة ؛ لدلالته على الإقبال على الله والإعراض عما سواه، بحيث لا يرجو ولا يخاف إلا إياه) (471).

5- أنه أكرم شيء على الله تعالى ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : ((ليس شيء أكرم على الله عز وجل من الدعاء)) (472).

قال الشوكاني : (قيل : وجه ذلك أنه يدل على قدرة الله تعالى وعجز الداعي، والأولى أن يقال : إن الدعاء لما كان هو العبادة ، وكان مخ العبادة كما تقدم ، كان أكرم على الله من هذه الحيثية ؛ لأن العبادة هي التي خلق الله سبحانه الخلق لها ، كما قال تعالى : (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ) [الذاريات:56]) (473).

(468) تفسير الطبري ، 158/2 .

(469) أخرجه أحمد في المسند، 267/4 ، والترمذي في السنن (2969)، وقال : حسن صحيح .

(470) شأن الدعاء ، ص 5 .

(471) المباركفوري ، تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي ، 247/8 .

(472) أخرجه أحمد في المسند ، 362/2 ، والترمذي في السنن (3370)، وقال: حسن غريب ،

وصححه ابن حبان (870).

(473) تحفة الذاكرين ، ص 30 .

6- أنه مفتاح أبواب الرحمة وسبب لرفع البلاء قبل نزوله وبعد نزوله ، فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : ((من فُتِح له منكم باب الدعاء فتحت له أبواب الرحمة ، وما سئل الله شيئاً يُعطى أحب إليه من أن يسأل العافية ، إن الدعاء ينفع مما نزل ومما لم ينزل ، فعليكم عباد الله بالدعاء))⁽⁴⁷⁴⁾. وعن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : ((لا يغني حذر من قدر ، والدعاء ينفع مما نزل ومما لم ينزل ، وإن الدعاء ليلقى البلاء فيعتلجان إلى يوم القيامة))⁽⁴⁷⁵⁾.

قال المباركفوري : (قوله : (من فتح له منكم باب الدعاء) أي : بأن وفق لأن يدعو الله كثيراً مع وجود شرائطه. وقال في قوله : (إن الدعاء ينفع مما نزل) أي : من بلاء نزل بالرفع إن كان معلقاً - أي برفع البلاء إن كان قضاؤه معلقاً - وبالصبر إن كان محكماً - أي إن كان قضاؤه محكماً - فيسهل عليه تحمل ما نزل به فيُصَبِّرْه عليه أو يُرضيه به ، حتى لا يكون في نزوله متمنياً خلاف ما كان ، بل يتلذذ بالبلاء كما يتلذذ أهل الدنيا بالنعماء ، وقوله : (ومما لم ينزل) أي : بأن يصرفه عنه ويدفعه منه ، أو يمدّه قبل النزول بتأييد من يخف معه أعباء ذلك إذا نزل به، (فعليكم عباد الله بالدعاء) أي : إذا كان هذا شأن الدعاء فالزموا يا عباد الله الدعاء)⁽⁴⁷⁶⁾.

وقال ابن القيم : (والدعاء من أنفع الأدوية ، وهو عدو البلاء يدفعه ويعالجه ، ويمنع نزوله ، ويرفعه أو يخففه إذا نزل ، وهو سلاح المؤمن ، وله مع البلاء ثلاث مقامات : أحدها : أن يكون أقوى من البلاء فيدفعه ، الثاني : أن يكون أضعف من البلاء فيقوى عليه البلاء فيصاب به العبد ولكن قد يخففه وإن كان ضعيفاً ، الثالث : أن يتقاوما ويمنع كل واحد منهما صاحبه)⁽⁴⁷⁷⁾.

⁽⁴⁷⁴⁾ أخرجه الترمذي (3548) وضعفه.

⁽⁴⁷⁵⁾ أخرجه الطبراني في الدعاء (33)، وصححه الحاكم ، 492/1 .

⁽⁴⁷⁶⁾ تحفة الأحوذى ، 289/6 .

⁽⁴⁷⁷⁾ ابن قيم الجوزية ، الجواب الكافي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ص4 .

7- أنه يرد القضاء⁽⁴⁷⁸⁾ فعن ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال : ((ولا يرد القدر إلا الدعاء))⁽⁴⁷⁹⁾.

قال الشوكاني : (والحاصل أن الدعاء من قدر الله عز وجل ؛ فقد يقضي على عبده قضاء مقيداً بأن لا يدعوه ، فإذا دعاه اندفع عنه)⁽⁴⁸⁰⁾.

وقال المباركفوري : (القضاء هو الأمر المقدر ، وتأويل الحديث أنه إن أراد بالقضاء ما يخافه العبد من نزول المكروه به ويتوقاه ، فإذا وفق للدعاء دفعه الله عنه ، فتسميته قضاء مجاز على حسب ما يعتقده المتوقي عنه)⁽⁴⁸¹⁾.

وقال الغزالي : (فإن قلت : ما فائدة الدعاء ، والقضاء لا مرد له ؟ فاعلم أن من القضاء رد الدعاء ، فالدعاء سبب لرد البلاء واستجلاب الرحمة ، كما أن الترس سبب لرد السهم ، والماء سبب لخروج النبات من الأرض ، فكما أن الترس يدفع السهم فيتدافعان ، فكذلك الدعاء والبلاء)⁽⁴⁸²⁾.

المطلب الثاني

حكم الدعاء وبيان شروطه ومقاصده

وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : أقوال الفقهاء في حكم الدعاء :

ينقسم الدعاء باعتبار حكمه إلى قسمين : دعاء مشروع ، ودعاء غير مشروع ، وأبادر أولاً إلى عرض اختلاف الفقهاء في حكم الدعاء ، ولهم في ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الدعاء واجب ، بل هو من أهم الواجبات وأعظم المفروضات ،

⁽⁴⁷⁸⁾ القضاء: إرادة الله المتعلقة بالأشياء أزلاً. والقدر: إيجاد الله للأشياء على طبق ما سبق به علمه وإرادته. والتعريف الجامع لهما : إيجاد الله للأشياء على طبق العلم والإرادة (يراجع : شرح الصاوي على جوهرة التوحيد ، ص255).

⁽⁴⁷⁹⁾ أخرجه أحمد في المسند ، 277/5 ، والترمذي في السنن (2139)، وابن ماجه في المقدمة (90).

⁽⁴⁸⁰⁾ تحفة الذاكرين ، ص30 .

⁽⁴⁸¹⁾ تحفة الأحوذى ، 289/6 .

⁽⁴⁸²⁾ إحياء علوم الدين ، 329/1 .

وهذا قول بعض المالكية (483) ، والشافعية (484) .

القول الثاني : أن الدعاء مستحب ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء (485) من الحنفية(486)، والمالكية (487) ، والشافعية (488) ، والحنابلة (489).

القول الثالث : أن الدعاء تدور عليه الأحكام التكليفية الخمسة ، وإن كان الأصل فيه الندب ، فقد يكون واجباً كدعاء الفاتحة في الصلاة ، أو مستحباً كدعاء الاستخارة، أو مكروهاً كالدعاء على نفسه أو ولده ، أو محرماً كدعاء غير الله ، أو مباحاً كطلب الفضول التي لا معصية فيه ، وهذا قول بعض المالكية (490)، والشافعية (491)، واختاره ابن تيمية ، وابن القيم (492).

الفرع الثاني : قاعدة القرافي في صيغة الدعاء المكفّرة والمحرمّة :

ذكر شهاب الدين القرافي في كتابه (أنواء البروق في أنواع الفروق) (493)، مجموعة من القواعد تصلح للتمييز بين الدعاء المشروع والممنوع ، انطلاقاً من قاعدة (أن الأصل في الدعاء التحريم ، إلا ما دلّ الدليل على جوازه) ، فذكر أن

- (483) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، 128/3 .
 (484) منهم أبو سليمان الخطابي في كتابه شأن الدعاء ص6 ، والزركشي في الأزهية ، ص33، والشوكاني في تحفة الذاكرين ، ص 22 ، واللبنا في الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد الشيباني، 267/14 ، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين ، 30/5 .
 (485) قاله النووي في الأذكار ، ص 388 .
 (486) البحر الرائق ، 180/2 ، وقال : (الدعاء ليس بواجب إجماعاً) ، وعمدة القاري، 276/22 .
 (487) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، 507/1 ، وشرح الزرقاني ، 44/2 .
 (488) النووي ، الأذكار ، ص388 ، والفتوحات الربانية ، 29/3 ، وعون المعبود ، 246/4 .
 (489) ابن مفلح ، الآداب الشرعية والمنح المرعية ، 266/2 .
 (490) منهم القرافي في الفروق ، 259/4 ، والفواكه الدواني ، 533/2 .
 (491) مغني المحتاج ، 494/1 .
 (492) انظر : ابن تيمية ، الفتاوى ، 381/22 . وابن القيم ، جلاء الأفهام ، ص 352 .
 (493) القرافي ، الفروق ، 265/4 ، ويراجع : أبو بكر البيهقي ، شعب الإيمان ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (ط1) ، 1410هـ ، 43/2 ، والخطابي ، شأن الدعاء ، ص 15، والنووي، الأذكار ، ص357 ، والقرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 226/7 ، وبدائع الفوائد ، 14/3 ، وحاشية ابن عابدين ، 562/1 .

صيغة الدعاء : قد تكون محرمة وقد لا تكون ، والصيغة المحرمة قد تنتهي للكفر وقد لا تنتهي ، والصيغة غير المحرمة قد تكون مكروهة وقد لا تكون مكروهة .

فالذي ينتهي للكفر أربعة أقسام (494) :

1- أن يطلب الداعي نفي ما دلّ السمع القاطع من الكتاب والسنة على ثبوته كأن يقول (اللَّهُمَّ لَا تُعَذِّبْ مَنْ كَفَرَ بِكَ) أو (اغْفِرْ لِمَنْ كَفَرَ بِكَ) ، لتناقض ذلك مع قول الله تعالى: (إِنْ اِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ) [النساء: 48] ، فيكون ذلك طلباً لتكذيب الله تعالى فيما أخبر به .

2- أن يطلب الداعي من الله تعالى ثبوت ما دلّ القاطع السمعى على نفيه كأن يقول: (اللَّهُمَّ خَلِّدْ فُلَانًا الْمُسْلِمَ عَذْوِي فِي النَّارِ) ولم يرد به سوء الخاتمة ، وقد أخبر الله تعالى إخباراً قاطعاً بأن كل مؤمن لا يخلد في النار ولا بد له من الجنة لقوله تعالى : (وَمَنْ يُؤْمِنْ بِاللَّهِ وَيَعْمَلْ صَالِحًا يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ) [الطلاق: 11] فيكون هذا الدعاء مستلزماً لتكذيب خبر الله تعالى فيكون كفراً (495).

3- أن يطلب الداعي من الله تعالى نفي ما دلّ القاطع العقلي على ثبوته مما يخلّ بجلال الربوبية : كأن يسأل الله تعالى سلب علمه أو عالميته القديمة حتى يستتر العبد في قبائحه ويستريح من اطلاع ربه على فضائحه (496).

4- أن يطلب الداعي من الله تعالى ثبوت ما دلّ القاطع العقلي على نفيه مما يخلّ بثبوته بجلال الربوبية : كأن تعظم حماقة الداعي وتجروّه فيسأل الله تعالى أن يفوض إليه من أمور العالم ما هو مختصّ بالقدرة والإرادة الربانية من الإيجاد والإعدام والقضاء النافذ المحتم.

(494) القرافي، الفروق ، 272 /4 - 274 و 440/4 - 442 .

(495) المرجع نفسه.

(496) المرجع نفسه.

والذي هو محرّم وليس بكفر، عدة أنواع ، أهمها :

1- أن يطلب الدّاعي من الله تعالى المستحيلات التي لا تخلّ بجلال الربوبية : كأن يطلب من الله تعالى أن يجعله في مكانين متباعدين في زمن واحد ليكون مطلعاً على أحوال الإقليمين فهذا سوء أدب على الله تعالى ؛ لأنّ طلبها يعدّ في العادة تلاعباً وضحكاً من المطلوب منه ، والله تعالى يجب له من الإجلال فوق ما يجب لخلقه فما نافي إجلال خلقه أولى أن ينافي جلاله من كلّ نقص... وقس على هذه المثل نظائرها واقض بأنّها معصية لا تصل إلى الكفر لأنّها من باب قلة الأدب في المعاملة دون انتهاك حرمة ذي الجلال والعظمة (497).

2- أن يسأل الدّاعي من الله تعالى المستحيلات العادية : كأن يسأل الله تعالى الاستغناء عن التّنفس في الهواء ليأمن الاختناق على نفسه.

3- الدّعاء المعلق على مشيئة الله تعالى ، فلا يجوز أن يقول : (اللهم اغفر لي إن شئت) لما ورد في الصحيح : "لَا يَقُولَنَّ أَحَدُكُمْ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي إِنْ شِئْتَ اللَّهُمَّ ارْحَمْنِي إِنْ شِئْتَ. لِيَعَزِمَ الْمَسْأَلَةَ فَإِنَّهُ لَا مَكْرَهَ لَهُ" (498).

4- الدّعاء على غير الظّالم ، لأنّه سعي في إضرار غير مستحقّ فيكون حراماً كسائر المساعي الضّارة بغير استحقاق (499).

5- ما استفاد التّحريم من متعلّقه وهو المدعوّ به لكونه طلباً لوقوع المحرّمات في الوجود : كدعاء الداعي على عدوّه بقوله : (اللهم لا تمت فلاناً على الإسلام ، اللهم سلّط عليه من يقتله أو يأخذ ماله) ، أو دعائه لصديقه ، كقوله : (اللهم يسّر له الولاية

(497) المرجع نفسه.

(498) رواه البخاري في الصحيح، كتاب الدعوات، باب ليعزم المسألة فإنه لا مكره له، برقم (5980).

(499) وأما الدعاء على الظالم فقد جوزه العلماء لقوله تعالى : (وَلَمَنْ أَنْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ) لَكِنَّ الْأَحْسَنَ الصَّبْرَ والعفو لقوله تعالى : (وَلَمَنْ صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ).

الفلانية أو السفر الفلاني أو صحبة الوزير فلان أو الملك فلان)، ويكون جميع ذلك مشتملاً على معصية من معاصي الله تعالى⁽⁵⁰⁰⁾. فجميع ذلك محرّم تحريم الوسائل ومنزلته من التحريم منزلة متعلّقه، فالدعاء بتحصيل أعظم المحرّمات أقبح الدعاء⁽⁵⁰¹⁾.

الفرع الثالث : في شروط الدعاء :

يشترط للدعاء عدة شروط بمراعاتها تتحقق الاستجابة ، وقد قال تعالى : ﴿وَقَالَ

رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ﴾ [غافر:60]، ونورد من هذه الشروط الآتي :

1- الإخلاص والاضطرار : حينما يكون الدعاء دعاء مخلص يستجيب الله له مثل دعاء المضطر ، وفيه يقول الله : (أَمَّنْ يُجِيبُ الْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ) [النمل:62] ؛ لأن المضطر في هذه الحالة يلجأ إلى الله بشدة ، مثل ساعة الغرق عندما تحيط بالسفينة الأمواج من كل مكان ويظن الناس أنهم أحيط بهم ، هناك يقول القرآن : (دَعُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ)[يونس:22] ففي هذه الحالة يذوب الطلاء الكاذب، ولا يبقى إلا الفطرة الحقيقية وهي اللجوء إلى الله الذي يجيب المضطر إذا دعاه.

2- طيب المطعم والمأكّل والملبس : عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ اللَّهَ طَيِّبٌ لَا يَقْبَلُ إِلَّا طَيِّبًا وَإِنَّ اللَّهَ أَمَرَ الْمُؤْمِنِينَ بِمَا أَمَرَ بِهِ الْمُرْسَلِينَ فَقَالَ : (يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ) وَقَالَ : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ) ، ثُمَّ ذَكَرَ الرَّجُلَ يُطِيلُ السَّفَرَ أَشْعَثَ أَغْبَرَ يَمُدُّ يَدَيْهِ إِلَى

(500) القرافي ، الفروق ، 296/4 ، والقرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 226/7 .
(501) لم نذكر هنا القواعد التي ذكرها القرافي للتمييز بين ما هو مكروه وما هو غير مكروه، لتعلقها بالأداب النفسية للداعي، أو هيئته أو الأماكن التي يدعو فيها، أو نيته، مما لا تناسب التقرب إلى الله تعالى.

السَّمَاءِ يَا رَبَّ يَا رَبَّ وَمَطْعَمُهُ حَرَامٌ وَمَشْرَبُهُ حَرَامٌ وَمَلْبَسُهُ حَرَامٌ وَغُذَى بِالْحَرَامِ فَآتَى يُسْتَجَابُ لِذَلِكَ)) (502).

3- طرح توهم عدم استجابة الدعاء : ينبغي أن يعلم أن الله سبحانه وتعالى قد

يجيب الدعاء بطريقة غير الطريقة التي يريدها الإنسان ، كما جاء في الحديث عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَدْعُو بِدَعْوَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِنْثَمٌ ، وَلَا قَطِيعَةٌ رَحِمَ إِلَّا أَعْطَاهُ اللَّهُ بِهَا إِحْدَى ثَلَاثٍ : إِمَّا أَنْ يُعَجَّلَ لَهُ دَعْوَتُهُ ، وَإِمَّا أَنْ يَدْخِرَهَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ ، وَإِمَّا أَنْ يَكْفَى عَنْهُ مِنَ السُّوءِ بِمِثْلِهَا ، قَالُوا : إِذَا نُكْثِرُ يَا رَسُولَ اللَّهِ ؟ قَالَ : اللَّهُ أَكْثَرُ)) (503).

4- تجنب الدعاء على وجه التجربة : هذا العمل مذموم نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم قال :

((لَا يَقُولَنَّ أَحَدُكُمْ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي إِنْ شِئْتَ اللَّهُمَّ ارْحَمْنِي إِنْ شِئْتَ ، لِيَعَزِمَ فِي الدُّعَاءِ فَإِنَّ اللَّهَ صَانِعٌ مَا شَاءَ لَا مُكْرَهَ لَهُ)) (504)، وليثق العبد أن الله سبحانه وتعالى قادر على أن يحقق دعوته مهما كانت بعيدة في ظنه ، فإنها هينة على الله سبحانه وتعالى.

الفرع الرابع : الدعاء في الفقه المقاصدي (505) :

أولاً : تطبيقات الدعاء تبعا للحفظ المقاصدي :

(502) مسلم ، الصحيح ، رقم (2393) .

(503) الترمذي ، السنن ، باب في انتظار الفرج وغير ذلك ، رقم (3573) .

(504) البخاري ، الصحيح ، باب ليعزم المسألة فإنه لا مكره له ، برقم (5980) ، ومسلم ،

الصحيح ، باب العزم بالدعاء ولا يقل إن شئت ، برقم (2679) ، (6989) .

(505) المقاصد لغة : جمع مقصد، مصدر ميمي مأخوذ من الفعل قَصَدَ . يقال : قَصَدَ يَقْصِدُ قَصْدًا

وَمَقْصِدًا . والقَصْدُ أو المَقْصِدُ بمعنى واحد. ومن معانيه : التوسط (عدم الإفراط والتفريط)، قال

الله تعالى : (وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ...) [لقمان: 19]. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (القَصْدُ القَصْدُ تَبْلُغُوا)

[أخرجه البخاري، باب القصد والمداومة على العمل، رقم(6098)، ومن معانيه : استقامة

الطريق: قال الله تعالى : (وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ وَمِنْهَا جَائِرٌ وَلَوْ شَاءَ لَهْدَاكُمْ أَجْمَعِينَ) [النحل:9].

قال ابن منظور: (وعلى الله تبيين الطريق المستبين والدعاء إليه بالحجج والبراهين الواضحة).

وطريق قاصد أي : سهل مستقيم. [ابن منظور ، لسان العرب ، 3/353] .

ومقاصد الشريعة : علمٌ يدرس غايات وأسرار تصرفات الشريعة وأحكامها وينظم مصالح

المكلفين في الدارين على وفقها (د. عز الدين بن زغبية، المقاصد العامة للشريعة : ص45).

قد يرى البعض أن الأدعية - على سبيل المثال - مقصودها واضح معروف وهو ابتغاء الاستجابة وتحقيق مضمونها من الله تعالى . وهذا مسلّم لاشك أنه المقصود الأول والمباشر للدعاء .

لكن الدعاء يتضمن قضايا ومقاصد عقدية وتعليمية وتربوية وتشريعية. ويقترح د.أحمد الريسوني ضرورة استيفاء الموضوع بحثاً ، ويقول : (فهذا ما أدعو إلى دراسته وبيانه واستثماره ، ومنذ مدة وأنا أقترح على بعض الطلبة الباحثين موضوع (فقه الدعاء ومقاصده) ، ولا أعلم أن أحداً قد بحثه (506). على أني أبدي هنا تجاوبا مع الفكرة ، فأبادر إلى ذكر مثالين للتطبيق في هذا المجال :

المثال التطبيقي الأول : من مقاصد الدعاء في حفظ الدين ربط العباد بأسماء الله الحسنى :

عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ يَزِيدَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : "اسْمُ اللَّهِ الْأَعْظَمُ فِي هَاتَيْنِ الْآيَتَيْنِ (وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَاحِدٌ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ) وَفَاتِحَةِ آلِ عِمْرَانَ (إِنَّمَا اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ) (507). وَعَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ : دَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَسْجِدَ وَرَجُلٌ قَدْ صَلَّى وَهُوَ يَدْعُو وَيَقُولُ فِي دُعَائِهِ : (اللَّهُمَّ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ الْمَنَّانُ بَدِيعُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ذَا الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ). فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : ((أَتَدْرُونَ بِمَ دَعَا اللَّهَ ؟ دَعَا اللَّهَ بِاسْمِهِ الْأَعْظَمِ الَّذِي إِذَا دُعِيَ بِهِ أَجَابَ وَإِذَا سُئِلَ بِهِ أُعْطِيَ)) (508) .

ولذا : يقول العز بن عبد السلام : (فهم معاني أسماء الله تعالى وسيلة إلى معاملته بثمراتها من الخوف، والرجاء، والمهابة، والمحبة، والتوكل، وغير ذلك من ثمرات معرفة الصفات) (509). ويقول أيضاً : (ذكرُ الله بأوصاف الجمال موجب للرحمة، وبأوصاف الكمال موجب للمهابة، وبالتوحد بالأفعال موجب للتوكل، وبسعة

(506) د.أحمد الريسوني ، البحث في مقاصد الشريعة ، ص223 ، مطبوع ضمن بحوث مجموعة من الأساتذة بعنوان: (مقاصد الشريعة دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق) ، لندن : مؤسسة الفرقان للتراث ، (ط1) ، (2006م).

(507) الترمذي السنن ، رقم (3478)، (517/5)، وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ.
(508) الترمذي ، السنن ، باب خلق الله مائة رحمة ، رقم (3544)، (347/5) وقال : هذا حديث غريب .

(509) عز الدين بن عبد السلام ، شجرة المعارف والأحوال ، القاهرة : المكتبة التوفيقية ، ص 78.

الرحمة موجب للرجاء، وبشدة النعمة موجب للخوف، وبالتفرد بالإنعام موجب للشكر، ولذلك قال سبحانه : (ادْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا) ((الأحزاب:41))⁽⁵¹⁰⁾

المثال التطبيقي الثاني : التحذير من الدعاء على النفس بالموت :

من أجل تحقيق مقصد حفظ النفس ورد النهي عن الدعاء على النفس بالموت فعَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((لا تدعوا بالموت ولا تتمنوه ، فمن كان داعيا لا بد فليقل : اللَّهُمَّ أَحْيِنِي مَا كَانَتْ الْحَيَاةُ خَيْرًا لِي ، وَتَوَفَّنِي إِذَا كَانَتْ الْوَفَاةُ خَيْرًا لِي))⁽⁵¹¹⁾.

