دولة الإمارات العربية المتحدة - دبي
كلية الإمام مالك للشريعة والقانون

GOVERNMENT OF DUBAI

Al-mi'yār (Dubay)
ISSN : 2303-9604
العدد الرابع

يناير 2015 م – ربيع الأول 1436 هـ

المعيار

مجلة كلية الإمام مالك للشريعة والقانون

علمية محكَّمة تصدر عن الكلية بداية كل سنة ميلادية

اقرأ في هذا العدد

* التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية
* خصوصية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام مراكز التحكيم الإسلامية
* التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية
* عمليات البورصة في ميزان الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة
* تقويم مدى الإبداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي
* حقوق الإنسان رؤية فقهية ومقاصدية مع التطبيق عليها في دولة الإمارات العربية المتحدة
* حقوق والتزامات عمال المنازل دراسة في نظام العاملين في المنازل الأردني والإماراتي
* الأحاديث التي كررها البخاري في صحيحه سندا ومتنا
* الدعاية الإلكترونية في القانون الفرنسي والقانون الإماراتي (باللغة الفرنسية)

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

Al-mi'yār (Dubay)
ISSN : 2303-9604

العدد الرابع

يناير 2015 م – صفر 1436 هـ

المشرف العام

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

رئيس هيئة التحرير

أ د. أحمد عبد الملك السعدي

سكرتير التحرير

د. أحمد عبد القادر الرفاعي

هيئة التحرير

د. شمس الدين محمد التكينة
د. حافظ عبد الرحمن خير بابكر
د. خالد رأفت أحمد
د. طارق عبد الحميد البكوش

الهيئة الاستشارية

أ د. خليفة بابكر الحسن
أ د. علي سيد علي قاسم
أ د. أبو لبابة الطاهر حسين
أ د. محمد شلال العاني

كلية الإمام مالك للشريعة والقانون

هيئة تحرير مجلة الكلية (المعيار)

دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة

المدينة الأكاديمية العالمية، المبنى رقم (4)

ص.ب : 65760

هاتف : 04-4370373 ، فاكس : 04- 4370372

البريد الإلكتروني : a.alrifai@malikcol.gov.ae

(اللائحة الخاصة بمجلة الكلية المحكمة)

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

فإننا نصدر ما يلي :

أولا : إنشاء المجلة ووصفها :

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

ثانيا : أهداف المجلة :

1- تحقيق إسهام الكلية في الحياة العلمية، من خلال نشر البحوث والدراسات و أعمال التحقيق المتخصصة التي يقوم بكتابتها أساتذة وباحثون متخصصون .

2- تشجيع الاجتهاد التشريعي، الفقهي والقانوني، من خلال نشر بحوث تعنى بالقضايا المعاصرة والمستجدة توافق الشروط والمعايير المعتمدة في سياق التحكيم .

3- تحقيق دخول الكلية مجال التحكيم الأكاديمي والبحثي .

ثالثا : مجالات النشر :

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

رابعا : لغة النشر :

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

خامسا : التحكيم :

1- تحال جميع البحوث والدراسات والتحقيقات والتقارير المقدمة للنشر على متخصصين لتحكيمها علميا وفق المعمول به أكاديميا .

2- تنشر الأعمال العلمية بعد موافقة المحكمين عليها، أو بعد إتمام الكاتب للتعديلات المقترحة من قبل المحكمين في حال اقتراحها، والتي يخبر بها في حينه .

3- يمنع نشر الأعمال التي لا يجيزها المحكمون بصورة نهائية ويخبر الكاتب بذلك في حينه.

4- يعرض البحث موضوع التحكيم على محكمين اثنين، وفي حالة تعادل قبول البحث مع رفضه، يعرض على ثالث للترجيح .

5- يمنح كل محكم من المحكمين مكافأة مالية وفق الأصول، مقابل تحكيمه للبحث المعد للنشر، ويستحق ذلك عند انتهائه التام من صياغة التقرير النهائي .

سادسا : قواعد النشر :

1- أن يلتزم الباحث أصول البحث العلمي، من حيث التوثيق، والإشارة إلى المصادر والمراجع وفق المتعارف عليه أكاديميا .

2- يشترط في البحوث المقدمة للنشر ألا تكون قد سبق نشرها في مكان آخر .

3- ألا تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى ويتعهد الكاتب بذلك .

4- لا تنشر البحوث التي تكون جزءا من رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه أو الماجستير أو جزءا من كتاب مطبوع .

5- لا يحق للكاتب نشر بحثه في مكان آخر بعد اعتماد نشره في المجلة إلا بعد حصوله على موافقة خطية بذلك .

6- أن يوافق الكاتب على نقل حقوق النشر إلى المجلة .

7- أن يحصل الكاتب على إذن من هيئة تحرير المجلة لاستخدام نتاج له تم نشره سابقا .

8- عند نشر العمل العلمي فإن الكاتب يمنح ثلاث نسخ من العدد المشتمل على عمله، إضافة إلى عشر نسخ مفردة من هذا العمل .

9- لا ترد البحوث والموضوعات المرسلة للمجلة إلى أصحابها، سواء نشرت أم لم تنشر .

10-أن ما ينشر يعبر عن فكر كاتبه، ولا يمثل بالضرورة، رأي المجلة أو اتجاهها .

سابعا :متطلبات النص المقدم للنشر

1- يجب ألا يزيد عدد صفحات البحث عن (75) صفحة من القطع العادي، ولا يقل عن (30) .

2- أن يتضمن البحث كلمات دالة على التخصص الدقيق للبحث، وعلى مقدمة، ومتن مقسم على أقسام مناسبة، وخاتمة، كما يتضمن قائمة للمصادر والمراجع.، وأن يحتوي البحث كذلك على: ملخص باللغتين العربية والإنكليزية، في صفحة واحدة لكل ملخص، ونبذة مختصرة عن المؤلف .

3- يذكر اسم المؤلف ووظيفته الحالية بعد عنوان البحث مباشرة .

4- تقدم البحوث مطبوعة بخط Arabic transparent حجم (14) للنصوص في المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) للهوامش في نهاية البحث، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.5 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ .

5- تدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون الرسوم والأشكال باللونين الأبيض والأسود وترقم ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماؤها والملاحظات التوضيحية في أسفلها .

6- تدرج الجداول في النص وترقم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماؤها في أعلاها، أما الملاحظات التوضيحية فتكتب أسفل الجدول .

7- تكون الحواشي 2.6 سم على جوانب الصفحة الأربعة .

8- تذكر الهوامش أسفل الصفحة، وتعطى رقما متسلسلا واحدا .

9- تذكر قائمة المصادر والمراجع مرتبة ترتيباً هجائياً حسب اسم الشهرة في آخر البحث، على النحو الآتي :

أ- كتاب : سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009 .

ب- بحث منشور في دورية علمية : الريسوني، قطب، أبو القاسم بن ورد المالكي ومنهجه في فقه النوازل، مجلة كلية الدراسات الإسلامية

والعربية ، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، دبي، العدد 37، يونيو 2009، ص 121-177 .

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

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

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

ثامنا : ضوابط تسليم الأعمال العلمية المقدمة للنشر :

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

صدر بتاريخ : 2009/11/01

الرئيس التنفيذي للكلية

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

المحتويات

*** افتتاحية العدد**

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري **11**

*** التحكيم في عقود الصناعة الإسلامية**

أ د. محمد عثمان شبير **17**

*** خصوصية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام مراكز التحكيم الإسلامية**

د. خالد رأفت أحمد محمد **73**

*** التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية**

د. عبد الستار الخويلدي **145**

*** عمليات البورصة في ميزان الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة**

د. رمضان عبد الله الصاوي **201**

*** تقويم مدى الإبداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي**

أد. محمد سليمان الأحمد **279**

*** حقوق الإنسان رؤية فقهية ومقاصدية مع التطبيق عليها في دولة الإمارات العربية المتحدة**

د. محمود إسماعيل محمد مشعل **323**

*** حقوق والتزامات عمال المنازل دراسة في نظام العاملين في المنازل الأردني والإماراتي**

د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء ود. صخر أحمد الخصاونة **383**

*** الأحاديث التي كررها البخاري في صحيحه سندا ومتنا**

أد. عبد العزيز دخان..... ..... **421**

*** الدعاية الإلكترونية في القانون الفرنسي والقانون الإماراتي (باللغة الفرنسية)**

د. سنان خليل الشطناوي **491**

افتتاحية العدد

د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري
المشرف العام

الحمد لله المتفضل على خلقه بتمام الإنعام ، واهب الإنسان علما جعله به مفضلا على كثير ممن خلق تفضيلا ، والصلاة والسلام على خير الخلق وإمامهم ، رسول الحق لهداية العالمين وتعليمهم ، الإنسان الأول الذي خلقه الله تعالى وعلمه القرآن ، محمد بن عبد الله ، وعلى آله وأصحابه أجمعين ، أما بعد :

فنقدم للسادة المتابعين من القراء والباحثين الإصدار الرابع من مجلة كلية الإمام مالك للشريعة والقانون المحكمة (المعيار) ، بعد أن نظمت الكلية ندوتها السنوية الثانية التي أتت بعنوان : (واقع التحكيم في عقود المالية الإسلامية بين الشريعة والقانون) ، وأصدرت كتاب الندوة بتوقيع ثلة من العلماء والباحثين المتخصصين بهذا الشأن .

لذلك أحببنا أن نزين هذا العدد بمجموعة من البحوث المتخصصة في مجال التحكيم الإسلامي ، تعزيزا لدور الصناعة المالية الإسلامية في تحفيز الاقتصاد العالمي ، باعتبار أن مؤسسات هذه الصناعة التي تتجاوز حدود نشاط المصارف الإسلامية إلى شركات التأمين التكافلي ، وشركات الإجارة المنتهية بالتمليك ، وصناديق الاستثمار وشركاته ، وشركات التمويل ، والصكوك الإسلامية ، كلها قد دخلت عاملا أساسا في دورة الاقتصاد المعاصر ، وفرضت نفسها واقعا مؤثرا تتنافس العواصم الاقتصادية العالمية لاستقطابها ، بغض النظر عن كون هذه العواصم إسلامية ككولامبور في ماليزيا، أو غير إسلامية كلندن في بريطانيا، ويأتي اهتمام كلية الإمام مالك للشريعة والقانون بنشر الأعمال البحثية التي تعنى بدراسات الاقتصاد الإسلامي مشاركة منها في رفع مكانة دبي ودفعها لتتبوّأ المركز الأول عالميا من حيث إدارة حراك المال الإسلامي ، وفق رؤية صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم نائب رئيس الدولة رئيس مجلس الوزراء حاكم دبي لجعل دبي عاصمة للاقتصاد الإسلامي .

ومع اتساع أعمال المالية الإسلامية المعاصرة وكثرة مؤسساتها كان لا بد من إيجاد آلية تضمن سلامة أداء هذه المؤسسات واحتواء المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة في سياقها ، فنشأت مراكز التحكيم الإسلامي ، الذي يبقى الاحتكام إليها اختياريا ضمن عقود تبرم معها من قبل هذه المؤسسات وعملائها ، وتعمل مراكز التحكيم هذه على فض المنازعات وتقديم الحلول لها في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها الفقهية ورؤيتها المقاصدية العامة .

وفي سياق هذه البحوث يأتي بحثان بعنوان (التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية) وهما يشيران إلى نمو حجم الحراك المالي الإسلامي في إطار هذه العقود، الذي من المتوقع أن يتجاوز سقف (2) تريليون دولار أمريكي نهاية العام (2015)، وازدياد الحاجة مع هذا النمو إلى مزيد من مراكز التحكيم الإسلامي انطلاقا من المكانة المتميزة للصلح والتحكيم في الشريعة الإسلامية ، ومن رغبة أطراف هذه العقود على مستوى الدول والشركات والأفراد لفض نزاعاتها بصيغة التحكيم والصلح ، لذلك يرى الباحثان ضرورة بذل مزيد من الجهد في سبيل سنّ التشريعات والقوانين الخاصة بتفعيل عمل مراكز التحكيم ، وإخضاعها بصورة مستمرة إلى التنقيح في ضوء قواعد الشريعة الكلية ، لتبقى مواكبة للنمو المطرد في هذه الصناعة ، كما نبها إلى ضرورة إنشاء مراكز تحكيم إسلامي في سياق التجارة الدولية ، حيث ما تزال القوانين الوضعية هي الطاغية في عقودها .

أما البحث الثالث في موضوع التحكيم فقد أتى بعنوان (خصوصية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام مراكز التحكيم الإسلامية)، وقد حاول الباحث فيه إيجاد مقاربة بين عمل مراكز التحكيم الإسلامية ومراكز التحكيم غير الإسلامية ، حيث لفت إلى غياب قواعد الشريعة الإسلامية عن معظم القوانين النافذة في مراكز التحكيم التقليدية ، لذلك كانت الحاجة ماسة لإنشاء مراكز تحكيم إسلامية حيث القواعد والقوانين المطبقة فيها مستمدة من الفقه الإسلامي وهو فقه غني بأصوله وأحكامه ، وقد أثار هذا الأمر انتباه المشرعين القانونيين في الدول العربية والإسلامية ، خاصة دولة الإمارات العربية المتحدة ، لتقنين أحكام الشريعة

الإسلامية في مجال التحكيم المالي لمرونتها واستيعابها ، سعيا منها لاستقطاب مزيد من رؤوس الأموال في ظل تشجيع الاستثمار المشروط والآمن ، وتحويل هذه القوانين إلى العالمية ، في مقابل تجاهل مراكز التحكيم الدولية لضوابط عمل الفقه الإسلامي .

وأما البحث الرابع فقد أتى بعنوان (عمليات البورصة في ميزان الفقه الإسلامي دراسة مقارنة) حيث بيَّن فيه الباحث مرونة الفقه الإسلامي في تعامله مع قضايا المعاملات المالية المعاصرة ، وأنه لا يقف موقف الجمود والتحجر مقابل ما يستجد في إطارها من النوازل، فالفقه لا يرفض التعامل مع المستجدات، خاصة البورصات باعتبارها سوقا ماليا يؤدي دورا مهما في الاقتصادات المعاصرة ، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة تصحيح أدائها لتبقى منضبطة بأحكام الفقه الإسلامي وقواعده ، فهناك عمليات تبقى مقبولة خاصة العاجلة منها ، أما الآجلة فتحتاج إلى إدخال تعديلات جوهرية عليها كي تتماشي مع روح الشريعة ومقاصدها التي تهدف بالأساس لبناء اقتصاد حقيقي واقعي بعيد عن الفقاعات الوهمية ، وعن المنازعات .

وقد أتى البحث الخامس بعنوان (تقويم مدى الإبداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي) حيث أشار فيه الباحث إلى ضرورة تطوير هذا القانون ليبقى مواكبا للتطور المتسارع في دولة الإمارات العربية المتحدة في المجالات كافة، الاقتصادية والعمرانية والتعليمية ومجال الخدمات وخلافها، وليبقى متماشيا كذلك مع طموح الدولة نحو بلوغ المنافسة العالمية ، وأن على المشرعين الذين يعملون في سياق هذا القانون أن يحرصوا بصورة أكيدة على بقاء المواءمة بين الأصالة المستمدة من الشريعة الإسلامية والمعاصرة وفق أحدث ما توصلت إليه التشريعات القانونية في الدول المتقدمة بما لا يتعارض مع الشريعة التي بطبيعتها تحوي قواعد فقهية وأصولية مرنة تتيح للمجتهدين العمل في إطار مراعاة المصالح العامة مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة المستجدات المعاصرة وضروراتها .

ويتضمن العدد بحثا سادسا بعنوان (حقوق الإنسان رؤية فقهية ومقاصدية مع التطبيق عليها في دولة الإمارات العربية المتحدة) ، وقد خلص هذا البحث إلى أن

القواعد الفقهية التي يبنى عليها عمل المجتهدين المعاصرين في سياق إقرار أحكام الشريعة في الوقائع والنوازل تعنى بتنظيم واقع حقوق الإنسان في العصر الحديث كما عنيت به في العصور السابقة ، وهي تدرس هذا الجانب من خلال رؤية مقاصدية من شأنها إحداث مقاربة بين حقوق الأفراد وحقوق الجماعة ، والحقوق الخاصة والحقوق العامة ، وتوازن بينها ، فالحقوق ليست مطلقة بالكامل ، كما أنها غير مقيدة بالكامل، فحق الفرد ينتهي حينما يبدأ حق الجماعة ، لأن الحقوق المكتسبة للمجتمعات بالنهاية ستنعكس حقوقا مثلى ينالها الأفراد ، وكذلك الحق الخاص ينتهي حينما يبدأ الحق العام لأنه أشمل وأوفى ، وهذه الرؤية الشرعية في إقرار الحقوق مأخوذة بعين الاعتبار في صياغة قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة .

كما اشتمل هذا العدد على بحث بعنوان (حقوق والتزامات عمال المنازل دراسة في نظام العاملين في المنازل الأردني والإماراتي) ، وهو يسلط الضوء على فئة مهمة من فئات المجتمع كثرت الحاجة إليها في العصر الحديث واتسع سوقها ، الأمر الذي بات يتطلب تطوير القوانين التي تنظم أوضاعها وتبيّن ما لها وما عليها من حقوق والتزامات ، وقد عالج الباحث هذا الموضوع برؤية نقدية من خلال مقارنة عقدها في هذا السياق بين القانونين الأردني والإماراتي .

واحتوى العدد على بحث يفتح نافذة علمية على بعض أصول رواية الحديث النبوي ، حلل الباحث من خلالها واستعرض منهج الإمام البخاري في كتابه (الجامع الصحيح) حين يكرر الأحاديث المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم في الأبواب ، فالبخاري لا يكرر حديثا إلا لفائدة مضافة في سنده أو متنه ، أو فيهما معا ، وهو أمر يعدّ مفخرة في الصناعة الحديثية .

أما البحث الأخير فهو بحث ينشر باللغة الفرنسية عملا بسياسة النشر المتبعة في المجلة التي تهدف إلى تعزيز الدراسات التشريعية المقارنة أينما وجدت ، وهو يعالج موضوعا معاصرا يعنى بأحكام الدعاية الإلكترونية وحدودها .

والله نسأل أن يبارك في عمل كل من كتب وقرأ ، إنه ولي ذلك والقادر عليه .

البحـــوث

التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية

الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الشارقة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد الله رب العالمين الداعي إلى الحكم بين الناس بالقسط، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله أول المحكمين في الإسلام، وعلى آله وصحبه والتابعين له بإحسان والسائرين على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد.. فإن **"التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية"** من الموضوعات المهمة في هذا العصر؛ وذلك لكثرة الخصومات والمنازعات التي يتعرض لها أطراف تلك العقود، والتي تنشأ بين المؤسسات المالية الإسلامية والمتعاملين معها. وقد ازداد حجم تلك المنازعات زيادة كبيرة في هذه الأيام بسبب تعاظم دور تلك المؤسسات كماً وكيفاً، فقد وصل حجم المؤسسات المالية الإسلامية المستقلة في العالم إلى حوالي خمسمائة (500) مؤسسة، ووصلت نوافذ التمويل الإسلامي التابعة للمؤسسات المالية التقليدية إلى حوالي ثلاثمائة وخمسين (350) نافذة. وقد عملت تلك المؤسسات على زيادة نمو الاقتصاد الإسلامي في العالم بنسبة (20%) سنوياً، وتحتل دول مجلس التعاون الخليجي والشرق الأوسط مركزاً مهماً في معدلات هذا النمو، فقد وصلت نسبة المؤسسات الإسلامية العاملة في تلك الدول إلى (70 %). كما وصل حجم الأصول الإسلامية فيها إلى (1. 8) تريليون دولار، وسوف ترتفع إلى (2 .2) تريليون دولار في سنة (2015م) في حين وصلت قيمة إصدارات الصكوك الإسلامية في سنة: (2012م) إلى نحو (194) مليار دولار، ومن المتوقع أن ترتفع إلى مستويات أعلى خلال الفترة المقبلة. ومما زاد هذا الموضوع أهمية أن كلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي طرحته ضمن ندوتها السنوية لعام (2014)، فما حقيقة التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية؟. وما الإجراءات الوقائية لتلافي النزاع والتحكيم في العقود؟. وما موقع التحكيم من الإجراءات العلاجية لرفع النزاع في عقود الصناعة المالية الإسلامية؟. هذا ما سأجيب عنه في هذا البحث- إن شاء الله تعالى-.

ولما كان البعد الفقهي هو الرئيس في هذا الموضوع، فقد رجعت إلى عدد وافر من المراجع الفقهية التي تمثل أكثر المذاهب الفقهية ذيوعاً، هذا بالإضافة إلى المراجع المعاصرة التي تعرضت للموضوع. وقد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة. تكلمت في **المبحث الأول:** عن حقيقة التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية. **وفي المبحث الثاني**: عن الإجراءات الوقائية لتلافي النزاع والتحكيم في العقود المالية. **وفي المبحث الثالث:** عن موقع التحكيم من الإجراءات العلاجية لرفع النزاع في عقود الصناعة المالية الإسلامية. وفي الخاتمة لخصت نتائج البحث.

والله أسال أن يتقبل مني هذا الجهد، ويجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون.

المبحث الأول

حقيقة التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية

إن إدراك ضرورة التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية، يتوقف على بيان حقيقة كل من التحكيم، وعقود الصناعة المالية الإسلامية. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: حقيقة التحكيم:

التحكيم هو الوسيلة الفعالة لفض النزاعات في عقود الصناعة المالية الإسلامية. ولذا سيشتمل هذا المطلب على بيان حقيقة التحكيم، ومشروعيته، وأنواعه، والألفاظ ذات الصلة به. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة: مأخوذ من حكَّمت الرجلَ: أي فوضت الحكم إليه. وهو يتفرع عن المعنى الأصلي للحكم، وهو المنع، فيقال: حكَّمت الرجل تحكيماً: منعته مما أراد.[1] **والتحكيم في اصطلاح الفقهاء:** جاء في شكل شرح لمعنى التحكيم، ولم يأت

[1] المصباح المنير للفيومي ص200،البحر الرائق لابن نجيم 24/7.

في صورة حد منطقي في كثير من كتاباتهم. ومن ذلك: ما جاء في تبصرة الحكام: "ومعناه: أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً، وارتضياه لأن يحكم بينهما، فإن ذلك في الأموال وما في معناها[2]". وما جاء في المغني: " وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه[3]". وهذا لا ينفي وجود بعض التعريفات الموجزة للتحكيم مثل: تعريف ابن نجيم وهو: " تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[4]". وعرَّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة: (1790) بأنه:" اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما[5]". وعرَّفه الأستاذ محمد سلام مدكور بأنه :" أن يحكم اثنان آخر بينهما ليفض النزاع، ويطبق حكم الشرع[6]". وعرَّفه صاحبا معجم لغة الفقهاء بأنه: " اتفاق الخصمين على قبول حكم شخص معين في فصل الخصومة بينهما[7]". وعرَّفه الشيخ مصطفى الزرقاء بأنه: " أن يحتكم طرفان مختصمان إلى شخص يختارانه برضاهما ليكون حاكماً بينهما في دعواهما بدلاً من القاضي[8]". وعرَّفته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنه: " اتفاق طرفين أو أكثر على تولية من يفصل بينهم بحكم ملزم[9]". وعرَّفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه: " اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية[10]". مما سبق يتبين أن عناصر التحكيم هي:

1-وجود قضية متنازع فيها، وهي محل التحكيم.

2-رضا الخصمين بالمحكم، وهو ركن التحكيم.

---

[2] تبصرة الحكام لابن فرحون 43/1.
[3] المغنى لابن قدامة 107/9. وانظر تعريف الطرابلسي في معين الحكام ص27 حيث قال :(أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما)
[4] البحر الرائق لابن نجيم 24/7.
[5] مجلة الأحكام العدلية ص365.
[6] القضاء في الإسلام لمحمد سلام مدكور، ص131.
[7] معجم لغة الفقهاء لقلعه جي وقنيبي، ص123.
[8] المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء 451/1.
[9] المعايير الشرعية، ص: 518.
[10] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ص298، قرار رقم(9/8/91)

3-قبول المحكم للسير في إجراءات التحكيم وإصدار الحكم.

4-شروع المحكم في إجراءات التحكيم.

5-صدور الحكم في القضية المتنازع فيها.

6-إلزام الخصمين بالحكم الصادر عن المحكم.

7-مطابقة حكم المحكم للشرع الإسلامي.

ثانياً: مشروعية التحكيم:

الإسلام أقرَّ التحكيم واعتبره نظاماً مشروعا لفصل المنازعات؛ بدليل قوله تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا". (النساء:35) فالآية دليل على إثبات التحكيم[11]، وهي أصل في جواز التحكيم بين الخصمين[12]. وبقبول الرسول صلى الله عليه وسلم تحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه[13]. وروي أن أبا شريح هانئ بن يزيد رضي الله عنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه، سمعهم يكنونه بأبي الحكم. فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا. فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله. قال: فما أكبرهم؟ قلت: شريح. قال: أنت أبو شريح. ودعا له ولولده[14]. وقد أجمع العلماء على مشروعية التحكيم، ومما يؤيد ذلك أنه كان بين عمر، وأبي بن كعب رضي الله عنهما منازعة في نخل، فحكما

[11] الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 177/5.
[12] شرح أدب القاضي للجصاص ص584.
13أخرجه البخاري (ينظر فتح الباري لابن حجر، 6 / 165، ط: المكتبة السلفية)
14 سنن أبي داود : (240/5)، وسنن النسائي: (226/8)، وجامع الأصول: (373/1)، وإسناده حسن.

بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه[15]. كما أنه اختلف عمر مع رجل في أمر فرس اشتراها عمر بشرط السوم، فتحاكما إلى شريح[16]. كما تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم[17]، ولم يكن زيد ولا شريح ولا جبير من القضاة. وقد وقع مثل ذلك لجمع من كبار الصحابة، فاختاروا التحكيم، ولم ينكره أحد فكان إجماعا[18].

ثالثاً: أنواع التحكيم:

يتنوع التحكيم- باعتبارات متعددة- إلى أنواع عدة[19]. وفيما يلي بيان ذلك:

1-يتنوع التحكيم- باعتبار اختيار أطراف النزاع – إلى اختياري، وإجباري:

أ-فالتحكيم الاختياري: هو اتفاق الخصمين على إحالة النزاع الحاصل بينهما على التحكيم بدلاً من القضاء النظامي، فهو يرتكز على إرادة الخصمين وقت حدوث النزاع، فيكون لهما الخيار بين اللجوء إلى القضاء النظامي، أو إلى التحكيم[20].

والتحكيم الاختياري في القانون[21]: قريب من هذا، فهو يتحقق متى كان للأفراد حرية كاملة في طرح نزاعاتهم في مسألة معينة أمام القضاء، أو الاتفاق على عرضها أمام هيئة التحكيم موضحين في اتفاقهم؛ كيفية قيام التحكيم، وإجراءاته، وكيفية تعيين المحكمين. ففي مصر مثلا صدر القانون رقم: (27 لسنة 1994) بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ونص في المادة الرابعة في فقرتها الأولى على

15 المبسوط :62/21 وفتح القدير: 498/5، والمغني:10/ 190، وكشاف القناع:303/6.
16 المغني: 10 / 190.
17 المرجع السابق، وكشاف القناع: 303/6.
18 المبسوط: 62/21، وشرح العناية: 498/5، ومغني المحتاج:378/4، ونهاية المحتاج: 230/8.
19 بتصرف من عقد التحكيم لقحطان الدوري ص71.
20 بتصرف من المرجع السابق.
21 بتصرف من شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية، للدكتور أحمد محمد عبد البديع شتا، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2005، ص:55، وما بعدها.

أنه: " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك". فمؤدى هذه المادة أن التحكيم الذي تسري عليه أحكام هذا القانون هو التحكيم الاختياري، أي التحكيم الذي يتم اللجوء إليه بإرادة الطرفين. وكذلك على صعيد التجارة الدولية فالأمر الغالب فيها هو التحكيم الاختياري، إذ تتعالى الأصوات بتحقيق مبدأ سلطان الإرادة على وجه يشمل كافة التعاملات بما فيها الاتفاق على التحكيم، وقد سعت الدول إلى توحيد قواعد التحكيم فيما بينها حتى ظهر ما يسمى بالقانون النموذجي (Mode law) والقواعد الموحدة للجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة (Uncitral law) وقد لاقت قواعد هذا القانون قبولا عارما من المجتمع الدولي، إذ إن القانون قد قدم للتجارة الدولية نظاما قانونيا موحداً يتلافى عدم ملائمة القوانين المحلية لنظم وإجراءات التحكيم في التجارة الدولية.

ب-**وأما التحكيم الإجباري**: فهو الالتزام مقدماً بإحالة النزاع الذي يحدث في المستقبل على التحكيم، إذا كان النزاع من النوع الذي يخضع للتحكيم[22].

والتحكيم الإجباري في القانون[23]: يختلف مفهومه عما سبق، فهو يكون إجبارياً إذا انعدمت فيه إرادة الأطراف، سواء فيما يتعلق باللجوء إليه، أو فيما يتعلق باختيار الجهة التي تباشره، ويصبح التحكيم نظاما مفروضا عليهم، وفي معظم الأحيان يطبق التحكيم الإجباري بناء على قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وهو بهذا المعنى يأخذ صورتين، وهما: **الصورة الأولى:** أن يكتفي المشرع بفرض التحكيم، ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم، وتعيين إجراءات التحكيم. **والصورة الثانية:** أن يتدخل المشرع فيضع تنظيما إلزاميا

[22] بتصرف من عقد التحكيم لقحطان الدوري، ص:71.
[23] بتصرف من شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية، الدكتور أحمد محمد عبد البديع شتا، ص:57، وما بعدها.

لإجراءات التحكيم ككل، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم. ومثال التحكيم الإجباري ما جاء في القانون المصري رقم: (97 لسنة 1983) بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته، فقد قضى في المادة: (56) منه:" بأن تختص هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها وبعض، أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى".

هذا على الصعيد المحلي، أما على الصعيد الدولي فقد نجد التحكيم الإجباري موجودا في بعض الاتفاقيات الدولية، أو في صورة شروط عامة يجب إتباعها في بعض المجالات، كما هو الشأن في الشروط التي وضعها مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) في عام: (1968)، وهي تلك التي تحكم بيوع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية في بلدان (الكوميكون)

2-وهو يتنوع - باعتبار الجهة التي تقوم بتعيين المحكم- إلى عادي، ورسمي.

أ-**فالتحكيم العادي:** هو الذي تصدق عليه التعريفات السابقة للتحكيم مثل: " تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[24]".

ب-وأما التحكيم الرسمي: فهو بمنزلة القضاء، وهو الذي يرتكز على أساس تولية إمام المسلمين للمحكم، أو تولية القاضي له. فقد نص الحنفية على أنه لو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين أثنين، فهذا المحكم يكون بمنزلة القاضي المولى من قبل الإمام[25]. ونص المالكية على: أنه إذا أمر القاضي رجلاً ليحكم بين اثنين؛ فهو بمنزلة قضاء القاضي، وكأن الحكم وقع من القاضي[26].

---

[24] البحر الرائق لابن نجيم 24/7.
[25] المرجع السابق.
[26] حاشية الدسوقي 135/4، الزرقانى على مختصر خليل 129/7.

3-وهو يتنوع - باعتبار مرجعيته- إلى تحكيم إسلامي، وتحكيم وضعي.

أ-فالتحكيم الإسلامي: هو الذي يعتمد في نظامه الأساسي واختيار محكميه على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ولا تتعارض القرارات الصادرة عنه مع أحكام الشريعة؛ وذلك لأن المنتجات المالية الإسلامية التي يختص التحكيم بفضها أساسها الشريعة الإسلامية عامة، والفقه الإسلامي خاصة.

ب-وأما التحكيم الوضعي: فهو الذي يعتمد في نظامه الأساسي، واختيار محكميه وقراراته على أحكام القانون الوضعي أو العرف؛ وذلك لأن المنتجات المالية التي يختص التحكيم بفضها أساسها القانون المدني، أو التجاري.

4-وهو يتنوع – باعتبار تنظيمه- إلى تحكيم حر، وتحكيم مؤسسي:

أ **–فالتحكيم الحر**: هو ان يختار الأطراف محكماً او محكمين مباشرة، ويتم التحكيم من قبل هؤلاء المحكمين.

ب –وأما التحكيم المؤسسي: فهو اخضاع المتخاصمين في النزاع إلى مركز للتحكيم مثل: مركز لاهاي، أو مركز (ICC) الفرنسي، أو مركز (AAA) البريطاني،أو مركز (استوكهولم)، أو مركز القاهرة، أو المركز الدولي للمصالحة والتحكيم[27].

5- وهو يتنوع - باعتبار محلية أطرافه- إلى تحكيم وطني، وتحكيم أجنبيي:

أ-فالتحكيم الوطني: هو ما كان جميع أطرافه وطنيين، وتم عقده ضمن الدولة نفسها.

ب-وأما التحكيم الأجنبي: فهو ما كان أحد الأطراف، أو أحد أركان النزاع، أو حيثياته أجنبياً .

27 تأسس المركز الدولي للمصالحة والتحكيم بتضافر جهود كل من البنك الإسلامي للتنمية، والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، ودولة الإمارات العربية المتحدة بصفتها الدولة المستضيفة لمقر المركز. وأعلن عن تأسيسه بصفة رسمية في نهاية:(2006م)، وبدأ نشاطه الفعلي في (يناير/2007م) وهو يهدف إلى تنظيم الفصل في سائر النزاعات المالية التي تنشأ بين المؤسسات المالية، أو بينها وبين عملائها، أو بينها وبين غيرها عن طريق المصالحة أو التحكيم. .ويراعى في المصالحة والتحكيم عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها كما نص على ذلك النظام الأساسي للمركز.

6-وهو يتنوع -باعتبار الإجراءات المستخدمة- إلى تحكيم تقليدي، وتحكيم الكتروني.

أ-فالتحكيم التقليدي: هو الذي تتبع فيه الإجراءات التقليدية من سماع الخصوم والدفاع، والنظر في البينات، والتوقيع، وإصدار الحكم، وتسجيل كل ذلك في أوراق.

ب-وأما التحكيم الالكتروني: فهو الذي يتم بإجراءات غير تقليدية، حيث يعتمد على وسائل الاتصال وتقنيات المعلومات الحديثة في إتمام الإجراءات، والتوقيعات، وصدور الأحكام من قبل المحكمين؛ كل ذلك يتم الكترونياً. وقد وجد هذا النوع كنتيجة طبيعية لما انبثق عن منظمة التجارة العالمية من اتفاقيات دولية، وتشجيع حرية التجارة بين الدول، وظهور نوع جديد من المعاملات التجارية باسم التجارة الالكترونية، وبالتالي ظهور العقود الإلكترونية. ومن أكثر الأجهزة فعالية في هذا التحكيم هو جهاز: "Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP)": لتسوية النزاعات المتعلقة بأسماء المجال من خلال آليات الكترونية يتم عرضها على محكمين. وقد عمل بهذا الجهاز منذ سنة: (2000م) حيث أصدر أكثر من (21) ألف قرار. ويمتاز هذا النوع من التحكيم بالسرعة في حل النزاعات، والإكثار من استشارة ذوي الخبرة في مجال النزاع، والتوفير من النفقات.

رابعاً: الألفاظ ذات الصلة بالتحكيم:

يتصل بالتحكيم بعض الألفاظ ذات الصلة به: كالقضاء، والصلح، والإفتاء.

1-القضاء: وهو تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومة[28]. فالقضاء والتحكيم يتفقان في كونهما وسيلة لفض النزاع بين الناس، وتحديد صاحب الحق، ويختلف التحكيم عن القضاء من عدة وجوه، منها: أن القضاء هو الأصل في هذا المقام، وأن التحكيم فرع، وهو أقل رتبة من القضاء، لكونه صلحا من وجه. وأن القاضي هو صاحب ولاية عامة، وهي ولاية القضاء، وأما المحكم فهو صاحب

[28] الموسوعة الفقهية الكويتية (10/ 235)

ولاية خاصة؛ لأن توليته تكون إما من الخصمين أو من القاضي وفق الشروط والقيود التي توضع له، وولايته مقصورة على قضية المتخاصمين الذين رضوا بأن يحكم في تلك القضية المعروضة حصراً ولا تتعدى سلطاته الى قضية اخرى[29].

2-الصلح: وهو عقد يرفع النزاع بين المتخاصمين[30]. فالصلح والتحكيم يتفقان في فض النزاع، ويختلف الصلح عن التحكيم بأنه يكون من محكمين غير المتخاصمين، بحيث يقومون فيه بمهمة القضاة، فيصدرون قرارهم، سواء رضى به الطرفان، أم لم يرضوا. أما الصلح فيكون من المتخاصمين أنفسهم، أو من ينوب عنهم.

3-الإفتاء: هو الإخبار بالحكم الشرعي لا على سبيل الإلزام[31]. فالإفتاء والتحكيم يتفقان في بيان الحكم الشرعي. ويختلف الإفتاء عن التحكيم، بأنه على سبيل الإلزام. أما الإفتاء فلا إلزام فيه.

المطلب الثاني: حقيقة عقود الصناعة المالية الإسلامية:

قبل بيان معنى عقود الصناعة المالية الإسلامية باعتباره لقباً على صفة معينة، لا بد من بيان معانى المفردات التي يتركب منه هذا اللقب:

أولاً: عقود الصناعة المالية الإسلامية باعتبارها مركباً إضافياً:

إن لقب: عقود الصناعة المالية الإسلامية يشتمل على عدة مفردات وهي: العقود، والصناعة، والمالية، والإسلامية ولما كانت المفردتان الأخيرتان معروفين، فسوف اقتصر على بيان معنى كل من العقود، والصناعة. وفيما يلي بيان ذلك:

1-معنى العقود:

العقود في اللغة: جمع عقد، وهو: الجمع بين أطراف الشيء، وربطها وشدها، ويستعمل على سبيل الحقيقة في الربط المادي: كربط الحبل، وعلى سبيل الاستعارة

[29] البحر الرائق شرح كنز الدقائق (18/ 29)، الموسوعة الفقهية الكويتية (10/ 234)
[30] التعريفات للجرجاني، ص176.
[31] طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، أحمد إبراهيم، 561.

في الربط المعنوي: كعقد البيع، والعهد[32]. **والعقد في الاصطلاح:** ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع، يثبت آثره في محله[33]". وهو يختلف عن **الوعد** من حيث ترتب الآثار، فإذا كان العقد يرتب آثاره الفورية في نقل ملكية الثمن، وملكية السلعة إلى كل من البائع والمشتري، فإن الوعد مجرد إخبار عن رغبة مستقبلية لا تترتب عليها أية آثار حقوقية في نقل الملكية.

والعقود تنقسم -بحسب موضوعاتها- إلى خمسة أقسام أو مجموعات، وهي تعرف في الفقه الإسلامي **بـ(المعاملات المالية)**، ويقابلها في القانون الوضعي اصطلاح **(القانون المدني)، و(القانون التجاري).** وهذه الأقسام هي: **عقود التمليكات؛** وهي تشمل المعاوضات المالية التي تتم فيها مبادلة مال بمال: كعقد البيع، والإيجار،، كما تشمل التمليكات: التبرعات التي يتم فيها تمليك السلع والمنافع بدون عوض: كالهبة، والعارية، **وعقود الشركات،** وهي تشمل جميع أنواع الشركات: كالشركة المعهودة بين الناس، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة. **وعقود الاستيثاق:** كالكفالة، والرهن. **وعقود الاستحفاظ:** كالوديعة، والحراسة. **وعقود الإطلاقات:** كالوكالة، والإيصاء الذي فيه إطلاق التصرف لإنسان في إدارة أموال الصغير بعد وفاة وليه.

2-معنى الصناعة:

الصناعة لغة: من صنع، وهو في الأصل يدل على عمل[34]، فيقال: صنع الشيء صنعا عمله، والصنع: إجادة الفعل، فكل صنع فعل، وليس كل فعل صنعاً؛ ومنه قوله تعالى: " صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ ". (النمل:88) ويقال: صنع الولد على عينه: إذا تولى توجيهه في جميع أطوار حياته؛ ومنه قوله تعالى: " وَلِتُصْنَعَ عَلَى عَيْنِي". (طه:39) ويقال: صنعه بعين فلان: إذا قام بالعمل مشمولا برعايته، ومنه قوله

[32] المصباح المنير للفيومي، 575/2.
[33] مجلة الأحكام العدلية، م: (103)
[34] معجم مقاييس اللغة لابن فارس (3/ 313) المفردات للأصفهاني (ص: 286المعجم الوسيط (1/ 525)

تعالى:" فَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِ أَنِ اصْنَعِ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحْيِنَا". (المؤمنون:27) والاصطناع المبالغة في إصلاح الشيء ومنه قوله تعالى: " وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي". (طه:40-41)

والصناعة في الاصطلاح: تطلق على عدة معان منها: المزاولة اليدوية لإيجاد الاشياء[35]. ومنها: المزاولة العقلية لإيجاد واتقان فن من الفنون. ولذلك عرَّفها الجرجاني بأنها: " الملكة النفسانية التي تصدر عنها الأفعال الاختيارية من غير روية[36]". ولذلك أطلق العلماء لفظ: (الصناعة) على كثير من العلوم: كعلم النحو، والفقه، وأصول الفقه، والكتابة، وغير ذلك. قال السبكي: " قد يطلق العلم باصطلاح ثالث على الصناعة، كما تقول علم النحو أي: صناعته، فيندرج فيه الظن واليقين وكل ما يتعلق بنظر في المعقولات لتحصيل مطلوب يسمى علما، ويسمى صناعة[37]". وذلك لأن الصناعة عبارة عن تركيب وعمل يحتاج إلى دراية، فهي ليست فعلاً ساذجاً، ولا شكلاً بسيطاً، بل نوع من القضايا المركبة التي تقترن بمقدمات كبرى وصغرى للوصول إلى نتيجة، أو منتج صناعي: كصك الإجارة، فهو ناتج عن عناصر عدة منها: مقومات الإجارة، وقواعدها الكلية، ومقاصدها الكلية.

ثانياً: عقود الصناعة المالية الإسلامية باعتبارها لقباً:

إن لقب: **(الصناعة المالية الإسلامية)** حديث النشأة، حيث مرَّ بمرحلتين؛ **الأولى منهما:** كانت هذه الصناعة مجرد فكرة وطموح، وجهوداً فردية متفرقة تبذل هنا وهناك. **وأما المرحلة الثانية:** فتمثلت في جهود مؤسساتية ترجمت هذا المفهوم إلى واقع لا يمكن تجاهله، وأصبحت هذه الصناعة كيانا مستقلا له سمات وخصائص تختلف في مضمونها عن الصناعة المالية التقليدية. وقد بلغ عدد تلك المؤسسات

[35] معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي وقنيبي، (ص: 277)
[36] التعريفات للجرجاني (ص: 176)
[37] الإبهاج علي بن عبد الكافي السبكي (1/ 30)

أكثر من خمسمائة (500) مؤسسة. وأصدرت تلك المؤسسات العديد من المنتجات المالية ذات الوزن المالي الكبير، والتي بهرت الغرب الاقتصادي بعد تعرضه للأزمة المالية المعاصرة. ويمكن تعريف **(عقود الصناعة المالية الإسلامية)** باعتبارها لقباً بأنها**: المنتجات** التي تعتمد في صياغتها على مجموعة من المبادئ والأسس التي نصت عليها الآيات القرآنية والسنة النبوية والقواعد الكلية. ومن عقود هذه الصناعة: المرابحة للآمر بالشراء، والاستصناع، والسلم، وعقود البيع والشراء بالمساومة وبالمرابحة، والمضاربات، والشركات، وما يصدر عنها من أسهم، والإجارات، والصكوك وغير ذلك مما يراعى فيها تلك المبادئ والأسس مثل: تحريم الربا، والغرر، والقمار، والجهالة، والبيع المضاف للمستقبل، والبيع المعلّق على شرط، والبيع مع تأجيل البدلين وغير ذلك. وتعد تلك المباديء الفارق الجوهري بين المؤسسات المالية الإسلامية، والمؤسسات المالية التقليدية.

المبحث الثاني

الإجراءات الوقائية لتلافي النزاع والتحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية

يظن البعض أن هذا المبحث لا علاقة له بموضوع البحث، وهو التحكيم في عقود الصناعة المالية الإسلامية!!. والحقيقة أن الأحكام الوقائية من النزاع والتحكيم في العقود المالية يعد جزءاً مهماً في موضوع البحث، ويمكن الاستئناس في ذلك بالأحكام الكلية التي تضمنتها قاعدة: "الضرر يزال" فهي تشتمل على حكمين كليين: الأول: وجوب دفع الضرر قبل وقوعه: (الحكم الوقائي)، والثاني: إزالة الضرر بعد وقوعه: (الحكم العلاجي). وإذا كان الأمر كذلك؛ فإن الإسلام شرع للوقاية من النزاع والتحكيم في العقود المالية عدة أمور منها: الوفاء بالالتزامات العقدية، واتباع الضوابط الفقهية للعقود، واتباع وسائل شرعية في الإثبات، وتوثيق العقود بالكتابة بطريقة سليمة. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: الوفاء بالالتزامات العقدية ديانة.

ألزم الإسلام المسلم بالوفاء بعقده ديانةً، وفي هذا أعظم توثيق للعقد، حيث يكون الإنسان رقيباً على نفسه في تنفيذ عقده مع الناس، ويدفعه لذلك إيمانه بالله وخشيته منه سبحانه. ويدل على ذلك قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ". (المائدة:1)، وقوله تعالى:" وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً".(الإسراء:34) فالعقود في آية المائدة -كما قال ابن العربي -: على خمسة أقوال: **الأول:** العهود؛ قاله ابن عباس. **والثاني:** حلف الجاهلية؛ قاله قتادة، وروي عن ابن عباس، والضحاك، ومجاهد، والثوري. **والثالث:** الذي عقد الله عليكم، وعقدتم بعضكم على بعض؛ قاله الزجاج. **والرابع:** عقد النكاح والشركة واليمين والعهد والحلف، وزاد بعضهم البيع؛ قاله زيد بن أسلم. **والخامس:** الفرائض؛ قاله الكسائي. **وروى الطبري**: أنه أمر بالوفاء بجميع ذلك. ورجح ابن العربي ما رواه الطبري، واعتبره صحيحاً [38]. وقال النبي صلى الله عليه وسلم: " الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرَّم حلالاً، أو أحلَّ حراماً. والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً[39]".

المطلب الثاني: اتباع الضوابط الفقهية للعقود المالية:

أرشد الإسلام المتعاملين إلى عدة ضوابط فقهية تتعلق بالعقود المالية، وهي من شأنها أن تقي أطراف العقد من النزاع في المستقبل، وهي تشكل قواعد كلية عامة، ومفاهيم كبرى مشتركة، تُعرف بمقومات العقد، أو أركانه، وشروطه، وآثاره. وهذه الأركان هي: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه. **فالصيغة:** هي الإيجاب، والقبول في العقد، وهي قد تكون كلاما متلفظا به، أو كتابة مفهومة. أو نحو ذلك مما يدل على الرضا، لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

[38] أحكام القرآن لابن العربي (3/ 21).
[39] سنن الترمذي باب ما ذكر عن الرسول في الصلح بين الناس (3/ 263)[1352] وقال: حديث حسن صحيح.

بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ". (النساء:29). وقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما البيع عن تراض[40]". ويشترط فيها توافق القبول للإيجاب. **وأما العاقدان:** فيشترط فيهما: توافر الأهلية من: العقل والبلوغ، حيث لا يصح إجمالا عقد المجنون والصغير غير المميز والنائم والمغمى عليه والسكران عند بعض الفقهاء، وذلك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاث: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم[41]". **والمعقود عليه فيشترط فيه:** أن يكون موجوداً وقت التعاقد، حيث لا يجوز التعاقد على المعدوم: كالزرع قبل ظهوره، والحمل في بطن أمه، لما روى حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله الرجل يأتيني، ويسألني البيع؛ ليس عندي أبيعه منه ابتاعه له من السوق قال فقال:" لاتبع ما ليس عندك[42]". ويستثنى من هذا بعض العقود: كالسلم والإجارة والاستصناع لحاجة الناس إليها، ولتعاملهم بها في زمن النبي صلى الله عليه وسلم. والسر في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده هو مخافة عدم القدرة على تسليم المتفق عليه، فيكون هذا سببا في الخصومة والنزاع. **ومن شروط الشيء المعقود عليه أيضا:** أن يكون معلوما للطرفين، علما يمنع الخصومة والمنازعة، فلا يصح التعاقد على شيء مجهول: كأن يبيعه أو يؤجره داراً من دوره العشر التي يملكها، أو يبيعه ما في داخل هذا الصندوق المغلق، لما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة والغرر[43]. فالغرر: ما كان على خطر الحصول كبيع الطير في الهواء. ويعد الغرر سببا في النزاع. **ومن شروط المعقود عليه أيضاً:** أن يكون مالا متقوما، يبيح الشارع انتفاع الإنسان به، ويدخل تحت ملكه، فلا يكون الخمر

40 سنن ابن ماجه (2/ 737)رقم: (2185) وهو صحيح.
41 رواه أحمد وأبو داوود. والمستدرك على الصحيحين للحاكم مع تعليقات الذهبي في التلخيص (1/ 389) رقم (949) وهو حديث صحيح على شرط الشيخين، و لم يخرجاه. وقال الذهبي: على شرطهما.
42 رواه الترمذي والنسائي، ومصنف ابن أبي شيبة (4/ 311) (20499)
43 صحيح مسلم (3/ 1153) - (4) (1513)

والخنزير والدم محلاً للعقد. والأصل في هذا قول الله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ". (المائدة:3) وقوله تعالى: " وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ". (الأعراف:157) **وأما الشرط الأخير للمعقود عليه،** فهو أن يكون مملوكا لمن يبذله أو يملكه لغيره وقت التعاقد، وبناء على هذا لو باع الإنسان مال غيره بغير إذنه ولا علمه، فيعد فضولياً، وهو مجمد وموقوف على أجازه المالك الأصلي عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعي في القديم، وهو أحد قوليه في الجديد، وأحمد في إحدى الروايتين عنه. في حين ذهب الشافعي في القول الثاني من مذهبه الجديد وأحمد في رواية إلى بطلان هذا العقد أصلا، ولا ينقلب صحيحاً؛ لعموم الحديث السابق: " لا تبع ما ليس عندك ". أي ما لا تملك. ومن القواعد الفقهية المقررة في الإسلام قولهم: " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني."[44]

المطلب الثالث: اتباع وسائل شرعية في إثبات الحقوق في العقود المالية:

حث الإسلام أصحاب الحقوق في العقود المالية على إثباتها ببعض الطرق الشرعية من الشهادة، والإقرار، واليمين، وعلم القاضي، والقرائن، وظاهر الحال وغير ذلك، وذلك للمحافظة عليها من الجحود أو النسيان. ويؤيد ذلك: قوله تعالى:" وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا". (البقرة:282) كما يدل على ذلك من السنة حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء

44 انظر: بدائع الصنائع للكاساني،147/5، تبيين الحقائق للزيلعي، 102/4، حاشية الدسوقي، 2 / 12، روضة الطالبين للنووي، 3 / 353، الحاوى الكبير للماوردى، 727/5، مغني المحتاج للشربيني،2/ 15، كشاف القناع للبهوتي، 157/3، الإنصاف للمرداوي،283/4.

رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه[45]"، وفي رواية البيهقي بإسناد صحيح: " البينة على المدعي واليمين على من أنكر.[46]" وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه، فقد أوجب الله له النار، وحرم عليه الجنة، فقال له رجل: وإن كان شيئا يسيراً يا رسول الله؟. قال: وإن قضيبا من أراك[47]". وعند تعارض البينة، فللقاضي الأخذ بظاهر الحال، أو اعتبار البينتين، حسب ما يراه من ظروف الحال. كما أفاد الباحث بأن الإسلام حذَّر صاحب الدليل الكاذب، إن حكم لصالحه، من أن يستحل ما أخذه ظلماً بالدليل الكاذب، لما أخرجه الشيخان من حديث أم سلمة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" إنَّكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار[48]". فقوله: (ألحن بحجته) أي: أفطن وأفصح ببيان حجته، وإظهار أن الحق له.

المطلب الرابع: توثيق العقود المالية بالكتابة بطريقة فقهية سليمة:

شرع الإسلام توثيق العقود بالكتابة لضبط الذاكرة الضعيفة، وحفظ الحقوق لأصحابها من الضياع. وفيما يلي بيان لتعريف التوثيق، ونشأته وتطوره، ومشروعيته، ومعاييره، ودوره في دفع النزاعات.

أولاً: تعريف التوثيق:

التوثيق في اللغة: مأخوذ من وثق، وهو في الأصل يدل على العقد، والعهد، والشد، والإحكام، فيقال: وثقت بالشيء؛ إذا أحكمته، وتوثق الشيء إذا ثبت وتقوى، وأوثقه في الوثاق أي: شده في الرباط، ومنه قوله تعالى: " فَإِذا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا

[45] صحيح مسلم (3/ 1336) رقم: (1711)
[46] السنن الكبرى للبيهقي وفي ذيله الجوهر النقي (10/ 252) (21733)
[47] صحيح مسلم (1/ 122) (218)- (137)
[48] صحيح البخاري - البغا (2/ 952) رقم (2534)

فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ".(محمد:4-6). ومنه أخذت الوثيقة، وجمعها وثائق[49]. **والتوثيق في الاصطلاح:** " علم يبحث فيه عن كيفية سوق الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات في الرقاع والدفاتر؛ ليحتج بها عند الحاجة إليها[50]". وعرفه الفاضلي بأنه: " علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والالتزامات والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به[51] ".

ثانياً: نشأة توثيق عقود المعاملات وتطوره:

توثيق العقود المالية قديم قدم معرفة الناس للكتابة، ثم استمر التوثيق بالكتابة في العصور التالية في كل من بلاد الرافدين، ومصر القديمة زمن الفراعنة، والرومان والفرس، والعرب في الجاهلية، وفي العصر الإسلامي اهتم النبي صلى الله عليه وسلم بالتوثيق، حيث قام صلى الله عليه وسلم بتوثيق بعض هذه العقود، واتخذ كُتَّاباً لوثائق العقود. قال ابن بري: " وقد كان الصحابة رضي الله عنهم يكتبونها على عهد النبي وبعده". وقال المسعودي: " كان عبد الله بن الأرقم بن عبد يغوث الزهري، والعلاء بن عقبة، يكتبان بين الناس المداينات، وسائر العقود والمعاملات[52]".

وقد كان التوثيق في العصور الأولى للإسلام يُكتب من قبل أناس عاديين لديهم علم بفقه المعاملات المالية، ويقتصر في كتابة الوثيقة على البنود التي تؤدي إلى صيانة العقد عن الفساد، والاحتراز بها عن النسيان لحقوق الناس، وبخاصة إذا كان العقد زمنياً، يتضمن التزامات مؤجلة. ثم أصبح التوثيق صناعة وعلماً، يدرس في جامعات العالم الإسلامي، وبخاصة في الأندلس إبان الحكم الإسلامي لها، وتخصص فيه علماء وفقهاء، فقد جاء في ترجمة الشيخ محمد بن عبد الرحمن الرعيني (ت: 518هـ):" كانت عنده رواية ومعرفة ونباهة ودراية وتقدم في معرفة

49 المصباح المنير للفيومي (2/ 647) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (6/ 85).
50 مفتاح السعادة لطاش كبرى زادة، 557/2.
51 في علم التوثيق، أحمد الفاضلي، مجلة الجامعة الإسلامية، المدينة، 1420هـ، العدد (11)، 252.
52 التنبيه والإشراف للمسعودي، ص245، والمفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام (15/ 126)

الشروط وإتقانها، وكان يجلس لعقدها[53]". كما جاء في ترجمة الشيخ محمد بن خلف بن يونس (ت: 557هـ):" أخذ الشروط عن أبي الأصبع عين موسى المنزلي[54]". وأطلقوا على هذا العلم عدة أسماء منها: علم الشروط والسجلات، وعلم الصكوك، وعلم الوثائق. وصنفوا فيه مصنفات خاصة مثل: كتاب: **(الوثائق)** لأبي زيد أحمد بن زيد الشروطي (ت:200هـ) وكتاب: **(تفسير الشروط)** لهلال بن يحيى البصري الحنفي (ت:245هـ) وكتابي: **(الشروط الكبير)، و(الشروط الصغير)** لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي (ت:321هـ). وكتاب: **(المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق)**، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت: 914هـ). وقد استمر توثيق العقود إلى العصر الحاضر، لكن شهدت وثيقة عقود الصناعة المالية الإسلامية في هذا العصر إضافة بند جديد يتعلق بتحديد الجهة التي يحتكم إليها المتعاملون عند نشوب أي خلاف أو نزاع في تفسير بعض البنود في العقد، أو تكميل الوثيقة. سواء كان أطراف النزاع محليين أو دوليين تجمع المعاملة بين المؤسسات المالية الإسلامية ومؤسسات المالية الدولية فقد تضمنت شرطاً بالتحاكم إلى المحاكم الأجنبية، أو التحكيم لدى غرفة تجارة دولية عند نشوء أي خلاف أو نزاع. وبعض هذه العقود ينص على قيد، وهو: **(ما لم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية)**، وبعضها لم ينص على ذلك القيد. وقد أثير جدل فقهي حول هذا الشرط، سنبينه في المبحث الثالث- إن شاء الله تعالى-.

ثالثاً: مشروعية توثيق عقود المعاملات المالية:

بين فقهاء الإسلام أدلة مشروعية توثيق عقود المعاملات المالية في كتبهم الخاصة بعلم التوثيق، أو في كتبهم الفقهية العامة في باب الشروط، وهذه الأدلة هي:

[53] الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، لابن بشكوال، 133/1.
[54] التكملة لكتاب الصلة، لابن الآبار، 492/2.

1-قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ". (البقرة:282) قال ابن كثير: "قوله: (فَاكْتُبُوهُ) أمر منه تعالى بالكتابة للتوثقة والحفظ[55]" وقال ابن العربي في الآية: " يريد يكون صكا ليستذكر به عند أجله؛ لما يتوقع من الغفلة في المدة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل، والنسيان موكل بالإنسان، والشيطان ربما حمل على الإنكار، والعوارض من موت وغيره تطرأ؛ فشرع الكتاب والإشهاد[56]". **ومن الأدلة أيضاً:** أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالكتاب في المعاملة بينه وبين من عامله، وأمر بالكتاب فيما قلد فيه عماله من الأمانة، وأمر بالكتاب في الصلح فيما بينه وبين المشركين[57]. ومن الأمثلة على توثيق العقود المالية: ما روي عن العداء بن خالد قال: " كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم: هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه و سلم من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم، لا داء ولا خبثة ولا غائلة[58]". فالغائلة: الفجور والخيانة، فبيع المسلم المسلم؛ لا غش فيه ولا خديعة، فهو يدل على اهتمام النبي من توثيق عقود المعاملات المالية. وقد اتخذ النبي كتاباً لوثائق العقود المالية من الصحابة.

رابعاً: معايير توثيق العقود المالية:

إن أكثر المنازعات التي تحدث بين أطراف العقود ترجع إلى الخلل في صياغة وثيقة العقد، وهذا الخلل يرجع إلى عدم مراعاة المعايير في كل من الموثق، والوثيقة.

---

55 تفسير ابن كثير (1/ 723)
56 أحكام القرآن لابن العربي (1/ 498)
57 انظر: المبسوط للسرخسي، 168/3.
58 صحيح البخاري - البغا (2/ 731) رقم (19) - باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا

1-يراعى في كاتب وثيقة العقد: (الموثق) الأمور الآتية[59]:

أ-أن يكون الموثق مسلماً؛ لكون التوثيق ولاية دينية، فلا يتولاها غير المسلم. قال تعالى:" وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا". (النساء: 141)

ب-أن يكون عدلاً أميناً؛ لقوله تعالى:" وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ". وقوله:" وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا".(البقرة:282) فيراعى في كتابة الوثيقة العدل وحفظ حقوق المتعاملين؛ لأنه مؤتمن على صياغتها.

جـ- أن يكون عاقلاً، يتمتع بالأهلية الكاملة التي تمكنه من كتابة وثيقة العقد.

د- أن يكون فقيهاً في أصول المعاملات المالية الإسلامية، بحيث يعرف طبيعة كل عقد منها، ويعرف أركانه وشروطه، وآثاره، وصحيحه وفاسده، وأن يكون عالماً بأصول الفقه، وما يتضمنه من قواعد الاستنباط من المطلق والمقيد، والعام والخاص.

هـ- أن يكون الموثق سليم الحواس الضرورية للكتابة من النطق، والسمع، والبصر.

2-ويراعى في صياغة وثيقة العقد الشرعية الأمور الآتية[60]:

أ-أن تكون الوثيقة صادرة من موثق متخصص تتوافر فيه المعايير السابقة، ولذا ينبغي على الموثق كتابة اسمه الكامل، والتوقيع على الوثيقة في آخرها.

ب-أن يعرِّفَ في الوثيقة بالمتعاقدين تعريفاً مميزاً لكل منهما، وذلك للمنع من الجهالة، سواء أكان المتعاقد بائعاً، أم مشترياً، أم مؤجراً، أم مستأجراً، أم راهناً.

جـ-أن تشتمل الوثيقة على تحديد لمحل العقد أو المتصرف فيه، فإن كان المحل

---

[59] المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، للونشريسي، 1/ 62، وما بعدها والتوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد جميل بن مبارك، ص117، وما بعدها، التوثيق، سعد سليمان الحامدي، ص124، وما بعدها، وعلم التوثيق الشرعي، للحجيلي، ص19، وما بعدها.

[60] المراجع السابقة.

عقاراً حدده بذكر البلدة، ثم المحلة، ثم السكة، وما يحده من كل جهة من جهاته الأربع.

د-أن تشتمل على تحديد مقدار العوض في العقد، وكتابته بالحروف، وتسلم البائع له.

هـ-أن تكتب بلغة واضحة لا لبس فيها ولا إيهام؛ لئلا يحصل النزاع في المستقبل.

و-أن يحترز الموثق في كتابة الوثيقة مما يفسد العقد الذي كتبت لتوثيقه، وذلك بذكر المتفق عليه من أقوال الفقهاء، وترك ما فيه خلاف بينهم، كما ينبغي أن يراعي في كل شرط أو قيد ما يترتب على ذكره من فساد العقد، ولذا لا يكتب الوثيقة إلا الفقيه.

ز-أن تشتمل الوثيقة على ما يفيد صحة التصرف الذي كتبت له ونفاذه ولزومه وخلوه من الشروط الفاسدة والمعاني المبطلة له، فيكتب في الشراء: "شراء صحيحاً".

ح-أن تكون الوثيقة مشتملة على ذكر أن المتصرف يملك حق التصرف الشرعي من بيع، أو إجارة، أو رهن ونحو ذلك؛ وذلك ليكون التصرف خالياً من عيوب الإرادة.

ط-أن تشتمل الوثيقة على شهادة العدول على العقد، أو التصرف وصحته.

ي-أن تشتمل الوثيقة على تاريخ المعاملة التي تضمنتها: بأن يذكر اليوم والشهر والسنة بالتقويم القمري في آخرها، ويذكر فيها مكان توثيق العقد أو التصرف.

خامساً: دور التوثيق في دفع النزاعات في العقود المالية:

للتوثيق بالكتابة عدة فوائد تؤول إلى دفع النزاعات في المستقبل، أذكر منها[61]:

أ- صيانة الأموال، وعدم إضاعتها؛ قال تعالى:" وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا".(النساء:5) وقال صلى الله عليه وسلم:" إن الله كره لكم ثلاثا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال[62]".

[61] انظر: المبسوط للسرخسي، 168/3.

ب-قطع المنازعة، فالوثيقة تصير حكما بين المتعاملين، ويرجعان إليها عند المنازعة فتكون سببا لتسكين الفتنة، ولا يستطيع أحدهما جحد حق صاحبه؛ مخافة يظهر الوثيقة، فيفتضح أمره في الناس.

جـ-التحرز عن العقود الفاسدة؛ لأن المتعاملين ربما لا يهتديان إلى الأسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها فيحملهما الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب .

د-رفع الارتياب فقد يشتبه على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الأجل فإذا رجعا إلى الكتاب لا يبقى لواحد منهما ريبة، وكذلك بعد موتهما تقع الريبة لوارث كل واحد منهما بناء على ما ظهر من عادة أكثر الناس في أنهم لا يؤدون الأمانة على وجهها، فعند الرجوع إلى الكتاب لا تبقى الريبة بينهم.

المبحث الثالث

موقع التحكيم من الإجراءات العلاجية لرفع النزاع في عقود الصناعة المالية الإسلامية

بينت فيما سبق تعاظم دور المؤسسات المالية الإسلامية كماً وكيفاً في هذا العصر، وهذا مما يترتب عليه التوسع في حجم المتعاملين معها، وهذا بالتالي سيزيد من حدوث المنازعات بينهم. ولفض هذه المنازعات شرع الإسلام عدة وسائل منها: القضاء، والصلح، والتحكيم. وسوف أركز في هذا المبحث على وسيلة التحكيم في فض النزاعات من حيث: أسباب نشوءها في العقود الإسلامية، وحكم اقتران تلك العقود بشرط التحكيم أو التحاكم، وأهمية النص في العقد على التحكيم أو التحاكم للشريعة الإسلامية. وفيما يلي بيان ذلك:

[62] صحيح البخاري - البغا (2/ 537) رقم: (1407)

المطلب الأول : أسباب نشوء النزاع في عقود الصناعة المالية الإسلامية:

قام المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي برصد أسباب نشوء النزاع بين أطراف العقود في الصناعة المالية الإسلامية، واقتصر على خمسة أسباب مما له رواج، وهذه الأسباب هي[63]:

أولاً: عدم التصور الكامل لدى الكثير من المتعاملين مع المؤسسات المالية الإسلامية بطبيعة المنتجات التي تقدمها تلك المؤسسات، وما تتضمنه تلك المنتجات من أركان وشروط، وآثار وأحكام؛ ويرجع السبب في ذلك إلى حداثة الصناعة المالية الإسلامية مقارنة بنظيرتها التقليدية، مما أدى إلى الالتباس في ذهن العملاء حول أركان وشروط وآثار تلك المعاملات، كما يرجع ذلك إلى عدم وجود قوانين مكتوبة تحكم وتضبط هذه المنتجات: كسائر المعاملات المالية المعتادة والمضبوطة بقوانين وضعية يسهل على عامة المتعاملين الاطلاع عليها وفهمها قبل الدخول فيها. وعلى سبيل المثال العميل الذي يتعامل مع المصرف الإسلامي على أساس المرابحة، وهو عقد بيع، وعند عجز العميل عن سداد دينه يثير العميل عدة حجج مفادها أن المصارف الإسلامية تتعامل على أساس الاشتراك في الربح والخسارة مستشهداً بنصوص النظام الأساسي التي تركز على عقود المشاركة؛ خاصة فيما يذكر في الديباجة. ويمكن أن يضاف إلى ذلك أن المؤسسات المالية الإسلامية في كثير من الدول العربية والإسلامية تتشدد في إطلاع الناس على ما يطبقونه من منتجات مالية إسلامية، حتى ولو كان طالب الاطلاع باحثاً شرعياً، ينوي كتابة بحث في ذلك، أو يريد معرفة صورة ذلك المنتج؛ ليتمكن من الإجابة عن استفتاءات الناس. والحقيقة أن إطلاع أهل الاختصاص على حقيقة تلك المنتجات وما تتضمنه من شروط وآثار وأحكام يسهم في زيادة الثقة بتلك المؤسسات

[63] بتصرف من مقابلة مع الدكتور عبد الستار الخويلدي المنشورة عبر الانترنت.

والتسويق لها؛ لأن الكثير من المتعاملين مع تلك المؤسسات لا يقدمون على التعامل معها وفق تلك المنتجات إلا بعد الاستفتاء عنها ومعرفة حكمها الشرعي، فإذا كان المسؤول عنها ليس بأعلم من السائل؛ أفتاه بعدم العلم، أو الامتناع عن التعامل بتلك المنتجات للاحتياط، ولذلك فإن إطلاع المتخصصين والعملاء عليها يزيد من حجم المتعاملين بها، ويقلل من كم النزاعات التي تثور حولها بسبب الجهل بها.

ثانياً: الصياغة الضعيفة لعقود المنتجات المالية الإسلامية، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم مراعاة الضوابط الفقهية لصياغة عقد المنتج من كون الموثق غير فقيه في أصول المعاملات المالية الإسلامية، من أركان العقد المراد صياغته وشروطه، وآثاره، وأحكامه، وصحيحه وفاسده، أو أن يكون غير ملم بأصول الفقه، وما يتضمنه من قواعد استنباط الأحكام وطرقه من المطلق والمقيد، والعام والخاص: والمجمل والمفصل، والناسخ والمنسوخ وغير ذلك. أو أن يكون الموثق غير سليم في الحواس الضرورية لصياغة العقد في النطق، والسمع، والبصر، وغير سالم من اللحن الذي يغير المعنى.

هذا ما يتعلق بالموثق، أما الوثيقة فلم تراع فيها الضوابط الفقهية من الجهالة لمحل العقد، وأن تكتب الوثيقة بلغة غير واضحة، وتتضمن ما يفسد العقد، وأن يغفل شهادة العدول على العقد وهذا مما جعل بعض البنوك المركزية تتدخل في صياغة تلك العقود، وفرض عقود نموذجية على المؤسسات المالية الإسلامية، كما في عقد المرابحة النموذجي الذي تم تعميمه على البنوك الماليزية الإسلامية، ووضع شروط أساسية لما ينبغي أن يتضمنه عقد المرابحة المعمول به في المؤسسات الإسلامية في الجمهورية اللبنانية.

ثالثاً: التطبيق الإجرائي الخاطئ للمعاملات المالية الإسلامية، ولو كان العقد صحيحاً في الصياغة والشروط التي يتضمنها العقد. ويحصل هذا من قبل بعض

الموظفين لدى المؤسسة المالية الإسلامية؛ ويرجع السبب في ذلك إلى أن الكثير من هؤلاء الموظفين العاملين في تلك المؤسسة تخرجوا في كليات جامعية في الاقتصاد الوضعي، ولا يجمعون في تخصصاتهم بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي؛ لأن تطبيق العقد يستوجب معرفة الآليات الصحيحة في التنفيذ لكي لا تؤول هذه المعاملة إلى الخطأ الذي سيعرضها للبطلان. فقد كان بعض الموظفين يجري عقد بيع السلعة للعميل في عقد المرابحة للآمر بالشراء قبل امتلاك المؤسسة المالية الإسلامية للمبيع، وهو بيع ما لا يملك المنهي عنه فقها. وقد نظرت المحاكم في كثير من عقود المؤسسات المالية، ورصدت اختلالا في مراحل إبرامها، واضطرت لإعادة تكييفها.

رابعاً: الأسباب الخارجة عن إرادة أطراف التعاقد كالأزمات المالية والتي مصدرها ركود أو انهيار مالي داخلي أو خارجي؛ كما هو الشأن بالنسبة للأزمة المالية التي نتجت عن الرهون في أمريكا وأوربا، وامتد تأثيرها على مناطق أخرى من العالم. ومن بينها المؤسسات المالية الإسلامية؛ لأن تلك المؤسسات تدور في فلك اقتصاد عالمي متشابك، فنقص السيولة، وانهيار أسواق الأسهم، ومن ثم إعسار المدينين قد أدي حتما إلى المساس بقدرة الأطراف على تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وهذا بدوره أدى إلى نشوء نزاعات بين أطراف المنتجات المالية الإسلامية، وقد رصد المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم تنامي الدعاوى في القطاع العقاري والتمويل عبر صيغ المنتجات المالية الإسلامية من المشاركات، والمرابحات أثناء الأزمة المالية المعاصرة، وقد عرضت بعض تلك الدعاوى على المركز في محاولة مصالحة وتوفيق.

خامساً: عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل أحد أطراف العلاقة التعاقدية، سواء أكان العميل أم المؤسسة المالية، ومثال ذلك: أن يطلب العميل من المؤسسة استثمار أمواله في شراء وبيع أسهم مدرجة: (أي أسهم تتداول في أسواق منظمة

تعود ملكيتها لشركات مسجلة في البورصة) إلا أن المؤسسة لجأت لشراء أسهم غير مدرجة في لائحة البورصات.

وتتمثل الحلول لهذه المشكلات في عدة أمور منها: ضرورة نشر ثقافة الصناعة المالية الإسلامية بين المتعاملين مع المؤسسات المالية الإسلامية، ومراعاة ضوابط التوثيق السابقة، وإيجاد تخصصات مشتركة بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، وعمل دورات علمية مكثفة للموظفين في أصول المعاملات المالية الإسلامية، وأن تتعامل المؤسسات المالية مع العملاء بقدر ميزانيتها، ولا تلجأ إلى المداينات التي تثقل كاهلها، وحث الأطراف على الوفاء بالالتزامات العقدية. ووضع شرط في عقود المؤسسات الإسلامية التحكيم إلى مركز تحكيم إسلامي، وهو ما سيأتي تفصيله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: حكم اقتران عقود الصناعة المالية الإسلامية بشرط التحكيم أو التحاكم:

بحث الفقهاء في مدى حرية المتعاقدين في إضافة شروط إلى العقد حال تكوينه وإنشائه، وهي التي تعرف بالشروط المقترنة بالعقد، فما حكم اقتران شرط التحكيم أو التحاكم إلى عقود الصناعة المالية الإسلامية المعاصرة؟، وما أثر هذا الشرط في العقد؟. لكن قبل بيان هذا الحكم، لا بدَّ من بيان واقع اقتران عقود الصناعة المالية الإسلامية بشرط التحكيم أو التحاكم. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: واقع اقتران عقود الصناعة المالية الإسلامية بشرط التحكيم والتحاكم:

قام الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان برصد ما يجري عليه العمل في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة بخصوص شرط التحكيم أو التحاكم في عقود الصناعة المالية الإسلامية، وذكر ست صور، وهي على النحو الآتي[64]:

[64] بتصرف من تعقيب الدكتور حسين حامد حسان على بحث: " مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفاً فيها للدكتور عبدالستار الخويلدي ".

1-الصورة الأولى: عقود تنص صراحة على شرط التحكيم أو التحاكم للشريعة الإسلامية، وهي تعد المرجع الأساسي في تكييف العقد، وتفسيره، وتحديد نطاق تطبيقه، ومجال إعماله، وتكملة ما لم يرد فيه من أحكام، ومعظم هذه العقود عقود محلية أي أن المتعامل فرداً أو شركة يعيش في نفس البلد الذي توجد به المؤسسة المالية الإسلامية. كما في عقود البيع والشراء، والاستصناع، والإجارة وغيرها.

2-**الصورة الثانية:** عقود تنص على تطبيق القانون الوضعي المعمول به في البلاد **المحلية** مثل: قوانين بعض الدول العربية والإسلامية، واعتبار تلك القوانين هي المرجع الأساسي في تكييف العقد، وتفسيره، وتحديد نطاق تطبيقه، وتكملة ما لم يرد فيه من أحكام، وسواء ذكرت عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)**، أو لم تذكر.

3-**الصورة الثالثة:** عقود تنص على تطبيق القانون الوضعي المعمول به في البلاد **الأجنبية** مثل: قوانين الدول الغربية خارج بلاد الإسلام، واعتبار تلك القوانين هي المرجع الأساسي في تكييف العقد، وتفسيره، وتحديد نطاق تطبيقه، وتكملة ما لم يرد فيه من أحكام، وسواء ذكرت عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)**، أو لم تذكر.

4-**الصورة الرابعة:** عقود قبلت فيها المؤسسات المالية الإسلامية اقتران شرط التحكيم أو التحاكم للقانون الوضعي **للضرورة:** فقد يصرُّ الأفراد أو المؤسسات التقليدية المتعاملون مع المؤسسة المالية الإسلامية على رفض النص في العقد على تحكيم أو التحاكم إلى الشريعة الإسلامية لتفسير العقد، أو تكميل أحكامه، ويصرون على أن يكون المرجع في التحكيم أو التحاكم هو القانون الوضعي.

5-**الصورة الخامسة:** عقود ينصُّ فيها على أن طرفيها يقران بأنها صيغت صياغة شرعية منضبطة، وأنه لا يجوز لأي منهما المنازعة مستقبلاً بمخالفة العقد للشريعة الإسلامية، ومن ثم الدفع ببطلانه وعدم ترتب آثاره عليه. وقد تحتوى هذه العقود

على نصوص مخالفة للشريعة، بل قد يكون المنتج الذي ينظمه العقد حراماً، مثل: التورق المصرفي المنظم الذي منعته المجامع الفقهية مثل: مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

6-**الصورة السادسة:** عقود تتضمن شرطاً يقتضي أنه إذا بطل شرط من شروط العقد أو أثر من آثاره؛ فإن بقية شروط العقد وآثاره تكون ملزمة، وواجبة التنفيذ.

ثانياً:أحكام صور اقتران شرط التحكيم أو التحاكم بعقود الصناعة المالية الإسلامية:

بعد معرفة صور اقتران شرط التحكيم أو التحاكم بعقود الصناعة المالية الإسلامية نبين أحكام تلك الصور، وفيما يلي بيان ذلك:

1-**حكم الصورة الأولى:** لا خلاف بين الفقهاء القدامى والمعاصرين في صحة العقد الذي اقترن به شرط التحكيم أو التحاكم للشريعة الإسلامية، وصحة ذلك الشرط، ووجوب الوفاء به، في حالة الحاجة إليه في تكييف العقد، أو تفسيره، أو تحديد نطاق تطبيقه، أو تحديد مجال إعماله، أو تكملة ما لم يرد فيه من أحكام؛ وذلك لأن الشريعة الإسلامية هي المرجع الأساسي في تفسير نصوص العقد وتكميل ما وقع فيه من نقص. ولأن هذا الشرط صحيح اقتضته طبيعة العقود المالية التي ينشئها المتعاملون. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: " الأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه[65]". وقال ابن قيم الجوزية: " الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع، أو نهى عنه. وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرمه الله ولا دينا إلا ما شرعه الله، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر. والأصل في العقود

65 مجموع الفتاوى لابن تيمية، (28/ 386)

والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم[66]". ويستند هذا الأصل إلى قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ". (المائدة:1)، وقوله تعالى:" وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً". (الإسراء:34) وقوله صلى الله عليه و سلم:" المسلمون عند شروطهم[67]". فإذا وقع خلاف في تفسير بنود العقد يرجع إلى علماء متخصصين في فقه المعاملات المالية، أو إلى جهة متخصصة في التحكيم في النزاعات المالية والتجارية، أو الجهة التي حددها الشرط من المحاكم الشرعية، أو مركز التحكيم، أو هيئة الرقابة الشرعية، أو غير ذلك.

وقد أقر العلماء المعاصرون[68] صحة العقد الذي اقترن به شرط التحكيم أو التحاكم للشريعة الإسلامية، فقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي: " التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية[69]". وجاء في قرارات المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث: " يدعو المجلس في أوربا إلى اللجوء إلى التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية[70]".

2-**حكم الصورة الثانية**: إذا تضمنت عقود الصناعة المالية الإسلامية شرطاً يقتضي النص على التحكيم أو التحاكم إلى القانون الوضعي المطبق في البلاد **المحلية**؛ سواء ذكرت عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)** أو لم تذكر. كما جاء في أغلب

66 إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (1/ 344)
67 صحيح البخاري - البغا (2/ 794)
68 منهم: الدكتور حسين حامد حسان في تعقيبه على بحث: " مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفاً فيها للدكتور عبدالستار الخويلدي "، والدكتور عجيل النشمي في بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، والدكتور حمزة الفعر، في بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، وفتاوى أعيان بالكويت، 323/2 .
69 قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ص298، في قراره رقم: (9/8/91) في مؤتمره التاسع المنعقد في (1-1415/11/6هـ الموافق1-1995/4/6م)
70 القرارات والفتاوى، المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، ص81.

عقود المصارف الإسلامية في دولة قطر مثلاً. فقد وقع الاختلاف في حكم هذه الصورة على قولين:

القول الأول: يرى الشيخ أحمد شاكر[71] والشيخ سليمان بن سحيمان، والشيخ حمد بن عتيق، والدكتور حمزة الفعر الشريف [72]: حرمة النص على التحكيم أو التحاكم إلى القوانين الوضعية في عقود المعاملات الإسلامية؛ لكون تلك القوانين مخالفة لشرع الله، وهو إعراض عن شرع الله، ورضا بغيره، وهذا أمر قد يخرج المرء المسلم من دائرة الإيمان إلى دائرة الكفر. وفي هذا يقول الشيخ ابن سحيمان: " إذا كان هذا التحاكم كفرا، والنّزاع إنما يكون لأجل الدنيا، فكيف يجوز لك أن تكفر لأجل ذلك؟ فإنه لا يؤمن الإنسان، حتى يكون الله ورسوله أحب إليه مما سواهما، وحتى يكون الرسول أحب إليه من ولده ووالده والناس أجمعين. فلو ذهبت دنياك كلها، لما جاز لك المحاكمة إلى الطاغوت لأجلها، ولو اضطرك مضطر وخيرك بين أن تتحاكم إلى الطاغوت، أو تبذل دنياك، لوجب عليك البذل، ولم يجز لك المحاكمة إلى الطاغوت[73]". وقال الدكتور حمزة الفعر الشريف: " أما في حال إمكان التحاكم إلى الشريعة الإسلامية، أو في حال إمكان اختيار مسلمين عدول، أو اللجوء إلى بعض المؤسسات التي تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة في التحكيم ولا تخرج عنها .. فإنه لا يجوز للمسلم إهمال ذلك أو اختيار محكمين من غير المسلمين؛ لأنه بفعله هذا يرضى بحكم غير الله، فينطبق عليه مقتضى الأدلة التي اتفق العلماء على صحتها،

71 عمدة التفسير، أحمد شاكر، 215/2، نقلاً عن الشريعة الإلهية لا القوانين الوضعية لعمر الأشقر، ط1، 1983م.

72 الدرر السنية في الأجوبة النجدية، نقلاً عن بحث: "حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية" الدكتور حمزة الفعر، مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، ص14.

73 الدرر السنية في الأجوبة النجدية، نقلاً عن بحث: "حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية" الدكتور حمزة الفعر، مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، ص14.

وعلى القول بمقتضاها في حق من رضي بالاحتكام إلى غير شرع الله من غير عذر[74]".

وبهذا أخذ المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين، التي عقدت في مكة المكرمة في الفترة (19-1432/1/23هـ الموافق25-2010/12/29م) حيث جاء في قراره الأول:" **أولاً:** أنه من المعلوم من الدين بالضرورة أن تحاكم المسلمين إنما يكون لشرع الله، قال تعالى: " فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً". (النساء:65) **ثانياً:** وبناء على ذلك فإن اشتراط التحكيم لا يجوز إلا إلى شرع الله سبحانه وتعالى، وهذا ما ألزم الله به عباده المؤمنين؛ لأنه علامة الإيمان والتسليم والانقياد لله، وما يجري في هذا الزمان من بعض المسلمين من اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية المخالفة للشريعة؛ أمر يتعارض مع الأدلة الشرعية الصريحة الصحيحة، ولا يجوز للمسلم فعله، ولا القبول به، قال تعالى: " أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلالا بَعِيدًا ". (النساء:60) **ثالثاً:** لما كان من حق كل طرف من أطراف النزاع اختيار محكمه، فإنه لا يجوز للمسلم القبول باختيار محكم غير مسلم؛ لأن شرط المحكم أن يكون من أهل القضاء وقت التحكيم ووقت الحكم[75]". ويستدل لهذا بما يأتي:

1-قوله تعالى: " أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ". (النساء:60) ففيها بيان بأن من زعم الإيمان بالله وبرسوله، وهو يحكم غير شريعة الإسلام، فهو كاذب منافق، ضال عن الصراط المستقيم[76].

74 بحث: "حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية" الدكتور حمزة الفعر، مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، ص21.
75 قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ص515-516.
76 الدرر السنية في الأجوبة النجدية - الرقمية (10/ 507)

2-وقوله تعالى: " فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً". (النساء:65) فقد أقسم الله بنفسه أن الخلق لا يؤمنون، حتى يحكموا الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع موارد النِّزاع؛ فإذا حكم انتفى الحرج باطنا، وحصل التسليم الكامل ظاهرا؛ فمن لم يحصل منه ذلك؛ فالإيمان منتف عنه. وقد تظاهرت الأدلة الشرعية، بالدلالة على ذلك،

3- قوله تعالى: " وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمِ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ".(النور:48-51). فذم الله في كتابه من أعرض عن حكم رسوله.

القول الثاني: ذهبت بعض الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية في هذا العصر ومنهم الدكتور حسين حامد حسان: إلى جواز التحكيم أو التحاكم إلى المحاكم المحلية في الدول العربية الإسلامية التي تطبق القوانين الوضعية، إذا كانت مستمدة من الفقه الإسلامي؛ كما جاء في أغلب عقود المصارف الإسلامية في دول الخليج العربي؛ فقد نصت صيغ الكثير من عقود المصارف الإسلامية على التحاكم أو التحكيم للمحاكم المحلية مع ذكر عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)**. ومن ذلك أنه: " تسرى أحكام القانون القطري والقوانين والأنظمة المرعية؛ فيما عدا ما نصَّ عليه من اتفاق بين الطرفين، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية". كما نصت بعض صيغ عقود المصارف الإسلامية المحلية على التحاكم أو التحكيم للمحاكم المحلية مطلقاً؛ دون ذكر عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)** فقد جاء فيه:" أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي/ أو أطراف هذا العقد (الاستصناع) خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على المحاكم القطرية". وبالرغم من أن الدكتور حسين حامد حسان أجاز النص على تحكيم القانون الوضعي مع ذكر عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)**؛ إلا أنه أبدى تحفظه على أن يتولى القاضي

التفسير والتكميل، حيث قال:" يجوز النص على تحكيم القانون الوضعي في تفسير عقود المؤسسات المالية الإسلامية وتكميلها، ما لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإن خالفها كانت أحكام الشريعة هي الحاكمة. غير أن هذا النص يتيح في كثير من الحالات، وكما هو الواقع في العمل للقاضي غير المتخصص في الشريعة الإسلامية أن ينحي الشريعة الإسلامية لصالح القانون الوضعي الذي درسه ومارسه، وذلك بقصد أو بدون قصد لعدم خبرته بمقاصد الشريعة العامة ومبادئها الكلية وأحكامها الجزئية، ويزيد من هذه الصعوبة لدى القاضي أن معظم العقود التي تكون المؤسسة الإسلامية طرفاً فيها عقود جديدة أو مركبة من عدة عقود شرعية، وقد لا تحمل نفس مصطلحات الفقه الإسلامي وهذا على فرض أن القاضي قد تمرس على نصوص هذا الفقه[77]". واستدل القائلون بالجواز بما يلي:

1-قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ". (النساء:59) فالحاكم إذا أمر بغير معصية وجب تنفيذ أمره؛ وذلك لأن ولي الأمر مأمور برعاية الأمة، وهو إذا أمر بشيء أو نهي عن شيء فهو إنما يراعي في ذلك المصلحة العامة للأمة. روى في سبب نزول هذه الآية عن علي أنه قال: " بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية، واستعمل عليهم رجلا من الأنصار، فلما خرجوا وَجَد عليهم في شيء. قال: فقال لهم: أليس قد أمركم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تطيعوني؟ قالوا: بلى، قال: اجمعوا لي حطبا. ثم دعا بنار فأضرمها فيه، ثم قال: عزمت عليكم لتدخلنها. [قال: فهم القوم أن يدخلوها] قال: فقال لهم شاب منهم: إنما فررتم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من النار، فلا تعجلوا حتى تلقوا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن أمركم أن تدخلوها فادخلوها. قال: فرجعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه، فقال لهم: "لو دخلتموها ما خرجتم منها

77 تعقيب الدكتور حسين حامد حسان على بحث: " مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفاً فيها للدكتور عبدالستار الخويلدي ".

أبدا؛ إنما الطاعة في المعروف[78]". واسم القائد الذي حدث معه ذلك هو: عبد الله بن حذافة بن قيس بن عدي.

2-وقوله صلى الله عليه وسلم: " اسمعوا وأطيعوا، وإن استعمل عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة[79]". فهو يدل على وجوب طاعة ولاة الأمور؛ في غير معصية، وكذلك تجب طاعة من استعملوه، وولوه بعض الولايات، ولو كان المولى عبداً حبشيّاً، كأنّ رأسه زبيبة. أي: أنّ شعر رأسه مقطقط إشارة إلى بشاعة صورته[80].

3-و لأن أحكام القانون المدني لا تختلف في مضامينها في الغالب عن أحكام عقود المعاملات المالية في الفقه الإسلامي.

والراجح القول الثاني من جواز النص على شرط التحكيم أو التحاكم للمحاكم المحلية مع ذكر عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)**؛ لأن ظاهر هذا النص أنه كحكم الصورة الأولى؛ لأن هذا يعني أن الشريعة الإسلامية هي واجبة التطبيق، وهي المرجع في تفسير العقد وتكميله إذا خالف القانون الوضعي الشريعة الإسلامية، ولأن أغلب تلك القوانين من القانون المدني والتجاري مستمدة من الفقه الإسلامي، ومتمشية مع مبادئه العامة وروحه التشريعي، إلا ما يتعلق بالتأمين التجاري، والفوائد البنكية في القانون التجاري؛ حيث جاءت مخالفة للشريعة الإسلامية، وأما ما عداها من قواعد قانونية؛ فهي متفقة مع الفقه الإسلامي، وبالتالي تجب طاعتها وتحكيمها أو التحاكم إليها. بهذا يتبين أن معيار التوافق بين تلك القوانين والشريعة الإسلامية هو: أن تكون تلك القوانين مستمدة من الفقه الإسلامي بمفهومه العام أي من جميع المذاهب الفقهية المعتبرة، ومن آراء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المجتهدين الذين نقلت آراؤهم في مدونات الفقه، ولم تدون لهم مذاهب كاملة: كالليث بن سعد، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى وغيرهم. لذلك يمكن أن

[78] مسند الإمام أحمد(82/1) وصحيح البخاري، رقم (4340)، وصحيح مسلم، رقم (1840).
[79] صحيح البخاري - البغا (6/ 2612) رقم: (6723)
[80] التيسير بشرح الجامع الصغير ـ للمناوى (1/ 308)

ينص في اشتراط التحكيم صراحة بأن يقال: **" فإذا خالفها كان حكم الشريعة هو المطبق"**. وبذلك يكون العقد صحيحاً، وتكون المؤسسة قد وفت بالتزامها الشرعي من حيث إنها استبعدت القوانين المناقضة لأحكام الشريعة.

هذا بالنسبة للعقود المسماة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، **أما بالنسبة للعقود المستجدة** التي ليس فيها نص شرعي من الكتاب أو السنة، ولا قول فقهي لفقيه سابق، فلم تبق تلك العقود بدون حكم شرعي، واجتهاد مبني على أدوات النظر الفقهي من التكييف الفقهي، أو المصلحة المرسلة، أو سد الذرائع، أو العرف، أو قواعد الفقه الكلية، أو مقاصد الشريعة أو غير ذلك، وقد نظر فيها العلماء المعاصرون بشكل فردي، واجتهدوا فيها، كما نظرت فيها المجامع الفقهية المعاصرة بشكل جماعي، وبينت أحكامها الشرعية، فيمكن رجوع المحكم أو القاضي إليها لمعرفة أحكام تلك المستجدات، وما يتعلق بها من أركان وشروط وغير ذلك. ولذا لا بد من النص في هذه الصورة على عبارة: (ما لم يخالف الشريعة) فلا يصح إلا إذا نص .

3-**حكم الصورة الثالثة:** إذا تضمنت عقود الصناعة المالية الإسلامية شرطاً يقتضي النص على التحكيم أو التحاكم إلى القانون الوضعي المطبق في البلاد **الأجنبية**، سواء ذكرت عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)** أو لم تذكر.

فقد اتفق العلماء المعاصرون على عدم جواز النص على التحكيم أو التحاكم إلى القوانين الأجنبية **مع عدم ذكر عبارة: (ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)**، وبخاصة إذا كان طرفا النزاع من المسلمين؛ لما في ذلك من المصادمة للنصوص الشرعية السابقة، ولأن مصادر الأحكام في كل من الشريعة والقانون الوضعي مختلفة اختلافاً كبيراً، فمصادر أحكام الشريعة الإسلامية هي القرآن الكريم، والسنة النبوية والإجماع والاجتهاد من القياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع

وغيرها، في حين إن مصادر قواعد القانون الوضعي الأجنبي هي العرف، والقانون الطبيعي وغير ذلك.

وهل يبطل العقد بالنص على هذا الشرط فيه؟ على قولين في الفقه الإسلامي.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية[81] إلى أنه يبطل به العقد. وبه أخذ الدكتور حسين حامد حسان، حيث قال: " ويبطل به العقد في نظري؛ لأنه ليس فقط شرط ينافي مقتضى العقد، بل إنه ينافي نصوص الشرع، وهو قبول شروط لم يشترطها الشرع، أو ترك شروط يشترطها الشرع، أو ترتيب حقوق والتزامات على طرفي العقد لم يرتبها الشرع عليه، وإعطاء هذه السلطة للقاضي الذي يعرض عليه النزاع مخالفة للشرع كذلك، لأنه يكمل أحكام العقد غير المذكورة فيه، ويفسر نصوصه بأحكام القانون الوضعي، وإن ناقضت أحكام الشريعة فهو إذن تفويض للقاضي في تكميل العقد وتفسيره بحكم القانون في حالة عرض النزاع عليه إذا رأى أن نصوص العقد تحتاج إلى تفسير، أو أن هناك فراغاً في العقد، أي خلوه من بعض الأحكام. ولا شك أن هذا فوق أنه مخالفة للشرع، فهو يخالف إرادة العاقدين الذين قصدا باللفظ معناه الشرعي، وأن العقد يكمل بأحكام شرعية، وليس بأحكام وضعية[82]". واستدلوا لذلك بحديث: " نهى عن بيع وشرط[83]". وحديث:" النهي عن صفقتين في صفقة[84]". فالنهي يقتضي الفساد.

القول الثاني: ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية إلى التفريق بين ما إذا كان المشترط يعلم بعدم صحة هذا الشرط، وبين ما إذا كان لا يعلم بذلك. فإن كان عالماً بذلك؛

---

[81] البحر الرائق لابن نجيم، 194/6، المقدمات لابن رشد الجد، 544، مغني المحتاج للشربيني، 34/2، الإنصاف للمرداوي، 349/4، المحلى، لابن حزم،404/9.

[82] تعقيب الدكتور حسين حامد حسان على بحث: " مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفاً فيها للدكتور عبدالستار الخويلدي ".

[83] سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب كراهة بيع ما ليس عند الإنسان، 535/3، وقال: حسن صحيح.

[84] مسند أحمد بن حنبل، 398/1.

صح العقد وألغي الشرط[85]؛ لحديث بريرة: " من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له، وإن شرط مائة شرط[86]"، فقد أبطل النبي صلى الله عليه وسلم الشرط، وصحح العقد؛ لأنه أعلمهم بأن الشرط محرم، وإن جهل المشترط حرمة الشرط؛ كان له الخيار في أن يتنازل عن شرطه، ويصح العقد، أو أن يفسخ العقد، ويستدل لذلك بالقياس على خيار العيب.

والراجح هو القول الثاني من أن العقد لا يبطل إلا إذا أصر المشترط على العمل بشرطه، ولم يتنازل عنه، في حالة ما إذا كان جاهلاً بالحرمة، أما إذا كان المشترط عالماً بحرمة الشرط؛ فيصح العقد، ويلغو الشرط؛ عملاً بمبدأ استقرار العقود.

***هذا إذا لم تذكر عبارة: (ما لم يخالف الشريعة الإسلامية) مع شرط التحكيم أو التحاكم إلى القوانين الوضعية الأجنبية، أما إذا كان النص على الشرط يتضمن العبارة السابقة؛** فقد اختلف العلماء المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: يرى الدكتور محمد الزحيلي جواز النص على التحكيم أو التحاكم إلى القوانين الأجنبية مع ذكر عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)**، فقد سئل عن شركة ضخمة تعاقدت مع مشروع تجاري كبير لإنجاز بناء وتنفيذه، ثم تعاقدت الشركة الأولى من الباطن مع شركة سويسرية، وتضمن العقد شرطاً بالتحكيم إلى الغرفة التجارية الدولية في باريس عند حل أي خلاف، وأن القانون الواجب التطبيق، فهل يصح هذا الشرط؟. فأجاب بقوله: " لم يرد في السؤال؛ ولم تبين محكمة الدرجة الأولى وجه المخالفة في القانون السويسري مع الشرع الإسلامي في موضوع الخلاف، وهل هو مخالف لنص قطعي في الكتاب والسنة، أم أنه مجرد وهم، وتعصب أنه قانون أجنبي؟. فإن كان القانون مخالفاً لنص صريح وقطعي في الكتاب والسنة في محل النزاع، وهو مجمع عليه عند الفقهاء، فتكون الشركة السعودية آثمة،

[85] مجموع الفتاوى لابن تيمية، 339/29.
[86] صحيح البخاري، كتاب المكاتب،126/3، وكتاب الشروط، 177/3.

ويعتبر الشرط باطلاً، ويبقى الاتفاق صحيحاً، وتبقى صلاحية الجهة الأجنبية للتحكيم سليمة. أما إن لم توجد مخالفة شرعية صريحة لحكم متفق عليه ومجمع عليه في محل العقد بين الطرفين، فإن الشرط صحيح ويجب الالتزام به ويجب تطبيقه. وإن ورد في القانون السويسري حكم مختلف فيه بين الفقهاء، وليس فيه دلالة قطعية على التحريم، فالشرط صحيح، ويجب الوفاء به، فالمؤمنون عند شروطهم، وهذا اتفاق بين مسلم مع غير المسلمين، وخارج ديار الإسلام، فهو كالمعاهدات والاتفاقات الدولية يجب الالتزام بها، وقد ثبت في السنة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عقد عدة اتفاقيات مع غير المسلمين، وعدة معاهدات مع الكفار، وكان يلتزم به، حتى إنه وفى بالعهد والشرط الذي أعطاه الصحابي **(اليمان)**، وهو والد حذيفة بن اليمان، عندما أمسك به كفار قريش، ومنعوه من الهجرة إلا أن يتعهد ألا يقاتل المشركين، فطلب منه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتغيب عن بدر مع ابنه حذيفة، وقال: " انصرفا، نفي لهم بوعدهم، ونستعين الله عليه[87]". وكذلك التزامه صلى الله عليه وسلم للمشركين في صلح الحديبية بالشروط التي طلبوها، واعتبرها بعض الصحابة مجحفة، وورد في الحثيات أن الشرط بين شركة سعودية، وشركة سويسرية، وليس بين مسلمين من الطرفين، وأن الشركة السعودية وقعت خارج ديار الإسلام، وقد كتبت فيه بحثا مطولاً وأرسلته إلى مجلة محكمة لينشر فيما بعد، وأنه يجوز ذلك فيما لا يخالف نصاً متفقاً على تحريمه[88]".

القول الثاني: يرى الشيخ أحمد شاكر[89] والدكتور عجيل النشمي[90] عدم جواز ذلك؛ لما في ذلك من المصادمة للنصوص الشرعية السابقة.

---

87 صحيح مسلم (3/ 1414) رقم: (98) - (1787)

88 فتاوى فقهية معاصرة للدكتور محمد الزحيلي، ص709-710.

89 عمدة التفسير، أحمد شاكر، 215/2، نقلاً عن الشريعة الإلهية لا القوانين الوضعية لعمر الأشقر، ط1، 1983م.

90 بحث: " اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية."

والراجح القول الثاني، من عدم جواز ذلك؛ لما في ذلك من المصادمة للنصوص الشرعية، ولأن مصادر الأحكام في كل من الشريعة والقانون الوضعي مختلفة اختلافاً كبيراً، فمصادر أحكام الشريعة الإسلامية هي القرآن الكريم، والسنة النبوية والإجماع والاجتهاد من القياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع وغيرها في حين إن مصادر قواعد القانون الوضعي الأجنبي هي العرف، والقانون الطبيعي وغير ذلك.

4-حكم الصورة الرابعة: إذا كان التحاكم أو التحكيم للقوانين الوضعية الأجنبية أو إلى محكمة دولية غير إسلامية مع عدم ذكر عبارة: **(ما لم يخالف الشريعة الإسلامية)** ممنوع شرعاً للأدلة السابقة. **فهل تدخل الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلتها على ذلك المنع،** فتغيره إلى الجواز؛ عملاً بالقاعدة الفقهية: " الضرورات تبيح المحظورات[91]"، فينص في عقود الصناعة المالية الإسلامية على تطبيق القانون الوضعي الأجنبي الدولي المطبق في الغرب؛ وبخاصة إذا كان أحد طرفي النزاع من غير المسلمين، فهل يجوز للمؤسسات المالية الإسلامية ذلك؟ خلاف بين المعاصرين.

القول الأول: يرى الشيخ سليمان بن سحيمان، والشيخ حمد بن عتيق حرمة النص على التحاكم أو التحكيم إلى القوانين الوضعية في عقود المعاملات الإسلامية؛ لكونها مخالفة لشرع الله، فهو إعراض عن شرع الله، ورضا بغيره، وهذا أمر قد يخرج المرء المسلم من دائرة الإيمان إلى دائرة الكفر. وقد بينت أدلة هذا الرأي.

القول الثاني: يرى الدكتور محمد الزحيلي والدكتور عجيل النشمي والدكتور حسين حامد حسان أن شرط التحاكم أو التحكيم إلى القوانين الوضعية الأجنبية أو النظام التقليدي في عقد مالي، وبخاصة إذا كان العقد بين مسلمين وغير مسلمين؛ يجوز للضرورة؛ لكن بضوابط شرعية لتلك الضرورة، وبهذا أخذ المجمع الفقهي

الدكتور عجيل النشمي، مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي.
91 الأشباه والنظائر – للسيوطي، (ص: 172)

الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العشرين، التي عقدت في مكة المكرمة في الفترة (19-1432/1/23هـ الموافق25-2010/12/29م) حيث جاء في قراره الأول: " المسلمون الذين يقيمون في مجتمعات أو دول غير إسلامية يجوز لهم عند الضرورة أو الحاجة المنزلة منزلتها التحاكم إلى المحاكم القانونية في بلدانهم حفظاً لحقوقهم ودفعاً للأضرار عنهم، وذلك ما لم تكن لديهم هيئة تحكيم إسلامية يمكن التحاكم إليها[92]". وقد اقتصر الدكتور الزحيلي على عدم مخالفة القانون للشريعة الإسلامية مخالفة صريحة لنص شرعي قطعي[93]. **وقد اشترط الدكتور عجيل النشمي عدة شروط لذلك وهي:** أن تكون الضرورة قطعية، بحيث يؤدي تفويت التحكيم بالقانون الأجنبي إلى مفاسد تلحق بالمسلمين، وتفوت عليهم مصالح يقينية كلية، والتقيد بحد الضرورة بأن يكون القضاة أو المحكمون كلهم أو جلهم مسلمين، وانتفاء وجود محكمة عدل دولية[94].

وقال الدكتور حسين حامد حسان:" الذي أراه أن على المؤسسة الإسلامية أن تبذل قصارى جهدها مع المتعاملين معها، أو المشاركين لها في التمويل على أن تكون العقود شرعية، وأنه يرجع إلى الشريعة في تفسيرها وتكميلها. وإذا أصرت المؤسسة المالية على ذلك، فإن كثيراً من المؤسسات التقليدية سوف تقبل هذا الشرط. ومع ذلك إذا كان حجم تعامل المؤسسات الإسلامية مع الرافضين لتطبيق الشريعة في تفسير العقد وتكميله كبيراً، بحيث تتأثر المؤسسة الإسلامية تأثراً مالياً واضحاً برفض التعامل مع هذه المؤسسات، كما ترى هيئتها الشرعية، فإن لها أن تقبل مثل هذه العقود: كحالة استثنائية لأن الضرورة تقدر بقدرها مع مراعاة ما سبق من وجوب صياغة العقود على نحو يقلل من مفاسد الرجوع إلى القانون الوضعي، بأن تكون عبارة العقد واضحة لا تحتاج إلى تفسير أو تأويل، ونصوصه وافية بشروطه

92 قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ص515-516.
93 فتاوى فقهية معاصرة للدكتور محمد الزحيلي، ص709-710.
94 بحث: " اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية." الدكتور عجيل النشمي، مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، ص63.

وأحكامه، بحيث لا تحتاج إلى تكميل، مع تمهيد أو مقدمة تشرح طبيعة العقد وخصائصه، وأهم المبادئ التي يقوم عليها حتى يتميز عما عداه من العقود الوضعية. فالعقود الشرعية مصدرها الشريعة، وليس لها جميعاً نظائر في القوانين الوضعية، وحتى التي لها نظائر مثل: عقود البيع والرهن والإجارة والوكالة والكفالة، فإن شروطها وأحكامها تختلف عنها في القانون الوضعي، وتفسيرها أو تكميلها بأحكام القانون الوضعي يفسدها ويخرجها عن خصائصها.[95]" وقد بين الدكتور حسان الحكم فيما إذا كان المتعامل مع المؤسسة غير مسلم؛ مؤسسة أو فرداً وأصر على تحكيم القانون الوضعي دون ضرورة لذلك؛ أنه لا يجوز للمؤسسة في هذه الحالة أن تخضع تفسير عقودها مع المؤسسة أو الفرد غير المسلم وتكميل هذه العقود، لأحكام قانون وضعي أو لاختصاص قضاء لا يحكم بمقتضى الشريعة، هذا من حيث المبدأ، ولكن ما الحكم إذا أصرت المؤسسة الأخرى على تحكيم قانون آخر مثل: القانون الإنجليزي، لكي يفسر العقد، ويحدد نطاق تطبيقه ومجال إعماله، ويكمل ما لم يرد فيه من أحكام في ضوء فلسفة هذا القانون ومبادئه الكلية ونصوصه الجزئية؟ على المؤسسة المالية الإسلامية أن تصر على رفض خضوع عقودها للقانون الوضعي بحكم أن نظامها الأساسي والترخيص الممنوح لها من السلطات الرقابية في البلد الذي تباشر نشاطها فيه لا يسمحان لها بذلك. **وفي حالات الضرورة القصوى التي تقدرها الهيئة الشرعية للمؤسسة المالية يتبع ما يلي:**

أ-إعداد العقد إعداداً وافياً بحيث يستوعب جميع شروط وأحكام العقد، وما يرتبه من حقوق والتزامات على طرفيه، فإذا كان عقد مضاربة مثلاً فإن جميع شروط وأحكام عقد المضاربة والآثار التي تترتب عليه من حقوق وواجبات يجب أن يتضمنها العقد.

[95] الدكتور حسين حامد حسان في تعقيبه على بحث: " مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفاً فيها للدكتور عبدالستار الخويلدي "

ب-إرفاق نسخة من المرجع المتفق عليه لتفسير نصوص عقد المضاربة مثلاً، وتكميل ما لم يرد فيه من أحكام حتى يستعين به القاضي باعتباره جزءاً مكملاً للعقد، وفي نفس الوقت يتمكن المتعامل مع المؤسسة من الاطلاع عليه، وذلك مثل المعيار الشرعي، أو قرار المجمع الفقهي، أو النص المقنن الخاص بعقد المضاربة مثل: نصوص مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي والمجلة في الفقه الحنفي.

جـ-أن يكون التمهيد للعقد وافياً بشرح طبيعة العقد وخصائصه والهدف المقصود منه بما يميزه عن بعض العقود الوضعية التي قد تشبهه، ولا مانع من استخدام مصطلحات حديثة مما تستخدم في العقود التقليدية مع الدقة البالغة.

د- يمكن أن ينص في العقد على أنه في حالة الحاجة إلى تفسير العقد أو تكميله يرجع إلى خبير شرعي واحد أو إلى هيئة شرعية معينة، لأنه يتحتم على القاضي في هذه الحالة أن يعرض المسائل التي تحتاج إلى تفسير أو تكميل على الخبير الشرعي المتفق عليه في العقد؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين في النظام الوضعي، وعلى المحكمة أن تنفذ هذا العقد مع شرط اللجوء إلى الخبير في معرفة حكم الشريعة.

هـ-أن تكون هناك مؤسسة أو مؤسسات تعنى بإعداد نماذج عقود شرعية لا تترك إلا مجالاً محدوداً لدخول القوانين المخالفة للشريعة عن طريق التفسير والتكميل والتكييف إذا اقتضت الضرورة قبول القانون الوضعي مرجعاً للتفسير والتكميل، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

والراجح هو القول الثاني من جواز التحاكم للقوانين الوضعية الأجنبية للضرورة مع مراعاة الضوابط الفقهية السابقة؛ عملاً بالقاعدة الفقهية: **(الضرورات تبيح المحظورات)**، ولأنها قاعدة متفق عليها تقوم على أدلة من الكتاب والسنة ولكون تطبيقاتها مما تضطر إليها الأمة، لكن ينبغي أن تقرن بقاعدة أخرى مقيدة لها هي : **(الضرورات تقدر بقدرها)** ولن أبسط القول في هذه القاعدة الهامة؛ لأن الموضوع لا

يحتمله غير أني أردت الإشارة إليها لتراعى في الفتوى عند تحقق شروطها، وهي: أن تكون الضرورة واقعة غير منتظرة، وأن يتحقق، أو يغلب على الظن وجود خطر حقيقي على الدين، أو النفس، أو العقل، أو النسل، أو المال. وأن تكون ملجئة؛ بحيث يخاف الإنسان هلاك نفسه أو قطع عضو من أعضائه، أو تعطل منفعته إن ترك المحظور. وأن لا يجد المضطر طريقا آخر غير المحظور. فمتى تخلف شرط من هذه الشروط انتفى القول بالضرورة.

5-**حكم الصورة الخامسة:** قد يقول كل من العاقدين: اطلعت على هذا العقد من عقود الصناعة المالية الإسلامية، ودرسته وعرضته على محامين ومستشارين ماليين للتأكد من تحقق أركانه وتوافر شروطه، وسلامته وصحته من الناحية الفقهية والقانونية، فوجدته سليماً صحيحاً منضبطاً. وبناء على ذلك اتفقت مع الطرف الآخر على أنه لا يجوز لأي منا في المستقبل المنازعة بمخالفة العقد للشريعة الإسلامية، ومن ثم الدفع ببطلان هذا العقد، وعدم ترتب آثاره عليه، فلا يجوز هذا الشرط؛ لأن العقد قد يحتوى على ما يخالف الشريعة، بل قد يكون المنتج الذي ينظمه العقد حراماً، مثل: التورق المصرفي المنظم الذي منعه مجمع الفقه الإسلامي الدولي[96]. هذا إضافة إلى أن الشريعة الإسلامية جاءت بمنع الكثير من المعاملات والأنكحة التي ظاهرها سلامة العقد: كبيع العينة، ونكاح المحلل ونحو ذلك، وذكر العلماء الكثير من صور الحيل في كتب الفقه. ولكن بطلان هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان العقد، ولا يستطيع كل من العاقدين أن يدفع ببطلان العقد؛ كما بينت سابقاً في الصورة الثالثة.

6-**حكم الصورة السادسة:** إذا تضمنت عقود الصناعة المالية الإسلامية شرطاً يقتضي أنه إذا بطل شرط من شروط العقد أو أثر من آثاره؛ فإن بقية شروط العقد وآثاره تكون ملزمة، وواجبة التنفيذ.

[96] الدكتور حسين حامد حسان في تعقيبه على بحث: " مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفاً فيها للدكتور عبدالستار الخويلدي "

نص الفقهاء على أنه إذا تخلف شرط من شروط العقد فقد العقد صفة اللزوم، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد؛ لأن وجود المشروط متعلق بالشروط جميعها كتعلق الحكم بالعلة، والحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً[97]. ولذا لا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، والنص في العقد أنه إذا بطل شرط من شروط العقد أو أثر من آثاره؛ فإن بقية شروط العقد وآثاره تكون ملزمة، وواجبة التنفيذ. وقد قال الدكتور حسين حسان:" إن هذا الشرط باطل، وبالتالي فإنه إذا بطل شرط أو التزام أو حق، لمخالفته لأحكام الشريعة، ومخالفته لمقتضى العقد، فإن العقد يبطل على الرغم من وجود النص على أن بطلان شرط، أو نص لا يقتضي بطلان بقية شروط وأحكام العقد[98]".

المطلب الثالث: أهمية النص في عقود الصناعة المالية الإسلامية على التحكيم للشريعة وصيغته:

مما لا شك فيه أن التحكيم الشرعي سوف يخفف من الآثار السلبية التي تنتج عن عدم معرفة الحكم الشرعي المناسب، أو سوء تفسيره وتكميله في ضوء الشريعة. ولذا ينبغي النص في عقود الصناعة المالية الإسلامية على خضوع هذه العقود في تفسيرها وتكميلها إلى مركز متخصص في الفقه الإسلامي. وفيما يلي بيان لأهمية النص في العقد على التحكيم للشريعة الإسلامية، والصيغة المعتبرة والمقترحة للشرط التحكيمي في تلك العقود:

أولاً: **أهمية النص في عقود الصناعة المالية الإسلامية على التحكيم للشريعة:**

إذا كان القضاء يشاطر التحكيم في فض المنازعات في العقود المالية، فإن التحكيم يمتاز عنه بعدة مميزات، ولذلك لا بدَّ من النص في العقد على التحكيم للشريعة الإسلامية. وفيما يلي بيان تلك المميزات[99]:

---

[97] أصول فخر الإسلام، 493/6.

[98] المرجع السابق.

[99] بتصرف من بحث: "التحكيم وأهميته" للدكتور علي خليل الحديثي المحامي والمحكم الدولي منشور ضمن أعمال الملتقى السنوي بعنوان:" مبادرة دبي عاصمة للاقتصاد الإسلامي: الأبعاد

1-السرعة في فض المنازعات؛ لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للنظر في قضية واحدة، للفصل فيها، فيحصل لهم حسمها في أقرب وقت ممكن، وفي الغالب لا تزيد على ستة (6) اشهر، في حين إن القاضي النظامي يحكم في عدة قضايا، ولا يحكم في القضية إلا بعد عدة تأجيلات لأدنى الأسباب، وهذا يستغرق وقتاً طويلاً.

2-الاقتصاد في النفقات: فنفقات التحكيم أقل بكثير من نفقات رسوم المحاكم، واتعاب المحاماة وغير ذلك؛ فهو يوفر على الخصمين كثيراً من المصروفات المالية التي يتكبدها الخصوم عند رفع القضية إلى القضاء النظامي.

3-السرية في تداول المعلومات: حيث إن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصراً، في حين إن جلسات التقاضي في المحاكم علنية، ولا تبقى تحت علم القاضي. هذا إضافة إلى أن المحكمين يقسمون اليمين على الحياد والسرية في كل قضية يتولون التحكيم فيها.

4- بساطة إجراءات التحكيم، والحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير مقيدة إلا بما ينفع حسم الموضوع.

5-الرضا التام في اختيار المحكمين من قبل أطراف النزاع، بحيث يشعر كل منهم بكامل الاطمئنان إلى ما يصدر منهما من حكم؛ لانهم اختاروا بإرادتهم من يحكم بينهم.

6-نزع الحقد والغل من صدور المتخاصمين، فاغلب الأحيان يأتي قرار المحكمين أقرب ما يكون للتراضي؛ لأنه تم من محكمين حائزين على ثقة الجميع، فيؤدي القرار إلى وأد الخصومة والمشاحنات، وبالتالي اطمئنان النفوس والرضا وإعادة العلاقات الطيبة بينهم.

