

مجلة دراسات قانونية

ديسمبر 2019م

العدد: الخامس والعشرين

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية القانون - جامعة
بنغازي

في هذا العدد:

- نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية.
- عقد الهبة، واشكالات تضمينه في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية.
- ضمانات وآليات الحماية الوطنية للحقوق والحريات "دراسة في نصوص الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011م، ومشروع الدستور الليبي لسنة 2017م.
- المواجهة الجنائية الموضوعية لاختلاس الأموال بوصفه صورة من صور الفساد "دراسة مقارنة".
- الاجتهاد التطبيقي مفهومه ومرتكزاته "دراسة تحليلية في ضوء الآية 34 من سورة النساء".
- التطرف: أسباب وإشارات، معالجة للأمارات.

مجلة دراسات قانونية

مجلة دورية مُحكمة متخصصة

تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة

عن كلية القانون – جامعة بنغازي

د. سلوى فوزي الدغيلي - عميد كلية القانون

المشرف العام للمجلة.

هيئة التحرير:

- أ.د. سعد خليفة العبار - رئيس هيئة التحرير المجلة
- أ. نهلة زيدان الورفلي - مدير تحرير المجلة
- أ. فريحة حامد القطراني.
- أ. أسامة نصيب عبد الجليل.
- أ. محمد نوح عيسى.

قواعد النشر بالمجلة

- ❖ أصالة العمل المقدم من حيث فكرته ومنهجية إعدادة، وأن يكون قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة.
- ❖ ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى أو مستلاً من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري من قبل خبراء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر، ويعاد العمل لمعدده في حال طلب تعديله أو تنقيحه.
- ❖ تحتفظ المجلة بحقوقها في تحديد أولوية النشر بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة وأهمية العمل المقدم والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة.
- ❖ يجب أن يحمل العمل اسم معدده، ويفرق به ملخص موجز عن سيرته الذاتية وجهة عمله وما سبق له نشره من دراسات وبحوث.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للقواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية الأدبية والملكية الفكرية وما تضمنته هذه الأعمال يعبر فقط عن آراء وأفكار كتابها، ولا يعكس البتة موقف أو توجه للمجلة.
- ❖ يقدم العمل من نسختين، مصحوبة بقرص مدمج (CD)، ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها، سواء نشر أو لم ينشر، وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمه إعادة نشره في أي مطبوعة أخرى.
- ❖ يفضل ألا يزيد حجم العمل على (30) صفحة، بما في ذلك الهوامش وقائمة المصادر والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.
- ❖ ترتيب المصادر ألفبائياً في نهاية البحث بحسب اسم الشهرة للمؤلف: كما يلي مثلاً: سراج (محمد أحمد): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، 1990م دار الثقافة، القاهرة. ويشار للمصدر باختصار في هوامش البحث، هكذا، سراج: ص105، فإن كان للمؤلف أكثر من مصدر استعمله الباحث فيقرن باسم شهرته اسم الكتاب.
- ❖ أما ضوابط نشر ملخصات الرسائل العلمية فتتمثل في :
 - أن يكون الملخص وافياً ومعبراً بدقة وبصورة واضحة عن محتوى الرسالة وخطتها البحثية.
 - ألا يقل عن 400 كلمة ولا يزيد على 500 كلمة.
 - أن يحتوي في مقدمته على ذكر البيانات التالية: اسم صاحب الرسالة رباعياً، اسم الأستاذ المشرف ثلاثياً، عنوان الرسالة كاملاً، تاريخ المناقشة ومكانها، المؤسسة العلمية التي صدرت عنها الرسالة، العدد الكلي لصفحات الرسالة، أماكن تواجد نسخها، إيميل صاحب الرسالة.

تنبيه: البحوث والدراسات التي تنشر بهذه المجلة تعبر عن رأي كاتبها فحسب، وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة.

المراسلات تُقدم باسم رئيس التحرير على
العنوان الآتي
كلية القانون - جامعة بنغازي
مبنى الإدارة الدور الثاني
بالكلية بالمدينة الجامعية - قاريونس

(ثبت المحتويات)

- توطئة العدد:

- افتتاحية العدد..... 11

أ.د. سعد خليفة العبار.

أولاً. البحوث والدراسات:

- نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية..... 15
- أ.د. الكوني علي أعبوده.
- عقد الهبة، وإشكالات تضمينه في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية..... 41
- د. عادل سالم محمد الصغير.
- ضمانات وآليات الحماية الوطنية للحقوق والحريات "دراسة في نصوص الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011م، ومشروع الدستور الليبي لسنة 2017م..... 89
- د. سلوى فوزي الدغيلي.
- المواجهة الجنائية الموضوعية لاختلاس الأموال بوصفه صورة من صور الفساد "دراسة مقارنة"..... 113
- د. ماشاء الله عثمان الزوي.

- الاجتهاد التطبيقي مفهومه ومرتكزاته "دراسة تحليلية في ضوء الآية 34 من سورة النساء".....157

د. لطيفة علي ضوء الفقهي.

- التطرف: أسباب وإشارات، معالجة للأمارات.....189

د. معتز عبد الوهاب عبد الله بالعجول.

ثانياً. المرفقات ::

- نموذج مشاركة بالمجلة.....231
- نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات.....233



افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فهذا هو العدد الخامس والعشرون من مجلة دراسات قانونية، يصدر بجهود أسرة تحريرها ومن يتولى شؤون الطباعة والتنسيق فيها قبل أوانه بأيام، وقد جاء حافلا -كالأعداد السابقة- بالعديد من الدراسات القانونية والشرعية، حيث شَرِّفت المجلة في هذا العدد بنشر -دراسة أعدها أحد رجالات القانون المدني في ليبيا، جاءت حول آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية، أعدها الأستاذ الدكتور الكوني اعبوده، كما حوى العدد بحثا عن عقد الهبة والاشكالات الفقهية التي يثيرها تضمينه في وثائق التأمين التكافلي، مع عرض لمعالجتها من الناحية الفقهية، وتناولت دراسة أخرى جانبا من النقاش الدستوري الدائر في بلادنا هذه الآونة، وقد كانت عن ضمانات وآليات الحماية الوطنية للحقوق والحريات، ولأن الحديث كثر عن الفساد وصوره وآليات التصدي له، ومواكبة للعصر -وتطوراتهِ فقد حوى هذا العدد دراسة عن المواجهة الجنائية الموضوعية لاختلاس الأموال بوصفه صورة من صور الفساد، أما الدراسات الشرعية ففي هذا العدد نشرت منها اثنان، أولاهما دراسة مقاصدية عرضت لمفهوم ومركزات الاجتهاد التطبيقي، وفق دراسة تحليلية في ضوء الآية 34 من سورة النساء، وثانيتها عن آفة من آفات هذا العصر، وهي التطرف، في محاولة لبيان أسبابه وآليات معالجة أماراته.

ونحن إذ نقدم للقارئ الكريم هذا العدد نرى أنه لزاما علينا الاعتذار له عن تقصير المجلة في نشر ما وعدته به في العدد السابق، وما كان ذلك إلا لغلبة صعوبات واجهت المجلة وأسرة تحريرها، لم تتمكن -للأسف- من التغلب عليها.

وأخيرا نأمل من القارئ الكريم أن يقبل عذرنا عن هذا التقصير، وعن أي خلل أو خطأ يعثر عليه في هذا العدد، وسنكون له شاكرين لو نبهنا إليه، مع تجديدنا الشكر لكل من ساهم في إخراج هذا العدد، وللأستاذة الأفاضل الذين خصوا المجلة بنشر أعمالهم البحثية، كما نشهد صادقين -من نصبوا لتولي أمور القيادة في الجامعة، وفي كلية القانون بها، الوقوف مع المجلة في وجه الصعوبات التي تواجهها، والعمل مع أسرة تحريرها على تذليل ما يعترض طريقها من عراقيل، والتي قد تؤدي بها إلى التوقف عن الصدور.

أ.د. سعد العبار...
رئيس تحرير المجلة

مجلة
دراسات قانونية

2018

أولاً البحوث والدراسات

نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية

أ.د. الكوني علي اعبوده⁽¹⁾

مشروع الدستور الليبي في المادة 181 استعمل عبارة "... وتعويض الأضرار" بحسبانها أحد تدابير العدالة الانتقالية التي تلتزم الدولة بتطبيقها، وهي ذات العبارة تقريبا التي استعملها المجلس الوطني الانتقالي في قانون العدالة الانتقالية رقم 17 لسنة 2012م⁽²⁾، أما القانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية -والذي حل محل القانون السابق- فقد استعمل عبارة أخرى، وهي جبر الضرر⁽³⁾، مما يدفع للتساؤل عن أي العبارتين هي الأكثر مناسبة لمسار العدالة الانتقالية؟

لفظ التعويض هو الكلمة المألوفة في منظومتنا التشريعية قبل انتفاضة فبراير، حيث وضع المشرع في القانون المدني مبدأ: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض" (المادة 166)، وفيها يتم التركيز على المضرور -أو الضحية إذا شكل الخطأ جريمة- في علاقته بمرتكب الفعل الضار، فيكون التعويض أثراً للمسؤولية، وليس الحال كذلك فيما يتعلق بمسار العدالة الانتقالية التي لا تربط بالضرورة الحق في التعويض بثبوت الخطأ ومعرفة مرتكبه، مما يجعل عبارة جبر الضرر هي العبارة المناسبة، ولهذا كان المشرع التونسي محققاً عندما عرف العدالة الانتقالية بأنها "مسار متكامل من الآليات والوسائل المعتمدة لفهم ومعالجة ماضي انتهاكات حقوق الإنسان بكشف حقيقتها، ومساءلة ومحاسبة المسؤولين عنها، وجبر ضرر الضحايا، ورد الاعتبار لهم"⁽⁴⁾.

فجبر الضرر هو من غايات العدالة الانتقالية التي تهدف في نهاية المطاف إلى تحقيق المصالحة الوطنية، وجبر ضرر الضحايا، كما يكون من خلال منح تعويض لمن تعرض لانتهاك في حق من حقوق الإنسان المقررة، يمكن أن يكون بمجرد كشف الحقيقة، وتخليد الذكرى، أو تشييد نصب، أو الاعتراف

¹ - أستاذ القانون الخاص بكلية القانون بجامعة طرابلس.

² - أنظر المادة 3 فقرة 6 "تعويض الضحايا والمتضررين"، والمادة 14 "...الحق في الحصول على تعويض مناسب".

³ - المادة الأولى من القانون رقم 29 المذكور اعتبرت من أهداف العدالة الانتقالية "... جبر الضرر والتعويض عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها"، وهو ما أكدته المادة الخامسة بند 7، في حين أن المادة السابعة في تعدادها لصلاحيات هيئة تقصي الحقيقة والمصالحة نصت في الفقرة الأخيرة "إصدار القرارات الخاصة بالتعويض المناسب للضحايا".

⁴ - الفصل الأول من القانون الأساسي، العدد 53 لسنة 2013م.

بالذنب والاعتذار عنه .. إلخ، ولهذا كان الاختيار لعنوان آلية جبر الضرر في مسار العدالة الانتقالية في ليبيا؛ فكيف كان تنظيم المشرع لمسألة جبر الضرر؟

لعل أول ما يصادفه الباحث هنا هو تعدد التشريعات ذات العلاقة، حيث لم يقتصر الأمر على قانون العدالة الانتقالية المشار إليه، وهذا يوجب تتبع هذه الممارسة التشريعية في صدد جبر أضرار المضرورين والضحايا، أي رصد عملية جبر الضرر من حيث ما هو كائن (مبحث أول)، قبل التطرق إلى تقويم مسلك المشرع في الخصوص، أو جبر الضرر كما يجب أن يكون (مبحث ثان).

المبحث الأول

جبر الضرر في تشريعات العدالة الانتقالية

تعدد التشريعات المنظمة لمسألة جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية يسمح بادئ الرأي بتجسيد أول نظرة في هذا الشأن، وهي غياب الرؤيا أو الاستراتيجية لدى واضعي هذه التشريعات، بما يكفل تطبيق العدالة الانتقالية بعد سقوط نظام القذافي، وما صاحبه أو أعقبه من حرب أهلية لم تنته بعد⁽⁵⁾، وسبق أن رأينا في تقديم هذه الورقة أن المصطلح هو الآخر لحقه تطور، فمن تعويض الضحايا والمضرورين، صار الحديث عن جبر الضرر، ولا يقف الأمر عند هذا الحد، لأن المصالح المرعية يمكن أن تتيح المجال للتأمل، كما أن الوسائل والتدابير الموصوفة لجبر الضرر لم تلتزم بنهج واحد؛ وهكذا فإن عملية تشخيص آلية جبر الضرر في تشريعات العدالة الانتقالية تتطلب أولا التساؤل عن مدى التزام المشرع بالمصالح ذات العلاقة في مجموعها، قبل الانتقال لتحديد الوسائل والتدابير التي اعتمدها المشرع في فقرة ثانية.

⁵ - في مناسبة سابقة، وفي إطار المشاركة في مشروع بحثي ليبي هولندي، وفي ورقة بعنوان (منازعات الملكية العقارية والعدالة الانتقالية في المقاربة الليبية) رأيت أن من سمات هذه المقاربة الطابع غير الجدي، كما تجلّى في إلغاء قانون العدالة الانتقالية الأول قبل أن يطبق، والاستعاضة عنه بقانون صيغ بطريقة فضفاضة بشكل ملحوظ، فضلا عن عدم تشكيل مجلس إدارة الهيئة المستحدثة نظريا، وعدم إصدار اللائحة التنفيذية !!، المشروع المعنون: علاج منازعات الملكية العقارية في ليبيا ما بعد القذافي، في إطار العدالة الانتقالية، إدارة سليمان إبراهيم وجان ميخائيل أوتو، جامعة بنغازي وجامعة ليدن، ص 67-68.

فقرة أولى- المصالح المرعية في تشريعات العدالة الانتقالية:

مراجعة التشريعات المتعلقة بالعدالة الانتقالية التي صدرت منذ 2012م تبين أن المشرع لم يستقر على سياسة تراعي مختلف المصالح الواجبة الاعتبار في شأن معالجة الانتهاكات التي وقعت، سواء خلال فترة حكم القذافي أو بعده؛ ويمكن التمييز بين نوعين من التشريعات: تشريعات راعت مصلحة الضحية أو المضرور، وتشريعات حاولت مراعاة أكثر من مصلحة.

أولاً- التركيز على مصلحة المضرور أو الضحية:

هذه النظرة الأحادية تجسدت أولاً في القانون رقم 17 لسنة 2012م، الذي وإن توسع في أهداف هذا القانون في المادة الثالثة، إلا أنه فيما يتعلق بجبر الضرر ركز على "تعويض الضحايا والمتضررين"، والذين يكون لهم الحق في تعويض مناسب بسبب جرائم النظام السابق، ويكون تعويضاً مادياً ومعنوياً في صورة من الصور المذكورة في المادة 14، أو التي تحدد بقرار من مجلس الوزراء؛ ولهذا كان إنشاء صندوق تعويض الضحايا (المواد 3-14-15)، وهو ذات التوجه الذي نهجه القانون رقم 50 لسنة 2012م بشأن تعويض السجناء السياسيين -أي الذين حُجزت حريتهم بسبب معارضتهم للنظام السابق-، حيث منحوا تعويضاً قدره (8000) دينار عن كل شهر!! (المادة الثانية)، كما تلغى أحكام الإدانة الصادرة في حقهم، واعتبار آثارها لاغية (المادة الثالثة).

وبالتأكيد أن القانون الأخير نص على خصم ما قد يكون صرف لهم في وقت سابق (المادة الثانية)، إلا أن محور اهتمام المشرع كان مصلحة السجين السياسي! كما اهتم قرار المؤتمر الوطني العام رقم 59 لسنة 2013م بحصر المفقودين في مذبحة أبو سليم، وتسهيل إجراءات إثبات وفاتهم(!)، وتقديم مقترح "بشأن التعويضات والمزايا التي يستحقها أهلهم وذووهم"⁽⁶⁾.

⁶- أنظر في شأن التشريعات المذكورة هنا مجموعة القوانين الصادرة عن المجلس الوطني الانتقالي، وزارة العدل، سنة 2014م، وقد استمر المؤتمر الوطني العام في تجسيد النظرة الأحادية لمصلحة الضحايا حيث أصدر القانون رقم 11 لسنة 2015م بتعديل القانون رقم 31 لسنة 2013 (الجريدة الرسمية، السنة الرابعة، العدد الرابع، ص191) بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بمذبحة سجن أبو سليم، وبموجبه اعتبرت فترة انقطاع العاملين فترة خدمة مستمرة إلى حين بلوغهم السن القانونية المقررة لترك الخدمة وصرف مرتبات الشهيد -أو معاشه الضماني- وكافة المزايا العائلية أسوة بأقرانهم.

ومن أجل تعويضهم تعويضا معنويا خصصت المادة الثانية من القرار مكان المذبحة (سجن أبو سليم) لإقامة مسجد ومكتبة وحديقة باسم شهداء أبي سليم، ونصب تذكاري تنفخ عليه أسماء الشهداء، واعتبار تاريخ الجريمة يوم حداد وطني.

ثانيا- تشريعات جمعت بين عدة مصالح:

لعل القانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية هو الذي يجب أن يشار إليه في مقدمة هذا السرد؛ فهذا القانون رغم تجسيده للنهج السابق، وهو التركيز على مصلحة الضحايا والمتضررين وجبر ضررهم (المواد 8/4 و 7 و 25 و 28)، إلا أنه لم يتجاهل المصلحة العامة من خلال تقييده التعويض المالي على الخسارة التي لحقت بالمضروب ودون ما فاتته من كسب (المادة 23)، وكذلك حفزت المادة 30 مرتكبي جرائم الكسب غير المشروع على رد الأموال المكتسبة بطريقة غير مشروعة، مقابل انقضاء الدعوى الجنائية.

وميز القانون رقم 4 لسنة 2013م، والمعدل بالقانون رقم 7 لسنة 2015م⁽⁷⁾، ذوي الإعاقة المستديمة من مصابي حرب التحرير -سواء ممن أصيبوا دفاعا عن الوطن ونصرة لثورة فبراير، أو كانوا من الضحايا المدنيين نتيجة عدوان قوات النظام- معاملة تمييزية، وهو ما يؤكد أن المشرع يحافظ على نظرتة الأحادية في رعاية بعض المصالح.

ويصب القانون رقم 16 لسنة 2015م في نفس الاتجاه، حيث جسد رغبة وإرادة رابطة ملاك العقارات، وألغى بعض القوانين، ومنها القانون رقم 4 لسنة 1978م، والقانون رقم 7 لسنة 1985م بشأن عدم قبول دعاوى التعويض بسبب تطبيق المقتولات الثورية (المادة الأولى)، وأعلن في مادته الثانية عن صدور تشريعات لاحقة تعالج الآثار المترتبة على القوانين المذكورة في المادة الأولى، وتأكيد مبدأ حظر استيفاء الحق بالذات⁽⁸⁾.

⁷- الجريدة الرسمية، السنة الرابعة، العدد الخامس، ص302

⁸- حول النقاش الذي جرى، والمحاولات التي تمت بشأن مواجهة العلاقة بين المالك الأصلي والمالك الجديد بموجب القانون رقم 4، انظر سليمان إبراهيم وجان ميخائيل أوتو: علاج منازعات الملكية العقارية في ليبيا ما بعد القذافي، دراسة في سياق العدالة الانتقالية، المشروع البحثي المشار إليه في وقت سابق، ص1 وما يليها، خاصة ص38 وما بعدها.

وليس الحال كذلك عندما أصدر المؤتمر الوطني العام القانون رقم 20 لسنة 2015م بتقرير بعض الأحكام بمعالجة الآثار المترتبة على إلغاء القانون رقم 4 لسنة 1978م⁽⁹⁾، والذي قضى أولاً بترجييع (... ملكية العقار إلى ملكية المالك السابق)، وإعادة تسجيله باسمه في التسجيل العقاري (المادة الأولى)، وفي هذا رعاية لمصلحة المضرور.

ولضمان تحقيق ذلك ألزمت المادة المذكورة مصلحة أملاك الدولة باتخاذ الإجراءات الإدارية اللازمة لتمكين المالك السابق من حيازة عقاره، وإذا تعذر الرد وفقاً لما سيأتي فإن المالك السابق يستحق التعويض العادل، وفقاً للضوابط التي يحددها مجلس الوزراء، مع مراعاة قيمة العقار في السوق وقت نفاذ هذا القانون، وقدر ما ضاع عليه مقابل حرمانه منه، وفي حالة سبق حصول المالك على تعويض في وقت سابق، أو ما في حكم ذلك، فيكون له الحق في الفرق.

ولم يقف المشرع عند ذلك، بل أضاف في المادة الرابعة تعويض المالك السابق عن فترة الحرمان من العقار، وفقاً للأسس والضوابط التي يحددها مجلس الوزراء! غير أن المشرع انتبه إلى أن هناك مصلحة أخرى جديرة بالحماية، وهي مصلحة المستفيد (شغل العقار طبقاً للقانون رقم 4 لسنة 1978م)، فحول من ناحية مجلس الوزراء في تحديد المهلة التي يجب أن تمنح للشاغل لإخلاء العقار (المادة الأولى)، ومن جهة أخرى أورد مجموعة استثناءات على قاعدة رد العقار إلى مالكه الأول، بينها المادة الثانية، وهي:

- 1- اختيار المالك السابق أو ورثته صراحة بعد نفاذ هذا القانون وكتابة الحصول على تعويض تقدي.
- 2- تصرف المالك السابق أو ورثته في العقار للغير تصرفاً ناقلاً للملكية.
- 3- قيام من آل إليه العقار أو شاغله بحسن نية ببناء إنشاءات تجعل رده إلى مالكه مرهقاً، إلا إذا اختار المالك أو الورثة استرداد العقار وتعويض صاحب الإنشاءات.
- 4- إقبال العقار بتأمينات لم يقبل المالك السابق تحملها.
- 5- اتفاق المالك والشاغل على خلاف مبدأ الرد المقرر.
- 6- تخصيص العقار لمصلحة عامة على نحو لا يمكن الاستغناء عنه.

⁹ - القرار منشور في الجريدة الرسمية، السنة الثالثة، العدد الأول، ص3

وإذا تقرر الرد فإن شاغل العقار يستحق تعويضا، شريطة أن يقدم ما يفيد أنه لا يملك سكنا غيره، وأن يبرهن أيضا على أنه غير قادر ماليا على شراء أو إيجار مسكن (المادة الخامسة).

وإذا تقرر الرد أو التعويض لمن له حق فيه، ونفذ القرار، فإن باب التقاضي يكون موصدا، ولا يجوز رفع دعوى من أي طرف (المادة السادسة).

ورغم هذا التطور النسبي في شأن المصالح المرعية للاهتمام بفئة الشاغلين للعقارات المملكة طبقا للقانون رقم 4 لسنة 1978م⁽¹⁰⁾، إلا أن المصلحة العامة لازالت غير ذات اعتبار، حيث نص القانون رقم 20 لسنة 2015م بتقرير بعض الأحكام بمعالجة الآثار المترتبة على إلغاء القانون رقم 4 لسنة 1978م على أن "تخصص مبالغ مالية من ميزانية الدولة سنويا للوفاء بما يستحق من تعويضات تنفيذا لهذا القانون" (المادة الثامنة)!

ذلك يقودنا للتساؤل عن وسائل وإجراءات جبر الضرر، وهو موضع الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية- وسائل وإجراءات جبر الضرر في تشريعات العدالة الانتقالية:

لم يلتزم المشرع في معالجته لجبر الضرر في تشريعات العدالة الانتقالية بسياسة واحدة، ولهذا كانت وسائل جبر الضرر متنوعة، فمنها ما لا يخضع إلى تقدير (أولا)، ومنها ما يتطلب ذلك (ثانيا).

أولا- وسائل مقدرة مسبقا:

الاطلاع على تشريعات العدالة الانتقالية يبين أن جبر الضرر قد يتم في صورة مبلغ نقدي مقدّر سلفا، وقد يأخذ صورة أخرى لم يترك تحديدها للمطبق.

1- التعويض النقدي المقرر:

لعل قانون تعويض سجناء أبي سليم هو المثال الواضح لهذه الوسيلة، فالقانون رقم 50 لسنة 2012م الذي صدر في 2012/06/11م منح السجنين السياسي -سواء كان مدنيا أو عسكريا- مبلغ 8000 دينار عن

¹⁰ - فالحصول على تعويض السجناء السياسيين يتمتع صاحبه بمساهمة لجنة خاصة من مهامها "حصر المفقودين في المذبحة، وتسهيل إجراءات إثبات وفاتهم .."، القرار رقم 59 لسنة 2013م، فمحاضر اللجنة تشكل دليلا كافيا لاستحقاق التعويض والمزايا الأخرى المقررة.

كل شهر قضاء في الاعتقال، ولم يترك للسلطة التنفيذية -مجلس الوزراء- سوى تحديد كيفية صرف هذا التعويض وضوابطه (المادة الثانية).

وهذا التقدير تم جزافيا، وللجميع، دون نظر للسن أو الجنس أو المركز الاجتماعي أو الوظيفي... إلخ، وهو ما قد يثير حفيظة من لم يحالفهم الحظ-!، وظلوا بعيدين عن المعارضة التي لم يتهاون معها النظام السابق، خاصة الموظفين منهم، والذين خضعوا لقانون ظالم، وهو القانون رقم 15 لسنة 1981م بشأن المرتبات!!

2- وسائل جبر الضرر المقررة غير النقدية:

هذه الوسائل متعددة، ويمكن إبرازها، وهي تلتقى في أنها مقررة مسبقا، وأنها غير نقدية، فقانون تعويض السجناء السياسيين أضاف وسيلة يمكن اعتبارها تعويضا معنويا، وهي إلغاء أحكام الإدانة وما ترتب عليها من آثار (المادة الثالثة)، مثل حظر تولي الوظائف أو الحرمان من السفر أو فقد الأهلية.

وقرار المؤتمر الوطني العام رقم 59 لسنة 2013م أضاف صورا أخرى، منها: تخصيص مكان المذبحة (سجن أبي سليم) لإقامة مسجد ومكتبة وحديقة باسم شهداء أبي سليم، وكذلك نصب تذكاري تنقش عليه أسماء الشهداء، واعتبار يوم المذبحة يوم حداد وطني (المادة الثانية)، فضلا عن اعتبارها من جرائم الإبادة الجماعية، وإلزام النائب العام بالتحقيق فيها (المادتان الثالثة والرابعة)! وذلك إضافة إلى التحقيق الذي تجريه لجنة خاصة يشكلها وزير الشهداء والمفقودين⁽¹¹⁾.

ولعل ما ميز هذا النوع من الوسائل، إضافة إلى كونها محددة مسبقا من المشرع، أن إجراءات تطبيقها لا تتطلب الجهد والوقت الذي تتطلبه الوسائل التي تخضع للتقدير⁽¹²⁾.

ثانيا- وسائل جبر الضرر الخاضعة للتقدير:

لا شك أن جبر الضرر الذي قبله النظام السابق في حالة القانون رقم 4 لسنة 1978م، وأنشأ لجانا لاستكمال التعويض -كما سماها- هي أول مثال تجدر الإشارة إليه، حيث نصت المادة الأولى من القرار

¹¹ - انظر موسوعة القوانين والقرارات المتعلقة بعمل مصلحة الأملاك العامة والتشريعات ذات العلاقة، 2008م، الجزء الأول، ص 269

¹² - انظر الكوني علي اعبوده: منازعات الملكية العقارية والعدالة الانتقالية في المقاربة الليبية، المشروع البحثي السابق، ص 66 وما يليها خاصة ص 68.

رقم 108 لسنة 2006م على أن: "يتم استكمال إجراءات تعويض أصحاب العقارات التي آلت ملكيتها للدولة تنفيذا لأحكام القانون رقم 4 لسنة 1978م...وفقا للأسس والضوابط الواردة بهذا القرار"، وبالنظر إلى تاريخية هذا القرار، وسبق دراسته من المشاركين في المشروع البحثي الليبي الهولندي، فلن أتوقف عنده.

والوسائل التي حددتها تشريعات العدالة الانتقالية في المرحلة التي لازالت تمر بها ليبيا منها ما يتعلق بالنقد، ومنها ما يتعلق بغير النقود.

1- التعويض النقدي:

قانون العدالة الانتقالية رقم 17 لسنة 2012م اعتبر أن من حق المضرور الحصول على تعويض مناسب، والذي يمكن أن يكون ماديا ومعنويا، وهذا التعويض يكون بصورة أو أكثر من الصور التي حددتها المادة 14 مباشرة، أو من خلال التفويض الذي منحه لمجلس الوزراء.

وأول هذه الصور هي ما أطلق عليه المشرع "التعويض المادي"، ورغم أن العبارة قد تفهم على أنها تعني أي تعويض غير معنوي، والذي قد يكون في شكل نقود أو تسليم مال آخر (التعويض العيني)، إلا أن هذا الفهم مردود، لأن العبارة وردت مسبوقة بكلمة "دفع"، والدفع مرتبط في عرفنا بالنقود، وعليه فإن قصد المشرع هنا هو أن يستوفي المضرور أو الضحية حقه في التعويض في صورة مبلغ نقدي، ومما يؤكد ذلك أن المشرع نص على إنشاء صندوق تعويض الضحايا، ومن مهامه دفع التعويضات المستحقة طبقا لهذا القانون (المادة الخامسة عشرة).

ورغم ذلك، فإن التفسير الغائي للنصوص، والجمع بينها يسمح بفهم آخر لعبارة التعويض المادي، بحيث تشمل ليس فقط النقود، وإنما أي وسيلة أخرى تجبر الضرر ماديا، مثل السندات والأسهم ورد المال إلى صاحبه!

وعلى أي حال القانون المذكور صار في ذمة التاريخ اعتبارا من نفاذ قانون العدالة الانتقالية الجديد، وهو القانون رقم 29 لسنة 2013م، والذي أعطى في مادته السابعة للهيئة صلاحية إصدار القرارات الخاصة

بالتعويض المناسب للضحايا بأشكاله المختلفة، وذكر منها "التعويض المادي"، وهي عبارة تتطلب تحديد معناها، لأن التعويض يمكن وفق أحكام القانون المدني أن يكون نقدياً أو عينيّاً⁽¹³⁾.

ولكن واضعو القانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية في الفصل الرابع المعنون "التعويضات" أزالوا اللبس ربما عندما نصت المادة الثالثة والعشرون على أنه: "...ويكون التعويض بصورة أو أكثر من الصور الآتية: 1- دفع التعويض المالي عن الضرر المادي، عما لحق المضرور من خسارة، دون ما فاتته من كسب، في حالة كان الخطأ الناشئ عنه الضرر وقع بدافع سياسي..."، غير أن وصف المالي لا يوضح تماماً مضمون التعويض، لأن المال لغة "كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة، أو عقار أو نقود، أو حيوان" (معجم المعاني).

وعليه يمكن أن يكون التعويض المالي في صورة نقود أو أي شيء آخر؛ غير أن المادة الخامسة والعشرين المتعلقة بصندوق تعويض الضحايا، والمعني بدفع التعويضات المستحقة، نصت في فقرتها الثانية على أن "يصدر بتنظيم الصندوق لائحة من مجلس الوزراء، على أن تتضمن قواعد تقدير التعويض وطرق دفعه..."، ومن المعلوم أن ما يقدر هو عادة المقابل النقدي للضرر مثلاً، أما الرد -التعويض العيني- فيحدد بذات المال أو مثله! والفقرة الثالثة تؤكد هذا الفهم بقولها: "يجوز أن يبدأ الصندوق في صرف تعويضات مستعجلة"، والصرف في العادة يعنى الدفع النقدي!

ما تقدم يبين كم تحتاج قوانيننا إلى حسن صناعة، حتى لا نترك المعاني في بطن الشاعر كما يقال!!

وعلى أي حال هكذا تعويض يحتاج إلى تقديم طلب من المضرور، وإذا كانت المادة 12 من القانون رقم 17 لسنة 2012م لم تحرم صاحب الشأن من ولوج باب المحكمة، بما يسمح بالقول أن المشرع ترك الخيار بين هيئة تقصي الحقائق والمصالحة ولجانها الفرعية وبين القضاء (المواد 9-12-13)، فإن القانون رقم 29 لسنة 2013م بحسب ظاهر النصوص اختار الطريق الإداري كأصل عام -أي اختصاص هيئة تقصي

¹³⁻ من المفيد أيضاً مقارنة مسار جبر الضرر في المملكة المغربية، حيث لم تقف هيئة الانصاف والمصالحة في جبر الضرر عند الأضرار الفردية - من خلال رد الاعتبار عن طريق الكشف عن الحقيقة والتعويض المالي والتأهيل النفسي والصحي وإعادة الإدماج الاجتماعي ومتابعة التعليم والتكوين المهني وتسوية الأوضاع القانونية بل وجبر الأضرار الجماعية من خلال الحوار المفتوح مع مختلف الفعاليات والجمعيات المعنية بحقوق الإنسان والوساطة من أجل استعادة المناطق المتضررة من برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لإنصافها ورد الاعتبار إليها، انظر مؤلف أحد أعضاء الهيئة الدكتور أحمد شوقي بنبوب: الأسس النظرية لمذهب جبر الضرر - التجربة المغربية للعدالة الانتقالية، مؤسسة فريدريش ايبرت، 2008، خاصة ص95.

الحقائق والمصالحة- أما المحاكم فيتم استدعاؤها من الهيئة المذكورة، فالمادة العشرون تنص على أن "تصدر قرارات استحقاق التعويض عن الإدارات أو اللجان الخاصة، وتحيل الهيئة قرار التعويض بعد اعتماده إلى لجان تشكل لتقدير التعويض وتحديد نوعه وآلية صرفه. كما يجوز للهيئة الإحالة للمحاكم المدنية أو الجنائية، أو الإحالة إلى لجان للتحكيم والمصالحة والعفو".

وهو ما تؤكد المادة الرابعة والعشرون، والتي تنص على أن: "يحدد التعويض بقرار من لجنة يعينها مجلس إدارة الهيئة، برئاسة قاض، تقوم بتقدير التعويض، مكونة من خمسة أعضاء، على أن يتم اعتماد القرار من الهيئة!" ويلاحظ هنا أن الصياغة ليست محكمة!

وقد سبقت الإشارة إلى القانون رقم 50 لسنة 2012م بشأن تعويض السجناء السياسيين، ولم يكتف المشرع بذلك، حيث أصدر المؤتمر الوطني العام القانون رقم 31 لسنة 2013م، والذي سنشير إليه في الفقرة التالية، والذي لم يقف عند السجناء في ذاته، بل اهتم بذويه في حالة موته، من خلال استحقاقهم لمرتباته وكافة المزايا المالية والعينية الأخرى، أسوة بأقرانه الأحياء، والاستمرار في صرف تلك المرتبات إلى حين بلوغ سن التقاعد (المادة الثانية).

وتضيف المادة العاشرة حكماً آخر، يتمثل في تقرير حق ذوي شهداء أبو سليم، فضلاً عن المزايا المقررة بالقانون رقم 31 لسنة 2013م في الحصول على التعويض طبقاً للقواعد العامة، أو تلك التي تنقرر مستقبلاً!! ولعل التعويض عن الضرر المعنوي هو المعني بالدرجة الأولى، والخزانة العامة هي الملزمة بما يتطلبه تنفيذ القانون على الصعيد المالي، سواء فيما يتعلق بما ذكر، أو ما سيأتي في الفقرة الموالية (المادة التاسعة).

2- وسائل التعويض عن الضرر المعنوي غير النقدي:

في شأن مواجهة الأضرار المعنوية التي قد تلحق بالضحايا والمضطربين ذهبت عدة تشريعات ذات علاقة بالعدالة الانتقالية إلى إعطاء الجهات المعنية بالتطبيق صلاحية اتخاذ صورة أو أكثر من صور التعويض لجبر الضرر، سواء بالإضافة إلى التعويض المالي أو بدونه، وقانون العدالة الانتقالية رقم 17 لسنة 2012م نص على صورتين، وهما الاعتراف للضحية بما ارتكب في حقها من انتهاكات، وتخيل الذكرى، وأعطى مجلس الوزراء صلاحية إضافة أي صورة أخرى يراها (المادة الرابعة عشرة)، أما

القانون رقم 29 لسنة 2013م فإنه أبقى على تخليد الذكرى، كما تراه الهيئة، وليس مجلس الوزراء، وأضاف نوعاً آخر يتمثل في "العلاج وإعادة التأهيل وتقديم خدمات اجتماعية" (المادة الثالثة والعشرون)، وهو نهج حسن، لأنه يسمح بدعم المصابين والمرضى نتيجة الانتهاكات، وإعادة ادماجهم في المجتمع، وعدم التخلي عنهم هو في حاجة إلى المساعدة؛ كما أنه أبقى على صلاحية تنويع صور التعويض عموماً لمجلس الوزراء، بناءً على اقتراح من الهيئة.

ويمكن القول أن القانون رقم 31 لسنة 2013م في شأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بمذبحة سجن أبو سليم، والذي ألغى قرار المؤتمر الوطني العام رقم 59 لسنة 2013م بشأن نفس الموضوع (المادة الثانية عشرة) أضاف إلى التعويض النقدي للسجناء ولذويهم في حالة وفاته -صوراً أخرى، منها ما له انعكاسات مالية، مثل اعتبار فترة الاعتقال بالنسبة للعاملين فترة عمل حكومي إلى حين بلوغهم سن الشيخوخة، ومنها ما هي ذات أثر معنوي: تشكيل لجنة خاصة، من بين أعضائها مندوب عن رابطة شهداء المذبحة، مهمتها التحقيق ورفع الدعوى؛ وتقصي الحقائق في الخصوص، وحصر الشهداء، وإعداد قاعدة بيانات بكيفية حددها؛ وتقديم أي مقترحات إلى السلطات في شأن معالجة آثار المذبحة، والعمل مع الجهات المختصة للتعجيل في تسوية أوضاع أهالي شهداء المذبحة.

ولتيسير مهمة اللجنة ألزم القانون المذكور الجهات الرسمية وغير الرسمية بتقديم كافة البيانات والوثائق والمستندات التي تطلبها اللجنة، وأعطاهم الصفة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لضبطها وحفظها (المواد 5-6-7).

ولضمان عدم التكرار نصت المادة الثامنة على "بقاء سجن أبو سليم ومحيطه شاهداً على جرائم النظام السابق، وأن يلحق به مسجد ومكتبة ومركز ثقافي وجامعة إسلامية وحديقة عامة وساحة تسمى بساحة الشهداء".

والتنظيم السابق لوسائل وإجراءات جبر الضرر في المرحلة الانتقالية جسد تعدداً في التشريعات، وتعدداً في المؤسسات المعنية بالتطبيق، ومنها ما لم ير النور بعد، كهيئة رد المظالم العقارية، لأن المشرع في القانون رقم 29 لسنة 2013م نص على إنشائها بقانون خاص (مادة 28)، وهو لم يصدر! والموجود منها لا يمكنه العمل، لعدم تشكيل مجلس الإدارة، ولعدم إصدار اللائحة التنفيذية، وهذا شأن هيئة تقصي الحقائق والمصالحة (المواد 10-33).

هذا إذا فسرنا المادة السابعة التي تنص على: "تنشأ هيئة ..." على أنها تعني إعادة تنظيم الهيئة المنشأة بالقانون رقم 17 لسنة 2012م! كما أن قانون مذبحه أبو سليم رقم 31 لسنة 2013م يستلزم تطبيقه لائحة، تصدر عن مجلس الوزراء، بناء على عرض من وزارة رعاية أسر الشهداء (المادة 11)، وبحسب علمي هي لم تصدر بعد، وذلك يعكس الطابع غير الجدي، وغياب الإرادة الحقيقية في شأن العدالة الانتقالية⁽¹⁴⁾، وهذا يمهد الطريق لتقويم هذا التنظيم في مختلف جوانبه، أو جبر الضرر كما يجب أن يكون.

المبحث الثاني

المقاربة الليبية في جبر الضرر في الميزان

الإعلان الدستوري أكد الحق في المساواة، وفي عدم التمييز (المادة السادسة)، وصون حقوق الإنسان وحياته (المادة السابعة)، وكفالة حق الملكية الخاصة (المادة الثامنة)، والحق في اللجوء إلى القضاء، والحق في محاكمة عادلة (المادة 31)، أمام قضاء مستقل، والحق في قاض طبيعي (المادتان 32-33)، وهو ما يحتم التساؤل عن مدى استجابة تشريعات العدالة الانتقالية للحق في سبل الانتصاف للضحايا والمضرورين الذي هو جوهر العدالة الانتقالية؟

بادئ الرأي الدولة بعد سقوط نظام القذافي استجابت وهكذا حق، كما رأينا في المبحث الأول، غير أن الإجابة العلمية تتطلب ليس فقط تقويم تلك التشريعات في ضوء المعايير الدولية (فقرة أولى)، وإنما أيضا من خلال مقارنتها بتجارب بعض الدول، وبواقعها على الأرض (فقرة ثانية).

¹⁴ - انظر الكونى على اعبوده: منازعات الملكية العقارية والعدالة الانتقالية في المقاربة الليبية، المشروع البحثي السابق، ص 66 وما يليها خاصة

الفقرة الأولى- المقاربة الليبية في جبر الضرر وتوصيات الجمعية العامة:

الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها العامة في 16-12-2005م⁽¹⁵⁾ اعتمدت المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان، والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، وهذه المبادئ، كما تدل على ذلك التسمية، لا تفرض التزامات دولية أو محلية جديدة "بل تحدد آليات وطرائق وإجراءات وأساليب تنفيذ الالتزامات القانونية القائمة" في إطار القانونين المذكورين.

وإذا كانت ليبيا قد صادقت على العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان، والإعلان الدستوري نص صراحة على التزام الدولة بالسعي إلى الانضمام للإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية التي تحمي حقوق الإنسان وحرياته، كما "تعمل على إصدار مواثيق جديدة تكرم الإنسان كخليفة الله في الأرض" (المادة السابعة)، فإنها ملزمة بأن تضمن لضحايا الانتهاكات -على الأقل- نفس مستوى الحماية الذي تقتضيه التزاماتها الدولية (المبادئ أولاً 2-د)؛ فهل حققت ليبيا ذلك فيما يتعلق بجبر الاضرار؟

إذا نظرنا إلى التشريعات المختلفة فيمكن القول أنها ربما جسدت مختلف أشكال جبر الضرر، كما حددتها المبادئ في المبدأ رقم 18: الرد والتعويض وإعادة التأهيل والترضية وضمن عدم التكرار؛ ولكن بتجاوز تلك النظرة العمومية، والتدقيق في المسألة خاصة من خلال القانون رقم 29 لسنة 2013م الذي يعد التشريع الرئيس في خصوص العدالة الانتقالية لعدم اقتضائه على فئة محددة فإن الإجابة تحتاج إلى تمييز، ولهذا يكون من المناسب البدء بأوجه التوافق (أولاً) قبل بيان أوجه التباين (ثانياً).

15- من ذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (مادة 2): التعهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد دون تمييز - وتوفير سبيل فعال للتظلم حتى إذا صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفة رسمية وكفالة أن تنظر هذا التظلم "سلطة قضائية أو إدارية أو تشريعية مختصة أو أية سلطة مختصة أخرى .."، وكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة... وقبله نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اكتسب مع الزمن قوة عرفية، وبالتالي قانونية - في مادته الثامنة "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها القانون"، ثم تواترت المواثيق الإقليمية على تأكيد ذلك، انظر الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان (المادتان 7 و2)، وبشكل أوسع أنظر تقرير المقرر الخاص للأمم المتحدة حول دعم الحقيقة والعدالة والتعويض وضمن عدم التكرار، وثائق الأمم المتحدة 15، A/69/518n.

أولاً- أوجه التوافق بين المبادئ والتشريعات الليبية ذات الصلة:

كما لاحظنا من المبحث الأول أن الدولة استجابت مبكراً لهذا الحق في الانتصاف، وهذا في ذاته، على الأقل على الصعيد النظري، يشكل خطوة على طريق الوفاء بالالتزام المقابل، ويمكن البرهنة على ذلك من خلال استعراض مضمون ما نصت عليه المبادئ من التاسعة عشرة إلى الثالثة والعشرين:

أ- الرد:

وفقاً للمبدأ التاسع عشر يفترض -متى أمكن ذلك- إعادة الضحية إلى وضعها الأصلي قبل وقوع الانتهاكات، ومضمونه حسب الاقتضاء استرداد الحرية، والتمتع بحقوق الإنسان، واسترداد الهوية والحياة الأسرية والمواطنة، والالتحاق بمكان الإقامة، واسترداد الوظيفة، وإعادة الممتلكات! وهذا التحديد يختلف عن المعنى المألوف الذي ينصرف إلى الصورة الأخيرة، أي رد الممتلكات.

فالقانون رقم 17 لسنة 2012م في تعريفه للعدالة الانتقالية أكد على أنها تهدف إلى معالجة ما حدث خلال حكم القذافي، وما قامت به الدولة من انتهاكات، والعمل على إصلاح ذات البين، ولكنه في تحديده لحق المضرور في التعويض أشار إلى ثلاث صور، هي التعويض المادي، والإقرار بما حدث، وتخليد الذكرى، ثم أحال على تحديد آخر يقوم به مجلس الوزراء، بما يسمح بالقول أن الرد يمكن أن يتناول ذلك المجلس!

والقانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية سار في نفس الاتجاه، حيث لم يذكر لفظ الرد مباشرة إلا فيما يتعلق بنصه على إنشاء هيئة خاصة لرد المظالم العرفية (المادة 28)، وإن كان قد أشار في المادة الأولى إلى أن الغاية من إجراءات العدالة الانتقالية -التشريعية والقضائية والإدارية- هي "إظهار الحقيقة، ومحاسبة الجناة، وإصلاح المؤسسات، وحفظ الذاكرة الوطنية، وجبر الضرر، والتعويض عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها".

ويمكن لمجلس الوزراء في تحديده لصور التعويض الأخرى أن يستلهم مفهوم الرد كما حددته المبادئ المذكورة! ولعل التشريعات الخاصة التي صدرت في شأن مذبة أبو سليم هي التي تجسد آلية الرد وفقاً للتحديد الأممي، فهي لم تقف عند التعويض النقدي، بل ألغت أحكام الإدانة الصادرة في حق السجناء، وألغت كافة ما ترتب عليها من آثار، وهو ما يسمح باسترداد الهوية والوظيفة؛ ولعل القانون رقم 31 لسنة 2013م

هو الأقرب إلى ما حددته المبادئ، فهو، وفقا لما سبق عرضه في المبحث الأول، أقر بالانتهاك، وكرس العديد من المزايا المالية وغير المالية للسجين السابق، أو الشهيد في حالة موته، ولصالح أسرته، واعتبر فترة السجن بمثابة فترة عمل، واسترداد الوظيفة.

وفي مجال القانون رقم 4 لسنة 1978م كرس المشرع مبدأ رد العقارات إلى أصحابها الأصليين ما أمكن، إلا إذا اختاروا التعويض النقدي، وفقا لما سبق عرضه في المبحث الأول، وبناء على ذلك، ورغم التوافق من حيث المبدأ، يحتاج القانون الليبي المنظم للعدالة الانتقالية إلى اختيار صياغة تسمح بتجسيد مفهوم الرد بشكل أفضل.

ب- التعويض:

المبدأ العشرون في تحديده لشكل التعويض الذي ينبغي دفعه أكد على أنه يشمل أي ضرر "يمكن تقييمه اقتصاديا، حسب الاقتضاء، وبما يتناسب مع جسامة الانتهاك وظروف كل حالة"، وعدد صوراً له، وهي:

أ- الضرر البدني أو العقلي.

ب- الفرص الضائعة، بما فيها فرص العمل والتعليم والمنافع الاجتماعية.

ج- الأضرار المادية وخسائر الإيرادات، بما فيها خسائر الإيرادات المحتملة.

د- الضرر المعنوي.

هـ- التكاليف المترتبة على المساعدة القانونية ومساعدة الخبراء والأدوية والخدمات الطبية والنفسية والاجتماعية".

وقانون العدالة الحالي رقم 29 لسنة 2013م، وإن أقر مبدأ التعويض، وحدد آلية دفعه -صندوق تعويض الضحايا- إلا أنه حصره في التعويض المالي عن الضرر المادي، عما لحق المضرور من خسارة، دون ما فاتته من كسب، وهو ما يكشف عن حجم الهوة مع المبادئ، والتي لا محل لسدها من خلال اللائحة التنفيذية هنا، لوجود القيد التشريعي؛ واكتفى من صور المساعدة بـ"العلاج وإعادة التأهيل وتقديم خدمات اجتماعية" (المادة الثالثة والعشرون).

ج- إعادة التأهيل:

من صور جبر الضرر التي حددتها المبادئ إعادة تأهيل الضحايا، والذي ينبغي أن يشمل "الرعاية الطبية والنفسية، فضلا عن الخدمات القانونية والاجتماعية". ولعل هذه الصورة هي التي كرسها المشرع، سواء في التشريع الرئيس الذي ينظم العدالة الانتقالية، أو في بعض التشريعات الخاصة، فالمادة السابعة أعطت الهيئة صلاحية "إصدار القرارات الخاصة بالتعويض المناسب للضحايا بأشكاله المختلفة... أو العلاج أو إعادة التأهيل وتقديم الخدمات الاجتماعية"، وأكدت المادة الرابعة عشرة في فقرتها الثالثة ذلك.

و(أو) هنا لا تعنى حصر التدبير في واحد من الاشكال التي ذكرها النص، ذلك لأن صدر المادة الرابعة عشرة صريح عندما قال: "...ويكون التعويض بصورة أو أكثر من الصور الآتية: "...، بما فيها ما قد يضيفه مجلس الوزراء، بناء على التفويض التشريعي الممنوح.

د- الترضية:

هذا اللفظ يشمل وفقاً للبند الثاني والعشرين من مبادئ الأمم المتحدة، -كلما أمكن- أيًا من الأمور التالية أو كلها:

أ- اتخاذ تدابير فعالة لوقف الانتهاكات المستمرة.

ب- التحقق من الوقائع والكشف الكامل عن الحقيقة، شريطة ألا يسبب ذلك مزيد الأذى أو التهديد لسلامة الضحية أو أقاربه أو لمن تدخل لمساعدته، أو لمنع وقوع المزيد من الانتهاكات.

ج- البحث عن مكان المفقودين وهوية الأطفال وجثث المقتولين.

د- إصدار إعلان رسمي أو قضائي يعيد الكرامة والسمعة وحقوق الضحية ومن تربطه به صلة.

هـ- تقديم اعتذار علني، بما في ذلك الاعتراف بالوقائع وقبول المسؤولية.

و- فرض عقوبات قضائية أو إدارية على المسؤولين عن تلك الانتهاكات.

ز- إحياء ذكرى الضحايا وتكريمهم.

ح- تضمين برامج التدريب والتعليم على كافة المستويات وصفا دقيقا لما وقع من انتهاكات.

وبالنظر إلى أن المطلوب هنا هو الحدود الدنيا فإن ما قررته تشريعات العدالة الانتقالية يشير إلى التوافق مع المبادئ، ذلك لأن:

- مذبحه أبو سليم لاقت اهتماما كبيرا منذ عام 2012م، حيث أصدر المجلس الانتقالي القانون رقم 50 لسنة 2012م في شأن تعويض السجناء، ثم أصدر المؤتمر الوطني العام القرار رقم 59 لسنة 2013م بشأن واقعة مذبحه أبو سليم، ثم القانون رقم 31 لسنة 2013م بتقرير بعض الأحكام الخاصة بها، والقانون رقم 11 لسنة 2015م في نفس الموضوع، وكلها تؤكد اعتراف الدولة بما حدث، ورغبتها في كشف الحقيقة، والاعتذار، وجبر ضرر الضحايا وأسره.

- محاكمة رموز النظام السابق.

- إلغاء بعض القوانين الماسة بحق الملكية، مثل القانون رقم 4 لسنة 1978م، والإقرار بالحق في الرد أو التعويض، وفقا لما سبقت الإشارة إليه في المبحث الأول.

- إنشاء هيئة لتقصي الحقائق والمصالحة منذ 2012م، ولجان خاصة بالتحقيق، مثل لجنة مذبحه أبو سليم، مع حفظ حق النيابة العامة في التحقيق، يهدف إلى كشف الحقيقة من أجل ليس فقط متابعة المتورطين إن عرفوا، وإنما من أجل الترضية ثم المصالحة (انظر المادتين الأولى والثانية من القانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية).

غير أن تشريعات العدالة الانتقالية تكشف عن حقيقة أخرى، وهي أنها لا تتوافق مع المبادئ الأممية في كل متطلباتها.

ثانيا- أوجه عدم التوافق:

ولعل أبرز الشواهد على وجود هوة بين تشريعات العدالة الانتقالية والمبادئ الأساسية والتوجيهية:

أ- التمييز بين الضحايا:

فقراءة سريعة لبعض نصوص القانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية تؤكد ذلك:

- فالمادة الأولى تجسد عدالة المنتصر الذي يفرض قانونه ولصالحه؛ ففقرتها الأولى تخضع جميع الانتهاكات التي حدثت في ظل النظام السابق للتحقيق والمساءلة، وليس الأمر كذلك بالنسبة لما تحقق منها في ظل أحداث فبراير قبل وبعد سقوط النظام "ويشمل مفهوم العدالة الانتقالية في هذا القانون بعض (!) آثار ثورة السابع عشر من فبراير، وهي تحديداً: "وصياغة المادة الثانية غير العقلانية تؤكد ذلك (...). وتعد التشريعات التي أصدرها النظام السابق تعبيراً عن رغباته، ودون أساس شرعي أو دستوري، من التشريعات الظالمة، وتعتبر لاغية، وغير دستورية منذ صياغتها.."، وهو ما يشكل تناقضاً صارخاً مع أحكام سابقة للدائرة الدستورية!

- إغفال فئات بكاملها، مثل شاغلي العقارات طبقاً للقانون رقم 4 لسنة 1978م، فضلاً عن إغفال الأضرار الجماعية (التهميش المناطقي أو الفئوي، كما هو شأن الموظفين والقانون رقم 15 لسنة 1981م بشأن المرتبات، والذي لم يعدل طيلة عقود، رغم تغير تكاليف الحياة)!

- البند الثامن من المبدأ الخامس يسوى بين الضحية الفرد والجماعة، والمبدأ الحادي عشر يوجب تفسير وتطبيق تلك المبادئ دون تمييز من أي نوع ولأي سبب، وهو ما لا يمكن تحقيقه في ظل السياسة التشريعية المشار إليها.

ب- إغفال بعض أشكال جبر الضرر:

المبدأ العشرون المتعلق بالتعويض نص على أن التعويض يجب أن يشمل كل ضرر يمكن تقييمه اقتصادياً، حسب الاقتضاء، وعدد صوراً من بينها ما أغفله القانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية، وهي:

- الضرر البدني والعقلي.

- الضرر المعنوي.

- الفرص الضائعة.

- التكاليف المترتبة على المساعدة القانونية أو مساعدة الخبراء وكذلك المساعدة النفسية.

فالمادة الثالثة والعشرون من هذا القانون تعوض عن الضرر المادي وعما لحق المضرور من خسارة دون ما فاتته من كسب! وقد تفادى المشرع ذلك فيما يتعلق بالعقارات التي كانت خاضعة للقانون رقم 4 لسنة 1978م، حيث يعوض المالك وفق قيمة العقار في السوق وقت نفاذ القانون، وقدر ما ضاع عليه مقابل حرمانه منه (المادة الثالثة)!

كما أن مسألة رد الجنسية لمن فقدوا من المعارضين السياسيين لاكتسابه جنسية دولة أخرى لم تثل حظها من الاهتمام، رغم معالجة أوضاع من تحصلوا على الجنسية الليبية اعتباراً من 15-2-2011م (المادة التاسعة والعشرون من القانون رقم 29 لسنة 2013م).

ج- تجاهل المصلحة العامة:

من يقرأ تشريعات العدالة الانتقالية ذات الصلة بجبر الضرر لابد أن يلاحظ أن الدولة هي المصدر الوحيد للتعويض، فموارد الدولة، ومواردها وحدها، هي التي تتكفل بما يتقرر من تعويضات! ومما يزيد من فداحة الحمل تلك النظرة غير الصائبة، والقائمة على أن ليبيا دولة غنية، وبالتالي لا مشكلة في اغتنام الفرصة، والإثراء على حساب الخزينة العامة، طالما أن الكل يذهب!! والمبادئ التوجيهية لم تترك الأمور لمجرد الأهواء، وإنما ربطت جبر الضرر بجسامة الانتهاك وظروف كل حالة، مع أخذ الظروف الفردية بعين الاعتبار حسب الاقتضاء (المبدأ الثامن عشر)، وليس من خلال تقدير جزافي يتم مسبقاً، كما هو الشأن في تعويض السجناء السياسيين (القانون رقم 50 لسنة 2012م)، والرد يرتبط بظرف متى أمكن ذلك، وهذا يمكن أن يفهم بشكل مختلف عما فهمه واضعوا القانون رقم 20 لسنة 2015م بتقرير بعض الأحكام بمعالجة الآثار المترتبة على إلغاء القانون رقم 4 لسنة 1978م، فمصلحة الشاغل طبقاً للقانون رقم 4 قد

تسمو على مصلحة المالك الأصلي، كما فهمت ذلك محكمة حقوق الانسان الأوروبية وفقا لما سيأتي في الفقرة الثانية أدناه.

وربما يمكن الإشارة هنا إلى أن المشرع قد انتبه إلى المصلحة العامة في الحكم الذي أورده في المادة الثلاثين، والمتعلق بتشجيع من أثرى على حساب الخزينة العامة بطريقة غير مشروعة، حيث يترتب على الرد انقضاء الدعوى الجنائية! فهل يختلف الوضع إذا قارنا التنظيم الحالي لجبر الضرر بتجارب أخرى؟

الفقرة الثانية- المقاربة الليبية في جبر الضرر وتجارب أخرى:

سنكتفي بتطبيقين ثانيهما يتعلق باجتهد محكمة حقوق الانسان الأوروبية، أما الأول فيتعلق بالمقاربة التونسية:

أولا- المقاربة التونسية في جبر الضرر:

في القانون الأساسي عدد 53 لسنة 2013م، الصادر في 24-12-2013م، والمتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها، كرس المشرع آليات هذه العدالة ووسائلها المعتمدة لفهم ومعالجة ماضي انتهاكات حقوق الإنسان، وهي:

- كشف حقيقة ما وقع.
- محاسبة المسؤولين عن تلك الانتهاكات.
- جبر ضرر الضحايا ورد الاعتبار لهم.
- عدم تكرار الانتهاكات.

كل ذلك بما يحقق المصالحة الوطنية، وحفظ الذاكرة الجماعية وتوثيقها، والانتقال من حالة الاستبداد إلى نظام ديمقراطي يساهم في تكريس منظومة حقوق الانسان (الفصل الأول).

فجبر الضرر هو من بين الآليات المعتمدة، وهو لا يواجه الضرر الفردي وحده، لأن من مهام الهيئة - هيئة الحقيقة والكرامة- "وضع برنامج شامل لجبر الضرر الفردي والجماعي (الفصل العاشر)؛ ولكنها ليست طالبة اليدين، لأن المشرع وضع لها الإطار، والمتمثل في:

1- الاقرار بما تعرض له الضحايا من انتهاكات، واتخاذ القرارات والإجراءات المتعلقة بجبر الاضرار الناتجة عنها، مع مراعاة كل ما تم اتخاذه من قرارات وإجراءات إدارية أو قضائية سابقة لفائدة الضحايا.

2- ضبط المعايير اللازمة لتعويض الضحايا.

3- تحديد طرق صرف التعويضات، على أن تراعى في ذلك التقديرات المخصصة للتعويض.

4- اتخاذ إجراءات إحاطة وتعويض وقتية وعاجلة للضحايا (الفصل التاسع والثلاثون).

ولم يترك المشرع تحديد مفهوم الضحية لاجتهاد الهيئة، حيث تكفل الفصل العاشر بذلك: "الضحية هي كل من لحقه ضرر جراء تعرضه لانتهاك على معنى هذا القانون، سواء كان فردا أو جماعة أو شخصا معنويا". وأضاف "وتعد ضحية أفراد الأسرة الذين لحقهم ضرر لقرابتهم بالضحية على معنى قواعد القانون العام، وكل شخص حصل له ضرر أثناء تدخله لمساعدة الضحية، أو لمنع تعرضه للانتهاك"، ويلاحظ هنا تأثير المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية، وختم المشرع الفصل بقوله "ويشمل هذا التعريف كل منطقة تعرضت للتهميش أو الإقصاء المنهج".

وتأثير تلك المبادئ في تأكيد الحق في جبر الضرر للضحية ومسؤولية الدولة عن توفير أشكال الجبر الكافي والفعال، بما يتناسب مع جسامة الانتهاك، ووضعية كل ضحية؛ ولكن لم يفت المشرع أن يقيد ذلك: "على أن يؤخذ بعين الاعتبار الامكانيات المتوفرة لدى الدولة عند التنفيذ".

ثم حدد الفصل الحادي عشر نطاق الحق في الجبر، فهو يقوم على التعويض المادي والمعنوي، ورد الاعتبار، والاعتذار، واسترداد الحقوق، وإعادة التأهيل والإدماج، وجبر الضرر يمكن أن يكون فرديا أو جماعيا، ويأخذ بعين الاعتبار وضعية كبار السن والنساء والأطفال والمعوقين وذوى الاحتياجات الخاصة والمرضى والفئات الهشة.