ثانياً : مقاصد الدعاء التربوية الخلقية :

الملحوظ في المقاصد التربوية للدعاء : أن الدعاء في الإسلام جعل وسيلة للتوجيه التربوي والتأثير السلوكي العملي ، ولا شك أن الممارسين للتربية كلما كانوا على بينة من الأبعاد والتأثيرات التربوية للدعاء كلما أمكنهم الاستفادة منه. ومن النماذج للمضامين التربوية في الدعاء مايلي :

1- المساعدة على الطاعة والامتثال ، فهو يساعد على إشغال الهمة بذكر الله ، ومن تعلق بفكره وقلبه بالله كان أقرب إلى طاعته وأبعد عن معصيته .

2- توجيه العناية إلى الذات : فكثير من الناس يتوجهون إلى الله بالدعاء وهم (في غفلة عن مسئوليتهم فيما جرى أو فيما يمكن أن يجري ، وأن الأمور بأسبابها وشروطها) وقد جاءت الأحاديث والأدعية النبوية توجه الداعين إلى ذواتهم ومكامن الداء فيها.

3- التنفير من الآفات : فالأدعية النبوية كانت تركز على تنفير المؤمنين من آفات معينة يكثر الاتصاف بها والوقوع في أسرها.

⁽⁵¹⁰⁾ شجرة المعارف والأحوال ، ص 85 .

⁽⁵¹¹⁾ النسائي ، السنن الكبرى ، باب الدعاء بالموت ، رقم (1948) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1411هـ.

4- تمتين الأخوة الإسلامية : فهناك أدعية في القرآن والسنة تهدف إلى بث روح المحبة والأخوة بين المسلمين ، ومن خلال المداومة عليها تجعل هذه المحبة والأخوة في حالة تجدد واستمرار.. ومنها على سبيل المثال دعاء التشهد (السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين).

5- الحث على العمل : كثير من الناس يتصورون أن الدعاء يقوم مقام العمل ويغني عنه ، وهذا اعتقاد فاسد لا أصل له في الشرع، أما التعبد الصحيح بالدعاء ، فهو الذي يكون مسبوقا بالعمل ومصحوبا بالعمل وملحوقا بالعمل⁽⁵¹²⁾.

المطلب الثالث

أحكام الدعاء بغير المأثور و ضوابطه

ويشتمل على ستة فروع :

الفرع الأول : الأدعية المأثورة وغير المأثورة في التأليف العلمية :

عُني علماء الأمة بالتصنيف في الأدعية أيما عناية ، وظهر اهتمامهم بالجمع والترتيب للأدعية المأثورة ضمن الدراسات القرآنية ودواوين السنة المشرفة، بالإضافة إلى إفراد موضوع الدعاء بمؤلفات تنوعت فيها جهودهم في جوانب عدة شملت أيضا التدوين لغير المأثور ، ومن أمثلة ذلك مايلي :

أولا : مؤلفات مفردة في الأدعية من القرآن والسنة :

1- الأذكار المنتخبة من كلام سيد الأبرار : للإمام يحيى بن شرف الدين النووي .

⁽⁵¹²⁾ د.أحمد الريسوني ، مدخل إلى مقاصد الشريعة ، القاهرة : دار السلام ، (ط1) ، 2010م ، ص 38-43 ويراجع : بهية بنت حامد اللحياني ، الدعاء في القرآن الكريم أساليبه ومقاصده وأسراره ، جامعة أم القرى ، كلية اللغة العربية ، 2001م ، ص 62-92 ، وعبد العزيز بن فرحان، المضامين التربوية المستنبطة من خطب الجمعة بالمسجد النبوي ، مكة المكرمة ، كلية التربية ، 1422هـ ، ص 227-228 .

2- من وحي القرآن ، قراءة في آيات الدعاء : للدكتور ياسين محمد يحيى ، يشتمل على ستة وعشرين فصلا ، يبدأ بالفصل الأول : (الدعاء في سورة الفاتحة) ، وينتهي بالفصل السادس والعشرون : (الدعاء في سورة القلم والنصر والفلق والناس) ، وقد وردت آيات الدعاء التي عرض لها في اثنتين وأربعين سورة من سور القرآن الكريم.

ثانيا : مؤلفات في شرح الأدعية واستنباط الأحكام منها :

ويأتى في مقدمة ذلك الكتب التي تعرضت لشرح أسماء الله الحسنى ومنها :

- 1- المقصد الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى للإمام أبي حامد الغزالي .
- 2- لوامع البينات شرح أسماء الله تعالى و الصفات للإمام فخر الدين الرازي .
- 3- الأنوار القدسية في شرح أسماء الله الحسنى وأسرارها الخفية للشيخ أحمد سعد العقاد .
- 4- شرح الدعاء من الكتاب والسنة للشيخ سعيد بن علي بن وهف القحطاني ، شرح فيه الشيخ ماهر بن عبد الحميد بن مقدم الأدعية التي أثبتها الشيخ سعيد من القرآن ثم من السنة .

ثالثا : مؤلفات مفردة في الرقى والتعاويذ (513).

- 1- فتح المغيـث في السحر والحسد ومس إبليس للشيخ ماهر بن صالح آل مبارك .

(513) والرقية : يعرفها ابن الأثير بقوله : الرُقِيَّة : العودَةُ التي يُرْقَى بها صاحبُ الآفة كالحَمَى والصَّرْع وغير ذلك من الآفات [ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، 2/254]. ويقول ابن منظور: العودَةُ والمعاذات والتعويز : الرقية يرقى بها الإنسان من فزع أو جنون، لأنه يعاذ بها، وقد عوذه، يقال : عوذت فلاناً بالله وأسمائه وبالمعوذتين؛ إذا قلت : أعيذك بالله وأسمائه من كل ذي شر [لسان العرب ، 3/499]. وعرفها بعض الفقهاء بـ : ما يرقى به من الدعاء لطلب الشفاء [حاشية العدوي على شرح الرسالة ، 1/452]. وقال ابن التين : الرقى بالمعوذات وغيرها من أسماء الله تعالى الحسنى هو الطَّبُّ الروحانيُّ ، إذا كان على لسان الأبرار من الخلق حصل الشفاء بإذن الله تعالى ، ولما عزَّ هذا النوع فزع الناس إلى الطب الجسماني [ابن حجر ، فتح الباري ، 10/196، شرح الحديث رقم (5735)].

2- القول المعين لمعالجي السحر والصرع والعين للشيخ أسامة بن ياسين المعاني.

3- السحر حقيقته وأنواعه والوقاية منه لراجي الأسمر .

رابعاً : مؤلفات مفردة في النقد والتنبيه على المخالفات :

1- شأن الدعاء للحافظ أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي المتوفى (338) هـ .

2- تصحيح الدعاء للدكتور بكر عبد الله أبو زيد .

3- الاعتداء في الدعاء ، صور وضوابط ونماذج من الدعاء الصحيح للشيخ سعود بن محمد العقيلي .

4- التسبيح في الكتاب والسنة والرد على المفاهيم الخاطئة فيه للدكتور محمد بن إسحاق كندو .

خامساً : مؤلفات مفردة في أدعية وأوراد خاصة ، منها :

كتاب (ادعوني أستجب لكم) للإمام أبي العزائم (514) .

الفرع الثاني : أقوال الفقهاء في الدعاء بغير المأثور :

ينقسم الدعاء باعتبار ما ورد إلى قسمين : دعاء مأثور، ودعاء غير مأثور. أما الدعاء المأثور : فيشمل المرفوع وكذا الموقوف على الصحابة والتابعين ، ومجموع ما جاء من ذلك قوياً وغيره ، وما ورد عن الأئمة المشهورين ، وما سواه مما يدعو

(514) الإمام الرباني المجدد السيد / محمد ماضي أبو العزائم بن عبد الله محجوب بن أحمد بن مصطفى بن إبراهيم بن ماضي ، نسبة إلى عين ماضي ببلاد المغرب الأقصى ، ينتهي نسبه رضي الله عنه إلى إدريس الأكبر ثم إلى الإمام الحسن بن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عن . ولد رضي الله عنه بمدينة رشيد بمصر عام 1286 هـ الموافق لعام 1869 م ، وانتقل عام 1937 م بعد أن عاش 68 عاماً. كتبت عن الإمام أبي العزائم رضي الله عنه وتراثه كتابات كثيرة، ما بين رسائل جامعية، إلى بحوث في كتب، إلى مقالات في مجلات... (الزركلي ، الأعلام ، 239/7 ، ورضا عمر كحالة ، معجم المؤلفين ، 612/3 .

أولاً : وجهة من قال بمشروعية الدعاء بغير المأثور :

لما كانت الألفاظ تعبيراً عن مكامن الضمير وسرائر الوجدان. وما دام الداعي متأدباً مع ربه ، مظهرًا في مسألته حالة الافتقار إلى الله تعالى ، فله أن يدعو بأي لفظ شاء ، وله أن يدندن بأي لغة عرف وتعلم ونطق ، وله أن (يَتَخَيَّرَ مِنَ الدُّعَاءِ أَعْجَبَهُ إِلَيْهِ) ، سواء أكان موضوعه متعلقاً بالآخرة أم متعلقاً بمصالحه الدنيوية.

وقد ذهب إلى هذا القول الإمام ابن حجر في الفتح ، ونصه : (جواز الرقية بكتاب الله ويلتحق به ما كان بالذكر والدعاء المأثور وكذا غير المأثور مما لا يخالف ما في المأثور) (516).

ولما كان يتعذر على الناس عامتهم وخاصتهم أن يفترضوا كل الفروض ثم يبحثوا في بطون الصحاح عما يلائمها من المأثور ليحفظوه ، فإذا ما جاء وقته وسببه دعوا الله به ، لما كان ذلك متعسراً يسر الله لهم الأمر إطلاقاً ، فقال تعالى : (وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ) [غافر:60] ، (وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ) [النساء: 32] ، (أُجِيبْ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ) [البقرة: 186] ، أي بالوارد وغيره (517).

وورد في السنة ما يدل على شرعية الذكر والدعاء بغير المأثور ، ومن ذلك : ما ورد عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ حدثهم أن عبداً من عباد الله قال : ((يَا رَبِّ ، لَكَ الْحَمْدُ كَمَا يَنْبَغِي لِجَلَالِ وَجْهِكَ وَعَظِيمِ سُلْطَانِكَ ، فَعَضَلْتُ بِالْمَلَائِكِينَ فَلَمْ يَدْرِيَا كَيْفَ يَكْتُبَانِيهَا ، فَصَعِدَا إِلَى السَّمَاءِ فَقَالَا : يَا رَبَّنَا، إِنَّ عَبْدًا قَدْ قَالَ مَقَالَةً لَا نَدْرِي كَيْفَ نَكْتُبُهَا ! قَالَ اللَّهُ - وَهُوَ أَعْلَمُ بِمَا قَالَ عَبْدُهُ - : مَاذَا قَالَ عَبْدِي ؟ قَالَا : يَا

(515) ابن علان الشافعي ، الفتوحات الربانية ، 384/4 ، والإقناع ، 435/2 .

(516) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، حديث رقم (457/4) .

(517) محمد زكي الدين إبراهيم ، فواتح المفاتيح (الدعاء وشروطه وأدابه وأحكامه) ، القاهرة : العشيرة المحمدية ، 1994م ، ص 15 .

رَبِّ، إِنَّهُ قَالَ : يَا رَبِّ، لَكَ الْحَمْدُ كَمَا يَنْبَغِي لِجَلَالِ وَجْهِكَ وَعَظِيمِ سُلْطَانِكَ ، فَقَالَ لَهُمَا : اكْتُبَاهَا كَمَا قَالَ عَبْدِي حَتَّى يُلْقَانِي ، فَأَجْزِيَهُ بِهَا)) (518).

وقد جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ : ((كَيْفَ تَقُولُ فِي الصَّلَاةِ ؟ قَالَ : أَنْشَهُدُ ثُمَّ أَقُولُ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ الْجَنَّةَ وَأَعُوذُ بِكَ مِنَ النَّارِ ، أَمَا إِنِّي لَا أَحْسِنُ دُنْدَنْتَكَ وَلَا دُنْدَنَةَ مُعَاذٍ ! فقال النبي ﷺ : حَوْلَهَا تُدْنِدُنْ)) (519).

فهذه الأحاديث صريحة في جواز الدعاء بغير الصيغ المأثورة. فلم ينكر النبي ﷺ على الصحابة والأعراب اجتهداهم في دعاء الله بما يفتح الله عليهم ، ما داموا يدندنون حول المعاني نفسها التي يدندن النبي ﷺ حولها. يقول الشيخ محمد زكي إبراهيم: (ونذكر حديثين جليلين يتممان فصل الكلام في هذا الموضوع استغناء بهما عما في معناهما :

أما الحديث الأول : عن بريدة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ سمع رجلاً يقول : اللهم إني أسألك بأنني أشهد أنك أنت الله لا إله إلا أنت ، الأحد الصمد، الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد ، فقال النبي ﷺ : ((لقد سألت الله تعالى بالإسم - أو باسمه - الأعظم الذي إذا سئل به أعطى ، وإذا دعي به أجاب)) (520).

وأما الحديث الثاني : عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه كان مع النبي ﷺ جالساً ورجل يصلي ثم دعا : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِأَنَّ لَكَ الْحَمْدَ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ الْمَنَّانُ بَدِيعِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ، يَا ذَا الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ ، يَا حَيُّ يَا قَيُّوْمُ ، فقال ﷺ : ((لَقَدْ دَعَا اللَّهُ بِاسْمِهِ الْأَعْظَمِ الَّذِي إِذَا دُعِيَ بِهِ أَجَابَ ، وَإِذَا سُئِلَ بِهِ أُعْطِيَ)) (521). وفي هذين الحديثين أمور :

(518) ابن ماجه ، السنن ، كتاب الأدب ، باب فضل الحامدين ، 1249/2 .
(519) أحمد ، المسند ، رقم (15939) ، 474/3 ، وأبو داود ، السنن ، كتاب الصلاة ، باب في تخفيف الصلاة ، 292/1 ، وابن ماجه ، السنن ، 195/1 ، وقوله : (دندنتك): أي مسألتك الخفية أو كلامك الخفي ، و(الدندنة) : كلام لا يُفهم ، أي : أن يتكلم الرجل بكلام تسمع نغمته ولا يُفهم .
(520) أبو داود ، السنن ، رقم (1493-1494) ، وأحمد المسند 5 / 349-360 ، والحاكم ، المستدرک ، 1 / 504 .
(521) رواه أبو داود ، في باب الدعاء برقم (1495) ، والترمذي في أبواب الدعوات ، باب خلق الله مائة رحمة ، 550/5 ، وأحمد في المسند ، 3 : 158 ، وابن حبان في الصحيح برقم (2832).

الأول : أن النبي ﷺ سمع بأذنه من يدعو بغير المأثور عنه ، ثم لم ينكر عليه ، وهو كالذي جاء في حديث الدندنة (الذي أسلفناه).

الثاني : أن النبي ﷺ أقر هذا الاجتهاد في الدعاء وحبذه بثنائه عليه ، وبيانه أنه أصاب اسم الله الأعظم .

الثالث : انه بناء على ذلك يجوز لمن لا يستطيع المأثور أن يتعبد بغير المأثور من أوراد وأحزاب ومدائح وموالد منظومة ومنثورة ، ولا بأس على العالم بالمأثور أن يضيف إليه ما شاء من غيره ، نقول هذا ، ونستغفر الله العظيم ، ونتوب إليه (522) . والأمور التي يدعو الإنسان بها تنقسم من حيث ما يُدعى به إلى قسمين :

1- دعاء بأمر لا يجوز شرعاً، كالدعاء بقطيعة الرحم، أو الدعاء بتيسير المحرمات، كالزنا والسرقة والقتل، فهذا لا يجوز بل هو اعتداء في الدعاء، قد ذمّه الله تعالى بقوله : (ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً، إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ) [الأعراف: 55]. وقال ﷺ : ((لَا يَزَالُ يُسْتَجَابُ لِلْعَبْدِ مَا لَمْ يَدْعُ بِإِثْمٍ أَوْ قَطِيعَةٍ رَحِمٍ، مَا لَمْ يَسْتَعْجِلْ)) . قيل : يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا الِاسْتِعْجَالُ ؟ قَالَ : ((يَقُولُ : قَدْ دَعَوْتُ، وَقَدْ دَعَوْتُ، فَلَمْ أَرِ يَسْتَجِبْ لِي ، فَيَسْتَحْسِرُ عِنْدَ ذَلِكَ وَيَدْعُ الدُّعَاءَ)) (523) .

2- دعاء بأمر جائز من المقاصد المشروعة أو من خيري الدنيا والآخرة. فهذا مما أمر الله به ودعا إليه ، فالعبد مأمور بالدعاء لقضاء حوائجه ، كما قال تعالى : (أَمِّنْ يُجِيبُ الْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ وَيَكْشِفُ السُّوءَ) [النمل: 62]. وقال تعالى : (وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ) [غافر: 60].

(522) فواتح المفاتيح ، ص15-16 .

(523) رواه مسلم في الصحيح ، باب بيان أنه يستجاب للداعي ما لم يستعجل ، 87/8 . (يستحسر: ينقطع عن الدعاء) .

ثانيا : وجهة من قال بعدم مشروعية الدعاء بغير المأثور :

وقد اعترض بعض العلماء على الترخيص بصياغة الأدعية وقال بوجوب الاكتفاء بالأدعية النبوية.

وهو قول أبي حنيفة في حق الدعاء في الصلاة دون الدعاء خارجها الذي يبقى محلا لاجتهاد الداعي من غير مخالفة لأصول الدعاء، كما نقله النووي⁽⁵²⁴⁾ : (وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يجوز إلا بالدعوات الواردة في القرآن والسنة).

ومنهم أيضا القاضي عياض المالكي الذي يرى : (أن الله تعالى أذن في دعائه وعلم الدعاء في كتابه لخليقته ، وعلم النبي ﷺ الدعاء لأمرته ، واجتمعت فيه ثلاثة أشياء : العلم بالتوحيد ، والعلم باللغة ، والنصيحة للأمة. فلا ينبغي لأحد أن يعدل عن دعائه ﷺ.. وقد احتال الشيطان للناس في هذا المقام فقيض لهم قوم سوء يخترعون لهم أدعية يشتغلون بها عن الاقتداء بالنبي ﷺ، وأشد ما في الإحالة أنهم ينسبونها إلى الأنبياء والصالحين ، فيقولون : دعاء نوح ، دعاء يونس ، دعاء أبي بكر.. فاتقوا الله في أنفسكم ! لا تشغلوا من الحديث إلا بالصحيح !)⁽⁵²⁵⁾.

كما اعترض آخرون على الترخيص بصياغة الأدعية بحجة أن الدعاء عبادة ، بصريح الحديث النبوي ، والأصل في العبادات أنها توقيفية ، أي لا يجوز أن يشرع الإنسان عبادة من عند نفسه ، بل لا بد أن تكون ثابتة عن النبي ﷺ.

⁽⁵²⁴⁾ النووي ، شرح النووي على صحيح مسلم ، 89/2 . وقال العيني من الحنفية : (وقال الشيخ محيي الدين (أي النووي): وفيه : أنه يجوز الدعاء بما شاء من أمور الدنيا والآخرة ما لم يكن إثماً، وهذا مذهب الجمهور. وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا الدعوات الواردة في القرآن أو السنة. قلنا : لأن الدعاء من أمور الدنيا مثل قوله : (اللهم زوجني فلانة ، أو ارزقني ألف دينار) من كلام الناس ، وقد صح في الحديث : (إن هذه الصلاة لا يحل فيها شيء من كلام الناس) كما ذكرناه . وقال الشيخ تقي الدين : بعض الفقهاء من أصحاب الشافعي استثنى بعض صور من الدعاء تُقبُح ، كما لو قال: اللهم أعطني امرأة صفتها كذا وكذا، وأخذ يذكر أوصاف أعضائها). [بدر الدين العيني الحنفي، شرح سنن أبي داود ،(ط1)، الرياض : مكتبة الرشد ، 1999م، 240/4 .

ويتضح من هذا أن منع أبي حنيفة للدعاء بغير المأثور هو في حق الصلاة فقط لأنه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، أما خارج الصلاة فلا مانع من اجتهاده في اختيار الدعاء الذي يناسب حاجته.

⁽⁵²⁵⁾ ابن علان ، شرح الأذكار ، 17/1 .

الفرع الثالث : أجوبة الاعتراض على عدم مشروعية الدعاء غير المأثور :

يجاب عنه : بأن الإسلام يعتبر كل عمل صالح - إن صدر بنية خالصة - عبادة لله. ويدخل ضمنها أمورٌ مَعَاشِيَّةٌ لا تحتاج لأن تكون توقيفية كي تُعَدَّ من العبادة ويثاب فاعلها ؛ ذلك أن (العبادة) في الإسلام عنوان لسائر التعاليم الإسلامية ، وهي غاية الحياة التي حددها الله عز وجل : (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ) [الذاريات:

56]. والعبادة تشمل : (فعل ما يرضي الرب من خضوع وامتنثال واجتناب ، أو هي فعل المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيماً لربه) (526) . فيدخل ضمن العبادة كل ما يحبه الله ويرضاه من الأقوال والأعمال الباطنة والظاهرة ، ومن ذلك الدعاء والذكر (527). قال سبحانه : (قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٥٠﴾ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ، وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ) [الأنعام: 162-163]، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : ((إِنَّ مِنَ الذُّنُوبِ ذُنُوبًا لَا يُكَفِّرُهَا الصَّلَاةُ، وَلَا الصِّيَامُ، وَلَا الْحَجُّ، وَلَا الْعُمْرَةُ . يُكَفِّرُهَا الِهُمُومُ فِي طَلَبِ الْمَعِيشَةِ)) (528) .

ويتسع مجال العبادة التي يثاب عليها المسلم حتى لا تدع شيئاً في حياة المسلم، حتى الشهوة التي يقضيها المسلم . فعن أبي ذر رضي الله عنه : قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَيُّتِي أَحَدُنَا شَهْوَتُهُ وَيَكُونُ لَهُ فِيهَا أَجْرٌ؟ قَالَ : ((أَرَأَيْتُمْ لَوْ وَضَعَهَا فِي حَرَامٍ، أَكَانَ عَلَيْهِ فِيهَا وَزْرٌ؟ فَكَذَلِكَ إِذَا وَضَعَهَا فِي الْحَلَالِ كَانَ لَهُ أَجْرًا)) (529) . والصحيح من أقوال أهل العلم : جواز الدعاء بخيري الدنيا والآخرة بما ورد في الشرع وبما لم يرد ، لقول النبي ﷺ : ((.. ثُمَّ لِيُخْتَرُ مِنَ الدُّعَاءِ أَعْجَبُهُ إِلَيْهِ، فَيَدْعُو)) (530) . ولا حجة في تقييد الدعاء - بوصفه عملاً روحياً - بأي قيد من زمان أو مكان أو لفظ ولا بأية لغة أو صيغة أو نص أو موضوع .

(526) بن عاشور، محمد الطاهر ، التحرير والتنوير ، شرح سورة الفاتحة : 180/1.

(527) ينظر تفصيل ذلك في (رسالة في العبودية) لابن تيمية ، ص44 .

(528) رواه أبو نعيم في الحلية ، 335/6 ، والطبراني في الأوسط ، 38/1 .

(529) رواه البخاري ، كتاب الدعوات ، باب الدعاء بعد الصلاة ، 2331/5 .

(530) جزء من حديث للنبي ﷺ رواه البخاري ، كتاب الصلاة ، باب ما يتخير من الدعاء بعد التشهد، 287/1 .

وفى سياق كلامه فى هذه المسألة ، يقول الشيخ محمد زكي إبراهيم : (فتعرف مما قدمناه أنه لا حجة بالمرة للقائلين بعدم جواز تلاوة الأحزاب والأوراد والأدعية والتوجهات المتلقاة عن الأشياخ والمؤلفة منظومة أو منثورة ، لعدم ورودها في الحديث بلفظها كما يزعمون. وتعرف مما أجملناه لك أنها إن لم تكن واجبة فهي مندوب إليها لدخولها في عموم الأمر بالدعاء ، على أن النبي ﷺ لم يترك بجوامع الكلم معنى إلا ضمه إليه ، فكل دعاء خيرى هو مردود إلى دعائه ﷺ إن لم يكن بالنص فبالمعنى ، وما ورد بالمعنى يأخذ حكم الوارد باللفظ ، وإن لم يأخذ فضله .