الشرعية والقانونية للصناعة المالية الإسلامية، في دبي بتاريخ (2013/10/23) نظمه المركز الإسلامي الدولي للمصالحة بدبي.

7-خضوع قوانين التحكيم التجاري وإجراءاته للتطوير الدائم أكثر مما تخضع له قوانين القضاء وإجراءاته، وهذا مما يكرس الثقة بالتحكيم. ويرجع السبب في كثرة خضوع التحكيم للتطوير إلى عدة أمور وهي:

أ-لقد اصبح التحكيم التجاري الدولي ذا نطاق قانوني عالمي يعلو على النظم القضائية الوطنية.

ب-لم يعد التحكيم سلعة يجب استظهار محاسنها وتسويقها، بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، ولم يعد دوره مقصوراً على فض المنازعات بعد نشوبها. بل أصبح في نظر الكثير من أعضاء المؤتمر الدولي الرابع للتحكيم المنعقد في موسكو في سنة (1972م) والمؤتمر الدولي الخامس المنعقد في لندن في (أكتوبر/1974م) أداة فعالة يجب استخدامه لتفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتجارة، ونقل التكنولوجيا والمشروعات المشتركة، وأثناء تنفيذ العقود.

جـ-لقد حظى التحكيم في الخمسين(50) سنة الماضية على أهمية تجسدت بالاتفاقيات الدولية أهمها: اتفاقية نيو يورك في سنة (1958م) **الخاصة بإقرار وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من دولة اجنبية،** والتي وقعت عليها **أكثر من مائة وعشرين دولة من بينها أكثر من** (11) دولة عربية. **وقد سهلت هذه الاتفاقية من تنفيذ الاحكام في جميع الدول التي صادقت عليها.** ومنها أيضاً: الاتفاقية الأوروبية بخصوص التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في (نيسان/1961م) والترتيبات المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية الموقعة في: (1962/12/17م). والاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمارات، وبين رعايا الدول الأجنبية الموقعة في (آذار/1965م) وهي من عمل البنك الدولي للإنشاء والتعمير والمعروفة باتفاقية: (B.I.R.D). واتفاقية الشروط العامة لسنة:(1968م) والتي تحكم توريد البضائع، وتسري على دول (الكومكيوم). ومعاهدة موسكو في:

(مايو/1972م) بخصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بين الدول الاشتراكية، وهي مفتوحة لجميع دول العالم وصولاً الى القرار النموذجي (اليونسترال) التي أخذت به أغلب دول العالم.

د-نمو التجارة الدولية وتشابك المصالح الاقتصادية، وثورة الاتصالات التي جعلت العالم في غرفة واحدة، وسهولة انتقال رؤوس الأموال في شكل استثمارات ضخمة، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الانشاءات وعقود التجارة الدولية، وعقود النقل الجوي والبحري والبري، وعقود التأمين، والعقود المصرفية للبنوك كل ذلك أوجد الحاجة الماسة لتطوير آلية التحكيم التجاري الدولي؛ ليكون الوسيلة الفعالة والمناسبة، بل والملاذ الآمن للرجوع إليه في حسم اي خلافات تنشب بين الأطراف المتعاقدة، فلهذا أصبح واقع التحكيم يشكل عصباً مهماً في مجال الأعمال في التطوير، بل وحتى أغلب المتعاقدين يصرون على التحكيم للمميزات الآنفة الذكر بعيدا عن القضاء الوطني وإجراءاته. وكمثال عملي: كانت القوانين الفرنسية لا تسمح للتحكيم أن يتبع في أية علاقة قانونية تكون الدولة الفرنسية طرفاً فيها، وكان مقصوراً على القطاعات الخاصة، فعندما أرادت فرنسا مع الشركات الأمريكية أن تبني مدينة (يورو ديزني) في ضواحي باريس أصر المستثمرون على وضع بند التحكيم لحل الخلافات التي قد تنشب بين الطرفين وأصرت فرنسا على رفضه لمدة خمس سنوات إلى أن أذعنت وأقرَّ البرلمان الفرنسي في عام (1992م) بوجوب إدخال بند التحكيم واعتماده كوسيلة فعالة وبديلة لحل الخلاف، وبناء على ذلك تم الاتفاق مع الممولين، ومع الحكومة الفرنسية، وتم إنشاء مدينة: (يورو ديزني).

ثانياً: صيغة الشرط التحكيمي المقترحة في عقود الصناعة المالية الإسلامية:

لم يعد دور التحكيم مقتصراً على فض المنازعات بعد نشوبها، بل أصبح في نظر الكثيرين من الخبراء أداة فعالة يجب استخدامها لتفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتجارة. فينبغي على

أطراف العقد/ الاتفاقية إضافة بند فيها يتعلق بالتحكيم لفض النزاعات التي تنشأ بين الأطراف في المستقبل على النحو الآتي:

" إذا نشأ خلاف بين طرفي/ أطراف النزاع حول تفسير العقد/ الاتفاقية أو تنفيذها يُحال النزاع - باتفاق الطرفين/ الأطراف- إلى هيئة تحكيم إسلامية متخصصة؛ تفصل فيه بشكل نهائي، وملزم طبقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في نظام الهيئة التي تم الاتفاق على تحكيمها". ومن الأمثلة على ذلك: ما جاء في المادة التاسعة (9) من اتفاقية وكالة بالاستثمار ببنك الريان الإسلامي:

"1/9- تخضع هذه الاتفاقية وتفسر وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

2/9- أي خلاف بين طرفي هذه الاتفاقية، وأي دعوى من أحد الطرفين ضد الآخر تنشأ بمقتضى هذه الاتفاقية، ولا يثبت فيها بالاتفاق مع الطرف الثاني خلال ثلاثين (30) يوماً من إخطار أحد الطرفين الطرف الآخر يتم عرضها للتحكيم أمام لجنة تحكيم تتشكل بموجب الإجراءات المعمول بها في المركز الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، ويكون قرار التحكيم نهائياً وملزماً للطرفين. "

الخاتمة

بعد بيان حقيقة التحكيم وعقود الصناعة المالية الإسلامية والأحكام الفقهية المتعلقة به نستطيع أن نوجز أهم ما انتهينا إليه في النقاط التالية:

1-التحكيم هو: اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية.

2-التحكيم في هذا العصر لم يقف عند التحكيم التقليدي، وإنما تعداه إلى التحكيم الالكتروني وهو الذي يعتمد على وسائل الاتصال وتقنيات المعلومات الحديثة في

إتمام الإجراءات، والتوقيعات، وصدور الأحكام من قبل المحكمين؛ كل ذلك يتم الكترونياً. وهذا مما يسهم في سرعة الفصل في النزاعات.

3-عقود الصناعة المالية الإسلامية تعني: المنتجات التي تعتمد في صياغتها على مجموعة من المبادئ والأسس التي نصت عليها الآيات القرآنية والسنة النبوية والقواعد الفقهية الكلية. مثل: المرابحة للآمر بالشراء، والاستصناع، والسلم وغيرها.

4-شرع الإسلام ، لتلافي النزاع في العقود المالية ، عدة أمور منها: الوفاء بالالتزامات العقدية، واتباع الضوابط الفقهية للعقود المالية، واتباع وسائل شرعية في الاثبات، وتوثيق العقود بالكتابة بطريقة فقهية سليمة.

5-وضع الإسلام عدة حلول للمشكلات التي تعترض عقود المعاملات المالية منها: ضرورة نشر ثقافة الصناعة المالية الإسلامية بين المتعاملين مع المؤسسات المالية الإسلامية، ومراعاة ضوابط التوثيق، وإيجاد تخصصات مشتركة بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، وعمل دورات علمية مكثفة للموظفين في أصول المعاملات المالية الإسلامية، وعدم اللجوء للمداينات أكثر من ميزانيتها إلا للضرورة، والحث على الوفاء بالالتزامات العقدية. ووضع شرط فيها التحكيم إلى مركز تحكيم إسلامي.

6-اتفق الفقهاء القدامى والمعاصرون على صحة العقد الذي اقترن به شرط التحكيم أو التحاكم للشريعة الإسلامية، وصحة ذلك الشرط، ووجوب الوفاء به.

7-إذا تضمنت عقود الصناعة المالية الإسلامية شرطاً يقتضي النص على التحكيم أو التحاكم إلى القانون الوضعي المطبق في البلاد المحلية؛ فيصح هذا الشرط إذا كانت تلك القوانين مستمدة من الفقه الإسلامي.

8- إذا تضمنت عقود الصناعة المالية الإسلامية شرطاً يقتضي النص على التحكيم أو التحاكم إلى القانون الوضعي الأجنبي؛ فلا يصح هذا الشرط إلا للضرورة بضوابطها الفقهية.

9-إذا تضمن العقد شرطاً فاسداً فإن العقد لا يبطل إلا إذا أصرَّ المشترط على العمل بشرطه ولم يتنازل عنه، في حالة ما إذا كان جاهلاً بالحرمة، أما إذا كان المشترط عالماً بحرمة الشرط؛ فيصح العقد ويلغى الشرط؛ عملاً بمبدأ استقرار العقود.

10-إذا تمت صياغة العقد في الظاهر صياغة شرعية منضبطة، فلا يجوز لأحد طرفي العقد التمسك بذلك، ولا بالمنازعة مستقبلاً بمخالفة العقد للشريعة الإسلامية، ومن ثم الدفع ببطلانه وعدم ترتب آثاره عليه.

11-لا يجوز أن يتضمن العقد شرطاً يقتضي أنه إذا بطل شرط من شروط العقد أو أثر من آثاره؛ فإن بقية شروط العقد وآثاره تكون ملزمة، وواجبة التنفيذ.

12- التحكيم الشرعي يسهم في التخفيف من الآثار السلبية التي تنتج عن عدم معرفة الحكم الشرعي المناسب، أو سوء تفسيره وتكميله في ضوء الشريعة. ولذا ينبغي النص في عقود الصناعة المالية الإسلامية على خضوع هذه العقود في تفسيرها وتكميلها إلى مركز فني متخصص في فقه المعاملات المالية الإسلامي.

المصادر والمراجع

1- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، لعلي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1404.
2- أحكام القرآن، لابن العربي ، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.
3- الأشباه والنظائر: عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1403هـ.
4- اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية، للدكتور عجيل النشمي، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي.
5- أصول البزدوي؛ علي بن محمد الحنفى، مطبعة جاويد بريس – كراتشي.
6- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عل مذهب أحمد بن حنبل، للمرداوي، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1956م.
7- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1413هـ - 1993م.
8- بدائع الصنائع، الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت،ط2، 1974م.
9- تبصرة الحكام في أصول الأقضية، إبراهيم بن علي (ابن فرحون)، دار الكتب العلمية، ط1، 1301هـ .
10-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي القاهرة، ط1، 1313هـ .
11-التحكيم وأهميته، للدكتور علي خليل الحديثي منشور ضمن أعمال الملتقى السنوي للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة بدبي. وعنوان:" مبادرة دبي عاصمة للاقتصاد الإسلامي: الأبعاد الشرعية والقانونية للصناعة المالية الإسلامية، دبي بتاريخ (2013/10/23) نظمه
12-التعريفات لمحمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1985م
13-تعقيب الدكتور حسين حامد حسان في على بحث: " مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة المالية الإسلامية طرفاً فيها للدكتور عبدالستار الخويلدي "
14-تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، دار المعرفة، بيروت.
15-التكملة لكتاب الصلة، لابن الآبار
16-التنبيه والإشراف للمسعودي
17-التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد جميل بن مبارك، مطبعة النجاح، الجديدة، المغرب،ط1، 2000م.
18-التوثيق، سعد سليمان الحامدي، دار السلام، القاهرة، ط1 ،1431هـ- 2010م.
19-التيسير بشرح الجامع الصغير، الإمام الحافظ زين الدين عبد الرؤوف المناوي، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، ط3، - 1408هـ - 1988م
20-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ط1، د.ت.
21-الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1414هـ - 1994م.
22-حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعي في العقود التجارية، للدكتور حمزة الفعر، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي.
23-الدرر السنية في الأجوبة النجدية – سليمان بن سحيمان.
24-روضة الطالبين، للنووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ.

25-سنن الترمذي : الترمذي، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث بيروت، ط1، د.ت .
26-سنن أبي داود : أبو داود، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر بيروت، ط1، د.ت .
27-السنن الكبرى : البيهقي، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، دار الباز، ط1، 1414هـ - 1994م .
28-سنن ابن ماجه: ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت، ط1، د.ت.
29-شرح الزركشي على مختصر الخرقي، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي (772هـ)، مكتبة العبيكان، ط1، 1413هـ -1993م.
30-الشريعة الإلهية لا القوانين الوضعية لعمر الأشقر، الكويت، ط1، 1983م.
31-صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير بيروت، ط3، 1407هـ-1987م.
32-صحيح مسلم، طبعة إدارة البحوث العلمية، الرياض، 1980م.
33-الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، لابن بشكوال
34-طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، أحمد إبراهيم، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ط1، 2010م.
35-عقد التحكيم في الفقه و القانون الوضعي لقحطان عبد الرحمن الدوري، مطبعة الخلود، بغداد، ط1، 1985م.
36-علم التوثيق الشرعي، لعبد الله الحجيلي، مكتبة الملك فهد، الرياض، ط1، 1424هـ.
37-عمدة التفسير، أحمد شاكر
38-فتاوى أعيان، دار الضياء للطباعة، الكويت، ط1، 2008م.
39-فتاوى فقهية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي، دار الإعجاز، لبنان، 2012م.
40-قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الأمانة العامة للأوقاف، الشارقة، ط1، 2011م.
41-القرارات والفتاوى، المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 2013م.
42-قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة.
43-القضاء في الإسلام لمحمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، القاهرة.
44-كشاف القناع للبهوتي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
45-المبسوط، للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ - 1986م
46-المجموع شرح المهذب، للنووي، والسبكي، والمطيعي، دار العلوم للطباعة، القاهرة، 1972م.
47-مجلة الأحكام العدلية، مطبعة شعاركو، بيروت، ط5، 1968م.
48-مجموع الفتاوى، لابن تيمية، دار العربية، بيروت.
49-المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، دار الفكر، بيروت.
50-المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، 1411 هـ- 1990م.
51-مسند الإمام أحمد، دار صادر، بيروت.
52-المصباح المنير، للفيومي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط6، 1926م.
53-المصنف، لابن أبي شيبة، مطبعة العلوم الشرقية، الهند، 1968م.
54-معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعة جي وحامد قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط1، 1985م.

55-معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس، دار الجيل.
56-المعجم الوسيط،، إبراهيم مصطفى وآخرون، المكتبة العلمية، طهران.
57-معين الحكام على القضايا والأحكام، للطرابلسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1989م.
58-المغني لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
59-مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1958م.
60-مفتاح السعادة لطاش كبرى زادة
61-المفردات في غريب القرآن، للأصفهاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1961م.
62-المقدمات لابن رشد، دار صادر، بيروت.
63-المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، الدكتور جواد علي، دار الساقي، ط4، 1422هـ- 2001م
64-مقابلة مع الدكتور عبد الستار الخويلدي المنشورة عبر الانترنت.
65-المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، للونشريسي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2005م.
66-الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف، الكويت، ط1، 1988م.

.

خصوصية القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع أمام مراكز التحكيم الإسلامية

الدكتور خالد رأفت أحمد محمد

دكتوراه في القانون الدولي الخاص من جامعة السربون بفرنسا
محكم دولي معتمد لدى وزارة العدل المصرية
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون

مقدمة

أضحى التحكيم من أساسيات الحياة القانونية في شتى دول العالم ومنها منطقتنا العربية لما يحققه للمحتكمين من مزايا، مثل سرعة الفصل في نزاعاتهم، وتمكينهم من اختيار أشخاص يثقون في خبراتهم ونزاهتهم للفصل في هذه النزاعات، ناهيك عن سهولة إجراءات التحكيم وبعدها عن التعقيد والرسمية التي تطبع النظام القضائي، إضافة إلى ما يتيحه نظام التحكيم للأشخاص من اختيار القانون الذي يحكم تعاقداتهم وما ينتج عنها من نزاعات.

وقد فطنت دولة الإمارات إلى هذا الأمر بالنظر إلى السياسة الاقتصادية التي تنتهجها بالتوجه إلى انفتاح يهدف إلى اجتذاب رؤوس الأموال العربية والأجنبية. وتبين منذ الوهلة الأولى أن قواعد التحكيم المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 لا تكفي سيما وأنها وضعت خصيصا للتحكيم الداخلي دون أن تأخذ في الاعتبار طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات فضها مما كان له عظيم الأثر في العكوف الآن على إصدار قانون مستقل للتحكيم تتضح معالمه من مطالعة مشروع القانون محل الدراسة [100].

والتحكيم وفقا لما يذهب إليه بعض الفقه – وبحق - "... في الحقيقة ليس اتفاقا محضاً ولا قضاء محضاً وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا ويتخذ طابعا مختلفا. فهو في أوله اتفاق وفى وسطه إجراء وفى أخره حكم، وينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق".[101]

[100] في إطار تطوير التشريعات في دولة الإمارات العربية المتحدة صدر سنة 2010 مشروع قانون خاص بالتحكيم، وقد ألغت المادة 59 من المشروع المذكور المواد من 203 إلى 218 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي التي كانت تنظم التحكيم . راجع د عبد الستار الخويلدي، آليات الحد من المماطلة والتسويف في مجال التحكيم، مقال منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، دبي، العدد 359 (صفر 1432ه -2011م) ص 34.

[101] أ.د/ محسن شفيق،التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1974 ص 73 .

ومن هذا المنطلق فإن مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تحظى بأهمية بالغة حيث يمكن القول بأن مستقبل الفصل في النزاع يتوقف على ما يتضمنه هذا القانون من قواعد وأحكام يتم على ضوئها تحديد التزامات كل طرف من أطراف العلاقة محل النزاع المطروح للتحكيم.[102]

ومما يزيد الأمر أهمية هو أن هذا القانون ليس محلا للاتفاق أمام هيئات التحكيم ولا بين الفقهاء ، كما أن تحديده يعد من أكثر النقاط التي ثار بسببها الخلاف واحتدم الجدل مما دفع مختلف الأنظمة القانونية إلى الاهتمام بوجه عام بوضع التنظيم القانوني للتحكيم ،وبوجه خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في دعوى التحكيم .

وفى هذا الإطار فإن الأهمية تبلغ مداها إذا ما انتقلنا إلى التحكيم في مجال الصناعة المالية الإسلامية[103] لما لهذه الأخيرة من انعكاسات بحسب طبيعتها على خصائص التحكيم والمبادئ الحاكمة له والتي يعد اعتماد تطبيق الشريعة الإسلامية - كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم - أولى مرتكزاتها. ومن ثم تتضح أهمية موضوع هذا البحث الذي يعالج – بحول الله – تلك المسالة في إطار مقارن بين ما هو معتمد وراسخ من مبادئ للتحكيم وبين ما يمكن أن يمثل خصوصية قد تغاير أو تتماثل مع ما هو عليه العمل في أنظمة التحكيم التقليدية. ولما

---

[102] د/جمال محمد الكردي ،القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية ،القاهرة 2003 ، ص12. ويؤكد البعض انه من غير المستساغ الاعتقاد بأن تطبيق قانون ما أو آخر على النزاع لن يغير من الأمر شيئا ، "il serait imprudent de croire que l'application d' un droit ou d'un autre est indifferent" كما يقرر أن غياب اختيار للقانون الواجب التطبيق يتضمن مخاطرة كبيرة وعدم يقين "l'absence de choix est generatrice d'une dangeruse incertitude" راجع في هذا الصدد Yves Derains. Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international, Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, 6N1, Mai 1995, .

[103] وفي ذات السياق يجب الإشارة إلى مبادرة "دبي عاصمة الاقتصاد الإسلامي" في مطلع عام 2013 والذي تم التأكيد عليه في أعمال القمة العالمية للاقتصاد الإسلامي 25 نوفمبر 2013 . وهو ما يضفي أهمية أخرى لهذا الطرح في دولة الإمارات العربية المتحدة. http://www.emaratalyoum.com/business/local/2013-11-26-1.626918

كانت مسالة وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم لا تثار بشكل حتمي إلا أمام ما يعرف بمراكز التحكيم الإسلامية فإن الأمر يقتضي أن نتناول في المبحث الأول كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق في التحكيم التقليدي ثم نتناول في المبحث الثاني القانون الواجب التطبيق أمام مراكز التحكيم الإسلامية، ونخصص المبحث الثالث والأخير لما يثيره تطبيق الشريعة الإسلامية أو يعوق تطبيقها من مشكلات قانونية في هذه الصدد. على أننا نؤكد هاهنا أن هذا البحث ليس بحثا في الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي فلكليهما فرسانه، وإنما هو بحث يستقصي ما تثيره خصوصية تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم من إشكاليات قانونية مقارنة بما هو متعارف عليه في التحكيم التقليدي أو غير إسلامي. ومن ثم يتبلور أمامنا النسق الذي سوف ننتهجه في إطار هذا البحث وفقا للخطة الدراسية الآتية :

المبحث الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم.

المطلب الأول : حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في التحكيم .

المطلب الثاني : سلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة الصريحة للأطراف .

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق أمام مراكز التحكيم الإسلامية.

المطلب الأول : مفهوم التحكيم الإسلامي ومشروعيته .

المطلب الثاني : التعريف بمراكز التحكيم الإسلامية.

المطلب الثالث : إلزامية تطبيق الشريعة الإسلامية أمام مراكز التحكيم الإسلامية.

المبحث الثالث : إشكاليات ومعوقات تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم.

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة وإلزامية تطبيق الشريعة أمام مراكز التحكيم الإسلامية.

المطلب الثاني : إشكالية صياغة الاتفاق على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : مشكلة عدم تقنين الشريعة الإسلامية وتداعياتها على تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم والقضاء.

المبحث الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم

إن المتأمل في الرصيد الهائل من المؤلفات الفقهية في مجال التحكيم والأحكام الصادرة في هذا الشأن وكذلك غالبية القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم والقواعد الدولية والاتفاقات الدولية، يلمح بوضوح ما استقر عليه من ترك مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم لحرية الأطراف، وأن هناك التزاما على هيئة التحكيم بإعمال إرادة الأطراف وإلا تعرض حكمها للبطلان أو للإلغاء وعدم الاعتراف والتنفيذ. وفي حال غياب إرادة صريحة من الأطراف بخصوص اختيارهم للقانون الواجب التطبيق يبدو أن الأمر متروك لسلطة هيئة التحكيم، وتتباين مواقف القواعد الدولية في هذا الصدد : إضافة إلى إمكانية تفويض الأطراف لهيئة التحكيم في التحكيم بالصلح، الأمر الذي يحرر هيئة التحكيم ولا يقيدها بتطبيق قانون بعينه حيث تعمل ما اصطلح على تسميته قواعد العدالة والإنصاف. لما كان ذلك فإننا سنتناول هذا المبحث في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في التحكيم

المطلب الثاني : سلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عند غياب الإرادة الصريحة للأطراف.

المطلب الأول

حرية الأطراف في اختيار القانون

الذي يطبق على موضوع النزاع في التحكيم

ذكرنا آنفا، أنه لا يصعب على المتأمل في مجال التحكيم أن يتبين أنه لا تكاد تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية متعلقة بالتحكيم أو تشريعات التحكيم في مختلف الدول من نص يقضي بتطبيق القانون الذي يتفق الأطراف عليه في شأن موضوع النزاع الذي يحل بالتحكيم[104] ولم يعد هذا الحل يستند إلى مطلق إرادة المتعاقدين التي تعلو على القانون بل أصبح يشكل أحد مبادئ القانون الدولي الخاص التي تجيز للأطراف اختيار القواعد التي يجدونها مناسبة لحكم علاقتهم التعاقدية [105]. هذه الإرادة قد تحدد القانون الذي سيحكم موضوع النزاع أو قد تحيل إلى قواعد تنازع القوانين في دولة معينة وفي تلك الحالة سوف يتم تحديد القواعد التي تحكم موضوع النزاع وفقا لقواعد التنازع [106].

إن غالبية القوانين الوطنية[107] تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم حيث تنص المادة 39 من قانون

---

[104] على سبيل المثال نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام1965 المعروف باسم cirdi، المادة 21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ، والمادة 1/7 من اتفاقية جنيف 1961 ، مادة 3 من اتفاقية انتر أمريكا 1975 ، المادة 1/28 من القانون النموذجي للقانون التجاري الدولي – الأمم المتحدة 1985 ، المادة 3/13 من نظام المصالحة والتحكيم النافذ لدى غرفة التجارة الدولية من 1988 ، المادة 1/19 من قواعد التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم 1992، المادة 12 من النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، المادة 3/28من لائحة إجراءات المركز ذاته ، المادة 1/33من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي 1974، وقواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي 2007، وغالبية التشريعات العربية للتحكيم. والقانون السويسرى للتحكيم الدولي الخاص ،والقانون الأيرلندي للتحكيم ، والقانون الفرنسى للتحكيم الدولى .

[105] د/هشام صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،منشأة المعارف الاسكندرية ،1995 ، ص97 وما بعدها.

[106] د.أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بند 6 ص 3.

[107] على سبيل المثال : نص المادة 212-1 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي رقم 11 لسنة 1992، وأيضا نص المادة 182 من القانون الكويتي رقم 11 لسنة

التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن " (1) تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان . وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك...) ويلاحظ أن اصطلاح "القواعد" الذي قال به المشرع المصري يسمح باختيار واسع أمام الأطراف [108]، فهم قد يختارون قانون دولة معينة DROIT ETATIQUE كما قد يختارون أية قواعد قانونية سواء وردت في لائحة تحكيم دولة معينة أو جاءت في قانون نموذجي أو في اتفاقية دولية أو المبادئ العامة للقانون أو ما يسمى بالقواعد "عبر الدولية" REGLES TRANSNATIONAL أو ما يجرى به العمل على تسميته قواعد التجارة الدولية LA LEX MERCATORIA [109].

وفي هذا الإطار الذي يجوز فيه الاتفاق على تطبيق نظام قانوني معين، وإن كان لا ينتمي إلى دولة معينة، لذا فإنه يصح الاتفاق على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، وعندئذ يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع، ولا يتقيدون في هذا الشأن بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، إلا إذا اتفق الأطراف على وجوب تطبيقه[110].

1995 بشان التحكيم القضائي وأيضا المادة 25 من قانون التحكيم العماني رقم 47 لسنة 1997 والمادة رقم 19 من قانون التحكيم التجاري البحريني رقم 9 لسنة 1994 والمادة رقم 5 من نظام التحكيم السعودي رقم 46 لسنة 1403، وايضا القانون الفرنسي(تقنين المرافعات) نص بالمادة بالشق الأول من الفقرة الأولى من المادة 1396 على أن يفصل المحكم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف. وعلى ذلك نص القانون الإنجليزي بالمادة 46 (1-ا) من قانون التحكيم لسنة 1996 راجع د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 422.

[108] راجع د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1999، ص 132-133.

109 مثل قواعد الأونسيترال أو غرفة التجارة الدولية أو الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف باسم الفيديك FIDIC راجع د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1999، ص 131 وما بعدها.

110 راجع د. فتحي وإلى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، بند رقم 243 ص 420.

أما مصطلح "القانون" فإنه يقصد به التشريعات فقط دون باقي القواعد سالفة الذكر ومن أجل ذلك فإن المشرع نظراً لطبيعة التحكيم وما يتميز به من سمات تجعل المنازعة المحالة إليه تختلف عن كافة المنازعات الأخرى المعروضة على المحكم، فقد سلك في هذا الصدد منهج ينطوي على التسهيل والتبسيط، فأعطى الحق لأطراف التحكيم في اختيار القواعد القانونية التي يرون ملائمتها وصلاحيتها للتطبيق بمعرفة هيئة التحكيم[111] .

ولعل مخاطر هذا الاختيار تكمن في غموض تلك القواعد وصعوبة التوصل إلى مضمونها ذلك أن قواعد التجارة الدولية (ليكس ميركاتوريا)أو القواعد عبر الدولية أو المبادئ العامة في القانون الدولي أو القانون المشترك للأمم ، جميعها تحتاج ضبط لتحديد مضمونها، وهذا رغم قناعتنا بوجودها في الواقع العملي إلا أن تحديدها أمر عسير واختلفت بصدده الرؤى ومن ثم فان الأطراف باختيارهم تلك القواعد يخاطرون بإخضاع معاملاتهم ونزاعاتهم في التحكيم للتحكم والهوى الذي ربما يعترى هيئة التحكيم وهى بصدد تطبيق مثل هذه القواعد غير محددة الملامح[112].

وإذا اختار الفرقاء قانون دولة معينة فإنه يقصد بهذا القانون النافذ فيها وقت وقوع هذا الاختيار إذا لم يتفقوا على خلاف ذلك، فإذا أصاب قواعده تعديل أو تغيير

---

[111] د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ط 3، 2004، ص 332.

[112] ذلك أنه حتى فى وجود اختيار صريح من جانب الأطراف لقانون معين فإن بعض المحكمين يحاولون إفساح المجال أمام تطبيق المبادىء العامة فى الدول المتقدمة وذلك بإستبعاد هذا القانون المختار بواسطة الأطراف بدعوى أنه قانون متخلف ولا يصلح لتفسير وحكم المعاملات التجارية الحديثة، وهو عين ما فعله المحكم الإنجليزى سنة 1951 عند إصداره قرار التحكيم فى النزاع بين أبو ظبى وشركة التنمية البترولية المحدودة (د/أبو زيد رضوان :الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى 1981 ص 146- 148) وكذلك الأمر فى التحكيم بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية 1958 حيث إستبعد المحكم القانون السعودى بدعوى عدم احتوائه على حل للمشكلة وطبق المبادىء العامة للقانون .والأمر ذاته سنة 1977 فى النزاع بين الحكومة الليبية وشركة تيكسيكو للبترول حيث استبعد المحكم القانون الليبي بزعم حماية المتعاقد الأجنبى من التغيرات التى تقرها الدولة فى تشريعاتها بما يؤدى للإخلال بالتوازن في العقد .(إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية ،القاهرة 1997 ص190وما بعدها).

لاحق فلا حق للأخذ بهذا التعديل أو التغيير لأن إرادتهما لم تنصرف إليه مما يجعل الأخذ به مخالفا لتوقعاتهما. ويتقرر هذا الحل في النازعات الدولية أمام المحكم دون حاجة لإجراء ما يسمى "شرط تثبيت الاختصاص التشريعي ". CLAUSE DE GEL DE LA LOI APPLICABLE[113].

ومن ناحية أخرى، فإن الأطراف في اختيارهم القانون الواجب التطبيق لا يتقيدون باختيار قانون من بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة كما هو الحال بالنسبة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقود في القانون المصري ومن ثم فلا معقب من هيئة التحكيم أو من القضاء من بعد على هذا الاختيار، فليس لها أن تستبعد القانون المختار بحجة عدم ارتباطه بالعلاقة أو بحجة تصحيح مسار قاعدة الإسناد لأن الأمر لا يتعلق بمجرد إسناد من الأصل .

التزام هيئة التحكيم بإعمال القانون الذي اتفق عليه الأطراف

وموقف الهيئات الدولية يتسق مع القوانين الوطنية حيث تنص المادة 13 من نظام تحكيم غرفة التجارية الدولية بباريس على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، وضرورة التزام وتقيد هيئة التحكيم بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وتقرر المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم بأن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وتنص المادة 33 من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي على أن تبت الهيئة في النزاع وفقا للقانون/القوانين أو القواعد القانونية التي يختار الأطراف تطبيقها على موضوع النزاع، كما تقرر المادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 بأن هيئة التحكيم تنظر الخلاف طبقا لقواعد القانون الذي اتفق عليه

113 .د /عكاشة عبد العال، بحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع فى التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم فى القانون المصري "مقدم إلى دورة التحكيم لتأهيل المحكمين الدوليين بمركز التحكيم باتحاد المحامين الدولي الأفريقي القاهرة ،2004.

الطرفان، وفي ذات الإطار قررت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري بمادتها 21 على أن تفصل هيئة التحكيم بين الطرفين وفقا لأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد.

وإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك[114]. إذ الغالب هو استبعاد فكرة الإحالة المعروفة في القانون الدولي الخاص، وقد نصت على استبعاد فكرة الإحالة في مجال التحكيم العديد من الاتفاقيات الدولية كما هو الحال في القانون النموذجي للتحكم التجاري الدولي لعام 1985[115]. وكذلك المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية ، والمادة الخامسة عشر من اتفاقية روما 1980 والخاصة بالالتزامات التعاقدية. وكذلك المادة 33-2 من قواعد التحكيم لدي مركز دبي للتحكيم الدولي بنصها على أن " يفسر اختيار قانون دولة معينة على انه إشارة مباشرة إلى تطبيق القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس لقواعد تنازع القوانين".

هذه الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم والتي رسخت عبر النصوص السابقة يرجع أساسها وفقا لبعض الفقه [116] ليس إلى قاعدة من قواعد الإسناد في قانون يأتمر به المحكم كما هو الحال بالنسبة للقاضي لأن المحكم لا يخضع لقانون أو آخر من القوانين الوطنية أو يستمد ولايته منها وإنما مصدر هذه الحرية هو قاعدة دولية موضوعية أو مادية فحواها أن لطرفي التحكيم اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على النزاع المعروض عليه.

---

[114] راجع د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 419. وأيضا د. احمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 332.

[115] حيث تنص المادة 1/28 منه على أن (تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون.... وأن أي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة و ليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين....)

[116] راجع د مصطفي محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 1998، ص 250.

الأثر المترتب على عدم إلتزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف

ذكرنا آنفا أن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الذي اتفق عليه طرفا النزاع لكي يحكم نزاعهما وأنه لا يجوز لها أن تتجاوز ذلك عند الحكم على النزاع والحكم بغير هذا القانون المختار .

ومخالفة هيئة التحكيم لهذا الالتزام قد تأخذ صورا متعددة فقد تطبق هيئة التحكيم قانون دولة أخرى غير القانون الذي اختاره الأطراف كما قد تطبق القواعد المتعلقة بتنازع القوانين (قواعد الإسناد) في هذا القانون المختار بواسطة الأطراف على الرغم من إلزام هؤلاء لهيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية فقط . وتتحقق المخالفة أيضا في حالة تطبيق هيئة التحكيم لقواعد تنتمي لقانون التجارة الدولية متجاهلة بذلك القانون الذي اختاره الأطراف. كما يمكن لهيئة التحكيم استبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية خلافا لما اتفق عليه الأطراف بحجة عدم تضمنها لحلول، وأخيرا قد يُعرض المحكمون عن تطبيق أي قانون على النزاع ويقومون بالفصل فيه على أساس قواعد العدالة والإنصاف رغم كونهم غير مفوضين بالصلح .

في شتى هذه الصور ومثيلاتها والتي تخالف فيها هيئة التحكيم الإلتزام بتطبيق ما اتفق عليه الأطراف من قواعد على موضوع النزاع رتب قانون التحكيم المصري أثرا قانونيا بينته نص المادة (53/أ- د) حيث نصت على أنه "(1) لا تقبل دعوى بطلان التحكيم إلا في الأحوال الآتية ....د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع". كما قرر ت المادة 50 من نظام التحكيم السعودي المشار إليه آنفا ذات الحكم ونصت على" عدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية : ...د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع.."[117]

[117] وهو ذات الحكم المقرر بقانون التحكيم العماني بالمادة 53- د ، وأيضا نص المادة 5 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958 والتي تقضي بإمكانية رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم إذا كان هناك ثمة مخالفة لما اتفق

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه "إذا استبعد المحكم تطبيق القانون المصري المتفق على تطبيقه، ومنه أحكام القانون المدني المتعلقة بالفوائد، مقررا عدم الحكم بها باعتبارها ربا، فإنه يكون باطلا لأنه قد استبعد القانون الواجب التطبيق"[118]. وجدير بالذكر في هذا الصدد أن خطأ هيئة التحكيم في تطبيق القانون محل اختيار الأطراف لا يعد استبعادا للقانون المختار وبالتالي لا يعد سببا من أسباب البطلان[119]. ويعد القضاء المصري مستقرا على ذلك، حيث قضت محكمة استئناف القاهرة بأن " .. المشرع المصري حدد أسباب بطلان حكم التحكيم على سبيل الحصر بحيث لا تقبل الطعون بالبطلان المؤسسة على سبب غير منصوص عليه صراحة وبحيث لا تملك المحكمة التعرض بشكل مباشر للموضوع الذي تناوله حكم التحكيم أو مناقشة مدى صواب أو خطأ ما ذهب إليه الحكم في قصده لفهم الواقع واستنباط الحقيقة من خلال الأدلة المقدمة أو تكييفه لمحرراتها أو تفسير القانون أو تطبيقه"[120]

وهكذا فإن هيئة التحكيم تعرض قرارها أو حكمها التحكيمي للبطلان إذا طبقت على موضوع النزاع قانونا آخر غير ذلك الذي اتفق عليه أطراف التحكيم . وهذا

عليه الأطراف. وكذلك نص المادة 28 والمادة 36 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلاته في عام 2006 فالأولى تقرر مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع والثانية تتعلق برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو رفض تنفيذه إذا خالفت هيئة التحكيم إرادة الأطراف . وكذلك نص المادة 52 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والتي تعطي الحق للأطراف في طلب إلغاء الحكم إن كان هناك ثمة تجاوز لهيئة التحكيم في اختصاصاتها

[118] محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 62 تجاري بتاريخ 2002/5/8 في الدعوى رقم 85 لسنة 118 ق تحكيم. وفي ذات المعنى في قضية (كرومالوي) الشهيرة قضت أيضا ذات المحكمة في حكمها بتاريخ 1995/12/5 في دعوي التحكيم رقم 16 لسنة 1994 ببطلان حكم التحكيم لعدم تطبيق هيئة التحكيم للقانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع، في تفاصيل القضية راجع د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 503-504

[119] د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة 2013، ص 297.

[120] حكم استئناف القاهرة الدائرة (7) بتاريخ 2011/6/8 في القضية رقم 129/90. وأيضا حكم استئناف القاهرة الدائرة (5) تجاري بتاريخ 2012/6/26 في القضية رقم 128/27. مشار لهما عند د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 298.

أمر بدهي حيث أن التزام المحكم بتطبيق القانون الذي حدده له الأطراف ليس مصدره وظيفته وإنما هو مستند من المهمة التي وكّله بها أطراف التحكيم فإرادة أطراف التحكيم عندئذ تكون هي مصدر اختصاصه بل إن التحكيم برمته يستمد وجوده من هذه الإرادة .

المطلب الثاني

سلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق

على النزاع عند غياب الإرادة الصريحة للأطراف

قلنا غير مرة بأن المبدأ قد استقر على احترام إرادة طرفي التحكيم بإفساح الحرية لهما لتنظيمه بالكيفية التي تناسبهما. هذه الحرية هي عماد نظام التحكيم إذا فقدها فقد هويته وكلما زاد مقدار الحرية التي يهيئها التشريع لطرفي التحكيم كلما زادت ثقتهما فيه وزاد اطمئنانهما إلى الحكم الذي ينتهي إليه [121]. على أن الأطراف قد يغفلون – وهم بصدد اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعهم - عن بيان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع باختيار صريح من جانبهم.

ولذا يثور التساؤل في حال إذا لم يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون معين يطبق على موضوع النزاع في التحكيم فهل لهيئة التحكيم أن تقوم باستجلاء الإرادة الضمنية للأطراف VOLONTE TACITE أم تتصرف على أنه لا توجد إرادة من قبل الأطراف في هذا الصدد وتتولى هي تحديد القانون الذي تطبقه على النزاع؟

في هذا الصدد، يرى بعض الفقه[122] . مدعوما ببعض أحكام من هيئات التحكيم إلى ضرورة أن تلتزم هيئة التحكيم بالبحث عن إرادة الأطراف الضمنية حال غياب

[121] المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 راجع ملحق رقم (1) لمضبطة مجلس الشعب الجلسة الحادية والخمسين من الفصل التشريعي السادس، دور الانعقاد العادي الرابع والمعقودة بتاريخ 20-2- 1994، ص 58.

[122] د/ عكاشة عبد العال ، البحث السابق الإشارة إليه ص 15. راجع عكس ذلك B.GOLDMAN إرادة الأطراف ودور المحكم في التحكيم الدولي ، ندوة عن اصطلاح التحكيم

إرادة صريحة منهم بخصوص القانون الواجب التطبيق، مثال ذلك القرار الصادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية فى القضية رقم 1717 بتاريخ 1972 حيث جاء بحيثيات الحكم أنه "مادام أن الأطراف لم يعبروا عن إرادتهم الصريحة بخصوص اختيار القانون الواجب التطبيق فإن هذه الإرادة يتعين أن تفترض من قبل المحكم اعتمادا على عبارات العقد والظروف المحيطة بانعقاده ، والمحكم في سبيل الوصول إلى هذه الغاية ، يستعين بعدة مؤشرات من شأنها تبيان القانون الذي تربطه بالعقد روابط قوية ومن بين هذه المؤشرات العامة ، مكان إبرام العقد ومكان إقامة الأطراف ، إضافة إلى طبيعة ومحل العقد .."[123].

وعلى مستوي القوانين الوطنية، فقد سارع المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 بإيجاد الحل لهذه المشكلة حيث نصت المادة 39 من هذا القانون على أن: "..(2) وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى بأنه الأكثر اتصالا بالنزاع..." وهو ذات ما نص عليه قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في المادة 36- ب، والقانون العماني للتحكيم رقم 47 لسنة 1997 في مادته رقم 39 [124]. وفى هذا الصدد فإن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع يعد من المسائل التي تدخل في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم إلا أن المشرع

الدولي في فرنسا ، مجلة التحكيم ، 1991 ، ص 481 وما بعدها ، مشار إليه عند مصطفى الجمال ، عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص270.

[123] RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES DE LA C.C.I 1974-1985, P.192.

مشار إليه لدى د/ جمال الكردي ، المرجع السابق ،ص58 ، هامش 253. وانظر كذلك د/ أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، 1981 ، ص 140 وما بعدها . حيث يستعرض سيادته هذه المسألة ويبين نسبيتها وعدم سلامة التعويل كثيراً على مثل هذه المؤشرات الخاصة .

[124] وأيضا القانون الجزائري رقم 9 لسنة 1993 بشان الإجراءات المدنية في مادته 458 "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقاً لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة". كما تبني المشرع الفرنسي ذات الحل في المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

المصري والأردني– وقد أحسنا صنعاً – قد وضعا بعض الضوابط التي تحد من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم عند اختيارها لقانون ما لحكم موضوع النزاع حتى لا تتحول سلطتها التقديرية إلى سلطة مطلقة بدون قيد، فنص المشرع المصري (في المادة (39/ج) والأردني (في المادة 36 – ج) على أنه "يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة"[125]. ولم يبين القانون الإماراتي الحل عند عدم اتفاق الأطراف على قانون معين ليكون واجب التطبيق على النزاع، فقد نصت المادة 212-2 على أن "ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام" ويرجع ذلك إلى أنه لم يصدر بعد قانون مستقل للتحكيم يعالج كافة مسائل التحكيم، ولكن يمكن القول بأنه يدور عموما في فلك ما قررته القوانين الوطنية سالف الإشارة إليها باعتبار أن ذلك من القواعد المستقرة في التحكيم في القانون المقارن.

تباين سلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق في قواعد وأنظمة التحكيم الدولية

عندما تباشر هيئة التحكيم سلطتها في اختيار القانون الواجب التطبيق حال غياب إرادة صريحة من جانب الأطراف، فهي إما تطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأنسب للدعوى وهذا ما أخذت به غالبية القوانين الوطنية، كما رأينا، وإما أن تعمل قواعد القانون الدولي الخاص حيث تختار هيئة التحكيم أولاً القانون الأنسب للدعوى ولكنها لا تطبق قواعده الموضوعية وإنما قاعدة التنازع فيه ثم تقود هذه القاعدة هيئة التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق على الموضوع .

[125] وقد ترى هيئة التحكيم أن القانون الأنسب أو الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون جنسية الطرفين أو قانون الدولة التي يجرى التحكيم على أرضها أو قانون الدولة التي سينفذ الحكم على أرضها أو القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف الضمنية لتطبيقه من خلال مؤشرات خاصة بلغة العقد أو عملة الدفع والقواعد الإجرائية التابعة لقانون معين .

والطريق الثاني يضعنا أمام إشكالية هامة ذلك أن المحكم يحتاج لقاعدة إسناد يحدد على أساسها القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع أو الأنسب للدعوى، ولما كان لكل دولة قانونها الدولي الخاص، وكان المحكم لا يتبع دولة معينة ولا يستمد ولايته من سلطان دولة معينة ولذلك فإنه لا يفصل باسم سيادة أي دولة[126] . فليس للمحكم الدولي نظام قانوني خاص به LOI DE FOR. وهو ما يعنى ضرورة وجود سبيل للخروج من هذا المأزق القانوني واختيار قانون دولي خاص لدولة معينة دون غيرها . وقد وضعت عدة معايير يرى واضعوها على اختلافهم إمكان اهتداء المحكم من خلالها إلى القانون الدولي الخاص ثم عبر قواعده إلى القانون المختص بحكم النزاع وبحيث يكون الاختيار على أسس معينة [127] ومن أهم هذه المعايير الإسناد إلى قانون جنسية المحكم أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف أو قواعد الإسناد في القانون الذي يحكم الإجراءات أو قانون الدولة التي سينفذ فيها الحكم ..... الخ .

وتتباين سلطة هيئة التحكيم في كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في قواعد وأنظمة التحكيم الدولية . حيث تقرر المادة 28 من القانون النموذجي على أن هيئة التحكيم تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق . وفى ذات المعنى تنص المادة 33 من قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (إلونسترال) على أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد التنازع واجبة التطبيق .

---

[126] في هذا الشأن قررت المحكمة العليا الأمريكية في حكمها بتاريخ 2 يوليو 1985 (إن المحكم لا يدين بالولاء إلى أي نظام قانوني وطني لأنه ليس له سيادة وطنية) مشار إلى هذا الحكم لدى د.الحسن السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دراسة علمية تاصيلية مقارنة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد) ط1 2008، ص 254. وأيضا د. محمد محيي الدين إبراهيم، المركز القانوني للمحكم، بحث في الدورة الثانية لمركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي بعنوان "التحكيم في منازعات عقود الملكية الفكرية " الفترة من 11-14 مارس 2012، ص 36 وم بعدها.

[127] راجع في هذا الصدد د/ جمال الكردي ، المرجع السابق ، ص166 ، ورسالة عبد الإله برجاني ، مشار إليه لدى د/ جمال الكردي المرجع السابق ص 166 هامش 265 .

وهذا الاتجاه –كما رأينا- يظهر كما لو كان للمحكم قانون مشتمل على قاعدة إسناد يتعين عليه تطبيقها الأمر الذي يجافي الحقيقة ويثير التساؤل عن المقصود بقواعد الإسناد واجبة التطبيق[128].

ولذا فإنه يمكن القول بأن الفقه الراجح يتجه إلى إطلاق حرية المحكم في الاختيار وإعطائه مكنة البحث عن القانون الأنسب موضوعياً –كما فعل المشرع المصري- لحكم النزاع وذلك في إطار ما يسميه الفقه بالقانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدولي . وقد أخذت قواعد التحكيم لدي مركز دبي للتحكيم الدولي بهذا الاتجاه حيث نصت المادة 33 منها على أنه " 1-.. وإذا وجدت الهيئة أن الأطراف لم يستخدموا هذا الخيار، تطبق الهيئة القانون/القوانين أو القواعد القانونية التي تراها أكثر ملائمة 2- يفسر اختيار قانون دولة معينة على أنه إشارة مباشرة إلى تطبيق القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس لقاعدة تنازع القوانين". وقد أخذ نظام تحكيم مؤسسة التحكيم الأمريكية [129] بهذا الاتجاه أيضا، حيث يلزم هيئة التحكيم – عند عدم وجود اختيار من جانب الأطراف – أن تطبق القانون أو القوانين التي تجدها ملائمة. كما تقضى المادة 13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بأن يطبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص . ويخول هذا النص – مع تقاربه من النص المصري- هيئة التحكيم سلطة أكثر مرونة . إذ لم يقيدها بأن يكون القانون الذي تختاره هو الأكثر اتصالا بالنزاع وإنما أي قانون تراه ملائماً لحكم ما يثيره من مشكلات، وهى سلطة واسعة في التقدير حاول المشرع المصري ضبطها بأن يكون هذا القانون الأكثر اتصالا بالنزاع [130].

---

[128] د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 170 ويستعرض سيادته نصوص بعض المعاهدات الدولية وكذلك التشريعات الوطنية التي تناولت هذا الأمر ص 171 وما بعدها .

[129] REVUE DE L'ARBITRAGE, 1993,N°3.P486E.TS.

[130] د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 342. وتجدر الإشارة إلى أنه توجد بدائل أخري إذا لم يختر الأطراف القانون الواجب التطبيق صراحة كتلك التي تبنتها اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 حيث قررت المادة 16 منها بأنه في حالة عدم وجود اختيار للقانون الواجب التطبيق تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذلك

هذا ويحدث أن يعتمد الأطراف عقد من العقود الدولية النموذجية كأساس لتحديد حقوقهم والتزاماتهم كما هو الحال عادة في عقود الاستثمار فما مدى حاجة هيئة التحكيم في هذه الحالة لاختيار قانون يرجع إلى قواعده الموضوعية؟ وقد رأى البعض في معرض الإجابة على هذا التساؤل أن هيئة التحكيم لا تحتاج إلى الرجوع إلى نظام قانوني معين في هذه الحالة اكتفاء بالتنظيم الوارد في العقد النموذجي الذي تبناه الطرفان بإرادتهما وهو ما يطلق عليه البعض بالعقد الحر أو الطليق[131] ولكن هذا التوجه لم يلق رواجاً في الفقه أو القضاء الدولي لأن هذه العقود مهما بلغت من الدقة والتفصيل لا يمكن أن تحيط إحاطة كاملة بكافة فروض النزاع التي يمكن أن يثيرها تطبيقها[132] والواقع أن العقود الدولية النموذجية وإن كانت تتحرر من فكرة إسنادها إلى نظام قانوني وطني فإنه يمكن إسنادها إلى نظام قانوني غير وطني هو القواعد الموضوعية للتجارة الدولية سواء كانت تجد مصدرها في المبادئ القانونية المشتركة للأمم المتمدينة أو في أعرف وعادات التجارة الدولية[133].

وأخيراً فإن هيئة التحكيم قد تلجأ في سبيل تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع إلى إجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع وفقاً لأحد المعايير المقترحة للتركيز كمكان انعقاد أو محل تنفيذ أو غالباً ما تكون فكرة الأداء المميز LA PRESTATION CARACTERISTIQUE بما تقدمه من معيار موضوعي أو مادي لتحديد القانون الواجب التطبيق هي أنسب الفكر لتحديد القانون الأكثر اتصالاً بالعلاقة محل النزاع [134] .

قواعد تنازع القوانين الخاصة بها

[131] د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دراسة تأصيلية إنتقادية ، دار النهضة العربية ، 1989 ص 69 وما بعدها حيث يعرض سيادته للاتجاهات الفقهية في هذا الشأن ونقدها .

[132] المرجع السابق ، بند 64 وما بعده ، ص 69 وما بعدها .

[133] د/ مصطفى الجمال ، د/ عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص 276 .

[134] في هذا الصدد ولمزيد من التفاصيل عن فكرة الأداء المميز باللغة الفرنسية راجع رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه بعنوان "LA LETTRE DE GARANTIE A PREMIERE

سلطة هيئة التحكيم بالفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف LEX AEQUO ET BONA

قد يقدر أطراف التحكيم أن من مصلحتهم استبعاد قواعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وتحسبا لذلك أتاح لهم المشرع رخصة الاتفاق على تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع مع التفويض بالصلح، أي وفقا لقواعد العدل والإنصاف[135]. ولذا فقد لا يتفق أطراف المنازعة على تحديد قانون معين للتطبيق على منازعتهم ويفوضوا الأمر إلى هيئة التحكيم التي يعرض عليها النزاع في أن تصدر حكمها وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف بشرط الاتفاق الصريح على ذلك بين الأطراف وهذا ما يسهل استنباطه من القوانين الوطنية والنصوص الدولية التي سبق الإشارة إليها[136].

ويجب بداءة التصدي لبيان المقصود بقواعد العدل والإنصاف. فقد ورد اصطلاح قواعد العدل والإنصاف في القانون الفرنسي[137] وقانون التحكيم المصري[138] وتبعهما في ذلك بعض القوانين العربية[139] وهو لم يكن من ابتداع

DEMANDE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE- ETUDE A LA LUMIERE DE LA LOI FRANCAISE ET LA LOI EGYPTIENNE"
جامعة باريس 1 (السربون) 2004، وأيضاً د/ عكاشة محمد عبد العال قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994 ، ص 49 وما بعدها .

135 د. على عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 10.

136 المادة 5 من اتفاقية نيويورك 1958، والمادة 7 من اتفاقية جنيف الأوربية 1961، وكذلك قواعد تحكيم الأونسيترال وهيئات التحكيم الدولية الدائمة كغرفة التجارة الدولية في باريس.

137 حيث أنه وفقا للمادة 1478 من قانون المرافعات الفرنسي فإن محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون ما لم يخولها الأطراف مهمة الفصل في النزاع كمفوضة بالصلح. راجع د. على عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص 11. ولمزيد من التفصيل حول القانون الفرنسي الخاص بالتحكيم راجع د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ، القاهرة 2012.

138 .حيث نصت المادة 39-4 على أنه " يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضي العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون."

139 راجع آنفا هامش ص 13.

المشرع المصري فقد ورد هذا الاصطلاح في المادة 17 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس وكذلك في المادة 42/3 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار CIRDI وكذلك المادة 28 من القانون النموذجي وهو ما ورد أيضا بقواعد التحكيم لدي مركز دبي للتحكيم الدولي في المادة33- 4 بأنه " للهيئة سلطة الأخذ بمبدأ الصلح أو بمبدأ العدالة والإنصاف وذلك فقط إذا كان الأطراف قد اتفقوا صراحة وكتابة على منحها هذه السلطة. ونظراً لخطورة هذا الأمر وما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع لمعايير شخصية فقد استقر الأمر على ضرورة إعلان الأطراف إعلانا صريحاً لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هذه السلطة، وهذا النوع من التحكيم يسمى التحكيم بالصلح[140] .

مما لا شك فيه وفقا لما يذهب إليه الفقه[141] أنه من الصعب بمكان إيجاد تعريف لاصطلاح العدل والإنصاف إذ أنه تعبير شديد المرونة يتوقف بالدرجة الأولى على التكوين الثقافي والديني والاجتماعي لشخص المحكم لأنها مسألة تتعلق بالدرجة الأولى بالضمير والأخلاق وتختلف من شخص لآخر لكونها مسألة شديدة النسبية. ومن هنا كان الحكم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف يعني عدم التقيد بأحكام القانون على الأقل كلما كانت هذه الأحكام لا تقيم وزناً لظرف أو آخر من ظروف العلاقة محل النزاع أو تقدم عليها اعتبارات الاستقرار[142]. ويشير الواقع العملي إلى

---

[140] ويطلق عليه البعض (التحكيم المطلق) وذلك ما جاء بعنوان المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون : " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون" معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، جمعية الإصلاح الإسلامية. بيروت ط1، 2000

[141] راجع د. أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق، ص 343. راجع أيضا د. غالب صبحي المحمصاني، ميزات التحكيم المطلق، ورقة بحثية في المؤتمر السابق الإشارة إليه ص 81 ، حيث يقرر أنه لا حدود للقواعد المنصفة التي يمكن للمحكم المطلق أن يلجا إليها وله أن يستخلصها من إحساس ذاتي دفين بمقاييس العدالة وحسن النية ومن الروح التوفيقية والتصالحية التي تؤدي إلى التسوية.

[142] ويذهب بعض الفقه – في هذا الصدد – إلى القول بأن المحكم " ..بهذه المثابة يكون مخولا من الطرفين السلطة في أن (يُشّرع) بنفسه حلا فرديا للنزاع المطروح عليه قد لا يطابق التي توصل إليها أحكام القانون العامة المجردة، في شان المنازعات التي ينتمي إليها بجنسه أو نوعه تمام المطابقة .." د. مصطفي الجمال، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 111.

أن هيئة التحكيم تحرص على استنادها، في حكمها، إلى قواعد القانون وأن تظل حكمها بظله خشية الزلل أو عدم رضاء أحد الطرفين أو كلاهما على الحكم وإعطاء حكمها منزلة أقوى عند الطعن فيه في البلاد التي تجيز ذلك[143]. وبناء عليه يمكن القول بان هذا التفويض لا يعفى هيئة التحكيم، مع ذلك، من التقيد بأحكام القانون الواجب التطبيق المتعلقة بالنظام العام وبالتالي فإن الحاجة تظل قائمة لتعيين هذا القانون الذي تطبق قواعده الموضوعية المتعلقة بالنظام العام على موضوع النزاع[144] ومن ثم فالمحكم بالصلح ليس معفى من التقيد بالمبادئ الأساسية في تسيير الخصومة كتلك المتعلقة بضمانات الدفاع وأخصها مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق أمام مراكز التحكيم الإسلامية

لم يكن التحكيم غريبا ولا جديدا على الفقه الإسلامي، فقد أقر التشريع الإسلامي التحكيم واعتبره كحكم القاضي من جهة الإلزام حيث الأدلة على جواز التحكيم متضافرة من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة والقياس [145]. ولما كان انتشار مراكز

---

[143] د/ محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص264 .

[144] د/ مصطفى الجمال ، د/ عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص 278 – 279 .

[145] في هذا الصدد راجع د. لؤي عزمي الغزاوي، صلاحية ولزوم حكم التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عشر بجامعة الإمارات بعنوان التحكيم التجاري الدولي الفترة من 21-23 ابريل 2008، وأيضا د. سليمان ناصر العجاجي، تاريخ التحكيم، بحث مقدم لملتقي التحكيم في العالم الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الفترة من 8-9 / 5 / 1435 هـ الموافق 9-10 / 3 / 2014 م ص 17 وما بعدها. د عجيل جاسم النشمى، التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث للدورة العادية التاسعة المنعقدة في فرنسا، الفترة: 3-7 جمادى الأولى 1423هـ الموافق 13 – 17 يوليو 2002 م.ص 5 وما بعدها. د. حمزة بن حسين الفعر الشريف، حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية، بحث مقدم إلى الدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الفترة من 19 إلى 1432/1/23ه. ويمكن الاطلاع على البحث على الرابط:
http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=1369

التحكيم ذات الصبغة الدولية والوطنية أيضا في شتي أقطار العالم علامة على ازدياد نطاق التحكيم ومزاحمته للقضاء في وظيفته بالفصل في نزاعات المتخاصمين، فقد صاحب ذلك تزايد ملحوظ في نشأة العديد من مراكز التحكيم المحلية، خاصة في الدول الإسلامية والعربية، حرص مؤسسوها على تسميتها بمراكز التحكيم الإسلامية [146].

وفي هذا الإطار يثور أكثر من تساؤل عن المقصود بالتحكيم الإسلامي بداءة ؟ وماهية هذه المراكز الإسلامية والنظم التي تعتمدها ؟ فماذا يعني تسميتها بالمراكز الإسلامية ؟ وهل من أثر لذلك على لوائحها والقواعد الحاكمة لها كإلزامية تطبيق الشريعة الإسلامية أمامها؟ وما مدي اتفاقها أو اختلافها مع مراكز التحكيم المتعارف عليها ؟ لذا نحاول في السطور الآتية معالجة هذه التساؤلات على النسق التالي :

المطلب الأول : مفهوم التحكيم الإسلامي ومشروعيته.

المطلب الثاني : التعريف بمراكز التحكيم الإسلامية.

المطلب الثالث : إلزامية تطبيق الشريعة الإسلامية أمام مراكز التحكيم الإسلامية.

المطلب الأول

مفهوم التحكيم الإسلامي ومشروعيته

أولا : تعريف التحكيم لغة

التحكيم لغة هو التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم، وأحكم ، فاستحكم ، أي صار محكما في ماله "تحكيما" إذ جعل الله الحكم فيه ، فاحتكم عليه

146 على سبيل المثال المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، ومركز مكة الدولي للتوفيق والتحكيم في المملكة العربية السعودية، ومركز التحكيم الإسلامي بجامعة الأزهر الذي بدأ يزاول نشاطه منذ عام 1995م، إضافة إلى الدعوات المتزايدة بإنشاء مراكز للتحكيم الإسلامي وتوحيد لوائحها مثل الدعوة التي أطلقها ملتقى التحكيم الأول في العالم الإسلامي إلى إعداد لائحة تحكيم موحدة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك إنشاء مركز للتحكيم الإلكتروني مقره مكة المكرمة في جامعة أم القرى ويختص بالفصل في منازعات رعايا دول العالم الإسلامي الكترونياً على وفق الشريعة الإسلامية. راجع توصيات الملتقي والذي سبق الإشارة إليه.

ذلك[147].ويطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين[148]، قال تعالى**{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا}**149.

والتحكيم مصدر حكم يحكم تحكيما، يقال حكمه في الأمر والشيء إذا جعله حكما وفوض الحكم إليه، كما ورد في قوله تعالى : **(فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)**[150]. ويقال حكمت فلانا أي أطلقت يده فيما شاء، ويقال أيضا حكمت السفيه تحكيما أي بصرته بالأمر وأخذت على يده[151]، ومنه قول إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى "حكم اليتيم كما تحكم ولدك أي امنعه من النساء كما تمنع ولدك"[152].

ويتضح مما تقدم أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين، يقال حكم زيد عمرا في ماله إذا أطلق يده والمفوض إليه في الخصومة يسمى حكما[153].

ثانيا : تعريف التحكيم في الاصطلاح

التحكيم في الفقه الإسلامي له تعريفات عدة : فقد **عرفه الأحناف** بأنه " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما "[154]، أي أن التحكيم تولية تتم من قبل خصمين بجعل أحد الناس حكما ليحكم بينهما[155].

147 مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ط دار الجيل، بيروت، لبنان، 1987 ص 148.
148 المعجم الوسيط ج1 ص 290.
149 سورة النساء الاية 35.
150 سورة النساء الآية 65.
151 تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام الطوري، الجزء السابع، ص 41، منشورات بيضون.
152 لسان العرب، للإمام ابن منظور، المجلد الثاني عشر، ص 142-143 ، دار صادر بيروت. القاموس المحيط، الفيروزابادي، ص 1095، ط 6 .
153 د. قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط 2014، ص21.
154 البحر الرائق شرح كنز الرقائق، لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1 1997، ج 7، ص 108. حاشية ابن عابدين – رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ط 2 ، 1987، ج 4 ، ص 347.
155 د. محمد أحمد شحاتة، التحكيم في الفقه والقانون المقارن، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،

في حين **عرفه المالكية** على أنه : " أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما جاز "[156] ويبدو من التعريف أنهم يشترطون في المحكم ألا يكون طرفا في الخصومة.

وقد **عرفه الشافعية** بأنه " إذا حكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض "[157] وواضح من التعريف أن التحكيم يعني لجوء الخصوم إلى رجل ليقوم بالقضاء في منازعة بينهما في مكان ما سواء أكان فيه قاض أم لم يوجد حيث لا تأثير لذلك على التحكيم.

بينما تبنّى **الحنابلة** تعريف التحكيم بأنه " إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز "[158] ويتضح من هذا التعريف أنه يشترط في المحكم أن يكون صالحا للقضاء أي تتوافر فيه الشروط التي ينبغي توافرها في القاضي.

وقد عرفت **مجلة الأحكام العدلية** في المادة 1790 التحكيم بأنه " عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواها ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة "[159].

واتجه **بعض الفقه المعاصر**[160] إلى القول بأن المقصود بالتحكيم الإسلامي أن يحكّم المتخاصمان شخصا آخرا أو أكثر لفض النزاع القائم بينهما أو الذي يمكن أن يقوم وفقا لحكم الشرع. بينما ذهب بعض آخر[161] إلى تعريف التحكيم بأنه " تداعي

2010، ص 11.

156 تبصرة الحكام لابن فرحون، ط 1، دار الكتب العلمية بيروت، ج 1، ص 43

157 أدب القاضي للماوردي، ج 2 ص 379. وراجع أيضا الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رحمه الله – شرح مختصر المزني - لأبي الحسن على محمد بن حبيب الماوردي البصري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994، ج 16 ص 325.

158 المغني لابن قدامه ، مكتبة الرياض الحديثة، ط 1981، ج 9، ص 107. وراجع في تعريفات المذاهب الأربعة للتحكيم بتفصيل دكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6 ، ط 3، 1989.

159 منير القاضي شرح مجلة الاحكام العدلية، ج 4، ص 169.

160 دكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق ،ج 8 ص 6250.

161 د. محمد أحمد شحاتة، المرجع السابق، ص 16.

خصمين أو أكثر بموجب اتفاق رضائي أمام محكم أو أكثر للفصل فيما ينشأ بينهم من نزاع إلا ما نيط بالولاية العامة والحدود ذات العقوبات الجبرية المقدرة شرعا "، وذهب آخرون[162] إلى تعريف التحكيم بأنه " عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصومتهما بدلا من القاضي".

ومن جماع التعريفات المتقدمة وبمقابلتها بتعريف التحكيم في القانون الذي اخترناه وأوردناه في مقدمة هذا البحث وغيره من تعريفات فقهاء القانون للتحكيم[163]، يتضح لنا أن ثمة اتفاقا بين القانون والشريعة في بعض جوانب التحكيم وأن ثمة اختلافا بينهما في جوانب أخرى. حيث لا تخرج التعريفات التي ذكرها الفقه الإسلامي عما كتبه فقهاء القانون في التحكيم من أنه اتفاق بين الخصوم لإحالة النزاع الحاصل بينهما إلى أشخاص آخرين غير القضاة ليقوموا بفض هذا النزاع والفصل فيه. غير أن الفقه الإسلامي يختلف عن القانون في أمور أخرى تتعلق بموضوع التحكيم ذاته والمسائل التي يجوز عرضها على التحكيم، وشروط تعيين المحكم سواء ما تعلق بجنسه أو إسلامه ..الخ، علاوة على عدم اشتراط الوترية في عدد أفراد هيئة التحكيم وكذلك من ناحية إمكانية رجوع المحكم في حكمه إلى غير ذلك من المسائل التي تعتبر محل خلاف كبير وتباين بين القانون والفقه الإسلامي بل حتى داخل مدارس واتجاهات هذا الأخير[164]. وهو الأمر الذي يسهم بشكل كبير في

---

162 د. إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية ، ص 16.

163 راجع ص 2. علاوة على ذلك فقد عرفه بعض فقهاء القانون بأنه " حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشا بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بلا مراجعة من القضاء المختص" د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، 1918 ص 830 ، كما عرفه بعض آخر بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم " د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2 ، 1974، ص 15.

164 د. فاطمة محمد العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون – دراسة لتقنين الفقه الإسلامي والتأثير التشريعي لمجلة الاحكام العدلية، رسالة دكتوراه في القانون من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية 1999 -2000 ، المكتب الاسلامي ط1 2002 بيروت، ص 245 حيث تسرد مواضع الخلاف بين المذاهب الأربعة في التحكيم. ولمزيد من التفصيل حول خصوصيات التحكيم

فهم خصوصية القانون الواجب التطبيق في التحكيم الإسلامي موضوع هذا البحث حيث يكون الفصل في النزاع على هدي الأحكام الشرعية هو ما يميز التحكيم الإسلامي عن التحكيم غير الإسلامي بمختلف أشكاله سواء كان تحكيما عاديا أو مطلقا.

دليل مشروعية التحكيم

الواقع أن التحكيم كغيره من الأمور التي وجدت قبل البعثة ومارسها العرب فجاء الإسلام غير منكر لها، بل جاء مقررا لبعض صوره التي ربما لم تكن موجودة من قبل – مثل التحكيم في الصيد – وحكّم الرسول صلي الله عليه وسلم في بعض المنازعات بنفسه، ثم مارس الصحابة رضوان الله عليهم التحكيم سواء كمحكمين أم متخاصمين بعد وفاته صلى الله عليه وسلم، دون أن ينكر أحد ذلك[165]. وتستقى مشروعية التحكيم من القرآن والسنة والإجماع.

في التدليل على مشروعية التحكيم في الإسلام نجد أن الكثير من الباحثين القانونيين أو الشرعيين يذكرون آيات من **القرآن الكريم** باعتبارها مصدرا يستمد منها التحكيم مشروعيته من ذلك قوله تعالى: (إِنَّا أَنْزَلْنَا إليك الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا)[166] وقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ

الإسلامي راجع د. طارق البكوش، في بعض خصائص التحكيم التجاري الإسلامي، بحث مقدم لندوة التحكيم الإسلامي ، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، دبي بتاريخ 14-6 - 2014. وراجع أيضا د. زيد عبد الكريم الزيد، خصائص التحكيم في الشريعة الإسلامية ومقاصده، بحث مقدم إلى ملتقى التحكيم في العالم الإسلامي. وأيضا، د. لؤي عزمي الغزاوي، صلاحية ولزوم حكم التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عشر بجامعة الإمارات بعنوان التحكيم التجاري الدولي الفترة من 21-23 ابريل 2008.

165 د. فاطمة محمد العوا، المرجع السابق، ص 222 وما بعدها حيث بينت الكاتبة في الهامش لجوء الصحابة إلى التحكيم في المسائل التجارية والمدنية وأشارت إلى محمد ناصر الدين الألباني " إرواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل" ج 8 ص 231-238، حيث ينقل عن "طبقات ابن سعد" و "سنن البيهقي" أثرين فيهما لجوء عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وطلحة بن عبيد الله وأبي بن كعب التحكيم، وممارسة زيد بن ثابت وجبير بن مطعم وشريح بن الحارث للتحكيم.

166 سورة النساء ، الاية 105.

بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا **مِنْ** أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عليما خَبِيرًا)[167] وأيضا قوله تعالى: (سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أو أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)[168] وأيضا قوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)169.

هذه الآيات الكريمة وغيرها أيضا التي تتناول التحكيم تبين جوازه في النزاعات بين الزوجين أو غيره من النزاعات ، ولا شك أن دلالة نصوص الآيات القرآنية السابقة لا تدل دلالة مباشرة على مشروعية التحكيم بإطلاق بمعناه الذي تعرفه النظم القانونية المعاصرة[170] لما سبق وأن بينا آنفا من اختلافات في خصائص التحكيم بين القانون والفقه الإسلامي.

أيضا فإن **السنة النبوية** تضمنت إقرارا صريحا من الرسول صلي الله عليه وسلم بأن التحكيم مشروع وأنه من الأشياء الحسنة حيث ورد في الحديث الشريف "أن أبا شريح هانئ بن يزيد رضي الله عنه عندما قدم إلى رسول الله صلي الله عليه وسلم مع قومه، سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم : " إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال : لأن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال النبي صلي الله عليه وسلم : ما أحسن هذا، فما لك من ولد؟ قال : لي شريح ومسلم وعبد الله قال: فمن أكبرهم، قلت شريح، قال : أنت أبو شريح، ودعا له ولولده"[171]. وأيضا فقد رضي رسول الله صلي

167 سورة النساء ، الاية 35.
168 سورة المائدة، الاية 42.
169 سورة النساء، الآية 65.
170 د. فاطمة العوا، المرجع السابق، ص 223.
171 صحيح سنن النسائي للألباني، ط مكتب التربية العربي لدول الخليج بالرياض، 1988،ج3، ص 1091، الحديث رقم 4980. ورواه أبو داود في سننه في كتاب الأدب، باب 70 في تغيير

الله عليه وسلم بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريظة حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه[172]. وغير ذلك من الآثار النبوية[173].

كما أن **الإجماع** منعقد على جواز التحكيم، ولم يخالف هذا الإجماع إلى يومنا هذا[174]، فقد أجمع الصحابة الكرام على جواز التحكيم والشواهد على ذلك كثيرة مثل ما كان بين عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما من منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت[175].

ولعل حكمة مشروعية التحكيم تتبدي في إدراك الدور الذي يقوم به في فصل الخصومات والمنازعات والتي من شأنها أن تشيع العداوة والبغضاء وفساد ذات البين إذا تركت دون الفصل فيها بحكم سواء بواسطة القاضي أو المحكم، ولا شك أن التحكيم يحقق ذلك كما أنه يخفف العبء عن الأفراد في رفع المشقة عنهم في الانتظار في طوابير القضاء للبت والفصل في قضاياهم[176]، علاوة على ذلك فإن التحكيم يؤدي إلى إصلاح ذات البين بين المتخاصمين ذلك أن " فصل القضاء يورث في القوم الضغائن " كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه[177]. وهكذا يتضح أن الدافع إلى التحكيم في الفقه الإسلامي هو ذاته الذي جعل منه الوسيلة الأكثر ذيوعا وقدرة على منافسة القضاء في الفصل بين الخصوم الأمر الذي جعل

الاسم القبيح، حديث رقم 4955 ، ج 5/ ص 240.

172 رواه عن أبي سعيد الخدري الإمام أحمد في مسنده ج 3 ص 22، ومسلم في صحيح مسلم بشرح النووي ج 12 ص 92.

173 راجع د . قدري محمد محمود المرجع السابق، ص 65-79. حيث يذكر العديد من الوقائع والآثار في هذا الصدد.

174 البناية شرح الهداية، ج 7، ص 66، المرجع السابق. ص 75،

175 انظر أسد الغابة رقم (1824) ج 2/ 246-248. دار الكتب العلمية، 1994. وغير ذلك من الآثار التي ذكرتها سميرة الزعيم المنجد في رسالة ماجستير بعنوان التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2013، ص 51. وراجع أيضا ، د. محمد الزحيلي، التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، بحث في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 27 ، عدد 3، 2011، ص 369 وما بعدها.

176 د. قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص 86.

177 المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة ج7، ص 213،

منه مادة خصبة لدي القانونيين وساهم في نشره على نطاق عالمي في العقود الأخيرة.

والحق أن التحكيم الإسلامي يحقق مقصدا شرعيا أساسيا وهو تطبيق شرع الله في النزاعات بين الخصوم وأن كلا من القضاء الرسمي والتحكيم لهما هدف واحد رئيس وهو تطبيق شرع الله في الواقعة المنظورة أمامهم، وإن كان القضاء في بعض البلدان لا يلتزم تطبيق شرع الله جل شانه، فإن التحكيم بوصفه وسيلة اختيارية للفصل بين المتنازعين يعتبر ملجأ لتحقيق هذه الغاية بين المحتكمين، فالتحكيم إذا تم في بلد إسلامي فهو ينسجم مع القضاء الرسمي في تحقيق هذا الهدف وإن كان في بلد غير إسلامي فهو ينفرد بتحقيق هذا الهدف المهم[178].

المطلب الثاني

التعريف بمراكز التحكيم الإسلامية

(المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة نموذجا)

غني عن البيان أن التحكيم نوعان : التحكيم الحر ad hoc وهو الأصل في التحكيم ويعني حرية الخصوم في اختيار من يشاءون من المحكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم إلى غير ذلك من مسائل التحكيم، فهو تحكيم ينظمه الأطراف بمناسبة نزاعهم[179]. وأما النوع الثاني فهو التحكيم المؤسسي Institutional ويقصد به التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة تضطلع بالتحكيم وفق قواعد

[178] د. زيد عبد الكريم الزيد، خصائص التحكيم في الشريعة الإسلامية ومقاصده، مرجع سابق، ص 23.

[179] د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، دون سنة نشر، ص 37. د أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ط 5، منشأة المعارف، 1988، ص 40.

وإجراءات تتضمنها لوائحها وتعد قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات يختار الأطراف من بينهم[180].

وقد صار هذا النوع الأخير من التحكيم هو الغالب في منازعات التجارة الدولية، ويرجع انتشاره إلى المزايا التي يحققها للمحتكمين، حيث أن هيئات ومراكز التحكيم الدائمة لديها لوائح معدة بالإجراءات البسيطة والسريعة التي يجري التحكيم لديها على أساسها وفي مقر هذه المراكز، كما أن لديها أيضا قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع النزاعات، علاوة على ما تقدمه هذه المراكز من خدمات إدارية تتطلبها عملية التحكيم مثل الترجمة وحفظ الملفات والمستندات..الخ [181].

دوافع وأسباب وجود مراكز التحكيم الإسلامية

ولقد كان من شأن اهتمام العالم الإسلامي بالتحكيم نتيجة لما وصل إليه باعتباره أحد الحاجات الأساسية لمجتمع التجار والمستثمرين أن تزايدت الدراسات الفقهية الإسلامية [182] بخصوص التحكيم وضوابطه الشرعية وقد انعكس ذلك على الواقع

180 ونتيجة لازدهار التجارة الدولية والتحكيم تبعا لذلك كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية فقد بلغ عدد المؤسسات المعنية بالتحكيم في العالم نحو أربعة آلاف مؤسسة تحت مسميات مختلفة ما بين غرفة ومحكمة وجمعية ومركز ومنظمة. راجع د أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 36 وأيضا د محسن شفيق ، المرجع السابق بند 79 وأيضا د على رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، بند 14 ، ص 16.

181 د. مصطفي محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، طبعة منشورات الحلبي، مرجع سابق ، ص 127 وما بعدها.

182 على سبيل المثال المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون والذي جاء بعنوان " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون" بمعهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية – جمعية الإصلاح الإسلامية، لبنان بتاريخ 21-5-2000 وأيضا ملتقي التحكيم في العالم الإسلامي والذي سبق الإشارة إليه. وأيضا الدكتور محمد الزحيلي، التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد - 27 العدد الثالث2011 وأيضا : سميرة المنجد، التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2 ، 2013 ، وقد بينت الباحثة أهمية إنشاء مركز تحكيم إسلامي دائم وعرضت تصورا للهيكل التنظيمي للمركز المقترح إنشائه. راجع ص 209 وما بعدها.

فأنشئت مراكز محلية للتحكيم الإسلامي[183] تقوم بممارسة التحكيم في القضايا التي تحال إليها وفقا لضوابط معينة تختلف وتتفق في كثير منها مع ما تنتهجه مراكز التحكيم التقليدية. ويأتي تأسيس هذه المراكز ضمن ما يعرف بالتحكيم المؤسسي كما بيناه آنفا.

ولعل الدافع الأساسي[184] من وراء إنشاء مراكز التحكيم الإسلامية يكمن في تطبيق الشريعة الإسلامية على النزاعات التي تطرح أمامها باعتبار أن هذه المراكز هي جزء أساسي من منظومة التحكيم الإسلامي الذي يجعل أحكام الشريعة الإسلامية قانونا واجب التطبيق ولا يمكن أن يكون هناك اتفاق على استبعاد تطبيقها. فهذه المراكز إذن تجعل من اللجوء إلى التحكيم الإسلامي وحل النزاعات بواسطته أمرا ميسرا ومنظما، وبالتالي أمرا واجبا شرعيا، لأن المسلم في هذه الحالة يكون مخيرا بين القانون الوضعي الذي يطبق من خلال القضاء أو التحكيم العادي وبين الشريعة الإسلامية التي تطبق بشكل أُحادي عبر مراكز التحكيم الإسلامية، فلا يجوز لمسلم يؤمن بالله واليوم الآخر عندها أن يختار القانون الوضعي مع وجود تحكيم إسلامي[185].

183 ومنها مركز التحكيم الإسلامي بجامعة الأزهر الذي بدأ يزاول نشاطه منذ عام 1995م ، والذي تنصّ المادة (23) من لائحته على أن (تطبق هيئة التحكيم على النزاعات المعروضة أمامها مبادئ الشريعة الإسلامية وتختار ما تراه مناسباً من الآراء وفقاً لاجتهادها إلاّ إذا ألزمها الطرفان بتطبيق مذهب فقهي معين دون غيره). راجع محمد بدر يوسف المنياوي، بحث بعنوان مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد 9 ، ج4، ص 15. وكذلك مركز مكة الدولة للتوفيق والتحكيم بالغرفة التجارية الصناعية بابها بالمملكة العربية السعودية http://www.makkahcenter.com/pages.php?page_id=11

184 ولا يمكن غض الطرف أيضا عن دوافع أخري كانت سببا مهما في إنشاء مراكز التحكيم الإسلامية، إذ لا يخفي على أحد من أن التحكيم سواء الإسلامي أو غير الإسلامي يعتبر أداة اتفاقية لاختيار المحكمين وإجراءات التحكيم وقواعد حل النزاع بما يحققه من حل للنزاع في أجواء قريبة من الصلح مع سرعة الفصل في النزاع وسهولة الإجراءات وبساطتها وبعدها عن التعقيد .

185 سميرة الزعيم المنجد، التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي، مرجع سابق، ص 166 حيث أوردت الكاتبة فتوى فضيلة المستشار الشيخ فيصل مولوي مستشار المحكمة الشرعية السنية بلبنان يعتبر فيها اللجوء إلى التحكيم الإسلامي واجبا شرعيا عند جميع الفقهاء والمذاهب ، راجع ملحق رقم (3) ص 243-244 .

المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي ومقاربته بمراكز التحكيم العادية

وفي هذا الإطار تم إنشاء المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة بتضافر جهود كل من البنك الإسلامي للتنمية، والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، واستوجب افتتاح المركز عدة مراحل دامت ثلاث سنوات تقريبا. وتم التوقيع على اتفاقية مقر المركز بين دولة الإمارات العربية المتحدة والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، بصفته ممثلاً للصناعة المالية الإسلامية، وذلك على هامش انعقاد الاجتماع السنوي للبنك الإسلامي للتنمية بطهران سنة 2004 م .وتأسس المركز يوم 9/4/2005 وهو تاريخ انعقاد اجتماع الجمعية العمومية التأسيسية الذي حضره أكثر من سبعين مؤسسة مالية محلية، وإقليمية، ودولية، إضافة إلى جهات حكومية وغير حكومية. وبدأ المركز نشاطه الفعلي في بداية شهر يناير2011 م.[186]

ويعمل المركز وفقا للائحة تتكون من (41) مادة تعالج العديد من مختلف المسائل الخاصة بالعملية التحكيمية ابتداء من شرط التحكيم النموذجي وانتهاءً بصدور حكم التحكيم، مروراً بتعيين هيئة التحكيم وبالإجراءات المتبعة أمامه. وبوجه عام، فإن اللائحة لا تختلف عن مثيلاتها من اللوائح الأخرى في تنظيم العملية التحكيمية [187]، فهي تقرُّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد المتضمن فيه

186 د. عبد الستار الخويلدي، المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم – نموذج المركز المتخصص في فض النزاعات في الصناعة المالية الإسلامية ورقة عمل مقدمة إلى ملتقى التحكيم في العالم الإسلامي. راجع أيضا لمزيد من التفصيل الموقع الإلكتروني للمركز :
http://iicra.com/ar/downloads/detail/2e0b71ef2b ويأتي إنشاء هذا المركز أيضا في إطار التكامل المنشود في مجال الصناعة المالية الإسلامية ويعد أحد أهم مؤسسات البنية التحتية للصناعة المالية الإسلامية حيث يجري العمل على إنشائها وتطويرها تباعًا، راجع في هذا الصدد د سامر مظهر قنطنجي، مؤسسات البنية التحتية للصناعة المالية الإسلامية 2006 www.kantakji.com

187 د. حمزة أحمد حداد، مستقبل التحكيم في العالم الإسلامي، ورقة عمل مقدمة لملتقي التحكيم في العالم الإسلامي، ص 6، سبق الإشارة إليه.

(المادة 18)[188] ومبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في الدفع بعدم اختصاصها (مادة 19)[189].

بيد أنه – رغم ذلك – تضمنت لائحة المركز بعض المسائل التي تعد على النقيض لما هو متعارف عليه ويجري العمل به في التحكيم الدولي أو أمام مراكز التحكيم التقليدية، لعل أهمها ما يتصل بموضوع هذا البحث وهو القانون الواجب التطبيق[190] ، إذ أن المادة 28 من اللائحة نصت على أنه : " يجب على المحكمين الإلتزام بالقانون الذي اختاره أطراف النزاع. وفي حالة عدم تحديد القانون واجب التطبيق في مشارطة أو شرط التحكيم فإنه يتعين على هيئة التحكيم اختيار القانون واجب التطبيق الأكثر التصاقا بالعقد محل النزاع مسترشدة بمكان انعقاد العقد ومكان تنفيذه وجنسية المتعاقدين وموطنهما والقانون واجب التطبيق. وفي جميع الأحوال يتوجب على هيئة التحكيم استبعاد الأحكام التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في القانون واجب التطبيق. ولهيئة التحكيم أن تختار من بين المذاهب الإسلامية وآراء المجامع الفقهية واجتهادات هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية ما تراه مناسبا لموضوع النزاع.

188 تنص المادة 18 على أنه " ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك صراحة يعتبر الاتفاق على التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن العقد موضوع النزاع فإذا بطل العقد أو انقضى لأي سبب يبقى اتفاق التحكيم نافذا ".

189 تنص المادة 19 على أن " تختص هيئة التحكيم بالفصل في الموضوع المتعلق بعدم اختصاصها، ويشمل ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو انقضائه أو عدم شموله موضوع النزاع ، ويجب إبداء هذه الدفوع في الجلسة الأولى قبل الدخول في الموضوع. ويعتبر التوقيع على وثيقة التحكيم أو المباشرة بإجراءات التحكيم دون تحفظ بمثابة تنازل ضمني عن أي دفع شكلي يتعلق بتشكيل و صلاحية الهيئة".

190 هناك العديد من المسائل التي تختلف فيها لائحة المركز مع المبادئ المستقر عليها في التحكيم الدولي فمثلا وفقا للمادة (6) تجري إجراءات التحكيم(أي يكون مكان التحكيم) في دولة الإمارات العربية إلا إذا أتفق الطرفان أو قررت الهيئة خلاف ذلك .ولكن يلاحظ هنا أنه من حق اللجنة رفض مثل هذا الاتفاق أو القرار، خلافا لما جرى عليه العمل في التحكيم الدولي. كذلك ووفقا للمادة (7) فإن التحكيم يجري باللغة العربية ما لم يتفق الأطراف أو تقرر اللجنة لغة أو لغات أخرى غيرها .وفي جميع الأحوال، يجب أن يصدر الحكم باللغة العربية .وبصرف النظر عن الاحتمال الكبير لاختلاف الاجتهاد حول تفسير وفهم مثل هذا الحكم، فإنه مخالف لما جرى عليه العمل في التحكيم الدولي. وغير ذلك من المسائل، راجع في هذه الصدد د. حمزة أحمد حداد، مستقبل التحكيم في العالم الإسلامي، المرجع السابق ، ص 6.

ولها أن تستأنس بالقواعد والأعراف التجارية المحلية والدولية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي كل الأحوال تلتزم الهيئة العدالة وعدم الانحياز في إدارتها لسير الإجراءات وتحرص على الاستماع بشكل واف لكل طرف."

ويبدو من النص المذكور أن لائحة المركز قد حاولت أن توفق بين مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وبين التزام المركز – باعتباره إسلاميا – بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية[191] وهي محاولة للتقريب بين المركز وغيره من المراكز التقليدية، لكن الأمر لم يكن سهل المنال[192]، فاللائحة تلزم هيئة التحكيم باستبعاد القانون الواجب التطبيق في حدود مخالفته للشريعة الإسلامية، وهو أمر، وإن كان محمودا ويتسق مع أهداف المركز التي تفرض الشريعة الإسلامية كقانون واجب التطبيق على موضوع قضايا التحكيم الذي ينظرها، إلا أنه يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يخول الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم في التحكيم بل وإلزام هيئة التحكيم بالعمل بمقتضي إرادتهم تلك وعدم الالتفات عنها وإلا كان مصير حكمها البطلان، كما سبق وأن بيَّنا في المبحث الأول[193]. ناهيك عن الجدل حول تحديد المقصود بمصطلح الشريعة الإسلامية كما سنرى لاحقا.

191 وهو ما يمكن تبصره مما سطره د. عبد الستار الخويلدي أمين عام المركز الإسلامي الدولي للتحكيم والمصالحة بملتقي التحكيم في العالم الإسلامي حيث قرر "وفي الصناعة المالية الإسلامية وأمام صعوبة قبول أحكام الشريعة الإسلامية من قبل أطراف أجنبية، وأمام عدم قبول المؤسسات المالية الإسلامية الاحتكام مطلقا للقوانين الوضعية، فقد تم الاهتداء إلى صيغة الاحتكام إلى القوانين الوضعية مع شرط مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية بعدم مخالفتها". المرجع السابق ص 14. وسنبين لاحقا أن هذه المحاولة لم تغير من الأمر شيئا بل إنها كانت سببا في بعض الأحيان للالتفات عن تطبيق الشريعة الإسلامية بمبررات عدة. انظر لاحقا ص 58 وما بعدها.

192 ذلك أن قواعد مراكز التحكيم العادية أو غير الإسلامية تعتمد مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وفي جل مسائل التحكيم كالنظام الإجرائي أو لغة التحكيم ومكانه دون أن تقيدها بقيد أو تحدها بحد..الخ مثل قواعد غرفة التجارة الدولية للتحكيم في باريس (ICC) وقواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) قواعد التحكيم لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) وقواعد مركز دبي للتحكيم الدولي (DIAC). راجع آنفا هامش ص 8.

193 راجع ص 12 وما بعدها.

هذه المغايرة في طبيعة عمل كل من المراكز الإسلامية والمراكز التقليدية أو غير الإسلامية دفعت بعض الفقه القانوني[194] إلى قصر مجال التحكيم المؤسسي الإسلامي على المعاملات ذات الطابع الإسلامي المتميز مثل عقود المضاربة وما في حكمها. أما المعاملات التجارية المألوفة في الأسواق العالمية كشراء وبيع البضائع ونقلها واستئجار السفن ونقل التكنولوجيا وغير ذلك مما اعتبره عمليات ليست ذات طبيعة إسلامية فقد استبعدها من اختصاص مراكز التحكيم الإسلامي نظرا لصعوبة إجبار المتعاقد الأجنبي على الخضوع لقانون لا يعرفه سلفا ولا يمكنه التنبؤ أو التبصر بالحلول التي يمكن أن تنتج عن إعماله وتطبيقه، ناهيك عن إمكانية مخالفة هذه الحلول لما استقر عليه بمئات أو آلاف الأحكام الصادرة في هذه المعاملات من غرفة التجارة الدولية في باريس أو في لندن أو لاهاي واستكهولوم.

ونعتقد أن هذا الرأي قد جانبه الصواب، فهو وإن كان قد استقرأ الواقع في سبيل تأسيسه لوجهة نظره تلك، والذي ينبئ بوضوح عن عدم قبول المتعاقد الأجنبي للشريعة الإسلامية كقانون واجب التطبيق بل وتنصل هيئات التحكيم أحيانا من تطبيقها بالرغم من النص في اتفاق التحكيم على وجوب تطبيقها، إلا أن الأمر لا يرجع إلى ما بينه هذا الرأي من أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تناسب طائفة كبيرة من المعاملات العالمية [195]، ذلك أن هذا القول لا يقوم على دليل، ويدحضه النجاح الكبير الذي تحققه المصارف الإسلامية والتي تنتهج في عملها أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه المصارف تقوم بممارسة كافة العمليات التجارية التي لا تتميز

194 راجع د. أحمد صادق القشيري، التحكيم المؤسسي الإسلامي، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم في العالم الإسلامي، سبق الإشارة إليه، ص 5.

195 وفي هذا الصدد يعلق الأستاذ الدكتور على حامد الغتيت بأن " الشريعة الإسلامية وصفت ظلما بأنها لا تقدم حلولا وأنها غامضة وأنها تفتقد للانضباط في مسائل التجارة الدولية " وقد فنّد سيادته هذا الزعم مبينا أن الشريعة ومنذ أكثر من 920 عاما تضع مبادئ وأسس أفاد منها الفقه الغربي مثلما استعان نابليون بمدونة الفقه المالكي في إعداد code أو القانون المعروف باسمه، راجع في ذلك د. على الغتيت، العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، بعنوان التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون سبق الإشارة إليه، ص 322-323.

بالطابع الإسلامي، وفق تعبير هذا الرأي. علاوة على أن السبب الرئيسي في رفض المتعاقد الأجنبي لإعمال الشريعة الإسلامية على ما يبرمه من عقود وعمليات تجارية مختلفة هو تخوفه النابع من جهله بماهية وأحكام الشريعة الإسلامية، ولعل التحول النسبي وإن كان غير ملموس بشكل كاف، نحو الصناعة المالية الإسلامية والاهتمام بها في بعض البلدان الأوربية [196] هو خير دليل على إمكانية إعمال الشريعة وأحكامها في المعاملات وإحلال نظمها كبديل عن النظم التقليدية والتي تسببت في أزمة عالمية وكساد كبير كاد أن يطيح بالاقتصاد العالمي.

ومن جماع ما تقدم يتبدي لنا أن مراكز التحكيم الإسلامية – من خلال استعراض قواعد التحكيم لدي المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم - تتمتع بخصوصية في ممارسة عملها تختلف عن مراكز التحكيم العادية من أهمها مسالة اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع والذي لا يترك أمر تحديده إلى الأطراف كما هو معتاد وثابت لدي مراكز التحكيم الأخرى، حيث يجب على المحكمين بمراكز التحكيم الإسلامية تطبيق قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا موضوع نتناوله في المطلب التالي، لما قد يشكله من عقبة أمام هذه المراكز في سبيل انتشارها وقبول الاحتكام إليها. وعلى الرغم من ذلك فإنه لا يمكننا أن ننكر التشابه الكبير في جل المسائل الأخرى والتي تتناغم مع ما يجري عليه العمل في التحكيم الدولي.

196 على سبيل المثال راجع في هذا الصدد :
L'accueil de la finance islamique en droit français ، Georges Affaki, essai sur le transfert d'un système normative, in, La finance islamique à la française : un moteur pour l'écononomie, une alternative éthique / sous la dir. de Jean-Paul Laramée, édition Bruno Leprince. Paris, 2008 ; Gilles Saint Marc : « Place de Paris le finance islamique ? », Revue droit Français est-il compatible avec la Banque, n° 703, Juin 2008

المطلب الثالث

إلزامية تطبيق الشريعة الإسلامية أمام مراكز التحكيم الإسلامي

رأينا، آنفا، أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهم المطروح أمام قضاء التحكيم هو من أبجديات التحكيم وأركانه التي يقوم عليها باعتباره نظاما رضائيا في الأصل. كما بينا، وعلى خلاف ذلك، أن مراكز التحكيم الإسلامية تلزم هيئة التحكيم بإعمال الشريعة الإسلامية على النزاع الذي تنظره في إطارها وتلتفت عن القانون الذي اختاره الأطراف إن كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وقد اعتبرنا ذلك من خصوصيات التحكيم الإسلامي[197].

هذه الخصوصية تقوم على أساس أن القوانين الدولية التي يجري النص على اختيارها واشتراطها في العقود التجارية الدولية لا تحكم بالشريعة الإسلامية وقد تخالفها في أمور عديدة ولذا فإن القبول بمثل هذا الشرط يعدُّ متصادما مع النصوص الشرعية التي تنهى عن تحاكم المسلم أو عمله بغير ما شرعه الله سبحانه وتعالى، وقد وردت أدلة كثيرة في الكتاب والسنة تحرم وتجرم التحاكم إلى غير ما شرعه الله سبحانه وتعالى[198].

197 لمزيد من التفصيل حول خصوصيات التحكيم الإسلامي راجع د. طارق البكوش، في بعض خصائص التحكيم التجاري الإسلامي، بحث مقدم لندوة التحكيم الإسلامي ، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، دبي بتاريخ 14-6 2014. وراجع أيضا د. زيد عبد الكريم الزيد، خصائص التحكيم في الشريعة الإسلامية ومقاصده، بحث مقدم إلى ملتقي التحكيم في العالم الإسلامي. وأيضا، د. لؤي عزمي الغزاوي، صلاحية ولزوم حكم التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عشر بجامعة الإمارات بعنوان التحكيم التجاري الدولي الفترة من 21-23 ابريل 2008.

198 د. حمزة بن حسين الفعر الشريف، حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية، بحث سبق الإشارة إليه. وانظر أيضا د .صالح بن عبد الله اللحيدان، النص على التحاكم للقوانين الوضعية في عقود المؤسسات المالية الإسلامية. 1430 هجرية. وفي هذا السياق يقول ابن القيم رحمه الله "والصحيح أن الحكم بغير ما أنزل الله يتناول الكفرين الأصغر والأكبر بحسب حال الحكم فإنه إن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله في هذه الواقعة وعدل عنه عصيانا مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة، فهذا كفر أصغر وإن اعتقد أنه غير واجب وأنه مخير فيه مع تيقنه أنه حكم الله فهذا كفر أكبر، وإن جهله وأخطأ فهذا مخطئ له حكم المخطئين " مدارك السالكين ج 1 ، ص 365.

وينادي البعض – وبحق - بأن الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية إن غاب عن التشريع والقضاء في كثير من دولنا فينبغي ألا يغيب على المستوى التحكيمي الذي ترعاه قاعدة سلطان الإرادة وحرية المحتكمين في اختيار القواعد الواجبة التطبيق إجرائيا وموضوعيا [199]، فالتحكيم هو الطريق العملي والأمثل لتطبيق الشريعة الإسلامية في كثير من المسائل. وقد أفتي البعض[200] بأنه " إذا كان من الممكن للطرفين المتنازعين –قبل النزاع أو بعده- الاتفاق على تحكيم الشريعة الإسلامية، ويكون القرار التحكيمي الصادر قابلا للتنفيذ ..، فإن اللجوء إلى التحكيم الإسلامي في هذه الحالة يكون واجبا شرعيا عند جميع الفقهاء والمذاهب لأن المسلم في هذه الحالة يكون مخيرا بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ولا يجوز لمسلم يؤمن بالله واليوم الآخر أن يختار القانون الوضعي".

بل إنه حتى في الفرض الذي أجاز البعض الاحتكام إلى القوانين الوضعية فقد أحاطه بشروط، من ذلك ما جاء في الفقرة السادسة من قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 91 (8/9) في دورته التاسعة : "إذا لم تكن هناك محاكم إسلامية يجوز احتكام الدول أو المؤسسات إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلا لما هو جائز شرعا" [201]. أما في حال إمكان التحاكم إلى الشريعة الإسلامية أو في حال إمكان

---

http://www.kantakji.com/media/5683/3031.pdf

199 د. رأفت محمد رشيد الميقاتي، وسائل تحكيم الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، مرجع سابق ، ص 277-وما بعدها.

200 فتوى فضيلة الشيخ فيصل مولوي، مستشار المحكمة الشرعية السنية بلبنان، مذكور مع فتاوى أخرى بنفس المعنى عند سميرة الزعيم المنجد، المرجع السابق، ملحق رقم (3) ص 243 وما بعدها. وفي ذات السياق يري البعض أن التحكيم الإسلامي يتيح مخرجا شرعيا للمجتمعات المسلمة في بعض البلاد غير الإسلامية وذلك عندما يكون المتنازعون في بلد لا يحكم بشرع الله فيجد المتنازعون فرصة في إنهاء النزاع بينهم باللجوء إلى محكم يلتزم شرع الله في الحكم بينهم، وأنظمة التحكيم العالمية تتيح تصديق الحكم وتنفيذه دون التعقيب عليه موضوعا ما دام قد سار وفق القانون إجرائيا. راجع د. زيد عبد الكريم، خصائص التحكيم في الشريعة الإسلامية ومقاصده، المرجع السابق ، ص 16.

201 قرارات الدورة التاسعة المنعقدة في أبو ظبي في الفترة من 1-6 ذي القعدة عام 1415ه . كذلك أفتى الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله بأنه "ليس له أن يتحاكم إليهم إلا عند الضرورة ، إذا لم يتيسر له الحصول على حقه إلا بذلك" مجموع فتاوى ورسائل الشيخ ابن باز ، ج 23/ ص 214.

اختيار محكمين مسلمين عدول ، أو اللجوء إلى بعض المؤسسات التي تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة في التحكيم ولا تخرج عنها مثل المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي ونحوه، فإنه لا يجوز للمسلم المتعامل إهمال ذلك، أو اختيار محكمين من غير المسلمين، لأنه بفعله هذا يرضى بحكم غير الله ويفضله على حكم الله فينطبق عليه مقتضى الأدلة التي اتفق العلماء على صحتها وعلى القول بمقتضاها في حق من رضي بالاحتكام إلى غير شرع الله على غير عذر[202].

وقد ورد النص على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية أمام قضاء التحكيم في العديد من النصوص المتعلقة بالتحكيم الإسلامي، فقد نصت المادة 1841 من مجلة الأحكام العدلية [203] على أنه " يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس." ونصت المادة (1848) على أنه " كَمَا أَنَّ حُكْمَ الْقُضَاةِ لَازِمُ الْإِجْرَاءِ فِي حَقِّ جَمِيعِ الْأَهَالِي الَّذِينَ فِي دَاخِلِ قَضَائِهِمْ كَذَلِكَ حُكْمُ الْمُحَكَّمِينَ لَازِمُ الْإِجْرَاءِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي حَقِّ مَنْ حَكَمَهُمْ وَفِي الْخُصُوصِ الَّذِي حَكَمُوا بِهِ. فَلِذَلِكَ لَيْسَ لِأَيِّ وَاحِدٍ مِنْ الطَّرَفَيْنِ الِامْتِنَاعُ عَنْ قَبُولِ حُكْمِ الْمُحَكَّمِينَ بَعْدَ حُكْمِ الْمُحَكَّمِينَ حُكْمًا مُوَافِقًا لِأُصُولِهِ الْمَشْرُوعَةِ". ويتبدى من نص المادتين السابقتين مشروعية اللجوء للتحكيم إضافة إلى وجوب أن يكون حكم المحكم أو هيئة التحكيم موافقا لأصول الشرع الحنيف، وهو ما يعني أن المحكم لا يمكنه تطبيق قانون آخر بخلاف الشريعة

202 حمزة بن حسين القعر الشريف، المرجع السابق، ص 21 .

203 رأت الدولة العثمانية وضع قانون مدني منتزع من فقه السادة الحنفية لتنجو محاكمها من الارتباك والاختلاف فانتقت طائفة من جلة العلماء في ذلك العصر لتضع هذا القانون وقد رأس هذه الجماعة من العلماء أحمد جودت باشا وزير العدلية ووضعت مجلة الأحكام العدلية، وكانت هذه المجلة أعظم آثار الدولة العثمانية منذ نشأتها، وتعتبر مجلة الأحكام العدلية أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في إطار بنود قانونية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، وهي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاب أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء ،صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة 1293 هجرية 1876ميلادية، وقد قام نابغة الفقهاء وفخر القضاة والعلماء في هذا العصر على حيدر خواجة أمين أفندي مدرس المجلة في كلية الحقوق فشرح هذه المجلة شرحا وافيا كافيا وقد تناولها بالشرح في كتاب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (المتوفى: 1353هـ) تعريب: فهمي الحسيني الناشر: دار الجيل الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م عدد الأجزاء:4.

الإسلامية وإلا بطل حكمه ولم يعد لازما. وبوجه عام فإن تناول المجلة للتحكيم يعتبر مشابها في كثير من المسائل لقواعد التحكيم الدولي[204] .

كما أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة عام 1415 هجريا الموافق 1-6 ابريل 1995 قد أصدر قراره رقم 91(9/8) بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي والذي جاء في فقرته الأولى أن " التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية" ويبدو جليا أن تطبيق الشريعة الإسلامية ليس مجرد شرط يمكن التفاوض بشأنه بل إنه يدخل ضمن تعريف أو ماهية التحكيم الإسلامي ويعد ركنه الأساس الذي لا يصح ولا يجوز بدونه.

وفي السياق ذاته أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية[205] المعيار رقم 32 الذي يتناول التحكيم في المعاملات المالية والأنشطة والعلاقات التي تتم بين المؤسسات أو بينها وبين عملائها أو موظفيها أو أطراف أخرى سواء أكانوا في بلد المؤسسة أم في بلد آخر. وقد بين المعيار في مادته 2-2 أن " التحكيم المقصود هو التحكيم الإسلامي وهو الذي تطبق فيه أحكام ومبادئ

204 د. سعد الدين صالح دداش، التحكيم في مجلة الأحكام العدلية، دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم بين الفقه الإسلامي وقواعد التحكيم الدولية. بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عشر بجامعة الإمارات بعنوان التحكيم التجاري الدولي الفترة من 21-23 ابريل 2008.

205 وقد تم إنشاء هذه الهيئة بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ 1 صفر 141ن الموافق 26 فبراير من عام 1990 في الجزائر، وقد تم تسجيل الهيئة في 11 رمضان من عام 1411ه الموافق 27 مارس 1991 في دولة البحرين بصفتها هيئة عالمية تتمتع بشخصية معنوية مستقلة لا تسعي لتحقيق الربح. وتهدف الهيئة إلى تطوير فكر المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية ونشر ذلك الفكر وتطبيقاته عن طريق التدريب وعقد الندوات وإصدار النشرات الدورية وإعداد الأبحاث وغير ذلك من الوسائل وإعداد وإصدار وتفسير ومراجعة وتعديل معايير المحاسبة والمراجعة لتلك المؤسسات وذلك بما يتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية. وقد أصدرت الهيئة نحو أكثر من سبعين معيار في مجال العمل المصرفي والمالي الإسلامي راجع كتاب: المعايير الشرعية، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، 1431ه-2010م، المنامة البحرين.

الشريعة الإسلامية". ونصت المادة 9-4 من المعيار على أنه " يجب على المحكم تطبيق الشريعة الإسلامية وإذا قيد المحكم بقانون معين فيجب عليه عدم مخالفة أحكام الشريعة". كما نصت المادة 9-5 على أنه " يحق لطرفي التحكيم تقييد التحكيم بأي شرط مشروع يتعلق به غرض صحيح لهما، مثل إنجاز الحكم في زمن معين، أو وفقا لمذهب معين أو قانون معين لا يخالف الشريعة الإسلامية، أو استشارة خبراء يتم تعيينهم بالاسم أو الصفة ولا يلزم المحكم برأي الخبراء" كما نصت المادة 11-1 على أنه " يشترط لصحة قرار التحكيم اتفاق الحكم مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية".

ويتضح من جملة هذه النصوص الواردة بالمعيار المذكور أن التحكيم الإسلامي يُعّرف بأنه الذي تطبق فيه أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وهو ما يتجاوز – كما ذكرنا آنفا – مجرد اشتراط تطبيق الشريعة. علاوة على ذلك فإنه يمكن أن نبصر محاولة المعيار تقليص الفجوة مع القوانين الوضعية عن طريق إتاحة الفرصة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، غير أن المعيار اشترط ألا يخالف هذا القانون الذي اختاره أطراف النزاع أحكام الشريعة الإسلامية.

ويرى البعض[206] أن في ذلك إشارة إلى الاحتكام إلى القانون الوضعي ما لم تخالف أحكامه أحكام الشريعة الإسلامية، وأن في ذلك إشارة أيضا إلى واقعية هذا المعيار المتمثلة في أنه انطلق من أن القانون الوضعي لا يخالف أحكام الشريعة بصفة مبدئية خاصة وأن مجال التحكيم التجاري هو في صميم فقه المعاملات وهو فقه يلتقي مع القانون الوضعي في كثير من المبادئ الكبرى وفي أكثر من موضع مثل اعتماد مبدأ سلطان الإرادة في الشروط، واعتماد قاعدة الأصل في الأشياء

206 د عبد الستار الخويلدي، التحكيم في المعيار الشرعي رقم (32) ، بحث في المؤتمر السادس عشر بجامعة الإمارات كلية القانون، بعنوان التحكيم التجاري الدولي، الفترة من 21-23 أبريل 2008. ص 1163

الإباحة ، والأصل براءة الذمة ...الخ. غير أنه باعتقادنا يجب ألا نغض الطرف، في هذا الخصوص، عن الفوارق الكبرى بين مقاصد الشريعة الإسلامية والتي تقوم عليها أحكامها ومقاصد القوانين الوضعية.

أيا كان الأمر، فإن المعيار رقم 32 الذي تناول التحكيم يعد من أهم النصوص الشرعية التي عالجت مسألة التحكيم بشكل مفصل لأنه أخذ في الاعتبار واقع الحياة التجارية وتطوراتها وخصوصياتها، وحاول، منفتحا دون التضحية بثوابت الشريعة الإسلامية، التوفيق بين السائد في القانون في مجال التحكيم وفي الفقه الإسلامي وهو ما يمكننا معه اعتباره عاملا رئيسيا في التأسيس لهيكل التحكيم الإسلامي[207].

المبحث الثالث

إشكاليات ومعوقات تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم

رأينا فيما سبق أن التحكيم الإسلامي يعتمد أحكام الشريعة الإسلامية كقانون آحادي واجب التطبيق على المنازعات التي تطرح أمامه، وقد كان هذا أحد خصائص التحكيم الإسلامي المميزة له عن التحكيم التقليدي أو غير الإسلامي. ولا شك أن مثل هذا الأمر يلقي بظلاله على بعض المسائل، فمن ناحية يبدو الأمر معقدا في حال لجوء الأطراف إلى مركز تحكيم إسلامي مع سابق اتفاقهم صراحة على تطبيق قانون ما غير أحكام الشريعة الإسلامية، أيسلب التحكيم الإسلامي بهذه المثابة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم نزاعاتهم؟ وهل يمكن أن يكون الحل والمخرج من هذا المأزق هو الاتفاق على المزج بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في التطبيق ؟ وإذا كان هناك اتفاق صريح بين الأطراف على

[207] رغم ما ينص عليه هذا المعيار من إمكانية رجوع المحكم عن حكمه بالمادة 13-3 وهو ما يعارض ما استقر عليه بالتحكيم الدولي من أن حكم التحكيم نهائي لا يقبل طعنا بأي طريق اللهم إلا إذا أجازت ذلك بعض الأنظمة. وفي كلا الأمرين فليس فيهما ما يخول المحكم الرجوع عن حكمه، ولا شك أن إتاحة الفرصة للمحكم في الرجوع عن حكمه تفتح بابا واسعا من عدم اليقين والريبة كما أنها سوف تؤثر سلبا بلا شك على فاعلية التحكيم والثقة التي اكتسبها كنظام لفض المنازعات.

إعمال أحكام الشريعة الإسلامية، فهل عندما تنظر النزاع هيئات تحكيم أو محاكم أجنبية تلتزم بإعمالها؟ أم تلجأ إلى استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بحجة أنها غير مقننة أو أنها غير كافية ولا تحتوي على حلول أو أن حلولها لا توائم القضايا العصرية التي تنطوي على أمور مستحدثة لم يتطرق إليها الفقه الإسلامي؟

هذه التساؤلات نحاول أن نستقصي إجاباتها في هذا المبحث على النسق التالي:

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة وإلزامية تطبيق الشريعة أمام مراكز التحكيم الإسلامية.

المطلب الثاني : إشكالية صياغة الاتفاق على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث : مشكلة عدم تقنين الشريعة الإسلامية وتداعياتها على تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم والقضاء.

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة وإلزامية تطبيق الشريعة أمام مراكز التحكيم الإسلامية

إن لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني لعرض نزاعاتهم عليه يختلف كثيرا عن اللجوء للتحكيم، فاللجوء للقضاء يحرم الأطراف من إمكانية اختيار القانون الذي يطبق على موضوع نزاعهم لأن القاضي ملزم بإعمال نصوص قانونه الوطني، بل إنه حتى في الفرض الذي يصار فيه إلى قاعدة الإسناد في العلاقات ذات العنصر الأجنبي فإن القاضي الوطني لا يعمل القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان مخالفا للنظام العام في دولة القاضي وهو ما يعرف بالدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص[208].

208 د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولا ومنهجا، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1996، ص 206.

محدودية دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في التحكيم الإسلامي

أما في التحكيم فإن الأطراف – كما رأينا - لديهم كامل الحرية[209] في اختيار القانون الذي يطبق على نزاعهم المعروض على المحكم أو هيئة التحكيم، وحتى حين يغفل الأطراف عن تحديد هذا القانون فإن أمر تحديده يرجع للمحكم، وهو في مباشرة مهمته تلك لا يطبق قانونه الشخصي أو قانون دولته بل يطبق القانون الأقرب والأكثر اتصالا بالنزاع كما هو الحال في غالبية القواعد التي تنظم التحكيم[210]. وقد رأينا أن طريق التحكيم بهذه المثابة يعد مخرجا للمجتمعات المسلمة في البلاد غير الإسلامية لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية وكان هذا من المقاصد الشرعية التي يحققها التحكيم[211].

ومن هذه الزاوية تبدو أولى الإشكاليات التي يثيرها وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم. ويجب أن نلفت الانتباه إلى أن المسألة لا تثار بشأن التحكيم الذي يرضى أطرافه، والحال أنهم مسلمون، سلفا بإعمال الشريعة الإسلامية كقانون واجب التطبيق على نزاعهم أمام التحكيم لأن هذا يتماهي مع مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق المعتمد كأصل ثابت في قواعد التحكيم الدولية.

بيد أنه مع تعدد المذاهب والمدارس الفقهية في الشريعة الإسلامية تبرز مشكلتان: الأولى تتعلق بمدى حق الأطراف في اختيار مذهب معين تلتزم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع بناء عليه، والثانية تتعلق بتحديد المقصود بالشريعة الإسلامية ومدى إمكانية بلورتها في قوالب محددة كتلك التي عليها القوانين

209 وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 أن "..هذه الحرية هي عماد نظام التحكيم إذا فقدها فقد هويته، وكلما زاد مقدار الحرية التي يهيئها التشريع لطرفي التحكيم كلما زادت ثقتها فيه وزاد اطمئنانها إلى الحكم الذي سينتهي إليه" راجع ملحق رقم (1) لمضبطة مجلس الشعب الجلسة الحادية والخمسين من الفصل التشريعي السادس، دور الانعقاد العادي الرابع والمعقودة بتاريخ 20-21994، ص 58.

210 د. عاشور مبروك، التحكيم، دار الفكر والقانون، 2010 الطبعة الأولي، ص 110 وما بعدها.

211 راجع ص 32.

الوضعية، بمعنى آخر تقنين أحكام الشريعة، وهذه الأخيرة سوف نتناولها لاحقا لتبيان أثرها على تطبيق أو استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية أمام المحكم أو القاضي[212].

هكذا، فإن السؤال يثار بشأن قدرة الأطراف، في التحكيم الإسلامي، على اختيار مذهب معين تلتزم هيئة التحكيم بالحكم بناء عليه، ونعتقد أنه لا مانع من هذا الأمر وذلك إذا تأملنا نص المادة 28 من لائحة المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي حيث نصت على أنه : " يجب على المحكمين الالتزام بالقانون الذي اختاره أطراف النزاع... وفي جميع الأحوال يتوجب على هيئة التحكيم استبعاد الأحكام التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في القانون واجب التطبيق..." [213] فنص المادة يلزم هيئة التحكيم بإعمال وتطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف شريطة ألا يكون مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن البديهي أن الأطراف عند اختيارهم تطبيق الشريعة الإسلامية وفقا لمذهب معين، فإن ذلك لا يتعارض البتة مع الشريعة الإسلامية[214]، يؤكد ذلك أن ذات المادة سابقة الذكر قد نصت على أنه "..ولهيئة التحكيم أن تختار من بين المذاهب الإسلامية وآراء المجامع الفقهية واجتهادات هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية ما تراه مناسبا لموضوع النزاع..." [215]. وقد ورد في كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون أنه في مجال

---

[212] انظر ص. 52 وما بعدها.