ويتجلى هذا الاهتمام أساسا وفقا للفصل الثاني عشر في توفير الدولة للعناية الفورية والتعويض دون انتظار صدور القرارات أو الأحكام المتعلقة بجبر الضرر، واستلهم القانون التونسي المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية فيما يتعلق بمصاريف التقاضي، حيث ألزم الدولة بهذه المصاريف في كل قضايا حقوق الإنسان لفائدة الضحايا وفقا لقانون العدالة الانتقالية "وذلك في نطاق القوانين المتعلقة بالإعانة العدلية والإعانة القضائية أمام المحكمة الادارية" (الفصل الثالث عشر).

والدولة قد تكون ضحية، وذلك فيما يتعلق بحالات الفساد المالي، إذا تعلق الأمر بأموال عمومية أو أموال مؤسسات تساهم الدولة في رأسمالها، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ولهذا تلزم موافقتها في شأن تعهد لجنة التحكيم والمصالحة (الفصل السادس والأربعون). ونص القانون على إنشاء صندوق يسمى "صندوق الكرامة ورد الاعتبار" (الفصل الحادي والأربعون).

وهكذا يظهر أن المشرع التونسي استفاد من المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فيما يتعلق بآليات جبر الضرر، ولم يحصر اهتمامه في الضرر الفردي، وإنما شملت عنايته أيضا الأضرار الجماعية في ظل قانون واحد، وهيئة واحدة، منحها تسمية تعكس جوهر مهمتها: هيئة الحقيقة والكرامة.

وهو ما يظهر تباين هذه المقاربة مع المقاربة الليبية التي ركزت أساسا على الضرر الفردي، ومن خلال تعدد في التشريعات، وغياب الرؤية، وتجاهل مقتضيات المساواة التي اعتبرها الإعلان الدستوري من ركائز دولة "ليبيا الجديدة"، وهو ما سيتأكد أيضا من استعراض اجتهاد محكمة حقوق الإنسان الأوروبية.

ثانيا- محكمة حقوق الإنسان الأوروبية وحقوق ملكية القبارصة اليونانيين:

الاجتياح التركي لجزيرة قبرص عام 1974م قاد إلى تقسيم الجزيرة إلى دولتين، واحدة في الجنوب، وهي جمهورية قبرص المعترف بها دوليا، والثانية في الشمال، والتي لم تعترف بها سوى تركيا، ويقطنها القبارصة الأتراك المقيمين أصلا أو الوافدين من الشمال أو من تركيا. ولا يخفى على كل ذي بصيرة أن

هكذا وضع ولد نزاعات حول ملكية عقارات، كانت لقبارصة يونانيين، وصلت إلى محكمة حقوق الانسان الأوربية⁽¹⁶⁾.

ونكتفي هنا بالإشارة إلى حكمها الشهير Demopols⁽¹⁷⁾، فهذا الحكم يعد سابقة مهمة في قضاء المحكمة المذكورة، لأنه لم ينظر إلى المسألة على أنها نزاع بين مدعى عليه، ينسب إليه خرق حق الملكية، ومالك أصلي للعقار موضوع الخرق، وإنما لابد من مراعاة حقوق شاغل العقار الحالي⁽¹⁸⁾.

ويبدو أن هذا التحول في فقه قضاء هذه المحكمة جاء تحت تأثير خطة عنان التي سعت للتوفيق بين حقوق الملكية للقبارصة اليونانيين والحقوق الشخصية للأشخاص الذين يعيشون في مساكنهم أو يستغلون أراضيهم، ومن هؤلاء نازحون قبارصة أترك من جنوب الجزيرة، فقدوا هم أيضا مساكنهم، ولكن أكثرهم مستوطنون أترك (رقم 8-10-11-12 من الحكم).

¹⁶ - هذه المحكمة وضعت مجموعة من القواعد:

- 1- إنشاء لجنة الملكية الدائمة (Immovable property commission property) وهي الجهة التي يجب على المتضررين استعائها أولا.
- 2- أن المبالغ التي قررتتها اللجنة على سبيل التعويض تعد مناسبة، بمعنى أنها تمثل جبرا حقيقيا للخروقات المتعلقة بالملكية.
- 3- طرق العلاج التي طبقتها اللجنة تعد واسعة بما فيه الكفاية لمعالجة الشكاوى المقدمة المتعلقة باحترام حق الخصوصية، وفقا للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وفي نفس الوقت لحق الملكية طبقا للمادة الأولى من تلك الاتفاقية، ذلك أن مرور الوقت جعل العلاقة بين المدعين وملكياتهم قد تآكلت eroded وأن الشاغلين الحاليين لتلك العقارات ربما يكونون قد اكتسبوا في الواقع مطالب أعظم من الملاك لطلب الحماية وفق المادة 8.
- 4- إذا كان الرد restitution يبقى من المكونات اللازمة لسبل جبر الضرر للعديد من خروقات الملكية، فإن الحكومات تتمتع بسلطة تقديرية لتحديد الأحوال التي يكون الرد فيها مستحيلا، وأن تقدم آليات بديلة مثل التعويض المالي أو مناقلات الملكية echanges of properties وهو ما يعني أن المحكمة لم تنن وجهه نظر القبارصة اليونانيين القائمة على أن الحلول البديلة للرد تقتصر على ظروف الاستحالة المادية matriel impossibility . انظر : Rhodri C .Williams and Ayla Gurel, The European Court of human rights and the Cyprus property issue , charting a way forward Prio. Org: 10 الساعة 5-1 الاربعاء

pperties echanges of pro

¹⁷ - .fr doctrine .fr 1-3-2010,46113/99etautres c./TURQUie, CEDH, Demopoulos et autres الخميس 2-5-2019م الساعة العاشرة.

¹⁸ - 17 p Rhodri C.Willams and AYL A Gurel, op precite

ومهما يكن الأمر، فإن هذا الحكم أسس ما انتهى إليه من لزوم مراعاة ليس فقط حق المالك الأصلي بل أيضاً حق الشاغل الحالي للمسكن على المادتين الأولى والثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، فالمادة الأولى من البروتوكول الإضافي تنص على أنه "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في احترام ممتلكاته..."، أما المادة الثامنة فتتضمن على أنه "1- لكل شخص حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته..."؛ فالمادة الأولى تحمي المال محل الملكية، أي كان وجه استعماله، في حين أن المادة الثامنة تحمي حق الفرد في الخصوصية، بصرف النظر عن كونه مالكا للمسكن أو لا⁽¹⁹⁾.

وقد خلصت المحكمة إلى أنه إذا كانت طبيعة الخرق تسمح بالرد فإن على الدولة المدعى عليها أن تقوم بذلك، أما إذا كان ذلك غير ممكن فإن المحكمة تلزم الدولة المتعاقدة بأن تدفع، دون تمييز، عوضاً عن ذلك تعويضاً بقيمة المال، ومبادلة الأراضي يمكن أن تمثل شكلاً مقبولاً للتعويض (رقم 114 و115 من الحكم).

ثم تطرقت المحكمة لتأثير مرور الوقت على الرد، حيث إن المدة بين تحقق الخرق لحق الملكية والمطالبة بالرد في قضية الحال كانت ما يقارب الخمس وثلاثين سنة، لترى أنها تجازف بأن تدفع إلى التحكم، وأن تفقد ملكة التمييز إذا حاولت أن تفرض على الدولة المدعى عليها الالتزام بالقيام بالرد في جميع الأحوال، أو على الأقل في كل الحالات، عدا حالة الاستحالة المادية، كما يطالب المدعون والحكومة المتدخل، وبالتالي تقرر المحكمة أنه لا يمكنها أن تفرض على دولة الالتزام غير المشروط بطرد وإعادة تسكين عدد كبير مفترض من الرجال والنساء والأطفال، ولو كان ذلك من أجل الدفاع عن حقوق ضحايا خروقات الاتفاقية (البند 114-115-116 من الحكم).

وهكذا فعلت المحكمة الحق في حماية حق الملكية وفقاً للمادة الأولى من الاتفاقية، والحق في الخصوصية وفقاً للمادة الثامنة: فإذا اجتمع الحقان في شخص واحد (تعلق النزاع بعقار يتخذه المالك الأصلي سكناً له)،

¹⁹ - انظر سليمان إبراهيم وجان ميخائيل أوتو: علاج منازعات الملكية العقارية في ليبيا ما بعد القذافي، دراسة في سياق العدالة الانتقالية، مجموعة أعمال مشروع بحثي ليبي هولندي، مركز دراسات القانون والمجتمع - جامعة بنغازي ومؤسسة فان فولنهوفين للقانون والحكومة والمجتمع، جامعة

ففي هذه الحالة يكون هو الأولى بالرعاية، أما إذا تعلق الأمر بمجرد ملكية فقط فإن الشاغل الحالي للعقار -والذي يستغله للسكن أو الزراعة- هو الأجدر بالبقاء فيه، ويتحول حق المالك الأصلي إلى تعويض⁽²⁰⁾.

وبالتمتع في هذه الخلاصة، ومحاولة الاستفادة منها في علاج نزاعات الملكية العقارية، يمكن القول أن آلية الرد لا يجب أن تكون هي الوسيلة الوحيدة لمواجهة تلك المشكلة، ولو في نطاق تركة القانون رقم 4 لسنة 1978م⁽²¹⁾، كما أن الرد لا يجب إعماله بشكل ميكانيكي فيما يتعلق بالعقارات المستغلة في أنشطة حرفية أو تجارية أو مهنية، لا سيما إذا كان الملاك الأصليون أشخاصا اعتبارية، وكان الشاغلون لها ممن يمارسون حرفة أو تجارة أو مهنة، وكانت حيازتهم لتلك العقارات شرعية.

الخاتمة

جبر ضرر الضحايا يعد من مقومات العدالة الانتقالية الرئيسية، وكما لاحظنا فإن تشريعات العدالة الانتقالية في ليبيا كرست هذه الآلية، سواء فيما يتعلق بضحايا انتهاكات حقوق الإنسان الجسدية، مثل الاعتقال التعسفي أو التعذيب أو الاغتصاب، أو بالنسبة لمن تم المساس بملكياتهم العقارية أو المنقولة بفعل التأميم أو الزحف أو الاستيلاء دون تعويض عادل، وهو ما قاد النظام السابق إلى تشكيل لجان استكمال التعويضات عام 2006م في ظل سياسة تلميع صورته الخارجية على الأرجح، ثم تأكد ذلك بعد انتفاضة فبراير، كما تمت دراسة ذلك؛ غير أن دراسة ذلك تكشف عن نقائص، يمكن تركيزها في عدم وجود رؤية واضحة ومحددة وإرادة سياسية حقيقية تهدف إلى تصفية تركة مظالم الماضي وانتهاكات ما بعد 17 فبراير، من أجل تحقيق مصالح وطنية، تحقق السلام والأمن، وتسهم في بناء دولة الحق والقانون المنشودة!

²⁰- وكما قرر Williams and Gürel أن قضاء المحكمة يظهر أن مرور الوقت ليس في جانب القبارصة اليونانيين؛ فالمحكمة منذ 2004م صارت تعتد بالحق في السكن وفقا للمادة 8 من أجل حماية الشاغلين الحاليين أكثر من الملاك السابقين (مرجع سبقت الإشارة إليه ص 19) ولعل أهم الدروس التي تستخلص من قرار Demopoulos كما يقول المؤلفان أن هناك حاجة في شأن النزاع القبرصي إلى البحث عن حل تفاوضي، فرغم مرور عدة عقود من المفاوضات والنزاع، فإن مسألة الملكية لن تحل إذا كان ينظر إليها على أنها معركة يكسبها طرف على حساب الطرف الآخر، وإنما هي مشكلة معقدة يمكن أن تحل بالتصالح! (ص 25).

²¹- انظر سليمان إبراهيم وجان ميخائيل أوتو: مرجع سبقت الإشارة إليه، ص 45 (نخلص من هذا إلى عدم وجهة اعتماد الرد سبيلا وحيدا لمعالجة ما لحق المالك الأصلي من جراء القانون 4 لسنة 1978م. نعم يصلح الرد علاجا لحالة العقارات من غير المساكن، ولكن في شأن هذه الأخيرة ينبغي تقدير مدى ملائمة الرد أو التعويض في كل حالة على حدة، والجنوح للتعويض في حال ثبوت تمتع الشاغل بحق السكنى).

ولهذا يكون من المنطقي تسجيل بعض التوصيات من أجل عقلنة مسار العدالة الانتقالية في ليبيا، وهو ما يتطلب:

- 1- توحيد منظومة العدالة الانتقالية، وتوحيد مؤسساتها، بما يحول دون تعدد هذه المؤسسات، وبالتالي الكيل بعدة مكابيل، خلافا لما تقتضيه العدالة، والعدالة الانتقالية ضرب منها!
 - 2- الاسترشاد بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية والتجارب القريبة، فلا محل لاختراع العجلة من جديد!
 - 3- اعتماد سياسة لجبر الضرر وفقا لمعايير محددة، وبالنسبة للجميع، بحسبان أن المساواة وعدم التمييز هي من المبادئ الأساسية في دولة القانون.
 - 4- تنويع وسائل الجبر وآليات الصرف، وعدم الاقتصار على موارد الدولة، لأن التركة قد تكون ثقيلة.
 - 5- الحاجة إلى مراعاة ما تم في وقت سابق من قرارات وإجراءات وأحكام ومصالحات في الخصوص، للحيلولة دون الإثراء على حساب المصلحة العامة.
 - 6- عدم خلق مظالم جديدة، وهو ما يتطلب استراتيجية مدروسة، تأخذ بعين الاعتبار مصالح جميع الأطراف، وليس فقط الضحية الأصلي، أي من وقع عليه الانتهاك الجسيم في جسمه أو حياته أو حريته أو ماله وذويه، وإنما أصحاب الحقوق المكتسبة جراء المساس بحق الملكية، كما هو شأن المستفيدين من قوانين التأميم أو الزحف أو القانون رقم 4 لسنة 1978م، بل والمصلحة العامة أيضا، لأن الدولة معنية بكفالة حقوق الأجيال القادمة أيضا.
- ولهذا فإن من المفيد ربط موضوع جبر الضرر بمسألة إعادة الإعمار التي فرضتها ظروف ما بعد 17 فبراير، والحرب الأهلية التي عرفتها ليبيا، خاصة بعد سنة 2014م، لأن مساهمة المجتمع الدولي ضرورية، بسبب قلة موارد الدولة، وعدم تناسبها مع تركة نظام القذافي وما تبعه من أحداث لازالت حبلى بالمزيد!! .

عقد الهبة وإشكالات تضمينه في وثائق التأمين التكافلي

وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية

د. عادل سالم محمد الصغير⁽¹⁾

مقدمة:

يعد الفقيه الحنفي الشهير بابن عابدين أول من تكلم من الفقهاء على التأمين، نتيجة الاتصال التجاري بين العالم الإسلامي والدول الأوروبية في زمنه، حيث تحدث عن حكم (السوكرة)، وهي كلمة غير عربية، يقصد بها التأمين البحري على البضائع المستوردة بواسطة السفن، وفي ذلك قال ابن عابدين: "وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا، وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضاً مالاً معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال (سوكرة) على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له، بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا، يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان، يقبض من السلطان مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً، والذي يظهر لي أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن هذا التزام ما لا يلزم"⁽²⁾.

وابن عابدين هو أول من أفتى من الفقهاء في التأمين، فقال بعدم جوازه، لعدم ورود دليل شرعي في إلزام صاحب السوكرة -وهو المؤمن- بدفع التعويض⁽³⁾، وبعدها جرت مناقشات مستفيضة بين الفقهاء المعاصرين في مؤتمرات عديدة حول حكم التأمين، فتفاوتت

¹ - عضو هيئة التدريس بجامعة عمر المختار.

² - رد المختار على الدر المختار: ابن عابدين، 209/6، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، وعقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: محمد بلتاجي حسن، ص19، ط1، 2008م، دار السلام، القاهرة، ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة للتأمين فكرياً وتطبيقاً": محمد زكي السيد، ص71، ط1، 1406هـ 1986م، دار المنار.

⁽³⁾ ينظر عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: ص19، ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي: ص72-73.

الأقوال بين الإباحة والتحريم، واشتد الاختلاف بين هؤلاء الفقهاء، وعقدت المناظرات ودارت المعارضات والردود بينهم في هذا الأمر لأكثر من ستين عاماً⁽⁴⁾.

ولا حاجة بنا هنا إلى عرض أقوال المجيزين والمانعين وأدلتهم في حكم التأمين؛ لأنهم يكادون يتفقون على إباحة التأمين بوصفه نظاماً عاماً، وذلك على أساس عموم الدليل في التعاون على البر والتقوى في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽⁵⁾.

ومن خلال خبرتي الأكاديمية -بوصفي أستاذاً مشاركاً في فقه المعاملات المالية المعاصرة- وخبرتي العملية في مجال التأمين التكافلي، وموقعي بوصفي رئيساً وعضواً في هيئة الرقابة الشرعية لشركة المتحدة للتأمين بطرابلس، أرى أن جوهر الخلاف -والله أعلم- يكمن في العقد الذي ينظم العلاقة بين الأطراف الداخلة فيه، ولذلك نجد أن الاعتراضات التي وجهت ضد التأمين انصبّت على العقد الحاكم لهذا النوع من المعاملات، وليس على التأمين بوصفه نظاماً.

فعقد التأمين التجاري من عقود المعارضات، يقدم المؤمن بموجبه الضمان لتغطية المخاطر المعنية في مقابل أقساط التأمين التي قدمها المستأمنون، ولذلك منع المانعون هذا التأمين التقليدي التجاري، لأجل الربا والغرر الفاحش والجهالة التي تغلب على عقود التأمين التقليدي، أما الربا؛ فمن جهة أن المستأمن قد يبذل قسطاً ضئيلاً، ويأخذ عند وقوع الخطر تعويضاً كبيراً بلا مقابل، فليس ثمة تعادل ومساواة بين أقساط التأمين وعرضه، وأما الغرر الفاحش والجهالة الفاحشة؛ فمن جهة لا يعلم أي من طرفي العقد عند إنشائه -وهما الشركة

(4) ينظر المعاملات المالية المعاصرة: د. وهبة الزحيلي، ص363، ط1، 2002م، دار الفكر، دمشق.

(5) سورة المائدة: الآية (3).

المؤمنة والمشارك- ما سيأخذ وما سيعطي، وهو من العقود الاحتمالية المترددة بين وجود المعقود عليه وعدمه، لأنه يتعلق بوقوع الخطر، وهو محتمل⁽⁶⁾.

ولما كان الاجتهاد الجماعي المعاصر في إطاره الجماعي قد وصل إلى قول قاطع في تحريم التأمين التجاري⁽⁷⁾، فكان لابد من وجود البديل الإسلامي له، والمتمثل في التأمين التعاوني أو التكافلي، الذي تجتمع فيه مصالح التأمين التجاري، دون الوقوع في المحظورات الشرعية.

وحيث إن هذا البحث يُعنى بدراسة بعض الجوانب الفنية التطبيقية في التأمين التكافلي من الناحية الشرعية، ألا وهي إشكالات تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي، وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية، فلا حاجة بنا بدراسة أحكام التأمين التكافلي، وأقوال الفقهاء المعاصرين في مشروعيتها بشكل مفصل؛ لأن المقام لا يتسع لذلك، ومن أراد الاطلاع عليها يمكنه الرجوع إليها في مظانها، وحسبي أن أقتصر من ذلك على التكييف أو التخريج الفقهي لعقد التأمين التكافلي، لأخلص إلى نتيجة مفادها أن من بين العقود التي يتركب منها هذا العقد، هو عقد الهبة المعروف في الفقه الإسلامي، الذي أعترف في هذا البحث دراسة إشكالات تضمينه في عقد التأمين التكافلي، وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية.

ولكن قبل الغوص في تلك الإشكالات وكيفية معالجتها، فإن من المناسب التأسيس للموضوع ببيان معنى الهبة وأحكامها في الفقه الإسلامي، كل ذلك جاءت دراسته على النحو الآتي:

المبحث الأول: التكييف الفقهي لعقد التأمين التكافلي.

المبحث الثاني: تعريف الهبة ومشروعيتها وأركانها.

المبحث الثالث: شروط عقد الهبة في الفقه الإسلامي.

(6) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، 445-444/4، ط3، 1417 هـ 1996م، دار الفكر، دمشق، والمعاملات المالية المعاصرة: وهبة الزحيلي، ص264-265.

(7) ينظر عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: محمد بلتاجي حسن، ص38-45.

المبحث الرابع: حكم عقد الهبة وصفته لدى الفقهاء.

المبحث الخامس: إشكالات تضمين عقد الهبة في وثيقة التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية.

المبحث الأول التكييف الفقهي للتأمين التكافلي

التأمين التكافلي: هو من عقود التبرعات التي تتحد فيها شخصية المؤمن والمستأمن، وهم المشتركون الذين يتبرعون في تضمين المخاطر فيما بينهم، ويتكافل بعضهم مع بعض في مواجهة المخاطر المسماة، فهم شركاء في صندوق المشتركين حسب نصيبهم فيه، ثم يتبرعون فيما بينهم في تضمين المخاطر التي تصيب بعضهم، لاستيفاء التعويضات، فهم المؤمنون والمؤمن لهم في الوقت نفسه، والعلاقة بينهم علاقة تكافل وتضامن وتعاون محض. أما علاقة الشركة بالمشاركين فنُخرِجُ حسب ما تقوم به من نشاط في هذا المجال على النحو الآتي:

أ- الجانب التأميني:

باعتبار أن الشركة ليست هي المؤمن في التأمين التكافلي، كما هو الحال في التأمين التجاري، فإنها تقوم بمهمة الوكيل في تدبير الشؤون الإدارية من تجميع اشتراكات المشتركين، وتحديد التعويضات؛ لجبر الأضرار وتوزيعها وغير ذلك من الأعمال المناطة بها كوكيل عن المشتركين.

ب- الجانب الاستثماري:

ينبغي ألا يترك الرصيد -الذي قامت الشركة بتحصيله من مجموع الاشتراكات في صندوق المشتركين- جامداً يتناقص بدفع جبر الأضرار للمستأمنين؛ بل الأفضل أن يستثمر في القطاعات المشروعة؛ لكي يعود على كل من الشركة والمشاركين بالربح. فتحقيق الربح لا

يتعارض مع فكرة التأمين التكافلي، بل هو مرغوب فيه، حتى تزداد سبل المنافع والمصالح للجميع، فعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن النبي ﷺ خطب الناس، فقال: "من وُلِّيَ يتيماً له مالٌ فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"⁽⁸⁾، وعلى الرغم مما يقال في سند هذه الرواية، إلا أن عمل سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه نفسه يقويه، حيث كان يثمر لليتم في ماله ويدفع له زكاته⁽⁹⁾. فعن الشعبي "أن عمر بن الخطاب كان عنده مال يتيم فأعطاه مضاربة في البحر"⁽¹⁰⁾ حتى لا تأكله الصدقة.

وينظم العلاقة بين المشتركين والشركة في الجانب الاستثماري عقدان: المضاربة أو الوكالة، أو المركب من هذين العقدين؛ وبيان ذلك يتجلى في صورتين الآتيتين، الأولى: "المضاربة" حيث يعتبر المشتركون هم أصحاب الأموال، وأما الشركة فهي العامل الذي يستثمر أموال المشتركين، على أن يكون الربح المتحصل من هذه الأموال بينهما بنسبة معينة. الثانية: "الوكالة"، حيث تعد الشركة وكيلاً عن المشاركين في الاستثمار بأجرة متفق عليها بين الفريقين، أما في حال انخفاض رصيد حساب المشتركين، وعدم كفايته لتغطية قيمة التعويضات المقدرة لجبر الأضرار المشمولة بوثائق التأمين التكافلي، فتقوم الشركة بإقراض صندوق المشتركين قرضاً حسناً، يكفي لدفع هذه التعويضات، ثم تسترده من الصندوق نفسه،

(8) قال الترمذي: إنما يروي هذا الحديث من هذا الوجه وفي إسناده مقال؛ لأن المثنى يُضَعَّف في الحديث، وقال أحمد بن حنبل عن هذا الحديث: ليس بصحيح (نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: عبدالله بن يوسف الزيلعي، كتاب الزكاة 331/2، صححه ووضع الحاشية: عبدالعزيز الديوب بندي الفنجانى إلى كتاب الحج، وأكملها يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ودار القبة للثقافة الإسلامية، بجدة، السعودية، 1997م، ط1.

(9) موسوعة فقه عمر بن الخطاب، عصره وحياته: محمد رواس قلعه جي، ص353، ط1، 1981م، مكتبة الفلاح، الكويت.

(10) مصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، 390/4، كتاب البيوع والأقضية، حديث رقم (21369) تحقيق كمال يوسف الحوت، ط1، 1409هـ، مكتبة الرشد، الرياض.

إما من مجموع الاشتراكات اللاحقة، أو من عوائد استثمار أموال المشتركين، أو تقوم الشركة بتقسيم قيمة العجز على المشتركين، كل حسب اشتراكه.

المبحث الثاني

تعريف الهبة ومشروعيتها وأركانها

من خلال علاقتي بهيأت الرقابة الشرعية لمجموعة من شركات التأمين التكافلي في ليبيا وغيرها من بعض البلدان الإسلامية التي سبقتنا في هذا المجال، ومشاركتي في الملتقى الخامس للتأمين التعاوني، الذي نظّمته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بتاريخ 18/ مايو/ 2014م في فندق هلتون- أبو ظبي، بالإمارات، يظهر لي أن اللفظ المستعمل في التأمين هو التبرع، وهو مرادف للفظ الهبة أو الصدقة أو الهدية أو العطية، حيث إن الألفاظ كلها ذات معانٍ متقاربة، ولا يختلف بعضها عن بعض اختلافاً جوهرياً، فالتمليك بلا عوض هو الهبة، فإن انضم إليه حملُ الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له؛ تقديراً له أو إكراماً فهو هدية، فإن انضم إليه كون التمليك للمحتاج تقريباً إلى الله وطلباً لنواب الآخرة فهو صدقة، والعطية: الهبة في مرض الموت⁽¹¹⁾، ونظراً لترادف معاني هذه المفردات وتقاربها، سأقتصر على بيان ما له علاقة مباشرة منها بهذا البحث، وهو مصطلح التبرع ومصطلح الهبة.

(11) ينظر اللباب في شرح الكتاب: عبدالغني الغنيمي الميداني، ومعه تثبيت أولى الأبواب بتخريج أحاديث اللباب، خرج أحاديثه وعلق عليه عبدالرزاق المهدي، 92/2، ط4، 1999م، دار الكتاب العربي، بيروت، والاختيار لتعليل المختار: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، 61/3، ط4، خرج أحاديثه وضبطه وعلق عليه: خالد عبدالرحمن العك، دار المعرفة، بيروت، وحاشية رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عابدين، 537/12-538، 541، تحقيق: عبدالمجيد طعمة حلي، دار المعرفة، بيروت، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف النووي، 315/7، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، 1991م، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان؛ وينظر: مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، 573/3، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية؛ والمغني: عبدالله ابن أحمد بن قدامة المقدسي، 41/6، مكتبة القاهرة، 1968م.

أولاً- التبرع:

التبرع لغة مأخوذ من برع الرجل براعة، أي فاق أصحابه في العلم وغيره، فهو بارع، وفعلت كذا متبرعاً، أي: متطوعاً من غير شرط، وتبرّع بالأمر: فعله غير طالب عوضاً⁽¹²⁾، أما التبرع في الاصطلاح فلم يضع الفقهاء تعريفاً له، وإنما عرفوا أنواعه من وصية وهبة ووقف، فهو عندهم لا يخرج عن كونه: "بذل المكلف مالاً أو منفعة لغيره في الحال أو المال بلا عوض، بقصد البر والمعروف"⁽¹³⁾، والتبرع بوجه عام من التصرفات المشروعة التي حث الإسلام عليها. قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ وقال أيضاً: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافاً كَثِيراً﴾⁽¹⁴⁾. وعن عدي بن حاتم رضي الله عنه قال: قال صلى الله عليه وسلم: "فليَتَّقِ النَّارَ ولو بشق تمره"⁽¹⁵⁾، وقد يكون التبرع واجباً كبذل الطعام للمضطر، وكإعارة الحبل، لإنقاذ غريق⁽¹⁶⁾.

وللتبرع أنواع متعددة، كالهبة، والوصية، والوقف، والقرض، والعارية، والكفالة مع عدم الرجوع، وغير ذلك. وتتضح آثار هذا التقسيم من خلال ما قاله الزركشي، حيث اشترط أن يكون العوض في عقد من الطرفين -أو من أحدهما- معلوماً كئثن المبيع، وعرض الأجرة ونحوهما⁽¹⁷⁾، وأما عقود التبرع فلأنه لا عوض فيها، فإنه يُعْتَقَر فيها الغرر والجهالة اليسيرة؛ لأنها مبنية على اليسر والتوسعة⁽¹⁸⁾.

(12) ينظر: المصباح المنير: أحمد بن محمد المقرئ الفيومي، مادة (برع) ص44، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف القاهرة، ومعجم المصطلحات الفقهية: جرجس جرس، ص111، الشركة العالمية للكتاب، بيروت.

(13) الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف الكويتية، 65/10، 2007م، ومعجم المصطلحات الاقتصادية: د: نزيه حماد، ص90، 1993م، المعهد العالي للفكر الإسلامي.

(14) سورة البقرة: الآية (245).

(15) صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، 108/2-109، كتاب الزكاة، باب الصدقة قبل الرد، حديث رقم (1413)، ط1، 1422هـ، دار طوق النجاة، بيروت.

(16) ينظر دليل المصطلحات الفقهية والاقتصادية: بيت التمويل الكويتي، ص59، ط1، 1412هـ، الكويت.

(17) ينظر القواعد في الفقه الإسلامي: عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، ص74، دار الفكر، بيروت.

(18) ينظر الفروق: أحمد بن إدريس القرافي، 151/1، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، 1344هـ، دار إحياء الكتب العربية.

وهناك عقود تعد تبرعاً في الابتداء، لكنها معاوضة في الانتهاء كعقد القرض؛ فإن المقرض متبرع عند الإقراض، لكنه عند رجوعه على المقرض بمثل ما أخذ يؤول إلى المعاوضة، وكذلك عقد الكفالة بأمر الدين؛ فإنه تبرع في الابتداء، حينما يلزم الكفيل بالدين الذي على المدين، لكنه إذا دفع الدين للدائن، ورجع على المدين بمثل ما دفعه، فإن الكفالة عندئذٍ تصير عقد معاوضة⁽¹⁹⁾.

وتتفق التبرعات مع المعاوضات في كونها تفيد شيئاً واحداً، وهو التملك، فعقود المعاوضات تنتج تملك البذل، وعقود التبرعات تنتج ما تم عليه التبرع، ولذا يمكن جمع المعاوضات والتبرعات في مجموعة واحدة يطلق عليها التملكيات، لكن التبرعات أهم من المعاوضات في نظر الشارع؛ لأن فيها ما يشجع عليه الشارع من البر والمعروف والإحسان، وتختص التبرعات بالخصائص الآتية:

1. إذا كانت المعاوضات تقوم على أساس التشجيع؛ فإن التبرعات تقوم على أساس المسامحة، ومن هنا جاء التخفيف فيها من الشارع في القيود والضوابط.
2. إذا كانت المعاوضات تفسد بكل من الغرر الكبير والجهالة الفاحشة؛ فإن التبرعات لا تفسد بهما؛ لأنه يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات.
3. التبرع لا يوجب ضماناً على المتبرع للمتبرع له.
4. إذا كانت المعاوضات تتم بدون قبض العوضين، فإن التبرعات لا تتم إلا بالقبض، وبالنظر إلى هذا الأصل، يعتبر تسليم العين في الهبة أو الإعارة أو الإيداع عنصراً متمماً لانعقاد العقد، لا مجرد تنفيذ له، ولذلك يطلق عليها العقود العينية؛ لأنه لا يتم عقدها إلا بتسليم العين وليس بمجرد صدور الإيجاب والقبول⁽²⁰⁾. قال السرخسي: "الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا"⁽²¹⁾، أي أن الملك للمتبرع له لا يتحقق إلا بالقبض.

(19) ينظر: الموسوعة الفقهية: 235/3، ونظرية القرض في الفقه الإسلامي: د. أحمد أسعد محمود الحاج، ص 91-92، ط 1، 2008م، دار النفائس، عمان الأردن.

(20) ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية: د. محمد عثمان شبير، ص 47، ط 1، 1423هـ، 2004م، دار النفائس، عمان- الأردن.

ثانياً- الهبة:

1. تعريفها:

الهبة لغة العَطِيَّة بلا عَوْضٍ، وَاتَّهَبْتُ الهَبَةَ: قَبِلْتُهَا، وَاسْتَوْهَبْتُهَا: سَأَلْتُهَا، وَتَوَاهَبُوا: وَهَبَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ⁽²²⁾، واختلفت تعريف الفقهاء للهبة في ألفاظها؛ لكنها تتحد في المعنى، من ذلك أن الهبة "عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً"⁽²³⁾، ومعناها كذلك "تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه"⁽²⁴⁾، موجوداً مقدوراً على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً"⁽²⁵⁾.

ولعل من المفيد، الوقوف على بعض القيود التي جاء ذكرها في هذا التعريف، ليكون مانعاً من دخول أي معنى آخر غير مراد، من ذلك ذكر أصحاب هذا التعريف لكلمة "تمليك" لإخراج العارية، وذكرهم للفظ "المال"؛ لإخراج ما ليس بمال، كثمر الخمر والخزير والكلب، وذكر "المقدور على تسليمه" لإخراج الحمل والطير في الهواء والسمك في الماء، وذكر مصطلح "غير الواجب" احترازاً من الديون والنفقات، وذكر مصطلح "الحياة" لإخراج الوصية، ومصطلح "بلا عوض" لإخراج عقود المعاوضات.

2. مشروعية عقد الهبة:

الهبة مشروعة بنص الكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ﴾⁽²⁶⁾، بل ندب الشرع الحكيم إلى الهبة بجميع أنواعها، قال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾⁽²⁷⁾، وروى مالك عن عطاء بن

(21) المبسوط: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، 57/12، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.

(22) المصباح المنير: مادة (وهب) ص 673-674.

(23) ينظر: اللباب في شرح الكتاب، 92/2، وحاشية رد المختار 534/12، ومغنى المحتاج 559/3.

(24) كأن اختلط بمال آخر فوهب أحدهما الآخر ماله.

(25) مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، 377/4، ط2، 1994م، المكتب الإسلامي، وكشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي، 298/4، دار الكتب العلمية.

(26) سورة البقرة: الآية (176).

(27) سورة النساء: الآية (4).

عبدالله الخرساني قال: قال ﷺ: "تَهَادُوا تَحَابُّوا"⁽²⁸⁾، وعن أبي هريرة ؓ عن النبي ﷺ قال: "يا نساء المسلمين لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن⁽²⁹⁾ شاء"⁽³⁰⁾، وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "أربعون خصلة أعلاهن منيحة العنز، ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعودها إلا أدخله الله بها الجنة"⁽³¹⁾، وعن زيد بن أسلم عن أبيه ؓ قال: سمعتُ عمر ؓ يقول: "حملتُ على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه، وظننتُ أنه يبيعه، برُخص، فسألتُ النبي ﷺ فقال: لا تشتري، ولا تعد في صدقتك، وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في صدقته كالعائد في قبئه"⁽³²⁾، وقد حمل بعض المالكية النهي على كراهة التنزيه، وحمله الباجي على التحريم، وهو الظاهر والأقوى، لتشبيهه العائد في الصدقة بأقبح صورة، وهي الكلب حينما يعود في قبئه⁽³³⁾.

3. أركان عقد الهبة:

اتفق الفقهاء على أن عقد الهبة لا يمكن تصوره ولا تحقيقه إلا إذا وُجدَ الطرفان؛ وهما الواهب والموهوب، والصيغة، والمحل وهو الشيء الموهوب، ولكنهم اختلفوا في جعل هذه الأمور كلها أركاناً لهذا العقد، فذهب الحنفية إلى القول بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول قياساً؛ لأنه عقد كالبيع⁽³⁴⁾، وأضاف بعضهم إليه ركناً آخر، وهو القبض، لأنه لا بد منه لثبوت الملك بخلاف البيع، وغيره من عقود المعاوضات⁽³⁵⁾، في حين نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم (837) على أنه "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالقبض"⁽³⁶⁾.

(28) رواه مالك مرسلاً عن عطاء الخرساني. موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس، 1334/1، حسن الخلق، ما جاء في المهاجرة، حديث رقم (3368)، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي.

(29) أي زلفها، وهو في الأصل خف البعير فاستعير للشاة، الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي 6/5.

(30) صحيح البخاري، 153/3، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، حديث رقم (2566).

(31) المصدر السابق، 166/3، كتاب الهبة وفضلها، باب فضل المنيحة، حديث رقم (2631).

(32) صحيح البخاري، 127/2، كتاب الزكاة، باب هل يشتري الرجل صدقته، حديث رقم (1490).

(33) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، 112/4، دار الفكر.

(34) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبوبكر الكاساني، 115/6، دار الكتب العلمية، بيروت، وحاشية رد المختار 541، 550/4.

(35) ينظر المبسوط، 57/12، وينظر بدائع الصنائع، الموضع نفسه.

وينطلق الحنفية في قولهم هذا من أن طرفي عقد الهبة ومحلّه ليسوا من ماهية العقد، وإنما هم من لوازمه، فيلزم من وجود الإيجاب وجود موجب، وهو الواهب، ويلزم من وجود القبول وجود قابل، وهو الموهوب له، ويلزم من وجود الإيجاب والقبول مرتبطين وجود محل يظهر فيه هذا الارتباط⁽³⁷⁾، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الهبة أربعة؛ تتمثل في الواهب والموهوب له، والشئ الموهوب (محل العقد) والصيغة؛ لأن كل هذه الأمور - مع الصيغة - لا بد منها في وجود العقد وتصوره⁽³⁸⁾، وتفصيل القول في هذه الأركان على النحو الآتي:

الركن الأول- الواهب (الطرف الأول):

وشروطه أن يكون صحيحاً، رشيداً، طائعاً، غير مكره، ولا محجور عليه، ولا مرتدّاً، فمن كان ليس أهلاً للتبرع، كالصبي والمجنون والسكران والمحجور عليه لسوء تصرف، فهبته باطلة، ولو أجازها وليه؛ لأن ولايته مشروطة بما فيه منفعة لهم، وانتفاء الضرر عنهم، فإن شرط الأب العوض لم يجز أيضاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الهبة بشرط العوض عندهما تبرع ابتداءً، أي قبل القبض، ثم تصير بيعاً انتهاءً، أي بعد القبض، والأب لا يملك التبرع.

في حين ذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى القول بأنه تجوز الهبة من الأب بشرط العوض، لأن ذلك في معنى البيع، والعبرة باتفاق المعنى، ومن كان مرتدّاً، فلا تصح هبته؛ لأن ماله فيء، فهو غير مالك، أما من كان مريضاً على فراش الموت، فله الحق في هبة ثلث ماله، وما زاد على ذلك، فلا يصح إلا بإجازة الورثة، وكذلك المدين الذي أحاط الدين بماله،

(36) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ص162، المادة رقم (837)، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كراخانة تجارت ككتب، كراتشي.

(37) ينظر المنخل إلى فقه المعاملات المالية: د. محمد عثمان شبير، ص210-211.

(38) ينظر القوانين الفقهية، محمد بن أحمد جزي، ص295، تحقيق: عبدالله المنشاوي 1426هـ- 2005م، دار الحديث، القاهرة؛ وحاشية الدسوقي 97/4؛ وروضة الطالبين، 365/5، وشرح زاد المستنقع: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، 251/4، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية.

فيتم الحجر عليه صيانة لحقوق الغرماء⁽³⁹⁾، فلا يجوز له التبرع إلا بإذنهم؛ لأن تبرعه قد يضر بحقوقهم المستقرة في ذمته.

الركن الثاني- الموهوب له (الطرف الثاني):

ويشترط فيه أن يكون من أهل التملك، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً؛ موجوداً أو سيوجد، كمن سيولد عما قريب، ولا يشترط في الموهوب له أن يكون مسلماً، إذ تجوز الهبة لغير المسلم؛ لقوله تعالى ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾⁽⁴⁰⁾، ومن المعلوم أن الأسير لا يكون إلا مشركاً.

الركن الثالث- الشيء الموهوب (محل العقد): ويشترط فيه:

الشرط الأول: أن يكون مما يُنتفع به شرعاً حال السعة والاختيار⁽⁴¹⁾ من غير ضرورة أو حاجة⁽⁴²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون مملوكاً في نفسه، إذ لا تنعقد هبة المباحات⁽⁴³⁾.

الشرط الثالث- أن يكون موجوداً وقت الهبة: حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بعدم انعقاد هبة ما ليس موجوداً وقت العقد؛ لأنه غرر⁽⁴⁴⁾، كأن يهب شخص ثمار أشجاره أو ما تلده بقرته هذا العام، فالعقد في هذه الحال باطل، لأنه يُني على تمليك لمعدوم، ولو مكن الواهب الموهوب له من القبض عند نضج الثمار أو ولادة العجل؛ لاحتمال الوجود والعدم، فانتفاخ البطن قد يكون للحمل أو لداء في البطن، وقد يولد العجل حياً أو ميتاً، وقد ينضج الثمر أو يتضرر بسبب آفة من الآفات.

(39) الغرماء جمع غريم، وهو المدين. (المصباح المنير: مادة غرل، ص446)

(40) سورة الإنسان: الآية (8).

(41) وما يباح حال السعة والاختيار لا شك أنه من الطيبات، بخلاف ما يباح حال الضرورة والحاجة كالميتة والخزير والدم وصيد الحرم والإحرام وغير ذلك.

(42) ينظر المنخل إلى فقه المعاملات المالية: ص87.

(43) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 14/5.

(44) ينظر الميسوط، 85/12؛ والهداية شرح بداية المبتدي: برهان الدين علي بن أبي بكر عبد الجليل المرغيناني، 249/2، دار الفكر، القاهرة، وبدائع

الصنائع: 119/6، وحاشية رد المحتار 539/12 ومغنى المحتاج 563/3، والمغني: 26/5.

ويستنتج من ذلك أن كل ما صح بيعه صحت هبته لدى الحنفية والشافعية والحنابلة، بينما يرى المالكية جواز هبة ما لا يصح بيعه من جهة الغرر، مجهولاً كان، أو مغضوباً، أو معدوماً متوقع الوجود، كالبعير الشارد في الصحراء⁽⁴⁵⁾، والحري بالتقرير أن الشروط الثلاثة الأولى جميعها شروط انعقاد.

الشرط الرابع: أن يكون مملوكاً للواهب، أو مما يجوز له التصرف فيه بمقتضى الوكالة في تسليم الهبة، أما من لا يملك ولاية التصرف كالغائب والفضولي فلا تصح هبتهما. وقد اختلف الفقهاء في صحة التصرفات والعقود التي يبرمها الفضولي على قولين:

الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وأحمد في رواية⁽⁴⁶⁾ إلى أن العقود التي يبرمها الفضولي تقع صحيحة، لكنها تتوقف على إجازة صاحب الشأن (المالك)، فإن أجازها نفذت، وإلا فلا، وتعد عقودهم في هذه الحالة باطلة، ويستثنى المالكية من صحة تصرفات الفضولي وإيقافها على إجازة من يملك التصرف كلاً من الهبة والوقف والصدقة والعق، فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلاً⁽⁴⁷⁾.

الثاني: ذهب الشافعية ومالك في رواية وأحمد في رواية كذلك عنه⁽⁴⁸⁾ إلى القول بأن العقود التي يبرمها الفضولي تقع باطلة لا تصح، ولو أجازها صاحب الشأن (المالك). ويرجع منشأ الاختلاف بين الرأيين إلى التساؤل هل الإجازة اللاحقة كالإذن السابق؟ وإلى اختلاف ظاهر الأحاديث الواردة في المسألة.

وقد استدل القائلون بصحة العقود التي يبرمها الفضولي بالأدلة الآتية:

⁽⁴⁵⁾ ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن رشد، 534/2، ط1، 1989م، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة؛ والقوانين الفقهية: ص295.

⁽⁴⁶⁾ ينظر بدائع الصنائع: 177/4، 135/5، 147، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، 164/6، ط2، دار الكتاب الإسلامي، والمغني، 187/4.

⁽⁴⁷⁾ ينظر حاشية الدسوقي، 98/4.

⁽⁴⁸⁾ ينظر مغنى المحتاج: 351/2، وكشاف القناع: 488/3.

الأول: ما روي عن عروة البارقي رضي الله عنه قال: "دفع إليّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فذكر له ما كان من أمره، فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك"⁽⁴⁹⁾، فباع عروة الشاة الثانية دون وكالة، وأجازة الرسول ﷺ على ذلك.

الثاني: يصح تعاقد الفضولي إذا كان يتمتع بالأهلية، لأن هذا التعاقد قد يكون فيه منفعة للمالك، فإذا أبطلناه فوتنا عليه تلك المنفعة، فيترك له أمر إنفاذه⁽⁵⁰⁾.

واستدل القائلون بعدم صحة العقود التي يبرمها الفضولي بالأدلة الآتية:

الأول: ما روي عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: "يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعته؟ قال: لا تبع ما ليس عندك"⁽⁵¹⁾، وليس أدل على حرمة بيع ما لا يملكه البائع، وهو لا يتمتع بولاية تبيح له التصرف، من هذا الحديث.

الثاني: لا يتمتع الفضولي حال إبرام العقد بالولاية الذاتية أو غير الذاتية الناشئة بموجب الشرع أو الاتفاق، فكان تصرفه باطلاً⁽⁵²⁾، لعدم تمتعه بولاية التصرف.

والراجح عندي ما ذهب إليه المالكية من أصحاب الرأي الأول، وهو عدم صحة تصرفات الفضولي في الهبة والوقف والصدقة والعق؛ لعدم وجود أي مصلحة مادية تنتظر من الحكم بالصحة ابتداءً على هذه العقود الأربعة، وإرجاء نفاذها إلى إجازة من يملك التصرف فيه، في حين أتفق مع أصحاب هذا الرأي في القول بصحة تصرفات الفضولي في

(49) جامع الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، 236/2، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ حديث رقم (1258)، دار الغرب الإسلامي، 1998م.

(50) ينظر المدخل إلى فقه المعاملات: ص236.

(51) جامع الترمذي، 514/2، أبواب البيع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم (1232).

(52) ينظر المدخل إلى فقه المعاملات: ص236.

غير هذه العقود الأربعة، كعقد البيع والإجارة وغيره من عقود المعاوضات، مع توقف نفاذها إلى حين إجازة من يملك التصرف، فإذا أجازته فإنه يكون نافذاً من تاريخ انعقاده، لا من وقت الإجازة؛ لأن الفضولي في الغالب يقصد من وراء تصرفه العون لمن يعقد له، لكن قد يخطئ الظن فيما يراه حسناً، في حين يراه المعقود له سيئاً، ولذا كان موقوفاً على إجازته، وعليه فإن هذا الشرط هو شرط انعقاد في الهبة والوقف والصدقة والعق، وشرط نفاذ في غيرها من عقود المعاوضات المالية كعقد البيع والإجارة.

الشرط الخامس: أن يكون محرراً "أي مفرزاً"، وهذا شرط صحة لدى الحنفية (53)، إذ لا تصح عندهم هبة المشاع إذا كان يحتل القسمة كالبيت الكبير (54)، في حين ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن هبة المشاع جائزة كالبيع (55)، ويرجع منشأ الاختلاف بين الفريقين إلى: هل يمنع الشيوع في الموهوب من القبض أم لا؟ فمن قال بأن الشيوع في الموهوب يمنع من القبض، ذهب إلى عدم صحة هبة المشاع، ومن قال بأن الشيوع في الموهوب لا يمنع من القبض ذهب إلى القول بأن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع، وصفته: أن يسلم الواهب جميع الشيء إلى الموهوب له، فيستوفي منه حقه، ويكون نصيب شريكه في يده كالوديعة. وقد استدل القائلون بعدم صحة المشاع بقولهم: إن القبض في الهبة شرط كالرهن، والشيوع يمنع من القبض؛ لأن التصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى

(53) ينظر: المبسوط، 82/12، وبدائع الصنائع: 119/6، والهداية، 248/2، وحاشية رد المحتار، 539/12.

(54) وتجوز الهبة عند الحنفية إذا كان مشاعاً لا يحتل القسمة، كالسيارة والحمام والبيت الصغير والجوهر، وجواز الهبة للضرورة؛ لأنه قد يحتاج إلى هبة بعض ذلك، ويكتفى بصورة التخلية مقام القبض. والضابط فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها: أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصاناً في ماليته؛ يكون مما لا يحتل القسمة، وما لا يوجب ذلك فهو يحتلها. ينظر رد المحتار على الدر المختار: 561/12.

(55) ينظر: القوانين الفقهية: ص 295، وبداية المجتهد 534/2، والمهذب فقه الإمام الشافعي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، 333/2، دار الكتب العلمية، والمجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي: يحيى بن شرف النووي، 375/15، دار الفكر، والمغنى: 45/6، والفقه الإسلامي وأدلته: 15/5.

نصف الدار شائعاً محالاً، ولا يتمكن من التصرف فيه إلا بالتصرف في الكل، والعقد لم يتناول كل البيت، فعدم قسمة الموهوب يمنع صحة القبض وتمامه⁽⁵⁶⁾.

واستدل القائلون بصحة وجواز هبة المشاع على ذلك بحديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: "كنا مع رسول الله ﷺ بحنين، فلما أصاب من هوازن ما أصاب من أموالهم وسبائهم، أدركهم وفد هوازن بالجعرانة، وقد أسلموا، فقالوا يا رسول الله: أمن علينا، من الله عليك، فقال ﷺ: نساؤكم وأبناؤكم أحب إليكم أم أموالكم؟ فقالوا: يا رسول الله خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا، بل أبناؤنا ونساؤنا أحب إلينا، فقال ﷺ: أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم"⁽⁵⁷⁾، وهذا الصنيع من رسول الله ﷺ لا شك أنه من هبة المشاع، فدل ذلك على جواز هذا النوع من الهبات.

الشرط السادس: ألا يكون الموهوب مشغولاً بغيره، وهو شرط صحة القبض عند الحنفية⁽⁵⁸⁾؛ لأن شغل محل الهبة (الموهوب) بغيره يمنع من تحقق القبض، وهو التمكن من التصرف في المقبوض⁽⁵⁹⁾، وتأسيساً على ذلك لو وهب رجل أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع، أو زرعاً دون الأرض، أو وهب داراً فيها متاع للواهب، أو دابة عليها حمل للواهب دون الحمل، وقبض الموهوب فإن ذلك لا يجوز؛ لأن عقد الهبة على هذا الوجه يشوبه الفساد، ولا يترتب عليه انتقال الملك عن الواهب إلى الموهوب له؛ لأن الموهوب مشغول بغيره، فيكون بمنزلة هبة المشاع، فلو ميز الموهوب عن غيره بخصايد الزرع، وأخذ المتاع من الدار أو الحمل من على ظهر الدابة، وسلم الموهوب وحده، جازت الهبة، لأن المانع من نفاذ حكم العقد وهو ثبوت الملك قد زال⁽⁶⁰⁾.

(56) ينظر رد المحتار: 560/12؛ والفقهاء الإسلامي وأدلته: 14/5.

(57) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، محمود بن أحمد الغيتابي بدر الدين العيني، 136/12، باب إذا وهب شيئاً لوكيل أو شفيع قوم، جاز، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(58) بينما يرى مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور صحة ذلك؛ لأن القبض في الهبة يصح كالقبض في البيع (ينظر الشرط الخامس).

(59) ينظر المبسوط، 84-83/12، وبدائع الصنائع: 125/6، وحاشية رد المحتار: 555/12، والفقهاء الإسلامي وأدلته: 17/5.

(60) ينظر بدائع الصنائع، 125/6؛ والفقهاء الإسلامي وأدلته: 17/5.

الشرط السابع- قبض الموهوب: حيث اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في الهبة إلى ثلاثة آراء، فذهب الحنفية والشافعية إلى القول بأن القبض شرط للزوم الهبة، حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض⁽⁶¹⁾، وذهب الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد إلى القول بأن القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون، ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم، وهذا ما يفهم من قول ابن قدامة: "إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر العلماء، أما غير المكيل أو الموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه"⁽⁶²⁾.

بينما لا يشترط المالكية القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط عندهم لتمامها وكمال فائدتها، وبناء على ذلك فإن الموهوب تنتقل ملكيته من الواهب إلى الموهوب له بمجرد العقد، ويشترط القبض فقط لإتمام الهبة، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب⁽⁶³⁾.

ويستنتج من ذلك كله أن الموهوب عند المالكية يملك بالعقد، في حين يملك عند غيرهم بالقبض لا بغيره، ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الآتي:

أ- هل الهبة تشبه البيع وغيره من عقود التملكيات أم لا؟ فمن شبهها بالبيع قال بعدم اشتراط القبض لصحتها، ومن لم يشبهها به قال بأنها عقد لا يصح بالقبض.

ب- اختلافهم في الأخذ بالآثار الواردة في هذه المسألة.

وقد استدل القائلون باشتراط القبض للزوم الهبة بالآتي:

1. ما ثبت أن النبي ﷺ قال: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"⁽⁶⁴⁾.

(61) ينظر رد المحتار: 539/12 ومغني المحتاج: 400/2.

(62) ينظر المغني: 44/6.

(63) ينظر بداية المجتهد: 534-535؛ وحاشية الدسوقي: 101/4.

(64) قال الزيلعي: حديث غريب رواه عبدالرزاق من قول النخعي (نصب الراية: عبدالله بن يوسف الزيلعي، 121/4، كتاب الهبة).

2. ما روي عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة رضي الله عنها قال لها: "إني أهديت إلى النجاشي أواقيا من مسك وحلّة، وإنني لا أراه إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أهديت إليه إلا سترد، فإذا رُدّت إليّ فهو لك أم لكم؟ فكما كان قال هلك النجاشي، فلما ردت إليه الهدية، أعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المسك وأعطى سائرهم أم سلمة وأعطاهم الحلّة" (65).

3. روى مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: "إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك، وإنني كنت نحلّك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جدّتيه واحتزّتيه كان لك، وإنما هو اليوم مالٌ وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فافتسموه على كتاب الله، قالت عائشة: فقلت يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال: ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية" (66)، فقوله: "لو كنت جدّتيه واحتزّتيه، كان لك" فيه دلالة على أن الهبة عقد إرفاق وتبرع كالقرض، فلا يملك إلا بالقبض وأن القبض شرط للزومها.

4. عن عبدالرحمن بن عبد القاريّ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "ما بال رجال ينحلّون أبناءهم نحلّاً، ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم، قال: ما لي بيدي، لم أعطه أجداً، وإن مات هو قال: هو لابني، قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلّة" (67) فلم يحزها الذي نحلّها -وأبقاها- حتى تكون إن مات لورثته، فهي باطل" (68).

(65) قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. المستدرک علی الصحیحین، الحاكم النيسابوري: باب أما حديث سالم، المستدرک، 205/2،

حديث رقم (2766) دار المعرفة، بيروت.

(66) موطأ الإمام مالك: 1089/1، كتاب الأقضية، ما لا يجوز في النحل، حديث رقم (2783).

(67) النحلة: الهبة والعطية من غير عوض.

(68) موطأ مالك، 1090/1، كتاب الأقضية، ما لا يجوز في النحل، حديث رقم (2784).

5. أجمع الصحابة على اشتراط القبض في الهبة؛ وعلى رأسهم أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، إذ يرى جميعهم أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة⁽⁶⁹⁾.

6. لو صحت الهبة من دون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير المشروع⁽⁷⁰⁾.

أما القائلون بأن القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون دون غيره بإجماع الصحابة فاستدلوا بأن غير المكيل والموزون لا يشترط في هبته القبض، بل تلزم الهبة فيه بالعقد بما روي عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما، أنهما قالاً: "الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض"⁽⁷¹⁾.

أما من لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها -المالكية- فاستدل بما يلي:

1. أن النبي ﷺ قال: "العائد في هبته كالعائد في قبئه"⁽⁷²⁾.
2. استدلت المالكية على ذلك أيضاً بالأثر السابق المروي عن سيدنا علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما.
3. استدلوا على عدم اشتراط القبض في صحة الهبة بقياسها على البيع وغيره من التمليكات⁽⁷³⁾ التي تنتقل ملكيتها من أحد الطرفين إلى الآخر بمجرد العقد.
4. يترتب على عقد الهبة إزالة ملك بغير عوض، فيلزم بمجرد العقد؛ لأنه عقد لازم ينقل الملك، فلا يتوقف لزومه على القبض كالبيع⁽⁷⁴⁾.

(69) ينظر المبسوط، 57/12 والبدائع 123/6، والفقہ الإسلامي وأدلته 20/5.

(70) ينظر بدائع الصنائع: 123/6، والمعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: د. أختار زيتي بنت عبد العزيز، ص 329، 2008م، دار الفكر، دمشق.

(71) المغنى: 44/6.

(72) سبق تخريجه في ص 52 من البحث.

(73) ينظر بداية المجتهد: 534/2-535؛ وحاشية الدسوقي 101/4.

(74) ينظر بداية المجتهد: الموضع نفسه.

وبعد ذكر الأدلة الواردة في المسألة يتراءى للباحث رجحان الرأي القائل باشتراط القبض في الهبة، لقوة الأدلة الواردة في ذلك من جهة، وإجماع الصحابة من جهة أخرى.

الشرط الثامن- أن يكون القبض بإذن الواهب: وقد اختلف الفقهاء حول هذا الشرط، حيث ذهب الجمهور إلى القول بأنه يشترط لصحة القبض أن يكون بإذن الواهب، فلو قبض بلا إذن دخل في ضمانه، ولكنه لم يملكه؛ لأن التسليم غير مستحق على الواهب، فلا يصح التسليم إلا بإذنه، ولأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع، ففي الهبة من باب أولى؛ لأن القبض فيها شرط لصحتها بعكس البيع.

غير أن الحنفية ينظرون إلى هذه المسألة من جهة القياس والاستحسان معاً؛ فأما من جهة القياس فلا يجوز عندهم قبض الهبة إلا بإذن الواهب، سواء تم القبض في مجلس العقد أم بعد الافتراق؛ لأن القبض تصرف في ملك الواهب، وأما من جهة الاستحسان فإن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير إذن الواهب، جاز له ذلك استحساناً؛ لأن الإيجاب فيه دلالة على الإذن بالقبض، فالإذن بالقبض وجد بطريق الدلالة، أما بعد الافتراق عن المجلس فالقياس أنه لا يجوز له ذلك؛ لأن القبض بمنزلة القبول في حق إثبات الحكم، فكما لا يجوز القبول بعد الافتراق عن مجلس العقد، فإنه لا يجوز القبول بعد الافتراق، لعدم اتصال الإيجاب بالقبول، بينما يرى المالكية في اتجاه آخر أن القبض يصح، ولو بلا إذن من الواهب؛ بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك، إذ يجبر الواهب لديهم على تمكين الموهوب من القبض إذا طلبه؛ لأن الهبة تملك بالإيجاب على المشهور عندهم.

الركن الرابع- الصيغة:

هي كل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل، بقصد التملك بغير عوض، سواء أكان القول صريحاً، مثل أن يقول الواهب: وهبت هذا الشيء لك، أم ما يجري مجرى الصريح

كقوله: جعلته لك، أم هو لك، أو خذه ونحوه⁽⁷⁵⁾، أم كان فعلاً مقروناً بقريضة تدل على التملك، كمنالة الأب ابنه مفتاح سيارة عند نجاحه أو حفظه للقرآن الكريم، فيعد ذلك هبة انتقلت بها ملكية السيارة من الأب إلى ابنه، إلا إذا صدر عن الأب ما يدل على أنه يقصد بذلك العارية لا الهبة، وكل هذه الصيغ تكون في الإيجاب المطلق، أما إذا اقترن الإيجاب بعوامل أخرى كالوقت أو الشرط أو المنفعة، فيتربط على الاقتران المسألتان الشرعيتان الآتيتان:

المسألة الأولى- اقتران الإيجاب بالوقت "العمرى":

وتتلخص في أن يقول أحد الطرفين للآخر: "جعلت هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك، فإذا متُّ أنا فهي رد علي ورثتي" وهو ما يسمى لدى الفقهاء بالعمرى، فالعمرى إذاً هي إحدى صور الهبة⁽⁷⁶⁾، ولئن اتفق الفقهاء على صحتها وجوازها، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "العمرى جائزة"⁽⁷⁷⁾، لكنهم اختلفوا في هل تستقر في ملك المعمر له أم أنه ليس للمعمر له فيها إلا المنفعة، فإذا مات عادت العمرى للمعمر أو إلى ورثته بعد وفاته؟ فذهب الجمهور إلى القول بأن العمرى كالهبة، يملكها المعمر له في حياته، ويملكها ورثته بعد وفاته، فلا ترجع للمعمر ولا لورثته أبداً⁽⁷⁸⁾، وذهب المالكية إلى القول بأن حكمها النذب، وهي عندهم لا تتعدى كونها تملك منفعة بلا عوض مدة حياة المعمر له، ثم ترجع للمعمر أو وراثته بعد موت المعمر له.

ويرجع سبب اختلافهم في المسألة -كما يقول ابن رشد- إلى اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للمرويات⁽⁷⁹⁾ الواردة في المسألة، فمن غلبها -أي الروايات- قال بجديث أبي

⁽⁷⁵⁾ ينظر تبیین المسالك: عبد العزيز حمد آل مبارك الإحصائي شرح محمد الشنقيطي، 279/4، ط2، 1995م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس الرملي، 406/5، 1984م، دار الفكر، بيروت، والمبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن مفلح، 192/5، ط1، 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت.

⁽⁷⁶⁾ ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 8/5.