وفي الصحاح قال ﷺ : ((أوتيت جوامع الكلم))⁽⁵³¹⁾، وبهذا يكون قد جاز لنا أن ندعو الله ونقدسه بكل ما تيسر لنا إذ هو في جملته مشمول بمعنى من معاني الأدعية النبوية فينتقل إليه حكمها. وقد روي عنه ﷺ ((ما من مسلم يدعو الله تعالى إلا استجاب له))⁽⁵³²⁾، ولم يشترط وارداً ولا غيره ، لا تصريحاً ولا تلويحاً ، لا فيما ذكرنا ولا فيما لم نذكر، والميزان الأصولي إذا كان المأثور مأموراً به فالدعاء غير المأثور بشروطه وحدوده غير منهي عنه ، فهو عفو مباح ، وعليه جاءت الأدعية عن الصحابة والتابعين والعلماء والأولياء والصالحين ، وكان للدعاء بها أثر بين في المدد وفي الاستجابة ، مما يتوارثه الأكابر كابرأ عن كابر. ثم نقول : إن الوارد بالنص هو أفضل، ولكن للعالم به والقادر عليه إذ : (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) [البقرة: 233]، وأفضلية المأثور لا تحرم الدعاء بغيره ولا تمنع الثواب فيما عداه، وقد صدق المولى وكذب الناس : (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) [البقرة: 185]⁽⁵³³⁾.

الفرع الرابع : عبارات بعض الفقهاء فى القول بالدعاء غير المأثور:

إن كتب السيرة والتاريخ والتراجم أوردت شواهد وشوارد كثيرة من دعاء بعض الصحابة والتابعين والفقهاء وأهل الزهد وغيرهم ، مما لا يدع مجالاً لإنكار جواز ذلك. ونذكر في نهاية هذا المطلب نموذجاً من هذه الأدعية.

⁽⁵³¹⁾ مسند الإمام أحمد برقم (7397) ، 250/2 .

⁽⁵³²⁾ أخرجه الحاكم في المستدرک ، 1: 493 ، وأحمد في المسند ، 3: 18 .

⁽⁵³³⁾ فواتح المفاتيح ، ص15.

وممن اختار القول بجواز الدعاء غير المأثور ، ابن تيمية حيث قال بعد أن ذكر أقوال العلماء : (وهذا هو الصواب ، لأن النبي ﷺ قال : ((تُمْ لِيَتَخَيَّرَ مِنَ الدُّعَاءِ أَعْجَبَهُ إِلَيْهِ)) ولم يوقت في دعاء الجنابة شيئاً ، ولم يوقت لأصحابه دعاءً معيناً ، كما وقت لهم الذكر ، فكيف يقيد ما أطلقه الرسول ﷺ من الدعاء؟ (534).

وقال الإمام النووي : (قال الشافعي والأصحاب : وله أن يدعو بما شاء من أمور الآخرة والدنيا ، ولكن أمور الآخرة أفضل. وله الدعاء بالدعوات المأثورة في هذا الموطن ، والمأثورة في غيره. وله أن يدعو بغير المأثور ، ومما يريده من أمور الآخرة والدنيا ذلك من الأحاديث... (535).

ثم قال : (مذهبنا أنه يجوز أن يدعو فيها بكل ما يجوز الدعاء به خارج الصلاة من أمور الدين والدنيا كقوله اللهم ارزقني كسباً طيباً وولداً وداراً.. و اللهم خلص فلاناً من السجن وأهلك فلاناً وغير ذلك ، ولا يبطل صلاته شيء من ذلك عندنا وبه قال مالك والثوري وأبو ثور وإسحق... (536).

وقال ابن قدامة المقدسي : (وحكى عنه ابن المنذر (يقصد الإمام أحمد) أنه قال: لا بأس أن يدعو الرجل بجميع حوائجه من حوائج دنياه وآخرته. وهذا هو الصحيح، إن شاء الله تعالى، لظواهر الأحاديث. فإن النبي ﷺ قال : ((تُمْ لِيَتَخَيَّرَ مِنَ الدُّعَاءِ))، وقوله : ((تُمْ يَدْعُو لِنَفْسِهِ بِمَا بَدَأَ لَهُ))، وقوله : ((تُمْ لِيَدْعُ بَعْدَ بِمَا شَاءَ)). ولأن أصحاب النبي ﷺ كانوا يدعون في صلاتهم بما لم يتعلموه، فلم ينكر عليهم النبي ﷺ... ولما قال النبي ﷺ : ((أَمَّا السُّجُودُ فَأَكْثَرُوْا فِيهِ مِنَ الدُّعَاءِ)) لم يعين لهم ما يدعون به، فدل على أنه أباح لهم كل الدعاء.. (537).

وخلاصة الأمر إذن : أن المسلم إذا دعا بدعاء ليس فيه إثم ولا قطيعة رحم من خَيْرِي الدنيا والآخرة، فإن هذا لا بأس به. ولسنا بهذا ننكر فضل الدعاء المأثور عن النبي ﷺ، ولكننا نرى أن رسول الله ﷺ كان بذلك يعلم أصحابه، وينشر في

(534) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، 478/22 .

(535) النووي ، المجموع ، 470/3 .

(536) المرجع السابق ، 471/3 .

(537) ابن قدامة المقدسي ، المغني ، 494-493/1 .

المجتمعات المؤمنة المثلّ الطيّب والدعاء الطيّب الذي يرجى من الله قبوله. فلو دعا مؤمنٌ ربّه بغير ما أثر عن النّبي ﷺ ولكن في حدود هدي أدبه، فلا يكون آثماً ولا خارجاً عن السنّة سالكاً طريق البدعة. فليس في الإسلام شيء يُتعبّد به لفظاً ومعنى إلا القرآن الكريم .

الفرع الخامس : بعض الضوابط في الحكم على الدعاء غير المأثور :

يخضع الحكم على الدعاء غير المأثور لمجموعة من الضوابط الموضوعية المتعلقة بألفاظ الدعاء ومعانيه، والضوابط الذاتية المتعلقة بشخص الداعي ونفسيته وهيبته وحاله والمكان والزمان المحيطين. ونكتفي بذكر مجموعة من الضوابط الموضوعية التي تساعد على الحكم بصلاحيّة صيغته :

الضابط الأول : أن الدعاء لله تعالى لا يكون عبادةً إلا إذا كان المطلوب به مأموراً به أو مستحباً أو مباحاً. فإن سأل الله أمراً محرماً فقدّ الدعاء صفته التعبدية ولم يصحّ.

الضابط الثاني : أن العمل بالدعاء غير المأثور يسبقه النظر إلى معانيه وألفاظه، فإن وافقت عقائد الإسلام من القرآن والسنة وقواعد التعبير الإسلامي فلا بأس بها، وإلا كان فيها اعتداء.

الضابط الثالث : أيّاً كانت فصاحة الدعاء غير المأثور، وأياً كان قائله، فلا يجوز الاعتقاد بأنه أفضل من الصيغ المأثورة. كما لا يجوز الاعتقاد بأن له فضيلة خاصة ما دام لم يرد في ذلك دليل من القرآن والسنة. فإن التزم دعاءً غير مأثور، فيتقيد ذلك بعدم اعتقاد فضيلة خاصة به ، إذ ليس لها دليل من الكتاب والسنة.

الضابط الرابع : ليس مجرد كون الدعاء حصل به المقصود ما يدل على أنه سائغ في الشريعة ، فقد يدعو بعضهم بصيغ محرمة ويحصل لهم ما يحصل من غرضهم، فحصول الغرض ببعض الأمور لا يستلزم إباحته⁽⁵³⁸⁾.

الضابط الخامس : ترد بعض الأدعية منسوبةً إلى النّبي ﷺ، في أحاديث ضعيفة الإسناد أو موضوعة. وقد يلاحظ في صيغة بعضها مخالفتها الواضحة للأسلوب

(538) يراجع كلام ابن تيمية في هذا المعنى ، الفتاوى ، 264/1 .

البلاغي للنبي ﷺ. لذلك ينبغي التحَوُّط من اعتبارها من الادعية الماثورة، لعدم ثبوت صحة نسبتها إلى النبي ﷺ.

الضابط السادس : كما ترد أيضا بعض الأدعية التي لم يثبت ورودها بقرآن أو سنة ثابتة منسوبة إلى بعض الأنبياء، كأنبياء بني إسرائيل وغيرهم من أنبياء الأمم السابقة، والصالحين، كالخضر عليه السلام، وقد ورد جُلُّها في الإسرائيليات التي غالبها مبدل، مصحف، محرّف، مختلق، وعلى هذا فيجب التثبت من المعاني الواردة في الدعاء، وتطبيق القاعدة الأولى عليها.

الضابط السابع : ترد بعض الأدعية غير الماثورة مع ذكر فضل تكرارها بعدد محدد من المرات (539) كي تُستجاب، أو تحقق مغفرة أو يُنالَ عنها أجرٌ خاص، وغالبا ما يفتقر هذا التحديد إلى دليل من الكتاب والسنة. لذلك فلا يجوز الاعتقاد بهذا الفضل، لأن التحديد حكم شرعي لا يحق لأحد أن يقول فيه بغير توقيف، ويكتفى بتطبيق القاعدة الثانية عليها، أي النظر على ألفاظها ومعانيها، فإن وافقت عقائد الإسلام من القرآن والسنة، وقواعد التعبير الإسلامي، فلا بأس بها، وإلا كان فيها اعتداء.

الضابط الثامن : ويتعلق بالاستغفار يعني طلب المغفرة، فقد فصل الإمام القرافي الفرق بين قاعدة الاستغفار من الذنوب المحرّمات، وبين قاعدة الاستغفار من ترك المندوبات. ومفاده : أن طلب المغفرة لا يحسن إلا من الأمور التي تستوجب العقوبة كترك الواجبات وفعل المحرّمات. أما المكروهات والمندوبات والمباحات فلا يحسن الاستغفار فيها لأن فعلها أو تركها لا يستوجب العقوبة (540).

الفرع السادس : عرض نموذجين من الأدعية غير الماثورة :

النموذج الأول : ورد في كتاب (ادعوني استجب لكم)، للإمام محمد ماضي أبي العزائم، حيث جاء تحت عنوان : أنسُ العائدين، وهذا نصه : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

(539) كقول بعضهم : لو كانت لك مسألة متعثرة فقل عشر مرات : دخلنا عليكم بلا إله إلا الله، وألجئنا أفواهكم بلا حول ولا قوة إلا بالله، وجعلنا شرّكم في نحركم. حسبنا الله ونعم الوكيل، ثم ادخل على من يُعثر لك المسألة، وستحل بإذن الله). وهذا لم يرد فيه دليل من الشرع. فلا يجوز اعتقاد فضلها بلا دليل، وإن قلنا بجواز الدعاء بغير المأثور. (540) القرافي ، الفروق ، 255/2 .

الرَّحِيمِ..اللَّهُمَّ يَا أَحَدُ يَا عَظِيمُ، يَا حَيُّ يَا قَبِيْرُ، يَا وَهَّابُ يَا كَرِيْمُ، يَا سَلَامُ يَا حَفِيْظُ، يَا لَطِيْفُ يَا رَعُوْفُ، أَسْأَلُكَ أَنْ تَمْنَحَنِي يَقِيْنًا تَسْكُنُ بِهِ نَفْسِي وَتَبْتَهِّجُ، وَجَمَالًا تَشْرَحُ بِهِ صَدْرِي وَتَرْفَعُ بِهِ قَدْرِي، وَتُدِيْمُ بِهِ أُنْسِي بِحَقِيْقَةِ الْإِقْبَالِ عَلَى حَضْرَتِكَ الْعَلِيَّةِ، وَحُبًّا تَجْذِبُنِي بِهِ إِلَيْكَ يَا رَبَّ الْعَالَمِيْنَ، وَقُرْبًا مِنْكَ تُحَقِّرُ بِهِ كُلَّ شَيْءٍ سِوَاكَ فِي عَيْنِي، وَفَضْلًا عَظِيْمًا تُؤَلِّينِي بِهِ بِالْبَشَائِرِ فِي دُنْيَايَ وَأَخْرَتِي، وَتَوْفِيْقًا تُعِيْنُنِي بِهِ عَلَى الْقِيَامِ بِمَا تُحِبُّ، وَتَنْزِلًا رَبَّانِيًّا تَمْنَحُنِي بِهِ مَا أُحِبُّ مِنَ السَّلَامَةِ وَالْعَافِيَةِ وَسَعَةِ الرِّزْقِ وَتَيْسِيْرِهِ، وَالْحِفْظِ مِنْ شِرَارِ خَلْقِكَ يَا رَبَّ الْعَالَمِيْنَ، رَبِّ أَعُوْذُ بِوَجْهِكَ الْكَرِيْمِ مِنَ الْمَعَاصِي الَّتِي تُوجِبُ النَّقْمَ، وَالْمَعَاصِي الَّتِي تُغَيِّرُ النَّعْمَ، وَالْمَعَاصِي الَّتِي تُهْتِكُ الْحُرْمَ، وَالْمَعَاصِي الَّتِي تَحْبِسُ غَيْثَ السَّمَاءِ، وَالْمَعَاصِي الَّتِي تُدِيلُ الْأَعْدَاءَ، رَبِّ انصُرْنِي عَلَى مَنْ ظَلَمَنِي وَأَيَّدَنِي بِرُوحٍ مِنْكَ فِي جَمِيعِ أَمْرِي، وَكُنْ لِي يَا إِلَهِي بِمَا كُنْتُ بِهِ لِأَحْبَابِكَ الْمُقَرَّبِيْنَ، وَأَصْفِيَاءِكَ الْمُرَادِيْنَ، حَتَّى أَكُوْنَ عَبْدًا صَرَفًا لِذَاتِكَ الْأَحْدِيَّةِ أَدْعُوكَ رَاغِبًا رَاهِبًا، رَبِّ هَبْ لِي مِنْ نِعَمِكَ مَا عَلِمْتَ لِي فِيهِ رِضَاكَ، وَامْنَحْنِي يَا إِلَهِي مَا أُحِبُّ مِمَّا بِهِ تُعِيْنُنِي عَلَى مَا تُحِبُّ حَتَّى أَفُوزَ يَا إِلَهِي بِالرُّوحِ وَالرِّيْحَانِ وَالْمَغْفِرَةِ وَالرِّضْوَانِ، وَتَوَلَّنِي وَأَهْلِي وَأَوْلَادِي وَإِخْوَانِي بِمَزِيْدِ فَضْلِكَ وَعَمِيْمِ إِحْسَانِكَ وَحِفْظِكَ وَوَقَايَتِكَ يَا رَبَّ الْعَالَمِيْنَ « لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ سُبْحَانَكَ إِنِّي كُنْتُ مِنَ الظَّالِمِيْنَ فَاسْتَجِبْنَا لَهُ وَنَجِّنَاهُ مِنَ الْغَمِّ وَكَذَلِكَ نُنجِي الْمُؤْمِنِيْنَ » وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمْ آمِيْنَ يَا رَبَّ الْعَالَمِيْنَ (541).

النموذج الثاني : الصلاة العظيمة للسيد أحمد بن إدريس رضي الله عنه (542)، ونصها: (اللهم إني أسألك بنور وجه الله العظيم الذي ملأ أركان عرش الله العظيم

(541) أبو العزائم، ادعوني استجب لكم، القاهرة، دار الكتاب الصوفي، 1994، ص459 .
(542) السيد أحمد بن إدريس : من ذرية الإمام الشريف إدريس بن عبد الله المحض، العالم العامل بقية السلف وعمدة الخلف، خاتمة العلماء المحققين، صاحب العلم والتدريس، الحسني نسبا، المغربي بلدا، ولد بقرية يقال لها (ميسور) من فاس، ونشأ من صغره مجبولا على الاجتهاد في كسب العلوم، وأخذ علوم الظاهر عن أكابر أهل عصره، ثم أخذ طريق الشاذلية عن الشيخ عبد الوهاب التازي وسيدي أبي القاسم الوزير الغازي، وارتحل إلى الأقطار المصرية سنة (1213هـ)، وأخذ بالصعيد عن الشيخ حسن بن حسن القنّاي، وارتحل إلى مكة المكرمة مرات، وتوفي باليمن سنة (1253هـ). [محمد ظافر المدني، اليواقيت الثمينة في أعيان مذهب عالم المدينة، ط1، دار الافاق العربية، 1420هـ، ص51].

وقامت به عوالم الله العظيم ان تصلي على مولانا محمد ذي القدر العظيم وعلى ال
نبي الله العظيم بقدر عظمة ذات الله العظيم في كل لمحة ونفس عدد ما في علم الله
العظيم صلاة دائمة بدوام الله العظيم تعظيماً لحقك يا مولانا يا محمد يا ذا الخلق
العظيم وسلم عليه وعلى آله مثل ذلك واجمع بيني وبينه كما جمعت بين الروح
والنفس ، ظاهراً وباطناً ، يقظة ومناماً ، واجعله يارب روحاً لذاتي من جميع الوجوه
في الدنيا قبل الآخرة يا عظيم⁽⁵⁴³⁾

المطلب الرابع

أحكام الدعاء للغير والدعاء على الغير

وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول : حكم الدعاء بلفظ أطل الله عمرك أو أطل الله بقاءك :

دعاء الإنسان لغيره يشمل الدعاء لوأديه ولولده ولأخيه المسلم ولمن أحسن إليه
والدعاء للبلد ونحو ذلك. ونعرض هذا النموذج فيما يتضمن الدعاء للغير وما ورد
من اختلاف للفقهاء حوله.

فقد اختلف الفقهاء في حكم الدعاء بلفظ أطل الله عمرك ، أو أطل الله بقاءك ، أو
لا أماتك الله أبداً ، ونحو ذلك على خمسة أقوال :

القول الأول : يحرم الدعاء بطول العمر، وهذا قول بعض المالكية⁽⁵⁴⁴⁾، واستدلوا
لما قالوه : بأنه قد دلت العادة على استحالة ذلك، فطالب ذلك مسيء الأدب على الله
تعالى⁽⁵⁴⁵⁾.

القول الثاني : يكره الدعاء بطول العمر، وهذا قول بعض الحنفية⁽⁵⁴⁶⁾، وظاهر

⁽⁵⁴³⁾ النهياني، أفضل الصلوات على سيد السادات، دمشق، دار قباء، ص61-62. وقد جاء شرح
هذه الصيغة في كتاب (تكملة النفحات الأقدسية في شرح الصلاة العظيمة الإدريسية) لمحمد بهاء
الدين البيطار الشامي الميداني، دمشق، مطبعة الترقى، 1931م، ص22 وما بعدها .

(544) القرافي ، الفروق ، 269/4 .

(545) المصدر السابق .

(546) حاشية ابن عابدين ، 34/1 .

مذهب المالكية (547)، والأشهر عند الشافعية (548)، ومذهب الحنابلة (549).

واستدلوا بما يلي : عن أم حبيبة رضي الله عنها أنها قالت : اللهم أمتعني بزوجي رسول الله ﷺ وبأبي سفيان، وبأخي معاوية، قال : فقال النبي ﷺ : "لقد سألت الله لآجال مضروبة، وأيام معدودة، وأرزاق مقسومة، ولن يعجل الله شيئاً منها قبل حله، أو يؤخر شيئاً عن حله، ولو كنت سألت الله أن يعيذك من عذاب في النار أو عذاب في القبر كان خيراً وأفضل" (550).

واستدلوا أيضاً : بعدم ورود هذا الدعاء، إنما هو شيء محدث، أول من أحدثته الزنادقة (551) ؛ ولأن العمر قد فرغ منه (552)، ولذلك ورد عن الإمام أحمد : أنه إذا دعي له بالبقاء يكرهه، ويقول : (هذا شيء قد فرغ منه) (553).

القول الثالث : أنه إذا كان الدعاء بذلك لأهل الدين والعلم وولاية العدل فهو قربة، ولغيرهم مكروه بل حرام ، وهذا قول بعض الشافعية (554). واستدلوا : بما قاله أحد السلف: (من دعا لفاسق بالبقاء فقد أحب أن يعصى الله تعالى) (555)، ومحبة معصية الله تعالى محرمة، فدل ذلك على أن الدعاء بالمحرم محرم (556) أما لو دعا بهذا اللفظ ذمي فلا يمنع من تعظيم المسلم بها (557).

القول الرابع : يجوز أن يقول مد الله في عمرك وطول في حياتك ولا يجوز أن

(547) مواهب الجليل ، 199/2 ، ونقل عن النحاس الاتفاق على كراهة مثل هذا الدعاء .

(548) روضة الطالبين ، 114/11 ونقل عن النحاس الاتفاق على الكراهة .

(549) زاد المعاد ، 473/2 ، والآداب الشرعية ، 409/1 .

(550) أخرجه مسلم ، باب بيان أن الآجال والأرزاق وغيرها لا تزيد ولا تنقص ... ، برقم (2663).

(551) المجموع ، 423/4 ، والأذكار مع الفتوحات ، 123/7 ، والآداب الشرعية ، 410/1 .

(552) الآداب الشرعية ، 412/1 .

(553) المصدر السابق ، 409/1 .

(554) مغني المحتاج ، 217/4 ، والفتوحات ، 123/7 ، ونسباه إلى الأذرع .

(555) أورده السخاوي في المقاصد الحسنة ، ص 412 ، وقال : ذكره الزمخشري في تفسير هود ، والغزالي في موضعين من الأحياء ، ولم نره في المرفوع ، لكن هو في السادس من الشعب للبيهقي، وفي الصمت لابن أبي الدنيا من قول الحسن البصري ... وأخرجه أبو نعيم في ترجمة الثوري من الحلية من قول الثوري .

(556) الفروق ، 296/4 .

(557) روضة الطالبين ، 233/10 .

يقال: لا أماتك الله أبداً . وهذا قول بعض المالكية (558) . واستدلوا : بأن الله أمر بالعمل مع انطواء العاقبة، وهكذا أمر الرسول ﷺ بالدعاء مع انطواء العاقبة، فادعوا فكل ميسر لما سبق في علمه (559) .

القول الخامس : يجوز الدعاء بطول العمر، والأولى أن يقيده بنحو أطل الله بقاءك في طاعته ونحو ذلك ، وهذا قول بعض الحنفية (560) والشافعية (561) والحنابلة (562). واستدلوا: بدعاء النبي ﷺ لخادمه أنس رضي الله عنه قال : ((اللهم أكثر ماله وولده، وأطل حياته، واغفر له)) ، قال أنس رضي الله عنه : ((فدعا لي بثلاث فدفنت مائة وثلاثة، وإن ثمرتي لتطعم في السنة مرتين، وطالت حياتي حتى استحييت من الناس، وأرجو المغفرة)) (563)، وقال ﷺ لأبي اليسر (564): ((اللهم أمتعنا به)) فكان من آخر أصحاب رسول الله ﷺ هلاكاً، فكان إذا حدث بهذا الحديث بكى ثم يقول أمتعوا بي لعمرى كنت آخرهم (565)، وكان من آخر من مات من أهل بدر (566) .

وأجابوا على أدلة القائلين بالمنع : بأن قولكم بالتحريم لا وجه له لأن فعل النبي ﷺ يردّه . وأما حديث أم حبيبة رضي الله عنها ؛ فالنبي ﷺ لم يمنعها من الدعاء بطول العمر ، بل أقرها عليه، ولكن أرشدها لما هو خير، لقوله في آخر الحديث : ((كان خيراً وأفضل)) ، فأصل الخيرية والفضل ثابت لما دعت به ثم إنه لا يختلف طلب الرزق والولد عن طلب طول العمر إذ الكل مقدر، والمنع منه سيفتح باب ترك الدعاء في كل أمر مقدور مفروغ منه. وأما قولكم إن العمر قد فرغ منه. فالجواب

(558) الدعاء المأثور ، ص 131 .

(559) المصدر السابق .