[213] راجع في هذا الصدد د. عبد الستار الخويلدي، بحث التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية، المرجع السابق، ص 168.

[214] راجع في ذات المعني د. فتحي والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، بند رقم 243 ص 420.

[215] ولذلك فإنه لو افترضنا أن الأطراف اتفقوا على إعمال قواعد الشريعة الإسلامية وفقا لمذهب معين ثم طبقت هيئة التحكيم مذهبا آخر غير ما اتفق عليه الأطراف فإن الأمر يبدو غريبا، فهو من ناحية التزم بإعمال قواعد الشريعة ومن ثم لا يمكن أن يسند إليه ثمة تقصير في هذا الشأن لأنه التزم بخصائص وآليات التحكيم الإسلامي بإعمال أحكام الشريعة الإسلامية حتى لو كان وفقا لمذهب آخر غير ما اتفق عليه الأطراف، لكنه من ناحية أخري لا يمكن إنكار أن هيئة التحكيم قد خالفت إرادة الأطراف في هذا الصدد ومن ثم فإنه وفقا للقواعد المستقرة في التحكيم يكون هذا الحكم عرضة للبطلان أو الإلغاء لمخالفة إرادة الأطراف خاصة وأنها اشترطت تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أيضا، وليس قانونا وضعيا. ويبدو هذا الفرض مهما من الناحية العملية إذا ما

التحكيم إذا كان المحكم مجتهدا وكان الخصام بين مالكيين فإذا خرج باجتهاده عن مذهب مالك لا ينفذ حكمه[216]. ولذا يمكننا القول بأن تعدد المذاهب الفقهية أوجد دورا أو مساحة لإرادة الأطراف في اختيار القواعد واجبة التطبيق على نزاعهم أمام مراكز التحكيم الإسلامي بتمكينهم من اختيار المذهب الذي تفصل وفقا له هيئة التحكيم، علاوة على إعمال إرادة الأطراف إذا ما اختاروا قانونا وضعيا لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ولكن المسألة تدق عندما يتعلق الأمر بعلاقة أو معاملة بين مسلمين وغير مسلمين وهو حال غالب العلاقات الدولية. فهل مراكز التحكيم الإسلامية تفتح أبوابها، بداءة، أمام غير المسلمين للاحتكام إليها؟ وإجابة على هذا السؤال، نعتقد في جواز لجوء غير المسلمين إلى مراكز التحكيم الإسلامية، إذ أنه، وتأييدا لبعض الفقه، الذي يرى أنه "يصعب القول بضرورة أن يقتصر اللجوء إلى التحكيم المؤسسي الإسلامي على أطراف دينهم الإسلام، فالتفرقة بين المسلم وغير المسلم في هذا المجال أمر ليس له مبرر شرعي أو عقلي لا سيما وأن أطراف النزاع قد يكونون أشخاصا معنوية كشركات ومؤسسات"[217].

أثير أمام مراكز التحكيم السعودية التي تعمل وفقا لنظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم 34 بتاريخ 24-5-1433هجرية. والذي يقرر في مادته الخامسة احترام إرادة الأطراف بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وأن الحكم قد يبطل إذا خالفت هيئة التحكيم النظم المتفق على تطبيقها.

[216] ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1 ، ص 57 وما بعدها.

[217] د. احمد صادق القشيري، المرجع السابق، ص4. ونضيف هاهنا أن ذلك يتأتي بقياس التحكيم على القضاء نظرا لأن التحكيم يتفق مع القضاء باعتباره ولاية مثل القضاء غير أنها قاصرة على المحتكمين فقط دون سواهم (د. قدري محمد، المرجع السابق، ص 203)، فإن هذه مسألة ترتبط ارتباطا وثيقا بمسألة مدى اختصاص القضاء الإسلامي بقضايا الأجانب حيث يمكن القول بأن الأجانب في الدولة الإسلامية يخضعون لولاية القضاء العامة وأن على القاضي المسلم أن يحكم بينهم وجوبا إذا ترافع إليه الخصمان أو أحدهما عدا أنكحتهم وما يتعلق بها. أما القضايا التي تكون بين مسلم وغير مسلم فقد اتفق الفقهاء على أن اختصاص المحاكم في الدولة الإسلامية بها هو اختصاص إلزامي أيا كان موضوع الدعوى. راجع في تفصيل رأي الفقهاء في هذه المسألة د. رمزي محمد على دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت ط 1، 2011، ص332 وما بعدها.

ولذا فإنه في الفرض الذي يلجأ فيه الأطراف إلى أحد مراكز التحكيم الإسلامية التي تلتزم بتطبيق الشريعة الإسلامية على النزاع رغم اتفاق الأطراف في مشارطة التحكيم على تطبيق قانون آخر على نزاعهم. إذا ما تصورنا أن هذا الفرض معروضا على المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم[218] فإنه وفقا للائحة المركز سوف يتم اعتماد القانون الذي اختاره الأطراف إذا لم يكن مخالفا في أحكامه لقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، وإلا فإن الاستبعاد سيكون مصيره، وهو المصير ذاته الذي سوف يلقاه هذا الخيار إذا عرض الأمر على مركز تحكيم إسلامي آخر لا يعطي الأطراف إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق مشروطا بعدم مخالفته للشريعة كما يقرر المركز الإسلامي للمصالحة والتوفيق. وهنا تكمن الإشكالية حيث تطيح مراكز التحكيم الإسلامية على هذا النحو بمبدأ مستقر في التحكيم الدولي يتعلق بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهم والتزام هيئة التحكيم بإعمال هذا الخيار أيا كان. والأمر يصبح أكثر تعقيدا إذا تم استدعاء نصوص القواعد الدولية أو الاتفاقات الدولية في هذا الشأن[219]. ويبدو السؤال مهما وملحا عما إذا من الممكن للتحكيم الإسلامي، بخصوصية القانون الواجب التطبيق فيه، أن يكون قادرا على مجابهة مثل هذا المبدأ وفرضه في الأوساط الدولية؟

تزاحم الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

ونعتقد أن أصل المشكلة يعود إلى مبدأ معروف، وهو سمو قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية على باقي القوانين وغلبة شريعة القاضي المسلم على غيره من

[218] أو مراكز التحكيم التي تعمل وفقا لنظام التحكيم السعودي كما سبق ان ذكرنا راجع هامش 116.

219 مثل نص المادة 5 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958 والتي تقضي بإمكانية رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم إذا كان هناك ثمة مخالفة لما اتفق عليه الأطراف. وكذلك نص المادة 28 والمادة 36 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلاته في عام 2006 فالأولي تقرر مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع والثانية تتعلق برفض الاعتراف بحكم التحكيم أو رفض تنفيذه إذا خالفت هيئة التحكيم إرادة الأطراف . وكذلك نص المادة 52 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والتي تعطي الحق للأطراف في طلب إلغاء الحكم إن كان هناك ثمة تجاوزا لهيئة التحكيم في اختصاصاتها.

الشرائع عملا بالقاعدة التي تقرر"لا يحكم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية"[220] هذه القاعدة، وفقا لبعض الفقه[221] "تكفي لوحدها ووفق مفرداتها لنفي إمكانية وجود أي تنازع بين القوانين لأن معها يستحيل تطبيق أي قانون غير إسلامي أمام قاض مسلم، أي وحسب اللغة المتداولة اليوم لا يمكن تطبيق قانون أجنبي أمام القضاء الوطني". وبمعنى آخر فإن الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية يخضع لها كافة الأشخاص في دار الإسلام مهما كانت ديانتهم أو جنسيتهم. ووفقا لمبدأ إقليمية القوانين، لا يتصور أن يهجر القاضي في الدولة الإسلامية قانونه، ويطبق قانونا وضعيا لدولة أجنبية. وهذا يعني في الواقع، أن الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي مرتبطان لزاما أحدهما بالآخر، وتغيب حينئذ ظاهرة تنازع القوانين، لافتقادها أحد مقومات وجودها[222].

إذن فالشريعة الإسلامية لا تقبل تزاحما مع أية قوانين أخرى على حكم العلاقة التي ينظرها القضاء في الدولة الإسلامية، ويمتد هذا الحكم إلى التحكيم الإسلامي، الذي وإن تسامح مدفوعا بمقتضيات الضرورة في إجازة تعيين محكم غير مسلم[223]

---

220 وذلك استنادا لقوله تعالى في الآية 48 من سورة المائدة (وَأَنزَلْنَا إِلَيك الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عليه فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ) وغيرها من الآيات الدالة على نفس المعني.

221 د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي، بيروت-لبنان، ط 2009، ص 546. وأيضا د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2008، ص 33.

222 انظر في تأييد هذا الرأي د.حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري،مطبعة نوري، القاهرة، ط1 1936، ص 184. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة ،1986، ط 9، ج2، 76-77. د.على الزيني، القانون الدولي الخاص والمقارن، المطبعة الرحمانية، ج 1، ص 184 مشار لهم عند د.رمزي محمد دراز، المرجع السابق ص 375. وقارن عكس ذلك عند د. أحمد عبد الكريم سلامه القانون الدولي الخاص الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات، ط1 2002، 68 وما بعدها وأيضا لنفس المؤلف القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2008 ط1، ص595 وما بعدها. وكذلك د. عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ط 1990 وغيرهم مشار لهم عند .د رمزي محمد دراز، المرجع السابق ص 378.

223 إذ أنه حسب نص الفقرة الثامنة من المادة الثانية من المعيار الشرعي رقم 32 الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة لمؤسسات المالية الإسلامية المتعلق بالتحكيم " الأصل أن يكون المحكم مسلما، وإذا دعت الحاجة المتعينة إلى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل لما هو جائز

إذا كان متفقا ومتسقا مع أحكامها[224] ، وهو ما يجعل دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق محدودا في التحكيم الإسلامي. ونعتقد أنه يقع على عاتق الفقهاء المسلمين مهمة جليلة قد حان الوقت للقيام بها، وأعني بها بلورة أحكام الشريعة الإسلامية في كل الأقطار الإسلامية بحيث تصبح القوانين الوضعية في هذه البلاد ما هي إلا صور متعددة لأحكام الشريعة الإسلامية يمكن الإشارة إليها كقوانين واجبة التطبيق مطمئنين إلى عدم مجافاتها للشرع الحنيف، ومن ناحية أخرى العمل على تدويل الحلول التي تعطيها الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات المالية – باستخدام آلية العقود النموذجية – بحيث تشكل قواعد موضوعية أو نظاما قانونيا خاصا على غرار قواعد وأعراف التجارة الدولية المعروفة باسم "ليكس ميركاتوريا"[225]. ولا شك أن نجاح منظومة التحكيم الإسلامي تقوم بالدرجة الأولى على عوامل أساسية من أهمها إيجاد منظومة قانونية تستند إلى الشرع الحنيف والتعريف بها وتسويقها وإرسائها في العلاقات ذات الصبغة الدولية، خاصة وأنه يتعلق بها حقوق والتزامات الأطراف، وهو ما يشكل خطوة نحو طمأنة المحتكمين للقواعد التي يطبقها التحكيم الإسلامي وبالتالي نجاح منظومة التحكيم الإسلامي دوليا.

اختلاف تكييف الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية وأثره على سلطة هيئة التحكيم

شرعا مع مراعاة البند 11-1" جدير بالذكر أن البند 11-1 يشترط لصحة قرار التحكيم أن يصدر حكم التحكيم متفقا مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

[224] ينادي بعض الفقه بأن مقتضيات العدالة قد تقتضي في بعض الحالات فتح الباب أمام تطبيق القوانين الأجنبية أمام القاضي الوطني في الدولة الإسلامية طالما أن ذلك لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، محددا إياها بما ورد بالكتاب والسنة، وأن في إعمال الدفع بالنظام العام خير وسيلة لوضع هذه الأحكام موضع التطبيق أو على الأقل عدم مخالفتها. راجع د. عصام الدين القصبي، القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات الإسلامية، بحث مقدم بالمؤتمر السنوي الرابع عشر لجامعة الإمارات – كلية الشريعة والقانون ، ص 426.

[225] تجدر الإشارة إلى أنه بدأ يتردد الآن مصطلح " ليكس اسلاميكا " في بعض الأوساط العلمية أو البحثية راجع Khalil Jarrar. J. D., Enforcing Islamic Contracts “Lex Islamicus” in English Courts.Opinion Column, issue 1, 23 jun 2009.

ومن ناحية أخرى، فإن الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم قد يختلف البعض في تكييفه بحسب النظام السائد في كل دولة، وقد ينعكس ذلك على سلطة هيئة التحكيم بالنسبة لقواعد الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق[226]. فوفقا لقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم على أساس أن المادة 39 من القانون المشار إليه لم تلزم الأطراف باختيار قانون معين وإنما استخدمت مصطلح (قواعد) ومن ثم لن يغير اختيار الشريعة الإسلامية من طبيعة التحكيم، سواء كان تحكيما داخليا أو دوليا، ويظل تحكيما عاديا وليس تحكيما مطلقا أو تحكيما بالصلح يكون لهيئة التحكيم فيه السلطة الكاملة في الحكم وفقا لما تراه محققا للعدالة والإنصاف دون التقيد بقانون معين أو قواعد محددة.

وبناء على ذلك، يتوجب على هيئة التحكيم إعمال ما اتفق عليه الأطراف وتطبيق الشريعة الإسلامية، وإذا حدث وطبقت هيئة التحكيم أحكام الشريعة الإسلامية احتراما لاتفاق الأطراف ، ولكنها ارتكبت مخالفة لها أو أخطأت في تأويلها أو في تطبيقها فإنه عندئذ لا مجال لرفع دعوي ببطلان الحكم إلا إذا وصلت المخالفة حدا من الجسامة بحيث تعتبر خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية المتفق على تطبيقها. إذ عندئذ يصدق عليها وصف استبعاد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ويمكن عندئذ رفع دعوى ببطلان الحكم استنادا إلى المادة 53/ د من قانون التحكيم سالف الذكر[227].

في حين أن القانون اللبناني، وفقا لما استنتجه الأستاذ الدكتور فتحي والي[228] يعطي تكييفا آخر لاتفاق الأطراف على تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم

226 د. فتحي والي ، تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون المصري واللبناني، بحث في المؤتمر الثاني للشريعة والقانون بعنوان التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، سبق الإشارة إليه ص 262.

227 المرجع السابق، ص 266، وتنص المادة 53/د على انه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية : ... د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

228 المرجع السابق، ص 264.

ويعتبره، إذا كان تحكيما داخليا، تحكيما مطلقا أو بالصلح وليس تحكيما عاديا، وهو ما يلقي بظلاله على تطبيق الشريعة الإسلامية. فإذا كان الخصوم لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف وفقا للقانون اللبناني فإن لهم فقط حق الطعن في حكم التحكيم بطريق دعوى الإبطال بالرغم من أي اتفاق مخالف (مادة 800 من قانون أصول المحاكمات اللبناني) ودعوى الإبطال لا تقبل إلا لأسباب واردة على سبيل الحصر وليس من بينها حالة استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه. ولهذا فإنه لا يجوز لهم رفع دعوى بإبطال الحكم أيا كانت المخالفة التي ارتكبتها هيئة التحكيم في حكمها بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية التي اتفق الأطراف على تطبيقها، ولو كانت هيئة التحكيم قد استبعدت تطبيق الشريعة أو خالفت حكما من أحكامها أو أخطأت في تطبيقه أو في تأويله[229].

وبناء على هذا التحليل، يبدو أنه لا يمكن الاعتماد على سلوك الأطراف واختيارهم للتحكيم بالصلح أو التحكيم المطلق توصلا لتطبيق الشريعة الإسلامية في بعض الأنظمة، إذ تظل القاعدة التي تحكم هذا النوع من التحكيم هو عدم تقيد المحكم بأية قواعد سوى ما يمليه عليه ضميره وما يعتقده منصفا وعادلا [230]. كما أن سلوك التحكيم العادي أو التحكيم بالقانون يكتنفه شكوك حول إعمال الشريعة الإسلامية، فالطعن بالبطلان في حكم المحكمين المخالف للشريعة الإسلامية، المشترط تطبيقها، لن يكون إلا إذا وصلت المخالفة حد استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية، آخذين في الاعتبار أنه لن يكون من حق الأطراف الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن باعتبار أن أحكام التنفيذ نهائية كما هو مستقر.

229 ويرى البعض – بحق - أن الفقه الإسلامي لم يتبن الثنائية التي اعتمدها الفكر القانوني الغربي حول التحكيم العادي والتحكيم المطلق، د. محمد الجسر، في تعقيبه على د. فتحي والى ، المرجع السابق، ص 273 وفي ذات السياق عبر د. رأفت عثمان بمداخلته، حيث قرر أن الشريعة الإسلامية لا تعرف شيئا اسمه تحكيم مطلق بل هناك تحكيم خاضع لأحكام الشرع، وليس هناك في الشرع تحكيم مطلق محرر من قيود الشرع.، المرجع السابق ، ص 291. راجع أيضا في خصوص التحكيم في القانون اللبناني ، خليل عمر غصن قضاء التحكيم في القانون اللبناني وأهميته في تطبيق الشريعة الإسلامية على المعاملات المدنية و التجارية. بيروت دون سنة نشر.

230 انظر عكس ذلك، د. غالب صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها. وكذلك د. عبد الستار الخويلدي، بحث التحكيم في الصناعة المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص 155.

المطلب الثاني

إشكالية صياغة الاتفاق على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

كان من المعضلة المتعلقة بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أمام هيئات التحكيم بمراكز التحكيم الإسلامية وعدم الاعتداد للأطراف بأية حرية في تطبيق قانون آخر، أن وجد اتجاه توفيقي بين الأمرين وذلك بالسماح بتطبيق القانون الوضعي في التحكيم الإسلامي شريطة عدم مخالفته أحكام الشريعة الإسلامية. بمعنى إمكانية الجمع بين النظامين في التطبيق. وحقيقة فإنه لا يكفي، في تقديري، اتفاق الأطراف على اشتراط عدم مخالفة الشريعة الإسلامية عند الفصل في نزاعهم، ذلك أن صياغة شرط الاحتكام أو الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية بهذا الشكل قد يتضمن المبرر أو الذريعة للهروب من إعمال حكم الشريعة الإسلامية واستبعادها.

حدث ذلك في أكثر من مناسبة منها قضية بنك الشامل البحريني وشركة بكسيمكو 2005[231]. حيث اتفق الأطراف على تطبيق القانون الإنجليزي على

231 وتتلخص وقائع هذه القضية في أن بنك الشامل أبرم اتفاقية الوكالة مع شركة بنغلاديش للتصدير والاستيراد يقوم بموجبها هذه الأخيرة بشراء سلع وبيعها مرابحة على شركة بَكسمكو للصيدلة نيابة عن بنك الشامل على أن تقوم الشركة بتقديم ضامنين لسداد المديونية في حال تأخر الشركة في السداد. وقد تم بيع السلع إلى شركة الصيدلة للمرة الأولى وقامت بسداد جميع أقساط هذه المعاملة ثم أبرم معها بنك الشامل مرابحة أخرى عن طريق شركة بنغلاديش للتصدير والاستيراد وسددت بعض الأقساط وتأخرت عن بعض الأقساط. ورفع بنك الشامل دعوى قضائية إلى المحكمة العليا في بريطانيا طالب فيها المدعى عليه بسداد الأقساط حيث إن القانون المختار بحسب رضا الأطراف هو القانون الإنجليزي مع تأكيد الأطراف في العقد أن هذا الاختيار يحكمه عدم مخالفة أي حكم يصدر من المحاكم البريطانية بمبادئ وأحكام الشريعة الغراء. وقد رأى قاضي المحكمة العليا أنه لا يأبه بالشريعة الإسلامية ما دام أن العقد تحكمه قوانين بريطانيا. وبهذه النظرة للعقد انتهى القاضي إلى أن العقد لا يتعارض مع قوانين بريطانيا وحكمت المحكمة العليا لصالح المدعي دون النظر إلى وجهة نظر دفاع المدعى عليه بأن الأطراف لم يقصدوا بالعقد شراء وبيع السلع أساسا، وإنما للتمويل فقط وعليه فإن المعاملة لم تتفق مع البند الذي يقيد تطبيق القانون الإنجليزي على العقد بعدم مخالفة الحكم لأحكام الشريعة الإسلامية. واعتمد القاضي في حكمه على القول بأن الشريعة الإسلامية غير مقننة بحيث يمكن الرجوع إليها في شكل قانون وأن هناك خلافا بين علماء الشريعة فيما يعتبر ربا أو الصيرفة الإسلامية. وبناء على ذلك حكم القاضي للمدعي وطلب من المدعى عليه سداد مبلغ قدره 49,7 مليون دولار أميركي، راجع مزيدا من

موضوع النزاع (عقد مرابحة) بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية subject to the principles of the Glorious Chariaa, the agreements should be governed and construed in accordance with English law، وعندما حدث نزاع بين البنك والشركة تم الالتجاء إلى محاكم انجلترا المنصوص عليها في العقد، وطالب البنك المدعي من المحكمة إعمال صحيح القانون الإنجليزي في حين دفع محامو الشركة بأن عقد المرابحة ليس إلا عقداً صورياً يخفي وراءه قرضاً ربوياً وأن سبب النص على التقاضي لدى محاكم انجلترا أن مثل هذا العقد باطل في الدول الإسلامية ولو عرض على محكمة شرعية لأبطلته لأنه ربا ، وطلبوا من المحكمة إلغاء صفة المرابحة والحكم عليه بأنه قرض بالفائدة، وذلك من خلال تمسكهم بضرورة تطبيق الشريعة الإسلامية إلى جوار القانون الإنجليزي على النزاع وفقا للشرط المدرج في العقد .

ولكن الشرط كان معيبا أو مدرجا بشكل غامض ويثير اللبس حول مراد الأطراف من القانون الواجب التطبيق فهم لم يشترطوا تطبيق الشريعة وإنما اتفقوا على تطبيق نظامين قانونيين على العقد (القانون الإنجليزي وأحكام الشريعة الإسلامية) وبذلك فقد أصبح الطريق ممهدا أمام المحكمة التي تنظر النزاع لتفسير الشرط، وقررت – مؤيدة في ذلك من محكمة الاستئناف - أن العقد يخضع للقانون الإنجليزي وأن الإشارة إلى الشريعة الإسلامية لا تؤدي إلى اندماج قواعدها في العقد على حساب القانون الإنجليزي، وإنما هي مجرد إشارة بسيطة للمبادئ المصرفية الإسلامية التي يتطلبها البنك بمناسبة ممارسة نشاطاته. وهكذا خلص القاضي إلى أن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الإنجليزي وليس الشريعة الإسلامية.

التفاصيل على الرابط :
http://www.kantakji.com/legal-affairs وراجع أيضا تحليل الفقه الفرنسي للحكم Georges Affaki، المرجع السابق.

والمحكمة هنا لم تقم بإعمال إرادة الأطراف الصريحة في عدم مخالفة الشريعة الإسلامية علاوة على أنها، وبفرض وجود غموض في هذا الخيار، لم تكلف نفسها عناء البحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف في هذا الشأن، بل إنها بدلا من ذلك قد خرقتها وحكمت على خلافها. الأمر الذي دعا البعض إلى التساؤل : أنه إذا كان استنتاج المحكمة على هذا النحو صحيحا، فلماذا لم يلجأ الأطراف من البداية إلى إحدى المؤسسات التقليدية الأقل تعقيدا في إبرام معاملاتهم تلك، بدلا من التعامل مع بنك إسلامي؟[232]

والحكم هنا قد اعتمد بشكل أساس على اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1985[233] – وهي بمثابة قانون دولي خاص أوروبي- والتي تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على أن يكون ما يختاره الأطراف هو قانون دولة معينة وقد استند القاضي إلى هذا الأساس لاستبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبار أنها ليست قواعد وطنية أو ليست قانونا ينتمي لدولة معينة يمكن الرجوع إليها. وفي الحقيقة، فقد جانب الحكم الصواب فيما ذهب إليه، لأن التوجيه الأول لاتفاقية روما [234] قد تضمن إجازة اتفاق الأطراف على تضمين اختيارهم للقانون الواجب التطبيق، قواعد غير وطنية مثل قواعد وأعراف التجارة الدولية المعروفة باسم "ليكس ميركاتوريا" lex mercatoria. ولذا، ألم يكن جديرا بالقاضي – إذا توافر حسن النية - أن يعتبر الشريعة الإسلامية المشترط تطبيقها بمثابة قواعد عرفية وبالتالي البحث عنها وتطبيقها احتراما لإرادة الأطراف؟

---

232 JULIO. C COLON, Choice of law and Islamic Finance, in Texas International Law Journal, vol 46 : 411 , 2011 p. 427.

233 عن هذه الاتفاقية راجع رسالتنا للدكتوراه والتي سبق الإشارة إليها ، ص 19.

234 Georges Affaki، المرجع السابق، ص 166. حيث تنص المادة 13 من التوجيه الأوربي على أن " This Regulation does not preclude parties from incorporating by their contract a non-State body of law reference into or an international convention" .أي أن هذا التوجيه لا يمنع الأطراف من أن يدمجوا في عقودهم أية قواعد غير وطنية أو اتفاقات دولية.

وأضافت محكمة الدرجة الأولى في سبيل تأسيسها للحكم التي ذهبت إليه، أنها حتى لو اعترفت للشريعة الإسلامية بمجال في التطبيق، فسوف تبقى المشكلة الأكبر في تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية. وبينت المحكمة أنه حتى لو كان التعاقد مخالفاً للأحكام الشرعية في الإسلام، فليس من صلاحية المحكمة إصدار رأي بهذا الخصوص، فكيف بمحكمة إنجليزية تفصل في مسائل مختلف فيها وتتعلق باعتقاد ديني الأولى أن يترك لمجلس البنك المدعي.

وقد أيدتها محكمة الاستئناف في ذلك وحاولت أن تبرر مخالفة محكمة الدرجة الأولى للتوجيه الأوروبي الذي يسمح للأطراف بإدماج قواعد قانونية غير وطنية في عقودهم لتكون واجبة التطبيق، حيث قررت أن الإشارة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية لا يعطي إشارات كافية لتحديد قواعد الشريعة التي يجب إدماجها في العقد وإعمالها عليه باعتبارها إرادة الأطراف، وأن الأمر يبدو مستحيلا بالنظر إلى تعدد المدارس الفقهية المتعارضة في هذا الشأن.

ومسلك المحكمة الإنجليزية هنا لا يتسم بالحيدة ، ذلك أنه حتى بموافقة المحكمة فيما ذهبت إليه من أن هناك مدارس فقهية متعددة، أليس وظيفة القضاء أن يستنبط الحكم من هذه القواعد؟. كما أنه في حين تلجأ هذه المحاكم إلى تعيين خبير عندما يتعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي، يفترض أن تسلك المسلك ذاته عندما يتعلق الأمر بتطبيق الشريعة الإسلامية. وماذا سيكون مسلك المحكمة إذا كان الأطراف قد اشترطوا إعمال قواعد وأعراف التجارة الدولية السابق الإشارة إليها، وهي قواعد لا يكاد يتفق رأيان على تحديدها تحديدا دقيقا.

وعود على بدء، فإن المحاولات التي ترمي إلى التوفيق بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية عن طريق السماح بالاتفاق على تطبيق القانون الوضعي بما لا يخالف الشريعة الإسلامية لم تفلح في مقصدها بالتقريب بين نظامين قانونين مختلفين في فلسفة كل منهما ومقاصده، ولذا كان الواجب على الأطراف أن يشترطوا إعمال

الشريعة الإسلامية دون سواها والبعد عن مثل هذه الصياغات التي تورث اللبس والغموض، فإن كان لا محالة من هذه المساعي فليس أقل من تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية في تعاقداتهم بالإشارة إلى قانون بلد إسلامي أو قانون مأخوذ عن الفقه الإسلامي، أو حتى الإشارة إلى قواعد إسلامية مقننة يمكن للقاضي أو المحكم الرجوع إليها كمجلة الأحكام العدلية أو نحوها من التقنينات الموجودة حاليا إلى حين أن توجد تقنينات أكثر قبولا واعتمادا لدى جمهور فقهاء المسلمين. وهو ما يدعونا إلى تناول مشكلة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأثرها على تطبيقها أمام المحكمين أو القضاة في المطلب التالي.

المطلب الثالث

مشكلة عدم تقنين الشريعة الإسلامية وتداعياتها على تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم والقضاء

إن التحليل السابق للحكم الصادر من المحاكم الإنجليزية[235] يظهر بجلاء أبرز الإشكاليات القانونية الخاصة بتطبيق الشريعة الإسلامية واختيارها كقانون واجب التطبيق على النزاع، ولعل أهم ما يمكن ملاحظته هو غياب تقنين معتمد وواضح لأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات مما يؤدي، كما رأينا، إلى إيجاد المبرر لاستبعاد تطبيق الشريعة في المحافل والأوساط الدولية.

235 هناك العديد من الأحكام التي تناولت الصناعة المالية الإسلامية وحاد فيها القاضي عن إعمال مقتضي الشريعة الإسلامية لسبب أو لآخر مما لا يتسع المقام لذكره وتناوله بالتحليل مثل قضية شركة الخليج للاستثمار الخليجي بهاماس، والحكم الصادر في قضية Affin Bank، وكذلك الحكم الصادر في قضية Musawi ، مشار لهم لدي Georges Affaki، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها. وبوجه عام فإن مسلك المحكمين من تطبيق الشريعة الإسلامية مشوب بكثير من الريبة بالنظر إلى العديد من الأحكام التي أصدروها في النصف قرن الأخير فعلى سبيل المثال استبعد المحكم البريطاني عام 1951 قانون أبو ظبي الواجب التطبيق على النزاع بين أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة بدعوي أنه قانون متخلف ولا يصلح لتفسير وحكم المعاملات التجارية الحديثة ليفسح المجال أمام تطبيق ما أسماه المبادئ العامة في الدول المتحضرة: وقد تكرر ذات المسلك بصورة أقل فجاجة في النزاع الشهير بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية حيث استبعد المحكم القانون السعودي المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية من التطبيق بدعوى عدم احتوائه على حلول للمشكلة المطروحة ليفسح المجال مرة أخرى لتطبيق المبادئ العامة للقانون، راجع د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق ، ص 334.

فقد رأينا أن هذا الحكم لم يلق قبولا لدى المدعى عليه فاستأنف الحكم لدى محكمة الاستئناف البريطانية، وحاول محامي المدعى عليه إقناع المحكمة بأخذ بند عدم مخالفة أحكام الشريعة في الاعتبار. غير أن محكمة الاستئناف، وبالنظر إلى القانون البريطاني، قررت أن مبدأ التحاكم إلى قانونين في عقد واحد (الاندماج القانوني) الذي يسمح العمل به يمكن تفعيله واعتباره فقط في الحالات التي تكون هناك نصوص واضحة ومدونة للقانون المراد دمجها في العقد مع قانون التحاكم. وهذا غير وارد في هذه القضية، لأن طلب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بهذا الشكل العام لا يشكل مرجعاً قانونياً يمكن الرجوع إليه في فض النزاع. لهذا لا يمكن تطبيق نظرية الدمج القانوني أو التحاكم إلى قانونين في آن واحد في هذه القضية[236].
وفي ذات المعنى يقرر بعض الفقه – معلقا على لائحة مركز التحكيم والمصالحة – أن تضمن اللائحة إلزام هيئة التحكيم باستبعاد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في حدود مخالفته للشريعة الإسلامية قد يؤدي لتفسيرات عدة لمصطلح " الشريعة الإسلامية وهو مصطلح واسع يشمل احتمالات كثيرة قد تؤدي للتناقض أحيانا[237].

ويبدو مما سبق أن عدم تقنين الشريعة الإسلامية على نحو يكافئ القوانين الوضعية كان سببا مباشرا في استبعادها من التطبيق على الرغم من اختيار الأطراف لها ونصهم في عقودهم على تطبيقها على المنازعات المتعلقة بها. وهو ما يدعونا للتصدي وبسرعة إلى إنجاز هذه المهمة التي نعتقد أنها تشكل نافذة وبابا واسعا تلج فيها أحكام الشريعة الغراء نحو العالمية ليطبقها القاضي والمحكم باعتبارها قانون الإرادة الواضح والمعين على نحو لا يمكن تجاهله والالتفات عنه بأية حجة أو ذريعة.

---

[236] وهو ما أثار مخاوف الكثير من المختصين والعاملين بالمصارف الإسلامية حيث طالب برنار بربور، مدير إدارة الشؤون القانونية والشرعية لدى مصرف كيوانفست الاستثماري القطري الناشط على نطاق واسع في الخدمات المالية الإسلامية، بإلزام البنوك الإسلامية بإدخال بنود واضحة في العقود الخاصة بها، معتبرا أن قضايا قانونية دولية، مثل قضية "بنك الشامل" البحريني تثبت ضرورة ذلك. راجع :
. http://arabic.cnn.com/business/2014/11/22/islamic-finance-contracts-bases

[237] راجع د. حمزة الحداد، المرجع السابق، ص 5.

المقصود بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

إن مسالة تقنين الشريعة[238] أو على وجه الخصوص تقنين المعاملات في الشريعة الإسلامية ليس ببدعة في العصر الحالي بل سبق أن تجاذبتها الآراء منذ زمن بعيد بين مؤيد ومعارض، ولن نتعرض هنا إلى هذا الخلاف حول مشروعية التقنين مكتفين بالإحالة إلى المصادر التي تناولت هذه المسالة فهي أقدر منَّا على تبيانها[239] وبالتأكيد على أن الراجح في هذا الخلاف هو الرأي الذي ذهب إلى إجازة التقنين.

وتقنين الشريعة كما عرفها بعض الفقهاء هو جمع أحكام المسائل في أبواب على هيئة مواد مرقمة يقتصر في المسألة على حكم واحد مختار من الآراء المختلفة التي قالها الفقهاء وذلك لتسهيل الأمر على القضاة في معرفة الحكم المختار وتطبيقه وحده على الناس دون الآراء المخالفة للرأي المختار[240]. ويعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه عبارة عن صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها[241]. والواقع أن هذه الصورة للتقنين لم يعرفها العالم العربي إلا مع صدور مجلة الأحكام العدلية والتي سبق الإشارة إليها[242].

238 لمزيد من التفصيل حول هذه المسألة راجع د. جابر عبد الهادى سالم الشافعى ، تقنين الفقه الإسلامي بين المؤتمرات والتشريعات بحث مقدم إلى مؤتمر " تطور العلوم الفقهية ـ الفقه الإسلامى : المشترك الإنساني والمصالح "والذي نظمته وزارة الأوقاف والشئون الدينية بسلطنة عمان ـ والمنعقد بمسقط فى الفترة من 6 : 9 إبريل سنة 2014 م

239 راجع في هذا الصدد د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ،موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة ، بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء – اليمن. وأيضا د.أوان عبد الله الفيضي، أصل الخلافات الفقهية في مسالة تقنين الشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1 ، 2014.

240 د. الصابوني د. خليفة بابكر، د. محمود طنطاوي، المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الاسلامي، ص 365. مشار له عند د. فاطمة محمد العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ط1، 2002، ص 24. وقارن مع تعريفات أخرى لدى د. أوان عبد الله الفيضي، حركة التقنين في الفقه الاسلامي والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط 2015 ص 73.

241 د. وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الاسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت دون سنة طبع، ص 26.

242 راجع هامش ص 44، د. فاطمة العوا ، المرجع السابق، ص 44. وراجع أيضا : سميرة المنجد، المرجع السابق، ص 202. جدير بالذكر- ووفقا للمرجع الأخير - أن أبرز التجارب في تقنين الفقه الاسلامي التي لحقت بمجلة الأحكام العدلية (والتي سبق الإشارة إليها) كانت الكتب الأربعة التي أصدرها قدري باشا عام 1890 وهي (مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان في الأحكام الشرعية على مذهب أبي الحنيفة النعمان) وهي مدونة مدنية على الفقه الحنفي، وكتاب (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) وكتاب (قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التفرقة بين التقنين وما قد يختلط به مثل التدوين أو التجميع، حيث يعرف الأخير بأنه مجرد " رصد عدة أحكام أو فتاوى في كتاب أو مجلد واحد سواء أكانت مفهرسة أم مبوبة أم غير ذلك، فليس لها شكل محدد تلتزم به ولا أطر معينة تخرج في نطاقها، وعادة ما يكون التجميع وليدا لمجهودات غير رسمية أو فردية غير ملزمة فهو عادة مجهود غير منظم من قبل الدولة، وأمثلة ذلك كثيرة تأتي على رأسها مجموعات الفتاوى الشهيرة في الفقه، كالفتاوى الهندية والفتاوى المهدية وغيرهما"[243] وهكذا فإن التجميع أو التدوين لا يقوم على أساس واضح ولا على نهج معين كما أنه قد لا يعالج كل مسائل المعاملات لأنه لا تتولاه جهة رسمية محددة، وهو بذلك أبعد ما يكون عن التقنين الذي نحن بصدده.

الدافع إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

والدافع إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية أمور كثيرة، يأتي في مقدمتها كما رأينا قطع الطريق على استبعادها من التطبيق بحجة عدم وضوحها أو تعيينها في مادة يسهل الرجوع إليها. وتأكيدا لهذا المعنى يري البعض أن مستجدات العصر الحديث وما نجم عنها من احتكاك ببلدان العالم يقتضي إعادة النظر في النظام القضائي ليكون أكثر وضوحا بالنسبة للقاضي والمتقاضي، فإن الانفتاح على الغير يستدعي كتابة المواد التي يتقاضى إليها، خاصة وأن غيرنا سيطالبنا بها إذا أردنا أن نقاضيه إلى شرعنا، فلا يمكن أن نحيله إلى مجموعة من كتب الفقه المذهبي أو المقارن، فإن لم يوجد شيء مقنن ومرتب فإما أن تفوت علينا مصالح لا نستغني

الأوقاف) وكتاب (المقارنات التشريعية) وهو دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، إضافة إلى ظهور مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل رحمه الله لمؤلفها القاضي أحمد بن عبد الله القارئ. وكذلك المجهودات الرائعة والمثمرة التي بذلت من أجل تقنين الشريعة الإسلامية في مجلس الشعب المصري والتي بدات سنة 1978 حتي 1983 برعاية الدكتور الجليل صوفي أبو طالب، انظر لاحقا ص 68.

[243] د. فاطمة العوا، المرجع السابق، ص 45.

عنها، وإما أن نتحاكم إلى قوانين ليس لها علاقة بالشريعة الإسلامية[244]. ولعل هذا تحديدا هو ما حدث في حكم بنك الشامل البحريني سابق الإشارة إليه.

علاوة على ذلك فإن تقنين الشريعة الإسلامية أمر تقتضيه بعض الدساتير العربية التي تنص على أن مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية هي مصدر أو المصدر الرئيس للتشريع مثل جمهورية مصر العربية. ومقتضى النص الدستوري في مصر وغيرها من البلدان العربية ألا يتعارض التشريع الصادر عن السلطة التشريعية مع الشريعة الإسلامية وإلا كان قانونا معيبا بعدم الدستورية الأمر الذي قد يرتب إلغاءه لمخالفته للدستور وهو أعلى مراتب القوانين، ومن ثم ينبغي على المشرع أن يطابق بين القوانين التي يصدرها ومبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية[245]، وهذا يعني بالضرورة أن التشريع سيكون تقنينا للشريعة الإسلامية على نحو ما.

كذلك فإن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بالطريقة العصرية المألوفة والمتعارف عليها بين الناس في العصر الحاضر، يتيح لغير المسلمين سواء أنظمة قانونية غربية أو غيرها فرصة الاطلاع على أحكام الشريعة الإسلامية المختلفة، ولعلهم يدركون ساعتها مدى دقتها وشمولها، علاوة على الحلول التي تتفرد بها ومقارنتها بتلك التي تطرحها أنظمتهم الوضعية مما قد يساهم في بلورة مبادئ قانونية عالمية مستمدة رأسا من أحكام الشريعة الإسلامية.

وأخيرا فإن خلافا كبيرا بين الفقهاء قد ثار بشأن التقيد، في التقنين، بمذهب معين، حيث ذهب غالبية الفقه إلى عدم جواز الإلتزام بمذهب واحد في التقنين بينما ذهب البعض إلى إجازة أن يلتزم القاضي بمذهب معين بناء على طلب ولي الأمر[246] وقد حسمت بعض القوانين العربية التي اتخذت من الشريعة الإسلامية مصدرا لها

[244] د. أوان عبد الله الفيضي، أصل الخلافات الفقهية في مسالة تقنين الشريعة الإسلامية، مرجع السابق، ص 112.
[245] د. فاطمة العوا، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.
[246] راجع سميرة الزعيم المنجد، المرجع السابق، ص 202 وما بعدها.

هذه المسألة بنصوص صريحة، حيث نصت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 على أن "... فإذا لم يجد القاضي نصا في القانون حكم بمقتضي الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهب الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة.." كذلك نصت المادة الأولى من القانون المدني الأردني على وجوب الحكم ، عند خلو القانون من نص، بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوصه، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" ويبدو مما سبق أن القوانين العربية لم تنتهج مذهبا معينا عند الرجوع إلى الفقه الإسلامي[247]، وهو عين ما يراه غالب الفقه خاصة المعاصر بأنه "يجب ألا يلتزم التقنين مذهبا واحدا معينا... ففي ذلك تحجير لما وسع الله في شرعه وتضييق دائرة الفقه الرحبة.."[248]

وتجدر الإشارة إلى الجهود التي بذلت من أجل تقنين الشريعة في مجلس الشعب المصري في الفترة من عام 1978 إلى عام 1983 والتي تم الانتهاء فيها من إعداد خمس مشروعات قوانين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية هي : مشروع قانون المعاملات المدنية (1136 مادة) ومشروع قانون إجراءات التقاضي والإثبات (181 مادة) ومشروع قانون العقوبات (136 مادة) ومشروع قانون التجارة (776 مادة) ومشروع قانون التجارة البحرية (443) وقد وافق مجلس الشعب بجلسة 1982/7/1 على تقارير اللجان الخمس التي اختصت كل لجنة منها بأحد تلك القوانين الخمسة وذلك بعد أن اكتملت صياغتها تمهيدا لعرضها على المجلس آنذاك، لولا أنها توقفت فجأة وغدت هذه المشروعات حبيسة الأدراج حتى اليوم[249]. ولعل

[247] د. فاطمة العوا، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.
[248] د. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولي، 1993، ص 269.
[249] راجع عاطف مظهر، الأعمال الكاملة : تقنين الشريعة الإسلامية في مجلس الشعب، المجلد الأول، تقديم : المستشار طارق البشري و د. إبراهيم البيومي، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة ، ط1 ، 2012.

هذه المشروعات خاصة مشروع قانون المعاملات المدنية وقانون التجارة يشكلان نواة أساسية يمكن الاعتماد عليها في بناء منظومة التحكيم الإسلامي بشكل يمكنها من مواكبة التحكيم التقليدي بل وتخطيه لحدود بعيدة بفضل هذه المشروعات.

وأخيرا ودون الخوض في معترك الجدل الفقهي، يبدو لنا أن مسألة تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم تقتضي ابتداء تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية ووضعها أو تقنينها في صورة عصرية تحاكي النظم الحديثة رغبة في قطع الطريق على محاولات الالتفات عنها أواستبعادها، وبالطبع فإن أمرا كهذا يترك لأهل الشريعة وفقهائها، سواء بانتهاج التقنين المقترح على أرجح الآراء أو على رأي مذهب معين، وأيا كان الأمر فإن ما يهمنا كقانونيين، ومعنيين قطعا بإعمال حكم الشريعة الإسلامية، هو أن تمهد السبل نحو إعمالها في التحكيم أو في القضاء.

خاتمـــة

لا شك أن آلية التحكيم تعد من أهم الظواهر القانونية المعاصرة فقد عم الاعتراف بشرعيتها كافة أفراد الجماعة الدولية على اختلاف نظمها القانونية واختلاف أوضاعها الاقتصادية ، كما اتسع نطاق القابلية للتحكيم ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة عنه. وتأكدت بذلك أهمية التحكيم وذاتيته المستقلة باعتباره وسيلة أساسية لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات ذات الطابع الدولي في نطاق المعاملات التجارية والاقتصادية. ولم يكن انتشار هيئات التحكيم الدولية، بما فيها مراكز التحكيم الإسلامية، وتزايدها في مختلف دول العالم سوى تلبية لمقتضيات المعاملات ذات الطابع الدولي.

ولأن الفقه الإسلامي ليس معزولا عن الواقع الذي يحيط به، بل يتفاعل معه ويثريه بحلوله ومقترحاته، التي تتفق مع مقاصد الشرع الحنيف، فقد اتخذ التحكيم موقعه في الفقه الإسلامي، فأقرَّ مشروعيته ووضع له ضوابط وأصولا تطبعه بطابع خاص، يختلف عن التحكيم المستقر عليه في الساحة الدولية، وإن كان يتشابه معه

في الكثير من المسائل. وتأكد بهذا البحث أن مفهوم التحكيم في الشريعة الإسلامية، سواء أعتبرناه توفيقيا أم إلزاميا، يختلف عن مفهوم التحكيم المعروف في القوانين الوضعية، لأن لكل منهما خصائصه ولا تتطابق بالضرورة مع خصائص الآخر. وترتب على ذلك، أن رأينا أن الشريعة الإسلامية لا تعرف ثنائية التحكيم التي تتبناها الأنظمة الوضعية، والتي تقسم التحكيم إلى تحكيم بالقانون، يلتزم فيه المحكم بتطبيق قواعد قانونية معينة لا يمكنه أن يحيد عنها، وإلا تعرض حكمه للإبطال أو الإلغاء، وتحكيم بالصلح يطبق فيه المحكم ما يراه عادلا ومنصفا، دون تقيد بأي قانون أو أية قواعد. فالشريعة الإسلامية لا تعرف إلا تحكيما واحدا وهو الذي يطبق فيه قواعدها وأحكامها الغراء. ومن هذا المنطلق فقد سجلنا مخاوفنا حول إمكانية ولوج طريق التحكيم بالصلح (التحكيم المطلق) وصولا لتطبيق الشريعة الإسلامية لما يحيطه من شكوك حول التزام المحكم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والحال أنه غير ملزم باتباع إلا ما يراه عادلا ومنصفا.

وقد اقتصرنا على التعرض، في هذا البحث، لمسألة من أهم المسائل التي تثار في التحكيم عموما وتعدُّ من أهم خصائص التحكيم الإسلامي، وهي مسألة القانون الواجب التطبيق، وبدا ظاهرا للعيان أن التحكيم التقليدي يقدس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، ومن تلك الزاوية افترق التحكيم الإسلامي عن غيره، إذ يلتزم المحكم بإعمال أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية الغراء، وهو التزام يجد أساسه في حرمة التحاكم إلى القوانين الوضعية، وعدم إمكانية وجود تزاحم بين الشريعة الإسلامية وغيرها من القوانين الوضعية لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، فلا شك أن الشريعة الإسلامية بمقاصدها تختلف عن غيرها من النظم الوضعية التي لا تأبه كثيرا إلا بالمصالح الفردية والمادية.

ولما كان فرض أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية والإلزام بإعمالها، بشكل حصري، لا يتأتى أمام مراكز التحكيم العادية، فقد تطلب الأمر إنشاء مراكز تحكيم

إسلامية تكون أولى خصائصها إنزال حكم الشريعة الإسلامية على ما يعرض عليها من نزاعات وخلافات بين الأطراف. وقد رأينا أن هذه المراكز لا تبعد كثيرا عن مثيلاتها غير الإسلامية من حيث لوائحها ونظم عملها، اللهم إلا في بعض المسائل التي تطبع التحكيم الإسلامي بطابعه الخاص كمسألة القانون الواجب التطبيق موضوع هذا البحث، مما حدا بالبعض إلى قصر مجال عمل هذه المراكز على المعاملات ذات الطبيعة الإسلامية دون سواها لعدم ملائمة القواعد التي تطبقها على المعاملات الأخرى وهو ما فندناه وبيَّنا أنه لا يقوم على دليل ويدحضه النجاح الكبير الذي تحققه المصارف الإسلامية والتي تنتهج في عملها أحكام الشريعة الإسلامية، علاوة على أن التحول نحو الصناعة المالية الإسلامية والاهتمام بها في بعض البلدان الأوربية يعد دليلا على إمكانية إعمال الشريعة وأحكامها في المعاملات وإحلال نظمها كبديل عن النظم التقليدية والتي تسببت في أزمة عالمية وكساد كبير كاد أن يطيح بالاقتصاد العالمي.

وقد رصدنا خلال هذه الدراسة محاولات للتقريب بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وذلك بالجمع بينهما في التطبيق بإجازة اشتراط التحاكم للقوانين الوضعية بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. وقد رأينا أن هذه المحاولات، والتي أرادت أن تتسم بالواقعية، عند تطبيقها في الواقع العملي، قد ظهر عوارها الكبير، حيث إن المحاكم الأجنبية فسَّرت مثل هذا الجمع بما يؤدي إلى استبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية لصالح القوانين الوضعية وهو ما يوجب علينا توخي الحذر وتلمس أسلم الطرق لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد رأينا أن مسالة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وعدم تبلورها أمام المحاكم الأجنبية بصورة واضحة كان سببا في التفات المحاكم عنها، عن قصد أو غير قصد منها، لصالح قوانينها، وخلصنا إلى أن مسألة تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم تقتضي ابتداء تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية ووضعها أو تقنينها في صورة

عصرية تحاكي النظم الحديثة رغبة في قطع الطريق على محاولات الالتفات عنها واستبعادها. ولذلك فإننا نخلص بهذه الدراسة إلى التوصية بالاتي :

- تفعيل تقنين أحكام الفقه الإسلامي والعمل على التوسع فيه، وإصدار التشريعات المستمدة منه في جميع الدول العربية والإسلامية، والالتفات عن الدعوات التي تحذر منه بدعوى الجمود لأن التقنين لا يمنع العلماء ولا القضاة من الاجتهاد، وقد جاءت الجهود المبذولة لتقنين الشريعة والتي عرضنا لها في طيات هذا البحث على نهج ومنوال دقيق حيث يوضح بها الخلافات المتعلقة بالمسألة ومبررات الترجيح لهذا الرأي أو ذاك، ويمكن وضع ذلك كله بمذكرة إيضاحية للتقنين المستمد من الشريعة الإسلامية، علاوة على أن التقنين لابد أن يتم تداوله بالمراجعة والتعديل من حين لآخر حسبما تقتضي المصلحة المعتبرة. فلا شك أن هذا التقنين يسهل على المحاكم تطبيق الشريعة الإسلامية ويسد الطريق على المحاكم الأجنبية منها نحو التذرع بعدم وجود قانون إسلامي يمكن الرجوع إليه وصولا لاستبعاد أحكام الشريعة. كما أن التقنين يبعد احتمال التضارب في الأحكام، ويعاون القاضي والفقيه وكل مشتغل بالقانون على الاهتداء إلى القاعدة القانونية في يسر وسهولة.

- يقترح بالتوازي مع السعي نحو تقنين أحكام الفقه الإسلامي، السعي أيضا نحو العمل على تكوين أو بناء نظرية لقواعد وأعراف المعاملات المالية الإسلامية على غرار أعراف وقواعد التجارة الدولية المعروفة باسم "ليكس ميركاتوريا"، باعتبارها إحدى الوسائل لتقديم الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي إلى المجتمعات الغربية على أنها نظام وصرح قانوني غني وثري ومعين لا ينضب يفوق ما توصل إليه الفقه اللاتيني أو الإنجلوسكسوني حتى يزال التخوف لدى المتعاملين الغربيين في مجال التجارة الدولية من تطبيق الشريعة الإسلامية، ويقع ذلك على عاتق المهتمين والخبراء في مجال المعاملات المالية الإسلامية والتحكيم الإسلامي .

- وانطلاقا من ضرورة بناء بنية تحتية راسخة لمؤسسات الصناعة المالية الإسلامية، نؤكد على أهمية التوسع في إنشاء مراكز تحكيم إسلامية عالية المستوى ومزودة بكوادر ذات خبرة في مجال التحكيم والصناعة المالية الإسلامية على وجه الخصوص، فلئن كان العلم بالتحكيم وإعداد كوادر عربية في مجاله عالية يعد واجبا وطنيا أو ضرورة قومية في رأي البعض، فإننا لا نبالغ إن قلنا إن العلم بالتحكيم الإسلامي وتعهده واجب وفرض كفاية على الأمة الإسلامية باعتباره وسيلة مهمة وأساسية لفض النزاعات، وفقا لأحكام وقواعد شرع الله الحنيف، التي غالبا ما تضيع بسببها أموال طائلة على العالم الإسلامي[250]. ونهيب بالأزهر الشريف تبني مشروع بإقامة مركز دولي للتحكيم الإسلامي، أو على الأقل الاهتمام بالمركز الحالي التابع لجامعة الأزهر وتطويره، نظرا لسمعة الأزهر الشريف ومكانته العالمية التي تدعو للثقة فيه باعتباره مثالا للإسلام الوسطي المعتدل المنفتح على ضرورات الحياة ومستجداتها.

- العمل على توخي الحذر عند صياغة العقود وشروط تطبيق الشريعة، والبعد عن الصياغة التي يكتنفها الغموض، باستبعاد الشرط المزدوج الذي يجمع بين الشريعة والقانون الوضعي لما يترتب عليه من آثار سلبية على تطبيق وفهم أحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك يفضل للأطراف أن يشترطوا إعمال الشريعة الإسلامية دون سواها والبعد عن مثل هذه الصياغات التي تورث اللبس والغموض، فان كان لا

[250] خاصة إذا علمنا أنه طبقاً للإحصائيات الصادرة عن الهيئة الدائمة لغرفة التجارة الدولية بباريس تمثل قضايا التحكيم ذات الطرف العربي أعلى نسبة من بين عملاء الغرفة ، إذ بلغت في الفترة من 1981 – 1995 نسبة هذه القضايا 14% من مجموع قضايا التحكيم التي تنظرها الغرفة ، و50% من مجموع القضايا التي وردت لها من دول العالم الثالث وكان مجموع القضايا ذات الطرف العربي 760 قضية، وتقدر هذه القضايا التي تهم العالم العربي بعدة مليارات من الدولارات. راجع د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، 11-12.

محالة من هذه المساعي فليس اقل من تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية في تعاقداتهم بالإشارة إلى قانون بلد إسلامي أو قانون مأخوذ عن الفقه الإسلامي، أو حتى الإشارة إلى قواعد إسلامية مقننة يمكن للقاضي أو المحكم الرجوع إليها كمجلة الأحكام العدلية أو نحوه من التقنينات الموجودة حاليا.

والله الموفق

قائمة بأهم المراجع

أولا : مراجع باللغة العربية

1- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1997 .
2- د/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981.
3- د احمد أبوالوفا ، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، ط 5، منشأة المعارف، 1988
4- د/ أحمد السيد صاوى ، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 2004 .
5- د.احمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
6- د. احمد صادق القشيري، التحكيم المؤسسي الإسلامي، ورقة عمل مقدمة إلى ملتقي التحكيم الأول في العالم الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الفترة من 8-9 / 5 / 1435 هـ الموافق 9-10 / 3 / 2014 م
7- د/ احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولي، 2002.
8- د/ احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2008.
9- د/ أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دراسة تأصيلية انتقادية ، دار النهضة العربية ، 1989.
10- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولا ومنهجا، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1996
11- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ، القاهرة 2012.
12- د. الحسن السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دراسة علمية تاصيلية مقارنة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد) ط1 2008.
13- د. أوان عبد الله الفيضي، أصل الخلافات الفقهية في مسالة تقنين الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1 ، 2014.
14- د. أوان عبد الله الفيضي، حركة التقنين في الفقه الإسلامي والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2015
15- د. جابر عبد الهادى سالم الشافعى ، تقنين الفقه الإسلامي بين المؤتمرات والتشريعات بحث مقدم إلى مؤتمر " تطور العلوم الفقهية ـ الفقه الإسلامي : المشترك الإنساني والمصالح "والذي نظمته وزارة الأوقاف والشئون الدينية بسلطنة عمان ـ والمنعقد بمسقط في الفترة من 6 : 9 إبريل سنة 2014 م
16- د/ جمال محمود الكردى ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2003 .
17- د/ حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001 .
18- د. حمزة احمد حداد، مستقبل التحكيم في العالم الإسلامي، ورقة عمل مقدمة لملتقي التحكيم في العالم الإسلامي.
19- د. حمزة بن حسين الفعر الشريف، حكم اشتراط التحاكم إلى القوانين الوضعية في العقود التجارية، بحث مقدم إلى الدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الفترة من 19 إلى 1432/1/23ه.
20- خليل عمر غصن، قضاء التحكيم في القانون اللبناني و أهميته في تطبيق الشريعة الإسلامية على المعاملات المدنية و التجارية. بيروت دون سنة نشر.
21- د. رأفت محمد رشيد الميقاتي، وسائل تحكيم الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون والذي جاء بعنوان " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون" بمعهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية – جمعية الإصلاح الإسلامية، لبنان بتاريخ 21-5-1435 هـ الموافق 9-10 / 3 / 2014

22- د. رمزي محمد على دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت ط 1، 2011.
23- د. زيد عبد الكريم الزيد، خصائص التحكيم في الشريعة الإسلامية ومقاصده، بحث مقدم إلى ملتقي التحكيم في العالم الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الفترة من 8-9 / 5 / 1435 هـ الموافق 9-10 / 3 / 2014
24- د. سعد الدين صالح دداش، التحكيم في مجلة الأحكام العدلية، دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم بين الفقه الإسلامي وقواعد التحكيم الدولية. بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عشر بجامعة الإمارات بعنوان التحكيم التجاري الدولي الفترة من 21-23 ابريل 2008.
25- د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي، بيروت، 2009
26- د. سليمان ناصر العجاجي، تاريخ التحكيم، بحث مقدم لملتقي التحكيم في العالم الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الفترة من 8-9 / 5 / 1435 هـ الموافق 9-10 / 3 / 2014
27- د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة 2013.
28- سميرة المنجد، التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2 ، 2013 .
29- د .صالح بن عبد الله اللحيدان، النص على التحاكم للقوانين الوضعية في عقود المؤسسات المالية الإسلامية. 1430 ه.
30- د/صلاح الدين جمال الدين محمد ، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة 1/42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة ، القاهرة ، 1996.
31- د. عاشور مبروك، التحكيم، دار الفكر والقانون، 2010 الطبعة الأولي.
32- د عبد الستار الخويلدي، آليات الحد من المماطلة والتسويف في مجال التحكيم، مقال منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، دبي، العدد 359 (صفر 1432ه -2011م).
33- د. عبد الستار الخويلدي، المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم – نموذج المركز المتخصص في فض النزاعات في الصناعة المالية الإسلامية ورقة عمل مقدمة إلى ملتقي التحكيم في العالم الإسلامي.
34- د عبد الستار الخويلدي، التحكيم في المعيار الشرعي رقم (32) ، بحث في المؤتمر السادس عشر بجامعة الإمارات كلية القانون، بعنوان التحكيم التجاري الدولي، الفترة من 21-23 ابريل 2008.
35- د. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ،موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة ، بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء – اليمن.
36- د عجيل جاسم النشمى، التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث للدورة العادية التاسعة المنعقدة في فرنسا الفترة: 3-7 جمادى الأولى 1423هـ الموافق 13 – 17 يوليو 2002 م.
37- د. عصام الدين القصبي، القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات الإسلامية، بحث مقدم بالمؤتمر السنوي الرابع عشر لجامعة الإمارات – كلية الشريعة والقانون ، 2006.
38- د/ عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، 1994.
39- د/ عكاشة محمد عبد العال ، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري ، بحث مقدم إلى دورة التحكيم لتأهيل المحكمين الدوليين ، مراكز التحكيم بإتحاد المحامين الدولي والأفريقي ، القاهرة ، 2004 .
40- د. على حامد الغتيت، العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، بعنوان التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون.
41- على حيدر خواجة أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (المتوفى: 1353هـ) تعريب: فهمي الحسيني الناشر: دار الجيل الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م عدد الأجزاء:4.
42- د. على عبد الحميد تركي، التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
43- د. غالب صبحي المحمصاني، ميزات التحكيم المطلق، ورقة بحثية في المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، بعنوان التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون.
44- د. فاطمة محمد العوا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ط1، 2002

45- د. فتحي وإلى ، تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون المصري واللبناني، بحث في المؤتمر الثاني للشريعة والقانون بعنوان التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون.
46- د. فتحي وإلى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
47- د. قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط 2014.
48- د/ محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 73-1974.
49- د. محمد احمد شحاتة، التحكيم في الفقه والقانون المقارن، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010
50- د. محمد الزحيلي، التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد - 27 العدد الثالث2011 .
51- محمد على سكيكر ، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية ، القاهرة ، 2006.
52- د. محمد محي الدين إبراهيم، المركز القانوني للمحكم، بحث في الدورة الثانية لمركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي بعنوان "التحكيم في منازعات عقود الملكية الفكرية " الفترة من 11-14 مارس 2012.
53- د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
54- د. مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1999.
55- د/ مصطفى محمد الجمال ، د/عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الجزء الأول ، الإسكندرية 1998.
د. مصطفي محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 1998.
56- د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2008.
57- د. هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995.
58- د. لؤي عزمي الغزاوي، صلاحية ولزوم حكم التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عشر بجامعة الإمارات بعنوان التحكيم التجاري الدولي الفترة من 21-23 ابريل 2008.

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية :

1- Khaled Rafat Ahmad Mohamed, “La lettre de garantie a premiere demande en droit international prive, etude a la lumiere de la loi franciase et la loi egyptienne, These Paris 1, 2004.
2- Khalil Jarrar. J. D., Enforcing Islamic Contracts “Lex Islamicus” in English Courts.Opinion Column, issue 1, 23 jun 2009.
3- JULIO. C COLON, Choice of law and Islamic Finance, in Texas International Law Journal, vol 46 : 411 , 2011 p. 427.
4- Georges Affaki, “L'accueil de la finance islamique en droit français essai sur le transfert d'un système normative, in, La finance islamique à la française : un moteur pour l'écononomie, une alternative éthique / sous la dir. de Jean-Paul Laramée, édition Bruno Leprince. Paris, 2008
5- Gilles Saint Marc : « Place de Paris le droit Français est-il compatible avec la finance islamique ? », Revue Banque, n° 703, Juin 2008
6- Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985.
7- Yves Derains. Le choix du droit applicable au contrat et l arbitrage international, Bulletin de la cour international d arbitrage de la CCI, 6N1, Mai 1995.

ثالثا : مؤتمرات وندوات وملتقيات :

1-المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون : " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون" معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، جمعية الإصلاح الإسلامية. بيروت ط1، 2000

2-مؤتمر " تطور العلوم الفقهية ـ الفقه الإسلامي : المشترك الإنساني والمصالح " والذي تنظمه وزارة الأوقاف والشئون الدينية بسلطنة عمان ـ والمنعقد بمسقط في الفترة من 6 : 9 إبريل سنة 2014 م

3- المؤتمر الدولي السادس عشر بجامعة الإمارات بعنوان التحكيم التجاري الدولي الفترة من 21-23 ابريل 2008.

4- ملتقي التحكيم في العالم الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الفترة من 8-9 / 5 / 1435 هـ الموافق 9-10 / 3 / 2014

5- قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة المنعقدة في أبو ظبي في الفترة من 1-6 ذي القعدة عام 1415ه.

رابعا : مواقع إليكترونية

- http://iicra.com/ar/downloads/detail/2e0b71ef2b
- http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=1369
- http://www.emaratalyoum.com/business/local/2013-11-26-1.626918
- http://www.kantakji.com/media/5683/3031.pdf
- http://www.kantakji.com/legal-affairs

التحكيـم في الصناعــة الماليــة الإسلاميـــــة

د. عبدالستار الخويلدي

الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي

للمصالحة والتحكيم – دبي

المقدمـــة:

مصطلح الصناعة المالية الإسلامية وإن كان يعني أساسا المصارف التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها أكبر عددا وأقدم تاريخا، إلا أن هذا المصطلح أوسع وأشمل من نشاط المصارف الإسلامية. فالمصطلح يضم شركات التأمين التكافلي، وشركات الإجارة المنتهية بالتمليك، وصناديق الاستثمار، وشركات الاستثمار، وشركات التمويل، والصكوك وكذلك الشركات التي تسدي خدمات استشارية شرعية لخدمة هذه الصناعة. كما يعني هذا المصطلح علاوة على المؤسسات المذكورة المنتجات المالية التي تتبناها المؤسسات المالية الإسلامية والتي تضم كل أنواع المشاركات، والبيوع الشرعية، وعقود الإجارة وغيرها من المنتجات المجازة من قبل المجامع الفقهية وهيئات الرقابة واللجان الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية. والصناعة المالية الإسلامية ليست كل الاقتصاد الإسلامي لأن الاقتصاد الإسلامي من الناحية العلمية والتطبيقية أرحب مجالا بكثير من الانحصار في المصارف الإسلامية، لكنه من المعروف أن التجسيد العملي للاقتصاد الإسلامي المعاصر تمثل أساسا إن لم يكن كلية في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية الأخرى. هذه المؤسسات هي التي تمارس نشاطها مستخدمة الأدوات المالية الإسلامية.

ومن الناحية الإحصائية يربو عدد المؤسسات المالية الإسلامية على 600 مؤسسة (مؤسسات مصرفية وشركات تأمين تكافلي، وشركات تأجير، وشركات تمويل)، وتنتشر في أكثر من 80 بلدا (جلها في منطقة الخليج) .

ومن المتوقع أن تصل الأصول المصرفية الإسلامية بنهاية 2014م إلى 1.6 تريليون دولار على أساس معدل نمو سنوي تراكمي نسبته 20% بين عامي 2011 ، 2012، ويتوقع التقرير الذي أصدرته مؤخراً شركة "بيتك للأبحاث" التابعة لبيت التمويل الكويتي أن تشهد الصناعة المصرفية الإسلامية نمواً إيجابياً حيث تعزز الاقتصاديات الناشئة مثل تركيا واندونيسيا والصين أشكال وأدوات الوساطة الإسلامية.

كما توقع حدوث تطورات في إفريقيا لتحقيق نتائج إيجابية في هذا الإطار نظراً للطلب المتزايد في المنطقة على المنتجات والخدمات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، وأخيراً توقع التقرير أن تواصل الصيرفة الإسلامية نموها الجيد بشكل خاص في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية خلال العام الجاري 2015م .

بعد انتشار الصناعة المالية الإسلامية وتوسع نشاطها وتعدد منتجاتها كما هو مبين أعلاه، أصبحت هناك حاجة لفض النزاعات الناتجة عن هذه الصناعة وفق صيغ تكون أكثر ملائمة لنشاط ومرجعية تلك الصناعة. وفي بداية الألفية الجديدة وأمام تعثر القضاء البريطاني (الذي كانت تحال له جل القضايا المتعلقة بالصناعة المالية الإسلامية) ظهرت ظروف قانونية وعملية مواتية للمضي قدما في التفكير جديا في حل بديل يكمن أساسا في التحكيم وبالتحديد تأسيس مركز متخصص في التحكيم في مجال النزاعات في الصناعة المالية الإسلامية .

ومن دوافع اللجوء للتحكيم كآلية بديلة لفض النزاعات في المالية الإسلامية، يمكن ذكر:

* المكانة المتميزة للصلح والتحكيم في مجال المعاملات المالية عموما والإسلامية خصوصا مع مشروعية الصلح والتحكيم بالنص القرآني والسنة النبوية والإجماع والعرف .

* رغبة المتعاملين في التجارة الدولية ومنها المؤسسات المالية الإسلامية لفض نزاعاتها بصيغة التحكيم . فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط اللجوء إلى التحكيم.

* بروز الحاجة لإيجاد آلية لفض النزاعات على أساس الشريعة الإسلامية، وذلك بسبب تعاظم دور المؤسسات المالية الإسلامية كما وكيفا.

* تنوع المنتجات المالية الإسلامية وتشعبها جعل من الضروري الأخذ بعين الاعتبار خصائص هذه المنتجات وذلك بالإلمام بالجوانب الشرعية والفنية، وإلا تعطلت مصالح المؤسسات المالية المذكورة.

* قبول الاحتكام إلى قواعد الشريعة على نطاق واسع بحيث أصبح الاحتكام للشريعة الإسلامية من قبل عديد الجهات أمرا واقعا سواء من خلال الدراسات القانونية والأكاديمية التي ترى في الشريعة منهجا عادلا لفض النزاعات أو من قناعة رجال الأعمال بمرونة وعدالة وإنصاف قواعد الشريعة الإسلامية، وذلك بفضل قدرة الشريعة على تحقيق التوازن في الحقوق والواجبات وتشبثها بمبدأ العدل والإنصاف كأمر ثابت وهو مبتغى كل الجهات العاملة في الحقل المالي.

* غياب مركز تحكيم تجاري دولي متخصص في المنطقة العربية والإسلامية فإن العمل في المراكز الدولية والإقليمية الأخرى يقوم على تطبيق القوانين الوضعية التي اختارتها أطراف النزاع مع تعدد التخصصات.

* إنشاء مركز تحكيم متخصص في المعاملات المالية الإسلامية سيسهم في تعميق مفاهيم التحكيم المهنية في ذلك القطاع وحشد الطاقات المادية والعلمية لصالح ذلك القطاع وخدمته .

* حرص المؤسسات المالية الإسلامية من خلال التوصيات والمقترحات لاستكمال البنية التحتية للصناعة المالية الإسلامية، وذلك لمعاضدة ومساندة القطاع.

* إحياء ونشر مبادئ الفقه الإسلامي في مجال المعاملات وذلك بفضل الأحكام التي ستصدر عن هيئات متخصصة لتكون مرجعا لهيئات تحكيم أخرى محلية وإقليمية ودولية. وعموما ستكون أحكام المحكمين مرجعا فقهيا للبحوث الأكاديمية. وحتى مرجعا للقضاء.

بعد عرض الإطار العام الذي يتنزل فيه الموضوع، وقبل التطرق لمجموعة من المسائل التي تتمحور حول التحكيم من المناسب تعريف التحكيم. ولعله يلاحظ أن القوانين الوضعية كثيرا ما تميزت بعزوفها عن تعريف التحكيم. وغياب التعريف ليس خللا في القانون ولا نقصا فيه. ففي كثير من الحالات لا يرى القانون ضرورة

في التعريف[251]. فقد يكون التعريف أحيانا بوضع الشروط التي تقود إلى التعريف. وفي موضوعنا هذا، يمكن الاهتداء لتعريف التحكيم من خلال آليات التحكيم كتعريف الشرط والمشارطة ووثيقة التحكيم وغيرها. فهذه العناصر مجمعة تعطي تصورا واضحا عن التحكيم. ولكن لتعميم الفائدة نذكر تعريفات مختلفة للتحكيم لنستقر على القواسم المشتركة بين التعريفات المختارة. وفي إطار هذا التعليق سوف نتطرق إلى أكثر من تعريف منها ما هو قانوني ومنها ما هو شرعي ومنها ما هو صادر عن المختصين للنظر فيما بعد فيما تتفق فيه:

التعريف الفقهي: عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي التحكيم على أنه "اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة. وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية" (قرار رقم 91 (9/8). وقد ذهب الماوردي إلى أن "التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه"[252] . وفي المغني لابن قدامة: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز"[253] . وتستمد مشروعية التحكيم من آيات القرآن الكريم ونذكر منها قوله تعالى: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا" (سورة النساء. الآية 35). وكذلك قوله تعالى: "ولا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما" (سورة النساء. الآية 65). وقد أيدت السنة التحكيم حيث عين الرسول حكما وأقر التحكيم الصادر عن غيره. وقد أجمعت المذاهب الفقهية على جواز التحكيم مع بعض اختلاف في شروط ومؤهلات وصلاحيات المحكم.

---

[251] نذكر على سبيل المثال النظام السعودي للتحكيم الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم (م/34) بتاريخ 51433/25هـ بالموافقة على نظام التحكيم الذي حل محل نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م46) وتاريخ 1403/7/12هـ.، كذلك قانون اليونسترال لم يذكرا تعريفا للتحكيم.

[252] أدب القاضي – الجزء 2 بند 3596.

[253] ابن قدامى في المغني – الجزء 9 ص 107

التعريف القانوني: عرفت المادة الرابعة من مجلة التحكيم التونسية الصادرة سنة 1993 التحكيم على أنه: "طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم". وعرفه القانون السوري رقم 4 لعام 2008 على أنه: "أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلا من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أم لم تكن كذلك".

التعريف القضائي: في إطار تعاملها مع التحكيم سواء عند اللجوء إليها كقاض مساند للتحكيم أو عند التصديق على أحكام المحكمين، عرّفت محكمة تمييز دبي على سبيل المثال التحكيم على أنه "طريق استثنائي لفض المنازعات ويعد خروجا على الأصل العام الذي يقضي باختصاص المحاكم بنظر جميع المنازعات إلا ما استثني منها بنص خاص، وأنه يجب تفسير شرط التحكيم تفسيرا ضيقا" (محكمة تمييز دبي – الجلسة العلنية المنعقدة يوم 2012/10/21 – حكم غير منشور).

تعريف المختصين: عرّف المستشار أبو العينين التحكيم على أنه "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم"[254] .

ومهما تعددت صياغة المفاهيم، فإنها تتفق كلها حول خصائص التحكيم وهي كالتالي:

* يستند التحكيم إلى إرادة أطراف النزاع الذين اختاروا هذه الصيغة لفض نزاعهم.

* حرية أطراف النزاع في اختيار المحكم أو هيئة التحكيم المخولة للبت في النزاع، وكذلك * اختيار مكان التحكيم والقواعد الواجبة التطبيق على سير إجراءات التحكيم وغيرها.

[254] المستشار محمد أبو العينين "المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي". مجلة التحكيم العربي، العدد الأول مايو 1999 ص 8.

* التحكيم يفترض نزاعا يقطع فيه المحكم الخصومة بصدور حكم ملزم وواجب التنفيذ.

وفيما يلي مجموعة من المسائل التي تتمحور حول التحكيم والتي سيتم التطرق إليها في التحليل.

1/ المزايا المرجوة من التحكيم حتى يشكل بديلا للقضاء الذي له ولاية عامة؟

2/ لكي يفعّل التحكيم هناك حاجة **إلى رصيد فقهي وقانوني لدعم التحكيم**. ما هو الوضع إذا؟

3/ اختيار التحكيم كجهاز لفض النزاع وتوفير الرصيد الفقهي الكافي يحتاج إلى مرجعية لفض النزاع، أي **القانون الذي سيطبق على النزاع**. وهذا يطرح موضوع مدى جواز تحكيم القوانين الوضعية لتحكم عقود التمويل لإسلامي. وما هي الحلول المقدمة كبدائل؟

4/ هناك عينات من بعض **المسائل الخاصة تحتاج إلى طرح**، سوف نقتصر على ذكر ثلاثة مسائل.

(1)

المزايا المرجوة من التحكيم للصناعة المالية الإسلامية

إضافة للمزايا التي يوفرها التحكيم عموما والمؤسسي خصوصا لكل محتكم، فإن المؤسسات المالية الإسلامية هي أحوج من غيرها لاعتماد صيغة التحكيم في تسوية نزاعاتها، وذلك للأسباب التالية:

مطابقة القرارات لأحكام الشريعة الإسلامية: يتيح التحكيم للمحتكمين الحصول على أحكام مطابقة للشريعة الإسلامية من متخصصين في المعاملات المالية الإسلامية بشقيها الفني والشرعي. فبعد أكثر من ثلاثين سنة من ممارسة الصناعة المالية الإسلامية عموما والعمل المصرفي الإسلامي المنظم خصوصا، وبعد صدور مئات

الفتاوى في مجالات شتى من فقه المعاملات[255] ، توفرت في نفس الوقت طاقات متمرسة في استيعاب القضايا المصرفية والمالية المعاصرة واقتراح الحلول الشرعية المناسبة لها.

قطع الطريق على المماطلين: المؤسسات المالية الإسلامية أحرص من غيرها من المؤسسات المالية لاختيار التحكيم كصيغة لفض النزاعات لأن الضرر عليها أكبر من المؤسسات التقليدية. فالمؤسسات المالية الإسلامية التي يحرم عليها تقاضي غرامات تأخير تعويضا للضرر الذي يصيبها تحتاج إلى صدور حكم في وقت وجيز لاسترجاع حقوقها[256]. وهذه الوظيفة يؤديها مركز التحكيم. أما المؤسسات المالية التقليدية التي تتقاضى غرامات تأخير فسرعة البت في القضايا وإن كانت لها أهمية لكنها ليس بنفس الدرجة، لأنه في حصولها على غرامات التأخير تعويضا عما فاتها من دخل ولو جزئيا.

مدى قدرة المحاكم على معالجة المسائل المستجدة في مجال المعاملات المالية :

أثبتت بعض المحاكم التي نظرت في قضايا تخص المعاملات المالية الإسلامية عدم قدرتها على فهم طبيعة وأبعاد المعاملات المالية الإسلامية. ونعني هنا المحاكم البريطانية التي تعرض عليها سنويا نسبة كبيرة من القضايا (بحكم النص في عقود التمويل على اختصاص تلك المحاكم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) التي تتعلق بالمؤسسات المالية الإسلامية في مسائل تخص مدى تطابق معاملة مصرفية معينة مع أحكام الشريعة الإسلامية. ومن أمثلة ذلك مبادرة إحدى المحاكم البريطانية إلى "تعيين خبيرين لإبداء الرأي حول الصيغة القانونية لعقد المرابحة والشروط الابتدائية التي يجب أن تتوافر فيه."

[255] صدرت هذه الفتاوى عن المجامع الفقهية وعلى رأسها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة والهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية

[256] قد تأخذ المؤسسة المالية الإسلامية غرامات تأخير من المدين المماطل، ولكن تجنب هذه الغرامات ولا تعتبر جزءا من دخلها، وإنما تصرف في أوجه البر. وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وتعليقا على تعيين خبراء للإدلاء برأيهم في مسألة فقهية أو قانونية، نقول إن لجوء التحكيم إلى الخبرة من الأمور الممكنة ولكن يبقى أمرا استثنائيا وفي مسائل فنية لا يدركها إلا أهل الاختصاص الدقيق لأن مقياس اختيار المحكمين يشمل خبرتهم العلمية والعملية. أما أن يتم تعيين خبير في مسألة فقهية صدرت بشأنها فتاوى منذ بداية ثمانينات القرن الماضي، ففيه مضيعة للوقت من ناحية وكلفة إضافية غير مبررة. وهذا يؤكد أن عقود المؤسسات المالية الإسلامية هي عقود غير مألوفة بالنسبة للمحاكم البريطانية.

الإلمام بالجوانب الشرعية للمعاملة موضوع النزاع: إن عدم الإلمام بالجوانب الشرعية للمعاملة موضوع النزاع قد يؤدي إلى الحكم بصحة المعاملة (من الناحية القانونية) رغم بطلانها من الناحية الشرعية، أو إعادة تكييفها (لتستجيب لقوالب القانون الوضعي) بالرغم من صحتها من الناحية الشرعية. ويطرح هذا الموضوع ضرورة التقيد بأحكام الشريعة بأحكام الشريعة الإسلامية المنصوص عليه في النظم الأساسية للمؤسسات المالية الإسلامية والتي على أساسها استند المتعاملون معها؟.

التقيد المطلق بالشروط: تقيد المحكمين المطلق بتطبيق أحكام الشريعة كما هو منصوص عليه في بند التحكيم وكما هو منصوص عليه في لوائح مركز التحكيم (في التحكيم المؤسسي) لأنه يستمد نفوذه من اتفاق التحكيم .أما المحاكم فبالرغم من وجود النص على تطبيق أحكام الشريعة فقد لا تتقيد بهذا البند. ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه المحاكم البريطانية من استبعاد تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، بل طبقت قوانين دولة مقر البنك الذي لم تتضمن مجلته التجارية ما ينظم المنتجات المالية الإسلامية. وكانت النتيجة تطبيق القانون الوضعي سواء أكان قانون دولة مقرّ البند أم القانون البريطاني.

عدم تأثر المحكم بالمحيط القانوني: المحكم لا سلطان عليه ولا خلفية له إلا التقيد باتفاقية التحكيم خوفا من تعرض حكمه للبطلان .أما المحاكم فهي عادة ما تكون

حريصة على عدم التناقض في إصدار أحكامها. ومن أمثلة ذلك إذا كان القانون يأخذ بمبدأ الفائدة أخذا وعطاء، فلا يتوقع أن يلتزم القاضي بشرط تطبيق أحكام الشريعة المنصوص عليها في العقد. وهذا ما يفسر الاجتهاد أحيانا في استبعادها لأحكام الشريعة بالاستناد إلى إعادة التكييف حتى تنصهر في منظومة القانون الوضعي، أو الاحتجاج بالعرف، أو بالنظام العام.

التحكيم عنصر تقديم الشريعة على غيرها من القوانين :التحكيم باب واسع لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحرية التي يوفرها التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع تجعل تقديم تطبيق الشريعة على غيرها من النظم القانونية أمرا واقعيا. إذ إن مراعاة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، من المسائل الجوهرية في نشاط الصناعة المالية الإسلامية.

الاسترشاد بالسوابق القضائية لتحسين صياغة المعاملات: وجود مركز تحكيم متخصص في فضّ النزاعات التي تخص المؤسسات المالية الإسلامية يطبق أحكام الشريعة الإسلامية، سيسهم في إيجاد رصيد من السوابق القضائية في مجال فقه المعاملات ,تستفيد منها الإدارات القانونية عند صياغة العقود أو عند صياغة هيكلة المنتج الجديد بما يضمن تفادي مواطن الضعف والهشاشة .فإصدار الأحكام في فقه المعاملات قد يساعد على مراجعة بعض الشروط لتستجيب للضوابط الشرعية .

التأثير على التصنيف: وجود نزاعات عالقة أمام المحاكم لفترة طويلة دون البت فيها يؤثر سلبا على برنامج المؤسسات المالية الإسلامية في استقطاب موارد مالية إضافية عن طريق الصكوك مثلا. فالبت في المعاملة في فترة وجيزة يؤدي إلى غلق ملف النزاع بصورة نهائية. وبالتالي يفسح للمصارف الإسلامية الطريق أمام استقطاب موارد جديدة.

التحكيم وجه من أوجه العدالة الصلحية : في المؤسسات المالية الإسلامية لا يجب أن تكون الخصومة قطيعة بين المؤسستين المتنازعتين، وإنما خلاف عابر يتم طيه

بعد صدور الحكم ليستأنف التعامل إن لم يكن قد استأنف من قبل. وهذا المناخ يوفره التحكيم بسرعته وسريته وثقة أطراف النزاع في المحكمين وفي المركز الذي يدير التحكيم .أما التقاضي بما يحمله من إجراءات (نشر القضايا في أروقة المحاكم , وربما استغلالها من قبل الصحف) فخشية القطيعة واردة .

(2)

قراءة في الرصيد الفقهي والقانوني في خدمة التحكيم

حتى يتسنى للمركز أداء وظيفة التحكيم المتخصص في ظروف ميسرة مع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، كان لا بد من بيئة فقهية وقانونية مواتية. فما هو مضمون هذه البيئة؟ بعد إجراء مسح للبيئتين القانونية والشرعية، اتضح بأن البيئة التي ينشط فيها المركز تتميز برصيد فقهي ورصيد قانوني مشجع

1/2 الرصيد الفقهي في خدمة التحكيم: من الناحية الفقهية توجد اليوم عدة فتاوى منها ما هو صادر عن مجامع فقهية ومنها ما هو صادر عن هيئات شرعية ومنها مجرد توصيات منبثقة عن بعض المؤتمرات

1/1/2 قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في قراراه رقم 91(9/8) :

في مؤتمره التاسع بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1- 6 ذي القعدة 1415هـ الموافق 1- 6 نيسان (أبريل) 1995م، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، أكد المجمع في قراره مشروعية التحكيم، ولكن اكتفى القرار بتعريف للتحكيم على أنه "اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية" مع الإشارة إلى الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم، ولكنه اعتبر في الفقرة الثانية من القرار أن "التحكيم عقد غير لازم من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للمحكم أن يعزل نفسه

ولو بعد قبوله ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين لأن الرضا مرتبط بشخصه". والقول بأن عقد التحكيم غير لازم وخاصة في المعاملات الدولية له أثر سلبي على المعاملات. وهذا ما تداركه المعيار الشرعي رقم 32 ومضمونه في الفقرة التالية.

2/1/2 المعيار الشرعي رقم 32 الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الخاص بالتحكيم:

اعتمد المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعيار الشرعي رقم 32 بشأن التحكيم في مكة المكرمة /المملكة العربية السعودية بتاريخ 30 شعبان 1428هـ الموافق 12 أيلول (سبتمبر) 2007م، ويعتبر هذا المعيار أحدث فتوى تؤكد على مشروعية التحكيم، سواء أتم ذلك بين شخصين طبيعيين أم اعتباريين، أم بين شخص اعتباري وشخص طبيعي.

وبعكس قرار مجمع الفقه الذي اقتصر على إجازة التحكيم وذكر الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم، فقد تناول المعيار بالتفصيل جوانب إجرائية حيث قام تعريف التحكيم، وصور اللجوء إليه، وأطرافه، وصفة التحكيم، وأركانه، ومجاله، وصفات المحكم وآلية تعيينه، ومستند التحكيم، والإجراءات، وإصدار قرار التحكيم وتنفيذه، بل وتطرق المعيار أيضًا إلى مصروفات التحكيم، وأجور المحكم وضوابط حكم التحكيم من حيث الصياغة.

وصدور هذا المعيار في إطار المؤسسات المالية الإسلامية والتي لا تقتصر على البنوك كما يتبادر للذهن، بل يغطي المصطلح شركات التأمين، وشركات التأجير، وشركات التمويل، والصناديق وغيرها من المؤسسات التي تعمل في حقل النشاط المالي[257] ، يستوجب أن يكون مضمون المعيار قريبا من واقع هذه المؤسسات

[257] تجدر الإشارة بأنه عملا بما ورد بالمادة الأولى من المعيار والمتعلقة بنطاق المعيار، يتناول المعيار "التحكيم في المعاملات المالية والأنشطة والعلاقات التي تتم بين المؤسسات المالية الإسلامية، أو بينها وبين عملائها، أو موظفيها أو أطراف أخرى، سواء كانوا في بلد المؤسسة أم في بلد آخر".

وبيئتها القانونية، وما يهمها مباشرة، وما تتطلع إليه في هذا الشأن خدمة للصناعة وحماية لأطراف النزاع، وتحقيقا للعدل.

ومن الطبيعي في معيار يتعلق بفض نزاعات تخص مؤسسات مالية (حماية أموال المودعين، والمستثمرين، وما يعرف بالادخار العام)، يتعين من الأساس رفع أي التباس حول مسائل محددة. ومن أمثلة ذلك:

* قيمة حكم المحكمين من حيث تنفيذه: والسبب في ذلك ما يقال هنا وهناك من أن حكم المحكمين ملزم كحكم القاضي لكنه مسلوب التنفيذ[258].

* مدى جواز التنصل من الاتفاق على التحكيم بالإرادة المنفردة (شرطا أو مشارطة) عند من يرى بأن عقد التحكيم عقد غير لازم.

* حياد واستقلالية المحكمين عن أطراف النزاع ولو كانوا هم الذين اختاروهم لثقتهم بهم.

* ضبط حالات عزل المحكم ورده وخاصة التوقيت الذي يتم فيه العزل أو الرد.

* مدى الأخذ بعين الاعتبار الأسباب المؤدية إلى إبطال أحكام المحكمين سواء تلك التي تتعلق باتفاق التحكيم أو التي تتعلق بإدارة عملية التحكيم.

وهي حالات نص عليها القانون الوضعي في اتفاقيات دولية تحظى بشبه إجماع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة.

وحتى يكون مضمون المعيار عمليا، وغير متعارض مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وحتى لا تكون الأحكام الصادرة تطبيقا

[258] يقول الدكتور عجيل النشمي في مقاله "التحكيم والتحاكم في الشريعة الإسلامية" المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث". حزيران/ربيع الثاني 1424هـ ص 70 "وقد نظم الإسلام التحكيم، واعتبره نظاما لفصل الخصومات دون القضاء وفوق الصلح والفتوى فضبط شروط المحكم، وما يصح محلا للتحكيم، وما لا يصح التحكيم فيه، وأعطى لحكم المحكم صفة الإلزام كالقضاء، **وسلبه التنفيذ كالفتوى**".

للمعيار عرضة للإبطال، يبدو من المناسب الوقوف على الاتفاقية المحورية في الموضوع وهي اتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي صادقت عليها جل الدول العربية والإسلامية[259].

يتميز هذا المعيار عن المعايير الأخرى بأنه سوف يستخدم على نطاق واسع أمام القضاء. والسبب في ذلك أنه باستثناء حالات التحكيم بالتفويض بالصلح (التحكيم المطلق) والذي تغيب فيه جزئيا احتجاجات ما بعد صدور الحكم، تلجأ أطراف النزاع إلى الطعن في حكم المحكمين بصيغة الإبطال وذلك سواء بمناسبة طلب التصديق على الحكم، أو بصفة مستقلة. ومحامي الطرف الخاسر عادة ما يلجأ إلى الجوانب الشكلية لأن المضمون قلما يسعفه. فمن الأوفق أن يصدر المعيار خاليا من أي ثغرة يتم استغلالها من قبل أحد طرفي النزاع.

وتكمن قوة المعيار في التجديد الذي لا يخالف الشريعة ويتماشى مع القانون .

وفيما يلي بعض **الشواهد في عدم التصادم مع القوانين الوضعية.**

اعتماد العدد الوتر في الهيئة التحكيمة: تشترط القوانين الوضعية دون أي استثناء أن يكون عدد المحكمين وترا. أما المعروف في الفقه الإسلامي فإنه لا يشترط أن يكون العدد وترا، بل يجوز أن يكون عدد المحكمين شفعا. والشواهد التاريخية تدل على تولي التحكيم من قبل المحكم الفرد، أو أن يعين كل طرف محكمه دون الإشارة إلى محكم ثالث مرجح. ولا نعرف أمثلة (في العصور الأولى من التاريخ الإسلامي) اختار فيها المحكمان محكما ثالثا ليكون مرجحا. وإدراكا من المعيار أن عدد الشفع قد يعطل إصدار الحكم بسبب احتمال إصرار كل محكم على موقفه دون وجود حكم مرجح، فقد نصت الفقرة 3/8 من المادة الثامنة على أن "الأولى أن يكون العدد فرديا، فإن لم يكن كذلك فيعين أطراف النزاع أو المحكمون أحد المحكمين رئيسا لهيئة التحكيم، ويكون رأيه مرجحا عند تساوي الآراء". وبناء على

[259] بلغ عدد الدول التي صادقت على اتفاقية نيويورك المذكورة حتى صدور هذا البحث 149 دولة.

أن الشروط المذكورة جلها خلافية فإن هناك سعة في اختيار الرأي الذي تستلزمه المصلحة. وتطبيقا لهذه السعة نذكر على سبيل المثال أن المادة الثالثة عشرة من نظام التحكيم السعودي الجديد (مرسوم رقم 23/2 وتاريخ 1433/5/24هـ) قد نصت على أنه "تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، على أن يكون العدد فرديا وإلا كان التحكيم باطلا".

التخلي الجزئي عن توفر شروط القاضي في المحكم: المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل الاشتراط في المحتكم إليه (المحكم) ما يشترط في القاضي المولى من قبل السلطان. ويشترط في القاضي دراية كبيرة بالفقه إلى حد بلوغ مرتبة الاجتهاد عند بعض الفقهاء. والمتداول في كتب الفقه قديمها وحديثها أنه يجب أن يكون القاضي "ذا دراية بكتاب الله تعالى وبسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وذا فقه بما عليه الأئمة الأعلام من قواعد مذاهبهم في فروع الشريعة من عبادات ومعاملات وجنايات، فضلا عما يجب أن يتصف به من الورع والتقى والنزاهة...كما يجب على القاضي أن يستشعر بأنه أحد قضاة ثلاثة، اثنين منهم في النار وواحد في الجنة، وأنه أحد الاثنين إن لم يكن عالما بحكمه حاكما بما يراه الحق، فمن حكم بجهل أو هوى فهو في النار"[260]

أما القانون الوضعي فلا يشترط مثل هذا الشرط. ويقتصر على النزاهة والحياد. وكذلك الشأن في الفتاوى المعاصرة والتي أخذت بتخفيف الشروط. ولم يشر المعيار إلى أي صفة من الصفات المذكورة، واقتصر على توفر "أهلية الأداء الكاملة" (الفقرة 1/8). وواقعية المعيار المتمثلة في عدم الإشارة إلى شروط تكاد تكون مفقودة، لا يمنع أطراف النزاع من ذكر مواصفات محددة، كأن يكون المحكم ضليعا في مجال فقهي معين كالمعرفة بشروط العقود والخيارات، أو في مذهب فقهي معين، أو أن يكون ملما بفقه المعاملات في مجموعة من المذاهب تحدد بعينها. هذا

[260] انظر مجموع فتاوى وبحوث. إعداد وتأليف الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع. المجلد الرابع. الطبعة الأولى 1420هـ/1999م دار العاصمة للنشر والتوزيع. ص 385-386

وتجدر الإشارة بأن القوانين الحديثة في مجال التحكيم بدأت تشترط قدرا علميا أدنى. ومن أمثلة ذلك النظام السعودي الجديد المتعلق بالتحكيم الذي نصت الفقرة 3 من المادة 14 منه على أن يكون المحكم "حاصلا على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية. وإذا كانت الهيئة مكونة من أكثر من محكم فيكتفى بتوافر الشرط في رئيسه" (المرسوم رقم م/34 وتاريخ 1433/4/25هـ)

اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق بما لا يخالف الشريعة: في القانون الوضعي قد يكون القانون الواجب التطبيق الذي اختاره أطراف النزاع أو فوضوا هيئة التحكيم باختياره، هو قانون أحد أطراف النزاع، أو قانون بلد طرفي النزاع، أو قانون محايد دون لزوم أن يكون هذا القانون مطابقا لأحكام الشريعة. أما في الفقه الإسلامي فإنه لا يمكن اختيار قانون مخالف لأحكام الشريعة. وهذه خصوصية الشرع والتي تقتضي أن يتم اختيار قانون لا يصادم مبادئه (سوف يتم تناول هذا الموضوع بالتفصيل في باب معضلة القانون واجب التطبيق).

تبني التفريق بين الشرط والمشارطة مع ما يترتب عنهما من آثار:

لا نجد في كتب الفقه الإسلامي تقسيما صريحا بين شرط التحكيم والمشارطة[261] كما هو مبين اليوم في المعيار وفي عقود المؤسسات المالية الإسلامية. فلم يوجد في كتب الفقه إشارة إلى تحكيم يتعلق بخلاف مستقبلي. فالتحكيم

[261] يمكن ذكر بعض أهم الفروق بين شرط ومشارطة التحكيم:
- أن مشارطة التحكيم اتفاق بعد نشوب النزاع .أما شرط التحكيم فهو سابق لنشوب النزاع .فهناك فارق زمني.
- اتفاق التحكيم في شكل مشارطة يكون عادة مستجمع لكافة العناصر اللازمة لانطلاق آلية التحكيم .أما الشرط التحكيمي فيكون عادة في شكل إشارة إلى اختيار آلية التحكيم لفض النزاع دون تفصيل. والسبب في ذلك أنه يتعذر في شرط التحكيم تعيين موضوع النزاع بدقة عند صياغة الشرط لأن النزاع لم ينشأ بعد، وليس من المناسب إلزام المتعاقدين بتسمية محكم لنزاع مستقبلي قد يقع وقد لا يقع .وحتى على افتراض تعيين المحكم بالاسم والصفة منذ بداية التعاقد فقد تطرأ أشياء كثيرة بين بداية تنفيذ العقد وحصول النزاع كوفاة المحكم أو عجزه أو فقدان أهليته .فكان من المناسب أن يتم الاكتفاء بالإشارة إلى النزاع إجمالا.
- الشرط أنجع من المشارطة لأنه بعد نشوب الخلاف بين الطرفين يكون من الصعب الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم، حيث عادة ما تكون الجهة المدعى عليها غير متعاونة ولا تسعى إلى فض النزاع بالصيغة التي يقترحها عليها خصمها الذي دخل معها في نزاع
- هناك مجالات لا تقبل شرط التحكيم بينما تقبل مشارطة التحكيم

كما مورس في القرون الأولى والقرون التي تلتها كان تحكيما على نزاع قائم ويأخذ من الناحية الإجرائية صفة الآنية (أي يتم البت في الخلاف في الحين). لكن مثل هذا التقسيم تبنته جل القوانين التي تستمد مرجعيتها من الشريعة الإسلامية. كما أن الفتاوى المعاصرة المجمعية منها والفردية قد أعطت قيمة لشرط التحكيم. ونذكر على سبيل المثال ما ذكره الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع بقوله "فإذا نص في عقد الالتزام على الرجوع إلى التحكيم في حال وجود الاختلاف، وتعذر إنهاؤه بالوسائل الودية، فيجب الأخذ بهذا النص، إذ هو شرط في عقد يجب الوفاء به، قال تعالى: "يا أيّها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (سورة المائدة الآية 5). وقال صلى صلى الله عليه وسلم "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" (اخرجه أبو داود والترمذي" وليس في اشتراط التحكيم تحريم حلال أو تحليل حرام"[262].

تحكيم غير المسلم: اقتضى الواقع العملي في المعاملات المالية الإسلامية أن تعين كل مؤسسة مالية محكمها. وقد تكون إحدى المؤسستين غير إسلامية. فتعين محكم غير مسلم. والسؤال المطروح: هل يجوز تعيين محكم غير مسلم للنظر في مسائل لها علاقة بتطبيق فقه المعاملات؟

أجاب المعيار على هذا السؤال بأن "الأصل أن يكون المحكم مسلما، وإذا دعت الحاجة المتعينة إلى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل لما هو جائز شرعا..." (الفقرة 2/8). ويستنتج من نص المعيار أن اللجوء إلى المحكم غير المسلم في المسائل التي لها علاقة بتحكيم الشرع ليس الأصل، وإنما يكون عند الحاجة لذلك.

ونرى أنه من بين الحلول التي كان بإمكان المعيار اعتمادها تتمثل في التفريق بين التحكيم بالمحكم الفرد والتحكيم الذي يصدر عن هيئة. أي أن نفرق بين التحكيم الفردي (تعيين محكم واحد) والتحكيم عن طريق هيئة (ثلاثية عادة). ومثل هذا

[262] انظر "مجموع فتاوى وبحوث". إعداد وتأليف الشيخ عبد الله سليمان المنيع. المجلد الرابع ص 60. الطبعة الأولى 1420هـ/1999م. دار العاصمة.

التفريق في التركيبة يساعد على التدقيق أكثر في الموضوع من المحكم الفرد. وفيما يلي بعض آثار التفرقة:

إذا كان المحكم فردا فيشترط أن يكون مسلما ملما بالأحكام الشرعية، ولا يبدو من المناسب أن ينظر غير المسلم (إلا من توفرت فيه دراية واسعة بمجالات الفقه) في النزاع بمفرده في حكم غير قابل لطرق الطعن العادية (كما هو الشأن في التحكيم التجاري الدولي)، ويستند لأحكام الشريعة الإسلامية. والسبب في ذلك احتمال عدم الحرص على التقيد بأحكام الشريعة ولو كان ملما بأصول المعاملات المالية. أما إذا كان التحكيم في شكل هيئة فلا يبدو ما يمنع أن يكون عضوا فيها بسبب رجوع القرار إلى الهيئة بكامل عضويتها بفضل تكامل التأهيلات داخل الهيئة. فاللجنة تستفيد بملاحظات كل أعضائها مهما تعددت أديانهم وثقافتهم القانونية والاجتماعية.

هذا وتجدر الإشارة بأنه بعد ظهور جهات تحكيم إسلامية متخصصة في المعاملات المالية الإسلامية، أصبحت مسألة إحالة النزاع إلى جهات تحكيم غير إسلامية غير مبررة. ولجهات التحكيم الإسلامية أن تستقطب الأكفياء حسب ضلوعها ومهارتها في مجال فقه المعاملات دون أن يكون الدين حاجزا في ولوج هذه المجالات.

استبعاد تعيين أحد طرفي النزاع محكما للبت في النزاع الذي هو طرف فيه (تحكيم الخصم)

من الناحية الفقهية البحتة يجوز أن يحّكم أحد أطراف النزاع الطرف الآخر(خصمه) للبت في النزاع إما لثقته به رغم الاختلاف، أو لأنه عاجز عن تقديم الحجة رغم اعتقاده بوضوح حقه، فيكون تحكيم الخصم بمثابة طلب أداء اليمين من الطرف الآخر. ففي تعيين الخصم (عندما كان الوازع الديني قويا) لحسم النزاع الذي هو طرف فيه ينطوي على مسئولية عظيمة وشاقة على كاهل المحكم/الخصم.

لكن من الناحية المبدئية كيف نتصور أن يكون أحد طرفي النزاع خصما وحكما في نفس الوقت. ألا يتعارض ذلك مع شرط الحياد من ناحية. ومن ناحية أخرى ألا يدل ذلك على أنه ليس هناك نزاع حقيقي، والحال أنه من خصائص التحكيم النظر في النزاع.

من الناحية العملية فإن اللجوء إلى التحكيم من قبل المؤسسات المالية الإسلامية كسائر المؤسسات يفترض وجود خلاف جدي (فقهي/قانوني، أو فني، أو الاثنين معا) وإلا ما وصل النزاع إلى التحكيم. فكيف يعرض فض النزاع على من هو سبب /أو طرف فيه. وإذا كانت العلاقة بين طرفي النزاع قد بلغت هذه الدرجة من الثقة المتبادلة فلماذا لا يتم فض النزاع عن طريق الصلح مثلا.

ومن مخاطر تحكيم الخصم هي الخشية من أن تكون هذه الأحكام - لو صدرت بهذه الصيغة- عرضة للبطلان. كما أنه يمكن أن ترفض من قبل هيئات المراجعة والتدقيق التي قد ترى في مثل هذه الأحكام تهاونا في حقوق المودعين و/أو أصحاب رأس المال في المؤسسات المالية.

الإشارة للتحكيم المؤسسي: المعروف فقها أن التحكيم في التاريخ الإسلامي لم يكن مؤسسيا أي لا نعرف وجود جهة هدفها ووظيفتها تنظيم فض النزاعات في أماكن وأوقات محددة (وإن عرف بعض الناس برغبة المتخاصمين في الاحتكام إليهم كأئمة المساجد، أو الفقهاء المعروفين بعلمهم وورعهم، ولكن هذه الحالات لا ترقى إلى مرتبة صدور حكم ملزم كحكم القاضي)، وإنما خضع التحكيم عبر العصور لإرادة أطراف النزاع في اختيار محكميهم وعادة ما يكون محكما فردا، ويبت في النزاع في الحين. لكن أشار المعيار للتحكيم المؤسسي وأخذ بما يوفره من إيجابيات. وقد أشار المعيار للتحكيم المؤسسي عند الحديث عن استخلاف المحكم غيره. فقد ذكرت الفقرة 6/8 أن الأصل في استخلاف المحكم غيره عدم الجواز إلا بإذن من اختاره للتحكيم وذلك بسبب ارتباط الرضا بشخص المحكم. وقد استثنت الفقرة حالة

"التحكيم لمؤسسة أو لجنة تحكيمية". ويفهم من الاستثناء أنه يجوز للتحكيم المؤسسي أن يغير المحكم المعين من قبل أطراف النزاع حسب نظم ولوائح مؤسسة التحكيم دون الرجوع إلى من عيّنه. وهذا يحدث عندما يعين أحد أطراف النزاع محكما لم يثبت انضباطه في حضور الجلسات أو لاحظت إدارة التحكيم المؤسسي عدم جديته في مواصلة النظر في القضية حيث يتم تغييره دون الرجوع للقاضي. وهذه إحدى مزايا التحكيم المؤسسي[263].

التخلي عن العدول عن التحكيم بالإرادة المنفردة:

عدول أطراف النزاع باتفاقهما عن التحكيم أمر ممكن في كل أطوار القضية ولا حاجة للنص عليه. وكما هو الشأن بالنسبة للقضاء النظامي يجوز لطرفي النزاع سحب القضية من بين يدي المحكمة صراحة بطلب التنازل من الطرفين أو من المدعي، أو ضمنا بعدم حضور المدعي الجلسات، وكذلك الشأن بالنسبة للتحكيم.

أما السؤال الحقيقي المطروح هنا فهو: هل يجوز العدول عن المضي قدما في التحكيم بالإرادة المنفردة؟ في الفقه "القديم" يجوز لأطراف النزاع الرجوع في التحكيم ما لم يصدر حكم المحكمين. فقد ورد بالمادة 1847 من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم..."[264]. وقد أكد هذا المبدأ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 91 (9/8) مع ضبطه ببعض الشروط .

---

263 للتحكيم المؤسسي مزايا أخرى، نذكر من أهمها:
- شفافية تعيين المحكمين حيث أن المركز إذا ما كلف بذلك يختار المحكمين بناء على كفاءتهم مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة النزاع المعروض.
- حفظ الملفات التي تم على أساسها فض النزاع بأرشيف المركز لعدة سنوات، وذلك بهدف تمكين أطراف النزاع من استرجاع مؤيداتهم أو مراجعة الأحكام التي صدرت بشأنها، أو الحصول على نسخ من تقارير الخبراء .وهذه الخدمات لا يوفرها التحكيم الحر لأن مهمة المحكمين في هذا الصنف من التحكيم تنتهي بصدور الحكم.
- التحكيم المؤسسي يسهم في مساعدة أطراف النزاع قبل عرض النزاع على المركز وذلك بوضع الشروط النموذجية لبند التحكيم على ذمة الأطراف قصد إدراجها ضمن عقودهم لتفادي وجود شروط تحكيم مبهمة عادة ما تكون سببا في بطلان التحكيم.

264 أشارت بقية المادة إلى عدم إمكانية عزل المحكم من قبل طرف النزاع إذا أجازه الحاكم فلا يعزل لأنه أصبح بمنزلة نائب الحاكم.

فبعد النص على المبدأ وهو أن "التحكيم غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم..."، وضع القرار ضابطين لعدم لزوم حكم التحكيم لطرفي التحكيم وللمحكم: بالنسبة لطرفي النزاع : يجوز لكل من الطرفين الرجوع في التحكيم ما لم يشرع الحكم في التحكيم.

يجوز للمحكم أن يعزل نفسه – ولو بعد قبوله - ما دام لم يصدر حكمه.

سلبيات القول بعدم لزوم عقد التحكيم في المعاملات المالية: وعدم إشارة المعيار إلى الحق في الرجوع في التحكيم دلالة على عدم قبول مثل هذا الحق من جانب واحد. ويكمن تفسير عدم حق رجوع أحد طرفي النزاع في مبدأ اللجوء إلى التحكيم في أن الشرط على التحكيم في عقود المعاملات المالية عموما والمصرفية خصوصا جزء لا يتجزأ من المعاملة. بل إن جل المؤسسات المالية ما كانت لتقبل الدخول في المعاملة لولا وجود هذا الشرط. فالرجوع فيه بإرادة منفردة كالرجوع في بند آخر من بنود العقد. ومخالفة بنود العقد من جانب واحد مرفوضة شرعا وقانونا. إذ أنه يتنافى مع لزوم الوفاء بالعقود.

كما أن الأخذ بالقول الذي يرى في حق طرف النزاع عزل محكمه حتى صدور الحكم، يؤدي في مجال المعاملات المالية المعاصرة عموما وفي المؤسسات المالية خصوصا إلى أن المحكمين الذين عملوا لعدة أشهر بالتنسيق مع الأطراف وممثليهم، وبعد دعوة الخبراء والترافع في جلسة أو أكثر، وقبل صدور الحكم بأسابيع أو أيام عرضة لمزاج أحد الطرفين بعزل المحكم بحجة جواز عزله قبل صدور الحكم. فهل هذا من العدل من ناحية، ثم هل هذا يعطي طمأنة لأطراف النزاع باختيار التحكيم صيغة بديلة عن القضاء النظامي؟

وإذا كان في التحكيم معنى الوكالة، فالمقصود بوجود معنى الوكالة في التحكيم أن المحكم قد عين من قبل أحد أطراف التحكيم (أو كليهما) لثقة فيه علمية كانت و/أو أخلاقية. فهذا التعيين يقربه إلى الوكالة. كما أن عدم أحقية المحكم تفويض

غيره للحلول محله كمحكم دون موافقة من عيّنه يؤكد معنى الوكالة، إلا أن هذه الآثار لا تتعارض مع مبدأ تحول المحكم بمجرد اختياره من محكم إلى قاض بحيث لا يستطيع المحكم عزله دون عذر، ولا يستطيع المحكم أن يتنحى عن التحكيم بدون عذر، كما لا تؤثر وفاة المحتكم على سير التحكيم. بينما الأصل في الوكالة أنها عقد غير ملزم بحيث يجوز للوكيل أن يستقيل كما يجوز للموكل أن يعزله، كما أن وفاة الموكل تنهي الوكالة. ونجد في القانون معنى للوكالة في التحكيم وذلك عند الحكم ببطلان التحكيم عند تجاوز الميعاد المحدد لصدور الحكم ولو أنه يمكن بناء إجراء البطلان على العقد المبرم بين المحكم والمحتكم والذي يقضي بصدور حكم في مدة معنية.

3/1/2 فتاوى الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية:

1/3/1/2 فتوى اللجنة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية : جوابًا على سؤال وجه إليها، حول "مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الاتفاقيات والعقود التي يكون البنك الإسلامي للتنمية طرفاً فيها"، أفادت اللجنة بما يلي:

على المؤسسة المالية الإسلامية أن تصر على رفض خضوع عقودها للقانون الوضعي بحكم نظامها الأساسي والترخيص الممنوح لها من السلطات الرقابية في البلد الذي تباشر نشاطها فيه لا يسمحان لها بذلك. وفي جميع الحالات يجب مراعاة ما يلي:

إعداد العقد إعدادا وافيا بحيث يستوعب جميع شروط وأحكام العقد وما يرتبه من حقوق والتزامات على طرفيه ...، وإرفاق نسخة من المراجع المتفق عليها لتفسير النصوص ...، ويستحسن أن تكون هناك مؤسسة أو مؤسسات تعنى بإعداد نماذج عقود شرعية لا تترك إلا مجالا محدودا لدخول القوانين المخالفة للشريعة عن طريق التفسير والتكميل والتكييف...، ومراجعة قرارات المجامع الفقهية الإسلامية في موضوع العقد....إلخ.

وخلصت الهيئة في جوابها بأن: الأفضل هو اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تنص على تطبيق الشريعة الإسلامية، أو تطبيق القانون الوضعي في غير ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية فإن وجد تعارض حكمت الشريعة وحدها، مع اختيار محكمين مؤهلين علميا ومدربين عمليا على فهم وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الصيرفة الإسلامية، وينص في العقد على شروط المحكم، وتحديد مؤهلاته وخبرته في الشريعة الإسلامية ملتزما في اختيار محكمه من بين ذوي العلم بالشريعة والخبرة الكافية، ولا مانع من النص على أن لهيئة التحكيم أن تضم خبراء استشاريين في المسائل الفنية الشرعية لموضوع النزاع... وأن المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي يحقق هذا البديل، ويمكن أن تتضمن مشارطة التحكيم شروط من يتولى التحكيم زيادة على أن المركز نفسه بصفته مركزًا إسلاميًا سوف يراعي في اختيار المحكمين أن يكونوا مؤهلين للحكم في القضية حسب أحكام الشريعة الإسلامية[265].

2/3/1/2 توصية الملتقى الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية- الكويت / 3-11- 2009**:**

"يوصي المؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية أن تضمن عقودها شرط التحكيم فيما ينشأ من نزاع في هذا الأمر مع عامة عملائها، وتعيين المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في عقودها الدولية، إذ يتوافر في هيئة التحكيم الأهلية الشرعية والخبرة والدراية والموضوعية العملية في مجال فض النزاع في هذا الأمر".

3/3/1/2 معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية: وهي أحدث عمل فقهي موسوعي جمع بين الإيجاز في سرد القواعد وضبطها وبين التوسع والإسهاب في الشرح. وقد تضمنت المعلمة على ما يقارب 3000 قاعدة فقهية وأصولية في 41

[265] تم اختصار قرار الهيئة بما يتماشى وسياق الفقرة

جزءا[266]. وتعتبر رصيدا علميا للمحكمين والخبراء لدى المركز يتعين الاستفادة منها على أوسع نطاق. ويسعى المركز حاليا لانتقاء محاور من المعلمة تكون مادة علمية للدراسة في مجال فقه المعاملات. كما يسعى المركز لرصد القواعد الفقهية الإجرائية وإن كانت هناك أعمال علمية سابقة اهتمت بالموضوع[267] .

2/2 الرصيد القانوني في التحكيم: والمقصود بذلك الأرضية القانونية التي تساعد على تيسير نشاط التحكيم. فهناك قانون اليونسترال وقوانين صادرة في الدول العربية فضلا عن الاتفاقيات البينية والدولية .

1/2/2 قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، وتعديلاته:

يهدف هذا القانون النموذجي إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. ويتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم، ابتداء من اتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم واختصاصها، ونطاق تدخّل المحكمة من خلال الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه. ويجسّد القانون توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي، بعد أن قبلت به دول من جميع المناطق ومن مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم.

2/2/2 قوانين التحكيم في الدول العربية: قام المشرع العربي بتقنين التحكيم وجعله آلية مساندة للقضاء النظامي نظرًا لامتيازاته التي تجذب الاستثمار الخارجي. ورغم تنوع القوانين، فإنها تتفق كلها أنها حديثة ومتجانسة مع أهم خصائص التحكيم. ولا يتسع المجال لدراستها. كما تدخل تحت هذا الإطار اتفاقيات التحكيم بين الدول العربية باعتبارها رافدا مساعدا على تنفيذ الأحكام. ونشير هنا أن أحدث تلك القوانين هي نظام التحكيم السعودي الجديد (رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24هـ) .

---

[266] انظر تقيدمنا للمعلمة في مقالة منشورة تحت عنوان: "معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية". مجلة الاقتصاد الإسلامي. العدد 402 و403 رمضان/شوال 1435هـ/ يوليو/أغسطس 2014

[267] نذكر على سبيل المثال "القواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في النظام القضائي في المملكة العربية السعودية". دار التوحيد للنشر. الطبعة الأولى 1427هـالموافق 2007م

3/2/2 اتفاقيات التحكيم العربية:

* اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية – 2000.

* اتفاقية الرياض لتنفيذ الأحكام القضائية – 1983.

* الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية – 1980.

* اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري – 1987.

* اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى – 1974.