⁽⁷⁷⁾ سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، 317/3، كتاب الإجارة، باب في العمرة، دار الكتاب العربي، بيروت، وتبيين المسالك: 297/4.

⁽⁷⁸⁾ ينظر بدائع الصنائع: 116/6، ومغنى المحتاج: 562/3، والمغنى: 70/6.

⁽⁷⁹⁾ ينظر بداية المجتهد: 538/2.

الزبير عن جابر، وحديث مالك عن جابر، وهو كونها هبة مبتوتة لا ترجع للمعمر، ولا لورثته من بعده، ومن غلب الشرط، "وهو شرط الواهب رد العمرى إلى ورثته بعد موت الموهوب له"، قال بأنه ليس المعمر له فيها إلا المنفعة، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته من بعده⁽⁸⁰⁾، واستدل القائلون بعدم رجوع العمرى إلى الواهب "المعمر" بالآتي:

1. عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عَمْرِي لَهُ وَلَعَقْبُهُ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيهَا، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا؛ لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ"⁽⁸¹⁾.
 2. إذا وقع الإيجاب مقترناً بقريضة الوقت في عقد الهبة، صح التملك وبطل التوقيت؛ لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد، بخلاف عقود المعاوضات المالية فإنها تفسد بالشرط الفاسد⁽⁸²⁾.
 3. خروج العمرى من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، ترتب عليه تعلق هذا العطاء بذمة طرف ثالث، وهو ورثة الموهوب له بعد موت مورثهم، الأمر الذي يتعذر معها رجوعها إلى المعمر، "لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث"⁽⁸³⁾.
- بينما استدل القائلون برجوع العمرى إلى المعمر بعمل أهل المدينة، ففي الموطأ: "عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا، والقاسم قد أدرك جماعة من الصحابة وكبار التابعين، وقال مالك: الأمر عندنا أن العمرى ترجع إلى الذي أعمرها، إذا لم يقل هي لك ولعقبك"⁽⁸⁴⁾، بل ذهب ابن عبد البر إلى أبعد من ذلك، حيث قال: "وكذلك إذا قال: هي لك ولعقبك، ترجع إلى صاحبها أيضاً بعد انقراض عقب

(80) ينظر المصدر نفسه: الموضع نفسه.

(81) صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري 67/5، كتاب الهبات، باب العمرى، دار الجيل، بيروت.

(82) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 9-8/5.

(83) تبين المسالك: 298/4.

(84) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، 114/7، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري،

1387 هـ وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب.

المعمّر، لأنه على شرطه في عقب المعمّر، كما هو على شرطه في المعمّر، ورقبتها عند مالك وأصحابه على ملك صاحبها أبداً⁽⁸⁵⁾.

ولا أدل على أن القول برجوع العمرى إلى ملك المعمّر هو ما عليه عمل أهل المدينة من أن قضائهم ما انفكوا عن القضاء في المسائل التي تنتظر أمامهم بهذه الفتوى، وعزوفهم عن الأخذ بحديث ابن شهاب الوارد في المسألة، حيث جاء في خزانة الفقه المالكي الموسوم بتبيين المسالك: "قال مالك: رأيت عبد الله بن محمد بن عمرو بن حزم يعتب أخاه محمداً، ومحمد يومئذ قاضٍ؛ مالك لا تقضي في العمرى بحديث ابن شهاب؟ قال: يا أخي، لم أجد العمل عليه، فقد أباه الناس، قال مالك: فليس العمل عليه، ووددت لو محي⁽⁸⁶⁾، والراجح عندي قول الجمهور للحديث الصحيح الوارد في المسألة، لأنه لا اجتهاد مع نص. المسألة الثانية- اقتران الإيجاب بالشرط "الرُقْبَى":

والرُقْبَى هي أن يكون بين شخصين عقار، فيقول كل منهما للآخر: "إذا متُّ أولاً كان لك" أو يقول: "هذه الدار لك رقبى أو حبيسة"⁽⁸⁷⁾، أو يقولان: "من مات منا كانت حصته للآخر". وقد سميت بذلك لأن كلا منهما يترقب، وينتظر موت الآخر قبل موته⁽⁸⁸⁾.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الرقبى، فذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني و فقهاء المالكية إلى القول ببطلانها، حيث يرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن بأنه إذا قال لصاحبه: "هذه الدار لك رقبى"، فهي عارية في يده، ويأخذها منه متى شاء⁽⁸⁹⁾، بينما يرى المالكية أنها إذا أُطْلِعَ عليها قبل الموت، فُسِخَتْ، وإن لم يُطْلَعْ عليها إلا بعد الموت، رَجَعَتْ للموجب أو لوارثه ملكاً، يقول عبد الباقي الزرقاني: وإنما منع ذلك لخروجهما عن وجه المعروف إلى المخاطرة، فإن نزل ذلك، واطلع عليه قبل الموت فسخ، وإن لم يطلع عليه إلا بعده رجعت له أو لوارثه

(85) المصدر نفسه: الموضع نفسه، وتبيين المسالك 298/4.

(86) تبين المسالك، 299/4.

(87) ينظر الهداية: 254/2، وتبيين المسالك، 299/4؛ والفقه الإسلامي وأدلته، 9/5.

(88) ينظر المصباح المنير: (مادة رقب) ص 234.

(89) ينظر الهداية: 254/2، وتبيين المسالك: 299/4، والفقه الإسلامي وأدلته: 9/5.

ملكاً، ولا ترجع مراجع الأحباس؛ لأنه عقد باطل⁽⁹⁰⁾، وذهب أبو يوسف من الحنفية⁽⁹¹⁾، والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الرقبي جائزة، لا فرق بينها وبين العمرى في أنها كالهبة⁽⁹²⁾، ويرجع اختلافهم في حكم هبة الرقبي إلى نفس السبب الذي اختلفوا لأجله في حكم هبة العمرى؛ وهو اختلاف الآثار، ومعارضة شرط الواهب منهما للحديث الوارد في المسألة، وقد استدل القائلون ببطان الرقبي وعدم جوازها بالآتي:

1. أن النبي ﷺ "أجاز العمرى ورد الرقبي"⁽⁹³⁾، ويعد هذا الحديث هو الأصل في بطلان الرقبي وعدم جوازها.

2. بطلان الرقبي وحرمتها جاء من جهة تعليق التمليك فيها بأمر على خطر الوجود وخطر عدم، والتمليكات لا تحتل التعليق بالخطر الاحتمالي المتردد بين الوجود وعدمه⁽⁹⁴⁾.

3. "لا تجوز الرقبي ولا تصح في ملك ولا حبس"⁽⁹⁵⁾؛ لأنها لا تقوم على المعروف والإحسان - وهو الأصل في الهبة - بل على المخاطرة والخسران. واستدل القائلون بجواز الرقبي بالآتي:

1. عن جابر بن عبد الله قال: قال ﷺ قال: "العمرى جائزة لأهلها، والرقبي جائزة لأهلها"⁽⁹⁶⁾.
2. تجوز هبة الرقبي قياساً على هبة العمرى.
3. قوله "هذه الدار لك" تمليك للعين لا تمليك للمنفعة⁽⁹⁷⁾.

(90) شرح الزرقاني علي خليل: عبد الباقي الزرقاني، 104/7، دار الفكر، بيروت.

(91) ينظر الهداية: 254/2.

(92) ينظر الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، 540-539/7، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت، والمبدع: 198/5.

(93) قال الزيلعي: غريب (نصب الرأية: 128/4، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة).

(94) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 9/5.

(95) تبين المسالك: 299/4.

(96) قال الترمذي: هذا حديث حسن، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، 3/ 27-26، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في الرقبي، حديث رقم (1351).

(97) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 10/5.

والراجح عندي رأي أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني والمالكية، وهو القول ببطلان الرقبي؛ وذلك لما يأتي:

1. إن هذا الاشتراط في الهبة يخرجها من المعروف والإحسان إلى المخاطرة والغرر، فتكون باطلة، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر في العقود.
2. الهبة تمليك العين للحال، وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر، فيجب أن تكون الهبة مطلقة غير معقدة بحدوث شيء آخر في المستقبل⁽⁹⁸⁾.

المبحث الرابع

صفة حكم عقد الهبة

اختلف الفقهاء في صفة حكم عقد الهبة إلى ثلاثة آراء:
الرأي الأول: ويمثله الحنفية، الذين يقولون بعدم لزوم عقد الهبة، وأن ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، ومن ثم يصح الرجوع عليه وفسخ العقد من جهة الواهب، وإن تم القبض⁽⁹⁹⁾، ولكن صحة الرجوع في الهبة عند الحنفية مشروطة بعدم حصول مانع يمنع من الرجوع في الهبة، وفيما يلي ذكر هذه الموانع:

الأول: حصول زيادة متصلة في الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل غيره، مثل الغرس والبناء والسمن والجمال؛ "لأن الموهوب اختلط بغيره، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب؛ لأنه ليس بموهوب، وبما أنه لا يمكن الرجوع في الأصل بدون الزيادة، فامتنع الرجوع أصلاً"⁽¹⁰⁰⁾.

(98) ينظر المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: ص330.

(99) ينظر بدائع الصنائع: 127/6.

(100) ينظر رد المحتار، 591/12، والاختيار لتعليل المختار، 62/3، والفقهاء الإسلاميين وأدلته: 32/5.

الثاني: موت أحد المتعاقدين؛ "لأن الملك انتقل إلى ورثته فصار كما إذا انتقل في حياته، وكذا إذا مات الواهب؛ لأن الملك ينتقل إلى وارثه، وهو أجنبي لم تحدث منه هبة" (101).

الثالث: العوض؛ لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لرجل أحق بهبته ما لم يُثَبَّ منها" (102)، وليس أول من هذا الحديث على أن الواهب أحق بهبته ما لم يأخذ عوضاً، وأن الرجوع في الهبة يصح ما لم يتقاض الواهب تعويضاً وإن تم القبض.

الرابع: خروج العين الموهوبة عن ملك الموهوب له بأي سبب كان؛ كالبيع أو الهبة أو نحوهما؛ لأن الملك يختلف بهذه التصرفات، واختلاف الملكين كاختلاف العينين، فلو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى، فكذا إذا أوجب ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر (103).

الخامس: الزوجية، فلا يصح أن يرجع أحد الزوجين فيما وهبه لزوجه "لأن هذه الصلة تجري مجرى صلة القرابة الكاملة، بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال.

السادس: القرابة وصلة الرحم، "فلا يصح الرجوع في هبة ذوي الأرحام المحارم؛ لأن هذه الصلة عوض معنوي، ولأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصر، وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان ذلك أقوى من المال.

السابع: الهبة إذا خرجت بمعنى الصدقة، فتكون من الغني للفقير، ويقصد بها الثواب من الله تعالى، فلا يصح الرجوع فيها بعد قبض الفقير لها (104).

الثامن: هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها، فإذا هلكت العين الموهوبة أو استهلك فلا سبيل إلى الرجوع في هبتها، أو المطالبة بقيمتها، إذ يُعدُّ هلاك العين الموهوبة مانعاً يتعذر معه

(101) المرجع نفسه: 33/5 وينظر الاختيار: 62-63. وحاشية رد المحتار: 598/4.

(102) سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، 467/3، أبواب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، حديث رقم (2387)، ط1، 2009م، دار الرسالة العالمية.

(103) الفقه الإسلامي وأدلته: 32/5 بدائع الصنائع: 129/6، وحاشية رد المحتار: 609-608/12؛ والاختيار لتحليل المختار، 62/3. والمبسوط،

67/12.

(104) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 31/5.

الرجوع فيها من جهة المالك، كما يعد مانعاً من المطالبة بقيمتها؛ لأنها ليست مضمونة في ذمة الموهوب له⁽¹⁰⁵⁾.

ولئن صحّ فقهاء الحنفية الرجوع في الهبة حال انتفاء هذه الموانع، لكنهم يرون في ذلك الكراهة؛ لأنه من باب الدناءة، وترفضه الطباع السليمة، وباعتبار كراهة فسخ العقد والرجوع في الهبة من جهة الواهب، وأحقية الموهوب له في الامتناع عن الرد ابتداءً، فإنه لا يصح الرجوع إلا بتراضي الطرفين، أو بقضاء القاضي؛ لأن الرجوع فسخٌ بعد تمام العقد، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض، فالرجوع في الهبة بالتراضي يُعدُّ من الإقالة⁽¹⁰⁶⁾.

الرأي الثاني: ويمثله الشافعية والحنابلة، ويتلخص في أنه لا يحل للواهب أن يرجع في هبته، إلا الوالد فيما أعطى لولده، فإنه يجوز له دون غيره عند الحنابلة أن يرجع في هبته لابنه، بينما أجاز الشافعية ذلك للوالد وسائر الأصول وإن علت⁽¹⁰⁷⁾، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالآتي:

- أ- أن النبي ﷺ قال: "... فإن العائد في صدقته كالعائد في قيئه"⁽¹⁰⁸⁾.
- ب- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: "ليس لنا مثل السوء: العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه"⁽¹⁰⁹⁾.
- ج- عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: "لا يحل لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده"⁽¹¹⁰⁾.

(105) المرجع نفسه: 33/5.

(106) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 27-26/5.

(107) ينظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: يحيى بن شرف النووي، 171/1، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، 2005م، دار الفكر، والمسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: أبو يعلى محمد بن الفراء، 443-442/1، تحقيق: عبدالكريم بن محمد اللاحم، ط1، 1985م، مكتبة المعارف، الرياض.

(108) سبق تخريجه في ص10 من هذا البحث.

(109) جامع الترمذي، 569/2، أبواب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، حديث رقم (1298).

(110) المصدر السابق: 570/2، الباب نفسه.

وتعد هذه الأحاديث نصاً في عدم جواز الرجوع في الهبة، باستثناء الوالد فإنه يجوز له الرجوع في هبته لابنه لأي سبب كان، وليس أدل على عدم حل الرجوع في الهبة من تشبيهه ﷺ للعائد في هبته بالكلب الذي يعود في قبئه، لما في ذلك من منافاة للذوق والخلق الكريم.

الرأي الثالث: ويمثله المالكية، الذين يقولون بثبوت الملك في الهبة بمجرد العقد، وأن هذا العقد يصير لازماً بالقبض ومن ثم لا يجوز الرجوع⁽¹¹¹⁾ في الهبة بعد القبض لأي مسلم أو مسلمة، ولو كانوا أقارب، كالأجداد والأخوة، عدا الأب والأم، فإنه يجوز لهما الرجوع فيما أعطياه لابنهما، ما لم يترتب على ذلك حق للغير، كأن يتزوج امرأة أو يستحدث ذنباً، إلى غير ذلك من القيود التي سيأتي ذكرها بعد قليل، لما رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم عن النبي ﷺ قال: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يُعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها، كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء، ثم عاد في قبئه"⁽¹¹²⁾.

صفة هبة الآباء والأمهات للأبناء:

هبة الآباء والأمهات للأبناء غير ملزمة، سواء قبل القبض أم بعده، ما لم يترتب على ذلك حق للغير، فالاعتصار أو الرجوع في الهبة جائز عند المالكية فيما يهبه الآباء والأمهات لأبنائهما، صغراً كانوا أم كباراً؛ ولكن هذا الجواز مقيد بالقيود الآتية:

1. ألا يلتزم الابن لغيره التزامات مالية من أجل الهبة، كأن يتزوج أو يداينه الناس لأجلها، فإن كان متدايناً قبلها، أو متزوجاً قبلها، فلا يمنع ارتجاعها منه، لأنه لم يداينه الناس أو يزوجه من أجلها.

⁽¹¹¹⁾ يطلق المالكية على صورة الرجوع في الهبة مصطلح "الاعتصار في الهبة" ينظر: بداية المجتهد 534/2-539، والقوانين الفقهية: ص 315-

316.

⁽¹¹²⁾ سنن أبي داود، 315/3، كتاب الإجارة باب الرجوع في الهبة، حديث رقم (3539).

وزوال النكاح أو الدين لا يبيح إرجاع الهبة من الموهوب له، فمن تداين أو نكح من أجل الهبة، ثم زال الدين أو النكاح فلا يحق إرجاع الهبة منه، لأن الدين والنكاح عامله الناس عليه، وترتب في ذمته، فزواله لا يعطي الحق للواهب في إرجاع الهبة.

2. عدم فوات الشيء الموهوب عند الموهوب له، كأن يتصرف فيه ببيع أو هبة أو صنعة، فإن فات فليس من حق الأب أو الأم ترجيعه واعتصاره.

3. ألا يشترط الواهب، سواء كان أباً أم أمّاً، على نفسه عدم الرجوع في الهبة، فإن شرط أحدهما ذلك على نفسه كانت الهبة في حقه لازمة، عملاً بمقتضى شرطه، فعن النبي ﷺ قال: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"⁽¹¹³⁾.

4. ألا يمرض الواهب أو الموهوب له بعد الهبة، فإن مرض الواهب فلا يحق له إرجاع الهبة حال المرض؛ لأنه يُتَّهم بترجييعها لورثته لا لنفسه، وإن كان الموهوب له هو المريض فلا يجوز إرجاع الهبة منه، لتعلق حق ورثته بها، باستثناء حدوث الهبة حال مرض الواهب أو الموهوب له، فإنه يصح إرجاعها حال المرض، لأن صاحب المال وقت الهبة هو صاحبه وقت الترجيع، فلم يتغير المالك الحقيقي للمال الموهوب عن حاله الأول.

كما يصح إرجاع الهبة كذلك حال زوال المرض، إذ لا محذور حينئذ من أخذ مال وارث، أو أخذه إلى وارث لا يستحقه، بخلاف زوال النكاح أو الدين، فإنه لا يبيح إرجاع الهبة من الموهوب له⁽¹¹⁴⁾؛ لما سبق ذكره في القيد الأول من هذه القيود⁽¹¹⁵⁾.

5. أن تكون الهبة مراداً بها ذات الولد، فإن كان مراداً بها الصدقة وثواب الآخرة، فلا رجوع فيها أصلاً ولا اعتصار؛ إذ لا يجوز لمن تصدق بصدقة أن يملكها مرة أخرى اختياراً بوجه

⁽¹¹³⁾ قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. (جامع الترمذي، 27/3، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين

الناس، حديث رقم (1352).

⁽¹¹⁴⁾ ينظر الشرح الكبير 110/4.

⁽¹¹⁵⁾ ينظر ص 70 من البحث.

من وجوه التملك، كالشراء أو الهبة أو الهدية، لا من المتصدق عليه، ولا من غيره، سواء كانت الصدقة زكاة واجبة أو صدقة تطوع⁽¹¹⁶⁾.

ويستدل على ذلك بما سبق ذكره مما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أراد شراء فرس تصدق بها، فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال له: "لا تشتري ولا تعد في صدقتك، وإن أعطاكه بدرهم، فإن مثل العائد في صدقته كالعائد في قبئه"⁽¹¹⁷⁾، بخلاف رجوع الصدقة إلى المتصدق جبراً، كأيلولتها إليه بطريق الإرث، فإن ذلك جائز شرعاً ولا حرج فيه.

التسوية بين الأبناء في العطايا والهبات:

اختلف الفقهاء في حكم التسوية بين الأبناء في الهبات وغيرها من ألوان المعاملات الأخرى إلى رأيين:

الأول: ويمثله الإمام أحمد بن حنبل وبعض علماء المالكية، ويتلخص هذا الرأي في أنه يجب على الوالدين أن يعدلوا بين أبنائهم في الهبات وغيرها من ألوان المعاملات الأخرى؛ بل شدد بعض أهل العلم على أن يسوي بينهم حتى في الملاطفة والقبلة⁽¹¹⁸⁾.

الثاني: ويمثله جمهور العلماء الذين يرون أن التسوية بين الأبناء غير واجبة، فإن وقع تفضيل بين الأبناء صح مع الكراهة⁽¹¹⁹⁾.

جاء في بدائع الصنائع: "ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم؛ لأنه تصرف في خالص ملكه، لا حق لأحد فيه، إلا أنه لا يكون عدلاً، سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا"⁽¹²⁰⁾، لذا يستحب لدى أصحاب هذا الرأي

(116) ينظر تبين المسالك، 292/4.

(117) سبق تخريجه ص 51 من البحث.

(118) ينظر: بداية المجتهد، 533/2، و الفروع: محمد بن مفلح المقدسي، 413-412/7، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط1، 2003م، مؤسسة الرسالة.

(119) ينظر بدائع الصنائع: 127/6، وتبيين المسالك: 293/4، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن حجر الهيتمي، 307/6، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، 1983م.

(120) وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس أن يعطي المتأدبين والمتفقيين دون الفسقة الفجرة. بدائع الصنائع، 127/6.

الرجوع إلى العدل بين الأبناء، ولكنهم اختلفوا في الكيفية التي يتحقق بها ذلك العدل الذي أمرنا الله تعالى به، وبيان ذلك ما يأتي:

الطريقة الأولى: منح الأبناء على سبيل الترتيب في المواريث للذكر مثل حظ الأنثيين.
الطريقة الثانية: التسوية بينهم في العطية، ولا يفضل الذكر على الأنثى⁽¹²¹⁾.

ويرجع سبب الاختلاف في المسألة إلى اختلاف الفقهاء في الأمر بالعدل في قوله ﷺ: "اتقوا الله واعدلوا في أولادكم"، فمن رأى بأن الأمر في الحديث يفيد الوجوب قال بوجوب التسوية بين الأبناء، ومن حمّله على الندب قال بصحة ذلك مع الكراهة، وقد استدل القائلون بوجوب التسوية بين الأولاد في العطايا والهبات بأدلة منها:

1. قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾⁽¹²²⁾، إذ تدخل التسوية بين الأبناء في الهبات في عموم الأمر بالعدل والإحسان الذي أمرنا الله تعالى به في هذه الآية الكريمة.
2. عن النعمان بن بشير الأنصاري: أن أمّه ابنة رواحة سألت أباه بعض الموهبة من ماله لابنها، فالتوى بها سنة، ثم بدا له فوهبها له، فقالت: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن أم هذا ابنة رواحة، قاتلتني على الذي وهبت له، فقال ﷺ: "يا بشير ألك ولد سوى هذا؟ قال: نعم، فقال ﷺ: أفكلهم وهبت لهم مثل الذي وهبت لابنك هذا؟ قال: لا، قال ﷺ: فلا تشهدني إذاً، فإني لا أشهد على جورٍ"⁽¹²³⁾.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأمر بالعدل بين الأبناء في الحديث يفيد وجوب التسوية بينهم في العطايا والهبات وغير ذلك من المعاملات داخل الأسرة الواحدة.

2. تجب التسوية على الوالدين بين أبنائهم في المعاملة؛ لما في ذلك من تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو دوام المودة بين الإخوة والعون على بر الأبناء بأبائهم،

(121) ينظر المصدر السابق: الموضع نفسه، والمبسوط، 67/12.

(122) سورة النحل، الآية 90.

(123) سنن النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، 730/1، حديث رقم (3683) ط1، 2007م، دار المعرفة، بيروت.

ونبذ التفرقة بينهم في المعاملة، احترازاً من الفرقة والخصام والتباغض والعقوق وقطع الأرحام، وهي ما سماها النبي ﷺ جوراً.

أما القائلون بكراهة عدم التسوية بين الأبناء في الهبات فاستدلوا بما يلي:

1. ما روى مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: "إن أبا بكر الصديق كان نحلها جادّ عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحدٌ أحب إليّ غنيّ بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك، وإنّي كنت نحلّتك جادّ عشرين وسقاً، فلو كنت جدّدتيه واحتزّتيه كان لك، وإنما هو اليوم مالٌ وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله، قالت عائشة: فقلت يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال: ذو بطن بنت خارجه، أراها جارية" (124)
 2. ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه "نحل ابنه عامراً، دون سائر ولده" (125)، ولا شك أن القول بعدم وجوب التسوية بين الأبناء هو الراجح، إذ لو كان حراماً ما فعله سيدنا أبو بكر الصديق وسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، والحال أنهما أحرص الناس التزاماً وحثاً لغيرهما من المسلمين على اتباع أوامر الله تعالى واجتناب نواهيه.
- والحريّ بالتقرير أن القول بعدم وجوب التسوية بين الأبناء لا يعني الجواز؛ بل هو مكروه، ويستحب لمن فعله أن يبادر بالرجوع إلى التسوية، إذ لا يكون يسر حال بعض الأبناء دون بعض مبرراً للتفرقة بينهم في العطايا والهبات؛ لأن الله تعالى أمرنا بالعدل دون تفرقة بين الفقير والغني، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (126)، ولئن كان الآباء والأمهات مطالبين بالعدل

(124) سبق تخريجه في ص 59 من البحث.

(125) لم أقف عليه فيما تبسر لي الرجوع إليه من كتب الحديث والآثار.

(126) سورة النساء، الآية 134.

بين الأبناء دون تفرقة بين غني وفقير، فإنهم مطالبون كذلك في الهبات والمنح بالتزام القسمة التي رضيها الله تعالى في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

هبة الثواب وسلامتها من الربا:

أولاً- حكم هبة الثواب:

هي هدية يطلب بها عوض مالي من المهدى إليه، وهي جائزة عند المالكية، والموهوب له مخير بين قبولها أو ردّها، فإن قبلها فيجب أن يكافئ الواهب بقيمة الموهوب، دون إلزام الواهب بزيادة القيمة أو إلزام الموهوب له بإنقاصها⁽¹²⁷⁾، وهي إذا انعقدت على هذا النحو- بتعيين الواهب العوض "الثواب" الذي يريده مقابل هبته وحصول الرضى على ذلك من الموهوب له- فإنها تكون ملزمة للطرفين، لا يجوز الرجوع فيها؛ لأن العقود مبناهما الرضا والالتزام، فإن لم يعين الواهب العوض فلا يكون العقد ملزماً إلا بعد أن يقبض الموهوب له الهبة، ومما يستدل به على جواز هبة الثواب:

1. أن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها"⁽¹²⁸⁾.
2. أن النبي ﷺ قال: "من وهب هبة فهو أحق بها، ما لم يثب منها"⁽¹²⁹⁾.
3. روي في الموطأ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرضَ منها"⁽¹³⁰⁾.

(127) ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: 27/5.

(128) صحيح البخاري، 157/3، كتاب الهبة وفضلها، باب المكافأة في الهبة، حديث رقم (2585).

(129) صححه الحاكم على شرط الشيخين ولم يخرجاه. المستدرك على الصحيحين: 52/2، كتاب البيوع، لا يعلق الرهن له غنمه وعليه غرمه، حديث رقم (2336).

(130) موطأ الإمام مالك: 1091/1، كتاب الأقضية، القضاء في الهبة، حديث رقم (2790).

ثانياً سلامة هبة الثواب من الربا:

اختلف علماؤنا المالكية حول اشتراط السلامة من الربا في الهبة إلى قولين:

الأول: ومفاده أنه يشترط في هدية الثواب ما يشترط في البيع والشراء من السلامة في الربا، وهو المشهور عند المالكية، وبناء عليه فمن أهدي إليه نقود لا يرد نقوداً، لا مساوية للهدية ولا أكثر منها، حتى لا يترتب على الهدية بيع نقد بنقد نسيئة أو بيع نقد بنقد متفاضلاً، بل يجب على من أهدي إليه نقود أن يرد ما يساويها من اللباس أو الأثاث أو الطعام، ومن أهدي إليه طعام لا يجوز له أن يرد طعاماً، حتى لا يترتب على ذلك بيع الطعام بالطعام إلى أجل، بل يرد قيمة ذلك الطعام نقوداً أو عروضاً كالعقار والأثاث واللباس والسيارات.

الثاني: ويتلخص في أنه لا يشترط في هدية الثواب ما يشترط في البيع من السلامة من الربا⁽¹³¹⁾. قال ابن العربي: "...وكذلك يجوز الربا في هدية الثواب"⁽¹³²⁾، ومما يستدل به على أن هبة الثواب مستثناة من الممنوع الداخل في عموم التحريم قول عمر رضي الله عنه "من أعطى شيئاً ولم يسأل، فليس له ثواب من هبته، وإن سُئِلَ فأعطى فهو أحق بهبته حتى يثاب منها، حتى يرضى"⁽¹³³⁾.

وما يميل إليه الباحث أن الهدايا إن كانت غالية الثمن يجب أن يتقيد فيها بالقول المشهور من السلامة من الربا؛ لأن صاحبها ينتظر ردها، ومعنى المعاوضة فيها متحقق كالبيع والشراء؛ أما الهدايا البسيطة فالغالب فيها المكارمة والمعروف، فلا تطبق عليها أحكام الربا، وتكون مستثناة من التحريم، كما قال ابن العربي، والله أعلى وأعلم.

(131) ينظر شرح مختصر خليل، وبهامشه حاشية العدوي: محمد بن عبدالله الخرشبي، 119/7، دار الفكر، بيروت؛ ومناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، علي سعيد الرجراجي، 406/9، 2007م اعتنى به أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي.

(132) ينظر أحكام القرآن، محمد بن عبدالله أبوبكر بن العربي، 324/1، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبدالقادر عطا، ط3، 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت.

(133) مصنف عبدالرزاق: عبدالرزاق بن همام الصنعاني: 107/9، كتاب المواهب، باب الهبات، حديث رقم (16527) المكتب الإسلامي بيروت.

المبحث الخامس

إشكالات تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية
لا شك أن روح التعاون تبرز وتتجلى في التأمين التكافلي أكثر منه في التأمين
التجاري، إذ يقوم التأمين التكافلي على التبرع في سداد التعويضات لتخفيض آثار المخاطر
التي تصيب بعض المشتركين، ولكن تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي تعثره
بعض الإشكالات الفقهية المتعلقة بالجوانب الفنية التطبيقية، وطرح هذه الإشكالات ومعالجتها
فقهياً بإيجاد الحلول الناجعة لها من الناحية الشرعية هو ما يُعنى به هذا المبحث من خلال
دراسة المسائل الآتية:

- انعقاد الهبة من دون القبض.

- تعليق الهبة بالخطر وجبر الضرر.

- الرجوع عن الهبة.

- معالجة الإشكالات الفقهية الثلاث.

أولاً- انعقاد الهبة من دون القبض:

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض في الهبة إلى ثلاثة مذاهب سبق الحديث عنها
بالتفصيل، وذكر ما استدل به كل فريق في معرض الحديث عن شروط الركن الثالث لعقد
الهبة، وهو الشيء الموهوب الذي يمثل محل العقد، لذا سأقتصر في هذا المطلب على ذكر ما
يسمح به المقام، وما يقتضيه البحث لتسليط الضوء على القضية التي أودّ طرحها في هذا
المطلب، وتتلخص هذه القضية في كون التأمين التكافلي يصدر فيه الإيجاب من قِبَل المشترك
في هبته أو تبرعه في الصندوق، ولكن لا يحصل فيه القبض؛ لأن القبض يكون بعد حدوث
المخاطر، فعلى قول الحنفية والشافعية باشتراط القبض لصحة الهبة⁽¹³⁴⁾ لا يكون تبرع

(134) ينظر ص 58 من هذا البحث.

المشتركين صحيحاً لفوات شرط القبض، وأما على قول المالكية -الذي لا يشترطون القبض لصحة الهبة ولا للزومها⁽¹³⁵⁾، وقول الحنابلة الذين يشترطون ذلك في المكيل أو الموزون فقط⁽¹³⁶⁾ فإن تبرع المشتركين يقع صحيحاً؛ لأن القبض ليس شرطاً لصحتها؛ بل هو شرط لتمامها فقط.

ثانياً- تعليق الهبة بالخطر وجبر الضرر:

سبق أن ذكرت في معرض حديثي عن أحد أركان عقد الهبة، وهو الصيغة، أن من شروط الهبة لدى أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني والمالكية ألا تكون معلقة بما له خطر الوجود والعدم، مثل دخول زيد أو قدوم عمرو، أو تعليقها باتفاق شخصين يملكان عقاراً فيقولان: من مات منا كانت حصته للآخر، وهو ما يسميه الفقهاء بالرقبي، وذكرت عند تحرير إطار هذا الاختلاف حول هذه المسألة أن أبا يوسف والشافعية والحنابلة يقولون بجواز الرقبى، وقمت بسوق أدلة كل من الفريقين، ثم ختمت المسألة بذكر الرأي الراجح فيها، وهو رأي الحنفية والمالكية، القائل ببطلان الرقبى لاعتبارات ذكرتها في ذلك المقام، يمكن لمن أراد الاطلاع عليها الرجوع إليها في موضعها من هذا البحث، وما يهمني تصويره أو طرحه في هذا المطلب من إشكال هو أن ما تقوم به شركات التأمين التكافلي من تعليق للهبة أو التبرع بحدوث المخاطر المؤمن عليها⁽¹³⁷⁾، وعدم استحقاق الموهوب له أو المستفيد من التأمين شيئاً إلا بعد حدوث ما يستدعي ذلك، وهو الخطر المؤمن منه؛ يتعارض بل يصطدم مع الرأي الراجح في المسألة، والذي يقضي باشتراط إطلاق الصيغة وعدم تعليقها بما له خطر الوجود والعدم.

(135) ينظر ص 58 من هذا البحث.

(136) ينظر ص 58 من هذا البحث.

(137) ينظر الضوابط الشرعية للتأمين وإعادة التأمين التكافلي مع التطبيق العملي: د. محمد أحمين، ص 181، بحث منشور في أعمال الملتقى الخامس للتأمين التعاوني، المنعقد يومي الأحد والاثنين 18-19 مايو 2014م، فندق هيلتون- أبوظبي، تنظيم الهيئة العالمية للاقتصاد والتمويل، رابطة العالم الإسلامي.

ثالثاً- الرجوع عن الهبة:

اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في الهبة إلى ثلاثة آراء، سبق الحديث عنها بالتفصيل، وذكر ما استدل به كل فريق في معرض حديثي عن صفة حكم هذا العقد، لذا سأقتصر هنا على ذكر ما يسمح به المقام، وما تقتضيه الدراسة لتسليط الضوء على القضية التي أروم طرحها في هذه المسألة.

ويَنَلَخُصُّ الاختلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة في ذهاب الحنفية إلى القول بعدم لزوم عقد الهبة، وصحة رجوع الواهب على الموهوب له فيما أعطاه له من غير تعويض، وعدوا ذلك من الكراهة التي لا ترقى إلى مستوى التحريم، وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بلزوم عقد الهبة، وتحريم الرجوع فيها من جهة الواهب، وعدم جواز ذلك على اختلاف بينهم فيما يستثنى من هذا التحريم، حيث يرى المالكية استثناء الأب والأم من هذا التحريم، وأنه يجوز لهما الرجوع فيما أعطياه لابنهما، ولكن وفق القيود الشرعية التي سبق ذكرها عند الحديث عن هذه المسألة بالتفصيل، بينما يرى الشافعية أن الاستثناء يشمل الوالد وسائر الأصول، في حين حَصَرَ الحنابلة هذا الاستثناء في الوالد فيما أعطى لولده، إذ يجوز له دون غيره أن يرجع في هبته لابنه، وإذا أردنا إسقاط هذه الآراء الفقهية على ما يحدث في شركات التأمين التكافلي في حياتنا المعاصرة، فإنه يمكن تصوير مسألة رجوع المشترك عن هبته أو العودة فيها في الحالتين الآتيتين:

الأولى: فيما إذا وقع خطر عليه، فيستحق التعويض من حساب التبرع الذي اشترك فيه، فكأنه يرجع في تبرعه.

الثانية: استحقاقه جزءاً من الفائض بعد استيفاء جميع التعويضات.

فإذا اعتبرنا استفادة المشترك من صندوق التبرعات رجوعاً عن هبته، فلا يجوز له ذلك بناء على رأي الجمهور الذين لا يجيزون الرجوع عن الهبة أصلاً، باستثناء حالات لا تنطبق على المشتركين في شركات التأمين التكافلي، كما لا يجوز له ذلك أيضاً بناء على رأي

الحنفية؛ لوجود أو تحقق عدة موانع للرجوع، مثل موت أحدهما، إذا كان التأمين على الحياة، وحصول العوض وهو الهبة في مقابل التأمين أو التضامن والتكافل ضد المخاطر.

رابعاً- معالجة الإشكالات الفقهية الثلاث:

بعد الانتهاء من طرح الإشكالات الفقهية المتعلقة بالجوانب التطبيقية لتضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي، اتضح أن هذه الإشكالات تتجسد في مسائل ثلاثة؛ وهي مسألة انعقاد الهبة دون القبض، ومسألة تعليق الهبة بالخطر، ومسألة الرجوع عن الهبة في حالتين: إحداهما: فيما إذا وقع المشترك (المؤمن عليه) في الخطر المؤمن منه، فإنه يستحق التعويض من حساب التبرع الذي اشترك فيه، فكأنه رجع في تبرعه. والحالة الثانية: استحقاقه جزءاً من الفائض بعد استيفاء جميع التعويضات، ومن ثم يعتبر أيضاً رجع في جزء من هبته التي أودعها في صندوق المشتركين. وفي محاولة لبعض الفقهاء المعاصرين اقترحوا معالجة هذه الإشكالات باعتبار اشتراكات المشتركين مجرد مساهمة، وليست من التبرع أو الهبة، ولا تأخذ حكم الهبة، والفرق بين التبرع والهبة وبين المساهمة أن الهبة تقتضي خروج ملكية عين الموهوب عن الواهب أو المتبرع في الحال، ولا يمكنه الاستفادة منها بعد خروجها من يده، أما المساهمة فلا تخرج بها الملكية من أيدي المساهمين، فيجوز للمساهم الاستفادة منها، كما يجوز ذلك لغيره حسب الاتفاق، وتأسيساً على هذا الاتجاه تعتبر اشتراكات المشتركين بمثابة قاعدة لإنشاء أو إيجاد صندوق عام يشترك فيه على نحو الملكية عامة المشتركين جميعهم، ويثبت حق الاستفادة منه للجميع عند حصول المخاطر بصرف النظر عن مبلغ حصة كل مشترك أو مساهم في المساهمة⁽¹³⁸⁾.

وإذا كان الباحث يتفق مع أصحاب هذا الرأي في أن التصرف الذي يقع بين المشتركين في حساب التبرع لا يُعد تبرعاً أو هبةً لفقدان القبول والقبض، بناءً على رأي الحنفية والشافعية

(138) ينظر عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: ص145-146، ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي: ص126-128، والمعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: 351.

الذي سبق ترجيحه، والذي يقضي باشتراط القبض في الهبة، ومن ثم عدم تحقق القبول من المستفيد أو الموهوب له في هذه المعاملة، وكذلك عدم تحقق القبض حتى بعد تحقق المخاطر المؤمن ضدها، إلا أنني أرى أن الذي يتم بينهم في هذه المرحلة هو الوعد بالتبرع أو الهبة، وليس عين التبرع، ومهما يكن من أمر فإنه يلزم الوفاء بهذا الوعد؛ لعموم الأمر الوارد في قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»⁽¹³⁹⁾، ويتحقق التبرع أو الهبة بشروطها الفقهية الصحيحة بعد تمام القبض، أي بعد حلول المخاطر وتسليم التعويضات لمستحقيها، وحينئذ يجوز تعليق الهبة بالمخاطر المتوقعة في المستقبل، كما يجوز للمشاركين الاستفادة من حساب التبرع (وهو الوعد بالتبرع)، وهذا ليس من الرجوع عن الهبة في شيء؛ لعدم تمام الهبة، ومما يدعم القول بجواز الاستفادة المشتركين مما تبقى في حساب المشتركين (أي حساب التبرع) أنه يجوز لهم ذلك، "لا على أنه عوض عما دفعوه؛ بل على أنه قد بقي من تبرعهم بعد أن حقق هذا التبرع أغراضه التكافلية... مثل من يقول لوكيله: خذ هذا المال، فادفع منه حاجات المحتاجين، وإذا بقي شيء منه بعد ذلك فأعده إليّ. ومن ثم ليس الذي يسترده المشتركون في نهاية المدة عوضاً عما دفعوه؛ بل هو بقيته بعد قيامه بما قصد منه"⁽¹⁴⁰⁾.

(139) سورة المائدة: الآية (1)

(140) عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: ص 157-158.

الخاتمة

لئن كان التأمين التجاري يشكل في الأساس معاوضات مالية، تستهدف الربح من التأمين نفسه، وتنطوي على ربا وغرر، فإن التأمين التكافلي في جوهره يقوم على التبرع في سداد التعويضات لتخفيض آثار المخاطر التي تصيب بعض المشتركين، ولعل مضمون قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁽¹⁴¹⁾ كاف في الدلالة على حرمة النوع الأول وجواز النوع الثاني، ولكن هذا الجواز للتأمين التكافلي من الناحية النظرية يطرح عدة تساؤلات؛ بل يثير بعض الإشكالات الفقهية تتعلق بالجوانب الفقهية عند التطبيق، وعلى رأسها تضمين عقد الهبة في وثائق التأمين التكافلي، وطرح هذه الإشكالات ومعالجتها فقهياً بإيجاد الحلول الناجعة لها من الناحية الشرعية هو من أهم ما يعنى به هذا البحث، وهذه الإشكالات تتمثل في الآتي:

الإشكال الأول- انعقاد الهبة من دون القبض: وتتخلص هذه القضية في كون التأمين التكافلي يصدر فيه الإيجاب من قبل المشترك في هبته أو تبرعه في الصندوق، ولكن لا يحصل فيه القبض؛ لأن القبض يكون بعد حدوث المخاطر، فعلى قول الحنفية والشافعية باشتراط القبض لصحة الهبة لا يكون تبرع المشتركين صحيحاً لفوات شرط القبض، وأما على قول المالكية -الذين لا يشترطون القبض لصحة الهبة ولا للزومها- وقول الحنابلة -الذين يشترطون ذلك في المكيل أو الموزون فقط فإن تبرع المشتركين يقع صحيحاً؛ لأن القبض ليس شرطاً لصحتها؛ بل هو شرط لتمامها فقط.

الإشكال الثاني- تعليق الهبة بالخطر وجبر الضرر: يكمن هذا الإشكال فيما تقوم به شركات التأمين التكافلي من تعليق للهبة أو التبرع بحدوث المخاطر المؤمن عليها، وعدم استحقاق الموهوب له أو المستفيد من التأمين شيئاً إلا بعد حدوث ما يستدعي ذلك، وهو الخطر المؤمن منه؛ وهذا يتعارض بل يصطدم مع الرأي الراجح في المسألة، وهو رأي أبي حنيفة

(141) سورة المائدة: الآية (3).

ومحمد بن الحسن الشيباني والمالكية، والذي يقضي باشتراط إطلاق الصيغة وعدم تعليقها بما له خطر الوجود والعدم.

الإشكال الثالث- رجوع الواهب عن الهبة: عند إسقاطنا للآراء الفقهية على ما يحدث في شركات التأمين التكافلي في حياتنا المعاصرة، فإنه يمكن تصوير مسألة رجوع المشترك عن هبته أو العودة فيها في حالتين، **الأولى:** فيما إذا وقع خطر عليه، فيستحق التعويض من حساب التبرع الذي اشترك فيه، فكأنه يرجع في تبرعه، **والثانية:** استحقاقه جزءاً من الفائض بعد استيفاء جميع التعويضات، فإذا اعتبرنا استفادة المشترك من صندوق التبرعات رجوعاً عن هبته، فلا يجوز له ذلك بناء على رأي الجمهور الذين لا يجيزون الرجوع عن الهبة أصلاً، باستثناء حالات لا تنطبق على المشتركين في شركات التأمين التكافلي، كما لا يجوز له ذلك أيضاً بناء على رأي الحنفية؛ لوجود أو تحقق عدة موانع للرجوع، مثل موت أحدهما إذا كان التأمين على الحياة، وحصول العوض وهو الهبة في مقابل التأمين أو التضامن والتكافل ضد المخاطر. ومعالجة هذه الإشكالات الفقهية الثلاث يكون على النحو الآتي:

سبق أن ذكرت في ثنايا هذا البحث أن بعض الفقهاء المعاصرين اقترحوا معالجة هذه الإشكالات باعتبار اشتراكات المشتركين مجرد مساهمة، وليست من التبرع أو الهبة، ولا تأخذ حكم الهبة، والفرق بين التبرع أو الهبة وبين المساهمة أن الهبة تقتضي خروج ملكية عين الموهوب عن الواهب أو المتبرع في الحال، ولا يمكنه الاستفادة منها بعد خروجها من يده، بينما المساهمة لا تخرج بها الملكية من أيدي المساهمين، فيجوز للمساهم الاستفادة منها، كما يجوز ذلك لغيره حسب الاتفاق.

وتأسيساً على هذا الاتجاه تعتبر اشتراكات المشتركين بمثابة قاعدة لإنشاء أو إيجاد صندوق عام يشترك فيه على نحو الملكية عامة المشتركين جميعهم، ويثبت حق الاستفادة منه للجميع عند حصول المخاطر بصرف النظر عن مبلغ حصة كل مشترك أو مساهم في

المساهمة، وسبق أن قلت أنه، وإن كنت أتفق مع أصحاب هذا الرأي في أن التصرف الذي يقع بين المشتركين في حساب التبرع لا يُعد تبرعاً أو هبةً لفقدان القبول والقبض، بناءً على رأي الحنفية والشافعية الذي سبق ترجيحه، والذي يقضي باشتراط القبض في الهبة، ومن ثم عدم تحقق القبول من المستفيد أو الموهوب له في هذه المعاملة، وكذلك عدم تحقق القبض حتى بعد تحقق المخاطر المؤمن ضدها، إلا أنني أرى أن الذي يتم بينهم في هذه المرحلة هو الوعد بالتبرع أو الهبة، وليس عين التبرع.

ومهما يكن من أمر فإنه يلزم الوفاء بهذا الوعد؛ لعموم الأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وبهذا يتحقق التبرع أو الهبة بشروطها الفقهية الصحيحة بعد تمام القبض، أي بعد حلول المخاطر وتسليم التعويضات لمستحقيها، وحينئذ يجوز تعليق الهبة بالمخاطر المتوقعة في المستقبل، كما يجوز للمشاركين الاستفادة من حساب التبرع (وهو الوعد بالتبرع)، وهذا ليس من الرجوع عن الهبة في شيء؛ لعدم تمام الهبة، ومما يدعم القول بجواز استفادة المشتركين مما تبقى في حساب المشتركين (أي حساب التبرع) أنه يجوز لهم ذلك، "لا على أنه عوض عما دفعوه؛ بل على أنه قد بقي من تبرعهم بعد أن حقق هذا التبرع أغراضه التكافلية ... مثل من يقول لوكيله: خذ هذا المال فادفع منه حاجات المحتاجين، وإذا بقي شيء منه بعد ذلك فأعده إليّ، ومن ثم ليس الذي يسترده المشتركون في نهاية المدة عوضاً عما دفعوه؛ بل هو بقيته بعد قيامه بما قصد منه".

هذا وبعد انتهائي من هذا البحث فإنني لا أبرئ نفسي من زلة السهو من نقص أو خطأ أو تقديم أو تأخير، فإن كنت قد وفقت فله تعالى المنة والشكر، وهو الموفق والهادي إلى سواء السبيل، وإن كانت الأخرى، فالكمال لله وحده، وعزائي صدق النية وبذل غاية الجهد، والله من وراء القصد.

المصادر

❖ القرآن الكريم :

1. أحكام القرآن: محمد بن عبدالله أبوبكر بن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبدالقادر عطا، ط3، 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت.
2. الاختيار لتعليل المختار: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، خرج أحاديثه وضبطه وعلق عليه خالد عبدالرحمن العك، دار المعرفة، بيروت.
3. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، ط2، دار الكتاب الإسلامي.
4. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبوبكر الكاساني، دار الكتب العلمية.
5. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن رشد، ط1، 1989م، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
6. تبیین المسالك: عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي شرح محمد الشنقيطي، ط2، 1995م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
7. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، 1983م.
8. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، 1387هـ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب.
9. جامع الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، 1998م، دار الغرب الإسلامي.
10. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر.
11. حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية، ودار المعرفة، بيروت.

12. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، 1999م، دار الكتب العلمية، بيروت.
13. دليل المصطلحات الفقهية والاقتصادية: بيت التمويل الكويتي، ط1، 1412هـ، الكويت.
14. روضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، 1991م، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان.
15. سنن ابن ماجة: محمد بن يزيد القزويني، ط1، 2009م، دار الرسالة العالمية.
16. سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
17. سنن النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، ط1، 2007م، دار المعرفة، بيروت.
18. شرح زاد المستنقع: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، دروس صوتية قام بتقريغها موقع الشبكة الإسلامية.
19. شرح الزرقاني علي خليل: عبد الباقي الزرقاني، دار الفكر، بيروت.
20. شرح مختصر خليل، وبهامشه حاشية العدوي: محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر، بيروت.
21. صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، ط1، 1422هـ، دار طوق النجاة، بيروت.
22. صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الجيل، بيروت.
23. الضوابط الشرعية للتأمين وإعادة التأمين التكافلي مع التطبيق العملي: د. محمد أحمين، بحث منشور في أعمال الملتقى الخامس للتأمين التعاوني، المنعقد يومي الأحد والاثنين 18-19 مايو 2014م، فندق هيلتون- أبوظبي، تنظيم الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، رابطة العالم الإسلامي.

24. عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: محمد بلتاجي حسن، ط1، 2008م، دار السلام، القاهرة.
25. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
26. الفروع: محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط1، 2003م، مؤسسة الرسالة.
27. الفروق: أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، 1344هـ، دار إحياء الكتب العربية.
28. الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ط3، 1417هـ 1996م، دار الفكر، دمشق.
29. القواعد في الفقه الإسلامي: عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، دار الفكر، بيروت.
30. القوانين الفقهية، أحمد بن أحمد جزي، تحقيق: عبدالله المنشاوي، 1426هـ - 2005م، دار الحديث، القاهرة.
31. كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية.
32. اللباب في شرح الكتاب: عبد الغني الغنيمي الميداني، ومعه تثبيت أولى الألباب بتخريج أحاديث اللباب، خرج أحاديثه وعلق عليه عبدالرزاق المهدي، ط4، 1999م، دار الكتاب العربي، بيروت.
33. المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن مفلح، ط1، 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت.
34. المبسوط: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.
35. مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كاراخانة تجارت كتب، آرام باغ كراتشي.

36. المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي: يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
37. المدخل إلى فقه المعاملات المالية: محمد عثمان شبير، ط1، 1423هـ، 2004م، دار النفائس، عمان-الأردن.
38. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: أبو يعلى محمد بن الفراء، تحقيق: عبد الكريم بن محمد اللاحم، ط1، 1985م، مكتبة المعارف، الرياض.
39. المستدرك على الصحيحين: الحاكم النيسابوري، دار المعرفة، بيروت.
40. المصباح المنير: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة.
41. مصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، ط1، 1409هـ، مكتبة الرشد، الرياض.
42. مصنف عبدالرزاق: عبدالرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي، بيروت.
43. مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، ط2، 1994م، المكتب الإسلامي.
44. المعاملات المالية المعاصرة: د. وهبة، ط1، 2002م، دار الفكر، دمشق.
45. المعاملات المالية المعاصرة وأثر نظرية الذرائع في تطبيقها: د. أختار زيتي بنت عبد العزيز، 2008م، دار الفكر، دمشق.
46. معجم المصطلحات الاقتصادية: نزيه حماد، 1993م، المعهد العالي للفكر الإسلامي.
47. معجم المصطلحات الفقهية: جرجس جرس، الشركة العالمية للكتاب، بيروت.
48. المغني: عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، 1968م.
49. مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، ط1، 1994م، دار الكتب العلمية.

50. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، علي سعيد الرجراجي، 2007م، اعتنى به أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي.
51. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، 2005م، دار الفكر.
52. المذهب فقه الإمام الشافعي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.
53. موسوعة فقه عمر بن الخطاب، عصره وحياته: محمد رواش قلعه جي، ط1، 1981م، مكتبة الفلاح، الكويت.
54. الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف الكويتية، 2007م.
55. موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي.
56. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: عبدالله بن يوسف الزيلعي، صححه ووضع الحاشية: عبدالعزيز الديوبندي الفنجاني إلى كتاب الحج، وأكملها يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، ط1، 1997م، مؤسسة الريان، بيروت، ودار القبلية للثقافة الإسلامية، بجدة.
57. نظرية التأمين في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة للتأمين فكرياً وتطبيقاً": د. محمد زكي السيد، ط1، 1406 هـ 1986م، دار المنار.
58. نظرية القرض في الفقه الإسلامي: أحمد أسعد محمود الحاج، ط1، 2008م، دار النفائس، عمان الأردن.
59. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس الرملي، 1984م، دار الفكر، بيروت.
60. الهداية شرح بداية المبتدي: برهان الدين علي بن أبي بكر عبدالجليل المرغيناني، دار الفكر، القاهرة.



ضمانات وآليات الحماية الوطنية للحقوق والحريات

"دراسة في نصوص الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011 ومشروع الدستور الليبي لسنة 2017"

د. سلوى فوزي الدغيلي⁽¹⁾

مقدمة

يعتبر موضوع حرية الشعوب وحقوقها في العيش الكريم من أهم الموضوعات التي شغلت بال العديد من الفلاسفة والمفكرين منذ قرون بعيدة، فقد قامت الثورات والانتفاضات التي قادتها الشعوب ضد طغيان الحكام والمستبدين رغبة في استرداد حقها الطبيعي في العيش الكريم. وإذا كانت الدساتير الداخلية للدول قد تكفلت ببيان حقوق الإنسان وحياته الأساسية فإن مسألة التعرف على هذه الحقوق والحريات ليست مشكلة، إنما تكمن المشكلة في انتهاك هذه الحقوق والحريات على ساحة الواقع، مما يقتضي الأمر إيجاد الضمانات المناسبة لحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وضمان عدم انتهاكها، وتأتي أهمية هذا الموضوع من خلال الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه، والذي يتمثل في إيجاد الوسائل المناسبة التي من شأنها أن تضمن تمتع الأفراد بكافة حقوقهم وحياتهم الأساسية، وتضمن كذلك عدم انتهاك هذه الحقوق والحريات، فضلاً عن ذلك، فإن هذه الضمانات تهدف إلى إرجاع الحقوق إلى أصحابها في حالة انتهاكها أو الانتقاص منها.

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون.

اشكالية البحث:

الاشكالية التي يطرحها هذا الموضوع تتعلق في إثارة التساؤلات الآتية: هل الوثائق الدستورية التي جاءت بعد 2011م في المرحلة الانتقالية في ليبيا قد راعت في نصوصها كل المبادئ المتعلقة بحقوق الانسان؟ وهل يتمتع المواطن الليبي في ظل احكام هذه النصوص الدستورية بالقدر اللازم من الحرية التي تمكنه من أن يمارس حياته السياسية والاقتصادية بشكل ديمقراطي؟ والى أي مدى ضمنت هذه الوثائق حماية الحريات والحقوق التي نصت عليها؟

لدراسة هذه التساؤلات وغيرها، والتي ستفرضها علينا دراسة هذا الموضوع سنقسم بحثنا هذا في:

المبحث الأول: الاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

المطلب الأول: دسترة الحقوق والحريات في المرحلة الانتقالية في ليبيا.

المطلب الثاني: القيمة القانونية للاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان وحرياته.

المبحث الثاني: الأسس الوضعية لضمانات الحقوق والحريات في الوثائق الدستورية في ليبيا بعد 2011م.

المطلب الأول: الضمانات القانونية للحقوق والحريات.

المطلب الثاني: الضمانات السياسية لحقوق الإنسان.

المطلب الثالث: الضمانات القضائية لحقوق الإنسان.

المبحث الأول

الاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان وحياته الأساسية

يعتبر الدستور في إطار الثقافة الديمقراطية الحديثة مصدراً أساسياً لتحديد معالم النظام القانوني في الدولة، لما يتضمنه من مبادئ وأحكام تسود حياتها ومؤسساتها وتشريع سلطات القائمين عليها. ويسمو الدستور على جميع السلطات العامة في الدولة، نظراً لما يتضمن من قواعد وحقوق، تعتبر نابعة من إرادة الشعب، غير أن هذا السمو يغدو مجرد لفظ أجوف غير مضمون، لو كان بمقدور هيئات ومسؤولين الدولة انتهاكه، دون أن يكون هناك جزاء يتقرر على ذلك الانتهاك، إذ يجب أن تكون هناك العديد من الضمانات التي تكفل احترام هذه السلطات العامة للحقوق والحريات التي ينص عليها الدستور.

المطلب الأول

دسترة الحقوق والحريات في المرحلة الانتقالية في ليبيا

أطلق على الحقوق والحريات تسمية الحقوق والحريات الفردية في عصر ازدهار المذهب الفردي، على أساس أنها مقررّة لتمتع الفرد بها، ثم أطلق عليها بعد ذلك الحقوق المدنية، للدلالة على مضمونها، باعتبار أن الفرد عضو في جماعة مدنية منظمة. وفي الدساتير الحديثة التسمية الأكثر استخداماً هي الحقوق والحريات، وذلك بسبب تضمينها امتيازات للأفراد في مواجهة السلطة العامة من ناحية، وإلى عموميتها وتمتع جميع الأفراد بها بصفة عامة على قدم المساواة، وبدون تفرقة أو تمييز بين المواطنين والأجانب من ناحية أخرى.

وقد تناول الإعلان الدستوري الليبي الصادر في أغسطس 2011م تنظيم الحقوق والحريات في الباب الثاني منه، تحت عنوان (الحقوق والحريات العامة)، وذلك في المواد 7-16 منه، والتي تنظم الحقوق والحريات المكفولة للمواطن الليبي بمقتضى هذه الوثيقة، والتي يقع على الدولة بالتالي واجب ضمان توفرها وحمايتها.

فقد أوجبت المادة (7) منه على الدولة صيانة حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وحثتها على السعي للانضمام الى الإعلانات والمواثيق الدولية الإقليمية المنظمة لحقوق الإنسان، وعلى إصدار مواثيق جديدة تُعني بحقوق الإنسان والمواطن، كما ذهبت المادة (8) الى إلزام الدولة بضمان تكافؤ الفرص والعمل على توفير المستوى المعيشي اللائق، والتأكيد على حق العمل والتعليم والرعاية الصحية والضمان الاجتماعي لكل مواطن، كما أكدت على كفالة حق الملكية الفردية والخاصة، وضمان عدالة توزيع الثروة الوطنية بين المواطنين في مختلف مدن ومناطق البلاد.

من ناحية أخرى أوجبت المادة (9) على كل مواطن لبيي الدفاع عن الوطن، والحفاظ على الوحدة الوطنية، وعدم المساس بالنظام المدني الدستوري الديمقراطي، والتمسك بالقيم المدنية، ومكافحة النعرات الجهوية والعشائرية والعصبية القبلية. وأشارت المادة (19) الى كفالة الدولة لحق اللجوء بمقتضى القانون، وبعدم جواز تسليم اللاجئين السياسيين. كما نظمت المواد (11، 12، 13) الحماية الخاصة للمواطن، اذ أكدت على حرمة المساكن والعقارات الخاصة، وعدم جواز تفتيشها، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون، ورعاية حرمة الأموال العامة والخاصة، كما نصت على ضمان الدولة لحرية الرأي وحرية التعبير الفردي والجماعي، بالإضافة لحرية البحث العلمي وحرية الاتصال والصحافة، كما أكدت على ضمان حرية التجمع والتظاهر والاعتصام السلمي، وبما لا يتعارض مع القانون.

كما ألزمت المادة (15) الدولة بكفالة حرية تكوين الأحزاب السياسية والجمعيات وسائر منظمات المجتمع المدني، والتي حث الإعلان الدستوري ذاته في ذات الوقت الى ضرورة إصدار قانون ينظم المجتمع المدني وعمله، كما حظرت المادة 15 في ذات الوقت العمل السري، وإنشاء مجموعات مسلحة أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وغيرها من المنظمات التي تضر بالدولة وبوحدة التراب الوطني.

ولا يخفى علينا غياب أي وثيقة دستورية إبان العهد السابق، ولمدة تجاوزت الأربعة عقود ولا شك في أن تكريس هذه الحقوق والحريات في أول وثيقة دستورية صدرت في العهد الجديد، بعد ثورة 19 فبراير 2011م، كان خطوة هامة في مجال التأكيد على هذه الحقوق والحريات، وتكريسها كأهداف لثورة 17 فبراير.

وفي 29 يوليو 2017م رفعت الهيئة التأسيسية المنتخبة مشروع الدستور لمجلس النواب، لاعتماده وعرضه على الاستفتاء⁽²⁾، وباستعراض المواد المنظمة للحقوق والحريات وضماناتها يمكن القول بأن مشروع الدستور الذي سُلّم الى مجلس النواب لاعتماده وعرضه على الاستفتاء في 2017م قد نظم الحقوق والحريات في الباب الثاني منه، تحت عنوان (الحقوق والحريات)، في المواد من 31 وحتى 66، وقد جاء هذا التنظيم في 35 مادة، تحدثت فيه المادة 31 عن حماية الحق في الحياة، ونصت المادة 32 على الحق في السلامة الجسدية والبدنية والعقلية للإنسان، كما أكدت المادة 33 على حق الإنسان في الطمأنينة، ونصت المادة 34 على الكرامة الإنسانية والوقاية من صور العنف ومناهضة التعذيب وضروب المعاملة القاسية والمهينة واللاإنسانية والإخفاء القسري، وأشارت المادة 35 إلى حرمة الحياة الخاصة. بينما في المادة 36 تحدث المشروع عن الجرائم ضد الإنسانية، والتي حظرت كل صور السلوك التي تشكل جرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والإبادة الجماعية والإرهاب، وأكد النص على عدم جواز العفو عنها، وعدم سقوطها بالتقادم، وعلى سريان الاختصاص الدولي للقضاء الليبي بها.