(560) حاشية ابن عابدين ، 34/1 ، وعمدة القاري ، 297/22 .

(561) فتح الباري ، 149/11 .

(562) الآداب الشرعية ، 409/1 – 414 .

(563) أخرجه البخاري في الأدب المفرد ، برقم (669) .

(564) هو كعب بن عمرو بن عباد أبو اليسر الأنصاري السلمي، مشهور باسمه وكنيته شهد العقبة وبدراً وأسر يومئذ العباس بن عبد المطلب توفي بالمدينة سنة (55هـ) ، [ينظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (537/2)] .

(565) أخرجه أحمد في مسنده ، ينظر الفتح الرباني ، كتاب الفضائل ، باب ما جاء في أبي اليسر ، 416/22 ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ، 316/9 ، وقال: (رواه أحمد عن بعض رجال بني سلمة عنه ، وبقيّة رجالاً ثقات) .

(566) الفتح الرباني ، 416/22 .

عنه : أن الدعاء معلق بما فيه الصلاح بمشيئة الله عز وجل (567)، أو أن المراد الدعاء بالبركة في عمره (568). وأما ما ورد عن الإمام أحمد أنه كان يكره الدعاء بطول العمر، يعارضه أن الإمام أحمد قد ورد عنه الدعاء للمتوكل بطول البقاء، قال في رسالته له: (وإني أسأل الله عز وجل أن يطيل بقاء أمير المؤمنين وأن يثيبه، وأن يمدّه منه بمعونة إنه على كل شيء قدير) (569).

والراجح – والله أعلم – هو القول بجواز الدعاء بطول العمر وذلك لقوة أدلتهم وصراحتها ولضعف أدلة المخالفين بما ورد عليها من مناقشة .

الفرع الثاني : الدعاء لولاية أمور المسلمين في خطبة الجمعة :

خطبة الجمعة من الأوقات التي تُرجى فيها إجابة الدعاء؛ كما أنها تحصل في مجمع من الناس يؤمنون عليها، وقد يكون منهم من هو مستجاب الدعوة، فهل يشرع في الخطبة الثانية الدعاء لولاية أمور المسلمين ؟

أقول : الدعاء لولاية أمور المسلمين عامة وبدون تعيين بالصلاح والإعانة على الحق والقيام بالعدل ونحو ذلك في الخطبة الثانية من خطبتي الجمعة مستحب ؛ كما ذكر النووي حيث قال : (فأما الدعاء لأئمة المسلمين وولاية أمورهم بالصلاح والإعانة على الحق والقيام بالعدل ونحو ذلك، ولجيش الإسلام فمستحب بالاتفاق) (570). أما الدعاء لولي أمر معين ؟ فاختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه مستحب ، وبهذا قال بعض المالكية (571) وبعض الحنابلة (572) وعبارة صاحب المغني توحى بأنه يميل إليه حيث قال: (وإن دعا لسلطان المسلمين فحسن) (573) .

(567) الآداب الشرعية ، 412/1 .

(568) حاشية ابن عابدين ، 34/1 .

(569) رواه عنه ابنه في كتاب السنة ، 140/1 ، برقم (108) ، وذكره الذهبي في السير ، 287/11 ، وقال بعد أن نقل هذه الرسالة : (رواة هذه الرسالة عن أحمد أئمة أثبات أشهد بالله أنه أملاها على ولده) .

(570) المجموع ، 521/4 ، وروضة الطالبين ، 33/2 .

(571) مواهب الجليل ، 165/2 .

(572) المغني ، 181/3 ، والفروع ، 120/2 ، والإنصاف ، 398/2 ، والمبدع ، 164/2 .

(573) المغني ، 181/3 .

القول الثاني : أنه جائز ، وبهذا قال بعض الشافعية، واختاره النووي⁽⁵⁷⁴⁾ وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة⁽⁵⁷⁵⁾.

القول الثالث : أنه غير مشروع ، بل ذهب بعضهم إلى ما هو أبعد من ذلك فقال ببدعيته. وبهذا قال بعض المالكية⁽⁵⁷⁶⁾ وبعض الشافعية⁽⁵⁷⁷⁾.

ودليل أصحاب القول الأول : ما رواه ضبة بن محسن⁽⁵⁷⁸⁾ أن أبا موسى الأشعري⁽⁵⁷⁹⁾ كان إذا خطب فحمد الله وأثنى عليه ، وصلى على النبي ﷺ يدعو لعمر وأبي بكر، وأنكر عليه ضبة البداية بعمر قبل الدعاء لأبي بكر، ورفع ذلك إلى عمر، فقال لضبة : ((أنت أوفق منه وأرشد))⁽⁵⁸⁰⁾. وهو واضح الدلالة . وقالوا أيضا : إن إمام المسلمين إذا صلح كان فيه صلاح لهم، ففي الدعاء له دعاء لهم، وذلك مستحب غير مكروه⁽⁵⁸¹⁾.

أما دليل أصحاب القول الثاني : أن الدعاء للمعين يجوز في الصلاة على الصحيح، ففي الخطبة أولى⁽⁵⁸²⁾. وهذا الدليل لا مخالفة فيه لما ذكره أصحاب القول الأول.

و دليل أصحاب القول الثالث : ما روي عن عطاء بن أبي رباح أنه قيل له: الذي يدعو الناس به في الخطبة يومئذ أبلغك عن النبي ﷺ أو عمن بعد النبي ﷺ قال : لا إنما أحدث، إنما كانت الخطبة تذكيرا⁽⁵⁸³⁾. وهو واضح الدلالة على

⁽⁵⁷⁴⁾ المجموع ، 521/4 ، وروضة الطالبين ، 32/2 – 33 ، ومغني المحتاج ، 290/1 .

⁽⁵⁷⁵⁾ المغني ، 181/3 ، والإنصاف ، 397/3 ، والمبدع ، 164/2 ، وكشاف القناع ، 37/2 .

⁽⁵⁷⁶⁾ مواهب الجليل ، 165/2 .

⁽⁵⁷⁷⁾ الشافعي ، الأم ، 233/1 ، والمجموع ، 521/4 ، وروضة الطالبين ، 32/2 – 33 .

⁽⁵⁷⁸⁾ هو ضبة بن محسن العنزي ، البصري ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال ابن سعد : قليل الحديث، وقال الأزدي : ثقة مشهور. (ينظر: طبقات ابن سعد 103/7، وتهذيب التهذيب 442/4).

⁽⁵⁷⁹⁾ هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار الأشعري ، مشهور بكنيته أبي موسى ، وكان أحد الحكمين بصفين ، ثم اعتزل الفتنة ، وتوفي سنة 42 هـ. (ينظر : طبقات ابن سعد 344/2 ، والإصابة 119/4).

⁽⁵⁸⁰⁾ ذكره بهذا اللفظ مستدلا به ابن قدامة في المغني ، 181/3 .

⁽⁵⁸¹⁾ المغني ، 181/3 ، والمبدع ، 164/2 ، وكشاف القناع ، 37/2 .

⁽⁵⁸²⁾ شرح الزركشي ، 182/2 .

⁽⁵⁸³⁾ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى في كتاب الجمعة - باب ما يكره من الدعاء لأحد بعينه ،

لكن هذا الدليل : يناقش من وجهين : الوجه الأول : أنه متكلم في صحته كما في تخريجه. الوجه الثاني : على تقدير ثبوته فقد فعله الصحابة رضي الله عنهم كما تقدم في أدلة أصحاب القول الأول، وهو مقدم على قول عطاء (584).

والراجع في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول الأول القائل باستحباب الدعاء لولي أمر معين في خطبة الجمعة لما استدلوا به، ولما في ذلك من المصالح العظيمة له وللعباد والبلاد وأهمها جمع الكلمة ووحدة الصف، وهذا إذا لم يأمر بذلك ولي الأمر، فإن أمر بذلك فإن المسألة إلى الوجوب؛ وقد كان الإمام أحمد يقول : (لو كان لنا دعوة مستجابة لدعونا بها لإمام عادل، لأن في صلاحه صلاحاً للمسلمين) (585) وقال : (إني لأدعو له بالتوفيق والتسديد) (586).

الفرع الثالث : الدعاء على الظالم :

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم : ((ثَلَاثُ دَعَوَاتٍ مُسْتَجَابَاتٌ، لَا شَكَّ فِيهِنَّ : دَعْوَةُ الْمَظْلُومِ، وَدَعْوَةُ الْمُسَافِرِ، وَدَعْوَةُ الْوَالِدِ عَلَى وَلَدِهِ)) (587). وفي مسألتنا هذه إذا كان الظالم مسلماً فلا يخلو من حالين :

الأولى : أن يكون ظالماً للمسلمين ومجاهراً بظلمه :

نص الفقهاء (588) على أنه يستحب الدعاء عليه جهراً، ولم يكن له عرض محترم، ولا بدن محترم، ولا مال محترم، وهكذا كل ظالم متمرد عم ظلمه أو كثر، أو تكرر، أو فحش، أو ألمات حقاً أو سنة، أو أعان على باطل، ليندفع أذاه عن

أو على أحد بعينه في الخطبة ، 217/3 ، وذكره الإمام الشافعي في الأم ، 233/1 ، وقال النووي في المجموع ، 518/4 : (وهو إسناد صحيح إلا عبد المجيد فوثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين ، وضعفه أبو حاتم الرازي ، والدارقطني).

(584) المغني ، 181/3 .

(585) الفروع ، 120/2 ، والإنصاف ، 398/2 .

(586) الفروع ، 120/2 ، والمبدع ، 164/2 .

(587) سنن ابن ماجه، باب دعوة الوالد ودعوة المظلوم، برقم (3862).

(588) الجصاص ، أحكام القرآن ، 291/2 ، وابن العربي ، أحكام القرآن ، 645/1 ، والقرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 4/6 ، والفتوحات الربانية ، 138/5 ، والأدب الشرعية ، 264/1 ، والأزهرية في أحكام الأدعية ، 157 .

الناس، ويظهر الدعاء عليه ؛ لأن من الظلمة من إذا علم بالمسامحة والعفو زاد على طغيانه، ولا يردعه إلا إظهار الدعاء عليه (589)، ليندفع أذاه عن الناس (590).

والدعاء على من ظلم المسلمين لا يذهب أجر الداعي ؛ لأنه لم يدع لحظ نفسه (591) لعموم قوله تعالى : (إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوتِيَكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ) [الشورى: 42]. يقول تبارك وتعالى : إنما الطريق لكم أيها الناس الذين يتعدون على الناس ظلماً وعدواناً، بأن يعاقبهم بظلمهم لا على من انتصر ممن ظلمه، فأخذ منه حقه (592).

الثانية : أن يكون ظالماً للمسلمين ولم يجاهر بظلمه :

اتفق الفقهاء (593) على أنه يباح للمظلوم أن يدعو على من ظلمه، والأفضل أن يعفو ويصفح، وأفضل منه أن يترحم على ظالمه ويدعو له بأن يهديه الله، بل يستحب الاستغفار له والدعاء له بالتوبة. واستدلوا بما يلي :

1- قال تعالى : (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا) [النساء: 148]. وجه الدلالة : قال ابن عباس : لا يحب الله أن يدعو أحد على أحد إلا أن يكون مظلوماً فإنه قد أرخص له أن يدعو على من ظلمه، وإن صبر فهو خير له (594).

2- قال تعالى : (وَلَمَنْ صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ) [الشورى : 43]. وجه الدلالة: أن من صبر على إساءة من أساء إليه، وغفر للمسيء إليه، فصبره وغفرانه

(589) الفروق ، 291/4 .

(590) الفتوحات ، 201/6 .

(591) المصدر السابق ، 138/5 .

(592) الطبرى ، جامع البيان ، 157/11 ، والقرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 28/16 .

(593) الجصاص ، أحكام القرآن ، 291/2 ، وابن العربي ، أحكام القرآن ، 645/1 ، والفروق ، 291/4 ، وابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 540/1 ، والفتوحات الربانية ، 201/6 ، والأدب الشرعية ، 264/1 .

(594) تفسير القرآن العظيم ، 540/1 ، والجامع لأحكام القرآن ، 3/6 .

من الأمور التي ندب إليها الحق سبحانه عباده، وعزم عليهم العمل به (595).

فإن زاد في الإحسان على ذلك بأن دعا له بالإصلاح والخروج عن الظلم، فقد أحسن إلى نفسه بمثوبة العفو وتحصيل مكارم الأخلاق، وإلى الجاني بالتسبب إلى إصلاح صفاته، وإلى الناس بالتسبب إلى كفايتهم شره، فهذه ثلاث أنواع من الإحسان لا ينبغي أن تفوت اللبيب (596).

3- وقال النبي ﷺ : (من دعا على من ظلمه فقد انتصر منه) (597). وجه الدلالة :

قوله «انتصر منه» أي انتقم منه، أي أخذ من عرض الظالم فنقص من إثمه ثواب المظلوم بحسبه، وهذا إخبار بأن من انتصر ولو بلسانه فقد استوفى حقه فلا إثم عليه ولا أجر له، فالحديث تعريض بكراهة الانتصار، وندب العفو بجعل أجره على الله، وفيه شفقتة على جميع أمته مظلومهم وظالمهم فأما المظلوم لنلا يحرم الأجر، وأما الظالم خوف أن يدعو عليه المظلوم فيجاب (598). فالعفو عن ظلمه الإنسان وترك الدعاء عليه، أولى اكتفاء بنصر الله.

وإذا أحب أن يدعو على من ظلمه يكون دعاؤه سراً إلا إذا كان مجاهراً بظلمه دعا عليه جهراً، ولم يكن له عرض محترم ولا بدن محترم، ولا مال محترم، وإن أحب أن يعفو عنه ويسامحه لا يظهر له ذلك ؛ لأن من الظلمة من إذا علم بالمسامحة والعفو زاد طغيانه، ولا يردعه إلا إظهار الدعاء عليه، فليكن العفو عنه بينك وبين الله ولا تظهر له ذلك (599).

وحيث قيل بجواز الدعاء على الظالم المسلم، فهل يطلق لسانه ويدعو عليه بكل سوء أو يقتصد في ذلك ؟

(595) الطبري ، جامع البيان ، 157/11 ، والجامع لأحكام القرآن ، 30/16 .

(596) الفروق ، 291/4 .

(597) أخرجه الترمذي ، برقم (3552) ، وقال : (حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث أبي حمزة ، وقد تكلم فيه من قبل حفظه) ، ورمز السيوطي في جامعه مع الفيض ، 126/6 إلى ضعفه.

(598) فيض القدير ، 126/6 ، وينظر : تحفة الأحوذى ، 378/9 .

(599) الفروق ، 291/4 ، وابن العربي ، أحكام القرآن ، 645/1 ، والأزهيّة ، ص 163 .

نص الفقهاء (600) على أنه لما أذن الله في الدعاء على الظالم أذن بقدر مظلّمته، وبحسب ما ظلم به، وإلا كان معتدياً . واستدلوا بقول الله تعالى : (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ) [البقرة : 194]. فيدعو عليه بالنوع الذي ظلم به فقط؛ إذ لا يجوز الدعاء على ظالمه بغير ذلك (601) .

قالوا : وصفة دعائه على الظالم أن يقول : اللهم أعني عليه، اللهم استخرج حقي منه، اللهم خل بيني وبينه ونحو ذلك (602) . ولا تدعو عليه بملازمة معصية من معاصي الله ولا بالكفر، ولا تدعو عليه بمؤلمة لم تقتضها جنايته عليك ؛ بأن يجني عليك جناية فتدعو عليه بأعظم منها، فهذا حرام عليك، لأنك جان عليه بالمقدار الزائد (603) ، ولو دعا مسلم على مسلم فقال : اللهم اسلبه الإيمان عصي بذلك (604) .

أما ما ورد عن سعد بن أبي وقاص في دعائه على من افتري عليه بأنه : (لا يسير بالسرية، ولا يقسم بالسوية، ولا يعدل في القضية، قال سعد : أما والله لأدعون بثلاث: اللهم إن كان عبدك هذا كاذباً قام رياء وسمعة، فأطل عمره، وأطل فقره، وعرضه للفتن ...) (605) ؛ فظاهره أنه دعا عليه بما يستلزم النقص في دينه . فالجواب عنه : أن سعداً ﷺ أراد الشفقة عليه بأن عجل له العقوبة في الدنيا، فانتصر لنفسه وراعى حال من ظلمه لما كان فيه من وفور الديانة. أما الدعاء عليه بالتعرض للفتن فليس هو من طلب وقوع المعصية، لكن من حيث إنه يؤدي إلى نكاية الظالم وعقوبته ومن هذا القبيل مشروعية طلب الشهادة، وإن كانت تستلزم ظهور الكافر على المسلم (606) .

(600) ابن العربي ، أحكام القرآن ، 645/1 ، والفروق ، 294/4 ، والفتوحات الربانية ، 138/5 .

(601) الفتوحات ، 138/5 .

(602) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 4/6 ، وابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، 540/1 .

(603) الفروق ، 294/4 ، والأزهرية في أحكام الأدعية ، ص 159 .

(604) النووي ، الأذكار ، ص 352 ، والفتوحات ، 79/7 .

(605) أخرجه البخاري ، كتاب الأذان ، باب وجوب القراءة للإمام المأموم ، برقم (755) .

(606) فتح الباري ، 282/2 ، والفتوحات الربانية ، 138/5 .

الحالة التي يكون المدعو عليه فيها مظلوماً :

أما دعاء الظالم على المظلوم سواء كان مسلماً أو كافراً، فظلم واعتداء، ولا يستجاب له في الجملة ، فعن عائشة رضي الله عنها أن اليهود أتوا النبي ﷺ فقالوا السَّامُ عَلَيْكَ قَالَ : ((وَعَلَيْكُمْ))، فَقَالَتْ عَائِشَةُ : السَّامُ عَلَيْكُمْ وَلَعَنَكُمْ اللَّهُ وَغَضِبَ عَلَيْكُمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((مَهْلًا يَا عَائِشَةُ ! عَلَيْكَ بِالرَّفْقِ، وَإِيَّاكَ وَالْعُنْفَ أَوْ الْفُحْشَ))، قَالَتْ : أَوَلَمْ تَسْمَعْ مَا قَالُوا، قَالَ : ((أَوَلَمْ تَسْمَعِي مَا قُلْتُ، رَدَدْتُ عَلَيْهِمْ ، فَيُسْتَجَابُ لِي فِيهِمْ وَلَا يُسْتَجَابُ لَهُمْ فِيَّ)) (607). لأننا ندعو عليهم بالحق، وهم يدعون علينا بالظلم، ويستفاد منه أن الداعي إذا كان ظالماً على من دعا عليه لا يستجاب دعاؤه، ويؤيده (608) قوله تعالى: (لَهُ دَعْوَةُ الْحَقِّ وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ لَا يَسْتَجِيبُونَ لَهُمْ بِشَيْءٍ إِلَّا كَبَاسِطٍ كَفِّهِهِ إِلَى الْمَاءِ لِيَبْلُغَ فَاهُ وَمَا هُوَ بِبَالِغِهِ وَمَا دُعَاءُ الْكَافِرِينَ إِلَّا فِي ضَلَالٍ) [الرعد: 14].

لكن لا يعني ذلك عدم استجابة دعاء الظالم في المظلوم مطلقاً، فقد يستجاب دعاءه لا بسبب حق الظالم؛ لأنه لا حق له، بل بسبب ذنوب تقدمت من المظلوم وعصيانه لله، كما ينفذ فيه سهم العدو والكافر وسيف القاتل له ظلماً إما مؤاخذه له بذنوبه أو رفعاً لدرجته، مع أن صاحب السيف والسهم ظالم، ويعاقب هذا الداعي أيضاً على دعائه بغير حق، والكل عدل من الله تعالى (609). ومما يدل على هذا المعنى قوله ﷺ : ((إن العبد إذا لعن شيئاً سعدت اللعنة إلى السماء، فتغلق أبواب السماء دونها، ثم تهبط إلى الأرض فتغلق أبوابها دونها، ثم تأخذ يميناً وشمالاً، فإذا لم تجد مساعاً رجعت إلى الذي لعن فإن كان لذلك أهلاً وإلا رجعت إلى قائلها)) (610). وهذا فيه تأثير الدعاء في غير الظالم إن كان أهلاً للدعاء عليه (611).

(607) صحيح البخاري ، برقم(6401)،(85/8) .

(608) فتح الباري ، 203/11 ، وينظر : عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، 22/23 .

(609) الفروق ، 144/1 ، 291/4 – 292 .

(610) أخرجه أبو داود برقم (4905) .

(611) الزركشي ، الأزهية في أحكام الأدعية ، ص 157 .

الفرع الرابع : أحوال الدعاء للكافر :

هذه مسألة تكثر الحاجة إليها في هذا الزمن؛ لكثرة مخالطة الكفار ومعاشرتهم، وهي الحالات التي يكون فيها دعاء للكافر، وهي تمثل ثلاث حالات هي :

الحالة الأولى : الدعاء لهم بالمغفرة والرحمة :

لا يتطرق شك لمن نظر في نصوص الشرع حرمة الاستغفار للكافر والترحم عليه، وقد نقل النووي الإجماع على ذلك⁽⁶¹²⁾، بل عد القرافي المالكي وابن علان الشافعي أن من الكفر الاستغفار للكافر إذا تيقن موته على شركه؛ (لأن القواطع السمعية دلت على تعذيب كل واحد ممن مات كافرا بالله تعالى) ، كقوله تعالى : (إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ) [النساء:48]⁽⁶¹³⁾. وإذا شك في إسلامه فلا يستغفر له كذلك؛ لأن الأصل فيه الكفر وعدم الإسلام⁽⁶¹⁴⁾. ومن أدلة تحريم الاستغفار : قوله تعالى: (مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ وَلَوْ كَانُوا أُولِي قُرْبَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُمْ أَصْحَابُ الْجَحِيمِ) [التوبة:113]. وما ورد عن أبي بردة عن أبيه قال : كانت اليهود يتعاطسون عند النبي ﷺ رجاء أن يقول لهم : يرحمكم الله، فكان يقول لهم : ((يهديكم الله ويصلح بالكم))⁽⁶¹⁵⁾ ، ورواه البيهقي بلفظ : اجتمع المسلمون واليهود عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فشتمته الفريقان جميعا، فقال للمسلمين : ((يغفر الله لكم، ويرحمنا الله وإياكم)) وقال لليهود : ((يهديكم الله، ويصلح بالكم))⁽⁶¹⁶⁾. وجه الدلالة : أن الحديث يدل على أن الكافر لا يدعى له بالرحمة، بل يدعى له بالهداية، وصلاح البال⁽⁶¹⁷⁾.

⁽⁶¹²⁾ المجموع ، 120/5 ، البحر الرائق ، 350/1 ، حاشية البجيرمي على الخطيب ، 241/2.

⁽⁶¹³⁾ القرافي ، الفروق ، 4 / 260 ، الفتوحات الربانية ، 238/7.

⁽⁶¹⁴⁾ ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، 421/2 .

⁽⁶¹⁵⁾ أخرجه أبو داود، برقم (5038)، والترمذي، (2739) وقال : هذا حديث حسن صحيح.

⁽⁶¹⁶⁾ البيهقي ، شعب الإيمان (9352). وقال: تفرد به عبد الله بن عبد العزيز بن أبي رواد، عن أبيه، وهو ضعيف.

⁽⁶¹⁷⁾ واختلف في تفسير البال فقيل : القلب، يقول : فلان ما يخطر ببالي، أي: قلبي، والبال رخاء العيش. يقال : فلان رخي البال، أي : واسع العيش، والبال الحال، يقول : ما بالك؟ أي : حالك.

أما ما جاء في صحيح مسلم : من قوله ﷺ : ((استأذنت ربي ان استغفر لامي فلم يأذن لي، واستأذنته أن أزور قبرها فأذن لي))، قال النووي : وفيه النهي عن الاستغفار للكفار⁽⁶¹⁸⁾. لكن كلام السندي في حاشيته على سنن النسائي أفاد فيه : بأن الاستغفار فرع تصوير الذنب، وذلك في أوان التكليف، والتكليف عندما يكون هناك دعوة، ووالدا النبي ماتا قبل الدعوة، فلا يعقل ذلك فيمن لم تبلغه الدعوة، فلا حاجة إلى الاستغفار لهما. وكلامه هذا سلك فيه مسلك من قال : بأن والدي النبي ﷺ من أهل النجاة، قال الله تعالى : (مَنْ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولًا) [الإسراء:15].