(3)

معضلة القانون واجب التطبيق

(أو مدى جواز تطبيق القوانين الوضعية على معاملات المؤسسات المالية الإسلامية)

نشاط المؤسسات المالية الإسلامية في محيط قانوني تطبق فيه أحكام الشريعة كما تطبق فيه القوانين الوضعية، أو تطبق فيه أساسا أحكام القانون الوضعي مع قبول جزئي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وتعامل المؤسسات المالية الإسلامية مع المؤسسات التقليدية التي تتمسك عادة بتطبيق القانون الوضعي في معاملاتها، أصبح من المناسب بل أحياناً من الضروري النظر في الحلول الممكنة للتعاون بين مؤسسات لها مرجعيات قانونية مختلفة، خاصة وأن التمويلات الكبرى تحتاج إلى تمويلات مشتركة (التمويل المصرفي المجمع). وقد تكون المؤسسة المالية الإسلامية التي تربطها معاملات مع مؤسسة تقليدية في موقف تفاوضي لا يمكّنها من فرض قانونها ليحكم المعاملة كأن تكون نسبة مساهمة البنك التقليدي في تمويل مصرفي مشترك أكبر من نسبة البنك الإسلامي الشيء الذي حمل بعض المؤسسات المالية الإسلامية على قبول تطبيق القانون الوضعي منطلقة تارة من أن جل القوانين

الوضعية في العالمين العربي والإسلامي مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وليست هناك مخالفة مبدئية وصريحة بين الشريعة وقانون المعاملات، وتارة تقبل بالأمر الواقع لعدم ضياع فرصة التمويل ولو وجدت شبهة في ذلك فهي تعول على نتيجة الحكم التي قد لا تكون بالضرورة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولا يخفى ما لمعرفة القانون الواجب التطبيق من أهمية خاصة في المعاملات الدولية التي تحتمل تطبيق أكثر من قانون. فإذا حصل خلاف في المعاملات الدولية سواء عرض على القضاء أو التحكيم فلا بد من معرفة القانون الواجب التطبيق. وتعد هذه المعرفة مسألة أولية تسبق كل حل للنزاعات، بل إن التسوية الودية نفسها لا تخلو من السعي لمعرفة القانون الواجب التطبيق وذلك لتقدير حجم ونوعية التنازلات التي يعتزم كل طرف القيام بها استنادا لمرجعية قانونية معينة.

كما أن بعض المؤسسات الإسلامية ذهبت في نفس الإتجاه مع افتراض أن في القوانين الوضعية ما قد يخالف أحكام الشريعة الإسلامية فتحوطت بذكر صيغة تنص على تطبيق القانون الوضعي **"بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية".**

وقد أثبتت التجربة أن مثل هذه الصيغ وخاصة التوفيقية منها - التي تبدو وكأنها أعطت لكل مدرسة فكرية حظها من التطبيق- كانت سببا مباشرا في تضرر بعض المؤسسات المالية الإسلامية عند تفعيل الصيغة ولما عرض الأمر على القضاء للبت في النزاع، وذلك بتفسير سلبي لتلك الصيغ كانت نتيجته التقليل من شأن أحكام الشريعة الإسلامية إن لم يكن الاستبعاد الكلي وهو أمر لم تتوقعه المؤسسات التي نصت على مثل تلك الشروط والتي رأت فيها مخرجا يقوم على عدم استبعاد القانون الوضعي السائد من حيث القوة الفعلية وعدم إغفال أحكام الشريعة الإسلامية التي بنت عليها كيانها.

ومع بدء نشاط المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم الذي أسسته أهم المؤسسات الراعية للصناعة المالية الإسلامية نفسها ليكون مرجعها في مجال فض

النزاعات بالصلح أو بالتحكيم[268] ، فقد طرأ على موضوع القانون الواجب التطبيق المطروح عنصر جديد قد يعطي للموضوع أبعادا أخرى يتعين دراستها.

ونظرا لأهمية الموضوع من الناحيتين العلمية (البحث على صيغة مقبولة تحظى بقبول جميع الأطراف) والعملية (المخاطر القانونية الحقيقية التي تهدد مؤسسات الصناعة المالية الإسلامية إذا لم تعتمد الصيغة المناسبة)، رأينا من المناسب البحث فيه وذلك بتشخيص الإشكالات والوقوف عند حقيقة اللجوء إلى القانون الوضعي وما يترتب عليها من آثار، وطرح الحلول الممكنة أخذا بعين الاعتبار أن الحلول المهتدى إليها لا يجب بأي حال من الأحوال أن تكون مدخلا لإستبعاد أحكام الشريعة أو التقليل من مكانتها وصولا إلى ما نعتبره الحل الأوفق في الوقت الراهن.

1/3 الوضع الحالي والمخاطر القانونية على الصناعة المالية الإسلامية

يتصف الوضع الحالي في مجال القانون الواجب التطبيق في مجال الصناعة المالية الإسلامية بالحلول التالية:

* الاحتكام المطلق للقوانين الوضعية.

* الاحتكام المبدئي للقوانين الوضعية مع شرط مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية والآثار العملية الناتجة عنه.

أما تحكيم الشريعة مطلقاً وإن كان هو الحل المنشود للمؤسسات المالية الإسلامية إلا أن تفعيله في الواقع لم يكن يسيراً، وما طرح موضوع "مدى مشروعية قبول القوانين الوضعية لتحكم الإتفاقيات والعقود التي تكون المؤسسة الإسلامية طرفاً فيها" إلا دليل ساطع على هذه الصعوبة.

[268] هذا وتجدر الإشارة إلى أن المؤسسات المالية الإسلامية التي أسست المركز وعلى رأسها البنك الإسلامي للتنمية قد أسست هيكلاً لإدارة العملية التحكيمية بطريقة مؤسسية ولم تؤسس هيئة تحكيمية التي يرجع اختيارها إلى أطراف النزاع أنفسهم أو يختارها المركز بناء على طلب من أطراف النزاع. وبناء عليه ليس هناك ما يخل بمبدأ حياد المركز إزاء أطراف النزاع سواء كانوا من المؤسسين أو من غيرهم.

1/1/3 الاحتكام المطلق للقوانين الوضعية:

القوانين المدنية والتجارية وإن كانت في أغلبها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنها غير مواكبة تماماً للمنتجات المستجدة في مجال الصناعة المالية الإسلامية فهي تأخذ بغرامات التأخير وتنص على الفائدة المصرفية أخذا وإعطاء. كما أن القوانين المدنية في أغلب الدول العربية تحيل إلى الشريعة الإسلامية في حالات الفراغ التشريعي أو التأويل، يضاف ذلك إلى ضعف التأهيل الشرعي عند الكثير من القضاة كما تبين لنا ذلك من خلال دراسة بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم في مجال المنتجات المالية الإسلامية[269].

(أ) المكانة الثانوية للشريعة الإسلامية: يبرز الدور الثانوي للشريعة الإسلامية عند النظر في سلّم ترتيب النصوص الملزمة وذلك بتقديم النص القانوني عليها. فعند وجود نص قانوني صريح يحكم التصرفات القانونية فلا مجال لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. وبما أن المسائل المالية المتعلقة بالقروض، والفوائد، وغرامات التأخير، وجدولة الديون كلها مقننة، فليس هناك عمليا مجال لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. ومن أمثلة تقديم النص القانوني على أحكام الشريعة الإسلامية نذكر المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة التي نصت على ما يلي: " ... **فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون** حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية .....". ومن أمثلة دور التفسير عند غموض النص القانوني، يمكن ذكر المادة الثانية من نفس القانون:" يرجع **في فهم النص وتفسيره وتأويله** إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي".

[269] شرع المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم منذ أكثر من سنة في رصد الأحكام الصادرة عن المحاكم في مجال الصناعة المالية الإسلامية وتحليلها لمعرفة كيفية تعامل القضاء مع المعاملات المالية الإسلامية المستجدة. ولاحظنا أن هناك كثيرا من المسائل لم يوفق القضاء في حسن تكييفها وذلك لأسباب متعددة لا يتسع المجال لذكرها في هذا البحث.

إلا أن الإجراءات المذكورة غير كافية والفراغ لا يزال سيد الموقف في كثير من الأمور التي تعرض ولا نص لها في القانون كالتأمين مثلاً إذ تنص الفقرة (1) من المادة 1026 من قانون المعاملات في دولة الإمارات العربية المتحدة على أن " ينظم القانون الأحكام المتعلقة بالأجهزة التي تباشر التأمين وخاصة فيما يتعلق بشكلها القانوني، وكيفية إنشائها، وأساليب مباشرتها لنشاطها، والإشراف عليها وذلك بما يحقق **الأهداف التعاونية للتأمين** ولا يخالف **الأحكام القطعية** والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية".

فهذا النص يضع الإطار العام لنشاط التأمين التعاوني الذي يفترض فيه أن يكون منظماً بموجب قوانين تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن هذه القوانين لم تصدر ولا تزال الأحكام العامة لعقد التأمين المنصوص عليها في قانون المعاملات هي السارية وإن كانت لا تلبي وفق النص الحاجة وتراعي تعقيدات قطاع التأمين عموما والتكافلي منه خصوصا. ففي النص المذكور هناك إشارة صريحة إلى تحكيم الشريعة، لكن النص القانوني الذي يفترض أن يفعّل مضمون الفقرة (2) من المادة 1026 من قانون المعاملات لم يصدر، فتعطل بذلك تحكيم الشريعة في المجال وهذا لم يمنع من وجود شركات تأمين تجاري تعمل وفق القانون دون مراعاة أحكام التأمين التكافلي[270].

والأمر مشابه بالنسبة إلى التأمينات العينية إذ تنص المادة 1490 من قانون المعاملات المدنية :"تسري الأحكام السابقة بالقدر الذي لا تتعارض فيه **مع القوانين التجارية** والقوانين الخاصة المتفقة مع الشريعة ".

ففي النص إشارة إلى القوانين الخاصة المتفقة مع الشريعة وهذا يفترض حكماً أن القوانين الأساسية التي تنظم التأمينات العينية لا يجب أن تتعارض مع أحكام الشريعة. هذا وتجدر الإشارة بأن ذكر عبارة "القوانين التجارية" قبل عبارة

[270] تجدر الإشارة أنه بالنسبة للإمارات فقد صدر عن هيئة التأمين سنة 2010 نظاما خاصا بالتأمين التكافلي.

"القوانين الخاصة المتفقة مع الشريعة" له دلالته في تفسير النصوص القانونية من قبل القضاء الذي يعتمد على الترتيب في أهمية الأحكام بالرغم من وجود حرف العطف.

وفي جميع الأحوال فإن تلك أمثلة - تتكرر في جل القوانين العربية - تدل على أن القانون المدني يحيل إلى أحكام الشريعة مع اختلاف في الترتيب ويفترض عدم التعارض معها في أحكامه وحلوله، ولكن بصيغ وشروط تحتاج إلى تأويل وجرأة من قبل القاضي. ومثل هذه الصيغ والشروط المنتشرة في جل القوانين العربية تحيلنا إلى صورة القاضي الفقيه، وهذا التصور في تأهيل القاضي لا يقول به المتتبع لبرامج ومقررات تأهيل القضاة - مع اختلاف الدرجات من دولة إلى أخرى- والمتمعن في الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في مجال فقه المعاملات.

(ب) **ضعف التأهيل الشرعي لدى القاضي في مجال المعاملات المالية المعاصرة**:
إن النصوص القانونية المذكورة وغيرها والتي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية صراحة أو دلالة يمكن أن تفسر لصالح تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى إرادة واضع القانون الذي يريد أن يخضع التصرفات القانونية إلى الشريعة كمبدأ عام إلا ما استثناه بنص قانوني صريح، إضافة إلى نصوص قانونية عامة كإسلامية الدولة[271]

ولكن ضعف مكانة العلوم الشرعية لدى الكثير من القضاة في العالم العربي جعل من الصعب التفاعل مع حقل واسع وجديد وهو فقه المعاملات المالية المعاصرة مما قد يضعه في موقع الحرج. وأمام الفراغ التشريعي الذي يمكن للقاضي أن يملأه بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، بات الاستئناس بالقانون والاجتهاد القضائي الوضعي الأجنبي (المتميز بالجرأة والثراء) هو الملاذ لإصدار الأحكام، ولا يزال الاجتهاد القضائي الشرعي باب يخشى القضاة طرقه ولا سيما أن القاضي الفقيه في مجال فقه المعاملات المالية أصبح نادر الوجود حالياً.

[271] كثيراً ما تنص المواد الأولى من الدستور أو نظام الحكم على إسلامية الدولة.

(ج) حداثة منتجات الصناعة المالية الإسلامية:

إذا ما حاولنا الوقوف على بعض أسباب ومصادر الصعوبات التي تلاقيها المحاكم في استيعاب المعاملات المالية الإسلامية، نجد أن ذلك يعود إلى طبيعة أدوات الصناعة المالية الإسلامية نفسها. إن صيغ التمويل والإستثمار المعتمدة اليوم في الساحة المالية الإسلامية وإن كانت مستمدة من الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه إلا أن تقديمها في ثوب جديد غيّر شكلها المعهود في كتب الفقه القديمة، حيث أصبحت أساسا عقودا مركبة بعد أن كانت بسيطة. فهذه الأدوات انكبت عليها المجامع الفقهية واللجان الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية وبلورتها بصورة تتماشى في مجملها مع القوانين ولكن لا تتعارض في كل الحالات أحكام الشريعة الإسلامية.

فالمعاملات المالية الإسلامية كما تمارس اليوم مقارنة بما ورد في الفقه القديم تتميز على الأقل بميزتين: اختلاط الأموال، وتعدد أطراف المعاملة الواحدة. ولنضرب لذلك مثالين.

المثال الأول: اختلاط الأموال: وهذا نجده في المضاربة التي يؤدي فيها المصرف دور المضارب وأصحاب حسابات الاستثمار دور رب المال. فالبنك المضارب يؤدي هذه الوظيفة بالنسبة لبقية المستثمرين (أرباب المال) وفي نفس الوقت يدير أمواله معهم فهو شريك ومضارب . كما نجد في الوقف اختلاط أموال الواقفين في الصناديق العامة بعد أن كان الواقف واحدا وهو عادة صاحب العقار. وهذه التطبيقات حديثة ولم يسبق أن تم التعامل بها عمليا، لكن ربما أشير إليها في كتب الفقه في شكل افتراضات أو جواب على سؤال.

المثال الثاني: تعدد أطراف المعاملة الواحدة: تميزت جل المعاملات المالية الإسلامية من الناحية التاريخية بحصر المعاملة في طرفين. ونسوق أمثلة على ذلك:

* المضـاربة التاريخيـة: كانـت المضـاربة تجمـع بـين شخصـين وهمـا: رب المـال والعامل. أما اليوم فيمكن أن يكون أرباب المال أكثر من واحد. كما يمكن أن يكون المضاربون أكثر من واحد.

* المرابحة: تقوم المرابحة للآمر بالشراء كما صاغتها الفتاوى المعاصرة على ثلاثة أطراف على الأقل بعد أن كانت أطراف المرابحة في كتب الفقه اثنين.

لكل هذه الأسباب مجتمعة لم يكن من اليسير تفويض فض النزاعات في المعاملات المالية الإسلامية إلى القانون الوضعي تفويضا مطلقا. وبناء عليه فقد تم التفكير في صيغة تحكّم القانون الوضعي لكن تقيده. وهي صيغة الإحتكام للقانون الوضعي مع شرط مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

2/1/3 الاحتكام للقوانين الوضعية مع شرط مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية والآثار العملية الناتجة عن هذا الاحتكام:

إن الإحتكام إلى القانون الوضعي المعمول به في الدول العربية أو خارجها مع اشتراط استبعاد ما يتعارض منه مع أحكام الشريعة الإسلامية لم يلغ تماماً الخطر القانوني على المؤسسات المالية الإسلامية. وذلك بسبب توسع القاضي عند تطبيق هذه الصيغة في تفسير الشرط، الشيء الذي أدى إلى استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية إما مطلقا أو جزئيا. والنتيجة أنه لا يمكن الاطمئنان إلى مثل هذه الحلول. هذا ويجب الإقرار بأن استثناء الأحكام التي تخالف أحكام الشريعة من القانون الوضعي المطبق ليس بالأمر اليسير ولاسيما في القوانين التجارية. فهذا يفترض أن يكون تأهيل القاضي تأهيلا موسوعيا يخوله حسن الموازنة بين التشريع الوضعي والفقه الإسلامي وهما مدرستان مختلفتان وإن اتفقت على الكثير من المسائل. ومن أمثلة الصيغ التي تحكم القانون الوضعي مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية نجد الصيغة التالية: **"يتم تطبيق القانون البريطاني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية".**

وقد أدى التطبيق العملي لهذه الصيغة استبعاد تطبيق الشريعة الإسلامية سواء أكان الاستبعاد مطلقا أو نسبيا. وهذه عينة من قرارات المحاكم تطبيقا للصيغة المذكورة.

(أ) الاستبعاد المطلق لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية: أكدت قرارات المحكمين والمحاكم الأجنبية استبعادها لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المتفرعة عنها استنادا إلى عدة أسباب (وهي ذرائع أكثر منها أسباب حقيقية) اختلفت باختلاف ظروف وملابسات كل قضية. ونذكر بعض الشواهد التاريخة.

قضية آرامكو: أبرمت الحكومة السعودية سنة 1933 مع شركة آرامكو (حلت محل شركة أخرى) اتفاقا لاستغلال البترول منحت بمقتضاه الحكومة السعودية لشركة آرامكو امتيازا لمدة 60 عاما. في سنة 1954 أبرمت الحكومة السعودية عقدا مع شركة أخرى منحت بمقتضاه الحكومة السعودية للشركة الجديدة (ساتكو) حق الأفضلية في شحن البترول ومنتجاته عن طريق البحر الأحمر من السعودية إلى الدول الأجنبية، سواء تم الشحن من موانى السعودية أو من نهاية خط الأنابيب خارج إقليمها، وسواء تم الشحن بواسطة الشركات صاحبة الامتياز ذاتها أو للشركات التي تملك أصولها، أو المشترين منها. وتحمل الناقلة العلم السعودي. ومقابل الحق في النقل تعهدت شركة (ساتكو) بأن تدفع للحكومة السعودية مبلغا مقطوعا عن كل طن يشحن للخارج على ناقلات الشركة علاوة على دفع كافة الرسوم التي تقررها موانىء المملكة العربية السعودية.

وقد رأت شركة آرامكو في الإتفاق المبرم مع "ساتكو" تعارضا مع اتفاق الامتياز المبرم معها سنة 1933 والذي حسب قراءتها له يخولها الحق المطلق في اختيار وسائل النقل الضرورية بما في ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية.

ولفض النزاع بين الطرفين تم الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم حيث تم ابرام اتفاق التحكيم سنة 1955. وقد نص اتفاق التحكيم على أن تتولى محكمة

التحكيم الفصل في النزاع طبقا للقانون الساري في المملكة العربية السعودية، وذلك فيما يتعلق بالمسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، وطبقا للقانون الذي ترى المحكمة تطبيقه وذلك بالنسبة للمسائل التي لا تقع داخل إطار اختصاص المملكة العربية السعودية. وينصرف اصطلاح القانون السعودي المستخدم في هذه المادة إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

ولتكييف الطبيعة القانونية للامتياز في مجال البترول أي معرفة هل هذا التصرف القانوني المتمثل في عقد الامتياز يعد إرادة منفردة، أو عقدا إداريا، أو عقد يحكمه القانون الخاص، لجأت هيئة التحكيم إلى القانون السعودي أي أحكام الشريعة الإسلامية على ضوء المذهب الحنبلي كما هو منصوص عليه باتفاق التحكيم.

وبعد دراسة حجج الطرفين خلصت محكمة التحكيم إلى النتائج التالية:

* أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي. وهذه إشارة إلى وجهة النظر التي أبدتها الحكومة السعودية في دفاعها والتي مفادها أن وجود الدولة كشخص قانوني يتمتع بالسيادة طرفا في العقد يعد عنصرا حاسما في تحديد الطبيعة القانونية للعقد.

* أن فقه الإمام أحمد بن حنبل لا يتضمن أية قاعدة محددة تخص الامتيازات المتعلقة بالمعادن ومن باب أولى تلك المتعلقة بالبترول. وأنه لا يعرف فرقا بين المعاهدات المبرمة بين الدول، وعقود القانون العام أو العقود الإدارية والعقود المدنية أو التجارية. فكل هذه الاتفاقيات تحكمها قاعدة ثابتة واحدة هي قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن المساس بها أو التنصل منها.

* الامتياز الممنوح لشركة آرامكو من قبل الحكومة السعودية يعتبر عقدا غير مسمى أي لا يمكن إدراجه ضمن العقود المعتادة.

وبذلك تكون هيئة التحكيم قد استبعدت تطبيق القانون السعودي ومن ورائه أحكام الشريعة الإسلامية. والجدير بالتوضيح أن استبعاد تطبيق قانون معين بدعوى أنه لا يتضمن عقدا معينا أمرا يحتاج إلى تمحيص ودراية واسعة بالمجال، فقد لا يرد العقد بالاسم ولكن يرد مضمونه، وقد يرد تحت مسمى غير المسمى القانوني العصري، أو قد يكون الفقه عالج الموضوع المطروح بصيغة أخرى، تتحد في النتيجة وتختلف في الوسائل[272].

(ب) الاستبعاد النسبي لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية: اتخذ الاستبعاد النسبي عدة أوجه منها الاستناد على سبب عدم التقنين، وكذلك التفسير السلبي لبعض بنود العقد، وأحيانا عبر الاجتهاد في إعادة تكييف المعاملة المفضية إلى صورة جديدة.

الاستبعاد بسبب عدم تقنين أحكام الشريعة: في القضية المعروفة بقضية بنك الشامل/البحرين أشار القاضي البريطاني أن التفسير الحرفي لعبارة: "الشريعة الغراء" الواردة في النص المتعلق بالقانون واجب التطبيق تعني ذلك القانون السماوي المنصوص عليه في القرآن والسنة، وأضاف: "بيد أن معظم القانون الإسلامي للمعاملات التجارية والمالية لم يقنن في قانون أو أحكام محددة المعالم وإنما أسس القانون الإسلامي على الآراء المتباينة للمدارس الفقهية المختلفة التي نشأت في الفترة ما بين 700 و850 م . ويمكن أن نسلم إلى حد ما بأن عدم تقنين أحكام الفقه الإسلامي وخاصة في مجال فقه المعاملات (ونظرا لثراء الفقه الإسلامي حيث نجد أكثر من رأي في المسألة الواحدة) لا يساعد على سهولة البحث عن الحلول والاهتداء لها كما لو كانت تلك الأحكام مقننة مع الترجيح لحل يحظى بالاجماع ويعتمده الجميع، لكن الغرابة تكمن في أن الحجة تأتي من مدرسة قانونية

[272] نذكر على سبيل المثال في مجال الأحوال الشخصية معالجة بعض القوانين الوضعية آثار التشرد واليتم بصيغة التبني. ولكن معالجة الفقه الإسلامي للموضوع ذاته تحكمه الكفالة. فالقول بأن الفقه الإسلامي لا يعرف التبني صحيح، لكن القول بأن القانون الوضعي يعرف التبني (إشارة إلى عمل إنساني إيجابي وذلك باعتماد حلول لظواهر اجتماعية مستجدة)، والفقه الإسلامي لا يعرف التبني (وكأنه يفقد الحلول لظواهر اجتماعية لها بعد إنساني) أمر فيه تبسيط ويحتاج إلى توضيح مع العلم بأن القول صحيح على إطلاقه.

لا يعتمد نظامها القانوني على التقنين، بل يعتمد على السوابق والأعراف، ونعني بذلك المدرسة القانونية البريطانية. كما أن الحرص والإصرار على الوصول إلى الحلول يدفع الباحث إلى الاهتداء إلى بعض المراجع العامة في فقه المعاملات وهي متاحة. ونعني بذلك القرارات الصادرة عن المجامع الفقهية. وقد شملت مبادئ أساسية في فقه المعاملات، وهي عادة مترجمة وفي متناول الجهات القضائية والتحكيمية.

الاستبعاد بالتفسير السلبي لبعض البنود في العقد:

الأصل في صياغة شرط التحكيم والقانون الواجب التطبيق أنه لا توجد هناك صيغة معينة يجب النص عليها في العقد، ولكن على الجهة التي تصيغ العقد (الإدارة القانونية، المحامي وغيرهم) أن تؤكد بوضوح إرادة الطرفين في النزول عن حقوقهم في الالتجاء إلى المحكمة، وفض نزاعهما بحكم يصدر عن جهة تحكيمية يختارها أطرا ف النزاع مع النص على القانون الواجب التطبيق في النزاع. والحرص على الوضوح في هذا المجال مصدره الالتباس الذي قد يحصل بعد نشوب النزاع حول تحديد الإرادة الحقيقية لأطراف العقد : هل أراد الأطراف حقيقة تعيين هيئة تحكيم لتفصل في النزاع بحكم ملزم، أو هل أرادا تعيين من يوفق بينهما ويقرب وجهات النظر بحيث يقتصر دوره على الصلح، أو هل أرادا تعيين خبير يقتصر دوره على توضيح مسألة فنية وهكذا من التأويلات.

كما أن صيغة "يتم تطبيق القانون البريطاني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية"[273] كانت سببا في استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بتأويل

[273] هناك صيغة أخرى مختلفة عن هذه الصيغة لكن تتحد في النتيجة بحيث لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وتصاغ عادة كالتالي: "ويتم الفصل في الخلاف وفق أحكام الشريعة الإسلامية وما لا يتعارض معها من القوانين السارية في .....(ذكر جنسية القانون)". ويبدو أن هنك خلافا طفيفا بين الصيغتين ولو شكليا وهي أن الصيغة المعتمدة في تطبيق القانون البريطاني تضع سمو القانون على الشريعة فالقانون هو الذي يطبق مع الحذر في تعارضه مع الشريعة. أما الصيغة الثانية فتجعل من القانون الوضعي مكملا لأحكام الشريعة الإسلامية. وهذه الصيغة مطمئنة للذين يريدون تطبيق القانون بدعوى شموليته لكل الحلول.

الشرط على أنه شرط اختياري بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون البريطاني!. وبما أن القاضي يفترض ان يكون ملما بقانونه الوطني قبل أي قانون آخر وهو ما فعله القاضي البريطاني حيث قام بتطبيق القانون البريطاني واستبعد غيره. ولا يلام القاضي البريطاني على ذلك بالرغم من أن صياغة الشرط تقتضي منه أن يضع النص القانوني (وهو القانون البريطاني) المطبق على الوقائع في ميزان أحكام الشريعة الإسلامية كإجراء أولي ولا يجوز له تطبيق القانون البريطاني مباشرة دون التأكد من مطابقته لأحكام الشريعة الإسلامية. والفهم الأمين للشرط يؤدي إلى تطبيق مشروط للقانوني الإنجليزي. وفي حقيقة الأمر ليس من الحكمة ولا من الواقع بمكان أن يطلب من القاضي البريطاني مثل هذه الطلبات العلمية المجردة. فالغاية من وراء هذا الشرط لا يمكن ان تغيب على قاض أو محكم وهي صدور حكم لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. والأطراف التي نصت على هذا الشرط لا ترى في القانون الوضعي مخالفة مبدئية لأحكام الشريعة الإسلامية اعتقادا منها بأن المجال هو مجال فقه المعاملات، وهو مجال أوسع وأرحب من فقه العبادات، وهذا صحيح إذا اقترن بإرادة وحرص وأمانة وفهم دقيق للنصوص وتفسيرها وهذه صفات فقدت جميعها في القضية المذكورة.

الاستبعاد بالاجتهاد في إعادة التكييف نتيجة التأثر اللاإرادي بالمحيط القانوني:

الأصل أن القاضي لا سلطان عليه ولا خلفية له في تناول القضايا التي تعرض عليه إلا التقيد باتفاق الأطراف وبالتحديد القانون الواجب التطبيق (المقصود هنا الاحتكام لأحكام الشريعة الإسلامية) وما يتضمنه الملف من وثائق وحجج . وهذا ما دأبت عليه جل المحاكم في الداخل والخارج. ولكن قد يطرأ أحيانا أن هيئة المحكمة (أو البعض من أعضائها) تكون حريصة عند إصدار الحكم على عدم التناقض مع المنظومة القانونية العامة السائدة التي تعمل في دائرتها والمتشبعة بتفاصيلها. ومن أمثلة ذلك إذا كان القانون يأخذ بمبدأ الفائدة أخذا وعطاء، وكذلك غرامات التأخير عند التأخر في سداد الدين فلا يتوقع أن يلتزم القاضي بشرط تطبيق أحكام الشريعة

المنصوص عليها في العقد مستبعدا إرثا قانونيا بلغ عنده مرتبة العقيدة. وهذا ما يفسر الاجتهاد أحيانا في استبعاد تلك المحاكم لأحكام الشريعة بالاستناد إلى إعادة التكييف (وهو عمل قانوني غير مطلوب ولكنه استغل لخدمة موقف معين) حتى تنصهر المعاملة ضمن منظومة القانون الوضعي، أو الاحتجاج بالعرف، أو بحق التعويض، أو بوجود الشرط التغريمي (الجزائي). والسبب في ذلك عدم توفر شرط **الحياد الثقافي** في التعامل مع أحكام الشريعة الإسلامية.

2/3 الحلـــول المقترحـــة

للوصول إلى أنسب الحلول في المجال، اعتمدنا منهج النظر في مجموعة منتقاة من الحلول الممكنة ودراسة ما لها وما عليها ليستقر الرأي على ما يبدو الحل الأوفق.

ومن هذه الحلول:

- المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية باعتبارها تقنينا جزئيا لفقه المعاملات المالية.

- التحكيم بالصلح أو التحكيم المطلق.

- التفصيل الوافي في شروط العقد.

- التحكيم لدى المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم حسب نظمه ولوائحه.

1/2/3 المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة مرجعاً إتفاقياً لفض المنازعات

أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية مشكورة أكثر من ثمانين معيارا شرعيا غطى الجزء الأكبر مكنها (48 معيارا حتى تاريخه) العقود الأساسية المعتمدة لدى المؤسسات المالية الإسلامية. وإذا ما افترضنا بأن المؤسسة المالية الإسلامية قد نجحت في إقناع عميلها الأجنبي بتطبيق معايير هيئة

المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على النزاع باعتبار أن المعايير مقننة ومنشورة، فإن ذلك لا يمكن أن يؤدي إلى مخرج نهائي وحاسم لفض نزاع مستقبلي ذلك أن المعايير هي أساساً أحكام استرشادية وليست واجبة التطبيق إلا في بعض البلدان التي أوجبت تطبيق المعايير ضمن تشريعاتها المالية فإن المعيار وإن وجد فصياغته لا تشرح وتفصل كيفية الفصل في العلاقة وإنهائها بل يقتصر على وصف المعاملة ومدى تطابقها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وبذلك فإن الاحتكام إلى المعايير يستخدم في تأطير العلاقة وتكوين العقد وأدواته ولا يمكن أن يكون جوابا حاسما في حل كل أنواع النزاعات المالية.

كما أن المعايير الشرعية لا تغطي كل مجالات النزاعات واقتصرت في جلها على وصف المنتجات وآليات تنفيذها، في حين أن الكثير من المنازعات لا تنتج عن وجود المعاملة من عدمها ومدى توفر شروطها الشرعية ولكن تتضمن مسائل لها علاقة بالتعويض، والمسؤولية المدنية، والفسخ، والتقصير في الإدارة وغيرها. وهذه مسائل قد تكون لها بداية جواب في المعايير لكن لا تغطيها بالكامل.

2/2/3 التحكيم بالصلح أو التحكيم المطلق :

في مفهوم التحكيم بالصلح أو المطلق أن لا يتقيد المحكم بالقانون وله أن يحكم بما يتجاوز القانون والعرف وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف وهو في ذلك لديه صلاحيات واسعة تتجاوز صلاحيات المحاكم. فالتحكيم المطلق يتحرر من أحكام القانون. فالمحكم معفى صراحة من واجب تطبيق قواعد القانون وأصول المرافعات باستثناء الأصول المتعلقة بالنظام العام كاحترام مبدأ حق الدفاع ومبدأ المواجهة.

ولذلك تشترط قوانين الإجراءات أن يكون المحكم بالصلح معروفاً بالاسم من قبل الطرفين لدى التوقيع على وثيقة التحكيم وقد احتاط المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم لهذه الناحية وأولاها عناية خاصة ولاسيما في حالة الهيئة

التحكيمية المفوضة بالصلح حيث يجري التفويض على مرحلتين نظراً لأن المحكم المرجح يتم تعيينه من قبل محكمي الطرفين.

ولا شك أن شخص المحكم في هذا الصنف من التحكيم مسألة أساسية ولا يكفي فيه توفر العلم والنزاهة بل معرفة أسس وأصول العدالة والتي ينظر إليها الكثيرون على أنها ملكة وموهبة لا تقاس بالعلم وحده.

ومن مزايا هذا النوع من التحكيم أنه يتطلب نظرة شاملة مع إدراك للتفاصيل والقدرة على إيجاد الحلول من خارج السلة القانونية كعدم تقيد المحكم بالنسبة التعاقدية في توزيع الربح بين الطرفين. وذكر هذا المثال هنا فقط للدلالة على الحلول المفتوحة التي لا نص فيها من قانون ولا تقيد باجتهاد أو عرف بل **يغلب فيها الإبداع والعدل والإنصاف** حسب ملابسات كل قضية ويستبعد فيها النص القانوني.

وفي حال توفرت الشخصية التي تطمئن إليها الأطراف المتنازعة يكون التحكيم بالصلح حلاً ومخرجاً مثالياً.

إلا أن ذلك يصطدم بعوائق واعتبارات منها أن القرار بالالتجاء إلى هذه الطريقة لفض النزاع يرتب مسؤولية ثقيلة على متخذي القرار وهو أمر عادة ما يتم تتجنبه في المؤسسات المالية وتقتصر على اختيار قانون معين. كما أن أطراف النزاع من جنسيات مختلفة ومن ثقافات قانونية مختلفة تخشى عدم معرفة مآل النزاع. فقد يحكم المحكم الحر/المطلق حكما لا يتصوره الطرفان وبناء عليه لا نرى إقبالاً واسعاً لهذه الصيغة التحكيمية. فضلا عن المجهود المطلوب لإقناع المؤسسات المالية بتبنيه.

3/2/3- صيغة التفصيل الوافي في شروط العقد.

في حال ضرورة الاحتكام للقوانين الوضعية، فإنه من الأفضل التخفيف من سلبيات الاحتكام للقوانين الوضعية وذلك بأن يكون العقد بالفعل "شريعة المتعاقدين" بمعنى أن يكون العقد مفصلا وذلك بالنص على كل الاحتمالات والتسويات

والإجراءات والتنفيذ والتعهدات والحقوق والواجبات على الطريقة المعتمدة في الدول التي ليس لها قانون مقنن يضبط شروط العقود تفصيلاً وذلك بأن يتفاوض الطرفان على كافة النقاط ويستثنيان ما هو مخالف للشريعة (بحرص من المؤسسات المالية الإسلامية) حتى يغلب على ظنهما أنهما احتاطا لكل خلاف ممكن ولا بأس إن اكتمل بالقانون الوضعي للدولة الأجنبية ما دامت أهم شروط العقد محددة ومفصلة.

تستوجب هذه الصيغة انتقاء بعض المسائل دون غيرها لتكون محل تفصيل حتى لا تكون محل تأويل سلبي من قبل القضاء يعود بالضرر على المؤسسات المالية الإسلامية.

وفي ما يلي بعض الأمثلة عن بعض البنود التي يمكن إدراجها في العقود لتجنب الفراغ في حال الاحتكام إلى القوانين الوضعية بما لا يخالف الشرع:

في المضاربـــة:

* النص على أن يتصرف المضارب بأموال المضاربة في حدود الغرض المخصص له بعقد المضاربة بهدف تنمية المال في حدود المضاربة الشرعية وإلا كان مسئولا عن كل مخالفة أو ضرر أو تعد أو تقصير ولا يشترط لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ جسيما.

* النص على أن الأصل أن تكون أموال المضاربة في حساب خاص دون خلطها مع الذمة المالية للمضارب إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على غير ذلك.

* النص على توزيع الأرباح بين رب المال والمضارب كل بحسب نسبته في الأموال يضاف إلى حصة رب المال نسبة ربحه كمضارب.

* ينص على عدم أهلية المضارب التصرف في أموال المضاربة بالقرض أو الهبة أو التبرع ولا يجوز له الاستدانة عليها دون إذن صريح من رب المال.

* العقود التي يبرمها المضارب مع الغير تقع مسؤوليتها عليه باعتباره متعاقدا أصيلاً يفترض إطلاعه على كل التفاصيل ومن ضمنها خيار الرؤية والمعاينة.

* يتحمل المضارب كافة الخسائر والمسؤوليات تجاه الغير الناتجة عن تقصيره أو إهماله أو أخطائه ويتحمل أي غرامات مالية ممكن أن تنتج عن ذلك .

* يشترط تحديد مدة المضاربة في العقد.

* يشترط ضبط آثار فساد المضاربة كأن يذكر في العقد إذا فسدت المضاربة أن يكون كل الربح للبنك وللمضارب أجر المثل فقط وإن لم يوجد ربح فلا يحق للمضارب له أي أجر.

في المرابحــة :

* النص على أن يكون محل المرابحة مملوك للبائع (البنك) وباسمه وقبضه طبقا للقاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للبائع بيع ما لا يملكه.

* النص في عقود المرابحة على أن الإخلال بالوعد الملزم بالشراء موجب للتعويض عن الأضرار الفعلية التي تلحق بالمصرف.

* يتم وصف محل المرابحة وتحديد ثمن بيع العقار وطريقة الدفع في عقد المرابحة.

* إذا تلف محل المرابحة بعد انتقال الملكية للعميل ولو لم تتم الحيازة الفعلية وثبت أن الآمر بالشراء هو المتسبب في هلاك الشيء وجب عليه تحمل مسؤولية التلف.

* النص على حق البنك في إعادة جدولة الأقساط المترتبة عن المرابحة بشرط عدم احتساب فائدة تأجيل وإلا دخل ذلك في نطاق الربا.

في التمويل بصيغة الإجارة المنتهية بالتمليك :

* النص في عقود الإجارة أن البنك تملك العين المؤجرة قبل إبرام عقد الإجارة.

* النص على تحديد أجرة الإيجار وقت إبرام العقد كما يشترط أن تكون مدة الإجارة محددة عند التعاقد بالإضافة إلى أن يتضمن العقد وعدا ملزما من أحد الطرفين للآخر للبيع أو الشراء على أن يبرم عقد بيع منفصل عن الوعد.

* جواز اشتراط تعليق هبة العين المؤجرة للمستأجر حتى إتمام سداد أقساط الإجارة.

موضوع الربح الفائت:

كثيرا ما يثير الطرف المتنازع مع المؤسسة المالية الإسلامية موضوع الربح الفائت طالبا من المحكمة التعويض عما فاته من ربح. وعلى أطراف العقد توضيح هذه المسألة وذلك باستبعادها أو بوضع ضوابط اتفاقية تكون بمثابة المرجع للقاضي عند النظر في الموضوع.

4/2/3 اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم حسب نظمه ولوائحه:

يضمن اللجوء للتحكيم لدى المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم مخرجاً آمناً حيث تنص لوائح المركز ونظمه على التحكيم مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في كل الظروف.

وإذا تم عرض النزاع على المركز ولو بنفس الشرط الذي عرض على المحاكم البريطانية أي تطبيق قانون وضعي معين بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، سوف لن يترتب على هذا الشرط الآثار السلبية التي نتجت عن اللجوء للقضاء البريطاني، وذلك بفضل حيازة المركز لقوائم محكمين على دراية تامة بالأبعاد الثلاثة للمعاملات المالية الإسلامية وهي البعد الفني والبعد الإجرائي والبعد الشرعي مما يتيح نجاعة أكبر في التكييف القانوني والشرعي للوقائع الأمر الذي يفتقر إليه القاضي الأجنبي (البريطاني) على سبيل المثال بدليل أنه طلب من خبير تعريف

المرابحة ، وبالتالي فإنه من المؤكد أن طرح هذه الوقائع على المركز ليطبق القانون الأجنبي بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية تختلف عما هو عليه الحال عند القاضي الأجنبي. كما يمكن للطرف الأجنبي تعيين محكم له ضمن هيئة التحكيم التي يتم تعيينها عند إبرامه وثيقة المشارطة أو بتعيين محكم من قبل الطرف الأجنبي في العقد محل النزاع ليطمئن هذا الطرف بأن هناك في هيئة التحكيم من يثق في خبرته ويدافع عن وجهة نظره في إطار تغليب كفة العدالة.

وإدراكا من المركز لخصوصيات التعامل الدولي فقد توخى النظام الأساسي للمركز خطا مرنا في الإجراءات. ومن أمثلة ذلك:

* **المرونة في اختيار مكان التحكيم**: يظهر المركز مرونة كبيرة في مجال فض النزاعات بالتحكيم حيث نصت المادة 3 من النظام الأساسي والمادة 6 من لائحة إجراءات المركز على إمكانية اختيار مكان التحكيم من قبل الأطراف بكل حرية.

* **المرونة في اختيار لغة التحكيم**: الأصل أن يتم التحكيم باللغة العربية وقد يتفق الأطراف أو تقرر هيئة التحكيم لغة أخرى متى رأت لذلك ضرورة تستوجبها ظروف وملابسات الخصومة التحكيمية[274]. وفي كل الأحوال يجب أن يصدر الحكم باللغة العربية وذلك للأهمية التي يوليها المركز في صياغة حكم التحكيم الذي قد يحتوي في طياته بعض المصطلحات الفقهية التي يخشى من ترجمتها تغيير المقصود منها أو سوء فهمها عند التنفيذ.

[274] نصت المادة السابعة من لائحة إجراءات التحكيم والمصالحة على ما يلي: "يجرى التحكيم باللغة العربية، أو أي لغة أخرى يتم الاتفاق عليها أو تقررها اللجنة، ويجوز للهيئة أن تقرر الاستماع إلى أقوال الأطراف والشهود والخبراء الناطقين بغير اللغة العربية بالاستعانة بمترجم معتمد بعد أدائه اليمين أمام الهيئة كما يجوز للهيئة أن تأذن بتقديم مذكرات وبيانات وإجراءات مرافعة بلغة أجنبية على أن ترفق بها ترجمة عربية **وفي جميع الأحوال يصدر الحكم باللغة العربية**".

* **مدة إصدار الحكم:** حرص المركز على أن لا تتجاوز مدة التحكيم 6 أشهر من يوم إحالة ملف القضية إلى الهيئة مع إمكانية تمديد مدة التحكيم لفترة لا تتجاوز ستة أشهر على أن يكون الطلب مسببا[275].

* **تأهيل المحكمين**: يعكف المركز حالياً على إعداد مجموعة من الآليات كالبرامج المزمع تنفيذها لتأهيل المحكمين في مجال فض النزاعات في فقه المعاملات بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية وذلك عبر برنامج تدريبي عالي المستوى يجمع بين البعدين القانوني والشرعي بالإضافة إلى عدة ملتقيات وفعاليات تهدف للتحسين النوعي للتحكيم. وقد دأب المركز في السنوات الأخيرة على عقد ما لا يقل عن 5 دورات لتأهيل المحكمين

* **الاستجابة للحالات الخاصة**: من خلال اتصال المركز بالمؤسسات المالية الإسلامية عبر العالم ونظرا لاختلاف البيئة القانونية من دولة لأخرى طلبت بعض المؤسسات المالية من المركز أن يتم التفكير في صيغة تحكيمية مناسبة للتفريق بين المنازعات الصغيرة المحلية والتي ترى فيها تلك المؤسسات بأن القضاء أنسب لحلها والمنازعات الأخرى التي ترى تلك المؤسسات إخضاعها لبند التحكيم من خلال المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، وبعد الدراسة والتدقيق خلص المركز إلى بعض الحلول أفاد بها المؤسسات المعنية.

* **التعامل مع مسألة تحكيم غير المسلم**: طرح على إدارة المركز في أكثر من مناسبة مسألة موقف المركز من تحكيم غير المسلم. ونعتقد في هذا السياق بأن المعاملات المالية الإسلامية هي ثقافة وليست نصوصا فقط. فلا يمكن أن نطلب من

[275] انظر ما ورد بالمادتين 30 و31 من لائحة إجراءات التحكيم والمصالحة. بالنسبة للمادة 30 فقد نصت على أنه "يصدر حكم الهيئة بالأغلبية. وفي جميع الأحوال يصدر الحكم خلال مدة أقصاها ستة أشهر من يوم وتاريخ إحالة ملف القضية إلى الهيئة، ما لم يتفق الأطراف على مدة أخرى لصدور الحكم ويتعهد الأطراف بتنفيذ الحكم فورا". أما بالنسبة للمادة 31 فقد نصت على أنه "يجوز للجنة الموافقة على طلب الهيئة تمديد مدة التحكيم لفترة لا تتجاوز ستة أشهر على أن يكون الطلب مسببا وأن يقدم قبل شهر من انتهاء المدة الأصلية".

المحكم على سبيل المثال تطبيق بنود عقد الإجارة والتأمينات التي تحيط به، والعلاقة بين المضارب ورب المال، وعقود المشاركات بناء على بنود العقد مهما بلغ عددها إذا كان لا يملك دراية واسعة بالقواعد الكلية كقاعدة الغنم بالغرم. ومقولة أن العقد شريعة الأطراف - وهي قاعدة راسخة وتشترك المدارس القانونية في الثناء عليها- لا يمكن أن تشكل لوحدها مفتاحا لتفسير كل المسائل القانونية والشرعية التي تطرحها المعاملة. ولا بد أن يعزز ويفسر العقد بقواعد أخرى مساندة. وبناء عليه، على المحكم المسلم إذا كان قانونيا أن تكون له ذهنية أوسع من قانون بلده أو المدرسة القانونية التي أخذ عنها علمه وإذا كان شرعيا أن يلم بالفقه المقارن وبالقانون الذي أختاره الأطراف لفض النزاع. ويتعين على المحكم غير المسلم الذي يرغب في النظر في المنازعات التي لها علاقة بفقه المعاملات أن يستجيب لهذه الشروط. فاستبعاده من التحكيم في المعاملات المالية الإسلامية إذا تم سوف لن يكون بسبب دينه، وإنما بسبب ما يحمله من ثقافة قانونية تعتبر الفائدة جزءا أساسيا في المعاملات المالية (مقابل "إجارة" النقود)، وترى في غرامات التأخير معاملة عادلة لما فات الدائن من كسب دون النظر في عسر المدين، وغيرها من المسائل

مـــــلاحظة: إن الدروس المستفادة من تطبيق القانون الوضعي دون ضوابط وكذلك الدروس المستفادة من تطبيق القانون الوضعي الأجنبي (البريطاني خصوصا) مع النص على عدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية أكدت حجم ونوعية المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات المالية الإسلامية في أموالها (في قضية الشامل طلب القاضي رأيا فنيا من خبير لتعريف المرابحة وتم تحميل أتعاب الخبير على الطرفين) وفي سمعتها (اللجوء للمحاكم الغربية للنظر في قضايا الصناعة المالية الإسلامية مستهجن من قبل عموم المتعاملين مع المؤسسات المالية الإسلامية) تدفعنا حتماً إلى التسليم بالتحكيم كصيغة لفض النزاع بدلا من المحاكم.

وإلى أن يتم تحديث القوانين الوضعية لتستوعب خصوصيات ومبادىء الصناعة المالية الإسلامية، فإن الفرصة سانحة لتعزيز دور التحكيم الإسلامي الذي سيسهم

بفضل دعم المؤسسات المالية الإسلامية وبفضل الأحكام التي ستصدر عنه في بلورة قواعد أساسية في مجال فقه المعاملات المالية التي ستسهم بدورها في إعادة صياغة بعض القوانين بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية. وبذلك تكون المؤسسات المالية الإسلامية قد راعت نظمها الأساسية التي تنص على قيام نشاطها على أحكام الشريعة الإسلامية والتي منها تستمد شرعيتها أمام عملائها عموما وجمهور المودعين خصوصا، وتكون في نفس الوقت قد أسهمت في إحياء فقه المعاملات.

(4)

في بعض المسائل الخاصة

تطرح في التحكيم من منظور إسلامي، بعض المسائل التي لا تطرح في غيره، وذلك بسبب الخصائص التي يتميز بها هذا التحكيم باستناده للفقه الإسلامي. ونسوق بعض الأمثلة:

1/4 هل يجوز للمضارب في علاقته مع المتعاملين معه في إطار المضاربة أن يلجأ للتحكيم لفض النزاعات المتعلقة بالمضاربة دون الرجوع لموافقة رب المال؟

علاقة المضارب برب المال يحكمها عقد المضاربة الذي ينص كسائر العقود على غرض العقد، وحقوق وواجبات كل طرف، ورأس المال المخصص للمضاربة وغيرها من الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد. ومن الشروط التي لا يتهاون الأطراف في النص عليها منذ البداية هي طريقة فض النزاعات وخاصة في العلاقات التي تجمع المؤسسات المالية بعملائها. وقد يختار الأطراف المحاكم، كما قد يختار طرفي العقد صيغة التحكيم لما يرون فيها من مزايا مقارنة بالقضاء النظامي. فالحق في اختيارالتحكيم آلية لفض النزاعات صيغة أصيلة لكل من الطرفين شريطة الاتفاق عليها. ولكن السؤال الذي يطرح هل يجوز للمضارب في علاقته مع المتعاملين معه في إطار المضاربة أن ينص على بند التحكيم في العقود، أو يلجأ للتحكيم بعد نشوب النزاع دون الرجوع لموافقة رب المال؟

وتكمن وجاهة طرح السؤال في أن العلاقة بين رب المال والمضارب هي علاقة شراكة. وفي نظام الشركات يجب أن يكون المدير مفوضا تفويضا خاصا للجوء للتحكيم في فضّ النزاعات لأن التحكيم إستثناء عن الأصل وهو القضاء الذي له ولاية عامة. ولكن مثل هذا القياس قد يفقد المضاربة خصوصيتها والتي تكمن أساسا في الفصل الصريح والمبدئي بين من يدير وبين من يقدم المال[276]. وتمثل هذه الخاصية أهم فرق بين المضاربة والشركات التجارية في القانون

وإذا كانت وظيفة المضارب الأساسية بصفته أمينا حماية رأس المال وتنميته بما يعود بالنفع على رب المال، هل في اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين في مجال تجاري يخل بحماية رأس المال وتنميته؟. لقد وضع المعيارالشرعي رقم (13) المتعلق بالمضاربة في باب صلاحيات المضارب ما لا يمكن للمضارب القيام به. ومن تلك التصرفات عدم جواز تصرف المضارب في مال المضاربة بالإقراض أو الهبة أو التصدق منه لأن هذا التصرف لا تعود منفعته على المضاربة بل فيه ضرر محقق على رب المال خاصة في عقود التبرع. ومثل هذه الإجراءات لها ما يبررها. أما أن يشترط موافقة رب المال على اللجوء للتحكيم، كما نصت على ذلك الفقرة 7/8 من المعيار رقم (32) المتعلق بالتحكيم على أنه **"** لا يحق للوكيل أو المضارب الموافقة على التحكيم إلا برضا الموكل، أو أرباب المال، أو بالنص على ذلك في شروط المضاربة مثل شروط حسابات الإستثمار، ولا يكون طرفا في التحكيم عن المؤسسة ذات الشخصية الإعتبارية إلا من يمثلها رسميا"، فمثل هذا الشرط يحتاج إلى تدقيق وتفصيل.

[276] هذا ويعرف القانون نوعا من الشركات تسمى شركة التوصية البسيطة والي تتميز بدورها بوجود نوعين من الشركاء: مقارض بالمال لا يتدخل في الإدارة ومقارض بالعمل تسند له الإدارة، ولكن هناك فرقا كبيرا بين المضاربة الشرعية وشركة التوصية البسيطة في القانون في جوانب أخرى.

2/4 ما هي حدود اختصاص لجنة مراجعة مشروع حكم المحكمين في التحكيم المؤسسي؟

أحكام المحكمين وخاصة منها التي تتعلق بالتحكيم الدولي غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن، إلا الطعن بالإبطال وهي حالة استثنائية ولا تتضمن النظر في مضمون الحكم وإنما النظر في الجوانب الشكلية. علما وأن أحكام المحاكم النظامية يمكن أن تكون عرضة للطعن بالاستئنـــاف وبالتمييز والمراجعة ولا يمكن أن تكون عرضة للإبطال .كما أن أحكام المحكمين قد تصدر عن هيئة تحكيم مكونة من فنيين غير مختصين في مجال الإجراءات.

وحرصا من مراكز التحكيم على تفادي إبطال أحكام المحكمين وهي عادة ما تكون لأسباب إجرائية كما ذكر (احترام حقوق الدفاع، والمساواة بين الخصوم، وصدور الحكم في الآجال، ودعوة الأطراف حسب الصيغ القانونية، وتطابق الأسباب مع منطوق الحكم) فقد تم إيجاد صيغة وقائية في شكل تدقيق مسبق لحكم المحكم قبل توقيعه من قبل هيئة التحكيم وإصداره، وذلك لضمان تنفيذه ولتفادي حصول أخطاء إجرائية جوهرية من شأنها ان تكون سببا في إبطال حكم المحكمين.

وتحقيقا لذلك اتخذت جل مراكز التحكيم إجراءات في هذا الشأن نذكر منها على سبيل المثال المحكمة الدولية للتحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية بباريس. ويشترك المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم (المركز) مع المراكز الأخرى في الحرص على صدور أحكام تتوافر فيها المتطلبات الإجرائية في المجال. وإلى جانب الحرص المشترك مع المراكز الأخرى (مراعاة ضوابط الإجراءات)، يضاف إلى ذلك الحرص على تفادي صدور أحكام مخالفة لقاعدة شرعية أساسية مجمع عليها حيث أن النظام الأساسي للمركز يقضي بأن تصدر الأحكام بما لا يخالف أحكام الشريعة الغراء. وبالتالي فإن هذا النوع من الرقابة يمهد الطريق لتنفيذ حكم التحكيم دون جدل أو مماطلة أو تسويف وهذا هو الدافع الأساسي

من تكوين لجنة مخصصة لهذا الغرض نصت عليها المادة 37 من لائحة إجراءات التحكيم والمصالحة. وحرصا من المركز على تغطية مثل هذه الثغرات، فقد نصت المادة 37 من لائحة إجراءات التحكيم والمصالحة على تكوين هذه اللجنة وضبط صلاحياتها.

خصائص الحل الذي اعتمده المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم:

أولا: مضمون المراجعة : نظرا للمكانة المحورية للشريعة الإسلامية حيث أن كل الأحكام الصادرة يجب أن تكون مطابقة لأحكام الشريعة سواء ذكرت المرجعية الشرعية بصريح العبارة كقانون واجب التطبيق أو أشير إلى قانون واجب التطبيق، يبدو من الطبيعي أن تنصب المراجعة على التأكد من مطابقة الحكم لأحكام الشريعة عموما وللمذهب المعين إذا تم تحديد مذهب بذاته. كما يؤخذ بعين الاعتبار الجوانب الإجرائية المعتادة. وفي هذا الصدد نصت المادة 37 من لائحة إجراءات التحكيم والمصالحة على أنه: " يجوز لهيئة التحكيم أن ترفع مشروع حكم التحكيم قبل توقيعه إلى الهيئة الشرعية التي يعتمدها المركز وللهيئة الشرعية أن تدخل تعديلات شكلية على الحكم، ولها أيضا أن تلفت انتباه هيئة التحكيم إلى مسائل موضوعية لها علاقة بالشريعة الإسلامية دون المساس بما لهيئة التحكيم من حرية **في** صياغة الحكم". وتوصية اللجنة الشرعية بإدخال التعديلات على الحكم لا يخرج عن إحدى الافتراضات الأربعة التالية:

* سلامة الحكم من الناحية الشرعية، وذلك بالتأكد من عدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية.

* إبداء ملاحظات بشأن صياغة الحكم بحيث يكون مجال تدخل اللجنة في المجال التحريري.

* إبداء ملاحظات بشأن التعليل كأن تكون النتيجة التي توصل إليها المحكمون مقبولة لكن التعليل غير دقيق.

* إبداء ملاحظات قانونية إجرائية بشأن الوثائق التي تم الاطلاع عليها، ومدى احترام مبدأ حرية الدفاع، وغيرها.

ثانيا: الصيغة الجوازية لعرض الحكم على الهيئة الشرعية الاستشارية

مقارنة بما ورد بنظام المحكمة الدولية للتحكيم التي تفرض عرض مشروع الحكم على المحكمة الدولية للتحكيم قبل التوقيع عليه، تنص لائحة إجراءات التحكيم بالمركز في المادة 37على تقدير هيئة التحكيم نفسها حول مدى الحاجة لعرض الموضوع على اللجنة الشرعية .واختيار الصيغة الجوازية يعفي هيئة التحكيم وكذلك المركز من اللجوء الآلي للجنة الشرعية في مسائل قد لا تحتاج الرجوع إلى تلك اللجنة. إما لوضوح الحل، أو للجانب الفني للنزاع .والرجوع بصفة آلية للجنة الشرعية قد لا تتقبله هيئة التحكيم خاصة إذا كانت مكونة من مرجعيات فقهية معروفة. كما أن الرجوع إلى اللجنة الشرعية بصفة آلية قد يفهم منه وكأن هذه اللجنة تشكل طريقة من طرق التقاضي كالاستئناف أو التمييز. فبالرغم من السلطة المعنوية التي قد تتمتع بها اللجنة الشرعية فليست لها أية وصاية على هيئة التحكيم التي اختارها أطراف النزاع أو فوضوا المركز باختيارها .ولكن الهدف من وجود اللجنة الشرعية هو ضمان نجاعة الحكم عند التنفيذ.

ثالثا: تكوين الهيئة الشرعية الاستشارية: نظرا للدمج بين الجوانب الإجرائية والشرعية في مضمون المراجعة، يتعين أن تضم الهيئة الشرعية في عضويتها على الأقل اختصاصين اثنين وهما: الاختصاص الإجرائي والاختصاص الشرعي . وبما أن عمل اللجنة سوف يقتصر على إبداء الملاحظات دون إلزام هيئة التحكيم بذلك، فلا يبدو من الضروري أن تضم اللجنة ثلاثة أعضاء كما هو معتاد، ولكن يكتفى بعضوين :عضو متخصص في فقه المعاملات المالية، وعضو متخصص في المسائل الإجرائية.

من الناحية العملية تسلم ملاحظات مدونة من كل عضو إلى هيئة تحكيم وتظل لهذه الأخيرة الحرية في الملاحظات والاستفادة من عدمه ، ولا يتعين على هيئة التحكيم إبداء أسباب لإغفالها.

3/4 ما المذهب الفقهي المعتمد في المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم عند فض النزاع بطريقة التحكيم؟

من الأسئلة التي بدأت تطرح مع تطور الصناعة المالية الإسلامية، وعم طرحها بعد تأسيس المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم باعتباره الآلية المباشرة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الصناعة المالية الإسلامية السؤال التالي :

ما المذهب الذي يطبق عند الفصل في النزاع لديكم في المركز؟ .ويثير طرح مثل هذا السؤال نقطتين أساسيتين :

النقطة الأولى : هي سيطرة الخلافات الفقهية السائدة في فقه العبادات على الأذهان وسحبها على فقه المعاملات. ومثل هذا السحب تنقصه الدقة بسبب اختلاف فقه العبادات عن فقه المعاملات. والمعاملات وما أفرزته من فقه تقوم على العلل والمصالح والمقاصد. أما العبادات فالأصل فيها بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني. وقد أسهب الفقهاء في الآثار المترتبة عن الفرق بين فقه المعاملات وفقه العبادات لا يسع المجال للخوض فيها.

النقطة الثانية: أن تعدد المذاهب في فقه المعاملات وهو بمثابة الثروة الفقهية التي تنير الطريق للقاضي والمحكم لاختيار أنسب الحلول، ينظر إليه من قبل الكثيرين على أنه عقبة في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. ومثل هذا الاستنتاج تنقصه كذلك الدقة بسبب عدم معرفة واضحة بما يجمع المذاهب وما تختلف فيه. فالتصور غير الدقيق للمذاهب يقدمها على أنها مدارس لها مرجعيات مختلفة تصل إلى حد التضارب والحقيقة أنها تنطلق كلها من القرآن والسنة والإجماع وغيرها من مصادر

التشريع ويكاد ينحصر اختلافها في فقه المعاملات في بعض التفاصيل التي لا تعيق تطبيق فقه المعاملات بما يعود بالفائدة على الجميع .

وبالنسبة للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم فقد تمت معالجة موضوع تعدد المذاهب بأن تركت الحرية لهيئة التحكيم لاختيار ما تراه مناسبا لموضوع النزاع من بين المذاهب الإسلامية وآراء المجامع الفقهية واجتهادات هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية (المادة 11 من النظام الأساسي للمركز).

بعض المراجع التي لها علاقة بموضوع البحث

1/1 التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية للدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عكاشة محمد عبد العال (الطبعة الأولى .1998 منشورات الحلبي الحقوقية).

2/ التحكيم التجاري الدولي (دراسة في القانون التجاري الدولي) للدكتور محسن شفيق. دار النهضة العربية.

3/ التحكيم في الشريعة الإسلامية للدكتورة عزة رشاد قطورة .الغرفة التجارية الصناعية بجدة.

4/ التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن لأحمد الورفلي - مجمع الأطرش للنشر والتوزيع .2005

5/ موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصرفي للدكتور خالد مصطفى القاضي- دار الشروق الطبعة الأولى 1423هـ2002/م

6/ التحكيم التجاري الدولي في ضوء مبادئ القانون النموذجي للأمم المتحدة اليونسترال وقواعد الشريعة الإسلامية .رسالة دكتوراه .الجامعة الأميركية بلندن .كلية القانون للدراسات المقارنة 2005م .إعداد الأستاذ خالد أمين يوسف.

7/ قضاء تمييز دبـي التجاري (المبادئ التي قررتها محكمة التمييز بدبـي من 1988 إلى 1999م).

8/ التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون .المؤتمر الإسلامي الثاني للتشريعات والقانون1421 هـ2000/م .معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية في لبنان .التابع لجامعة الإصلاح الإسلامية.

9/ موسوعة التحكيم في البلاد العربية للدكتور عبد الحميد الأحدب. دار المعارف 1998.

10/ التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي لسميرة الزعيم المنجّد. منشورات الألفية الجديدة. الطبعة الأولى 1429هـ/2008م

11/ مجلات التحكيم العالمية ومنها مجلة التحكيم الفرنسية، ومجلة التحكيم الصادرة عن منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان

عمليات البورصة في ميزان الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

الدكتور رمضان عبدالله الصاوي

أستاذ الفقه المشارك بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

وكلية الشريعة والقانون بالدقهلية – جامعة الأزهر الشريف

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم آمين ، وبعد :

فإن المجتمعات المتقدمة تعنى دائماً بأسواقها ؛ التي تمثل لها عنواناً للرقي والحضارة ، لذا كان الاهتمام بالسوق في الإسلام ، فهي وإن كانت كغيرها في تداول السلع بين أصحاب البضائع والمتعاملين معهم ؛ إلا أن مبادئ الإسلام وأخلاقياته تضفي على حركة التجارة في السوق والأشخاص المتعاملين فيها علامة فارقة ، لأن التجارة التي يتوافر لها الثقة في التعامل وعدم الغش ، والأمانة ، وبيان العيب ؛ وتعلم فقه المعاملات قبل الدخول إلى السوق حري بها أن تكون رائجةً ، وأن تكون في مقدمة الأسواق لأنها نالت ثقة المتعاملين معها.

والعناية بالسوق واجب تمليه الشريعة الإسلامية ، لأن تداولات السوق تمثل المحافظة على مقصد من مقاصد التشريع وهو حفظ المال ، وبتثمير هذا المال تسير معه مصالح الدولة جنباً إلى جنب ؛ فتنمية المال يستتبعها أداء الحقوق الواجبة ؛ التي تعين الدولة على القيام بواجبها نحو الأفراد .

والتطور والرقي سنة من سنن الكون ، كما يسري على المجتمعات والأشخاص يسري أيضاً على الأسواق ، لأنها نتاج هذا المجتمع ، وقد تقدمت الأسواق تقدماً مذهلاً نتيجة لتطور المجتمع من جهة ، ووسائل الاتصال والمواصلات من جهة أخرى ، مما استتبع ظهور معاملات لم تكن موجودة قبل ذلك ؛ توصف بالدقة البالغة والتعقيد الشديد ، وهي تسير سيراً طردياً مع تطور السوق ، فكلما تطور نظام الاقتصاد وقانون السوق تنوعت هذه الأعمال واتخذت أشكالاً متعددة ، يتبعها تنوع العمليات التي تعقد على أصول مالية بعضها حاضر موجود يتبعه آثار العقد من حيث التسليم والتسلم للمال والسلعة، وبعضها يتم على أصول مالية غير حاضرة، ومن ثم يغيب عنها تسليم البدلين أو أحدهما إلى أجل، وهذا التنوع في العمليات يلزمه تطور فقهي ؛ بالحكم على المعاملة ، ومدى صحة العقد من فساده .

والفقه الإسلامي – فضلاً عن أحكامه القطعية الثابتة – يزين بقواعد عامة تضمن له التطور مع الزمن ، وإيجاد حلول للمشاكل التي تواجه المجتمع ، والفتوى تتطور مع تطور الزمان والمكان والحادثة والأشخاص ، لذا كان لزاماً علينا أن نبحث في الحكم الشرعي للمعاملات المستجدة والمستحدثة لبيان المشروعية من عدمها .

وتكمن صعوبة هذا البحث في أن معاملات البورصة دقيقة ومعقدة ، تحتاج لحكم شرعي ، حيث يتناول الفقهاء الحكم ؛ كل ينظر إليه من زاوية يرى أنها الصواب مما يجعل الحكم محلاً للخلاف ، وقد يفتح باباً عند بعض المتعاملين في البورصة لتتبع الرخص أو البحث عمن يجيز المعاملة لمصلحة شخصية يراها ، أو عند غيرهم عند القول بالمنع دون وجود البديل الذي يريح الناس ، وينظر البعض إلى أن الفقه الإسلامي لابد وأن يوجد حكماً شرعياً لكل معاملة ؛ حتى وإن كانت بادية العوار ظاهرة الفساد ، وكأن الفقه الإسلامي جاء لترقيع عورات الآخرين وسد ثلمهم وتبرير أخطاء معاملاتهم ، لكل هذا رأيت أن ألج هذا الباب محاولاً كشف ما غمض، والوقوف على الحكم الشرعي سيراً وراء الدليل الذي تطمئن إليه النفس ، مكملاً سير من قبلي ممن كتبوا في هذا المجال ؛ مستنيراً بآرائهم ، وواضعاً في الاعتبار آراء المجامع الفقهية في هذا المجال سائلاً الله – عز وجل – التوفيق والسداد .

أهمية الموضوع : تكمن أهمية هذا الموضوع في تعلقه بحياة الناس اليومية ، وتتعلق بهذا النظام آمال الناس في رفع مستوى المعيشة ، والمستوى الاقتصادي ، حيث تقوم البورصة بدور رئيس في الاقتصاد القومي لكل بلد ، حيث تعقد غالب الصفقات التجارية بداخلها ، وهذه الصفقات تمثل الجانب الأكبر في اقتصاديات الدول ، كما أن استقرار الاقتصاد الوطني واهتزازه يرتبط ارتباطاً كبيراً بهذه السوق .

منهج البحث : اتبعت في هذا البحث منهجاً استنباطياً استقرائياً مقارناً بين المذاهب الفقهية والأنظمة القانونية والاقتصادية حسب مقتضيات البحث .

خطة البحث :- أما عن خطة البحث فقد قسمته إلى مبحث تمهيدي وفصلين وخاتمة متضمنة أهم النتائج وتوصيات البحث كالتالي :-

المبحث التمهيدي : مفهوم عمليات البورصة ووظائفها وضوابطها وفيه ثلاثة مطالب

- المطلب الأول : مفهوم عمليات البورصة
- المطلب الثاني : وظائف البورصة
- المطلب الثالث : الضوابط الشرعية التي تحكم عمل البورصة

الفصل الأول : العمليات العاجلة في البورصة وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : العمليات الفورية (الشراء بكامل الثمن) وفيه مطلبان

- المطلب الأول : العمليات الفورية في الفقه الوضعي
- المطلب الثاني : العمليات الفورية في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : البيع على المكشوف وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: البيع على المكشوف في الفقه الوضعي
- المطلب الثاني : حكم البيع على المكشوف في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث :التعامل بالهامش (الشراء بجزء من الثمن) وفيه مطلبان:

- المطلب الأول : التعامل بالهامش في الفقه الوضعي
- المطلب الثاني : حكم التعامل بالهامش في الفقه الإسلامي

الفصل الثاني : العمليات الآجلة وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : العمليات الآجلة الباتة وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول : العمليات الآجلة الباتة في الفقه الوضعي
- المطلب الثاني : حكم العمليات الآجلة الباتة في الفقه الإسلامي
- المطلب الثالث : البدائل الشرعية للعمليات الباتة

المبحث الثاني : العمليات الآجلة الشرطية وفيه مطلبان

- المطلب الأول : العمليات الآجلة الشرطية في الفقه الوضعي
- المطلب الثاني : حكم العمليات الآجلة الشرطية في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث : التعامل بالمؤشرات وفيه مطلبان:

- المطلب الأول : التعامل بالمؤشرات في الفقه الوضعي
- المطلب الثاني : التعامل بالمؤشرات في الفقه الإسلامي
- وبعد ذلك الخاتمة وتشتمل على نتائج وتوصيات البحث

المبحث التمهيدي : مفهوم عمليات البورصة ووظائفها وضوابطها

المطلب الأول : مفهوم عمليات البورصة.

تتنوع عمليات البورصة بين عمليات عاجلة وأخرى آجلة وقبل البدء في إلقاء الضوء عليها أعرف بالبورصة أولاً على عجالة نظراً لتناولها بالتفصيل في بحث سابق([277]) ،ثم أوجز الحديث عن العمليات التي تتم في البورصة ، تاركاً التفصيل لما سيأتي في ثنايا البحث .

تعريف البورصة : - هي سوق منظمة لتداول الأوراق المالية ويحكم المتعاملين فيها تشريعات ولوائح معينة ، تقوم على إدارتها هيئة تتولى الإشراف على تنفيذ اللوائح والتشريعات([278]) .

أما عن العمليات التي تتم في البورصة فهي عمليات عاجلة وأخرى آجلة كالآتي :-

أولاً :- العمليات العاجلة :- وهي التي يلتزم فيها البائع والمشتري بتنفيذ عقودهما ، حيث يقوم البائع بتسليم الأوراق المالية ، ويقوم المشتري بتسليم الثمن حالاً أو خلال مدة قصيرة لا تتجاوز ثمان وأربعين ساعة(279) والبعض يزيد فيها إلى خمسة أيام – كما سيأتي - والهدف من هذه المعاملات الاستفادة من عائدات أرباحها مع الاحتفاظ بالأوراق ، والمضاربة على ارتفاع السعر عن طريق البيع والشراء الصوري(280) .

وتتنوع العمليات العاجلة إلى عمليات فورية : وهي تلك التي يتم الشراء فيها بكامل الثمن ، وهي وإن كانت قليلة إلا أنها موجودة ويتم التعامل بها ، وتضم العمليات العاجلة أيضاً البيع على المكشوف وهو المعروف بالبيع القصير ، ويحدث

---

[277] -الأوراق المالية المستخدمة في البورصة للباحث .

[278] د-حسن صبري نوفل.الاستثمار في الأوراق المالية مقدمة للتحليل الفني ص81 وما بعدها،كتاب الأهرام الاقتصادي العدد100 1996م .

[279] -د/ علي القرة داغي. بحوث في الاقتصاد الإسلامي صـ116 ،ط. دار البشائر ،ثانية 2006م

[280] -د/ كيلاني المهدي .قضايا فقهية معاصرة .صـ 276 ، ط.جامعية .

عندما يتوقع أحد الأشخاص أن أسهم شركة ما ستنخفض فيجري عملية بيع قصير باقتراض عدد من الأسهم من أحد السماسرة ، ويحتفظ السمسار بهذه الأسهم لضمان السداد ، ثم يقوم المقترض ببيعها بالسعر السائد ثم يقوم بإعادة شرائها عند انخفاض السعر ، ويقوم بسداد القرض ويحتفظ بفارق السعر الذي تحقق له([281]) ، ومن قبيل العمليات العاجلة التعامل بالهامش أو الشراء بجزء من الثمن ؛ واقتراض جزء آخر من السمسار مقابل فائدة شهرية يدفعها له ؛ كي يشتري كماً أكبر من الأوراق المالية، ويقوم برهنها عند السمسار ضماناً للقرض([282])

ثانياً : العمليات الآجلة :- وهي تلك العمليات التي يلتزم فيها البائع والمشتري بتصفيتها في تاريخ مقبل معين يجري التسلم والتسليم فيه عدا الحالات التي يتفق الطرفان على تأجيلها وتعويضها([283]) .

وتتنوع العمليات الآجلة إلى عمليات باتة : وهي التي يلتزم المتعاقدان فيها بموعد ثابت يسمى بيوم التصفية ؛ يلتزمان فيه بدفع الثمن وتسلم الأوراق المالية محل الصفقة وليس لهما الرجوع عنها إلا أنه يمكن تأجيل التصفية إلى موعد لاحق([284])، ومن العمليات الآجلة : العمليات الشرطية ، ولها صور ، إحداها :البسيطة : وهي التي يخير فيها المشتري بين استلام الصكوك وتسليم الثمن أو عدم إتمام العملية في مقابل تعويض يقوم بدفعه عند عدم التنفيذ ، والصورة الثانية : العمليات المركبة: وهي التي يخير المضارب فيها بين أن يكون بائعاً أو مشترياً أو أن يفسخ العقد حسب مصلحته ، والصورة الثالثة : العمليات المضاعفة حيث يحق للمضارب فيها مضاعفة كمية السلعة المتعاقد عليها لمضاعفة الربح ؛ مقابل تعويض يدفعه من يرغب في المضاعفة([285])

---

[281] - د/ علي القرة داغي .السابق ،صـ131 .

[282] -د/ أحمد محيي الدين .أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، صـ425 أولى 1995م سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية .

[283] -د/ كيلاني المهدي .السابق صـ323 .

[284] -د/ أحمد محيي الدين .السابق ، صـ429 .

[285] - انظر في التفصيل الفصل الثاني من هذا البحث .

ومن العمليات الآجلة : التعامل بالمؤشرات ، حيث يتم التعامل بطريق التعاقد بيعاً وشراءً على عقود بعينها في المؤشر على اعتبار أنه سلعة من السلع يتم تحقيق الربح فيه للمشتري عند ارتفاع المؤشر ، وبانخفاضه يتعرض للخسارة – على عكس البائع – وشراء المؤشر أو بيعه يختلف عن شراء وبيع الأسهم المعدة في حساب المتعامل (286) ،وهذه المعاملات تتأرجح بين الجواز وعدمه ، لذا كان لزاماً علينا أن نعرف بماهية كل منها على حده ، وتصور وضعها في الفقه الوضعي اقتصادياً وقانونياً لكي يمكن الحكم عليها شرعياً ، ومن هنا جاء الحديث عن كل معاملة من هذه المعاملات في مبحث من مطلبين ، أحدهما لتصور المسألة عند أهل الاقتصاد والقانون ، والثاني للحكم عليها من الناحية الفقهية.

المطلب الثاني : الوظائف الاقتصادية للبورصة .

تؤدي البورصة وظائف اقتصادية هامة ؛ فهي المرآة التي تعكس الوضع الاقتصادي، كما تقوم بتوظيف مدخرات الأفراد في المشروعات الاستثمارية والإنتاجية ، كما تؤدي دوراً فعالاً في رواج النشاط الاقتصادي ، وفي إيجاد سوق دائمة ، وفي تحديد أسعار مناسبة للأوراق المالية ، وبيانها كالتالي :-

أولاً :- البورصة المرآة الحقيقية للوضع الاقتصادي : حيث إن للبورصة أدواتها من خلال توافر المعلومات عن الأوراق المالية المطروحة فيها ، فيسجل سعر كل صفقة تجارية تتم فيها ؛ مع التوثيق من قبل إدارة السوق لجميع بيانات الصفقات ونشرها ، كما يتم متابعة التذبذبات التي تحدث في الوضع الاقتصادي ؛ مما يمكن من جعلها أداةً لقياس معدلات الاستثمار ، ومعرفة أوقات الرواج والكساد ؛ مما ييسر للأفراد والمؤسسات سهولة اتخاذ القرارات المتعلقة باستثماراتهم ،مما يساعد على توجيه المستثمرين للأوراق الأكثر ربحا([287]) .

---

[286] -د/خورشيد إقبال.سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ،صـ514 ط. مكتبة الرشد أولى 2006م .

[287]-. د/ يوسف كمال محمد .فقه الاقتصاد النقدي ،صـ 258 ط.دار الهداية 1993م ، د/ خورشيد إقبال .السابق ،صـ54 .

ثانياً :- توظيف مدخرات الأفراد في المشروعات الاستثمارية والإنتاجية . فقد لا تتاح الفرصة أمام الكثيرين ممن يريدون توظيف أموالهم واستثمارها الاستثمار الأمثل – وخصوصاً في المشروعات الضخمة التي تحتاج رؤوس أموال كبيرة – فتقوم البورصة بهذا الدور لصغار وكبار المدَّخرين حيث يمكن شراء عدد من الأسهم بقدر المتاح ، وإن احتاج أمواله لأي سبب كان ؛ يمكنه بيع ما لديه من أوراق مالية ، فلا يحجر عليه في وضع أمواله في البورصة ؛ فأي وقت أراد فيه ماله وجده ، والفائدة هنا ذات أبعاد ثلاثية أولها للمستثمر باستثمار أمواله واستردادها وقتما يشاء ، والثانية كثرة المشروعات الاستثمارية الضخمة التي لا يقوى عليها إلا عدد محدود من الأفراد بشخوصهم أصبحت تتم عن طريق البورصة دون عناء أو تعب ، والثالثة أن كثرة المشروعات تعود بالرفاهية على مجموع الناس لانتعاش الاقتصاد القومي للبلاد([288]) .

ثالثاً :- تؤدي البورصة دوراً فعالاً في رواج النشاط الاقتصادي . تقوم البورصة بدور أساسي في رواج النشاط الاقتصادي عند استقرار أمور الدولة أمنياً وسياسياً بجذب رؤوس الأموال الأجنبية التي تدفع عجلة الإنتاج ، وتوفر السيولة المالية ، وتسهم مدخرات الأفراد بفاعلية في المشروعات الإنتاجية ذات الفائدة الكبيرة ، بإقامة علاقات طويلة الأجل بين شركات الأموال والمستثمرين ، وكل ذلك يعود على النشاط الاقتصادي للدولة بالفائدة([289]).

رابعاً :- إيجاد سوق دائمة . وجود سوق دائمة للأوراق المالية يدفع المتعاملين إلى بيعها وشرائها رغبة في الربح ، مما يؤدي إلى تسهيل عملية التسويق لهذه الأوراق وإمكانية تسييلها لمال بأفضل سعر وأسرع وقت ، وبتكلفة أقل ، وهذه بدورها تجعل المستثمر غير هيَّاب في إقباله على شراء الأوراق المالية([290]).

---

[288]- د/علي سعيد مكي .تمويل المشروعات في ظل مبادئ الإسلام صـ 108 ،ط.دار الفكر العربي ،د/محمد أمين بارودي .الوساطة المالية صـ279 ،ط.دار النوادر أولى 2012م.

[289] -. د/ يوسف كمال محمد .فقه الاقتصاد النقدي .صـ258 .

[290]- د/ علي شلبي .بورصة الأوراق المالية ،صـ8 وما بعدها ط.مكتبة النهضة المصرية 1962م .د/ خورشيد إقبال .السابق صـ48.

خامساً :- وضع سعر مناسب للأوراق المالية على أسس واقعية.فيتم ذلك عن طريق المزاد العلني وفق أوضاع السوق وقت إبرام العملية ، ويساعد على الواقعية ما تقوم به الجهات الاقتصادية من نشر كل ما يتعلق بالمركز المالي للشركة وأرباحها وصكوكها ، وكذلك كافة الشركات مما يؤدي لواقعية السعر ، كما أن نشرة الأسعار اليومية تتم بواسطة لجان مختصة مما يؤكد سلامة السوق ، وبعدها عن التلاعب والشبهات([291])

سادساً :- الإسهام في توجيه الموارد بكفاءة إلى المجالات الأكثر ربحاً . يسبق توجيه الأموال في السوق دراسات الجدوى من أصحاب رؤوس الأموال ، ابتغاءً للربح ؛ بتوجيه الأموال إلى المنشآت التي تتوافر لها فرص استثمار واعدة ؛ بما يسمح بإصدار المزيد من الأسهم لهذه المنشأة ، كما يعني انخفاض التكلفة ، والإقبال على شراء أسهم منشأة ما يعد وسيلة طمأنة للمقرض لها بتزويدها بما تحتاجه من مال ؛ مع إضافة السعر المناسب للفائدة ، وحتى تتحقق الكفاءة العالية في توجيه الأموال نحو المجالات المربحة فلابد من صدق السعر: بمعنى أن كافة المعلومات المتاحة هي التي أثرت فيه ، وعدالة السوق : أي إن جميع الفرص متساوية أمام من يريد إبرام الصفقات دون تعسير أو تلاعب ، وكفاءة التشغيل : أي إذا قارنَّا الربح الناتج عن التعامل بأوجه التكلفة ؛ تميل الكفة إلى جانب الربح ، وضرورة وجود وسائل للحماية ضد المخاطر : كالغش والتدليس التي يلجأ إليها بعض ممن لا خلاق لهم في التعاملات([292]) .

سابعاً :- تقييم الأداء الاقتصادي للمشروعات والشركات . تقوم البورصة بإصدار نشرات دورية عن أوضاع الشركات والمشروعات المدرجة على قائمة التداول لديها، وهذه البيانات دائما ما تكون محل نظر من المستثمرين قبل توجيه أموالهم إلى

---

[291] - د/ كيلاني المهدي .السابق صـ41 نقلاً عن د/ صادق حنين .بحوث في أعمال البورصات ص506 وما بعدها .

[292] -د/ منير إبراهيم هندي .الأوراق المالية وأسواق رأس المال ،صـ667 ط.منشأة المعارف بالإسكندرية 1997م ،د/خورشيد إقبال .السابق صـ52 وما بعدها.

هذا النشاط أو إعراضهم عنه ، وكلما كثر حجم التداول في السوق كلما كانت تذبذبات الأسعار مقياساً صادماً في تقييم كفاءة المشروعات ، وكلما زادت قيمة سهم الشركة أو المشروع اتجه المستثمرون نحو هذه الشركة بأموالهم ، وكذلك تدني السعر دليل على ضعف المركز المالي وقد يدفع لإجراء بعض التعديلات على مستوى القيادة ؛ أملاً في تعافي الشركة اقتصادياً([293]) .

ثامناً :- الحكم على الكفاءة المالية للدولة . تعتبر البورصة مؤشراً مستقبلياً لحالة الاقتصاد في الدولة ، للكشف المبكر عن العيوب ؛ وتنبيه السلطات لاتخاذ الإجراءات اللازمة لإصلاحات اقتصادية حينما يقتضي الأمر ذلك([294]) .

تاسعاً :- تحويل الموارد المالية من الوحدات التي لديها فائض إلى الوحدات التي لديها عجز . سوق الأوراق المالية وسيلة لالتقاء الوحدات الاقتصادية ذات العجز بالوحدات الاقتصادية ذات الفائض ؛ حيث يمكن تمويل ذات العجز مقابل شراء أصول مالية لديها ، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق وسيط كبنك الاستثمار أو البنوك التجارية بشراء الأصول المالية من وحدة العجز مقابل استلامها لأصول مالية مقابله([295]) .

وقد يتم عن طريق العروض العامة ؛ والتكتل بين الشركات ، حيث يتم عرض عام بشراء أسهم شركة معينة لكي يتم الإشراف على إدارة هذه الشركة ، ويوجه إلى المساهمين فيها من خلال البورصة بسعر معين وعدد من الأسهم له حد أدنى ، وخلال مدة معينة ويتم بصورة علنية وصريحة ، وقد تم بهذه الطريقة أهم التكتلات الاقتصادية([296]).

---

[293] -د/ محمد عبدالسلام .بورصة الأوراق المالية ،ص،12 ط.معهد الدراسات المصرفية ، البنك المركزي المصري .

[294] -د/منير هندي .السابق صـ670 ،د/ محمد أمين بارودي ، الوساطة المالية صـ279 ، د/ كيلاني المهدي .السابق صـ 43 .

[295] -د/ خورشيد إقبال .السابق صـ54 وما بعدها .

[296] - د/ موريس سلامة .الأسواق المالية في العالم ، صـ25 ترجمة يوسف الشدياق ، ط.دار عويدات الأردن 1983م ، د/ كيلاني المهدي .السابق .صـ44 .

عاشراً :- تفادي التقلبات الكبيرة والمفاجئة للأسعار . قد تتأثر السوق بالعوامل المصاحبة ؛ كالظروف السياسية والاضطرابات في دولة ما ، فيتأثر المتعاملون في السوق بآثار هذه الانفعالات صعوداً وهبوطاً ، وقد تؤثر الشائعات في الصعود والهبوط ، وهنا يأتي دور البورصة في كسر حدَّة هذه التقلبات ، حيث يقوم العملاء المحترفون والخبراء المتخصصون بشراء ما يراه المتعاملون الآخرون أنه عرض زائد ، ويواجهون الطلبات الزائدة – نتيجة التفاؤل غير المبرر- وبذلك تساعد البورصة في كسر حدة الهبوط أو الارتفاع المفاجئ في السعر ، وعندما تهدأ الأوضاع يعاود هؤلاء الخبراء القيام بعمليات عكسية حتى تستقر الأسعار في أوضاعها الطبيعية([297])

المطلب الثالث : الضوابط الشرعية التي تحكم عمل البورصة .

أولى الإسلام اهتماماً بالغاً بالنشاط المالي باعتباره عنواناً للحضارة والتقدم ، فقد ذكر القرآن الكريم ذلك بالنسبة لقريش ؛ تعريفاً لهم بنعمة الله عليهم أن أمَّن لهم طريق تجارتهم ومعاشهم لأهم الأسواق في عصرهم ، وأمَّن لهم غذاءهم فقال سبحانه ﴿لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ (1) إِيلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ (2) فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ (3) الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ (4)﴾ "[(298)] .

كما أوضح القرآن الكريم أن التجارة ذات مكانة وشرف تناسب أعلى القيادات للعمل بها كالرسل والأنبياء والقادة والزعماء ، حيث كانوا يعيبون على رسول الله ﷺ ذهابه للأسواق كما حكى القرآن الكريم﴿ وَقَالُوا مَالِ هَذَا الرَّسُولِ يَأْكُلُ الطَّعَامَ وَيَمْشِي فِي الأَسْوَاقِ لَوْلا أُنْزِلَ إِلَيْهِ مَلَكٌ فَيَكُونَ مَعَهُ نَذِيرًا ﴾ [(299)] فصحح الحق سبحانه هذا المفهوم الخاطئ لديهم بقوله للنبي – ﷺ-﴿وما أرسلنا قبلك من المرسلين

---

[297] -د/عبدالستار بكري.بورصات الأوراق المالية في مصر ،ص25 مطبعة خضر 1999م ،د/ رسمية قرياقص . أسواق المال ص46ط.الدارالجامعية 1999 .

[298] -سورة قريش . الآيات 1-4 .

[299] سورة الفرقان : آية رقم 7 .

إلا إنهم ليأكلون الطعام ويمشون في الأسواق ﴾[300] ، ولأن السوق عصب الحياة الاقتصادية وتطورها قائم عليه اهتم النبي ﷺ به والخلفاء الراشدون من بعده ؛ حيث عينوا المحتسبين للسوق ،لأن من مقاصد الشريعة حفظ المال ، ومع التطور الهائل في حياة الناس اليوم من وسائل الاتصال والتقنيات الحديثة تبع ذلك وصول هذا التطور إلى الأسواق ومنها سوق الأوراق المالية([301]) .

ومع هذا التطور الهائل إلا أن المسلم محكوم في عمله وفي سوقه بضوابط شرعية لا يجوز له أن يتعداها ، ولقد قال الغزالي في هذا الباب :"اعلم أن تحصيل هذا الباب واجب على كل مسلم مكتسب ، لأن طلب العلم فريضة على كل مسلم ، وإنما هو طلب العلم المحتاج إليه ، والمكتسب يحتاج إلى علم الكسب ، ومهما حصل علم هذا الباب ؛ وقف على مفسدات المعاملة فيتقيها ، وما شذ عنه من الفروع المشكلة فيقع على سبب إشكالها فيتوقف إلى أن يسأل ، فإنه إذا لم يعلم أسباب الفساد بعلم جملي فلا يدري متى يجب عليه التوقف والسؤال ، ولو قال : لا أقدم العلم ولكن أصبر إلى أن تقع الواقعة فعندها أتعلم وأستفتي فيقال له : وبمَ تعلم وقوع الواقعة ما لم تعلم جمل مفسدات العقود فإنه يستمر في التصرفات ويظنها صحيحة مباحة ، فلابد له من هذا القدر من علم التجارة ليتميز له المباح من المحظور ، وموضع الإشكال من موضع الوضوح ، ولذلك روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يطوف في السوق ويضرب بعض التجار بالدرة ويقول :لا يبيع في سوقنا إلا من يفقه وإلا أكل الربا شاء أم أبى"([302]) .

وبناءً عليه فإنه يمكن إجمال هذه الضوابط فيما يلي :-

---

[300]- سورة الفرقان : من الآية 20 .

[301]- د/ علي القرة داغي .بحوث في الاقتصاد الإسلامي (البورصة) في ميزان الإسلام ومحاولة لذكر البديل ص105 ط.دار البشائر ثانية 2006 م .

[302] الغزالي / إحياء علوم الدين ط.دار الأوقاف والشئون الإسلامية دبي ، دون تاريخ ، المجلد الأول ، الجزء الرابع ص174 وما بعدها.

أولاً :- لا تحريم في المعاملات إلا بنص . الأصل العام في المعاملات الإباحة ،لقوله تعالى :"﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾(303) ،وإذا كان ما في الأرض بأسره خلق لينتفع به الناس فهو حلال ،إلا ما حُرِّم بنص ودليله قوله تعالى:﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾(304).

ثانياً :- الشارع الحكيم هو المختص بالحل والحرمة . لا يجوز لأحد أن يحل محرماً ، أو يحرم حلالاً ، فإن فعل عُدَّ افتئاتاً على شرع الله ، والله سبحانه يقول : ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾ (305) ، وعليه فإن كل ما أحله الله طيب لعباده حيث ذكر المحرمات في الآية الثالثة من سورة المائدة فقال :﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ... ثم ذكر في الآية الرابعة ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾(306) ،ولا يجوز – في هذا الصدد- أن نتذرع بالآراء الفردية للتعويل عليها.

ثالثاً :- المنطقة المتروكة للعفو في المعاملات تركت قصداً من الشارع الحكيم . والقصد من ذلك تيسير معاملات الناس وعدم الشدة عليهم حيث لا تتصادم مع النصوص الشرعية ، ولا يمكن القول إن هذا من قبيل النسيان فالحق سبحانه ﴿لَا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾(307) ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ (308) وقال ﷺ "ذروني ما تركتكم فإنما أهلك من كان قبلكم كثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم"(309) ، وقال ﷺ "إن

303 - سورة البقرة : من الآية 29 .
304 - سورة الأنعام : من الآية 119 .
305 - سورة الأنعام : الآية 140 .
306- سورة المائدة : من الآيتين 3 ، 4 .
307- سورة البقرة : من الآية 255 .
308- سورة مريم : من الآية 64 .
309 - صحيح البخاري مع الفتح 264/13 كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب الاقتداء بسنة الرسول ﷺ ،رقم الحديث 7288 ط.دار الريان للتراث.

الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وسكت عن أشياء رحمة بكم فلا تسألوا عنها"[310] .

رابعاً :- التراضي في العقود ينبغي ألا يحل حراماً أو يحرم حلالاً . التراضي شرط لابد منه لصحة العقد ،لأن الله تعالى يقول:﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ311﴾ وقال رسول الله ﷺ:" إنما البيع عن تراض"(312) لكن إذا تراضى الطرفان على شئ محرم لا يمكن تصحيح العقد لمجرد التراضي ، فالرسولﷺ يقول :" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"([313]) .

خامساً :- ارتباط المعاملات المالية في الإسلام بالقيم الخلقية . ترتبط القيم الخلقية عند المسلم بجميع معاملاته ، ومنها معاملاته في سوق الأوراق المالية حيث تتسم معاملاته بالصدق والأمانة والسماحة، وعدم الغش والاحتكار، فقد قال الله تعالى : ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ[314]﴾ وأمر بالأمانة في قوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ [315]﴾ وقال ﷺ :" أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك"([316]) ،وعدم الغش قال فيه ﷺ:"من غشنا فليس منا"([317]) ونهى الإسلام عن الاحتكار فإنه وإن كان فيه منفعة لشخص إلا أن منفعته القائمة على ضرر المجتمع لا تجوز ، لذلك قال ﷺ :" من

---

[310] الطبراني .المعجم الصغير265/7 باب من اسمه محمد رقم الحديث2458 ، ط.دار الحرمين القاهرة ،البيهقي .السنن الكبرى .31/10 جماع أبواب ما لا يحل أكله ، باب ما لم يذكر تحريمه ، رقم الحديث 19725 عن أبي ثعلبة .

[311] - سورة النساء : من الآية 29 .

[312] - ابن ماجه . 305/3 كتاب التجارات باب بيع الخيار ط. دار الرسالة العالمية أولى 2009 م عن أبي سعيد الخدري .

[313]- الترمذي كتاب الأحكام ، باب الصلح بين الناس 634/3 ، رقم الحديث 1352 قال الترمذي حديث حسن صحيح ،

[314] - سورة التوبة : آية 119 .

[315] - سورة الأنفال :آية 27 .

[316] - الترمذي .292/2 كتاب البيوع باب ما جاء في نهي المسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر ليبيعها له ، رقم الحديث 1264 ،ط. دار الكتب العلمية أولى 2000م .

[317] - مسلم .كتاب الأيمان ، باب قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا 99/1 ط. در الكتب العلمية .

احتكر فهو خاطئ"([318]) ، ومن أخلاق الإسلام : السماحة في المعاملة فالرسول ﷺ يقول :" رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى"([319]).

سادساً :- الغاية الصحيحة لا يوصل إليها إلا وسيلة صحيحة مثلها . فلا يقبل الإسلام أن تصل إلى غاية طيبة بوسيلة غير صحيحة فقد قال ﷺ :" ولا يقبل الله إلا الطيب"([320])

سابعاً :- الضرورة تقدر بقدرها . لا يجوز الادعاء بحالات الضرورة إلا بتحقق أسبابها واستجماع الشروط ، وأسبابها الجوع المفضي إلى الموت ، أو الإكراه ، أو الدفاع الشرعي في دفع المعتدي ، أو السفر ، وأما الشروط فينبغي أن تكون الضرورة حقيقية غير متوهمة ، وأن تكون موجودة بالفعل وليست متوقعة الحدوث، وألا توجد وسيلة أخرى لدفع الضرر أقل حرمة منها ، وألا يتجاوز في دفع الضرر، وقبل أن يأخذ بها لابد وأن يطرق أبواب الحلال أولاً([321])

ثامناً :- توثيق العقود لازم لعدم التنازع وللحفاظ على الحقوق من الضياع . أرشد الإسلام إلى توثيق العقود فقال تعالى :﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ[322]﴾ حفظاً للحقوق ومنعا من التنازع ، وفي نفس الآية يقول ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ[323]﴾ وقد أرشد القرآن الكريم إلى الإشهاد بعمومه

---

[318] - مسلم 1227/3 كتاب المساقاة ، باب تحريم الاحتكار في الأقوات رقم الحديث 1605 ط.دار الكتب العلمية ،أبو داود 278/2 كتاب الإجارة ،باب في النهي عن الحكرة ، رقم الحديث 3347 ط.دار الكتب العلمية ثانية 2007م ،الترمذي .كتاب البيوع باب ما جاء في الاحتكار ص389 ، رقم الحديث 1271 ط. دار الفكر أولى 2002 م.

[319] - البخاري .359/4 كتاب البيوع ، باب السماحة والسهولة في الشراء والبيع ، رقم الحديث 2076.

[320]- البخاري108/2 كتاب الزكاة، باب الصدقة من كسب طيب ، رقم الحديث 1410 ،ط. دار النجاة ، مسلم .702/2 ، كتاب الزكاة ، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب ، رقم الحديث 1014 ، ط. دار إحياء التراث العربي .

[321] - د/ عصام أبو النصر .أسواق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ص18،ط.دار النشر للجامعات 2006م .

[322] - سورة البقرة : من الآية 282.

[323]- سورة البقرة : من الآية 282 .

وترك الشكل وهو يأتي على حسب كل مبيع ، أو حسب تطور الزمان ، فالآن أصبح من العقود ما يحتاج إلى تسجيل ، ومنها ما يكفي فيه شهود عدول ، ومنها ما يكفي فيه إرسال رسالة بأي آلة من آلات الاتصال الحديثة .

الفصل الأول : العمليات العاجلة التي تتم في البورصة

المبحث الأول : العمليات الفورية (الشراء بكامل الثمن)

المطلب الأول : العمليات الفورية في الفقه الوضعي :-

مفهوم العمليات الفورية :- هي عمليات تتم في السوق العاجل بالتزام كلا العاقدين بتنفيذ عقديهما ، حيث يسلم البائع الأوراق المالية ؛ ويسلم المشتري ثمنها في الحال ، أو في مدة لا تتجاوز اليومين ، ويترتب عليه احتفاظ المشتري بها والاستفادة من أرباحها ، وتحمل عبء خسارتها ، وتقوم البورصة كوكيل عن الطرفين بإتمام الصفقة ، وإرسال الأوراق للعاقدين للتوقيع عليها([324]) ، ويرى البعض أن المدة قد تتعدى اليومين ؛ فتصل من ثلاثة إلى خمسة أيام مع إضافة يوم التنفيذ عليها([325]) ، ومكان تداول هذه المعاملات قاعة التداول بالبورصة ، وبالتالي فلا مجال لدخول غير موظفي السوق والسماسرة([326])

وهذا النوع يعتبر قليلاً ، وأكثر ما يجري في الأسواق المالية قيام المستثمر بفتح حساب يشبه الحساب الجاري في البنوك المصرفية لدى السمسار يودع فيه المبلغ الذي يريد من السمسار أن يستخدمه لمصلحته بالشراء ، كما يقوم السمسار بإيداع ما تحقق له من ربح من جراء العمليات التي قام بها ؛ سواء كانت من أثمان البيع أو أرباح الأسهم أو فوائد السندات ، ولكل من المستثمر والسمسار السحب من هذا

---

[324] -د/ علي القرة داغي .بحوث في الاقتصاد الإسلامي ،ص116 ،ط.دار البشائر ثانية 2006م د/السيد السخاوي البورصة في الفقه الإسلامي المعاصر ، ص459،ط.جامعية ،د/ شعبان البرواري .بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي ص184 ط.دار الفكر دمشق أولى 2002م .

[325] - عبدالفضيل أحمد.بورصة الأوراق المالية ص75 ط.مكتبة الجلاء الحديثة المنصورة،دون تاريخ

[326] - د/ شعبان البرواري .السابق ص185 .

المال ، فالسمسار يشتري بما يسحبه من المال ، وللمستثمر صاحب المال أن يسحب ما يشاء كشأن الحسابات الجارية([327]) . وسبب التعامل بالعمليات الفورية يرجع إلى المضاربة على ارتفاع السعر ؛ والبيع حينما يرتفع ،- علماً بأن السعر ارتفاعه أقل في العمليات الفورية عنها في العمليات الآجلة -، أو الاحتفاظ بالأوراق المالية للاستفادة منها عند توزيع الربح([328]) .

وليس للبورصة التدخل لتحديد الأسعار للأوراق المالية ، فليس ذلك من وظيفتها ، بل يقتصر الدور الذي تقوم به عند تهيئة الظروف المساعدة بين بيع الورقة بقيمتها الحقيقية وسعر التداول المطروح ، ومن ثم فليس هناك دور للسماسرة في تحديد الأسعار بل تتدخل فيها الظروف المحيطة والأوضاع الاقتصادية وتنظيم السوق ، مما يجعل السعر أقرب إلى القيمة الحقيقية للصك ، فالمؤثر فيه ما يقبله البائع من سعر أو ما يعرضه المشتري من ثمن ، كما يؤثر فيه أداء المؤسسة المصدرة للأوراق المالية ومدى قدرتها على الرقابة على عنصر التكاليف ، وكذلك الرواج والكساد التجاري في بلد ما من البلاد ، وكذلك مدى تأثر اقتصاد الدولة بالمتغيرات الدولية ، ومدى تأثر الطلب على المنتجات في ظل منافسة شديدة تفرضها ظروف الصناعة([329]) ، وإذا انتفي التدخل في تحديد السعر انتفت المسئولية عن البورصة عند ارتفاع أو انخفاض قيمة الورقة المتداولة([330]) ، وليس هناك خطرعلى الكمية المتداولة من الأوراق التي تمثل حقوقاً لأصحاب المشروع على أصوله المادية حيث يمكن إجراء العمليات في هذه السوق الفورية على أية كمية منها([331]) .

---

[327] -د/ علي القرة داغي .السابق ص129 .

[328] -د/ خورشيد إقبال .سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ،ص355 ط.مكتبة الرشد 2006 م .

[329] -د/ محمد علي القرى .الأسهم الاختيارات المستقبليات 205/1 وما بعدها بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع 1992م .

[330] -د/ سمير عبد الحميد رضوان .أسواق الأوراق المالية ،ص316 ط.المعهد العالي للفكر الإسلامي 1996م ،د/محمد عبدالغفار الشريف .بحوث فقهية معاصرة ،ص88 ط.دار ابن حزم بيروت أولى 1999م .

[331] -د/ عبدالفضيل أحمد .السابق ص75 ،د/ خورشيد إقبال .السابق ،ص356 .

وإذا كان الأصل العام عدم التدخل من البورصة في تحديد الأسعار إلا أنها قد تتدخل لإضفاء الحماية على المتعاملين من تقلبات السوق ، حيث جعلت الفارق بين الحد الأدنى والحد الأعلى في اليوم الواحد 5% وفي الأسبوع بما لا يتجاوز 20%([332]) ،كما أعطى قانون سوق رأس المال في المادة 22 منه لرئيس هيئة سوق المال أن يتدخل عند الظروف الخطرة بتعيين حد أدنى وحد أعلى لأسعار الأوراق المالية محدداً بأسعار الإقفال لليوم السابق على القرار ، وتفرض هذه الأسعار على جميع البورصات ويبلغ القرار فور صدوره إلى الوزير المختص ؛ الذي له الحق في التعقيب على القرار بإمضائه أو وقفه([333]) .

والتدخل لتحديد السعر بحد أدنى أو أعلى له مبرراته ، حيث إن تحديد الحد الأعلى يقف حائلاً أمام المضاربات المبالغ فيها على بعض الأوراق المالية ، وهذا يمثل حماية للمتعاملين بالشراء في الانجراف مع مضاربة لا تعتمد على أسس ثابتة أو معلومات متيقنة ، وتتضح الفائدة في تحديد الحد الأدنى للأسعار لأنها تحمي المستثمر من بيع أسهمه بثمن يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية وقت الاستقرار مما يعرضه لخسارة فادحة ، فمعظم العملاء يعتمدون على القروض من البنوك بضمان الأوراق المالية ، وهبوط سعر الوحدة يؤدي إلى نقص ضمان البنك مما يؤدي لكشف مراكز العملاء ، وإذا انكشف مركز أحدهم انكشف الباقي بالتبع ، وهنا يضطر البنك إلى تصفية مراكزهم ببيع أوراقهم (محل الضمان) دفعة واحدة ، فيكثر المعروض فيؤثر على السعر هبوطاً([334])

المطلب الثاني : حكم العمليات الفورية في الفقه الإسلامي .

مما سبق يتضح لنا أن العمليات الفورية تتم داخل البورصة بتسليم كامل الثمن واستلام السلعة في مجلس العقد ، وهذا يندرج تصنيفه في الفقه الإسلامي تحت عقد البيع ، والبيع يقع صحيحاً عند توافر أركانه من صيغة للعقد وعاقدين ومعقود عليه

[332] -د/ خورشيد إقبال .السابق ص357 هامش 2 .
[333] -د/خورشيد إقبال .السابق ،ص357 .
[334] -د/ علي شلبي .بورصة الأوراق المالية ص17 وما بعدها ط.مكتبة النهضة المصرية 1962م .

عند جمهور الفقهاء([335]) ومن ركن الصيغة وشروط الانعقاد وشروط الصحة عند السادة الحنفية([336]) ، ولا يترتب على هذا كبير خلاف بين الفريقين ، لأن ما خرج من الأركان عند الحنفية جعلوه في شروط الانعقاد وشروط الصحة التي يترتب عليها نفس النتيجة عند غياب أحد الأركان عند الجمهور ؛ وهو عدم الانعقاد ، ولا خلاف بين الفقهاء في أنه ينبغي توافر البلوغ والعقل في كلا العاقدين ، والرضا ، وأن تكون له صفة تخول له إبرام العقد إما أصالة عن نفسه أو وكالة عن غيره ، أو ولاية عمن هم تحت ولايته([337])

ويشترط في الصيغة موافقة الإيجاب للقبول ، وأن يتم ذلك في مجلس العقد وهو المكان الذي يجمع العاقدين عند حضورهما ، وإذا كانا غائبين فإن مجلس العقد يتحدد بوصول الكتاب الذي يحمل الرغبة في الشراء([338]) ، وإذا كان العقد في المعاملات العاجلة يتم بالوكالة عن طريق السمسار فإن كان واحداً عن الطرفين فإن المجلس هو مكان إتمام العملية حيث يتواجد السمسار ، وإذا كان لكل عاقد سمسار فإن الوقت الذي يصدر فيه القبول هو مجلس العقد([339]) .

وأما عن المبيع فقد اختلف فيه الفقهاء هل المبيع هو السلعة فقط أم يدخل الثمن أيضاً فيه ؟ وقد اتجه الفقهاء في ذلك إلى اتجاهين :-

---

[335] الدردير .الشرح الصغير 315/3 تحقيق السيد علي الهاشمي ط.دار الفضيلة 2008م ،جلال الدين المحلي .كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين 1423/2 ط.المكتبة العصرية بيروت أولى 2008م ، زكريا الأنصاري . أسنى المطالب شرح روض الطالب3/2 ط.دار الكتاب الإسلامي دون تاريخ ، ابن حجر .تحفة المحتاج 214/4 ط. المكتبة التجارية بمصر 1983م ، البهوتي .كشاف القناع عن متن الإقناع 146/3 ط.دار الفكر بيروت ، البهوتي .شرح منتهى الإرادات 5/2 ط.عالم الكتب ،أولى 1993م .

[336] - علاء الدين السمرقندي .تحفة الفقهاء 29/2 ط.دار الكتب العلمية ،ثانية 1994م ،الكاساني .بدائع الصنائع 133/5 ط.دار الكتب العلمية ثانية 1986م ،ابن عابدين حاشية ابن عابدين 10/7 ،11 ط.دار إحياء التراث العربي ، أولى 1998م .

[337] - الدردير .الشرح الصغير318/3 وما بعدها ، المحلي .كنز الراغبين 1432/2 .

[338]- البابرتي .العناية على الهداية 254/6 ط. دار الفكر .

[339] - د/ كيلاني المهدي .قضايا فقهية معاصرة البورصة وأحكامها الشرعية ص283 ط.جامعية

الاتجاه الأول :- يرى أن المعقود عليه هو السلعة والثمن ، لأن المعقود عليه لا يتم إلا بهما ، ولأن كليهما بدل عن الآخر وهو للمالكية والشافعية والحنابلة([340]) .

الاتجاه الثاني :- وقد ذهب إليه الحنفية الذين يرون أن المعقود عليه هو السلعة فقط، وأن الثمن ليس كذلك ، بل هو وسيلة لتحصيل المقصود وهو المبيع([341]) .

الترجيح :- يترجح الاتجاه الأول القائل بأن السلعة والثمن هما المعقود عليه ، لأن كلا البضاعتين مال أحدهما ثمن وهو النقدي والآخر سلعة ، أو هما سلعتان والعاقدان لكل منهما غرض ، فغرض البائع تحصيل الثمن وغرض المشتري تحصيل السلعة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، لكن كما قلت قبل ذلك إن هذا الخلاف نظري لأن النتيجة والمحصلة واحدة فلابد عند الفريقين من وجود السلعة والثمن وإلا بطل البيع.

وينبغي توافر الشروط الآتية في المبيع

أولاً :- الطهارة والنفع . فينبغي أن تكون السلعة طاهرة العين يحل الانتفاع بها شرعاً ، لأن نجس العين كالكلب والخنزير ليس بمال في عرف الشرع ، وينبغي أن تكون العين منتفعاً بها فغير المنتفع به كالحشرات وآلات اللهو لا يعد كذلك([342]) .

ثانياً :- القدرة على التسليم . من بدهيات التزام البائع القدرة على تسليم المبيع ؛ بأن يكون تحت يده ، وأن يكون خالياً من الالتزامات قبل الآخرين ، فلا يصح بيع المرهون لأنه قد تعلق به حقوق الآخرين ؛ فلا يمكن تسليمه شرعاً ، وكذلك لا يمكن تسليم الجزء الشائع من المبيع إذا باع نصفاً معيناً من شئٍ لا يمكن الانتفاع به إلا كلاً؛ فإنه وإن استطاع كسره ليسلم النصف المبيع إلا أن الشرع يأبى ذلك ، إذ فيه

[340]- الدردير .الشرح الصغير 315/3، القليوبي .حاشية القليوبي1437/2 ، البهوتي .كشاف القناع 174/3 ط.دار إحياء التراث العربي أولى1999م .
[341] - ابن نجيم .البحر الرائق 430/5 ط.دار الكتب العلمية أولى 1997م . ابن عابدين .حاشية ابن عابدين 8/7 ط.دار إحياء التراث العربي أولى1998م .
[342] - الدردير .السابق 324/3 ، المحلي .كنز الراغبين 1436/2 وما بعدها.

إضاعة المال الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فقال:" إن الله كره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال"([343]) .

ثالثاً :- العلم بالمبيع النافي للجهالة . والعلم به يكون عن طريق وجود السلعة أمام العاقدين فيقول المشتري : اشتريت هذه ، بالإشارة للسلعة ، ويقبل البائع على ذلك مع تحديد الثمن ، أو يكون التحديد بالوصف النافي للجهالة([344]) فلا يجوز أن يقول البائع بعتك عدداً من الأسهم مثلاً لبعض الشركات ؛ لأن الجهالة هنا صارت إلى جهالة فاحشة تورث غرراً يؤثر على صحة التعاقد ، وسبب الجهالة الفاحشة هنا عدم العلم بالمبيع عدداً أو وصفاً .

رابعاً :- وجود المبيع وقت التعاقد . هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء وقد ذهبوا إلى اتجاهات ثلاثة في وجود المبيع وقت التعاقد بين مانع ومفرق ومجيز ؛ حيث يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة عدم انعقاد البيع عند عدم وجود المبيع([345]) ، في حين ذهب المالكية إلى التفريق بين عقود المعاوضات وغيرها من العقود ، فاتفقوا مع الجمهور في عدم انعقاد البيع عند عدم وجود المبيع إذا كان العقد من عقود المعاوضات واكتفوا بإمكانية وجود المبيع إذا كان العقد من غيرها من العقود كعقود التبرعات مثل الهبة والتوثيقات مثل الرهن([346]) ، والفريق الثالث يرى –وبحق- إمكانية العقد على شئ غير موجود لكنه محقق الوجود ، أو مما يغلب

---

[343]- صحيح البخاري .124/2 كتاب الزكاة ،باب قول الله تعالى "لا يسألون الناس إلحافاً" رقم الحديث 1477 ، تحقيق محمد زهير بن ناصر ط.دار طوق النجاة أولى 1412هـ ، مسلم 1341/3 كتاب الأقضية باب النهي عن كثرة المسائل رقم الحديث 593 تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ط. دار إحياء التراث العربي بيروت

[344] .ابن عرفة التونسي .المختصر الفقهي 111/5 ط.دار الفاروق أولى 2014م ، القليوبي .الحاشية 1437/2 ط. المكتبة العصرية أولى 2008م .

[345] - السرخسي .المبسوط 12/13 وما بعدها ط. دار الكتب العلمية أولى 2001م ،الكاساني .البدائع 542/6 ط.دار الكتب العلمية أولى 1997م ، المحلي .كنز الراغبين 1455/2 في الأظهر ومقابله يصح اعتماداً على الوصف بذكر جنسه ونوعه، البهوتي .كشاف القناع 187/3 ، البهوتي .شرح منتهى الإرادات 136/3 ط. مؤسسة الرسالة تحقيق عبدالله بن محسن التركي ، ثانية 2005م .

[346]- الدردير .الشرح الكبير 14/3 ، الحطاب .مواهب الجليل 266/4 ط.دار إحياء الكتب العربية ثانية 1992م .

وجوده في المستقبل ، وقد نظر هذا الفريق للعلة في النهي عن بيع المعدوم وهي الغرر الكثير أو الجهالة الفاحشة ، فالنهي عن بيع المعدوم ليس لذاته ولكن لما جاوره من الغرر أو الجهالة ، وحينما ينتفي الغرر بالقدرة على التسليم أو إمكانيته ، وحينما تنتهي الجهالة المسببة للنزاع وللخصومة بتحديد الشئ المبيع وصفاته فلا مانع من انعقاده وهو اختيار ابن القيم وأستاذه([347]). **وبتطبيق الأركان والشروط المذكورة على العمليات الفورية نجد أنها متحققة فيها فهي جائزة شرعاً ولا حرمة فيه** ([348]) ، فإبرام البيع عن طريق العاقدين بالأصالة أو بالوكالة موجود في قانون البورصة ؛ التي تشترط وجود سمسار كوكيل عن البائع والمشتري لإتمام الصفقات، والوكالة في العقود صفة تخول لصاحبها إبرام العقود عن الموكل شرعاً ، والإيجاب والقبول موجود ، إذ إن عرض البيانات للتداول في مقصورة البورصة دليل على رضا المتعاقدين إبرام العقد([349]) حتى وإن لم يتيسر لهما الحضور وتعاقدا دون وجود شخصيهما بوسائل الاتصال الحديثة فإن إبرام العقد جائز طبقاً لما ورد في قرارات مجمع الفقه الإسلامي من أنه إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (إرسال رسول) وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب الموجه إليه وقبوله([350]) ، ومع توافر شروط المبيع التي ذكرناها سابقاً تكون أركان البيع وشروطه مكتملة مما يرتب الحكم بصحة هذا البيع داخل البورصة .

لكن بقي أن نذكر أنه ينبغي النظر إلى نوعية الورقة المالية المطروحة للتداول في البورصة ، فإن كانت من الأسهم مع التزام الشركة بالأنشطة المشروعة جاز التداول وصحت المعاملة شرعاً ، وإن كانت المعاملة من السندات فإن جمهور الفقهاء

[347] - ابن القيم . إعلام الموقعين عن رب العالمين 357/1 وما بعدها .
[348]- د/ السيد السخاوي .البورصة في الفقه الإسلامي المعاصر ،ص461 "ط 2004م ، د/ علي القرة داغي .بحوث في الاقتصاد الإسلامي ، ص116 .
[349]- د/ خورشيد إقبال .سوق الأوراق المالية .السابق ص367 .
[350] - من قرارت مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة 1990م قرار رقم 6/3/54 .

المعاصرين على أن هذه المعاملة غير صحيحة ؛ لأن السند عبارة عن دين جر منفعة لصاحبة دون تحمل خسارة فهو من الربا المحرم شرعاً([351]) ، وهذا ماجاءت به قرارت مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء فيها :- " ثانياً:- إن العقود العاجلة على السلع الحاضرة الموجودة في ملك البائع التي يجري فيها القبض فيما يشترط له القبض في مجلس العقد شرعاً هي عقود جائزة ما لم تكن عقوداً على محرم شرعاً ، أما إذا لم يكن المبيع في ملك البائع فيجب أن تتوافر فيه شروط بيع السلم ، ثم لا يجوز للمشتري بعد ذلك بيعه قبل قبضه .