وتناولت المادة 37، وتحت عنوان حق التعبير والنشر، الحق في حرية الكلمة وأمانتها، وألزمت الدولة بالتدابير اللازمة لحماية الحياة الخاصة، وحظر التحريض على الكراهية والعنف والعنصرية على أساس العرق أو اللون أو اللغة أو الجنس أو الميلاد أو الرأي السياسي أو الإعاقة أو الانتماء الجغرافي كما حظرت التكفير وفرض الآراء بالقوة.

² - وقد صاحب صدور هذا المشروع جدل كبير حول دستورية التصويت عليه.

وتناولت المادة 38 تنظيم حرية الصحافة والإعلام، ونصت المادة 39 على حق التصويت والترشح، بينما تعرضت المادة 40 لتنظيم حق المواطن في اختيار توجهاته السياسية، وأكدت المادة 41 على الحق في تكوين منظمات المجتمع المدني وحرية الانتساب إليها.

وأكدت المواد 42 و43 على الحق في المشاركة السياسية، والحق في الاجتماع والتجمع والتظاهر، وكفلت المادة 44 الحق في التنقل والإقامة، وأكدت المادة 45 على حقوق المواطنين في الخارج من حيث المشاركة السياسية ومتابعة أي انتهاكات يتعرضون لها. ونظمت المادة 46 الشفافية والحق في الحصول على المعلومات، وتناولت المواد 47 و48 الحق في الماء والغذاء والحق في الصحة، بينما أكدت المادة 49 على دعم حقوق المرأة، وأكدت المادة 50 على الحق في الحياة الكريمة، وتناولت المادة 51 من المشروع تنظيم الملكية الفكرية، ونظمت المواد 52 و53 و54 الحق في التعليم، وتنظيم التعليم الجامعي والفني والتقني، كما أكدت على أولوية التعليم والبحث العلمي. وتناولت المادة 55 الثقافات الليبية وحق الاختلاف، ونظمت النصوص 56 و57 الحق في العمل والحق في الرياضة، ونظمت المادة 58 الملكية الخاصة، وتم تكريس المادة 59 لحق الطفل، والمادة 60 لحقوق ذوي الإعاقة. وأكدت المادة 61 على الحق في التقاضي، وبعد جواز تحصين أي تشريع أو قرار من رقابة القضاء، وأكدت على حظر استبعاد من الولاية القضائية أي سلوك ضار بالحقوق والحريات أو مهدد لها.

وبدون أدنى شك نجد أن مشروع الدستور قد جاء أكثر تفصيلاً وتناولاً لموضوع الحقوق والحريات، وحاول جاهداً، وبشكل حقيقي وفعلي، مواكبة التطورات في مجال الحقوق والحريات، وهو بذلك يؤكد على أن النص على حقوق الإنسان والحريات في الدستور يعتبر أحد الطرق التي تؤدي إلى ضمان حقوق الإنسان وحرياته، حيث إن النص على هذه الحقوق

في الدستور يعني أن هذه الحقوق والحريات تعتبر مبادئ دستورية وطنية، يجب على كافة السلطات في الدولة احترامها.

ولكن لا يكفي أن ينص فقط في الدستور على الحقوق والحريات، بل يجب أن ينص الدستور كذلك على الوسائل الكفيلة التي من شأنها حماية هذه الحقوق والحريات، وإرجاعها إلى أصحابها في حالة انتهاكها، هذا من جانب، ومن جانب آخر ضرورة توفير الضمانات التي تعمل على تطبيق القاعدة الدستورية، إذ لا يمكن إصدار أي قانون أو تعليمات تتعارض مع أي حق أو حرية من حقوق الإنسان وحياته المنصوص عليها في الدستور.

المطلب الثاني

القيمة القانونية للاعتراف الدستوري بحقوق الإنسان وحياته

اختلف الفقه الدستوري في تحديد القيمة القانونية لديباجة الدستور، وما تضمنته من مبادئ، مفادها أن مقدمات الدساتير في الوقت الحالي أصبحت تتضمن مبادئ سياسية واقتصادية واجتماعية، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون ذات طبيعة دستورية، إذ ما هي إلا توجهات ومثل عليا، تعبر عن آراء ومعتقدات سياسية، بين مؤكد ورافض لها، حيث إن المقدمة في نظر البعض من قبيل ما ذكر من مبادئ سياسية واقتصادية واجتماعية، ولذا فهي ليست جزء من الدستور، ولا تتمتع بسموه، ومن ثم ليس هناك قابلية للاحتجاج بها من قبل هيئات السلطة العامة.

من هنا كان مصدر الخلاف، فهل المقدمة التي يستهل بها الدستور هي جزء منه أم لا؟ وهل ما تتضمنه من مبادئ وأفكار يمكن أن يشكل قواعد دستورية شأنها شأن بقية ما يحتويه الدستور وينظمه أم لا؟ وقد عمق ذلك الاختلاف اهتمام الدول بعد الحرب العالمية الأولى بتضمين إعلانات الحقوق في دساتيرها، ولتحديد القيمة القانونية لهذه النصوص ظهرت اتجاهات ثلاثة:

1- الاتجاه الذي يعترف لها بذات القيمة القانونية للتشريع:

إذ يرى اتجاه من الفقه الدستوري أن إعلانات حقوق الإنسان لا تتعدى التشريعات العادية قوة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتساوى مع النصوص الدستورية، ويعلل أنصار هذا الرأي قولهم بعدم ورود هذه النصوص في صلب الوثيقة الدستورية، وإنما وردت في وثائق مستقلة في الغالب، ولو أراد واضعوها لها القيمة الدستورية لضمنوها في الوثيقة الدستورية ذاتها⁽³⁾.

2- الاتجاه الذي يعترف لها بقيمة أعلى من قيمة الدستور:

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى الاعتراف لإعلانات حقوق الإنسان بقيمة أعلى من القيمة القانونية للدستور نفسه، تأسيساً على أن المبادئ التي تضمنتها هذه الإعلانات لا تستمد من إرادة الحاكم، بل من كونها معبرة عن ضمير الجماعة والإرادة العليا للإنسانية، والتي يقع على السلطة التأسيسية التزام التعبير عنها في صلب الوثيقة الدستورية، وإفراغها في ضمانات وقواعد دستورية⁽⁴⁾.

3- الاعتراف لها بذات القيمة الإلزامية للدستور:

ويستند أنصار هذا الاتجاه على ضعف الاتجاه الأول، والذي اعترف لها بقيمة مساوية للتشريع، وعلى ما لهذه النصوص من قيمة موضوعية، وذلك بالنظر لطبيعة الموضوعات التي تنظمها، والتي في الغالب ما تكون موضوعات ذات طبيعة دستورية، كالحقوق والحريات العامة، والضمانات اللازمة لحمايتها⁽⁵⁾.

³- د. أحمد سليم سعيقان: الحريات العامة وحقوق الإنسان، دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة، الجزء الأول، مفهوم الحريات العامة وحقوق الإنسان إطارها الفكري والتاريخي والفلسفي وضماناتها الأساسية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010م، ص286

⁴- د. مصطفى أبوزيد فهمي: الدستور المصري فقهاً وقضاً، دار المطبوعات الجامعية، 1966م، الطبعة الأولى والثانية، ص135-134

⁵- د. وجدي ثابت غبريال: القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري طبقاً لدستور 1981م، دار النهضة العربية، 1989-1990م، ص121

وينصرف هذا الرأي على الإعلانات الدستورية عامةً، والإعلان الدستوري الليبي الصادر عن المجلس الانتقالي خاصةً، إذ يذهب الفقه في مجمله إلى اعتبار الإعلانات الدستورية المؤقتة بمثابة دساتير مؤقتة، لها ما للدساتير من قيمة قانونية ملزمة⁽⁶⁾.

إن إقرار الحقوق والحريات العامة في أسمى قانون في الدولة، وهو دستور البلاد الأعلى، وذلك بعد المصادقة عليها من طرف الدولة، يعني أن الإقرار يسير في اتجاه دعم وتعزيز الحقوق والحريات، وبالتالي دولة القانون، وبهذا يشكل الاتجاه إلى دستور الحقوق والحريات العامة ظاهرة عالمية.

فالحريات العامة، كتعبير عن واقع قانوني، تجد مجالها داخل الدولة في القوانين التي تتولى تنظيمها وحمايتها، وتعرف أبعادها على المستوى الدولي في أنها تشكل الجيل الأول من حقوق الإنسان، وبهذا فإن الحرية القانونية هي إحدى تجليات الحرية، والحرية العامة مظهر خاص للحرية بصفة عامة، منظمة قانونياً بواسطة النصوص الوطنية، الدستورية والتشريعية والتنظيمية، وكذا الدولية، وتخضع لحماية قانونية فعلية.

⁶ - د. سلوى فوزي الدغيلي: الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 8 أغسطس 2011 "دراسة تأصيلية تحليلية في ضوء مفهوم الإعلانات الدستورية"، بحث منشور في المجلة الليبية العالمية التي تصدر عن كلية التربية المرج، العدد الثلاثون، 25 أكتوبر 2017.

المبحث الثاني

الأسس الوضعية لضمانات الحقوق والحريات في الوثائق الدستورية في ليبيا بعد 2011م

إن الاعتراف بالحقوق والحريات الفردية كأحد مقومات الدولة القانونية هو الهدف الأساسي من قيام الدولة القانونية، ومتى اختفت الحقوق والحريات الفردية أو انعدمت في النظام القائم كنا أمام دولة بوليسية، فمع هذا المفهوم للاعتراف بالحقوق والحريات الفردية كأحد مقومات الدولة القانونية يتعذر أيضاً تصور دولة قانونية، ليس للأفراد فيها حقوق ولا حريات، ومن هنا كان الاعتراف بتلك الحقوق والحريات أحد مقومات الدولة القانونية، فلا قيام لها إلا به⁽⁷⁾.

ويكاد يتفق الفقه على أن المقومات الأساسية لقيام دولة القانون هي: وجود دستور، وتدرج القواعد القانونية، وسمو الدستور، والخضوع لحكم القانون، والاعتراف بالحقوق والحريات الفردية، وبالإضافة إلى ذلك توجد ضمانات أساسية لتحقيق دولة القانون، تتعلق بتنظيم أجهزة الدولة تنظيمًا يمنع الاستبداد، ويحول دون الطغيان، ويقود إلى حماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

المطلب الأول الضمانات القانونية للحقوق والحريات

مبدأ المشروعية:

أو مبدأ سيادة القانون، ويعد هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في الدولة القانونية المعاصرة، ومفاده التزام جميع أفراد الشعب، حكما أو محكومين وسلطات الدولة، على

⁷-د. منير البياني: حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الأساسي الفكري والخصائص والنتائج، مؤتمر حقوق الإنسان في الشريعة والقانون، جامعة الزرقاء الأهلية، الأردن، 2001م، ص148.

السواء، باحترام القانون كأساس لمشروعية الأعمال التي يؤيدونها، بيد أن سيادة القانون لا تعني فقط مجرد الالتزام بمضمون أو جوهر القانون، ذلك أن القانون يجب أن يكفل الحقوق والحريات للأفراد جميعاً، وهذا هو جوهر سيادة القانون، أما إذا حصل العكس، وكان القانون لا يأبه بحقوق الأفراد وحرياتهم، فإن ضمان هذه الحقوق والحريات سيتحول إلى مجرد عزاء تافه لضحايا القانون، ومن ثم يصبح مبدأ سيادة القانون عديم الفاعلية في حال عدم تحقيقه أدنى مستوى من الأمن الحقيقي لأفراد المجتمع.

ومن مقتضيات هذا المبدأ خضوع الإدارة للقانون، فهو ركن لا قيام للدولة القانونية إلا به، ومقتضاه أن الإدارة لا يجوز لها أن تتخذ إجراء أو قراراً إدارياً أو عملاً مادياً إلا بمقتضى القانون، وتنفيذاً للقانون.

فالسلطة السياسية يتعين عليها أن تحترم مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة، وأن تمارس نشاطها في نطاقها، والالتزام بالإدارة بالعمل في دائرة وحدة النظام القانوني المقرر في الدولة هو ما يطلق عليه مبدأ الشرعية، أو مبدأ سيادة حكم القانون، أي خضوع الإدارة في نشاطها للقانون، تطبيقاً لمبدأ الشرعية، والذي هو عنصر من عناصر الدولة القانونية، ويترتب على مبدأ الشرعية سيادة حكم القانون وسيطرته، وخضوع الحكام والمحكومين له على السواء، فلا يصح أن يتحلل الحكام في الدولة القانونية التي تقوم على أساس وجود المبدأ المذكور من حكم القانون⁽⁸⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى المادة 65 من مشروع الدستور، والتي بعنوان "ضوابط القيد على ممارسة الحقوق والحريات" حيث جاءت مخيبة للآمال، لأنها وردت بصياغة تنقصها بعض الدقة، إذ أعطت السلطة التشريعية سلطة وضع قيد على ممارسة الحقوق، بشرط أن يكون القيد ضرورياً، وواضحاً، ومحددأ، ومتناسباً مع المصلحة محل الحماية.

⁸ - المصدر السابق: ص 147.

كما حظرت هذه المادة الرجوع على الضمانات المقررة قانوناً، وذلك كله بما لا يتعارض مع أحكام هذا الدستور، إلا أننا نجد أن هذا التنظيم جاء قاصراً بعد النص على منع القيد من المساس بجوهر الحق نفسه، الأمر الذي يجعل من الحقوق الممنوحة للمواطن في المواد 31 الى 66 في مهب الريح، إذ تستطيع السلطة التشريعية أن تتحكم في فرض القيود عليها دون سقف.

المطلب الثاني

الضمانات السياسية لحقوق الإنسان

مبدأ الفصل بين السلطات:

إذ لما كانت الدولة هي المنتهكة لحقوق الأفراد في الغالب، فالتساؤل كان مشروعاً وهو: كيف لهذه الدولة أن تكون الضامن للحقوق؟ والحل كان في مبدأ الفصل بين السلطات⁽⁹⁾، حيث تعود هذه الفكرة إلى أفكار جون لوك حول (الحكومة المدنية) ومونتسكيو في (روح القوانين)، إذ أبرز الأخير أهمية وجود سلطات ثلاث في الدولة، لكي تراقب كل سلطة السلطة الأخرى، وتحد من تعديها لمجال اختصاصها.

ووفقاً لهذا المبدأ يكون لكل سلطة اختصاص معين لا يجوز لها الخروج عليه، وإلا اعتدت على اختصاصات السلطات الأخرى، ونجد أن النظام الرئاسي أقر بالفصل التام بين السلطات، على عكس النظام البرلماني الذي يمثل التمثيل الحقيقي لسلطة الشعب صاحب السيادة⁽¹⁰⁾، فالسلطة التنفيذية في مجالها التنفيذي، والسلطة التشريعية ممثلة الشعب من خلال ممثليه، تعتبر قلب العملية الديمقراطية المخولة ببلورة قيم وطموحات وتفضيلات الشعب وفق

⁹- لونا زيدان: الضمانات القضائية لحقوق الإنسان في وقت السلم، رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير من كلية الحقوق بجامعة مولود فرعون بتيزي وزو، الجزائر، 2010م، صص 10-11

¹⁰- سعدي محمد الخطيب: حقوق الإنسان وضمانياتها الدستورية في اثنين وعشرين دولة عربية، دراسة مقارنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،

تشريعات تواكب الضرورات والتطورات المجتمعية، وتختص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات.

غير أن الفصل بين السلطات الثلاث يجب ألا يكون فصلاً انعزالياً وكلياً، وإنما يجب أن يكون فصلاً مرناً، نظراً لأهمية التعاون، وضرورة التكامل بين هذه السلطات الثلاث، حتى لا تختل العلاقة بين السلطات لصالح سلطة على حساب بقية السلطات، فتضيع حقوق المواطنين⁽¹¹⁾.

فالمعنى السياسي لمبدأ الفصل بين السلطات يقصد به عدم جمع السلطات وعدم تركيزها في قبضة شخص أو هيئة واحدة، وذلك ضماناً لحرية الأفراد، ومنعاً للتعسف والاستبداد، وفي ذلك يقول Montesquieu: "لا تتحقق الحرية مطلقاً إذا اجتمعت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في شخص، أو في هيئة حاكمة واحدة، وذلك لأنه يخشى أن يضع الملك نفسه، أو هيئة الأشراف نفسها، قوانين جائرة، وينفذها تنفيذاً جائراً. وكذلك لا تكون هناك حرية إذا لم تفصل سلطة القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإذا كانت متحدة مع السلطة التشريعية فإن حياة وحرية المواطن تصبح بين يدي قضاة متحكمين، وأحكامهم لا رقيب عليها، والقاضي يصير مشرعاً. وإذا كانت متحدة بالسلطة التنفيذية أمكن للقاضي أن يصبح طاغية ومستبد. وكل شيء يضيع إذا مارس الرجل نفسه، أو هيئة الأشراف، هذه السلطات الثلاث سلطة وضع القوانين وسلطة تنفيذ الأوامر العامة وسلطة القضاء"⁽¹²⁾.

ويعد مبدأ الفصل بين السلطات من أهم ضمانات حقوق الإنسان، لأنه يترتب عليه قيام الدولة القانونية بتخصيص جهة مستقلة لكل من سلطة تنفيذ القانون أو المشرعة له أو للقضاء،

¹¹ - عصمة دوكة: ضمانات حقوق الإنسان في الدولة، تاريخ الاطلاع 27 أبريل 2019 على الموقع:

http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=User_profile&UserID=11394

¹² - Perry (Tory D.); American Politics, 2nd Ed. 'Mc Graw – Hill companies'

U.S.A., 2000-2001, P.44; Philips (Hood), Constitutional and Administrative Law, 5th Ed. Sweet and Maxwell, London, 1973, P. 14

مما يضمن حسن سير مصالح الدولة، وحماية حقوق الإنسان، ومنع التعسف أو التجاوز في السلطة، وغالبا ما يتم توزيع هذه السلطات بنصوص دستورية واضحة⁽¹³⁾.

وبتتبع الحياة الدستورية في ليبيا نجد أن ليبيا لم تعرف من مبدأ الفصل بين السلطات إلا ملامح بسيطة، تجسدت في دستور الاستقلال الصادر سنة 1951م، إذ منذ انقلاب 1969م حكم البلاد نظام غير واضح المعالم، سمته الغلبة تتمثل في وحدة السلطة، وتركيزها في يد الحاكم، ولمدة تجاوزت الأربعة عقود. إلا أنه وفي النظام الدستوري للمرحلة الانتقالية التي بدأت في ليبيا في 2011م، والتي رسمها الإعلان الدستوري الصادر في أغسطس من ذات العام، فقد انعدم أي مظهر من مظاهر الفصل بين السلطات، بل لقد رسم الإعلان الدستوري في المادة 30 منه، في تلك المرحلة، نظاماً سياسياً يقوم على أساس وحدة السلطة لصالح السلطة التشريعية، أي المجلس الوطني الانتقالي في تلك المرحلة، وخلفه المؤتمر الوطني العام، حيث تمتعاً بصلاحيات كبيرة جداً، في الوقت الذي مثلت الحكومة ذراعاً ضعيفاً، أما السلطات الفعلية فقد كانت، وإلى حد كبير، يشاركها فيها المجلس الوطني، ومن بعده المؤتمر الوطني.

بينما اتجه مشروع الدستور، وإلى حد كبير، نحو اتخاذ خطوات راسمة لنظام سياسي يقوم إلى حد كبير على مبدأ الفصل بين السلطات، وإن كان ليس بالكامل، وليس بالمعنى الحقيقي للمبدأ، إذ نص في المادة 8 على أن "يقوم النظام السياسي على مبادئ التعددية السياسية، والتداول السلمي على السلطة، والفصل بين السلطات، والتوازن، والرقابة بينها على أساس الحكم الرشيد القائم على الشفافية والمراقبة، والمساءلة". ولا شك في أن هذه خطوة نحو وضع الأساس لمبدأ الفصل بين السلطات في المشهد الدستوري الليبي بعد 2011م، بعد عقود من مشهد دستوري غامض، تشابكت فيه الصلاحيات، لتنتهي في يد الحاكم.

¹³ - د. عبدالغني بسيوني: النظم السياسي والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 352

المطلب الثالث

الضمانات القضائية لحقوق الإنسان

أولاً- حق التقاضي:

يلاحظ أن الدولة التي فيها قضاء مستقل توصف بأنها قانونية، وبعبارة أخرى سوف نكون أمام دولة بوليسية، لا تعمل على ضمان حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وعندما تكون هناك دولة قانون تتمتع بقضاء مستقل، فإن هذا الأمر سيؤدي إلى ضمان حقوق الإنسان وحمايتها⁽¹⁴⁾. وإذا انتهكت هذه الحقوق بالنسبة إلى أحد الأشخاص، فإنه يستطيع مقاضاة السلطة، أو أي فرد انتهك أي حق من حقوقه أو اعتدى عليه، أمام القضاء، استناداً لما يتمتع به هذا الشخص من حق التقاضي أمام القضاء، فالقضاء هو الوسيلة التي تُرد بها الحقوق إلى أصحابها، وتحترم بها الحريات والأعراض والأموال. ونظراً لأهمية هذا الحق فإن الدساتير قد نصت عليه، وهذا ما أشار إليه الإعلان الدستوري الصادر في 2011م في المادة 33 منه، والتي نصت على أن "التقاضي حق مكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين، وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار إداري من رقابة القضاء". وقد ذهب مشروع الدستور الليبي، والذي تم تقديمه للبرلمان في 29 يوليو 2017م، إلى النص في المادة 61 منه، والتي جاءت بعنوان حق التقاضي، على أن "الحق في اللجوء للقضاء مكفول للجميع، ولكل شخص الحق في محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي، وفي أجل مناسب يحدده القانون، ويؤمن له فيها الضمانات كافة. ولا يجوز تحصين أي تشريع، أو قرار إداري من رقابة القضاء. ولا أن يستبعد من الولاية القضائية أي سلوك ضار بالحقوق والحريات أو مهدد لها".

¹⁴-Dominique Rousseau, Pierre- Yves Gahdoun, Julien Bonnet , Droit Du Contentieux Constitutionnel, 11 edition, edition entierement refondue , LGDJ, p 653

كما نجده في المادة 63 من ذات المشروع، والتي بعنوان ضمانات إجرائية، قد نص على أن "لكل فرد الحق في احترام كرامته الإنسانية في الإجراءات الجنائية كافة. وعلى السلطات المختصة تسبب أوامرها الماسة بالحقوق والحريات. ولا إيقاف، إلا في الأماكن المخصصة لذلك، ولمدة محددة قانوناً، مع إعلانه للجهة القضائية المختصة، ولعائلة الموقوف، أو الشخص الذي يختاره، وتحديد مكانه، وإعطاء المعني الوقت الكافي، والتسهيلات اللازمة لإعداد دفاعه، وإعلامه بسبب إيقافه، وبحقه في ألا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه، ومسؤوليته عما يدلى به، والاستعانة بمرجم، وفي اختيار محام، والاتصال به، وتكفل الدولة المساعدة القضائية".

ويلاحظ أن الأمر لا يقتصر فقط على إعطاء الأفراد حق التقاضي في محاكمة علنية، وإنما يتطلب الأمر، وضمن حقوقهم بصورة أكيدة، إعطاءهم حق الطعن في الأحكام أمام محكمة أخرى أعلى درجة، لتدارك الخطأ الذي قد تقع فيه المحكمة التي أصدرت الحكم، وهذا بلا شك يعد من ضمانات حقوق الإنسان وحياته الأساسية.

ولا شك في أن حق التقاضي يعتبر من الضمانات القضائية القوية التي تحمي حقوق الإنسان وحياته الأساسية، حيث يقوم القضاء بفض المنازعات الخاصة بين الأفراد، وإرجاع الحقوق والحريات إلى أصحابها، في حالة وجود اعتداء علي تلك الحقوق والحريات، من خلال إعطائهم حق التقاضي أمامه، وقد استقر الرأي عند أغلب فقهاء القانون على أن هذه الوسيلة إنما هي إعطاء الولاية الكاملة للسلطة القضائية للنظر في جميع المنازعات المثارة على أعمال الإدارة بمناسبة قيامها بإشباع الحاجات العامة والأساسية للمجتمع، عندما تنجح الإدارة عن جادة الطريق وتتحرف بنشاطها، وتبتعد عن الأهداف المرسومة لها، مع عدم التمسك الحرفي بمفهوم سيادة القانون، لا أن تترك الإدارة بدون رادع ومراقبة وتقرير جزاءات مناسبة عند مخالفتها للهدف الذي وجدت من أجله.

والرقابة القضائية التي يتولاها ويمارسها الجهاز القضائي المستقل، والمتمثل في المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها، تعد الضمانة الحقيقية والفعالة لإخضاع الإدارة لحكم القانون وضمان مبدأ المشروعية، وهي تبعاً لذلك تعد من أهم ضمانات تحقيق نظام دولة القانون، ومن أهم الوسائل وأيسرها على المواطن، والتي تكفل له ومن خلالها استرجاع حقوقه التي انتهكتها الإدارة، وكذلك تعد ضماناً لحماية الحريات العامة من تعسف رجال الإدارة، كل ذلك عندما يلوذ المواطن بالقضاء طالباً الإنصاف والحماية من جور الإدارة⁽¹⁵⁾.

ولكي تؤدي الرقابة القضائية ثمارها لابد أن يتوفر في تنظيمها كل مقومات وضمانات استقلالها الضرورية، والتي تحول دون تدخل السلطة التنفيذية، ولعل من أهم تلك الضمانات هو الاستقلال التام والكامل للسلطة القضائية عن أعمال السلطات الأخرى. كل ذلك يتم من خلال وضع آليات صارمة لاختيار القضاة الأكفاء، ووضع قانون مستقل ينظم أعمال السلطة القضائية تنظيمًا هرمياً، ويحدد صلاحياتهم، والسلم الوظيفي لهم، وأنواع العقوبات الواجبة التطبيق عند مخالفتهم للأمانة الملقاة على عاتقهم⁽¹⁶⁾.

ولكي تقوم دولة القانون لا يكفي الإعلان عن حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، والاقرار بقيمتها القانونية، وإنما يلزم علاوة على ذلك إيجاد السبل الكفيلة لضمان احترام هذه الحقوق والحريات من قبل أدوات الحكم في الدولة. وقد أكدت على ذلك المادة 63 من مشروع الدستور، وذلك بتأكيداها على حق كل فرد في احترام كرامته الانسانية في الاجراءات الجنائية كافة.

وعلى السلطات المختصة تسبب أوامرها الماسة بالحقوق والحريات، وعدم الإيقاف إلا في الأماكن المخصصة لذلك، ولمدة محددة قانوناً، مع إعلانها للجهة القضائية المختصة، ولعائلة الموقوف، أو الشخص الذي يختاره تحديد مكانه، وإعطاء المعني الوقت الكافي، التسهيلات اللازمة لإعداد دفاعه، وإعلامه بسبب إيقافه، وبحقه في ألا يُجبر على تقديم دليل

¹⁵ - انظر د. سعد عصفور، و د. محسن خليل: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص71

¹⁶ - انظر د. ثروت بدوي: الدولة القانونية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة الثالثة 1959، ص65.

ضد نفسه، ومسئوليته عما يُدلي به، وحقه في الاستعانة بمترجم، وفي اختيار محام، والاتصال به، وتكفل الدولة المساعدة القضائية.

فالحقوق والحريات الواردة في الدساتير والوثائق الوصفية لن يكون لها معنى إلا إذا اعترفت هذه الدساتير والوثائق بوجود هيئات قضائية، تتولى تصحيح ورد الاعتداء الذي يقع على هذه الحقوق والحريات.

وقد أكدت المادة 121 من مشروع الدستور على أن يرتبط حق التقاضي بمبدأ العلانية بشكل عام، ويقصد به أداء وظيفة القضاء بصورة علنية، لتمكين الرأي العام من متابعة أعمال القضاء، ليكون ذلك ضماناً أيضاً على مراقبة ما يحدث، وأن القضاء يسير وفقاً لممارسة القانون، واستثناء تكون الجلسات سرية إذا كان ذلك من مصلحة سير العدالة وأطراف الدعوى، ولا يشكل انتهاكاً لحقوقهم أو حرياتهم.

وبجانب حق التقاضي يجب أن يكون هناك ضمانات إضافية لضمان حقوق الأفراد بصورة أكيدة، وهي إعطائهم حق الطعن في الأحكام أمام محكمة أعلى درجة، لتدارك الخطأ الذي قد تقع فيه المحكمة التي أصدرت الحكم، وهذا بلا شك يعد من ضمانات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، (المادة 122 من مشروع الدستور)، كما حظرت المادة 123 إنشاء المحاكم الاستثنائية.

ثانياً- الرقابة على دستورية القوانين:

تعد الرقابة على دستورية القوانين التي تبشر على القوانين بقصد التأكد من احترامها للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية وعدم مخالفتها لأحكامها من أهم الوسائل القانونية التي تكفل احترام ونفاذ القواعد المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية⁽¹⁷⁾، كما تهدف الرقابة على دستورية القوانين أيضاً إلى تحقيق ذات الهدف، وهو المحافظة على ضمان حقوق الإنسان

¹⁷- انظر د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ط 3، دار النهضة العربية، 1983م، ص 455

وحرياته، وتعمل على عدم انتهاكها، والمقصود من دستورية القوانين هو وجوب مطابقتها لأحكام الدستور، وعدم تعارضها معه.

وتعتبر الرقابة على دستورية القوانين من ضمانات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، إذ لا معنى لمبدأ سيادة القانون إلا إذا كفل النظام القانوني للدولة وجود جزاء على مخالفة القوانين لأحكام الدستور، وخاصة المتعلقة بحقوق وحريات الإنسان، بحيث يكون جزاء كل قانون يخالف أحكام الدستور هو البطلان.

فقد تصدر في بعض الأحيان من السلطة التشريعية تشريعات تؤدي إلى انتهاك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبشكل لا يتفق مع القيم والمبادئ الدستورية، بقصد أو بدون قصد، وهنا تظهر أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كضمانة من ضمانات حقوق الإنسان في حالة انتهاكها من قبل السلطة التشريعية.

وفي الوقت الذي لم يتطرق فيه الإعلان الدستوري الصادر في أغسطس 2011م للقضاء الدستوري، مكتفياً بالنص في المادة 32 منه على التأكيد على استقلال السلطة القضائية، وتولي المحاكم لها، وعلى اختلاف أنواعها ودرجاتها، مُبقياً على الوضع السابق للرقابة على الدستورية، والذي تقرر منذ 1951م بمقتضى دستور الاستقلال، والذي قرر تشكيل المحكمة العليا من رئيس وعدد من القضاة، يعينون بمرسوم، ويحدد القانون اختصاصات المحكمة العليا، وبالفعل صدر القانون سنة 1953م، ونظم اختصاصات المحكمة العليا، وعهد بمهمة الرقابة على الدستورية للدائرة الدستورية في المحكمة العليا، وقد مارست الدائرة الدستورية ولايتها بالرقابة على دستورية القوانين منذ ذلك التاريخ وحتى صدور القانون رقم 6 لسنة 1982م، والذي أعاد تنظيم اختصاصات المحكمة العليا، ومن بعده القانون 17 لسنة 1994م، واللائحة رقم 283 لسنة 2004م الصادرة عن الجمعية العمومية للمحكمة.

إلا أن مشروع الدستور في 2017م جاء بتنظيم مغاير للوضع الذي استقر ما يزيد على خمسة عقود، إذ نص على استحداث المحكمة الدستورية العليا في المواد 135-142، وبذا، ولأول مرة في تاريخ ليبيا، إذا ما تم اعتماد مشروع الدستور، سيتم إنشاء القضاء الدستوري المتخصص، حيث نص المشروع في المادة 135 منه على استحداث محكمة دستورية، لها الشخصية الاعتبارية، وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي.

كما حددت المادة 139 اختصاصات هذه المحكمة، والتي منها الرقابة على دستورية القوانين ومدى احترامها للدستور، كما أنه، ولأول مرة أيضاً في التاريخ الدستوري، تم منح القضاء، وبصريح النص، النظر في الدعاوى المتعلقة بعدم وفاء السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية، أي الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، وفي هذا ضماناً لقيام السلطة التشريعية بتنفيذ واجباتها التشريعية، وعدم تأخيرها أو التصلب منها.

ويعتبر هذا توجهاً محموداً لهيئة صياغة الدستور، والتي رأت مواكبة التطورات في مجال القضاء الدستوري، والتوجه العام في النظم المقارنة، إلى القضاء المتخصص، والذي هو بلا ريب أكثر قدرة على مواجهة هذه المسائل والقضايا الدستورية.

إن الأساس النظري للرقابة على الدستورية يعني خلق آليات قانونية موجهة لضمان مطابقة القواعد القانونية الأدنى للقاعدة الدستورية، والمطابقة إما تكون مادية أو شكلية، فالمادية تهتم بمضمون القانون، والشكلية تتعلق بمدى احترام المساطر أثناء وضع القاعدة القانونية⁽¹⁸⁾، ومراقبة دستورية القوانين تقود إلى ضمان حماية المؤسسات الدستورية ومجالات اختصاصاتها.

وفي إطار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المتعلقة باحترام حقوق الإنسان وحمايتها، فقد اتجه القضاء المقارن إلى اعتماد التفسير الواسع بالنسبة إلى تحديد الحقوق

¹⁸ Giquel Jean, Droit constitutionnel et Institutions Politiques, 12 Ed Montchrestien, 1993, p 187

والحريات، وعدم الالتزام الحرفي بما ورد في صلب النص الدستوري، ولك بما يستقيم مع روح الدستور ومقتضاه.

ولا يجوز النظر في تفسير النصوص الدستورية بما يتعدها عن غايتها النهائية، ولا بوصفها هائمة في الفراغ، أو بوصفها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين أن تحمل على مقاصدها، بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية، وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها، والتي صاغت الإدارة الشخصية⁽¹⁹⁾.

وقد أكدت كثير من المحاكم الدستورية عدم التقيد في مجال التفسير بما ورد صراحة ومباشرة في نصوص الدستور، بشأن الحقوق والحريات التي تضمنتها الشرعية الدستورية، وإنما يتم استخلاص هذه الحقوق والحريات من مجموعة من المعايير، تستخلص من الاعلانات الدولية لحقوق الإنسان، والتفسير الواسع لبعض الحقوق، بما يؤدي إلى استخلاص حقوق ترتبط ارتباطاً لازماً ومقتضيات الدولة القانونية والديمقراطية⁽²⁰⁾.

¹⁹ - د. محمد أبو العينين: دور الرقابة على دستورية القوانين في دعم الديمقراطية وسيادة القانون، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق،

جامعة حلوان، 30-31 مارس 1998م، ص 265-316

²⁰ - لمزيد من التفصيل أنظر د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط2، القاهرة، 2000م، ص 62-83

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الحقوق والحريات الدستورية الضمانات والتطبيق ننتهي إلى أن العبرة ليست بالنصوص الدستورية القاضية بالحريات والحقوق، وإنما باحترامها من قبل الدول والسلطات الحاكمة، ومدى كفاءة تطبيقها وأسس احترامها، فضمان حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لا يتحقق فقط بوجود الضمانات الدستورية والضمانات القضائية، بل لابد من وجود ضمانات أخرى، بحيث تؤدي هذه الضمانات مجملها إلى ضمان حقوق الإنسان وعدم انتهاكها، والضمانات الأخرى تتمثل في الرأي العام وأجهزة الإعلام ومنظمات المجتمع المدني غير الحكومية.

التوصيات:

- إن الحقوق والحريات تعتزم بناء مؤسسات دستورية، أساسها مشاركة كل الأفراد في تسير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة، وضمان الحرية لكل فرد. وفي ظل دولة قانونية تكفل هذه الحقوق وتحميها.
- لا بد من إقامة حلقات للتوعية القانونية لترسيخ مفهوم حقوق الإنسان والضمانات الخاصة بها.
- ضرورة إصدار نشرات ومجلات تتعلق بموضوعات حقوق الإنسان، من حيث تحديد مفهومها وأنواعها والمواثيق الدولية التي صدرت بشأن حماية حقوق الإنسان، بما يؤدي إلى ضمان عدم انتهاكها، وتعميمها من خلال القنوات التعليمية، بدءاً من المدارس الابتدائية وحتى الدراسات الجامعية العليا.
- متابعة الدولة لتطبيق الاتفاقات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان داخل الدولة، وضمان تمتع جميع الأفراد بالحقوق والحريات التي نصت عليها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، والتي صادقت عليها ليبيا.

المصادر

- 1- د. أحمد سليم سعيغان: الحريات العامة وحقوق الإنسان، دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة، الجزء الأول، مفهوم الحريات العامة وحقوق الإنسان إطارها الفكري والتاريخي والفكري والفلسفي وضماناتها الأساسية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
- 2- د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق الحريات، دار الشروق، ط2، القاهرة، 2000م.
- 3- د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ط3، دار النهضة العربية، 1983م.
- 4- د. سعد عصفور، د. محسن خليل: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 5- سعدي محمد الخطيب: حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية في اثنين وعشرين دولة عربية، دراسة مقارنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م.
- 6- د. سلوى فوزي الدغيلي: الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 8 أغسطس 2011م "دراسة تأصيلية تحليلية في ضوء مفهوم الإعلانات الدستورية"، بحث منشور في المجلة الليبية العالمية التي تصدر عن كلية التربية المرج، العدد الثلاثون، 25 أكتوبر 2017م.
- 7- عبد الغني بسيوني: النظم السياسي والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 8- د. محمد أبو العينين: دور الرقابة على دستورية القوانين في دعم الديمقراطية وسيادة القانون، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان 30-31 مارس 1998م.
- 9- د. منير البياني: حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون الأساسي الفكري والخصائص والنتائج، مؤتمر حقوق الإنسان في الشريعة والقانون، جامعة الزرقاء الأهلية، الأردن، 2001م.
- 10- د. مصطفى أبوزيد فهمي: الدستور المصري فقهاً وقضاءً، دار المطبوعات الجامعية، 1966، الطبعة الأولى والثانية.

11- لؤناس زيدان: الضمانات القضائية لحقوق الإنسان في وقت السلم، رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير من كلية الحقوق بجامعة مولود فرعون بـتيزي وزو، الجزائر، 2010م.

12- د. وجدي ثابت غبريال: القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري طبقاً لدستور 1981، دار النهضة العربية، 1989-1990

13- عصمة دوكة: ضمانات حقوق الإنسان في الدولة، تاريخ الاطلاع على الموقع 27 أبريل 2019م:

1- http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action=User_profile&UserID=11394

- 1- Dominique Rousseau: Pierre- Yves Gahdoun, Julien Bonnet, Droit Du Contentieux Constitutionnel, 11 ed, edition entierement refondue ,LGDJ.
- 2- Giquel Jean: Droit constitutionnel et Institutions Politiques, 12 Ed Montchrestien, 1993.
- 3-Perry (Tory D.); American Politics- '2nd Ed. 'Mc Graw – Hill companies -16' U.S.A. '2000-2001
- 4-Philips (Hood) 'Constitutional and Adminstrative Law '5th Ed. -17'Sweet and Maxwell 'London '1973

المواجهة الجنائية الموضوعية لاختلاس الأموال بوصفه صورةً من صور الفساد

(دراسة مقارنة)

د. ما شاء الله عثمان الزوي⁽¹⁾

مقدمة

تعتبر الأموال العامة Fonds publics من العناصر الأساسية المهمة واللازمة لكي تقوم الدولة-عبر أجهزتها المختلفة-بمهامها وواجباتها، لاسيما فيما يتعلق بتقديم الخدمات وتطويرها، وكذلك تنفيذ خطط التنمية المستدامة، بما يحقق خدمة الفرد ورفاهيته، والاستقرار في الدولة. والفساد بجميع أشكاله -ومنه الإثراء غير المشروع- يشكل عبءاً وتحدياً خطيراً أمام استقرار الدول وأمنها، ويقوّض المؤسسات والقيم الأخلاقية والعدالة، ويضر بالتنمية المستدامة وسيادة القانون.

إن غياب الأموال العامة يجعل أجهزة الدولة ومرافقها المختلفة عاجزة عن القيام بمهامها المنوطة بها، فالأموال العامة تشكل عصب الحياة المالية، وشریان الاقتصاد الوطني للدولة، ومحركها الأساسي للقيام بمهامها ووظائفها، ولعل أكثر القطاعات تضرراً بالاعتداء على المال العام هي القطاعات الخدمية بالدولة، التي لا استقرار لحياة الفرد من دونها؛ لأنها قطاعات مهمة في المجتمع، الأمر الذي يعني ضرورة توفير حماية فعالة للأموال العامة، فهي أحوج إلى الحماية من المال الخاص؛ نظراً للدور المهم الذي تقوم به، والذي لا يقتصر على فرد بعينه.

وقد أضحت الحاجة ملحةً إلى حماية الأموال العامة مع تعاظم الدور الذي تقوم به الدولة في عالمنا اليوم داخل المجتمع، ومن ثم اعتماد الفرد بشكل كبير على الخدمات التي تقدمها الدولة، وفي المقابل ضعف الدور الذي يقوم به القطاع الخاص في كثير من البلدان، ومن ضمنها ليبيا، بخلاف الدول

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون.

التي يكون فيها للقطاع الخاص دورٌ حيويٌّ وفعالٌ؛ لمساعدة الدولة في تقديم الخدمات المختلفة للأفراد، مما يبرز أهمية حماية المال في نطاق القطاع الخاص لدى تلك الدول؛ نظراً لعظم دوره.

ولاشك أن تنامي ظاهرة الفساد الإداري والمالي corruption administrative et financière والاعتداء على المال العام في مختلف الدول قد دق ناقوس الخطر بضرورة البحث عن آليات حقيقية لمكافحة تلك الآفة الخطيرة على المجتمع، فمكافحة الفساد Lutte contre la corruption من الأمور المهمة التي لا ينبغي التأخر فيها أو التراخي عنها؛ لما يشكله الفساد من عقبة جاثمة أمام تحقيق استقرار الدول وسيادة القانون فيها، وتعطيل الاستخدام الأمثل والمعقول لموارد التنمية وإمكانات الدولة المالية، سواء أكان في مجال التنمية الاقتصادية أم السياسية أم الاجتماعية، وتعطيل خطط الدولة وبرامجها في هذا الشأن، بإهدار تلك الموارد والإمكانات.

ولا يختص الفساد بمجتمع بعينه من المجتمعات؛ ولذا تُعد قضية الفساد من أكثر القضايا المطروحة للبحث والنقاش في الداخل والخارج، فقد شجنت الهَمَم، وتنادت الدول فيما بينها؛ من أجل توحيد الجهود لمكافحة الفساد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد، وكذلك الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

ووفقاً للتقارير الصادرة عن الجهات المختصة - كمنظمة الشفافية العالمية Transparency International - تعتبر الدول النامية في مقدمة الدول التي تعج بالفساد المالي والإداري، وهو ما أكدته التقارير المتعاقبة الصادرة عن ديوان المحاسبة في ليبيا، والتي تظهر زيادة ملحوظة في الإنفاق العام، دون أن يقابل ذلك تحسين الخدمات بالدولة أو تطويرها.

ولعل اختلاس المال العام Détournement de Fonds Publics من أهم صور الفساد المالي والإداري بالدولة، والأكثر من حيث الانتشار وجسامة الضرر الذي يلحق بالمال العام والاقتصاد القومي، وتعطيل خطة الدولة في تنفيذ المشروعات والتنمية، الأمر الذي يعود في نهاية المطاف بالضرر على الفرد نفسه؛ بحرمانه من تلك المشروعات والتنمية أو الخدمات، وما قد يتبع ذلك من ارتكاب جرائم

أخرى؛ كجرائم غسل الأموال Blanchiment d'argent؛ لإضفاء الصفة المشروعة على الأموال حصيلة الاختلاس، وربما استخدام تلك الأموال في أنشطة غير مشروعة؛ كتجارة المخدرات وتهريبها Trafic de drogues وغيرها.

وتبدو الإشكالية في أن الدولة في سبيل القيام بواجباتها- تضع المال العام في أيدي العاملين بالدولة، والذين يفترض منهم المحافظة عليه، إلا أنهم قد يقومون باختلاس هذا المال، وحرمان الدولة منه، الأمر الذي يتطلب تنظيم هذه المسألة بما يحقق تلك الغاية، ويكفل حماية المال العام من التلاعب والاختلاس، وعليه فقد تدخل المشرع الليبي بالقانون رقم 2 لسنة 1979م المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2002م، ومن قبله قانون العقوبات؛ لمواجهة تلك الآفة والخطر الداهم، الذي ينهش القدرات المالية للدولة وينال منها.

ولئن كان الفساد واختلاس المال العام يدل - بما لا يدع مجالاً للشك- على ضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى مقترف الجريمة، فإنه يظل من المهم معرفة مدى فاعلية القانون سالف الذكر من حيث التجريم والعقاب في مواجهة اختلاس الأموال العامة، ومدى انسجام أحكامه مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وقد رأينا العمل بالمنهج التحليلي المقارن، بتناول ما عليه الوضع في بعض التشريعات الأجنبية والعربية المقارنة كالتشريع الفرنسي والمصري والجزائري؛ لتحقيق تلك الغاية، ومعرفة مدى فاعلية التشريع الليبي في توفير مواجهة فعالة لفعل اختلاس الأموال العامة، وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: السياسة التشريعية في مجال التجريم

المطلب الثاني: السياسة التشريعية في مجال الجزاء

المطلب الأول

السياسة التشريعية في مجال التجريم

يعاقب المشرع الليبي الموظف العام الذي يقوم باختلاس المال العام وفقاً للمادة 27 من القانون رقم 2 لسنة 1979 بشأن الجرائم الاقتصادية وقبلها المادة 230 من قانون العقوبات⁽²⁾؛ لما في ذلك من مساس بالمال العام الذي يعد من أدوات الدولة في تحقيق التنمية، ومساس بالوظيفة التي يشغلها الجاني، بالإضافة إلى أنّ هذا الفعل يشكل خيانة الموظف للأمانة التي أوكلتها له الدولة، والثقة التي وضعت فيه، فلم يراعِ الذمة والأمانة⁽³⁾. وسنحاول من خلال هذه الجزئية من الدراسة معرفة مدى فعالية النصوص التشريعية من حيث التجريم- في حماية المال العام من الاختلاس، وذلك في فرعين، نتناول في أولهما الصفة الخاصة في مرتكب الجريمة كعنصر مفترض، ونخصص الثاني لقراءة في الركن المادي والمعنوي لجريمة الاختلاس.

الفرع الأول: الصفة الخاصة في مرتكب الجريمة كعنصر مفترض

قد يقوم الموظف العام باستغلال مركزه الوظيفي؛ من أجل تحقيق مصلحة خاصة على حساب المصلحة العامة⁽⁴⁾، الأمر الذي يضر بالنمو الاقتصادي للدولة، فالفساد سلوك ضار بالمصلحة العامة، يعمل على تحويلها كأداة لتحقيق منافع أو مكاسب ذاتية⁽⁵⁾، ويعدُّ اختلاس المال العام من جرائم

2- ففي قانون العقوبات نصت المادة 230 على أنه "يعاقب بالسجن كل موظف عمومي يكون في حيازته بحكم وظيفته أو مهنته- نقود أو أي مال منقول من أموال الإدارة العامة أو الأفراد واختلسها أو ادعى ملكيتها أو ملكها لغيره". وكانت قد وضعت المادة 230 عقوبات لتشديد العقوبة على الموظف العام إذا ما تصرف في المنقول الذي أؤتمن عليه. كما نصت المادة 27 من قانون الجرائم الاقتصادية رقم 2 لسنة 1979م على أنه يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات كل موظف عام اختلس أموالاً عامة أو أموالاً لأشخاص؛ سلمت إليه بحكم وظيفته أو ادعى ملكيتها أو ملكها لغيره. وتكون العقوبة حد السرقة إذا توافرت شروطه. ولما كان قانون الجرائم الاقتصادية قد صدر بعد قانون العقوبات فإن النص العام اللاحق يلغي ضمناً النص العام السابق، وتكون نصوص قانون الجرائم الاقتصادية هي الواجبة التطبيق.

3- طعن جنائي ليبي 16- 11- 1993، الطعن: ق 883/39، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 29/2-1، ص340.

4- حسنين المحمدي بوادي، ص13.

5- حنان سالم، ص30.

الاعتداء على المصلحة العامة، التي تصيب الإدارة وحسن أدائها لوظائفها⁽⁶⁾، وتعتبر صفة الموظف العام من العناصر المفترضة اللازمة لقيام الجريمة، إذ لا قيام للجريمة إذا انتفت عن الجاني هذه الصفة⁽⁷⁾.

أولاً- تعريف الموظف العام في التشريع الليبي:

يقصد بالموظف العام *Fonctionnaire Public* في نطاق القانون الإداري الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام، تديره أو تشرف عليه الدولة، ومن ثم تسري عليه جميع لوائح الخدمة المدنية وقوانينها، بما فيها من حقوق وواجبات⁽⁸⁾.
غير أن المشرع الليبي توسع في تعريف الموظف العام عما هو وارد في نطاق القانون الإداري، حيث يقصد بالموظف العام -وفقاً للمادة 4/16 عقوبات- كل من أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة أو الولايات أو الهيئات العامة الأخرى، سواء أكان موظفاً أم مستخدماً، دائماً أم مؤقتاً، براتب أم من دونه، كالعاملين بالسلطة التنفيذية في الدولة⁽⁹⁾.

أما الموظف العام في قانون الجرائم الاقتصادية رقم 2 لسنة 1979م⁽¹⁰⁾ فقد عرفته المادة الثانية بأنه "كل من أنيطت به مهمة عامة في اللجان أو المؤتمرات أو الأمانات أو البلديات أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الاتحادات أو النقابات أو

6- علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات، القسم الخاص، ص 17.

7- علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص 51، وزهرة مراد: ص 253.

8- طعن إداري ليبي 1971/1/24م، رقم الطعن: ق 22/16، مجلة المحكمة العليا، سنة المجلة وعددها: 7/3، ص 23.

9- طعن جنائي ليبي 1988/2/23م، رقم الطعن: ق 559/34، مجلة المحكمة العليا، سنة المجلة وعددها: 3، 23/4، ص 284، وقد جاءت المادة 229 مكررة (ج)، وأدخلت في حكم الموظف العام العديد من الفئات، غير أن قضاء المحكمة العليا اعتبر أن حكم هذه المادة قاصر على جرائم الرشوة دون غيرها من الجرائم. طعن جنائي ليبي 1978/3/7م، رقم الطعن: ق 309/24، مجلة المحكمة العليا، سنة المجلة وعددها: 4/14، ص 218.

10- صدر في 29 أبريل 1979م، (منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 23 لسنة 1979م) وعُدل بالقانون رقم 9 لسنة 1980م بتاريخ 24 أبريل 1980م، (منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 7 لسنة 1980) والقانون رقم 14 لسنة 2002م بتاريخ 20 فبراير 2002م. (منشور في العدد رقم

1 لسنة 2002)

الروابط أو الجمعيات أو الهيئات الخاصة ذات النفع العام، أو الشركات أو المنشآت التي تساهم في رأس مالها هذه الجهات، وكذلك المنشآت التي طبقت بشأنها مقولة شركاء لا أجراء، سواء أكان عضواً أم موظفاً أم منتجاً أم عاملاً، دائماً أم مؤقتاً، بمقابل أم من دون مقابل، ويدخل في ذلك محررو العقود والمحكمون والخبراء والمترجمون والشهود في أثناء قيامهم بواجباتهم، "كعاملين في الشركات التي تساهم في رأسمالها وزارة الاقتصاد، أو العاملين بالشركات المملوكة بالكامل للمجتمع ورأس مالها مملوك للمجتمع" (11).

ثانياً-تعريف الموظف العام في التشريع المقارن:

حدد المشرع الفرنسي من خلال المادة 432-11 من قانون العقوبات المعدلة مؤخراً بالقانون رقم 1117 لسنة 2013م بشأن مكافحة التهرب الضريبي والجرائم الاقتصادية والمالية الكبير (12)-الفئات التي تدرج ضمن الموظف العام، في باب الجرائم الماسة بالنزاهة العامة؛ وهم: الأشخاص المكلفون بخدمة عامة، وكذلك الأشخاص المكلفون بالسلطة العامة؛ أي الأعمال المتعلقة بالسلطة العامة، والأشخاص المنتخبون لممارسة السلطة والأعباء العامة، كما عدت المادة 432-15 من قانون العقوبات الفرنسي المعدلة مؤخراً بالقانون رقم 1117 لسنة 2013م فئات الموظف العام في نطاق جريمة الاختلاس؛ وهم: الشخص المنوط بسلطة عامة، والمكلف بمهام الخدمات العامة، والمحاسب العام، والمودع العام أو أحد

11- طعن جنائي لبيسي 1985/6/12م، الطعن: ق 31/250، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد: 1، 23/2، ص 258، ومن الأشخاص الخاضعين للقانون رقم 10 لسنة 1423 بشأن التطهير (صدر في 29 يناير 1423م ومنشور في الجريدة الرسمية العدد 5 لسنة 1423، ص 125-135) ومعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1428 (منشور بالجريدة الرسمية العدد 2 لسنة 1429) و بالقانون رقم 18 لسنة 1369 و.ر (منشور بالمدينة التشريعية العدد 13 لسنة 2002) كذلك القضاة وأعضاء النيابة ومكتب الإدعاء الشعبي وغيرهم من أعضاء الهيئات القضائية في المحكمة العليا ومحكمة الشعب والمحاكم الأخرى، وكذلك المحامون ومحررو العقود والأطباء والمحكمون والخبراء والمترجمون والضباط وأفراد الشعب المسلح والشرطة وحرس الجمارك والحرس البلدي وجهاز التفيتيش الزراعي وغيرهم ممن لهم صفة الضبط القضائي .

12- Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. (JORF n°0284 du 7 décembre 2013 page 19941texte n° 4).

مرؤوسيه⁽¹³⁾، ويدخل في الأشخاص المكلفين بالسلطة العامة الموظف العمومي والوزاري؛ ككتاب العدل، والمحضرين، ويشمل النص كذلك المحاسب العام، والمودع العام⁽¹⁴⁾.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية تطبيق نص المادة 432-15 من قانون العقوبات المتعلق بالاختلاس على البرلمانين، على اعتبار أنّ البرلمانين شخصٌ مكلفٌ بمهام خدمة عامة، حيث يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر بأفعال تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁵⁾.

وقد حددت اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد الموظف العام بأنه: "أي موظف، أو موظف دولة، والوكالات التابعة لها، بما في ذلك من يقع عليه الاختيار، أو يُعيّن أو يُنتخب للقيام بأنشطة أو مهام باسم الدولة أو لخدمتها، على أي مستوى من مستويات التسلسل الهرمي للسلطة"⁽¹⁶⁾.

وفيما يتعلق بالاتفاقية الأوروبية لمكافحة الفساد فقد بينت المادة الأولى أنّ مفهوم الموظف العام يأخذ تفسير الضابط أو العمدة أو القاضي أو الوزير؛ وفقاً للقانون الوطني للدولي التي يمارس فيها المعني هذه الوظيفة، وعلى النحو المطبق في قانونها الجنائي⁽¹⁷⁾.

وفي المقابل نجد أن المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽¹⁸⁾ قد حددت المقصود بالموظف العام بأنه أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو قضائياً أو تنفيذياً أو إدارياً

13-Cabinet Seban et associés: Le délit de détournement de biens ou fonds publics ،le 17 octobre 2018: [www.wikiterritorial.cnfpt.](http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/encyclopedie/view/fiches/Ledelitdedetournementdebiensoufondspublics)

[fr/xwiki/wiki/encyclopedie/view/fiches/Ledelitdedetournementdebiensoufondspublics.](http://fr/xwiki/wiki/encyclopedie/view/fiches/Ledelitdedetournementdebiensoufondspublics)

14- André Vitu ،Wilfrid Jeandidier:p10.

15- cass ،crim 27 juin 2018 ،n°18-80. 069.

16- اعتمدت في الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي في مابوتو، بتاريخ 11 مايو 2003م، ودخلت حيز التنفيذ في سنة 2006م، وتعبر ليبيا من ضمن الدول الأطراف بهذه الاتفاقية.

17- Convention pénale sur la corruption ،ouverte à la signature ،à Strasbourg ،le 27 janvier 1999.

لدى دول من الدول الأطراف، سواء أكان معيناً أم منتخباً، دائماً أم مؤقتاً، بمقابل أم من دونه، بصرف النظر عن أقدميته، أو أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدم خدمة عمومية حسب الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف في الاتفاقية، وهذا التعريف الموسع للموظف العام تجاوز المفهوم التقليدي للموظف العام، تماشياً مع مفهومه في القانون الجنائي⁽¹⁹⁾.

ويتضح مما سبق أن المشرع الليبي توسع في تعريف الموظف العام في قانون العقوبات، وتوسع أكثر في تعريفه من خلال القانون رقم 2 لسنة 1979م، بحيث يشمل كل شخص أنيطت به مهمة عامة بالجهات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بالإضافة إلى أنه يدخل في حكم الموظف العام؛ مثل محرري العقود، والمحكمين، والخبراء، والمترجمين، والشهود في أثناء قيامهم بواجباتهم، ومن ثم يسري عليه نص المادة 27 المتعلق بالاختلاس.

ويلاحظ أنّ مشروع قانون مكافحة الفساد في ليبيا قد توسع أكثر في تعريف الموظف العام بأنه "كل شخص يؤدي وظيفة عامة، أو يقدم خدمة عامة، ويتولى منصباً تنفيذياً أو إدارياً أو استشارياً أو قضائياً، سواء أكان معيناً أم منتخباً أم متعاقداً، دائماً أم مؤقتاً، بمقابل أم من دون مقابل. ويعتبر في حكم الموظف العام: المحكمون، والخبراء، والمحضرون، والوكلاء، والمحامون، ومحررو العقود، والحراس القضائيون، وأعضاء مجالس إدارة المؤسسات والشركات والمصارف وموظفوها التي تسهم الدولة في رأسمالها".

ولا شك في أن التوسع في تعريف الموظف العام أو من في حكمه من شأنه توسيع نطاق تطبيق النصوص المتعلقة بالاختلاس، ومن ثم توفير حماية أفضل للمال العام، والعبرة

2- اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 4/58 بتاريخ 31 أكتوبر 2003م، وقد وقعت عليها ليبيا في 23 ديسمبر 2003م، وحدث التصديق والموافقة على انضمامها؛ لتصبح من الدول الأطراف بالاتفاقية بتاريخ 7 يونيو 2005م.

https://nacc.org.ly/acc/?page_id=395

3- عبد الناصر عباس عبد الهادي: ص 67.

بتوافر صفة الموظف العام فيمن يعمل بالشركة أو المنشأة هو بكون رأسمالها مملوكاً بالكامل، أو تساهم فيه إحدى الجهات المبينة في القانون، ولا عبرة بنوع العمل الذي يقوم به الشخص، طالما أنه يقوم بعمل من الأعمال اللازمة لإدارة النشاط وتسييره⁽²⁰⁾، ويعتبر العامل في الشركات العامة موظفاً عاماً، بغض النظر عن الغرض الذي أقيمت من أجله الشركة⁽²¹⁾.

وتتسحب أحكام الاختلاس على الشخص الذي كان وقت ارتكاب الفعل يمارس أعمال الموظف العام، حتى ولو لم يكن حينها قد صدر قرار تعيين في حقه⁽²²⁾؛ أو صدر هذا القرار وكان مشوباً بعيب يؤدي إلى بطلانه، أو الشخص الذي يتصدى لإدارة الشؤون العامة في الدولة في حالات معينة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي *le fonctionnaire de fait*

ويشترط أن تكون صفة الموظف العام قائمة وقت ارتكاب الفعل، أما إذا انتهت صفة الموظف العام فلا تقوم جريمة الاختلاس⁽²³⁾.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 41 من قانون مكافحة الفساد في الجزائر تعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات، وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 دينار كل شخص يدير كياناً تابعاً للقطاع الخاص، أو يعمل فيه بأي صفة في أثناء مزاولته نشاط اقتصادي أو مالي أو تجاري، تعمّد اختلاس أي ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية خصوصية، أو أشياء أخرى ذات قيمة، عهد بها إليه بحكم مهامه، وهي الصياغة ذاتها التي جاءت بها المادة 22 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد؛ لتجريم اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص.

ويتضح من هذا أنّ المشرّع أراد توفير حماية للممتلكات والأموال، أو الأوراق المالية الخصوصية، أو الأشياء الأخرى ذات القيمة في القطاع الخاص، عندما يقع الاعتداء من

20- طعن جنائي ليبي 17-12-1985م، الطعن: ق 729/32، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد: 3، 4/23، ص 248.

21- طعن جنائي ليبي 29-11-1994م، الطعن: ق 205/38، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 30/1، ص 227.

22- محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم: ص 491.

23- فوزية عبد الستار: ص 124.

وإن كان الأمر يقتضي -في نظرنا- تشديد العقوبة على الفرد العادي عند اختلاس المال العام والمال في القطاع الخاص، وجعل الواقعة تخضع لأحكام الاختلاس وليس خيانة الأمانة. كما أن توفير حماية فعالة للمال محل الجريمة ولأمانة الوظيفة العامة يقتضي التوسع في الأفعال التي يتحقق بها السلوك الإجرامي في الجريمة، كما هو الحال في التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني: أركان جريمة الاختلاس

لكل جريمة ركن مادي وآخر معنوي، لا قيام للجريمة من دونهما، وسنحاول في هذا الفرع من الدراسة تسليط الضوء على أحكام الركن المادي والركن المعنوي في جريمة الاختلاس، كما يأتي:

أولاً-الركن المادي في جريمة الاختلاس:

سنعرض لمحل الجريمة والسلوك الإجرامي فيها، كما يأتي:

1. محل الجريمة: نتعرض لطبيعة المال محل الجريمة، وعلاقة الجاني بهذا المال، على النحو الآتي:

أ. طبيعة المال محل الجريمة:

يستوي في المال محل الجريمة أن يكون مائلاً عاماً أو مائلاً خاصاً، فالمشرع لم يشترط ملكية المال لجهة معينة⁽²⁵⁾؛ إذ أنه يهدف إلى حماية الأموال العامة؛ حتى تتمكن الجهات العامة من القيام بمهمتها على أكمل وجه دون تعطيل، فضلاً عن حماية ثقة الأفراد في الموظف العام، الذي يمثل الدولة بحماية أموالهم الخاصة⁽²⁶⁾.