الحالة الثانية : الدعاء لهم بالهداية :

الأصل جواز الدعاء لعموم الكفار بالهداية، أما إذا كان الكافر مسالماً غير محارب، ولم يصدر منه أذى للمسلمين فإنه أولى وأحرى بالدعاء له بهديته؛ لأن في ذلك إنقاذاً له من النار، ودخولاً في طاعة الله جل وعلا، وهذا غاية ما يقصده المسلم

والبال في الحديث يحتمل المعاني الثلاثة، والأولى أن الحمل على المعنى الثالث أنسب لعمومه المعنيين الأولين أيضاً، كذا في المفاتيح، قال القاري: [بل] الأول أولى، فإنه إذا صلح القلب صلح الحال . فإذا حمل على التفسير بأنه القلب فلا دلالة فيه؛ لأن صلاح القلب يراد به الهداية والاستقامة، وأما إذا حمل على صلاح الحال والشأن فهو عام في أمور الدنيا، ولا يقال بأنه محمول على صلاح الدين لأنه دعا لهم قبل ذلك بالهداية. [راجع: مرقاة المفاتيح، 7 / 2988، ورجح ابن الجوزي والقاضي عياض أنه : الحال. ينظر: كشف المشكل من حديث الصحيحين، 3 / 530، مشارق الأنوار، 1 / 104، الصحاح، 4 / 1642، لسان العرب، 11 / 74، عمدة القاري، 22 / 228].

(⁶¹⁸) شرح النووي على مسلم، 7 / 45. ولما كان والدا النبي ﷺ من أهل النجاة، فأذكر هنا جزءاً من نص الإمام محمد السندي في المسألة : ففي رواية النسائي برقم (2033) باب زيارة قبر المشرك، عن أبي هريرة، قال : (زار رسول الله ﷺ قبر أمه، فبكى وأبكى من حوله). جاء في حاشية السندي على سنن النسائي، 4 / 90 قوله : فبكى وأبكى.. الخ، كأنه أخذ ما ذكر في الترجمة من المنع عن الاستغفار، أو من مجرد أنه الظاهر على مقتضى وجودها في وقت الجاهلية، لا من قوله بكى وأبكى؛ إذ لا يلزم من البكاء عند الحضور في ذلك المحل العذاب أو الكفر، بل يمكن تحققه مع النجاة والإسلام أيضاً، لكن من يقول بنجاة الوالدين لهم ثلاث مسالك في ذلك... ومنها: مسلك أنهما ما بلغتهدما الدعوة، ولا عذاب على من لم تبلغه الدعوة؛ لقوله تعالى : (وما كنا معذبين..)؛ ففعل من سلك هذا المسلك يقول في تأويل الحديث : أن الاستغفار فرع تصوير الذنب، وذلك في أوان التكليف، ولا يعقل ذلك فيمن لم تبلغه الدعوة، فلا حاجة إلى الاستغفار لهم، فيمكن أنه ما شرع الاستغفار إلا لأهل الدعوة لا لغيرهم (وإن كانوا ناجين) .

والسندي هو : محمد بن عبد الهادي السندي المدني، الحنفي، أبو الحسن، محدث حافظ مفسر فقيه، ولد في السند، وتوفي بالمدينة المنورة (1138هـ)، من مؤلفاته : حاشية على البخاري، حاشية على سنن ابن ماجه، حاشية على البيضاوي، حاشية على جمع الجوامع. [معجم المؤلفين: 10 / 262].

ويرجوه، وما بعث النبي ﷺ إلا رحمة للعالمين كما أخبر المرسل سبحانه بذلك، ومما يدل على ذلك : عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ كَانَ غُلَامٌ يَهُودِيٌّ يَخْدُمُ النَّبِيَّ ﷺ فَمَرَضَ فَأَتَاهُ النَّبِيُّ ﷺ يَعُودُهُ فَقَعَدَ عِنْدَ رَأْسِهِ فَقَالَ لَهُ : ((أَسْلِمَ)) فَنَظَرَ إِلَى أَبِيهِ وَهُوَ عِنْدَهُ فَقَالَ لَهُ : أَطَعُ أَبَا الْقَاسِمِ ﷺ فَأَسْلَمَ فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ وَهُوَ يَقُولُ : ((الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَنْقَذَهُ مِنَ النَّارِ)) (619) . ومما ورد في السنة من الدعاء للكافر بالهداية :

- 1- حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : ((اللهم اهد دوسا وأت بهم)) (620) . ومن فقه البخاري كما يقول ابن حجر أن بوب عليه بـ (باب الدعاء للمشركين).
- 2- حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : ((اللهم اهد أم أبي هريرة)) (621) . وكانت إذ ذاك مشركة، بل كانت تؤذي أبا هريرة إذا دعاها للإسلام، وسبت النبي ﷺ عنده قبل أن تسلم.
- 3- حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال : قالوا : يا رسول الله، أحرقتنا نبال ثقيف، فادع الله عليهم.
- قال : ((اللهم اهد ثقيفا)) (622) . وكانوا إذ ذاك محاربين.

4- عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ قال : ((اللهم أعز الإسلام بأحب هذين الرجلين إليك، بأبي جهل أو بعمر بن الخطاب، فكان أحبهما إلى الله عمر بن الخطاب)) (623) . وكانا من أشد الناس أذية لرسول الله ﷺ، ففيه والحديثين قبله جواز الدعاء حتى للمحارب.

الحالة الثالثة : الدعاء للكافر بالأمور الدنيوية :

اختلف أهل العلم في الدعاء للكافر بأن يوسع الله عليه في الرزق، أو بأن يرزقه العافية والصحة (وهذا في المسالم غير المحارب الذي لم تصدر منه أذية للمسلمين).

(619) أخرجه البخاري ، 94/2 .

(620) أخرجه البخاري ، 84/8 .

(621) أخرجه مسلم ، 1938/4 .

(622) أخرجه أحمد ، 50/ 23 ، والترمذي برقم (3942) وقال : حسن صحيح غريب.

(623) أخرجه أحمد ، 507 / 9 ، والترمذي برقم (3681)، وقال : هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث ابن عمر. وصححه ابن حبان، وصححه الحاكم وابن حجر من حديث عائشة رضي الله عنها. فتح الباري ، 48 / 7 .

أولاً : ذهب بعضهم إلى جواز ذلك ، وقال بهذا القول الشافعية وبعض الحنفية والحنابلة (624)، وأصحاب هذا القول أجازوه إذا كان لسبب ظاهر، كقصد تأليفه وترغيبه في الإسلام (625)، وكسب قلبه لقبول الحق، وظاهر حديث ابن مسعود يدل عليه، ولذلك لا يدعى له بظهر الغيب حال بُعده وغيابه؛ لأنه قد ينبئ عن محبة في الباطن ومودة، ففيه نوع موالاة، ولعدم المصلحة فيه.

ومن أدلتهم :

1- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ لما رأى قريشاً قد استعصوا عليه، قال : ((اللهم أعني عليهم بسبع كسبع يوسف))، قال : فأخذتهم السنة، حتى حصت كل شيء، حتى أكلوا الجلود والعظام، وقال أحدهما : حتى أكلوا الجلود، والميتة، وجعل يخرج من الرجل كهيئة الدخان، فأتاه أبو سفيان فقال : أي محمد، إن قومك قد هلكوا، فادع الله عز وجل أن يكشف عنهم، قال : فدعا، ثم قال: ((اللهم إن يعودوا فعد)) (626). وفيه دعاء النبي ﷺ أن يكشف عنهم الجذب والقحط .

ولكن قد يناقش هذا الاستدلال بأن دعاءه بعد وعدهم بالدخول في الإسلام ولذلك قال : ((اللهم إن يعودوا فعد))، ومن وجه آخر : هو دعاء برفع العذاب لا دعاء بتوسيع الرزق .

2- عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه أنه مرَّ برجل هيأته هيئة مُسلمٍ فسَلَّمَ فَرَدَّ عَلَيْهِ وَعَلَيْكَ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ. فَقَالَ لَهُ الْعُلَامُ : إِنَّهُ نَصْرَانِيٌّ. فَقَامَ عُقْبَةُ فَتَبِعَهُ حَتَّى

(624) النووي ، الأذكار ، ص317 ، تحفة المحتاج ، 2 / 88 ، فيض القدير ، 1 / 345 ، روح البيان ، 253 / 2 ، ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، 1 / 144 ، كشاف القناع ، 3 / 130 .
(625) إلا بعض الشافعية فإنهم أطلقوا الجواز ولم يقيدوه بقصد التأليف أو المصلحة، وخالفهم النووي في الأذكار ، ص317 ، وقد بوب بـ (باب ما يقوله المسلم للذمي إذا فعل به معروفًا)، فقَيَّده بمقابلة الإحسان.
(626) أخرجه أحمد ، 7 / 258 ، والبخاري ، 4824 ، ومسلم ، 2798 . وليس عندهما قوله : (اللهم إن يعودوا فعد).

أَدْرَكَهُ فَقَالَ : إِنَّ رَحْمَةَ اللَّهِ وَبَرَكَاتَهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ لَكِنُّ أَطَالَ اللَّهُ حَيَاتِكَ وَأَكْثَرَ مَالِكَ وولَدَكَ⁽⁶²⁷⁾ . وهو من أقوى ما ورد في الجواز ؛ لأنه صريح في الدلالة.

ثانياً : ذهب بعض أهل العلم إلى عدم جواز الدعاء لهم بالصحة والبقاء؛ لأن فيه تماديهم على الكفر؛ ولأن ارتفاع ثروتهم مما يستعينون به على كفرهم وضلالهم، ويستقوون به مستقبلاً على المسلمين؛ ولأن غالب ما ورد في جواز ذلك ضعيف، ولم يرد عن النبي ﷺ شيء صحيح واضح الدلالة مع كثرة مخالفته للمشركين وعيشه بين ظهرانيهم في مكة ثم في المدينة بجوارهم، ورجحه بعض الحنفية⁽⁶²⁸⁾.

الفرع الخامس : الدعاء على الكافر :

الدعاء على الكفار غالب ما ورد عند أذيتهم للمسلمين ومحاربتهم لهم، والسخرية بدينهم وشعائهم، فيدعى عليهم بالهلاك وأن يكفى المسلمون شرهم.

قال النووي : وقد أخبر الله سبحانه وتعالى في مواضع كثيرة معلومة من القرآن عن الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم بدعائهم على الكفار⁽⁶²⁹⁾.

وقد بوب البخاري رحمه الله بباب : (الدعاء على المشركين) وأورد فيه حديث ابن مسعود رضي الله عنه : قال النبي ﷺ : ((اللهم أعني عليهم بسبع كسبع يوسف)) وحديث : ((اللهم عليك بأبي جهل))، ودعاء رسول الله ﷺ على الأحزاب، وفيه : ((اللهم منزل الكتاب، سريع الحساب، اهزم الأحزاب، اهزمهم وزلزلهم)).

ودعائه يوم الخندق : ((ملأ الله قبورهم وبيوتهم نارا، كما شغلونا عن صلاة الوسطى حتى غابت الشمس)). وكذلك دعاؤه على قريش : ((اللَّهُمَّ عَلَيْنِكَ بِقُرَيْشٍ، اللَّهُمَّ عَلَيْنِكَ بِقُرَيْشٍ، اللَّهُمَّ عَلَيْنِكَ بِقُرَيْشٍ)) ، ثُمَّ سَمَى : ((اللَّهُمَّ عَلَيْنِكَ بِعَمْرِو بْنِ هِشَامٍ،

⁽⁶²⁷⁾ أخرجه البخاري في الأدب المفرد ، 1/ 625. وفي إسناده : أبو عمرو الشيباني وثقه يعقوب الفسوي، وذكره ابن حبان في الثقات. وقال ابن حجر في التقریب : (مقبول) ينظر : ميزان الاعتدال 4 / 558 .

⁽⁶²⁸⁾ تبیین الحقائق ، 6 / 30 ، البحر الرائق ، 8 / 232.

⁽⁶²⁹⁾ النووي ، الأذکار ، ص 305 ، وينظر : ابن العربي ، أحكام القرآن ، 1 / 645.

وَعَنْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ، وَشَيْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ، وَالْوَلِيدَ بْنَ عَتَبَةَ، وَامِيَةَ بْنَ خَلْفٍ، وَعَنْبَةَ بْنَ أَبِي مُعَيْطٍ وَعُمَارَةَ بْنَ الْوَلِيدِ)) (630).

وأخيرا : للجمع بين ما ورد في الأحاديث من الدعاء للكافر والدعاء عليه، قال ابن حجر: كان ﷺ تارة يدعو عليهم وتارة يدعو لهم، فالحالة الأولى : حيث تشتد شوكتهم ويكثر أذاهم كما تقدم في الأحاديث التي قبل هذا بباب، والحالة الثانية : حيث تؤمن غائلتهم ويرجى تألفهم كما في قصة دوس (631).

لكن لا يجوز الدعاء بأن يميته الله كافراً، أو بأن يحرمه الهداية(632)؛ لأنه مخالف لمقصود الشارع من طلب إسلامهم ودعوتهم؛ ولأن فيه طلب البقاء على الكفر والموت عليه، ولا يجوز الرضا بما لا يرضي الله سبحانه، ويفارق الدعاء عليهم بالهلاك بأنه دعاء بالاستراحة من شرهم وأذاهم.

المطلب الخامس

أحكام ما يقترن بالدعاء من الهيئات والصفات

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : الدعاء الجماعي .

الدعاء جماعة على صوت واحد بعد التسليم من الصلاة من الإمام والمأموم ؛ كالاستغفار بصوت واحد ، وقولهم بعد الاستغفار : (يا أرحم الراحمين ارحمنا)، أو اجتماعهم بعد التسليم من الصبح على قول : (اللهم أجرنا من النار، برحمتك يا عزيز يا غفار) (633)، أو اجتماعهم على : (اللهم أنت السلام ومنك السلام...) (634) ويدخل في ذلك أيضا : ما إذا سلم الإمام من الصلاة فهل يشرع له أن يدعو ويؤمن الحاضرون على دعائه ، أم لا ؟ اختلفوا في هذه المسألة على قولين :

(630) صحيح البخاري ، 8 / 84.

(631) فتح الباري ، 6 / 108.

(632) القرافي ، الفروق ، 4 / 296.

(633) الشاطبي ، الاعتصام ، 2 / 497 ، والقول المبين في أخطاء المصلين ، ص 304 .

(634) د. بكر أبو زيد ، تصحيح الدعاء ، ص 445 .

القول الأول : الدعاء عقب الصلوات بهيئة الاجتماع بدعة، وإنما يباح منه ما كان لعارض كقنوت النازلة، وهذا هو ما ذهب إليه الشاطبي، ووافقه عليه آخرون ؛ حيث يتجه هؤلاء إلى إجراء وصف البدعة على الدعاء الجماعي بعد الصلاة المفروضة وغير ذلك من المواضع الأخرى، محتجين : بأن النبي ﷺ لم يفعله وكذلك أصحابه والتابعون من بعدهم ، ولم ينقل عن يوثق به من الفقهاء (635) .

واستدلوا بما يلي :

1- أن دعاء الإمام عقيب الصلاة وتأمين الجماعة لم يكن من فعل النبي ﷺ ؛ لأن حاله ﷺ في أدبار الصلوات المكتوبات أو النوافل ، كانت بين أمرين : إما أن يذكر الله تعالى ذكراً هو في العرف غير دعاء ؛ فليس للجماعة منه حظ ؛ إلا أن يقولوا مثل قوله أو نحواً من قوله؛ كما في غير أدبار الصلوات؛ كالتهليل والتحميد والتسبيح وغير ذلك .

وإما أن يدعو الله تعالى ، وعامة ما جاء من دعائه ﷺ بعد الصلاة مما سمع منه إنما كان يخص به نفسه دون الحاضرين : كما في حديث علي ﷺ أن النبي ﷺ كان إذا قام إلى الصلاة المكتوبة ، رفع يديه...وفيه : ويقول عند انصرافه من الصلاة : ((اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي مَا قَدَّمْتُ وَمَا أَخَّرْتُ ، وَمَا أَسْرَرْتُ وَمَا أَعْلَنْتُ ، وَإِسْرَافِي وَمَا أَنْتَ أَعْلَمُ بِهِ مِنِّي، أَنْتَ الْمُقَدِّمُ وَأَنْتَ الْمُؤَخِّرُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ)) (636). وقوله ﷺ في دبر صلاة الفجر: ((اللهم إني أسألك علماً نافعاً ، وعملاً متقبلاً، ورزقاً طيباً)) (637). ولو كان الدعاء جماعة مشروعاً للإمام والمأموم ، كدعاء القنوت لكان يقول : اللهم اغفر

(635) الحوادث والبدع ، ص 80 ، والاعتصام ، 497/2 ، وفتاوى اللجنة الدائمة ، 98/7 ، والسنن والمبتدعات ، ص 70 ، والقول المبين في أخطاء المصلين ، ص 304 .

(636) البخاري ، الجامع الصحيح ، رقم (6035)،(2350/5) .

(637) أخرجه أحمد في مسنده، ينظر : الفتح الرباني بشرح مسند الإمام أحمد الشيباني ، برقم (7756) ، 55/4 ، وابن ماجه ، كتاب إقامة الصلوات برقم (925) ، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة ، 497/1 : (هذا إسناد ثقات ، خلا مولى أم سلمة فإنه لم يسم ، ولم أر أحداً ممن صنف في المبهمات ذكره ، ولا أدري ما حاله)، والنسائي في عمل اليوم والليلة ، برقم (102) ، وحسنه ابن حجر في نتائج الأفكار ، 330/2 ، ويراجع : الاعتصام ، 452/1 - 454 .

لنا ما قدمنا، اللهم إنا نسألك .. فلما ذكره بصيغة الإفراد علم أنه لا يشرع للإمام والمأموم ذلك بصيغة الجمع (638) .

2- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا سلم لم يقعد إلا مقدار ما يقول : ((اللهم أنت السلام ومنك السلام، تباركت يا ذا الجلال والإكرام)) (639)

وجه الدلالة : أن سرعة القيام والانصراف ، منافٍ للدعاء للمؤمنين وتأمينهم على دعائه ؛ بخلاف الذكر ودعاء الإنسان لنفسه ؛ فإن الانصراف وذهاب الإنسان لحاجته غير مناف لهما (640) .

3- لو كان الاجتماع للدعاء وتأمين الحاضرين عليه صحيحاً شرعاً أو جائزاً لكان النبي ﷺ أولى بذلك أن يفعله ، ولو كان يداوم عليه المداومة التامة للحق بالسنن كالوتر وغيره ، ولنقل إلينا ، فلما لم ينقل ذلك أحد من العلماء ، مع توأطئهم على نقل جميع أموره ، حتى هل كان ينصرف من الصلاة عن اليمين أو عن الشمال ؟ دل على أنه بدعة (641) .

4- أن في انتصاب الإمام لأن يكون داعياً للناس بإثر صلواتهم دائماً مظنة لفساد نيته بما يدخل عليه من العجب والشهرة لما اجتمع له من التقدم في الصلوات، فيوشك أن تعظم نفسه عنده ، فيفسد قلبه ويعصى ربه في هذه الحالة أكثر مما يطيعه (642) . فثبت بذلك أن الدعاء بهيئة الاجتماع في آثار الصلوات على الدوام بدعة. وأما لو دعا الإمام أحياناً عقيب الصلاة لأمر عارض ، من غير أن يتخذ عادة، لم يعد هذا مخالفاً للسنة (643) .

(638) ابن تيمية ، الفتاوى ، 501/22 .

(639) مسلم ، الصحيح ، رقم (1363) .

(640) الاعتصام، 458/1، والمعيان المعرب، 284/1، والإبداع في مضار الابتداع ، ص289.

(641) الاعتصام ، 456/1، 458 ، وابن الحاج ، المدخل ، 431/2 ، وإعلام الموقعين ، 390/2 .

(642) الفروق ، 300/4 ، والاعتصام ، 463/2 .

(643) ابن تيمية ، الفتاوى ، 513/22 ، والاعتصام ، 500/1 .

القول الثاني : مشروعية اجتماع الناس على الدعاء :

مذهب جمهور أهل العلم : مشروعية ترديد جماعة من الناس أذكارا معينة أو أدعية معينة في وقت معين في ليل أو نهار⁽⁶⁴⁴⁾، ويرى ابن تيمية الجواز على ألا يكون ذلك عادة⁽⁶⁴⁵⁾. واستدل أصحاب هذا القول على مشروعية اجتماع الناس على الدعاء من القرآن والسنة :

1- يقول الله تعالى : (وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ) [غافر:60] . وجه الدلالة : أن اجتماع الناس على الدعاء داخل في الإطلاق الذي قال الله تعالى : (وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي) والخطاب للجماعة ، فهو وإن كان ينطبق على الأفراد إلا أن صورته للجماعة ، فتكون هي الأصل ولا يكون الانفراد هو الأصل حتى يقال : إن الجماعة تحتاج إلى دليل، فالدعاء الجماعي مشروع سواء كانوا يدعون معاً أو يدعو بعضهم ويؤمن بعضهم ؛ لأن كل ذلك جماعي⁽⁶⁴⁶⁾. ثم إن العمومات فيه كثيرة، كقوله تعالى : (أَجِيبْ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ) [سورة البقرة: 186] ، والداعي : معرّف بالألف واللام فهو للعموم، وكذا قوله سبحانه : (إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعَاءِ) [إبراهيم:39]، يشمل كل دعاء جماعي أو فردي، فمن استثنى شيئاً بدون نهي خاص فقد خالف كتاب الله، ومن قال: لا نعمل به حتى يُنقل إلينا عمل النبي ﷺ به، فقد زعم أن القرآن لا يكون وحده حجة شرعية، إلا أن يؤيده عمل النبي ﷺ ، فإن لم يؤيده كان بدعة⁽⁶⁴⁷⁾ .

(644) إكمال المعلم ، 195/8 ، وشرح النووي لصحيح مسلم ، 17/2 ، وتحفة الأحوذى ، 319/9 ، والمحاسبى ، رسالة المسترشدين ، ص65 ، والسيوطي ، الحاوي للفتاوى ، 388/1-390 ، والكنوي ، سباحة الفكر في الجهر بالذكر ، ص20 ، ود. محمود أحمد الزين ، الدعاء بعد الصلاة المفروضة سنة أم بدعة ؟ ، دبی : دار البحوث للدراسات الإسلامية والعربية ، ص8 .
(645) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، 520/22 وما بعدها .
(646) د. محمود أحمد الزين ، الدعاء بعد الصلاة المفروضة سنة أم بدعة ؟ ، ص8 ، وثلاث رسائل في استحباب الدعاء ورفع اليدين فيه بعد الصلوات المكتوبة ، تحقيق : الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ، ط2 ، بيروت : دار البشائر الإسلامية ، 2004م ، ص25 وما بعدها .
(647) د. محمود أحمد الزين ، الدعاء بعد الصلاة المفروضة سنة أم بدعة ؟ ، ص9 .

2- ويتأيد ذلك العموم بما هو أخص كحديث : ((مَا رَفَعَ قَوْمٌ أَكْفَهُمْ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى يَسْأَلُونَهُ شَيْئاً إِلَّا كَانَ حَقّاً عَلَى اللَّهِ أَنْ يَضَعَ فِي أَيْدِيهِمْ الَّذِي سَأَلُوا))⁽⁶⁴⁸⁾، وبحديث مجالس الذكر؛ لأن الدعاء ذكر كما سبق البرهان عليه، وهو مذكور صراحة في حديث الصحيحين، قال رسول الله ﷺ : ((إن الله ملائكة يطوفون في الطرق يلتمسون أهل الذكر، فإذا وجدوا قوماً يذكرون الله تنادوا : هلموا إلى حاجتكم ، قال : فيحفونهم بأجنحتهم إلى السماء الدنيا ، قال : فيسألهم ربهم - وهو أعلم منهم - : ما يقول عبادي ؟ قالوا : يسبحونك ويكبرونك ويحمدونك ويمجدونك.. يقول: فما يسألوني ؟، قالوا : يسألونك الجنة .. قال : فممن يتعوذون ؟ قالوا : يتعوذون من النار.. ، قال : فيقول : فأشهدكم أنني قد غفرت لهم . قال : فيقول ملك من الملائكة : فيهم فلان ليس منهم إنما جاء لحاجة ، قال : هم الجلساء لا يشقى بهم جليسهم))⁽⁶⁴⁹⁾.