ثالثاً :- إن العقود العاجلة على أسهم الشركات والمؤسسات حين تكون الأسهم في ملك البائع جائزة شرعاً ما لم تكن الشركات أو المؤسسات موضوع تعاملها محرم شرعاً ، كشركات البنوك الربوية ، وشركات الخمور ، فحينئذ يحرم التعاقد في أسهمها بيعاً وشراءً .

رابعاً :- إن العقود العاجلة والآجلة على سندات القروض بفائدة بمختلف أنواعها غير جائزة شرعاً لأنها معاملات تجري بالربا المحرم"([352]) .

كما قرر المجلس في دورته السادسة عشرة بدبي بشأن السلع الدولية وضوابط التعامل فيها وقد جاء فيها:-" الطريقة الأولى : أن يتضمن العقد حق تسلم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع وجود السلع أو إيصالات ممثلة لها في ملك البائع وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة .

الطريقة الثانية:-أن يتضمن العقد حق تسلم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع إمكانهما بضمان هيئة السوق ، وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة"([353]) .

---

[351]- د/ خورشيد إقبال .السابق ص368 .

[352] - قرارت مجمع الفقه الإسلامي من الدورة الأولى حتى الثامنة ص123 ط1985م د/ شعبان البراوري.السابق ص186،د/السيد السخاوي .السابق ص461 ،462

[353] - راجع قرارات وتوصيات الدورة السادسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الإمارات العربية المتحدة ، دبي 30صفر -5 ربيع أول 1426هـ /2005م مطبوعة مع مجلة الشريعة والقانون

الاستثمار والمضاربة في البورصة . مشروعية المعاملات الفورية أو العاجلة تسري أيضاً إن كان الغرض من الصفقة الاستثمار أو المضاربة ، فمشروعية الاستثمار تؤخذ من أدلة مشروعية الشركة في الفقه الإسلامي ، والمضاربة مشروعيتها أيضاً تعود لمشروعية عقد المضاربة ، وهذا هو الحكم العام([354]) ، إلا أنه قد تحدث ممارسات غير مشروعة تشين عملية البيع والشراء في البورصة كإطلاق الشائعات الكاذبة حول شركة ما بقصد الإضرار بها أو الإضرار بالآخرين عند التعامل معها ، حيث إن الإشاعة الكاذبة تؤدي لانخفاض أسهم تلك الشركة ، والإضرار بالآخرين حينما تروج الإشاعات الكاذبة لصالح هذه الشركة ؛ كإشاعة توزيع أرباح كثيرة لشركة ما ؛ مما يؤدي لتهافت المتعاملين على شراء أسهمها ، أو العكس عند إشاعة عدم قدرة الشركة على توزيع أرباح مما يؤدي لبيع أسهمها داخل السوق بأسعار منخفضة([355]) ، وكلا الأمرين محرم للخداع والكذب ، فرسول اللهﷺ يقول :-" لا ضرر ولا ضرار"([356]) وقال أيضاً :- " من غشنا فليس منا"([357]) .

تداول الأوراق المالية في البورصة في العمليات الفورية . تداول الأوراق المالية حكمه حكم السلع المتداولة في البورصة من حيث الجواز ؛ عند توافر الأركان

العدد الثالث والعشرون مايو 2005م .

[354] -د/ مبارك بن سليمان .أحكام التعامل في الأساق المالية المعاصرة .ص683 ط.دار كنوز إشبيلية ، أولى 2005م .

[355] -د/ منير إبراهيم هندي .الأوراق المالية وأسواق رأس المال .ص179 ط.منشأة المعارف بالإسكندرية1995م ،د/إبراهيم محمد أبو العلا .بورصات الأوراق المالية والقطن بالقاهرة والإسكندرية ص139 وما بعدها ط أولى 1960م ، د/ مبارك بن سليمان .السابق ص683 وما بعدها

[356] -أبو داود .سنن أبي داود 478/5 تحقيق شعيب الأرنؤوط ،كتاب الأقضية ،أبواب من القضاء ،ط .دار الرسالة العالمية أولى 2009م ، ابن ماجه .سنن ابن ماجه 430/3 كتاب أبواب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ،تحقيق شعيب الأرنؤوط ، ط.دار الرسالة العالمية 2009م . والحديث روي مرسلاً عن عمرو بن يحي المازني عن أبيه عن رسول الله ﷺ ، مالك في الموطأ 745/2 كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق حديث 31 ، لكن ورد هذا الحديث من حديث عبادة بن الصامت عن عبدالله بن عباس وأبي هريرة وعائشة وجابر وعمرو بن عوف وأبي لبابة . راجع ابن حجر .التلخيص الحبير 475/4 وما بعدها .

[357] - مسلم .99/1 كتاب الأيمان باب قول النبي ﷺ من غشنا ، رقم الحديث 101 تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ط. دار إحياء التراث العربي ، سنن أبي داود 323/5 كتاب البيوع ، باب النهي عن الغش رقم الحديث 3452 بلفظ "ليس منا من غش" مسند الإمام أحمد بن حنبل 232/15 رقم الحديث 9396 مسند أبي هريرة ﷺ .

والشروط والتراضي القائم على جانبي العرض والطلب ، والمنافسة الحرة الشريفة دون تدخل أو تأثير من أحد ، أما التدخل من قبل أشخاص في البورصة لفرض سعر معين بفعل احتكار السلعة ، حيث يسعى البعض منهم إلى جمع الصكوك التي من نوع واحد في يد واحدة حتى يمكنها فرض السعر الذي تريده، فهذا محرم شرعاً لحديث النبي ﷺ "لا يحتكر إلا خاطئ"أو "من احتكر فهو خاطئ "([358]) .

وقد يكون التدخل ليس من جانب الأفراد ؛ وإنما من قبل سلطات الدولة لفرض سعر معين وإجبار المتعاملين في البورصة على التعامل به وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى اتجاهين :- الاتجاه الأول :- ذهب إليه جمهور الفقهاء ([359]) بعدم جواز التسعير ؛ إلا عند المصلحة العامة التي توجب تدخل الدولة ، وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول

أما دليل الكتاب:- فقوله تعالى:-﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ[360]﴾ ،فالأصل في التجارة التراضي وعدم الإجبار ، والتسعير نوع من الإجبار .

وأما دليل السنة:- فقد استدلوا بما روى أنس بن مالك قال :" غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا : يارسول الله سعِّرْ لنا فقال:"إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق ، وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال"([361]) ، وروي عن أبي هريرة أنه جاء رجل فقال يا رسول الله سعر فقال :"

---

[358] -مسلم 1227/3 كتاب المساقاة ،باب تحريم الاحتكارفي الأقوات رقم الحديث 1605 ط.دار إحياء التراث العربي ، البيهقي .السنن الكبرى 49/6 جماع أبواب السلم ،باب ما جاء في الاحتكار ، رقم الحديث 11147 ط.دار الكتب العلمية ثالثة 2002م .

[359] - الكاساني .بدائع الصنائع 129/5 ط.دار الكتب العلمية ثانية 1986 م ،الشربيني الخطيب .مغني المحتاج 38/2 ط.مصطفى الحلبي الأخيرة 1958م ، ابن قدامة .المغني 217/4 ط.دار الفكر 1994م

[360] - سورة النساء : من الآية 29 .

[361] - أبو داود بنحوه 272/3 كتاب البيوع ،باب في التسعير، رقم الحديث 3451 ،الترمذي .السنن 597/3 كتاب أبواب البيع ،باب ما جاء في التسعير ، رقم الحديث 1314 وقال :هذا حديث حسن صحيح ، ابن ماجه 741/2 كتاب التجارات ، باب من كره أن يسعر ، رقم الحديث 2200 .

بل ادعوا الله ، ثم جاء رجل آخر فقال يا رسول الله سعر فقال بل الله يخفض ويرفع"([362]) ، وتوجيه الدليل فيهما ظاهر ؛ حيث كانت هناك شكاية عامة من أجلها جاء أكثر من نفر لرسول الله ﷺ يطلب التسعير فأبى ، وجعل ذلك من قبيل مصلحة طرف على حساب آخر ، إذ التسعير وإن كان فيه نفع للمستهلك فهو آتٍ على حساب طرف آخر وهم طائفة التجار ، وليس أحدهما بأولى من الآخر .

ودليل المعقول :- أن مقتضى حق الملكية حرية التصرف في الشئ المملوك ، وإجبار المالك على البيع بسعر معين منافٍ لحرية التصرف ، فكان من قبيل الظلم([363])

الاتجاه الثاني :- وذهب إليه بعض الفقهاء من التابعين كسعيد بن المسيب وربيعة الرأي ؛ وبعض الفقهاء من الحنفية والشافعية وابن القيم من الحنابلة([364]) ويرى هذا الفريق جواز التسعير عند الغلاء ، بل البعض منهم يجعله جائزاً مطلقاً وابن القيم يصل به إلى حد الوجوب في بعض الحالات ، **وقد استدل هذا الفريق بالسنة والمعقول** .

أما دليل السنة فحديث رسول الله ﷺ "من أعتق شركاً له في عبد وكان له من المال ما يبلغ به ثمن العبد قوِّم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط"([365]) ، وتقويم الحصة بالعدل لا وكس ولا شطط هو حقيقة التسعير .

---

[362] - أبو داود 272/3 كتاب البيوع ، باب في التسعير، رقم الحديث 3450 ، البيهقي .معرفة السنن والآثار 205/8 كتاب البيوع ، باب التسعير ، رقم الحديث 11654 تحقيق عبدالمعطي أمين قلعجي دار ابن قتيبة دمشق ، دار الوعي حلب ، دار الوفاء بالمنصورة أولى 1991م .

[363] - الباجي .المنتقى شرح الموطأ 350/6 ط.دار الكتب العلمية أولى 1999م .

[364] - ابن عابدين .السابق 283/5 ط. مصطفى الحلبي ثالثة 1984م ، ابن جزي .القوانين الفقهية ، ص255 ط.عالم الفكر بالقاهرة ، أولى ، ابن القيم .الطرق الحكمية ص257 ، الشوكاني .نيل الأوطار 380/6 ط. دار التراث .

[365] - البخاري .صحيح البخاري 139/3 كتاب الشركة ، باب تقويم الأشياء في الشركة ، رقم الحديث 2491 والحديث عن عبدالله بن عمر، مسلم . صحيح مسلم 1139/2 كتاب العتق ، باب من أعتق شركاً له في عبد ، رقم الحديث 1501 ط. دار إحياء التراث العربي ، بيروت دون تاريخ .

ودليل المعقول أن في التسعير دفع الأذى عن الناس ، حيث يدعو لمنع الاحتكار بإعطاء المشترين السلعة بثمن المثل الذي لا وكس فيه ولا شطط([366]) ، ومن هنا يعتبر إلزاماً بالعدل عند امتناع صاحب المال عن البيع وحاجة الناس إليه ، فالواجب حينئذ قيمة المثل([367]) ، يضاف إلى ما سبق أن التسعير لا يجبر فيه البائع على البيع وإنما يمنع من البيع بغير السعر المحدد من قبل السلطة الحاكمة ؛ لمصلحة الطرفين([368]).

الترجيح :- بعد ذكر آراء الفريقين أرى أن كليهما متفق على أن السعر في الظروف العادية ينبغي أن يكون بغير تدخل فيترك لحرية المنافسة وقوة العرض والطلب ، وعند حدوث الغلاء المقبول المتعارف عليه بين الناس بزيادة السعر زيادة معقولة بتقدم الزمان وحدوث الغلاء أيضاً لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف بينهم في الغلاء الفاحش غير المحتمل ، والذي يحدث بفعل فاعل ، أو باتفاق التجار فيما بينهم ؛ وتدخل الحاكم للحد من غلواء الزيادة الكبيرة بالتسعير فهذا محل الخلاف ، وأرى أن الرأي الثاني الذي يرى جواز تدخل الحاكم أو وجوب تدخله أولى بالقبول ، ولا يقدح في ذلك ما استدل به الفريق الأول من الآية ، لأن المفهوم من الآية لا يعارض التسعير ، لأنه قد يكون لازماً باعتباره مقياساً للقيمة وحمايةً للمتعاملين من الخديعة والغش ؛ حيث يأتي التراضي على إرادة واعية سليمة ، كما أن معنى التراضي لا يعني عدم تقيد التجارة بأي قيد ، بل التراضي المقبول يفترض العلم بماهية الشئ ، فالقيمة أحد عناصر الماهية ، والتسعير تحديد لها ، وهو يختلف كل الاختلاف عن أكل أموال الناس بالباطل بالغصب أو الاختلاس أو الإكراه ، الذي أشارت إليه الآية في أكل أموال الناس بالباطل([369]) ، كما يخفف من غلواء الخلاف بين الفريقين ما

---

[366] - د/ وهبة الزحيلي .الفقه الإسلامي وأدلته 2696/4 وما بعدها ط.دار الفكر دمشق ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص371 .

[367] - ابن القيم .الطرق الحكمية ص206 وما بعدها ط. مكتبة دار البيان ، دون تاريخ .

[368] د/وهبة الزحيلي .السابق 2696/4 وما بعدها ،د/ خورشيد إقبال.السابق ص371 .

[369]- لجنة من أساتذة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة . قضايا فقهية معاصرة ، الجزء الرابع ، ص215

ذكره من أجاز التسعير أو أوجبه عن الطريقة التي يحدد بها التسعير، حيث يدعو الإمام كبار التجار في السوق المراد التسعير فيه ، ويحضر معهم غيرهم فيسألهم : كيف تشترون وكيف تبيعون فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة صلاح ، وما يرضي التجار ؛ فلا يجبرهم عليه ، لكن إن امتنع عن بيع ما يجب فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه([370]) ، لذلك كله أرى رجحان القول الثاني ، والقول الأول ليس ببعيد عنهم في ذلك ؛ حيث إن مفهوم كلامهم يجيز التسعير في حالة الضرورة والحاجة وهو المراد هنا .

المبحث الثاني : البيع على المكشوف

المطلب الأول : البيع على المكشوف في الفقه الوضعي

تعريف البيع على المكشوف "هو بيع لأوراق مالية غير مملوكة للبائع عند إصدار أمر ، ثم اقتراضها من السمسار يوم التنفيذ ، وتسليمها للمشتري واحتفاظ السمسار بالثمن لديه على أمل أن تنخفض أسعار الورقة فيشتريها السمسار لحساب العميل وإعادتها لمالكها الأصلي ، ويحصل المضارب على الفرق بين سعر البيع وسعر الشراء ، كما يحصل السمسار على العمولة وعلى فائدة القرض([371]) .

وهذا البيع يعرف بالبيع القصير ، وهو ما يتعلق بالمغامرة على انخفاض السعر لأسهم ما ؛ حيث يتوقع شخص أن أسعار إحدى الشركات ستنخفض فيجري عملية بيع قصير عن طريق اقتراض عدد من أسهمها من سمسار يحتفظ بهذه الأسهم لضمان السداد ، ثم يبيعها المقترض بالسعر السائد ، ثم يعيد شراءها عند انخفاض الأسعار ، ثم يقوم بتسديد القرض فيعيد الأسهم إلى صاحبها ؛ ويحتفظ بفارق السعر

من بحث بورصة الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي للدكتور عطية السيد فياض . ط . 2003م

[370]- الباجي .المنتقى شرح الموطأ 351/6 وما بعدها ط.دار الكتب العلمية أولى 1999م ، وفي نفس المعنى .ابن القيم . الطرق الحكمية ص207

[371] -د/ محمد عبدالحليم عمر.التفسير الإسلامي لأزمة البورصات ص72 منشور ضمن كتاب أزمة البورصات العالمية ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص375 وما بعدها.

الذي تحقق له من خلال هذه العمليات التي تتم من خلال سماسرة متخصصين([372])، ويقابله البيع الطويل ، والمراد به شراء الأسهم والاحتفاظ بها للحصول على الربح أو بيعها للحصول على زيادة في أسعارها([373]) ، وكما هو واضح من التعريفين أن المراد من الطول والقصر ليس الفترة الزمنية ؛ وإنما ما يتعلق بالهدف والاستثمار([374]) ؛ حيث المضاربة على فارق السعر بغية تحقيق ربح في الأجل القصير([375]) ، لذلك لا يقوم به إلا المضارب المتوقع لانخفاض السعر في المستقبل القريب ؛ مستفيداً من الربح الذي حصله من فارق السعرين حين يشتري بأقل في المستقبل ، بينما يبيع الآن بسعر أعلى .

وغالب الاقتراض يكون من سمسار عنده أوراق مالية لأشخاص آخرين ، فإن لم توجد لديه يقوم باقتراضها من سمسار آخر بفائدة ، وغالب مدة الاقتراض تتحدد بيوم واحد يتم تجديده تلقائياً ، إلا إذا قام أحد الطرفين بإنهائه ، والغالب أن يقوم البائع بمد هذه الفترة متحيناً الفرصة لانخفاض السعر بالشكل الذي يرجوه ؛ فيعيد شراء هذه الأوراق المالية بسعر أقل مما باعها به ، مستفيداً من الفارق بين السعر العالي منه وسعر الشراء الأقل لمصلحته([376]) .

ومثال ذلك يبدأ بتوقع المضارب انخفاض أسهم شركة ما فيخاطب السمسار الذي يتعامل معه ببيع ألف سهم على المكشوف من أسهم الشركة المتوقع انخفاض أسهمها في المستقبل القريب بالسعر الجاري اليوم وهو مائة درهم بما مجموعه مائة ألف

---

[372] - د/ معبد الجارحي .المصارف الإسلامية والأسواق العالمية ،بحث مقدم للمؤتمر الثالث للمصارف الإسلامية دبي أكتوبر 1985م ص18 وما بعدها ،د/ علي القرة داغي .السابق ص131 .

[373] - د/ علي القرة داغي .السابق ص131 ،د/ خورشيد إقبال .السابق ص374 .

[374] -د/ شعبان البرواري .السابق ص195 .

[375] -د/ سعيد توفيق عبيد .الاستثمار في الأوراق المالية ص86 مكتبة عين شمس دون تاريخ ، د/ مبارك بن سليمان .السابق ص744 .

[376] -د/ السيد السخاوي .السابق ص465 .

درهم ، ومعنى ذلك أن اتفاقاً تم بين البائع والسمسار على قيام الأخير بإقراض البائع هذه الأسهم أو القيام باقتراضها من طرف آخر([377]) .

وإمكانية الرد من كلا الطرفين مكفولة ، بحيث إذا أراد البائع على المكشوف (المقترض) أن يرد على السمسار (المقرض) الأسهم ليس له الحق في الامتناع عن تسلمها ، وكذلك إذا أراد السمسار استرداد الأسهم التي أقرضها يلتزم البائع على المكشوف بردها خلال المدة المتفق عليها عن طريق اقتراضها من آخر ، أو شرائها من السوق([378]) ، وحين يستلم السمسار الأمر من المقترض يبحث حثيثاً عن الراغب في شراء هذه الأسهم بالسعر السائد ، ويبرم معه الصفقة ، وبعد إبرام السمسار للصفقة يقوم بتسليم الأسهم للمشتري خلال المدة المسموح بها داخل البورصة محل التعامل سواء كانت يوماً واحداً أو ثلاثة أو خمسة أيام على أقصى تقدير([379]) ، وبمجرد إبرام عملية البيع من السمسار إلى المشتري تترتب آثار هذا البيع ؛ حيث يصبح المبيع ملكاً للمشتري ، وأرباحه تكون من حقه ، وأيضاً حق التصويت في الجمعية العمومية ينتقل إليه ، وعليه يقوم السمسار بقبض الثمن من المشتري ولا يسلمه إلى البائع ، وإنما يكون التسليم إلى مقرض هذه الأسهم تكون رهناً تحت يده حتى موعد الوفاء بالقرض ، لكن يجوز للمقرض أن ينتفع بهذا الثمن في أي وجه من وجوه الاستثمار ؛ دون أن يقوم بدفع فوائد ؛ وهو ما يجعل مالك الأسهم حريصاً على إقراضها([380]) .

وإذا صدق حدس البائع على المكشوف بانخفاض سعر الأسهم محل الصفقة إلى 70 درهماً مثلاً ؛ فيمكنه حينئذ إقفال مركزه عند هذا السمسار ؛ بإعطائه أمراً بالشراء لهذه الأسهم من السوق مرة أخرى ، وتسليمها للمقرض ، مع استرداده

---

[377] -د/ منير هندي .الأوراق المالية وأسواق رأس المال ص148 ، ط.منشأة المعارف 1995م .

[378] - المرجع السابق ص149 ، د/ مبارك بن سليمان .السابق ص745 .

[379] - د/ سمير رضوان . أسواق الأوراق المالية ص323 وما بعدها ط.اللمعهد العالي للفكر الإسلامي 1996م ، د/ منير إبراهيم هندي .السابق ص148

[380]- د/ منير إبراهيم هندي .السابق ص152، د/ خالد وهيب الراوي .الاستثمار ص113 ط.دار المسيرة عمان ، أولى 1999م .

المبلغ الذي رهنه وهو الثمن الذي سبق أن باع به الأسهم مستفيداً من الفارق بين السعرين ، حيث باع في هذا المثال بمائة ألف واشترى بسبعين ألفاً محققاً ربحاً مقداره ثلاثون ألفاً .

ومن خلال ما سبق يظهر لنا اعتماد عملية البيع على المكشوف على الآتي :-

أولاً :- إن الاقتراض فيها حالٌّ غير مشروط وغير محدد المدة .

ثانياً :- احتمال الربح والخسارة وارد بفعل المخاطرة على هبوط السعر لاحقاً .

ثالثاً :- الالتزام بسداد القرض دون النظر لحالة الربح والخسران .

رابعاً :- الربح الفارق بين السعرين هو هدف العميل من هذه العملية ؛ حيث يبيع بالأكثر ثم يعيد الشراء بالأقل ، واستفادة السمسار بحصوله على استخدام النقود مضافاً إليه أرباح الأسهم وكذلك حقه في إضافة عمولة الأعمال الإدارية.

خامساً :- تصنف هذه الأعمال ضمن العمليات العاجلة ؛ حيث إن العميل ملتزم بالتسليم للأوراق المالية لمن اشترى منه من جهة ، كما أنه ملزم من جهة أخرى بتسليم الأوراق المقترضة إلى السمسار من جهة ثانية ؛ حيث يقوم بشرائها من السوق مرة أخرى ، وكل ذلك من خلال مدة قصيرة غالبها يوم واحد ، وأقصاها أربعة أيام غير يوم الشراء كما في بورصة نيويورك([381]) .

التزام المقترض بتقديم هامش الضمان .

سبق القول أن الأموال التي تم بها بيع الأسهم تكون عند السمسار رهناً حتى يقوم المقترض برد ما اقترضه ، ونظراً لأن السوق عرضة للتقلب ، والأسعار تتحرك صعوداً وهبوطاً ، ولا تصدق التوقعات والتنبؤات في كل الأحوال ؛ فقد يرتفع السعر الذي توقعه المضارب انخفاضاً ؛ مما يؤدي إلى عدم كفاية الأموال التي قدمها رهناً لشراء أسهم تماثل الأسهم التي اقترضها ، وهنا ينبغي أن يقدم رهناً إضافياً من

[381] - د/ شعبان البرواري .السابق ص196 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص376 .

الأوراق المالية أو النقود ، وهو ما يسمى بهامش الضمان ، وهذا الهامش يتحدد بنسبة معينة من الصفقة([382]) ، فإذا حدد هامش الضمان بنسبة 30% من الصفقة على المثال السابق فإن المقترض ملتزم بدفع ثلاثين ألف درهم أو ما يماثل قيمتها من أوراق مالية ، ويكون من حظ المقترض انخفاض القيمة المالية للأسهم حيث يمكنه الأخذ من الأموال المرهونة عند المقترض بنسبة الانخفاض([383]) ، ونظراً للتقلب السريع للسوق فإن نسبة هامش الضمان تراجع يومياً حتى تتم تسوية موقف المقترض كذلك .

المخاطر المحتملة من عمليات البيع على المكشوف.

تختلف الخسارة المحتملة من البيع على المكشوف عن الخسارة التي تنشأ عن البيع العادي للأوراق المالية غير المقترضة ؛ حيث إن الأخيرة محددة المخاطر ، لأن أقصى ما يمكن أن تصل إليه هو خسارة كامل الثمن الذي اشترى به الأوراق المالية، وهذا على أسوأ حال أمر مستبعد ، بخلاف الخسارة المحتملة من البيع على المكشوف ، فالخسارة فيه غير محددة ، لأنه كلما زاد السعر كلما زادت الخسارة([384]) .

واحتمالات خسائر البيع على المكشوف تتم بفعل المضاربين على الصعود بالقيام بشراء أسهم الشركة التي بيعت على المكشوف مما يجعل الأسهم في يد هؤلاء المضاربين فقط ، مما يرفع أسهمها تبعاً لقانون العرض والطلب ، حيث يمكن للمقرض أن يطالب برد أسهمه المقترضة ، فينظر المقرض إلى شرائها من هؤلاء المشترين بالسعر الذي يحددونه ، وحينها لابد من شراء المقرض لأجل سداد القرض ، وقد يوقع هذا الأمر المقرضين في خطر داهم ، لأن الارتفاع الضخم في

[382]- د/ منير إبراهيم هندي .السابق ص149 وما بعدها ،د/ زياد رمضان .مبادئ الاستثمار الحقيقي ص134 ط.دار وائل أولى 1998م .

[383] - د/ منير هندي .السابق ص150 ، د/ زياد رمضان .السابق ص134 ، د/ مبارك بن سليمان .السابق ص747 .

[384] - د/ خورشيد إقبال .السابق ص376 ،د/ معبد الجارحي .الشركات في ضوء الإسلام " الإدارة المالية في الإسلام "120/1 ط. عمان مؤسسة آل البيت ط1989م المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية .

الثمن يقيد المقترض ، مما يجعله غير قادر على شراء الأسهم محل القرض([385]) ، لذلك كان لزاماً التدخل باتخاذ الإجراءات التي تضمن ضبط التعامل بالبيع على المكشوف ، ومن هذه الإجراءات عدم تمام البيع على المكشوف إلا بسعر أعلى من الصفقة التي سبقته أو على الأقل مساواتها شريطة أن يكون السعر أعلى من سعر البيع في آخر صفقة سابقة تمت بسعر مختلف لنفس الورقة([386]) .

وسبب اتخاذ هذا الإجراء هو منع العبث من قبل البائعين على المكشوف في السعر حتى يمكنهم تغطية مواقفهم بالتسبب في انخفاض السعر بطريقة مصطنعة ، لأن ذلك من شأنه – إن تم البيع بسعر أقل من السعر السابق- أن يربك بقية المتعاملين الذين يظنون أن هناك ما يدعو لانخفاض السعر فيقومون ببيع أسهمهم مما يجعل عرض الأسهم أكثر من الحد المطلوب فيؤدي لانخفاض السعر وبالتالي تغطية مواقفهم([387]).

وخلاصة ما سبق . أن البيع على المكشوف يتميز بالسمات الآتية :-

أولا:- إن المضارب وقت إصداره الأمر للسمسار يبيع شيئاً لا يملكه .

ثانياً :- إن السمسار يتصرف في أوراق مالية مملوكة للغير دون علمهم بإقراضها .

ثالثاً :- المخاطرة موجودة في هذه المعاملة أقرب إلى المقامرة من جراء خطر ارتفاع السعر للورقة ، مضافاً إليها تحمل المقترض قيمة التوزيعات للمقرض .

رابعاً :- تؤثر هذه العملية على السوق المالية بإضعاف كفاءتها، لأن زيادة المضاربة على ورقة ما يعطي انطباعاً لدى الآخرين بانخفاض سعرها المترتب عليه انخفاض قيمتها دون أن تكون هناك معلومات تشير إلى سوء حالة المنشأة المصدرة لتلك الورقة([388]) .

---

[385]- د/ سمير عبدالحميد رضوان .أسواق الأوراق المالية .السابق ص322 .
[386] - د/ زياد رمضان . مبادئ الاستثمار .السابق ص133 وما بعدها .
[387] - د/ خالد وهيب الراوي .السابق ص113 ، د/ مبارك بن سليمان .السابق ص749 .
[388] -د/ خورشيد إقبال .السابق ص378 ، د/ مير هندي .السابق ص118 .

المطلب الثاني : حكم البيع على المكشوف في الفقه الإسلامي

قبل معرفة الحكم الشرعي واتجاهات الفقهاء في حكم هذه المسألة لابد من التذكير بطبيعة البيع على المكشوف حتى يمكن إصدار الحكم الشرعي تبعاً لهذه المعطيات ، وقد ذكرنا قبل ذلك في هذه العملية أن المضارب يصدر أمراً للسمسار ببيع شئ لا يملكه ، وأن السمسار يتصرف في أوراق مالية مملوكة للغير دون علمهم أنه يقرضها ، كما يضاف لذلك شبه هذه العملية بالمخاطرة الأقرب إلى المقامرة ، وقد اختلف الفقهاء قديماً وحديثاً في هذه المسألة ؛ حيث اختلف الفقهاء قديماً في بيع الإنسان مالا يملك ، كما اختلف الفقهاء المعاصرون في صورة البيع على المكشوف في البورصة ، وعلى ذلك أورد مسألة حكم بيع الإنسان مالا يملك أولاً ، ثم حكم البيع على المكشوف عند الفقهاء المعاصرين .

الفرع الأول :- حكم بيع الإنسان مالا يملك .

اختلف الفقهاء في حكم بيع الإنسان مالا يملك إلى اتجاهين :-

الاتجاه الأول :- يرى أن التصرف في ملك الغير – دون إذن مسبق من صاحب الشأن – موقوف على إجازة من له حق الإجازة . وقد ذهب لهذا الرأي الحنفية والمالكية والشافعية في القديم – وهو غير مفتيٍ به-([389]) ، وقد استدل هذا الفريق لما ذهب إليه بالكتاب والسنة والمعقول .

أما دليل الكتاب فقد استدلوا بقول الله تعالى﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا[390]﴾ ، فهذا البيع وإن كان من غير من له ولاية على المبيع بملك أو وكالة أو ولاية على المال

[389]- الزيلعي .تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 103/4 ط. دار الكتاب الإسلامي ، دون تاريخ ، البابرتي .العناية على الهداية 50/7 ط.دار الفكر بيروت ، الدردير .الشرح الصغير 329/3 ط. دار الفضيلة القاهرة 2008م ، ابن عرفة التونسي .المختصر الفقهي 107/5 ط أولى 2014م ، الرافعي .فتح العزيز شرح الوجيز 103/4 ط.د ار الكتب العلمية أولى 1997م ، جلال الدين المحلي .كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين 1444/2 .

[390] - سورة البقرة : من الآية 275 .

إلا أنه داخل في عموم البيع الحلال الذي جعله الله لعباده بخلاف الربا المحرم حتى وإن صدر البيع من غير ذي صفة فإنه لا يجاز إلا بعد إجازة صاحب الصفة .

وأما عن دليل السنة :- فقد استدلوا بما روي عن عروة البارقي ﷺ قال : دفع إليَّ رسولُ الله ﷺ ديناراً لأشتريَ به شاةً فاشتريت له شاتين فبعتُ إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر له ما كان من أمره فقال :" بارك الله لك في صفقة يمينك فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان أكثر أهل الكوفة مالاً"([391]) ، فقد دل الحديث على جواز تصرف الفضولي بعد موافقة المالك بدليل تصرف عروة فيما لم يكن مأذوناً له فيه ، وإجازة المالك صاحب الحق في إبرام العقد وهو الرسول ﷺ .

وأما دليل المعقول :- قالوا : إن عقد الفضولي يقع موقوفاً على إجازة صاحب الشأن قياساً على الوصية الموقوفة على الإجازة أيضاً ، ومتفق على إجازتها ، كما يقال ذلك عن اللقطة حينما يتصدق بها عن مالكها من ملتقطها فيجوز مثلها([392]) ، كما استدلوا أيضاً بأن تصرف الفضولي صادر ممن يملك أهلية إبرام العقود ، حيث إنه بالغ عاقل ومحل العقد موجود وهو المال المتقوم ، وأما توقف نفاذ العقد لأن لهذا العقد مجيزاً وهو المالك فجاز أن يمضي البيع أو يبطله ، فحينئذ يكون العقد صادراً من أهله وفي محله ، وله مجيز فجاز العقد عليه ، كما أن الشراء لا يتوقف على الإجازة إذا وجد نفاذاً على العاقد ويتوقف على الإجازة إن لم يجد النفاذ([393]) .

---

[391]- الترمذي .سنن الترمذي 551/3 أبواب البيوع رقم الحديث 1258 تحقيق أحمد شاكر ط.مصطفى الحلبي ثانية 1975م ، البغوي .شرح السنة 141/8 كتاب البيوع باب النهي عن بيع ما ليس عنده ، المعجم الكبير للطبراني 160/17 رقم الحديث 421 تحقيق حمدي عبدالمجيد السلفي مكتبة ابن تيمية القاهرة ثانية 1994م

[392] - القاضي عبدالوهاب المالكي .المعونة على مذهب عالم المدينة 63/2 ط.دار الكتب العلمية أولى 1995م تحقيق محمد حسن محمد .

[393] - يراجع في نفس المعنى الزيلعي .تبيين الحقائق السابق 103/4 .

الاتجاه الثاني :- يرى بطلان تصرف الفضولي . وهذا مذهب الشافعية في الجديد والحنابلة والظاهرية وذهب إليه أيضاً بعض المالكية([394]) ، وقد استدل هذا الفريق لما ذهب إليه بالكتاب والسنة والقياس .

أما دليل الكتاب :- فقد استدلوا بقول الله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ[395]﴾ ؛ فقد دلت الآية الكريمة على تحريم كل طريق لأكل أموال الناس بالباطل ، ومن هذه الطرق بيع الإنسان مالا يملكه لأنه غير قادر على تسليمه وتم البيع دون رضا المالك ، ولا تؤثر الإجازة اللاحقة في تصحيح العقد الباطل([396]) .

وأما دليل السنة :- استدل هذا الفريق بما روي عن حكيم بن حزام قال :" سألت رسول الله ﷺ فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أأبتاع له من السوق ثم أبيعه منه ؟ قال لا تبعْ ما ليس عندك"([397]) ، كما استدلوا بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده – عبدالله بن عمرو بن العاص- أن النبي ﷺ قال:"لا طلاق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك ولا وفاء نذر إلا فيما تملك([398]) ، ووجه الدلالة أن الحديث الأول ذكر النهي عن البيع عند عدم الملك ، وكان جواباً عن سؤال طرحه الراوي على النبي ﷺ لأنه ليست له ولاية على المبيع حال العقد ، وصدور العقد من غير أهله يبطله([399]) ، وإذا كان ذلك للشخص الذي يبيع ما ليس عنده

---

[394] - الحطاب .مواهب الجليل 270/4 ط.دار الفكر بيروت ثانية 1398هـ ،الأنصاري .أسنى المطالب شرح روض الطالب 10/2 ط.دار الكتاب الإسلامي ، المحلي .كنز الراغبين .السابق 1444/2 ،البهوتي .كشاف القناع157/3 ط دار الفكر بيروت 1402هـ، ابن حزم الظاهري .المحلى 40/8 .

[395] - سورة النساء : من الآية 29 .

[396] - المراجع السابقة .

[397] - أبو داود .سنن أبي داود 283/3 كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، رقم الحديث 3503 ط. المكتبة العصرية صيدا لبنان ، الترمذي .سنن الترمذي 526/3 كتاب البيوع ، باب كراهية بيع ما ليس عندك ، رقم الحديث 1232 ، قال الترمذي :هذا حديث حسن صحيح ، النسائي .سنن النسائي 289/7 كتاب البيوع باب ما ليس عند البائع ، رقم الحديث 4613 ، ابن ماجه .سنن ابن ماجه 737/2 كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عنده رقم الحديث 2187 ، مالك في الموطأ 927/4 كتاب البيوع ، باب بيع العينة وما يشبهها ، رقم الحديث 2361 ط.مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان أبو ظبي أولى 2004م .

[398] - أبو داود .السنن 258/2 كتاب الطلاق باب في الطلاق قبل النكاح ، رقم الحديث 2191 .

[399] - راجع في نفس المعنى د/ كيلاني المهدي .السابق ص312 ، د/ محمد حسين قنديل .النظريات العامة في الفقه الإسلامي ص112 وما بعدها ط.مكتبة الأزهر 1996م .

فأولى منه في النهي أن يبيع ملك الغير ، وهو ما جاء النهي الصريح عنه في الحديث الثاني .

وأما دليل القياس :- فقد استدلوا على بطلان بيع الفضولي بالقياس على بيع الطير في الهواء والسمك في الماء بجامع أن كلاً منهما غير مقدورٍ على تسليمه ، وبيع الطير في الهواء والسمك في الماء باطل فيكون بيع الفضولي باطلاً ، كما يقاس أيضاً على الآبق لأنه غير مقدور على تسليمه مع أنه يملكه فبيع مالا يملكه أولى بالبطلان([400]) .

المناقشة :- نوقشت أدلة الفريق الأول بأن الآية التي استدلوا بها آية عامة والنهي عن بيع ملك الغير استدل عليه بأدلةٍ خاصة ، وعند التعارض بين العام والخاص يقدم الخاص كما هو مقرر في الأصول([401]) ، كما نوقش دليل السنة بأن عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً عن النبي ﷺ بدليل أنه قام بالتسليم والتسلم ولا يكون ذلك إلا من المالك أو الوكيل المطلق([402]) .

ونوقشت أدلة الفريق الثاني بأن الأحاديث في غير محل النزاع ؛ حيث إن النزاع في البيع الموقوف أما الأحاديث فهي في البيع التام الذي يعقبه آثاره من التسليم والتسلم ، كما نوقش دليل المعقول بأن القياس على بيع الطير في الهواء والسمك في الماء قياس مع الفارق لأن البطلان يعود إلى أنهما ليسا مملوكين أصلاً ، فلا يصح أن يكونا محلاً للبيع([403]) .

الترجيح :- بعد ذكر آراء الفريقين وأدلتهم أرى – والله أعلم – أن رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية وبعض فقهاء المالكية أولى بالقبول ، وعليه يكون عقد الفضولي باطلاً ،حيث إن ما استدل به الفريق الأول من الآية عامة لا تقوى في عمومها على مقابلة دليل خاص ، لأن الخاص يقدم على العام عند التعارض ، كما

400 - البغوي .التهذيب 528/3 وما بعدها ط.دار الكتب العلمية .
401 - شهاب الدين القرافي .الفروق 282/3 .
402 - راجع .البهوتي .كشاف القناع 157/3 .
403 - البغوي .التهذيب 529/3 وما بعدها .

رد على دليل السنة عند الفريق الأول بأن الدليل في غير محل النزاع ، حيث إن عروة كان وكيلاً مطلقاً عن النبي ﷺ بدليل أنه قام بتسليم المبيع دون الرجوع للنبي ﷺ فيما قام به ، ولا يقبل هذا التصرف من العاقد إلا أن يكون مالكاً أو وكيلاً مطلقاً ، كما يرد على دليل المعقول بأن القياس هنا أيضاً مع الفارق إذ البيع من العقود الملزمة التي ترتب آثاراً بعد انعقادها بخلاف الوصية ، فهي في الأصل عقد جائز ، وآثارها لا تترتب إلا بعد وفاة الموصي مصراً على وصيته مع قبول الموصى له للوصية فاختلفا، كما يرد على أن تصرف الفضولي صادر ممن يملك أهلية إبرام العقود فهذا صحيح ؛ لكنه ليس محل النزاع وإنما محل النزاع تصرفه في شئ غير مملوك له دون سند شرعي يخول له هذا التصرف ، وأما عن عرض الأمر على المالك فيمكن أن يتم ذلك بإيجاب جديد يقبله المالك ، ويجاب عن مناقشة دليل السنة عند القائلين بالبطلان بأن النزاع في البيع الموقوف وليس في البيع التام فيرد عليه بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، ويرد على مناقشة دليل المعقول بأن التصرف بغير ولاية شرعية أيضاً تجعل بيع ما لا يملكه الإنسان باطلاً لهذا كله أرى رجحان رأي القائلين بالبطلان .

الفرع الثاني :- حكم البيع على المكشوف في الفقه المعاصر .

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة إلى اتجاهين :- حيث يرى أصحاب الاتجاه الأول عدم الجواز ، والثاني يرون الجواز ، وإليك التفصيل .

الاتجاه الأول :- يرى عدم جواز البيع على المكشوف([404]) ، وسند هذا الفريق فيما ذهبوا إليه السنة والمعقول .

[404] -د/ علي القرة داغي .بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص132 ،د/ محمد صبري هارون . أحكام الأسواق المالية ص268 وما بعدها ، ط.دار النفائس الأردن أولى 1999م ، د/ عطية السيد فياض .بورصة الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ص247 ط.جامعية 2003 م ، د/ محمد عبدالحليم عمر .التفسير الإسلامي لأزمة البورصات العالمية ص120 ، د/ معبد الجارحي .الشركات في ضوء الإسلام ، الإدارة المالية في الإسلام 134/1 .

أما دليل السنة :- فقد استدلوا بحديث حكيم بن حزام السابق حينما سأل النبي قائلاً :"يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أأبتاع له من السوق ثم أبيعه ؟قال : لا تبع ما ليس عندك"[405]

واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال :"لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك"([406]) .

وأما دليل المعقول:- فقد قالوا بقيام هذه العملية على الغرر والمقامرة ؛ حيث إن هذه العملية قائمة على ظن المضارب بانخفاض السعر في قابل الأيام ؛ فيبيع الآن بسعر أعلى ليشتري عند انخفاض السعر مرة أخرى لنفس الأسهم بسعر أقل ويستفيد من فارق السعر ، فلو حدث العكس وارتفعت الأسعار تكون كارثة عليه لأنه ملزم بالشراء بالسعر الأعلى مضافاً إليه ما يؤدى للسمسار الذي أقرضه من مال غيره لذلك يقول ابن القيم :"فإذا باعه شيئاً معيناً وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه ويسلمه كان متردداً بين الحصول وعدمه فكان غرراً يشبه القمار فنهي عنه"([407]) ، وهناك مقامرة أخرى من السمسار الذي يقرض عملاءه أوراقاً مالية ليست له بل لعملاء آخرين فيكون بذلك معيناً على المقامرة([408]) ،ويضاف إلى ما سبق حصول السمسار على أرباح غير جائزة شرعاً ، لأنه جناها من إقراض أوراق مالية ليست

---

405 - حديث حكيم سبق تخريجه . ويراجع في نفس المعنى د/ سمير رضوان .السابق ص327 .

406 - أبو داود .السنن 283/3 كتاب البيوع ،باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، رقم الحديث 3504 ، الترمذي .سنن الترمذي 527/3 وما بعدها ، كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، رقم الحديث 1234 ، قال الترمذي :هذا حديث حسن صحيح ، النسائي 288/7 كتاب البيوع ، باب بيع ما ليس عند البائع ،رقم الحديث 4611 ، الحاكم في المستدرك 21/2، كتاب البيوع رقم الحديث 2185 ، ابن عبدالبر في التمهيد 565/10 قال :" وهذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ وهو حديث صحيح ، مسند الإمام أحمد بن حنبل 190/6 أول مسند عبدالله بن عمرو ، رقم الحديث 6628 ط.دار الحديث بالقاهرة أولى 1995م .

407 ابن القيم . زاد المعاد في هدي خير العباد 716/5 ط.مؤسسة الرسالة بيرو ت الطبعة السابعة والعشرون 1994م ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي 733/5 .

408 - راجع في هذا المعنى د/ شعبان البرواري .السابق ص200 ، د/ خزرشيد إقبال .السابق ص381 .

له وبدون علم أصحابها واستفاد هو منها دون مالكها ، كما تدخل شائبة التضليل في هذا العقد أيضاً حيث إنه يسلم أوراقاً مقترضة وليست مملوكة له ، وهذا من شأنه إبطال العقد([409]) .

الاتجاه الثاني :- يرى جواز البيع على المكشوف .

وقد استدل هذا الفريق على ما ذهب إليه بأن نهي النبي ﷺ الوارد في الحديثين الذين استدل بهما القائلون بعدم الجواز ليس نهياً على سبيل الحتم والإلزام ، بل خرج على سبيل النصح والإرشاد ، ويؤيد ما نقوله توجيه النبي ﷺ الخطاب للبائع وليس للمشتري ، لأن تمام الصفقة متوقف عليه ، ولأنه أحرص على إنفاذ الصفقة من حيث جني الربح المضمون لسلعة ليست موجودة عنده ؛ فيدعوه طمعه إلى ذلك ، كما أن خسارة الصفقة تقع على الطرف الآخر -المشتري- إذا وجد في القابل ما يمنع تمامها([410]) .

كما يستدل له بأن الشئ غير الموجود أصبح التعامل به عرفاً في الأسواق خارج البورصة ، ووقوعه داخل البورصة أكثر ضماناً وأماناً للمتعاملين لنظم البورصة الأكثر أماناً ، ولأن النهي عن بيع ما لا يملكه الإنسان يمكن أن يكون لصغر الأسواق وضيقها ؛ بخلاف البورصة ، لأن استمرار التجارة فيها والثقة التامة في الحصول على السلعة ينفي احتمال المخاطرة([411]) .

كما أن الأقرب للبيع على المكشوف أن يتم تكييفه على أنه داخل تحت بيع ما يشتريه الإنسان قبل قبضه ، وهذا محل خلاف بين الفقهاء بين الموسع فيه والمضيق مما يجعل المعاملة بالبيع على المكشوف جائزة لا غرر فيها([412]) .

---

[409]- د/ شعبان البرواري .السابق ص200 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص383 .

[410] - د/ عبدالكريم الخطيب .السياسة المالية في الإسلام ص176 ط.دار الفكر العربي القاهرة 1976م ، د/ علي عبدالقادر .مسائل البورصة في الشريعة الإسلامية 438/5 من موسوعة البنوك الإسلامية المجلد الأول .

[411] - المرجع السابق . ص176 . د/ علي عبدالقادر .السابق

[412] - د/ محمد الشحات الجندي .معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية ص125 ط.دار النهضة العربية .

المناقشة والترجيح :- نوقشت أدلة الفريق الثاني بالآتي :-

أولاً:- إن الادعاء بأن النهي ليس على سبيل الحتم والإلزام بل على سبيل النصح والإرشاد يحتاج لقرينة تصرف النهي عن وجهته الأصلية إلى النصح والإرشاد ، وما ذكرتموه من توجيه الخطاب للبائع لا يصلح أن يكون قرينة ، لأن النبي ﷺ لم يكن أمام عملية بيع حضر طرفاها ، وإنما توجه إليه أحد الطرفين بالسؤال –البائع- فجاء الجواب له ، ولأن الطرف الآخر غير موجود ، فبقي النهي على سبيل الحتم والإلزام ، كما يضاف إليه ما ذكره الفقهاء المعاصرون بأن بيع ما ليس عند الإنسان هو بذاته الصورة التي تتم في عملية البيع على المكشوف في البورصة والمنهي عنه لفسادها([413]) .

ثانياً :- يناقش الدليل الثاني بأن العرف في الأسواق خارج البورصة على التعامل بهذه الصورة ، وكون البورصة أكثر أماناً فيجوز فيها من باب أولى هو قول تعوزه الدقة ، لأن ما ذكرته قبل ذلك عن مخاطر البيع على المكشوف داخل السوق العادية يقتصر على خسارة المال فقط ، أما في البورصة فإن المخاطر أكبر ، لأنه يخسر رأس المال مضافاً إليه فائدة السمسار والأعمال الإدراية التي يقوم بها ، وإذا ارتفع السعر في البورصة – على خلاف توقعه- يكون مطالباً برد الأوراق المالية الأكثر قيمة مما يجعله مطالباً بفارق السعر ، كما أن بعض البورصات العالمية كبورصة نيويورك توقف التعامل بها إذا كان اتجاه أسهم الشركة يتم تداوله نحو الانخفاض لأنه يمكن أن يؤدي لانهيار السوق([414]) ، والشريعة الإسلامية أولى بتحريم ذلك ، لأن من مقاصدها حفظ المال ، ومن تشريعاتها تحريم أكل أموال الناس بالباطل ، وكذلك تحريم كل ما يؤدي للضرر أو الضرار([415]) .

ثالثاً :- يناقش الدليل الثالث بأن تكييف البيع على المكشوف بأنه من قبيل بيع ما يشتريه الإنسان قبل قبضه مردود عليه بأنه من قبيل بيع ما ليس عند الإنسان وما لا

413 - د/ عطية السيد فياض . بورصة الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي .السابق ص 251 .
414 - د/ علي القرة داغي.بحوث في الاقتصاد الإسلامي ، ص132 .
415 - د/ خورشيد إقبال .السابق ص382 .

يملكه ، وهو متفق على عدم جوازه([416]) ، لهذا كله يترجح الاتجاه الأول القائل بعدم جواز البيع على المكشوف لما يترتب عليه من مخالفات شرعية من المخاطرة والمقامرة وبيع ما ليس عند الإنسان وما لا يملكه ، وخطر إضاعة المال ، وكل هذه مخالفات شرعية يتعذر معها جواز البيع بهذه الصورة .

المبحث الثالث : التعامل بالهامش

المطلب الأول :- التعامل بالهامش في الفقه الوضعي (الشراء بجزء من الثمن) :-

معنى التعامل بالهامش :- يقصد بالتعامل بالهامش في البورصة دفع المشتري جزءاً من الثمن واقتراض جزء آخر من السمسار الذي يتعامل معه مقابل فائدة شهرية عليه ؛ لشراء كمية أكبر من الأوراق المالية ، ثم رهن هذه الأوراق المشتراة لدى السمسار كضمان للقرض([417]) .

ويحصل المشتري على القرض إما من السمسار الذي يتعامل معه ، أو من أحد المصارف ، وإذا أخذه من أحد بيوت السمسرة يقوم بيت السمسرة بإقراضه جزءاً من الثمن للأسهم التي يريد شراءها ، وتسجل الأسهم المشتراة باسم بيت السمسرة ، وليس المشتري بهدف تمكين بيت السمسرة من الاقتراض من أحد المصارف مقابل رهن الأسهم التي عنده ، ويكون ذلك بنسبة أقل من الفائدة التي يقرضها للمشتري بفائدة أعلى([418]) .

والملاحظ أن التعامل بالهامش يشبه كثيراً البيع على المكشوف في قيام كل منهما على القرض ، لكن يختلفان في نوعية القرض، إذ إن المضارب في التعامل بالهامش يقترض ليشتري مزيداً من الأوراق المالية يصعب عليه شراؤها إلا بهذا

---

[416] - د/ عطية فياض .السابق ص253 .

[417] -د/ أحمد محي الدين .أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص425 ،سلسة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ط.اولى1995م ، د/ سمير رضوان .السابق ص 328 .

[418]- د/ منير هندي .السابق .ص136 ،د/ خالد الراوي .الاستثمار ،السابق ص102 وما بعدها .

القرض ، بينما في البيع على المكشوف يقوم المضارب باقتراض الأوراق المالية (الأسهم والسندات)([419])

أنواع التعامل بالهامش:- يوجد نوعان للتعامل بالهامش أحدهما الهامش الابتدائي :- وهو يستخدم عادة في المضاربات السريعة وهو يتعلق بشراء الأسهم في اليوم الواحد فقط ، والثاني :- يسمى بالهامش الاستمراري وهو ما يتعلق بالقرض بعد اليوم الأول([420]) .

طبيعة التعامل بالهامش :- التعامل في البورصة واستثمار الأموال فيها لابد وأن يكون عن طريق أحد بيوت السمسرة ، وتبدأ بتوجه المستثمر إلى أحد هذه البيوت طالباً استثمار أمواله فيخيره بين استثمار أمواله بما يملكه من أموال فقط ، وبين استثمار أمواله مختلطاً بالمضاربة ، حيث يمكنه باختيار طريق المضاربة بأن يشتري أوراقاً مالية ضعف ما يمكنه شراؤه نقداً ، فيدفع 50% من الأوراق التي يريد شراءها ، ويقوم السمسار بإقراضه باقي القيمة بمعدل الفائدة المتعامل به([421]).

وتختلف النسبة المدفوعة في التعامل بالهامش حسب القواعد والنظم في البورصات، وعادة ما تكون بين 40% و60% من قيمة الورقة السوقية عند الشراء ، وهذا ما يطلق عليه الهامش المبدئي ، ويشترط ألا يقل عن 25% من قيمتها ، وهذا ما يسمى بهامش الأمان([422]) .

ويتخذ البنك المركزي من التعامل بالهامش وسيلة للتحكم في أنشطة السوق ، سواء بتخفيض أو رفع نسبة الهامش ، فإذا وجد ارتفاع مستويات الأسعار بشكل غير طبيعي نتيجة ارتفاع المضاربات يقوم برفع نسبة الهامش ؛ وهذا يؤدي لانخفاض الطلب على القروض المستخدمة في تمويل التعامل بالهامش ، وإذا كان الأمر عكس

---

[419] - د/ خورشيد إقبال .السابق ص386 في نفس المعنى .

[420] -د/ شعبان البرواري .السابق ص187 نقلاً عن د/ علي القرة داغي. أسواق الأوراق المالية في ميزان الإسلام ،بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي 163/1 الدورة السابعة.

[421] - د/ أحمد محي الدين .السابق ص426 ، د/ سمير رضوان .السابق ص330 ، د/ شعبان البرواري .السابق ،ص188 .

[422] -د/ علي القرة داغي .بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص 130 ، د/سمير رضوان .السابق ص328 ،د/ محمد عبدالحليم عمر .التفسير الإسلامي لأزمة البورصات العالمية ص71 .

ذلك بسبب قلة الإقبال على الشراء في البورصة قام بتخفيض نسبة الهامش بغرض تحصيل القروض اللازمة للمتعاملين لتمويل تعاملاتهم ، مما ينتج عنه زيادة نشاط السوق والإقبال على شراء الأسهم([423]) ، وغالب لجوء المضارب للتعامل بالهامش حين يتوقع انتعاش السعر للورقة المالية التي أقدم على شرائها في المستقبل حيث يضمن عند جني الأرباح بعد قيامه بسداد القرض ؛ مضافاً إليه نسبة الفائدة ، وإذا خاب ظنه حينها يخسر كل شئ ، وتحل الكارثة المالية عليه([424]) .

والتعامل بالهامش ترتفع فيه درجة المخاطر ، حيث كان أحد أهم الأسباب التي أدت لانهيار أسواق البورصة العالمية سنة 1929م ؛ حيث تم التوسع في الشراء بجزء من الثمن ، لذلك اتخذت الولايات المتحدة إجراءات مشددة على الهامش الابتدائي المستخدم في المضاربة السريعة ؛ حيث يظهر تأثيره السلبي عندما تهبط الأسعار فتقوم بيوت السمسرة بمطالبة العملاء بسداد الفروق من أجل المحافظة على نسبة الحدود ، وعند عجزهم عن الوفاء يقوم السماسرة ببيع الأوراق الموجودة عندهم كضمان ، وعندئذ تتعرض الأسعار لمزيد من الهبوط حيث يقل الشراء مقابل ازدياد البيع في السوق([425]).

المطلب الثاني :- حكم التعامل بالهامش في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء المعاصرون الذين تعرضوا لهذه المسألة على عدم جوازها شرعاً؛ وإن اختلف تعليل كل منهم لهذه الحرمة غير أنه يمكن جمع هذه الأمور وتقديم خلاصتها في الآتي :-

أولاً:- وجود القرض بفائدة في هذه المعاملة وهو عين الربا المحرم .

---

[423]- د/ منير هندي .السابق ص137 ، د/ محمد صالح جابر.الاستثماربالأوراق المالية ص275 ط.شركة المطابع النموذجية 1989م ، د/ مبارك بن سليمان .السابق ص688 وما بعدها .

[424] -د/ محمد عبدالحليم عمر .السابق ص71 ، د/ معبد الجارحي .الشركات في ضوء الإسلام " الإدارة المالية في الإسلام"137/1 .

[425] - د/ علي القرة داغي .السابق ص130 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص387 وما بعدها ، د/ سمير رضوان .السابق ص328 .

ثانياً :- وجود بيع وشرط في هذه المعاملة وقد نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع ، كما **ثالثاً :-** اجتماع عناصر ربا الديون الثلاثة وهي وجود دين مستغرق في الذمة لطرف على آخر ، والأجل ، والزيادة المشروطة مقابل الأجل ، وكل ذلك متفق على حرمته([426]) .

جاء في حديث عبدالله بن عمرو السابق .

وقد جاء ذلك متفقاً مع ما أوصت به ندوة سوق الأوراق المالية في البند السابع منها " (أ) لا يجوز شراء السهم بقرض ربوي يقدمه السمسار للمشتري لقاء رهن السهم ؛ لما في ذلك من المراباة وتوثيقها بالرهن وهما من الأعمال المحرمة بالنص على لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه . (ب) لا يجوز أيضاً بيع سهم لا يملكه البائع وإنما يتلقى وعداً من السمسار بإقراضه السهم في موعد التسليم ، لأنه من بيع ما لا يملك البائع ، ويتأكد المنع إذا اشترط إقباض الثمن للسمسار لينتفع به بإيداعه بفائدة على مقابل الإقراض([427]) .

الفصل الثاني :- العمليات الآجلة

المبحث الأول :- العمليات الآجلة الباتة

المطلب الأول : العمليات الآجلة الباتة في الفقه الوضعي

أولاً معناها:- هي تلك العمليات التي يتم تنفيذها بموعد ثابت يسمى بيوم التصفية ، يلتزم المتعاقدان فيه بدفع الثمن وتسلم الأوراق المالية موضوع التصفية ، وتسمى الباتة لأن العاقدين ليس لهما حق الرجوع في تنفيذ العملية ، إلا أن لهما حق الرجوع

[426] - راجع د/ محمد عبدالحليم عمر .السابق ص119 ، د/ سمير رضوان .السابق ص 330 ، د/ محمد صبري هارون .السابق ص271 ، د/ شعبان البراوري .السابق ص194 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص388 وما بعدها ، د/ عطية فياض بورصة الأوراق المالية .السابق ص254 وما بعدها .

[427] -د /عطية فياض .السابق ص255 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص389 .

في تأجيل موعد التصفية إلى موعد آخر([428]) ، وتجرى التصفية في كل شهر ، حيث تسوى الصفقات نهائياً ، وعندها يتم دفع الثمن وتسلم الأوراق المالية في غضون أيام قليلة من وقت التصفية([429]).

طبيعتها :- من خلال التعريف السابق يمكن القول بوجود موعد ثابت لتنفيذ العمليات الآجلة ؛ ويسمى يوم التصفية أو يوم التسوية ، ويترتب على البيع ترتب آثاره ؛ من التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بتسليم الثمن ، كما يمتنع على أحدهم فسخ العقد أو إلغاؤه ، ولكن يمكن أن يلجأ أي من المتعاقدين إلى تصفية مركزه ؛ حيث يبيع بالنقد ما اشتراه آجلاً ؛ ويكون له أو عليه الفارق بين السعرين – يوم التعاقد ويوم التصفية- وإن كان بائعاً يشتري عاجلاً ما باعه آجلاً ويكون له أو عليه الفارق بين السعرين – يوم التعاقد ويوم التصفية – كما يمكن لأي من المتعاقدين تأجيل التصفية إلى موعد لاحق يحدد بالتصفية المقبلة ، وينقل مركزه إلى غيره مقابل سداد فائدة أو بدل عن التأجيل يسمى ببدل التأجيل([430]) .

مميزاتها :- تتميز هذه العملية بالمخاطرة من قبل المتعاقدين إذ يهدف كل منهما من وراء هذه العملية إلى الحصول على الربح المتمثل في الفارق بين السعر يوم التعاقد ويوم التصفية ، ولا يمكن أن يربح الطرفان معاً ، فلابد من رابح وخاسر إذا تحرك السعر هبوطاً وصعوداً من يوم التعاقد إلى يوم التصفية ، وتتجنب الخسارة بينهما إذا كان سعر يوم التعاقد مساوياً لسعر يوم التصفية، وإن كان هذا نادر الحدوث([431]) ، فبغية كل من البائع والمشتري متعارضة ، إذ يتوقع البائع من وراء هذه المعاملة هبوط الأسعار فهو حينئذ يضارب على الهبوط ، بينما المشتري عكس ذلك ؛ إذ

---

[428] - د /أحمد محي الدين .السابق ص429 ، د/ محمد عبدالغفار الشريف .السابق ص89 ، د/ علي القرة داغي . السابق ص117 ، د/ هشام البساط .الأسواق المالية الدولية وبورصات الأوراق المالية ص45 وما بعدها ط. اتحاد المصارف العربية .

[429] -د/ علي القرة داغي .بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص117 .

[430] - د/سمير رضوان .في نفس المعنى أسواق الأوراق المالية ص334 .

[431] - يراجع في نفس المعنى د/ شعبان البرواري .السابق ص204 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص396 وما بعدها .

يرجو ارتفاع السعر حتى يجني ربحاً من جراء السعر الذي تعاقد به والسعر يوم التصفية ؛ فهو مضارب على صعود السعر ، ويتضح ذلك من خلال المثال ؛ فلو فرضنا أن بائعاً ومشترياً تعاقدا على بيع وشراء (1000) ألف سهم لشركة إعمار بسعر مائة درهم إماراتي لكل سهم وتم هذا التعاقد بتاريخ 11/1 على أن تسلم الصفقة يوم 11/25 ، فلهذه العملية ثلاثة افتراضات : الأول :- أن تظل قيمة السهم يوم التصفية مساوية لقيمتها يوم التعاقد – وهو نادر الحدوث – ونتيجة ذلك أنه ليس بينهما رابح أو خاسر لعدم اختلاف القيمة يوم التصفية عن يوم التعاقد.

والفرض الثاني :- إذا هبطت قيمة السهم من (100) مائة درهم في (80) ثمانين درهما وهنا يكون الربح للبائع الذي يضارب على هبوط السعر، وقيمة الربح تساوي الفارق بين القيمة يوم التعاقد = 1000 سهم × 100 درهم = (100000) مائة ألف درهم، وقيمة يوم التصفية = 1000سهم ×80 درهما = (80000) ثمانين ألف درهم ، وقيمة الربح الفارق بين السعرين وهي = (20000) عشرين ألف درهم .

والمشتري الذي خابت توقعاته أمام أحد خيارات ثلاثة : الخيار الأول :- يقوم المشتري باستلام الأسهم فعلياً وتسليم ثمنها المائة ألف درهم ويتملك الأسهم ، ويتحمل الخسارة – عشرين ألف درهم – ويحتفظ بالأسهم حتى صعودها رغبةً في استثمار طويل الأجل ، والخيار الثاني :- قيام المشتري بتصفية مركزه فيبيع بالنقد ما اشتراه آجلاً ويتحمل الخسارة بقيمة العشرين ألف درهم فارق ما بين السعرين ، وهذه الخطوة يقدم عليها المشتري إذا وجد أن الأسعار ستهبط أكثر من ذلك ، أو كانت الخسارة طفيفة ، والخيار الثالث :- أن يتوقع تحسن الأسعار في الفترة المقبلة وعند ذلك يقوم بتأجيل تصفية مركزه المالي إلى التصفية التي تليها ، ويصدر أمره إلى السمسار بذلك في مقابل مبلغ مالي يسمى ببدل التأجيل ، وعند موافقة البائع تنتقل التصفية في هذه العملية إلى التصفية التي تليها ، وعند رفض البائع يقوم السمسار بالبحث عن ممول يحل محل المشتري إلى يوم التصفية القادمة ، ويحصل

على المقابل المسمى ببدل التأجيل، والفرض الثالث :- عكس الثاني حيث يكون الربح في اتجاه المشتري وتتبدل الأماكن بينه وبين البائع لما قلناه بالفرض الثاني .

لكن الواضح من هذه العملية أنها تمت بين شخصين لا يملكان شيئاً إلا المخاطرة والتنبؤ بالمستقبل ، فالبائع لا يملك أوراقاً مالية والمشتري لا يملك الثمن وكليهما دخل للصفقة يمني نفسه بالربح الناتج عن حسن التوقع لفارق السعرين بين ما باع به وما اشترى دون وجود أصول مالية لهما(432) ، ومن الممكن أن يشترط المشتري فقط لنفسه خيار التنازل عن حق الأجل حين يلاحظ اتجاه الأسعار نحو الهبوط ؛ فيستخدم هذا الشرط لإيقاف هبوط السعر ؛ حيث بإمكانه أن يطلب من البائع هذه الأوراق من السوق بالسعر العاجل ؛ فيرتفع السعر نتيجة زيادة الطلب عليه ؛ فتتوقف حركة هبوط السعر ، أو تتجه نحو الصعود نتيجة الطلب المتزايد ، وعنئذ يحق للمشتري بيعها قبل موعد التصفية عن طريق أحد الوسطاء ، ويسجل رصيد العملية إذا اقترنت بربح في رصيد دائن([433]) .

المطلب الثاني :- حكم العمليات الآجلة الباتة في الفقه الإسلامي .

من خلال ما سبق عن العمليات الآجلة الباتة تبين أنها تحوي مسائل فقهية ينبغي الوقوف على حكمها وهي البيع مع تأجيل البدلين – الثمن والمثمن – والبيع قبل القبض ، ودفع مقابل لبدل التأجيل ، **وقد اختلف الفقه المعاصر في حكم العمليات الآجلة الباتة إلى اتجاهين :-**

الاتجاه الأول :- يرى عدم جواز هذه العمليات وهم أغلب الفقهاء المعاصرين ([434])، وقد استند هذا الفريق لما ذهب إليه بالأدلة الآتية :-

---

[432] - د/ خورشيد إقبال .السابق ، ص398 ، د/ علي القرة داغي .السابق ص118 .

[433] - راجع في ذلك د/ محمد عبدالغفار الشريف .بحوث فقهية معاصرة ص90 ، د/ عطية فياض .سوق الأوراق المالية ص399 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص398 .

[434] - د/علي القرة داغي .السابق ص118 ،د/ أحمد يوسف سليمان .رأي التشريع الإسلامي في مسائل البورصة موسوعة البنوك الإسلامية 426/5 ، د/ أحمد محي الدين . أسواق الأوراق المالية ص429 وما

أولاً :- بناء هذه العملية على جملة من المنهيات المحرمة ؛ حيث يوجد فيها المقامرة والمخاطرة لأن كلاً من البائع والمشتري لا يربح إلا على حساب خسارة الآخر ، وقد دخل كل منهما متمنياً الربح على حساب صاحبه وهو عين القمار ، كما يحرم هذه المعاملة عدم تسليم البدلين أو أحدهما عند التعاقد ، كما يحرمها أيضاً بيع ما ليس موجوداً عند البائع وبيع ما لم يقبض .

ثانياً :- اختلاف هذه العملية عن بيع السلم من حيث عدم قبض الثمن في مجلس العقد ، فالعمليات الباتة لا يتم فيها تسليم ولا تسلم أي من البدلين بل الشبه فيها ببيع الدين بالدين المنهي عنه بحديث رسول الله ﷺ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ([435]) ، وإن قال المالكية بجواز تأخير القبض إلى ثلاثة أيام ؛ إلا أن التأجيل هنا إلى يوم التصفية فخرج عنه ، ويختلف عن السلم في عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه ، ولكن الواقع في العمليات الآجلة الباتة يقول إن المشتري قد يقوم ببيع السلعة وهي في ذمة البائع الأول بيوعاً متعددة .

ثالثاً :- عدم ترتب آثار العقد اللازم على هذه المعاملات يفسدها ؛ فمن شأن عقود البيع عدم تعليقها أو إضافتها إلى المستقبل بل يترتب عليها التمليك والتملك في الحال، وهذا يتنافى مع العمليات الباتة التي تضيف التسليم والتسلم إلى أجل .

بعدها ،د/ شعبان البرواري .السابق ص204 وما بعدها، د/ خورشيد إقبال .السابق ص400 وما بعدها ، د/ كيلاني المهدي .السابق ص343 ،د/ يوسف كمال محمد .المصرفية الإسلامية الأزمة والمخرج ص272 نقلاً عن د/ السيد السخاوي .السابق ص488 ، د/محمد عبدالحليم عمر .الإطار الشرعي والمحاسبي لبيع السلم ص46 وما بعدها ط.المعهد العالي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بجدة 1412هـ/1992م ،د/ محمد صبري هارون .أحكام السوق المالية .السابق ص276 ، د/ سمير عبدالحميد رضوان.أسوق الأوراق المالية .السابق ص345

[435] - الحاكم .المستدرك على الصحيحين 65/2 كتاب البيوع ، رقم الحديث 2342 وقال :صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه والحديث عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر ط.دار الكتب العلمية أولى 1990م ،الطحاوي .شرح معاني الآثار21/4 كتاب البيوع ، باب بيع المصراة، رقم الحديث 5554 ط.عالم الكتب أولى 1994م،الدارقطني.سنن الدارقطني 40/4 كتاب البيوع رقم الحديث 3060 ط.مؤسسة الرسالة أولى 2004م .

رابعاً :- تحقق الربا المحرم في هذه المعاملة حين يقوم المشتري بتأجيل التصفية إلى التصفية اللاحقة مقابل التزامه بدفع ما يسمى ببدل التأجيل هو من قبيل الربا المحرم لأنه التزام زيادة في مقابل الأجل .

خامساً :- دخول الغرر المفيد للجهالة والمفسد للعقود لهذه المعاملة ، ولا يحتج بأن الوقت الذي سيتم فيه التسليم محدد لأنه يمكن لأي من المتعاقدين تأخير موعد التصفية إلى التصفية التي تليها مما يجعل الأجل مجهولاً فيفسد العقد([436]).

الاتجاه الثاني :- يرى جواز العمليات الباتة إذا تمت على أوراق مالية يملكها البائع ويملك المشتري الثمن وكلا البدلين يجوز فيه النَّسَاء والتفرق قبل التقابض ويكون قياسها على عقد بيع أجل فيه تسليم كل من البدلين([437]) ، كما يقول بهذا القول من الفقهاء القدامى ابن تيمية وابن القيم ؛ حيث ورد عنهما ما يؤيد جواز بيع المعدوم حيث يقول ابن تيمية في ذلك :"ليس في كتاب الله وسنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام ، وإنما فيه النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة ، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم ، بل الذي ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ، والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً كالعبد الآبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه ، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهي عنه لكونه غرر لا لكونه معدوماً"([438]) وهذا المعنى نص عليه ابن القيم أيضاً([439]) .

وقد رجح بعض المعاصرين هذا الرأي بتخريج العمليات الآجلة عليه ؛ حيث نص على ذلك بقوله :" ونحن نميل كل الميل لجواز أن يكون المعدوم موضوعاً للعقد قياساً لا استحساناً كما هو رأي ابن تيمية وابن القيم ما دام لا غرر فيه ولا جهالة

436 - المراجع السابقة نفسها .

437 - د/ عطية فياض .بورصة الأوراق المالية . السابق 265 ،د/ محمد عبدالغفار الشريف .بحوث فقهية معاصرة .السابق ص90 ،

438 - ابن تيمية الحراني.مجموع الفتاوى 543/20 ط.مجمع الملك فهد 1995م/1416هـ .

439 - ابن القيم.إعلام الموقعين 7/2 فصل بيع المعدوم في القياس تحقيق محمد عبدالسلام إبراهيم ط.دار الكتب العلمية أولى 1991م/1411هـ .

تؤديان إلى النزاع أو المخاطرة أو القمار ... وليس هذا الذي نقوله مما يبعد كثيراً عن أقوال الفقهاء الذين نعتقد أنهم لو رأوا البيع في البورصة على هذا النحو لقالوا صراحة بما نذهب إليه ، وذلك تيسيراً على الناس في معاملاتهم بما لا ضرر فيه ، والإسلام دين اليسر لا العسر([440]) .

وقد رد على هذا التخريج بعدم صحته على رأي ابن تيمية وابن القيم ؛ فبيع الإنسان مالا يملك لا يجوز إما لأنه غرر عند من يمنعون بيع الغرر وهم جميع الفقهاء ومنهم ابن تيمية وابن القيم ، وإما لأنه معدوم عند من لا يجوز بيع المعدوم، وقد أيَّد هذا القول د/ وهبة الزحيلي حيث نقل اتفاق المذاهب الثمانية وجميع الفقهاء بمن فيهم ابن تيمية وابن القيم على أن بيع الإنسان ما لا يملك لا يجوز ومنه العمليات الباتة القطعية إما لأنه معدوم أثناء العقد عند غالب الفقهاء ، وإما للغرر عند الحنابلة([441]) .

وقد استند المجيزون للعمليات الباتة الآجلة إلى الأدلة التالية:-

أولاً :- جواز اشتراط تأجيل الحق إلى مدة معينة – كما يقول بذلك المالكية والحنابلة مستندين في ذلك إلى حديث جابر بن عبدالله عن رسول الله ﷺ أنه كان يسير على جمل قد أعيا فمر النبي ﷺ فضربه فسار سيراً ليس يسير مثله ثم قال : بعنيه بأوقية فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي ، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرفت فأرسل على أثري قال :ما كنت لآخذ جملك ، فخذ جملك ذلك فهو مالك([442]) .

ويناقش هذا الدليل بأنه يوجد فارق بين ما ذكرتم وبين العمليات الباتة الآجلة القائمة على عدم ملكية أي من البدلين ، والمذكور في الحديث أن أحد البدلين موجود مشاهد والثمن معلوم فاختلفا، وهذا الذي ذكرناه هو ما قال به الإمام ابن حجر –

---

[440] - د/ محمد يوسف موسى .الإسلام ومشكلاتنا المعاصرة ص49 ط.المكتب الفني للنشر بالقاهرة .دون تاريخ .

[441] - د/ أحمد يوسف سليمان .رأي التشريع الإسلامي في مسائل البورصة مطبوع بموسوعة البنوك الإسلامية 406/5 وما بعدها ، د/ وهبة الزحيلي .الفقه الإسلامي وأدلته 5037/7 ط.دار الفكر دمشق .

[442] - البخاري .صحيح البخاري 189/3 كتاب الشروط ، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ن رقم الحديث 2718 ط. دار طوق النجاة أولى 1422هـ مسند الإمام أحمد بن حنبل 109/22 مسند جابر بن عبدالله ، رقم الحديث 14196 ط.مؤسسة الرسالة 2001م .

رحمه الله – حيث قال بعد ذكر روايات الحديث :"وإنما تحصل من مجموع الروايات أنه باعه البعير بثمن معلوم وزاده عند الوفاء زيادةً معلومة ، ولا يضر عدم العلم بتحقيق ذلك ... وفي الحديث جواز المساومة لمن يعرض سلعته بالبيع والمماكسة في البيع قبل استقرار العقد وابتداء المشتري بذكر الثمن، وأن القبض ليس شرطاً في صحة البيع([443]) ، كما أن المالكية قالوا بأنه لا يجوز بيع المعدوم إلا إذا كان الثمن نقداً ، وأما تأخير رأس مال السلم عندهم ثلاثة أيام فقد جوز للحاجة واشتراط الحنابلة قبض الثمن في المجلس([444]).

ثانياً :- استدل المجيزون بأن هذه الأوراق عبارة عن ديون لا تتعين إلا بالتعيين ، ولكن تحدد بالجنس والنوع كالأسهم من شركة كذا – ويسميها-([445]) .

ويرد على هذا الدليل بأن هذه الديون ليست كذلك وإنما هي معتبرة بما تماثله من أصول الشركة فهي حصص مشاعة من موجودات الشركة ومعتبرة بها عيناً ودیناً([446]).

الترجيح :- بعد سوق آراء الفريقين وأدلتهم ومناقشة أدلة من أجازوا العمليات الباتة يترجح عندي القول بالمنع لما ساقه أصحاب هذا القول من أدلة ثابتة ؛ فالمقامرة والمخاطرة لا تحتاج إلى دليل في هذه العملية ، التصرف بالبيع والشراء دون ملك وتأجيل قبض البدلين ودفع مقابل بدل التأجيل – الذي يعد من الربا – واختلاف صورة هذه العملية عن عقد السلم الجائز شرعاً – وإن كان السلم مستثنى من بيع المعدوم – فلا يجوز القياس على المستثنى ، ومع ذلك هناك فوارق بين هذه العمليات وبين السلم ، وكذلك عدم ترتب آثار العقد عليه بعد عقده مباشرةً ، كما أن

---

[443]- راجع ابن حجر العسقلاني .فتح الباري شرح صحيح البخاري321/5 وما بعدها ط.دار المعرفة لبنان 1379هـ .

[444] - ابن عرفة الدسوقي .حاشية الدسوقي على الشرح الكبير63/3 ،البهوتي .كشاف القناع 190/3 ، وفي نفس المعنى د/ علي القرة داغي .السابق ص119

[445] -.د/ محمد عبدالغفار الشريف .السابق ص96 .

[446]- د/ علي القرة داغي .السابق ص119 ، ومابعدها ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص402 ، د/ شعبان البرواري .السابق ص211 .

من أجاز اشتراط أن تتم هذه العمليات على أوراق مالية يملكها البائع ويملك المشتري الثمن ، ومعطيات هذه العمليات تقول بعدم ملك البدلين من أيهما ، كما أن اشتراط هذه الشروط عند المجيزين لهذه العمليات وتحقق العلم بعدمها يؤيد وجهة نظرنا في المنع .

المطلب الثالث :- البدائل الشرعية للعمليات الباتة .

بعد ذكر آراء الفقهاء في العمليات الباتة الآجلة ، ورأينا أن جُلّ الفقهاء قد ذهب إلى القول بتحريمها لما فيها من مخالفات شرعية ، ولأن الشريعة الإسلامية هي الشريعة الخاتمة وفيها من القواعد العامة ما يسمح بتطورها مع الحوادث والمستجدات في كل عصر فلا يمكن أن تحرم شيئاً دون أن تجد البديل الحلال ، والبدائل الشرعية المقترحة في هذا المجال هي السلم والاستصناع وبيع التقسيط ، وسنتناولها في هذا المطلب لا على وجه الشرح والتفصيل ؛ وإنما في إطار أنها مخرج من الوقوع في المعاملات المحرمة فأذكرها بالقدر الذي يؤدي الغرض ، وإلا فلها من التفصيلات ما يجعل كل واحد منها بحثاً مستقلاً .

أولاً :- عقد السلم :- السلم في اللغة مأخوذ من الفعل أسلم ، ويطلق على السلف ، يقال: أسلم وسلم ، وسلف وأسلف وسمي بذلك لتسليم رأس المال في المجلس([447]) .

والسلم في اصطلاح الفقهاء تعدد لفظه عندهم واتحد معناه فقد اتفقت المعاني على أنه عقد يقدم فيه الثمن وتؤجل فيه السلعة إلى أجل معلوم بأوصافٍ معلومة محددة ، ونختار من هذه التعريفات أنه " بيع شئ موصوف في الذمة ببدل يجب تعجيله بمجلس البيع بلفظ السلم أو السلف"([448]) .

---

[447] - ابن منظور .لسان العرب 345/6 وما بعدها ،المقري الفيومي .المصباح المنير 286/1 .

[448] - يراجع في تعريف السلم . السرخسي 124/12 وما بعدها ، الزيلعي تبيين الحقائق 110/4 ابن عرفة الدسوقي .حاشية الدسوقي 195/3 ،النووي . روضة الطالبين 296/3 ط.المكتب الإسلامي دمشق ، ابن قدامة .المغني 542/4 ط.دار الغد العربي .

وقد ثبتت مشروعية السلم بقول الله تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ449﴾ ، والسلم من قبيل هذا الدين ، إذ قُدِّم الثمن وأجلت السلعة أو ما يسمى بالمسلم فيه ، وكذلك بحديث رسول الله ﷺ "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"(450) .

شروط السلم : حتى يتم عقد السلم صحيحاً لابد فيه من الشروط العامة بالبيع كشروط الصيغة ومنها موافقة القبول للإيجاب ، وأن تكون الصيغة بلفظ الماضي وتكون بلفظ أسلمتك أو أسلفتك ، وألا يفصل بين الإيجاب والقبول بفاصل يشعر بالإعراض عن القبول ، وشروط العاقدين منها البلوغ والعقل وعدم الإكراه ، وشروط المبيع أو المسلم فيه وقد تقدم ذكرها عند الكلام عن شروط المبيع ، **ويضاف لهذه الشروط ما يختص بعقد السلم وهي :-**

1- **تسليم رأس المال في مجلس العقد قبل تفرق العاقدين بأبدانهما**(451) ، ويدل عليه حديث ابن عباس :" من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"(452) ، ووجهة الدلالة أن السلف هو تقديم رأس المال – المسلَم- مقابل السلعة المؤجلة القبض ، وقد أجاز المالكية تأخير تسليم رأس المال حتى ثلاثة أيام([453]) .

2-أن يكون المسلم فيه مضبوطاً بالوصف([454]) ويتسامح في التفاوت اليسير ، والوصف المعتبر هنا هو الذي تختلف القيمة والمنفعة به ، وليس المراد استقصاء

---

449 - سورة البقرة : من الآية 281 .

450 - الحديث عن ابن عباس .الترمذي 594/3 أبواب البيوع ، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ، رقم الحديث 1311 ، الإمام الشافعي .المسند 139/1 باب ومن كتاب البيوع ، ط.المطبعة الأميرية بولاق ، نشر عالم الكتب 1400هـ .

451 - راجع السرخسي .المبسوط 124/12 ، النووي .الروضة 296/3 .الشيخ سليمان الجمل .حاشية الجمل على شرح المنهج 229/3 ط.دار الفكر بيروت ، البهوتي .كشاف القناع 304/3 ، ابن حزم .المحلى 109/9 ط.دار التراث تحقيق أحمد شاكر.

452 - الحديث تقدم تخريجه .

453 الدردير .الشرح الصغير 607/3 ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير 607/3 .

454 - النفراوي .الفواكه الدواني 98/2 ط.دار الفكر ،الدردير .السابق 623/3 ، الغزالي .الوسيط

كل وصف بحيث يعز وجود الموصوف ويندر ، وينبغي معرفة الصفة لغير المتعاقدين حتى يمكن الرجوع إليهم عند اختلاف المتبايعين وتنازعهما ، وهذا الشرط فيه من الإنصاف ما فيه إذ يمنع أكل أموال الناس بالباطل .

3- **أن يكون المسلم فيه ديناً** . أي شيئاً موصوفاً في الذمة ، وهذا الشرط عند جمهور الفقهاء([455]) ، بخلاف الحنفية الذين اشترطوا في المسلم فيه أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى حلول الأجل([456]) .

4- **أن يكون المسلم فيه معلوم القدر** ، وهذا الشرط اتفق عليه جمهور الفقهاء([457]) ومعرفة القدر تكون بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع في المذروع ، بينما يرى الظاهرية اقتصار السلم على المكيل والموزون أخذاً بظاهر النص على طريقتهم([458]) .

5- **خلو السلم عن شرط الخيار للمتعاقدين** وهو ما عليه جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة([459]) بينما خالف المالكية([460]) في ذلك فأجازوا خيار الشرط إلى ثلاثة أيام وهي المدة التي يجوز فيها تأخير الثمن عندهم عن مجلس العقد .

أما عن تطبيق السلم كبديل شرعي للعمليات الآجلة فيظهر في مجال الاستثمار الزراعي والصناعي ؛ حيث إنه تمويل قصير الأجل بحسب الموسم الزراعي الذي لا يستغرق وقتاً طويلاً ، وغالباً لا يتعدى العام ، وهنا يمكن للمؤسسات الاستثمارية

في المذهب 431/3 ط.دار السلام القاهرة أولى 1997م ، الشربيني الخطيب .الإقناع في حل أفاظ أبي شجاع 291/2 ط.دار الفكر بيروت 1415هـ ، ابن حجر .فتح الباري 292/4 .

[455] - الشيخ عليش .منح الجليل 370/5 ط.دار الفكر بيروت ثانية 1398هـ ،الدردير .السابق 622/3 ، الشربيني الخطيب .السابق 292/2 .

[456]- منلا خسرو .درر الحكام شرح غرر الأحكام 159/2 ط.دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى الحلبي .

[457] - الكاساني.البدائع 207/5 ، الباجي .المنتقى شرح الموطأ 296/4 ، يحي بن أبي الخير العمراني اليمني .البيان 409/5 ط.دار المنهاج .

[458] - ابن حزم الظاهري .المحلى 109/9 وما بعدها .

[459] - البابرتي .العناية على الهداية 334/5 ، الشيخ سليمان الجمل .حاشية الجمل 229/3 ، البهوتي .كشاف القناع 304/3 .

[460] - الدردير .الشرح الصغير .السابق 607/3 .

شراء المحصول من المزارعين على وصف وصفة معينة ، وتقديم الثمن الذي يكون منخفضاً بعض الشئ ثم تقوم بعد الحصاد ببيعه بعد الحصول على الربح الذي تراه مناسباً ، ويستفيد المزارع من وجود المال الذي يمكن أن يوفر به احتياجاته لزراعة ناجحة ويبعده عن الاقتراض بالفائدة ، ويستخدم أيضاً في المجال الصناعي كتمويل للمشروعات متوسطة الأجل ؛ حيث تحصل المؤسسات الاستثمارية على جزءٍ من الإنتاج بسعر مناسب يسمح لها بهامش ربح عند البيع ويوفر للصانع المال اللازم لتوفير احتياجاته من المواد اللازمة لصناعته([461]) ، بل إن البعض يرى إمكانية استخدام عقد السلم لتمويل المشروعات طويلة الأجل بدلاً عن التأجير التمويلي ؛ حيث يمكن للمؤسسات الاستثمارية – واعتماداً على مذهب المالكية الذي يرى أن أقصى مدة للسلم يمكن أن تمتد إلى عشر سنين – القيام بإحلال وتجديد المصانع في مقابل الحصول على حصة ثابتة من إنتاجية هذه المصانع للمدة السابقة الذكر مما يوفر لها المنتج على المستوى البعيد ، ويضمن للصناع دوام الجودة وقوة المنافسة في الأسواق لما تقوم به من تحديث وتطوير لمنتجاتها([462]) .

ثانياً :- عقد الاستصناع :- معناه في اللغة :- طلب الصنعة ...واصطنع شيئاً : أمر أن يصنع له([463]) .

أما المعنى الاصطلاحي فهو :- طلب شخص من الصانع أن يصنع له شيئاً بثمن معلوم([464]) ، وصورته أن يطلب شخص من الصانع صناعة شئ معين تكون مادته الخام من الصانع ؛ فإن كان من طالب الصنعة فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً ،

---

[461] - د/ مصطفى الخن و د/ مصطفى البغا في نفس المعنى .الفقه المنهجي 46/3 ط.دار القلم دمشق ط.عاشرة 2009م ،د/ خورشيد إقبال .السابق ص438 .

[462] - ابن عرفة الدسوقي .حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 205/3 وقال" وقد تمتد إلى عشرين سنة مع الكراهة " ويراجع في نفس المعنى د/ محمد عبدالحليم عمر . الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم ص67 وما بعدها ط.المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، جدة 1412هـ/1992م .

[463] - راجع الفيروز آبادي .القاموس المحيط 530/3 ط.دار الحديث القاهرة .

[464] - راجع الزيلعي .تبيين الحقائق 56/2 وما بعدها ، د/ علي القرة داغي .السابق ص121

وتتحدد مادة الصناعة بالصفات تحديداً دقيقاً بالقدر والصفة النافيان للجهالة([465]) ، ويشبه هذا العقد عقد السلم إلا أنه يفترق عنه في أنه يمكن دفع الثمن فيه على أقساط وليس معجلاً ، وليس شرطاً بيان المدة التي يسلم فيها الشئ المستصنع .

ويستدل لجوازه من المعقول لحاجة الناس إليه ولو لم يجز لوقع الناس في حرج شديد ، ولأنه إن جاز السلم فهو أبعد جوازاً منه – كما يقول الكاساني- لأن السلم فيه تحتمله الذمة لأنه دين حقيقة والمستصنع عين توجد في وقت تالٍ والأعيان لا تحتملها الذمة ، فكان هذا العقد أبعد عن القياس من السلم([466]) ، وقد فصَّل الحنفية القول فيه وجعلوه عقداً قائماً بذاته بخلاف المالكية والشافعية والحنابلة الذين اعتبروه تابعاً لعقد السلم بشروطه([467]) ، ومما يميز هذا العقد – بخلاف شروط البيع السابقة- بيان الشئ المستصنع وصفته وقدره بما ينفي النزاع عنه وقت التسليم ، وجريان التعامل بين الناس عادة في الشئ المستصنع وعدم تضمنه أجلاً محدداً وإلا صار بذلك سلماً([468]) .

ويمكن أن يفيد عقد الاستصناع في العمليات الآجلة إذ إنه يصنف في القوانين الوضعية مع إجارة الأشخاص في باب واحد فهو يقترب كثيراً من عقد المقاولة في القوانين الوضعية ، ويمكن أن يستخدم في المشروعات الكبرى في القوانين البحرية كعقد بناء السفن([469]) .

ثالثاً :- بيع التقسيط :- يقصد بالقسط : الحصة أو النصيب ، ويقصد به العدل من أقسط الرجل فهو مقسط([470]) ، وهو ذلك البيع الذي يتم فيه تسليم المثمن وتأخير

---

[465] - الكاساني .السابق 2/5 ، علاء الدين السمرقندي .تحفة الفقهاء 362/1 وما بعدها .
[466] - المرجعين السابقين .
[467] - د/ علي القرة داغي .بحوث في الاقتصاد الإسلامي .السابق ص122 .
[468] - راجع الكاساني .السابق 3/5 ، منير القاضي .شرح مجلة الأحكام العدلية 207/1 ط.مطبعة العاني بغداد 1949م .
[469] - راجع د/ كيلاني المهدي .قضايا فقهية معاصرة ،السابق ص367 و369 .
[470] - المقري الفيومي .المصباح المنير 503/2 .

الثمن([471]) ، فالمقصود بالتقسيط ليس هو المبيع بل طريقة البيع أو بالأحرى طريقة سداد الثمن([472]) . ولا يثور نزاع إن كان الثمن الذي تباع به السلعة نقداً هو عين الثمن الذي تباع به مؤجلاً لكن الخلاف بين الفقهاء في زيادة الثمن في المؤجل عنه في المعجل ، **وقد اختلف الفقهاء فيه إلى اتجاهين:-**

الاتجاه الأول :- جواز بيع التقسيط وهو لجمهور الفقهاء من الصحابة ابن عباس و لفيف من التابعين وأئمة المذاهب الأربعة ، واتجه إليه الفقهاء المعاصرون([473]) .

وقد استدلوا له بعموم آيات البيع ؛ لأن الأصل فيه الإباحة ، لم يرد ما يستثني هذا البيع فيكون على أصل الإباحة ، واستدلوا بما ورد أن النبي ﷺ أمر عبدالله بن عمرو بن العاص أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة([474]) ، وفي الحديث دلالة على جواز أخذ الزيادة على الثمن في مقابل الأجل ، واستدلوا أيضاً بأن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه([475]) وأجمعت الأمة على جواز هذه المعاملة([476]) ، ويقاس على السلم ؛ حيث إنه في كليهما يؤجل أحد البدلين ويعجل الآخر فإن جاز في السلم فهو في بيع التقسيط أولى للحاجة الماسة إليه ، ويستدل له من المعقول بأن للأجل حصة من الثمن حيث يحدد البائع الثمن للحال والثمن للمؤجل واختار المشتري أحد الثمنين ، فالبيع صحيح شرعاً وتضاف الزيادة على المؤجل مقابل الأجل([477]) .

---

[471] - د/ خورشيد إقبال .السابق ص439 .

[472] - د/ رفيق يونس المصري .بيع التقسيط ص12 ط.دار القلم دمشق 1418هـ /1997م .

[473] -السرخسي .السابق 28/13 ،الكاساني .السابق 158/5 ،علاء الدين السمرقندي .تحفة الفقهاء 46/2 ، ابن عرفة الدسوقي .الحاشية 58/3 ، الشيرازي .المهذب 267/1 ،البهوتي .كشاف القناع 173/3 ، ابن القيم .إعلام الموقعين 131/3 وما بعدها ، د/ علي القرة داغي .السابق ص121 ، د/ رفيق يونس المصري .السابق ص113 .

[474] - أبو داود .سنن أبي داود 250/3 كتاب البيوع ،باب في الرخصة في الحيوان بالحيوان نسيئة ، رقم الحديث 3357 ، الحاكم في المستدرك على الصحيحين 56/2 كتاب البيوع ، قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، البيهقي .السنن الكبرى 287/5 وما بعدها ،كتاب البيوع ،باب الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة ، رقم الحديث 10528 .

[475] - صحيح البخاري مع الفتح 56/3 كتاب البيوع ، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة ، رقم الحديث 2068 .

[476] - ابن المنذر .الإجماع ص55 ، ابن تيمية .مجموع الفتاوى 499/29 .

[477] - د/ رفيق يونس المصري .السابق ص39 .

الاتجاه الثاني :- يرى عدم جواز بيع التقسيط وهم الظاهرية وبعض المعاصرين ([478]).

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما روى ابن مسعود أنه ﷺ نهى عن صفقتين في صفقة واحدة([479]) ، وما رواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال :" من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا"([480]) ، وحديث علي قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك([481]) ، كما استدلوا بالقياس على فساد بيع التقسيط بأنه لا فارق بينه وبين أن نقول سدد الدين أو تزد نظير الأجل ، كما أن زيادة الثمن مقابل الأجل لا يقابلها إلا المدة فتتناولها أدلة تحريم الربا([482]) .

الرأي الراجح :- ساق كل فريق ما اطمأن إليه من الأدلة لكن رأي الجمهور أولى بالقبول لعدة اعتبارات أهمها تلك الفروق الجوهرية بين بيع التقسيط والربا ، حيث إن الزيادة في الربا على أحد المتساويين بخلاف بيع التقسيط ؛ الذي تكون فيه الزيادة بين الثمن المعجل الأقل أو الثمن المؤجل الأكثر ، ويضاف إليه أن الثمن في البيع لا تحدث فيه الزيادة حتى عند مماطلة المشتري في السداد يخالف الربا ؛ لأنه في الربا كلما تأخر في السداد كلما زادت القيمة([483]) ، ويضيف ابن القيم إلى ذلك "أن النهي عن البيع بخمسين حالة أو مائة مؤجلة ليس قماراً ولا جهالة ولاغررا ولا

---

[478] - ابن حزم .المحلى بالآثار 15/9 ، أبو زهرة .بحوث في الربا ص37 ط.دار الفكر العربي 1986 م

[479] - صحيح ابن حبان رقم الحديث 1111 ، 1112 ، رواه أحمد والعقيلي والبزار والطبراني في الأوسط من حديث ابن مسعود وأخرجه أبو عبيدة وابن حبان والطبراني والعقيلي عن ابن مسعود موقوفاً ، قال العقيلي وهو أصح ، راجع ابن حجر العسقلاني .الدراية في تخريج أحاديث الهداية 152/2 كتاب البيوع ، باب خيار الرؤية والبيع الفاسد ، رقم الحديث 779 .ط.دار المعرفة بيروت .

[480] - أبو داود .السنن 329/5 كتاب البيوع ، باب فيمن باع بيعتين في بيعة ، رقم الحديث 3461 ، صحيح ابن حبان 348/11 باب المبيع المنهي عنه ، ذكر البيان بأن المشتري إذا اشترى بيعتين في بيعة ، رقم الحديث 4974 ط.مؤسسة الرسالة بيروت أولى 1988 م ،الحاكم .المستدرك على الصحيحين 52/2 كتاب البيوع ، وأما حديث أبي هريرة ، رقم الحديث 2292 وقال : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ط.دار الكتب العلمية أولى 1990م .

[481] - البيهقي .السنن الكبرى 29/6 ، جماع أبواب بيوع الكلاب وغيرها مما لا يحل ، باب ما جاء في بيع الضطر وبيع المكره ، رقم الحديث 11076 ط.دار الكتب العلمية ثالثة 2002 م .

[482] - أبو زهرة .السابق ص37 .

[483] - د/ خورشيد إقبال .السابق ص446 وما بعدها .

شيئاً من المفاسد ، فإن البائع خيَّر المشتري بين أي من الثمنين شاء ، وليس هذا بأبعد من تخييره بعد البيع بين الأخذ والإمضاء ثلاثة أيام([484]) .

ومن خلال ما سبق يمكن طرح الحلول من خلال البدائل المذكورة ، فمن خلال السلم يمكن حل المشاكل الناتجة عن السلع غير المتوفرة والموجودة والثمن فيها معجل أو إلى غاية ثلاثة أيام ، وبيع التقسيط يقدم الحلول للسلع المتوافرة والثمن غير موجود ، وعقد الاستصناع يحل المشكلة بأكثر من ذلك ؛ حيث إنه غير مشترط فيها مدة ولا تعجيل الثمن أو مقابله .

المبحث الثاني :- العمليات الآجلة الشرطية

المطلب الأول:- العمليات الآجلة الشرطية في الفقه الوضعي .

تختلف العمليات الآجلة الشرطية عن العمليات الباتة في تعهد البائع أو المشتري بدفع مبلغ من المال إلى الطرف الآخر إن نكل أحدهما عن تنفيذ الصفقة في موعد متفق عليه منهما مسبقاً ، فالعملية الباتة من اسمها لا بد وأن تتم ، بخلاف العملية الشرطية التي يمكن أن تتم أو لا تتم بشرط دفع مبلغ عند عدم إتمام الصفقة ، وهذه العمليات الشرطية قد تكون من البائع أو المشتري ، وقد تكون مركبة ، وقد تكون بشرط الزيادة ، وهو ما سنتعرف عليه من خلال السطور القادمة .

أولاً :- العمليات الشرطية للبائع أو المشتري (العمليات الشرطية البسيطة) .

العملية الشرطية للمشتري :- وهي التي يكون المشتري فيها مخيراً بين استلام الصكوك وتسليم الثمن أو ترك التعويض عند عدم تنفيذ العملية ، ويلتزم البائع بالقرار الذي يستقر عليه المشتري ، ويختار المشتري تنفيذ الصفقة عند ارتفاع السهم يوم التصفية عن يوم عقد الصفقة ، ويختار الإلغاء حينما يكون السهم يوم التصفية أقل من يوم عقد الصفقة([485]) .

---

[484] - ابن القيم . إعلام الموقعين 132/2 .

[485] - د/ علي القرة داغي .السابق ص123 ، د/ وهبة الزحيلي .السابق 5034/7 ، د/ سمير

العملية الشرطية للبائع :- وهي التي يكون البائع فيها مخيراً قبل يوم التصفية بيوم واحد – ويسمى يوم جواب الشرط- بين أن ينفذ الصفقة أو أن يتنازل عن تنفيذها في مقابل قيامه بدفع التعويض المتفق عليه قبل ذلك ، ويختار البائع تنفيذ الصفقة إذا كان ذلك في مصلحته بأن تنخفض الأسعار يوم جواب الشرط عن يوم عقد الصفقة ، ويختار عدم التنفيذ إن كان في غير مصلحته بأن ارتفع السعر أكثر من دفع التعويض المتفق عليه قبل ذلك([486]) .

ثانياً :- العمليات الشرطية المركبة :- وهذه العملية يخير فيها المضارب بين أن يكون بائعا أو مشترياً أو أن يفسخ العقد حسب مصلحته ، ويكون ذلك عند التصفية أو قبلها في مقابل تعويض يقوم بدفعه مقدماً([487]) ، ومن قبيل العمليات المركبة إعطاء الحق لكل من البائع والمشتري في الاختيار بين سعرين عند موعد التصفية ، فإذا انخفضت الأسعار كان من حق المتعامل بالبيع البيع بالسعر الأقل ، وإذا ارتفعت الأسعار كان من حق المتعامل بالشراء البيع بالسعر الأعلى([488]) ، وهذه العمليات تعطي خيارات أوسع للمضارب أكثر من الموجودة في العمليات الشرطية البسيطة ، فيمكن أن يكون مشترياً إذا انخفض السعر ، أو يتحول إلى بائع إذا ارتفع السعر ، وإذا لم يجد منفعة من الصفقة يمكنه إلغاؤها في مقابل فقد التعويض المتفق عليه مسبقاً ، ولأن الخيارات فيها أوسع فكذلك مبلغ التعويض فيها أكبر من العمليات الشرطية البسيطة([489]) .

رضوان السابق ص348 .

[486] - د/ هشام البساط .الأسواق المالية الدولية ص47 ط.اتحاد المصارف العربية ، د/محمد عبدالغفار الشريف . أحكام السوق المالية 1303/2 ، د/ علي القرة داغي .السابق ص123 .

[487] - د/ سمير رضوان .السابق ص348 ، د/ عطية فياض .بورصة الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ص269 ، د/ محمد الشحات الجندي .معاملات البورصة .السابق ص130 ، د/ وهبة الزحيلي .السابق 5035/7 .

[488] - د/ عطية فياض السابق .ص271 .

[489] - د/ سمير رضوان .السابق ص348 ، د/ أحمد يوسف سليمان .رأي التشريع الإسلامي في مسائل البورصة 425/5 ،د/ محمد الشحات الجندي .معاملات البورصة ص131 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص457 .

ثالثاً :- العمليات الشرطية الآجلة بشرط الزيادة (العمليات المضاعفة) .

وهذه العمليات هي التي يعطى الحق فيها للمضارب لمضاعفة كمية السلعة المتعاقد عليها ومن ثم مضاعفة الربح بالسعر المتفق عليه عند التعاقد مقابل تعويض يدفعه من يرغب في المضاعفة عند اتضاح الأسعار ولا يرد عليه ، وفيه تختلف قيمة التعويض حسب كمية الزيادة وموضوع المخزون([490]) .

وواضح من التعريف أن اختيار الزيادة يعطى لكل من البائع والمشتري مقابل المبلغ النقدي المدفوع منه مسبقاً كتعويض ، وخيار الزيادة يثبت لأي منهما حتى وقت التصفية ، فإذا ثبت الخيار للمشتري كان بإمكانه أن يطلب ضعف ما اشتراه من الأوراق المالية ، أو أكثر من ذلك ، ويكون الشراء المتفق عليه مسبقاً باتاً ، أما الزيادة فهي اختيارية ، والأسعار في الاختيارية يلجأ إليها حينما تكون أكثر من الباتة، ولو كان الخيار للبائع يجوز له أن يطلب مضاعفة الأوراق المالية المشتراة أو أكثر ، ويعتبر البيع باتاً في المتفق عليه سابقاً واختيارياً في الكمية الزائدة ، ويلجأ لذلك حينما تكون الأسعار أقل من مثيلاتها في السوق الباتة([491]) .

المطلب الثاني :- العمليات الآجلة الشرطية في الفقه الإسلامي

قبل ذكر الحكم الشرعي على العمليات الآجلة الشرطية ينبغي أن نذكر بما يمكن الحكم عليه من خلال ما سبق وهو أن هذه العمليات يؤجل فيها الثمن والمثمن إلى يوم التصفية فلا يدفع أي من البدلين وقت العقد ، كما أن حق فسخ العقد مكفول لأي من الطرفين إن رأى ذلك في صالحه ، ويمكن أن يعطى لكليهما معاً ، لكن هذا الحق مقابَل بدفع مبلغ مالي متفق عليه قبل ذلك ، وأيضاً يجوز لأي من الطرفين حق استرداد المبيع أو الثمن يوم الجواب إن كان ذلك في مصلحته ، وبالنظر إلى آراء الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة نجد أنهم اتجهوا في ذلك إلى اتجاهين أحدهما بالمنع والآخر بالجواز على التفصيل الآتي :-

[490] - د/ سمير رضوان .السابق 349 ، د/ عطية فياض .السابق ص273 وما بعدها ، د/ أحمد يوسف سليمان .السابق 425/5 .

[491]- د/ علي القرة داغي .السابق ص125 ، د/ عطية فياض .السابق ص274 .

أولا العمليات الآجلة الشرطية البسيطة :-

الاتجاه الأول يرى منع العمليات الآجلة الشرطية البسيطة :- ، وقد دللوا لما ذهبوا إليه بالأتي :-

(أ) وجود الغرر الفاحش المبطل للعقد ، ووجود الشروط المفسدة للعقد مثل اشتراط عقد آخر على صاحبه فإنه يبطل البيع ، وأيضاً منافاة هذا العقد للعدل في المعاملات المالية ، كما أن هذا الشرط غير متفق مع خيار الشرط فلا يمكن قياسه عليه([492]) .

(ب) بطلان العقد هنا يرجع إلى عدم تحقق أركان العقد ، حيث اشترط تأخير البدلين معاً فلم يتم تسليم ولا تسلم لثمن ولا سلعة([493]) .

(ج) وجود الصورية في هذا العقد ؛ حيث إن الإيجاب والقبول قد حصلا على محض المراهنة ، كما يوجد فيه بيع ما لا يملكه الشخص وهو منهي عنه ، كما يوجد فيه شرط فاسد وهو اشتراط منفعة لأحد الطرفين مقابل حق الخيار وهو شرط منافٍ للعقد ، كما يوجد شبه الربا به لأنه يحتوي على مصلحة زائدة ، كما يوجد به القمار والرهان المحرمين شرعاً([494]) .

(د) ترك جزء من المال دون أن يكون هناك ضرر فعلي محقق وهو غير جائز([495])

الاتجاه الثاني :- يرى جواز العمليات الآجلة الشرطية البسيطة . وقد استدل هذا الفريق على الجواز بتكييفه على عقد البيع بشرط الخيار إن كانت المدة معلومة واستدلوا لما ذهبوا إليه بالآتي :-

---

[492] - د/ أحمد محي الدين .أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ص443 وما بعدها ، د/ شعبان البرواري .السابق ص234 .

[493] - د/ علي القرة داغي .السابق ص123 ، د/ محمد صبري هارون .أحكام السوق المالية ص281 .

[494] - د/ سمير عبدالحميد رضوان .السابق 363 وما بعدها ، د/ شعبان البرواري .السابق ص236 ،د/ 0خورشيد إقبال .السبق ص466 .

[495] - د/ أحمد محي الدين .السابق ص433 وما بعدها، د/ معبد الجارحي . الأسواق المالية في ضوء الإسلام "الإدارة المالية في الإسلام "134/1 .

(أ)إن الشرط المتفق عليه شرط صحيح ، والمال المأخوذ به حلال لأن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود في قوله ﴿أَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ[496]﴾ ، وكذلك حديث النبي ﷺ "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"([497]) .

(ب) شرط المال المدفوع مقابل حق الإجازة أو الفسخ شرط أجازه الفقهاء ؛ حيث إنه من قبيل الضمان في البيوع ، وهو من الشروط الملائمة لمقتضى العقد وتم برضا الطرفين ، ويجوز أن يكون برضاهما لأجنبي ، فضلاً عن تحقق المصلحة فيه([498]) .

(ج) أن التعامل بشرط الخيار للمشتري أشبه ما يكون ببيع العربون الجائز عند فريق من الفقهاء مستندين إلى قضاء عمر بن الخطاب أن نافع بن الحارث اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا([499])

المناقشة والترجيح :- نوقشت أدلة المجيزين بأن بيع العربون غير جائز عند جمهور الفقهاء ، ولم يجزه إلا الحنابلة فقط([500]) كما أن القياس على بيع العربون قياس مع الفارق ، لأن العربون جزء من الثمن في حالة إتمام الصفقة ، وإذا لم تتم الصفقة يكون تعويضاً للبائع ، أما المبلغ المدفوع مقابل الفسخ ليس جزءاً من الثمن ولا يرد بأي حال ، كما يرد على من قال إنه من قبيل الضمان بأن هذا العقد لا يوافق طبيعة الضمان في الفقه الإسلامي بمعنى أنه إذا تم العقد أخذ صاحب

---

496 - سورة المائدة : من الآية 1 .

497 - أبو داود في السنن 446/5 كتاب الأقضية باب الصلح ، رقم الحديث 3594 ،الترمذي 626/3 أبواب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، رقم الحديث 1352 ،قال الترمذي :هذا حديث حسن صحيح ، ويراجع في المعنى د/ وهبة الزحيلي 5047/7 .

498 - د/ محمد الشحات الجندي .معاملات البورصة .السابق ص61 وما بعدها .

499 - ابن قدامة .المغني 175/4 مسألة النهي عن الشرطين في البيع ، فصل في بيع العربون ، ابن مفلح .المبدع شرح المقنع 58/4 ط.دار الكتب العلمية أولى 1997م .

500 - أبو العباس أحمد الصاوي .بلغة السالك 99/3 ط.دار المعارف ،النووي .المجموع شرح المهذب 408/9 ط.دار الفكر بيروت أولى 1996م شيخ الإسلام زكريا الأنصاري . أسنى المطالب شرح روض الطالب 31/2 ط.دار الكتاب الإسلامي ، البهوتي . كشاف القناع 195/3 ، المرداوي . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 357/4 وما بعدها ط.دار إحياء التراث العربي تحقيق د/ محمد حامد الفقي .

الضمان ضمانه وأخذ صاحب الرهن رهنه بخلاف المبلغ المدفوع من قبل المضارب فإنه لا يرد([501]) ، لذلك كله أرى ترجيح رأي القائلين بالمنع لما لا يخفى مما ذكرته من الأدلة .

ثانياً العمليات الشرطية المركبة في الفقه الإسلامي :-

اتجه الفقهاء المعاصرون في العمليات الآجلة الشرطية المركبة إلى اتجاهين :-

الاتجاه الأول :- المانع لهذه العمليات . وهم نفس الفريق القائل بالمنع في العمليات البسيطة([502]) واستدلوا بنفس ما استدلوا به مضافاً إليه .

(أ) إن هذه العملية تفتقد إلى أركان العقد ، ولا يوجد فيها تحديد للثمن ، كما يوجد فيها تأخير الثمن والمثمن ، ومن هذا المنطلق لا تعتبر هذه العملية بيعاً في الفقه الإسلامي([503]) .

(ب) اشتمال هذه العملية على المقامرة وعلى الغرر الفاحش واشتمالها على المقامرة واضح ، لأن البائع يبيع شيئاً لا يملكه ، والمشتري يقوم بالشراء ويتحول إلى بائع ، وأما وجه الغرر الفاحش أن المتعامل وقت المعاملة لا يدري أهو بائع أم مشترٍ([504])

الاتجاه الثاني :- القائل بالجواز . وهم القائلون بالجواز في العمليات البسيطة([505]) واستدلوا بالأدلة التي ساقوها في العمليات البسيطة مضافاً إليها

(أ) جواز هذه العملية مثل العملية البسيطة استناداً على جواز خيار الشرط لأنها تتضمن ما تضمنته العملية البسيطة من وجود الأجل واشتراط الخيار بالإجازة أو الفسخ ودفع مبلغ على سبيل التعويض([506]) .

---

[501] - د/ عطية فياض . بورصة الأوراق المالية .السابق ص268 .

[502]- د/ سمير رضوان .السابق ص363 وما بعدها ، د/ عطية فياض .السابق ص272 وما بعدها ، د/ علي القرة داغي .السابق ص126 ، د/ معبد الجارحي .السابق 134/1 ، د/ محمد صبري هارون .السابق ص286 ، د/ أحمد محي الدين .السابق 367 .

[503] - د/ علي القرة داغي .السابق ص126 ، د/ شعبان البرواري .السابق ص241 .

[504] - د/ عطية فياض .السابق ص273 ، د/ أحمد محي الدين .السابق 368 .

[505]- د/ وهبة الزحيلي .السابق 5048/7 ، د/ أحمد يوسف سليمان .السابق 425/5 ، د/ محمد عبدالغفار الشريف .السابق ص98 ، د/محمد الشحات الجندي . السابق ص163 وما بعدها .

[506] - د/ وهبة الزحيلي .السابق 5048/7 ، د/ أحمد يوسف سليمان .السابق 425/5 .

(ب) إن التراضي بين المتعاقدين في أن يكون أيٌّ منهما بائعاً أو مشترياً مقابل دفع مبلغ من المال ليس فيه أكل أموال الناس بالباطل ولا يوجد به محظور شرعي لأنه دفع المال مقابل تقرير حق يستخدمه بما فيه مصلحته ولا يوجد به أي منهيات كالربا أو الغرر الفاحش أو بيعتين في بيعة فيكون جائزاً كالعمليات البسيطة([507])

الترجيح :- من خلال ما سبق يترجح رأي القائلين بالمنع للجهالة المفضية إلى النزاع، والغرر الفاحش الذي لا يستقيم معه أمر البيع والشراء وليس هناك غرر أفحش من عدم معرفة الثمن أو المثمن ،وكذلك عدم معرفة من هو البائع ومن هو المشتري في هذه الصفقة ، وهل ستتم أم تلغى من جانب أحدهما ؟ ولا يجوز القياس على خيار الشرط للتنافي بينهما ، ولأن خيار الشرط استثناء على لزوم البيع والاستثناء لا يقاس عليه .

ثالثاً :- العمليات الشرطية المزيدة (العمليات المضاعفة) ، وقد اختلفت فيها وجهة الفقهاء إلى الاتجاهين السابقين :

الاتجاه الأول بالمنع :- وهم القائلون بالمنع في العمليات البسيطة والمركبة ، واستندوا إلى الجهل بمقدار المبيع لدى البائع والمشتري ، كما يمنع جوازه وجود عقد البيع متضمناً بوعد أو بيعاً آخر "وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن بيع وشرط"([508]) .

الاتجاه الثاني القائلون بالجواز :- وهم الذين قالوا به في العمليات البسيطة والمركبة، واستندوا إلى أن هذه العملية ليس منهياً عنها في بيعتين في بيعة ، وإنما هي بيع مع الوعد بالبيع أو الشراء عند تمام الصفقة الأولى ، فليس الوعد ملازماً للبيع الأول ، والطرف الثاني على علم به ورضي ، وتكون الصفقة الثانية عقد بيع

[507] - د/ محمد الشحات الجندي .السابق ص164 .

[508] - د/ سمير رضوان .السابق ص363 وما بعدها ، د/ علي القرة داغي .السابق ص125 ، د/ محمد صبري هارون .السابق ص282 وما بعدها ، د/ شعبان البرواري .السابق ص241 .

جديد لا صلة له بالأول فيكون البيع صحيحاً([509]) ، كما أن اشتراط مضاعفة الكمية شرط متفق عليه بين العاقدين فهو شرط مقرر لحكم العقد وملائم لطبيعته ، بل يمكن أن يكون من مقتضياته ، والتزام كل من العاقدين تجاه الآخر لا يتغير([510]) ، كما يعتبر التعويض المدفوع مضافاً إلى أصل الثمن لأنه غير جائز أن تقوم بتعديل العقد بشرط إضافي([511]) .

الترجيح :- من خلال معطيات العمليات المضاعفة يترجح اتجاه القائلين بالمنع لوجود النهي عن بيعتين في بيعة ، وهي موجودة ظاهرة في هذه العملية ، ويضاف إليها المبلغ المدفوع مقداراً للتعويض فهو ليس من الثمن يقيناً ، وبذلك يكون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل فهو ممنوع شرعاً .

المبحث الثالث :- التعامل بالمؤشرات

المطلب الأول :- التعامل بالمؤشرات في الفقه الوضعي .

معنى المؤشرات :- المؤشر هو رقم حسابي قياسي يعكس تطور أسعار التعامل في سوق معينة سواء بالزيادة أو النقصان([512]) ، ويعتبر المؤشر في البورصة علامة على حركة أسعار الأسهم المتداولة لإعطاء دلالة هامة عما ستكون عليه سوق الأسهم في قابل الأيام قريبها وبعيدها([513]) .

وطريقة توقع السعر في البورصة في الأيام القابلة يقوم على آلاف المستثمرين الذين يتعاملون في هذه السوق ؛ حيث يملك كل منهم معلومات مختلفة ، ويمكن أن يلجأ إلى معرفة سعر السوق مستقبلاً بجمع أسعار الأسهم مجتمعة في يوم معين ثم يعاد

---

[509] - د/ محمد عبدالغفار الشريف .السابق ص98 .
[510] - د/ محمد الشحات الجندي .السابق ص165 .
[511] - د/ وهبة الزحيلي .السابق 5048/7 ، د/ عطية فياض .السابق ص278 .
[512] - د/ أحمد محي الدين . أسواق الأوراق المالية .السابق ص455 ، د/محمد علي القرى .الأسهم الاختيارات المستقبليات 217/1 مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة جدة 1412هـ/1992م ط. مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، د/ شعبان البرواري .السابق ص242 .
[513] - د/ شعبان البرواري .السابق ص242 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص514 .