والأموال العامة Fonds Publics هي الأموال التي لا تخص شخصاً بعينه، وإنما هي ملك المجتمع، وتمتلكها الدولة بالنيابة عنه، وتدير هذه الأموال، ممثلة في أجهزتها

25- طعن جنائي لبيبي 13/أبريل/1994م، الطعن: ق 750/34، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد: 30/1، ص203.

26- براهيم فيصل: ص 104.

المختلفة، بما يحقق المنفعة العامة⁽²⁷⁾، وتختلف الأموال العامة عن الأموال الخاصة، فالأموال العامة هي تلك المخصصة للمنفعة العامة، والمال كل شيء له قيمة، فإذا تجرد من كل قيمة زال عنه وصف المال⁽²⁸⁾.

وفي ليبيا بينت المادة الثانية من القانون رقم 2 لسنة 1979م المقصود بالأموال العامة بأنها: "الأموال المملوكة أو الخاضعة لإدارة اللجان وإشرافها، أو المؤتمرات، أو الأمانات، أو البلديات، أو وحدات الإدارة المحلية، أو الهيئات، أو المؤسسات العامة، أو الاتحادات، أو النقابات، أو الروابط، أو الجمعيات، أو الهيئات الخاصة ذات النفع العام، أو الشركات، أو المنشآت التي تساهم في رأس مالها هذه الجهات، وكذلك المنشآت التي طبقت بشأنها مقولة شركاء لا أجراء، أو أية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة⁽²⁹⁾." وإذا كان المال العام هو المال المخصص للمنفعة العامة، فإنه يلاحظ مما سبق أن المشرع توسع في مفهوم المال العام، بحيث جعله يشمل الأموال الخاضعة لإدارة الجهات الواردة بالنص وإشرافها، ووجود المال تحت إشراف تلك الجهات وإدارتها لا يعني بالضرورة أن يكون مخصصاً لمنفعة عامة، فقد تكون تتولى تلك الجهات مجرد الإشراف على إنفاقه. ومحل الجريمة وفقاً للمادة 230 عقوبات ليبي هو نقود أو أموال منقولة، تصرف فيها الموظف العام بعد أن كان مؤتمناً عليها⁽³⁰⁾، فلا تقع جريمة الاختلاس إذا كان محلها عقاراً مملوكاً للدولة، ومن ثم يقتصر محل الجريمة على النقود، سواء أكانت ورقية أم معدنية، وكذلك المنقولات القابلة للتقويم بالمال؛ أي التي تساوي قيمة مالية.

27- محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم: ص 487.

28- فتوح عبد الله الشاذلي: ص 190.

3- طعن جنائي ليبي 1984/12/28م، الطعن: ق 18/23، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد: 15/3، ص 59.

4- طعن جنائي ليبي 1979/22 مايو، الطعن: ق 114/26، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد: 16/3، ص 116.

والمنقول في القانون الجنائي هو كل ما يمكن نقله من مكان لآخر، بتلف أو من دونه، كالعقار بالتخصيص، وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه هو رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

أما المادة 27 من القانون رقم 2 لسنة 1979م فلم تتطلب أن يكون محل الجريمة نقودًا واكتفت بعبارة (أموالاً عامة أو أموالاً خاصة)، ويشمل ذلك كل شيء له قيمة مالية، كالنقود والأموال بغض النظر عن تلك القيمة، سواء أكان من الأموال العامة أم الخاصة، غير أن عبارة الأموال العامة أو الخاصة الواردة بالنص تقتصر في نظرنا على الأشياء التي لها قيمة مالية دون غيرها.

وفي مصر يشمل محل الجريمة الأموال والأوراق أو أي شيء آخر، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض في مصر بأن عبارة الأموال أو الأوراق أو غيرها التي وردت بالفقرة الأولى من المادة 112 من قانون العقوبات صيغت بألفاظ عامة، يدخل في مدلولها ما يمكن تقييمه بالمال، وما تكون له قيمة أدبية أو اعتبارية⁽³¹⁾.

ويشمل محل الجريمة -وفقاً للمادة 29 من قانون مكافحة الفساد في الجزائر- الممتلكات والأموال والأوراق المالية العامة والخاصة، وأي شيء آخر له قيمة⁽³²⁾، وهو ما عليه الحال في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (المادة 17). وقد حددت المادة الثانية من هذا القانون المقصود بالممتلكات بأنها "الموجودات بكل أنواعها، سواء أكانت مادية أم معنوية، منقولة أم غير منقولة، ملموسة أم غير ملموسة، والمستندات أو السندات القانونية التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود الحقوق المتصلة بها"، بحيث تشمل المستندات الوثائق التي تثبت الحقوق والأحكام القضائية والشهادات والبطاقات، بما في ذلك الوثائق ذات القيمة المعنوية، ويشمل

31- نقض جنائي مصري 14 أكتوبر 2012م، الطعن رقم 58151 لسنة 75، س63، ص499، ق85، نقض جنائي مصري 26 فبراير 2006م، الطعن رقم 892 لسنة 74، س57، ص320، ق36.

32- القانون رقم 01-06 بتاريخ 20 فبراير 2006م يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 8 مارس 2006م، العدد 14، ص4 وما بعدها.

محل الجريمة كذلك الأوراق المالية كالأسهم والسندات وغيرها من الأوراق التجارية، بالإضافة إلى أن عبارة (أو أي شيء آخر له قيمة) تشمل جميع الأشياء التي لها قيمة، سواء أكانت مادية أم غير مادية، ولا تدرج ضمن الأوراق المالية والممتلكات والأموال المحاضر وغيرها من الأوراق أو المستندات التي يكون تداولها في نطاق الدعوى القضائية⁽³³⁾.

أما محل الجريمة وفقاً للمادة 432-15 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي، والمعدلة مؤخراً بالقانون رقم 1117 لسنة 2013م فيشمل النقود أو الأوراق المالية التي تقوم مقامها، أو الأمتعة أو الممتلكات أو أي شيء آخر يعطى للموظف العام؛ بسبب وظيفته أو مهنته، فيدخل في محل الجريمة العملة النقدية والمعدنية وبطاقات الدفع المالية والممتلكات والمواد الخام والأولية... إلخ⁽³⁴⁾.

فالمشرع الفرنسي توسع في محل الجريمة بعبارة (أي شيء آخر)، بحيث جعله يشمل جميع الأشياء، وإن لم تكن لها قيمة مالية، ولا شك في أن التوسع في محل الجريمة على النحو الوارد بالتشريعات المقارنة من شأنه أن يوفر حماية فعالة للأموال العامة والخاصة، في مواجهة فعل الاختلاس الذي قد يقوم به الموظف العام، بما يشكل إخلالاً جسيماً بأمانة الوظيفة العامة.

ب. علاقة الجاني بالمال محل الجريمة:

لم تتطلب المادة 230 عقوبات ليبي لقيام الجريمة أن تكون الأموال قد سلمت للموظف العام بحكم وظيفته، واكتفت بأن تكون الأموال في حيازة الجاني بحكم وظيفته، على اعتبار أن الغرض من العقاب هو حماية أمانة الوظيفة، وليس حماية أمانة الموظف العام⁽³⁵⁾.

في حين تطلب المشرع الليبي وفقاً للمادة 27 من القانون رقم 2 لسنة 1979م لقيام الجريمة أن يكون الجاني قد تسلم المال بحكم وظيفته، فلا تقوم الجريمة إذا تخلف عن المال

33- راجع إلياس خديجة: ص 43 وما بعدها.

34- Cabinet Seban et associés: op .cit.

35- طعن جنائي ليبي 19 مارس 1974م، رقم الطعن: ق 239/20، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 10/3، ص 308.

وصف التسليم⁽³⁶⁾، وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأن الاختلاس في المادة 27 من قانون الجرائم الاقتصادية يتحقق بأن يختلس الموظف العام أموالاً سلمت إليه بحكم وظيفته⁽³⁷⁾.

وبالنظر إلى التشريعات المقارنة فإن المادة 112 عقوبات مصري قبل تعديلها بالقانون رقم 63 لسنة 1975م كانت تتطلب هي الأخرى أن يكون هناك تسليم للمال للموظف العام، وبعد التعديل سالف الذكر أصبح المشرع يتطلب أن يكون المال في حيازة الجاني بسبب وظيفته، ويكون المال كذلك متى كانت حيازة المال من مقتضيات العمل، أو أنها تدخل في اختصاص الموظف طبقاً للقوانين واللوائح، فلا يكفي لقيام الجريمة أن يكون المال في حيازة الجاني بمناسبة الوظيفة⁽³⁸⁾.

وفي فرنسا كانت المادة 169 من قانون العقوبات القديم⁽³⁹⁾ لا تتطلب لقيام الجريمة أن يكون هناك تسليم للمال محل الجريمة للجاني، ويكفي أن يكون المال بين يدي الموظف بحكم وظيفته⁽⁴⁰⁾ *qui étaient entre ses mains en vertu de ses fonctions* أما المادة 432-15 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي، والمعدلة بالقانون رقم 1117 لسنة 2013م، فتتطلب أن يكون المال قد أعطي للجاني؛ بسبب وظيفته أو مهامه، حيث استخدم

36- طعن جنائي ليبي 14 مايو 1985م، الطعن: ق347/31، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 1-23/2، ص211.
37- طعن جنائي ليبي 13/7/1999م، رقم الطعن: ق760/39، غير منشور. وراجع كذلك: طعن جنائي ليبي 16/11/1993م، رقم الطعن: ق883/39، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 1، 29/2، ص340.
38- محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم: ص506.
39- ألغيت بالقانون رقم 1336 لسنة 1992م بشأن بدء نفاذ قانون العقوبات الجديد، وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية المطلوبة.

Loi n ° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions du droit pénal et de la procédure pénale requise. (JORF n° 0298 du 23 décembre 1992 page 17568)

40- راجع فوزية عبد الستار: ص126-127.

المشروع عبارة عن sa fonctions ou de sa mission.
qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission.

وفي الجزائر تتطلب المادة 29 من قانون مكافحة الفساد أن يكون المال في عهدة الموظف بحكم الوظيفة أو بسببها دون شرط التسليم، تماشياً مع المادة السابعة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي تكفي أن يكون المال في عهدة الجاني بحكم موقعه دون شرط التسليم، وفي الاتجاه ذاته ذهبت المادة 43 من مشروع قانون مكافحة الفساد في ليبيا بقولها: "عهد بها إليه بحكم وظيفته أو بسببها".

ونظراً أن تسليم المال للجاني من شأنه تضيق نطاق النص، بحيث يجعله لا يشمل الحالات التي يكون فيها المال بين يدي الجاني بحكم وظيفته أو بسببها، دون وجود تسليم لهذا المال، ومن ثم فإن توفير حماية فعالة للمال يقتضي عدم تطلب التسليم للمال، حيث إن هذه الجريمة تشكل مساساً واعتداءً على أمانة الوظيفة العامة، والاختلاس يشكل مساساً بتلك الأمانة، وإن لم يكن المال قد سلم للجاني.

2- السلوك الإجرامي:

جاءت المادة 27 من القانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية في ليبيا بصياغة المادة 230 ذاتها عقوبات ليبي من حيث السلوك الإجرامي، فيتحقق بأن يختلس الجاني الأموال العامة أو الخاصة، أو يدعي ملكيتها أو يملكها لغيره.

ويتحقق الاختلاس في جريمة السرقة بأخذ الجاني للشيء من حيازة المجني عليه المالك أو صاحب الحيازة السابقة إلى حيازته الشخصية من دون رضاه⁽⁴¹⁾، غير أن الاختلاس من

41- طعن جنائي ليبي 12 مارس 1996م، الطعن: ق 485/36، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 33، ص 271.

الموظف العام يتحقق بتصرف الجاني في المال الذي في عهده، على اعتبار أنه مملوك له⁽⁴²⁾.

ويشمل فعل الاختلاس تبديد المال، أو إنفاقه، أو بيعه، أو رهنه، أو استعمال الموظف للمال في منزله، أو إنكار تسلم المال، أو إدعاء ملكيته له أو لغيره، ومن ثم فإنه يتحقق بكل سلوك يدل على اتجاه نية الموظف للتصرف في المال على أنه مالك له⁽⁴³⁾، أما مجرد حصول عجز في حساب الموظف العام فلا يعدّ دليلاً على تحقق جريمة اختلاس المال العام؛ لجواز أن يكون ذلك ناشئاً عن خطأ في العمليات الحسابية أو لأي سبب آخر⁽⁴⁴⁾، ولا يمنع من قيام الجريمة رد الشيء المختلس بعد ذلك أو رد قيمته⁽⁴⁵⁾.

وحيازة الموظف العام للمال ينبغي أن تكون حيازة ناقصة؛ أي أنه يحوز المال باسم الدولة ولحسابها، ومن ثم فإن الجريمة لا تقع إذا كان المال في حيازة الجاني الكاملة، ويجب أن تكون للموظف على الأموال سيطرة فعلية وصفة قانونية، ويقصد بالصفة القانونية شرعية السلطات التي يمارسها الموظف على المال⁽⁴⁶⁾.

وفي مصر قد خصّ المشرّع المادة 112 عقوبات بفعل الاختلاس، وفي المقابل نجد أن الجريمة في المادة 29 من قانون مكافحة الفساد بالجزائر تتحقق بأفعال الاختلاس أو الإلتلاف أو التبيد أو الاحتجاز المتعمد، من دون وجه حق، أو الاستعمال غير المشروع للمال، وذلك بأن يقوم الجاني بالاختلاس، أو الإلتلاف بجعل الشيء محل الجريمة تالفاً غير صالح للقيام



- 42- نقض جنائي مصري 5 نوفمبر 2016 م رقم 6787 لسنة 78، نقض جنائي مصري 14 أكتوبر 2012 م، الطعن رقم 58151 لسنة 75، س 63، ص 499، ق 85، طعن جنائي ليبي 13 يوليو 1999 م، الطعن: ق 760/39 غير منشور.
- 43- محمد زكي أبو عامر: ص 155.
- 44- نقض جنائي مصري 27 ديسمبر 2012 م، الطعن رقم 6574 لسنة 78، طعن جنائي ليبي 8 / 6 / 1976 م، رقم الطعن: ق 154/23، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 13/2، ص 224.
- 45- طعن جنائي ليبي 22 / 3 / 1977 م، الطعن: ق 283/23، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 14/1، ص 225.
- 46- محمود نجيب حسني: ص 91.

بوظيفته، أو بالتبديد عن طريق التصرف في المال، واستنفاذ منافعه بشكل يتعذر معه إرجاع الشيء إلى ما كان عليه في السابق⁽⁴⁷⁾.

ولا يتحقق التبديد بمجرد التأخر في رد الشيء أو الامتناع عن رده لصاحبه، ما لم يكن مصحوباً بانصراف نية الجاني إلى إضافة المال لملكه واختلاسه⁽⁴⁸⁾ أو الاحتجاز، وذلك بأن يقوم الجاني بالتصرف في الشيء على نحو يحرم جهة العمل منه⁽⁴⁹⁾، ويتحقق الاحتجاز بقيام أمين الصندوق في هيئة أو مؤسسة عامة بالاحتفاظ بالإيرادات اليومية، التي ينبغي عليه إيداعها بالبنك⁽⁵⁰⁾، أو أن يقوم الجاني باستعمال الشيء بشكل غير مشروع.

وفي فرنسا يتحقق السلوك الإجرامي وفقاً للمادة 169 من قانون العقوبات القديم بأفعال الاختلاس والتبديد *Détourné ou Soustrait*، أما وفقاً للمادة 15-432 من قانون العقوبات الحالي المعدلة بالقانون رقم 1117 لسنة 2013م فيتحقق السلوك الإجرامي بالإتلاف أو بالاختلاس أو التبديد *Détourner ou Soustraire Détruire*. وتتحقق الجريمة باستخدام الأموال في أغراض أخرى غير تلك المحددة في القانون⁽⁵¹⁾، أما المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فقد نصّت على أفعال الاختلاس والتبديد.



47- راجع عاشور فاطيمة: ص 376-377.

48- نقض جنائي مصري 14 ديسمبر 2000م، الطعن رقم 15284 لسنة 64، س 51، ص 844، ق 166.

49- راجع خديجة سرير الحرتسي: ص 350-351.

50- راجع إلياس خديجة: ص 42.

ويلاحظ أن المادة 14 من القانون رقم 2 لسنة 1979م بالسجن كل موظف عام استخدم ما عهد به إليه بحكم وظيفته من مال عام في غير الأغراض التي خصص لها بمقتضى خطة التحول الاقتصادية والاجتماعية، وبطريقة يترتب عليها إلحاق ضرر بأهداف هذه الخطة.

11- N° de pourvoi: 22 février 2012، cass، crim 18-80080، N° de pourvoi: 27 juin 2018، cass، crim 51- 81476.

ثانياً-الركن المعنوي في جريمة الاختلاس:

تعتبر هذه الجريمة من الجرائم العمدية⁽⁵²⁾ التي يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي العام، بعنصرية العلم و الإرادة وذلك بأن يعلم الجاني بعناصر الجريمة، وأن تتجه إرادته لتحقيقها⁽⁵³⁾، فضلاً عن القصد الخاص المتمثل في نية التملك⁽⁵⁴⁾، وعليه يتحقق القصد الجنائي بانصراف إرادة الجاني للتصرف في المال الذي يكون في حوزته، بحكم وظيفته تصرف المالك⁽⁵⁵⁾، وينتفي القصد إذا كانت إرادة الجاني قد انصرفت إلى استعمال الشيء فقط دون تملكه⁽⁵⁶⁾، ولا ينفيه ما يقوم به الجاني بعد ذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو جبر الضرر⁽⁵⁷⁾، ويكفي القصد العام وحده لقيام الجريمة في صورة التبيد أو احتجاز المال من دون وجه حق والإتلاف⁽⁵⁸⁾.

ويجب لقيام القصد الجنائي كذلك أن يعلم الجاني بكافة عناصر الجريمة وأركانها، ومن ثم لا يتوفر عنصر العلم، وينتفي القصد الجنائي إذا كان الجاني يجهل وقت ارتكاب الجريمة بعنصر أو ركن من الأركان اللازمة لقيام الجريمة، أو ظروف التشديد التي تغير من وصف الجريمة.

52- André Vitu ،Wilfrid Jeandidier: p20

53-سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ،دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت -لبنان، 2003، ص537، موسى أرحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الجزء الأول ، منشورات جامعة قاريونس،بنغازي ،2009، ص263.

54- محمود نجيب حسني: ص94، طعن جنائي ليبي 25 يونيو 1975م، الطعن: ق 54/21، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 11/2، ص185، طعن جنائي ليبي 29 مايو 1984م، الطعن: ق 199/29، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 22/1، ص137.

55-نقض جنائي مصري 5 نوفمبر 2016م، الطعن رقم 6787 لسنة 78، غير منشور، نقض جنائي مصري 14 أكتوبر 2012م، الطعن رقم 58151 لسنة 74، س63، ص499، ق85.

56- طعن جنائي ليبي 25 يونيو 1975م، الطعن: ق 54/21، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 11/2، ص185.

57- طعن جنائي ليبي 30 /5/ 1972م، رقم الطعن: ق 89/18، مجلة المحكمة العليا، السنة والعدد 9/1، ص173.

58- راجع خديجة غرداين: ص607.

وتشكل صفة الموظف العام العنصر أو الشرط المسبق condition préalable في جريمة الاختلاس في التشريع الليبي، ولا تقوم الجريمة من دونه.

فالعنصر المفترض يدخل ضمن أركان الجريمة التي ينبغي أن ينصرف إليها علم الجاني؛ لكي يتوفر في حقه عنصر العلم في القصد الجنائي⁽⁵⁹⁾

وقضت المحكمة العليا في ليبيا بأنه "إذا ثبت في الدعوى أن صفة الطاعن باعتباره موظفاً حكومياً يعمل أميناً لمخازن الحبوب التابعة لوزارة الزراعة لم تكن قد زالت عنه حين قارف فعلته، وأن يده لم تكن قد رفعت وقتئذ عن المال المختلس، وهي الكميات التي اختلس ثمنها، فإن جريمة الاختلاس المسندة إليه تكون ثابتة في حقه بجميع أركانها، وحق عليه العقاب"⁽⁶⁰⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "صفة الجاني أو صفة الوظيفة بالمعنى الواسع الذي أخذ به قانون العقوبات هي الركن المفترض في جنائية الاختلاس، تقوم بقيامها في المتصف بها، ولا يشترط أن يثبت الحكم توفر العلم بها لدى الجاني كيما يكون مستأهلاً للعقاب، اعتباراً بأن الشخص يعرف بالضرورة ما يتصف به من صفات"⁽⁶¹⁾.

ويفهم من القضاء السابق لمحكمة النقض المصرية أن صفة الموظف العام وإن كانت تشكل العنصر المفترض في جريمة الاختلاس التي ينبغي أن يكون الجاني على علم بها لكي يتوفر في حقه عنصر العلم في القصد الجنائي، إلا أن هذا العلم لا يحتاج أن يؤكد عليه الحكم، على اعتبار أن الشخص يعلم بالضرورة صفته بأنه موظف عام.

59-موسى أرحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الأولى، 2009، ص 265.

60- طعن جنائي ليبي 27 يونيو 1972، الطعن رقم: ق 50/19، سنة وعدد المجلة 2-3، 9، ص 74.

61- طعن جنائي مصري 10 يونيو 1968، الطعن رقم 759 لسنة 38، مجموعة أحكام محكمة النقض، العدد 2، السنة 19، ص 679، ق 138.

إلا أننا نظن أن هذا القضاء محل نظر، ولا يمكن التسليم به على اعتبار أن العنصر المفترض يأخذ حكم أركان الجريمة التي ينبغي أن ينصرف إليها علم الجاني؛ حتى يتوفر في حقه القصد الجنائي، والجهل بذلك العنصر ينفي عنصر العلم اللازم لقيام القصد الجنائي، فضلاً عن ذلك قد يظن الشخص عن طريق الخطأ بزوال صفة الموظف العام، أو يعتقد بأنه موظف عام، في حين أن تلك الصفة قد زالت عنه لأسباب معينة يجهلها، وكذلك قد تتوفر شروط الموظف العام الفعلي *fonctionnaire de fait* لدى الشخص دون أن يكون عالمياً بها، ومن ثم تثبت في حقه صفة الموظف العام، ومن المعلوم بأن الموظف الفعلي تنطبق عليه أحكام الموظف العام الحقيقي ذاتها.

وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بقولها: "لما كان الحكم المطعون فيه عرض لدفاع الطاعن الثاني بعدم خضوعه لقانون الكسب غير المشروع على التفصيل المثار بوجه الطعن، ورد عليه بما حاصله أن الطاعن المذكور كان يشغل وظيفة مدير عام الإعلانات بمؤسسة حتى تاريخ الذي بلغ فيه سن الإحالة إلى المعاش، وأنه استمر في عمله بموافقة كتابية من رئيس المؤسسة آنذاك، وعندما ترأس الطاعن الأول مجلس إدارة المؤسسة ظل الطاعن في وظيفته بالمخالفة للقانون، ممارساً كافة اختصاصاتها إدارياً ومالياً، حتى إنه كان يحضر اجتماعات مجلس الإدارة، وأعد ووقع منشوراً بحوافز الإعلانات، وأصدر قرارات نتج عنها حصوله والطاعن الأول ورؤساء الإصدارات الصحفية على المبالغ محل الكسب غير المشروع، وأن الطاعن لذلك يعد موظفاً فعلياً بعد تاريخ إحالته إلى المعاش، ويسأل عن الجرائم المتعلقة بالمال العام بالتطبيق لنظرية الموظف الفعلي" (62).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي يعاقب على الجريمة المنصوص عليها في

المادة 432-15 إذا وقعت من طرف ثالث؛ نتيجة إهمال *résulte de la negligence*

62- طعن جنائي مصري 5 أبريل 2014، الطعن رقم 6431 لسنة 82، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 65، ص 219، ق 22.

الشخص المكلف بالسلطة العامة، أو المكلف بمهمة الخدمة العامة، أو المحاسب العام، أو المودع لديه العام، دون الحاجة إلى توافر القصد الجنائي، وذلك طبقاً للمادة 432-16 من قانون العقوبات (63)-(64).

المطلب الثاني

السياسة التشريعية في مجال الجرائم

سعى المشرع الليبي إلى توفير حماية للأموال في مواجهة فعل الاختلاس بتوقيع مجموعة من العقوبات على الموظف العام الذي يرتكب هذه الجريمة، وستعرض لهذه العقوبات؛ لمعرفة مدى فاعليتها في تحقيق الحماية اللازمة للمال العام في مواجهة فعل الاختلاس، وذلك بتناول الجزاءات المختلفة لجريمة الاختلاس، وأحوال التشديد والتخفيف والإعفاء من عقوبة جريمة الاختلاس في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الجزاءات المتعلقة بجريمة الاختلاس

أولاً-العقوبة الماسة بالحرية:

كانت المادة 230 عقوبات ليبي تعاقب على جريمة اختلاس الأموال العامة والخاصة بالسجن بين حدّيها: الأدنى، والأقصى، وقد جعل المشرع عقوبة السجن في التشريع الليبي من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة، غير أن المشرع الليبي شدد في العقوبة المقررة للجريمة

63-Cass، crim 22 février 2017، N° de pourvoi: 15-87328، cass، crim 22 février 2006، N° de pourvoi: 05-84921.

وتعاقب المادة 15 من القانون رقم 2 لسنة 1979م بالسجن الموظف العام المكلف بحفظ المال العام أو صيانته، إذا قصر في حفظ هذا المال أو صيانته، ويجوز للمحكمة الحكم بالإزام المحكوم عليه بدفع قيمة الأضرار التي تلحق المال العام الذي قصر في حفظه وصيانته.

64-وتختلف هذه الجريمة عن الجريمة المنصوص عليها في المادة 4-433 من قانون العقوبات الفرنسي المتعلقة باختلاس الممتلكات في نطاق الوديعة العامة.

Cass، Assemblée plénière، 22 juillet 2016، N° de pourvoi: 16-80133

من خلال المادة 27 من القانون رقم 2 لسنة 1979م، حيث تعاقب على الجريمة بعقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات، وتكون العقوبة حدّ السرقة إذا ما توفرت شروطه.⁽⁶⁵⁾

ومن ثم فإن عقوبة السجن لا تطبق إلا عند تعذر تطبيق حدّ السرقة على الجاني؛ لعدم توافر شروط إقامة حدّ السرقة، وهي شروط ليس من السهل تحقيقها مجتمعة لإقامة الحد على الجاني؛ إذ يشترط لإقامة حدّ السرقة أن يكون الجاني عاقلاً، أتم ثماني عشرة سنة ميلادية، مختاراً غير مضطر، وأن يكون المال المسروق مملوكاً لغيره، وأن تبلغ قيمته نصاباً، يصدر بتحديد قرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية، وأن يأخذ الجاني المال خفية بنية تملكه⁽⁶⁶⁾، ولذلك فإن العقوبة الأكثر تطبيقاً من الناحية العملية هي عقوبة السجن طبقاً لأحكام القانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية.

وفي الجزائر تعاقب المادة 29 من قانون مكافحة الفساد على الجريمة بعقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، والغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دينار، مع ملاحظة أنّ المادة 43 من القانون ذاته تعاقب على فعل الإخفاء المتعمد للعائدات المتحصل عليها من الجريمة بالعقوبة ذاتها المقررة لجريمة الاختلاس، وهو ما أكدت عليه كذلك المادة 24 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والمادة 50 من مشروع قانون مكافحة الفساد في ليبيا لسنة 2018م.

وفي فرنسا تعاقب المادة 432-15 من قانون العقوبات الحالي المعدلة بالقانون رقم 1117 لسنة 2013 على الجريمة بعقوبة السجن عشر سنوات، مع ملاحظة أن المشرع

65- تقرر المادة 19 من القانون رقم 10 لسنة 1425 م (1994) بشأن التطهير معاقبة كل من حصل لنفسه أو لغيره على كسب غير مشروع، وفقاً لأحكام قانون حدي السرقة والحرابة، وإذا لم يكتمل الدليل والشروط المنصوص عليها في القانون المشار إليه لإقامة الحد يعاقب بالسجن ويرد الأموال المتحصلة من الكسب غير المشروع.

66- راجع سالم الأوجلي: ص 115 وما بعدها، أبو بكر أحمد الأنصاري: ص 6 وما بعدها.

الفرنسي يعاقب على الجريمة المنصوص عليها في المادة 15-432 عقوبات إذا وقعت نتيجة الإهمال⁽⁶⁷⁾ *résulte de la negligence* بعقوبة الحبس سنة.

ولكن ما هي عقوبة الشروع في الجريمة؟

يمكن القول بعدم تصور الشروع في فعل الاختلاس الذي يقع من الموظف العام، حيث إنّ الجريمة تقع تامة بمجرد وقوع فعل من جانب الجاني، ويحمل دلالة قاطعة على اتجاه نيته إلى اكتساب محل الجريمة، والظهور عليه بمظهر المالك، فلا تقع الجريمة إذا لم يحمل الفعل هذه الدلالة⁽⁶⁸⁾، على اعتبار أنّ المال محل الجريمة موجود منذ البداية في حيازة الجاني، وتقع الجريمة تامة بمجرد تغير نيته عند بدء الحيازة، والظهور عليه بمظهر المالك له، ولعل وجود المال في حيازة الجاني منذ البداية هو ما يصعب تحديد اللحظة الفاصلة بين تمام الجريمة والشروع فيها⁽⁶⁹⁾.

وفي التشريعات المقارنة نجد أنّ المشرّع يعاقب على الشروع في الأفعال الأخرى التي تتضمنها جريمة الاختلاس، ويجعلها ذاتها عقوبة الجريمة التامة، كما هو الحال في قانون مكافحة الفساد في الجزائر (المادة 52)، والمشرّع الفرنسي من خلال المادة 15-432 من قانون العقوبات الحالي، والمعدلة بالقانون رقم 1117 لسنة 2013.

وكقاعدة عامة فإنّ المشرّع الليبي يعاقب على الشروع في الجريمة، وفقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات بعقوبة أقل من العقوبة المقررة للجريمة التامة. وجدير بالذكر أنّ المادة 62 من مشروع قانون مكافحة الفساد في ليبيا تسير في الاتجاه ذاته، وتجعل عقوبة الشروع في الجريمة هي ذاتها عقوبة الجريمة الكاملة.

67- Cabinet Seban et associés: op .cit.

68- محمود نجيب حسني: ص 94، علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات، القسم الخاص، 2010، ص115.

69-André Vitu ،Wilfrid Jeandidier: p28.

ثانياً-العقوبات التكميلية والتبعية والتدابير المقررة لجريمة الاختلاس:

1. العقوبة التكميلية:

يعاقب المشرع الليبي على الجريمة من خلال المادة 35 من القانون رقم 2 لسنة 1979 بعقوبة غرامة تعادل ضعف ما اختلسه الجاني، غير أنَّ المشرع في هذه المادة لم يضع حدًا أدنى لعقوبة الغرامة، كما فعل في المادة 230 عقوبات، التي جعلت الغرامة لا تقل عن مائة دينار، بالإضافة إلى عقوبة المصادرة أو رد المبالغ المتحصل عليها من جريمة الاختلاس، وأكدت المادة 36 من القانون رقم 2 لسنة 1979م على أن توقيع عقوبة السجن طبقاً لأحكام هذا القانون يترتب عليه تشغيل المحكوم عليه، وحرمانه من حقوقه المدنية؛ طبقاً لأحكام قانون العقوبات. وغني عن البيان أنَّ معاقبة الجاني وفقاً لأحكام القانون رقم 2 لسنة 1979 لا يمنع مساءلته تأديبياً، ومعاقبته بمقتضى قانون الخدمة المدنية أو أي قانون آخر.

وفي الجزائر تعاقب المادة 29 من قانون مكافحة الفساد على الجريمة بالغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دينار، أما في فرنسا فتعاقب المادة 432-15 من قانون العقوبات الحالي بالغرامة 1.000.000 يورو، مع امكانية مضاعفة المبلغ من عائدات الجريمة produit de l'infraction بالإضافة إلى العقوبة الماسة بالحرية. مع ملاحظة أن المشرع الفرنسي يعاقب على الجريمة المنصوص عليها في المادة 432-15 عقوبات إذا وقعت نتيجة الإهمال⁽⁷⁰⁾ résulte de la negligence بغرامة 15.000 يورو بالإضافة إلى العقوبة الماسة بالحرية.

وتجدرُ الإشارةُ إلى أنَّ المادة 43 من مشروع قانون مكافحة الفساد في ليبيا تعاقب على الجريمة بعقوبة السجن، وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار، ولا تزيد عن خمسين ألف دينار، غير أنه يلاحظ أنَّ المشروع قد تبني الغرامة البسيطة، على خلاف الوضع في القانون

70- Cabinet Seban et associés: op .cit.

رقم 2 لسنة 1979م، حيث تبني المشرع الغرامة النسبية، ونظراً أنّ عقوبة الغرامة الواردة بالمشروع تكون فعالة في الأحوال التي لا يزيد المال محل الجريمة عن عقوبة الغرامة المقررة للجريمة، إلا أنها لن تكون كذلك في الأحوال التي يكون فيها المال محل الجريمة يفوق مبلغ الغرامة في حده الأقصى، وهذا هو حال أغلب جرائم اختلاس المال العام، التي يكون فيها المال المختلس عادة يقدر بمبالغ كبيرة.

كما أنّ تبني الغرامة البسيطة *l'amende simple* يعني المساواة بين الجناة جميعهم، بغض النظر عن قيمة المال المختلس، ولا فرق بين من يختلس مالا ذا قيمة مالية بسيطة، ومن يختلس مالا ذا قيمة مالية كبيرة، ولا شك في أنّ ذلك لا ينسجم مع وظيفة الغرامة، والتفرد بالعقوبة.

فضلاً عن أنّ عقوبة الغرامة الواردة بالمشروع -في نظرنا في الأساس- ضعيفة عند مقارنتها بعقوبة الغرامة في التشريعات المقارنة، ولا تكفل توفير الحماية المطلوبة للمال العام من الاختلاس، الذي يرد عادة على أموال ذات قيمة عالية.

ونظراً أنه من الأفضل تبني الغرامة النسبية *l'amende proportionnelle*؛ بأن تكون ضعف ما تحصل عليه من الجريمة، مع وضع حد أدنى للغرامة لا تقل عنه بأي حال من الأحوال؛ حتى لا يتسنى للجاني الاستفادة بما تحصل عليه من الجريمة، وذلك من شأنه توفير حماية فعالة للمال العام، وتحقيق التوازن بين الجرم والعقاب بين ما اختلسه الجاني وعقوبة الغرامة، ومن المعلوم أنّ عقوبة الغرامة عقوبة فعالة في هذا الشأن؛ باعتبارها جزاء من جنس العمل.

2. العقوبات التبعية والتدابير المتعلقة بجريمة الاختلاس:

أ. العزل من الوظيفة وزوال الصفة:

يلاحظ أنَّ المشرِّع الليبي لم يقرر عقوبة العزل من الوظيفة في جريمة الاختلاس بشكل خاص، كما فعل في المادة 17 مكرراً من القانون رقم 2 لسنة 1979م، وعلى خلاف الوضع في المادة 118 من قانون العقوبات المصري، التي تعاقب بعزل الجاني من وظيفته أو زوال صفته، بالإضافة إلى عقوبة الغرامة المساوية لما اختلّس. وبالرجوع للمادة 34 عقوبات ليبي نجد أنها تقرر عقوبة الحرمان الدائم من الحقوق المدنية، عند الحكم بالسجن المؤبد أو السجن لعشر سنوات، أما الحرمان المؤقت فيكون عند السجن لمدة ثلاث سنوات فأكثر، ويكون الحرمان مدة تنفيذ العقوبة، ومدة أخرى لا تقل عن سنة، ولا تزيد عن خمس سنوات، ومن تلك الحقوق طبقاً للمادة 33 عقوبات الصلاحية للبقاء في أي وظيفة عامة، أو القبول في أي خدمة عامة، إلا إذا كانت خدمة جبرية، وتجريده من أي صفة اكتسبت؛ بسبب العمل في وظيفة أو خدمة عامة⁽⁷¹⁾.

غير أنَّ هذه العقوبة لا يمكن تطبيقها على الجاني في جميع الأحوال في جريمة الاختلاس؛ وفقاً للمادة 34 من قانون العقوبات، إلا عندما يُحَكَّم على الجاني بعقوبة السجن عشر سنوات، ووفقاً للمادة 27 من القانون رقم 2 لسنة 1979م قد يحكم القاضي بعقوبة أقل من عشر سنوات، (وفي هذه الحالة سيكون الحرمان مؤقتاً)، فضلاً عن ذلك فإن هذه العقوبة لا تطبق إلا عند تطبيق عقوبة السجن على الجاني، ولا محل لها في الأحوال التي تُطَبَّق فيها عقوبة الحبس لظروف مخففة، أو عند تطبيق حد السرقة على الجاني.

71- ومن تلك الحقوق كذلك حق الانتخاب أو الترشح لأي هيئة نيابية، وجميع الحقوق السياسية الأخرى، والصلاحية للعمل كوصي أو قيم وإن كان التعيين مؤقتاً.

كما أن ارتكاب الموظف العام لجريمة اختلاس يقتضي زوال هذه الصفة، وتجريدها عنه بشكل دائم، بغض النظر عن أهمية الوظيفة أو الخدمة التي يشغلها، سواء أكانت اختيارية أم إجبارية، فلا يوجد مبرر للفرقة بين النوعين؛ إذ في الحالتين يترتب على الجريمة إخلال الجاني بأمانة الوظيفة العامة، واعتباره غير مؤهل لتولي الوظيفة العامة، والسماح له بممارسة الوظيفة العامة رغم ارتكابه جريمة اختلاس يعني احتمال ارتكاب جريمة اختلاس ثانية دون اكتشاف أمره، وتعرض المال العام للخطر.

وفي فرنسا تعاقب المادة 432-17 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 1339 لسنة 2017م بشأن الثقة في الحياة السياسية⁽⁷²⁾ على جريمة اختلاس الممتلكات والأموال بمجموعة من العقوبات التكميلية *Peines complémentaires*، ومن تلك العقوبات: الحرمان من الحقوق المدنية والعائلية⁽⁷³⁾، والحرمان من ممارسة أي وظيفة عامة، أو ممارسة نشاط مهني أو اجتماعي في حال ارتكابه الجريمة، ومنع ممارسة مهنة تجارية أو صناعية، لتوجيه إدارة أو إدارة أو التحكم بأي صفة، بشكل مباشر أو غير مباشر، لحسابه الخاص أو نيابة عن الآخرين⁽⁷⁴⁾، وكذلك المصادرة للمبالغ والأشياء التي تحصل عليها الجاني بصورة غير مشروعة، باستثناء الأشياء الخاضعة للرد، بالإضافة إلى نشر الحكم بالإدانة طبقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة 131-35 من قانون العقوبات، والمعدلة بالقانون رقم 522 لسنة 2011⁽⁷⁵⁾.

72- Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique. (JORF n°0217 du 16 septembre 2017 texte n° 2)

73- cass · crim 12 juillet 2016 · N° de pourvoi: 15-80477 · cass · crim 13 juin 2012 · N° de pourvoi: 11-86125.

74- Michel REDON: Détournement de pièces dans les dépôts publics, juin 2018, <https://www.dalloz-avocats.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FPEN%2FRUB000102%2F2018-07%2FPLAN%2F0002&ctxt>

75- Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. (JORF n°0115 du 18 mai 2011 page 8537 texte n° 1)

كما تقرر المادة 118 مكرر عقوبات مصري مجموعة من التدابير، يجوز الحكم بها على الجاني بالإضافة للعقوبة المقررة للجريمة، ومن تلك التدابير: الحرمان من مزاولة المهنة لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وحظر مزاولة النشاط الاقتصادي الذي وقعت الجريمة بمناسبةه مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، ووقف الموظف عن عمله بمرتب مخفض أو من دون مرتب مدة لا تزيد عن ستة أشهر، والعزل مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات ولا تقل عن سنة، بالإضافة إلى نشر منطوق الحكم الصادر بالإدانة بالوسيلة المناسبة، وعلى نفقة المحكوم عليه.

ب. الرد والتجميد والحجز والمصادرة وإزالة آثار الاختلاس:

يلاحظ أنّ المشرّع الليبيّ لم يقرر المصادرة لجريمة الاختلاس، وبالرجوع للقواعد العامة نجد أنّ المادة 163 عقوبات تقرر عقوبة المصادرة وجوباً للأشياء المكتسبة أو المتحصل عليها من الجريمة الصادر فيها حكم بالإدانة، فلا محل للمصادرة في هذه الحالة إذا لم يصدر حكم بالإدانة، فضلاً عن عدم تقريره الرد وعقوبة التجميد والحجز للممتلكات والأموال غير المشروعة، وإزالة آثار الاختلاس أو الفساد بنصوص خاصة.

وفي المقابل نجد أن بعض التشريعات المقارنة قد قررت صراحة لجريمة الاختلاس عقوبة المصادرة والرد والتجميد والحجز للعائدات والأموال غير المشروعة، ففي الجزائر - فضلاً عن العقوبات التكميلية المقررة في قانون العقوبات- قررت المادة 51 عقوبة تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب الجريمة، مع مراعاة استرجاع الأرصدة وحقوق الغير الحسن النية، وطبقاً للمادة ذاتها تحكم الجهة القضائية برد ما اختلس أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره، سواء أبقيت تلك الأموال على حالها أم جرى تحويلها إلى مكاسب أخرى.

وفيما يتعلق بمكافحة عواقب الاختلاس أو آثاره وإزالتها تجيز المادة 55 من قانون مكافحة الفساد في الجزائر للجهة القضائية التي تنتظر في الدعوى التصريح ببطلان كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص تُحصّل عليه من الجريمة، وانعدام أثره مع مراعاة حقوق الغير الحسن النية.

ولاشك في أنّ الأحكام السابقة مسئلة من نصوص اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، حيث أكدت المادة 31 منها على التجميد والحجز والمصادرة، في حين أكدت المادة 34 على مكافحة آثار الاختلاس أو عواقبه، بالإضافة إلى حق المتضرر من الجريمة في الحصول على تعويض وفقاً للمادة 35.

وعلى الرغم من أهمية عقوبة نشر الحكم الصادر بالإدانة في الجرائم الخطيرة كجريمة الاختلاس، فهي عقوبة نفسية للجاني؛ لكي يعلم الأفراد واقعة الاختلاس ومرتكبها، ومن ثم الاطمئنان على سلامة عمل أجهزة العدالة الجنائية في حماية المال العام، وزجر كل من يفكر في اختلاسه، فإن المشرع الليبي لم يقرر عقوبة نشر الحكم بالإدانة في هذه الجريمة، ووفقاً للقواعد العامة فإن المادة 39 عقوبات تقرر وجوب نشر الحكم الصادر بالإدانة في حالتي الحكم بالإعدام والسجن المؤبد.

ولكن هل يمكن معاقبة الشخص المعنوي عن جريمة الاختلاس؟

لا يقرّر المشرّع الليبي -كقاعدة عامة- المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي la personne morale عن الجريمة مع وجود بعض الحالات الاستثنائية، التي يقرر فيها المشرّع مسؤولية الشخص المعنوي، على اعتبار أن المشرّع الليبي لا يزال حبيس الأفكار التقليدية حول فكرة الإرادة لدى الشخص المعنوي.

وبالنظر للتشريعات المقارنة نجد أنَّ المشرِّع الجزائري يقرر مسؤولية الشخص المعنوي في هذا المجال عندما ترتكب جريمة الاختلاس من قبل الشخص العادي، وذلك بمقتضى المادة 53 من قانون مكافحة الفساد، وتكون العقوبة وفقاً للمادة 18 عقوبات الغرامة التي تعادل أضعاف الغرامة المقررة للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، أو الإغلاق لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، أو الحرمان من الصفقات العمومية لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، أو المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً، لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، والمصادرة ونشر الحكم بالإدانة، والوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تزيد عن خمس سنوات⁽⁷⁶⁾.

وفي السياق ذاته يعاقب المشرِّع الفرنسي الشخص المعنوي عن الجريمة وفقاً للمادة 433-25 عقوبات المعدلة بالقانون رقم 526 لسنة 2009م⁽⁷⁷⁾. وقد أضيفت مؤخراً لقانون العقوبات الفرنسي المادة 433-26 بمقتضى القانون رقم 6191 لسنة 2016م بشأن الشفافية ومكافحة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية⁽⁷⁸⁾، وقررت هذه المادة إخضاع الشخص المعنوي (المسؤول جنائياً طبقاً للمادة 121-2 عقوبات) أيضاً إلى العقوبة المنصوص عليها في المادة 131-2-39 عقوبات، والمضافة مؤخراً بالقانون رقم 6191 لسنة 2016م، وتتمثل هذه العقوبة في الخضوع لبرنامج الامتثال لضمان وجود مجموعة من الإجراءات وتنفيذها، أو التدابير على الشخص المعنوي، ويكون ذلك لمدة لا تزيد عن خمس سنوات تحت إشراف الوكالة الفرنسية لمكافحة الفساد l'Agence française anticorruption، ومن تلك الإجراءات: مدونة لقواعد السلوك، تحدد وتوضح أنواع السلوك المختلفة التي يجب حظرها،

76- راجع: عبد الغني حسونة، الكاهنة زواوي: ص216 وما بعدها.

77- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. (JORF n°0110 du 13 mai 2009 page 7920 texte n° 1).

78- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. (JORF n°0287 du 10 décembre 2016 texte n° 2).

والتي من المحتمل أن تتصل وتتميز بأعمال فساد أو إساءة استغلال النفوذ، ونظام إنذار داخلي، يسمح بجمع تقارير عن الموظفين، ويتعلق بوجود سلوك أو مواقف مخالفة لمدونة قواعد سلوك الشخص المعنوي، وخريطة للمخاطر في شكل وثائق محدّثة بانتظام، تهدف إلى تحديد وتحليل أولويات مخاطر تعرض الشخص المعنوي أو الاعتباري لإلتامسات خارجية بغرض الفساد؛ وفقاً لقطاعات النشاط والمناطق الجغرافية التي يمارس فيها الشخص المعنوي أو الاعتباري نشاطه، وإجراءات لتقييم وضع العملاء والموردين من المستوى الأول والوسطاء فيما يتعلق بتحديد المخاطر، والإجراءات المحاسبية، الداخلية أو الخارجية، المصممة لضمان عدم استخدام الوثائق والسجلات والحسابات؛ لإخفاء الرشوة أو التهريب والنفوذ غير المشروع Trafic d'influence، بالإضافة إلى نظام تأديبي يسمح بمعاقبة موظفي الشخص الاعتباري في حالة انتهاك قواعد السلوك للشخص الاعتباري، على أن يتحمل الشخص المعنوي أو الاعتباري المدان التكاليف التي تتكبدها الوكالة الفرنسية لمكافحة الفساد؛ لاستخدام الخبراء أو الأشخاص أو السلطات المؤهلة لمساعدتها في إجراء التحليلات القانونية والمالية والضريبية والمحاسبية، دون أن تتجاوز هذه التكاليف أو النفقات مبلغ الغرامة المقرر للجريمة التي صدر بها الحكم، مع ملاحظة أنّ المادة 26 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تقرر مسؤولية الشخص المعنوي عن الجريمة.

إن تعزيز مكافحة الفساد واختلاس المال العام تقتضي كذلك أن تكون هناك حماية فعالة لمن يقوم بالإبلاغ عن جرائم الفساد واختلاس المال العام، وكذلك الخبراء والشهود.

وقد نصت المادة 38 من القانون رقم 2 لسنة 1979م في ليبيا على أن "لكل مواطن الحق في تبليغ جهات الاختصاص عن أية جريمة تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون"، ويعطي هذا النص للشخص الحق في الإبلاغ عن جريمة اختلاس المال العام، أو غيرها من جرائم

الفساد، ويبدو أنّ هذا النص وُضِعَ من أجل ترسيخ ثقافة مكافحة الفساد لدى الأفراد؛ من أجل حشد الهمم في مواجهة هذه الآفة الخطيرة على المجتمع.

وبالنظر إلى طبيعة فعل اختلاس المال العام وخطورته كان يقتضي إلزام الأشخاص بنص خاص وصريح بالإبلاغ عن جرائم اختلاس المال العام التي يعلمون بها، بحكم وظائفهم أو مراكزهم، وعدم الاكتفاء بنص المادة 258 عقوبات المتعلقة بالتقصير في التبليغ عن الجرائم، كما هو الحال في المادة 47 من قانون مكافحة الفساد في الجزائر، التي تعاقب كلّ شخص يعلم بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة بوقوع جرائم الفساد -والتي من ضمنها اختلاس المال العام- ولم يَفْمَ بإبلاغ السلطات المختصة في الوقت الملائم.

وفي نطاق حماية المبلغين عن جريمة الاختلاس، فإنّ القانون رقم 2 لسنة 1979م لا يوفر حماية للأشخاص في هذا الشأن، وفي المقابل قررت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد توفير حماية للشهود والخبراء والضحايا؛ وفقاً للمادة 32، وحماية المبلغين عن الجريمة؛ وفقاً للمادة 33.

ومن جانبه كفل المشرع الفرنسي حماية الشهود من خلال المواد 706-57 إلى 706-706-63 من قانون الإجراءات الجنائية، فتكفل المادة 706-57 المعدلة مؤخراً بالقانون رقم 222 لسنة 2019⁽⁷⁹⁾ للشاهد إخفاء عنوانه بأن يعلن -بعد إذن النائب العام أو قاضي التحقيق- مركز الشرطة كعنوان له أو مكان عمله إذا استُدعي بسبب مهنته، في حين تكفل المادة 706-58 للشاهد إخفاء هويته في الجنايات أو الجنح المعاقب عليها بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، متى كان من المحتمل أن يتعرض فيها الشاهد في حياته أو سلامته البدنية للخطر أو أفراد أسرته أو أقاربه، وطبقاً للمادة 706-59 لا يجوز بأي حال من الأحوال الكشف عن

79- Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. (JORF n°0071 du 24 mars 2019 texte n° 2) .

هوية الشاهد إلا في الحالة التي يكون فيها الكشف عن هويته ضرورياً؛ لممارسة حقوق الدفاع (المادة 706-60). وتكون العقوبة في حالة الكشف عن هوية الشاهد أو عنوانه السجن خمس سنوات، وغرامة 75000 يورو.

وقد أضيفت إلى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي المادة 706-62-1 بمقتضى القانون رقم 731 لسنة 2016 بشأن تعزيز مكافحة الجريمة المنظمة والإرهاب⁽⁸⁰⁾، وتحظر هذه المادة الكشف عن هوية الشاهد خلال جلسات الاستماع العلنية، أو الأوامر والأحكام التي يُعلن عنها، ويُمنَح رقمًا تعريفياً فقط، متى طلب إخفاء هوية الشاهد، وذلك في حالة ارتكاب جنائية أو جنحة معاقب عليها بالسجن لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ومن المحتمل أن يعرض الكشف عن هوية الشاهد حياته للخطر أو سلامته البدنية، ويعاقب على الكشف عن هوية الشاهد المعني بهذه المادة، أو نشر المعلومات التي تسمح بتحديد هويته أو موقعه، بالسجن لمدة خمس سنوات، وبغرامة قدرها 75 000 يورو⁽⁸¹⁾.

وفي السياق ذاته تعاقب المادة 45 من القانون رقم 01-06 بشأن مكافحة الفساد في الجزائر بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وغرامة من 50.000 إلى 500.000 كل شخص يلجأ إلى الانتقام أو التهديد أو الترهيب، بأي طريقة كانت، وبأي شكل من الأشكال،

80- Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. (JORF n°0129 du 4 juin 2016 texte n° 1).

81- وتشدد العقوبات أكثر لتصل إلى السجن 10 سنوات، وغرامة 150 ألف يورو إذا ترتب على الكشف عن هوية الشاهد أو بياناته بشكل مباشر أو غير مباشر وفاة الشاهد أو زوجته أو أبنائه.. إلخ وتكون السجن 7 سنوات، وغرامة 75 ألف يورو إذا ترتب على ذلك وقوع عنف ضد الشاهد أو أفراد أسرته في بعض الجرائم الخطيرة؛ كغسل الأموال والاتجار بالبشر والمخدرات وغيرها، وذلك طبقاً للمادة 706-62-2 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، المضافة بالقانون رقم 731 لسنة 2016، وفي لبنان صدر مؤخراً القانون رقم 83 لسنة 2018 بشأن حماية كاشفي الفساد، وتقديم الإعفاءات وتخفيف العقوبات في حالة مساعدة السلطات في الكشف عن جرائم الفساد، وهذا القانون يوفر الحماية لكاشفي الفساد أو المبلغين عن جرائم اختلاس المال العام أو الفساد، ويشمل ذلك الحماية القانونية والشخصية والوظيفية، ويقرر هذا القانون عقوبة غرامة تصل إلى 100.000.000 ليرة لمن يلحق ضرراً بكاشفي الفساد داخل الإطار الوظيفي، فضلاً عن الحق في التعويض وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الكشف عن الفساد، وتشدد العقوبة المقررة وفقاً للنصوص العامة من الثلث إلى النصف إذا وقع الضرر خارج الإطار الوظيفي لارتباطه بالكشف عن الفساد.

ضد الشهود أو الخبراء أو الضحايا أو المبلغين، أو أفراد عائلاتهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم⁽⁸²⁾.

الفرع الثاني: التفريد العقابي

خلا القانون رقم 2 لسنة 1979م في ليبيا -ومن قبله قانون العقوبات- من نصوص خاصة تقرر التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من العقوبة في جريمة الاختلاس، وعلى خلاف ذلك نجد أنّ التشريعات المقارنة تقرر تشديد العقوبة أو تخفيفها، وحتى الإعفاء منها في حالات معينة:

أولاً- التشديد من العقوبة:

تشدد المادة 112 عقوبات مصري من العقوبة المقررة للجريمة، وتجعلها السجن المؤبد إذا كان الجاني من مأموري التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة، متى كان المال قد سلم له بناء على هذه الصفة، أو إذا ارتبطت جريمة الاختلاس بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أو إذا كانت جريمة الاختلاس قد ارتكبت في زمن الحرب، وترتب عليها الإضرار بمركز الدولة الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها.

وفي الجزائر تشدد المادة 48 من قانون مكافحة الفساد العقوبة، وتجعلها الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، بالإضافة إلى الغرامة المقررة للجريمة إذا كان الجاني قاضياً أو موظفاً يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطاً عمومياً، أو عضواً في الهيئة الوطنية

⁸² يقرر مشروع قانون مكافحة الفساد في ليبيا عقوبة الحبز والتجميد والمصادرة؛ وفقاً للمادة 61، وتناولت المادة 59 من مجموعة من العقوبات التبعية، وكذلك ظروف تشديد وتخفيف وإعفاء من العقوبة في جريمة الاختلاس ومكافحة آثار الفساد؛ وفقاً للمواد: 63، 56، 57، 60 من مشروع قانون مكافحة الفساد في ليبيا.

للوفاية من الفساد ومكافحته، أو ضابطاً أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط.

ويعتبر تشديد العقوبة على الفئات السابقة من الضمانات المهمة لمكافحة الفساد، على اعتبار أنّ تلك الفئات لها سلطات كبيرة ومؤثرة في المحافظة على المال العام⁽⁸³⁾، فهم من الفئات التي ينبغي عليها حماية المال العام وصونه، وليس الاعتداء عليه بالاختلاس.

ثانياً- التخفيف والإعفاء من العقوبة:

تقرر المادة 49 من القانون رقم 01-06 بشأن الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر تخفيف العقوبة على الجاني وتخفيضها إلى النصف، إذا ساعد السلطات بعد القيام بإجراءات المتابعة في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص المساهمين في ارتكاب الجريمة، ويعفى الجاني من العقوبة إذا قام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة، وساعد على معرفة مرتكبها.

وفي مصر تجيز المادة 118 مكرر من قانون العقوبات للمحكمة، إذا كان المال موضوع الجريمة أو الضرر المترتب عنها لا يتجاوز خمسمائة جنيه، أن تستبدل بعقوبة الحبس تدبير أو أكثر من التدابير التي نصت عليها المادة 118 مكرر عقوبات، ويعفى الجاني من العقاب إذا قام الجاني من غير المحرضين على ارتكاب الجريمة بإبلاغ السلطات القضائية والإدارية بالجريمة بعد تمام ارتكابها وقبل اكتشافها، كما يجوز الإعفاء إذا حصل الإبلاغ بعد اكتشاف الجريمة، وقبل صدور حكم نهائي فيها، على أنه يشترط للإعفاء من العقوبة أن يؤدي الإبلاغ عن الجريمة إلى رد المال موضوع الجريمة.

83- راجع عبد الغني حسونة، الكاهنة زواوي: ص 213.

ويتضح مما سبق عدم فعالية الجزاءات التي يقرها المشرع الليبي لجريمة الاختلاس، عند المقارنة مع التشريعات الأخرى، وعدم انسجام الأحكام الواردة في التشريع الليبي مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي انضمت إليها ليبيا، الأمر الذي يتطلب ضرورة تعديل تلك الأحكام بما يتوافق مع الأحكام الواردة في تلك الاتفاقية⁽⁸⁴⁾.

وإذا كان المشرع الليبي في القانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية قد انتهج سياسة التشديد والتخفيف والإعفاء من العقوبة في جرائم الرشوة في حالات معينة⁽⁸⁵⁾، فإنه لم يفعل ذلك بصدد جريمة الاختلاس.

نخلص إلى أن الفساد باعتباره إساءة لاستخدام السلطة الممنوحة للموظف العام، يؤدي إلى حدوث ثراء غير مشروع لفئة معينة من المجتمع، وفي المقابل فإنه يشكل عبء رئيسية أمام تحقيق التنمية في المجتمع باستنزاف مقدرات الدولة⁽⁸⁶⁾، التي كان من المرجح تخصيصها للخدمات العامة الأساسية، بالإضافة إلى أنه يؤدي إلى زعزعة الثقة بين المواطن والدولة⁽⁸⁷⁾، إلى غير ذلك من الخسائر الاقتصادية الفادحة المترتبة عليه، والتي جعلت المجتمع الدولي يتصدى لهذه الآفة بعقد الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن وتطوير التشريعات المحلية⁽⁸⁸⁾.

84- نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة 65 على أن تتخذ كل دولة طرف؛ وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ما يلزم من تدابير، بما فيها التدابير التشريعية والإدارية؛ لضمان تنفيذ التزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية.

85- راجع: المواد 23-26 من القانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية في ليبيا.

86- Oumar Kone: La corruption des agents publics : approche comparée des droits français et malien, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2015, Résumé.

87- Alessandra Fontana: p173.

88- Isis Mabilia Loutaya: La lutte contre la corruption en droits interne européen et international, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2013, Résumé.

فالسياسة الناجعة لمكافحة الفساد واختلاس المال العام تقتضي أن يكون هناك آليات للوقاية من الجريمة قبل وقوعها⁽⁸⁹⁾، و ليس الاكتفاء بتجريم الفعل والعقاب عليه، كما أن الأمر يتطلب أن يكون هناك تفريد للعقوبة *L'individualisation de la peine* بحيث تنسجم العقوبة مع مستوى خطورة الفعل و حالة الجاني ومن ثم يكون هناك تشديد في العقوبات وتنوعها، فضلاً عن وجود ظروف لتشديد العقوبة وتخفيفها، بل حتى الإعفاء منها؛ لتشجيع الجناة في العدول عن جرائمهم، أو المساعدة في الكشف عن غيرهم من المساهمين معهم في الجريمة، خاصة وأن جرائم اختلاس المال العام والفساد عموماً تحدث في إطار من السرية والكتمان، وعن طريق عصابات منظمة *Bande organisée*، الأمر الذي يصعب من عملية اكتشافها، ومن ثم ضياع المال العام، وعليه قد يكون من المناسب أن تكون هناك ظروف تخفيف أو إعفاء من العقوبة؛ للمساعدة في الكشف عن الجريمة وملاحقة مرتكبيها، فضلاً عن تعويض المتضرر، وإزالة آثار الاختلاس وعواقبه⁽⁹⁰⁾.

89- Stéphane Paquin et Jean-Patrick Brady: Lutter efficacement contre la corruption : la Suède comme exemple, revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale, vol. 20, n°1 2018, <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/3279>.

90- صدر في فرنسا مؤخراً القانون رقم 896 لسنة 2014 بشأن تفريد العقوبات وتعزيز فعالية العقوبات الجنائية؛ لتعديل مجموعة من التدابير المتعلقة بالعقوبات السالبة للحرية لتكون العقوبة متناسبة مع حالة الجاني وأكثر فعالية في منع العود للجريمة في المستقبل . ومن ضمن الإصلاحات الجديدة التي جاء بها القانون أنه نص على عقوبة جديدة وهي القيد أو التقييد للحرية العقابي *La contrainte pénale* وتعني الالتزام بالخضوع لتدابير الرقابة وبعض الالتزامات تحت إشراف قاضي تنفيذ العقوبات لمدة معينة لا تقل عن ستة أشهر و لا تزيد عن خمس سنوات لمنع العود للجريمة وإعادة الاندماج في المجتمع . (المادة 131-4 من قانون العقوبات) وأضاف إلى قانون العقوبات مادة جديدة وهي المادة 130-1 وفقاً لهذه المادة فإنه من أجل ضمان حماية المجتمع ، ومنع ارتكاب جرائم جديدة واستعادة التوازن الاجتماعي ، وفيما يتعلق بمصالح المجني عليه ، تهدف العقوبة إلى معاقبة الجاني وإعادة التأهيل والاندماج في المجتمع .