وفي الحديث فوائد منها : التصريح بأن الدعاء من الذكر لأنه سماها مجالس الذكر وقد ورد الدعاء فيها، ومنها : أنهم جماعة لقوله تعالى : ((هم الجلساء)) وهو جمع جلس لا جمع جالس، والجلس هو الذي يشارك غيره في الجلوس⁽⁶⁵⁰⁾؛ ولقول الملائكة : ((فيهم فلان)) بضمير الجمع، ودعاء الجلساء عام يشمل دعاءهم معاً والتأمين على دعاء الإمام ودعاء كل لنفسه. والمتأمل في الحديث يرى التسبيحات واحدة، والدعوات واحدة، وهذا إنما يكون في الدعاء إذا كانوا جماعة وكانوا يدعون معاً أو يدعو بعض ويؤمن بعض، وإلا فكيف اتفقوا ؟

⁽⁶⁴⁸⁾ أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ، رقم (6142) ، 254/6 ، وقال الهيثمي : رجاله رجال الصحيح ، 169/10.

⁽⁶⁴⁹⁾ اللؤلؤ والمرجان برقم (1722)، وهو عند البخاري في كتاب الدعوات برقم (6045).
⁽⁶⁵⁰⁾ ابن أبي شيبة ، المصنف ، برقم (1231) ، 114/1 ، حَدَّثَنَا وَكِيعٌ ، قَالَ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي مَرْوَانَ الْأَسْلَمِيِّ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ كَعْبٍ ، قَالَ : قَالَ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ : أَيُّ رَبِّ أَقْرَبُ أَنْتَ فَأَنَاجِيكَ ، أَمْ بَعِيدٌ فَأَنَادِيكَ ؟ قَالَ : يَا مُوسَى ، أَنَا جَلِيسٌ مَنْ ذَكَرَنِي ، قَالَ : يَا رَبِّ فَإِنَّا نَكُونُ مِنَ الْحَالِ عَلَى حَالٍ نَعْظُمُكَ ، أَوْ نُجَلِّكَ أَنْ نَذْكُرَكَ عَلَيْهَا ؟ قَالَ : وَمَا هِيَ ؟ قَالَ : الْجَنَابَةُ وَالْعَائِطُ ، قَالَ : يَا مُوسَى ، أَذْكَرَنِي عَلَى كُلِّ حَالٍ .

قلت : والحديث يفيد أن الذكر على طهارة، وكذا الذكر على غير طهارة (صغرى، أو كبرى)، كلاهما جائز على حد سواء. والمجالسة في حق الله سبحانه على معنى: أنا مع عبادي حين يذكرونني، وفي صحيح مسلم برقم (2675)، ((أنا عند حسن ظن عبادي بي وأنا معه حين يذكرونني)).

ومع هذا الاستدلال فإن للمسألة دليلاً أقرب إلى الصراحة : وهو حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : قلما كان رسول الله ﷺ يقوم من مجلس حتى يدعو بهؤلاء الدعوات لأصحابه : ((اللهم اقسم لنا من خشيتك ما تحول به بيننا وبين معاصيك، ومن طاعتك ما تبلغنا به جنتك ، ومن اليقين ما تهون به علينا مصائب الدنيا ، اللهم متعنا بأسماعنا وأبصارنا وقوتنا ما أحييتنا واجعله الوارث منا واجعل ثأرنا على من ظلمنا وانصرنا على من عادانا، ولا تجعل الدنيا أكبر همّا ولا مبلغ علمنا ، ولا تسلط علينا من لا يرحمنا)) (651). ومعلوم أن كلمة المجلس لفظة عامة، فيكون الاجتماع على الدعاء سنة نبوية في كل مجلس.

وقد روى الطبراني حديثاً خاصاً بفضيلة الاجتماع على الدعاء، وهو في المستدرک للحاكم، وسكت عنه الذهبي : عن حبيب بن مسلمة الفهري رضي الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول : ((لا يجتمع مائة فيدعو بعضهم ويؤمن سائرهم إلا أجابهم الله)) (652). وهذا القول يشمل الاجتماع على الدعاء بعد الصلاة لأن الاجتماع والملا كلاهما جاء في سياق النفي، فيعم كل اجتماع وكل ملا، وهو قول يشمل الترغيب في الاجتماع على الدعاء بعد الصلاة المفروضة ، وقوله ﷺ حجة لا يتوقف العمل به على كونه فعله أو لم يفعله ، فأی دليل يطلب المنصف فوق ذلك كله!! (653).

مناقشة : يناقش إنكار الدعاء الجماعي بعد الصلاة المفروضة، والاحتجاج بأن النبي ﷺ لم يفعله ! بأنه يترتب عليه : أن كل دليل شرعي، سواء أكان من قول الله تعالى أم من قول رسوله ﷺ وإقراره، لا يُعمل به حتى يثبت عمل النبي ﷺ به ، فليخبرنا المنكر من أين أتى بهذه القاعدة من كلام المحدثين أو كلام السلف أو غيرهم؟ ولو افترضنا جدلاً تسليم الاحتجاج بترك النبي ﷺ فتركه مع وجود

(651) رواه الترمذي ، برقم(3569). قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب ، وقد روى بعضهم هذا الحديث عن خالد بن أبي عمران عن نافع عن ابن عمر. وهو أيضا عنده في كتاب الدعوات ، باب 79، رقم (3502) ، وفي الجامع الصغير ، برقم (1505)، وقال: حسن.
(652) الطبراني ، المعجم الكبير، رقم (3536)، 21/4 ، والحاكم ، المستدرک ، 347/3 ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : رجاله رجال الصحيح غير ابن لهيعة وهو حسن الحديث ، باب التأمين على الدعاء، 170/10 .
(653) د. محمود أحمد الزين ، الدعاء بعد الصلاة المفروضة سنة أم بدعة؟ ، ص 9 .

الأحاديث التي تحت عليه لا يدل على ان هذا الدعاء بدعة ، إنما يدل مع وجود الأدلة الأخرى على أنه سنة وفضيلة، لا يجوز الإنكار على فاعله حتى لو كان الانفراد أفضل، فأين هذا من البدعة؟! (654).

والشاطبي حين استنكر المواظبة على الجهر والجماعة في الدعاء بعد المكتوبة لم يكن يمثل إلا فئة من العلماء، ولا يمثل الجميع، بل لا يمثل جميع أهل مذهبه، وهم المالكية؛ إذ كان كثير منهم يعده مشروعاً كالشيخ الذي ذكره الشاطبي، ويبدو أنه شيخه (فرج بن قاسم ابن لب الغرناطي) فقد جاء في كتاب المنهج المنتخب : أن الكائنة بلغته (فأنكر ترك الدعاء إنكاراً شديداً) (655).

وقال الآبي : (ذكر عبد الحق إثر هذه الأحاديث أماكن قبول الدعاء، وأن منها الدعاء إثر الصلاة، وذلك يدل على عدم كراهته إثر الصلاة، كفعل الأئمة والناس اليوم، وكان الشيخ الصالح أبو الحسن المنتصر - رحمه الله - يدعو إثر الصلوات، وذكر بعضهم: أن في كراهته خلافاً، وأنكره الشيخ، وقال: لا أعرف فيه كراهة، وذكرها القرافي عن مالك في آخر ورقة من القواعد، وعللها بما يقع في نفس الإمام من التعاضم) (656). والذي يظهر رجحانه هو القول بمشروعية الدعاء بهيئة الاجتماع؛ لأن المثبت مقدم على النافي، والنصوص التي عرضناها دلت بعمومها وخصوصها على الجواز الشرعي (657)، والله أعلم.

الفرع الثاني : حكم رفع اليدين في الدعاء :

محل الخلاف : رفع اليدين عند سؤال الله تعالى على وجه الذلة والاستكانة في

(654) المرجع نفسه.

(655) المنجور أحمد بن علي ، المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، ص 696.

(656) محمد بن خليفة الآبي المالكي ، إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم ، 284/2.

(657) وَمِمَّنْ قَالَ بِجَوَازِهِ ابْنُ عَرَفَةَ ، وَأَنْكَرَ الْخُلَافَ فِي كَرَاهِيَّتِهِ . وَفِي جَوَابِ الْفَقِيهِ الْعَلَامَةِ أَبِي مَهْدِيٍّ الْغُبَرِينِيِّ مَا نَصَّهُ : (وَنُقَرِّرُ أَوَّلًا أَنَّهُ لَمْ يَرُدَّ فِي الْمَلَّةِ نَهْيٌ عَنِ الدُّعَاءِ دُبُرَ الصَّلَاةِ ، عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ الْيَوْمَ مِنَ الْاجْتِمَاعِ ، بَلْ جَاءَ التَّرْغِيبُ فِيهِ عَلَى الْجُمْلَةِ). فَذَكَرَ أدِلَّةً كَثِيرَةً ثُمَّ قَالَ: (فَتَحَصَّلَ بَعْدَ ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ الْمَجْمُوعِ أَنَّ عَمَلَ الْأَئِمَّةِ مُنْذُ الْأَزْمِنَةِ الْمُتَقَادِمَةِ مُسْتَمِرٌّ فِي مَسَاجِدِ الْجَمَاعَاتِ، وَهِيَ مَسَاجِدُ الْجَوَامِعِ ، وَفِي مَسَاجِدِ الْقِبَائِلِ، وَهِيَ مَسَاجِدُ الْأَرْبَاضِ وَالرَّوَابِطِ ، عَلَى الْجَهْرِ بِالدُّعَاءِ بَعْدَ الْفَرَاحِ مِنَ الصَّلَوَاتِ ، عَلَى الْهَيْئَةِ الْمُتَعَارِفَةِ الْآنَ، مِنْ تَشْرِيكِ الْحَاضِرِينَ، وَتَأْمِينِ السَّامِعِينَ ، وَبَسْطِ الْأَيْدِي وَمَدِّهَا عِنْدَ السُّؤَالِ وَالتَّضَرُّعِ وَالِإِبْتِهَالِ مِنْ غَيْرِ مَنَازِعٍ). وَكَرِهَهُ مَالِكٌ وَجَمَاعَةٌ غَيْرُهُ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ ، لِمَا يَقَعُ فِي نَفْسِ الْإِمَامِ مِنَ التَّعَاضُمِ. وَبَيَّنَّ الْقَائِلِينَ بِالدُّعَاءِ عَقِبَ الصَّلَاةِ يُسْرُونَ بِهِ نَدْبًا، عَلَى تَفْصِيلٍ. [يراجع : حاشية الرهوني على الزرقاني 411/1].

غير الصلاة . اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يستحب رفع اليدين في الدعاء ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (658)، والشافعية (659) والحنابلة (660) ورواية عن الإمام مالك (661).

واستدلوا بقوله تعالى : (فَمَا اسْتَكَاثُوا لِلَّهِ وَمَا يَنْصُرُونَ) [المؤمنون : 76]. وجه الدلالة: أن الدعاء مع رفع الأيدي من التذلل والخشوع الذي أمر الله سبحانه به وعاب على المشركين غفلتهم عنه (662) . كما قال سبحانه : (الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمُنْكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ) [التوبة: 67] . وجه الدلالة: ذم الله سبحانه قوماً لأنهم لا يبسطون أيديهم ولا يرفعونها إليه وقت الدعاء (663) .

وأما السنة : فقد وردت أحاديث كثيرة بلغت حد التواتر المعنوي، فقد ورد عنه ﷺ نحو مائة حديث فيه رفع يديه في الدعاء، لكنها في قضايا مختلفة، فكل قضية منها لم تتواتر، والقدر المشترك فيها وهو الرفع عند الدعاء تواتر باعتباره المجموع تواتراً معنوياً (664) . بل ذهب النووي إلى أن من ادعى حصر المواضع التي وردت الأحاديث بالرفع فيها، فهو غلط غلطاً فاحشاً (665) . ومن هذه الأحاديث : عن أنس رضي الله عنه : أن النبي ﷺ استسقى ورفع يديه وما في السماء قزعة (666) . وفي حديث غزوة بدر : فاستقبل النبي ﷺ القبلة ثم مد يديه فجعل يهتف بربه (667) .

(658) المبسوط ، 77/2 ، وتبيين الحقائق ، 119/1 ، والبايرتي ، العناية ، 434/1 .

(659) المجموع ، 448/3 ، والأذكار ، ص 391 ، وحاشية قليوبي ، 231/1 .

(660) المغني ، 584/2 ، والفروع ، 400/1 ، وكشاف القناع ، 435/1 .

(661) القرافي ، الذخيرة ، 341/13 . وفي حاشية العدوي: (وأما رفع اليدين فقال الغزالي : لأن

السماء قبل الدعاء، وفيه إشارة إلى ما هو وصف للمدعو من الجلال والكبرياء) ، ج 1/ص 255.

(662) سلاح المؤمن، ص 116 ، وتفسير ابن كثير ، 244/3 ، والزرکشي، الأزهية ، ص 74.

(663) الدعاء المأثور وأدابه ، ص 53 ، والمعيار المعرب ، 292/1 .

(664) السيوطي ، تدريب الراوي في شرح تقريب النووي ، 180/2 .

(665) النووي ، المجموع ، 448/3 .

(666) أخرجه البخاري في كتاب الجمعة باب الاستسقاء في الخطبة يوم الجمعة ، 35 / 11.

(667) مسلم ، الصحيح ، رقم (1763) ، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر ، 1383/3.

وقال ﷺ : ((إن الله حي كريم يستحي إذا رفع الرجل إليه يديه، أن يردهما صفراً خائبتين)) (668) وغيرها كثير. وقد أفردوا العلماء في رسائل مستقلة (669).

القول الثاني : يكره رفع الأيدي في الدعاء، وهي رواية عن الإمام مالك (670).

ويمكن الاستدلال لهذه الرواية بما يلي : عن عمارة بن ربيعة (671) أنه رأى بشر بن مروان (672) يرفع يديه، فأنكر ذلك، وقال : لقد رأيت رسول الله ﷺ ما يزيد على هذا ويشير بالسبابة (673).

وجه الدلالة : ظاهر الحديث يدل على أن السنة للداعي أن يشير بإصبع واحدة عند الدعاء (674).

وعن سهل بن سعد (675) قال: ما رأيت رسول الله ﷺ شاهراً يديه يدعو على منبر ولا على غيره، ما كان يدعو إلا يضع يديه حذو منكبيه ويشير بإصبعه إشارة (676). وعن جابر رضي الله عنه قال : خرج علينا رسول الله ﷺ قال : ((مالي أراكم رافعي

(668) أخرجه أبو داود، برقم (1488) ، والترمذي: كتاب الدعوات ، باب إن الله حي كريم ، برقم (3556)، واللفظ له، وقال: (حديث حسن غريب، رواه بعضهم ولم يرفعه)، وابن ماجه، في الدعاء، باب رفع اليدين ، برقم (3865) ، قال ابن حجر في الفتح : إسناده جيد ، 147/11 . (669) منهم السيوطي في رسالته : فض الوعاء في أحاديث رفع اليدين في الدعاء. والبخاري في كتاب رفع اليدين في الدعاء، وابن الإمام ذكر (35) حديثاً في كتابه سلاح المؤمن ، ص 106 . (670) وقال ابن الحاجب: وضعف مالك رضي الله تعالى عنه رفع اليدين في جميع المشاعر. وفي صحيح البخاري (ثبوت رفع اليدين عند الجمرتين الأوليين عن النبي ﷺ). ابن المنذر: لم نعلم أحداً أنكر رفع اليدين في الدعاء عند الجمرة إلا ما حكاه ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنهما. ويستقبل الكعبة في وقوفه للدعاء، ولم يذكر صفة وقوفه لرميها، (يراجع : الشيخ محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل ، 295/2 .

(671) هو عمارة بن ربيعة الثقفي ، أبو زهير الكوفي صحابي . [أسد الغابة ، 149/4] .

(672) هو بشر بن مروان بن الحكم الأموي . [ينظر ترجمته : سير أعلام النبلاء ، 145/4] .

(673) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجمعة ، باب تخفيف الصلاة والخطبة ، برقم (874).

(674) فتح الباري ، 146/11 .

(675) هو سهل بن سعد بن مالك ، أبو العباس الأنصاري الصحابي [الإصابة ، 88/2] .

(676) أخرجه أبو داود ، برقم (1105) ، وأحمد في مسنده ، ينظر: (الفتح الرباني : كتاب الأدعية ، باب رفع اليدين عند الدعاء ، 271/14 ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ، 167/10، وعزاه إلى أحمد ، وقال : (فيه عبد الرحمن بن إسحاق الزرقعي المدني وثقه ابن حبان وضعفه مالك وجمهور الأئمة ، وبقي رجاله ثقات) .

أيديكم كأنها أذناب خيل شمس، اسكنوا في الدعاء)) (677). ويضاف إلى ذلك : أن رفع اليدين في الدعاء كرهه جماعة من الصحابة والتابعين (678).

القول الثالث : لا يستحب رفع الأيدي في الدعاء إلا في الاستسقاء والنازلة. وهو رواية عن الإمام مالك (679). ودليل هذا القول : عن أنس ؓ : لم يكن النبي ﷺ يرفع يديه في شيء من دعائه إلا في الاستسقاء (680).

وجه الدلالة : يدل ظاهره على أنه لم يرفع يديه في غير الاستسقاء (681). وأما مشروعيته في النازلة فلفعله ﷺ في غزوة بدر وفيه : فاستقبل النبي ﷺ القبلة ماداً يديه (682).

وناقش القائلون باستحباب رفع اليدين أدلة المانعين بما يلي :

أما حديث عمارة : أنه أنكر رفع اليدين على بشر بن مروان، (وحديث سهل بن سعد : قال ما رأيته رسول الله ...). فالجواب عنهما : أنه خاص بكراهية رفع اليدين على المنبر حال خطبة الجمعة، وهو ظاهر سياق الحديث، فلا معنى للتمسك به في منع رفع اليدين في الدعاء مع ثبوت الأخبار بمشروعيتها (683).

(677) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، 378/10 ، برقم (9723) ، وأخرجه مسلم في صحيحه، برقم (430) ولفظه: (اسكنوا في الصلاة).

(678) منهم : ابن عمر ، وجبير بن مطعم ، وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، وعطاء ، وطاووس ، ومجاهد وغيرهم ، ينظر : الجامع لأحكام القرآن ، 224/7 ، وفتح الباري، 147/11 ، وعمدة القاري ، 300/22 .

(679) جاء في المدونة الكبرى في رفع اليدين في الركوع والإحرام (قال مالك : لا أعرف رفع اليدين في شيء من تكبير الصلاة لا في خفض ولا في رفع إلا في افتتاح الصلاة يرفع يديه شيئاً خفيفاً والمرأة في ذلك بمنزلة الرجل، قال ابن القاسم : وكان رفع اليدين عند مالك ضعيفاً إلا في تكبيرة الإحرام، قلت لابن القاسم : وعلى الصفا والمروة وعند الجمرتين وبعرفات وبالموقف وفي المشعر وفي الاستسقاء، وعند استلام الحجر؟ قال: نعم، إلا في الاستسقاء بلغني أن مالكا رأي رافعا يديه وكان قد عزم عليهم الإمام ، فرفع مالك يديه فجعل بطونهما مما يلي الأرض وظهورهما مما يلي وجهه ، قال ابن القاسم وسمعتة يقول : فإن كان الرفع فهكذا مثل ما صنع مالك ، قلت لابن القاسم : قوله إن كان الرفع فهكذا في أي شيء يكون هذا الرفع؟ قال : في الاستسقاء وفي مواضع الدعاء قلت لابن القاسم : فعرفة من مواضع الدعاء؟ قال : نعم والجمرتان والمشعر) ، 68/1 .

(680) أخرجه البخاري ، كتاب الاستسقاء ، باب رفع الإمام يده في الاستسقاء ، برقم (103) .

(681) فتح الباري ، 601/2 ، والشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الآثار ، 308/3 .

(682) مسلم ، الصحيح ، برقم (1763) ، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر ، 1383/3 .

(683) فتح الباري ، 146/11 .

وأما حديث أنس رضي الله عنه : (أنه كان لا يرفع يديه إلا في الاستسقاء) فالجواب عنه : أن أنساً رضي الله عنه أراد أنه لم يرفع عليه السلام الرفع البليغ بحيث يرى بياض إبطيه إلا في الاستسقاء فالمنفي صفة خاصة، لا أصل الرفع (684) .

وإذا فرضنا تعذر الجمع بين الحديثين، فأحاديث الجمهور أرجح لأمر : أن الصحابة الذين رووا أحاديث الرفع في مواضع كثيرة، وهم جماعات يقدمون على واحد لم يحضر ذلك (685) . وأن أحاديث الإثبات متواترة، وأحاديث النفي غير متواتر، والمتواتر يقدم على غيره (686) . وأن نفي أنس رضي الله عنه رؤيته لا يستلزم نفي رؤية غيره ؛ لأن المثبت مقدم على النافي، والحافظ حجة على من لم يحفظ (687) .

أما ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان يكره رفع اليدين . فالجواب عنه : أن ابن عمر رضي الله عنه إنما أنكر رفعهما إلى حذو المنكبين، وقال: ليجعلهما حذو صدره (688) .

ثم إنه قد ورد أنه كان يرفع يديه عندما كان يدعو عند القاص حتى يحاذي بهما منكبيه، باطنهما مما يليه، وظاهرهما مما يلي وجهه (689) . وأما ما ورد عن السلف أنهم كانوا يكرهون رفع الأيدي في الدعاء . فيمكن الجواب عنه : أنه ثبت من فعل النبي ﷺ وقوله .

وأما ما ورد عن الإمام مالك من الكراهية فحمله أصحابه على الرفع الكثير؛ لأنه فعل اليهود، أما الرفع على وجه الاستكانة والخشوع فمحمود، وقد أجازاه في مواضع الدعاء وفعله، أو يحمل ما ورد عنه من الكراهية على كراهية الرفع في غير موطنه (690) . وبهذا يتفق قوله مع قول الجمهور .

(684) النووي ، شرح صحيح مسلم ، 190/6 ، وفتح الباري ، 146/11 ، ونيل الأوطار ، 10/4 ، وعون المعبود ، 24/4 .

(685) النووي ، شرح صحيح مسلم ، 190/6 .

(686) فتح الباري ، 146/11 .

(687) المصدر السابق ، 601/2 .

(688) المصدر السابق ، 147/11 .

(689) أورده ابن حجر في الفتح ، 147/11 ، وعزاه إلى البخاري في الأدب المفرد وصححه .

(690) مواهب الجليل ، 207/2 ، وجاء فيه : (قال ابن عرفة : ابن حبيب : ويجتهد في الدعاء بالسقيا . ابن الماجشون : ويصل كلامه بالاستغفار ويأمرهم به ، وسمع ابن القاسم قول مالك : أنكر أبو مسلمة على رجل رآه قائماً عند المنبر رفع صوته بالدعاء ورفع يديه، ابن رشد : إنما أنكر

والقول الراجح - والله أعلم - هو القول الأول وهو استحباب رفع اليدين في الدعاء، وذلك لقوة أدلتهم ووجاهتها ولضعف أدلة المخالفين بما ورد عليها من مناقشة.

الفرع الثالث : حكم الجهر بالأدعية والسجع والتبكي .