تقسيمها على عدد الأسهم ، إلا أن هذه العملية مليئة بالتعقيد والصعوبة ، لذلك استبدلت به دراسة حركة المؤشرات([514]) .

والتعامل بالمؤشرات يتم غالباً بطريق التعاقد بيعاً وشراءً على عقود بعينها في المؤشر (كل عقد يساوي في المؤشر 100 وحدة مثلاً) على اعتبار أنه سلعة من السلع ، بحيث يحقق المشتري الربح عند ارتفاع المؤشر ، وبانخفاضه يتعرض للخسارة ، والبائع على عكس ذلك ، وشراء المؤشر أو بيعه يختلف عن شراء وبيع الأسهم المعدة في حساب ذلك المتعامل([515]) .

والتعامل على المؤشرات نوع من المجازفة والقمار ، فالمتعاملون على اختيار المؤشر يتجهون إلى تصفية الاختيار نقداً ، حيث يقوم مصدر الاختيار بدفع الفارق بين السعرين الجاري والمتضمن إلى المشتري دون الحاجة إلى بيع أو شراء الأسهم والسندات ذاتها ، لأن اختيار المؤشر لا يتضمن ورقة مالية بعينها ، فالمؤشر في البورصة يقوم بقياس التغير في سعر مائة شركة تتداول أسهمها في بورصة ما ، وعند صدور الخيار على هذا المؤشر فإنه يضم هذه الأسهم المائة ، فلا يوجد قبض أو تسليم ، بل من الممكن تصفية العقد نقداً عند انتهاء المدة اعتماداً على اتجاه المؤشر فإن ارتفع المؤشر ربح الذي يتوقع الارتفاع ، وخسر من توقع الانخفاض([516]) ، ومما سبق يتضح لنا أن المؤشر مثل درجة الحرارة لا يمكن قبضه أو دفعه ؛ لأنه ليس ورقة مالية أو سلعة ، بل هي مراهنة على ارتفاع المؤشر من جانب المشتري ، وعلى الانخفاض من جانب البائع ، ثم تكون التسوية النقدية بين أول العقد ونهايته([517]) .

الهدف من استخدام المؤشرات . يهدف استخدام المؤشرات إلى معرفة مستوى الأسعار في سوق الأوراق المالية عموماً وأسعار الأوراق المالية لصناعة معينة

[514] - د/ سمير رضوان .السابق ص77 .، د/ شعبان البرواري .السابق ص242 .
[515] - د/ خورشيد إقبال .السابق ص514 .
[516] - د/ محمد علي القرى .السابق 217/1 .
[517] - د/ خورشيد إقبال .السابق ص515 .

على الخصوص ، وقياس كفاءة الحالة لاقتصادية للدولة واستقرارها من خلال قياس كفاءة سوق الأوراق المالية ، والنظر إلى أفضل مجالات الاستثمار وتوجيه المستثمرين ، كما يمكن من خلاله تكوين محفظة استثمارية وموازنة وتقدير مخاطرها لمساعدة المستثمرين والوسطاء([518])

أنواع المؤشرات :- تنقسم المؤشرات إلى ثلاثة أقسام رئيسية هي :-

الأول :- مؤشرات غير قابلة للتداول . الهدف منها تلخيص أداء سوق الأوراق المالية بطريقة موضوعية محايدة مثل مؤشر (داو جونز بنيويورك) وهذا النوع يوجد منه مؤشرات رسمية ، وهي الصادرة من الجهات الرسمية وتعلقها بقائمة الأسعار الرسمية ، كما يوجد منه مؤشرات خاصة وهي تصدر من جهات غير رسمية لمتابعة سلوك البورصة من داخل الدولة ، كما يمكن صدورها عن مؤسسات صحفية أو مؤسسات مالية كبرى أو معاهد إحصائية ، ويوجد منها مؤشرات دولية تصدر عن بيوت الخبرة المالية وبيوت السمسرة([519]) .

الثاني :- مؤشرات المتاجرة . وهي سوق الاختيارات والمستقبليات وتتميز بالمعلوماتية الدائمة ، حيث يتابعها المتعاملون في السوق لحظة بلحظة ، وانتعاش المؤشر هنا معناه أن عدداً من المستثمرين رأوا توجيه إدارة محافظهم نحو هذا المؤشر ، وهذه المؤشرات تتنوع إلى خاصة ومحلية مثل مؤشر كاك 40 (CAC) بباريس ، ومؤشر أسعار أسهم سوق الأوراق المالية بالجنيه المصري المعد من هيئة سوق المال المصرية سنة 1993م([520]) .

الثالث :- مؤشرات صناديق الاستثمار . وفيه تقوم الشركات المديرة لهذه الصناديق بتكوين سلات الأصول المالية ، وتعد في ذات الوقت مؤشراً مالياً ، وفيه يتم حساب

---

[518] - د/ منير إبراهيم هندي . الاستثمار في الأوراق المالية ص131 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص515 .

[519] - د/ عبدالباسط وفا .بورصة الأوراق المالية ص35 ط.دار النهضة العربية 1996م .

[520] - د/ خورشيد إقبال .السابق ص516 وما بعدها .

قيمة التصفية بطريقة حساب المؤشر الذي في البورصة المكون من عينة الأصول المالية ذاتها([521]) .

المطلب الثاني :- التعامل بالمؤشرات في الفقه الإسلامي .

بعد عرض صورة التعامل بالمؤشرات في الفقه الاقتصادي الوضعي ، ومن خلال الطبيعة التي ذكرتها استقر الرأي لدى الفقهاء المعاصرين على حرمة التعامل بالمؤشرات وعدم جوازها شرعاً ؛ حيث إنها صورة من صور المقامرة ، لأن فرصة الربح فيها قائمة على المقامرة والمخاطرة ، ولأن كسب أحد الطرفين قائم على خسارة الطرف الآخر ، فليس هناك مصدر حقيقي للكسب ، كما توجد فيه المراهنة الصريحة على درجة تحرك المؤشر([522]) ، ولأجل ذلك ذهب مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بجدة 1992م إلى عدم الجواز ، حيث جاء فيه :"ولا يجوز بيع وشراء المؤشر ، لأنه مقامرة بحتة ، وهو بيع شئ خيالي لا يمكن وجوده"([523]) .

خاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات

أولاً النتائج :- بعد الانتهاء من هذا البحث استطيع رصد النتائج التالية :-

1-**لايقف الفقه الإسلامي موقف الجمود والتحجر فيما يستجد من معاملات** ، بل قواعده المتسعة التي تسمح له بالتطور بتطور الزمن تمكنه من الحكم على المعاملة بإقرارها إن كانت متفقة مع قواعده ، أو يمكن تعديلها بما يتماشى مع أصوله ومبادئه ، أو رفضها وتقديم البديل الشرعي الذي يحل محل تلك المعاملة .

2- **لا يرفض الفقه الإسلامي الجديد لمجرد أنه جديد** ، بل ينظر إلى اتفاق الجديد ومبادئه وقواعده أم لا ؟ كما ينظر لجانب المصلحة الغالبة لعموم الناس وليس لمصلحة فئة على حساب أخرى .

---

[521] - د/ عبدالباسط وفا .السابق ص35 ، د/ خورشيد إقبال .السابق ص517 .

[522] - د/ محمد علي القرى .السابق 217/1 ، د/ علي القرة داغي .الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي 177/1 مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة جدة 1992م / 1412هـ .

[523] - من قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة ص6 .

3- **البورصة في حد ذاتها كسوق مالية جاءت مع تطور الحياة مقبولة تؤدي دوراً هاماً في اقتصاديات الدول** ، حيث تعتبر مؤشراً مستقبلياً لحالة الاقتصاد في الدولة ، وللكشف المبكر عن العيوب ، وتنبيه السلطات نحو ما يمكن اتخاذه من إجراءات للإصلاح الاقتصادي ، كما يمكن عن طريقها جذب رؤوس الأموال الأجنبية ودفع عملية الإنتاج ، وتعتبر أيضاً مؤشراً هاماً للأفراد المهتمين بالشأن الاقتصادي فيما يمكن أن يستثمروا أموالهم فيه .

4- **يراعى في الأسواق المالية ومنها البورصة أن المعاملات محكومة بسياج الشرع** ، فالتراضي في العقود ينبغي ألا يحل حراماً أو يحرم حلالاً ، وأن القيم الأخلاقية حاكمة للمعاملات مما ينبغي معه تزيين المعاملة بالصدق والأمانة والسماحة وعدم الغش وعدم الاحتكار ، لأن الغاية الصحيحة لا يمكن الوصول إليها إلا بوسيلة صحيحة شرعاً .

5- **العمليات العاجلة الفورية تقع صحيحة غير متعارضة مع الشرع إذا توافرت لها أركان العقد** من صيغة وعاقدين ومعقود عليه بشروطها المعروفة في الفقه الإسلامي

6- **يقف الفقه الإسلامي من احتكار السلع التي يحتاج إليها الناس في معاشهم موقفاً يحمي المصلحة العامة لمجموع الناس** ، وينصر جانب الضعيف بإجبار المحتكر على بيع سلعته ، كما يقف في جانب التاجر بعدم التسعير عليه فيبيع بالرضا والقبول ، ولا تتدخل الدولة إلا عند الضرورة القصوى ؛ وبصيغة أقرب إلى المصلحة للتاجر من جهة ، وعموم الناس من جهة أخرى .

7- **يرى الفقه الإسلامي أن الاقتصاد الحقيقي ينبغي أن يقوم على أدوات إنتاج حقيقية لا اقتصاد الفقاعات** الذي تكثر فيه الأرقام الكبيرة التي لا تستند على واقع ، لذلك يرفض البيع على المكشوف عند أغلب الفقهاء لما فيه من بيع شئ لا يملكه البائع ، وتصرف السمسار في أوراق مالية لا يملكها ، واعتماد هذه المعاملة على المخاطرة والمقامرة .

8- **لكي يتصرف الإنسان في سلعة ما يرى الفقه الإسلامي أنه لابد من صفة تخول له صحة التصرف** كالملك أو الولاية أو الوكالة ، وغير ذلك يعد الإنسان فيه فضولياً يتصرف فيما لا يحل له فلا يقبل تصرفه .

9- **التعامل بالهامش بوضعها الحالي في البورصة يرفضها الفقه الإسلامي للمخالفات الشرعية** ، حيث يوجد فيها القرض الربوي ، ووجود بيع وشرط المنهي عنه في التعامل لما يشوبه من الإكراه وعيوب الرضا ، ووجود عناصر ربا الديون وهي : الدين المستغرق في الذمة لطرف على آخر ، والأجل ، والزيادة المشروطة في مقابل الأجل ، بل إن الاقتصاد الوضعي تنبه لخطورتها ؛ حيث كانت أحد أهم الأسباب التي أدت لانهيار أسواق البورصة العالمية في الكساد العالمي سنة 1929م، لذلك تشددت بورصات الولايات المتحدة تجاهه .

10- **يرى غالب رجال الفقه الإسلامي المعاصر عدم صحة العمليات الآجلة الباتة** لما تنطوي عليه من مخالفات شرعية ؛ حيث إن فيها ربح أحد العاملين متوقف على خسارة الآخر وهو عين المقامرة ، ولا يوجد فيه تسليم وتسلم للبدلين أو أحدهما ، وأيضاً البيع يقع على شئ غير موجود ، كما يوجد فيه دفع مقابل بدل التأجيل وهو عين الربا .

11- **يرى غالب رجال الفقه الإسلامي تحريم العمليات الآجلة الشرطية البسيطة** لوجود الغرر الفاحش ووجود الشرط المفسد وعدم تحقق أركان العقد ، حيث لا يوجد تسليم ولا تسلم للثمن أو السلعة ، كما توجد فيه الصورية لأن العقد قد حصل على محض المراهنة.

12- **العمليات الآجلة الشرطية يرى جل الفقه الإسلامي حرمتها** لسابق الأسباب المذكورة في العمليات البسيطة ، ويضاف إليها كأسباب للتحريم عدم معرفة الثمن أو المثمن ، وعدم معرفة من هو البائع ومن هو المشتري ، وهل سيتم إقرار الصفقة أو ستلغى .

13- **يكفي الجهل بمقدار المبيع عند البائع والمشتري ووجود العقد متضمناً عقداً آخر كأسباب لمنع العمليات الشرطية المضاعفة .**

14- **اتفاق علماء الفقه الإسلامي على حرمة التعامل بالمؤشر** ؛ حيث لا توجد سلعة حقيقية ، بل هو نوع من القمار يعتمد كل واحد في كسبه على توقع الخسارة من الآخرين ، كما توجد فيه المراهنة على تحرك درجة المؤشر والمراهنة منهي عنها .

ثانياً :- التوصيات :

1- **يرى الفقه الإسلامي أنه ينبغي إيجاد البديل للمعاملات التي حكم عليها بالتحريم،** وأن هذا البديل يكمن في عقد السلم الذي يمكن أن يحل كبديل شرعي للعمليات الباتة الآجلة ، وذلك عن طريق تمويل المشروعات القصيرة الأجل في مجال الاستثمار الزراعي ، حيث إنه بطبيعته قصير المدة ، وهو مفيد للزارع الذي يجد المال الذي يستعين به على زراعة وجودة محصوله ، والممول الذي يجد السلعة وقت احتياجها وبسعر تفضيلي عما هو موجود بالسوق لسابق تقديمه للمال ، ولعموم الناس الذين يجدون ما يحتاجونه دون مشقة .

2- **يمكن استخدام عقد السلم كبديل شرعي في المجال الصناعي أيضاً** ، حيث بإمكان الممول تقديم المال لأصحاب المصانع لتحديث آلاتهم وتجويد انتاجهم مقابل توفير جزء من المنتج للممول بسعر تفضيلي ، وهذا يعود بالنفع على أصحاب المصانع الذين يمكنهم مسايرة كل جديد في الإنتاج ، والمنافسة في الأسواق ، ويضمن توفير السلعة للممول وقتما يشاء وعلى مدىً قد يصل إلى عشر سنوات ، ويلمس أثر الاقتصاد المنتج للناس حينما يرون المنتجات وفق أحدث التطورات في متناول أيديهم ولا شك أن ذلك يعود بالنفع على الحركة التجارية داخل الدولة .

3- **يمكن الأخذ بما يراه المالكية من امتداد الأجل في عقد السلم إلى عشرين سنة وهو من التمويل طويل الأجل** وهذا يمكن الإفادة منه في تطوير المشروعات الكبرى التي تحتاج لمثل هذا الوقت .

4- **يمكن الأخذ بعقد الاستصناع كبديل شرعي عن تلك المعاملات غير المشروعة** وخصوصاً في عقود إجارة الأشخاص كعقد المقاولة ، وكذلك في المشروعات الصناعية الكبرى كعقود بناء السفن ، حيث بإمكانه التغلب على مشكلة التمويل الفوري بدفع أقساط تيسر عليه السداد وتوفر للصانع السلع المحتاج إليها في صناعته وهو نوع من الإرفاق بالطرفين ترضاه الشريعة الإسلامية ، ويرفع الحرج عن الناس في البحث عن الحلال وتجنب الحرام .

5- **يمكن الاستفادة ببيع التقسيط كبديل شرعي حال وجود السلع وتكدسها لدى التجار والصناع وعدم توافر السيولة المالية لدى الأفراد للشراء** مما يفيد الصناع

والتجار في تصريف ما لديهم من سلع ، والرفق بالمشتري الذي لا يجد الثمن كاملاً ويمكنه دفعه على أقساط .

6- **المعاملات التي لا يمكن تصويب أخطائها وتعتمد على الوهم والتخيل الأولى غض الطرف عنها في المعاملات والاكتفاء بالحلال الذي لا شك فيه فإن الله تعالى طيب لا يقبل إلا الطيب .**

المصادر والمراجع

أولاً :- القرآن الكريم .

ثانياً : - الحديث وعلومه.

- ابن حبان .صحيح ابن حبان . ط.مؤسسة الرسالة بيروت . أولى 1988م .
- ابن حجر .تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،ط.دار الكتب العلمية ، 1998م
- ابن حجر .فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ط.دار الريان للتراث ثانية 1987م .
- ابن ماجه .سنن ابن ماجه ، ط.دار الفكر أولى 2003م ، دار الرسالة العالمية 2009م .
- أبو داود .سنن ابي داود ، ط.دار الكتب العلمية ثانية 2007م .، وطبعات أخرى .
- أحمد بن حنبل .المسند ط.دار الحديث القاهرة أولى .
- الباجي .المنتقى شرح الموطأ ط. دار الكتب العلمية أولى 1999م .
- البخاري .الصحيح مع الفتح ، ط .دار الريان للتراث ، ثانية 1987م ، وطبعات أخرى .
- البيهقي .السنن الكبرى .ط .دار الكتب العلمية ، 1999م .
- الترمذي . سنن الترمذي ، ط.دار الكتب العلمية أولى 2000م .
- الحاكم .المستدرك على الصحيحين . ط.دار الكتب العلمية ، أولى 1990م .
- الشافعي .المسند ط.المطبعة الأميرية ببولاق ، نشر عالم الكتب 1400هـ .
- الطبراني .المعجم الكبير ط.مكتبة ابن تيمية ثانية 1994م .
- مالك . الموطأ ط. مؤسسة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان أبو ظبي ، أولى 2004م .
- مسلم .صحيح مسلم .ط. دار الكتب العلمية ، وطبعات أخرى .
- النسائي .سنن النسائي ، ط. دار البشائر ، رابعة 1994م .

ثالثاً :- الفقه :- (أ)الفقه الحنفي :-

- ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ، ط.دار إحياء التراث العربي ، أولى1998م .
- ابن نجيم .البحر الرائق .ط .المكتب الإسلامي ، ثانية .
- البابرتي .العناية على الهداية ، مطبوع مع شرح فتح القدير .
- الزيلعي . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . ط.دار الكتاب الإسلامي دمشق .
- السرخسي .المبسوط ، ط.دار الكتب العلمية بيروت ، أولى 2001م .
- علاء الدين السمرقندي . تحفة الفقهاء ، ط. دار الكتب العلمية ، ثانية 1994م .
- الكاساني .بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط.دار الكتب العلمية ، ثانية 1986م .
- منلا خسرو .درر الحكام شرح غرر الأحكام ط.دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى الحلبي.

(ب)الفقه المالكي :-

- أحمد الصاوي .بلغة السالك إلى مذهب مالك . ط. دار المعارف .القاهرة .
- ابن جزي .القوانين الفقهية ط. عالم الفكر ، القاهرة ، أولى .
- الحطاب .مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ط.دار الفكر ، ثانية 1398هـ .
- الدردير .الشرح الصغير .ط. دار الفضيلة ، القاهرة 2008م .
- الدردير .الشرح الكبير .على متن خليل ط.دار إحياء الكتب العربية .عيسى الحلبي .
- الدسوقي .حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ط.دار إحياء الكتب العربية ،الحلبي
- الصاوي .حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ط.دار الفضيلة 2008م .
- القاضي عبدالوهاب .المعونة على مذهب عالم المدينة ط.دار الكتب العلمية أولى 1995 م .
- محمد عليش . منح الجليل . ط. دار الفكر بيروت ثانية 1398هـ .
- النفراوي .الفوكه الدواني لشرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني .ط.دار الفكر بيروت 1415هـ

- **(ج) الفقه الشافعي :-**

- ابن حجر .تحفة المحتاج ، ط.المكتبة التجارية بمصر 1983م .

- البغوي . التهذيب . ط.دار الكتب العلمية بيروت .
- جلال الدين المحلي .كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين ، ط.المكتبة العصرية أولى2008م
- الرافعي . فتح العزيز شرح الوجيز ، ط.دار الكتب العلمية ، أولة 1997م .
- زكريا الأنصاري.أسنى المطالب شروح روض الطالب ،ط.دار الفكر بيروت .
- سليمان الجمل .حاشية الجمل على شرح المنهج .ط.دار الكتب العلمية أولى 1996م .
- الشربيني الخطيب .الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ط.دار الفكر بيروت .
- الشربيني الخطيب .مغني المحتاج .ط.دار الكتب العلمية 2000م ،و طبعة الحلبي .
- الشيرازي .المهذب .ط.دار الفكر بيروت ، وطبعة الحلبي .
- القليوبي .حاشية القليوبي على كنز الراغبين .ط. المكتبة العصرية 2008م .
- النووي . روضة الطالبين وعمدة المفتين .ط.المكتب الإسلامي دمشق .
- النووي .المجموع شرح المهذب . ط.دار الفكر بيروت أولى 1996م .
- **(د) الفقه الحنبلي :-**
- ابن تيمية . مجموع الفتاوى ط.مجمع الملك فهد 1995م /1416هـ .
- ابن قدامة .المغني ، ط.دار الكتب العلمية ، وطبعات أخرى .
- ابن القيم . إعلام الموقعين ط. دار الكتب العلمية ، أولى 1991م .
- ابن القيم . زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط.مؤسسة الرسالة ،السابعة والعشرون 1994م
- ابن القيم . الطرق الحكمية . ط.مكتبة دار البيان ، دون تاريخ .
- البهوتي .شرح منتهى الإرادات .ط. مؤسسة الرسالة ، ثانية 2005م .
- البهوتي .كشاف القناع عن متن الإقناع ، ط. دار الفكر بيروت 1982م .
- المرداوي .الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط.دار إحياء التراث العربي

رابعاً:- الاقتصاد الإسلامي .

- د/ أحمد محي الدين .أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، ط. سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية 1995م .
- د/ أحمد يوسف سليمان .رأي التشريع الإسلامي في مسائل البورصة ،
- د/ رفيق يونس المصري .بيع التقسيط . ط. دار القلم ، دمشق 1997م .
- د/ السيد حافظ السخاوي.البورصة في الفقه الإسلامي المعاصر .ط .جامعية .
- د/ شعبان البرواري .بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي ،ط1. دار الفكر دمشق، 2002م
- د/ عبدالكريم الخطيب .السياسة المالية في الإسلام .ط. دار الفكر العربي 1976م .
- د/ عصام أبو النصر.أسواق الأوراق المالية" في ميزان الفقه الإسلامي ،ط.دار النشر للجامعات 2006م .
- د/ عطية السيد فياض .بورصة الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي ط. جامعية 2003م
- د/عطية السيد فياض.سوق الأوراق المالية .ط.دار النشر للجامعات 1998م .
- د/ علي عبدالقادر .مسائل البورصة في الشريعة الإسلامية ،
- علي محيي الدين القرة داغي.بحوث في الاقتصاد الإسلامي.ط.دار البشائر ثانية 2006م .
- د/كيلاني المهدي.قضايا فقهية معاصرة.البورصة وأحكامها الشرعية ، طبعة جامعية .
- د/مبارك بن سليمان.أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ،ط. كنوز إشبيليا ، 2005م
- د/ محمد جابر صالح .الاستثمار بالأوراق المالية ط. شركة المطابع النموذجية 1989م .
- د/ محمد حسين قنديل .النظريات العامة في الفقه الإسلامي ، ط. مكتبة الأزهر 1996م .
- د/ محمد عبدالحليم عمر. الإطار الشرعي والمحاسبي لبيع السلم ، ط. المعهد العالي لبحوث التدريب ، بجدة 1992م .

- د/محمد الشحات الجندي .معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية ،ط.دار النهضة العربية
- د/ محمد صبري هارون .أحكام الأسواق المالية .ط.دار النفائس الأردن .
- د/محمد عبدالغفار الشريف .بحوث فقهية معاصرة ، ط.دار ابن حزم 1999م .
- د/ معبد الجارحي .الشركات في ضوء الإسلام ط. مؤسسة آل البيت ،
- **خامساً:- القانون والاقتصاد.**
- د/ إبراهيم محمد أبو العلا. بورصات الأوراق المالية والقطن ط.أولى 1960م .
- د/حسن صبري نوفل.الاستثمار في الأوراق المالية ،كتاب الأهرام الاقتصادي 100 1996م
- د/ خالد وهيب الراوي .الاستثمار ، ط. دار المسيرة عمان ، أولى 1999م .
- د/ خورشيد إقبال.سوق الأوراق المالية بين الشريعة الإسلامية النظم الوضعية ،ط الرشد 2006.
- د/ زياد رمضان .مبادئ الاستثمار الحقيقي .ط. دار وائل أولى 1998م .
- د/ سعيد توفيق عبيد . الاستثمار في الأوراق المالية . ط.مكتبة عين شمس ، دون تاريخ.
- د/ سمير عبدالحميد رضوان.أسواق الأوراق المالية ،ط. المعهد العالي 1996م .
- د/ عبدالباسط وفا .بورصة الأوراق المالية ، ط. دار النهضة العربية 1996م .
- د/ عبدالفضيل أحمد .بورصة الأوراق المالية ، ط.مكتبة الجلاء بالمنصورة ، دون تاريخ
- د/علي شلبي.بورصة الأوراق المالية ،ط. مكتبة النهضة المصرية 1962م .
- د/محمد أمين بارودي .الوساطة المالية أبرز التطبيقات المعاصرة، ط.دار النوادر 2012م .
- د/ محمد عبدالسلام . بورصة الأوراق المالية ، ط . معهد الدراسات المصرفية ، د/منير إبراهيم هندي .الأوراق المالية وأسواق رأس المال، ط.منشأة المعارف بالإسكندرية 1997م
- د/ موريس سلامة .الأسواق المالية في العالم ،ترجمة يوسف الشدياق ط. 1983م .
- د/ هشام البساط .الأسواق المالية والدولية ، ، ط.اتحاد المصارف العربية .
- د/ يوسف كمال محمد .فقه الاقتصاد النقدي .ط. دار الهداية 1993م .

سادساً:- الفقه العام .

- ابن حزم الظاهري .المحلى بالآثار ط. دار التراث .
- الغزالي . إحياء علوم الدين ، ط. دار الأوقاف والشئون الإسلامية دبي ، دون تاريخ .
- الشيخ / محمد أبو زهرة .بحوث في الربا ، ط.دار الفكر العربي .
- د/محمد يوسف موسى .الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة ،ط. المكتب الفني للنشر 1958م .
- د/ مصطفى الخن ، ود/ مصطفى البغا .الفقه المنهجي ، ط.دار القلم دمشق عاشرة 2009م .
- منير القاضي .شرح مجلة الأحكام العدلية ، ط.مطبعة العاني بغداد 1949م .
- د/ وهبة الزحيلي .الفقه الإسلامي وأدلته ، ط.دار الفكر دمشق .

سابعاً:- البحوث والمجلات العلمية .

- د/ أحمد محيي الدين.سوق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي ، ط.مجموعة دلة البركة جدة 1417هـ .
- د/ صادق حنين .بحوث في أعمال البورصات .مجلة القانون والاقتصاد ،السنة الثامنة
- د/ محمد عبدالحليم عمر.التفسير الإسلامي لأزمة البورصات العالمية .
- د/ معبد الجارحي .المصارف الإسلامية والأسواق العالمية ، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للمصارف الإسلامية دبي 1985م .

ثامناً:- المعاجم اللغوية .

- ابن منظور .لسان العرب .ط. دار صادر ودار الفكر بيروت .
- الفيروزآبادي .القاموس المحيط ، ط. دار الحديث القاهرة .
- الفيومي .المصباح المنير في شرح غريب الرافعي الكبير .

تقويم مدى الإبداع التشريعي
في قانون المعاملات المدنية الإماراتي

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد
أستاذ القانون المدني
كلية القانون والسياسة- جامعة السليمانية

مقدمة

التشريع ، ومع كل التعريفات التي وضعت له ، لا يخرج عن كونه ثمرة نتاج فكري ، ومدونة تجمع في طياتها ، مجموعة من الأفكار ، والتي من شأنها أن تلبي حاجة من حاجات المجتمع ، وعلى الرغم من الحقيقة التي أضحت اليوم من قبيل البديهيات ، وهي أن الشعوب لها قواسم مشتركة في تلبية حاجاتها ، لكن لكل منها خصوصية تراعى فيها العادات والتقاليد السائدة ومبادىء الأخلاق التي تسود في مجتمع على درجة مختلفة عما هو عليه في مجتمع آخر ، مما ينسحب على وجود اختلافات في التشريعات لتغطية هذه الاختلافات الموجودة في واقع كل مجتمع على حدة .

والتشريع في مرحلة وضع أفكاره وتنظيمها يقترب كثيراً من العمل البحثي ، فكلاهما ينشأ بسبب وجود مشكلة ، فالبحث يعالج مشكلة وفقاً لمنهجية محددة وتكون نتائجه غير ملزمة ، لكن التشريع ، وبالوظيفة نفسها ، تكون قواعده ، المتمثلة بنتاج الأفكار التي سبقته ، ملزمة للأفراد ، وبالتالي فإن الكثير من القواعد والأصول المطبقة في البحث العلمي ، نراها واجبة التطبيق ، إلى حد ما ، في عملية خلق القواعد التشريعية .

والتشريع تشترك في ظهوره إلى النور جهود كثيرة تبذلها لجان متعددة ، تنتهي بجهود لجنة وضعه وإقراره أمام الجهة المشَرعة له ، وفي العادة تكون لجنة وضع مشروع التشريع هي لجنة متخصصة في القانون ، ولا ضير أن يشترك معها خبراء من القطاعات التي يعنى بها التشريع المراد سنُّه ، وهذه اللجنة ، وهي تقوم بوضع القواعد وتدوين الأفكار التشريعية ، تستعين بتجارب دول أخرى كانت سباقة في المعالجة التشريعية للموضوع المراد تنظيمه بالتشريع ، كما تستعين اللجنة بجهود الفقهاء والخبراء والباحثين والمختصين ، ولا سيما المختصين بشرح القوانين أو بتطبيقها ، في المجال الذي سيختص التشريع بتنظيمه ومعالجته في داخل الدولة

أو خارجها ، فعمل اللجنة قد يكون موفقاً في إشباع حاجات المجتمع ، أو فئة منه معنية بخطاب التشريع ، وقد تكون غير موفقة ، ونحن لسنا بموقع تقويم العمل التشريعي فيما إذا أدى إلى تحقيق أغراضه أم لا ، بل نحن بصدد دراسة مجموعة الأفكار التي انطوى عليها التشريع ، وأسلوبه ، والمنهجية التشريعية المتبعة ، وتقويم مدى وجود الإبداع في عمل اللجنة المكلفة بوضع التشريع ، إذ تكتفي بعض اللجان بنسخ القانون حرفياً من قانون دولة أخرى ، وعملها هذا يخلو من الإبداع التشريعي ، حتى ولو فرضنا أن الأعراف والتقاليد متشابهة في كلتا الدولتين ، وهذا ما يجعل هناك حاجة لتوحيد المضامين التشريعية ، لكن بإمكان اللجنة أن تغير في الأسلوب أو المنهجية ، فتحقق إبداعاً تشريعياً في الشكل والمنهجية والأصول ، أو على الأقل أحدها ، بحيث يبقى الجانب الموضوعي متبايناً في تحقيق الإبداع التشريعي ، وهذا لايهم كثيرا ، فالبشرية جمعاء تشترك في التفكير المنطقي ، والاحتكام إلى العقل والمنطق هو المعيار في تقويم التشريعات لدى الجميع وهذا مايجعل البشرية متفقة في الكثير من القواعد والمبادئ لأن المنطق يدعمها ، فليس من تشريع ينكر على المتضرر من عمل غير مشروع ، حقه في طلب التعويض ، وليس من تشريع ينكر وجوب ايقاع البيّنة على المدعي ، وليس من تشريع ينكر على قدرة الإرادة الحرّة السليمة في إلزام صاحبها كأصل عام ، وغيرها الكثير .

وكثيراً مانجد في تشريعات بعض الدول أنها نسخة معدَّلة من تشريعات لدول أخرى ، وهذه ظاهرة يمكن تفاديها باعتبار أن المجال الفكري الإبداعي ، خاصة التشريعي ، واسع لا حدود له ، وبإمكان التشريع أن يخلق نوعاً من الإبداع بحيث تجعله متميزاً عن الأصول التشريعية التي أخذت منه جُلّ أحكامه ، حيث لا ينكر، كما هو معلوم في سياق القواعد العامة للتشريع ، تغيُّر الأحكام بتغير الأزمان والعادات والتقاليد والأعراف، فالعادة محكَّمة ، والعرف معتبر ، ومن شبه المستحيل تطابق ضرورات عصرين ، فضلا عن تطابق عادات وتقاليد وأعراف بلدين ، مهما تقاربا ، وهذا ما سنناقشه ونسلط الضوء عليه لدى قراءتنا في قانون المعاملات

المدنية الإماراتي ، قانون إتحادي رقم (5) لسنة 1985 ، المعدل بالقانون الإتحادي رقم (1) لسنة 1987 ، فقد نقلت معظم أحكام هذا القانون من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 ، مع تعديلات مناسبة أدخلت عليه ، علما بأن ثمة اختلافات قد تكون جوهرية بين البلدين في الاجتماع والاقتصاد والعادات والتقاليد، تحتّم وجود تنوع في الاجتهاد التشريعي ، القانوني منه والفقهي على حدّ سواء ، وهذا الاقتباس إن كان له ما يبرره قي ثمانينات القرن الماضي ، فلا يوجد ما يبرر استمراره ونحن في العقد الثاني من القرن الواحد والعشرين ، مع ما تشهده دولة الإمارات العربية المتحدة من تطور وتنمية على المستويات كافة ، الاقتصادية منها والاجتماعية والتعليمية ، وما تتطلع إليه من بلوغ التنافسية العالمية ، فإن هذا الواقع يجب أن تواكبه أعمال إبداعية في مجال التشريعات ، خاصة المدنية منها .

وقد اخترنا هذه الورقة البحثية لتقويم أبعاد هذا الاقتباس التشريعي ، وتلمّس مواطن الإبداع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، ومواطن أخرى غاب فيها الإبداع ، وسيكون بحثنا موزعاً بالشكل الآتي :

أولاً / في الإبداع التشريعي بوجه عام

ثانياً / مواطن الإبداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

ثالثاً / مواطن غاب فيها الإبداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

رابعاً / ما ينبغي أن يكون عليه قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

وسننهي البحث بكلمة ختامية ، والله من وراء القصد .

أولاً / في الإبداع التشريعي بوجه عام :

الإبداع في اللغة ، هو اختراع على غير مثال سبق ، والمُبدع : هو المُنشئ أو المُحدث الذي لم يسبقه أحد ، وفي القرآن الكريم : ((بديع السماوات والأرض)) [524] أي خالقها على غير مثال سبق[525] ، والبدعة هي الحدث العجيب الذي لا مثيل له من قبل ، وقوله تعالى : ((قل ما كنت بدعاً من الرسل)) [526] ، أي أنّي لم أكن أول رسول مرسل لكم [527] . والإبداع ، هو إنشاء صنعة بلا احتداء ، واقتداء [528] وهو يقوم على المبادأة التي يبديها الفرد في قدراته على التخلص من السياق العادي للتفكير واتباع نمط جديد ، وقد عرفت الموسوعة البريطانية [529] الإبداع بأنه : القدرة على إيجاد حلول لمشكلة أو أدلة جديدة أو أثر فني أو أسلوب جديد . والإبداع (Creativity) مزيج من القدرات والاستعدادات والخصائص الشخصية التي إذا وجدت بيئة مناسبة يمكن أن ترقى بالعمليات الفعلية لتؤدي إلى نتائج أصيلة ومفيدة للفرد ، أو الشركة ، أو المؤسسة ، أو المجتمع ، أو العالم.

وكون الإنسان مبدعاً قائم على أساس أن ما يراه يعد غير مألوف ، أو يرى المألوف بطريقة غير مألوفة ، والإبداع عملية تمرُّ بأربع مراحل : الإعداد والتحضير ، البزوغ ، الحدس ، والتحقيق [530] .

1- الإعداد والتحضير : وهو نوعان : تحضير عام (التخصص في أحد الفروع)، وتحضير خاص في مواجهة فكرة أو مشكلة ما ، وهو ما يستلزم البحث والاطلاع حول الموضوع ، بصورة دقيقة ، وهذه المرحلة تنشأ عند ظهور الحاجة أو المشكلة أو ظهور الإحساس بعدم التوازن .

---

524 سورة (البقرة) ، الآية (117) .
525 لاحظ : الرازي ، مختار الصحاح ، دار الغد الجديد ، القاهرة ،2007 ، ص34 .
526 سورة (الأحقاف) ، الآية (9)
527 لاحظ : إبن منظور ، لسان العرب ، ج1 ، دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ص175 .
528 لاحظ : الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، 1996 ، ص140 .
529 المتاحة على الرابط الألكتروني الآتي Liberter-education .e – mon site. Com
530 الموقع السابق نفسه .

2- البزوغ : حيث تختمر الأفكار والمشاعر والتجارب المتعلقة بهذه الحاجات أو المشكلات في النفس لمدة من الزمن ، تطول أو تقصر ، وفجأة يظهر الحل .

3- الحدس : وهي مرحلة الذروة للعملية الإبداعية حيث تظهر الفكرة فجأة ، ويتم العثور على الحل ، فتنتج الفكرة المختمرة وتخرج إلى الضوء .

4- التحقيق : وهي المرحلة الأخيرة ، ويتضمن تطوير المادة الخام ونقدها وتحليلها والتأكد من صحتها ، إذ يتم لها التحقيق وتخضع للمعالجة .

والإبداع بهذه المراحل ، يتجاوز معنى الذكاء ، فالذكاء هو القدرة على حل المشاكل ، أما الإبداع فيتجاوز هذه القدرة إلى قدرة أخرى ترقى إلى استبصار طرق ومناهج جديدة ، بل أفكار جديدة ، على نحو غير معروف من قبل .

والإبداع التشريعي لا يخرج عن المفهوم العام للإبداع ، سوى أن الإبداع يكون في مجال عملية تشريع القواعد القانونية ، التي تبنى في الأساس على أفكار تشريعية، إما أن تكون مقتبسة من قوانين أخرى ، أو مبتكرة من قبل فرد ، قام بإبداع هذه الفكرة إلى أن أقرَّها الآخرون وتحولت إلى قاعدة تشريعية ، وهذا هو الإبداع التشريعي في أبهى صوره ، إلا أن اقتباس الأفكار التشريعية ، ووضعها في تشريع دولة أخرى ، لا يعني بالضرورة خلو العملية التشريعية من الإبداع ، فالإبداع لا ينحصر فقط في ابتكار الفكرة ، بل في طريقة المعالجة ، أو شكلها ، أو أساسها ، فكثير من التشريعات ثرية بالأفكار لكن أسلوب معالجتها أو شكل هذا الأسلوب ، أو تحديد الأساس الذي تستند إليه الفكرة ، تقليدي ، والعكس صحيح ، وعليه فالإبداع التشريعي يتأتى من إنشاء أو استحداث من غير احتداء أو اقتداء لواحدة أو أكثر من حالات الإبداع التشريعي الآتي بيانها أدناه :

1- الإبداع في الفكرة التشريعية : وهو استحداث حلّ مغاير أو مختلف عما استقرت عليه التشريعات السابقة ، لمسألة جزئية ، أو استحداث فرضية جديدة مبتكرة ووضع

حكم لها ، سواء أكان الحكم مقتبساً قياساً بحكم حالة مشابهة ، أم مبتكراً ، والإبداع من هذا النوع يحصل في إحدى الفرضيات الآتية :

أ- الفرضية مقتبسة والحل مبتكر [531]: ومثال على هذا الفرض ، ما نصت عليه المادة (186) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 حيث نصت على أنه : (1- إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً ، يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى .2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان)، فالفرضية هنا مقتبسة من الفقه الإسلامي ، وهي حالة مباشرة الضرر أو التسبب فيه، واجتماع المباشر والمتسبب ، لكن الحل مبتكر ومختلف عما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، ففي الفقه الإسلامي :

- المباشر ، يضمن وإن لم يتعمد أو يتعدى [532] .

- المتسبب ، لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي [533] .

- إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر [534] .

أما القانون المدني العراقي فقد ابتكر حكماَ جديداً و هو أن يضمن من كان من المباشر أو المتسبب ، متعمداً أو متعدياً [535] وهذا الحكم مبتكر .

ب- الفرضية مبتكرة والحل مقتبس : وفي هذه الحالة ينصب الابتكار على الفرضية، أي ابتكار حالة قد تقع في المستقبل دون أن يسبق هذا الابتكار أية فرضية مماثلة في

531 في مفهومي الفرضية والحكم (الحل) بوصفهما عنصرين للقاعدة القانونية ، لاحظ : محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية ، الفرضية والحكم ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد الخامس ، 1998، ص115

532 لاحظ : المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية .

533 لاحظ : المادة (93) من مجلة الأحكام العدلية .

534 لاحظ المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية وقد أخذ بهذا الموقف القانون المدني الأردني في المادة (258) ، تطابقها المادة (284) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية ..

535 لاحظ لمزيد من التفاصيل : د. محمد سليمان الأحمد ، تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون – جامعة الموصل ،العدد (24) ، 2005، ص62.

أي تشريع ، لكن الحكم قد يكون غير مبتكر ، إنما هو حكم حالة مثيلة للحالة المفترضة افتراضاً مبتكراً لتقارب الحالتين أو لاتفاقهما في العلة ، كما لو نظم القانون المدني الضرر الأدبي الناجم عن المسؤولية العقدية ، فهو بهذا ابتكر فرضية تشريعية جديدة ، لكن إذا أعطى لهذه الفرضية حكم الضرر الأدبي الناجم عن المسؤولية التقصيرية ، فيكون إبداعه مقتصراً على الفرضية دون الحكم .

جـ -الفرضية مبتكرة والحل مبتكر : وهنا يظهر الإبداع التشريعي بجانبه الموضوعي في أبهى حُـلّة ، فقد يبتكر المشرع فرضية معينة من باب استبصار المستقبل أو محاكاة لحالة واقعة غير منظمة تشريعيا ، ويضع لها حكماً معيناً ، بحيث يكون افتراض هذه الحالة ليس له مثيل من قبل في أي تشريع أو شريعة ، وأحياناً يصدق هذا القول على الأفكار التشريعية المبتكرة والمأخوذة من الشريعة ، كالشريعة الإسلامية ، لكن وجه الابتكار والإبداع فيها أنها لم تقرر في أي تشريع لأية دولة ، ومثال على ذلك الأفكار التشريعية التي تحولت إلى تقنين [536] ، والمقتبسة من آراء الفقهاء المسلمين ، كفكرة يد الأمانة ويد الضمان ، التي إبتدعها التشريع المدني العراقي [537] ، وكفكرة بيع الفضاء وبيع ما مأكوله في جوفه والتي ابتدعها المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية [538] ، وفكرة كسب ملكية المضمونات بالضمان التي استحدثها المشرع الأردني [539] ، وكان السَبّاق في وضعها في التشريع [540] .

536 في تحديد مفهوم التقنين ، لاحظ : د. عبدالرزاق السنهوري ود. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون ذكر سنة نشر ، ص192 ، (ويلاحظ أن لفظة تقنين قد أطلقت بشكل مخطئ على محاولات الفقه في تدوين بعض المذاهب الإسلامية ، كتقنين المذهب المالكي وتقنين المذهب الحنبلي ، وهذا غير صحيح) .

537 لاحظ : المواد (426-428) من القانون المدني العراقي .

538 لاحظ : المواد (580-581) والمواد (592-593) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

539 لاحظ المادة (1085) من القانون المدني الأردني .

540 في معنى قاعدة (كسب ملكية المضمونات بالضمان) ، لاحظ : محمد سليمان الأحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعاً ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد الثالث عشر ، فبراير ، 2000 ، ص301 وما بعدها .

2- الإبداع في المنهجية : أي استحداث طريقة جديدة في المعالجة التشريعية ، والاعتماد على فهم مختلف عن سائر المفاهيم المعتمدة من قبل في إصدار التشريعات ، والإبداع التشريعي في المنهجية يكمن في أمرين :

أ- وضع خارطة طريق واضحة لتنظيم الموضوعات ، واختطاط طريق واحد، ومنهجية واضحة في معالجة مجمل الموضوعات التي تناولها التشريع ، وتحديد المنهجية المتبعة في العملية التشريعية تعكس إلى حد بعيد طبيعة المجتمع الذي ولد فيه التشريع ، بحيث تسهل على المهتمين بدراسة القانون استخراج الاتجاهات العامة للتشريع بسهولة من خلال التطبيقات التشريعية ، ولا ضير في أن يحدد التشريع الاتجاهات العامة في ديباجة التشريع أو في مواده الأولى ، أو في مذكراته الإيضاحية .

ب- جعل مسودة التشريع ، المراد سنُّها كتشريع ، موائمة للمنهجية العامة المرسومة للتشريع ككل في الدولة ، مما يجعل المشرع في هذه الدولة ذا سياسة تشريعية بيّنة ومنـهج واضح [541].

3- الإبداع التشريعي في الأصول : وهذا النوع من الإبداع في العملية التشريعية يتعلق بأصول استنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية ، ولا سيما مصادر إستقاء التشريع قواعده القانونية ، كالاستنباط من شرائع أو قوانين لم يسبق لأي تشريع أن أخذ منها ، أو الاعتماد على العقل والمنطق والإبداع الموضوعي الفكري في سنّ القواعد القانونية ، أو ابتكار مصادر جديدة لتطبيق القانون لم تعتمدها التشريعات من قبل ، والمثال على ذلك ما قضت به المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث نصت على أنه : (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها وفحواها ، ولا مساغ للاجتهاد في مورد

541 المنهج هو أقصر طريق معبَد محدد المعالم يوصل إلى غرض مطلوب الوصول إليه على نحو أيقن وأسهل وأسرع (لاحظ : د. محمد أحمد مصطفى السرياقوسي ، التعريف بمناهج العلوم ، دار الثقافة ، القاهرة ، 1986 ، ص7 .

النص القطعي الدلالة ، فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية ، على أن يراعي تخيُّر أنسب الحلول في مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل ، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة ، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على أن لا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب ، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة) .

وهذا النص ليس له مثيل في القوانين المدنية العربية التي اطلعنا عليها ، وفيه جانب من الإبداع التشريعي الأصولي ، وإن كنت لا أتفق مع مضمونه على وفق ما سيأتي بيانه لاحقاً .

4- الإبداع التشريعي في الشكل : وهو يتعلق بشكل التشريع وتقسيماته وصياغته اللغوية وترتيبه ، وتبويبه ، والحقيقة أن معظم التشريعات المدنية تتشابه من حيث التبويب والصياغة ، فمعظمها اعتمد على التبويب الذي تبناه القانون المدني المصري ، في تقسيم القانون إلى باب تمهيدي متعلق بالأحكام العامة ، وثلاثة أقسام تتعلق بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والعقود المسماة ، والحقوق العينية ، كما أن الصياغة التشريعية تكاد تجمع على المصطلحات ذاتها ، كما أن جميعها اعتمد التقسيم ذاته في توزيع الأقسام أو الكتب على أبواب ، والأبواب على فصول، والفصول على فروع ، ووضعت جميع تلك التشريعات عنواناً لكل فرع وفصل وباب وقسم ، إلا أن القانون المدني الليبي الصادر عام 1954 ، تميَّز عن سائر التشريعات المدنية العربية بوضعه عنواناً لكل مادة قانونية ، على غرار ما فعله القانون المدني الياباني[542].

[542] Zentro Kitagawa & Karl Risenhuber , The identity of German and Japanese civil law in comparative perspectives , de gruyter recht ,bart in, 2007, p3 .

ثانياً / مواطن الإبداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي :

انفرد المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية عن سائر التشريعات المدنية العربية الأخرى في الآتي :

أ- **التفصيل في تحديد مصادر تطبيق القانون :**

ففي المادة الأولى منه التي ذكرناها آنفاً ، انفرد قانون المعاملات المدنية ، بذكر أسماء المذاهب التي على القاضي الرجوع إليها حسبما تقتضيه المصلحة وبالتسلسل بدءاً من المذهبين المالكي والحنبلي ثم المذهبين الشافعي والحنفي.

وعلى الرغم من انفراد المشرع الإماراتي بهذا النص إلا أنه نصّ لا يدعمه المنطق ، فعندما يكون المصدر الأول لتطبيق القانون هو التشريع ، وهذا التشريع مأخوذ في الغالبية العظمى من أحكامه من القانون المدني الأردني التي اعتمد في كثير من قواعده على مجلة الأحكام العدلية [543] التي تعد تقنيناً للفقه الحنفي ، فإن جعل المصدر الثاني لتطبيق القانون متمثلاً في الشريعة الإسلامية وفق تسلسل المذاهب المتبع والمذكور في المادة الأولى ، هو أمر تشوبه الغرابة ، إذ كان الأجدر بالمشرع نفسه الرجوع إلى هذه المذاهب حسب التسلسل المدرج عند وضعه للمدونة، فقد اختط لنفسه خطاً يسيراً في نقل المدونة من مدونة أخرى ، وإذا كان لزاماً على المشرع أن يراعي الواقع الاجتماعي للدولة ، فكان ينبغي عليه أن يتبنى نصاً مماثلا لنص المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم(67) لسنة 1980 ، والتي نصت في الفقرة (2) منها على أنه : (فإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها ...) . وعندئذ يكون القاضي مخيراً في تحديد أنسب الحلول على وفق المذهب الذي يتفق مع مصلحة البلاد وفي كل حالة على حدة .

[543] لاحظ : المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،ج1 ، منشورات المكتب الفني في نقابة المحامين الأردنيين ، عمان ، 2000 ، ص38 .

ب-جعل الشريعة الإسلامية من النظام العام :

لم ينفرد المشرع الإماراتي في تخصيص مادة مستقلة لتحديد مضمون النظام العام ، كما يرى البعض [544] فقد سبقه في ذلك القانون المدني العراقي [545] . إلا أن وجه انفراد المشرع الإماراتي يكمن في أمرين :

الأمر الأول : تفرده في اختيار مكان المادة ، وقد تَوَفَّق المشرع الإماراتي عند وضعه هذه المادة في الباب التمهيدي للقانون .

الأمر الثاني : جعله الشريعة الإسلامية جزءاً من النظام العام ، حيث نصت المادة (3) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية). وهذا النص جديد في مضمونه وجديد في توجهه أيضاً ، إلا أنه مما يؤخذ على المشرع الإماراتي عدم التزامه لعدّ الشريعة الإسلامية جزءاً من النظام العام في بعض المواقع من قانون المعاملات المدنية :

1- فهو يعمد تارة إلى اشتراط مراعاة الشريعة الإسلامية إلى جانب مراعاة النظام العام والآداب (م/27) و(م /106) .

---

[544] د. محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ،1996 ، ص326 .

[545] حيث نصت الفقرة (2) من المادة (130) من القانون المدني العراقي على أنه : (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار ، والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري ، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية) . وهذا النص إبتدعه القانون المدني العراقي ، فلا يوجد من نص عليه قبله ، فلا وجود لمثل هذا النص في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، وقد نقل القانون المدني الأردني هذا النص من القانون المدني العراقي في الفقرة (2) من المادة (163) .

2- كما أبطل المشرع التصرف إذا كان وجوده معلقاً على شرط مستحيل أو شرط أحل حراماً أو حرم حلالاً أو مخالف للنظام العام والآداب (م/424) .

3- وأحياناً يعمد إلى اشتراط مراعاة الشريعة الإسلامية وحدها (م / 2/1026)

4- وطوراً يستعمل عبارة النظام العام والآداب وحدها بصدد المحل (م /205 / 2) والسبب (م/207 /2) والشرط المقترن بالعقد (م/206) [546] .

ج- تنظيم بعض أنواع البيوع :

نظم المشرع الإماراتي بعض أنواع البيوع ، وقد انفرد في تنظيمه لبعض منها، مثل بيوع الفضاء ، وبيع الجزاف ، وبيوع الآجال ، وبيع العينة ، وبيع الطعام قبل قبضه ، وبيع الثمار ، وبيع الثمار التي تصيبها جائحة ، وبيع الأرض المزروعة والمبذورة ، وبيع النحل والشجر ، وبيع ما مأكوله في جوفه ، وذلك في المواد (580) وما بعدها . وهذه الأنواع من البيوع أخذها مشرّع قانون المعاملات المدنية الإماراتي من الفقه الإسلامي ، ونتناولها بشيء من الإيجاز :

1-بيوع الفضاء :

نصت المادة (580) على أنه : (يجوز بيع الفضاء للبناء فيه إذا كان على وجه من الوجوه التالية :

أ- بيع فضاء فوق أرض ولا يتوقف جوازه على وصف ما يبنى فيه .

ب- بيع فضاء فوق بناء بشرط أن يوصف البناء الذي يقام فيه .

جـ- بيع فضاء فوق فضاء يقام فيه بشرط أن يوصف كل من البناء السفلي والبناء العلوي.

فإذا وقع بيع من هذه البيوع الثلاثة ، ملك به المشتري جميع الفضاء الذي فوق الأرض أو فوق البناء في حدود ما اشتراه من هذا الفضاء ، ولكن ليس له أن يبني منه أكثر من الذي تم الاتفاق عليه ، إلا برضا المالك أو مالك البناء الأسفل) .

[456] لاحظ : د. محمد وحيدالدين سوار ، مرجع سابق ، ص327 .

ونصت المادة (581) على أنه : (بيع الفضاء محمول على التأبيد ويترتب عليه ما يأتي :- 1- إنه لا ينفسخ بانهدام البناء السفلي أو البناء العلوي . 2- إنه يجب على صاحب البناء السفلي إعادة بنائه إن تهدم وترميمه إن وهن ولصاحب البناء العلوي بإذن من صاحب البناء السفلي أو القضاء إعادة بنائه) .

وهاتان المادتان مستمدتان من الفقه المالكي [547] ، وعلى الرغم من أن هناك من انتقد وجود هذا النوع من البيوع في القانون الإماراتي [548] ، نظراً لأن ثمة ما يقوم مقامها في أحكام العلو والسفل في باب ملكية الطبقات والشقق المنظمة في القانون الإماراتي ، في المواد (1188) وما بعدها ، كما أن جواز تمليك الشقق على فراغ ، أي بموجب خارطة ، قبل أن يشيد البناء بالفعل ، يخالف قاعدتين من قواعد الحقوق العينية وهي :

1- الحق العيني لا يرد إلا على شيء معين بالذات .

2- الحق العيني العقاري لا يرد إلا على العقارات الموجودة فعلاً ، عند تسجيل العقد في التسجيل العقاري .

إلا أنني ، وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي ، اتفق معه في التبرير ولا اتفق معه في المنع ، فليس لي ملاحظة على تنظيم المشرع الإماراتي لبيوع الفضاء ، لكن المشكلة تكمن في أن الإشكالية التي دفعت المشرع إلى تنظيم هذه البيوع لا تتعلق ، بصفة خاصة ، بعقد البيع في ذاته ، كي تكون هذه البيوع بيوعاً تطبيقية له ، بل في حكمه ، فإشكالية هذه البيوع تكمن في الملكية كحق عيني يرد على شيء معين بالذات ، ولا سيما وأن هذه البيوع ترد على عقارات وبالتالي وجب على المشرع أن ينظمها في الباب الخاص بحق الملكية ، وتحديداً ضمن تحديد نطاق هذا الحق ، ذلك لأن هذه البيوع تخالف قاعدتين مهمتين من قواعد الحقوق العينية ،

[547] لاحظ المذكرات الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وزارة العدل ، أبوظبي ، ص533 .

[548] د. محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، ص318 .

فوجب ، لذلك إن أراد المشرع مخالفة هاتين القاعدتين ، أن ينظم هذه البيوع استثناءاً على تلك القاعدتين ، عند تعرضه لنطاق حق الملكية ، أو على الأقل تنظيمها ضمن ملكية الطبقات والشقق ، فالإشكالية وراء تنظيم هذه البيوع لا ترتبط بالبيع نفسه قدر ارتباطها بالملكية .

2-بيع الجزاف :

نصت المادة (582) على أن : (1- بيع الجزاف هو بيع ما يُكال أو يُوزن أو يُعد بدون كيل أو وزن أو عَد ، اكتفاء بتقديره إجمالاً ويتم البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن يتوقف على مقدار المبيع . 2- ويشترط في جواز البيع الجزاف ما يأتي : أ- أن يكون المشتري قد رآه حال العقد عليه أو رآه قبل العقد رؤية لا يتغير بعدها عادة إلى وقت العقد عليه إلا أن يكون في رؤيته فساد له فيكفي العلم بصفته .ب- أن يجهل المتبايعان قدر كيله أو وزنه أو عدده مع إمكان تقديره إجمالاً فإن ثبت لأحدهما حين العقد أن الطرف الآخر كان يعلم بقدر المبيع فسد العقد وإن علم بعلم الآخر بذلك بعد العقد خُيـّـر بين ردّ البيع أو إمضائه) .

وهذه المادة مقتبسة من الفقه المالكي [549] ، وهذا النوع من البيوع يدخل في موضوع شروط المحل في عقد البيع ، وأقصد (المبيع) ، فتقدير الموكول أو الموزون أو المعدود من غير كيل أو وزن أو عَد ، يجعله بالنسبة للمشتري شيئاً معيناً بالذات وبهذا التحق حكم نقل الملكية بالنسبة للأشياء التي تباع جزافاً [550] ، بالأشياء المعينة بالذات [551] ، وهذه الأشياء تنتقل ملكيتها بمجرد ارتباط القبول

549 لاحظ : المذكرات الإيضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص526 .

550 استخدم المشرع الإماراتي عبارة (بيع الجزاف) في صدر المادة (582) في حين استخدم عبارة (البيع الجزاف) في منتصفها ، ولا شك أنه لا يوجد شيء اسمه (البيع الجزاف) الذي يدل في معناه على جزافية البيع في جميع أركانه وهذا لا يستقيم بأي حال من الأحوال مع وجود القيد يقيناً ، إنما العبارة الدالة على المعنى المقصود هو (بيع الجزاف) أي بيع محل يوصف بالجزاف فتحدد صفة (الجزاف) في المحل دون غيره من الأركان .

551 نصت المادة (512) من القانون الإماراتي على أنه: (إذا كان البيع جزافاً انتقلت الملكية إلى

بالإيجاب [552] ، لذا لا نرى داعياً لتنظيم هذا النوع من البيوع إلا في دائرة الحديث عن المحل ونقل الملكية ليس إلا [553] .

3- بيوع الآجال :

نصت المادة(583) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (من باع شيئاً بثمن مؤجل جاز له أن يشتريه بثمن حال أو مؤجل ممن باعه له إلا إذا اختلف البيعان في الثمن والأجل وكان دفع الثمن الأقل سابقاً على دفع الثمن الأكثر وفي هذه الحالة يفسخ البيع الثاني إن كان المبيع قائماً ، فإن لم يكن قائما فُسخ البيعان) .وهذه المادة تجيز لمن باع شيئاً بثمن مؤجل أن يشتريه ممن باعه له بثمن حال أو مؤجل ، ويحظر هذا الشراء في حالات محددة تتوفر فيها شبهة الربا ، وتحدد الأثر المترتب على مخالفة هذا الحظر ، ويمكن جمع صور هذا النوع من البيوع في مثال واحد ، كما لو باع شخص سلعة بعشرة دراهم مؤجلة لشهر تم

المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات) .وهذا النص منقول من المادة (486) مدني أردني ، دون أن ينتبه واضعو القانونين إلى أنه لا يوجد مادة قانونية تبين متى تنتقل ملكية الشيء المعين بالذات ؟!

552 نصت المادة (247) من القانون المدني العراقي على أنه : (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل) . وهذا النص منقول من المادة (204) مدني مصري ، وتطابقها المادة (205) مدني سوري ، ولم ينص قانون المعاملات المدنية الإماراتي على نص صريح كهذا .

553 في الوقت الذي بينت فيه المادة (1/248) مدني عراقي ، المنقولة من المادة (205) مدني مصري والمطابقة للمادة (206) مدني سوري ، كيفية نقل ملكية الأشياء المعينة بالنوع ، إذ لا تنتقل ملكيتها إلا بتعيين الشيء بالذات ، أي بالإفراز ، فقد وضع المشرع الأردني نصاً غريباً في المادة (1147) مدني ، ومضمونه : (لا تنتقل ملكية المنقول غير المعين بنوعه إلا بإفرازه طبقاً للقانون) . فحرف (غير) قد سقط سهواً هنا ، أو أن كلمة (بنوعه) وردت خطئاً والمفروض تكون (بذاته) ، وقد ورد هذا النص في النسخ الرسمية للقانون المدني الأردني ، ولم تعقب عليه المذكرات الإيضاحية الأردنية (لاحظ ص759 منها) ، كما نقل المشرع الإماراتي النص حرفياً دون أية معالجة أو تصويب في المادة (1276) معاملات مدنية ، ولم يوضح معناها وفسّرها على عيبها في المذكرات الإيضاحية الإماراتية (لاحظ : ص900 منها) .
(ولاحظ الملاحظات ذاتها : د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الأصلية ، ج2 ، أسباب كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 1996 ، ص127 ، ود.علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دار الثقافة ، عمان ، 1999، ص158) .

شراؤها من المشتري بثمانية نقداً ، أو اشتراها منه بثمانية دراهم لأجل أقرب من شهر أو اشتراها منه باثني عشر دراهما لأجل أبعد من شهر ، وعلة المنع في هذه الصور هي تهمة قصد السلف بالزيادة ، لأن السلعة في البيع الثاني رجعت على صاحبها وآل الأمر إلى أن دافع القليل من المتبايعين أسلفه قليلاً يأخذ منه كثيراً والسلف منه في الصورتين الأوليين هو البائع الأول وفي الصورة الثالثة هو البائع الثاني ، وأما ما عدا هذه الصور من صور بيوع الآجال فجائز ، إذ لا يتصور فيها ثمة سلف بزيادة [554].

والصور التي ذكرتها هذه المادة ، ومنعتها لوجود شبهة الربا ، إنما كان بالإمكان الاستغناء عنها بنص في القواعد العامة يمنع إجراء أي تصرف قانوني يخفي في طياته رباً ، ثم إن المادة (127) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، قد نصت على عدم جواز التعاقد على معصية ، كما أن المادة (126) من القانون ذاته في الفقرة (د) منها ، أجازت أن يرد العقد على أي شيء ليس ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وقد عدَت المادة (3) من القانون نفسه ، الأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية من النظام العام .

4- بيع العينة :

نصت المادة (584) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (بيع العينة هو بيع يتم بين من نَصب نفسه لطلب شراء السلع وليست عنده وبين طالب السلعة فإذا طلبت منه سلعة فإنه يشتريها ويبيعها لمن طلبها منه بزيادة على ثمن شرائه لها وهو بيع جائز إلا أن يؤدي إلى سلف بزيادة وذلك إذا أعاد المطلوب منه بيع السلعة لطالبها بثمن آجل يزيد على ثمن الشراء المتفق عليه بينهما وإذا وقع البيع بهذه الصورة فسخ الشراء الثاني ولزمت السلعة بالثمن المتفق عليه بينهما في الشراء الأول مضافاً إليه الأقل من أجر القيام بمثل هذه الصفقة ومن الربح) .

[545] لاحظ :المذكرات الإيضاحية الإماراتية ، ص527 .

وهذه المادة ، كسابقتها ، تجيز هذا النوع من البيع بشرط عدم انطوائه على ربا ، وسمي ببيع العينة (بكسر العين وسكون الياء) [555] ، لأن البائع أعان طالب السلعة على الحصول عليها ، ومثال الممنوع من هذا النوع من البيوع : أن يقول طالب السلعة لأحد اشترها لي (أي السلعة) بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشرة مؤجلة لشهر ، فكان المطلوب منه أسلف طالب السلعة عشرة يأخذ عنها بعد الأجل اثنتي عشرة [556] ، وبيع العينة لا يكون مع هذه الصورة فحسب بل اختلفت الأقوال على التمثيل عليه [557] . وهو عندنا ، على قدر تعلق الأمر بوصفه وتنظيمه في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، يصدق عليه قولنا في بيوع الآجال ، فكان بالإمكان الاستغناء عنه لتشمله الأحكام العامة بقواعدها التي تتسع لكافة التطبيقات .

5- بيع الطعام وغيره قبل قبضه :

نصت المادة (585) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه :(يجوز لمن ملك شيئاً بشراء أو غيره أن يبيعه قبل قبضه ممن كان يملكه إلا أن يكون طعام معاوضة فلا يجوز لمن اشتراه على الكيل أن يبيعه قبل قبضه بالكيل فإن اشتراه جزافاً جاز له بيعه قبل قبضه) .

هذا النص يتناول حالة نادرة ، وهي أن يبيع الإنسان ما يشتريه إلى مالكه السابق ، شأنه في ذلك شأن التقايل، ويرجع هذا المنع إلى عَد الملكية بعد البيع وقبل القبض غير مستقرة للمشتري على المبيع [558] في الفقه الإسلامي ، أما طعام المعاوضة فإن المشرع منع بيعه قبل قبضه لأنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبض الاستيفاء وجاز بيعه في صورة الجزاف لدخوله في ضمانه بمجرد العقد

555 لاحظ : العلامة محمد علي التهانوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تعريب: د. عبدالله الخالدي ، ج2 ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ،(دون ذكر سنة النشر)، ص1244.
556 لاحظ : المذكرات الإيضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص528 .
557 لاحظ تفاصيل ذلك : العلامة محمد علي التهانوني ، موسوعة كشاف إصطلاحات الفنون والعلوم ، مرجع سابق ، ج1 ، ص356 .
558 لاحظ : د. محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، مرجع سابق ، ص321 .

عليه، وهذه الصورة مأخوذة ، كسابقاتها ، من الفقه المالكي[559]، وربما كان الأفضل لو لم يقتصر المنع على حالة مخصصة بذاتها تتعلق بالطعام وغيره ، ويأتي النص بصياغة عامة ضمن القواعد العامة .

6- بيع الثمار :

نصت المادة (586) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه :

(1- يجوز بيع الثمار وإن لم يبد صلاحها إن بيعت مع أصولها ولا يجوز بيعها منفردة عن أصولها إلا إذا بدا صلاحها أو صلاح بعضها ويكون بدو الصلاح بالتهيؤ للنضج وصلاحيتها للإطعام أو الانتفاع بها .

2- وإذا كانت أصول الثمار مما يطعم بطوناً في السنة جاز بيع البطون إذا بدا صلاح البطن الأول منها إن اتصلت البطون ولم يتميز بعضها عن بعض فإن تميزت فلا يجوز بيع البطن الثاني إلا إذا بدا صلاحه) .

تحدد هذه المادة الحالات التي يجوز فيها بيع الثمار وإن لم يبد صلاحها ، كذلك الحالات التي يجوز فيها بيع بطون الثمار وبيع الثمار مع أصولها يشمل بيعهما في عقد واحد وبيعهما في عقدين كما لو اشترى بعد ذلك ثمارها . وإنما صح بيع الثمار قبل بدو صلاحها على الوجه المذكور في النص ، لأنها إذا بيعت مع أصولها في عقد واحد أو ألحقت بها في عقد آخر ، صارت بذلك تابعة للأصول في البيع .[560] وهذه المادة ، كسابقاتها ، مستمدة من المذهب المالكي [561] ، وهذه المادة تتحدث عن بيع الأشياء المستقبلة ، وقد أجازت القواعد العامة تصرفات المعاوضة الواردة على

[559] لاحظ : المذكرات الإيضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص529 .
[560] لاحظ : المذكرات الايضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص530 .
[561] والمراد بالثمار هنا ما يشملها الأكول كالعنب والتين والتفاح والمقاثيء والبطيخ والخضروات والبقول كالبصل والجزر ونحوهما وغير المأكول كالزهور . والأصول التي تطعم بطوناً في السنة كالموز والمقاثيء وبعض الخضروات .(لاحظ : المذكرات الايضاحية الإماراتية ، المرجع السابق ، ص530) .

الأشياء المستقبلة إذا انتفى الغرر[562] ، فقطعت بذلك أيما شك ، فلا أرى داعيا لهذا التطبيق هنا .

7- بيع الثمار التي تصيبها جائحة :

نصت المادة (587) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (إذا أصيبت الثمار بعد بيعها بجائحة لا يستطاع دفعها عادة كان من حق المشتري طلب تخفيض الثمن بما يعادل ما أصابته الجائحة إذا حصلت الإصابة قبل تمام نضجها وجنيها المعتاد وبلغت قيمة ما أصابته ثلث قيمة الثمار فأكثر إلا إذا كانت الجائحة بسبب العطش فيستنزل من الثمن قيمة ما أصابته الجائحة ولو قلت قيمته عن الثلث).

تعيّن هذه المادة حقوق المشتري إذا أصيبت الثمار بعد بيعها بجائحة (كبرد أو حرّ شديد ، أو ريح عاصفة ، أو جراد ، أو مرض)، لا يُستطاع دفعها عادة ، والمقصود بالثمار في هذا النص هو المراد به في النص السابق وإنما وضعت جائحة العطش عن المشتري ولو قلت عن الثلث لأن سقي الثمار على البائع فأشبهت المبيع الذي فيه حق توفيه . والمبيع الذي فيه حق توفيه للمشتري لا يدخل في ضمانه إلا بعد استيفائه له والاستيفاء هنا لم يتحقق بسبب العطش .ووضع جائحة الثمار على المشتري مبني على ما يأتي في ضمان المبيع من أن ضمان الثمار المبيعة يكون من البائع إلى كمال طيبها وأمن جوائحها ولو قبضها المشتري . وهذه

[562] لاحظ : الفقرة (1) من المادة (202) معاملات مدنية إماراتي ، وقد نسخ هذا النص من نص الفقرة (1) من المادة (160) مدني أردني الذي آثر مشرعه الأخذ باتجاه القانون المدني العراقي التي نصت الفقرة الأولى من المادة (129) منه على أنه : (يجوز أن يكون محل الالتزام معلوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعُيّن تعيينا نافيا للجهالة والغرر) ، في حين اكتفى القانون المدني المصري بـ : (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا) الفقرة (1) من المادة (131) ، التي أخذها حرفيا القانون المدني السوري في المادة (1/132) منه ، وقد أتى القانون المدني الكويتي بنص جميل في المادة (168) منه إذ جاء فيه : (يجوز أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل ، ما لم يكن وجود هذا الشيء رهينا بمحض الصدفة ...) ، أما القانون المدني اليمني فقد عبر عن الشيء المستقبل بلفظة الشيء المعدوم ، حيث نصت المادة (191) منه على : (لا يصح أن يكون شيئا معدوما محلا للعقد إلا ما أستثني بالنص عليه في هذا القانون ، والشيء المعدوم هو الشيء الذي لايتحقق وجوده من الأعيان ووجود سببه من المنافع حال العقد) .

المادة مستمدة من المذهب المالكي [563] . والجائحة ماهي إلا تطبيق من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة التي أخذ بها المشرع الإماراتي في القواعد العامة[564] ، أما ما يتعلّق بالعطش فتغطيه قواعد المسؤولية العقدية [565].

8- بيع الأرض المزروعة والمبذورة :

نصت المادة (588) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (1- إذا كان بالأرض المبيعة زرع لا يُحصد إلا مرة واحدة بقي للبائع إلى أول وقت أخذه ما لم يشترطه المشتري لنفسه .2- وإذا كان بالأرض المبيعة زرع يجذ مرة بعد أخرى أو تتكرر ثمرته فأصله للمشتري والجذة أو الجنية الظاهرة للبائع وعليه قطعها في الحال ما لم يشترطها المشتري لنفسه وعليه قطعها في الحال) . يوضح هذا النص حالة ما إذا كان بالأرض المبيعة زرع لا يُحصد إلا مرة واحدة سواء نبت هذا الزرع أو لا ، كَبُر أوشعير أوعدس أونحوها فهو للبائع فلم يدخل في البيع لأنه مودع في الأرض ويبقى للبائع إلى الحصاد بلا أجرة عليه ويأخذه أول وقت أخذه ، وإن كان بقاؤه أنفع له وعليه إزالة ما يبقى من عروقه المضرة بالأرض . كما أن عليه تسوية الحفر ، هذا ما لم يشترطه المشتري لنفسه فإن اشترطه فهو له ، لأنه بالشرط يدخل تبعاً للأرض . وإن ظن مشتري الأرض دخول زرع البائع أو ثمر على شجر وادعى الجهل به ومثله يجهله فله الفسخ لأنه يفوت عليه منفعة الأرض والشجر عاماً وإن اختار الإمساك فلا أرض له .

وإذا كان بالأرض المبيع زرع يجذ مرة بعد أخرى كالنعناع والكرات أو تتكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان أو يتكرر زهره كالبنفسج والنرجس فالأصول من جميع ذلك للمشتري لأنها تراد للبقاء أشبه الشجرة والجذة الظاهرة واللقطة والزهر

---

563 لاحظ : المذكرات الايضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص530 .

564 لاحظ : المادة (249) إماراتي .

565 لم توضح القوانين المدنية ومنها القانون الإماراتي أحكام المسؤولية العقدية بشكل واضح ، تحت عنوان واضح ، ماعدا القانون المدني العراقي الذي نظمها ضمن المادتين (168-169)

الظاهر للبائع لأنه يبقى مع بقاء أصله أشبه ثمر الشجر المؤبر وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال لأن ذلك ليس له حد ينتهي إليه وربما ظهر غير ما كان ظاهراً فلا يمكن تمييز حق كل منهما ، هذا إذا لم يشترطه المشتري لنفسه ، فإن اشترطه كان له عملاً بالشرط [566] . ونصت المادة (589) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه :(1- إذا بيعت الأرض المبذورة فإن كان البذر مما يحصد نباته مرة واحدة فهو للبائع كالنبات وإن جهل المشتري أن بها بذراً حين العقد فله الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بلا ضمان .2- أما إذا كان البذر مما يجذ نباته مرة بعد أخرى أو تتكرر ثمرته أو يبقى أصله فهو للمشتري) . تحدد هذه المادة حقوق البائع والمشتري إذا كانت الأرض المبيعة مبذورة ، فإذا كان بالأرض المبيعة بذر وكان البذر مما يحصد نباته مرة واحدة كالبُر والشعير فهو للبائع كالنبات إذا كان المشتري عالماً بوجود البذر بالأرض أما إذا كان جاهلاً بوجوده فهو بالخيار بين الفسخ لفوات منفعة الأرض عليه وبين الإمضاء بلا ضمان لأنه لا نقص بالأرض . أما إذا كان المبذور مما يجذ ثمره مرة بعد أخرى كبذر قثاء أو باذنجان أو كان البذر مما يبقى أصله كشجر أو كان ممن يجد نباته مرة بعد أخرى كبرسيم فهو للمشتري تبعاً للأرض فإنه يتبعها لو كان ظاهراً فأولى إن كان مستوراً لأنه يترك فيها للبقاء فإذا كان مما يبقى أصله لا يقصد منه البقاء كالشتل فهو للبائع .وهذه المادة وسابقتها مستمدة من المذهب الحنبلي[567].وأرى أن القواعد الخاصة بتسليم المبيع تغني عن تنظيم هذا النوع من البيوع.[568] وهذا القول يصدق على بيع النخل والشجر الوارد في المادتين (590)،(591) من المعاملات المدنية الإماراتي[569]

---

[566] المذكرات الايضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص531.

[567] المرجع السابق ، ص532 .

[568] لاحظ على وجه التحديد : المادتين (516،517) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

[569] نصت المادة (590) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (1- إذا بيع نخل تشقق طلعه أو شجر بدا ثمره أو ظهر من نوره أو خرج من أكمامه فما تشقق أو ظهر فهو للبائع متروكاً إلى الجذاذ وما بيع قبل ذلك فهو للمشتري والقول قول البائع بيمينه في بدو ذلك وتشققه .2- ولكل من البائع والمشتري أن يشترط لنفسه ما لصاحبه كله أو بعضه) .

9- بيع ما مأكوله في جوفه :

نصت المادة (592) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (يجوز بيع ما مأكوله في جوفه والحب المشتد في سنبله في ساترهما) .

ونصت المادة (593) من القانون ذاته على أنه : (1- من اشترى ما مأكوله في جوفه وكسره فوجده فاسداً ولا قيمة لمكسوره رجع بكل الثمن إذا كان الفساد في الكل أو ما يقابل الفاسد إذا كان الفاسد في البعض .2- وإذا كان المكسور له قيمة خُير بين الإمساك مع الضمان أو الرد مع ما نقص بكسره فإن تلف المبيع وجب الضمان للمشتري) .

أجازت المادة الأولى بيع ما مأكوله في جوفه والحبّ المُشتد في سُنبله ، ومثال ذلك بيع الجوز واللوز والباقلاء والحبّ المُشتد في سُنبله كالبُر لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، فمفهومه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وابيض سنبله ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض ولأن الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره ويلحق بالبيع ما حوى الثمرة كذا يصح بيع الحيوان المذبوح في سلخه . أما المادة الثانية فقد حدّدت حقوق المشتري إذا كُسِرَ ما مأكوله في جوفه فوجده فاسداً كله أو بعضه وسواء كان لمكسوره قيمة أو لا ، فإذا بيع ما مأكوله في جوفه كبيض دجاج أو بطيخ لا قيمة لمكسوره فكسره المشتري فوجده فاسداً رجع بالثمن كله لأن العقد يفسد من أصله لكونه وقع على ما لا نفع فيه كبيع الحشرات وليس على المشتري رد المبيع الفاسد إلى البائع لأنه لا فائدة فيه ، فإذا كان الفساد في بعضه رجع بقسطه من الثمن ، فإذا كان الفساد النصف رجع بنصف

ونصت المادة (591) من القانون نفسه على أنه : (1- يعتبر تشقق بعض الطلع في النخلة أو بدو بعض الثمر في الشجرة الواحدة تشقق وبدو لجميع طلعها وثمرها . 2- أما إذا تعددت النخيل أو الأشجار وتشقق بعضها دون الآخر أو ظهر ثمر بعضها دون الآخر فلكل حكمه) .

الثمن وهكذا . وإذا بيع ما مأكوله في جوفه وكان لمكسوره قيمة كبيض نعام وجوز هند وكسره المشتري فوجده فاسداً خيَر بين الإمساك مع أخذ الأرش أوالرد مع نقص بكسره عنده ولو كان الكسر بقدر الاستعلام لأنه عيب حدث عنده فإن كسره المشتري بطريقة لا تبقى على قيمته تعين الأرش وسقط الرد لتعذره بإتلاف المبيع .

وهاتان المادتان مستمدتان من المذهب الحنبلي .[570]

وأرى ، مع البعض [571] ، أن المادة (592) عالجت أمرا بدهيا قوامه أن الأصل في المعاملات الإباحة ، أما النص التالي لها فقد بيّن أحكاما تغطيها أحكام ضمان العيوب الخفية ، فظهور الفساد في داخل الجوف ماهو إلا عيب خفي واجب الضمان [572].

د- حظر بعض التصرفات القانونية :

تأثراً واضحاً منه بالفقه الإسلامي ، حظر المشرع الإماراتي بعض البيوع والتصرفات القانونية لمخالفتها الصريحة للشريعة الإسلامية ، وقد انفرد بها عن سائر المدونات المدنية العربية ، إذ أخذ هذه الحالات من الشريعة الإسلامية وقننها في قانونه ، ونذكرها تباعاً :

1- منع البيع والمقايضة بعد الشروع في النداء لصلاة الجمعة :

نصت المادة (613/أ) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (يحرم البيع والمقايضة ، ويقعان فاسدين في الحالات الآتية :- أ-إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الجمعة ، ووقع العقد بعد الشروع في النداء الذي عند المنبر حتى تنقضي الصلاة ، وكذا إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الصلاة المكتوبة ،

---

[570] المذكرات الايضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص534 .

[571] د. محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، مرجع سابق ، ص 326 .

[572] لاحظ : المواد (543-555) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .. ولاحظ شرحها الأستاذ الدكتور عدنان سرحان ، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، الآفاق المشرقة ناشرون ، عمان ، 2010 ، ط2 ، ص179 ومابعدها .

ووقع العقد بعد أن تضايق وقتها بحيث لم يبق منه إلا ما يسعها إلى أن ينتهي وقتها . ويجوز العقد ، في هذه الحالات ، إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة) .

ويأتي هذا النص بين جملة النصوص التي خالف فيها القانون الإماراتي القانون الأردني ، ويجد هذا النص المستحدث سنداً له في قوله تعالى : ((يا أيها الذي آمنوا إذا نُوديَ للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ...))[573] ، وقد مزج المشرع الإماراتي بين الحلّ والحرمة من جهة والصحة والفساد والبطلان من جهة ثانية متأثرا بالفقه الحنبلي في الحظر دون الجزاء ، ذلك أن هذه المسألة تتصل بالحلال والحرام ، وهو ما لا يختص به القانون ، وهذا رأي الحنفية الذين يرون عدم تأثير هذا الحظر على صحة العقد [574]. ويرد على القانون الإماراتي أنه وصم هذا الضرب من العقود بجزاء الفساد مع أن الخلل الذي يعتريه يهبط إلى مستوى البطلان في نصوص المذهب الحنبلي الذي استمد منه هذا الحكم [575]. ، فضلا أن الفقه الحنبلي لايعرف نظرية الفساد .

2- فساد بيع عين أو مقايضتها لاستعمالها في معصية :

نصت الفقرة (ب) من المادة (613) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (يحرم البيع والمقايضة ويقعان فاسدين في الحالات الآتية :- بـ- إذا وقع العقد على عين لاستعمالها في معصية ، وعلم أحد المتعاقدين ذلك من الآخر ، ولو بقرينة). ويعد الحكم تطبيقاً للمادة (127) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تقضي بأن (التعاقد على معصية لا يجوز) ، والفقرة الثانية من المادة (205) منه التي تنص على ما يلي : (إن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً)

[573] سورة الجمعة ، الآية (9) .
[574] لاحظ : د. عدنان سرحان ، عقد البيع ، مرجع سابق ، ص262.
[575] لاحظ : د. محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، مرجع سابق ، ص310 .

3- منع بيع المسلم على بيع المسلم ، والشراء على شرائه ، والمقايضة على مقايضته :

نصت المادة (613/ج) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (يحرم البيع والمقايضة ويقعان فاسدين في الحالات الآتية :- ج- إذا باع المسلم على بيع المسلم أو اشترى على شرائه ، أو قايض على مقايضته في زمن أحد خياري المجلس والشرط) . والملاحظ على هذا النص أن فيه تخصيص لا مبرر له لصفة المُكلّف بالخطاب القانوني ، إذ لا تتوجّـه القواعد القانونية إلى تكليف فئة دون أخرى ، إذا كان موضوع التكليف فيها ذا طابع عام ، يُفترض بالجميع الالتزام به ، فهل يجوز أن يبيع أو يبتاع غير المسلم على غير المسلم ، لاسيما وأن هناك بعض الآراء في الفقه الإسلامي شملت غير المسلم في هذا المنع ، استنادا إلى الحديث الشريف : (لا يستام أحدكم على سوم أخيه) فلم يفرق بين المسلم وغير المسلم ، وبخاصة أن المذهب المالكي الذي أوجب القانون الإماراتي مراعاته في المادة الأولى منه قد جرى على هذا التفسير .[576]

ويلاحظ بعض الفقهاء[577] أن إقرار جزاء الفساد على هذه البيوع المحظورة في الفقرات الثلاثة المتقدمة والتي وردت في المادة (613) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، فيها جانب كبير من عدم الانضباط ، إذ يقول :(إن جزاء الفساد الوارد في المادة (613) لا يتفق مع أحكام الفساد الواردة في المادة (212) ، ويجب أن يستبدل به جزاء البطلان ، ويشهد على ذلك أن الخلل الذي يعتري البيوع المحظورة موضوع البحث هو خلل يتعلق بأصل العقد [578] لا مجرد وصفه [579] . ومادام الخلل

---

576 لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص311 .

577 د. محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص312.

578 نصت المادة (1/210) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه ، أو محله ، أو الغرض منه ، أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ، ولا يترتب عليه أي أثر ، ولا ترد عليه الإجازة)

579 نصت المادة (212) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله ، لا بوصفه ، فإذا زال سبب فساده صح) .

يعتري أصل العقد ، فإنه يتعين وصمه بالبطلان ، لا الفساد عملاً بالصناعة الفقهية لنظرية الفساد الحنفية المنشأ – ونسأل لماذا وقع واضع قانون المعاملات المدنية الإماراتي في هذا الخلط بين مفهومي الفساد والبطلان ؟ إن مرد هذا الخلط يرجع إلى الأمرين التاليين :

أ- إن المشرع الإماراتي ، في الوقت الذي تبنى فيه جزاء الفساد – وهو حنفي المنشأ كما قدمنا – متابعاً في ذلك القانون المدني الأردني ، المستمد أساسا من الصناعة الفقهية الحنفية ، عمد ، في الوقت ذاته ، إلى تطعيم قانون المعاملات المدنية بأحكام مستمدة من المذهب الحنبلي ، الذي لا يعترف بمبدأ الفساد أصلاً ، وإنما يجري على مبدأ البطلان حصراً .

ب- أن المشرع الإماراتي قد عمد إلى استمداد حظر البيوع المبحوث فيها في المادة (613) من المذهب الحنبلي ، في الوقت ذاته ، نقل جزاء الفساد ، الذي فرضه هذا المذهب على الحظر المذكور ، في بعض أحكامه ، هذا مع ملاحظة أن المذهب الحنبلي يستعمل تارة عبارة الفساد وطوراً عبارة البطلان فهما يستويان عنده في المعنى ، اعتباراً بأنه لا يميز بين فساد العقد وبطلانه ، مخالفاً في ذلك المذهب الحنفي الذي يجعل من التمييز بين الفساد والبطلان تمييزاً جوهرياً ، ويبني على الفرق بينهما نتائج بالغة الأهمية .

4- حظر الهبة للحربي :

فقد نصت المادة (619) إماراتي على أنه : (يشترط في الواهب أن يكون غير محجور عليه في هبته ، كما يشترط في الموهوب له أن لا يكون حربياً والحربي هو غير المسلم التابع لدولة غير إسلامية ، بينها وبين المسلمين حرب معلنة أو فعلية، ولم يكن مستأمناً) .

وقد استمد هذا النص من الفقه المالكي[580] ، وهذا النص بعيد عن الواقع المعاصر ، إذ أن المالكية عندما أخذوا بهذا الرأي كانت الدولة الإسلامية واحدة ، وكانت العلاقات الدولية يومها قائمة على أصول تعتمد أشكال الصراعات الحربية منهجا ، أما في وقتنا الحالي فالصراعات الحربية الشاملة لم تعد موجودة ، وإنما باتت الدول المعاصرة ومنها الدول العربية والإسلامية تحتكم في علاقاتها الدولية مع الغير إلى جملة مواثيق يفرضها واقع نشؤ المنظمات الدولية المختلفة .

5- إنهاء عقد الإيجار بسبب ظهور فسق المستأجر :

استحدث قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصاً ، قضى بموجبه بتقييد حرية المستأجر الشخصية في استعمال العين المؤجرة ، وعلى هذا جرت المادة (796) منه بقولها: (لا يُنهَى عقد إجارة دار ونحوها بظهور فسق المستأجر لها ، وتأمره النيابة بالكف عن فسقه ، فإن لم يكف عنه أخرجه منها القاضي بناء على طلب المالك ، أو الجار ، وأجرها عليه ، إن حصل بفسقه ضرر للدار أو الجار ويلزمه أجرتها في مدة خروجه منها قبل إيجارها عليه) . وهذا النص تغني عنه مواضيع كثيرة منها :

- استعمال العين المؤجرة بما جرى به العرف :- حيث نصت المادة (777) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد ، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقا لما أعدّ له وعلى نحو ماجرى عليه العرف).

- عدم جواز الإضرار بملك الجار حيث نصت المادة (1/1144) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (على المالك ألّا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار) .ورغم أن هذه المادة تخاطب المالك لا المستأجر ، إلا أنها تؤسس للمالك المؤجر على مستأجر العين أساسا في الرجوع . والغريب أن نص المادة (796) من القانون أعلاه ، قد درجت جزاء الفسق على مراحل ولم تجعله في

[580] المذكرات الايضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص 548 .

مرحلته الأولى سببا للتخلية ، والأغرب من ذلك أن المذكرات الإيضاحية لم تزد على هذا النص أي تفسير أو توضيح واكتفت بإعادة النص وأسندته للفقه المالكي[581]، في حين أن الفسق يتضمن معصية ، والقانون منع أي تصرف تضمَّن معصية [582].

6- التمييز بين المسلم والذمي وغيرهما في كسب ملكية ما يطرحه البحر :

نصت المادة (1208) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : (ما يطرحه البحر من مال لم يتقدم عليه ملك لأحد ، فهو لواجده الذي وضع يده عليه أولاً ، فإن تقدم عليه ملك لغير مسلم ، أو ذمي ، فخمسه لبيت المال ، والباقي لواجده، وإن تقدم عليه ملك لمسلم أو ذمي ، فهو لربّه ، إن علم ، فإن لم يُعلم سرى عليه حكم اللقطة) .

وهذا نصّ جاء على جانب من التعقيد لا مسوغ له ، فهو تارة يعد ما يطرحه البحر من المباحات ملكاً لمن يضع يده عليه ، بصرف النظر عن الانتماء الديني لمالكه ، وحيناً يعتد بالانتماء الديني لمالكه السابق فإن كان غير منتم لدين سماوي خلع على الشيء حكم الكنز ، وإن كان معتنقاً لدين سماوي ، فهو لمالكه ، إن عُلم . وإن لم يُعلم سرى عليه حكم اللقطة . ويرد على الحالين الأول والثاني أنهما يقومان على معيار عقائدي ذاتي ويتعارض في الوقت ذاته مع مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات ، وأما الحل الأخير الذي يقضي بإعادة الشيء إلى مالكه ، دون أن يكون لواجده نصيب منه في مقابل الإعادة، فإنه يشجع على عدم إعادة الشيء وكتمانه [583].

ثالثاً / مواطن غاب فيها الإبداع التشريعي في قانون المعاملات المدنية الإماراتي :

فيما عدا ما ذكرناه في الفقرة (ثانياً) السابقة ، لم يأت المشرع الإماراتي بأية نصوص جديدة ، بل نقل كثيرا منها من القانون المدني الأردني ، على الرغم من

[581] لاحظ : المذكرات الإيضاحية الإماراتية ، مرجع سابق ، ص638 .
[582] المادة (127) معاملات مدنية إماراتي .
[583] لاحظ : د. محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة ، مرجع سابق ، ص316 .

وجود العديد من النقاط السلبية يمكن إيرادها على هذه النصوص التي دوَّنها المشرع الأردني في القانون المدني .

فالقانون المدني الأردني قد وقع في خلط وإرباك في ترتيب الأحكام القانونية بين المنظومة القانونية التي اعتمدها في نظرية البطلان ، وهي منظومة مقتبسة من الفقه الإسلامي متجسداً في مجلة الأحكام العدلية ، ومنظومة الفقه الغربي التي اعتمدها القانون المدني المصري ، ففي الوقت الذي تأثر فيه القانون المدني الأردني بمجلة الأحكام العدلية في اشتراط كون المبيع معلوماً للمشتري ، في المادة (466) منه ، فقد رتب جزاء غير مألوف على تخلف هذا الشرط ، اقتبسه من القانون المدني المصري ، وذلك في المادة (467) منه ، وقد نقل المشرع الإماراتي هاتين المادتين حرفياً ، إلا ما يتعلق بكلمة (دلَس) التي وضعها المشرع الأردني في المادة (467) مدني ، والتي نقلها حرفياً من نص الفقرة (2) من المادة (419) مدني مصري دون أن يستدرك أنه لا وجود لهذا المصطلح ضمن عيوب الرضا ، وقد استدرك المشرع الإماراتي هذا العيب وأبدلها بكلمة (غرر) وذلك في المادة (491) منه ، فقد نصت المادة (490) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المنقولة حرفياً من المادة (466) مدني أردني على أنه : (1- يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة .2- ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضرا تكفي الإشارة اليه) [584] ، في حين نصت المادة (491) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، المنقولة من المادة (467) مدني أردني على أنه : (إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً ،

584 وقد أُخذ هذا النص من المواد (200-202) من المجلة ، ونصت الفقرة (1) من المادة (419) مدني مصري على أنه : (يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه) . وقد نقل القانون المدني السوري هذا النص حرفياً في الفقرة (1) من المادة (387) منه ، ولم يأخذ به القانون المدني العراقي ، اكتفاءاً منه بشرط خيار الرؤية الذي نظمه ضمن أحكام عقد البيع، وليس ضمن النظرية العامة للإلتزام ،كما فعل القانون المدني الأردني ومن بعده قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

فلا يحق له طلب إبطال العقد لعدم العلم ، إلا إذا أثبت أن البائع قد غَرر به)[585] ، مع ملاحظة أن العبارة الأخيرة من هذا النص قد وردت في القانون المدني الأردني بالشكل الآتي : (إلا إذا أثبت تدليس البائع) . وحسناً فعل المشرع الإماراتي عندما استبدل كلمة (تدليس) بلفظة (غَرر) ، لكن مع ذلك ، فإن طلب إبطال العقد غير وارد في منظومة القانونين على حد سواء ، ثم إن بعض شراح القانون المدني الأردني [586] قد تساءل عن مدى ضرورة شرط العلم بالمبيع في القانون المدني الأردني ؟ إذ يرى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في إيراد هذا الشرط ، كما أنه لم يكن مصيباً في اختيار الجزاء ، وذلك لسببين هما :

1- لقد اقتبس المشرع الأردني هذا الشرط من المادة (419) مدني مصري ، وقد فاته أن المشرع المصري بإيراده لهذا الشرط أراد التوفيق بين خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية - والذي لم يأخذ به – وبين المبادىء العامة التي لا تشترط رؤية المبيع ، وبما أن المشرع الأردني قد أخذ بخيار الرؤية على خلاف المشرع المصري ، لذا فليس هنالك حاجة لهذا الشرط . وأنا أرى أن وجود خيار الرؤية لا يغني عن وجود هذا الشرط ، لكن العكس غير صحيح ، فهذا الشرط مهم للغاية ، وتنظيمه في التشريع أهم ، وهو يغني عن خيار الرؤية الذي تغطيه الأحكام العامة في جواز اقتران العقد بشروط تؤكد مقتضاه [587] ذلك أن المشرع عندما وضع هذا النص أراد منه حث المشتري على رؤية المبيع فعلاً [588] .

---

585 لاحظ : الفقرة (2) من المادة (419) مدني مصري ، والفقرة (2) من المادة (387) مدني سوري .

586 د. علي هادي العبيدي ، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار ، المركز القومي للنشر ، إربد، الأردن ،2000، ص52.

587 نصت المادة (164) مدني أردني على أنه : (1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة . 2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين او للغير ، ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام والآداب ، وإلا لغا الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل العقد أيضاً) وهذا النص مأخوذ من المادة (131) مدني عراقي ، وقد نقله قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (206) منه .

588 لاحظ : د. محمد يوسف الزغبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع ، دار الثقافة ، عمان ، 2004، ص160 .

2- لقد وقع المشرع الأردني في تناقض بصدد الجزاء الذي اختاره ، لأن تخلف شرط العلم بالمبيع يؤدي إلى عدم لزوم البيع ، وبالتالي يحق للمشتري طلب فسخ البيع لا إبطاله [589] ، فضلاً عن ذلك فإن العقد القابل للإبطال غير معروف في القانون المدني الأردني ، المتأثر بالقانون المدني العراقي ، وإنما هو يقابل العقد غير اللازم [590] .

وقد كان لزاما على المشرع الإماراتي أن يتدارك هذا الوضع الذي رتبه القانون المدني الأردني ، ولا يعتمد على نقل المواد على علّاتها إلى المدونة المدنية، كما فعل في المادة (182) التي نقلها ، مع استدراك الخطأ فيها ، من المادة (141) مدني أردني ، حيث نصت الأخيرة على أنه : (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ، ينقلب صحيحا) ، وهذا النص فيه عيب كبير ، فالعقد غير النافذ ليس بالعقد غير الصحيح كي ينقلب صحيحا ، بل هو عقد صحيح لكنه غير نافذ أي موقوف على إجازة من له حق الإجازة أو النقض ، وقد عالج المشرع الإماراتي هذا العيب فنصّ في المادة (182) معاملات مدنية على أنه : (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ،يصبح العقد نافذا).

وبمناسبة عيوب الرضا ، فقد اتّبع المشرع الإماراتي نظيره الأردني في التفريق بين الآثار المترتبة على عيوب الرضا ، فجعل العقد غير نافذ في حالة الإكراه ، وجعله غير لازم في حالتي التغرير مع الغبن والغلط ، بعكس القانون المدني العراقي الذي وحّد الأثر بأن جعل العقد الذي يتحقق فيه أحد هذه العيوب المنصبة على المتعاقد ، موقوفا ، أي غير نافذ ، وموقف القانون العراقي أسلم ، ذلك أن هذه العيوب تلحق بالرضا الذي يقوم على وجوده وجود العقد وبالتالي وجب أن

589 لاحظ : د. علي هادي العبيدي ، البيع والإيجار ، مرجع سابق ، ص52 .
590 لاحظ : د. محمد يوسف الزغبي ، مرجع سابق ، ص161 .

يكون الأثر هو الإلغاء الذي هو خط وسط بين طلب الفسخ وطلب البطلان ، وإن كان للبطلان أقرب .

رابعاً / ما ينبغي أن يكون عليه قانون المعاملات المدنية الإماراتي :

إن ما ينبغي أن يكون عليه أي تشريع في العالم ، فضلاً عن توافر جميع مزايا التشريع وخصائصه من وضوح ومنطقية وما إلى ذلك من قدرته على حل المشاكل الإجتماعية والاقتصادية وغيرها ، هو تمَيزه عن غيره من التشريعات المناظرة له في الدول الأخرى ، لا شك أن عملية إقتباس التشريعات من بعضها البعض يسبقه إبداع تشريعي من أحدها ، فالتشريع يبدأ بفكرة تصوغها القواعد ، تنتقل هذه القواعد من مجتمع إلى آخر ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا لماذا لا نكون أول المصوغين للقواعد ؟ ولماذا لا نبدأ بابتكار الأفكار مثلما فعل آباؤنا وأجدادنا منذ قرون خلت ؟ ألسنا قادرين على الابتكار والتفكير ووضع القواعد الجديدة المبتكرة دون أن نقتبسها من الآخرين ، وأعني بالآخرين من اختلف معنا في الزمان أو المكان أو الاثنين معاً ، فليس من السليم أن ينقل مشرع في دولة قانوناً بأكمله إلى دولته من قانون دولة أخرى ، دون أن يحتفظ لنفسه بالحق في الإحداث والابتكار ، على الأقل في الشكل والمنهج ، فضلاً عن ذلك فإن ما ينبغي أن يتصف به كل تشريع ، هو وجود خصيصة واحدة مثيرة للدهشة والإعجاب ، في أقلّ تقدير ، سواء أكان ذلك في نطاق المضمون أم المنهج ، أو في الأصول أوالشكل ، أو وجود مادة تعبر بشكل غني عن تمَيز هذا القانون أو ذاك في نهجه ومواقفه الجيدة تجاه القضايا التي يفرزها الواقع ، وتكون حساسة إلى حد بعيد . فعلى سبيل المثال ، لا الحصر ، امتاز القانون المدني الياباني رقم (89) لسنة 1896 ، بميزة مهمة ، وهي أنه مشبع بالقيم الخلقية والقواعد النبيلة ، منها مثلاً ما نصت عليه المادة (2) منه ، حيث جاء فيها : (يجب أن يتم تفسير هذا القانون وفقاً لاحترام الكرامة الإنسانية والمساواة بين كلا الجنسين)[591] .

591. Zentro Kitagawa & Karl Risenhuber , op. cit , p17 .

كما أن مجموعة نابليون ، ولا سيما القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 ، نُظر إليه على أنه صياغة للقانون الطبيعي في نصوص مكتوبة . كما تميّز القانون المدني الألماني الصادر عام 1900 ، بأنه موضوعي (مادي) النزعة ، الأمر الذي جعله مميزاً عن سائر القوانين المدنية التي سبقته في الظهور في أوروبا[592].

وجدير بالذكر أن القوانين والتشريعات في اعتمادها على بعضها البعض في اقتباس القواعد ، أمر مفروغ منه ، لكن يجب أن لا يكون الاقتباس من غير جدوى أو مصلحة ، أو تجنباً لمشقة وضع قواعد جديدة ، وإلا سيفقد التشريع إبداعه وقيمته الموضوعية ، ويقوم الشراح بالاعتماد على نصوص القانون الأجنبي التي تم نقلها إلى التشريع الوطني ، كما حصل في فرنسا ، بالنسبة لنظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي أخذه المشرع الفرنسي من التشريع الألماني لتفهم هذه الصورة الجديدة – آنذاك- من صور الشركات [593] ، فما بالك لو أن التشريع قد تم نسخه في الغالبية من قواعده ، من تشريع دولة أخرى ؟!.

في الحقيقة أن دولة الإمارات العربية المتحدة قد شهدت قفزة هائلة في مجال التطور المتنوع في البنية التحتية وسواها ، الأمر الذي ينعكس على نوعية التشريعات التي من المفروض أنها تواكب هذا الواقع ، فالتشريع مرآة للواقع الذي يحكم به ويتحكم فيه ، وهذه هي فحوى العلاقة القائمة بين الواقع والقانون [594] ، التي تتجسد في صورة أصغر في فرضية القاعدة القانونية وحكمها ، فالأولى تعبر عن الواقع والثاني يبين رأي القانون فيما عسى أن يحدث من وقائع في الحاضر

592 لاحظ : د. عبدالمنعم البدراوي ، أصول القانون المدني المقارن ، القاهرة ، دون ذكر سنة نشر ،ط2 ،ص76 .

593 لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ،ص76 .

594 لاحظ : محمد سليمان الأحمد ، فكرة التطور القانوني بين تَبدل القانون وتغَير الواقع ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة في الموصل ، 2000، العدد الأول ، ص 296 وما بعدها .

والمستقبل [595] ، وبالتالي ، ولمجاراة الواقع ، يجب ألا يكون التشريع ، وعلى وجه الخصوص ، التشريع المدني ، موضوعاً على أساس اعتبارات غير واقعية ، ذلك أن القانون المدني هو أكبر القوانين تنظيماً للموضوعات ، وتشكل قواعه الشريعة العامة لجميع القوانين في الدولة ، فيجب بذل أقصى الجهود لإخراجه على أفضل حلّة ، وأبهى شكل ، وأرقى مضمون ، وأرصن فكرة ، ويجب أن ينال الإبداع التشريعي فيه عدة جوانب نذكرها تباعاً :

أ- الارتكاز إلى المعايير الخلقية في سن القواعد القانونية : ولا شك أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي الحالي يحتوي على الكثير منها ، لكن نحتاج إلى المزيد من القواعد الأخلاقية التي تعبر عن حقيقة المجتمع الإماراتي المتشبع بالأخلاق الحميدة الفاضلة، ومن هذه القواعد مسألة الممتنع عن إغاثة الآخرين رغم قدرته على ذلك، وأيضاً الإتيان بقاعدة شبيهة بالقاعدة التي نصت عليها المادة (2) من القانون المدني الياباني ، وكذلك وضع قواعد تنم عن خلق واضعها وتشجع الناس على التسامح والتراحم فيما بينهم ، كما يجب وضع قاعدة كتلك الواردة في مدونة جوستينان والقائلة : (عند الشك يؤخذ بالأرفق) [596] ، دون أن يقتصر تفسير الشك لمصلحة المدين [597] ، أو لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان[598] ، كما يجب وضع قواعد تحمي الدائن من استغلال مدينه للقواعد الحمائية المنصوص عليها في القانون، كنظام التقادم ، والتقليل من جور قاعدة أن الدين مطلوب وليس محمول [599] . وأيضا الابتعاد عن القواعد التي تميز المسلم من غير المسلم في اكتساب الحقوق ، وإلى غير ذلك من القواعد ذات الفحوى الأخلاقي .

---

595 لاحظ : محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية الفرضية والحكم ، بحث سبقت الإشارة اليه ، ص 107 .

596 مدونة جوستينان في الفقه الروماني ، تعريب : عبدالعزيز فهمي ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون ذكر سنة نشر ، ص371 .

597 لاحظ : الفقرة (1) من المادة (266) معاملات مدنية إماراتي .

598 لاحظ : الفقرة (2) من المادة المشار اليها من القانون نفسه .

599 لاحظ : المادة (361) من القانون نفسه ، ولاحظ شرح هذه القاعدة : د. عبدالسميع

ب- الابتعاد عن ذكر التفصيلات التي تدخل في اختصاص الفقه : ومن أبرزها إيراد التعريفات ، فليس من اختصاص المشرّع أن يورد التعريفات لكل الأنظمة والمفاهيم، إذ قد يسبب في تعريفه حرجاً للقاضي أو للفقيه ، وإنما عليه أن يترك أمر ذكر التعريفات للفقه حيث لا يلتزم أحد بما يذكره الفقه من تعريفات ، إلا على سبيل الاستئناس ليس إلا ، ذلك أن (التعاريف في الفقه المدني لا تخلو من خطر)[600] ، فكيف لو وردت في التشريع ؟!

كذلك يجب الابتعاد عن الصياغات الشرحية ، فللقواعد التشريعية صياغة خاصة ، كما أن هناك قواعد كلية أتى بها المشرع الإماراتي في الباب التمهيدي من القانون ، ونقلها من الفقه الإسلامي على صياغتها الفقهية ، منها – على سبيل المثال – ما نصت عليه المادة (70) إذ تقول : (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) والعبارة الأخيرة (سعيه مردود عليه) ليس لها معنى في القاموس القانوني ، فهي عن أي أثر تعَبر ؟! فكان الأجدر بالقانون أن يأتي بعبارة : (ليس لأحد نقض ما قبله) [601] وصياغتها أقرب للتشريع منه للفقه ، كما أن بعض القواعد الأصولية الواردة في قانون المعاملات المدنية ، لا تعبر عن مفهوم قانوني دقيق ، وإذا ما طبقناه يصاب الكثير من الناس بحرج ، منها : ما ورد في المادة (69) منه (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) ، فليس من الواقع أن يحرم كل شخص استعجل أوان الشيء في جميع الحالات ، فهذه القاعدة وإن كان لها مدلول فقهي خاص [602] ، إلا أنه بموجب التفسير العام المجرد للنصوص ، فليس لهذه القاعدة أيما مدلول تشريعي ملزم لجميع الحالات التي تدخل في فرضيتها .

عبدالوهاب أبو الخير ، أحكام الإلتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العين ،2002، ص115 .

600 مدونة جوستينان ، مرجع سابق ، ص375 .

601 وهذه القاعدة وردت في مدونة جوستينان بهذه الصيغة (المدونة ، ص370) .

602 ويرى الشافعية أن الصور الخارجة عن هذه القاعدة أكثر من الصور الداخلة فيها ، بل في الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل من الميراث ، لذا زاد الشافعية في هذه القاعدة الحقيقة الأصل ، لفظاً لا يحتاج معه إلى الاستثناء فقالوا : (من استعجل شيئاً قبل أوانه ، ولم تكن

جـ التنوع في مصادر التشريع : وأعني هنا تنوع المصادر التي يستقيها المشرع عند وضع التشريع ، فالقانون المدني الإماراتي أخذ غالبية أحكامه من القانون المدني الأردني ، والبقية أخذها من الفقه الإسلامي الذي هو في الأساس مصدر للقانون المدني الأردني كذلك ، فأين التنوع ؟ والحقيقة أن هذه مشكلة وقعت بها الغالبية العظمى من التشريعات المدنية العربية ، اللهم إلا القانون المدني المصري ، فقد ذكر أحد الفقهاء [603] : (لكن الجديد في المجموعة المدنية المصرية أنها لم تكن مجرد نقل عن مجموعة قانونية واحدة ، كما كان الحال بالنسبة للمجموعة القديمة أو بالنسبة للقانون المدني التركي [604] ، بل أن أحكامها وضعت بعد دراسة مقارنة بمختلف التقنينات ، فقد رجع واضعوها إلى التقنينات اللاتينية وهي التي نسخت على منوال التقنين الفرنسي ، كالتقنين الإيطالي والإسباني والبرتغالي والهولندي وتقنينات أمريكا الجنوبية وتقنين كندا الجنوبية [605] ، والتقنين التونسي والمراكشي واللبناني ، والمشروع الفرنسي الإيطالي في الإلتزامات والعقود، وهو خلاصة التقنينات اللاتينية ، وقد أدمج أخيراً في التقنين المدني الإيطالي الصادر عام 1942 وصار جزءاً منه ، كما رجعوا أيضاً إلى التقنينات الجرمانية وأهمها التقنين الألماني والتقنين النمساوي والتقنين السويسري ، واستعانوا أخيراً بالتقنينات المتخَيرة ، أي تلك التي لا تنحاز إلى إحدى المدرستين اللاتينية والجرمانية انحيازاً مطلقاً ، بل تخير وتأخذ من كل مدرسة بالذي هو أحسن ، وعلى رأس هذه التقنينات ، التقنين البولوني في الالتزامات والعقود ، ومن هذه الطائفة أيضاً التقنين الياباني والبرازيلي والسوفيتي والصيني . فمن كل هذه التقنينات المختلفة النزعة ، ويبلغ عددها عشرين تقنيناً ، استمدت المجموعة المدنية المصرية نصوصها [606]) . ولذلك فإن الرجوع إلى القوانين الأجنبية أصبح اليوم في مصر أمراً ضرورياً لحسن فهم نصوص

المصلحة في ثبوته ، عوقب بحرمانه) .(لاحظ : أ.د. محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 1999 ، ط1 ، ص379).

603 د. عبدالمنعم البدراوي ، مرجع سابق ، ص131 .

604 ويقصد به القانون المدني التركي (الملغى) الصادر في عام 1926 ، والذي حل محله القانون المدني النافذ رقم (4721) لسنة 2001 .

605 ويقصد به القانون المدني لولاية كيوبيك في كندا .

606 ويقصد بها القانون المدني المصري النافذ رقم (131) لسنة 1948 .

القانون المدني الجديد، ولم يعد الرجوع إلى القانون الفرنسي مغنياً وحده في هذا الخصوص ، ويضاف إلى ما تقدم وجوب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في تلك المسائل التي أخذت عن فقهائها كأحكام الأهلية والهبة والشفعة ومبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون ، وغير ذلك من أحكام تفصيلية في بعض الموضوعات) .

د- ابتكار الأفكار التشريعية :

كان ينبغي على المشرع الإماراتي أن يبتدع لنفسه ابتكارات جديدة لأفكار تشريعية ، سواء على نطاق الشكل أو المنهج أو الأصول أو المضمون .

1- ففي نطاق الشكل ، كان بالإمكان اعتماد صياغة أكثر حرفية في نسخ القواعد ، كما كان عليه أن يعيد تبويب القانون وألا يعتمد التبويب التقليدي الذي سارت عليه التقنينات المدنية العربية ، فما الضير في أن يقدم تنظيمه للحقوق العينية أولاً ثم للحقوق الشخصية ، فالأولى أهم من الثانية ، وهكذا فعل المشرع الياباني.

2- وفي نطاق المنهج ، كان ينبغي على المشرع الإماراتي أن يحتفظ لنفسه منهجاً وسطياً واضحاً ومميزاً عن سائر المناهج المعتمدة في وضع القواعد وتفسيرها ، كما كان عليه أن يبين أسس القانون وأهدافه في الباب التمهيدي للقانون.

3- وفي نطاق الأصول : ففضلاً عن التنوع في استقاء الأحكام من مصادر عديدة ، على المشرع أن يعطي بُعداً كبيراً للسلطة التقديرية للقاضي في تطبيق القانون ويبتعد عن تقييده بترتيب المصادر الوارد في المادة الأولى منه [607] .

4- وفي نطاق المضمون : فقد كان على المشرع الإماراتي الإتيان بتنظيمات جديدة غير موجودة ، ومعاصرة في الواقع ، كما كان ينبغي عليه أن ينظم موضوعات لم تكن منظمة من قبل في التقنينات المدنية في البلاد العربية ، كحماية المستهلك والمفاوضات العقدية ووضع القواعد التفصيلية لأسباب جديدة لكسب الملكية ،

607 والغريب أن المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتية قد أرشدت القاضي إلى تطبيق مذهب الإمام مالك أولاً ثم مذهب الإمام أحمد بن حنبل ثم مذهب الإمام الشافعي وأخيراً مذهب الإمام أبو حنيفة ، في حين أن معظم الأحكام المستقاة من الفقه الإسلامي ، والواردة في هذا القانون ، إنما استمدت من الفقه الحنفي .

كالقانون والحكم القضائي ، والابتعاد عن ذكر مصادر الالتزام وكأنما وردت على سبيل الحصر [608] وجعلها على سبيل المثال [609] ، إذ بالإمكان أن ينشأ الالتزام عن غير هذه المصادر ، كالقرار الإداري والحكم القضائي [610] ،وعير ذلك من مصادر لا حصر لها ولا تحديد .

- الخاتمة -

وبعد أن انتهينا من كتابة هذا البحث ، نجد أنه من الواجب علينا أن نقول ، إن عدم مواكبة المدونات القانونية في إبداعاتها التشريعية لتقدم المجتمعات وتطورها وتمدّنها ، مرده إلى الشعور في الانتماء إلى قواعد العقيدة ، فعقيدتنا وإن كانت غير منفكّة الصلة عن معاملاتنا ، لكنها بالتالي مختلفة عنها من حيث الالتزام ، فالعقيدة موقعها على الأرض في قلوب الناس ثم يعكسها التشريع بما يليق بها وبصدقها ، إلا أنها يوما لم تكن مكتملة الانتشار على الأرض ، وليس بمقدورنا فرضها على الناس إذ لا إكراه في الدين ، وعندها فلا نكون موضوعيين إن حرصنا على دمجها بحياتنا التي يكسوها التطور من كل جهة ، بل لا بد في سياق العمل التشريعي أن نأخذ بعين الاعتبار التنوع والتشابك الحاصلين في المجتمعات المعاصرة ، وما تفرضه من تحديات ، فنوسع دائرة الإبداع التشريعي من غير أن نخالف القواعد القطعية التي أجمع الفقه على ضرورة الالتزام بها ، فمثلاً : ليس للتشريع أن يبيح ما حرمه الله قطعاً على الأمة ، كالربا وشرب الخمر ، لكنه ليس ملزماً أن يأتي بكل ما أتيح وأبيح ، فمن كان يفكر ويجتهد من الفقهاء الأربعة في عصر فات عليه قرون عديدة، كان يجتهد برأيه محاكياً الواقع الذي يعيشه ، وهو إنسان مثلنا ، حتى قيل إنه : (لا

---

[608] لاحظ : المادة (124) معاملات مدنية إماراتي .

[609] لاحظ : د. محمد سليمان الأحمد ، حواطر مدنية، أفكار وآراء في القانون المدني، السليمانية، 2009 ، ص142 وما بعدها (حيث ذكر أن مصادر الإلتزام ليست خمسة أو ستة أو سبعة)

[610] لاحظ : د. سمير عبدالسيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000، ص345 وما بعدها .

ينكر تغيّر الأحكام بتغّير الأزمان)[611] ، فنحن أناس ألهمنا الله تعالى العقل فلماذا لا نجتهد مثلهم .

وأخيراً فإني أدعو القائمين على وضع التشريع في بلدنا العزيز دولة الإمارات العربية المتحدة ، الأخذ بالمقدمات التي صغناها في الفقرة (رابعاً) من هذا البحث ، وكلّـي ثقــة أن من استطاع أن يُميز دولة الإمارات العربية المتحدة في العمران والتحضر والمدنية والثقافة ، لقادر على أن يجعلها متميزة في تشريعاتها ، لا سيما لجهة إصدار مدونة جديدة لقانون المعاملات المدنية تلاقي التنمية الشاملة الحاصلة في الدولة ، والتي نصبو جميعاً لأن تحل محل المدونة الحالية ، وأسأل الله أن يكون ندائي هذا مثمراً أو مسموعاً .