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.(JORF n°0189 du 17 août 2014 page 13647 texte n° 1).

الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية هذه الدراسة حول المواجهة الجنائية الموضوعية لفعل الاختلاس، وقد تناولنا من خلال الدراسة التعريف بالاختلاس بوصفه صورة من صور الفساد، ومدى الاهتمام الدستوري والدولي بمواجهته، وسياسة المشرع الليبي من حيث التجريم والعقاب في جريمة الاختلاس، وننتهي بمجموعة من النتائج والتوصيات، لعل أهمها:

أولاً- النتائج:

1. كشفت الدراسة عن وعي المجتمعات المختلفة بمخاطر الاختلاس، وتمخض ذلك عن وجود اهتمام بمواجهة الاختلاس ومكافحته، سواء أكان على الصعيد الدولي أم الإقليمي أم المحلي.
2. ضعف الحماية التي يقررها المشرع الليبي للأموال العامة في مواجهة الاختلاس، وعدم انسجام نصوص التشريع الليبي في هذا الشأن مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ويتجلى ذلك في سياسة المشرع، سواء أكان في مجال التجريم أم العقاب، حيث لم يشمل التجريم أفعالاً جرمتها التشريعات المقارنة من خلال النص الخاص بجريمة الاختلاس وعلاقة الجاني بالمال، أما على صعيد العقوبة فقد أبانت الدراسة ضعف العقوبات التي يقررها المشرع الليبي في هذا الشأن، وعدم تنوعها، وبالتالي عدم فاعليتها، فضلاً عن غياب التدابير اللازمة لمواجهة الجريمة على خلاف الوضع في التشريعات المقارنة.
3. أبانت الدراسة أن جريمة الاختلاس من الجرائم ذوات العنصر المفترض، المتمثل في صفة الموظف العام للجاني، وأن الاختلاس في التشريع الليبي لا يقع إلا من الموظف العام، للمال الذي في حيازته قبل ارتكاب الجريمة حيازة ناقصة، في حين أن التشريع المقارن أفرد نصاً للاختلاس الذي يقع من الشخص العادي للمال الذي في عهده أو عهدة الموظف العام.

ثانياً-التوصيات:

1. تعديل النص الخاص بجريمة الاختلاس في التشريع الليبي، أو استصدار نص جديد، يتلاءم مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وتضمنه أنماط السلوك الواردة في التشريع المقارن، مع تقرير مسؤولية الشخص المعنوي، وأن يكون هناك تفريد في العقوبة إلى غير ذلك من الملاحظات التي وردت في البحث لضمان تحقيق مواجهة فعالة لفعل الاختلاس.
2. التأكيد على أهمية دعم الأجهزة الرقابية واستقلالها في القيام بعملها؛ لضمان أكبر قدر من الشفافية ومراقبة المال العام وصونه، فالسياسة الرشيدة تركز على إيجاد الطرائق المناسبة للحماية من الجريمة قبل وقوعها، وليس الاهتمام بمواجهتها بعد وقوعها، وتشديد الإجراءات فيما يتعلق بالقبول في الأجهزة الرقابية، وجميع الوظائف المالية العامة في الدولة، خاصة التطبيق الفعلي لإقرار الذمة المالية عند تولي المنصب، ومتابعته بشكل جدي وفعال، والابتعاد عن الفساد في اختيار الموظفين لتولي المناصب؛ وفقاً لاعتبارات جهوية أو أيديولوجية، بعيداً عن الكفاءة بما يضمن نزاهة الشخص المتقدم للوظيفة، وحرصه على صون المال ورعايته.
3. نشر الوعي المجتمعي بمخاطر الفساد المالي والإداري، وفي مقدمته الاختلاس، من خلال وسائل التعليم والإعلام المختلفة، وعقد الدورات للموظفين والندوات والمؤتمرات؛ لشحذ الهمم في مواجهة هذه الآفة الخطيرة، وتثقيف العاملين بالمؤسسات المختلفة بمخاطر الفساد واختلاس المال العام في المجتمع، وتحقيقاً للغاية ذاتها ينبغي أن تقوم الأجهزة الرقابية -وبشكل دوري- بتقديم تقارير توضح معدل أداء الأجهزة المختلفة بالدولة، ومدى تغلغل الفساد بها، ونشر جهود مكافحة اختلاس المال والفساد؛ تحقيقاً للشفافية، ومعرفة مدى فعالية تلك الأجهزة في القيام بمهامها.

قائمة المصادر

أولاً-باللغة العربية:

1. أبو بكر أحمد الأنصاري: شرح قانون العقوبات الليبي، (القسم الخاص)، الكتاب الثاني، جرائم الاعتداء على الأموال، من دون ناشر، ط1، 2013، طرابلس-ليبيا.
2. إلياس خديجة: الحماية الجنائية للمال العام في ظل قانون مكافحة الفساد والوقاية منه رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006م، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر -سعيدة، العام الجامعي 2016-2017م.
3. براهيم فيصل: جريمة اختلاس الأموال العامة والخاصة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 6، العدد 1، جامعة الجلفة، الجزائر، 2013م.
4. حسنين المحمدي بواوي: الفساد الإداري لغة المصالح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
5. حنان سالم: ثقافة الفساد في مصر، دراسة مقارنة للدول النامية، دار مصر المحروسة، القاهرة، ط1، 2003م.
6. خديجة سرير الحرتسي: الحماية الجزائية للمال العام من جريمة اختلاس الممتلكات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد الأول، أبريل 2018م.
7. خديجة غرداين: جريمة الاختلاس في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 3، ديسمبر 2018م.
8. زهرة مراد: صفة الفاعل في جريمة اختلاس المال العام بين الشروط المفترضة لها وأركانها، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 39، يونيه 2013م.
9. سالم الأوجلي: شرح قانون العقوبات الليبي، القسم الخاص، الكتاب الثاني، جرائم الاعتداء على الأموال، من دون ناشر ومكان نشر، ط1، 2014م.

10. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
11. عاشور فاطيمة: خصوصية جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع العام على ضوء القانون 01-06، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الأول، مارس 2019م.
12. عبد الغني حسونة، الكاهنة زواوي: الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، (مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر)، المجلد الرابع، العدد الخامس، 2009م.
13. عبد الناصر عباس عبد الهادي: الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، تحليل نقدي مقارنة، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، الرياض، المجلد 21، العدد 64.
14. علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010.
15. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008م.
16. فتوح عبدالله الشاذلي: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010م.
17. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2000م.
18. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م.
19. محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم: قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004م.

20. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.

21. موسى أرحومة: الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 2009م.
ثانيا- باللغة الفرنسية:

1. Alessandra Fontana: Lutter contre la corruption et les flux financiers illicites, Coopération pour le développement 2014 Mobiliser les ressources au service du développement durable.
2. André Vitu ,Wilfrid Jeandidier: Art. 432-15 et 432-16 - Fasc. 20: Destruction et DÉtournement de Biens par Des personnes exerçant une Fonction Publique ,Copyright © 2017 LexisNexis.
3. Cabinet Seban et associés: Le délit de détournement de biens ou fonds publics ,le 17 octobre 2018: www.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/encyclopedie/view/fiches/Le_delit_de_detournement_de_biens_ou_fonds_publics.
4. Isis Mabilia Loutaya: La lutte contre la corruption en droits interne européen et international, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2013
5. Oumar Kone: La corruption des agents publics : approche comparée des droits français et malien, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2015.

6. Michel REDON: Détournement de pièces dans les dépôts publics, juin 2018. <https://www.dalloz-avocats.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FPEN%2FRUB000102%2F2018-07%2FPLAN%2F0002&ctxt>.
7. Stéphane Paquin et Jean-Patrick Brady: Lutter efficacement contre la corruption: la Suède comme exemple, revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale, vol. 20, n°1 2018, <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/3279>.

الاجتهاد التطبيقي مفهومه ومرتكزاته

دراسة تحليلية في ضوء الآية 34 من سورة النساء

د. لطيفة علي الفقيهي (1)

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والسلام على سيدنا محمد أشرف المرسلين، وعلى آله الطيبين وأصحابه الغر الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الاجتهاد التطبيقي، أو كما يطلق عليه البعض الاجتهاد التنزيلي أو المقاصدي، يعتبر من المواضيع الأصولية التي حظيت باهتمام متزايد في السنوات الأخيرة، ويتمثل هذا النوع من الاجتهاد في ضرورة قيام المجتهد بإعمال عقله وفكره عند قيامه بتطبيق النصوص على القضايا والوقائع المنضوية تحت نطاقها، ولذا فهو يعني تنزيل النص القرآني من طابعه السماوي المجرد إلى الواقع، حيث يتم تطبيقه على أفراد معينة من أجل الوصول إلى غايات النص وأهدافه، فالله سبحانه وتعالى ينزل الأحكام، وبعد هذا التنزيل يأتي دور الإنسان، باعتباره المكلف والمخاطب والخليفة، لينزل هذه الأحكام على الوقائع الجزئية، على نحو محقق لغايات التنزيل وأهدافه.

ويعتبر الإمام الشاطبي من أوائل العلماء الذين دعوا إلى هذا الضرب من الاجتهاد، ودافعوا عنه دفاعاً قوياً، معتبراً إياه الضامن الوحيد لتنزيل أحكام الله المجردة على الوقائع المشخصة والمعينة، ومن أجل إعطاء هذا المفهوم آلياته القادرة على جعله قابلاً للتنفيذ والتطبيق، نص الشاطبي على تحقيق المناط ومآلات الأفعال باعتبارهما الوسيطان اللتان من خلالهما يتحقق هذا الضرب من الاجتهاد، وتنزل بهما أحكام الله سبحانه وتعالى على الواقع، بشكل محقق لغايات تلك الأحكام ومقاصدها.

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

وبعد الإمام الشاطبي توالى الكتابات من قبل عدد من العلماء المعاصرين حول هذا الضرب من الاجتهاد، مؤكدة أهميته وفاعليته ومدي حاجتنا إليه في الوقت الحاضر، خاصة بعد تعقد واقعنا المعاصر، واختلافه الكامل والتام عن الواقع الذي شهد تنزل أحكام الله سبحانه وتعالى.

وفي هذا البحث سنحاول بعون الله سبحانه وتعالى دراسة هذا الاجتهاد بعنصريه: تحقيق المناط ومآلات الأفعال، غير أن دراستنا سنتجاوز الطابع الوصفي، لتقدم أمثلة عن كيفية استثماره في تطبيق عدد من النصوص القرآنية التي ثار جدل كبير بين العديد من الكتاب المسلمين والغربيين حول صلاحيتها للتطبيق في وقتنا المعاصر، باعتبارها تحمل من وجهة نظر البعض أحكاماً تمثل مخالفة لما توافقت عليه البشرية من قواعد العدالة والمساواة بين الرجل والمرأة، ومن أهم هذه النصوص الآية الرابعة والثلاثون من سورة النساء، والتي بموجبها يمنح الله سبحانه وتعالى للزوج الرخصة في ضرب زوجته، لغرض تأديبها، وذلك بعد مباشرته لعدد من الحلول من وعظ وهجر.

ومن وجهة نظر هذا البحث إذا ما روعي في تطبيق هذه الآية عنصري الاجتهاد التطبيقي، وهما تحقيق المناط ومآلات الأفعال على النحو الذي سيقدمه هذا البحث، فإن رخصة الضرب لن تكون بأي حال من الأحوال مبرراً لممارسة العنف ضد المرأة أو اضطهادها، بل على العكس من ذلك ستقدم على أنها إجراء استثنائي محدد بضوابط تقيده وتظهره على نحو أبعد ما يكون عن العدوان والاعتداء.

فاعتماداً على الاجتهاد التطبيقي، بعنصريه تحقيق المناط ومآلات الأفعال، لا بد أولاً أن يتم تحديد من هو الزوج الذي من الممكن أن يكون مؤهلاً لاستعمال هذه الرخصة، وذلك من خلال تحديد عدد من الشروط والضوابط التي لا بد أن تتوافر في هذا الزوج، ثانياً النظر في النتائج والمآلات التي من الممكن أن تترتب على منح الأزواج رخصة الضرب، وما إذا كان

في هذه النتائج المتوقعة ما قد يسفر عن مفسدة ومضار يتجاوز خطرهما ما قد يترتب على منح هذه الرخصة من مصالح وفوائد.

ولتحقيق غايات هذا البحث فإننا سنقوم بتقسيمه إلى مبحثين اثنين، في الأول سنستعرض مفهوم الاجتهاد التطبيقي وأهميته، وذلك في مطلبين اثنين، أما المبحث الثاني فسيتم من خلاله أولاً عرض للمرتكزات التي يعتمد عليها الاجتهاد التطبيقي، وهي تحقق المناط ومالات الأفعال، وسيخصص لهذا الغرض المطلبين الأول والثاني، ثانياً استعراض فاعلية هذا الضرب من الاجتهاد في تطبيق الآية 34 من سورة النساء، وتحديد رخصة الضرب، على نحو لا يتصادم مع حقوق المرأة وإنسانيتها، وسيخصص لهذا النقاش المطلب الثالث من هذا المبحث.



المبحث الأول

الاجتهاد التطبيقي: تعريفه وأهميته

في هذا المبحث سنتناول بالبحث والمناقشة التعريفات التي قدمت من قبل العلماء قدامي ومعاصرين للاجتهاد التطبيقي، وبيان إلى أي مدى كانت هذه التعريفات قادرة على تقديم تصور دقيق له، كما سنتناول أهمية هذا الضرب من الاجتهاد وضرورته، وذلك من خلال المطالبين التاليين.

المطلب الأول

تعريف الاجتهاد التطبيقي

نستطيع القول أن الاجتهاد التطبيقي هو من المصطلحات حديثة الظهور، إذ لم يكن العلماء القدامى يميزون بين أنواع الاجتهاد، ولا يقومون بتصنيفه إلى أشكال وصور مختلفة، إلا أنه -وكما أشرنا آنفاً- فإن أغلب الكتابات المعاصرة حول هذا الضرب من الاجتهاد تعتبر الإمام المالكي أبو إسحاق الشاطبي من أوائل المتناولين لهذا الاجتهاد⁽²⁾، وعلى الرغم من موافقتنا وإقرارنا الكامل بهذا الاستنتاج إلا أن قراءتنا أوصلتنا إلى استنتاج آخر، مفاده أنه وإن لم تشر كتابات علمائنا ممن سبقوا الشاطبي إلى هذا النوع من الاجتهاد بشكل مباشر، إلا أن ما قامت به هذه الكتابات هو إبراز الخصائص والمميزات التي تميزت بها نصوص الشريعة، والتي تجعل من أعمال الاجتهاد في تطبيقها أمراً لازماً وحتمياً، وهذه المميزات تمثلت في التنبيه أولاً على أن النصوص لم تشرع لذواتها، وإنما لما تحققه من مصالح وغايات، ثانياً القول بأن أحكام الشرع لم تنص على كل واقعة على حدة، ولا نظمت ولا خاطبت كل مكلف على نحو مستقل ومنفرد، وإنما جاءت بلغة التجريد والعموم التي تتجاوز الأفراد والوقائع، لتتغلغل بالنص على الحكم المجرد.

² - بشير مولود ججيش: في الاجتهاد التنزيلي، ص 33

فقد ذهب الإمام ابن تيمية في بيان الخاصية الثانية إلى القول: "مما اتفق عليه المسلمون، بل هو مما اتفق عليه المسلمون والعقلاء أيضاً؛ إنه لا يمكن أن ينص الشارع على حكم كل واقعة وشخص، وإنما يتكلم بكلام عام، ويبقى عمل المجتهد ضرورياً، لتبين مدى انتظام الجزئيات والأفراد المعينة في معنى ذلك العام أو عدم انتظامها فيه، وهذا لا يتم إلا بتحقيق المناطق"⁽³⁾.

أما في بيان الخاصية الأولى فإن العلماء أجمعوا على أن الأحكام راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم، وفي ذلك يقول ابن قيم الجوزية: "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل"⁽⁴⁾.

فمثل هذا الفهم الدقيق لخصائص أحكام الله سبحانه وتعالى يُظهر أن للعقل الإنساني دور أساسي في إنزال هذا الحكم المجرد على الواقع المعين، وفي التثبت من أن مقصد الحكم وغايته قد تحقق جراء هذا التطبيق، إلا أنه ورغم هذا التنبيه لأهمية الاجتهاد في مرحلة التطبيق من قبل علمائنا ممن سبقوا الشاطبي إلا أنه يظل الشاطبي بإجماع العلماء هو من نص بشكل صريح ومباشر على هذه الصورة أو الشكل من أشكال الاجتهاد الذي وصفه بالديمومة وعدم الانقطاع إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها⁽⁵⁾.

ورغم الجهد الذي بذله الإمام الشاطبي في التنبيه لأهمية هذا الضرب من الاجتهاد إلا أنه لم يقدم تعريفاً محدداً له، والسبب -كما يراه بشير مولود جحيش- هو إن الإمام الشاطبي لم يكن معنياً بالحدود أو التعريفات، بل كان يرنو إلى مشروع تجديدي لأصول الفقه⁽⁶⁾، إضافة

³ - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 10، ص 2.

⁴ - ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين، ج 3، ص 11.

⁵ - أحمد الريسوني: الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، ص 64.

⁶ - في الاجتهاد التنزيلى: ص 34.

إلى ذلك، فإنه من الممكن القول إن غياب تعريف محدد للاجتهاد التطبيقي كان نتيجة انشغال الشاطبي بالتأسيس لكل من تحقيق المناط ومآلات الأفعال اللذان اعتبرهما مرتكزاته الأساسية. ففي كتابه الموافقات يبدأ الإمام الشاطبي مناقشته للاجتهاد التطبيقي بتقسيم الاجتهاد إلى ضربين اثنين، الأول ما يكون في درك الأحكام الشرعية، وهو المتعلق بدلالات النصوص الشرعية، ويشمل الاجتهاد في تخريج المناط وتنقيحه، أما الضرب الثاني فهو الاجتهاد في تطبيق الأحكام، وهو ما لا يمكن انقطاعه باتفاق، لاتصاله بخلود الشريعة، حيث يقول الشاطبي عن هذا الضرب من الاجتهاد أيضا أنه لا يتصور انقطاعه حتى تقوم الساعة، ذلك أنه لابد منه في كل زمان، ولا يمكن حصول التكليف إلا به⁽⁷⁾.

وفي مقابل غياب تعريف دقيق للاجتهاد التطبيقي لدى علمائنا السابقين، نجد أن العديد من العلماء المعاصرين حاولوا القيام بهذه المهمة، وملء هذا الفراغ، وأول هذه التعريفات قدم من قبل فتحي الدريني، والذي يرى أن الاجتهاد في التطبيق يعني الملاءمة بين ظروف الواقعة المعروضة، والتي يتناولها النص، والمقصد الذي يستشرفه النص نفسه من تطبيقه⁽⁸⁾، وفي موضع آخر يفسر بشكل أوضح مفهوم الاجتهاد التطبيقي عندما يقول إنه أن ينزل المجتهد بالنصوص من أفقها التجريدي المحض إلى عالم الوقائع المشخصة بظروفها وأحوالها، ويبحث ويمحص ذلك كله، ثم يطبق على كل حالة ما يناسبها مما يقتضيه العدل والإنصاف والمصلحة المعبرة شرعا⁽⁹⁾.

⁷ - الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج 4، ص 89.

⁸ - المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي: ص 45.

⁹ - بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي: ص 66.

ويبدو بشير جحيش في اتفاق تام مع الدريني عندما يقول: "إن الاجتهاد التطبيقي هو إعمال العقل من ذي ملكة راسخة متخصصة في إجراء حكم الشرع الثابت بمدركه الشرعي على الوقائع الفردية والجماعية، تحقيقاً لمقاصد الشرع، وتبصراً بمالات التنزيل"⁽¹⁰⁾.

ويرى أحمد بن بيه أن التنزيل والتطبيق عبارة عن تطابق كامل بين الأحكام الشرعية وتفاصيل الواقع المراد تطبيقها عليه، بحيث لا يقع إهمال أي عنصر له تأثير من قريب أو بعيد في جدلية الواقع والدليل الشرعي⁽¹¹⁾، وينسج عبد المجيد النجار على منوال ابن بيه عندما يعرف الاجتهاد التطبيقي بأنه "تنزيل المكلف للتعاليم المجردة على أفعالها العينية بمعطياتها الزمنية والمكانية وبحيثياتها التشخيصية"⁽¹²⁾.

ويرى عبد الرحمن الكيلاني أن المقصود بالاجتهاد التطبيقي هو تعيين محل الحكم الثابت بمدركه الشرعي، والتبصر بما عسى أن يسفر تطبيقه من نتائج على ضوء القواعد الأصولية والشرعية والمبادئ العامة في التشريع⁽¹³⁾، أما عبد الرزاق ورقية فالاجتهاد التطبيقي يمثل بالنسبة لديه تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع الجزئية، على النحو الذي يقود لتحقيق مقاصد وغايات هذه الأحكام⁽¹⁴⁾، ويعرف محمد صالح جابر الاجتهاد التطبيقي بأنه العملية الاجتهادية التي ترمي إلى ترشيد تنزيل الأحكام التي وقع تمثيلها في مرحلة الفهم في واقع الناس، وتطبيقها في مختلف شعب الحياة⁽¹⁵⁾.

¹⁰ - بشير جحيش: الاجتهاد التنزيلي، ص 56.

¹¹ - أحمد بن بيه: الاجتهاد بتحقيق المناط؛ فقه الواقع والتوقع، <http://binbayyah.net/arabic/archives/1147>.

¹² - عبد المجيد النجار: فقه التدين فهما وتنزيلاً، ص 91.

¹³ - عبد الرحمن الكيلاني: التطبيق المقاصدي للأحكام،

http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com_k2&view=itemlist&task=user&id=345

¹⁴ - عبد الرزاق ورقية: المناط المقاصدي

https://almuslimalmuaser.org/?option=com_k2&view=item&id=604%3Aelmanathhttp://web2.aabu

¹⁵ - محمد صالح جابر: الاجتهاد الاستثنائي وأثره في فقه التطبيق،

<https://www.aliftaa.io/Research.aspx?ResearchId=42#.XUxrgB1vblU>

والملاحظ على هذه التعريفات أنه في حين ذهب البعض منها إلى التركيز على الواقع وضرورة مراعاته باعتباره هو جوهر الاجتهاد التطبيقي، ذهب اتجاه آخر إلى أن الاجتهاد التطبيقي يتطلب، إضافة إلى مراعاة الخصوصية التي تمتاز بها الوقائع الجزئية، مراعاة أمر آخر لا يقل أهمية وخطورة، وهو المآلات والنتائج التي قد تسفر أو تنتج عن هذا التطبيق.

المطلب الثاني

أهمية الاجتهاد التطبيقي

لقد بين الإمام الشاطبي أهمية الاجتهاد التطبيقي عندما وصفه بأنه ذلك الضرب من الاجتهاد الذي لا يمكن أن ينتهي إلا بانتهاء الحياة، ونحن نعتقد أن الشاطبي من أكثر العلماء الذين استطاعوا إبراز وإيضاح أهمية الاجتهاد في التطبيق، وذلك من خلال وصفه الدقيق لطبيعة كل من النصوص والوقائع التي تطبق عليها تلك النصوص، فمن وجهة نظر الشاطبي النصوص مجردة ومطلقة، في حين أن الوقائع ميزتها التباين والاختلاف، وارتباطها بالواقع ارتباطاً وثيقاً يجعل من كل واقعة مغايرة ومتباينة عن ما يشابهها أو يقاربها.

هذا الاختلاف في طبيعة كل من النصوص والوقائع هو ما يجعل الاجتهاد في التطبيق أمراً لازماً، وذلك من أجل أن يثبت المجتهد أن هذه الواقعة بظروفها ومعطياتها المختلفة تدخل تحت إطار النص المراد تطبيقه⁽¹⁶⁾، ولذا لو فرض التكليف مع إمكان ارتفاع هذا الاجتهاد لكان تكليفاً بمحال، وهو غير ممكن لا شرعاً، ولا عقلاً.

وعليه فإننا نستطيع القول أن إعطاء العقل مهمة تطبيق النصوص الشرعية ليس فيه اعتداء على النص أو مخالفة له، بل على العكس من ذلك هو إلزام للعقل بممارسة أهم وظائفه الموكلة له باعتباره الخليفة في الأرض. فإله سبحانه وتعالى تولى مهمة التنزيل، ليترك لخليفته

¹⁶-Muhammad Khalid Masud: Shatibi's Philosophy of Islamic Law (Islamabad, Islamic Research Institute,

1995, p. 69.

مهمة التطبيق، وإنزال أحكامه على الواقع المتبدل والمتغير، وفي هذا السياق يقول عبد المجيد النجار إن الاجتهاد في التطبيق يعد أداءاً للوظيفة الأساسية للإنسان، وهو كونه خليفة الله على الأرض، فالإنسان بموجب هذه الخلافة ملزم بأن ينزل أحكام الله تعالى على الوقائع والأحداث التي سمتها الاختلاف والتباين⁽¹⁷⁾.

فالاجتهاد في التطبيق هو الذي ينظم العلاقة بين النص والواقع، فيجعل الواقع منتظماً بالنص، والنص مرتبطاً بالواقع، وأهمية الاجتهاد التطبيقي تتمثل في إنزال أحكام الله من طابعها المجرد إلى الواقع المشخص باختلافاته وتنوعاته، وبدونه سوف تظل أحكام الله معلقة ومنفصلة عن الواقع، وتفقد أي احتمالية لها بالتنزل على الوقائع الجزئية، فهو إذاً يمثل جسراً بين النص الإلهي المقدس وبين واقع الحياة المتغير.

غير أن هذا التنوع والاختلاف، الذي هو سمة الواقع، هو ما يجعل من تطبيق النص على الأفراد والوقائع أمراً في غاية الصعوبة والخطورة، ولذا فإنه من خلال عملية الاجتهاد التطبيقي يتم التأكد من أن كل العناصر والشروط التي لابد من توافرها في تلك الأفراد والوقائع، لتكون منضوية تحت لواء النص، قد توافرت في محل التطبيق، ولذا فإن فقد أي عنصر من هذه العناصر يجعل من تطبيق الحكم عين الجور والظلم، ويؤدي إلى خطر عظيم، مآله تخلف المقاصد عن تلك الأحكام.

وهذا الالتفات والتحوط لخصوصية الواقع عند التطبيق هو ما فعله الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما امتنع عن معاقبة السارق عام المجاعة، فهذا الامتناع ليس إيقافاً للنص أو تعطيلاً له كما يعتقد البعض، وإنما هو لحظ دقيق لغياب بعض من الشروط التي لابد من توافرها ليتحقق في السارق وصف السارق المعتدي على محارم الله، والمستحق لعقوبة الله الحدية.

¹⁷ - عبد المجيد النجار: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، ص 42.

إن وضع الاحتياج الذي كان فيه السراق عام المجاعة هو ما أخرجهم من نطاق النص والعقوبة، وجعلهم محل شفقة هذا الخليفة العادل، لا محل عقوبة وجزاء، ويؤكد فتحي الدريني على هذه الأهمية عندما يشدد على إنه بالتنبه والالتفات إلى محل التطبيق نستطيع أن نضمن التطبيق الفعال والعادل للنص، وبدونه يتحول تطبيقنا للنصوص إلى تطبيق آلي، يتم فيه إغفال الواقع محل التطبيق والنتائج والمآلات التي يمكن أن تترتب عليه، وهذا التطبيق الآلي المتغافل عن الواقع يمثل إهدارا للنص وتعديا عليه، إذ أن من نتائجه تضييع مصالح الخلق، وإلحاق الحرج والمشقة بالناس، والخروج بالنص عن أهدافه وغاياته التي شرع من أجلها⁽¹⁸⁾.

ويوافق بشير جحيش فتحي الدريني عندما يقول في عبارة دقيقة محكمة: "إن دراسة محل التنزيل، واختيار مدى توافر الشروط في المحل من الأهمية بمكان، فهي فيما نرى لا تقل أهمية عن فقه الحكم، وذلك أن فقه الحكم دون فقه المحل المراد تنزيله عليه قد يكون نوعا من العبث والإساءة إلى النص نفسه"⁽¹⁹⁾.

غير أنه، وقبل الانتهاء من الحديث عن أهمية الاجتهاد التطبيقي، نود الإشارة إلى ملاحظة هامة ودقيقة، مفادها أن بعض العلماء المعاصرين، علي الرغم من دفاعهم وتأكيدهم على أهمية الاجتهاد التطبيقي، إلا أنهم حددوا مجال إعماله في طائفة محددة من النصوص، ألا وهي النصوص التي تتضمن قواعد ومبادئ كلية، أو ألفاظا عامة ومطلقة، ومن بين هؤلاء العلماء عبد المجيد النجار عندما يقول: "إن القرآن الكريم إذا اتخذ في بيانه للأحكام المنهج الكلي لا التفصيلي لزم أن يكون الاجتهاد بالرأي هو السبيل الوحيد الذي لا مناص منه للاضطلاع بمهمة التطبيق الواقعي لتلك الكليات على الوقائع الجزئية التي تنتاب المجتمع في كل عصر وبيئة"⁽²⁰⁾.

¹⁸ - فتحي الدريني: بحث مقارنة في الفقه الإسلامي، ص 38.

¹⁹ - بشير مولود جحيش: الاجتهاد التنزيلي، ص 23.

²⁰ - عبد المجيد النجار: فقه التدين فهما وتنزيلا، ص 67.

ونجد كذلك عصام صالح يضيق من نطاق وأهمية الاجتهاد التطبيقي عندما يقرر أن أهمية الاجتهادي التطبيقي تبرز كلما توسعت رقعة الإسلام، وكثرت الوقائع والأحداث المفترقة إلى اجتهاد يوفق طوارئها إلى هدي الشريعة⁽²¹⁾.

إن هذا الاتجاه الذي قيد الاجتهاد التطبيقي في النصوص ذات المفاهيم الكلية والمطلقة، قد حدد بل قلل- من وجهة نظرنا- الحاجة للاجتهاد خلال عملية التطبيق، والتي تعد لازمة وضرورية، سواء كانت هذه النصوص تحمل أحكاما كلية أو تفصيلية، بل ربما لا بجانب الصواب إذا ما قلنا أن الأحكام ذات الطابع التفصيلي هي ما يحتاج إنزالها على الواقع إلى مزيد اجتهاد ونظر، وهو الأمر الذي سنعرض له من خلال دراستنا للآية 34 من سورة النساء.

المبحث الثاني

أسس الاجتهاد التطبيقي واختبار فاعليته

سيخصص هذا المبحث -كما يتضح من عنوانه- لموضوعين هامين، الأول هو أسس الاجتهاد التطبيقي، والثاني اختبار فاعلية هذا الضرب من الاجتهاد في تطبيق النصوص القرآنية، ومن أجل ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة، في الأول نعرض لتحقيق المناط، والثاني لدراسة مآلات الأفعال، في حين نعرض في المطلب الثالث لفاعلية الاجتهاد التطبيقي في تطبيق الآية 34 من سورة النساء كنموذج على الآيات القرآنية التي تثار جدل حول إمكانية الاستمرار في تطبيقها في واقع حياتنا المعاصر.

²¹-عصام صالح: تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص66.

المطلب الأول

تحقيق المناط

تحقيق المناط من المصطلحات التي شهدت تطوراً ملحوظاً في الفكر الأصولي، فكان لدى بعض الأصوليين كالغزالي يطلق ويراد به تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع أو النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها، وسواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط⁽²²⁾، فتحقيق المناط في هذه المرحلة من الفكر الأصولي كان يمثل أسلوباً لتعدية الحكم المعلن إلى صور تثبت فيها علة هذا الحكم.

وبعد ذلك عرف المصطلح توسعاً في مفهومه على يد مجموعة من الأصوليين، من بينهم الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية، وثالثهم الإمام الشاطبي الذي شكلت كتاباته حول تحقيق المناط طفرة بالنسبة لما قبله⁽²³⁾، فهؤلاء الثلاثة أعطوا لهذا المصطلح بعداً تنزيلياً أكثر منه بعداً استنباطياً، فمن يتتبع ما كتبه هؤلاء الأئمة حول تحقيق المناط يتبين له أنه على لديهم إنزال الحكم الكلي أو المطلق على الأفراد والصور التي يشملها هذا الإطلاق والعموم. فابن تيمية في فتاويه عرفه بأنه أن يعلق الشارع الحكم بمعنى كلي، فينظر في ثبوته في بعض الأنواع أو بعض الأعيان، ويعلل ابن تيمية ضرورة وأهمية تحقيق المناط في بعده التنزيلي عندما يقول: "الشارع نصوصه كلمات جوامع، وقضايا كلية، وقواعد عامة، وأنه يمتنع أن ينص على كل فرد من جزئيات العالم إلى يوم القيامة"⁽²⁴⁾.

ولذا فمن وجهة نظر ابن تيمية لا بد من الاجتهاد في المعينات أو الجزئيات، والتثبت من دخولها في كلمات النص الجامعة، ويقدم ابن تيمية لفظ الربا مثلاً على عبارات النصوص العامة، فهو بالنسبة له يتناول كل ما نهى عنه من ربا النسا وربا الفضل والقرض الذي يجر منفعة وغير ذلك، ولكنه يحتاج في معرفة دخول الأنواع والأعيان في النص إلى ما يستدل به

²² - الغزالي: المستصفي من علم أصول الفقه ج2، ص972.

²³ - عبد المجيد النجار: فقه التدوين، ص124.

²⁴ - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج10، ص153.

على ذلك، وهذا ما يسمى تحقيق المناط⁽²⁵⁾، ومن خلال عبارة ابن تيمية السابقة نجد أنه قد جعل تحقق اللفظ العام، وهو الربا، في الأفراد والوقائع المعروضة هو عين تحقيق المناط. واهتم ابن قيم الجوزية في كتاباته الأصولية بتحقيق المناط، ولكنه على خلاف معلمه ابن تيمية لم يظهره في هيئة النشاط العقلي الذي بموجبه يتم التحقق من دخول الصور الجزئية في نطاق عموم النص وإطلاقه، وإنما كان تحقيق المناط لدى ابن القيم رديف تفهم الواقع والظروف والأوضاع عند تطبيق النص، وهذا الاهتمام بدراسة الواقع هو ما دفع ابن القيم إلى اعتبار التفقه فيه مقدما على الفقه والنظر في النصوص ذاتها، فهو يرى أن المفتي والحاكم لا يمكنه الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم، أولهما هو فهم الواقع والتفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع، والثاني هو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان نبيه في هذا الواقع، وتتأكد هذه الأولوية لدراسة الواقع عند ابن القيم عندما يقرر، وبكل وضوح، أن العالم هو من توصل بفقه الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله⁽²⁶⁾.

وفي موافقاته نجد الشاطبي يناقش تحقيق المناط من خلال ثلاثة عناصر أساسية، وهي تعريفه وتبرير أهميته وأنواعه، فمن وجهة نظر الشاطبي تحقيق المناط هو أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، ولكن يبقى النظر في تعيين محله⁽²⁷⁾، وهذا النظر في تعيين المحل تعود ضرورته والحاجة إليه كما يقول الشاطبي: إلى "أن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمر كلية وعبارات مطلقة، تتناول أعدادا لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معين خصوصية ليست في غيره، ولو في نفس التعيين، وكل صورة من صور النازلة نازلة مستأنفة في نفسها، لم يتقدم لها نظير، وليس ما به الامتياز في المعينات والصور المستأنفة معتبرا في الحكم بإطلاق"⁽²⁸⁾.

²⁵ - المرجع السابق ، ص163.

²⁶ - ابن قيم الجوزية: اعلام الموقعين، ج1، ص86.

²⁷ - الشاطبي: الموافقات، ج4، ص90.

²⁸ - المرجع السابق: ج4، ص92.

هذه الكلمات الدقيقة للإمام الشاطبي تؤكد وعيه الشديد بضرورة إعمال العقل عند تطبيق النصوص، وذلك لطبيعة الواقع المتبدل والمتغير، والذي يجعل من احتمالية تشابه الوقائع والصور ضرباً من المستحيل، غير أن مساهمة الشاطبي في التأسيس لتحقيق المناط تجاوزت التعريف وتبرير الأهمية إلى تقسيم هذا الضرب من الاجتهاد إلى نوعين اثنين، هما تحقيق المناط العام وتحقيق المناط الخاص.

وتحقيق المناط العام من وجهة نظر الشاطبي هو عمل بموجبه يتحقق المجتهد من أن المعنى الكلي الذي يحمله النص قد تحقق في الأفراد والصور الجزئية التي تعرض له، ويضرب الشاطبي مثلاً على ذلك بالعدالة التي يستوجب النص توافرها في الشاهد ليكون مقبول الشهادة، غير أن العدالة على الرغم من تحدد مفهومها وشروطها، إلا أن أحاد الأفراد تتباين في تحليلها بهذه الشروط، الأمر الذي يحتاج معه إلى التحقق والتثبت من توافر هذه الشروط في كل فرد من الأفراد⁽²⁹⁾.

أما تحقيق المناط الخاص فقد ذهب الإمام الشاطبي في تصويره مذهباً فذاً، وارتقى به مرتقاً صعباً، واعتبره نظر المكلف في نفسه ومدي تأله للتكليف، فهو بعبارات الشاطبي نظر "فيما يصلح بكل مكلف في نفسه، بحسب وقت دون وقت، وحال دون حال، وشخص دون شخص"⁽³⁰⁾.

ولذا فإن الممارس لتحقيق المناط الخاص لا يقتصر دوره على التثبت من تحقق المعنى الكلي في الجزئيات، كما هو الحال في تحقيق المناط العام، وإنما يتركز جهده على أفراد المكلفين بغية التحقق من جاهزية كل واحد منهم لأن يكون مشمولاً بالأحكام الشرعية محل التطبيق، فمن خلال تحقيق المناط الخاص يتم النظر في الحالات الفردية وتقدير خصوصياتها،

²⁹ - المرجع السابق: ج 4، ص 90.

³⁰ - المصدر السابق: ج 4، ص 98.

وما يليق بها ويصلح لها في خصوصياتها تلك⁽³¹⁾، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناءً على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكليف.

وبانتقالنا لكتابات المعاصرين عن تحقيق المناط يتبين لنا أنهم قد التزموا إلى حد كبير بالفهم الذي قدمه الشاطبي لتحقيق المناط، وتحديدًا القسم الأول الذي أطق عليه اسم تحقيق المناط العام، فمثلاً فتحي الدريني يعرف تحقيق المناط بأنه "إثبات مضمون القاعدة العامة أو الأصل الكلي أو العلة في الجزئيات والفروع إبان التطبيق، بشرط أن يكون كل من المضمون والعلة متفقاً عليه"⁽³²⁾.

ويرى عبد المجيد النجار أن تحقيق المناط يعني الاستيعاب المعرفي الشامل والمفصل لصورة الواقعة من الحياة، التي يراد معالجتها بالهدي الديني، ولا يتم هذا الاستيعاب إلا بالكشف عن حقيقة تلك الصورة في عناصرها الظاهرة والخفية، وفي علاقتها بالصور الأخرى التي لها بها علاقة، وفي أبعادها الفردية والاجتماعية⁽³³⁾.

ويرى عبد الرحمن الكيلاني أن تحقيق المناط هو مراعاة الملابسات والظروف والأحوال الخاصة التي تحف بالقضية محل النظر⁽³⁴⁾، في حين يرى بشير مولود أن تحقيق المناط هو العلم بالموضوع على ما هو عليه، والنظر في الحادثة المستجدة أو الظاهرة الجديدة، وفحص طبيعتها وسماتها وملامحها، ومعرفة شرعيتها، وتسليط الحكم عليها بموجب تحقيق مسماها وطبيعتها⁽³⁵⁾.

³¹ - أحمد الريسوني: أثر الواقع في تقرير الأحكام وتنزيلها، <https://islamonline.net/26738>

³² - فتحي الدريني: بحث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ص 123

³³ - عبد المجيد النجار: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، ص 70

³⁴ - عبد الرحمن الكيلاني: التطبيق المقاصدي للأحكام الشرعية،

<https://www.aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=44#.XVcVrCNvblU>

³⁵ - بشير مولود جحيش: في الاجتهاد التنزيلي، ص 45.

وفي حقيقة الأمر أن ما أشار إليه بشير مولود من حديث عن الحوادث المستجدة، وعن ضرورة تحقيق المناط من أجل بحثها ودراستها، هو أمر شاركه فيه الكثير من العلماء المعاصرين، ففي السنوات الأخيرة قدم تحقيق المناط على أنه الأداة القادرة على إخضاع كل الوقائع والأحداث المستجدة لشرع الله تعالى.

فالتطور الهائل الذي شهده واقعنا هو الذي فتح الباب أمام ظهور وقائع وأفعال من الصعب أن تصنف تحت أحد من الصور المألوفة والمعهودة، وذلك كالأصناف المختلفة من المعاملات التجارية التي من غير الصعب ابتداء تصنيف ما إذا كانت ربوية أم لا. هذا الاحتياج لتحقيق المناط بغية دراسة الوقائع المستجدة، ووضع التكييف المناسب لها رافقته دعوة إلى تضافر جهود كل العلماء في كل المجالات والتخصصات للقيام بهذا العمل، فتطور الحياة وتعقيدها جعل الاستعانة بأهل الخبرة والتخصصات المختلفة أمر لا بد منه، من أجل مساعدة المجتهدين في الوصول لحكم الله تعالى في هذه المستجدات.

المطلب الثاني

مآلات الأفعال

مآلات الأفعال هي الأساس الثاني من أسس الاجتهاد التطبيقي، وهي تعني أن يلتفت المجتهد إلى نتائج تطبيق الأحكام ومآلاتها التي تترتب عليها، وألا يكتفي بما عليه صورة الفعل من المشروعية أو عدمها، فقد يكون الفعل في الأصل مشروعاً ولكن تطبيقه على واقعة معينة يفضي إلى مفسدة أكبر من المصلحة التي شرعت له، فيمنع نظراً لتلك المفسدة⁽³⁶⁾، ولذا فإن اعتبار المآل يستلزم من المجتهد، وقبل أن يطبق نصاً من النصوص على واقعة من الوقائع أو فرد من الأفراد، أن يتنبأ بما سيؤول إليه هذا التطبيق من نتائج وآثار، وذلك في ظل الظروف والأوضاع التي تحف بتلك الواقعة أو الفرد محل التطبيق.

³⁶ - عبد الرحمن معمر السنوسي: اعتبار المآل ومراعاة نتائج التصرفات، ص 43.

واعتبار المآلات والنتائج عند تطبيق النصوص يعكس حقيقة غاية في الأهمية، ألا وهي أن تحقق مقاصد النص وغاياته لها الأولوية على تطبيق النص في حد ذاته، فالهدف الأساسي للشارع ليس أن يتم تطبيق النص، إنما أن يؤدي هذا التطبيق إلى تحقق غايات النص وأهدافه، وعليه فإنه متى حالت ظروف وأوضاع معينة بين النص وبين تحقق غاياته فعلى المجتهد أن يختار ألا يطبق هذا النص إلى أن تتوفر وتنتهي الظروف التي تكفل تحقق هذه الغايات⁽³⁷⁾، وهذا ما يؤكد الإمام الشاطبي عندما يقول إن المقاصد حاکمة غير محكوم عليها، لأنها كالروح للأعمال⁽³⁸⁾.

واعتبار المآل هو نهج في التفكير، يتجاوز فيه المجتهد الواقع أو لحظة تطبيق النص إلى التنبؤ بالمستقبل واستبصار النتائج التي من الممكن أن تترتب جراء هذا التطبيق، وهذا التنبؤ -كما سيتبين لنا لاحقاً- يتوقف تحققه على ملاحظة الخصوصية التي يتميز بها محل التطبيق، ومراعاة هذه الخصوصية، التي هي بوابة الولوج لمعرفة المآلات، نجدها متبعة ومراعاة من قبل الكثير من العلماء المجتهدين، ولعل أشهر هذه الاجتهادات ما قام به الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أوقف لسهم المؤلفة قلوبهم، وكذلك عدم إيقاع الحدود في حالة الحرب.

والمتتبع لمبررات هذا الاجتهاد سيكتشف أن وراءه اللطافة المالية للنتائج التي من الممكن أن تترتب لو طبقت هذه الأحكام في تلك الظروف الاستثنائية، كما نجد من الأمثلة المشهورة على مراعاة المآلات عند تطبيق النصوص قصة ابن تيمية مع جماعة من التتار، حيث يقول فيها: مررت أنا وبعض أصحابي في زمن التتار يقوم منهم يشربون الخمر، فأنكر عليهم من كان معي، فأنكرت عليه، وقلت له: إنما حرم الله الخمر لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء يصددهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال، فدعهم⁽³⁹⁾، فاجتهاد ابن

³⁷ - وليد بن علي الحسن: مآلات الأفعال عند الأصوليين وأثرها الفقهي، ص 88.

³⁸ - الشاطبي: الموافقات، ج 2، ص 123.

³⁹ - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3، ص 15.

تيمية كان مراعاة منه لخصوصية هؤلاء الأفراد، وهي التي أدت به إلى لحظ المآلات التي قد تسفر عن إنكار ما هم فيه.

ولكن -وكما أكدنا على ذلك في هذا البحث- فإن مساهمة الشاطبي في تحديد مآلات الأفعال تبدو الأكثر ثراء وخصوصية، والسبب في ذلك يعود في اعتقادنا إلى أن الشاطبي قدم آلية مآلات الأفعال باعتبارها من الأمور الضرورية التي على المجتهد الاعتماد عليها عند تنزيل الأحكام على الوقائع الجزئية، فالنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الأعمال الشرعية ليست مقصودة في أحيان كثيرة لنفسها، إنما المقصود منها أمور أخرى، هي معانيها والمصالح التي شرعت من أجلها⁽⁴⁰⁾.

وما ساعد الإمام الشاطبي على الوصول إلى هذا الفهم الدقيق لمآلات الأفعال هو إيمانه بأن الأسباب لم تشرع لذواتها، وإنما لما تحققه من المسببات، وعليه إذا ما توقفت هذه الأسباب عن إنتاج هذه المسببات فإن مآل هذا السبب هو التوقف، ولذا فإن المجتهد -من وجهة نظر الشاطبي- لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تستجاب أو لمفسدة تدراً، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه⁽⁴¹⁾.

وبالنظر في كتابات المعاصرين حول مآلات الأفعال نجد أن هذا الموضوع قد حظي باهتمام كبير من قبلهم، حيث ظهرت العديد من المؤلفات التي تبرز أهمية هذا المبدأ، وتزايدت الحاجة إلى اعتباره عند تطبيق النصوص على واقعنا المتبدل والمتغير، والملاحظ على هذه المؤلفات أن طرق معالجتها لمآلات الأفعال تنوعت وتعددت، ففي حين اقتصر البعض على تعريفها، تجاوز البعض الآخر التعريف لعرض الأسباب التي تؤدي إلى صياغة وتشكل هذه المآلات.

⁴⁰ - الشاطبي: الموافقات، ج4، ص195.

⁴¹ - المصدر السابق: ج4، ص 194.

فعند أحمد الريسوني مآلات الأفعال تعني النظر في ما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتصرفات والتكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتوجيه، وإدخال ذلك في الحساب عند الحكم والفتوى⁽⁴²⁾، ويقدم أحمد كمال أبو المجد وصفاً دقيقاً لمآلات الأفعال عندما يقول أنه فقه قائم على القراءة الموضوعية الدقيقة للواقع المجتمعي، سعياً إلى تصور النتائج الطيبة التي تترتب على تطبيق النصوص الجزئية، والمخاطر والعواقب السيئة التي يؤدي إليها⁽⁴³⁾، أما عمر جديه فهو يرى أن اعتبار المآل يعني اعتبار ما يصير إليه الفعل أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على محالها، سواء أكان ذلك خيراً أو شراً، وسواء أكان بقصد الفاعل أو بغير قصد⁽⁴⁴⁾.

وتجاوز عبد المجيد النجار وأحمد بن بيه وغيرهم في معالجتهم لمآلات الأفعال التعريف بها إلى مواضيع أخرى، فمن وجهة نظر هؤلاء كل نص من النصوص له هدف وغاية شرع لتحقيقها، غير أن هذه الأهداف قد تعترض طريق تحققها عقبات وحواجز، وهذه العقبات ما هي إلا مجموعة الظروف والأوضاع التي تكون متحققة في فرد من الأفراد أو واقعة من الوقائع، والتي تجعل لذلك المحل خصوصية يتفرد بها عن أمثاله، وهذه الخصوصية من وجهة نظرهم قد تؤدي إلى أن يترتب على تطبيق النص على هذه الأفراد والأنواع نتائج مخالفة ومعارضة لأهداف النص ومراميه، ولذا يجب على المجتهد أن يكون دائماً بعيد النظر، متبصراً بالتوقعات، لاحظاً للظروف والملابسات، فإن أحسن أو توقع أن مآل الفعل يعارض الحكمة من تشريعه استثنى لتلك المسألة حكماً خاصاً بها عن نظائرها.

⁴²-Ahmad al-Raysuni: Imam Al-Shatibi's Theory of the Higher Objectives and Intents of Islamic Law, p. 360.

⁴³-أحمد كمال أبو المجد: دور العقل في تطبيق النصوص الشرعية،

<https://www.shorouknews.com/columns/view.aspx?cdate=07102012&id=7c03e680-4702-4163-bdb3-d150136943fc>

⁴⁴-عمر جديه: أصل اعتبار المآلات في الفقه المالكي، <http://www.feqhweb.com/vb/t5270.html>

وما يميز مساهمة عبد المجيد النجار ومن معه أنهم قدموا وبكل وضوح مآلات الأفعال باعتبارها الأداة التي يتم من خلالها الكشف عما إذا كان الحكم المراد تطبيقه سائر نحو تحقيق المصلحة والغاية التي شرع من أجلها، أم أن هناك عقبات أو ظروفًا خاصة قد تحيد به عن تحقيق تلك الأهداف، إضافة إلى تأكيدهم على أن المجتهد عند مراعاته لمآلات الأفعال واعتباره الخصوصيات هو غير مفتت على النص، ولا يتجاوز لمضمونه أو اقتضاءاته الأصلية، بل هو ملتفت ومعتبر لمقاصد النص وغاياته، ومهتم أقصى اهتمام بأن يؤدي تطبيقه للنص لتحقيق تلك الغايات.

المطلب الثالث

فاعلية الاجتهاد في التطبيق: الآية 34 من سورة النساء انموذجاً

كما أشرنا آنفاً الآية 34 من سورة النساء ستكون المثال الذي نبين من خلاله فاعلية الاجتهاد التطبيقي في إنزال النصوص القرآنية على الواقع، على نحو محقق لغايات النص وأهدافه، وفي هذه الآية -كما هو معلوم- يقرر المولى سبحانه وتعالى العلاج الذي من شأنه أن يقضي على النشوز الصادر من بعض الزوجات، وقد قرر المولى عز اسمه خطوات هذا العلاج على نحو دقيق في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَنَاطٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيرًا﴾ (45).

وهذه الآية الكريمة، وتحديدًا فعل الضرب الوارد فيها، كان الموضوع الأكثر جدلاً وإثارة في أروقة المنظمات المحلية والعالمية المدافعة عن حقوق المرأة والمناهضة للعنف ضدها، حيث رأى البعض أنه، وبإقرار هذه الآية لفعل الضرب، فإنها -وبلا شك- تناقض

⁴⁵ - سورة النساء: الآية 34.

وتخالف المبادئ العالمية المنادية بمناهضة كل أشكال العدوان والاعتداء على النساء، وهذا النقاش والجدل أسفر عن ظهور فريقين اثنين، الأول يدعو إلى وجوب التوقف عن تطبيق هذه الآية، وتجريم ضرب المرأة، والمعاقبة على جميع أشكال العنف ضدها، والثاني رأى أن الدعوة إلى منع الضرب تعد مخالفة لصريح الآية، وبالتالي لجأ إلى استعمال لغة دفاعية من خلالها دافع عما أطلق عليه حق الزوج في ضرب زوجته، رافضاً أي دعوة لتقييده أو تنظيمه. وغاية هذا البحث الأساسية هي تقديم الاجتهاد التطبيقي باعتباره القادر على إنصاف هذه الآية، ورفع شبهة الاعتداء والعدوان عنها، وتقديمها على النحو الذي لا تعارض فيه مع حقوق المرأة، إلا أنه وقبل أن نبدأ في عملنا هذا نود أن نقدم لمحة موجزة عن أهم التفسيرات التي قدمت من قبل العلماء، قدامي ومعاصرين، لهذه الآية، وإلى أي حد يمكن أن نجد في هذه التفسيرات ما يمكن البناء عليه في مهمتنا المتمثلة في ضرورة أعمال الاجتهاد التطبيقي بعنصره تحقيق المناط ومآلات الأفعال لإنزال هذه الآية على واقعنا المعاصر، على نحو يظهر عدالتها واتساقها مع كل المبادئ الإنسانية المناهضة للعنف والعدوان على عموم البشر. وبالرجوع إلى كتب التفسير القديمة نجد أن هناك اتجاهين في تفسير هذه الآية، الاتجاه الأول اعتمد على التفسير الحرفي لهذه الآية، والتوقف عند حدود عباراتها، أما الاتجاه الثاني فقد قام بربط هذه الآية بالآية التي بعدها، وذلك من أجل الحصول على فهم متكامل للآية محل الدراسة.

الاتجاه الأول اعتمده ابن عباس، وتبعه فيه كثير من المفسرين، أمثال الطبري والقرطبي وابن كثير وغيرهم، حيث نقرأ في كتبهم أن الزوج، إذا ما تيقن من نشوز زوجته، فله أن يبدأ بالموعة والإرشاد، فإذا لم يُجد هذا الأسلوب نفعا في إنهاء حالة النشوز تلك، فيلجأ إلى هجرها في المضجع والابتعاد عنها، فإذا لم يُجد هذا التدبير نفعا مع الزوجة لجأ إلى ضربها ضرباً غير مبرح بسواك أو منديل، متجنباً إحداث إي أضرار أو كدمات بها⁽⁴⁶⁾.

⁴⁶ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 172.

والاتجاه الثاني انتهجه علي بن أبي طالب، وتبعه سعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح، واستحسنه وأشار إليه القاضي ابن العربي في تفسيره، حيث قال في تفسيره: "من أحسن ما سمعت في تفسير هذه الآية قول سعيد بن جبير: قال: يعظها، فإن هي قبلت، وإلا هجرها، فإن قبلت، وإلا ضربها، فإن هي قبلت، وإلا بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فينظران ممن الضرر، وعند ذلك يكون الخلع" (47).

وفي الحقيقة الربط بين الآيتين 34 و 35 يجعلنا نصل لنتيجة مفادها أن الضرب الذي منح للزوج كأخر أسلوب لرفع الشقاق إنما هو رخصة استثنائية، وليس للاستعمال المتكرر، فهو إجراء استثنائي، لا يمارس إلا مرة واحدة، وعليه فإنه لا يجوز للزوج ضرب زوجته ضرباً مستمراً ومتكرراً، اعتماداً على هذه الآية، لأن الفهم المتكامل لهاتين الآيتين يحدد هذه الرخصة بالاستعمال الاستثنائي، وذلك من خلال ضرورة تدخل الحكّمين لإنهاء حالة الشقاق، ولذا فليس للزوج تكرار الضرب بتكرار النشوز، بحجة أنه حق له، وإنما ما يملكه هو ممارسة هذا الإجراء لمرة واحدة فقط.

وما يؤيد في نظرنا وجهة هذا التفسير، إضافة إلى قربه من روح التشريع وأساسه الكلية، هو اتفاقه التام مع أحاديث الرسول الكريم ﷺ، والتي يدعو فيها المسلمين إلى تجنب الضرب، وبيان أنه، وإن كان مشروعاً، فإنه لا يقدم عليه أكارم القوم وأفاضلهم، ومن تلك الأحاديث قوله ﷺ: "إني لأكره للرجل يضرب أمته عند غضبه، ولعله أن يضاجعها من يومه" (48).

هذا الحديث الشريف وغيره هي من دفعت بعض التابعين من أمثال عطاء إلى القول لا يضربها، وإن أمرها ونهاها فلم تطعه، ولكن يغضب عليها. قال القاضي ابن العربي تعليقا

⁴⁷ - ابن العربي: أحكام القرآن، ج 1، ص 419.

⁴⁸ - صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب ما يكره من ضرب النساء، حديث رقم 5204.

على اجتهاد عطاء: "هذا من فقه عطاء، فإنه من فهمه بالشريعة، ووقوفه على مظان الاجتهاد، علم أن الأمر بالضرب هاهنا أمر إباحة"⁽⁴⁹⁾.

وبعد تقديم هذه اللوحة الموجزة عن أشهر التفسيرات التي قدمت للآية 34 موضوع البحث، نعود للموضوع الأساسي لهذا المطلب، وهو كيفية الاستفادة من مرتكزات الاجتهاد التطبيقي (تحقيق المناط ومآلات الأفعال) في تطبيق هذه الآية في واقعنا المعاصر، على نحو يظهر عدالة ورقي وإنسانية أحكامها.

ولو بدأنا بالمرتکز الأول، وهو تحقيق المناط، فإننا نقول إنه، وكما بينا في المبحث السابق، فإنه هو الأداة القادرة على إنزال الأحكام المجردة والمطلقة على الواقع، وذلك بمنحها التعيين والتقيد اللذين يجعلان منها ملائمة لكل الأفراد والوقائع الجزئية، ولذا فإنه، وبالاغتماد على هذه القدرة، فإننا نستطيع القول أن تحقيق المناط قادر على أن يمنح الإطلاق والتجريد في مفردتي الزوج والزوجة الواردتين في الآية ما تحتاجه من تعيين وتقيد، وذلك من خلال تحديد عدد من الشروط والضوابط التي لا بد أن تتوافر في الزوجين، ليكونا مخاطبين بأحكام هذه الآية، وهذه الشروط هي:

أولاً: أن يكون الزوج مؤدياً لكل واجباته من نفقة ورعاية واهتمام، وأن يكون بالفعل متصفاً بوصف القيم على هذه الزوجة، فالقوامة -كما يقول القرطبي- هي القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه⁽⁵⁰⁾، وهي أيضاً حالة من الاكتفاء والاعتناء يكون بعدها نشوز الزوجة والارتفاع عن طاعته عارضا غير طبيعي، يستلزم علاجاً استثنائياً ومتدرجاً من الوعظ إلى الهجر وأخيراً الضرب، وبالتالي فإن انعدام هذا الشرط في الزوج يجعله خارجاً عن مناط هذه الآية، وذلك لأنه فقد شرطاً أساسياً من شروط تطبيقها، وبمعنى آخر فإن هذا الزوج ليس مؤهلاً لأن يمارس أي من الإجراءات الواردة في هذه الآية حال نشوز الزوجة،

⁴⁹ - ابن العربي: أحكام القرآن، ج 1، ص 42.

⁵⁰ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 172.

ولذا فإن إقدامه على ضرب الزوجة، اعتماداً منه على نص هذه الآية، يعد نوعاً من أنواع الاعتداء على الزوجة، يستحق بسببه عقوبة رادعة.

ثانياً: أن تكون الزوجة مصنفة أنها من غير الصالحات، فالصالحات -كما يقول المولي عز اسمه- قانتات حافظات للغيب، وبالتالي فإنهن خارج نطاق التأديب والإصلاح، وهذا يعني أن الزوجات اللاتي هن عرضة للتأديب هن من خيف منهن النشوز والارتفاع عن طاعة الزوج، وهنا نجد إضافة لدى الطبري في تفسير هذه الآية لا نجد لها لدى غيره، وذلك عندما يقول: "الصالحات قانتات حافظات للغيب، فأحسنوا إليهن، وأصلحوا إليهن"⁽⁵¹⁾، والمميز في كلام الطبري هنا أنه يبين أن الضرب ليس هو الأصل أو القاعدة، وإنما الأصل هو الإحسان إلى الزوجات والرفق بهن، ولذا فإن وجود نساء غير صالحات لا تتوافر فيهن صفات القنوط والحفظ هو ما استلزم أسلوباً آخر من التعامل، معادل لما هن عليه من طبع وسلوك. وبذا نستطيع القول أن هذه الرخصة تستلزم لاستعمالها زوجة غير صالحة، وكذلك زوجاً صالحاً ومؤهلاً لممارستها على النحو المشار إليه آنفاً، فرخصة الضرب هي رخصة استثنائية، وليست هي المثال الأمثل لرفع نشوز الزوجات، بل هي الحل الأخير، الذي من الممكن أن ترتدع به الزوجة غير الصالحة أو غير المثالية.

ثالثاً: أن يكون الزوج قد تدرج في ممارسة وسائل رفع النشوز الواردة في الآية من وعظ للزوجة وهجر لمضجعها ثم أخيراً اللجوء إلى رخصة الضرب، وقد عبر عن هذا الإمام الرازي أدق تعبير عندما قال: "والذي يدل عليه أنه تعالى ابتداءً بالوعظ، ثم ترقى منه إلى الهجران في المضاجع، ثم ترقى منه إلى الضرب، وذلك تنبيه يجري مجرى التصريح في أنه مهما حصل الغرض بالطريق الأخف، وجب الاكتفاء به، ولم يجز الإقدام على الطريق الأشق"⁽⁵²⁾، إضافة إلى مراعاة هذا الترتيب، فإنه أيضاً -وفيما يخص رخصة الضرب تحديداً-

⁵¹ - الطبري: جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج 8، ص 300

⁵² - الرازي: مفاتيح الغيب، ج 10، ص 72.