لم يزل الناس يقرؤون دعاء الختمة في رمضان عند ختم القراءة في التراويح ، ويقرأ كثير منهم دعاء القنوت في الوتر من كل ليلة ، والملحوظ هنا أن الجهر بالأدعية والمتابعة الإعلامية أمر واقع وملموس في حياة الناس، فإن ذلك ينقل سماعاً ومشاهدة عبر وسائل الإعلام، خاصة من المسجد الحرام بمكة المكرمة، كما يذاع في مكبرات الصوت الملحقة بالمساجد في بلاد المسلمين؛ موافقة لأهل الحرمين الشريفين، لذلك أعرض فقه المسألة على النحو التالي :

أولاً : الدعاء عند ختم القراءة في التراويح :

وممن ذكر الدعاء عند ختم القراءة في التراويح الإمام أحمد بن حنبل، قال : (فإذا أنت فرغت من قراءة قل أعوذ برب الناس فارفع يديك في الدعاء قبل الركوع، وادع وأطل القيام، رأيت أهل مكة وسفيان بن عيينة يفعلونه)⁽⁶⁹¹⁾.

وعن موضع الدعاء جاء فيه : قال الفضل بن زياد : سألت أبا عبد الله، فقلت : أختم القرآن أجعله في الوتر أو في التراويح؟ قال : أجعله في التراويح حتى يكون لنا دعاء بين اثنين. قلت : كيف أصنع؟ قال : إذا فرغت من آخر القرآن فارفع يديك قبل أن تركع، وادع بنا ونحن في الصلاة، وأطل، قلت : بم أدعو؟ قال : بما شئت. قال : ففعلت كما أمرني وهو خلفي يدعو قائماً ورفع يديه. فقال العباس بن عبد العظيم بعد قول أحمد : رأيت أهل مكة يفعلونه، وكان سفيان بن عيينة يفعله معهم بمكة، وكذلك أدركت الناس بالبصرة وبمكة، ويروي أهل المدينة في هذا شيئاً. وذكر عن عثمان

الكثير منه ؛ لأنه فعل اليهود، وأما على وجه الاستكانة فمحمود وأجازه فيها في مواضع الدعاء وفعله و استحبه وكفيه بطونهما للأرض، وسمع ابن القاسم لا يعجبني رفعهما في الدعاء، ابن رشد: ظاهره خلاف إجازة رفعهما فيه في مواضعه كالاستسقاء وعرفة والمشعر الحرام ومقامي الجمرتين والأولى : حمل سماع ابن القاسم كراهته في غير موطنه فلا يكون خلافاً ؛ الشيخ : روى على استحسان رفعهما في الاستسقاء انتهى)⁽⁶⁹¹⁾ ابن قدامة ، الكافي ، 349/1.

ابن عفان رحمه الله (692) أنه كان يدعو بدعاء ختم القرآن ولفظه: (اللهم ارحمني بالقرآن واجعله لي إماماً ونوراً وهدى ورحمة، اللهم ذكرني منه ما نسيت وعلمني منه ما جهلت وارزقني تلاوته آناء الليل والنهار واجعله لي حجة يا رب العالمين) (693).
وذكر الحنابلة أيضاً أنه يستحب أن يرفع يديه في الدعاء ويطيل القيام ويدعو بالمأثور عن النبي صلى الله عليه وسلم. ويعظ الناس بعد ختم القرآن (694).

ثانياً : الدعاء بين الجهر والإسرار :

يقول الله تعالى : (ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ) [الأعراف:55]. نَهَى الله سبحانه عَنِ الْإِعْتِدَاءِ فِي الدُّعَاءِ. قالت عائشة : (أنزل هذا في الدعاء) (695).
وَوَرَدَ فِي الْحَدِيثِ : ((سَيَكُونُ قَوْمٌ يَعْتَدُونَ فِي الدُّعَاءِ)) (696). قَالَ الْقُرْطُبِيُّ : الْمُعْتَدِي هُوَ الْمُجَاوِزُ لِلْحَدِّ وَمُرْتَكِبُ الْحَظَرِ، وَقَدْ يَنْفَاضِلُ بِحَسَبِ مَا يُعْتَدِي فِيهِ، ثُمَّ قَالَ : وَالْإِعْتِدَاءُ فِي الدُّعَاءِ عَلَى وُجُوهِ : مِنْهَا الْجَهْرُ الْكَثِيرُ وَالصِّيَاحُ ، وَمِنْهَا أَنْ يَدْعُو أَنْ تَكُونَ لَهُ مَنْزِلَةٌ نَبِيٍّ، أَوْ يَدْعُو بِمَحَالٍ وَنَحْوِ هَذَا مِنَ الشَّطِطِ . وَمِنْهَا أَنْ يَدْعُو طَالِبًا مَعْصِيَةً، وَنَحْوَ ذَلِكَ (697).

وَعَنْ أَبِي مُوسَى قَالَ : كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فِي سَفَرٍ فَجَعَلَ النَّاسُ يَجْهَرُونَ بِالتَّكْبِيرِ فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم ((أَيُّهَا النَّاسُ ارْبَعُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ إِنَّكُمْ لَيْسَ تَدْعُونَ أَصَمَّ وَلَا غَائِبًا إِنَّكُمْ تَدْعُونَ سَمِيعًا قَرِيبًا وَهُوَ مَعَكُمْ))، قَالَ : وَأَنَا خَلْفُهُ وَأَنَا أَقُولُ لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ، فَقَالَ : ((يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ قَيْسٍ أَلَا أَدُلُّكَ عَلَى كَنْزٍ مِنْ كُنُوزِ الْجَنَّةِ)).. فَقُلْتُ : بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ : ((قُلْ لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ)) (698).

ومفاد ما تقدم : أن من وجوه الاعتداء في الدعاء : الجهر الكثير والصياح كما

(692) المغني ، 608/2 ، الشرح الكبير ، 171/4 .

(693) ينظر: لفظ الدعاء في كشف القناع ، 60/3 ، ومطالب أولي النهى ، 65/2.

(694) ينظر: كشف القناع ، 61/2 ، ومطالب أولي النهى ، 65/2 .

(695) أخرجه مسلم ، كتاب الصلاة ، باب التوسط في القراءة في الصلاة الجهرية ، برقم (447).

(696) أخرجه ابن ماجه ، 2 / 1271 .

(697) تفسير القرطبي ، 7 / 226 .

(698) أخرجه البخاري (ينظر : فتح الباري ، 6 / 135) ، ومسلم واللفظ له ، برقم (7037) ،

باب استِحْبَابِ خَفْضِ الصَّوْتِ بِالذِّكْرِ ، 73/8 .

ذكره القرطبي رحمه الله تعالى، وشهد له الحديث السابق. فماذا نحن فاعلون أمام انتشار مكبرات الصوت في هذا الزمان ؟ ! .

ثالثا : السجع في الدعاء :

نص الفقهاء (699) على كراهة السجع (700) في الدعاء، واستدلوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما : (وانظر السجع من الدعاء فاجتنبه فإنني عهدت رسول الله ﷺ وأصحابه لا يفعلون إلا ذلك الاجتناب) (701)، أما ما حصل بلا كلفة ولا إعمال فكر، لكمال الفصاحة ونحو ذلك أو كان محفوظاً عن الرسول ﷺ ؛ فلا بأس به بل هو حسن (702) ؛ لأن ذلك يصدر من غير قصد إليه، ولأجل هذا يجيء في غاية الانسجام (703) كقول النبي ﷺ : ((اللهم إني أسألك عيش السعداء ، وموت الشهداء، والفوز في القضاء، والنصر على الأعداء)) (704)، ومثله : ((اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع ، ومن قلب لا يخشع، ومن دعاء لا يسمع، ومن عمل لا يرفع)) (705) . ومفاد هذا : أن بعض الأدعية مسجوعة وواردة، لكن المطلوب أن لا يتكلف السجع في الدعاء فإن حال الداعي ينبغي أن يكون حال متضرع ، والتكلف لا يناسبه ، قال ﷺ : ((سَيَكُونُ قَوْمٌ يَعْتَدُونَ فِي الدُّعَاءِ)) (706)، وَقَدْ قَالَ عَزَّ وَجَلَّ : (ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ) ، ولأن السجع المتكلف يذهب الخشوع والخضوع والإخلاص، ويلهى عن الضراعة والافتقار وفراغ القلب (707)، ويشغل خاطر بازدواج الألفاظ، وإقامة الأوزان، وهذا ينافي مقام الخشوع (708) .

(699) الخطابي، شأن الدعاء ، ص 15، وإتحاف السادة المتقين، 37/5 ، وفتح الباري، 143/11 (700) سجع يسجع سجعاً تكلم بكلام له فواصل كفواصل الشعر من غير وزن، [لسان العرب، 150/8].

(701) البخاري باب ما يكره من السجع في الدعاء ، برقم (6337). فتح الباري ، 233/5.

(702) الفتوحات الربانية ، 58/5 ، والمجموع ، 107/8 ، والفتح الرباني ، 275/14 .

(703) فتح الباري ، 143/11 .

(704) سنن الترمذي ، برقم (3419) ، 482/5 .

(705) النسائي ، السنن الكبرى ، رقم (7873) ، 475/5 .

(706) أخرجه ابن ماجه في السنن ، 2 / 1271 .

(707) الفتوحات الربانية ، 58/5 .

(708) الدعاء المأثور ، ص 146 ، والنووي ، المجموع ، 107/8 .

رابعاً : التباكي في الدعاء :

التباكي إذا كان تباكياً عن تأثر فنعمة الشيء هو، ولكن إذا كان عن تظاهر يعني يريد أن يظهر للناس أنه مخلص وأنه خاشع وكذا إذا دخل فيها حب المحمودة وحب الشهرة أو مراعاة للناس فبئس الشيء هو، لأن الإنسان يكون في حالة اضطرار وافتقار إلى الله ، والله يعلم ما في قلب الإنسان وما في نفسه (رَبَّنَا إِنَّكَ تَعْلَمُ مَا نُخْفِي وَمَا نُعَلِّقُ وَمَا يُخْفَى عَلَى اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ) [إبراهيم:38] . وهذا المعنى

نستحضره مما ورد في البكاء عند سماع القرآن الكريم، وعند ذكر الله تعالى، فذلك الدعاء : فقد نعت الله عز وجل عباده المؤمنين المتدبرين لكلامه المتفكرين في معانيه بوجل القلب ورقته وخشوعه وجريان الدمع عند سماعه وتلاوته فقال تعالى : (اللَّهُ نَزَّلَ أَحْسَنَ الْحَدِيثِ كِتَاباً مُتَشَابِهاً مَثَابِئِ تَمْشِعُهُ مِثْلُ جُلُودِ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ ثُمَّ تَلِينُ جُلُودُهُمْ

وَقُلُوبُهُمْ إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ) [الزمر:23]، وقال تعالى : (إِنَّ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ مِنْ قَبْلِهِ إِذَا يُتْلَى عَلَيْهِمْ يَخِرُّونَ لِلْأَذْقَانِ سُجَّداً وَيَقُولُونَ سُبْحَانَ رَبَّنَا إِنْ كَانَ وَعْدُ رَبَّنَا لَمَفْعُولاً وَيَخِرُّونَ لِلْأَذْقَانِ يَبْكُونَ وَيَزِيدُهُمْ خُشُوعاً) [الإسراء:107-109] . وفي حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قَالَ : قَالَ لِي

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ((اِقْرَأْ عَلَى الْقُرْآنِ)) فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَقْرَأُ عَلَيْكَ وَعَلَيْكَ أَنْزَلَ؟ قَالَ : ((إِنِّي أَشْتَهِي أَنْ أَسْمَعَهُ مِنْ غَيْرِي))، فَقَرَأْتُ النِّسَاءَ حَتَّى إِذَا بَلَغْتُ : (فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَؤُلَاءِ شَهِيداً) [النساء:41] رَفَعْتُ رَأْسِي أَوْ غَمَزَنِي رَجُلٌ إِلَى جَنْبِي فَرَفَعْتُ رَأْسِي فَرَأَيْتُ دُمُوعَهُ تَسِيلُ(709).

قال ابن بطال : (وإنما بكى ﷺ عند هذا لأنه مثل لنفسه أهوال يوم القيامة، وشدة الحال الداعية له إلى شهادته لأئمة بتصديقه والإيمان به، وسؤاله الشفاعة لهم ليريحهم من طول الموقف وأهواله، وهذا أمر يحق له طول البكاء والحزن) (710).

(709) البخاري ، الجامع الصحيح برقم (4582)، ومسلم ، الصحيح ، برقم (800) .
(710) ابن بطال علي بن خلف ، شرح صحيح البخاري ، ط2 ، الرياض : مكتبة الرشد ، 2003م، 281/10 .

واقتردى الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم من سلف هذه الأمة رضي الله عنهم بالرسول صلى الله عليه وسلم في ذلك فكانوا عند قراءة القرآن أو سماعه يغلبهم الوجل أو البكاء بأدب وخشية من غير تكلف ولا تصنع ، بخلاف أهل البدع الذين يتصارخون عند سماع القرآن، ويتكلفون ما ليس فيهم ويتصنعون الصعق والغشيان عليهم. عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم قَالَ : ((سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ: ... وَرَجُلٌ ذَكَرَ اللَّهَ خَالِيًا فَفَاضَتْ عَيْنَاهُ)) (711). قال عبد الأعلى التيمي : من أوتي من العلم ما لا يبكيه فليس بخلق أن يكون أوتي علماً ينفعه؛ لأن الله تعالى نعت العلماء فقال : ((إِنَّ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ مِنْ قَبْلِهِ إِذَا يُتْلَى عَلَيْهِمْ)) وتلا الآيتين. وقال تعالى : ((وَإِذَا سَمِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَى الرَّسُولِ تَرَى أَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ ...)) [المائدة: 83] (712).

وأما الأحاديث الواردة في الأمر بالتبكي فهي ضعيفة من جهة أسانيدها، ومنها : حديث سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ رضي الله عنه قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ : ((إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ نَزَلَ بِحُزْنٍ فَإِذَا قَرَأْتُمُوهُ فَابْكُوا فَإِنْ لَمْ تَبْكُوا فَنَبَاكُوا وَتَغَنَّوْا بِهِ فَمَنْ لَمْ يَتَغَنَّ بِهِ فَلَيْسَ مِنْنَا)) (713) ففي إسناده إسماعيل بن رافع وهو متروك. وأخرج البيهقي حديثاً في الأمر بالتبكي من حديث جرير بن عبد الله البجلي وقال : هذا إسناد ضعيف بمرة (714). وهذه الأحاديث على فرض ثبوتها محمولة على أن التبكي مندوب إليه، ومعناه أن يتدبر القارئ آيات القرآن ويستحضر معانيها مع الحرص على الخشوع، وليس المقصود ما يفعله بعض القراء من تصنع البكاء وتكلفه، فالبكاء الصادق ما يجلبه التدبر لآيات القرآن وهذا الذي كان عليه السلف رضي الله عنهم. والأظهر أنه لا يتكلف بل إذا حصل بكاء فليجاهد نفسه على أن لا يزعج الناس بل يكون بكاء خفيفاً ليس فيه إزعاج لأحد حسب الطاقة والإمكان .

(711) البخاري ، الجامع الصحيح ، حديث رقم (1357) ، ومسلم و ، الصحيح ، برقم (2427).
(712) ابن بطال ، شرح صحيح البخاري ، 282/10 .
(713) أخرجه ابن ماجه في السنن ، برقم (1327).
(714) البيهقي ، شعب الإيمان ، 19/5 .

أما من يبكي في الدعاء ولا يبكي عند سماع كلام الله تعالى ، فهذا ليس باختياره ، فقد تتحرك نفسه في الدعاء ولا تتحرك في بعض الآيات، لكن ينبغي له أن يعالج نفسه ويخشع في قراءته أعظم مما يخشع في دعائه لأن الخشوع في القراءة أهم ، وإذا خشع في القراءة وفي الدعاء كان ذلك كله طيباً لأن الخشوع في الدعاء أيضاً من أسباب الإجابة⁽⁷¹⁵⁾.

والملاحظ هنا أيضاً مسألة التغني والتلحين والتمطيط والمبالغة في ذلك كما يفعله بعض الأئمة اليوم في دعاء القنوت يبالغ في الترنم والتطريب والتجويد والترتيل، حتى وكأنه يقرأ سورة من كتاب الله تعالى يستدعي بذلك عواطف المأمومين ليجهشوا بالبكاء.

قال ابن الهمام : (فما تعارفه الناس في هذه الأزمان من التتمطيط والمبالغة في الصياح والانشغال بتحريرات النغم إظهاراً للصناعة النغمية لا إقامة للعبودية ؛ فإنه لا يقتضي الإجابة بل هو من مقتضيات الرد، وهذا معلوم إن كان قصده إعجاب

⁽⁷¹⁵⁾ البكاء : رقة تعتري القلب نتيجة خشية أو خوف أو رحمة أو شوق أو حزن، تفتعل على أثره النفس فتتهجر الدموع تبعاً . ذكر الإمام ابن القيم رحمه الله في كتابه زاد المعاد (1/184-185) عشرة أنواع للبكاء هي: بكاء الخوف والخشية، بكاء الرحمة والرفقة ، بكاء المحبة والشوق، بكاء الفرح والسرور، بكاء الجزع من ورود الألم وعدم احتماله، بكاء الحزن . وفرقه عن بكاء الخوف : أن الأول ((الحزن)) : يكون على ما مضى من حصول مكروه أو فوات محبوب ، والحزن: أن دمة السرور باردة والقلب فرحان ودمة الحزن : حارة والقلب حزين ، ولهذا يقال لما يُفرح به هو ، قرة عين وأقرّ به عينه ، ولما يُحزن : هو سخينة العين ، وأسخن الله به عينه ، بكاء الخور والضعف ، بكاء النفاق وهو: أن تدمع العين والقلب قاس ، البكاء المستعار والمستأجر عليه ، كبكاء النائحة بالأجرة فإنها كما قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه : تبيع عبرتها وتبكي شجو غيرها ، بكاء الموافقة : فهو أن يرى الرجل الناس يبكون لأمر عليهم فيبكي معهم ولا يدري لأي شيء يبكون يراهم يبكون فيبكي . وأما عن التباكي قال: وما كان مستدعي متكلفاً، وهو التباكي وهو نوعان : محمود ومذموم. فالمحمود : أن يُستجلب لركة القلب ولخشية الله، لا للرياء والسمعة، والمذموم : يُجتلب لأجل الخلق. وقد قال عمر بن الخطاب ؓ للنبي ﷺ وقد رآه يبكي هو و أبو بكر ؓ في شأن أسارى بدر : أَخْبِرْنِي مِنْ أَى شَيْءٍ تَبْكِي أَنْتَ وَصَاحِبُكَ فَإِنْ وَجَدْتُ بُكَاءَ بَكَيْتُ وَإِنْ لَمْ أَجِدْ بُكَاءَ تَبَاكَيْتُ لِيُكَايِكُمَا. (أخرجه مسلم في صحيحه برقم(4687)، ولم ينكر عليه ﷺ ،وقد قال بعض السلف: ابكوا من خشية الله فإن لم تبكوا فتباكوا، [السنن الكبرى: للبيهقي، برقم(21589)].

الناس به فكأنه قال : أعجبوا من حسن صوتي وتحريري، ولا أرى أن تحرير النغم في الدعاء كما يفعله القراء في هذا الزمان يصدر ممن يفهم معنى الدعاء والسؤال وما ذاك إلا نوع لعب فإنه لو قدر في الشاهد سائل حاجة من ملك أدى سؤاله وطلبه بتحرير النغم فيه من الخفض والرفع والتطريب والترجيع كالتغني نسب البتة إلى قصد السخرية واللعب إذ مقام طلب الحاجة التضرع لا التغني، فاستبان أن ذاك من مقتضيات الخيبة والحرمان (716).

الخاتمة

إن موضوع فقهيات الدعاء والتطبيق عليها في واقع الحياة، أكرمني الله تعالى بالمعايشة معه مدة من الزمن، بحثاً وكتابة وتطبيقاً، وقد بارك الله في الوقت فأثمر البحث ثمرته، وأدركت من خلاله الكثير من الفوائد العلمية والفقهية.

- فإن الدعاء في حياة الإنسان له أهمية بالغة وبدونه يكون سعيه محفوفاً بالمخاطر، قال تعالى : (قُلْ مَا يَعْْبَأُ بِكُمْ رَبِّي لَوْلَا دُعَاؤُكُمْ) [الأنبياء:77] ؛ لذا فإن من يتحصن بالأدعية يكون لديه من القوة الإيمانية ما يجعله قادراً على التصدي لمصاعب الحياة وأعبائها ، والاندرج في سلك العبودية والافتقار لله رب العالمين.

- وتحتوى الأدعية على مراتب الحفظ المقاصدي (الضروري والحاجي والتحسيني)، كما تتضمن مقاصد شرعية في صور متعددة : مقاصد عقدية ، وأخرى تعليمية ، وثالثة تربوية ... وهكذا .

- والدعاء بغير المأثور الذي لم يرد نصاً في الأدعية القرآنية والنبوية، ضبط العلماء هذا الجانب حتى تقوم الأدعية على الأساس الصحيح من حيث معناها وصياغتها، فيؤدي الدعاء دوره العظيم، على أن تدور معانيها في فلك الأدعية المأثورة، كما أفاد الهدى النبوي أن للإنسان أن يتخير من الدعاء أعجبه إليه فيدعو به.

- ومما جرى ترجيحه من أقوال الفقهاء في مسائل هذا البحث ما يلي :

(716) الكمال ابن الهمام ، فتح القدير ، 370/1 ، و د. بكر أبو زيد ، تصحيح الدعاء ، ص 83 .

- (أ) جواز الدعاء للمسلم بلفظ أطال الله عمرك وأطال الله بقاءك.
- (ب) استحباب الدعاء في خطبة الجمعة لولي أمر معين.
- (ج) استحباب الدعاء جهراً على من ظلم المسلمين وجاهر بظلمه، وليس له عرض محترم ، ولا بدن محترم، ولا مال محترم.
- (د) إن كان المدعو عليه ظالماً للمسلم ولم يجاهر بظلمه، فالأفضل للمظلوم أن يعفو ويصفح، وإن كان يباح له الدعاء على من ظلمه.
- (هـ) أما دعاء الظالم على المظلوم سواء أكان مسلماً أم كافراً، فظلم واعتداء، ولا يستجاب له في الجملة، وقد يستجاب الدعاء لا بسبب حق الظالم بل بسبب ذنوب تقدمت من المظلوم وعصيانه لله تعالى.
- (و) يحرم الاستغفار للكافر والترحم عليه، لكن ما ورد في الصحيح من عدم الإذن للنبي ﷺ بالاستغفار لأمه السيدة آمنة، لا يلزم منه أن يكون والديه ﷺ غير ناجيين ؛ وذلك لأن الاستغفار فرع تصوير الذنب، وذلك في أوان التكليف، والتكليف عندما يكون هناك دعوة، والدا النبي ﷺ ماتا قبل الدعوة، فلا يعقل ذلك فيمن لم تبلغه الدعوة، فلا حاجة للاستغفار لهما.
- (ز) للجمع بين ما ورد في الأحاديث من الدعاء للكافر والدعاء عليه، قال ابن حجر: كان ﷺ تارة يدعو عليهم وتارة يدعو لهم، فالحالة الأولى : حيث تشتد شوكتهم ويكثر أذاهم ، والحالة الثانية : حيث تؤمن غائلتهم ويرجى تألفهم .
- (ح) لم يزل الناس يقرءون دعاء الختمة في رمضان عند ختم القرآن في التراويح، وهذا ما جرى عليه عمل السلف رحمهم الله تعالى.
- (ط) من وجوه الاعتداء في الدعاء : الجهر الكثير والصياح كما ذكره القرطبي رحمه الله تعالى ، فماذا نحن فاعلين أمام انتشار مكبرات الصوت في هذا الزمان؟!
- (ي) السجع المتكلف في الدعاء مكروه، لأن حال الداعي التضرع والسجع المتكلف لا يناسبه، والسجع غير المتكلف لا بأس به، لورود بعض الأدعية كذلك.