[611] لاحظ : المادة (5) مدني عراقي . ولاحظ تفصيل شرحها : د. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ، ص311 وما بعدها .

قائمة المصادر المراجع

أولا: الكتب :

1- د. سمير عبدالسيد تناغو ، مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 2000 .
2- د. عبدالرزاق السنهوري ود. أحمد خشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون ذكر سنة نشر .
3- د. عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير ، أحكام الإلتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العين ،2002.
4- د. عبدالمنعم البدراوي ، أصول القانون المدني المقارن ، القاهرة ، دون ذكر سنة نشر.
5- د. عدنان سرحان ، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، الآفاق المشرقة ناشرون ، عمان ، 2010 ، ط2 .
6- د. علي هادي العبيدي ، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار ، المركز القومي للنشر ، إربد، الأردن ،2000 .
7- د.علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دار الثقافة ، عمان ، 1999 .
8- د. محمد أحمد مصطفى السرياقوسي ، التعريف بمناهج العلوم ، دار الثقافة ، القاهرة ، 1986 .
9- د. محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 1999 ، ط1 .
10- د. محمد سليمان الأحمد ، خواطر مدنية ، أفكار وآراء في القانون المدني ، السليمانية ، 2009.
11- د. محمد وحيدالدين سوار ، الإتجاهات العامة في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ،1996 .
12- د. محمد وحيدالدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الأصلية ، ج2 ، أسباب كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 1996 .
13- د. محمد يوسف الزغبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع ، دار الثقافة ، عمان ، 2004 .
14- مدونة جوستينان في الفقه الروماني ، تعريب : عبدالعزيز فهمي ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون ذكر سنة نشر .

ثانيا : الأبحاث :

1- د. محمد سليمان الأحمد ، تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون – جامعة الموصل ،العدد (24) ، 2005 .
2- محمد سليمان الأحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعاً ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدرها جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد الثالث عشر ، فبراير ، 2000 .
3- محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية ، الفرضية والحكم ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد الخامس ، 1998 .
4- محمد سليمان الأحمد ، فكرة التطور القانوني بين تَبدل القانون وتغَير الواقع ، بحث منشور في مجلة بحوث مستقبلية ، كلية الحدباء الجامعة في الموصل ، 2000، العدد الأول .

ثالثا : القوانين والمذكرات الايضاحية :

1- مجلة الأحكام العدلية .

2- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 1985 المعدّل بالقانون الإتحادي رقم (1) لسنة 1987 .
3- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 .
4- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .
5- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .
6- القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949 .
7- القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 .
8- القانون المدني اليمني (19) لسنة 1992.
9- القانون المدني الليبي الصادر عام 1954.
10- القانون المدني التركي (الملغى) الصادر في عام 1926 .
11- القانون المدني التركي النافذ رقم (4721) لسنة 2001 .
12- المذكرات الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وزارة العدل ، أبوظبي.
13- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،ج1 ، منشورات المكتب الفني في نقابة المحامين الأردنيين ، عمان ، 2000 .

رابعا : المعاجم :

1- إبن منظور ، لسان العرب ، ج1 ، دار صادر ، بيروت ، 1997 .
2- الرازي ، مختار الصحاح ، دار الغد الجديد ، القاهرة ،2007 .
3- الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، 1996.
4- العلامة محمد علي التهانوني ، موسوعة كشاف إصطلحات الفنون والعلوم ، تعريب :د. عبدالله الخالدي ، ج1 ، ج2 ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ،(دون ذكر سنة النشر) .
5- الموسوعة البريطانية المتاحة على الرابط الألكتروني الآتي :
Liberter-education .e – mon site. Com

خامسا : المراجع الأجنبية :

Zentro Kitagawa & Karl Risenhuber , The identity of German and Japanese civil law in comparative perspectives , de gruyter recht ,bart in, 2007 .

حقوق الإنسان

رؤية فقهية ومقاصدية

مع التطبيق عليها في دولة الإمارات العربية المتحدة

الدكتور

محمود إسماعيل محمد مشعل

أستاذ الفقه المشارك بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

وأستاذ الفقه المساعد بكلية الشريعة والقانون بدمنهور– جامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

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

فهذه مقدمة أعرض فيها ما يلي:

(أولاً) : أهمية البحث:

(أ) قررت الشريعة الإسلامية الغراء للإنسان حقوقاً ضرورية هي ضمانةٌ مؤكّدةٌ تحمي كرامته سواء توجهت إلى الله أم إلى النفس أم إلى الآخر، وهي أصيلة في كل إنسان، تُولد معه ويجب المحافظة عليها وإعمالها.وهي بذلك تؤسس مجتمع الحقوق المبني على العدالة والمساواة والأخوة، فكل الحقوق التي تضمنتها مختلف المواثيق والدساتير اليوم ومنها (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان) قد أعلن عنها الإسلام منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان.

(ب) وهذه الحقوق أنواع كثيرة يمكن تقسيمها إلى ثلاث مجموعات كبرى هي: الحقوق المدنية والسياسية - الحقوق الاقتصادية والاجتماعية - الحقوق البيئية والثقافية. على أن تطبيق القواعد والضوابط الفقهية والمقاصد الشرعية على المسائل المتكاثرة التي تحتويها هذه الأنواع من الحقوق مما يساهم في لمّ شتاتها وجمع أطرافها وضم الشبيه إلى شبيهه والنظير إلى نظيره، تنتظم جميعها تحت حكم القاعدة.

(ج) أن صور التقعيد والضبط التي أبدعها الفقهاء لأنواع هذه الحقوق غنية ووفيرة، ومن أمثلتها قولهم : (الطب كالشرع)[612] (الحر لا يدخل تحت اليد) [613]

(612) ابن عبد السلام، عز الدين: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (6/1).
(613) السيوطي،جلال الدين: الأشباه والنظائر(ص124)،البركتي، محمد عميم الإحسان: قواعد الفقه (ص67).

(المرأة في مالها كالرجل في ماله) [614] (لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه)[615]. فهذه أمثلة من القواعد والضوابط الفقهية خادمة ومنظمة لأنواع من الحقوق من نحو:(أ) حق الحياة، وحق الرعاية الصحية: فلا يحق المساس بهذا الحق ولو كان الشخص نفسه صاحب الحق، فقد حرم الإسلام القتل والانتحار والإجهاض. (ب) وحق الحرية:لا يجوز استعباد الإنسان أو الحط من قيمته . وكذا حق المرأة (ج) وحق التملك: أي حق الأشخاص في تملك الأموال سواء كسبا أو إنفاقا شريطة مراعاة أحكام الشرع وعدم المساس بحقوق الآخرين .

(ثانياً) مشكلة البحث:

إن المشكلة تكمن في دعوى البعض تأثر الشريعة الإسلامية بغيرها من الشرائع والقوانين، كادعاء المستشرقين أن القواعد القانونيه للشريعة الإسلامية مستقاة من القانون الرومانى القديم .

وفى ذلك مجافاة للحقيقة ؛ فالإسلام ليس مجرد نظرية وإنما هو مبادئ عظيمة طُبقت كلها فعلاً، وحفظ التاريخ لنا هذا التطبيق، بل إن آثار هذا التطبيق قد غيرت وجه العالم إلى يومنا هذا.

وأبادر فأقول: إن الإسلام استوعب حقوق الإنسان على نحوٍ لا يوجد له نظير في المواثيق والدساتير وكذا القوانين الوضعية ، وكان له فضل السبق على هذه المنظمات الدولية والمحلية التي تتبارى في جمع العلماء وعقد المؤتمرات والندوات للمباحثة في شأن الإنسان وحماية حقوقه ، فموضوع حقوقِ الإنسان يبلغ أهمية قصوى على كافة المستويات.

(ثالثاً) : أسباب اختيار البحث:

1- رغبتي في كتابة بحث فقهي يتصل بالدراسات الإنسانية والعلوم الشرعية ، وقد وقع اختياري على موضوع يدور حول التقعيد الفقهي والمقاصدي لحقوق الإنسان،

(614) الطحاوي : شرح معاني الآثار (180/4 ،352)
(615) الكاساني: بدائع الصنائع (234/2)، و الحموي: غمز عيون البصائر (224/1) ، ومجلة الأحكام العدلية (م/96)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1/ 85).

ويرى الباحث أن القواعد والضوابط الفقهية تنتظم حقوق الإنسان وتعالجها فقهياً من جوانب عديدة، وهي في مجموعها تتسع لتتكون منها نظرية فقهية كبري.

وقد أفادت مَعْلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية في هذا المجال إفادةً كبيرة. وهذه المَعْلمة هي التي أسس لها الشيخ زايد بن سلطان آل نهيّان ، طيّب الله ثراه، وهي تقع في أربعين مجلداً ،أشرفت على إخراجها مؤسسة زايد للأعمال الخيرية بأبوظبي، على أنها ليست كتاباً فقط يتم قراءته، لكنها تسعى لتحقيق نهضة في تطبيق شريعة الله في ميادين الحياة المختلفة.

2- أنه قد استقر في نفسي أن تلك الثروة العلمية من القواعد والضوابط الفقهية والمقاصد الشرعية تجد مجالاً خِصباً للتطبيق في موضوعات فقهية كثيرة قديماً وحديثا ، ويحتاج موضوع حقوق الإنسان إلى مزيد من هذه التطبيقات في زواياه المتعددة . وقد ارتأيت الإشارة إلى تطبيق بعض هذه القواعد فيما جرى العمل به في دولة الإمارات العربية المتحدة في مجال حقوق الإنسان .

3- أن إبراز وجه الارتباط بين الفروع وقواعدها وبين المسائل وضوابطها مما يولد نشاطاً للأذهان، ويفيد في ترسيخ الملكة الفقهية بعون الله تعالى، وقد أوردت على سبيل الإشارة بعض الأمثلة مراعيا الاختصار مما يتضح به المقال.

(رابعاً) الدراسات السابقة:

من الملحوظ في وقتنا الحاضر تتضافر جهود الباحثين في خدمة موضوع (حقوق الإنسان) من زواياه المتعددة، من الناحيتين الفقهية والقانونية ، حيث أُصدرت العديد من الرسائل والبحوث في هذا الجانب، لكن ما تزال هناك حاجةٌ ماسةٌ إلى الدراسات التي تبحث حقوق الإنسان من حيث التنظيم والترتيب والتحليل والتفعيل ، كل ذلك في ضوء القواعد والضوابط الفقهية والمقاصد الشرعية، وهذا البحث محاولة متواضعة للإسهام في هذا الجانب ملتمساً في ذلك العون من الله تعالى ؛{وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ} [هود: 88].

وتكفي الإشارة على سبيل المثال إلي كتاب (موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام) تأليف: الأستاذة/ خديجة النبراوي. فهو من الكتب التي ركزت على التنظيم والترتيب الموسوعي مع المقارنة بين حقوق الإنسان بالمفهوم الإسلامي والمفهوم الغربي. صدر الكتاب عن دار السلام بالقاهرة (2006م) ، في(709) صفحة.

(خامساً) منهج البحث:

تنوعت مناهج البحث بحيث شملت (الاستقرائي، والوصفي، والاستنباطي، والتحليلي)، وقد أخذتُ من كل نوعٍ بطرف؛ حيث تتبعت الموضوع في مظانه وجمعت المعلومات المتعلقة به (وهذا استقراء).

ورتبتُ المطالبَ والفروع وضمنتها النماذج التطبيقية، والأمثلة التوضيحية، أستجلى بها رؤية الفقهاء، مع الإشارة إلى الرؤية المعاصرة في بعض المسائل المستجدة ذات الصلة بحقوق الإنسان، كمسألة الاستنساخ البشري مثلاً (وهذا منهج وصفي). وتعرضت بالتحليل والمناقشة لما يحتاج لذلك(وهذا تحليلي)، وبينت أوجه دلالة النصوص والآثار على الأحكام المطلوبة في الموضوع محل البحث(وهو استنباطي).

(سادساً):خطة البحث:

قمت بتقسيم هذا البحث في مقدمة وستة مطالب وخاتمة. أما المقدمة ففي بيان أهمية البحث، وأسباب اختياره، وأهميته ، وخطته.

المطلب الأول : أضواء على المفردات الواردة في عنوان البحث .

المطلب الثاني : تنظيم حقوق الإنسان في ضوء القواعد والضوابط الفقهية.

المطلب الثالث : التطبيق على القواعد والضوابط الفقهية في حقوق الإنسان.

المطلب الرابع : تنظيم حقوق الإنسان في ضوء المقاصد الشرعية.

المطلب الخامس : التطبيق على المقاصد الشرعية في حقوق الإنسان.

المطلب السادس : التطبيق على قواعد ومقاصد حقوق الإنسان في دولة الإمارات .

المطلب الأول

أضواء على المفردات الواردة في عنوان البحث

ويحتوي على فروع ستة :

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

أولاً: القاعدة فى اللغة: الأساس، فقاعدة كل شئ أساسه، وقاعدة البيت أساسه، وأساس كل شئ ما بنى عليه[616] قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة : 127].

وفى الاصطلاح: عرفها الجرجاني(المتوفى816هـ): بقوله (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها) [617]. وعرفها السبكي(المتوفى771هـ): بأنها (الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة، يفهم أحكامها منها) [618]. وعرفها (د.أنيس الرحمن منظور الحق) بأنها: (حكم فقهي عام يُتعرف منه أحكام جزئيات موضوعه من أبواب مختلفة) [619].

ثانياً: الفرق بين القاعدة والضابط:

الضابط: جزئياته من نوع واحد، فضوابط الرضاع فى باب الرضاع. والنفقة فى باب النفقة. بعكس القاعدة، فروعها تأتى من أبواب الفقه المختلفة ، فلما وجد التناظر والتشابه بين جميع الفروع دخلت تحت قاعدة واحدة. [620].

الفرع الثاني: تعريف مقاصد الشريعة:

كلمة مقاصد لغة: استقامة الطريق، قال تعالى:{ وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ} [النحل:9] ، قال ابن منظور: (وعلى الله تبيين الطريق المستقيم) [621] وقال تعالى:

(616) ابن منظور: لسان العرب (128/3).
(617) الجرجاني: التعريفات (ص149).
(618) السبكي، تاج الدين: الأشباه والنظائر (11/1).
(619) منظور، د.أنيس : قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية (ص91)، (ط1) دار ابن الجوزي ، الرياض (1430هـ).
(620) السبكي : الأشباه والنظائر: (11/1).
(621) ابن منظور: لسان العرب: (353/3).

{وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ} [لقمان:19]، والقصد في الشيء خلاف الإفراط وهو ما بين الإسراف والتقتير. ومن معاني القصد: العدل.

وفي الاصطلاح: هو الهدف والغاية التي ترجى في استقامةٍ وعدلٍ واعتدال[622].

أما معنى الشريعة في اللغة: هي الطريقة، ويعبر بها كذلك عن مورد الماء الذي يَرِدُه الناس وغيرهم للتزود منه بالشرب (وهي مورد الشاربة من الماء).واشتق من ذلك الشّرعة في الدين والشّريعة، قال تعالى: { ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا} [الجاثية:18] [623].

والشريعة اصطلاحاً: هي الائتمار بالتزام العبودية[624]. وهي المنهج المستقيم الذي ارتضاه الله لعباده ومورد الأحكام المنظمة له؛ فهي سبيل لإحياء النفوس كالماء الذي هو سبيل لإحياء الأبدان والأجسام[625].

وأما تعريف المقاصد باعتبارها عَلَماً على علمٍ معين: فقد جاء تعريف المقاصد عند الإمام ابن عاشور على جزئين ؛ لأن منهجه تقسيم المقاصد إلى : عامة، وخاصة. أما المقاصد العامة: فهي (المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أنواع التشريع أو معظمها ، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوعٍ خاص من أحكام الشريعة)[626].

وأما المقاصد الخاصة: فهي التي تتعلق بالتشريع في المعاملات وقد عرّفها بقوله : (هي الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة أو لحفظ

(622) عز الدين، د/ بن زغيبة : المقاصد العامة للشريعة الإسلامية،(ص45)، دار الصفوة، القاهرة ، (ط1) ، (1996م).
(623) لسان العرب(238/4).
(624) التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون (791/3).
(625) عبادة ، د. محمد أنيس: المنتقى من تاريخ التشريع الإسلامي، (ص8) ، (ط1)، (1965م).
(626) ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية،(ص 55)، دار النفائس، الأردن ، (ط1)، (1420هـ- 1999م).

مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أُسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة) [627].

وعُرّفت أيضاً بأنها:(علمٌ يدرس غايات وأسرار تصرفات الشريعة وأحكامها وينظم مصالح المكلفين في الدارين على وفقها) [628].

الفرع الثالث: الاشتغال بالقواعد الفقهية من ضروب العمل المقاصدي :

يُعدّ الاشتغال بالقواعد الفقهية من ضروب العمل المقاصدي ،وذلك لأن من تلك القواعد ما هو من صميم المقاصد نفسها على نحو قاعدة: المشقة تجلب التيسير، والضرر يُزال، ودرء المفاسد مقَدّم على جلب المصالح، والضرر الأخف يُرتكب لدرء الضرر الأشد، وغير ذلك، ولأن فن التقعيد قُصد به أساساً أمور مقاصدية كثيرة ، على نحو خدمة الفقه، وتيسير الرجوع إليه، وتحقيق مصالح الناس ومنافعهم في الامتثال والتكليف والتدين والتقاضي والتعامل [629].

الفرع الرابع: تعريف حقوق الإنسان:

حقوق الإنسان مركب إضافي،لا ندرك معناه إلا بإدراك كل من أجزائه، فكلمة حقوق جمع حق ، وهي تعني في معناها الدلالي المعجمي: الثابت ، وكلمة إنسان تعني من جعله الله خليفة في الأرض ، وحمّله الأمانة فيها، وكرّمه بالعقل. والإضافة تأتي بمعنى اللام وما تدل عليه، واللام تأتي للملك والاختصاص وأدنى ملابسة ، ومعنى هذا : أن ذلك التركيب الإضافي يعني الثوابت التي تختص بالإنسان ولا تتغير، وهي المكون الحقيقي له[630].

(627) المرجع نفسه(ص163).وتتمة كلامه: (ويدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس) .
(628)عز الدين، د/ بن زغيبة: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ، (ص45) .
(629) الخادمي، د/ نور الدين: الاجتهاد المقاصدي (131/1)، سلسلة كتاب الأمة - قطر ، عدد (65)، (1419هـ).
(630) جمعة، د/علي: حقوق الإنسان في الإسلام،(ص193-194)،منشور ضمن ندوة بأكاديمية نايف- بالرياض (1422هـ).

(أ) الحق في اللغة: له عدة معان تدور حول معنى الثبوت والوجوب، ومن هذا قوله تعالى: { لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ } [يس:7] أي ثبت ووجب عليهم [631]. والواجب الثابت، قسمان: حق الله وحق العباد.فأما حق الله، فقد عرفه التفتازاني: بأنه ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى، لعظم خطره، وشمول نفعه، أو كما قال ابن القيم: حق الله ما لا مدخل للصلح فيه، كالحدود والزكوات والكفارات وغيرها.وأما حق العبد: فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة له، كحرمة ماله، أو كما قال ابن القيم: وأما حقوق العباد، فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها [632].

(ب) ولم يبعد المعنى الاصطلاحي للحق عن هذا المعنى اللغوي، فقد عرفه الأستاذ الشيخ على الخفيف بأنه:(صلة بين طرفين تنطوي على مصلحة يحميها الشرع) [633].

أمّا الأستاذ مصطفى الزرقا: فعرّفه بأنه (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا) [634]. وهو تعريف جيد؛ لأنه يشمل أنواع الحقوق الدينية: كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما، والحقوق المدنية: كحق التملك، والحقوق الأدبية: كحق الطاعة للوالد على ولده، وللزوج على زوجته، والحقوق العامة: كحق الدولة في ولاء الرعية لها، والحقوق المالية: كحق النفقة، وغير المالية: كحق الولاية على النفس.

وقول الشيخ الزرقا:(سلطة أو تكليفا)؛ لأن الحق تارة يتضمن سلطة، وتارة تكليفا، والسلطة نوعان:سلطة على شخص كحق الولاية على النفس، وسلطة على

(631) ابن سيده، علي بن إسماعيل الأندلسي(المتوفى458هـ):المخصص،(366/4)، دار إحياء التراث العربي - بيروت (ط1)، (1417هـ / 1996م).
(632) البخاري،عبد العزيز(730هـ): كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، (4/ 135،134). إعلام الموقعين : (1/ 108)، والموسوعة الفقهية الكويتية (18/ 8)، وزارة الأوقاف، الكويت ، دار السلاسل ، (ط2)، (1427 هـ).
(633) الخفيف، الشيخ علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، (ص10).
(634) الزرقا، الشيخ مصطفى : المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه، (ص 10) ، ومابعدها. الزحيلي، د. وَهْبَة: الفقه الإسلامي وأدلته، (366/4)، دار الفكر - سوريا.

شيء معين كحق الملكية. أما التكليف فهو دائما عهدة على إنسان. فالحق في الفقه الإسلامي وليد الشرائع ولم يكن حقا طبيعيا، وإنما هو منحة إلهية تعطى للأفراد أي تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه [635].

الفرع الخامس: المقصود بالحق العام ضمن إطلاقات كلمة الحق عند الفقهاء:

وللحق بالمفهوم الذي أوردناه إطلاقات مختلفة عند فقهاء المسلمين منها ما هو عام وشامل لكل حق، ومنها ما هو حق مجرد فقط، ومنها ما يتصل بمرافق العقار. والحق العام: هو حق يتساوى فيه البشر، ويشارك فيه بعضهم بعضا من غير تفرقة أو تمييز. وتنضوي تحت مفهوم الحق العام مجموعة حقوق منها: (حق الحياة ، المساواة ، العدل ، الحرية ،حق الملكية ،حق العمل ، التعبير والتفكير). وهذه الحقوق وغيرها كان الإسلام سباقا إلى تشريعها وداعيا إلى تنظيم المجتمع والحياة والعمل على حفظها لكل فرد، وذلك انطلاقاً مما اصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالكليات الخمس وهي :(حفظ الدين، والنفس، والعرض، والعقل، والمال). يقول د.علي جمعة: (أما حقوق الإنسان في الإسلام والحفاظ على حرياته الأساسية فهي تتمثل في المقاصد الخمسة) [636].

ويقول د.عبد السلام الرفعي (ولا نعني بالمقاصد سوى ممارسة الحقوق وأداء الواجبات، فأي حق للعبد هو حرٌ في ممارسته، وواجب عليه وعلى غيره حفظه) [637].

والحق في الشريعة يستلزم واجبين: واجب عام على الناس باحترام حق الشخص وعدم التعرض له. وواجب خاص على صاحب الحق بأن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين [638].

(635) المرجع نفسه (366/4).
(636) جمعة ، د.علي: حقوق الإنسان في الإسلام ، (ص202)، مرجع سابق.
(637) الرافعي، د. عبد السلام : فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي ، (ص57)، أفريقيا الشرق- المغرب (2004م).
(638) الزحيلي، د. وهبة : الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلتُهُ ، (366/4) .

- كما يريدون الحق المجرد فقط: وذلك عند استعمال كلمة حق في مقابلة الملك والمال كما هو الحال في الوصايا والمواريث.. كما يريدون به مرافق العقار: فقد يطلقون الحقوق ويريدون منها مرافق العقار ، كحق الشراب والمسيل ، وحق الجوار ، وحق الطريق، وحق التعلى . كما يطلقون الحقوق ويريدون بها ما يتبع العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ أحكامه. هذه وقفة سريعة لتعريف الحق في الفقه الإسلامي [639].

الفرع السادس : خصائص حقوق الإنسان في الإسلام :

(أ) الأسبقية و الإلزامية: حيث أقر الإسلام هذه الحقوق قبل كل التشريعات الحديثة، ومنها الدستور الأمريكي(1787م)، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن في فرنسا(1791م)،والإعلان العالمي لحقوق الإنسان(1948م)، وقد اعتبرت هذه الحقوق أصيلة و منحة إلهية، لا يحق لأي كائن الاعتداء عليها أو تعطيلها أو التنازل عنها .

(ب) الحماية و الضمانات : الحقوق في الإسلام فريضة يجب تنفيذها بإقامة شرع الله، ومعاقبة كل معتدٍ وتحريم التنازل عنها؛ لأنها أمانة من الله وجب الحفاظ عليها .

(ج) العالمية: حيث راعت الفطرة الإنسانية وبالتالي فهي موجهة لكل الناس في كل مكان وزمان . (د) الحياد : فهي لكل إنسان دون تمييز أو تحيز أو هوى.

(هـ) ومن مميزاتها أيضا الشمول و الثبات [640].

---

(639) المرجع نفسه (366/4)، بتصرف.

(640) ابن عاشور: مقاصد الشريعة (ص56و98)، الشعيبي، أحمد: وثيقة المدينة، (ص35) ، سلسلة كتاب الأمة- قطر (1426هـ)، أرشد، أيسري: حقوق الإنسان في ضوء الحديث النبوي، (ص141) وما بعدها، سلسلة كتاب الأمة (1427هـ)، الرفعي: فقه المقاصد (ص55 و64)، جمعة، د.علي : حقوق الإنسان في الإسلام، (ص194) ، لحساسنة، د.أحسن: الفقه المقاصدي عند الإمام الشاطبي،(ص224)،دار السلام- القاهرة،(ط1)،(1429هـ)

المطلب الثاني

تنظيم حقوق الإنسان في ضوء القواعد والضوابط الفقهية

ويتضمن ثلاثة فروع:

الفرع الأول:حقوق الله وحقوق العباد:

يقسّم عز الدين بن عبد السلام حقوق الرب وحقوق عباده أقساماً : أحدها متساوٍ، والثاني: متفاوت، والثالث: مختلف في تساويه وتفاوته. وذكر لذلك أمثلة في فصولٍ ترشد إلى نظائرها. أعدد منها ما يلي:

(أ) فقد تطرق إلى تقديم حقوق الله بعضها على بعض عند تعذر جمعها وعند تيسره لتفاوت مصالحها. ولذلك أمثلة: منها تقديم الصلوات المفروضات على الصلوات المندوبات ومنها تقديم الطاعات الواجبات في أواخر الأوقات على الطاعات المندوبات ومنها تأخير الظهر للإبراد ومنها تقديم الصلاة المقضية على الصلاة المؤداة إذا اتسع وقت المؤداة [641].

(ب) وأشار أيضاً إلى حالة التساوي في حقوق العباد، فيتخير فيه المكلف جمعاً بين المصلحتين ودفعاً للضررين، مثال ذلك: إذن المرأة لأوليائها في النكاح والإنكاح عند التساوي في الدرجات،ومنها: التسوية بين الزوجات في القسم والنفقات،وكذلك تسوية الحكام بين الخصوم في المحاكمات [642].

(ج) وأشار كذلك إلى تقديم حقوق الرب على حقوق عباده إحسانا إليهم في أخراهم . وله أمثلة منها: تقديم الزكاة على الحاجات، وبذل النفوس والأموال في قتال الكفار مع تعريض النفوس والأعضاء للفوات . والتغرير بالنفوس والأعضاء في قتال من يجب قتاله [643].

(641) قواعد الأحكام في مصالح الأنام : (1 / 142).
(642) المرجع نفسه : (1 / 146) .
(643) المرجع نفسه .

(د) وتطرق كذلك إلى تقديم حقوق بعض العباد على بعض لترجح التقديم على التأخير في جلب المصالح ودرء المفاسد. وله أمثلة منها: تقديم نفقة زوجه وكسوتها وسكناها على نفقة أصوله وفصوله وكسوتهم وسكناهم ، ومنها: تقديم المرأة على الرجل والمسافر على المقيم في المخاصمات عند الحكام ،ومنها: تقديم الأفاضل على الأراذل في الولايات ، ومنها: تقديم الأفضل على الفاضل في المناصب الدينيات، ومنها: تقديم ذوي الضرورات على ذوي الحاجات فيما ينفق من الأموال العامة، وكذلك التقديم بالحاجة الماسة على ما دونها من الحاجات وكذلك التقديم بالسبق فى الفتاوى والحكومات [644].

(هـ) وتعرض ابن عبد السلام لأمور أخرى تتعلق بحقوق الإنسان ، منها: لا يجوز تعطيل الإنسان عن منافعه وأشغاله، واستثنى من ذلك تعطيل المدعى عليه إذا استدعاه الحاكم بطلب خصمه لإحضاره لما فيه من المصلحة العامة، وكذلك تعطيل الشهود إذا استحضروا لما تعين عليهم أداؤه.

- ولا يستوفي أحد حق نفسه بالضرب واستثنى من ذلك المرأة الناشزة على زوجها ، وهو أن يضربها لاستيفاء حقه، والضرب في هذا كله غير مبرّح،ويختلف باختلاف المضروب في الضعف والقوة.

- ومن قدر على استيفاء حق له مضبوط معين فله استيفاؤه، كانتزاع المغصوب من غاصبه،والمسروق من سارقه، ويستثنى من ذلك القصاص لا يستوفى إلا بحضرة الإمام ؛ لأن الإنفراد باستيفائه محرك للفتن [645].

الفرع الثاني: حقوق البهائم والحيوان على الإنسان:

وذلك أن ينفق عليها نفقة مثلها ولو زمنت أو مرضت بحيث لا ينتفع بها ، وأن لا يحملها ما لا تطيق ، ولا يجمع بينها وبين ما يؤذيها من جنسها أو من غير جنسها

(644) المرجع نفسه : (1 / 145) .
(645) المرجع نفسه : (2 / 167).

بكسر أو نطح أو جرح، وأن يحسن ذبحها إذا ذبحها، ولا يمزق جلدها ولا يكسر عظمها حتى تبرد وتزول حياتها، وأن لا يذبح أولادها بمرأى منها، وأن يفردها ويحسن مباركها وأعطانها، وأن يجمع بين ذكورها وإناثها في إبان إتيانها، وأن لا يحذف صيدها ولا يرميه بما يكسر عظمه أو يرديه بما لا يحلل لحمه(646). ومنها تتبين حقوق هذه الأكوان على الإنسان فى أحكام تفصيلية، وكل ذلك دائر على الرحمة والرفق والحفاظ على خلق الله تعالى.

الفرع الثالث: تنظيم الحقوق ضمن مجموعات مصوغة من القواعد والضوابط الفقهية.

يتضمن هذا الفرع لمحات وإشارات إلي طائفة من القواعد والضوابط الفقهية تنتظم حقوق الإنسان وتعالجها فقهيا من جوانب عديدة ، وهي في مجموعها تتسع لتتكون منها نظرية فقهية كبري(647).

أولا: قواعد في ثبوت الحق وإثباته. ومنها:

- إحياء الحقوق واجب ما أمكن(648).
- الاستحقاق بالظاهر يثبت عند عدم المنازع (649).
- الحق لا يثبت للمجهول (650).
- الذمة تتسع للحقوق كلها (651).

(646) المرجع نفسه (1 / 141).

(647) النظريات: هي دساتير ومفاهيم كبرى تشكل نظاماً متكاملاً في جانب كبير من جوانب الحياة والتشريع، وأن كل نظرية تشمل مجموعة من القواعد الفقهية. مثال القاعدة الفقهية: قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" التي تفسر صيغة العقد وموضوعه لتحديد الآثار المترتبة عليها. ومثال النظريات الأساسية: نظرية العقد التي تتناول جميع العقود الشرعية فى مختلف أطرافها من التعريف والأركان والشروط والآثار، وموقع العقد بين مصادر الالتزام الأخرى. والنظريات تعتمد على أركان وشروط تقوم عليها، أما القواعد الفقهية فليس لها أركان وشروط .(الزحيلي، د/ محمد: النظريات الفقهية : ص 202).

(648) الزيلعي : تبيين الحقائق (240/4).

(649) السرخسي: المبسوط (8/11).

(650) المرجع السابق (165/17). الكرابيسي : الفروق (242/2).

(651) الكرابيسي: الفروق (258/1).

- كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل سبب استحقاقها [652].

- لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ [653].

- السابق إلى ما لم يسبق إليه فهو له [654] .

ثانيا: قواعد في سقوط الحق وإسقاطه. ومنها:

- الحقوق إذا تقررت لأربابها لا تسقط إلا بما يصح به إسقاطها[655].

- إسقاط الحق قبل وجود سببه لا يصح[656].

- حق الشارع يسقط بالموت[657].

- حق الشرع لا يسقط بإسقاط العبد [658].

- حقوق العباد لا تسقط بالشبهات[659].

- حقوق الآدمي المحضة لا تسقط بالأعذار [660].

- الحق لا يسقط بتقادم الزمان [661].

- الحق الثابت في الذمة لا يسقط بالإسلام [662].

- السكوت عن الحق المتأكد لا يبطله [663].

ثالثا: قواعد في تعارض الحقوق. ومنها:

- حق الآدمي مقدم على حق الله تعالى[664].

---

(652) ابن قدامة: المغني (95/6) ، ابن مفلح: المبدع (59/6).
(653) وأصلها لفظ حديث نبوي جاء في سنن أبي داود(3068)،(510/3) والمراد بالعِرْق في الحديث عرق الشجرة ونحوها مما يغرس في الأرض. ويراجع: تفسير القرطبي (328/6).
(654) ابن قدامة: المغني (179/6).
(655) ابن رشد الجد : المقدمات الممهدات (1/ 538).
(656) المبسوط: (27/ 154).
(657) الشِّلْبِيُّ، شهاب الدين: حاشيةعلى تبيين الحقائق، (381/7)، المطبعة الأميرية ، القاهرة.
(658) ابن مازة، برهان الدِّين مُحَمَّد : الذخيرة البرهانية (293/1). دار إحياء التراث العربي.
(659) بدائع الصنائع(71/7)، شرح المجلة للأتاسي(103/6).
(660) القنّوري،أحمد بن محمد: التجريد،(3070/6).دار السلام ،القاهرة(1425هـ 2004م).
(661) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص 245)، البركتي: القواعد الفقهية ، (ص161).
(662) العمراني:البيان (260/12)، دار المنهاج بجدة،(ط1)، (1421هـ).
(663) الموصلي: الاختيار لتعليل المختار (100/3).
(664) السبكي :الإبهاج (257/3)، الكمال بن الهمام: فتح القدير (142/2) .

- لا يقدم في التزاحم على الحقوق أحد إلا بمرجح [665].

- الحق السابق أولى [666].

- الحقوق إذا تساوت وعدم الترجيح صرنا إلى القرعة [667].

- يقدم الحق المتعلق بالعين على الحق المتعلق بالذمة [668].

رابعا: قواعد في استيفاء الحقوق واستعمالها وضمانها. ومنها:

- الاعتياض عن حق الغير لا يصح [669].

- إذا ظفر الإنسان بجنس حقه أو بغير جنسه هل يأخذه أم لا؟ [670].

- لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي[671].

- مَنِ امْتَنَعَ عَنْ أَداءِ حَقٍّ أُخِذَ بِه جَبْرًا [672].

خامسا: قواعد في أحكام الحق. ومنها:

- من دفع شيئاً ليس بواجب عليه فله استرداده [673].

- حقوق الآدميين إذا أمكن استيفاؤها لم تتداخل [674].

- الحقوق لا تقبل النقل إلى الغير[675].

- الأصل أن الاحتياط في حقوق الله تعالى جائز وفي حقوق العباد لا يجوز [676].

- الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة [677].

---

(665) السيوطي: الأشباه والنظائر (1/ 340)، (1/ 294).
(666) الكرابيسي: الفروق (2/ 208 ، 212).
(667) ابن قدامة : المغني (8 / 244).
(668) الزركشي: المنثور (133/3) ، الماوردي(450هـ) : الحاوي الكبير (334/15) .
(669) الكاساني : بدائع الصنائع(57/7).
(670) القرافي : الذخيرة (422/3).
(671) مجلة الأحكام العدلية (المادة/97).
(672) ابن عقيل، أبوالوفاء: الواضح في أصول الفقه، (2/ 106)،الرسالة (ط1)، (1420هـ).
(673) غمز عيون البصائر(461/1).
(674) الماوردي: الحاوي الكبير،(119/12)، دار الفكر - بيروت.
(675) الزركشي: المنثور (161/2).
(676) البركتي : قواعد الفقه (ص15).
(677) الجصاص: أحكام القرآن (394/3).

- إذا أنفق عن غيره بغير إذنه هل يرجع [678].

- المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق[679].

المطلب الثالث

التطبيق علي القواعد والضوابط الفقهية في حقوق الإنسان

أعرض هنا بعض النماذج من القواعد والضوابط الفقهية التي تنتظم في ضمنها حقوق الإنسان، مبيناً طريقة التطبيق عليها، ووجه ارتباط هذه الفروع الحقوقية بقواعدها، وذلك في فروع ثلاثة:

الفرع الأول: التطبيق على قاعدة: المرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به [680].

حق الإنسان في العمل: يمكن أن تنتظم مسائله وتنضبط أحكامه ضمن مجموعة من القواعد أو الضوابط الفقهية، كما قالوا: (لا يجوز تعطيل الإنسان عن منافعه وأشغاله)[681].

والقاعدة التي نحن بصددها جاءت للتعبير عن بعض جوانب هذا الحق، وتقديم ذوي الكفاءة في العمل وذوي الخبرة في التخصص؛ حيث(يقدّم الأفاضل على الأراذل في الولايات، ويقدّم الأفضل على الفاضل في المناصب الدينيات) [682]. وهناك صيغ أخري مقاربة للفظ هذه القاعدة ، مثل قاعدة : (ينبغي الاستعانة في كل علم وصناعة بأحذق من فيها) [683].(والأصل سؤال أهل الذكر في كل فن بحسبه) [684].

(678) المنثور(1/ 157).
(679) السرخسي: المبسوط (170/5).
(680) ابن تيمية : القواعد النورانية (ص 125).
(681) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (2/ 167) وتتمة كلامه: (واستثنى من ذلك تعطيل المدعى عليه إذا استدعاه الحاكم بطلب خصمه لإحضاره؛ لما فيه من المصلحة العامة، وكذلك تعطيل الشهود إذا استحضروا لما تعيّن عليهم أداؤه ، وكذلك استحضارهم لما لا يتم إلا بالشهادة كالنكاح؛ لأنها حقوق واجبة فصار كتعطيلهم فيما لا يثمر من حقوق الله إلا بالتعليل كالغزوات والجمعات وتغيير المنكرات).
(682) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (142/1).
(683) ابن القيم: زاد المعاد (132/4).
(684) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد التاسع (1/ 915).

والخبْرة : في اللغة - بكسر الخاء، وتضم - العلم بالشيء، ومعرفته على حقيقته، من قولك: خبرت الشيء وبالشيء إذا عرفت حقيقة خبره وعلمته عن تجربة. والخبير بالشيء، العالم به[685]. وأهل الخبرة : هم أهل البصيرة والنظر والمعرفة بالشيء [686].

و معنى القاعدة: أن الأحكام الاجتهادية التي تتوقف على معرفة مناط الحكم الشرعي يرجع فيها إلى أقوال الثقات الصالحين من أهل الخبرة والمعرفة والبصيرة بالشيء، وأن أقوالهم في ذلك معتبرة شرعًا، ويبنى الحكم عليها. ولا يخفى أن التوصل إلى الحكم الشرعي للمسائل الاجتهادية يتوقف على معرفة حقيقتها والملابسات المحيطة بها، ولا يمكن للفقيه استنباط الحكم الشرعي لها إلا بالاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ولا يتأتى التصور الصحيح إلا بسؤال أهل الخبرة في هذه الواقعة [687].

وهذه قاعدة مهمة ذات مجال واسع تتغلغل فروعها في شتى أبواب الفقه،وقد اتفق الفقهاء على اعتبارها من حيث الجملة، وترددت على ألسنتهم في مسائل لا تحصى، وبخاصة في باب القضاء وفصل الخصومات. وتنبع أهمية هذه القاعدة من أهمية رأي الخبير نفسه، وبخاصة في العصر الحاضر حيث توالت النوازل، والمستجدات تترى في مختلف مناحي الحياة [688]. ومن فروعها:

(أ) إذا أشكل حال المريض هل هو مرض مخوف - وهو كل ما لا يؤمن فيه الموت - أو لا، سئل عنه أهل الخبرة من الأطباء فإن قالوا: إنه مرض مخوف أخذ بقولهم وثبت له أحكام المرض المخوف وإلا فلا [689].

(685) لسان العرب ، مادة (خبر)، والزبيدي : تاج العروس ، وزاد في تاج العروس: (وقال بعضهم : الخُبْر بالضم : العلم بالباطن الخفي لاحتياج العلم به للاختبار . والخِبْرَة : العلم بالظاهر والباطن) .
(686) حاشية ابن عابدين(459/5).
(687) الصواط ، محمد: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، (1/ 357). دار البيان الحديثة - الطائف (1422 هـ 2001م).
(688) معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية(9 /435).
(689)القرافي: الذخيرة (137/7)،الماوردي:الحاوي الكبير(322/8)، ابن قدامة: المغني (6/ 109).

(ب) لا ينبغي للسلطان أن يسعّر على الناس، إلا أن يتعدى أرباب الطعام تعديًا فاحشًا في القيمة فلا بأس بذلك، ويكون ذلك بمشورة أهل الخبرة به [690] من علماء الاقتصاد ، وذوي البصيرة بأحوال السوق وتقلباتها.

(ج) إذا خيف على امرأة حامل الموت بسبب الحمل جاز لها الإجهاض؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات، والمرجع في ذلك كله لأهل الخبرة وهم الأطباء المسلمون الحاذقون [691].

الفرع الثاني: التطبيق على قاعدة: الجار كالنفس غير مضار ولا آثم.

ورد لفظ هذه القاعدة كمبدأ دستوري إسلامي، جاء في (صحيفة المدينة)التي أملاها النبي ﷺ على أهل المدينة المنورة، قال ابن إسحاق:(وكتب رسول الله ﷺ كتابا بين المهاجرين والأنصار، وَادَعَ فيه يهود وعاهدهم وأقرهم على دينهم وأموالهم، وشرط لهم واشترط عليهم، بسم الله الرحمن الرحيم، هذا كتاب من محمد النبي ﷺ بين المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم،إنهم أمة واحدة من دون الناس....) [692].

وجاء في البند رقم(40)، بحسب ترقيم بعض الباحثين لبنودها[693]، قول النبي ﷺ (الجار كالنفس غير مضار ولا آثم) [694].

وتُسهم هذه القاعدة في تنظيم(حق اللجوء السياسي)، وقد أشار القرآن الكريم إلى (اللجوء) [695]، وذلك في قوله تعالى : { لَوْ يَجِدُونَ مَلْجَأً أَوْ مَغَارَاتٍ أَوْ مُدَّخَلًا لَوَلَّوْا

(690) الموصلي: الاختيار تعليل المختار (4 / 173).
(691) مجلة البحوث الإسلامية 63 – 271 – 272 . معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية(9 /435).
(692) ابن هشام: السيرة النبوية (3 / 31).
(693) حميد الله ، محمد : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة: (ص62)، دار النفائس، الأردن،(1413هـ-1983م).
(694) ابن هشام: السيرة النبوية (3 / 34). والشعيبي، أحمد: وثيقة المدينة المضمون والدلالة: (ص45)، كتاب الأمة – وزارة الأوقاف ، قَطر(1426هـ).
(695) اللجوء: الملجأ ، واللجأ - محركة- المعقل والملاذ . واللجوء: مشتق من لجأ ،يقال :لجأ إلى الشيء أو المكان، ويقال:لجأت إلى فلان:أى استندت إليه واعتضدت به، ولجأت من فلان ؛إذا عدلت عنه إلى غيره.

إِلَيْهِ وَهُمْ يَجْمَحُونَ} [التوبة: 57]، وورد أيضاً ما يماثله : كالاستجارة [696]، والاستئمان. وأحوال المستأمن:أي طالب الأمان،أنه إما أن يكون رسولاً، أو تاجراً، أو مستجيراً، أو طالب حاجة [697].

على أن الحقوق الثابتة لغير المسلمين فى بلاد الإسلام ليست للمواطنين من غير المسلمين فحسب، بل هي أيضاً لمن استجار بالمسلمين من غيرهم، فلهم الأمان والحماية وحق الرعاية[698].

وهؤلاء الأفراد(المجاورون) يرتبطون بالدولة ارتباطا خاصاً لا يشبه ارتباط الفرد بالفرد؛لأن الدولة الإسلامية ليست فرداً وإنما هي منظمة سياسية[699]، وقد حددت (وثيقة المدينة) لكل طائفة حقوقها وواجباتها، واحترمت الجوار واعتبرت الجار كالنفس[700].

ولهذا تفتح الدولة الإسلامية أبوابها على أعنتها لاستقبال كل من لجأ إليها بقصد الحماية من الاضطهاد أو بسبب المنازعات المسلحة من شريحة أو طائفة مسلمة

ويقال:لجأ من القوم أي؛ انفرد عنهم وخرج عن زمرتهم إلى غيرهم،فكأنه تحصن منهم،وألجأه إلى الشيء:أي اضطره إليه.(لسان العرب:152/1)، والقاموس المحيط: (ص65)، ومعجم مقاييس اللغة(235/5).

ويمكن القول:بأن اللجوء السياسي يقابل (عقد الأمان) في الاصطلاح الفقهي؛ حيث إن هذا المصطلح من المصطلحات الحديثة في الفقه السياسي، ولم يتعرض له الفقهاء في كتبهم،إلاأنه يفهم معناه من الوقوف علي كلامهم عن المستأمن. أما تعريف اللاجئ في القانون الدولي فهو: (كل إنسان تتعرض حياته أو سلامته البدنية ، أو حريته للخطر؛خرقاً لمبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،وعندئذ يكون له الحق في طلب الملجأ).(يراجع: أبو هيف، د. علي صادق ، القانون الدولي العام (ص249)، منشأة المعارف، الإسكندرية-1990م).

(696) والاستجارة: طلب الأمان، والجار والمجير: هو الذي يمنعك ويجيرك. واستجاره من فلان فأجاره منه: أنقذه. وفي الحديث: (ويجير عليهم أدناهم)، لسان العرب (4 / 155). وكان يقال في الجاهلية للرجل إذا استجار بيثرب: قوقل ثم قد أمنت. لسان العرب (11 / 563). وفي (القاموس المحيط (1/ 1049):(قَوْقِل في هذا الجَبلِ وقد أمِنْتَ، أَي: ارْتَقِ).

(697) الطيار، د.علي بن عبد الرحمن: حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية (ص110-111) ، (ط1) ،(1427هـ- 2006م).

(698) العابد، د.صالح : حقوق غير المسلمين في بلاد الإسلام (ص54)، وكالة المطبوعات والبحث العلمي، وزارة الأوقاف بالسعودية ،(ط4) ،(1429هـ).

(699) زيدان ، د.عبد الكريم : أحكام الذميين والمستأمنين ، (ص61).

(700) راشد، جاسم محمد: الوثيقة النبوية والأحكام الشرعية المستفادة منها (ص99)، مكتبة الصحابة بالشارقة،(ط1)،(1427هـ - 2006 م).

ضد الدولة أو بين دولة إسلام وأخرى، أو بين دولتين غير إسلاميتين، سواء أكان اللاجئ يهودياً أو مسيحيا أو مشركاً عملاً بمبدأ عالمية القانون الإسلامي[701]. وقد قال الله تعالى: { وإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ} [التوبة: 6]. وفي الحديث:(ويجير على المسلمين أدناهم) [702].

وإعطاء الجوار والأمان للمستأمنين من المخالفين في الدين، وما يتبعها من تحذير من خفر الجوار[703]، وتشديد على ضرورة الحفاظ عليه، ومنع الاعتداء بعد إعطاء العهد على الأمان، كلُّ ذلك منقبة من مناقب الإسلام تجاه مخالفيه، تكاد لا توجد في غير هذا الدين الحنيف[704].

على أن القول بالأمان الفردي – في حالة السِّلم- قد لا يتناسب والظروف الدولية المعاصرة؛ لما يحمله ذلك من مخاطر، ومن القواعد المقررة:(درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) [705]، وفي ذلك يقول سحنون من المالكية (المتوفى240هـ): (أمْر الأمان إلى الإمام) [706]. فالحديث ليس معناه أن إعطاء الأمان من أدنى المسلمين يكون ملزِماً للإمام ، وإنما على الإمام النظر في مثل هذا الفعل ، حسب مصلحة المسلمين [707].

أمّا ما جاء في الآية الكريمة { وإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ }، فإنه أمرٌ للنبي ﷺ بصفته زعيماً للمسلمين، ولمن بعده من الأئمة وأُولى الأمر، يقول ابن

(701) البطراوي ، د.عبد الوهاب: محنة حقوق الإنسان في العالم الثالث (ص93) ، ط. البحرين (2007م).
(702) سنن ابن ماجه(106/2) ، و ابن هشام: السيرة النبوية (159/2).
(703) في لسان العرب (254/4): (خفرت الرجل: أجرته وحفظته. وخفرته إذا كنت له خفيرا أي حاميا وكفيلا. وتخفرت به إذا استجرت به. والخفارة : بالكسر والضم: الذمام. وأخفرت الرجل إذا نقضت عهده وذمامه، والهمزة فيه للإزالة ، أي أزلت خفارته).
(704) الطيار : حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية (ص55) ، مرجع سابق.
(705) ابن نجيم : الأشباه والنظائر (ص90).
(706) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(185/2).
(707) الطيار: حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية (ص111) ، مرجع سابق.

حبيب من المالكية:(المتوفى238هـ): (لا ينبغي التأمين لغير الإمام ابتداءً ، فله الخيار في الإمضاء أو الرد بحسب ما يراه صواباً أو خطأً) [708].

فتقدير المصلحة وتنظيم شئون البلاد يجب ألا يتم إلا بواسطة الحكام،لاختصاصهم وتحملهم مسئولية مثل هذه الأمور؛ يستفاد ذلك من قاعدة (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة) [709].

الفرع الثالث: التطبيق على قاعدة: (الشك يُفَسّر لصالح المتهم) [710].

وهي تتعلق بالشق الإجرائي عند التقاضي ، وهي تفيد في بيان (حق المتهم) [711] ؛ إذ مقتضى القواعد الفقهية الاعتداد بقرينة البراءة ، فالمتهم برئ إلى أن تثبت إدانته بحكم مطعون فيه، وتجد هذه القرينة شرعيتها في أن (الأصل براءة الذمة) [712]، وعلى من يدّعي غير الأصل أن يثبت إدانته (الإثبات على من ادعى). ويتفرع عن تلك القرينة مبدأ قانوني (الشك يُفسّر لصالح المتهم)، أو ما عبّر عنه الأصوليون بقاعدة لفظها: (الاحتمال في وقائع الأحوال يُسقط الاستدلال)[713]، أو(الاحتمال الناشئ عن دليل يبطل الاستدلال) [714].

ومن تطبيقاتها عندهم:

(أ) ذهب بعض الفقهاء إلى أن من وضع طعاماً مسموماً لضيفه، وكان هذا الضيف بالغاً عاقلا فمات بأكله منه، فلا قصاص على المضيف، بل عليه الدية[715]،

(708) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(185/2).
(709) السيوطي : الأشباه والنظائر (ص 121).
(710) نص الدستور السوداني(المادة 69)على الأخذ بقاعدة:(الشك يفسر لمصلحة المتهم)، وهي مأخوذة من كون (اليقين لا يزال بالشك). كما ينص الدستور المصري الصادر(1971) في مادته (67) بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، دون شك معقول.(يراجع: الحفناوي، منصور محمد: الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية (261/1)، مطبعة الأمانة، (ط1) ، (1406هـ- 1986م).
(711) كما ينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في(10/ 12/ 1948م).
(712) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص56 وص15-156)، (ط ، سنة 1968م).
(713) السيوطي: الأشباه والنظائر (ص263).
(714) الشيباني، محمد بن الحسن:الحجة على أهل المدينة (51/3)، (ط3)،عالم الكتب (1403هـ).
(715) وهناك قول بوجوب القصاص. أما إذا كان هذا الضيف صبياً أو مجنوناً ؛ فقد وجب عليه القصاص، سواء أخبره به أو لم يخبره بالاتفاق.(انظر : الشربيني: مغني المحتاج 218/5 ؛ والأنصاري، زكريا: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب 155/2 دار الفكر؛ و الرملي: نهاية المحتاج 255/7).

سواء علم الآكل بوجود السم في الطعام أم لم يعلم؛ وذلك لأن القتل هنا شبه عمد، فقد تناوله المجني عليه باختياره فلم يؤثر التغرير به.

وردَّ هؤلاء ما استدل به المخالف بوجوب القصاص، بما ورد أن النبي ﷺ اقتص من اليهودية التي أرسلت له طعامًا مسمومًا، فمات الصحابي بِشْرُ بن الْبَرَاءِ بن مَعْرُورٍ بأكله منه[716].

وعللوا ردهم لهذا: بأن هذه الواقعة تحتمل أنه عليه الصلاة والسلام اقتص منها لنقضها العهد، ووقائع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال وسقط بها الاستدلال[717].

(ب) ذهب الجمهور إلى أنه لا يجوز قتل المسلم بالكافر[718]؛ لقوله ﷺ: ((لا يقتل مسلم بكافر)) [719]، وصرحوا بأن ما استدلوا به لا يعارَض بما ورد: أنه ﷺ قتل مسلماً بمعاهد، وقال: ((أَنَا أَكْرَمُ مَنْ وَفَى بِذِمَّتِهِ)) [720] ؛ لأن هذا الحديث الأخير دخله الاحتمال، لاحتمال كون المعاهد أسلم قبل قتله إياه، فكان مكافئاً له حال قتله. ومعلوم أن وقائع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال، وسقط بها الاستدلال [721].

وظهر أثر هاتين القاعدتين في التقنينات الجنائية الحديثة واضحًا ، فقد نصت دساتير الدول المختلفة على الأخذ بهما ،كما طالبت كل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بمراعاة العمل بالأدلة القانونية طبقًا لهما، كما ينص فقه الإجراءات

(716) سنن أبي داود، كِتَاب الدِّيَاتِ، (4/ 174). بَابٌ فِيمَنْ سَقَى رَجُلًا سَمًّا أَوْ أَطْعَمَهُ فَمَاتَ أَيُقَادُ مِنْهُ. برقم (4511).

(717) الرملي: نهاية المحتاج (255/7)، دار الفكر.

(718) هذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يقتل به. انظر: الأنصاري، زكريا: أسنى المطالب مع حاشية الرملي (12/4)، دار الكتاب الإسلامي .

(719) صحيح البخاري، كتاب الجهاد برقم (3047) ، بَابُ فَكَاكِ الأَسِيرِ. (4 / 69).

(720) رواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عمر رضي الله عنهما (30/8)، باب بَيَانِ ضَعْفِ الْخَبَرِ الَّذِى رُوِىَ فِى قَتْلِ الْمُؤْمِنِ بِالْكَافِرِ، برقم (16341) . ط. دائرة المعارف النظامية.

(721) معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية(472/32).

الجنائية على تفسير الشك لمصلحة المتهم. وقضت محكمة النقض المصرية بأن الأحكام الصادرة بالإدانة يجب ألاّ تبنى إلا على حجج قطعية الثبوت تفيد الجزم واليقين.

والقاعدتان قد توافق في العمل بهما في هذا المجال الجنائي كل من الشريعة والقانون، إلا أن التشريع الإسلامي قد أعملهما منذ نزل من أربعة عشر قرنا، والتزم بهما في كل أحكامه، أما النظم القانونية فلم تعرفهما إلا حديثا منذ عهد قريب، لكن لم يلتزم بهما قضاتها في كثير من الأحكام التي يقضى بها في ظل الأحكام العرفية، أو العسكرية وما إلى ذلك [722].

المطلب الرابع

تنظيم حقوق الإنسان في ضوء المقاصد الشرعية

وفي هذا المطلب أربعة فروع :

الفرع الأول: مراتب الحفظ المقاصدي:

المقصد العام للشارع من تشريعه الأحكام هو تحقيق مصالح الناس بكفالة ضرورياتهم، وتوفير حاجياتهم وتحسينياتهم. فكل حكم شرعي ما قصد به إلا واحد من هذه الثلاثة التي تتكون منها مصالح الناس. ولا يراعى تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحاجي، ولا يراعى حاجي وتحسيني إذا كان في مراعاة أحدهما إخلال بضروري[723]. والضروريات: هي الأحكام الشرعية للقيام بمصالح العباد في الحال والمآل، بحيث إذا فقدت تضيع مصالحهم بل إلى فساد وآل مصير الإنسان إلى الخسران. والحاجيات: هي ما يحتاج إليها للتوسعة والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم وهي دون الضروريات. و التحسينيات: فهي لا تكمل المصالح الضرورية والحاجية، إذ لا يتوقف عليها سير الحياة وانتظامها[724].

(722) الحفناوي ، د. منصور: الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية (261/1). مرجع سابق.
(723) خلاف، الشيخ عبد الوهاب: أصول الفقه (ص248)، دار القلم، الكويت،(1390هـ - 1970م).
(724) الرفعي: فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي (ص84) وما بعدها ، بتصرف.

الفرع الثاني : مفهوم الضروريات الخمس :

وقسّم العلماء الضروريات إلى خمسة أنواع تسمى الكليات الخمس، وهي: (الدين) : مجموع العقائد والعبادات والأحكام التي شرعها الله تعالى لتنظيم علاقة الناس بربهم وعلاقتهم ببعض وذلك بإتباع شرعه.و(النفس): وهي حياة الإنسان. و(العقل): هو مناط التكليف ، ووسيلة التمييز والإدراك والتمييز.و(النسل أو العِرض): هو الولد حتى لا تختلط الأنساب وتشيع الفاحشة. و(المال): هو عصب الحياة وكل ما يملكه الفرد ، شرع الله كسبه بالحلال وحرم أكل أموال الناس بالباطل (725).

إن ترتيب الضروريات الخمس على هذا النحو يراعى الأهمية لكل منها، فإذا وقع تعارض فيما بينها يقدم الأولى منها ، وذلك حسب الترتيب السابق. ويتم حفظ الضروريات الخمس بأسلوبين متكاملين: أحدهما: تحريم ما يهدد وجودها، والثاني:الأمر بكل ما يؤدي إلى تعزيزها وتنميتها.

ففي سبيل حفظ الدين: حرّم الشارع الشرك والطريق إليه، تحريم ما يهدد وجوده، والبدع لأنها تفسد الدين، وحرم الردة لأنها طعن في الدين. وأمر بكل ما يؤدي إلى تعزيزه وتنميته ،فأوجب الله تعالى الدعوة إلى الإسلام والدفاع عن عقيدة التوحيد. أما حفظ النفس: فإن للنفس حرمة عظيمة في الإسلام لذلك حرّم ما يهدد وجودها ونهى عن الاعتداء عليها ، وأمر بكل ما يؤدي إلى تعزيز حفظ النفس وتنميته أوجب حمايتها من كل ما يؤدي إلى هلاكها فشرع تعالى عقوبة القصاص. ولأجل حفظ العقل: حرم كل ما يعطل تحريم ما يهدد وجوده تحريم الخمر وما شابهه من المفسدات الحسية أما المعنوية فهي التصورات الفاسدة التي تؤدي بالإنسان إلى الضلال. وجاء الأمر بكل ما يؤدي إلى تعزيزه وتنميته التفكر في آيات الله والاجتهاد لتنزيل الشريعة لعمارة الأرض. أما حفظ النسل: أوجب حفظه تحريم ما

(725) يراجع: المستصفى: للغزالي(140/1)، والموافقات: للشاطبي(8/2).

يهدد وجوده بالقذف والزنا والعلاقات الشاذة وتدنيس شرف الناس والإجهاض، وأمر بكل ما يؤدي إلى تعزيزه وتنميته فرغّب الإسلام في الزواج. حفظ المال: أوجب الحفاظ عليه صيانة لمصالح العباد بتحريم ما يهدد وجوده فحرم تبذيره وأكل أموال الناس بالباطل وأمر بكل ما يؤدي إلى تعزيزه وتنميته بالكسب الحلال وتنميته في الاستثمارات المباحة وإنفاقه في الوجوه التي رغب الشرع فيها.

الفرع الثالث : مدخل حول ترتيب الضروريات الخمس :

هذا الترتيب السابق على نسق معيّن عند السلف، قد أدى دوره في وقتهم، واستوعب جميع المسائل القائمة أو المحتملة في أوانهم، ونحن إذْ نأخذ بمناهجهم لا نقف عند مسائلهم، فإنه في العصر الحاضر ومع سرعة تطور أنماط الحياة والانطلاقة الهائلة في ثورة المعلومات، والتقدم التقني،أصبح من الضروري إعادة تشغيل هذه الكليات الخمس،ولكن بطريقة أكثر فاعلية مع مقتضيات ومتطلبات هذا العصر[726]. والترتيب المتوافق وهذا الاحتياج يكون كالتالي:(حفظ النفس ثم العقل ثم الدين ثم النسل ثم المال)؛باعتبار أن مرادنا بالدين هنا الشعائر التي تحتاج إلى النية أو العبادة المحضة أو محض التعبد ولو كان في المعاملات،أو هو إدراك. وليس مقصودنا بالدين هنا الإسلام،بل الإسلام في ذلك الاصطلاح أعم من الدين بهذا المفهوم،وبالتالي فهو يشمل هذه المقاصد الخمس، وحينئذٍ تُحلّ مشكلات كثيرة [727].

وهذا الترتيب وإن كان جديداً إلا أنه لا يخرج عن كلام السابقين أو يعارضهم، وإنما هو مدخل من المداخل التي يستقيم معها حال الأمة في العصر الراهن. وهذا المدخل مؤداه: أن يحافظ البشر على أنفسهم وعلى عقولهم في تلك النفوس، وأن يحافظوا كذلك على صلتهم بربهم تحقيقاً للمقصد الأول من وجود البشرية متمثلة في النفس والعقل وهو(العبادة)، ثم أمرهم بعد ذلك أن يحافظوا على نسلهم وحقوقهم

(726) جمعة، د.على : حقوق الإنسان في الإسلام (ص202)،مرجع سابق. بتصرف.
(727) المرجع نفسه (ص203)،بتصرف .

وعمارة الأرض، وهو يحقق العمارة والعبادة، والعمارة من خلال تلك العبادة هي التي تقوم بها الدنيا، وهي أيضاً تقوم بها الآخرة [728].

الفرع الرابع : مقاصد الشريعة ومراعاة حظوظ المكلفين:

تظهر علاقة المقاصد الشرعية بدخول المكلف تحت أحكامها من خلال تقسيم الشاطبي المقاصد الشرعية إلى قسمين: المقاصد الأصلية والمقاصد التابعة ،وعلى أساس هذا التقسيم يظهر مدى علاقة تلك المقاصد بدخول المكلف تحت أحكام الشريعة الإسلامية، وما له حظ فيه من هذه الأحكام ، وما ليس له فيه حظ .

القسم الأول:المقاصد الأصلية: وهذه المقاصد (لاحظ فيها للمكلف وهى الضروريات المعتبرة فى كل ملة) [729]، وهذا النوع من المقاصد مصالحه عامة ومطلقة لا تتعلق بحال دون حال أو وقت دون وقت ،ولهذا كانت خالية من حظوظ العبد ، وهذا النوع من المقاصد على ضربين:

الأول: المقاصد الضرورية العينية : وهي ما كانت منوطة بتكاليف في نفس المكلف ، مثل: حفظ دينه اعتقادا وعملا ، وحفظ نفسه بقيامه بضرورات الحياة وحفظ عقله ونسله، وهذا النوع من المقاصد لا خيار للمكلف في الحفاظ عليها، وإلا تعرض للحجر والعقاب،والحفاظ على هذه الضروريات ليس موكولاً إلى اختياره ورغبته؛لأنه (صار فيها مسلوب الحظ محكوما عليه فى نفسه) [730].

الثاني: المقاصد الضرورية الكفائية : وهذا النوع من المقاصد (من حيث كانت منوطة بالغير أن يقوم بها على العموم فى جميع المكلفين لتستقيم الأحوال العامة التى لا تقوم الخاصة إلا بها) [731].

(728) المرجع نفسه (ص203- 204)،بتصرف .
(729) الموافقات :(2 / 476).
(730) المصدر نفسه :(2 / 477).
(731) المصدر نفسه .

وهذه الضروريات تقوم بها الجماعة لعدم قدرة الفرد الواحد على القيام بها، فيكون هذا النوع الكفائي مكمّل للعيني ولا حق به في كونه ضرورياً؛ إذ لا يقوم العيني إلا بالكفائي ، وهذا النوع من المصالح (ممنوعون من استجلاب الحظوظ لأنفسهم بما قاموا به من ذلك فلا يجوز لوالٍ أن يأخذ أجره ممن تولاهم على ولايته عليهم، ولا لقاضٍ أن يأخذ من المقضى عليه أو له أجرة على قضائه ....لأن استجلاب المصلحة هنا مؤد إلى مفسدة عامة تضاد حكمة الشريعة فى نصب هذه الولايات) [732].

القسم الثاني : المقاصد التابعة: وهذا النوع من المقاصد (هى التى روعي فيها حظ المكلف فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات وسد الخلات) [733].

وهذا النوع حظ المكلف فيه ظاهر، وذلك لما يحققه من لذات وشهوات واستمتاع عند قيامه بهذا المقصد الشرعي، مثل خلق شهوة الطعام والشراب عند الجوع والعطش، فيتحرك إلى سد هذه الخلة بما تيسر له، وهذا النوع من المقاصد التابعة خادم للمقاصد الأصلية ومكمل لها ، كما تعتبر المقاصد الأصلية أصولاً بخلاف المقاصد التابعة، (القسم الأول يقتضيه محض العبودية والثاني يقتضيه لطف المالك بالعبيد) [734]؛ لأن الأول خالٍ من الحظوظ بخلاف الثاني فلا يخلو منها.

وما يخلص إليه الشاطبي (أن ما ليس فيه للمكلف حظ بالقصد الأول يحصل له فيه حظه بالقصد الثاني من الشارع وما فيه للمكلف حظ بالقصد الأول يحصل فيه العمل المبرأ من الحظ) [735]، وفي كل أحوال المكلف فإنه لا يعدم انتفاعاً وحظا من المقاصد الأصلية وإن كانت موضوعة في أصلها دون مراعاة حظ المكلف، أو

(732) المصدر نفسه :(2 / 478).
(733) المصدر نفسه .
(734) المصدر نفسه :(2 / 479).
(735) المصدر نفسه:(2 / 483).

المقاصد التابعة التي حظه فيها بيِّن وظاهر، فحفاظ المكلف على دينه ونفسه وماله المعدود ضمن المقاصد الأصلية يحقق له منافع ومتع، مثل: احترام الناس، و وضع القبول لهم في الأرض حتى يحبهم الناس ويكرمونهم ويقدمونهم، ومن جهة قصده إلى المباحات لاكتساب الضروريات المعدودة من المقاصد الأصلية، فمثل أكل الطيبات المستلذات، ولبس الليِّنات، وركوب الفارهات ونكاح الجميلات، وفي ذلك حظ له فقد ((تضمن سد الخلاّت والقيام بضرورة الحياة، وقد مر أن إقامة الحياة من حيث هو ضروري لاحظ فيه)) [736].

المطلب الخامس

التطبيق علي المقاصد الشرعية في حقوق الإنسان

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: التطبيق على قاعدة: حِفْظُ النُّفُوسِ واجبٌ ما أَمْكَنَ [737] :

وهي تنظّم (حق الحياة) ضمن أهم حقوق الإنسان التي تندرج في المقاصد الشرعية. ولها صيغ أخرى: (حفظ النفس واجب حسب الإمكان)[738]، و(صون النفس واجب) [739]. و(النفوس لا تباح إلا بسبب شرعي) [740]. وهناك قواعد ذات علاقة بهذه القاعدة، منها:(تصان النفوس المعصومة عن الهلاك)[741]، و(حفظ النفوس مجمع عليه) [742]. و(الأصل منع إتلاف النفوس)[743]، و(حرمة النفس

(736) المصدر نفسه :(2 / 484).
(737) الدردير: الشرح الكبير (184/2)، وفي لفظ آخر: (الأصل في الدماء الحظر إلا بيقين الإباحة)، قواعد ابن رجب(ص 336)، ويراجع: (معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية 7/9).
(738) ابن مفلح: النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر (ص 24).
(739) القرافي: الذخيرة (89/9).
(740) المرجع السابق(341/6)، وشرح الزرقاني على مختصر خليل(10/6).
(741) ابن أمير حاج: التقرير والتحبير في شرح التحرير (3 /145).
(742) الحطاب: مواهب الجليل (231/6)، ابن عاشور: التحرير والتنوير(19 / 114).
(743) موافي، د.أحمد علي: نظرية الضرر في الفقه الإسلامي،(ص391)، دار الأندلس (1995م).

أعظم من حرمة المال) [744]، و(حرمة الأعضاء كحرمة النفوس[745]. ولا يخفى أن مؤدى جميع هذه الصيغ ومفادها واحد ، وهي تعني أن الأصل في النفوس والدماء الحظر والحرمة ، فلا تباح إلا بسبب شرعي متيقن غير مشكوك فيه ، فهي تندرج تحت القاعدة الكبرى (اليقين لا يزول بالشك) ، وهذه الصيغ المتنوعة في الحقيقة أخص من القاعدة التي بين أيدينا ؛ لأن تحريم قتل النفوس وحقن الدماء وسيلة من وسائل حفظها وصيانتها، لكن لم نجعلها قاعدة ذات علاقة أخص لشدة التداخل بينهما في الشرح والأدلة، فالفصل بينهما يؤدي إلى الإخلال بذلك

شرح القاعدة:

تعني هذه القاعدة أن حفظ النفوس وصونها عن الهلاك والإهلاك بغير حقها واجبٌ على المكلفين ما أمكنهم ذلك ووجدوا إليه سبيلاً.

هذه القاعدة التي اتفق الفقهاء عليها - في الجملة - هي من القواعد المشتركة بين الفقه ومقاصد الشريعة؛ لأنها تعبر عن مقصد من أعظم مقاصد الشريعة، ومصلحة من المصالح الضرورية الخمس التي لم يتفق عليها فقهاء المذاهب فحسب، بل أجمعت عليها جميع الملل والأديان السماوية السابقة، وكما يقول الإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى: (فقد اتفقت الأمة،بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس، وهي: الدين والنفس والنسل والمال والعقل، وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه بل علمت ملاءمتها للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد) [746].

ولقد عنيت الشريعة الإسلامية بالنفس عناية فائقة، وتحتل ضرورة المحافظة على النفس المرتبة الثانية - بعد الدين - ضمن المصالح الضرورية الخمس التي

(744) القدوري: التجريد (11 / 5434).
(745) السرخسي :المبسوط (1 / 215).
(746) الموافقات : للشاطبي (31/1).

جاءت الشريعة للحفاظ عليها، ومن هنا فقد أحاطتها بسياج محكم من الأحكام التي تكفل حفظها من التعدي عليها بأقصى درجة ممكنة، كما شرعت من الأحكام ما تكفل وجودها وبقاءها، بتحصيل مصالحها ودرء المفاسد عنها. وهذه العناية بالنفس الآدمية تبدأ من حين أن يكون جنيناً في بطن أمه إلى أن يموت، بل تمتد حتى إلى ما بعد الموت [747].

ومن تطبيقات القاعدة:

- من كان يصلي ورأى معصوماً - مسلماً كان أو كافراً - يغرق أو يحترق أو يقع في بئر أو يحدث له ما شابه ذلك مما فيه هلاكه، فإنه يجب عليه قطع الصلاة وإنقاذ النفس[748].

- من وجد لقيطاً وخاف عليه الهلاك وجب عليه أخذه، ولا تجب نفقته على ملتقطه، بل على بيت المال، فإن تعذر الإنفاق عليه من قبل الحاكم، فعلى من علم حاله الإنفاق عليه مجانا؛ للأمر بالتعاون على البر والتقوى وبالعدل والإحسان، ولأنه إحياء معصوم وإنقاذ له من التلف فوجب كإنقاذ الغريق[749].

الفرع الثاني:التطبيق على قاعدة (مِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ) [750]:

ومن صيغ القاعدة أيضاً:(مثل الشيء غيره بالضرورة)[751] ومنها:(مثل الشيء غيره لا عينه)[752]. ومعناها:أن مثل الشيء شبيهه ونظيره ، وإثبات المثلية بين شيئين يقتضي نفي إمكان اعتبارهما شيئا واحدا. فقاعدتنا مبنية في الأصل على استنتاج منطقي قائم على أن الشيء لا يمكن أن يتصور كونه مِثلا لنفسه،فحيث تقرر

(747) معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية(9/9).
(748) المرجع نفسه (12/9).
(749) المرجع نفسه (14/9).
(750) السرخسي:المبسوط(89/19)،السبكي: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب (231/4)، العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري (93/10).
(751) الزرقاني ،محمد: شرح الموطأ (14/1).
(752) الفتاوى الهندية(99/6)، بدائع الصنائع (358/7).

أن له مِثلا لزم أن يكون ذلك المثل غيره. وبناء على ذلك فقد تقرر عند الفقهاء أن ما يترتب على الشيء لا يترتب على مثله بالضرورة بحيث يمكن أن يناط بالمثل من الأحكام ما تُمنع إناطته بالشيء نفسه [753].

دليل القاعدة:

1- قوله تعالى: {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا} [المجادلة: الآية 2] وقوله: {وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ} [الأحزاب: الآية 4]. ووجه الاستدلال بالآيتين: أن الظهار هو تشبيه الرجل ظهر زوجه بظهر أمه بقوله لها - مثلا- : أنت عليّ كظهر أُمي؛ ففيهما نص على أنها لا تكون أُمًّا له بذلك التشبيه وأن أُمّهاتهم هنَّ النساء التي ولدنهم خاصة دون غيرهن[754].

2- لأنه لا يتصور عقلا أن يكون مثل الشيء نفسه فالمثلية تقتضي المغايرة، فإذا تقرر أن شيئا ما مِثْلٌ لشيء أو شبيه به فإن ذلك يكون حكما عليه بأنه غيره

ومن تطبيقات القاعدة:

من حلف لا ينام على فراش وجعل عليه فراشا آخر فنام عليه لم يحنث لأن مثل الشيء لا يكون تبعا فقطع النسبة عن الأول [755]، ومثل الشيء غيره.

ومن المسائل المعاصرة ذات الصلة بموضوع هذه القاعدة عملية (الاستنساخ البشري) [756]، وتحريم إنجازه أو دعمه والترويج له،حيث أنه يتنافى مع مراعاة

(753) معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (31/10) .
(754) البحر الرائق لابن نجيم 227/6؛ والفتاوى الهندية 256/3).
(755) الخادمي: د. نور الدين: القواعد الفقهية المتصلة بالسياسة الجنائية (ص64)، مكتبة الرشد ، الرياض(ط1)،(1428ه-2007م).
(756) معنى الاستنساخ في اللغة : ما جاء في لسان العرب (3 / 61): (اكتتابك كتابا عن كتاب حرفا بحرف، والأصل نسخة، والمكتوب عنه نسخة لأنه قام مقامه، والكاتب ناسخ ومنتسخ. والاستنساخ: كتب كتاب من كتاب؛ وفي التنزيل: {إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ}[الجاثية/ 29] ؛ أي نستنسخ ما تكتب الحفظة فيثبت عند الله. والنَّسْخِ وَهُوَ النَّقْل وَالتَّبْدِيل وَالإِزَالَةُ، يُقَال: نَسَخَتِ الشَّمْسُ الظِّل: إِذَا أَذْهَبَتْهُ وَحَلَّتْ مَحَلَّهُ،

حقوق الإنسان، بل يعتبر من أخطر الكوارث العلمية ،وذلك لما سيئول إليه من نتائج مروعة وعواقب وخيمة،على مستوى النظام الكوني ومنظومة الأخلاق والقوانين والأعراف الإنسانية العامة والخاصة. وذلك؛ (لأنه يؤدي إلى ضياع الحقوق، وانعدام إثبات التهم والجرائم بسبب التشابه والتماثل في الوجوه والأشكال،التي يتوقع حصولها بموجب إجراء الاستنساخ البشري) (757).

وبيان وجه ضياع الحقوق: أن الاستنساخ منافٍ لقيمة التنوع الإنساني واختلاف الألوان والأشكال والألسنة، قال تعالى {وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالِمِينَ} [الروم: 22].

وقد كان من أغراض التنوع المذكور تحقيق التمايز، وتحديد نوعية الأواصر الأسرية والاجتماعية والكونية، وإثبات الحقوق والواجبات، وإقامة العدل والأمن ، والتفريق بين المتهم الحقيقي والمتهم الوهمي الذي قد يحمل نفس العلامات والشبه الذي يحمله المتهم الحقيقي، فماذا تنتظرون من الأشخاص المستنسخين سوى الشبه والتماثل المضيعين للحقوق، الموقعين في الفساد والهلاك ؟

كما أن الاستنساخ معارض لقيمة حقوق الإنسان وكرامته ومكانته بين سائر الكائنات والمخلوقات، فالإنسان الذي كرمه الله تعالى وشرّفه الله تعالى بنعم الإيمان

وَنَسْخُ الْكِتَابِ: إِزَالَةُ الْحُكْمِ بِحُكْمٍ يَتَعَقَّبُهُ ، وَمِنْهُ قَوْله تَعَالَى: {مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنْسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا} [البقرة:106] . وَنَسْخُ الْكِتَابِ: نَقْلُ صُورته المجرَّدة إلى كتابٍ آخرَ، وذلك لا يقتضي إزالةَ الصُّورَةِ الأُولى بل يقتضي إثباتَ مثلها في مادَّةٍ أُخْرَى، كاتِّخَاذِ نَقْشِ الخَاتم في شُمُوعٍ كثيرة، والاسْتِنْسَاخُ: التَّقَدُّمُ بِنَسْخِ الشيءِ، والتَّرَشُّح، للنَّسْخ. وقد يُعَبَّر بالنَّسْخ عن الاستنساخ. قال تعالى: {إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ}. والمُنَاسَخَةُ في الميراث: هو أن يموت ورثةٌ بعد ورثةٍ والميراثُ قائمٌ لم يُقْسَمْ (المفردات في غريب القرآن (1 /801)) ، و جاء في المغرب في ترتيب المعرب (1/ 462): (انْتَسَخَ) فِعْلٌ مُتَعَدٍّ كَنَسَخَ يُقَالُ: نَسَخَتْ الشَّمْسُ الظِّلَّ وَانْتَسَخَتْهُ، أَيْ نَفَتْهُ وَأَزَالَتْهُ . والاستنساخ اصطلاحاً: (هو عملية تنتج بها من خلية واحدة وبطريقة غير جنسية مجموعة من الخلايا كلها متطابقة وراثياً) . فالإنسان يتكاثر عن طريق اتحاد الحيوان المنوي الذكري مع البييضة المؤنثة وهذا مستمر منذ خلق آدم وزوجه إلى وقتنا هذا – عدا خلق عيسى عليه السلام - وقد يكون هذا التكاثر بصورة طبيعية أو بصورة صناعية كما هو الحال في أطفال الأنابيب (يراجع: إبراهيم، د.إياد أحمد: الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع،(ص135)، دار الفتح- الأردن (ط1)، (2003م).

(757) الزيلعي: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية (89/4).

والإسلام، والحياة والعقل، سيتساوى مع الفئران والضفادع والقردة الموضوعة في المختبرات والمعامل،لإجراء الاختبارات والتجارب عليها، ثم عرض نتائج ذلك لعامة الناس،لإدخالها في سوق المساومات والمزايدات.

إن الاستنساخ موقع في توهم مضاهاة خلق الله تبارك اسمه،وفي ادعاء درجة ما من التخليق، كما سولت لهم نفوسهم تسمية الاستنساخ بالتخليق للدلالة على أنه قريب من الخلق – تعالى الله عما يقولون علواً كبيراً – فأين هم من الخلق أو من بعض الخلق الذي تفرد الله ذي العزة والجبروت به ؟.

وقد قال سبحانه { وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ }[الصافات:96][758]. ولم ينجح الاستنساخ الجسدي بعدُ على الإنسان، لكنه ممكن نظريا ً، فالطريقة التي أجريت على الحيوانات من حيث الطرق المخبرية والمعملية لا يستبعد تحققها في الإنسان[759].

وإن يكن حدث هذا الأمر- على فرض حدوثه- ووُجِد شَبَه وتماثل بين شخصين مستنسخين، فإنه بالتطبيق على القاعدة محل البحث لا يتصور عقلا أن يكون مثل الشيء نفسه، فالمثلية تقتضي المغايرة، فإذا تقرر أن شيئا ما مِثْلٌ لشيء أو شبيه به فإن ذلك يكون حكما عليه بأنه غيره[760].

إن الإسلام اهتم بوضوح الأنساب ، ولكن الاستنساخ يوقع في إشكالات في النسب، فلا يعرف الولد هو ابن من؟ هل هو ابن الزوج أم شقيقه ؟ ومن هي أمه ؟ التي حملته، أم والدة صاحب الخلية الجسدية؟ هل نعتبره ولداً للزوج باعتباره ولد على فراشه،أم نعتبره أخاً للزوج على اعتبار أنه توأم متطابق معه،حيث يحملان الصفات الوراثية نفسها التي ورثها الزوج عن والديه؟ ،فهو يشبه التوائم المتطابقة[761].

(758) الخادمي: الاجتهاد المقاصدي (2/122-124)،بتصرف. مرجع سابق.
(759) إياد: الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع (ص151)، مرجع سابق.
(760) الخادمي: الاجتهاد المقاصدي (2/122-124).
(761) الهندسة الوراثية (ص160). ورجح المؤلف أنه:(يشبه التواءم المتطابقة).

فالخلاصة أنه: (مع عملية الاستنساخ لا تقدر على معرفة علاقة المستنسخ بغيره لا على سبيل القطع ولا الظن، فكيف تقدر على فهم ما ترتب على ذلك من حقوق وواجبات وآثار قانونية وأدبية لازمة)[762]. قال الله تعالى:{يَا أَيُّهَا النَّاسُ ضُرِبَ مَثَلٌ فَاسْتَمِعُوا لَهُ إِنَّ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَنْ يَخْلُقُوا ذُبَابًا وَلَوِ اجْتَمَعُوا لَهُ} [الحج: 73] ، ويقول سبحانه:{أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ * أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ} [الواقعة: 58، 59].

الفرع الثالث:التطبيق على قاعدة(حرمة الآدمي ميتا كحرمته حياً) [763].

تقرر هذه القاعدة (حق الميت). وتعبّر عن مقصدٍ يُبرز عظمة التشريع الإسلامي ، فهو لا يراعي حقوق الآدميين في حال الحياة فحسب ، بل يرسي القاعدة الإنسانية التي تحفظ للآدميين حرمتهم بعد الموت.

ولذلك يقرر مثلاً الإمام عز الدين بن عبد السلام أنه (إذا اختلط قتلى المسلمين بقتلى الكفار فإنا نغسّل الجميع ونكفنهم وندفنهم، توسلا إلى إقامة حقوق المسلمين من الغسل والدفن والتكفين، وكذلك إذا تعارضت شهادتان في كفر الميت وإسلامه فإنا نغسله ونكفنه ونصلي عليه وندفنه في قبور المسلمين، وفي اختلاط المسلمين بالكافرين لا نصلي على الكافرين بل نخص المؤمنين بنية الصلاة عليهم لتحريم الصلاة على الكافرين ولا يمكن الاختلاط عند تعارض النيات إلا بالصلاة) [764].

(762) الخادمي: الاجتهاد المقاصدي (2/122-124).

(763) ابن العربي، أبو بكر: القبس في شرح موطأ مالك: (628/2)، نشر : دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى لسنة(1992م)، والسرخسي: شرح السير الكبير (1/ 128)، وفي لفظ : (الآدمي لا يهان ميتًا كما لا يهان حيًا). انظر:(عون المعبود شرح سنن أبي داود 18/9)، عليش: فتح العلي المالك: (154/1)، وابن الحاج: المدخل (236/3)، البشري، موسى بن عيسى: مكنون الخزائن وعيون المعادن (1/ 179)، وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان (ط1)،(1982م)، البرزلي ، أبو القاسم بن أحمد : جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام(387/5)، نشر : دار الغرب الإسلامي (ط1) (2002م) ، ووردت بلفظ آخر (حرمة الميت كالحي) ، وابن أطفيش: شرح النيل وشفاء العليل(2/ 55) .

(764) قواعد الأحكام في مصالح الأنام : (2 / 16) ، ويضيف الإمام بُعداً إنسانيا فيقول في موضع آخر : (قتل الكفار من النساء والمجانين والأطفال مفسدة، لكنه يجوز إذا تترس بهم الكفار بحيث لا يمكن دفعهم إلا بقتلهم) . ويقول أيضاً: (قتل من لا ذنب له من المسلمين مفسدة إلا إذا تترس بهم الكفار وخيف من ذلك

وهذا المعنى الثابت لدينا هو ما تتجه نحوه قواعد القانون الدولي الإنساني ؛ حيث تلعب الآن دوراً مهماً في إطار المنازعات المسلحة باعتبار أنها تهدف إلي تجنيب المشتركين فيها أو الذين قد يتورطون بطريقة أو بأخرى في ارتكابها أو يتعرضون لويلاتها ،لمظاهر المعاناة غير المفيدة باعتبار أنهم في النهاية كائنات بشرية يجب احترام آدميتها.

المطلب السادس

التطبيق على قواعد ومقاصد حقوق الإنسان في دولة الإمارات

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : كفالة حقوق الإنسان وحمايتها في دولة الإمارات .

إن حقوق الإنسان وحرياته كانت – وما زالت - وستبقى جديرة بالبحث فيها في كل زمان ومكان، ودراستها شغلت عدداً كبيراً من الباحثين بهدف التوصل إلى السبل الكفيلة بحمايتها وصونها وعدم انتهاكها؛ ولا شك أن البحث فيها يطول ويحتاج إلى دراسة معمّقة وعلى مختلف الأصعدة [765].

والذي نقصده هنا هو: الإشارة إلى أن دولة الإمارات العربية المتحدة تقدّمت كثيراً على بعض الدول الأخرى من حيث صيانة وحماية حقوق الإنسان، وتوفير كل سبل الرفاهية والنهوض بقدراته نحو الأفضل[766].

اصطلام المسلمين ففي جواز قتلهم خلاف لأن قتل عشرة من المسلمين أقل مفسدة من قتل جميع المسلمين). يراجع: قواعد الأحكام في مصالح الأنام :(1 / 95).

(765) وقد توالت رقابة حماية حقوق الإنسان في العصر الحاضر من منظمات وهيئات دولية حكومية وأخري غير حكومية، أهمها : (أ) منظمة الأمم المتحدة ، التي تأسست(1945م) عقب الحربين العالميتين (ب) هيئات دولية مشكّلة طبقاً لاتفاقيات حقوق الإنسان، وذلك يشمل (اللجان الحقوقية – والإعلانات الحقوقية).(ج) المنظمات الدولية المتخصصة. (د) المنظمات الدولية غير الحكومية. (يراجع : الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية: د.محمد عبد الله الفلاح (ص175- 199) بتصرف، دار الكتب الوطنية، ليبيا، (2012م).

(766) موقع جريدة الإمارات – الاتحاد الأوروبي يشيد بجهود الإمارات في حقوق الإنسان، بتاريخ(2013-06- 18).

وقد سبق وأشاد وفدٌ من الاتحاد الأوروبي بجهود دولة الإمارات في حماية حقوق الإنسان والعمل على تحقيق الرضا لمواطني الدولة ومقيميها، ووصف بأن وضع حقوق الإنسان في دولة الإمارات إيجابي[767]. بل إنّ دستور دولة الإمارات ينصّ على الحق في اللجوء السياسي في المادة(38) منه ، التي جاء فيها: (تسليم المواطنين، واللاجئين السياسيين محظور) [768].

وتَعتبر دولة الإمارات أن الإنسان محور تقدم حقيقي، وقد اختصرت مقولة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان رحمة الله عليه ((الإنسان هو أغلى ثروة يمتلكها الوطن)) [769] كل المواثيق و القوانين المتعلقة بحقوق الانسان من خلال قراراته الحكيمة ومبادراته الطيبة للحفاظ على أغلى ثروة للوطن .

وقطعت دولة الإمارات العهد على نفسها بأن لا تنمية بدون تنمية الإنسان، ومن هنا كان مسعاها نحو العمل بكل جد وإخلاص من أجل كفالة حقوق الانسان وصيانة حريته وتوفير كل السبل الممكنة للنهوض بقدراته أنشأت دولة الإمارات العربية مُدناً عماليةً و قد اتخذت الدولة هذه الخطوة لحماية حقوق الانسان بشكل عام و حقوق العمال على وجه الخصوص [770].

وقد وفّرت المدن العمالية، بيئة عمل متميزة ومتوافقة مع أرقى المعايير و المواصفات العالمية ما أسهم في تعزيز وحماية حقوق الإنسان، وقد بلغ حجم الاستثمار في إنشاء المدن العمالية(11مليار درهم) إماراتي [771]. إن الإرادة السياسية لقيادة دولة الإمارات العربية المتحدة جادة في حماية حقوق العمالة ودعم

(767) موقع جريدة البيان -http://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/2013-06-18

(768) الخطيب، د.سَعدى :حقوق الإنسان وضمانتها الدستورية (ص152). منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت (2011م).

(769) موقع جريدة الدستور - زايد وحقوق الإنسان في الإمارات ،(بتاريخ 04 ديسمبر 2013م).

(770) بوملحة، أ.إبراهيم : لمحات من حياة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيَّان رحمه الله ، (ص325)، جائزة دبيّ الدولية للقرآن الكريم – دبي (2011م). وجريدة الاتحاد - المدن العمالية بأبوظبي تبرز جهود الإمارات في حماية حقوق الإنسان ،(بتاريخ 04 ديسمبر 2013م).

(771) موقع جريدة الاتحاد- دولة الإمارات العربية المتحدة: المدن العمالية بأبوظبي تبرز جهود الإمارات في حماية حقوق الإنسان، (بتاريخ 6ديسمبر2013م). وموقع جريدة البيان- 11 ملياراً استثمارات خاصة بالمدن العمالية في أبوظبي، بتاريخ 6 ديسمبر 2013).

للجانب الإنساني للعمالية الأجنبية في الدولة، حيث يتوافر هذا الصرح السكني على جميع وسائل الراحة للعمال[772].

وتبنت دولة الإمارات العربية المتحدة أربع اتفاقيات من تسع أساسية معنية بحقوق الإنسان صادرة عن الأمم المتحدة، وهي: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (١٩74). واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (٢٠٠4). واتفاقية حقوق الطفل (١٩٩7). واتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (تم التوقيع ٢٠٠٨)، كما تبنت تسعاً من اتفاقيات منظمة العمل الدولية المعنية بحقوق الإنسان وهى:

1- الاتفاقية (1) لعام 1919 المعنية (بساعات العمل (الصناعة).
2- الاتفاقية (29) لعام 1930 المعنية (بالعمل الجبري).
3- الاتفاقية (81) لعام 1947 المعنية (بتفتيش العمل).
4- الاتفاقية (89) لعام 1948 المعنية (بالعمل ليلاً (النساء)، (مراجعة).
5- الاتفاقية (100) لعام 1951 المعنية (بالمساواة في الأجور).
6- الاتفاقية (105) لعام 1957 المعنية (بإلغاء العمل الجبري).
7- الاتفاقية (111) لعام 1958 المعنية (بالتمييز (في الاستخدام والمهنة).
8- الاتفاقية (138) لعام 1973 المعنية (بالحد الأدنى للسن).
9- الاتفاقية (182) لعام 1999 المعنية (بأسوأ أنواع أشكال عمل الأطفال)[773].

وتحفظت الإمارات على أحكام بعض الاتفاقيات التي انضمت إليها، كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، حيث أعلنت أن انضمامها للاتفاقية لا ينطوي على أي اعتراف بإسرائيل أو الدخول في أية علاقات معها. وتحفظت أيضاً على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: المادة (2- ف/6)، التي

(772) موقع جريدة الاتحاد- المدن العمالية في الإمارات «نموذج عالمي» ، بتاريخ(06 ديسمبر 2013م).
(773) الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان- http://hrw.org/arabic/docs/2005/12/31/uae12460.htm

تتعلق ببطلان القوانين التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، حيث ترى أن هذه الفقرة تنتهك قواعد المواريث في الشريعة الإسلامية [774].

مؤسسات حقوق الإنسان في دولة الإمارات:

1- تأسس الاتحاد النسائي لدولة الإمارات العربية عام(1974م). وفيما يتعلق بتمكين المرأة، فقد أصدر مجلس الوزراء في ديسمبر(2012م) قراره بشأن إلزامية مشاركة المرأة الإماراتية في عضوية مجالس إدارات الهيئات والشركات والمؤسسات الاتحادية،حيث تشغل المرأة نسبة 66 في المائة من وظائف القطاع الحكومي، من بينها30 في المائة من الوظائف القيادية العليا المرتبطة باتخاذ القرار[775].

2- تأسست في دبي: إدارة رعاية حقوق الإنسان بشرطة دبي في 30 سبتمبر(1995م)، وتُعنى بمهام تدريب الشرطة على حقوق الإنسان، ويشمل نشاطها التدريبي ضباطاً من مختلف الإمارات، وأحياناً من بلدان الخليج، وتتلقى شكاوى المواطنين في تعاملهم مع الشرطة. وتضم خمسة أقسام للشكاوى والخدمات الإنسانية والاجتماعية، والتكامل الاجتماعي، والبحوث والتطوير، وحقوق الإنسان بمراكز الشرطة[776].

3- لجنة لحقوق الإنسان في إطار جمعية الحقوقيين، وتعمل في مجال نشر مبادئ حقوق الإنسان وتعزيز احترامها. وتعد مطبوعات لجنة الحريات بجمعية الحقوقيين أبرز مطبوعات حقوق الإنسان في البلاد.

4- جمعية الإمارات لحقوق الإنسان هي أول جمعية أهلية لحقوق الإنسان أشهرت وهذا طبقاً للقانون الاتحادي رقم 6 لسنة(1974م) وتعديلاته بشأن الجمعيات ذات

(774) مستفاد من ويكيبيديا، الموسوعة الحرة على الشبكة العنكبوتية (الإنترنت).
(775) مستفاد من ويكيبيديا، الموسوعة الحرة على الشبكة العنكبوتية (الإنترنت).
(776) حاج حسين، المستشار/علي أحمد : حقوق الإنسان بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية: ، (ص9) ، مكتبة القانون والاقتصاد – الرياض (ط1)، (2013م) .

النفع العام وبناء على موافقة وزارة العمل والشئون الاجتماعية في 5 فبراير (2006م) [777].

أما بالنسبة للتنمية البشرية: فإن دولة الإمارات تحظى بسجل جيد في مجال التنمية البشرية يضعها بين أوائل الدول العربية، وفي مرتبة متقدمة بين دول العالم، وكانت بين خمس دول عربية حازت على أكثر من خمس نقاط طبقاً لمؤشر مدركات الفساد في تقرير منظمة الشفافية الدولية لعام 2005 (حازت أكثر من 159 دولة على أقل من خمس نقاط). وبالنسبة لأهم البرامج المستقبلية لتعزيز حقوق الإنسان فهي: تعهد الحكومة بمواصلة تطوير المشاركة الشعبية، ودعم صلاحيات المجلس الوطني الاتحادي الذي تقتصر صلاحياته على مهام استشارية[778].

الفرع الثاني : التطبيق على قاعدة (الطب كالشرع) ودور الدولة في الرعاية الصحية.

هذه القاعدة المقاصدية أشار إليها الإمام عز الدين بن عبد السلام ، في سياق كلامٍ له تحت عنوان: [فَصْلٌ فِيمَا تُعْرَفُ بِهِ الْمَصَالِحُ وَالْمَفَاسِدُ وَفِي تَفَاوُتِهِمَا]، وَمُعْظَمُ مَصَالِحِ الدُّنْيَا وَمَفَاسِدِهَا مَعْرُوفٌ بِالْعَقْلِ وَذَلِكَ مُعْظَمُ الشَّرَائِعِ؛ إذْ لَا يَخْفَى عَلَى عَاقِلٍ قَبْلَ وُرُودِ الشَّرْعِ أَنَّ تَحْصِيلَ الْمَصَالِحِ الْمَحْضَةِ، وَدَرْءَ الْمَفَاسِدِ الْمَحْضَةِ عَنْ نَفْسِ الْإِنْسَانِ وَعَنْ غَيْرِهِ مَحْمُودٌ حَسَنٌ،..... وَكَذَلِكَ الْأَطِبَّاءُ يَدْفَعُونَ أَعْظَمَ الْمَرَضَيْنِ بِالْتِزَامِ بَقَاءِ أَدْنَاهُمَا، وَيَجْلِبُونَ أَعْلَى السَّلَامَتَيْنِ وَالصِّحَّتَيْنِ وَلَا يُبَالُونَ بِفَوَاتِ أَدْنَاهُمَا، وَيَتَوَقَّفُونَ عِنْدَ الْحِيرَةِ فِي التَّسَاوِي وَالتَّفَاوُتِ؛ فَإِنَّ الطِّبَّ كَالشَّرْعِ وُضِعَ لِجَلْبِ مَصَالِحِ السَّلَامَةِ وَالْعَافِيَةِ، وَلِدَرْءِ مَفَاسِدِ الْمَعَاطِبِ وَالْأَسْقَامِ، وَلِدَرْءِ مَا أَمْكَنَ دَرْؤُهُ مِنْ ذَلِكَ، وَلِجَلْبِ مَا أَمْكَنَ جَلْبُهُ مِنْ ذَلِكَ. فَإِنْ تَعَذَّرَ دَرْءُ الْجَمِيعِ أَوْ جَلْبُ الْجَمِيعِ فَإِنْ تَسَاوَتْ الرُّتَبُ تُخُيِّرَ، وَإِنْ تَفَاوَتَتْ اُسْتُعْمِلَ التَّرْجِيحُ عِنْدَ عِرْفَانِهِ وَالتَّوَقُّفُ

(777) من ويكيبيديا، الموسوعة الحرة على الشبكة العنكبوتية (الإنترنت).
(778) المرجع نفسه.

عِنْدَ الْجَهْلِ بِهِ. وَالَّذِي وَضَعَ الشَّرْعَ هُوَ الَّذِي وَضَعَ الطِّبَّ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْضُوعٌ لِجَلْبِ مَصَالِحَ وَدَرْءِ مَفَاسِدِهِمْ [779].

وفي ضوء كلامه يتبين لنا أن الرعاية الصحية شُرعت توفيراً لمقاصد الشرع في حفظ النوع الإنساني، المعروف في ضرورياته باسم (حفظ النفس)، وهو يختلف حكماً باختلاف الغاية منه، ومنها:حفظ الصحة الموجودة، وإعادة الصحة المفقودة بقدر الإمكان،وإزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان، وتحمل أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما، وتفويت أدني المصلحتين لتحصيل أعظمهما [780].

على أنه يُقصد بحق الفرد في الرعاية الصحية: التزام الدولة برعاية الفرد في حالة المرض والإصابة بالعجز والفقر، وتأمين مواطنيها من الناحية الصحية بإقامة المستشفيات، وتيسير سُبل العلاج المجاني والخدمات الطبية الشاملة ، وكفالة التأمين الصحي للأفراد، كما تشمل الرعاية الصحية حماية الصحة الجماعية ، والوقاية من تلوث البيئة [781]. ويضاف إلى ذلك مراعاة الشروط الصحية الخاصة بالمنشآت الصناعية والتجارية [782].

وفي مجال الممارسة الفعلية للطب،جعلت الشريعة الإسلامية ذلك أمراً واجباً يندرج ضمن فروض الكفاية، التي لا تسقط عن الكل إلا بقيام البعض بها... وقد عُرفت دور العلاج في الحضارة الإسلامية، وقد أولى الحكام في الدولة الإسلامية اهتماماً كبيراً لهذه المستشفيات؛ للوصول بالمهمة العلاجية على الوجه المطلوب[783].

(779) بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام: (1/5-6) .
(780) أبو زيد، د. بكر فقه النوازل (2/20)، مؤسسة الرسالة (ط1)،(1416هـ - 1996م).
(781) كنعان، د.نواف: حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية (ص305- 306)، مكتبة جامعة الشارقة،(ط2)، (2010م).
(782) المرجع السابق (ص307)، الخطيب، د.سُعدى: حقوق الإنسان وضمانتها الدستورية: (ص26).
(783) احميْدة، بن زيطة: الرعاية الصحية للفرد في الفقه الإسلامي: (ص76)، دار ابن حزم – بيروت ، (ط1)،(2011م).

ومن شواهد الاهتمام بالرعاية الصحية في العصر النبوي ، تلك الخيمة التي أقامها الرسول ﷺ عند مسجده، وكلّف بها الطبيبة المجاهدة (رُفيدة الأسلمية) [784]، إذْ تعتبر- بحقٍ - أول مستشفىً متنقل أقيم في هذه الحضارة. وقد كان رسول الله ﷺ جعل سعدَ بن معاذ في خيمة رُفيدة عند مسجده، وكانت امرأة تداوي الجرحى، فقال: اجعلوه في خيمتها لأعوده من قريب[785].

وعليه: فالفرد السقيم من حقه على مجتمعه – الذي تمثله الدولة – أن تفرض له الرعاية الطبية بأي شكل كان؛ لأنه بسقمه يؤثر سلباً في مجتمعه المتعاطف المتراحم، يصوّر النبيّ ﷺ تلك الصورة بشكل واضح فيقول: ((مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ في تَوَادِّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إذا اشْتَكَى منه عُضْوٌ تَدَاعَى له سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى)) [786].

والدستور الإماراتي أقرّ حق الرعاية الصحية في المادة (19) منه، والتي تنصّ على أن: (يكفل المجتمع للمواطنين الرعاية الصحية، ووسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة، ويشجع على إنشاء المستشفيات والمستوصفات ودور العلاج العامة والخاصة) [787].

ومن ناحية أخرى فإن الدولة قدّمت رعاية كريمة لذوي الاحتياجات الخاصة، فيما أكد رئيس الدولة صاحب السمو الشيخ خليفة بن زايد آل نهيّان – حفظه الله – ذلك بقوله: (لقد أوْلت الدولة اهتماماً واسعاً بأبنائها من ذوي الاحتياجات الخاصة،

(784) العسقلاني ، أحمد بن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة (295/4).
(785) العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري (7/ 412).
(786) صحيح مسلم: كتاب البر، برقم (2586)، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم (4/ 1999) دار إحياء التراث العربي، بيروت.
(787) عبد السلام، د.عبد العظيم: حقوق الإنسان وحرياته العامة وفقاً لدستوري مصر والإمارات العربية: (ص362)، دار النهضة العربية – القاهرة (ط1)، (2008م)، و الخطيب ، د.سُعدى : حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية في (22) دولة عربية: (ص110)

من خلال افتتاح دور الرعاية الاجتماعية والصحية لذوي الاحتياجات الخاصة ، كما نتطلع إلى تحقيق المزيد من الإنجازات على هذا الصعيد)[788].

الفرع الثالث: التطبيق على قاعدة (الحاجة قد تنزّل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة) ودور الدولة في التأمين الاجتماعي وتلبية مطالب المحتاجين .

(أ)التعريف بالقاعدة وبعض فروعها.

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي نص عليها الفقهاء في كتبهم[789]. ومعناها: أنه إذا وصل المرء إلي حدّ التعب والمشقة ، في هذه الحالة يأخذ حكم الشخص الذي وصل به الأمر إلى حدّ الهلاك من كونها تبيح المحظور. وجاء التعبير بـ(قد)؛ لأنه ليس كل حاجة تنزّل منزلة الضرورة في أنها تبيح ما تبيحه الضرورة، أي تجعل الممنوع مباحاً . والحاجة هى : بلوغ المرء حدّا إن لم يفعل المحظور لم يهلك، ولكن تلحقه مشقة وتعب. وفى هذه الحالة يندب فعل الرخص. فى فوائد البنوك أنت محتاج ولست مضطرا، وفرق بين الحاجة والضرورة ، وحاجتك إلى التعامل بالفوائد لا تبيح لك الحرام. ومعنى عموم الحاجة: عدم ارتباطها بمعيّن وتناولها للناس جميعاً. ومعنى خصوصها: ارتباطها بمعيّن فتقوم بشخص بذاته لذاته.

وهذه القاعدة تأتي فروعها في أبواب المعاملات: قال السيوطي رحمه الله:(من الأُولى: مشروعية الإجارة والجعالة، والحوالة، ونحوها، جُوّزت على خلاف القياس؛ لما فى الأولى: من ورود العقد على منافع معدومة، وفى الثانية: من الجهالة، وفى الثالثة: من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمّت كانت كالضرورة) [790].

(788) حاج حسين، المستشار/ على أحمد: حقوق الإنسان بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية (ص294) ، مرجع سابق.

(789) السيوطي : الأشباه والنظائر (ص117)، وابن نجيم : الأشباه والنظائر : (ص100)، ومجلة الأحكام العدلية ، المادة رقم (32) ، والزرقا : شرح القواعد الفقهية ،(ص155).

(790) الأشباه والنظائر(ص 119). وذكر من أمثلة الحاجة الخاصة بذات المتلبس بها شرعاً: (تضبيب الإناء بالفضة)، وهو فى اللغة: رأب الصدع بوضع الضبّة، وهو ما ينصلح به صدع الإناء، ثم استعمل فى كل ما يوضع على الإناء ولو للزينة سواء كان التضبيب صغيراً أو كبيراً ذهبا أو فضة، والتضبيب حاجة؛

(ب) التأمين الاجتماعي(الحكومي) كنموذج للتطبيق المعاصر على القاعدة :

من التطبيقات المعاصرة للقاعدة: التأمين الاجتماعي(الحكومي) أو تأمين حياة المجتمع واحتياجاته المعيشية من قِبل الدولة [791].

والتأمين هو: أن تشترك جماعة أو مؤسسات بمساهمات مقدّرة يستفيد منها المساهمون عند حصول الأمر المؤمّن عليه [792]. ومما أوردوه في تعريف التأمين أنه :(نظام لتوزيع الخسائر المالية،التي تلحق بالفرد في حياته أو أمواله وممتلكاته ، على مجموعة من الأفراد الذين يساهمون معه في تكوين رصيد مالي لهذا الغرض) [793].

وبدأ التأمين بتأمين السفينة على البضاعة ، ثم تطور في مراحل متتابعة حتى وصل إلى تأمين المواهب والجمال، فالمغني يؤمّن على صوته ، والراقصة تؤمّن جمالها، والسياسي يؤمّن مركزه، وغير ذلك من التأمينات التي تثير الدهشة والعجب[794]. وتجدر الإشارة إلى أن التأمين له عدة تقسيمات منها :

1- التأمين الاجتماعي (الحكومي): تقوم به الدولة لمصلحة طبقة العمال، والهدف منه تأمين هؤلاء العمال من إصابات العمل،ومن المرض والعجز، والشيخوخة، ويساهم في حصيلته العمال وأصحاب العمل والدولة.

2- التأمين التبادلي أو التعاوني: تقوم به جمعيات تعاونية، تتكون من أعضاء يجمع بينهم تماثل الأخطار التي يتعرضون لها،ويتفقون جميعاً على تعويض المساهم الذي

لأن ضياع الإناء ضياع لثمن كثير. وهذه من باب الحاجة الخاصة، ولو لم يجز الشارع ذلك لوقع الناس فى المشقة. والأحكام المتعلقة بالذهب والفضة من حيث الجواز وعدمه من أجل عدم تضييق النقدين، وليس المقصود من المنع كسر قلوب الفقراء، ولذلك لماّ انعدم التعامل بالذهب والفضة، صار التعامل بالنحاس والورق، المعروفة بـ (الفلوس).

(791) القليصي، د.علي أحمد: فقه المعاملات المالية (ص270) ، طبعة الجيل الجديد ناشرون ، اليمن (ط8)،(1430هـ 2009م).

(792) المرجع السابق (ص270).

(793) آل محمود، د. عبد اللطيف: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية (ص31).

(794) يراجع: القليصي ، فقه المعاملات المالية: (ص270).

يقع عليه الخطر الذي ساهموا من أجله، ويكون رصيدهم المالي من الاشتراك الذي يؤديه كل عضو، ومن ثم يكون الاشتراك متغيراً يزيد وينقص بحسب قيمة التعويضات التي تدفعها الجمعية خلال المدة المتفق عليها.

3- التأمين بقسط ثابت: هو الذي يكون بعقدٍ بين المستأمن والجهة المؤمِّنة (وهي شركة في الغالب)، على أن يدفع المستأمن مبلغاً معيناً في كل دورة زمنية يسمى (قسط التأمين)، في مقابل تعويضه عن الضرر الذي يصيبه إذا وقع الخطر على المؤمّن عليه، وما يزيد من الأقساط المجبية عن تعويضات الأضرار يكون ربحاً للجهة المؤمِّنة لقاء قيامها بهذه المهمة [795].

وأشيرهنا إلى أنه قد ثار خلاف كبير بين العلماء المعاصرين حول حكم التأمين، يمكن حصر اتجاهاته في ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يري أن عقود التأمين جميعها محرمة شرعاَ(وممن قال به الشيخ محمد بخيت المطيعي ،مفتي الديار المصرية سابقاَ).

الرأي الثاني: يري أنها مباحة شرعاَ. (وممن قال بهذا الرأي الأستاذ مصطفى الزرقا).

الرأي الثالث: التوسط بين هذين الرأيين حيث يحرم بعض أنواع عقود التأمين، ويجيز بعضها (وممن قال بهذا الرأي الشيخ محمد أبو زهرة) [796].

هذا، وقد اشتدت حاجة الناس في هذا العصر إلى التأمين، لدفع أخطار الكوارث والنكبات، التي تقضي على الثروة والأملاك، كما أدرك التجّار وأصحاب المصانع ورجال الأعمال ونحوهم ،أن الاقتصاد الصحيح يحتّم عليهم ممارسة عمليات التأمين على نطاق واسع، ولو أنهم لم يستعينوا بالتأمين في مثل هذه الظروف الاقتصادية

(795) يراجع: آل محمود، د.عبد اللطيف: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية(ص47)، و شبير، د.محمد: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (ص94–97)، دار النفائس، الأردن.
(796) يراجع: القره داغي، د.علي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة (278- 279) ، دار البشائر - بيروت (ط3)،(1430هـ - 2009م).

لوجدوا في ذلك حرجاً ومشقة. ولا يتم رفع الحرج والمشقة إلا بأخذ هذا النظام، فالحاجة تنزّل منزلة الضرورة.

والمقصود بالحاجة: هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولكنه لا يهلك، والحاجة دون الضرورة ؛ لأن الضرورة هي بلوغ الهلاك أو مقاربته عند عدم تناول الممنوع. وقد تلحق الحاجة بالضرورة في مسائل العقود فتبيح بعض الصور المشتملة على معاني تفيد فساد العقود لمكان الحاجة إليها كعقد السلم ، والاستصناع.

والناس لا يتعاملون بعقد من العقود إلا إذا كانت هناك حاجة تدعوهم إلى ذلك، فالتعامل دليل على وجود هذه الحاجة ، فإذا قامت حاجتهم إلى نوع من العقود وتعارفوا عليه ، فالأصل فيه أن يكون معتبراً شرعاً إلا ما ورد النص بمنعه أو خالف قاعدة شرعيةً [797].

(ج) بيان وجه ارتباط التأمين الاجتماعي(الحكومي) بقاعدة الحاجَة :

أما التأمين الاجتماعي (الحكومي) أو تأمين حياة المجتمع من قِبل الدولة : فالإسلام سبق البشرية جمعاء في تأمين مصالح العباد والحفاظ عليها، والتزمت الدولة الإسلامية بتأمين رعاياها من الأضرار النازلة بهم كالحرائق والزلازل وغرق السفن ونحو ذلك من الكوارث، وكذلك الديون الحالّة بهم فتعطيهم من الزكاة {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ }[التوبة: 60] [798]، وفي ذلك غنىً عن شركات التأمين التجارية.

(797) سعيدي، د. يحيى: التقعيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر(ص352-353)، دار ابن حزم، (ط1) ، (1431هـ - 2010م).
(798) القليصي: فقه المعاملات المالية (ص276).

ويجب على الدولة أيضاً أن تؤمّن المواصلات الكافية، وتهيئ الطرقات لتسهل فيها تنقلات الناس من دون مشقة، وعليها أن تؤمّن معيشة رعيتها، وتعطي كل ذي حق حقه، وتؤمن اقتصاد المجتمع في بيعه وشرائه وسائر معاملاته،وأن تحمي العاملين من أن يستغلهم صاحب العمل، وأن تؤمّن التعاون الاجتماعي الخيري، وأن تمد يد العون لمساعدته؛ لأنها في كل ذلك راعية لمصالح الناس ومسئولة عن ذلك أمام الله عز وجل؛ لحديث ابن عمرﷺ عن النبي ﷺ : ((الإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ)) [799].

ووضعت الشريعة الغراء بعض المبادئ لحالات التأمين الخيرية، والأصل في ذلك حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ((أَنَا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ، مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلأَهْلِهِ، وَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا، أَوْ ضَيَاعًا فَإِلَيَّ وَعَلَيَّ)) [800].

ويجب على الدولة كذلك أن تتفقد أحوال رعيتها في الشدائد والنوازل ، فقد كان الخلفاء الراشدون يفعلون ذلك، نُقل عن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه كان عام المجاعة، المسمى بعام الرمادة، وهو العام الثامن عشر الهجري،عندما أجدبت أرض الحجاز ولم يبق لأحد من الناس زاد فلجئوا إلى أمير المؤمنين فأنفق عليهم من حواصل بيت المال مما فيه من الأطعمة والأموال حتى أنفده، وألزم نفسه ألا يأكل سمناً ولا سميناً حتى يُكشف ما بالناس[801].

وذكر أبو يوسف في كتابه الخراج: في المعاهدة والمصالحة التي أجراها خالد بن الوليد مع أهل الحيرة ، قال فيها: (أيّما شيخ ضعف عن العمل، أو أصابته آفة من

(799) صحيح البخاري، كتاب الوصايا (10/ 111) ، باب قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ)، حديث رقم (2278).

(800) صحيح مسلم ، حديث رقم (1960) ،(3/ 11)، ط. دارالجيل – بيروت ، مصورة من الطبعة التركية المطبوعة(1334هـ). قال أهل اللغة (الضياع) بفتح الضاد العيال ، قال ابن قتيبة: أصله مصدر ضاع يضيع ضياعا ، المراد من ترك أطفالا وعيالا ذوي ضياع فأوقع المصدر موضع الاسم. (شرح النووي على صحيح مسلم (6/ 155).

(801) ابن كثير، إسماعيل بن عمر (الحافظ): البداية والنهاية: (90/7).مكتبة المعارف - بيروت.

الآفات، أو كان غنياً فافتقر وصار أهل دينه يتصدّقون عليه، طرحت جزيته، وعِيل من بيت مال المسلمين وعياله ، ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام) [802].