فإنه يجب أن يغلب على ظن الزوج أن ممارسته لهذه الرخصة مفيد في تأديب الزوجة، وبالتالي إن ظن الزوج عدم إفادة الضرب لهذا الغرض فلا يحق له الإقدام عليه.

رابعاً: أن يلجأ الزوج إلى استعمال رخصة الضرب مرة واحدة فقط، وهذا يعني أن رخصة الضرب، ووفقاً للفهم الذي قدمه سعيد بن جبير المشار إليه آنفاً، ليست للاستعمال المتكرر، وإنما هي أسلوب استثنائي، يستعمل بشكل استثنائي، وعليه فبعد ممارسة الزوج لهذه الرخصة هناك احتمالان اثنان، الأول أن يحقق الضرب غايته، بحيث ترتدع به الزوجة، وتعود عن نشوزها، والثاني أن يخفق هذا الأسلوب في تحقيق غايته، الأمر الذي يستلزم دخول طرف آخر، وهما الحكمان اللذان يساعدان الزوجين في اتخاذ قرارهما بالإمساك الذي يسوده المعروف أو التسريح الذي يزينه الإحسان.

ومن خلال أعمال تحقيق المناط في تطبيق الآية محل الدراسة توصلنا إلى القول بأنه ليس كل زوج مخاطب بهذه الآية، وبالتالي من حقه ممارسة ما فيها من وسائل، بما فيها رخصة الضرب، فهذه الآية تخاطب فقط زوجاً توافرت فيه شروط وضوابط محددة، وهذه الشروط هي التي من شأن تحققها في الزوج أن ترفع عن رخصة الضرب سمة العنف والاعتداء التي صبغت بها.

وعلى الرغم من أهمية هذه الشروط والضوابط إلا أننا لا نجد أنها حظيت بالاهتمام الذي تستحقه، فكل ما نجده في كتب التراث، وكذلك الكتب المعاصرة على حد سواء، من تقييد لرخصة الضرب، مجرد عبارات لا تتجاوز القول بأن الضرب ينبغي ألا يكون مبرحاً، أو يخلف علامات وأمارات، ومثل هذه العبارات في اعتقادنا لم تعد كافية في مواجهة الحملات التي تشن ضد القرآن الكريم، واتهامه بالتشجيع على العنف والاعتداء على الزوجات.

إن القول بضرورة توافر هذه الشروط والضوابط، والتأكيد تحديداً على أن الضرب هو رخصة وليس حقاً، وأنه معد للاستعمال الواحد وليس المتكرر، هو ما نحن بحاجة إليه اليوم، فمثل هذا القول هو الذي من شأنه أن ينزع عن الضرب في القرآن سمة الاعتداء والعُدوان

الذي من سمته التكرار والدوام، إذ كيف يكون الضرب ممن توافرت فيه الشروط والضوابط، والممارس على من أوجبته على نفسها لمرة واحدة غير متكررة اعتداء وعدوان؟ بهذا الفهم النابع من تطبيق تحقيق المناط يظهر الفرق شاسعاً بين الضرب كرخصة استثنائية غير متكررة وبين العنف ضد المرأة الذي عادة ما يصدر عن زوج مخل بكل واجباته، يستعمل الضرب المتكرر كأداة يخفي من خلالها عجزه وإخفاقه في قوامته على زوجته وأسرته.

هذا فيما يتعلق بتحقيق المناط، أما دور مآلات الأفعال في تطبيق الآلية محل الدراسة، وتحديد ما ورد فيها من رخصة الضرب، فتعني أنه، وقبل أن يمنح الزوج هذه الرخصة، يجب النظر في المآلات والنتائج التي من الممكن أن تترتب على ممارسة الزوج لها، وبمعني آخر هل سيؤدي استعمال الضرب إلى تحقق الغاية المتوخاة منه، وهي المحافظة على كيان الأسرة واستمرارها، أم سيسفر عن نتائج أخرى غير مبتغاة، تتمثل في تفكك الأسرة، وسيادة لغة العنف والقسوة والاضطهاد؟

إن المعول عليه في التنبؤ بالمآلات والنتائج التي قد تترتب على تطبيق أي حكم من الأحكام هي الخصوصية التي تميز كل بيئة أو مجتمع، ورصد ما إذا كانت تلك المجتمعات قد انتشرت فيها آفة العنف والتسلط من قبل الزوج على زوجته، حتى أضحي هذا السلوك هو المعتاد والمقبول أم لا.

إذا كانت الإجابة بالموافقة، وهذا للأسف الوضع السائد في أغلب الدول، حيث يلجأ بعض الأزواج للضرب المبرح للتنفيس عن غضبهم وانتقاماً من زوجاتهم، لا بغرض الإصلاح، فإن من حسن السياسة أن يتم وقف منح هذه الرخصة إلى حين تراجع المؤشرات التي تدل على هذا الانتشار، لأن منح الزوج رخصة الضرب في مثل هذه الظروف سيؤدي إلى مآل خطير، وهو الخلط بين رخصة الضرب الاستثنائية وبين العنف الذي تعانيه أغلب النساء في العالم على يد الرجل عموماً، والزوج خصوصاً.

إن الضرب غير المنضبط وغير المقيد بكل القيود التي أشار إليها هذا البحث سيؤدي لا محالة إلى انتشار العنف وترسيخه كأسلوب متبع ومقبول من قبل الزوج، ومن وجهة نظر هذه الدراسة فإن بعض القوانين العربية مثل القانون الإماراتي⁽⁵³⁾ والعراقي قد ساهمت في تعميق الخلط واللبس بين الضرب كرخصة استثنائية وبين العنف الموجه ضد المرأة، ولتفسير ذلك نقول إن هذه القوانين عندما تنص على أن ضرب الزوج لزوجته بغرض تأديبها هو حق له، يعفيه من أي مساءلة أو محاسبة، باعتباره سببا من أسباب الإباحة، فإنه قد يعطي انطباعاً بأن هذا النص على هذا الحق، وبشكل مطلق، هو من الأسباب المؤدية لانتشار العنف وتزايد وتيرته.

إن من أهم التعديلات المقترحة على هذه القوانين، لإزالة هذا اللبس، هو استبدال كلمة الحق بكلمة رخصة، إضافة إلى التأكيد على ضرورة توافر كل الشروط المشار إليها سابقاً، سواء المتعلقة بالزوج أو الزوجة أو الرخصة ذاتها، فالزوج لا بد أن يكون مستحقاً لهذه الرخصة بأدائه لكل واجباته، والزوجة لا بد أن تكون من المستحقات لهذا الضرب من ضروب التأديب، وأخيراً الضرب لا بد أن يكون لمرة واحدة فقط، ولا يحق للزوج ممارسته بشكل دائم ومستمر، حتى وإن توافرت دواعيه.

وأخيراً نقول إن تقديم هذه الرخصة باعتبارها حقاً من حقوق الزوج، وسبباً من أسباب الإباحة الذي يعفيه من الجزاء، هو الذي يؤدي إلى المآلات غير المرغوبة، إذ بهذا التكييف سوف ينظر إلى الضرب باعتباره عنفاً واعتداءً على المرأة لا بد من إنهائه، وتظهر الشريعة وكأنها تبيح العنف وتدعو إليه.

⁵³ - نصت المادة 53 من قانون العقوبات الإماراتي لسنة 1987م على أنه "لا جريمة إذا وقع الفعل بنية سليمة استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون، وفي نطاق هذا الحق"، ثم عدت المادة بعض أسباب الإباحة، ومنها "تأديب الزوج لزوجته في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً".

الخاتمة

بعد وصولنا لنهاية البحث نستطيع القول إن الاجتهاد التطبيقي هو منهج ضروري ولازم من أجل إنزال الأحكام الشرعية على الوقائع الجزئية، فالعقل هو القادر على إنزال هذه الأحكام من طابعها السماوي المجرد والنظري إلى صيغ واقعية، تطبق كحلول فردية على وقائع وأشخاص في قمة التباين والاختلاف، فمن خلال هذا الضرب من الاجتهاد يستطيع العقل إخضاع الواقع المتبدل والمتغير لسلطان النصوص الشرعية، بحيث لا يبدو الواقع أكثر تطوراً وتعقيداً من النص، ولا أن النص مرتبط فقط ببيئة نزوله، وأنه فقد صلاحيته للتطبيق في هذا العالم الشديد التطور.

هذا الجهد العقلي يتمثل في التركيز على جانبين اثنين، وهما الواقع والمستقبل، فملاحظة الواقع تتم من خلال تحقيق المناط، والذي بموجبه يتحقق المجتهد من أن الوقائع والأفراد محل التطبيق هم بالفعل من المخاطبين بهذا الحكم، أما ملاحظة المستقبل فتتمثل في مراعاة المجتهد للمآلات والنتائج التي من الممكن أن تترتب على هذا التطبيق، والتثبت من عدم معارضتها لمقاصد النص وغاياته.

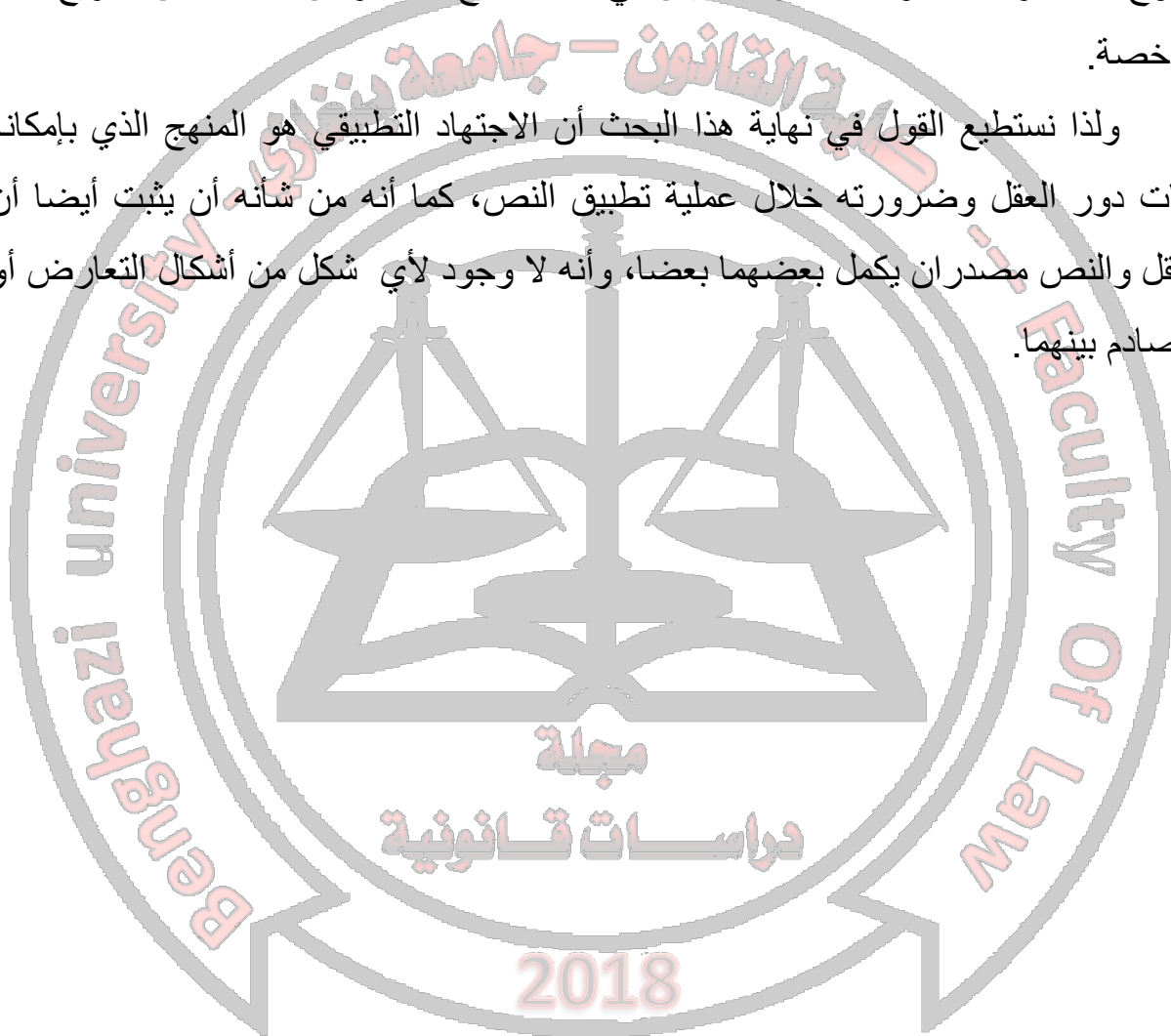
إن استيعاب الواقع والمستقبل ووضعهما في الاعتبار خلال عملية التطبيق قد يكون لهما الدور الفعال في تطبيق عادل للآية 34 من سورة النساء محل الدراسة، والذي من خلاله يمكن إزالة كل الشبه والاعتراضات على ما تضمنه هذه الآية من أحكام، وخصوصاً ما ورد فيها من ضرب الزوج لزوجته لغرض التأديب، هذه العدالة من وجهة نظر البحث مصدرها أولاً نقل صيغ وألفاظ الآية من حالة التجريد والإطلاق إلى حالة التعيين والتحديد، وكذلك مراعاة النتائج التي من الممكن أن يسفر عنها تطبيق هذه الآية.

فمن الناحية الأولى بإمكان تحقيق المناط إظهار إن الضرب ليس ممنوحاً لكل زوج باعتباره حقاً مطلقاً، إنما هو رخصة استثنائية، لا تمنح للزوج إلا إذا توافرت فيه عدد من الشروط والضوابط المشار إليها آنفاً، كما أن هذه الرخصة ليست للاستعمال الدائم والمتكرر،

وإنما هي إجراء استثنائي، يمارس لمرة واحدة، وبعدها يتم اللجوء إلى وسائل أخرى أكثر نجاعة في إنهاء حال الشقاق.

أما من ناحية المآلات فالأمر يتعلق بمراعاة النتائج التي من الممكن أن تترتب على منح الزوج لهذه الرخصة، والتثبت من أنه ليس في هذه النتائج ما يعارض الحكمة من تشريع هذه الرخصة.

ولذا نستطيع القول في نهاية هذا البحث أن الاجتهاد التطبيقي هو المنهج الذي بإمكانه إثبات دور العقل وضرورته خلال عملية تطبيق النص، كما أنه من شأنه أن يثبت أيضا أن العقل والنص مصدران يكمل بعضهما بعضا، وأنه لا وجود لأي شكل من أشكال التعارض أو التصادم بينهما.



المصادر

أولاً- الكتب:

ا- باللغة العربية:

- إبراهيم بن موسى الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، بيروت، دار المعرفة.
- أحمد الريسوني: الاجتهاد: النص، الواقع، المصلحة، بيروت، دار الفكر المعاصر، 2000م.
- أحمد عبد الحليم بن تيمية: مجموعة الفتاوى، دار الوفاء، ط2، 2001م.
- بشير مولود جحيش: في الاجتهاد التنزيلي، قطر، مركز البحوث والدراسات، ط1، 2003م.
- عبد الرحمن معمر السنوسي: اعتبار المآل ومراعاة نتائج التصرفات، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 1424هـ.
- عبد المجيد النجار: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، ط1، تونس، دار الغرب الإسلامي، 1989م.
- عبد المجيد النجار: فقه التدين فهما وتنزيلا، قطر، مركز البحوث، ط1، 2005م.
- عصام صالح: تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2009م.
- محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، القاهرة، مطبعة السعادة، ط1، 1955م.
- محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1965م.
- محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ط3، الرياض، دار الحضارة للنشر والتوزيع، 2015م.

- محمد بن جرير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، ط2، 2006م.

- محمد بن عبد الله بن العربي: أحكام القرآن، بيروت، دار المعرفة.

- محمد بن عمر الرازي: التفسير الكبير، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط4، 2001م.

- محمد الغزالي: المستصفي من علم الأصول، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ط2، الشركة المتحدة، دمشق، 1985م.

- فتحي الدريني: دراسات مقارنة في الفقه وأصوله، ط2، دمشق، مؤسسة الرسالة، 2008م.

- وليد بن علي الحسن: مآلات الأفعال عند الأصوليين وأثرها الفقهي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، 1427هـ.

2- باللغة الإنجليزية:

Imam Al- Shatibi's Theory of the Higher ،-Ahmad al- Raysuni
London: The International ،Objectives and Intents of Islamic Law
2005،Institute of Islamic Thought

Shatibi's Philosophy of Islamic Law ،-Muhammad Khalid Masud
1995، Islamic Research Institute،(Islamabad

المقالات:

- أحمد الريسوني: أثر الواقع في تقرير الأحكام وتنزيلها،

<https://islamonline.net/26738>

- أحمد بن بيه: الاجتهاد بتحقيق المناط؛ فقه الواقع والتوقع،

<http://binbayyah.net/arabic/archives/1147>

- أحمد كمال أبو المجد: دور العقل في تطبيق النصوص الشرعية،

<https://www.shorouknews.com/columns/view.aspx?cdate=07102012&id=7c03e680-4702-4163-bdb3-d150136943fc>

- عبد الرحمن الكيلاني: التطبيق المقاصدي للأحكام الشرعية،

<https://www.aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=44#.XVcVrCNvbIU>

- عبد الرحمن الكيلاني: التطبيق المقاصدي للأحكام،

http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com_k2&view=itemlist&task=user&id=345

- عبد الرزاق ورقية: المناط المقاصدي

https://almuslimalmuaser.org/?option=com_k2&view=item&id=604%3Aelmanathhttp://web2.aabu

- عمر جديه: أصل اعتبار المآلات في الفقه المالكي،

<http://www.feqhweb.com/vb/t5270.html>

- محمد صالح جابر: الاجتهاد الاستثنائي وأثره في فقه التطبيق،

<https://www.aliftaa.jo/Research.aspx?ResearchId=42#.XUxrgB1vbIU>

2018

التطرف

أسباب وإشارات، معالجة للأمارات

د. معتز عبد الوهاب عبد الله بالعجول⁽¹⁾

تقديم:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين، والأئمة المتبوعين أبي حنيفة ومالك، والشافعي وابن حنبل ومن سار على نهجهم واستنّ بسنتهم إلى يوم الدين، وبعد:

فإنه وعند الوهلة الأولى يظهر للناظر أن موضوع التطرف قد عمّت الأبحاث به، وعليه تراحم الكاتبون لبيان أسبابه وتعريفه، فكثرت الأسباب عند كلّ باحث، وهي بكل تأكيد في جلّها مهمة، سواءً من الناحية الدينية كانت، أم السياسية والاجتماعية.

ومع هذا فإنه لا يزال بحاجة إلى مزيد البحث، حيث تبرز أهمية الموضوع في معالجة الواقع الذي فرض على المجتمعات الإسلامية والعربية، والمتمثل في ظهور بعض التيارات الفكرية التي اتخذت من التهديد الفعلي واللفظي وسيلة للإصلاح، مما يوجب التعرض لهذه الظاهرة بالبيان والتطرق لسبل معالجتها ما أمكن من مُعتصر المُختصر.

ومن خلال هذه الورقة يسعى الباحث إلى بيان أهمّ سببين يراهما يرجعان لأصل واحد، ومعنى جامع، بل ربما هو أصل كلّ سبب من أسباب التطرف، فتدخل فيه نتائج الباحثين – بحسب ما اطلع عليه الباحث - دخول المفردات الجزئية للسبب الكلي، والمقصود به (الجهل)، وهذا يقتضي بذل الوسع والجهد لبيان كنه السبب، والأهمّ من ذلك – وهذا الذي لم يعتن الباحثون به اعتناء الشيء بركنه وأصله- بيان طرق مُعالجته ومُحاربته، وذلك بالاعتماد على تقييم السبب وتصوره -من حيث كونه فكرياً غير منضبط- ومدى تأثيره على الواقع الحادث؛

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

وصولاً إلى التغيير من خلال ذات السبب المؤثر لظهور التطرف، والتي يمكن بيانها من خلال التساؤلات الآتية:

كيف وصل الفكر إلى هذه المرحلة من الانحراف والتطرف؟ وكيف يمكن معالجته من ذات الأدلة التي استند المتطرف بها في غلوّه وفكره؟

ولعلني اتجراً على ذلك خدمة لوطني، ودفاعاً عن الشريعة التي شوّعت من هؤلاء بإرادتهم، أو بتغريضهم، وهذا الأخير هو الغالب في الأسباب التي أسعى لبيانها وتوضيحها قدر الإمكان، من خلال التجربة الواقعية المتمثلة في مناظرة العديد من العلماء لفئة المتطرفين، مُستفيداً كذلك من المنظور الواقعي للمجتمع الليبي، وتصوّر المراحل التي أثّرت في مجملهم حتى صار منهم ما صار، وبناءً عليه سأقسم البحث إلى ثلاثة مطالب، الأول: في بيان معنى التطرف لغة، وشرعاً، وسياسة، والثاني: الفقه الكلي لمعالجة التطرف -أسباب ومعالجة، والثالث: نعرض فيه للقواعد الأصولية ومعالجتها لبدايات التطرف.

المطلب الأول

معنى التطرف

التطرف لغة حدّ الشيء وطرفه؛ يقال: وقف في طرف المكان ونهايته⁽²⁾، ويراد بالتطرف هنا الأخذ بأحد الجوانب والابتعاد عن الوسط، فيقال: جاوز الرجل حدّ الاعتدال ولم يتوسّط⁽³⁾.

قال الشاعر:

كانت هي الوسط المحميّ فاكتفت : بها الحوادث حتى أصبحت طرفاً⁽⁴⁾.
وهو بهذا المعنى -أي التطرف- يصدق على الإفراط من حيث كونه غلوّاً، والتفريط من حيث كونه تسبيّاً، غير أن ما يتبادر إلى الذهن اليوم يتعلق فقط بالمعنى الأول؛ الغلو⁽⁵⁾.
ولا يختلف معنى التطرف في الشرع كثيراً عن مفهومه اللغوي، فهو عند التطبيق لا يخرج من أوصاف معيّنة هي:

- تجاوز الحدّ في الفهم.
- المبالغة في مطلوب العبادة.
- التزام ما لم يلزم به الشارع.

(2)- رينهارت بيتر أن دُورِي: تكملة المعاجم العربية، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمّد سليم النعيمي، جمال الخياط، ط1، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، 1979 - 2000 م، 42 / 7 .

(3)- د. أحمد مختار عبد الحميد عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008 م، 1396/2 .
وقد ورد في المعجم ما يفيد معناه شرعاً، فقليل التطرف: المغالاة السياسية أو الدينية أو المذهبية أو الفكرية، وهو أسلوب خطر مدمر للفرد أو الجماعة "تبذل بعض الدول جهوداً مضنية للقضاء على التطرف الإرهابي".

أو هو المبالغ حدّ التطرف في آرائه.

أو هو الذي يلجأ إلى القوّة لبلوغ مآربه.

والمطرف صاحب نزعة سياسية، أو دينية تدعو إلى العنف. نفس المرجع 1396-1397.

(4)- بيت ينسب للطائي الكبير، عثمان بن جني الموصلي: الخصائص، ط4، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 168/2.

(5)- وسأبين ملحظ تقرييق الساسة والحدائين اليوم، وتساھلهم في عدم اعتباره غلوّاً؛ أعني التفريط والتسيب، فقد أغفلوا الحديث عن الانحلال والسفور والحرية المطلقة، وقصروا مفهوم التطرف على الغلو والجماعات المتطرفة، وسياّتي سبب ذلك عندهم فيما ظهر لي، والله أعلم.

- الزيادة على المشروع.

- التكلّف فيما لا يُتكلّف فيه.

وهذه المعاني كلها تعود على مضمون المعنى اللغويّ للتطرف، المراد به: الابتعاد عن الوسط، ومجازة حدّ الاعتدال⁽⁶⁾.

بينما للساسة وأهل الحداثة معنى مغاير للتطرف، فهم يكتفونه حسب مصالحهم، وللأسف ما يشيعونه اليوم في وسائل الإعلام هو المتبادر عند الناس، حتى صار التطرف عند المسلم وغيره متعلّقاً بالإسلام، فأسلمة التطرف، أو التطرف الإسلامي، أو الإسلام السياسي، كلّها مصطلحات لضرب الإسلام بشعارات التطرف، وربط ما من شأنه تمرير المخططات والمصالح على حساب حرب الإسلام التي لا تزال قائمة منذ ظهر على يد أفضل الخلق ﷺ.

وللتأكيد على ذلك نجدهم يختصّون معنى التطرف في الغلو والتشدد دون غيره، في حين أن التفريط والانحلال في حقيقته تطرف أيضاً.

وكما عُلم من مفهوم التطرف لغة وشرعاً أنه ترك الوسط، والأخذ بطرفي الحدّ، وبمعنى آخر هو تجاوز الوسط، وحدّ الاعتدال، وهو بهذه المعاني يشمل الغلو والإفراط، ويشمل كذلك التفريط والانحلال.

وهذا في حدّ ذاته تطرف في الفهم، وجهل بالمعنى الحقيقي لمفهوم التطرف، فجعل التطرف من أهل السياسة والحداثة مقتصرّاً على الغلو في الدين، وموجّهاً للجماعات المتطرفة

(6)- هناك مفردات ذات صلة بالموضوع منها:

الغلو: والمراد به الارتفاع بالشئ عن المألوف ومجازة الحدّ فيه، وهو في معناه مأخوذ من قوله تعالى: ﴿لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ﴾، سورة النساء: الآية 171. أي لا تتجاوزوا المقدار.

الإرهاب: وهو في اللغة تدل على التخويف والفرع، وهو وصف يطلق على من يسلك سبيل العنف، وعليه فالغلو من حيث معناه موافق لمعنى التطرف، والإرهاب نتاجهما.

ينظر: الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري: العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، 446/4. أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي: جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، 961/2.

دون غيرهم فهم مغلوط، والصحيح أنه يشمل ما سبق، ويشمل غيره المتمثل في الانحلال، والانسلاخ من الدين والأخلاق والعادات.

لكنه لما كان معناه في الأخير لا يثير حساسية في المجتمع بفعل الإعلام وقوته، وتوجيهه من أربابه، صار معناه مقتصرًا في الغلو، والباحث بدوره يبين أهم مؤثراته على الفرد والمجتمع، وكيفية معالجته بالفكر الذي تمثل للمتطرف على أنه السبب في ما توصل إليه من نتائج.

المطلب الثاني

الفقه الكلي لمعالجة التطرف

بيان السبب ومعالجته:

مما لا ريب فيه لكل ناظر أن نصوص الشريعة كلها جاءت لأجل علل ومرام ومقاصد أرادها الشارع الحكيم من تشريع الأحكام، وأن الفقه كُـل لا تتجزأ أحكامه عن بعضه، فهناك المطلق المبين بمقيّد آخر، والعام المبيّن بخاصّ غيره، والمجمل المفسر في موضع آخر، وهكذا لا يمكن للمكلف أن ينظر لنص شرعيّ بمغزٍ عن الشرع كُـله، وإلاّ فإنه يفسد بفعله أكثر مما يصلح، فصارت أحكام الشريعة مقيّدة في بداية النظر بأمور هي:

- فهم مراد الشارع ومقصده من تشريع أحكامه، إذ فوات ذلك فيه فوات الشرع بأكمله، يقول الشاطبي موضّحاً أهميّة ذلك: "فَإِذَا بَلَغَ الْإِنْسَانُ مَبْلَغًا، فَهَمَّ عَنِ الشَّارِعِ فِيهِ قَصْدُهُ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ مِنْ مَسَائِلِ الشَّرِيعَةِ، وَفِي كُلِّ بَابٍ مِنْ أَبْوَابِهَا فَقَدْ حَصَلَ لَهُ وَصْفٌ هُوَ السَّبَبُ فِي تَنْزِيلِهِ مَنْزِلَةً الْخَلِيفَةِ لِلنَّبِيِّ ﷺ فِي التَّعْلِيمِ وَالْفَتْوَا وَالْحُكْمِ بِمَا أَرَاهُ اللَّهُ" (7).

(7)- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1،

دار ابن عفان، 1417هـ / 1997م، 43/5 .

- اعتبار الأدلة الكلية ومراعاتها، والمفاهيم العامة للشريعة الإسلامية، كالمحافظة على مبدأ العدالة والحكمة والمصلحة، والمحافظة على مقاصد الشريعة الخمسة، واعتقاد أن كل ما في الشريعة من أحكام جزئية هي في أصلها خادمة لتحقيق هذه المقاصد والمفاهيم العامة⁽⁸⁾.
 - إن أيّ منصوص جزئي في الكتاب والسنة يُحرّجُ المكلفين، ويُضَيّق عليهم، ويُضَيِّع مقاصد شرعهم، ويُبعِدُ مفهوم العدالة عنهم عند تطبيقه هو ليس من الشريعة في شيء، وإن كان المنصوص واضحاً بيّناً، إذ مقصود الشارع ليس في ظاهر المكتوب، بل المقصود في مصلحة أرادها، وعلّة ومرام جعلها مطلب الفقيه عند النظر وتطبيق الأحكام.
- قال ابن القيم: "الشريعة مبناهَا وَأَسَاسُهَا عَلَى الْحُكْمِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا، وَمَصَالِحُ كُلُّهَا، وَحِكْمَةٌ كُلُّهَا، فَكُلُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ عَنِ الْعَدْلِ إِلَى الْجَوْرِ، وَعَنِ الرَّحْمَةِ إِلَى ضِدِّهَا، وَعَنِ الْمَصْلَحَةِ إِلَى الْمَفْسَدَةِ، وَعَنِ الْحِكْمَةِ إِلَى الْعَبَثِ فَلَيْسَتْ مِنَ الشَّرِيعَةِ وَإِنْ أُدْخِلَتْ فِيهَا بِالتَّأْوِيلِ"⁽⁹⁾.
- وأهم ما يجب الإشارة إليه، وهو ما يفهم هنا هو لزوم النظر في الدليل الشرعي باعتباره دليلاً يُقَيِّمُ ويفهم وفق منظومة وأدلة الشرع كلها، فالشرع كلّ لا تتجزأ أحكامه عن بعضه، فلا يحكم على الواقعة من منصوص جزئي دون النظر في مقيد، أو خاص، أو مبين، أو مجمل، أو ناسخ يُبَيِّنُ مقصوده الحقيقي، وبالمثال يتضح المقال:
- إذ لا يمكن تطبيق حدّ السرقة لمجرد سرقة المكلف ومنصوص حدّ البين في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾⁽¹⁰⁾، فتطبيق هذا الحد مقيد بنصوص

(8) - والمقصود بذلك أن الشارع الحكيم وضع لضمان تحقيق المقاصد الكلية، والمفاهيم العامة اللازمة أدلة جزئية تضمن المحافظة عليها؛ يعني مقاصد الشرع، فما شرع حد الزنا الجزئي إلا للمحافظة على الأعراض، وما شرع حد السرقة والحراية إلا للمحافظة على المال، وما شرع حد المسكر إلا لأجل المحافظة على العقل، وما شرع القتل ردة إلا لأجل المحافظة على مقصد الدين، وهكذا هو الأمر بضرورة تحقيق مبدأ العدالة، وتحقيق مصالح الناس، ورفع الحرج عليهم، ولزوم بثّ هذه المفاهيم في أحكام الشريعة كلها، لأنها إن خرجت من هذه، خرجت عن مراد الشارع عند تطبيق أحكامه.

(9) - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

1411هـ - 1991م، 11/3.

(10) - سورة المائدة، الآية 38.

كثيرة، يجب أن ينظر لها الفقيه وفق منظومة كاملة شاملة، ألزم الشارع بها الناظر عند تطبيق الأحكام، فمن سرق يُنظر هل سرقته في غير إكراه ملجئ؟ ومن غير قريب له في ماله حق؟ كسرقة الابن من أبيه، أو العكس، أو سرق من مال عمومي شائع الملك بينه وبين غيره، أو سرق في غير إحسان يُقطع فيه، كمن سرق لأجل سد رمق الجوع والخوف من الموت، أو سرق أقل من حد القطع في الشرع، وهل كان من حرزه وفي خفية، وغير ذلك.

هذه ضوابط وأوامر كلها داخلية في منظومة الشرع الخاصة بحد السرقة، فلا تجب أن تغفل لأجل تطبيق نص شرعي يقضي بالقطع دون مراعاة هذه الشروط اللازمة، فنقول: لا يطبق الحد هنا بوجود، أو عدم وجود واحد من هذه الضوابط، إذ لا يقطع السارق لمجرد سرقته، وتطبيق النص الجزئي الدال على حكمه.

لذا نجد الشرع يتشوف للعفو أكثر من حرصه على تطبيق العقوبة، فنجد العلماء يدرؤون الحدود لأدنى شبهة، بل إنهم يفضلون الخطأ في العفو، فيقدمونه على الخطأ في العقوبة⁽¹¹⁾، وهذه أمانة رغبتم في عدم التطبيق بداية، فالشرع يحرص على التحصين قبل التطبيق، ومن التحصين درء التطبيق ما أمكن.

وتطبيق هذا الكلام يقضي بفهم الدليل الجزئي الدال على القطع في حد السرقة وفق أطر أحكام الشريعة كاملة، فلا ينفصل عن غيره من النصوص الدالة على معناه في الفقه تماماً، وبمعنى مختصر تطبيق النص الجزئي القاضي بقطع يد السارق منفصلاً، والأخذ بظاهر النص

(11) - روى هذا المعنى عن النبي ﷺ: "عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "ادْرَعُوا الْخُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ". محمد بن عيسى الترمذي: سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، وإبراهيم عطوة عوض (ج 4، 5)، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395 هـ - 1975 م، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، 33/4، رقم 1424.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "ادْرَعُوا الْخُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ، وَإِذَا وَجَدْتُمْ لِمُسْلِمٍ مَخْرَجًا فَادْرَعُوا عَنْهُ الْحَدَّ". أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي: معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة، دمشق-بيروت، دار الوعي، حلب-دمشق، دار الوفاء، المنصورة-القاهرة، 1412 هـ - 1991 م، باب وفود الرجل قد شهد الحرب على الجارية من السبي قبل القسم، 308/13، رقم 18287.

دون مراعاة ضوابطه وفهمه في ضوء أحكام الشريعة، كلّه تطرّف في الفهم والتطبيق؛
والحاصل: تطرّف ديني.

وأعرج هنا عن ما حدث في مدينة درنة من تطبيق الكثير من الحدود عامي 2014-2015م، من طائفة تدّعي تطبيق الشريعة، وحرصها على إقامة الحدود، فسارعت إلى تطبيق حد السرقة وغيرها من الحدود دون مراعاة أدنى شبهة لسقوط الحدّ، ويرجع ذلك إلى تعلّقهم بظواهر النصوص والأوامر، فهم لا يفهمون النص الشرعي ضمن منظومة وأطر الشرع المتكاملة، بل يطبقونه منفصلاً عن غيره من الأحكام الأخرى المبيّنة.

ولعلني أتجرأ فأقول: إن تطبيق الحدود وفق فهم الشريعة الصحيح يكاد يصعب اليوم في دولتنا وغيرها من الدول، كيف لا يكون كذلك والصعوبة دليلها الشرع! فكيف نطبّق الحدود، ونغفل عن تحصين المجتمعات، والتحصين شرط تطبيق العقوبة.

ويمكن أن نوضح مُرادنا من قول ما ينسبُ لعمر رضي الله عنه عندما وقف يودّع أحد نوابه على بعض الأقاليم، فقال له: "ماذا تفعل إذا جاءك سارق؟
قال: أقطع يده.

قال عمر: وإذا، فإن جاءني منهم جائع، أو عاطل، فسوف يقطع عمر يدك. إن الله قد استخلفنا على عبادته لنسدّ جوعتهم، ونستر عورتهم، ونوفر لهم حرفتهم، فإذا أعطيناهم هذه النعم تقاضيناهم شكرها. يا هذا إن الله خلق الأيدي لتعمل، فإذا لم تجد في طاعة عملاً، التمسّت في المعصية أعمالاً، فأشغلها بالطاعة، قبل أن تُشغلك بالمعصية"⁽¹²⁾.

هذا الأثر وإن لم يذكر في كتب السنة والآثار، إلّا أن له شواهد صحيحة في الشرع تدل

على معناه.

(12)- لم تنتقل كتب المتون الخاصة بالآثار نصّ الرواية، لكنها ذكرت في كتب المعاصرين، منها كتاب ظلام الغرب للدكتور محمد الغزالي، ص 189.

وعز الدين التميمي، في كتابه العمل في الإسلام ص 5، وطه عبد الباقي في كتابه دولة القرآن، ص 88.

فهو يدلّ على ملحظ مهمّ في تطبيق الحدود، ألا هو مبدأ التحصين قبل التطبيق، وأن مراعاة ذلك مهم لصحة تطبيق الحدّ، فيقرّر على وليّ الأمر أن يسعى بداية لسدّ جوع الرعيّة، وستر عورتهم، وأن يوفّر للعطلة حرفتهم، وهذا كلّه من التحصين.

إذ كيف للحدود أن تطبق والجوع يعمّ المكلفين، والانحلال والفجور مستباح للجميع، والسرقة يُحاسب عليها الفقير دون الغني، كلّ ذلك يجعل من تطبيق الحدود صعباً، في ظلّ غياب مفهوم العدل عند التطبيق، بل إن مفهوم التحصين —والذي أُشير إليه في الأثر السابق— واضح يُفهم من معنى إيقاف حدّ السرقة من عمر ﷺ عام المجاعة لفقده، والذي هو الجوع المنتشر في ذلك الزمن، فلمّا فقد توفير الحاجة لهم توقف الحدّ. إذاً فأول ما يكون سبباً في ظهور التطرف، ولعله الغالب هنا، هو فهم نصوص الشرعية مقطّعة منفصلة عن غيرها من أحكام الشرع.

معالجة السبب:

نوردُ هنا تطبيقاً من مناظرة أحد المتطرفين في السجون الأردنية؛ ليتضح المقال بالمثل أكثر، ثمّ نبين كيفية معالجة الحالة من نصوص الشريعة نفسها. وها هي جلسة الحوار مختصرة بين مرجع ديني متطرف في الأردن، يُناظر شيخاً عالماً من العلماء المكلفين من السلطات الأردنية في محاربة الفكر بالفكر⁽¹³⁾، ومعالجة الأذهان بالأدلة.

قال الشاب للشيخ: موالاة الكفار كفر.

فقال له الشيخ: ما المقصود عندك بالموالاة؟

قال الشاب: التقرب والتودّد والمحبة!

قال الشيخ: وما دليلك؟

قال الشاب: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ﴾⁽¹⁴⁾.

(13) - وأقصد هنا: شيخنا، شيخ الشافعية في الأردن، وعميد كليّة الفقه الشافعي الأستاذ الدكتور أمجد رشيد حفظه الله، والمكلف من الحكومة الأردنية وغيره من العلماء بمعالجة الفكر بالفكر في السجون الأردنية.

فقال الشيخ: كلامك صحيح! لكن وبحسب فهمك الجزئي.
قال رسول الله ﷺ: (من غشنا فليس منا)⁽¹⁵⁾، من غش إذا كفر⁽¹⁶⁾، فَسَكَتَ الشابُ وَبُهِتَ.

فقال الشيخ للشاب: أنت تقول المودة والحب - مطلقاً - كفر.

فقال الشاب: نعم.

فقال الشيخ للشاب: وما دليلك؟

قال الشاب: قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾⁽¹⁷⁾.

فقال الشيخ للشاب: أما عن الحب، فما تقول في قوله تعالى: ﴿إِنَّكَ لَا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ﴾⁽¹⁸⁾، هل تعلم فيما نزلت؟ وعلى من نزلت؟ نزلت على النبي ﷺ في حب عمه أبي طالب⁽¹⁹⁾، فهل كفر النبي ﷺ بحبه هذا؟ أم أن حب النبي ﷺ كحب أي ابن أخ لعمه الذي رباه ورعاه! وكيف تفهم حل الزواج بالكتابيات؟ اليهوديات وغيرهن من أهل الكتاب، وتقول حب غير المسلم كفر!

ثم قال الشيخ مازحاً: أتمسك يد زوجك غير المسلمة وتقول لها، وهي جميلة فاتنة! تَكَلِّتُكِ أمك! أنا أكرهك في الله! أنت امرأة كافرة! ضالة مضلة! ودمك وعرضك جلال! أخرجي من أمامي لعنك الله! كلام لا يستقيم مع قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾⁽²⁰⁾، لأنه عام

(14) - سورة المائدة: الآية 51. ولنا أن نلاحظ هنا أن ما استدل به الشاب على الشيخ هو دليل جزئي منفصل عن بقية أحكام الدين!

(15) - الحديث بلفظ: ليس منا من غشنا، رواه أحمد في مسنده، مسند بريدة بن ميار، مؤسسة الرسالة، تحقيق شعيب الأنأوط وعادل مرشد، إشراف عبدالله التركي، ط1، 1421 هـ - 2001 م، 155/25، رقم 15833، وهو حديث صحيح.

(16) - ولنا أن نلاحظ هنا أن هذه معالجة مُنفصلة ذهنية للرد على فهمه المنفصل للدليل عن أحكام الشريعة.

(17) - سورة المجادلة: الآية 22. وما استدل به الشاب على الشيخ - كما هو ظاهر - دليل جزئي منفصل عن أحكام الشريعة!

(18) - سورة القصص: الآية 56.

(19) - محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384 هـ - 1964 م، 299/13.

(20) - سورة الروم: الآية 21.

في كل زوجة، فكيف تجمع يا بني بين هذه المودة وبين مودتك في تكفير الناس مطلقاً دون ضابط يُقوّم الأمر؟ وكيف تجمع بين حب زوجتك اليهودية؟ مع حب غير المسلم المكفّر! (21).

ثم شرع الشيخ يبيّن للشباب نوع الموالة المكفّرة فقال: أما عن الكفار فقد قال تعالى في سورة الممتحنة، والتي بدأها سبحانه بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ﴾ (22)، وهذا نهى صريح على عدم موالة الكافرين المنكرين للحق، إلا إنه سبحانه بيّن نوع النهي والمقصود به فقال: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (23)، وأكد على جهة النهي في حق من حارب المسلم في دينه وعرضه وأرضه فقال: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَى إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (24).

هذه المعالجة، وهذا الفهم للنصوص الجزئية في ضوء أدلة الشريعة هو مراد الشارع في فهم الأحكام وتطبيقها، لكن جلّ من تطرف بجانب هذا الطريق، ويقع في مستنقع لوثة التطبيق من خلال الاستدلال الظاهري للنص دون عرضه على أحكام الشريعة الأخرى! وكأن النص منفصل عن الشرع، والشرع -كما مرّ- كلّ لا تتجزأ أحكامه عن بعضه، فلا يستشهد بالدليل الذي ظهر دون النظر لدليل آخر لعلّه يبيّن، أو يفسّر، أو يُقيّد في الدلالة معنى الدليل الأول المعتمد عليه من المتطرّف غالباً.

وبهذا يتبين لنا أن التعامل مع النص منفصلاً عن أحكام الشريعة يوصل إلى غير مراد الشارع من تطبيق أحكامه، ولذا يجب النظر للنصوص وتطبيقها وفق أطر ومنظومة الشريعة

(21)- وهذه معالجة ذهنية جزئية متقطعة عن أحكام الشريعة للرد على استدلال الشاب!

(22)- سورة الممتحنة: الآية 1 .

(23)- سورة الممتحنة: الآية 8 .

(24)- سورة الممتحنة: الآية 9 .

كاملة، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن لزوم مراعاة الأدلة الجزئية لتحقيق منصوص الأدلة الكلية والمفاهيم العامة هو المعتبر شرعاً، فمتى خالف النص الجزئي الواضح نصاً أو مفهوماً كلياً، فقد عُطل الجزئي لأجل المحافظة علي الكليّ المعتبر من الشرع بداية عند تطبيق الأحكام .

وبمعنى آخر عندما أوقف عمر رضي الله عنه حدّ السرقة عام المجاعة، إنما أوقفه لأجل مقصد كليّ معتبر؛ ألا وهو حفظ النفس، فلما تصادمت المفاهيم والأدلة، قدّم الكليّ، وهو حفظ النفس وسدّ حاجتها الضرورية، على تطبيق الحدّ الجزئي القاضي بالقطع.

ولما أوقف عمر رضي الله عنه تقسيم أرض سواد العراق التي فتحت عنوة، مع أن تقسيم ما فتح عنوة سنة النبي صلى الله عليه وسلم بين الفاتحين، ومع ذلك أوقفها عمر لمصالح ومقاصد رآها، فقدمها على فعل أفضل الخلق، فقال رضي الله عنه معبراً عن هذه المصالح: ماذا نترك لسدّ الثغور ونفقة المقاتلة؟ وللأرامل والأجيال القادمة .. ووافقه عدد من الصحابة في قوله وخالفه بعضهم (25).
والحاصل ممّا ذكر أن الغايات الكبرى التي رآها عمر رضي الله عنه للفتح الإسلامي آنذاك، كانت سبباً في مخالفة ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك الوقت، وممّا يُعلم من فنّ الأصول أن الأمر إذا تأكد عدم تحقيق مقصوده، بطل الاحتجاج به.

هذا المنهج الكليّ في الاعتبار، وقراءة النصوص الجزئية في أطر الكليات والمبادئ والمفاهيم العامة من أهم مناهج دحض شبهات التطرف، والعلماء في استقراء ذلك سباقون، حيث وضع الشاطبي لفهم الأدلة قانوناً يجب أن يعتبر عندما قال: "إذا ثبت في الشريعة قاعدة كلية في هذه الثلاثة -ويقصد الضروريات والحاجيات والتّحسينيّات- أو في أحادها، فلا بد من

(25)- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري: الخراج، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، 35/1 وما بعدها. أبو غبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي: الأموال، تحقيق: خليل محمد هراس، دار الفكر، بيروت، 71/1، وما بعدها.
قال عمر رضي الله عنه عندما طالبوه بالقسمة: "تريدون أن يأتي آخر الناس وليس لهم شيء"، وقال معاذ بن جبل رضي الله عنه لعمر وأشار إليه بعدم قسمتها قائلاً: "انظر أمراً يسع أولهم وآخرهم"، يقصد المصلحة وعمومها على المسلمين، وأن ذلك يُعدّ عدلاً بينهم، فلا تقتصر على طائفة دون غيرهم. نفس المراجع السابقة.

المحافظة عليه بالنسبة إلى ما يقوم به الكلي وذلك الجزئيات، فالجزئيات مقصورة معتبرة في إقامة الكلي أن لا يتخلف الكلي فتتخلف مصلحة المقصود بالتشريع⁽²⁶⁾.

ويظهر -والله أعلم- أن أوضح الجمل في تأكيد هذه النظرة؛ نظرة مراعاة الدليل الكلي وتقديمه على الجزئي -إذا ما كان مآل تطبيقه لا يحقق مراد الشارع وغايته- ما ذكره الشاطبي عندما قال: "إن الكليات لا يقدر فيها تخلف أحاد الجزئيات"⁽²⁷⁾. وقد علل الشاطبي ذلك بقوله: "حتى إن تخلف الجزئي هنالك إنما هو من جهة المحافظة على الجزئي في كليته من جهة أخرى"⁽²⁸⁾، ثم جعل الشاطبي للتخلف سبباً عارضاً فقال: "إن كان لغير عارض فلا يصح شرعاً، وإن كان لعارض فذلك راجع إلى المحافظة على ذلك الكلي من جهة أخرى"⁽²⁹⁾.

والعارض في إيقاف حد السرقة -كما تبين- حاجة الناس لسد جوعتهم، والخوف على هلاكهم، وكذلك العارض من عدم توزيع أرض سواد العراق بين الفاتحين كما تبين مصالح كبيرة ذكرها عمر رضي الله عنه للصحابه في معرض الرد عليهم.

وبمعنى آخر الواقع في كثير من الأحيان قد يُنشئ أدلة تُخالف الجزئي لأجل مراعاة الأدلة الكلية العامة، فواقع الجوع عام المجاعة، وواقع تجهيز الجيوش وسد نفقتهم، ومصالح أرامل من مات منهم، أنشأ ظروفاً وأدلة عند عمر رضي الله عنه تخالف النص الجزئي لأجل عدم هجر الكليات والمفاهيم العامة للتشريع.

(26) - الشاطبي: 61 / 2 .

(27) - نفس المرجع: 62 / 2 .

(28) - نفس المرجع: الموضع نفسه.

(29) - نفس المرجع: الموضع نفسه.

وها هو تطبيق للسابق من واقعنا المعاصر، مع بيان كيفية المعالجة:

أولاً- ذبح المسلمين وغير المسلمين - داعش انموذجاً⁽³⁰⁾

أخذ بهذا الفعل ما يعرف اليوم بأفراد الدولة الإسلامية، كما يسمّون أنفسهم، وما أظن وصف الإسلام يليق بأفعالهم، وما يُستوفونه من تصوّر خاطئ للمسلم وغيره، فنظر غير المسلمين إلى هذا الدّين من زاوية هؤلاء نظرة سيئة، ساهموا هم وغيرهم في إيصالها لغير المسلم والمسلم بحجة تطبيق الإسلام وتعاليمه، فطبّقوا أحكامه، وشوّهوا تعاليمه بما لا يرتضيه الشرع الحكيم من ذلك في مواضع كثيرة.

وربما إن لم يكن هؤلاء مُخْتَرَقِينَ بِدَايَةٍ -إن سلّمنا بعد ذلك بأنهم فعّلوا ما فعلوا عن تأويل أو دليل- لقلنا بأنهم اعتمدوا على أدلة جزئية برّروا بها أفعالهم وما يريدون، منها قوله ﷺ لنفرٍ من قريش بعد أن أكثروا من إيذائه، وهو يطوف: "أَتَسْمَعُونَ يَا مَعْشَرَ قُرَيْشٍ: أَمَّا وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ، لَقَدْ جِئْتُكُمْ بِالذَّبْحِ"⁽³¹⁾.

وبداية أقول: لا يصح الاستدلال به على جواز ذبح الأسرى كالنعاج؛ لأن الذبح هنا كناية عن القتل، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ نَجَّيْنَاكُمْ مِنْ آلِ فِرْعَوْنَ يَسُومُونَكُمْ سُوءَ الْعَذَابِ يُدَبِّحُونَ أَبْنَاءَكُمْ وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ وَفِي ذَلِكُمْ بَلَاءٌ مِنْ رَبِّكُمْ عَظِيمٌ﴾⁽³²⁾.

قال السمعاني: معنى قوله: ﴿يُدَبِّحُونَ أَبْنَاءَكُمْ﴾ أي: يقتلون⁽³³⁾. وقال الحميدي وقوله: "أمرني أن أحرق قُرَيْشاً" كناية عن القتل، كقوله عليه السّلام: "جِئْتُكُمْ بِالذَّبْحِ"⁽³⁴⁾.

30- والذي أدين به أمام الله مع هؤلاء أنهم جهّلةٌ مخترقون من جميع أجهزة المخابرات الأجنبية، أفسدوا بأعمالهم الدين، وساعدوا الغرب في تشويه الإسلام والمسلمين، وما وجدوا وتمكّنوا من رُقْع شاسعة كثيرة إلا بمباركة الغرب، وأنهم ما وجدوا إلا لتنفيذ مخططات من ذكروا، وأن هؤلاء من هيأوا لهم الجو الملائم في الدول العربية.

(31)- مسند أحمد بن حنبل: مسند عبدالله بن عمرو بن العاص، 277/14 . رقم 6739.

(32)- سورة البقرة: الآية 49.

(33)- منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني: تفسير القرآن، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، وغنيم بن عباس بن غنيم، ط1، دار الوطن، الرياض،

1418هـ- 1997م، 77/1.

(34)- نفس المرجع السابق .

وحتى لو سلمنا بعد كل ذلك أن المقصود هو ذبح النعاج، ثم عرضنا دليل الآية الجزئي الخاص بالذبح على أحكام الشريعة كلها، لتبينت مواطن الخل والزلل.

وكما قرّر سابقاً يجب أن يفهم نصّ الذبح الذي استند عليه هؤلاء فهماً شمولياً في ضوء الكليات والمبادئ العامة، فلو سرنا على ذلك المنهج؛ لتبين لكل ناظر ضلال فهم هؤلاء قطعاً لنصّ رسول الله ﷺ؛ لأنه مخالف لمفاهيم الشريعة العامة الدالة على الرحمة والرفاة والعدل، وأن النبي ﷺ ما بُعث إلا لإرساء المفاهيم المذكورة السابقة. فأَيّ المصالح قد تحققت من فعل هؤلاء للدين، غير مفسد التشويه لما جاء به الإسلام للمسلمين وغير المسلمين عند مشاهدة أفعالهم.

فَعَنْ أَبِي عَزِيزِ بْنِ عُمَيْرٍ (أَخُو مَصْعَبِ بْنِ عُمَيْرٍ) قَالَ: "كُنْتُ فِي الْأَسَارَى يَوْمَ بَدْرٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اسْتَوْصُوا بِالْأَسَارَى خَيْرًا، فَكَانُوا إِذَا قَدَّمُوا غَدَاءَهُمْ أَوْ عَشَاءَهُمْ أَكَلُوا التَّمْرَ، وَأَطْعَمُونِي الْخُبْزَ، بِوَصِيَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِيَّاهُمْ" (35). وعن شَدَّادِ بْنِ أَوْسٍ قَالَ: ثَنَّتَانِ حَفَظْتُهُمَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: "إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَ، وَلْيُجِدْ أَعْدَاكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلْيُرَخَّ ذَبِيحَتَهُ" (36).

فقد دل قوله ﷺ: "فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ عَلَى وَجوب اختيار أحسن طريقة للقتل، وقد ذكر الإمام النووي أن الحديث: عامٌّ في كُلِّ قَتِيلٍ مِنَ الذَّبَائِحِ، وَالْقَتْلُ قِصَاصًا، أَوْ حَدًّا" (37). كذلك الشرع هنا فرق بين قتل الإنسان والحيوان، كما في الحديث: "فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَ"، فجعل القتل للإنسان، والذبح للحيوان.

فكيف استحل هؤلاء دماء المسلمين بداية، ودماء غيرهم من المستأمنين الكافرين في بلاد المسلمين، وإن سلمنا لهم بالقتل، فكيف ذبحوا المسلم وغيره بهذه الطريقة الشنيعة

(35) - سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني: المعجم الكبير، ط2، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، 1404-1983، 22 /

393.

(36) - مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 3 / 1048، رقم

1955.

(37) - يحيى بن شرف النووي: المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392 هـ. 101/13.

الفضيحة؟! والإحسان والرحمة - كما هو معلوم- يُعدّان من المفاهيم العامة التي يجب مراعاتها في تنفيذ الأحكام، وهذا ما أكّده النبي ﷺ في ما رواه ابن حنبل بأن الإحسان كتب في كل شيء، فأعمال الدلائل والمفاهيم العامة وتقديمها - إن صحّ تأويلهم، وما صحّ - كما تبين سابقاً - على الدليل الجزئي أمر مقطوع به، لعدم تحقق مراد الشارع ممّا يتأوّلونه من أدلة.

والحاصل أنهم لمّا أخذوا الدليل على ظاهره دون تتبّع معناه بداية، ثم عرضه على أدلة الشرع جملة، ضلّوا وأضلّوا، فاجتمع عندهم سوء التأويل والتنزيل، فسبحان الله العظيم .

ثانياً. حادثة شارلي إبدو - استندوا على أدلة من القرآن والسنة لا يسع المقام لذكرها.

السؤال هنا هل أمر الرسول ﷺ بقتل أشخاص أسأوا إليه؟ نعم، لقد أمر بذلك. وهل سكت عليه الصلاة والسلام على أشخاص أسأوا إليه؟ كذلك نعم؛ فعبداً بن أبي، عرض بالرسول ﷺ، والرسول ﷺ رفض أن يقتله، وكعب بن الأشرف، أساء إليه وأمر بقتله⁽³⁸⁾. إذاً لماذا سكت النبي ﷺ هنا، وأمر بالقتل هناك؟

هذه سياسة؛ أو هو تدبير سياسي، لذا لا يوجد عندنا في الفقه بدايةً ما يُسمّى بالتطبيق الآلي للنص، وإنما هناك تطبيق مقاصدي، يفهم المآلات والمقاصد والنتائج. فإذا تبين أن مآل تطبيق الحكم يفسد - قطعاً - أكثر ممّا يصلح فإنه يترك.

فأين المصلحة من حادثة شارلي إبدو؟ غير مفسدة التضيق على المسلمين في بلاد الكفر، وفي غيرها.

والشاهد من ذكر المسألة والتعليق عليها يرد على المتعلقين بتطبيق النصوص بمعزل عن الشريعة، كيف يفعلون هنا؟ وقد قتل النبي ﷺ مرة ورفض مرة أخرى؟ فهل يقتلون بحسب الظاهر مرة لنص قتل ابن الأشرف؟ ولا يقتلون مرة لنص عدم قتل ابن أبي! أم أن الأمر متعلق بالمصالح العليا، وأحكام الشريعة كلها عند التعامل مع كل واقعة.

(38) - مسند أحمد بن حنبل: مسند عبدالله بن كعب بن مالك عن عمه، 505/39، رقم 65 .

الكلام على ذلك يطول، والتمثيل أطول بخصوص هذا الملحظ في الفهم، ولكنها اللفظة لذلك، والضرورة للتأكيد على فهم الدليل فهماً كلياً جامعاً، وهذا الأخير لا يكون إلا بقراءة كل نص جزئي ضمن نصوص الشريعة كلها، إذ أحكامها كل لا تتجزأ عن بعضها.

ما ذكر هنا من مسائل ليس سوى قليل من كثير، فهناك مسائل كثيرة، منها تقسيم الديار إلى دار كفر وحرب، أو دار دعوة واستجابة وحرب، وأثر ذلك في واقع اليوم مع وجود المعاهدات والمواثيق الدولية بين بلاد الإسلام وغير الإسلام؛ دار الكفر - والتي بوجودها - يعني المعاهدات والمواثيق - تتغير مفاهيم الديار إلى مفهوم المجتمع الجامع بمواثيق الأمان وغيرها، وما ذكر من مسائل هو فقط لإبراز القاعدة التي ينبغي أن نسير عليها عند سبر أغوار النصوص، وتقسيمها، وفهمها فهماً شمولياً جامعاً يضمن تطبيق مراد الشارع في الوقائع.

المطلب الثالث

القواعد الأصولية ومعالجتها لبدايات التطرف

بيان السبب:

كما يُعلم عقلاً وعادة أن لكل حقيقة بداية، فكذاك التطرف، فكما أن نتائج اليوم مُشاهدة، إلا أن له أمارات كغيره من الحقائق يعرف بها، وفي هذه المقالة أُبينها من خلال إثبات الأصول المتفق عليها بين الفقهاء والأصوليين في بعض المسائل والقواعد، والتي هُجرت وجُهلَت من بعض الطوائف وأصحاب الأفكار، والتي بالتزامها تُعالج الكثير من الآراء الشاذة، حتى تأكد بأن عدم الالتزام بها هو سبب وقوفهم حتماً على بدايات التطرف، وإن لم يصلوا لنهايته.

وعلي كل حال فإنني في هذه المقالة أوضح بعض المسلّمات الأصولية، وأثرها في ظهور أمارات التطرف الفكري، وكيفية معالجتها إن أمكن في المجتمعات العربية والإسلامية.

أولاً- الارتقاء بالظنيّ إلى مرتبة القطعيّ في الفقه:

ممّا لا شك فيه قطعاً عند العلماء قاطبة أن الفقه من باب الظنون، وقد قدم الجويني هذه الحقيقة متنه الورقات في أصول الفقه بقوله: "الفقه معرفة الأحكام الشرعيّة التي طريقها الاجتهاد"⁽³⁹⁾. وقوله: "طريقها الاجتهاد" يريد به الظنية في الحكم والفتوى، فما طريقه الاجتهاد الأصل فيه الاختلاف، فآلة الاجتهاد تختلف من عالم لغيره، ودرجة الفهم تفتقر.

ولعلّ كتب الفقه تعطينا تصور حقيقة ذلك، فجّل مسائل الفقه مختلف في فهمها، والفتوى بسبب ذلك تختلف بالنسبة لمطائنها، ولست بصدد إثبات هذه الحقيقة، فهي من المسلمّات في الدين، وما عليه سلف العلماء الأولين.

وما يجب الإشارة إليه هو التعصب في الظنّيات الفقهية لأحد العلماء دون غيرهم، واعتقاد أن قوله في المسألة صواب لا يحتمل الخطأ، وقول غيره خطأ لا يحتمل الصواب، وتطبيق ذلك واضح بيّن في مجتمعنا الإسلامي، ولعلّ ذلك يرجع إلى عدم تخصّص هؤلاء أولاً، وتأصيلهم على مذهب من مذاهب أهل السنّة المعتمدة، إذ يظهر لكل ناظر حقيقة ذلك، "ومُسلّم عدم الإنكار في المسائل الاجتهاديّة، إنكار المسائل القطعية العقديّة"، لأنه لو تهاجر وتدابر المسلمون بسبب اختلافهم في المسألة الظنيّة لما صار بينهم عصمة ولا أخوة، والحقيقة أن الاختلاف قد وجد منذ عهد الصحابة إلى يومنا فيما استجدّ من مسائل.

فلقد دأب العلماء على التفريق بين الأحكام المُحكّمة، والأصول الثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، وبين الشرع المؤلّ في المسائل التي طريقها الاجتهاد، فوضّحوا أن الاختلاف مذموم محرم في الأول، جائز، بل هو سنّة العلماء في الثاني، فلا ينكر على مخالف فيها.