(ك) التباكي أثناء الدعاء إذا كان عن تأثر فنعم الشيء هو، وليجاهد نفسه على أن لا يزعج الناس، وإن كان التباكي عن تصنع فبئس الشيء هو، لأن الدعاء مقام افتقار إلى الله ، والتصنع لايناسبه، والأحاديث في الأمر بالتباكي ضعيفة.

وفي الختام أسأل الله التوفيق والسداد إنه نعم المولى ونعم النصير ، صلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

فهرس المراجع

- 1- الإبداع في مضار الابتداع ، علي محفوظ، دار الاعتصام، ط5 ، (1956م).
- 2- إتحاف السادة المتقين شرح إحياء علوم الدين ، محمد بن محمد الزبيدي ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، (1994م).
- 3- أحكام القرآن، أحمد بن علي الجصاص ، بيروت : دار إحياء التراث ، 1405هـ.
- 4- أحكام القرآن، أبو بكر محمد ابن العربي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، (1996م).
- 5- إحياء علوم الدين ، أبو حامد الغزالي، القاهرة : دار المنار، (1997م).
- 6- الآداب الشرعية والمنح المرعية ، محمد بن مفلح الحنبلي، لا ت ، بيروت : عالم الكتب .
- 7- الأدب المفرد، محمد بن إسماعيل البخاري،(ط1)، بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، (1986م).
- 8- ادعوني أستجب لكم، محمد ماضي أبي العزائم، القاهرة: دار الكتاب الصوفي- (1994 م).
- 9- الأذكار المنتخبة من كلام سيد الأبرار ، محي الدين أبي زكريا النووي، ط2، القاهرة : دار الحديث، (1997م). وطبعة دار الفكر، بيروت(1994 م).
- 10- الأزهية في أحكام الأدعية، محمد بن بهادر الزركشي، ط1 ، مصر والسودان : دار الفرقان، (1988م).
- 11- أسد الغابة في معرفة الصحابة، ابن الأثير علي بن محمد الجزري، القاهرة : الشعب .
- 12- الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ، بيروت: دار الكتب العلمية.
- 13- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين المختار الشنقيطي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1996م).
- 14- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 15- الاعتداء في الدعاء، سعود بن محمد العقيلي، الرياض: كنوز إشبيلية،(1430هـ) .
- 16- الاعتصام، إبراهيم بن موسى الشاطبي، ط1، الخبر: دار ابن عفان، (1992م).
- 17- إعلاء السنن، أحمد العثماني التهانوي، باكستان: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية،(1418هـ).
- 18- الأعلام، خير الدين الزركلي، ط4 ، بيروت: دار العلم للملايين، (1979م).
- 19- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، بيروت: دار الجيل.
- 20- أفضل الصلوات على سيد السادات، يوسف النبهاني ، لا ت ، دمشق: دار قباء .
- 21- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ابن النجا شرف الدين المقدسي، بيروت: دار المعرفة .
- 22- كتاب الأم : أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، بيروت: دار الفكر، (1990م).
- 23- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1997م).
- 24- الأنوار القدسية في شرح أسماء الله الحسنى وأسرارها الخفية، أحمد سعد العقاد، أبو ظبي.
- 25- البحث في مقاصد الشريعة، د.أحمد الريسوني ، مجموعة (مقاصد الشريعة دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق)، ط1، لندن: مؤسسة الفرقان للتراث ،(2006م).
- 26- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم الحنفي، ط2، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.
- 27- بدائع الفوائد، ابن قيم الجوزية، بيروت : دار الفكر.
- 28- التاريخ الكبير، محمد بن إسماعيل البخاري، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- 29- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، ط2، بيروت: دار الكتاب العربي.
- 30- التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن عاشور، تونس : الدار التونسية.

- 31- تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي، محمد بن عبد الرحمن المباركفوري، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1990م).
- 32- تحفة الأشراف، يوسف المزي، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، (1999م).
- 33- تحفة المحتاج، أحمد ابن حجر الهيتمي، بيروت: دار الفكر.
- 34- تدريب الراوي في شرح تقريب النوي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، (1979م).
- 35- التسبيح في الكتاب والسنة والرد على المفاهيم الخاطئة فيه، د. محمد بن إسحاق كندو، الرياض: مكتبة دار المنهاج، (1425هـ).
- 36- تصحيح الدعاء، د. بكر عبد الله أبو زيد، ط1، الرياض: دار العاصمة، (1999م).
- 37- التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، ط1، بيروت: عالم الكتب، (1996م).
- 38- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن كثير الدمشقي، ط7، القاهرة: دار الحديث، (1993م).
- 39- تكملة النحاحات الأقدسية في شرح الصلاة العظيمة الإدريسية، بهاء الدين البيطار الشامي الميداني، دمشق: مطبعة الترقى، (1931م).
- 40- تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1994م).
- 41- تهذيب الفروق، محمد علي بن حسين المكي، بحاشية الفروق، بيروت: عالم الكتب.
- 42- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، جمال الدين يوسف المزي، بيروت: مؤسسة الرسالة، (1983م).
- 43- ثلاث رسائل في استحباب الدعاء ورفع اليدين فيه بعد الصلوات المكتوبة، محمد هاشم السندي، وأحمد بن الصديق الغماري، ومحمد بن عبد الرحمن الأهدل، تحقيق: الشيخ عبد الفتاح أبو غدة، ط2، بيروت: دار البشائر الإسلامية، (2004م).
- 44- جامع الأصول في أحاديث الرسول، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، ط1، مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان.
- 45- جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري): أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1992م).
- 46- الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مع فيض القدير، دار إحياء السنة النبوية.
- 47- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، بيروت: دار الكتب العلمية، (1993م)، وطبعة دار الفكر.
- 48- جلاء الأفهام في الصلاة والسلام على خير الأنام، ابن قيم الجوزية، ط2، الكويت: دار العروبة، (1987م).
- 48- الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي، ابن قيم الجوزية، بيروت: دار الكتب العلمية.
- 49- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب أبي حنيفة، محمد أمين الشهير بابن عابدين، بيروت: دار الفكر، (1995م)، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز.
- 50- حاشية البجيرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب)، سليمان بن محمد البجيرمي المصري، بيروت: دار الفكر (1995م).
- 51- حاشية السندي على سنن النسائي، نور الدين محمد بن عبد الهادي السندي، تحقيق: الشيخ عبدالفتاح أبو غدة، ط2، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، (1986م).
- 52- حاشيتنا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين، أحمد بن سلامة القليوبي وأحمد البرلسي الملقب بـ (عميرة)، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1997م).
- 53- الحاوي للفتاوى، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، بيروت: دار الكتب العلمية (1982م).

- 54- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، أبو نعيم الأصبهاني، بيروت: دار الكتب العلمية.
- 55- الحوادث والبدع، أبو بكر محمد بن الوليد الطرطوشي، ط2، الطائف: مكتبة المؤيد، ودمشق: مكتبة دار البيان، (1991م).
- 56- دائرة المعارف الإسلامية، إبراهيم زكي خورشيد (وآخرون)، ط2، القاهرة: (1969م).
- 57- درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز الشهير بملا خسرو، لاط، دار إحياء الكتب العربية، لات .
- 58- الدعاء المأثور وآدابه وما يجب على الداعي اتباعه واجتنابه، أبو بكر الطرطوشي الأندلسي، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، ط1، بيروت: دار الفكر المعاصر، (1409هـ).
- 59- الدعاء بعد الصلاة المفروضة سنة أم بدعة ؟ : د. محمود أحمد الزين، ط1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية والعربية، (2002م).
- 60- الدعاء في القرآن الكريم أساليبه ومقاصده وأسراره، بهية بنت حامد اللحياني، جامعة أم القرى، كلية اللغة العربية، (2001م).
- 61- الدعاء في القرآن الكريم، محمد محمود زوين، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (2002م).
- 62- الدعاء، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1993م).
- 63- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: جمع من العلماء، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، (1994م).
- 64- رسائل ابن عابدين، محمد أمين أفندي ابن عابدين، بيروت: دار إحياء التراث العربى ومكتبة المتنبي ودار عالم الكتب، (1998م) .
- 65- رسالة المسترشدين، الحارث بن أسد المحاسبي، تحقيق: الشيخ عبد الفتاح أبوغدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، (1983م)
- 66- روح البيان في تفسير القرآن، إسماعيل حقي الخلوتي البروسوي، مطبعة عثمانية(1331هـ).
- 67- روضة الطالبين وعمدة المفتين، الإمام النووي، ط3، بيروت: المكتب الإسلامي، (1991م).
- 68- زاد المعاد في هدى خير العباد، ابن قيم الجوزية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط6، بيروت: مؤسسة الرسالة، وط2، الكويت: مكتبة المنار الإسلامية، (1992م).
- 69- السحر حقيقته وأنواعه والوقاية منه، راجي الأسمر، ط1، طرابلس: جروس برس(1991م).
- 70- سلاح المؤمن في الدعاء والذكر، محمد بن محمد (ابن الإمام)، تحقيق: محي الدين مستو، ط1، دمشق: دار ابن كثير، وبيروت: دار الكلم الطيب، (1993م).
- 71- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد القزويني، ط1، بيروت: دار الجيل، (1998م) .
- 72- سنن أبي داود : أبو داود السجستاني الأزدي، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت: دار الفكر.
- 73- سنن الترمذي: أبو عيسى الترمذي، بيروت: دار الفكر.
- 74- السنن الكبرى: أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، بيروت: مؤسسة الرسالة ودار الكتب العلمية، (2001م).
- 75- السنن والمبتدعات المتعلقة بالأذكار والصلوات، محمد بن عبد السلام الشقيري، بيروت: دار الجيل، (1988م).
- 76- سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط11، بيروت: مؤسسة الرسالة، (1996م).
- 77- شأن الدعاء، أبو سليمان الخطابي، تحقيق: أحمد يوسف الدقاق، ط3، دمشق: دار الثقافة العربية، (1992م).

- 78- شجرة المعارف والأحوال، عز الدين بن عبد السلام ، القاهرة: المكتبة التوفيقية، وط1، بيروت: دار الكتب العلمية،(2003م).
- 79- شرح الدعاء من الكتاب والسنة: د. سعيد بن علي القحطاني وماهر بن عبد الحميد، لا ط، لا ت.
- 80- شرح الزرقاني على الموطأ، محمد بن عبد الباقي الزرقاني، بيروت: دار الكتب العلمية.
- 81- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، محمد بن عبد الله الزركشي، ط1، الرياض، مكتبة العبيكان، (1993م).
- 82- شرح الصاوي على جوهرة التوحيد، أحمد بن محمد الصاوي، تحقيق: د. عبدالفتاح البزم، ط2، بيروت: دار ابن كثير.
- 83- الشرح الكبير، أبو البركات أحمد الدردير، بهامش حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر.
- 84- شرح سنن أبي داود، محمود بن أحمد بدر الدين العيني، ط1، الرياض، مكتبة الرشد، (1999م).
- 85- شرح صحيح البخارى، علي بن خلف بن بطلال، ط2، الرياض، مكتبة الرشد، (2003م).
- 86- شرح صحيح مسلم، الإمام النووي، بيروت: دار الفكر، (1981م).
- 87- شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، ط2، بيروت: دار الفكر .
- 88- شعب الإيمان، أبو بكر البيهقي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1990م).
- 89- الصحاح، إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، بيروت: دار العلم للملايين، (1990م).
- 90- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ابن حبان البستي، ترتيب: علاء الدين بن علي بن بلبان، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، ط2، بيروت: مؤسسة الرسالة، (1993م).
- 91- صحيح ابن خزيمة، محمد بن إسحاق بن خزيمة ، بيروت: المكتب الإسلامي، (1390هـ).
- 92- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، ط3، بيروت: دار ابن كثير، (1987م).
- 93- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري ، بيروت: دار الجيل ودار إحياء التراث العربي .
- 94- الطبقات الكبرى، محمد بن سعد، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1990م).
- 95- طرق البحث فى الدراسات الإسلامية، محمد رواس قلعه جي، الأردن: دار النفائس، (1999م).
- 96- عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي، أبو بكر محمد ابن العربي المالكي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1997).
- 97- العاطفة الإيمانية وأهميتها في الأعمال اليومية، د. محمد بن موسى الشريف، ط1، دار الأندلس الخضراء، (2005م).
- 98- العبودية، ابن تيمية ، ط1، الأردن، دار عمار، (1998م).
- 99- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين محمود العيني، ط1، بيروت: دار الفكر.
- 100- عمل اليوم والليلة، أحمد بن شعيب النسائي، ط1، بيروت: دار الكلم الطيب، (2001م).
- 101- العناية على الهداية بهامش فتح القدير ، محمد بن محمود البابرتي، بيروت: دار الفكر.
- 102- عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد شمس الحق آبادي، بيروت: دار الكتب العلمية .
- 103- العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، دار مكتبة الهلال.
- 104- فتاوى اللجنة الدائمة، أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ط3، الرياض: دار بلنسية، (2000م).
- 105- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، ط4، بيروت: دار إحياء التراث العربي، (1986م)، ودار الفكر، (1991م).
- 106- الفتاوى، ابن تيمية، السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (2004م).
- 107- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط2، القاهرة: دار الريان للتراث، (1987م). و ط2، بيروت: دار المعرفة .

- 108- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مع مختصر شرحه: بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني، كلاهما تأليف: أحمد بن عبد الرحمن البناء، بيروت: دار إحياء التراث.
- 109- فتح القدير، محمد بن علي الشوكاني، بيروت: دار الفكر.
- 110- فتح القدير على الهداية، كمال الدين محمد عبد الواحد ابن الهمام، بيروت: دار الفكر.
- 111- فتح المغيـث في السحر والحسد ومس ابليس، ماهر بن صالح آل مبارك، ط1، الرياض: دار علوم السنة، (1995م).
- 112- الفتوحات الربانية على الأذكار النووية، محمد بن علان الصديقي المكي، بيروت: دار إحياء التراث العربي .
- 113- الفروع، محمد بن مفلح، تحقيق: حازم القاضي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1997م).
- 114- الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، بيروت: عالم الكتب .
- 115- فصول في الاجتهاد والمقاصد، د.نورالدين الخادمي ، ط1، القاهرة: دار السلام، (2010م).
- 116- فض الوعاء في أحاديث رفع اليدين في الدعاء، جلال الدين السيوطي، تحقيق: محمود شكور بن محمود الحاجي، ط1، الأردن: مكتبة المنار، (1985م).
- 117- فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، د.عبد السلام الرفعي، أفريقيا الشرق، (2004م).
- 118- الفقه المقاصدي عند الإمام الشاطبي، د.أحسن لحسانة، ط1، القاهرة: دار السلام، (2008م).
- 119- فواتح المفاتيح، محمد زكي الدين إبراهيم، القاهرة: دار العشيرة المحمدية، (1994م).
- 120- الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النفراوي المالكي. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1997م).
- 121- فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير: محمد عبد الرؤوف المناوي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1994م). وط1، مصر: مطبعة الحلبي، (1938م).
- 122- القاموس المحيط، محمد الفيروزآبادي، ط5، بيروت: مؤسسة الرسالة، (1416هـ).
- 123- القول المبين في أخطاء المصلين، مشهور حسن سلمان، ط4، بيروت: دار ابن حزم، والسعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، (1996م).
- 124- القول المعين لمعالجي السحر والصرع والعين، أسامة بن ياسين المعاني، ط1، الأردن: دار المعالي، (2000م).
- 125- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، يوسف بن عبد الله ابن عبد البر، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، (1992م).
- 126- كتاب السنة، عبد الله بن أحمد بن حنبل، ط4، الرياض: دار عالم الكتب، (1996م).
- 127- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، ط2، مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز، (1997م).
- 128- كشف المشكل من حديث الصحيحين، أبو الفرج عبد الرحمن ابن الجوزي، الرياض: دار الوطن، (1997م).
- 129- اللؤلؤ والمرجان، محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار الفكر .
- 130- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، ط3، بيروت: دار صادر، (1994م) .
- 131- لوامع البينات شرح أسماء الله تعالى و الصفات، فخر الدين محمد بن عمر الرازي، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، (1396هـ).
- 132- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد مفلح الحنبلي، بيروت: المكتب الإسلامي، (1980هـ)

- 133- المبسوط، شمس الدين السرخسي، بيروت: دار المعرفة، (1993م).
- 134- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، بيروت: دار الكتاب العربي.
- 135- المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محي الدين النووي، تحقيق وإكمال: محمد بن نجيب المطيعي، جدة: مكتبة الإرشاد.
- 136- مدخل إلى مقاصد الشريعة، د.أحمد الريسوني، ط1، القاهرة: دار السلام، (2010م).
- 137- المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس برواية سحنون بن سعيد، مصر: مطبعة السعادة، (1323هـ)، وبيروت: دار صادر.
- 138- مراقي الفلاح شرح نور الايضاح، أبو البركات حسن بن عمار الشرنبلالي، مصر، المطبعة العلمية، (1315هـ).
- 139- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، الملا علي القاري، تحقيق: جمال العيتاني، بيروت: دار الكتب العلمية، (2001م).
- 140- المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: عبد السلام علوش، ط1، بيروت: دار المعرفة، (1998م).
- 141- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، بيروت: مكتبة لبنان، (1987م).
- 142- المستقصى من علم الأصول، أبو حامد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، بيروت: دار الكتب العلمية، (1413 هـ).
- 143- مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، (1999م)، والقاهرة: مؤسسة قرطبة.
- 144- مشارق الأنوار على صحاح الآثار، عياض بن موسى اليحصبي، تونس: المكتبة العتيقة، والقاهرة: دار التراث.
- 145- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، البوصيري - تحقيق: خليل مأمون شيحا، ط1، بيروت: دار المعرفة، (1996م).
- 146- المصنف في الأحاديث والآثار: أبو بكر بن أبي شيبة، تحقيق: عبد الخالق الأفغاني، ط2، الهند: الدار السلفية (1979م).
- 147- المضامين التربوية المستنبطة من خطب الجمعة بالمسجد النبوي لعام(1422هـ)، عبد العزيز بن فرحان، مكة المكرمة: كلية التربية، (1425هـ).
- 148- معالم السنن شرح سنن أبي داود، أبو سليمان الخطابي، تخريج: عبد السلام عبد الشافي، بيروت: دار الكتب العلمية، (1996م).
- 149- معاني القرآن، أبو زكريا يحيى بن زياد الفراء، ط2، بيروت: عالم الكتب، (1980م).
- 150- المعجم الأوسط: أبو القاسم الطبراني، القاهرة: دار الحرمين، (1415هـ).
- 151- المعجم الصغير، أبو القاسم الطبراني، ط1، بيروت: المكتب الإسلامي، وعمان: دار عمار، (1985م).
- 152- المعجم الكبير أبو القاسم الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط1، مطبعة الوطن العربي، (1980م).
- 153- معجم المؤلفين، تراجم مصنفي الكتب العربية، عمر رضا كحالة، بيروت: مكتبة المثنى ودار إحياء التراث العربي.
- 154- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط3، القاهرة: مكتبة الخانجي، (1402هـ)، وطبعة اتحاد الكتاب العرب، (2002م)،
- 155- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي، تخريج: جماعة بإشراف د. محمد حجي، بيروت: دار الغرب الإسلامي.
- 156- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، بيروت: دار

- الفكر.
- 157- المغني، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، تحقيق: عبدالله بن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط2، مصر: دار هجر، (1992م). وط1، بيروت: دار الفكر.
- 158- مفاتيح الغيب (تفسير الرازي): فخر الدين الرازي، بيروت: دار الفكر (1981م).
- 159- المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، مصر: مصطفى البابي الحلبي وأولاده، (1961م).
- 160- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، محمد بن عبد الرحمن السخاوي، علق حواشيه: عبد الله محمد الصديق، ط2، القاهرة، (1991م).
- 161- مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، ط4، القاهرة: دار السلام- ، وتونس: دار سحنون، (2009م).
- 162- المقاصد العامة للشريعة، د. عز الدين بن زغبية، ط1، القاهرة: دار الصفوة، (1996م).
- 163- المقصد الأسنى في شرح معاني أسماء الله الحسنى، أبو حامد الغزالي، تحقيق: د. فضل شحاده، بيروت: دار المشرق.
- 164- من وحى القرآن قراءة في آيات الدعاء، د. ياسين محمد يحيى، القاهرة: مكتبة مصر، (1998م).
- 165- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد عlish، بيروت: دار الفكر، (1989م).
- 166- الموافقات، إبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان.
- 167- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، محمد الحطاب، ط3، بيروت: دار الفكر، (1992م).
- 168- الموسوعة الفقهية، ط2، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (1410هـ).
- 169- موسوعة الكسنان فيما اصطلح عليه أهل التصوف والعرفان، محمد بن عبد الكريم الكسنان الحسيني، دمشق: دار المحبة، (2005 م).
- 170- الموطأ، الإمام مالك بن أنس، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط7، بيروت: دار النفائس، ومصر: دار إحياء التراث العربي، (1983م).
- 171- ميزان الاعتدال في نقد الرجال: محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: علي محمد البخاري، بيروت: دار المعرفة.
- 172- نتائج الأفكار في تخريج أحاديث الأذكار، ابن حجر العسقلاني، ط1، دمشق: دار ابن كثير.
- 173- النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري (ابن الأثير)، تحقيق: طاهر الزاوي ومحمود الطناجي، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية.
- 174- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني، ط1، مصر: البابي الحلبي ، والقاهرة: دار الحديث، (1993م).
- 175- الوابل الصيب: ابن قيم الجوزية، الرياض: مطابع النصر الحديثة.
- 176- واقعات المفتين، قدرى أفندي عبد القادر بن يوسف، مصر: المطبعة الأميرية.
- 177- اليواقيت الثمينة في أعيان مذهب عالم المدينة، محمد البشير المدني، ط1، دار الآفاق العربية، (2000م).

الجديد في قانون الطيران المدني (خواطر حول اتفاقية دمشق و لائحة طرابلس المنظمة لها)

الدكتور : طارق البكوش

أستاذ القانون التجاري بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون - دبي

(ملخص عربي - البحث ينشر تاليا باللغة الفرنسية)

يعنى البحث بدراسة الالتزامات الجديدة المحدثة في اتفاقية دمشق لتحرير النقل الجوي المؤرخة في 2004 و في لائحته التنفيذية (لائحة طرابلس 2008). و تركّز الدراسة على التزامين جديدين.

1- الالتزام بالأمن و الأمان (obligation de sûreté) الذي يُحمّل السلطة العمومية واجب السهر على أمن المسافرين. و الالتزام بتوفير الأمن و الأمان يختلف جذريا عن الالتزام بالسلامة (obligation de sécurité) الذي يقع على كاهل الناقل الجوي أو الناقل الذي يحل محله في عملية النقل. و يختلف الالتزام بالأمن عن الالتزام بالسلامة من حيث مصدره و طبيعته و من حيث مجال التعويض وإجراءات النزاع ومدة التقادم. .

2- الالتزام بإيصال الحريف المتعاقد (أو الالتزام بإيجاد رحلة بديلة obligation d'acheminer le passager). هذا الالتزام يختلف جذريا عن الالتزام الأصلي بنقل المتعاقد عبر الأجواء (obligation de transporter) و تكمن خصوصية الالتزام الأخير في كونه التزاما يتضمن قدرا من الاعتبار الشخصي خلافا للالتزام الموضوعي بإيصال المتعاقد الحريف. و يتميز الالتزام بإيصال المتعاقد بطابعه الاحتياطي الذي أثر كثيرا في تحديد أساسه القانوني و نظامه. و يتضمن البحث وجوب التفرقة بين "الناقل المتعاقد" و "الناقل التالي" و "الناقل البديل" و "الناقل الفعلي" مع بيان نظام التعويض عن الاضرار التي لحقت بالمسافر عبر الأجواء و النصوص ذات الصلة. و ختمت الدراسة بتسليط الضوء على أهم القاعد المكرسة دوليا وأوروبيا في اتفاقيات وارسو و مونريال وجوادا نخارا عندما يقوم بعملية النقل مجموعة من الناقلين الجويين.