(39)- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين: الورقات، تحقيق: د. عبد اللطيف محمد العبد، دار التراث

قال الجويني: "الشافعي لا يقطع في المجتهديات بتخطئة غيره، ومن تدبر أصوله عرف ذلك"⁽⁴⁰⁾. ولعلني تأصلت على مذهب سيدنا الشافعي -رحمه الله - طيلة سنوات ماضية، ورأيت أن من أصول مذهبه -كما هو مقرّر- المعتبرة عند الأصحاب وعلماء المذهب المحققين المحرّرين استحباب الخروج من الخلاف في كثير من المسائل المتعلقة في العبادات وغيرها، ومعنى استحباب الخروج منها الأخذ بقول المخالف، وإن اجتهدوا بخلافه. كما أن من قواعد المذهب أن ما للشافعي - رحمه الله - من قولين، وكان أحدهما موافقاً لأبي حنيفة، فالراجح منهما ما وافق قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن من قواعد المذهب -كما هو معلوم عند كل من تأصل- جواز الانتقال من مذهب إلى غيره في المسائل الظنية، وجواز أن يقلد الشافعي في مسألة ما، مذهب غيره.

كيف لا يكون الأمر كذلك، وقد تتابع الأئمة عبر العصور بالفتوى على غير مذاهبهم، وفي المذهب الشافعي مسائل كثيرة في الزكاة أفتوا بها على غير معتمدتهم، وهي مشهورة معروفة عند أهل العلم.

وهكذا هو ديدن العلماء الأجلاء، وما استحدثت من المعاصرين في الإنكار على غيرهم، والقول بقولهم، وتخطئهم مخالفهم هي البدعة في الدين، وهي الطريق الأول للمتطرفين.

قال النووي: "العلماء إنما يُنكرون ما أُجمع عليه، أما المُختلف فيه فلا إنكار فيه، لكن إن ندبه على جهة النصيحة إلى الخروج من الخلاف فهو حسن محبوب مندوب إلى فعله برفق، فإن العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة، أو وقوع في خلاف آخر"⁽⁴¹⁾. وقال ابن قدامة الحنبلي: "لا ينبغي لأحد أن ينكر على غيره العمل بمذهبه، فإنه لا إنكار على المجتهديات"⁽⁴²⁾. وقال ابن تيمية رحمه الله: "مسائل الاجتهاد

(40)- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين: الاجتهاد (من كتاب التلخيص لإمام الحرمين)، تحقيق: د.

عبد الحميد أبو زيد، ط1، دار القلم، دار العلوم الثقافية، دمشق، بيروت، 1408، 90/1.

(41)- النووي: شرح صحيح مسلم، 23/2.

(42)- محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي: الآداب الشرعية والمنح المرعية، عالم الكتب، 166/1.

لا يسوغ فيها الإنكار⁽⁴³⁾، وقال أيضاً: "مسائل الاجتهاد من عمل فيها بقول بعض العلماء لم ينكر عليه ولم يهجر، ومن عمل بأحد القولين لم ينكر عليه"⁽⁴⁴⁾. وقال في موضع آخر عن مسألة بعينها: "إذا كانت المسألة مسألة نزاع في السلف والخلف، ولم يكن مع من أئزم الحالف بالطلاق، أو غيره نص كتاب ولا سنة ولا إجماع: كان القول بنفي لزومه سائغا باتفاق الأئمة الأربعة وسائر أئمة المسلمين"⁽⁴⁵⁾.

ولعلني أعلق علي نص ابن تيمية - رحمه الله - الأخير عندما قال: "ولم يكن ... نص كتاب ولا سنة ولا إجماع"، حيث إن ظاهر النقل يوحى بأن ما نُصّ عليه في الكتاب والسنة لا يسوغ الاختلاف فيه.

وابن تيمية - رحمه الله - عالم رباني، يعي ما يقول، ويفهم قوله الفحول، إلا إن هناك من المعاصرين، ومن جهل الدين من يقرأ نصّه فيحمله على ظاهره، فيحرم كل اختلاف قائم على أي نص، والصحيح أن الخلاف يسوغ كذلك مع وجود النص إذا احتمل التأويل، ودخله القياس. ولعلني أنقل عبارة الشافعي في ذلك، لينجلي المقام، حيث قال في الرسالة، وهو يتحدث عن السائغ في الخلاف وغيره: "فإني أجد أهل العلم قديماً وحديثاً مختلفين في بعض أمورهم، فهل يسعهم ذلك؟

قال: فقلت له: الاختلاف من وجهين: أحدهما: محرم، ولا أقول ذلك في الآخر.
قال: فما الاختلاف المحرم؟

قلت: كل ما أقام الله به الحجة في كتابه، أو على لسان نبيه منصوباً بيناً: لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه، وما كان من ذلك يحتمل التأويل، ويُدرَك قياساً، فذهب المتأول، أو

(43) - أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي: الفتاوى الكبرى، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ط1، دار الكتب العلمية، 1408هـ - 1987م، 160/1.

(44) - علوي بن عبد القادر السقاف: المنتخب من كتب شيخ الإسلام ابن تيمية، ط1، دار الهدى للنشر والتوزيع، الرياض، 1419هـ - 1998م، 162/1.

(45) - ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، 308/3.

القياس إلى معنى يحتمله الخبر أو القياس، وإن خالفه فيه غيره: لم أقل أنه يُضَيَّقُ عليه ضيق الخلاف في المنصوص"(46).

والشاهد إن ضابط المسائل الاجتهادية التي يسوغ فيها الخلاف، هو كل نص (غير) ظاهر، بين، مُحكم، لا يحتمل التأويل مطلقاً، ليس بمجمع عليه بين العلماء.

وباختصار يمكن القول أن ما يسوغه الاجتهاد، ولا يجوز الإنكار فيه هو كما قال حجة الإسلام الغزالي: "كُلُّ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ لَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ. وَاحْتَرَزْنَا بِالشَّرْعِيِّ عَنْ الْعَقْلِيَّاتِ وَمَسَائِلِ الْكَلَامِ، فَإِنَّ الْحَقَّ فِيهَا وَاحِدٌ، وَالْمُصِيبُ وَاحِدٌ، وَالْمُخْطِئُ آثِمٌ. وَإِنَّمَا نَعْنِي بِالْمُجْتَهِدِ فِيهِ مَا لَا يَكُونُ الْمُخْطِئُ فِيهِ آثِمًا؛ وَوُجُوبُ الصَّلَوَاتِ الْخُمْسِ وَالزَّكَوَاتِ وَمَا اتَّفَقَتْ عَلَيْهِ الْأُمَّةُ مِنْ جَلِيَّاتِ الشَّرْعِ فِيهَا أَدَلَّةٌ قَطْعِيَّةٌ يَأْتُمُّ فِيهَا الْمُخَالَفُ، فَلَيْسَ ذَلِكَ مَحَلَّ الْاجْتِهَادِ. فَهَذِهِ هِيَ الْأَرْكَانُ"(47).

مسائل تطبيقية- زكاة الفطر انموذجاً:

وهي من أشهر المسائل التي ضاق عطن الكثير من الشباب عن قبول خلافها، بل أقاموا الدنيا وأقعدوها، وأشعلوا معارك طاحنة في مسائل وقضايا اختلف الأئمة الأعلام فيها، وكان الأولى بهم والأجدر أن يسلموا الراية لأهل الاختلاف والاجتهاد، فتشاحن الكثير لأجلها، وانقطع الأقارب بسببها، وهي من رؤوس المسائل الاجتهادية الظنية، وخلاف العلماء فيها

(46)- محمد بن إدريس الشافعي: الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، ط1، مكتبة الحلبي، مصر، 1358هـ/1940م، 560/1.

(47)- محمد بن محمد الغزالي الطوسي: المستنقى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1، دار الكتب العلمية، 1413هـ - 1993م 345/1.

قال الفخر الرازي: "وهو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قاطع، واحترزنا بالشرعي عن العقليات ومسائل الكلام، وبقولنا ليس فيه دليل قاطع عن وجوب الصلوات الخمس والزكوات، وما اتفقت عليه الأمة من جليات الشرع، وقال أبو الحسين البصري رحمه الله: المسألة الاجتهادية هي التي اختلف فيها المجتهدون من الأحكام الشرعية، وهذا ضعيف لأن جواز اختلاف المجتهدين فيها مشروط بكون المسألة اجتهادية، فلو عرفنا كونها اجتهادية باختلافهم فيها لزم الدور". محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي: المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط3، مؤسسة الرسالة، 1418 هـ - 1997 م 27/6.

وقال الزركشي: "المُجْتَهِدُ، فِيهِ وَهُوَ كُلُّ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ عَمَلِيٍّ، أَوْ عِلْمِيٍّ يُقْصَدُ بِهِ الْعِلْمُ لَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ. فَخَرَجَ بِالشَّرْعِيِّ الْعَقْلِيُّ، فَالْحَقُّ فِيهَا وَاحِدٌ. وَالْمُرَادُ بِالْعَمَلِ مَا هُوَ كَسْبٌ لِلْمُكَلَّفِ إِقْدَامًا وَإِجْمَاعًا، وَبِالْعَمَلِيِّ مَا تَضَمَّنَهُ عِلْمُ الْأَصُولِ مِنَ الْمُظُنُونَاتِ الَّتِي يَسْتَنْدُ الْعَمَلُ إِلَيْهَا، وَقَوْلُنَا: لَيْسَ فِيهَا دَلِيلٌ قَاطِعٌ اخْتِرَازًا عَمَّا وَجَدَ فِيهِ ذَلِكَ مِنَ الْأَحْكَامِ، فَإِنَّهُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ بِالذَّلِيلِ حَرَمُ الرُّجُوعِ إِلَى الظَّنِّ". محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، ط1، دار الكتب، 1414هـ - 1994م، 265/8.

معتبرٌ قديم، فقد أفتى مالك والشافعي وأحمد وابن حزم أنها لا تجزي إلا طعاماً، وأفتى بقيمتها أبو حنيفة النعمان، وسفيان الثوري، وعمر بن عبد العزيز، والحسن البصري، وأبو يوسف، وأبو جعفر الطحاوي، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، واختاره البخاري وابن تيمية، وابن القيم عند الحاجة، وهو قول متأخري المالكية وكثير من العلماء المعاصرين⁽⁴⁸⁾.

وهناك مسائل كثيرة لا يسع المقام لذكرها، ولا يهَمّ لحصرها، نذكر منها:

- صيام يوم السبت إذا وافق يوم عرفة.
 - القنوت في صلاة الفجر.
 - القطع بتكفير تارك الصلاة تكاسلاً، وهي أخطر المسائل على من يعتقد من المقلدين تكفير هذه الطائفة.
 - الإلزام بالنقاب.
 - المسح على الجوب القماش المعاصر.
 - التصوير الثابت.
 - تبديع المُسَبِّح بالسُّبْحَة وسيلة لحصول العبادة.
- وعلى كل حال يمكن تلخيص هذا الفرع بالقول: إن ما أُجمِعَ عليه لا يجوز خلافه، وأن ما اختلف فيه اختلافاً سائعاً توسّع فيه على أنفسنا والناس.

(48)- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، 357/2. محمد بن إدريس الشافعي: الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ، ط2، 68/2. عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني، ط1، دار الفكر، بيروت، 1405هـ، 355/2، 357/2. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، 118/6. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 107/3. محمد رواس قلعة جي: موسوعة فقه سفيان الثوري، ط1، دار النفائس، 1410، ص473. عبد الله بن محمد بن أبي شيبة: المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ، 398/2، رقم 10369، 10370، 10371. أبو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، 73/2. عبد الله بن يوسف الزيلعي: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ، 310/1.

ثانياً- تجاوز الحد في حكم الأمر والنهي ودلالاتهما:

مما لا شك فيه أن للمأمور به والمنهي عنه دلالاتٍ ودرجاتٍ من حيث الطلب والكف، وقد أجمع علماء الأصول قاطبة على أن الأمر قد يكون واجباً ومندوباً، والنهي قد يكون محرماً ومكروهاً.

والمستقري لبدايات علم الأصول يعلم أن الحكم قسمان: تكليفي ووضعي، والأول ينقسم إلى درجات: طلب متمثل في الواجب والمندوب، وكف متمثل في الحرام والمكروه، ومباح⁽⁴⁹⁾.

ولا شك - قبل بيان المقصود من الفرع - أن الورع في الدين مطلوب، وأن دعوة الناس بالتقي هي أحسن مع بيان درجة المأمور به، والمنهي عنه محمود، فهذه سنة الأولين من الصحابة والتابعين، والأئمة المتبوعين، ما لم تفت من ذلك مصلحة راجحة أولى بالاعتبار، ولا يعد ذلك من الغلو في الدين - قولاً واحداً - وإن عُدَّ العمل بالأحوط عند العوام من الغلو، كما هو ظاهر منتشر.

غير أن الغلو في ذلك يظهر إذا انتقل الأمر من بيان فضل الورع، واتباع المندوبات ابتغاءً لزيادة الأجر، وتقيداً بالسنن إلى إلزام الناس، والإنكار عليهم بعدم التزامها، والارتقاء بالمندوبات إلى مصاف الواجبات، والمكروهات إلى مصاف المحرمات.

هذا الطريق في الفهم، والفرض على المكلفين هو المبتدع في الدين، وبه يدخل المرء لنطاق المغالين المتطرفين. إذ كيف تفرض على الناس ما لم يفرض بدلالة الكتاب والسنة، والنبي ﷺ يقول: "إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ"⁽⁵⁰⁾.

قال ابن رجب: "ومعنى الحديث: النهي عن التشديد في الدين بأن يُحمَّل الإنسان نفسه من العبادة ما لا يحتمله إلا بكلفة شديدة، وهذا هو المراد بقوله ﷺ: "لَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا

(49) - الجويني: الورقات، ص 8.

(50) - محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة

ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، 1422 هـ، 16/1، رقم 39.

غلبه" يعني: أن الدين لا يؤخذ بالمغالبة، فمن شاد الدين غلبه وقطعه⁽⁵¹⁾. فالمطلوب من المكلف التوسط في أداء العبادة، وعدم التكلف والغلو بداية في حقه، وإن تورّع طلباً للأجر فهو محمود، وأن لا يلزم الناس بما لا يعدّ فرضاً واجباً عليهم.

مسائل تطبيقية:

سأذكرها عَرَضاً لعدم إلزام المقام بالتفصيل هنا، ومن بينها: إلزام المسافر بأداة صلاة الجماعة، وعدم الأخذ باختلاف العلماء في سقوط القصر عند الرجوع لمكان الإقامة مع فوات الوقت، ووجوب السواك والاستياك به، وكذلك وجوب لبس الجلابيب للذكور في المسجد – وإن كان لبسها في المسجد أكد وأحوط – وفي غير المسجد؛ في الأماكن العامة، وأماكن العمل.

ثالثاً- دعوى التزام الدليل، وعدم تقليد المذاهب في الفقه:

وهذه من أخطر الدعاوى على الدين كله، بل هي لبّ وأصل التطرف والتكفير، إذ كيف تُهجر المذاهب الفقهية التي تعب العلماء عليها قروناً بين تدليل وتحقيق وتعليل وتحرير، ثم يجيئ من يتكلم اليوم بعد أكثر من ألف وأربعمائة سنة يريد أن يفتي الناس من صحيح البخاري، أو من ظاهر نص القرآن، دون الرجوع إلى فهم سلف الأمة من الأئمة، بل ويلوّن دعواه بأنه مع السنة، يريد تطبيق السنة، وهو أكثر الناس ابتعاداً عنها، ولعلّ هذا المرض العصريّ ليس وليد اللحظة، بل منه سوابق مضت، ودعاوى دُفنت، قد كانت في القدم فلم تعش أكثر من عمر مدّعيتها.

يقول ابن رجب: "وفي زماننا يتعين كتابة كلام أئمة السلف المقتدى بهم إلى زمن الشافعي وأحمد وإسحاق وأبي عبيد، وليكن الإنسان على حذر مما حدث بعدهم، فإنّه حدث بعدهم حوادث كثيرة، وحدث من انتسب إلى متابعة السنة والحديث من الظاهرية ونحوهم،

(51) - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق مجموعة من المؤلفين، ط1، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة النبوية، ومكتب تحقيق دار الحرمين القاهرة، 1417 هـ - 1996م، 149/1.

وهو أشد مخالفة لها لشذوذه عن الأمة وانفراده عنهم بفهم يفهمه، أو يأخذ ما لم يأخذ به الأئمة من قبله⁽⁵²⁾.

فهذا النص العظيم يصوّر واقعاً كان في عصر ابن رجب الحنبلي – رحمه الله- فهو يستهجن هجر فهم الأئمة المقتدى بهم من طائفة ظاهرية ادعت اتباع السنّة، وفهمهم لها بشذوذ عن فهم علماء الأئمّة، وقد أشار قبل ذلك إلى لزوم تدوين فقههم إلى زمن الشافعي وأحمد. وهذه بعينها هي دعوى التقيد بالدليل اليوم، والعبد الفقير – من ذلك- لا يدري عن أي دليل يتكلمون، عندما يكون المقابل أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل، هل كان هؤلاء على غير الدليل يتكلمون، وبالهوى يُفتون؟! أم أن من وقف ندّاً لهم اليوم هو أعلم، وأفقه، وأوثق، وأورع، وأكثر إحاطة منهم بسنّة رسول الله ﷺ، وهل مدة تقرير المذاهب من العلماء، وتحقيقهم الأقوال، وتدليلهم على كلام الأئمة بالسنن والآثار، التي تقدّر بألف سنة وأزيد لا تنفع ولا تساوي شيئاً مقارنة بمن عاش سنين معدودة يقرّر فيها منهج اتباع الدليل في مواجهة فقه الأئمة؟!!

تساؤلات كثيرة توضّح سطحية أصحاب هذه الدعاوى، وهذا المنهج المُتَّسم بالجهل والشذوذ والتخبط، والغريب أننا نجد لهم تقليداً محضاً مغلقاً لمشايخ هذا العصر. بل يقرّرون بأنهم رجال – في المسائل الفقهية – وهم رجال؛ يقصدون الأئمة الأربعة! والحقيقة أن هذا المنهج يورث جيلاً جاهلاً إلى التكفير أقرب منه إلى فهم فقه السنّة الصحيح، لأنهم أطلقوا الأمر من غير ضابط، فصار كلّ منهم يدّعي اتباع الدليل، وعلى كل حال فالناس في ذلك لا يخرجون من:

- عامي لا مذهب له، مذهبه من أفتاه من أهل العلم.
- عالم مجتهد، وهذه درجات، والمجتهد في ما اجتهد فيه لا يقْد.

(52)- عبد الرحمن بن أحمد بن رجب: فضل علم السلف على الخلف، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار العصيمي للنشر والتوزيع، ص: 68.

- طالب علم، وهذا لا يصير طالباً للعلم إلا بالتأصيل على أحد المذاهب الفقهية المعتمدة، فيفهم أصول المذهب وفروعه وضوابطه، وعلمه.

والعبد الفقير بذلك لا يسلم بعصمة الأئمة، بقدر ما يسلم بأنهم الأعلام بصحيح السنة، وفقه الصحابة رضوان الله عليهم لها.

ولكن لماذا نقلد الأئمة الأربعة، والأولى بالتقليد هم الصحابة رضوان الله عليهم، فقد شهدوا التنزيل، وعلموا التأويل؟

هذه شبهة ترد عند الكثيرين، وجوابها أن فقه الصحابة لم يدون في عهدهم، إنما دونه وبين صحيحه من ضعفه، عامه من خاصه، مطلقه من مقيد، ناسخه من منسوخه أئمة الاجتهاد الأربعة، فتقليدنا لمذاهبهم ليس تقليداً محضاً لأشخاصهم، وترك من هم أعلم، الصحابة -رضوان الله عليهم- بل هو تقليد توثيق، وتقليد فهم سليم لفقه السنة الصحيح.

ولعني أحيل القارئ لكلام الزركشي في البحر، وغيره من الأصوليين ليأتيه بالجواب القاطع لهذا الشبهة (53).

(53) - قال الزركشي: "مسألة مجتهد الصحابة إذا لم يجعل قوله حجة ففي جواز تقليده في هذه الأعصار خلاف:

ذهب إمام الحرمين، وغيره أن العامي لا يقلده، ونقله عن إجماع المحققين، قالوا: وليس هذا، لأن دون المجتهدين دون الصحابة، معاذ الله: فهم أعظم وأجل قدراً، بل لأن مذهبهم لم يثبت حق الثبوت، كما ثبتت مذاهب الأئمة الذين لهم أتباع قد طبقوا الأرض، ولأنهم لم يغتنوا بنهذيب مسائل الاجتهاد، ولم يقرروا لأنفسهم أصولاً تفي بأحكام الحوادث كلها، بخلاف من بعدهم، فإنهم كفوا النظر في ذلك، وسبروا ونظروا وأكثروا أوضاع المسائل. ونارح المقترخ، وقال: لا يلزم من سبر الأئمة الأربعة وجوب تقليدهم، لأن من بعدهم جمع سبر أكثر منهم، وينبغي أن يتبع المتأخرين منهم على قضية هذا. قال: إنما الظاهر في التعليل في العوام أنهم لو كفوا تقليد الصحابة لكان فيه من المشقة عليهم ما لا يطيقون من تعطيل معاشهم وغير ذلك، فلهذا سقط عنهم تقليد الصحابة قلت: وسئل محمد بن سيرين فأحسن فيها الجواب، فقال له السائل ما معناه: ما كانت الصحابة لتحسن أكثر من هذا، فقال محمد: لو أردنا فقههم لما أدركه عقولنا. رواه أبو نعيم في الحلية".

ومال ابن المنير إلى ما قاله الإمام، ولكن لغير هذا المأخذ، فقال ما حاصله: إنه يتطرق إلى مذهب الصحابة احتمالات لا يتمكّن العامي معها من التقليد، من قوة عباراتهم واستصعابها على أفهام العامة، ومنها احتمال رجوع الصحابي عن ذلك المذهب، كما وقع لعلي وابن عباس وغيرهما، ومنها أن يكون الإجماع قد انعقد بعد ذلك القول على قول آخر، ومنها أن لا يكون إسناد ذلك إلى الصحابة على شرط الصحة. وهذا بخلاف مذاهب المصنفين، فإنها مدونة في كتبهم، وهي متواترة عنهم بنقلها عن الأئمة، فلهذه العوائل حجبنا على العامي أن يتعلّق بمذهب الصحابي. ثم وراء ذلك غلبته هائلة، وهي أنه يمكن أن الواقعة التي وقعت له هي الواقعة التي أفتى فيها الصحابي، ويكون غلطاً، لأن تنزيل الوقائع على الوقائع من أدق وجوه الفقه وأكثرها للغلط. وبالجمله فالقول بأن العامي لا يتأهل لتقليد الصحابة قريب من القول بأنه لا يتأهل للعمل بأبلة الشرع ونصوبه وظواهره. إما لأن قول الصحابي حجة على أحد القولين فهو ملحق بقول الشارع، وإما لأنه في علو المرتبة يكاد يكون حجة، فامتناع تقليده لعلو قدره لا لنزوله.

شبهة إذا صحّ الحديث فهو مذهبي (54):

تنسب هذه المقولة للشافعي رحمه الله، وهي دليل عند من يدعو إلى هجر المذهبية في الفقه، والأخذ من السنة مباشرة في مواجهة فهم الأئمة بنص الشافعي: إذا صحّ الحديث فهو مذهبي، أو كما قال في موضع آخر: إذا خالف قولني قول النبي ﷺ فاضربوا به عرض الحائط (55).

وَأَمَّا ابْنُ الصَّلَاحِ فَجَزَمَ فِي كِتَابِ الْفُتْيَا "بِمَا قَالَهُ الْإِمَامُ، وَزَادَ أَنَّهُ لَا يُقَالُ لِلتَّابِعِينَ أَيْضًا، وَلَا مَنْ لَمْ يُدَوِّنْ مَذْهَبَهُ، وَإِنَّمَا يُقَالُ الَّذِينَ تَوَنَّتْ مَذَاهِبُهُمْ وَانْتَشَرَتْ، حَتَّى ظَهَرَ مِنْهَا تَقْيِيدُ مُطْلَقِهَا وَتَخْصِيصُ عَامِهَا، بِخِلَافِ غَيْرِهِمْ فَإِنَّهُ نُقِلَتْ عَنْهُمْ الْفَتَاوَى مُجَرَّدَةً، فَلَعَلَّ لَهَا مُكْمَلًا أَوْ مُقَيِّدًا أَوْ مُخَصِّصًا، أَوْ أُنِيبَ كَلَامُ قَائِلِهِ، فَأَمْتِنَاغَ التَّقْلِيدِ إِنَّمَا هُوَ لِتَعَدُّرِ نَقْلِ حَقِيقَةِ مَذْهَبِهِمْ. وَعَلَى هَذَا فَيُنْخَصِرُ التَّقْلِيدُ فِي الْأَئِمَّةِ الْأَرْبَعَةِ وَالْأَوْزَاعِيِّ وَسُفْيَانَ. وَإِسْحَاقَ وَدَاوُدَ عَلَى خِلَافِ فِي دَاوُدَ حَكَاهُ ابْنُ الصَّلَاحِ وَغَيْرُهُ، لِأَنَّ هَؤُلَاءِ هُمْ دَوُو الْأَتْبَاعِ. وَلَا بِي تَوَرُّ وَابْنِ جَرِيرٍ أَتْبَاعٌ قَلِيلَةٌ جِدًّا. وَذَهَبَ غَيْرُهُمْ إِلَى [أَنَّ] الصَّحَابَةَ يُقَالُونَ، لِأَنَّهُمْ قَدْ نَالُوا رُتْبَةَ الْإِجْتِهَادِ، وَهُمْ بِالصَّحْبَةِ يَزْدَادُونَ رِفْعَةً. وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ إِنْ عُلِمَ دَلِيلُهُ. وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ عَزَّ الدِّينَ فِي قِتَابِهِ: "إِذَا صَحَّ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ مَذْهَبٌ فِي حُكْمٍ مِنْ الْأَحْكَامِ لَمْ نَجْزِ مُخَالَفَتَهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ أَوْضَحَ مِنْ دَلِيلِهِ. وَقَدْ قَالَ: لَا خِلَافَ بَيْنَ الْفَرِيقَيْنِ فِي الْحَقِيقَةِ، بَلْ إِنْ تَحَقَّقَ ثُبُوتُ مَذْهَبٍ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَازَ تَقْلِيدُهُ وَفَقَا، وَإِلَّا فَلَا، [لَا] لِكَوْنِهِ لَا يُقَالُ، بَلْ لِأَنَّ مَذْهَبَهُ لَمْ يَثْبُتْ حَقَّ الثُّبُوتِ. وَقَالَ ابْنُ بَرْهَانَ: تَقْلِيدُ الصَّحَابَةِ يَتَّبَعُ عَلَى جَوَازِ الْإِنْتِقَالِ فِي الْمَذَاهِبِ، فَمِنْ مَنَعَهُ قَالَ: مَذَاهِبُ الصَّحَابَةِ لَمْ تَكُنْ فُرُوعًا حَتَّى يُمَكِّنَ الْمُكَلَّفُ الْإِكْتِفَاءَ بِهَا فَيُؤَدِّيهِ ذَلِكَ إِلَى الْإِنْتِقَالِ، وَهُوَ مُمْنُوعٌ، وَمَذَاهِبُ الْمُتَأَخِّرِينَ ضَبِطَتْ، فَيَكْفِي الْمَذْهَبُ الْوَاحِدَ الْمُكَلَّفَ طَوْلَ عُمُرِهِ، فَيَكْمُلُ هَذَا الْحُكْمُ وَهُوَ مَنَعُ تَقْلِيدِ الصَّحَابَةِ. وَقَالَ الْإِكْنَاءُ بَعْدَ أَنْ قَرَّرَ مَنَعُ الْإِنْتِقَالِ: الْوَاحِدُ مِمَّا لَا يَأْخُذُ بِمَذْهَبِ الصَّحَابَةِ إِذَا كَانَ مُقَلِّدًا، بَلْ يَأْخُذُ بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ أَرْبَابِ الْمَذَاهِبِ، مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْأَصُولَ الَّتِي وَضَعَهَا أَبُو بَكْرٍ لَا تَقِي بِمَجَامِعِ الْمَسَائِلِ. وَأَمَّا الْأَصُولُ الَّتِي وَضَعَهَا الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ فَهِيَ وَاقِيَةٌ بِهَا. فَلَوْ قُلْنَا بِتَقْلِيدِ الصَّادِقِ فِي حُكْمٍ، لَزِمَ أَنْ يَرْجَعَ إِلَيْهِ فِي حُكْمٍ آخَرَ، وَقَدْ لَا يَجُذُّهُ. وَالْقَائِلُونَ بِالتَّقْلِيدِ أَوْجَبُوا التَّقْلِيدَ فِي هَذِهِ الْأَعْصَارِ، وَمُسْتَنْدَهُمْ فِيهِ أَنَّهُمْ اسْتَوْعَبُوا الْأَسَالِيبَ الشَّرْعِيَّةَ فَلَمْ يَبْقَ لِمَنْ بَعْدَهُمْ اسْتُلُوبٌ مُتَمَاسِكٌ عَلَى السَّبْرِ. وَلِهَذَا لَمَّا أُخْدِنَتْ الظَّاهِرِيَّةُ وَالْجَدَلِيَّةُ بَعْدَهُمْ خِلَافَ أُسَالِيبِهِمْ قَطَعَ كُلُّ مُحَقِّقٍ أَنَّهَا بَدْعٌ وَمَخَارِقٌ لَا حَقَائِقَ. لَكِنَّ الْجَدَلِيَّةَ يَغْتَرِفُونَ بِأَنَّ الشَّرِيعَةَ لَا تَثْبُتُ بِتِلْكَ الْأَسَالِيبِ الْجَدَلِيَّةِ، وَإِنَّمَا عُمدَتُهُمْ فِي اسْتِخْدَانِهَا تَمَرُّيُّ الْأَدْهَانِ وَتَفْتِيحُ الْأَفْكَارِ. وَأَمَّا كَوْنُهُمْ يَعْتَقِدُونَ أَنَّهَا مُسْتَنْدَاتٌ وَحُجَجٌ عِنْدَ اللَّهِ يُلْقَى بِهَا فَلَا. وَأَمَّا الظَّاهِرِيَّةُ فَلَمَّا أُخْدِنُوا قَوَاعِدَ تُخَالِفُ قَوَاعِدَ الْأَوَّلِينَ أَفْضَتْ بِهِ إِلَى الْمُنَاقَضَةِ لِمَجْلِسِ الشَّرِيعَةِ، وَلَمَّا اجْتَرَأُوا عَلَى دَعْوَى أَنَّهُمْ عَلَى الْحَقِّ، وَأَنَّ غَيْرَهُمْ عَلَى الْبَاطِلِ، أَخْرَجُوا مِنْ أَهْلِ الْحَلِّ وَالْعَقْدِ، وَلَمْ يَعُدَّهُمْ الْمُحَقِّقُونَ مِنْ أَحْزَابِ الْفُقَهَاءِ، وَسَبَقَ فِي بَابِ الْإِجْمَاعِ الْكَلَامُ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يُعْتَدُّ بِخِلَافِهِمْ؟ وَهَذَا كُلُّهُ يُوضَحُ أَنَّ الصَّرُورَةَ دَعَتْ الْمُتَأَخِّرِينَ إِلَى اتِّبَاعِ الْمُتَقَدِّمِينَ، لِأَنَّهُمْ سَبَقُوهُمْ بِالْبُرْهَانِ، حَتَّى لَمْ يَبْقُوا لَهُمْ بَاقِيَةٌ يَسْتَبْدُونَ بِهَا، وَذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ، وَلَكِنَّ الْفَضْلَ لِلْمُتَقَدِّمِ، وَظَهَرَ بِهَذَا تَعَدُّرُ إِثْبَاتِ مَذْهَبٍ مُسْتَقِلٍّ بِقَوَاعِدٍ" مرجع سابق: 339/8، وينظر كذلك: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري: غاية الوصول في شرح لب الأصول، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ص 147. حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي العطار: حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، 396/2 .

(54) - يحيى بن شرف النووي: المجموع، دار الفكر، (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي)، دون تاريخ طبع، 63/1.

(55) - نفس المرجع: 63/1 .

والحقيقة أن فهمهم السطحي الظاهري لكلام الأئمة، وقبله لنصوص الشريعة يتأكد لكل ناظر، فخطاب الشافعي ليس مطلقاً، يوجه لكل مكلف، بل هو خطاب خاص بأهل النظر⁽⁵⁶⁾، فهو يتكلم للمزني الذي قال عنه: لو ناظر الشيطان لقطعه، يتكلم للبويطي والمرادي، وأبي ثور، ولابن حنبل، وهؤلاء أئمة الاجتهاد، علموا ما وقف عليه الشافعي من الأدلة، وما لم يقف عليه، وفقهوا أصوله وقياسه وعلله، فسبروا أقواله القديمة والجديدة. فكان الخطاب موجهاً لهم دون غيرهم، وكأنه يقول: إذا خالف قولي سنة رسول الله التي لم أطلع عليها، وهي معروفة عندكم، فاضربوا به عرض الحائط.

وقد وجه النووي قول الشافعي هذا في مجموعه⁽⁵⁷⁾ فقال: "وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ الشَّافِعِيُّ لَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ رَأَى حَدِيثًا صَحِيحًا قَالَ: هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، وَعَمَلٌ بِظَاهِرِهِ، وَإِنَّمَا هَذَا فِيمَنْ لَهُ رُبُوبَةُ الاجْتِهَادِ فِي الْمَذْهَبِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ صِفَتِهِ، أَوْ قَرِيبٍ مِنْهُ، وَشَرْطُهُ أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَقِفْ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ صِحَّتَهُ، وَهَذَا إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ مُطَالَعَةِ كُتُبِ الشَّافِعِيِّ كُلِّهَا وَنَحْوِهَا مِنْ كُتُبِ أَصْحَابِهِ الْأَخْذِيِّ عَنْهُ وَمَا أَشْبَهَهَا، وَهَذَا شَرْطٌ صَعِبٌ قَلَّ مَنْ يَتَصَفَّ بِه، وَإِنَّمَا اشْتَرَطُوا مَا ذَكَرْنَا؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَرَكَ الْعَمَلَ بِظَاهِرِ أَحَادِيثَ كَثِيرَةٍ رَأَاهَا وَعَلِمَهَا، لَكِنْ قَامَ الدَّلِيلُ عِنْدَهُ عَلَى طَعْنٍ فِيهَا، أَوْ نَسْخَاهَا، أَوْ تَخْصِيصِهَا، أَوْ تَأْوِيلِهَا، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ"⁽⁵⁸⁾.

(56) - ولعلني أقول أن خطابه خاص جداً بأصحاب المذهب، فهم أخص من أي عالم آخر، فأهل النظر يتفاوتون بحسب معرفتهم بنصوص الشافعي، فكان الخطاب مخصوصاً موجهاً للأصحاب وعلماء المذهب المحققين المدققين لنصوص الشافعي دون غيرهم.

(57) - بداية الفصل في المجموع: "فصلٌ صحَّ عن الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا وَجَدْتُمْ فِي كِتَابِي خِلَافَ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقُولُوا بِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَدَعُوا قَوْلِي، وَرُويَ عَنْهُ إِذَا صَحَّ الْحَدِيثُ خِلَافَ قَوْلِي فَاعْمَلُوا بِالْحَدِيثِ وَاتْرَكُوا قَوْلِي، أَوْ قَالَ فَهُوَ مَذْهَبِي، وَرُويَ هَذَا الْمَعْنَى بِالْفَافِ مُخْتَلَفَةً، وَقَدْ عَمِلَ بِهَذَا أَصْحَابُنَا فِي مَسْأَلَةِ التَّنْوِيهِ، وَاشْتِرَاطِ التَّحْلِيلِ مِنَ الْإِحْرَامِ بِغَيْرِ الْمَرَضِ، وَغَيْرِهِمَا مِمَّا هُوَ مَعْرُوفٌ فِي كُتُبِ الْمَذْهَبِ، وَمِمَّنْ حَكَى عَنْهُ أَنَّهُ أَفْتَى بِالْحَدِيثِ مِنْ أَصْحَابِنَا أَبُو يَعْقُوبَ الْبُويْطِيُّ وَأَبُو الْقَاسِمِ الدَّرَاكِيُّ، وَمِمَّنْ نَصَّ عَلَيْهِ أَبُو الْحَسَنِ الْكَلْبِيُّ الطَّبْرِيُّ فِي كِتَابِهِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ، وَمِمَّنْ اسْتَعْمَلَهُ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُحَدِّثِينَ الْإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ الْبَيْهَقِيُّ وَآخَرُونَ، وَكَانَ جَمَاعَةٌ مِنْ مُتَقَدِّمِي أَصْحَابِنَا إِذَا رَأَوْا مَسْأَلَةً فِيهَا حَدِيثٌ وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ خِلَافَهُ عَمِلُوا بِالْحَدِيثِ، وَأَفْتَوْا بِهِ، قَائِلِينَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ مَا وَافَقَ الْحَدِيثَ، وَلَمْ يَتَّفِقْ ذَلِكَ إِلَّا نَادِرًا، وَمِنْهُ مَا نُقِلَ عَنِ الشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلٌ عَلَى وَفْقِ الْحَدِيثِ". نفس المرجع: الموضع نفسه.

(58) - نفس المرجع: 64/1.

ومما يهَمُّ نقله في هذا المقام كلام صاحب الاستقراء التام في الرجال كما يُعرف بين أقرانه في علم الحديث، العلامة الذهبي رحمه الله، في حقّ أئمة المذاهب الأربعة، وإقراره بفضلهم وتقديهم، ومهابته من أن يتكلم في شيء يخالف ما اتفقوا عليه حيث قال: "كَمَا نَقُولُ الْيَوْمَ: لَا يَكَادُ يُوجَدُ الْحَقُّ فِيمَا اتَّفَقَ أَيْمَةُ الاجْتِهَادِ الْأَرْبَعَةُ عَلَى خِلَافِهِ، مَعَ اعْتِرَافِنَا بِأَنَّ اتِّفَاقَهُمْ عَلَى مَسْأَلَةٍ لَا يَكُونُ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ، وَنَهَابُ أَنْ نَجْزِمَ فِي مَسْأَلَةٍ اتَّفَقُوا عَلَيْهَا بِأَنَّ الْحَقَّ فِي خِلَافِهَا". (59)

وهذا تصريح وتقدير لعظم العلماء وجهدهم في فقه الكتاب والسنة، فكيف لنا اليوم أن نستدلّ على فقه هؤلاء بالدليل، والحفاظ للدليل كالذهبي والبيهقي والنسائي وابن خزيمة يسلمون لهم بالدليل، وفقه الدليل، بل كيف لنا أن نستدلّ عليهم ورجال الحديث من بطون هذه المذاهب! كيف وقد صرح ابن خزيمة -أمير المؤمنين في الحديث- في حقّ الشافعيّ بأن قال: "لَا أَعْلَمُ سُنَّةَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ لَمْ يُودِعْهَا الشَّافِعِيُّ كُتُبَهُ" (60). والشافعي فضل من أفضال مالك، فما بالك وظنك لو جمعت معهم أبا حنيفة وأحمد، وغيرهم من الموثوقين في إمامة الدين.

وعلي كل حال فقد انعقد الإجماع على تقليد المذاهب الأربعة دون غيرها لأسباب كثيرة من أهمها:

إن المذاهب هي الوعاء الصحيح لفقه الصحابة رضوان الله عليهم، وهي المحفوظة، المنقحة، المحققة، المدللة، المحررة من العلماء طيلة قرون مضت، وهي المنتشرة المنبسطة المكتملة ببيان عامها وخاصها، ومطلقها ومقيدها، والناسخ والمنسوخ من أحكامها.

قال الجويني: "أجمع المحققون على أن العوام ليس لهم أن يتعلقوا بمذاهب أعيان الصحابة رضي الله تعالى عنهم، بل عليهم أن يتبعوا مذاهب الأئمة الذين سبروا ونظروا وبوبوا الأبواب، وذكروا أوضاع المسائل، وتعرضوا للكلام على مذاهب الأولين. والسبب فيه

(59) - الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطى، دار الكتب العلمية، 68/6.

(60) - نفس المرجع: 63/1.

أن الذين درجوا، وإن كانوا قدوة في الدين، وأسوة للمسلمين، فإنهم لم يفتنوا بتهذيب مسالك الاجتهاد، وإيضاح طرق النظر والجدال، وضبط المقال، ومن خلفهم من أئمة الفقه كفوا من بعدهم النظر في مذاهب الصحابة، فكان العامي مأمورا باتباع مذاهب السابرين⁽⁶¹⁾.

وقال الخطاب: "قَالَ الْقَرَفِيُّ: وَرَأَيْتُ لِلشَّيْخِ تَقِيَّ الدِّينِ بْنِ الصَّلَاحِ مَا مَعْنَاهُ أَنَّ التَّقْلِيدَ يَنْعَيْنُ لِهَذِهِ الْأَيْمَةِ الْأَرْبَعَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّ مَذَاهِبَهُمْ انْتَشَرَتْ وَانْبَسَطَتْ حَتَّى ظَهَرَ فِيهَا تَقْيِيدٌ مُطْلَقٌ، وَتَخْصِصٌ عَامٌّ، وَشُرُوطٌ فُرِوعِيَّةٌ، فَإِذَا أُطْلِقُوا حُكْمًا فِي مَوْضِعٍ وَجِدَ مُكْمَلًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، وَأَمَّا غَيْرُهُمْ فَتُنْقَلُ عَنْهُ الْفُتَاوَى مُجَرَّدَةً، فَلَعَلَّ لَهَا مُكْمَلًا أَوْ مُقَيِّدًا أَوْ مُخَصِّصًا لَوْ انضَبَطَ كَلَامٌ قَائِلُهُ لَطَهَرَ، فَيَصِيرُ فِي تَقْلِيدِهِ عَلَى غَيْرِ ثِقَةٍ بِخِلَافِ هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعَةِ"⁽⁶²⁾.

وقال ابن مفلح: "وَفِي الْإِفْصَاحِ: أَنَّ الْإِجْمَاعَ انْعَقَدَ عَلَى تَقْلِيدِ كُلِّ مِنَ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ، وَأَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ"⁽⁶³⁾. وتحدث الزركشي في مبحث الاجتهاد، بعدما بين رتب المجتهدين، ونقل عنهم الاتفاق على عدم تقليد غير المذاهب الأربعة، فقال: "وَقَدْ وَقَعَ الْإِتِّفَاقُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَنَّ الْحَقَّ مُنْحَصِرٌ فِي هَذِهِ الْمَذَاهِبِ، وَحِينَئِذٍ فَلَا يَجُوزُ الْعَمَلُ بِغَيْرِهَا، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ الْاجْتِهَادُ إِلَّا فِيهَا"⁽⁶⁴⁾.

(61) - عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين: البرهان، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997م، 177/2.

(62) - محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي: مواهب الجليل، ط3، دار الفكر، 1412 هـ - 1992م، 30/1.

(63) - محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي: الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1424 هـ، 2003م، 103/11.

(64) - الزركشي: 241/8.

قال الإسنوي: "وذكر ابن الصلاح أيضا ما حاصله أنه يتعين الآن تقليد الأئمة الأربعة دون غيرهم، قال لأنها قد انتشرت، وعلم تقييد مطلقها، وتخصيص عامها، وشروط فروعها بخلاف مذهب غيرهم رضي الله عنهم أجمعين". عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي: التمهيد في تخرير الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1400، 527/1.

وقال المرادوي: "مدار الإسلام واعتماد أهله قد بقي على هؤلاء الأئمة وأتباعهم، وقد ضبطت مذاهبهم وأقوالهم وأفعالهم، وحررت ونقلت من غير شك في ذلك، بخلاف مذهب غيرهم، وإن كان من الأئمة المعتمد عليهم، لكن لم تضبط الضبط الكامل، وإن كان صح بعضها فهو يسير، فلا يكتفي به، وذلك لعدم الإلتباع، وأيضاً فإن أقوالهم إما أن تكون موافقة لقول أحد من هؤلاء الأئمة وأتباعهم، أو خارجة عن ذلك، فإن كانت موافقة فقد حصل المقصود، ويحصل بها التقوية، وإن كانت غير موافقة كانت في الغالب شاذة لا يعول عليها، وقد أذكرهم فإنهم أهل لذلك". علي بن سليمان المرادوي

ولعلني أوضّح المقال كي لا يفهم القارئ من هذه النقول عصمة الأئمة، وأنه وكما يُعتقد عندي، وعند غيري، أن الكلَّ يُؤخذ منه ويردّ إلّا نبينا ﷺ، لكن تقليدنا لهم، وثقتنا بفهمهم، هو تقليد غالب الظنّ في أن الحق لا يُخالف ما اجتمعوا عليه، وكما قال الذهبي: "نهاب أن نجزم بعد اتفاقهم على مسألة، بأن الحق في خلافها"⁽⁶⁵⁾.

ومع ذلك تجد من يصرّح بالدليل في مواجهة فهم الأئمة، وأضعف الإيمان عند أكثرهم أنه يرجّح قول معاصر على أحدهم، بحجة دليل المعاصر الذي ظهر، والذي لم يظهر في نظره، ولم يُناقش عند علماء المذاهب طيلة قرونٍ عديدة! وهذا منهجٌ تجرّأ به الجهلاء، وأنصاف المتعلمين على من سلّمت لهم الأمة بالقبول، وبارك الله في علمهم وعملهم، حتى انتشر في بقاع الأرض، وحُفظ بين دقّات الكتب إلى يومنا هذا.

ولعلني أورد مناظرة في السجون الأردنية بين شاب متطرف الفهم، وعالم، وقد كان الشاب طالباً في قسم الهندسة متفوقاً، مولعاً بالاستدلال من السنّة مباشرة، وكان حماسه الزائد سبباً في تكفير المجتمع الأردني، وقد اعتمد في تكفيره على ظواهر النصوص، وأن من لم يحكم بما أنزل الله يعدّ من الكافرين، والصحيح أن اعتقاد غير شرع الله قانوناً، أو دليلاً، أو طريقاً في الحياة هو الكفر، وأن الحكم بالقوانين الوضعية مع عدم اعتقادها ديناً، أو شرعاً، فسقٌ ومخالفة وضلال.

والشاهد من ذكر ذلك أن الشيخ أراد أن يُثبت للمتطرف سوء مسلكه في هجر فهم الأئمة، والاعتماد على ظواهر القرآن والسنّة، حيث كان الحوار على دور الخمر المرخصة

الصالح الحنبلي: التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراج، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1421هـ - 2000م، 128/1.

وقال ابن تيمية: "وأما قول القائل: لا أتقيد بأحد هؤلاء الأئمة الأربعة. إن أراد أنه لا يتقيد بواحد بعينه دون الباقيين فقد أحسن؛ بل هو الصواب من القولين. وإن أراد: أنني لا أتقيد بها كلها، بل أخالفها، فهو مخطئ في الغالب قطعاً؛ إذ الحق لا يخرج عن هذه الأربعة في عامة الشريعة". أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني: المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط1، 1418هـ، 250/2.

(65) - الذهبي، مرجع سابق، 68/6.

في البلاد من الحكومة الأردنية، فأتى له الشيخ بأحاديث من صحيح البخاريّ تتحدث عن الخمر، وهكذا كان سياق إحضار الأحاديث للمتطرف.

فجاء الشيخ بالأحاديث على الحاسوب، ونزع التشكيل منها، وقال للشاب: اقرأ! فقراً الحديث الأول من صحيح مسلم: "عن عائشة قالت: قال لي النبي ﷺ: ناوليني الخمرة" (66) هو قرأها: الخُمرة، بفتح الخاء. ثم أتى له بحديث آخر: "عن ميمونة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يصلي على الخمرة"، وقد قرأها على الخُمرة، بفتح الخاء.

فقال له الشيخ: هذان الحديثان من أصحّ كتاب بعد كتاب الله؛ البخاري ومسلم، أريت! كيف تكفر المجتمع، والنبي ﷺ قد أخذ الخمرة، وصلى عليها! فبهت! ومع ذلك ردّ الشاب بتكبر على الشيخ، ليردّ بأيّ ردّ فقال: لعلها قبل التحريم! فضحك الشيخ وقال له: يا بُنيّ اصبر، اصبر. فأخذ الحاسوب، ووضع على الخاء ضمة، ثم قال له اقرأ، فقراها الشاب على الصواب: بأنه أخذ الخُمرة، وصلى على الخُمرة.

ثم قال له الشيخ: أنت لا تكاد تجيد قراءة العربية قراءة فصيحة، تعلّم بها المراد! فكيف لك أن تتكلم في مسائل خطيرة، مسائل الكفر والإيمان وما شابه، وقد قال رؤوس أهل العلم في التكفير والتفسيق ما يجعل الولوج فيها من المشكلات المهلكات .

قال الجويني عندما طُلب منه الكلام في التفسيق والتكفير: "قُلْنَا: هَذَا طَمَعٌ فِي غَيْرِ مَطْمَعٍ؛ فَإِنَّ هَذَا بَعِيدُ الْمَذْرَكِ، مُتَوَعِّرُ الْمَسْلَكِ، يُسْتَمَدُّ مِنْ تَيَّارِ بَحَارِ غُلُومِ التَّوْحِيدِ، وَمَنْ لَمْ يُحِطْ بِنَهَايَاتِ الْحَقَائِقِ، لَمْ يَتَحَصَّلْ فِي التَّكْفِيرِ عَلَى وَثَائِقَ، وَلَوْ أَوْغَلْتُ فِي جَمِيعِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ أَطْرَافُ الْكَلَامِ فِي هَذَا الْكِتَابِ، لَبَلَغَ مُجَدَّاتٍ؛ ثُمَّ لَا يَبْلُغُ مُنْتَهَى الْعَايَاتِ. فَالْوَجْهُ الْبَسُطُ فِي مَقْصُودِ هَذَا الْمَجْمُوعِ، وَإِثَارُ الْقَبْضِ فِيمَا لَيْسَ مِنْ مَوْضُوعِهِ، وَإِحَالَةُ الْإِسْتِقْصَاءِ فِي كُلِّ شَيْءٍ عَلَى مَحَلِّهِ وَفَنِّهِ" (67).

(66) - رواه مسلم في صحيحه: كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها، 244/1، رقم 11.

(67) - عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين: غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبدالعظيم الديب،

ط2، مكتبة إمام الحرمين، 1401هـ، 186/1.

والحاصل الذي لا مفرّ منه لدفع الشبهات عن الشباب وغيرهم لا يكون إلا بطريق واحد لا ثاني له، ونعني به طريق إحياء المذاهب الأربعة ومراجعتها، والتأصيل عليها، وبعثها في نفوس الأمة، بل لا بدّ أن يكون ذلك من أهم الأمور التي يتحتم على الدراسين والمتخصصين في العلوم الإسلامية أن يدوروا في فلكه، فالمذاهب الأربعة هي الممثل الأعظم لفقه الصحابة ومن بعدهم، وهي الصورة الأرجح لتفسير الكتاب والسنة، وهي ما تنافس الخلفاء، والملوك، والحكام، والولاة، والأمراء في خطبة ودّها، والانتساب إليها، وإعمال مدارسها، وتصدير علمائها، ورعاية طلابها، ونشر كتبها، وإحياء فقهها، بها تقع الفتيا، وتُفصل الخصومات بسطان قضائها، لما أولاها الله من عناية لتأسيسها، وتدوينها، وجمع أدلتها، ورد الشبه عنها عبر دهور متلاحقة، تحرّرت بسببها في الشريعة الدلائل، واتسعت باتساع الزمان والمكان وبني الإنسان المسائل، فنتج هذا التراث العظيم المتنوع الذي هو وليد أمة، وليس وليد عوارض تنشأ بالإنسان من جراء ضغط اجتماعي، أو اقتصادي، أو سياسي.

وأخراً أقول: كتبت ما كتبت، وأعي أنني الضعيف المقلّ، سائلاً المولى عزّ وجلّ أن ينفع به الباديّ والحاضر، وأن يجعله سبباً لتطهير الظاهر والباطن، فهو حسبنا ونعم الوكيل، وإليه دائماً نرفع في القليل والكثير، ولا حول ولا قوة إلا بالله العليّ العظيم، وآخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين.

مجلة
دراسات قانونية

2018

الخاتمة

تُبرز هذه الدراسة بعضاً من النتائج والتوصيات، منها:

- الجهل مدار التطرف، يدور معه وجوداً وعدمًا؛ فيوجد بوجوده، وينعدم بعدمه، وما داعشٌ وغيرها إلا فرعٌ من ذلك، فإذا اجتمع الجهل عند المكلف -والذي هو عدم التقيد بمذاهب السلف الأولين بالفهم والفقه - مع التعنت، كان المال قطعاً التطرف.
- أينما وجدت المصلحة ودُفعت المفسدة فذلك شرع الله ودينه، والنصوص متعلقة بذلك، فالعبرة بتحقيق علّة الشارع ومراده من تشريعه الأحكام.
- ما أجمع عليه لا يجوز مخالفته، وما اختلف فيه اختلافاً سائغاً بين العلماء نُسِّع فيه على أنفسنا والناس.
- على الدراسين والمتخصصين في العلوم الإسلامية أن يدوروا في فلك المذاهب المعتبرة المحققة، فالمذاهب الأربعة هي الحصن الحصين، والدفاع المتين لدحض الشبه، وهي الممثل الأعظم لفقه الصحابة ومن بعدهم، وهي الصورة الأرجح لتفسير الكتاب والسنة، وبها يتحصن المسلم من كلّ شبهة.
- العنف وإن حُورب به التطرف بداية، إلا إن الاستقرار به والاستمرار حتماً لا يحقق النتائج المرجوة، وعليه يجب على الدولة والمسؤولين داخل البلاد أن ينشؤوا لأبناء الوطن المغرر بهم مراكز خاصة داخل السجون لمعالجة الأفكار الدخيلة على المجتمع، وأن يعتنوا بمعالجة الفكر بالفكر، من خلال المتخصصين المؤهلين المؤصلين لذلك.

2018

المصادر

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- كتب التفسير:

- السمعاني: (منصور بن محمد بن عبد الجبار)، تفسير القرآن، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، وغنيم بن عباس بن غنيم، ط1، دار الوطن، الرياض، 1418هـ- 1997م.
- القرطبي (محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي): الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ - 1964م.

ثانياً- كتب اللغة:

- أحمد مختار عبد الحميد عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، بمساعدة فريق عمل، ط1، عالم الكتب، 1429هـ - 2008م.
- ابن جني (عثمان الموصلي): الخصائص، ط4، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.
- ابن دريد (أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي): جمهرة اللغة، ط1، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م.
- رينهارت (بيتر أن دوزي): تكملة المعاجم العربية، نقله إلى العربية وعلق عليه: ج1 - 8: محمد سليم النعيمي، ج9-10: جمال الخياط، ط1، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، من 1979 - 2000م.
- الفراهيدي (الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي): العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

رابعاً- كتب السنة:

- البخاري (محمد بن إسماعيل): الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي).
- البيهقي (أحمد بن الحسين بن علي بن موسى): معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلججي، ط1، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة، دمشق - بيروت، دار الوعي، حلب - دمشق، دار الوفاء، المنصورة - القاهرة، 1412 هـ - 1991 م.
- الترمذي (محمد بن عيسى): سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، وإبراهيم عطوة عوض (ج 4، 5)، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395 هـ - 1975 م.
- ابن حنبل (أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني): مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 2001 م.
- ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي): فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق مجموعة من المؤلفين، ط1، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين، القاهرة، 1417 هـ - 1996 م.
- ابن أبي شيبة (عبد الله بن محمد): المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1409 هـ.
- الطبراني (سليمان بن أحمد بن أيوب): المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، ط2، مكتبة الزهراء، الموصل، 1404 - 1983.
- مسلم (مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري): صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- النوي (يحيى بن شرف) المنهاج في شرح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ.

خامساً- كتب الأصول والقواعد:

- الإسنوي (عبد الرحيم بن الحسن بن علي): التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق:

د. محمد حسن هيتو، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1400.

- الجويني (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين): البرهان، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997م.

- الجويني (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين): الاجتهاد (من كتاب التلخيص لإمام الحرمين)، تحقيق: د. عبد الحميد أبو زنيد، ط1، دار القلم، دار العلوم الثقافية، دمشق - بيروت، 1408هـ.

- الجويني (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين): الورقات، تحقيق: د. عبد اللطيف محمد العبد، دار التراث للطبع والنشر.

- فخر الدين الرازي (محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي): المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط3، مؤسسة الرسالة، 1418 هـ - 1997م.

- الأنصاري (زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا): غاية الوصول في شرح لب الأصول، الأنصاري، دار الكتب العربية الكبرى، مصر.

- الشافعي (محمد بن إدريس): الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، ط1، 1358هـ/1940م.

- الشاطبي (إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي): الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417 هـ/ 1997م.

- العطار (حسن بن محمد بن محمود الشافعي): حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الغزالي (محمد بن محمد الطوسي): المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1، دار الكتب العلمية، 1413 هـ.
- ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد): إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ - 1991 م.
- المرداوي (علي بن سليمان الصالحي): التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراج، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1421 هـ - 2000 م.
- سادساً- كتب الفقه:
- ابن حزم (علي بن أحمد بن سعيد): المحلى، دار الآفاق الجديدة، بيروت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.
- الخطاب (محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي): مواهب الجليل، ط3، دار الفكر، 1412 هـ.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب: فضل علم السلف على الخلف، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار العصيمي للنشر والتوزيع.
- الزيلعي (عبد الله بن يوسف): تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامية، القاهرة، 1313 هـ.
- السرخسي (محمد بن أحمد بن أبي سهل): المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ.
- السقاف (علوي بن عبد القادر): المنتخب من كتب شيخ الإسلام ابن تيمية، ط1، دار الهدى للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ - 1998 م.
- الشافعي (محمد بن إدريس): الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ.

- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت.
- ابن قدامة (عبد الله بن أحمد): المغني، ط1، دار الفكر، بيروت، 1405 هـ.
- الكاساني (أبو بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982 م.
- قلعه جي (محمد رواس): موسوعة فقه سفيان الثوري، ط1، دار النفائس، 1410 هـ.
- ابن مفلح (محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي): الآداب الشرعية والمنح المرعية، عالم الكتب، بيروت.
- ابن مفلح (محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي): الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1424 هـ - 2003 م.
- النووي (يحيى بن شرف): المجموع شرح المذهب، دار الفكر، (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي)، دون تاريخ طبع.
- أبو عبيد (القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي): الأموال، تحقيق: خليل محمد هراس، دار الفكر، بيروت.
- أبو يوسف (يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري): الخراج، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث.

سابعاً- كتب الفتاوى:

- ابن تيمية (أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الحنبلي): الفتاوى الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، 1408 هـ - 1987 م.

- ابن تيمية (أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الحنبلي): المستدرک علی مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمعه ورتبه وطبعه علی نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط1، 1418 هـ.



ثانياً المرفقات



نموذج مشاركة بالمجلة

- الاسم الثلاثي: _____
- جهة العمل: _____
- التخصص: _____
- مجالات الكتابة والاهتمام المعرفي: _____
- الوظيفة: _____ الدرجة العلمية: _____
- العنوان: _____
- الهاتف : _____ البريد الالكتروني : _____
- نوع المشاركة:

- ☐ بحث ☐ تعليق علي حكم قضائي ☐ مقالة ☐ عرض كتاب
- موضوع الدراسة محل المشاركة :

إقرار :

أقر بموجب هذا الطلب بأن ما يتضمنه العمل المقدم للمشاركة إنما يعبر عن آرائي الخاصة، ولا صلة له البتة بتوجهات المجلة، ولا يعبر عن وجهة نظر إدارة تحريرها أو الجهة التابعة لها، وبأن العمل المقدم لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر لأي جهة أخرى، ولن أعيد نشره بدون إذن كتابي من إدارة هذه المجلة، وأنه غير مستل أو متضمن في أي دراسة أو بحوث سابقة، وأتحمل المسؤولية كاملة جراء أي مخالفة للقواعد المنظمة لحقوق المؤلف والملكية الفكرية .

1. اسم مقدم نموذج المشاركة : _____
2. التوقيع: _____
3. التاريخ: / /





نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأي ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكُتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يعتور إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أم تقصير من إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة، وإصدارها في أبهى حُلة، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي:

- ملاحظات شكلية، تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها.

- ملاحظات موضوعية، تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة.

- ملاحظات بشأن تبويب المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها.

اقتراحات أخرى: -----



Dr. Salwa Fawzi Al-Dugaili
Dean of the Faculty of Law
General Supervisor of the Journal

Editorial Board:

- **Prof. Saad Al-Abbar. - Chairman of the editorial board magazine**
- **Mr. Nahla Zidan Al-Warfali- Editor of the Journal.**
- **Mr. Fariha Hamid Al-Qatrani.**
- **Mr. Osama Nassib Abdul Jalil.**
- **Mr. Muhammed Noah Issa.**

Journal of Legal Studies

Published by the Faculty of
Law

Issued three times a year
About the Faculty of Law
Benghazi University



Journal of Legal Studies

N0:twenty-fifth (25) December 2019

Published by the Faculty of Law
Issued three times a year
About the Faculty of Law
Benghazi University

- ☐ Look at the reparation mechanism in the Libyan track of transitional justice.
- ☐ The gift contract, and the problems of its inclusion in the Takaful insurance policies and how to deal with them in jurisprudence
- ☐ Safeguards and Mechanisms of the National Protector of Rights and Freedoms "A study in the provisions of the Libyan Constitutional Declaration for 2011, and the draft Libyan Constitution for 2017.
- ☐ Objective criminal confrontation of embezzlement of funds as a form of corruption "comparative study."
- ☐ Applied Ijtihad Concept and Anchors "An Analytical Study in the Light of Verse 34 of Nisa".
- ☐ Extremism Causes and management for the UAE.