(ج) جهود دولة الإمارات في سدّ حاجة المحتاجين إنقياداً للشرع الشريف:

نشير في هذا السياق إلي مسألة ذات علاقة بموضوعنا، ومفادها: أن العطية تقع من الحُكّام بحسب السياسة الدنيوية، وقد ورد أصلٌ لذلك في صحيح البخاري، عن عَمْرُو بْنُ تَغْلِبَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أُتِىَ بِمَالٍ أَوْ سَبْيٍ فَقَسَمَهُ، فَأَعْطَى رِجَالاً وَتَرَكَ رِجَالاً فَبَلَغَهُ أَنَّ الَّذِينَ تَرَكَ عَتَبُوا، فَحَمِدَ اللَّهَ ثُمَّ أَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ « أَمَّا بَعْدُ، فَوَاللَّهِ إِنِّى لأُعْطِى الرَّجُلَ، وَأَدَعُ الرَّجُلَ، وَالَّذِى أَدَعُ أَحَبُّ إِلَىَّ مِنَ الَّذِى أُعْطِى وَلَكِنْ أُعْطِى أَقْوَامًا لِمَا أَرَى فِى قُلُوبِهِمْ مِنَ الْجَزَعِ وَالْهَلَعِ، وَأَكِلُ أَقْوَامًا إِلَى مَا جَعَلَ اللَّهُ فِى قُلُوبِهِمْ مِنَ الْغِنَى وَالْخَيْرِ، فِيهِمْ عَمْرُو بْنُ تَغْلِبَ» . فَوَاللَّهِ مَا أُحِبُّ أَنَّ لِى بِكَلِمَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حُمْرَ النَّعَمِ [803].

ويُستفاد من الحديث أن الرزق في الدنيا ليس على درجة المرزوق في الآخرة ، وأما في الدنيا فإنما تقع العطية والمنع بحسب السياسة الدنيوية، فكان ﷺ يعطي من يخشى عليه الجَزع والهَلع لو مُنع ، ويَمنع من يثق بصبره واحتماله وقناعته بثواب الآخرة، وفيه أن البشر جُبلوا على حب العطاء ، وبغض المنع والإسراع إلى إنكار ذلك قبل الفكرة في عاقبته إلا من شاء الله، وفيه أن المنع قد يكون خيراً للممنوع، كما قال تعالى { وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ } [البقرة: 216] ، ومن ثمّ قال الصحابيّ : ما أحب أن لي بتلك الكلمة حمر النعم [804]. كما ثبت في السنة الشريفة أن الصدقة والإنفاق في أبواب الخير يزيد حجم الثروة وينميها، ولم يكن

(802) أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم(القاضي): الخراج (ص155- 156).
(803) صحيح البخاري برقم(923)،(4/ 45). تَابَعَهُ يُونُسُ . طرفاه (3145 ، 7535).
(804) العسقلاني: أحمد بن حجر ، فتح الباري (13/ 511).

لينقص منها شيئاً بحال من الأحوال ، مصداقاً لقول المصطفىﷺ : ((مَا نَقَصَ مَالٌ مِنْ صَدَقَةٍ فَتَصَدَّقُوا))[805].

وفي ضوء هذا الحديث الشريف ، واقتباساً من فيض أنواره، ومن منظور التطبيق العملي عليه فيما عُرِف من سيرة الرجل، كان الشيخ زايد بن سلطان – يرحمه الله - يصرّح كثيراً في أحاديثه بهذه المعاني من أن المال يزيد بالإنفاق والصدقة منه، وأن شكر الله على نِعَمه يكون بتسخيره للمحتاجين، والإنفاق منه في أوجه الخير والإحسان، فهذه كانت من المعاني المستقرة في ذهنه ويقينه وكان كثيراً ما يعمل بموجبها [806].

ولمّا كان ديننا الحنيف يحث على مساعدة الضعفاء والرفق بهم ، من هنا جاءت توجيهات رئيس الدولة الشيخ خليفة بن زايد – حفظه الله – تطبيقاً لما أمر به ديننا الحنيف، الذي أكّد على مساعدة ذوي الاحتياجات الخاصة ، وأمرهم بالرضا بالقدر والإيمان به [807].

وربما كان فعل الشيخ زايد أكثر وأكبر من قوله؛ إذْ بادر إلى توزيع الثروة التي حبا الله بها بلاده بطريقة سخية وعادلة لجميع المواطنين؛ لإيمانه بأنه يحق لشعبه بعد طول ذلك الحرمان أن ينتفع بموارده، ويستفيد من ثروته بشكل كامل وأنها خُصصت لتنميته... فيقول رحمه الله: (إنّ الإنسان هو العنصر الأساسي لكل تقدّم وأن أثمن ثروة لهذا البلد هو الإنسان الذي يجب أن نعتني به كل العناية ونوفر له كل الرعاية ، فلا فائدة للمال بدون الرجال) [808].

---

(805) البزّار، أحمد بن عمرو(أبو بكر): مسند البزّار(243/3) مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة (ط1)، (2009م)، والبغوي، الحسين بن مسعود: شرح السنة(289/14)، بَابُ اسْتِحْبَابِ طُولِ الْعُمُرِ لِلطَّاعَةِ وَتَمَنِّي الْمَالِ لِلْخَيْرِ، برقم(4097)، المكتب الإسلامي- دمشق،(ط2)،(1403هـ - 1983م).

(806) بوملحة، إبراهيم محمد : لمحات من حياة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيَّان رحمه الله: (ص325)، جائزة دبيّ الدولية للقرآن الكريم – دبيّ (2011م).

(807) حقوق الإنسان بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية، مرجع سابق (ص296).

(808) بوملحة، أ.إبراهيم : لمحات من حياة الشيخ زايد (ص325)، مرجع سابق.

وكانت أريحيته وسماحته تنطلق من وجوب مدّ يد العون والمساعدة للآخرين سواءً أكانوا أفراداً أو شعوباً؛ لذلك يرى أن ثروة البترول كما يقول مِلك للأمة كلها وليست مِلكاً لأيّ فرد بعينه، والقائد مجرد حارس للأمة وثروتها) [809]. وهو في ذلك يخاطب شعبه فيقول له:(أرجوكم أن تلاحظوا وتلمسوا بأنفسكم أين تذهب أموال البترول في هذا البلد ؛ إنها تُكرّس من أجل تعبيد الطرق وإنشاء المستشفيات، ولكي تفيض نعمة الماء والكهرباء والمدارس على كل مواطن ، وتوفر السعادة والهناء للأمة، ونبني المستقبل لهذا الشعب).

ومن ناحية أخرى يتحدث الأستاذ/ إبراهيم بوملحة، عن بعض المساعدات الإغاثية للشيخ زايد – يرحمه الله – خارج دولة الإمارات، فيقول:(... وأذكر مثالاً قريباً جداً حدث شخصياً لي، وهو أننا كنا في منطقة السّلوم بجمهورية مصر العربية لإيصال مساعدات إغاثية للشعب الليبي المتضرر، وكنا نمشي في أحد الشوارع، وإذا ببعض الناس الجالسين على حافة الطريق يسألوننا من أي دولة نحن، فلما عرّفناهم أننا من الإمارات، هتف أحدهم بأعلى صوته بعبارات الشكر والثناء والكلام الجميل عن الشيخ زايد ودولة الإمارات، مما يملأ السمع فرحة وغِبطة لما يسمعه عن مساهماته الخيّرة على الصعيد العربي والإسلاميّ بل والدوليّ) [810].

تلكم هى بعض المواقف الإنسانية التي تشير إلى حرص الدولة على حماية حقوق الإنسان وكفالتها على كافة الأصعدة، والعدالة في توزيع الثروات، فضلاً عن إغاثة الملهوفين والمساعدات الكبيرة في الداخل والخارج .

وقد كان لمؤسس الدولة الشيخ زايد – طيب الله ثراه – فضل السبق في انتهاج هذا المسلك ، فصار نموذجاً في السعي نحو إحياء روح التعاون والتآخي الذي أمر به الإسلام ،لأجل تعزيز الروابط الإنسانية مع الحفاظ على الكرامة الآدمية ، ونصرة الضعيف والملهوف وسدّ حاجة المحتاجين ، وكانت مواقفه العملية خير

(809) المرجع نفسه (ص 132).
(810) لمحات من حياة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيَّان (ص 135).

شاهد ودليل على تفعيل هذه الجوانب الإنسانية ،التي أسس لها الدين الحنيف قبل أن تعرفها المواثيق الدولية ، والهيئات الحقوقية .

هذا، وقد حرص القادة القائمون على الأمر في هذه الدولة أن يسيروا على نفس الدرب، وذلك النهج، وهذا أمر يُدركه كل منصِفٍ فيما يرى ويشاهد، والله حسيبهم ولا نزكّي على الله أحداً . سدّد الله على طريق الحق خطاهم ، ورزقنا الصدق والإخلاص، وهو سبحانه نعم المولى ونعم النصير .

وصلى الله على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

الخاتمة

الحمد لله في البدء وفي الختام، والصلاة والسلام على خير الأنام... ويمكننا الآن أن نستخلص أهم الثمرات التي نجتنيها من هذا البحث - بعون الله تعالى - في النقاط التالية:

- القواعد والضوابط الفقهية تنتظم حقوق الإنسان وتعالجها فقهياً من جوانب عديدة، وهي في مجموعها تتسع لتتكون منها نظرية فقهية كبرى. وقد أفادت مَعْلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية في هذا المجال إفادةً كبيرة.

- ويُعدّ الاشتغال بالقواعد الفقهية من ضروب العمل المقاصديّ، وذلك لأن من تلك القواعد ما هو من صميم المقاصد نفسها، كقاعدة المشقة تجلب التيسير.

- حقوق الإنسان في الإسلام والحفاظ على حرياته الأساسية تتمثل في المقاصد الخمسة ، ولا نعني بالمقاصد سوى ممارسة الحقوق وأداء الواجبات، فأي حق للعبد هو حرٌ في ممارسته، وواجب عليه وعلى غيره حفظه .

- اتضحت لنا أهمية رأي أهل الخبرة وبخاصة في العصر الحاضر؛ حيث توالت النوازل، والمستجدات تترى في مختلف مناحي الحياة.

- قاعدة:(الجار كالنفس) تخدم مبدأ (حق اللجوء السياسي)؛ فإعطاء الجوار والأمان للمستأمنين من المخالفين في الدين، منقبة من مناقب الإسلام تجاه مخالفيه، تكاد لا توجد في غير هذا الدين الحنيف.

- الفقه الإسلامي أسبق من القانون إلى تطبيق قاعدة: (الشك يفسّر لمصلحة المتهم)، والتي ساد العمل بها في فقه الإجراءات الجنائية ، وهي خادمة في مجال (حقوق المتهم) .

- ترتيب أنواع الحفظ المقاصدي للضروريات بما يتوافق وحاجة العصر، يكون كالتالي:(حفظ النفس ثم العقل ثم الدين ثم النسل ثم المال)، ونحن إزاء التعامل مع تراث الفقهاء المتقدمين نأخذ بمناهجهم ولا نقف عند مسائلهم.

- بالنظر في كل أحوال المكلف نلحظ أنه لا يعدم انتفاعاً وحظا من (المقاصد الأصلية) وإن كانت موضوعة في أصلها دون مراعاة حظ المكلف،أو (المقاصد التابعة) التي حظه فيها بيِّن وظاهر.

- عملية الاستنساخ تُوقِع في إشكالات في النسب؛ فلا نقدر على معرفة علاقة المستنسخ بغيره لا على سبيل القطع ولا الظن، فكيف نقدر على فهم ما ترتب على ذلك من حقوق وواجبات وآثار قانونية وأدبية لازمة.

- من عظمة التشريع الإسلامي ،أنه لا يراعي حقوق الآدميين في حال الحياة فحسب، بل يُرسي القاعدة الإنسانية التي تحفظ للآدميين حرمتهم بعد الموت. بل إن العناية بالنفس الآدمية تبدأ من كونه جنيناً في بطن أمه.

- من ناحية التطبيق العملي للقواعد والمقاصد المتعلقة بحقوق الإنسان، قدّمتُ دولة الإمارات العربية المتحدة كنموذجٍ يسعي بجدّ نحو حماية هذه الحقوق على كافة الأصعدة ، مع النظر نحو التطوير المستمر في الآليات التي تكفل ذلك، ومنها تفعيل القواعد والضوابط الفقهية والمقاصد الشرعية التي تنتظم حقوق الإنسان، إذْ هي

زُبدة وخلاصة ما أنتجه العقل الفقهي في مسيرته الاجتهادية، التي تستضئ بهدي القرآن والسنة.

وعرضتُ بعض الأمثلة لذلك فيما ورد في الدستور الإماراتي، وإقرار الدولة للاتفاقيات والمواثيق الدولية فيما لا يتصادم مع الشريعة الإسلامية، وأمثلةً أخرى للجوانب الإنسانية من واقع تصرفات حاكم الدولة السابق واللاحق، وهي في جملتها تتناسق – إلى درجة كبيرة - مع القواعد والمقاصد الحقوقية الإنسانية في الرؤية الفقهية.

فهرس المصادر والمراجع

1) آبادى ، محمد شمس الحق: عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية ـ بيروت، (ط2)،(1995م).
2) ابن أطفيش، محمد بن يوسف(1332هـ): شرح النيل وشفاء العليل، المطبعة السلفية، سنة (1343هـ).
3) ابن الحاج، محمد الْعَبْدَرِيُّ الفاسي،(737هـ): المدخل، دار الفكر(1401هـ - 1981م).
4) ابن العربي، محمد بن عبد الله (أبوبكر):القبس في شرح موطأ مالك، دار الغرب الإسلامي (ط1) ،(1992م).
5) ابن القيم: إعلام الموقعين، دار الجيل ـ بيروت،(1973م).
6) ابن القيم، محمد بن أبى أيوب (751هـ): زاد المعاد، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ الكويت(1407هـ 1986م).
7) ابن المطرز، ناصر الدين بن عبد السيد: المغرب في ترتيب المعرب ، مكتبة أسامة بن زيد - حلب(ط1) ،(1979م).
8) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (681هـ): شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1415هـ 1995).
9) ابن أمير حاج (879هـ): التقرير والتحبير في شرح التحرير، والتحرير: للكمال بن الهمام (861هـ) دار الفكر ـ بيروت(1417هـ).
10) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم(728هـ): القواعد النورانية، دار المعرفة، بيروت (1399هـ).
11) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد : قواعد ابن رجب ، دار المعرفة، بيروت.
12) ابن رشد (الجد)، محمد بن أحمد (520هـ): البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامى، بيروت،(ط1)،(1404هـ).
13) ابن رشد (الجد)، محمد بن أحمد(520هـ): المقدمات الممهدات، دار الكتب العلمية – بيروت، (ط1)،(1415هـ 1994م).
14) ابن عابدين، محمد أمين: حاشية ابن عابدين، دار الفكر- بيروت، لبنان، (1412هـ - 1992م).
15) ابن عاشور،الشيخ محمد الطاهر: التحرير والتنوير، دار سحنون، تونس ،(1418هـ - 1997م).
16) ابن عاشور،الشيخ محمد الطاهر:مقاصد الشريعة الإسلامية،دار النفائس، الأردن، (ط1)، (1420هـ- 1999م).
17) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف(ت463هـ):الاستذكار، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط1، سنة(2000م).
18) ابن عبد السلام،عز الدين(660هـ) : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، مكتبة الكليات الأزهرية ـ القاهرة،(1411هـ -1991م).
19) ابن عقيل،علي بن محمد(513هـ): الواضح في أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة (ط1)، (1420هـ)
20) ابن فارس،أحمد بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، دار الفكر،(1399هـ- 1979م).
21) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسى(620هـ): المغني، طبعة دار هجر، القاهرة، (ط1)،(1992م).
22) ابن كثير، إسماعيل بن عمر(774هـ): البداية والنهاية: مكتبة المعارف – بيروت.

23) ابن ماجه، محمد بن يزيد (275هـ): سنن ابن ماجه، طبعة دار الفكر– بيروت (1415هـ /1995م) .
24) ابن مازة، أَحْمَد مُحَمَّد(616ه): الذخيرة البرهانية: ، دار إحياء التراث العربي.
25) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد(816هـ): المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي ، بيروت(1400هـ).
26) ابن مفلح، إبراهيم بن محمدالحنبلي (816هـ): النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر: مكتبة المعارف، الرياض(1404هـ).
27) ابن مفلح، محمد بن محمد المقدسى(762هـ): الفروع، دار الكتب العلمية ـ بيروت، ط1، (1418هـ).
28) ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، دار إحياء التراث العربى، بيروت، (ط3)،(1417هـ).
29) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (970هـ):البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت،(ط1) ، (1418هـ).
30) ابن نجيم، زين العابدين بن ابراهيم(970هـ): الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية ـ بيروت(1400هـ - 1980م).
31) ابن هشام، أبو محمد عبد الملك: السيرة النبوية، دار الحديث – القاهرة ، ط1 ، (1416هـ –1996م).
32) أبو زيد ، د.بكر بن عبد الله: فقه النوازل، مؤسسة الرسالة (ط1)،(1416هـ - 1996م).
33) أبو هيف، د.علي صادق: القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية-1990م).
34) أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم (القاضي)،(182هـ): الخراج،(ط4)،المطبعة السلفية – القاهرة (1392هـ).
35) الأتاسي: محمد طاهر شرح المجلة: مطبعة حمص، بحِمص- سوريا (1937م).
36) أحمد إبراهيم، د.إياد: الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وضوابط الشرع ، دار الفتح- الأردن(ط1)،(2003م).
37) احميْدة ، بن زيطة: الرعاية الصحية للفرد في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه ، دار ابن حزم – بيروت، (ط1)، (2011م).
38) أرشد،أ.يسري: حقوق الإنسان في ضوء الحديث النبوي، سلسلة كتاب الأمة (1427هـ).
39) آل محمود، د.عبد اللطيف: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النفائس – بيروت،(ط1)،(1414هـ).
40) الأنصاري، شيخ الإسلام زكريا(926هـ): فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ.
41) الأنصاري، شيخ الإسلام زكريا: أسنى المطالب مع حاشية الرملي: دار الكتاب الإسلامي . (بدون تاريخ)
42) البخاري ، عبد العزيز بن أحمد(730هـ): كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتب العلمية – بيروت، (ط1) (1418هـ/1997م).
43) البخاري، محمد بن إسماعيل،(الإمام)،(256هـ): صحيح البخاري، دار ابن كثير - بيروت، (1407 هـ – 1987).
44) البرزلي، أبو القاسم بن أحمد: جامع مسائل الأحكام ، نشر دار الغرب الإسلامي (ط1) ،(2002م).
45) البركتي، محمد عميم الإحسان: قواعد الفقه ، الصدف بيلشرز، كراتشى، ط1، (1407هـ- 1986م).

46) البشري، موسى بن عيسى: مكنون الخزائن: نشر وزارة التراث القومي والثقافة بسلطنة عمان،(ط1) (1982م).
47) البطراوي ، د.عبد الوهاب: محنة حقوق الإنسان في العالم الثالث: ، ط. البحرين (2007م).
48) البغوي،الحسين بن مسعود(516هـ): شرح السنة، المكتب الإسلامي- دمشق، بيروت (ط2)، (1403هـ).
49) بن زغيبة، د.عز الدين: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الناشر دار الصفوة، القاهرة،(ط1) ، (1996م).
50) التهانوى، محمد بن على (1158هـ)، كشاف اصطلاحات الفنون، مكتبة ناشرون، ط1،(1996م).
51) الجرجانى، على بن محمد(816هـ):التعريفات، ط. مصطفى الحلبى،(1357هـ -1938م) .
52) جمعة، د.علي: حقوق الإنسان في الإسلام، منشور ضمن ندوة بأكاديمية نايف بالرياض(1422هـ).
53) جمعية المجلة: مجلة الأحكام العدلية، دار النشر: كارخانه تجارت كتب.كراتشي (بدون تاريخ).
54) حاج حسين، مستشار/علي: حقوق الإنسان بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية- القانون والاقتصاد، الرياض (ط1)، (2013م)
55) الحطاب، محمد بن محمد(أبو عبد الله): مواهب الجليل، دار عالم الكتب، (1423هـ - 2003م).
56) الحفناوي،أ.منصور:الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، مطبعة الأمانة،(ط1)،(1406هـ).
57) الحموى،أحمد محمد الحنفى (1098هـ) غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، سنة(1405هـ -1985م).
58) حميد الله ، محمد : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة ، دار النفائس، الأردن ، (1413هـ -1983م).
59) حيدر،أ.على: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامى فهمى الحسينى، دار عالم الكتب – الرياض(1423هـ 2003م).
60) الخادمي، د.نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، سلسلة كتاب الأمة- قطر ،عدد (65) ، (1419هـ).
61) الخادمي، د.نور الدين: القواعد الفقهية المتصلة بالسياسة الجنائية ، مكتبة الرشد الرياض (ط1)، (1428هـ- 2007م).
62) الخطيب، د.سَعدى : حقوق الإنسان وضمانتها الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت (2011م).
63) الخفيف،الشيخ علي: الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر (1416هـ1996م).
64) خلاف،الشيخ عبد الوهاب:علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت، (1390هـ).
65) الدردير، أبو البركات أحمد: الشرح الكبير، ط. عيسى الحلبى – القاهرة (بدون تاريخ).
66) الدسوقي، محمد بن عرفة(1230هـ): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط. عيسى الحلبى – القاهرة (بدون تاريخ).
67) راشد، جاسم محمد: الوثيقة النبوية والأحكام الشرعية المستفادة منها، مكتبة الصحابة بالشارقة، (ط1)،(1427هـ).
68) الراغب، الحسين بن محمد(502 هـ): المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة – لبنان (بدون تاريخ).

69) الرفعي، د.عبد السلام: فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي،أفريقيا الشرق-المغرب(2004م).
70) الرملى، أحمد بن حمزة(شمس الدين):نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، الأخيرة، سنة 1404هـ - 1984م.
71) الزَّبيدي،محمّد بن محمّد(الملقّب بمرتضى): تاج العروس ، دار الهداية.
72) الزُّحَيْلِيّ ، د. وَهْبَة : الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ ، دار الفكر - سوريا.
73) الزحيلي، د.محمد: النظريات الفقهية، دار القلم دمشق، ط. أولى 1414هـ/1993م
74) الزرقا، الشيخ أحمد: شرح القواعد الفقهية: دار القلم ، دمشق (ط2) ، (1409هـ 1989م).
75) الزرقا،الشيخ مصطفى: المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه، دار القلم، دمشق (1999م).
76) الزرقا،الشيخ مصطفى:المدخل الفقهي العام، مطبعة الحياة - دمشق، ط8، (1383هـ - 1964م).
77) الزرقانى، الشيخ عبد الباقى(1099هـ): شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت(1368هـ -1978م).
78) الزرقانى، محمد بن عبد الباقى: شرح الموطأ (1122هـ) الناشر دار الفكر، بيروت ، (ط1)،(1416هـ/1996م).
79) الزركشي، محمد بن بهادر:المنثور، وزارة الأوقاف، الكويت،(ط2)،(1405هـ).
80) الزركشي، محمد بن عبد الله (شمس الدين): شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ، مكتبة الأسدي(ط3)،(1430هـ2009 م).
81) زيدان، د.عبد الكريم: أحكام الذميين والمستأمنين، مؤسسة الرسالة، بيروت (1402هـ - 1982م).
82) الزيلعى، عبد الله بن يوسف(762هـ): نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ، دار الحديث، القاهرة، (ط1)،(1415هـ).
83) الزيلعى،عثمان بن على: تبيين الحقائق، دار الكتاب الإسلامى،القاهرة (1313هـ).
84) السبكى، تاج الدين عبد الوهاب(771هـ): الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية - بيروت، (ط1)،(1411هـ - 1991م).
85) السبكي، عبد الوهاب بن علي (771هـ): رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ، عالم الكتب- بيروت(ط1)،(1419هـ 1999م).
86) السبكي،علي بن عبد الكافي (756هـ): الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي، (ط1) ، دار الكتب العلمية ، بيروت،(1404هـ).
87) السجستانى، أبو داود سليمان (275هـ) : سنن أبي داود: دار الريان– القاهرة ، (1407هـ - 1987م).
88) السرخسي: محمد بن أحمد (490هـ) : شرح السير الكبير(للشيباني189هـ) ، دار الكتب العلمية(1417هـ- 1997م).
89) السرخسي، محمد بن أحمد(شمس الدين): المبسوط، دار المعرفة، بيروت (ط2)،(1409هـ).
90) سعيدي، د.يحيى: التقعيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر، دار ابن حزم، (ط1)، (1431هـ - 2010م).
91) السيوطى، جلال الدين عبد الرحمن(911هـ): الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ – 2001م .
92) الشاطبي،إبراهيم بن موسى(790هـ):الموافقات، دار ابن عفان،(ط1)، (1417هـ/ 1997م).

93) شبير، د.محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس ، الأردن (ط2)،(1418هـ).
94) الشربينى ، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج ، دار الفكر، بيروت.
95) الشعيبي، أحمد: وثيقة المدينة المضمون والدلالة ، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف، قَطر (1426هـ).
96) الشِّلْبِيُّ:أحمد بن محمد،(شهاب الدين)،(1021هـ): حاشية الشلبي على تبيين الحقائق(للزيلعي743هـ): ، المطبعة الأميرية - بولاق، القاهرة (ط1)، (1313هـ)، (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي ط2).
97) الشيباني، محمد بن الحسن(189هـ):الحجة على أهل المدينة،(ط3)،عالم الكتب (1403 هـ).
98) الشيرازي، إبراهيم بن علي(476 هـ): المهذب، طبعة بيروت.
99) الصنعانى،عبد الرازق بن همام(211هـ):المصنف، المكتب الإسلامى – بيروت – ط2، (1403هـ).
100) الصواط، محمد: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة ، دار البيان الحديثة - الطائف (1422 هـ 2001م).
101) الطحاوي، أحمد بن محمد(321هـ): شرح معاني الآثار،(ط1)، دار الكتب العلمية، بيروت،(1399هـ).
102) الطيار، د.علي بن عبد الرحمن: حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية، (ط1) ، (1427هـ -2006م).
103) العابد، د.صالح: حقوق غير المسلمين في بلاد الإسلام، وكالة المطبوعات ، وزارة الأوقاف بالسعودية،(ط4)،(1429هـ).
104) عبادة، د.محمد أنيس: المنتقى من تاريخ التشريع الإسلامي،(ط1)،(1965م).
105) عبد السلام، د.عبد العظيم : حقوق الإنسان وحرياته العامة وفقاً لدستوري مصر والإمارات العربية، دار النهضة العربية – القاهرة (ط1)،(2008م).
106) العسقلاني، أحمد بن حجر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة – بيروت، طبعة (1379هـ).
107) العسقلاني، أحمد بن حجر:الإصابة في تمييز الصحابة، دار نهضة مصر – القاهرة ، طبعة (1328هـ)
108) عليش، محمد بن أحمد(أبوعبد الله)،(1299هـ): فتح العلي المالك، ط. مصطفى الحلبى ، القاهرة ، الطبعة الأخيرة(1378هـ).
109) العمراني، يحيى بن أبي الخير(558هـ): البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج – جدة،(ط1)،(1421هـ).
110) العيني، محمود بن أحمد(بدر الدين): عمدة القاري شرح صحيح البخاري، الطباعة المنيرية، ثم صورتها دار الفكر – بيروت.
111) الغزالى، محمد بن محمد (أبو حامد)،(505هـ): الوسيط ، دار السلام ، القاهرة، ط1، سنة(1417هـ).
112) الفلاح، د. محمد: الحقوق الدستورية للإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا (2012م).
113) الفيروزآبادى، محمد بن يعقوب (817هـ):القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت ، (1415هـ-1995م).
114) القدّوري، أحمد بن محمد(428هـ): التجريد(الموسوعة الفقهية المقارنة)، دار السلام ، القاهرة، (1425هـ 2004م).

115) القرافي، احمد بن إدريس (684هـ): الذخيرة ، دار الغرب الإسلامى – بيروت ، الطبعة الأولى(1994م).
116) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس(684هـ): الفروق: دار السلام، القاهرة ط1، (1421هـ - 2001م).
117) القرطبى، محمد بن أحمد (668هـ): الجامع لأحكام القرآن، طبعة دار الفكر – بيروت(1414هـ –1993م).
118) القره داغي، د.علي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة (278- 279) ، دار البشائر - بيروت (ط3)،(1430هـ - 2009م).
119) القليصي، د.علي أحمد: فقه المعاملات المالية، طبعة الجيل الجديد ناشرون ، اليمن (ط8)،(1430هـ 2009م).
120) الكاسانى،أبو بكر بن مسعود(587هـ): بدائع الصنائع: دار الفكر، بيروت ،(ط1)،(1417هـ-1996م).
121) الكرابيسي،أسعد بن محمد(570هـ):الفروق، الأوقاف، بالكويت، (1405هـ).
122) كنعان، د.نواف: حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية ، مكتبة جامعة الشارقة،(ط2)، (2010م).
123) لحساسنة، د.أحسن: الفقه المقاصدي عند الإمام الشاطبي، دار السلام- القاهرة، (ط1) ،(1429هـ - 2008م).
124) الماوردي، علي بن محمد(450هـ): الحاوي الكبير، دار الفكر - بيروت.
125) المرداوى،على بن سليمان(885هـ) : الإنصاف، دار إحياء التراث العربى، بيروت (بدون تاريخ)
126) منظور، د.أنيس: قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية ،(ط1) دار ابن الجوزي - الرياض،(1430هـ).
127) موافي، د.أحمد علي: نظرية الضرر في الفقه الإسلامي، دار الأندلس (1995م).
128) مؤسسة زايد : معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ، طبع مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيّان ، أبو ظبي،(ط1)، (1434هـ 2013م).
129) الموصلى، عبدالله بن محمد(683هـ):الاختيار تعليل المختار،الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية(1993م).
130) النبراوي، خديجة: موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام ، دار السلام بالقاهرة، (2006م)
131) النووي، محيي الدين: شرح النووي على صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي – بيروت،(ط2)،(1392هـ).
132) النيسابوري، مسلم بن الحجاج (الإمام)،(261هـ): صحيح مسلم ، ط. دارالجيل – بيروت ، مصورة من الطبعة التركية المطبوعة(1334 هـ).
133) وزارة الأوقاف بالكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل ،(ط2)، (1427 هـ).

حقوق والتزامات عمال المنازل

دراسة في نظام العاملين في المنازل ومن في حكمهم الأردني رقم 90 لسنة 2009 مقارنة بقانون العمل الإماراتي رقم 8 لسنة 1980

د. محمد ابراهيم أبو الهيجاء

أستاذ القانون الخاص المشارك

جامعة الشرق الأوسط

الأردن

د. صخر أحمد الخصاونه

أستاذ القانون الخاص المساعد

جامعة الإسراء

الأردن

مقدمــه :

باتت الاستعانه بالخدم[811] لأداء الأعمال المنزلية ظاهرة في المجتمعات العربية على وجه العموم، و في المجتمعين الأردني والإماراتي على وجه الخصوص. نتج عن هذه الظاهره ظهور ممارسات في عملية الاستخدام أدت إلى حرمان تلك الفئه مجموعة من الحقوق الأساسية، ومنها الحقوق العمالية.

قد يرجع حرمان تلك الفئة من الحقوق العمالية إلى عدم شمولهم بأحكام قانون العمل. حيث كانت تحكم العلاقات القانونية الناشئة عن العمل في المنازل أحكام عقد العمل المنصوص عليها في القانون المدني الأردني[812]، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي[813] والتي خلت من حق العامل في التمتع بالإجازات الأسبوعيه، أو السنوية، أو المرضية وغير ذلك من أنواع الإجازات. فضلاً عن عدم تحديد ساعات العمل اليومية والأسبوعية، كما ساوى بين حق العامل ورب العمل في طلب فسخ العقد إذا ما توافر عذر في عدم تنفيذ العقد، أو طرأ حادث حال دون التنفيذ كالاستحالة. كما قصّر مدة المطالبة بالحق إلى عام واحد. حيث نص على تقادم الحقوق العمالية بمرور عام واحد على استحقاق الحقوق الناشئة عن العقد.

---

[811] بلغ عدد عمال المنازل في الأردن 14814 عاملاً حتى تاريخ 2012/4/30 . وفق تقرير وحدة السياسات والتخطيط الإستراتيجي التابع لوزارة العمل الأردنية.المنشور على الرابط التالي: www.mol.gov.jo

كما ظهرت العديد من الدراسات التي دعت إلى سن تشريع دولي يرعى من خلاله حقوق عمال المنازل والتي نذكر منها:- Brain A . A Langille , what is international Labor Law For ? – Law&Ethics of Human Rights voLume 3 . Issue 1 . 2009.articl3

Robert J . Flanagan, Labour Standards a International Competitive Advantage, in International Labour Standards: Globalization, Trade and Public Policy 15, 17(Robert J. Flanagan & William B. Gould ed., 2003).

[812] - المواد 805 إلى 833 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

[813] في المواد 897-923. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 بالرغم من وجود مشروع قانون العاملات في المنازل منذ عام 2012 إلا أن هذا المشروع لم ير النور بعد. وقد حاولنا الحصول على نسخة من مسودة المشروع إلا أننا لم نتمكن سوى من الاطلاع على بعض نصوصه المذكورة ضمن التقرير السنوي الذي نشرته منظمة هيومن رايتس ووتش. للتفصيل انظر الهامش (26).

من هنا كان للمشرع الأردني الأسبقية في تنظيم عمل تلك الفئة من العمال بموجب نظام العاملين في المنازل وطهاتهم ومن في حكمهم رقم 90 لسنة 2009 والصادر بموجب الفقرة ب من المادة (3) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996[814]. عندما تناول بالتنظيم عمل تلك الفئة، ومنها: أوقات العمل والراحة، الإجازات، وغير ذلك من الحقوق والالتزامات.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الإماراتي نجد أنه استثنى عمال المنازل من دائرة الخضوع إلى أحكام قانون العمل[815] عندما ذكر المستثنون من الخضوع لأحكام قانون تنظيم علاقات العمل الاتحادي في المادة رقم (3) تحت باب أحكام عامه. وخضوعهم بالنتيجة لأحكام قانون المعاملات المدنية.

أهمية الدراسة:

لا شك أن الخطوة التي خطاها المشرع الأردني صوب إصدار نظام خاص ينظم حقوق عمال المنازل ومن في حكمهم لتعد مهمة ؛ لما تضمنه النظام المذكور من حقوق تحفظ لتلك الفئة حقوقها وكرامتها. فضلاً عن الخطوة التي خطاها المشرع الإماراتي في وضع مسودة مشروع تنظم حقوق والتزامات تلك الفئة. ومن هنا نبعت أهمية هذه الدراسة في بحث هذه الحقوق والالتزامات.

مشكلة الدراسة:

بيان الحقوق والالتزامات التي تضمنها النظام موضوع الدراسة ومدى تحقيق التوازن بين حقوق كل من عمال المنازل وأصحاب العمل من جهة. وعدم إخضاع هذه الفئة لأحكام قانون العمل من جهة أخرى هي غاية البحث وهدفه الرئيس.

[814] - نشر هذا النظام المكون من 12 مادة في الصفحة (5348)، من عدد الجريدة الرسمية 4989 تاريخ 2009/10/1 .

[815] قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي رقم 8 لسنة 1980.

نطاق الدراسة:

إن نطاق الدراسة سيكون ضمن نظام العاملين في المنازل وطهاتهم ومن في حكمهم رقم 90 لسنة 2009، و أحكام قانون العمل الأردني، مقارنة بقانون العمل الامارتي ومجموعة من التشريعات والاتفاقيات المتعلقة بالموضوع.

أسلوب الدراسة:

سيتم تناول الدراسة من خلال المنهج التحليلي والمقارن، حيث سيتم التعرض للأحكام القانونيه بالتحليل. مع الوقوف على موقف القوانين المقارنة كلما اقتضت الدراسه ذلك.

هيكلية الدراسة:

سيتم تناول الدراسة من خلال مبحثين وفق التقسيم التالي:

المبحث الاول : التعريف القانوني لعمال المنازل ومبررات استبعادهم من الخضوع لأحكام قانون العمل.

المبحث الثاني : حقوق والتزامات عمال المنازل وفق نظام العاملين في المنازل الأردني وقانون العمل الإماراتي.

المبحث الأول

التعريف القانوني لعمال المنازل ومبررات استبعادهم من الخضوع لأحكام قانون العمل

إن في استبعاد عمال المنازل من أحكام قوانين العمل في كثير من الدول العربية، ومنها التشريع الأردني إلى ما قبل صدور نظام خدم المنازل ومن في حكمهم سنة 2009 ووقانون العمل الإماراتي[816] له ما يبرره.

والذي نستقيه من طبيعة العلاقة الخاصة بين كل من خدم المنازل وأصحاب المنازل؛ ولغايات بيان هذه العلاقة التي دفعت بالنتيجة إلى استبعاد تلك الفئة من الخضوع لأحكام قانون العمل يتعين علينا بداية التطرق لمفهوم خدم المنازل، ومن ثم تناول تلك المبررات .

وعليه سنقوم بتناول هذا المبحث من خلال مطلبين حسب التقسيم التالي:

المطلب الأول: التعريف القانوني لعمال الخدمة المنزلية.

المطلب الثاني: مبررات استبعاد عمال المنازل من الخضوع لأحكام قانون العمل.

المطلب الأول

التعريف القانوني لعمال الخدمة المنزلية

تكاد تخلو معظم التشريعات العربية من وضع تعريف محدد للعاملين في المنازل. مع استخدام معظم التشريعات كلمة الخدم[817]، ومنها المشرع الأردني في الفقرة (ج)

[816] عندما نص في المادة رقم (3) من قانون تنظيم علاقات العمل الاتحادي المعدل بالقانون رقم (12) لسنة 1986 على " لا تسري أحكام هذا القانون على الفئات الآتية: أ- موظفي ومستخدمي وعمال الحكومة الاتحادية والدوائر الحكومية في الإمارات الأعضاء في الدولة وموظفي ومستخدمي وعمال البلديات وغيرهم من الموظفين والمستخدمين والعمال العاملين في الهيئات العامة والمؤسسات العامة الاتحادية والمحلية وكذلك الموظفين والمستخدمين والعمال الذين يعينون على المشروعات الحكومية الاتحادية والمحلية. ب- أفراد القوات المسلحة ومنتسبي الشرطة والأمن. ج- خدم المنازل الخاصة ومن في حكمهم. د- العمال الذين يعملون في الزراعة او المراعي فيما عدا الأشخاص الذين يعملون في المؤسسات الزراعية التي تقوم بتصنيع منتجاتها أو الذين يقومون بصفة دائمة بتشغيل أو إصلاح الآلات الميكانيكية اللازمة للزراعة.

[817] - انظر نص المادة 2 من قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم 23 لسنة 1976.

من المادة ثلاث قبل التعديل والتي كانت تستثني من تطبيق أحكامها خدم المنازل عندما نصت على " ..... خدم البيوت وبستانيها وطهاة المنازل ومن في حكمهم" . وكذلك المشرع الإماراتي عندما استخدم في الفقرة (د) من المادة (3) من قانون تنظيم علاقات العمل عبارة خدم المنازل الخاصة ومن في حكمهم[818].

في حين تناولت المادة 1/أ من الاتفاقية الدولية رقم (177)[819]، والتوصية الدولية رقم (184) في الدورة (96/83) تحديد مفهوم العمال في المنازل. عندما أشارت إلى أن العمل في المنزل يقصد به : عمل يؤديه شخص يشار إليه باسم العامل في المنزل:

1- في منزله، أو في أماكن أخرى يختارها، خلاف مكان عمل صاحب العمل.

2- مقابل أجر.

---

[818] مع عدم إغفال مجموعة من التشريعات العربية التي وضعت تعريفا لخدم المنازل بموجب قانون خاص والتي نذكر منها: المشرع السوداني وذلك في المادة (2) من قانون خدم المنازل لسنة 1955. عندما عرف الخادم بأنه: أي شخص يستخدم كل الوقت، أو بعضه للقيام بعمل الطاهي، أو خادم المنزل، أو خادم المائدة، أو الساقي، أو المربية، أو الخادم الشخصي، أو البواب، أو سائق السيارة، أو الغسّال، أو المستخَدم بأي صفة. وكذلك أي شخص يؤدي الأعمال التى يقوم بها عادة أي خادم ممن سلف ذكرهم أياً كان الوصف الذي يطلق عليه.
يلاحظ شمول مفهوم الخادم لكافة الأعمال التي يتم تأديتها داخل المنزل، مع فتح باب القياس على أي أعمال أخرى مشابهة لها: مثل البستاني، وغير ذلك، وقد وفّق المشرع السوداني في عدم تحديد مفهوم الخدم فيمن ذكر.
في حين عرفت المادة الأولى من قواعد وشروط العمل الخاصة بالمستخدمين بالمنازل العُمانية رقم 2004/189 (الصادر في يونيو 2004) خدم المنازل بانهم: يعد مستخدما بالمنزل كل شخص يؤدي عملاً داخل المنزل، أو خارجه، ويمكنه بحسب طبيعة عمله الاطلاع على أسرار من استقدمه. ويعد مستخدما كل شخص يستقدم هذا المستخدم للعمل لديه تحت إدارته وإشرافه.
باستقراء التعريف نجد أن المشرع لم يحصر عمل خدم المنازل داخل المنزل فقط. حيث امتد المفهوم للعاملين خارجه. مع اشتراط اطلاع العامل على أسرار من استقدمه، وهو ما يحتاج معه بالنتيجة إلى بيان مفهوم الأسرار التي يمكن للعامل الاطلاع عليها من خلال عمله حتى يصار إلى إسباغ وصف الخادم عليه. وبالتالي يلاحظ قصور التعريف في تحديد مفهوم خدم المنازل تحديداً وافياً.

[819] - المتعلقة بالعمل في المنازل – المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية – جنيف الدوره 83 والمنعقدة بتاريخ : 4/حزيران/1996 ، والذي أقرّت فيه الاتفاقية بتاريخ العشرين من الشهر ذاته .

3- ويؤدي إلى ناتج أو خدمة وفقا لمواصفات صاحب العمل، وبصرف النظر عن الجهة التي تقدم المعدات، والمواد، أو سائر المدخلات الأخرى.

ما لم يكن هذا الشخص يتمتع بالدرجة اللازمة من الاستقلالية، ومن الاستقلال الاقتصادي لاعتباره عاملاً مستقلاً بمقتضى القوانين، أو اللوائح الوطنية، أو أحكام المحاكم.

يلاحظ انحسار المعيار في اعتبار العامل خادماً، إذا كان عمله خلاف مكان عمل رب العمل. ذلك أن كل من معياري الأجر، وأداء الناتج يستوي معهما خدم المنازل و غيرهم من العمال. مع عدم إغفال أهمية هذا المعيار في تمييز خدم المنازل عمّن سواهم من العمال.

من جانب المشرع الأردني فقد عرف كل من الخادم، وصاحب المنزل بموجب المادة 2 من نظام العاملين في المنازل وطهاتها وبستانيها ومن في حكمهم[820]. عندما عرف الخادم بأنه: عامل المنزل، أو الطاهي، أو البستاني، أو من في حكمهم والذي يعمل في خدمة صاحب المنزل بصفة مستمرة.

كما عرف صاحب المنزل بأنه: كل شخص طبيعي يستخدم عاملاً في منزله.

كما وضع المشرع الأردني معياراً للعمل الذي قد يؤديه عمال المنازل عندما عرَّف العمل المنزلي بأنه: العمل المتعلق بالأداء الطبيعي للأسرة، والتي من الممكن ان يتولاها افرادها بأنفسهم كأعمال التنظيف، والطبخ، وكي الملابس، وإعداد الطعام، ورعاية أفرادها، وشراء احتياجات المنزل، وإيصال الأولاد وإعادتهم.

يلاحظ شمول التعريف السابق من حيث تحديده مهام الخادم، واشتراط الاستمرارية بالرغم من عدم تحديد المقصود بها. ويؤدي إلى ناتج أو خدمة وفقا

[820] نظام لسنة 2009 والصادر بمقتضى الفقرة (ب) من المادة (3) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996.

لمواصفات صاحب العمل كما أحسن المشرع بالاستعاضة عن كلمة الخدم بلفظ العامل المنزلي[821].

في حين تناولت المادة رقم (1) من قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي الاتحادي بالتعريف كل من صاحب العمل، والعامل، والعمل كالآتي:

صاحب العمل: هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر مهما كان نوعه.

العامل: هو كل ذكر أو أنثى يعمل لقاء أجر مهما كان نوعه في خدمة صاحب العمل، وتحت إدارته، أو إشرافه، ولو كان بعيداً عن نظره، ويندرج تحت هذا المدلول الموظفون، والمستخدمون الذين يعملون في خدمة صاحب العمل، والخاضعون لأحكام هذا القانون .

العمل: هو كل ما يبذل من جهد إنساني - فكري أو فني أو جسماني- لقاء أجر سواء أكان ذلك بشكل دائم أم مؤقت.

بالرغم من اتساع المفهوم الذي جاء به المشرع الإماراتي ليشمل عمال المنازل ومن في حكمهم، إلا أن المشرع الإماراتي قد استثنى فئة عمال المنازل ومن في حكمهم من دائرة الخضوع لأحكام قانون العمل وفق المادة رقم (3) من ذات القانون.

إن هذا الاتساع في المفهوم يستنتج من التعريفات التي أوردها المشرع وفق الآتي:

---

821 - وإن كان التشابه باللغة بين المصطلحين واضحا حيث يقصد بالخادم لغةً: خدم خَدَمَهُ يَخْدُمُهُ خِدْمَةً. والخادِمُ واحد الخَدَم، غلاماً كان أو جاريةً. وأَخْدَمَهُ، أي أعطاه خادماً. أما العامل فهي من العمل ، فالعين والميم واللام أصلٌ واحدٌ صحيح، وهو عامٌّ في كلّ فِعْلٍ يُفْعَل.قال الخليل: عَمِل يَعْمَل عَمَلاً، فهو عامل؛ واعتمل الرّجل، إذا عمِل بنفسه. قال:إنّ الكريم وأبيكَ يَعتَمِلْ إن لم يَجِد يوماً على مَن يتَّكِلْ ، الصّحّاح في اللغة ، تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار - الناشر: دار العلم للملايين - لبنان ،الطبعة: الرابعة- يناير 1990.

- من خلال مفهوم صاحب العمل الذي جاء مطلقاً من كل قيد سوى الأجر. وهو ما يستوي معه في أن يشمل صاحب المنزل بالنتيجة.

- باستقراء مفهوم العامل يستنتج أن الأصل في عمل العامل أن يكون تحت نظر صاحب العمل، في حين يكون الاستثناء في أن يعمل بعيداً عن ناظره. وبالتالي انصباب المفهوم على علاقة عمال المنازل بأصحاب العمل حيث يعمل الأول تحت نظر الثاني ومراقبته. فضلاً عن توافر باقي الشروط التي أوردها المفهوم في علاقتهما ومنها الإشراف والإدارة.

- كما أن الجهد الجسماني المبذول من قبل عامل المنزل لقاء الأجر؛ ليؤكد اتساع المفهوم الذي أورده المشرع الإماراتي ليشمل فئة عمال المنازل ومن في حكمهم.

وهو مايؤكد معه النتيجة التي ذكرت أعلاه من شمول المفاهيم التي أوردها المشرع الإماراتي لعمال المنازل.

وبإسقاط المفاهيم التي جاء بها كل من المشرعين الأردني والإماراتي على الاتفاقية الدولية يتضح أن الشروط الواجب توافرها لاعتبار العامل عاملاً منزلياً، أو من في حكمه هي:

أولا : أن يعمل العامل في خدمة صاحب المنزل-

يقصد بالعاملين في المنازل: العمال الذين يشتغلون عادة في أعمال متواضعة وبسيطة تحتاجها العائلة في البيت، كالبواب والبستاني، والطباخ، والسائق، والمنظفة وحارس البناء[822]؛ أي العمال الذين لا يتطلب منهم القيام بأية أعمال ذهنية، أو عقلية

[822] - د.غالب على الداوودي ، شرح قانون العمل ، دار وائل للنشر ، الاردن – عمان ، 2004 ص 56 .

تتصل برب العمل، أو بأشخاص ذويه[823]. كما لا تتطلب درجات علمية، أو مؤهلات خاصة وبالتالي يخرج من هذه الفئة الأفراد الذين يقومون بأعمال السكرتاريا، وأمين المكتبة المنزلية [824].

ثانيا: العمل بصفة مستمرة-

اشترط المشرع الأردني في العامل المنزلي أن يعمل بصفة مستمرة، إلا أنه يؤخذ عليه عدم بيان المقصود بالاستمرارية. والتي يعتقد أنها العمل غير العرضي، أو المتقطع من فترة لأخرى. في حين أورد المشرع الإماراتي مفهوماً للاستمرارية من خلال المادة ذاتها المذكوره أعلاه، عندما عرف الخدمة المستمرة:(هي الخدمة غير المنقطعة لدى صاحب العمل نفسه أو خلفه القانوني من تاريخ ابتداء الخدمة). وبالتالي يكون المشرع الإماراتي قد أحسن بوضع مفهوم للاستمرارية، التي نتمنى على المشرع الأردني أن يحذو حذوها[825].

وهو ما يتفق بالنتيجة مع نص الماده (1/ب) من الاتفاقية الدولية رقم (177)، والتوصية الدولية رقم (184) والتي تنص على أنه: لا يصبح الأشخاص الذين لهم وضع العمال بالأجر عمالاً في المنزل في مفهوم هذه الاتفاقية، لمجرد أدائهم عرضياً لعملهم في المنزل؛ كعمال بالأجر بدلاً من أماكن عملهم المعتادة.

ثالثا: أن يكون العمل من الأعمال المنزلية-

إن المعيار الذي أخذ به المشرع الأردني للأعمال المنزلية، هي الأعمال التي تتعلق بالأداء الطبيعي للأسرة، التي يؤديها أفراد الأسرة بأنفسهم؛ كأعمال التنظيف،

---

[823] - د.إهاب حسن اسماعيل، الوجيز في قانون العمل والتأمينات الاجتماعيه ،ج1، مطبعة جامعة القاهره ، 1976 ص 53 . د.سيد محمود رمضان ، الوسيط في شرح قانون العمل ، دار الثقافه ، الاردن- عمان 2010ص21 .

[824] - المرجع السابق ص21 .

[825] تجدر الإشارة إلى أن المشرع السوداني لم يغفل تعريف الاستمرارية عندما وضع معياراً لها في صدر الماده (2) من قانون الخدم السوداني، والتي نصت على أن: الخدمة المستمرة تكون (أ- في حالة الخدمة التي تكون قد بدأت قبل تاريخ العمل بهذا القانون، الخدمة مع المخدوم ذاته دون انقطاع من ذلك التاريخ، أو من أول أبريل سنة 1954 أي التاريخين يكون لاحقاً، ب- في أية حالة أخرى الخدمة مع المخدوم ذاته دون انقطاع من تاريخ بدئها).

والطبخ، وكي الملابس، والرعاية، وشراء احتياجات المنزل وإيصال الأولاد وإعادتهم من وإلى المدارس، وغير ذلك.

وتطبيقا للمعيار ألذي أخذ به المشرع الأردني - الأداء الطبيعي للأسرة – يكون قد اشترط بذلك في صاحب المنزل أن يكون شخصا طبيعياً. وعليه استثنى بذلك الشخص المعنوي. كما أن الأعمال التي لا تتعلق بالأداء الطبيعي للأسرة كالأعمال الذهنية أو العقلية لا تعتبر من قبيل الأعمال المنزلية، ولا يمكن اعتبار العامل الذي يقوم بتلك الأعمال عاملاً منزليًا. إنما هو عامل بالمعنى القانوني المنصوص عليها في المادة (2) من قانون العمل الأردني.

كما لم يشترط المشرع الأردني أن تكون الخدمة المؤدية وفق مواصفات صاحب المنزل كما ذهبت إلى ذلك الاتفاقية الدولية. وهو ما يشكل معه عبئا أكبر على العامل المنزلي في تأدية عمله. والذي نرى في إعماله ضمانا أفضل لصاحب المنزل في الحفاظ على أمواله وممتلكاته كما سيمر معنا لاحقاً.

رابعاً: أن تؤدى الخدمة في حدود المنزل وملحقاته-

بمقتضى هذا الشرط ينبغي أن يكون المنزل وملحقاته هو مكان العمل الريئس لعمال المنازل، حيث يقوم العامل المنزلي بتأدية العمل لمصلحة قاطني المنزل وسائر المقيمين فيه. دون أن يمتد إلى خارج حدود المنزل كبيوت الأقارب والأصدقاء وغيرهم.

المطلب الثاني

مبررات استبعاد عمال المنازل من الخضوع لأحكام قانون العمل

بناءً على ما سبق يتضح وجود رابطة وصلة مباشرة بين العامل المنزلي وصاحب المنزل ، تتجاوز حدود علاقة العامل برب العمل. ذلك أنه لايكاد يخفى على أحد خصوصية تلك العلاقة بين المخدومين وعمال المنازل. التي تمكنهم من

خلالها الاطلاع على تفاصيل حياتهم الخاصة، والتي من شأنها تعميق أواصر الروابط فيما بينهم.

وهو ما حدا ببعض التشريعات إلى استبعاد عمال المنازل من دائرة الخضوع لقانون العمل من خلال وضع تشريع خاص يحكم علاقتهم بصاحب المنزل؛ من تلك التشريعات نذكر: المشرع المصري عندما نص في المذكرة الإيضاحيه لمرسوم قانون عقد العمل الفردي المصري رقم (317) لسنة 1952 على: .. أن عمال الخدمه ذو صلة مباشرة بمخدوميهم مما يمكنهم من الاطلاع على أسرارهم وشئونهم الخاصه. الأمر الذي يتطلب وضع قانون خاص بهم تراعى فيه هذه الظروف "[826].

وهو ما أيده الرأي[827] الذي ذهب إلى أن سبب استثناء تلك الفئة يرجع إلى خصوصية العلاقة التي تربطهم بصاحب العمل، وصعوبة تطبيق قانون العمل عليهم بالنتيجة لاختلاف طبيعة وظروف عملهم عن باقي فئات العمال. وتشمل هذه الفئة من هم في حكم الأشخاص المذكورين صراحة كحارس البناء، المربية، وخادم السفرة وسائق سيارة مستلزمات المنزل. مع اقتصاره على العاملين في المنزل ، وبالتالي لا يعدُّ من هذه الفئة الخادم في معهد أو في مدرسة[828].

وكذلك الرأي[829] الذي ذهب إلى أن عدم إخضاع تلك الفئة إلى أحكام قانون العمل يرجع إلى أن أحكام الأخير تسري على العامل الخاص التابع والمأجور - أي أن عنصر التبعية لا يشمل فئة عمال المنازل - [830]. فضلاً عن أن العلاقة القانونية

826 - مشار إليه: د.على عوض حسن – الوجيز في شرح قانون العمل – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية ص 79 .

827 - د.منصور ابراهيم العتوم – شرح قانون العمل الأردني – الطبعة الثالثه 2008 ص 66 .

828 - قرار محكمة التمييز الاردنيه رقم 213 / 1964 تاريخ 1964/8/6 المنشور على صفحة 887 مجلة نقابة المحامين.

829 - راجع في ذلك د.إهاب حسن اسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص 76

830 - قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 4113 تاريخ 16-04-1996 على الصفحة 1173 حيث نصت المادة (2) منه على (العامل: كل شخص ذكراً كان أو أنثى يؤدي عملاً لقاء أجر ويكون تابعاً لصاحب العمل وتحت إمرته ويشمل ذلك الأحداث ومن كان قيد التجربة أو التأهيل)

ما بين صاحب العمل والعامل بموجب قانون العمل تقوم على ثلاثة عناصر هي : العمل والأجر والتبعية. ويقصد بالتبعية خضوع العامل لإشراف، أو رقابة، أو توجيه رب العمل في المدة التي يكون العقد فيها سارياً بينهما، وتنتفي التبعية في علاقة صاحب المنزل مع العامل لديه والذي يؤدي عملا لمصلحته بعيداً عن إشرافه، مما يستتبع بالنتيجة عدم إخضاعه إلى أحكام قانون العمل[831].

كما أيد المشرع البحريني هذا المفهوم وتلك العلاقه عندما اعتبر المستخدم في المنازل الشخص الذي يؤدي عملاً داخل المنزل، أو خارجه ويمكنه بحسب طبيعة عمله الاطلاع على أسرار من استقدمه [832].

يلاحظ أن الاتجاهات التشريعية والفقهية السابقة تدور جميعها حول الخصوصية في العلاقة، وما ينشأ عنها من عدم مراقبة أو إشراف صاحب المنزل على العمال لديه بشكل مستمر، فضلاً عن اطلاع العامل على أسراره.

إن الوضع في الأردن ودولة الإمارات جاء متفقاً مع ما ورد آنفاً والراجع إلى خصوصية العلاقة التي تربط عاملي المنازل بأصحاب العمل، والتي تمكنهم بالنتيجة من الاطلاع على أدق تفاصيل قاطني المنزل. إلى جانب الثقة المفترضة والمتبادلة بينهما والتي تتأتى كنتيجة طبيعية لطول فترة العمل من ناحية، واطلاع عمال المنازل على أسرار صاحب العمل وكل من يقطن معه من ناحية أخرى، والتي ينبغي معها استبعاد تلك الفئة عن دائرة الخضوع لأحكام قانون العمل.

كما أن الصلة المباشرة بين صاحب المنزل وبين عامل الخدمة المنزلية، ينبغي أن تتوافر معها درجة من الثقة لا يشترط توافرها في باقي العلاقات. فضلاً عن

---

831 - راجع في ذلك د.إهاب حسن اسماعيل، ص 76 في حين يرى الدكتور بشار ملكاوي أن التبعية القانونية تتحقق في عقد العمل بين الخادم ومخدومه. انظر تفصيلاً في ذلك : د.بشار الملكاوي ، أهم المبادئ القانونية التي تحكم عقد العمل الفردي في قانون العمل الأردني ، دار وائل للنشر ، ج 5 طبعه 1، ص 55 وما بعدها .

832 - د.آريفان مصطفى محمد ، عقد الخدمة في المنزل ، دار الكتب القانونية ، 2010 ص 24.

التعاطف والشعور المتبادل بينهما، والذي يخلق شعوراً متبادلاً لا يحتاجون معه إلى حماية تشريعية. وهو أمر مبني على مبدأ حسن النية في التطبيق إعمالاً لأحكام المادة 202 من القانون المدني الأردني[833]، والمادة 246 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[834] .

وهو ما دفع المشرع الأردني بالنتيجة إلى إصدارنظام خاص بالعاملين في المنازل ومن في حكمهم[835] يراعى من خلاله خصوصية العلاقة بين عاملي المنازل وأصحابها.

كما حملت تلك الخصوصية إلى استثناء عاملي المنازل من الخضوع لأحكام قانون العمل الإماراتي وذلك من خلال نص صريح في المادة رقم (3) منه؛ ليصار إلى العمل على سنّ قانون خاص ينظم حقوق والتزامات عاملي المنازل. إلا أن ذلك القانون لم ير النور بعد حيث لا زال مشروعاً لقانون منذ عام 2012[836].

المبحث الثاني

حقوق والتزامات عمال المنازل وفق نظام العاملين في المنازل الأردني وقانون العمل الإماراتي

---

[833] -تنص المادة (202) من القانون المدني الأردني "1- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف"

[834] التي تنص على : "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وهو المفهوم ذاته الذي ذكره المشرع الأردني.

[835] - المنشور في الصفحة (5348)، من عدد الجريدة الرسمية 4989 تاريخ 2009/10/1.

[836] رغم المحاولات المتعددة والمتواصلة المتمثلة في مخاطبة كل من وزارة العمل ووزارة الداخليه ووزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة. فضلاً عن مراجعتهم شخصياً الا أن الباحث لم يتمكن من الحصول على نسخة من مشروع قانون العاملات في المنازل. حيث اعتذرت الجهات المذكورة كون المشروع لم يصبح قانوناً بعد؛ وبالتالي يمتنع تزويد أي جهة بنسخة منه. الأمر الذي فرض علينا الاكتفاء بالتقرير الذي نشرته منظمة هيومن رايتس ووتش حول مسودة مشروع قانون العاملات في المنازل الإماراتي. متوافر على الرابط التالي: http://www.hrw.org/world-report/2013/country-chapters/112539?page=3 تاريخ الاطلاع على الموقع 2015/01/18. حيث سنكتفي في الإشارة إليه في الهامش.

إن عقد العمل المنزلي كسائر العقود الملزمة للجانبين يرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه. ولما كان التزام العامل المنزلي الأصيل يتمثل في تأدية العمل المنزلي بأمانة وإخلاص مقابل الأجر الذي يلتزم به صاحب المنزل. فإننا سنبحث في مطلبين كلا من هذه الحقوق والالتزامات. حسب التقسيم التالي:

المطلب الأول: حقوق العامل المنزلي.

المطلب الثاني: التزامات العامل المنزلي.

المطلب الاول

حقوق العامل المنزلي

تم منح العامل المنزلي مجموعة من الحقوق بموجب المواد 4 و6-10 من نظام العاملين في المنازل وطهاتها وبستانييها ومن في حكمهم الأردني. والتي يمكن ردها إلى أربعة حقوق هي:

أولاً: الحق في الأجر

يعتبر الأجر كقاعدة عامة عنصراً جوهرياً، والتزاماً رئيساً في عقد العمل، ولما كان عقد العمل المنزلي لا يخرج عن كونه عقد عمل ينصب على عمل منزلي، فلا يتصور قيامه دون أجر؛ فالأجر هو الجزاء على العمل، وهو العوض الذي يعطى مقابل منفعة الأعيان أو منفعة الآدمي[837].

إن نظام العاملين في المنازل لم يتطرق إلى تعريف أجر العامل المنزلي حيث اكتفى بإلزام صاحب المنزل بدفع الأجر، عندما نص في الفقرة ب من المادة 4 من النظام على أنه : (يلتزم صاحب المنزل بدفع الأجر الشهري للعامل بالدينار الأردني

[837] -د.سيد محمود رمضان ، شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 ، ص 134

أو ما يعادله بالعملات الأجنبية بالوسائل والطرق التي يحددها الوزير لهذه الغاية، ويحتفظ صاحب المنزل، والعامل بالمستند الذي يثبت دفع الأجر له).

يلاحظ حصر الإثبات في البينة الخطية لإثبات دفع أجرة العامل المنزلي، والراجع إلى عدد الشكاوى التي وردت إلى مكاتب العمل في المملكة المتعلقة بعدم دفع الأجر[838].

في حين تناول مفهوم الأجر من خلال المادة 2 من قانون العمل التي جاء فيها هو: (كل ما يستحقه العامل لقاء عمله نقداً، أو عيناً مضافاً إليه سائر الاستحقاقات الأخرى أياً كان نوعها إذا نص القانون، أو عقد العمل، أو النظام الداخلي، أو استقر التعامل على دفعها باستثناء الأجور المستحقة عن العمل الإضافي).

يلاحظ اتساع مفهوم الأجر حيث شمل سائر الاستحقاقات التي يستحقها العامل كبدل المواصلات، ووجبات الطعام وغير ذلك.

وفي حال غاب الاتفاق عن تحديد الأجر الذي يستحقه العامل، وانتفت نية التبرع. يتم عندها تحديد الأجر طبقا للأسس التي نص عليها المشرع في المادة (45) من قانون العمل الأردني[839]. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني بموجب نظام العاملين في المنازل. لم يتطرق إلى الحد الأدنى لأجر العامل المنزلي تاركاً لإرادة الأطراف تحديده. وكنا نتمنى على المشرع الأردني وضع حد أدنى لأجر العامل المنزلي وذلك أسوة بالعمال الخاضعين لقانون العمل بإضافة نص إلى نظام العاملين في المنازل أو إضافة نص يحيل من خلاله إلى أحكام الماده 52 من قانون العمل التي تعنى بتحديد الحد الأدنى للأجور من خلال لجنة مختصة يعينها وزير العمل.

---

[838] لتجاوز عقبة إثبات دفع أجر العمال في المنازل ألزمت وزارة العمل في الأردن منذ عام 2011 أصحاب المنازل بفتح حساب مصرفي للعمال لديهم يتم قيد رواتبهم فيه. مع رفض تجديد أي إقامة في حال عدم تقديم ما يشعر بذلك.

[839] - وقد نصت المادة 2/810 من القانون المدني على : (فإذا لم يكن الأجر مقدرا في العقد كان للعامل أجر مثله طبقا لما جرى عليه العرف فإذا لم يوجد عرف تولت المحكمة تقديره وفقا لمقتضيات العدالة).

وبالنتيجه وفي حال المخالفة يلتزم عندها صاحب المنزل بدفع الفرق إلى العامل المنزلي عند المطالبة وهو ما يتحقق معه حماية إضافية لعمال المنازل.

أما فيما يتعلق بالأجر العيني والذي يقصد به: الشيء الذي يقدمه صاحب العمل لعماله من المأكل والمشرب[840]. فقد ضمن المشرع هذه الحقوق لعمال المنازل مع استثنائها من الأجر. حيث اعتبرها من مستلزمات العمل اللائق وشروطه، عندما رتب التزاماً على صاحب المنزل في تأمين جميع احتياجات العامل المنزلي من ملبس، ومأكل، ومشرب وغرفه حسنة الإضاءه، والتهويه، ووسائل النوم والراحه[841]، وذلك بموجب نص المادة 4/د من نظام العاملين في المنازل.

كما يعتبر من ملحقات الأجر التي يلتزم صاحب المنزل بها تجاه العامل المنزلي غير الأردني نفقات استصدار إذن الإقامة، وتصريح العمل[842] ونفقات تأمين تذكرة سفر من بلده إلى المملكة، وكذلك تذكرة سفر العودة إلى بلاده في حال مضي سنتين على عمله لديه[843]. بالإضافه إلى نفقات الاتصال بأهله مرة واحدة في الشهر[844].

وتجدر الإشارة إلى أنه في حال تسبب العامل المنزلي بإتلاف أو فقد أدوات أو آلات أو منتجات يملكها أو يحوزها صاحب المنزل بسبب خطأه أو مخالفته تعليمات الأخير، لا يجوز عندها أن يتجاوز ما يقتطعه صاحب المنزل نظير الأشياء المفقودة أو كلفة إصلاحها عن أجر خمسة أيام في الشهر[845]. وهو ما يترتب عليه حماية إضافية لأجر العامل المنزلي من خلال استحقاقه أجر (25) يوم في حال تسبب بما ذكر. والتي توفر له ولمن يعيل بالنتيجة ما يعينهم لحياة كريمة.

---

840 - د.سيد رمضان ، مرجع سابق ص 137 .

841 - انظر نص المادة 4/د من نظام العاملين في المنازل والتي تنص : (- معاملة العامل باحترام وتوفير جميع متطلبات العمل اللائق وشروطه، وتأمين جميع احتياجاته من ملبس ومأكل ومشرب وغرفة حسنة الاضاءه والتهويه ووسائل النوم والراحة وحقه بالخصوصية).

842 وذلك بموجب الفقرة (أ) من المادة (4) من نظام العاملين في المنازل.

843 وذلك بموجب الفقرة (ز) من المادة (4) من نظام العاملين في المنازل.

844 وذلك بموجب الفقرة (هـ) من المادة (4) من نظام العاملين في المنازل.

845 بموجب الفقره (ب) من الماده رقم (5) من نظام العاملين في المنازل.

وعند انتهاء مدة العقد أو العمل لغير الأردني يتوجب إجراء مخالصة مالية بين صاحب العمل وعامل المنزل أمام الموظف المسؤول في وزارة العمل[846].

وبالنسبة لموقف المشرع الإماراتي فقد ضمن في نصوص قانون العمل الحق في الأجر للعامل، والمستقى من تعريف عقد العمل[847] وذلك نظير عمله لمصلحة صاحب العمل. والذي يستوي في أن يكون عيناً أو نقداً أو عيناً في جزء ونقداً في الآخر[848]. مع التزام صاحب العمل دفع الأجر مرة في الشهر على الأقل للعمال الذين تكون عقودهم شهريه أو سنويه، ودفعها مرة كل أسبوعين إلى من عقودهم خلاف ذلك[849].

---

[846] وذلك عملاً بالمادة (8) من نظام العاملين بالمنازل التي جاء فيها: يلتزم صاحب المنزل والعامل عند انتهاء مدة العقد أو مدة العمل باجراء مخالصة للحقوق العمالية بين الطرفين توقع أمام الوزارة ، ويحتفظ كل طرف بنسخة منه ، وقبل مغادرة العامل للبلاد اذا كان من غير الأردنيين.

[847] عندما عرفه في الماده رقم (1) بأنه : " كل اتفاق محدد المدة أو غير محدد المدة، يبرم بين صاحب العمل والعامل، يتعهد فيه الأخير بأن يعمل في خدمة صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به صاحب العمل.

[848] عندما عرف الأجر في المادة رقم (1) بأنه : كل ما يعطى للعامل لقاء عمله بموجب عقد العمل سواء أكان نقدا أم عينا مما يدفع سنويا أو شهريا أو أسبوعيا أو يوميا أو على أساس الساعة أو القطعة أو تبعا للإنتاج أو بصورة عمولات.
ويشمل الأجر علاوة غلاء المعيشة كما يشمل الأجر كل منحة تعطى للعامل جزاء أمانته أو كفاءته إذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل أو نظام العمل الداخلي للمنشأة أو جرى العرف أو التعامل بمنحها حتى أصبح عمال المنشأة يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعا.
كما أكدت نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي على الحق في الأجر للعامل عندما نصت على حق العامل المنزلي في الأجر، وذلك في معرض تعريفها لعقد العمل في الفقره رقم (1) من المادة 897 ، التي جاء فيها : " عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر". كما ساوى بين الأجر العيني والنقدي من خلال نص المادة (901) عندما نص في الفقره رقم (1) على : " أجر العامل هو ما يتقاضاه بمقتضى العقد من مال أو منفعة في أي صورة كانت. وفي حال غاب الاتفاق عن تحديد أجر العامل تتولى المحكمة تحديده وفقاً للفقرة رقم (2) من ذات الماده التي جاء فيها : " فإن لم يكن الأجر مقدراً في العقد كان للعامل أجر مثله طبقا لما جرى عليه العرف فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقديره وفقا لمقتضيات العدالة". وقد أحسن المشرع الإماراتي في ترك تحديد أجر العامل للمحكمة التي تولي معيار العدالة في تحديده.
وبالتالي يكون عدم تحديد أجر للعامل وفق المسلك الذي سلكه المشرع الإماراتي من خلال نصوص قانون المعاملات المدنية فيه حماية أكبر للعامل حيث ستقوم المحكمة بتحديده بعد الاستئناس برأي الخبراء.

[849] بموجب المادة رقم (56) التي جاء فيها : " العمال المعينون بأجر سنوي أو شهري تؤدى أجورهم مرة على الأقل في كل شهر، وجميع العمال الآخرين تؤدى أجورهم كل أسبوعين على الأقل. وبموجب القرار الوزاري رقم (788) لسنة 2009 في شأن حماية الأجور عندما قرر في

وفي حال مخالفة صاحب العمل وعدم التزامه بسداد أجور العاملين كما ذكر تقوم وزارة العمل بوقف المنشأة وفروعها[850].واذا لم يتم رفع المخالفة خلال ثلاثة شهور من تاريخ ثبوت المخالفه يصار إلى توجيه عقوبة الوقف الشامل[851]. وفي حال التكرار يتم سحب الترخيص.

كما نص على حماية إضافيه لاستلام الأجر تتجسد في تضييق طرق إثباته بمواجهة العامل، عندما حصرها في الكتابة، والإقرار، واليمين[852] مع ترتيب البطلان على أي اتفاق خلاف ذلك.

بالرغم من حصر طرق الإثبات فيما ذكر إلا أن المشرع الإماراتي وبموجب القرار الوزاري رقم (788) لسنة 2009[853] ألزم أصحاب العمل تحويل أجور العمال إلى المصارف والمؤسسات المالية في الدولة؛ ليسير بذات الاتجاه الذي سار عليه المشرع الأردني في نظام العاملين في المنازل في حصر إثبات دفع أجر العامل في الكتابة فقط. والذي من شأنه تقديم ضمان وحماية أفضل في التيقن من استيفاءه الأجر.

بالإضافة إلى تقنين أي حسم أو خصم على الأجر المستحق للعامل في سبيل توفير أكبر قدر من الحماية لأهم حق من حقوق العامل[854].

المادة رقم (1) إلزام جميع المنشآت المسجلة في الوزارة سداد أجور العاملين بها مرة على الأقل كل شهر أو في المواعيد التي تضمنها عقد العمل إن كانت أقل من شهر.

[850] ويتم رفع الوقف بقرار من وكيل الوزارة. وفقاً للفقرة (8) من المادة رقم (5) من القرار الوزاري رقم (851) لسنة 2001 بشأن وقف التعامل مع المنشآت المخالفة. كما عرفت المادة رقم (1) من القرار ذاته : "وقف المنشأه" بعدم منح المنشأة أي تصريح عمل جديد أو نقل كفالة لصالحها.

[851] بموجب المادة رقم (8) من القرار الوزاري السابق ذاته . كما يقصد بالوقف الشامل: عدم منح المنشأة المخالفة وأي منشأة تملكها أو تسهم فيها أي تصريح عمل جديد أو نقل كفالة لصالحها أو فتح بطاقة جديدة.

[852] عندما نص في المادة رقم (58) على أنه : لا يجوز إثبات الوفاء للعمال بالأجر المستحق لهم أيا كانت قيمته أو طبيعته إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين. ويعتبر باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ولو كان سابقا على العمل بهذا القانون.

[853] وذلك بموجب المادة رقم (2) من القرار الوزاري رقم (788) لسنة 2009 الذي جاء فيه : "على المنشآت المنصوص عليها بالمادة (1) من هذا القرار البدء اعتباراً من 2009/9/1 في تحويل كل أجور العاملين لديها إلى المصارف والمؤسسات المالية بالدولة عن طريق نظام حماية الأجور WPS وعلى أن تنتهي من ذلك خلال المدد المحددة لها بالمادة (3) من هذا القرار.

[854] وذلك في المادتين (60) و(61) من قانون العمل.

وقد ذهب المشرع الإماراتي في ذات الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع الأردني في حق صاحب العمل أن يحسم خمسة أيام من أجر العامل في حال تسبب في فقد أو إتلاف أي أدوات أو آلات أو منتجات يملكها أو يحوزها رب العمل. مع منحه الحق في أن يطلب من المحكمة المختصة في اقتطاع أكثر من ذلك إذا كان للعامل مال أو مورد آخر[855].

وصوب حماية أجر العامل من الاستغلال جاءت المادة (64)[856] من القانون لوضع حد أدنى للأجر يتم تحديده بموجب مرسوم يتم نشره في الجريدة الرسمية، والذي لم يصدر إلى الآن[857]. حيث نتمنى على المشرع الإماراتي سرعة العمل على إصدار المرسوم؛ لتحديد الحد الأدنى للأجور إعمالاً لنص المادة (64) من القانون فضلاً عن تأمين الحماية اللازمة للعامل من الاستغلال. ليسير بذلك في الاتجاه ذاته الذي سار عليه المشرع الأردني في قانون العمل. من خلال وضع حد أدنى للأجر وتعديله على ضوء التضخم وقوة النقد الشرائية. والتي ستحول دون شك بين صاحب العمل واستغلال حاجة العامل للعمل الذي قد يرتضي بأي أجر لتأمين قوته ومن يعيل.

ثانياً: الحق في الإجازات

تضمنت المادة رقم (7) من النظام أنواع الإجازات التي يحق للعامل المنزلي الحصول عليها. في حين نظمتها المواد (70،74،83،75) من قانون العمل

---

855 المادة (61) من قانون العمل الإماراتي.

856 التي جاء فيها : " تصبح الحدود الدنيا للأجور أو تعديلاتها نافذة اعتبارا من تاريخ نشر المرسوم المحدد لها في الجريدة الرسمية.

857 لا وجود لأي إشارة على الموقع الرسمي لوزارة العمل في دولة الإمارات(www.mol.gov.ae) ما يشير إلى صدور أي قرار حول تحديد الحد الأدني للأجور. كما يؤكد هذه النتيجة في عدم صدور أي قرار حول الحد الأدنى للأجور التقرير الذي نشرته منظمة هيومن رايتس ووتش في عام 2013و المنشور على الموقع www.hrw.org/ar/world-report-2012-12 تاريخ الاطلاع على الموقع 2015/01/18. كما نشرت صحيفة الإمارات اليوم خبراً صحفياً بتاريخ 2012/5/6 يتضمن مطالبة مجموعه من المعلمين في رفع الحد الأدنى للأجور. متوافر على الموقع www.emaratalyoum.com/local-section/education/2012-05-06-1.482072 تاريخ الاطلاع على الموقع 2015/1/18.

الإماراتي[858]. مع ضرورة الإشاره إلى تناول هذه الإجازات ضمن مشروع قانون العاملات في المنازل ضمن الحدود الضيقه التي تمكنا من الحصول على معلومات حولها[859] والتي سنذكرها في الهامش على سبيل الاستئناس.

وقد تم تقسيم هذه الإجازات الى:

1- عطلة نهاية الأسبوع : يحق للعامل المنزلي الحصول على عطلة أسبوعية[860]، أسوة بالعمال العاديين الذين يمنحهم القانون الحق في الحصول على عطلة يوم الجمعة من كل أسبوع. إلا إذا اقتضت طبيعة العمل غير ذلك [861]. مع عدم تحديد أي الأيام هو عطلة العامل الأسبوعية. حيث ترك أمر الاتفاق عليها بين العامل المنزلي وصاحب المنزل[862]. كما يكون للعامل المنزلي الحصول على يوم آخر إذا اضطر صاحب العمل لتشغيله في يوم عطلته المتفق عليها .

وقد ذهب المشرع الإماراتي في الاتجاه ذاته عندما حدد يوم الجمعة يوم راحة أسبوعية للعامل، ما لم تستدع الظروف تشغيلهم يوم الجمعة فيتم تعويضهم بيوم آخر مع احتساب (50%) بدل أجر إضافي في هذه الحالة[863]. وقد أحسن المشرع في منح العامل النسبة المذكورة على الأجر لما فيها من تشجيع للعامل على العمل يوم الجمعة للفائده المالية التي ستعود عليه. كما ستجنب صاحب العمل تكليف العامل في العمل يوم الراحة الأسبوعية له ما لم تكن هنالك ظروف جدية وحقيقية تستدعي ذلك[864].

---

858 في حين خلا قانون المعاملات المدنية الإماراتي من أي نوع من أنواع الإجازات.

859 كما ذكرنا في الهامش (26).

860 وذلك بموجب الفقرة (أ) من المادة (7) من نظام العاملين في المنازل.

861 - مادة (60) عمل أردني .

862 المرجع السابق.

863 عندما نص في المادة رقم (70) على : " يوم الجمعة هو يوم الراحة الأسبوعية العادي لجميع العمال فيها عدا عمال المياومة. فإذا استدعت الظروف تشغيل العامل في هذا اليوم وجب تعويضه يوما آخر للراحة أو أن يدفع الأجر الأساسي عن ساعات العمل العاديه مضافا إليه زيادة 50% على الأقل من ذلك الأجر.

864 كما تضمن مشروع قانون العاملات في المنازل الإماراتي الذي نشرته منظمة هيومن رايتس ووتش ذات الحق لعمال المنازل في منحهم يوم راحة أسبوعي مدفوع الأجر.

2- الإجازة السنويه : أقرَّ المشرع للعامل المنزلي إجازة سنوية[865] مدتها أربعة عشر يوما[866]، كما أجاز الاتفاق على تأجيلها إلى نهاية العقد؛ بمعنى أنه يمكن للعامل استبدال الإجازات السنوية عند نهاية عقده بالنقد.

في حين منح المشرع الإماراتي الحق للعامل في (30) يوم إجازة سنوية[867] إذا تجاوزت مدة العامل سنة واحده.

من جانبنا فإننا نؤيد موقف المشرع الأردني في قصر الإجازه السنوية إلى أسبوعين والراجع إلى طبيعة عمل عمال المنازل وضرورة وجودهم في منزل الأسرة. كما أن غالبية أصحاب المنازل قد يلجؤون إلى استقدام عاملي المنازل لرعاية الأولاد في غياب الأب والأم للعمل خارج المنزل، وهو ما لا يستوي معه الغاية التي تم لأجلها استقدام عامل المنزل. بالإضافه إلى أن المشرع منح العامل الحق في إرجاء إجازته السنوية إلى نهاية العقد واستبدالها بالمال وهو ما سيشكل معه أعباءً مالية إضافية على صاحب المنزل في حال استبدل العامل إجازته بالمال.

3- الإجازات المرضية : منح المشرع الأردني العامل المنزلي الحق في الحصول على إجازات مرضية مدفوعة الأجر مدتها أربعة عشر يوما خلال السنة[868]، وذلك أسوة بالعمال المشمولين بقانون العمل[869].

وقد جعلها المشرع الإماراتي خمسة عشر يوماً[870] مالم يكن العامل في فترة تجربة. حيث حرمه المشرع من الأجر أثناء إجازته المرضية[871].

---

[865] وذلك بموجب الفقرة (ب) من المادة (7) من نظام العاملين في المنازل.
[866] وهي المدة ذاتها التي منحها مشروع قانون العاملات في المنازل الإماراتي عندما حددها بمدة أسبوعين وفق التقرير المشار إليه.
[867] ويمنح العامل يومي إجازة عن كل شهر إذا قلَّت مدة عمله عن السنة. وفق الماده رقم (75) من قانون العمل الإماراتي.
[868] وذلك بموجب الفقرة (ج) من المادة (7) من نظام العاملين في المنازل.
[869] وتجدد الإجازة لمدة مماثلة إذا كان نزيل أحد المستشفيات أو بناء على تقرير تعتمده المؤسسة .المادة (65) من قانون العمل .
[870] وهي المدة ذاتها التي نص عليها مشروع قانون العاملات في المنازل الإماراتي وفق التقرير المذكور.
[871] بموجب أحكام المادة رقم (83) من قانون العمل الإماراتي.

ثالثاً: ساعات العمل

نظم المشرع بموجب نظام العاملين في المنازل أوقات عمل العامل المنزلي، والتي بموجبها تكون مجموع الأوقات التي يؤدي فيها العامل العمل المنزلي فعلياً بعشر ساعات في اليوم الواحد، ولا يحتسب منها الأوقات التي يقضيها العامل دون عمل، أو للراحه، أو تناول الطعام. ولصاحب المنزل تنظيم أوقات أداء العامل للأعمال المكلف بها خلال اليوم الواحد وفق ما تقتضيه طبيعة العمل وحاجة المنزل. وعلى صاحب المنزل منح العامل الفترة الكافية من ساعات النوم خلال اليوم الواحد بما لا يقل عن ثمان ساعات يومياً[872].

وبتقيمنا للمادة السادسة من النظام نجد أن المشرع قد نظم أوقات العمل المنزلي بعشر ساعات فعلية، وهذا يعني من الناحية الواقعية عدم قدرة العامل المنزلي، أو صاحب المنزل على قياس أوقات العمل اليومية. إن هذا التوجه منطقي نظرا لطبيعة العلاقة الخاصة التي تتكون بين صاحب المنزل والعامل المنزلي، مما يستوجب معها بالنتيجة عدم استحقاق العامل المنزلي لبدل ساعات العمل الإضافية .

في حين حدد قانون العمل ساعات العمل اليومية بثماني ساعات للعمال البالغين، أي ما مجموعه (48) ساعه أسبوعياً[873]. كما تصبح (9) ساعات يومياً في بعض الأعمال كالفنادق، والمقاصف، والحراسة.

رابعاً: احترام الحقوق الأساسية للعامل-

تحتل حماية الحياة الخاصة الاهتمام منذ القدم، وماتستهدفه من صون كرامة الإنسان، واحترام آدميته من خلال عدم التطفل عليه، وعدم انتهاك أسراره

[872] - المادة (6) من نظام العاملين في المنازل.
[873] وفق أحكام المادة رقم (65) من قانون العمل. كما لم نجد أي إشارة حول ساعات عمل عمال المنازل في مشروع القانون الإماراتي ضمن التقرير الذي اطلعنا عليه.

ومحادثاته، وسائر جوانب حياته الخاصة[874]. وبحكم الاحتكاك اليومي والطويل مع أصحاب العمل، قد يتعرض العامل المنزلي معها لانتهاكات تتعلق بحقه كإنسان، والتي قد تتراوح بين المعاملة اللاإنسانية التي تحط من كرامته، أو الاتجار به، أو نقله إلى دولة أخرى للإقامه مع صاحب العمل، أو الاعتداء على حياته، أوعدم تمكينه من ممارسة شعائره الدينيه، أو العمل في ظروف تفتقد معها شروط الصحة والسلامة العامة[875].

وقد أحسن المشرع الأردني بالنص على الحقوق الأساسية المتعلقة بحقه كإنسان، كما راعى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق العمال المهاجرين[876] ونشير إلى أهم الحقوق التي ضمنها المشرع بموجب النظام [877]وهي :

1- المعاملة الإنسانية[878] : قد يقع العامل المنزلي ضحية المعاملة اللاإنسانية، والحط من كرامته من قبل صاحب العمل[879]، والتي قد تمتد أحيانا إلى أقاربه. فلا يتم احترام أوقات الراحة، كما قد يتم احتجازهم في أماكن لا تليق بكرامة الإنسان، والتي قد تمتد أحيانا إلى المعاقبة الجسدية أو النفسية [880]. وقد أوجب المشرع

---

[874] -د.صلاح محمد أحمد دياب ، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة ، دار شتات للنشر ، 2010 ، ص 5.

[875] بموجب الفقرات (د)،و،(ط) من المادة (4) من نظام العاملين بالمنازل.

[876] - الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم ، اعتمدت بقرار الجمعية العامة 158/45،المؤرخ في 18 كانون الأول / ديمسبر 1990

[877] - A Rights-Based Approach: The Utilization of CEDAW to Protect by the Human Rights of Migrant Workers , New York University (NYU) - School of Law, Jennifer S. Hainsfurther http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279184

[878] - راجع المادة (10) والمادة (17) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم .

[879] - Puja Kapai , Minority Women: A Struggle for Equal Protection against Domestic Violence, Untitled Publication, B. Baines, D. Barak-Erez, T. Kahana, eds., Cambridge University Press, Forthcoming, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1680230

[880] - راجع د.ندى يوسف الدعيج ، حماية الخدم الخصوصيين في ظل قواعد القانون الدولي ، مجلة الحقوق/ الكويت العدد 1 لسنة 33 ، ص 204

الأردني على صاحب العمل معاملة العامل باحترام، كما ألزمه بتوفير سائر متطلبات العمل اللائق[881].

2- عدم استعباد العامل المنزلي : كأن يتم استقطابه للعمل بشكل قسري أو بطريق السخرة. فقد أوجبت المادة 11 من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على أن : (1- لا يعرّض العامل المهاجر، أو أي فرد من أسرته للاسترقاق، أو الاستعباد. 2- لا يلزم العامل المهاجر، أو أي فرد من أسرته بالعمل سخرة، أو قسراً) . ونشير إلى أن المشرع الأردني قد نص على مجموعة من الضوابط لحماية حقوق العمال العاملين في المنازل، والتي من شأنها منع صاحب العمل من استخدامهم بطريقة تؤدي إلى استعبادهم وهذه الضوابط هي :

أ- استخدام العامل في مكان إقامة صاحب المنزل المعتادة، أو المؤقتة مع أسرته، ولا يحق لسوى صاحب المنزل، أو أفراد أسرته إصدار أوامر العمل للعامل[882] .

ب- عدم اصطحاب العامل عند انتقال صاحب المنزل، وأسرته إلى دولة أخرى للإقامة المؤقتة إلا بموافقة العامل وبعد إعلام سفارة دولته[883].

ج- حق العامل المنزلي بالعودة إلى بلاده إذا لم يكن أردني الجنسية بعد انتهاء عقده، وعلى نفقة صاحب العمل[884]. وقد منح قانون العمل الإماراتي الحق ذاته للعامل في تأمين تذكرة سفر للعودة إلى بلاده[885]. وفي حال امتناع صاحب العمل

---

881 - راجع المادة (4) فقرة (د) من نظام العاملين في المنازل وطهاتها وبساتينها ومن في حكمهم الأردني .

882 - المادة 4/ب من نظام العاملين في المنازل وطهاتها وبستانييها ومن في حكمهم الأردني.

883 - المادة 4/و من نظام العاملين في المنازل وطهاتها وبستانييها ومن في حكمهم الأردني.

884 وذلك بموجب الفقرة (ز) من المادة (4) من نظام العاملين في المنازل التي جاء فيها : (تأمين تذكرة سفر وعلى نفقته للعامل غير الأردني من بلده الى المملكة ، وكذلك تذكرة سفر للعودة إلى بلاده في حال مضي سنتين على عمله لديه)

885 بموجب الماده (130) من قانون العمل التي نصت على : " يتحمل صاحب العمل عند انتهاء العقد نفقات عودة العامل إلى الجهة التي استقدمه منها أو إلى أي مكان آخر يكون الطرفان قد اتفقا عليه، وإذا التحق العامل بعد انتهاء عقده بخدمة صاحب عمل آخر كان هذا الأخير ملتزما بنفقات سفر العامل عند انتهاء الخدمة، ومع مراعاة ما نص عليه في البند السابق إذا لم يقم صاحب العمل بترحيل العامل ولم يف بمصروفات ترحيله قامت السلطات المختصة بذلك على نفقة صاحب

عن تأمين تذكرة السفر للعامل تقوم السلطات المختصة بتأمين التذكرة للعامل لترجع بعد ذلك على صاحب العمل. لتوفر بذلك عناء المطالبة القضائية على العامل وتأمين سرعة سفره وعودته إلى بلاده.

تجدر الإشارة إلى أن استقطاب الأشخاص، أو نقلهم، أو إيوائهم، أو استقبالهم بغرض استغلالهم عن طريق التهديد بالقوه، أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر، أو الاختطاف، أو الاحتيال، أو الخداع، أو استغلال السلطة، أو استغلال حالة ضعف، أو إعطاء، أو تلقي مبالغ مالية، أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص؛ تعد جريمة وفقا لقانون منع الاتجار بالبشر الأردني [886]. الذي عرف الاستغلال بموجب المادة (3) منه أنها : استغلال الأشخاص في العمل بالسخرة أو العمل قسراً، أو الاسترقاق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء، أو في الدعارة، أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي[887].

3- حق العامل بممارسة شعائره الدينية : كفلت المادة (12) من الاتفاقية الدولية بحقوق العمال المهاجرين وأسرهم حق الاعتقاد والتفكير[888] وقد أخذ المشرع

العمل ويجوز لهذه الجهة تحصيل ما انفقته بطريق الحجز. فإذا كان سبب إنهاء العقد يرجع إلى العامل جرى ترحيله على نفقته إذا كان لديه ما يفي بذلك.

[886] - قانــون منع الاتــجار بالبشر لسنة 2009 ، والمنشور بالعدد رقم بالجريدة الرسمية 4952 بتاريخ 01-03-2009

[887] - Stephanie Farrior , Human Trafficking Violates Anti-Slavery Provision: Introductory Note to Rantsev v. Cyprus and Russia - European Court of Human Rights ,Vermont Law School ,International Legal Materials, Vol. 49, 2010 ,Vermont Law School Research Paper No. 10-36 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1598305

[888] - تنص المادة (12) : (1- للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم الحق في حرية الفكر والضمير والدين. ويشمل هذا الحق حرية أن يكون لهم دين أو معتقد يختارونه أو أن يعتنقوا هذا الدين أو المعتقد، وحرية إظهار دينهم أو معتقدهم، إما منفردين أو مع جماعة وعلنا، أو خلوة، عبادة وإقامة للشعائر، وممارسة وتعليما. 2- لا يعّرض العمال المهاجرون وأفراد أسرهم لإكراه ينتقص من حريتهم في أن يكون لهم دين أو معتقد يختارونه، أو أن يعتنقوا هذا الدين أو المعتقد، 3- لا تخضع حرية إظهار الفرد لدينه أو معتقده إلاّ للقيود التي يقررها القانون وتقتضيها حماية السلامة العامة، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة أو حقوق الغير وحرياتهم الأساسية.

الأردني بهذا المبدأ عندما مكَّن العامل المنزلي من ممارسة شعائره الدينية بحرية. شريطة ألاّ تتعارض مع النظام العام والآداب العامة السائدة في الأردن[889] .

4- حق العامل بالاتصال بأهله : تضمنت المادة رقم (4/ ه) هذا الحق للعامل المنزلي. عندما نصت على أن يقوم صاحب المنزل بـ : (تمكين العامل من الاتصال بأهله في الخارج هاتفيا وعلى نفقة صاحب المنزل مرة واحدة في الشهر، وللعامل الحق في مكالمات إضافية على نفقته الخاصة، وكذلك حقه في مراسلتهم خطياً).

5- حق العامل في الحصول على الرعاية الصحية : بموجب هذا الالتزام يتعين على صاحب المنزل أن يوفر وعلى نفقته الرعاية الصحية والطبية اللازمة للعاملين في المنزل[890].

6- المساواة وحظر التمييز : بينت المادة رقم (18) من اتفاقية حماية حقوق العاملين المهاجرين وأسرهم حق مساواة العمالة المهاجرة بمواطني الدولة المضيفة أمام المحاكم، عندما نصت على أنه : (للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم الحق في المساواة مع رعايا الدولة المعنية أمام المحاكم بأنواعها[891]. وعند إثبات أية تهمة جنائية ضدهم، أو تحديد حقوقهم والتزاماتهم في دعوى قضائية يكون من حقهم سماع أقوالهم بطريقة عادلة وعلنية أمام محكمة مختصة ومستقلة ونزيهة تعقد وفقا للقانون.)[892].

أما عن موقف المشرع الإماراتي فقد اكتفى بمنح العامل الحق بترك العمل دون توجيه إنذار لصاحب العمل إذا وقع عليه اعتداء من قبل صاحب العمل أو من

---

889 - وذلك بموجب الفقرة (ط) من المادة (4) من نظام العاملين في المنازل. لمزيد من التفصيل يراجع ندى الدعيج ، مرجع سابق ص 209 .

890 - وذلك بموجب الفقرة (ح) من المادة (4) من نظام العاملين في المنازل.

891 - انظر لمزيد من التفصيل وبيان حالات :
The British Journal of Criminology, Vol. 49, Issue 2, pp. 165-183, 2009, Policing Housemaids: The Criminalization of Domestic Workers in Bahrain By Staci Strobl

892 - لمزيد من التفصل حول هذا الحق والحق في التقاضي والضمانات انظر: د. ندى الدعيج مرجع سابق ص 209- 215

يمثله[893]. وبالتالي قصر المشرع الاعتداء الفعلي أو القولي الذي قد يتعرض له العامل فقط، وإغفال باقي الحقوق وأوجه الحماية التي نص عليها المشرع الأردني. وهو ما ينبغي معه تضمين مشروع قانون العاملات في المنازل الإماراتي نصوصا تحفظ لعمال المنازل كرامتهم وتحميهم من الاعتداء عليها. مع سرعة العمل بالنتيجة على سنّ وإصدار القانون[894].

المطلب الثاني

التزامات عمال المنازل

حددت المادة رقم (5) من نظام العاملين بالمنازل الالتزامات التي تقع على عاتق العامل المنزلي والتي سنبحثها تباعا.

الالتزام الأول: الإخلاص بالعمل المنزلي

إن الأمانة والإخلاص في تنفيذ العقود تمثل مبدأً مهماً، ومحوراً أساساً لضمان حسن صياغة وتكوين وتنفيذ العقود بما يحقق استقرار المعاملات بين أطرافه، ويفرض إعمال هذا المبدأ على أطراف العقد تبني روح التعاون، والتظافر، والتكامل من أجل تحقيق أفضل تنفيذ ممكن للعقد.

إن هذا الالتزام يقابل ما نصت عليه المادة (202) من القانون المدني الأردني [895] والمادة (246) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي جاء فيها : (1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

---

[893] كما منحه ذات الحق في حالة إخلال صاحب العمل بالتزاماته المنصوص عليها في عقد العمل أو في القانون. عندما نص في الماده (121) على" يجوز للعامل ان يترك العمل دون انذار في احدى الحالتين الآتيتين: أ- اذا اخل صاحب العمل بالتزاماته قبل العامل المنصوص عليها في العقد او القانون. ب- اذا وقع من صاحب العمل او من يمثله قانونا اعتداء على العامل

[894] وخصوصاً في ظل معاناة العديد من عاملات المنازل في الإمارات من الاعتداء البدني والجنسي والحرمان من الطعام. وفق ما ذكر التقرير الصادر عن منظمة هيومن رايتس ووتش. يمكن الاطلاع على التقرير من خلال الرابط: www.hrw.org/world-report/2013/country-chapters تم الاطلاع على الموقع تاريخ 2015/1/22.

[895] - تقابل نص المادة 1/148 من القانون المدني المصري

وبموجب الفقرة الثانية من المادة المشار إليها يمكن اعتبار المشرع قد اعتمد الأمانة ضابطاً لتفسير حسن النية، التي جاء فيها : "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، وطبيعة التصرف" .

فمستلزمات العمل داخل المنزل تحتاج إلى إسباغ العلاقة - القانونيه بين العامل المنزلي وصاحب المنزل بسبغة أخلاقية؛ فالأمانة والإخلاص - من مرتكزات العمل داخل المنزل، ويجب على كل طرف أن يعي بوجود الطرف الآخر ويقف بجواره جنباً إلى جنب لتحقيق أفضل النتائج المرجوة من العقد[896].

من هنا جاء إرساء المشرع الأردني هذا المبدأ في البند (1) من الفقرة (أ) من المادة (5) من النظام وتأكيده أهمية الأخلاق ودورها في العلاقه القانونية التي تربط العامل بصاحب العمل، وما تحتمه على العامل المنزلي من أن يعمل بضمير، ويتحرك بباعث ورغبة ذاتية نحو تحقيق أكبر نجاح ممكن للمنزل الذي يعمل به، مع إدراكه أهمية تجاوز مصالحه الخاصه، من أجل تحقيق مصالح صاحب المنزل.

الالتزام الثاني: احترام خصوصية المنزل الذي يعمل فيه

ألزم المشرع الأردني العامل المنزلي الحفاظ على خصوصية المنزل الذي يعمل به[897]. هذا ويقصد بالخصوصية في اللغه حالة الخصوص : يقال خصَّه بالشيء خصوصاً وخصوصية - بضم الخاء وفتحها - إذا جعلته له دون غيره وخصصته بالتثقيل مبالغة ، واختصصته به ، فاختص به وتخصص وخص الشئ خصوصاً[898].

---

[896] - د.صلاح محمد أحمد دياب ، التزام العامل بالامانة وإلاخلاص في علاقات العمل الفردية ، دار الكتب القانونية ، 2010 ص 18

[897] وذلك بموجب البند 2 من الفقره أ من المادة 5 من نظام العاملين في المنازل.

[898] -"المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. تأليف ونشر أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ نسخة الكترونية متوفره على الرابط التالي:
files.books.elebda3.net/elebda3.net-wq-4030.pdf تاريخ الرجوع على الموقع 2015/01/20.

يلاحظ اقتراب التعريف من مفهوم السر، مع أنها ليست مرادفة له، ذلك أن السرية تفترض الكتمان والتخفي، في حين أن الخصوصية وإن كانت تفترض قدراً من الكتمان والتخفي إلا أنها قد تتوافر بالرغم من انعدام السرية[899].

هذا وقد ذهب رأي[900] إلى أن إضافة واستخدام مصطلح حق الخصوصية، تستخلص منه النسبية التصويرية، فيكون معنى هذه الإضافة من الناحية اللغوية : هو حق الشخص في أن ينفرد بأمور لنفسه، أو خاصته، على ألا تتخذ صفة العموم.

بناءً على هذا التعريف، ومضمون التزام العامل المنزلي بالحفاظ على خصوصية المنزل[901] الذي يعمل به. فإنه يتعين عليه الحفاظ على الأمور التي تخص المنزل والتي يعتبرها صاحب المنزل أو أفراد الأسرة أموراً خاصة. كما تمتد الخصوصية إلى سائر المحادثات التي تتم داخل المنزل[902].

الالتزام الثالث: عدم إفشاء الأسرار التي يطلع عليها

السر هو ما يكتم وهو خلاف الإعلان والجمع الأسرار ، وأسررت الحديث إسراراً أخفيته يتعدى بنفسه[903]. وبالتالي كل ما هو ليس للعلن يعد سراً.

---

899 - د.عماد حمدي حجازي ، الحق في الخصوصية ومسئولية الصحفي ، دار الفكر الجامعي - 2008 ص19 نقلا عن د.عبد اللطيف هميم- جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة وعقوبتها في الشريعة والقانون ص107

900 - المرجع السابق ص 19 .

901 يقصد بالمنزل: مسكن الإنسان، وهو المكان الذي ينسحب اليه المرء من الحياة الاجتماعية لينشد فيه الهدوء والسكينة - ويعتبر المسكن المكان المغلق المعد للسكن، ولا يجوز للغير الدلوف إليه إلا بإذن صاحبه فهو مستودع أسراره، ويستمد حرمته من حرمة صاحبه. د. محمد محمد الشهاوي –الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصةفي مواجهة الصحافة ، دار النهضة العربية الطبعة(1) ص(6). كما حظي المسكن باعتباره عنصر من عناصر الحق في الخصوصية بالحماية التشريعية عندما نصت المادة 10 من الدستور الأردني " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ". تقابل نص المادة 44 من الدستور المصري.

902 -لمزيد من التفصيل حول خصوصية عمال المنازل والتطور التاريخي لهذا الحق يمكن الاطلاع على in the privacy of our home :forgin domestiv workers as soloution to the Crisis in the Domestic sphere in canda . studies in political Economy 28/spring 1989 – Sedef Arat –KOC

903 المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مسألة (س ر ر) مرجع سابق.

يعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي تقع على عمال المنازل فهو جوهر الثقة وأساسها الذي تنطلق منه سائر الالتزامات ، والإخلال به يهدم الثقة التي هي أساس علاقتهم بمخدوميهم. ولما كانت طبيعة عمل عمال المنازل تقتضي منهم الوجود بالقرب من مخدوميهم، الأمر الذي يسهل معه الاطلاع على حياتهم وأسرارهم الخاصة. والمعيار المتبع في تحديد ما يعد سراً هو ما يخالف العلن. وبالتالي يشمل هذا المفهوم كل ما تحتفظ به الأسرة وتخص ذاتها به.

هذا وقد ألزم المشرع الأردني[904] عمال المنازل بعدم إفشاء أسرار مخدوميهم التي اطلعوا عليها بحكم عملهم. مع عدم تحديد جزاء في حال المخالفة وهو ما يستتبع معه تطبيق القواعد العامه للمسؤولية في القانون المدني.

كما رتب المشرع الإماراتي عقوبة على العامل الذي يفشي أسرار منشأته تتمثل في حق صاحب العمل في فصله من العمل دون إنذار[905].

الالتزام الرابع: المحافظة على محتويات و ممتلكات صاحب المنزل

إن تنفيذ هذا الالتزام في المحافظه على محتويات وممتلكات صاحب المنزل[906] يتطلب وفقاً لمبادئ الأمانة والإخلاص في تأدية العمل من العامل المنزلي. أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية العمل المنزلي من أدوات، ومواد، وسائر اللوازم الخاصة بعمله، وأن يقوم بالمحافظة على محتويات المنزل؛ كالأثاث والأواني وغيرها، وأن يقوم بجميع الإجراءات الضرورية للمحافظة عليها وصيانتها.

مع ترتيب المشرع جزاءً على العامل المنزلي في حال تسبب في فقد، أو إتلاف أدوات، أو آلات، أو منتجات يملكها، أو يحوزها صاحب المنزل، أو كانت

---

904 في الفقرة (3) من المادة رقم (5) من نظام العاملين في المنازل.

905 سنداً لأحكام المادة (120) من قانون العمل التي نظمت الحالات التي يجوز لصاحب العمل إنهاء عقود العمل دون إنذار. كما تضمن مشروع قانون العاملات في المنازل الإماراتي عقوبة الحبس لمدة ستة أشهر والغرامة (100000) درهم للعاملة التي تفشي سر مخدوميها. وفق التقرير الذي نشرته منظمة هيومن رايتس ووتش، مرجع سابق.

906 وذلك بموجب البند (2) من الفقرة (أ) من المادة (5) من نظام العاملين بالمنازل.

في عهدته وكان ذلك ناشئاً عن خطئه ، أو مخالفته تعليمات صاحب المنزل. إذ لصاحب المنزل أن يقتطع من أجر العامل قيمة الأشياء المفقودة أو التالفة أو كلفة إصلاحها. على أن لا يزيد ما يقتطع لهذا الغرض عن أجر خمسة أيام في الشهر، ولصاحب المنزل حق اللجوء إلى المحاكم النظامية المختصة للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تسبب بها العامل[907].

بينما يتم الرجوع على العامل وفق القانون الإماراتي بحسب قواعد المسؤولية العقدية التي تناولتها بالتنظيم نصوص قانون المعاملات المدنية.

كما يلاحظ أن المشرع الأردني قد شدد على عقوبة السرقات التي قد يرتكبها عامل المنزل. عندما عاقب الخادم الذي يسرق مخدومه، أو ضيوف مخدومه بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات بموجب نص المادة (406) من قانون العقوبات الأردني[908]، كما اعتبر يد العامل المنزلي يد أمانه على محتويات المنزل. وتبديد هذه الأموال يعرض الخادم للمسؤولية الجزائية عن جرم إساءة الأمانة خلافا لأحكام المادة (423) وبدلالة المادة (422) من قانون العقوبات [909].

وهو الاتجاه ذاته الذي ذهب إليه المشرع الإماراتي في التشديد على عقوبة السرقة التي تقع في مكان العمل عندما نص في المادة (388) من قانون العقوبات[910] على : " ... ويعاقب بالسجن مدة لاتقل عن خمس سنوات ولاتزيد على سبع سنوات إذا وقعت السرقة من أحد العاملين في المكان الذي يعمل به أو إضراراً بمتبوعه".

---

907 - بموجب الفقرة (ب) من المادة (5) من نظام العاملين بالمنازل .

908 - يعاقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات على السرقات التي تحصل في حال من الأحوال الآتية:

ب- أن يكون السارق مستخدماً أو عاملاً أو صانعاً أو تلميذاً في صناعة ويسرق من بيت أستاذه أو مخزنه أو معمله

909 - وفي قضايا الاحتيال وفقا للمادة (423) : تكون العقوبة الحبس من سنتين إلى ثلاث سنوات إذا كان مرتكب الأفعال المبينة في المادة السابقة :

1- خادماً بأجرة أو عاملاً لدى صاحب العمل ، وكان الضرر الناشئ عنها موجها إلى مخدومه أو صاحب العمل .

910 قانون العقوبات الإتحادي رقم (3) لسنة (1987).

الالتزام الخامس: احترام عادات وتقاليد المجتمع السائدة

يقصد بالعادات : الإشارة إلى أشكال وطرق التفكير والسلوك المستقرة عند الأفراد والجماعات، وتصف الممارسات الروتينيه للحياة اليومية، والأحكام الداخلية ضمن الروتين والنماذج الحضارية المستمدة من التصرفات المتكررة والمستقرة [911]. حيث يتعارف الناس في كل مجتمع على مجموعة من الآداب والقواعد التي يحرصون على مراعاتها، واتباعها في علاقاتهم المتبادلة، أو في مظهرهم، أو ملبسهم ويتواترون على ذلك، فتصبح من تقاليد هذا المجتمع.

ويقصد بالتقاليد : نماذج سلوكية ينبغي الالتزام بها من قبل الأفراد لما لها من أهمية تقليدية، واجتماعية، وحضارية بالغةً في التفاهم والمودة والتماسك والوحدة [912].

ويقول علماء الاجتماع القانوني[913] : إن الوقوف ضد التعاليم الأساسية للتقاليد وممارسة طقوسها يستلزم العقاب ضد المخالفين، والخارجين عن مفاهيمها ونصوصها ورسالتها السلوكية، والخلقية المشتقة من العادات، والأعراف والقيم والطقوس الاجتماعية .

من هنا جاء اهتمام المشرع بالعادات والتقاليد التي ينبغي على عمال المنازل مراعاتها[914] مع التوسع في نطاق هذا الالتزام. حيث شمل عادات وتقاليد المجتمع بأسره؛ لا أسرة صاحب المنزل فحسب. ذلك أن عادات صاحب المنزل هي جزء لا يتجزأ من عادات وتقاليد المجتمع.

---

911 - د.إحسان محمد الحسن ، علم الاجتماع القانوني ، دار وائل للنشر ، 2008 ،الطبعة 1 ، ص 123 . نقلا عن د. محمد رجب .القيم والعادات والتقاليد العربية ، دراسات في المجتمع العربي ، اتحاد الجامعات العربية ، عمان : 1985 ، ص 307 .

912 المرجع السابق، ص 310 .

913 - لمزيد من التفصيل راجع د.إحسان محمد الحسن ، مرجع سابق ، ص 122- 125

914 وذلك بموجب البند (4) من الفقرة (أ) من المادة (5) من نظام العاملين في المنازل.

الالتزام السادس: عدم ترك خدم المنازل للمنزل أو التغيب عنه

أوجب المشرع الأردني على العامل المنزلي عدم ترك المنزل، أو التغيب عنه دون موافقة صاحب المنزل وعلمه بمكان وجوده[915]. والراجع إلى طبيعة العلاقة والمهام والواجبات التي يلتزم بها العامل المنزلي.

وفي حال هروب العامل المنزلي يتحمل في هذه الحالة وفق نظام العاملين في المنازل جميع الالتزامات المالية المذكورة في عقد العمل، بالإضافه إلى تكلفة عودته إلى بلده[916].

كما اعتبر المشرع الإماراتي انقطاع العامل عن عمله لمدة سبعة أيام متتالية دون علم صاحب العمل بمكانه وعدم وجود عذر مشروع لانقطاعه هروباً[917]. وعند ثبوت هروب العامل يحرم حرماناً دائماً من العمل في الدولة[918].

الخـاتمه

نصل من خلال هذا البحث إلى أن الرابطة الخاصة بين عمال المنازل وأصحابها هي الدافع إلى استثناء فئة العاملين في المنازل من الخضوع لأحكام قانون العمل في كل من التشريعين الأردني والإماراتي. مع سنّ تشريع خاص بهم في نهاية المطاف من قبل المشرع الأردني لوضع حد أدنى من الحقوق والالتزامات المتبادله بين أصحاب العلاقة.

---

[915] وذلك بموجب البند (5) من الفقرة (أ) من المادة (5) من نظام العاملين في المنازل.

[916] شريطة ألا يكون صاحب العمل هو المتسبب في هروب العامل وفقاً للفقرة (ج) من المادة رقم (5) من نظام العاملين في المنازل.

[917] بموجب المادة رقم (1) من القرار الوزاري رقم (721) لسنة 2006 بشأن إجراءات بلاغات الهروب ، تاريخ : 2006/9/11. ويتعين على صاحب العمل إخطار الوزاره بهروب العامل خلال ثلاثة شهور . وفي حال ضبط العامل وعدم إخطار الوزاره خلال المدة المذكورة يتم إلغاء كفالة العامل بالحرمان وإلزام المنشأة بتقديم قيمة تذكرة تسفيره وسداد الغرامة المستحقة حتى تاريخ الإلغاء وتحويل المنشأة إلى الفئة (ج) وإلزامها بدفع عشرة الآف درهم رسماً عن تأخير تصحيح أوضاعها.

[918] وفقاً للمادة رقم (11) من القرار الوزاري رقم (721) لسنة 2006، المرجع السابق.

إن الخطوة التي خطاها المشرع الأردني في سنّ نظام العاملين في المنازل ومن في حكمهم منحت العديد من الحقوق والمزايا للعاملين في المنازل لم تكن ممنوحة لهم في ظل أحكام القانون المدني . كما تجاوزت في بعضها الحقوق الممنوحة للعمال الخاضعين لأحكام قانون العمل الإماراتي؛ فإلى جانب الحق في الإجازات المرضية، والأسبوعية، والسنوية. تم منح هذه الفئة الحق في الملبس، والمأكل، والإقامة، تذاكر السفر من وإلى بلدهم، وغير ذلك من الحقوق التي لاتتناسب مع التزاماتهم وفق ما نص عليه نظام العاملين في المنازل حيث جاءت بمجملها حول صيانة وحفظ الخصوصية والسرية وغير ذلك من الالتزامات التي لاتتعدى بمجموعها القواعد العامة التي نص عليها القانون المدني الأردني.

كما لا نغفل أن الحقوق التي منحها النظام لعمال المنازل قد شكلت التزامات وأعباء إضافية على أصحاب المنازل دفعت بالنتيجة إلى استغناء العديد منهم عن استقدام أو استخدام عمال في المنازل.

وصوب تحقيق التوازن في الحقوق والواجبات نتمنى على المشرع الأردني استبدال طبيعة التزام عمال المنازل ليصبح مسؤولية الشخص الحريص وليس الشخص المتوسط الحيطة والحذر . أو أن يسلك الاتجاه الذي ذهبت إليه الاتفاقية الدولية في أن يؤدي العامل المنزلي إلى ناتج أو خدمة وفقا لمواصفات صاحب العمل لما في ذلك من التزام أكبر يقع على عاتق عمال المنازل يدفعهم الى تأدية التزام يليق بالحقوق التي منحت لهم. والذي سيشجع أصحاب المنازل ولاشك على استخدامهم.

كما نتمنى على المشرع الإماراتي أن ينهج نهج المشرع الأردني في سنّ قانون خاص بعمال المنازل أو من في حكمهم يحفظ من خلاله حقوق والتزامات تلك الفئة على وجه الخصوص .

قائمة المراجع والمصادر

1- الصحاح في اللغة، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الناشر دار العلم للملايين، لبنان، ط 4. 1990.
2- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. تأليف ونشر أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ متوفر على الرابط التالي :
files.books.elebda3.net/elebda3.net-wq-4030.pdf تاريخ الرجوع على الموقع 2015/01/20.

باللغة العربية:

3- د.آريفان مصطفى محمد، عقد الخدمة في المنزل، دار الكتب القانونية، 2010.
4- د.احسان محمد الحسن، علم الاجتماع القانوني، دار وائل للنشر، 2008 الطبعة 1.
5- د.إهاب حسن اسماعيل، الوجيز في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ،ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1976 .
6- د. بشار الملكاوي، أهم المبادئ القانونية التي تحكم عقد العمل الفردي في قانون العمل الأردني، دار وائل للنشر، ج 5 طبعة 1.
7- د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل، دار الثقافة ، الأردن- عمان 2010.
8- د. صلاح محمد أحمد دياب، التزام العامل بالأمانة وإلاخلاص في علاقات العمل الفردية، دار الكتب القانونية، 2010 .
9- د. صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار شتات للنشر، 2010.
10- د.عبد اللطيف هميم- جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة وعقوبتها في الشريعة والقانون.دون دار نشر أو سنة نشر.
11- د.على عوض حسن – الوجيز في شرح قانون العمل – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية. دون سنة نشر.
12- د.عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسئولية الصحفي، دار الفكر الجامعي، 2008 .
13- د.غالب على الداوودي، شرح قانون العمل، دار وائل للنشر، الأردن – عمان، 2004 .
14- د.محمد رجب، القيم والعادات والتقاليد العربية، دراسات في المجتمع العربي، اتحاد الجامعات العربية، عمان، 1985.
15- د.محمد محمد الشهاوي، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في مواجهة الصحافة، دار النهضة العربية الطبعة(1)، دون سنة نشر.
16- د.منصور ابراهيم العتوم، شرح قانون العمل الأردني، الطبعة الثالثة، 2008.

باللغة الإنجليزية:

17-Brain A . A Langille , what is international Labor Law For ? – Law&Ethics of Human Rights voLume 3 . Issue 1 . 2009.articl3
18-Jennifer S. Hainsfurther, A Rights-Based Approach: The Utilization of CEDAW to Protect the Human Rights of Migrant Workers ,, New York University (NYU) - School of Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279184

19-Robert J . Flanagan, Labour Standards a International Competitive Advantage, in International Labour Standards: Globalization, Trade and Public Policy 15, 17(Robert J. Flanagan & William B. Gould ed., 2003).
20-Sedef Arat –KOC , in the privacy of our home :forgin domestiv workers as soloution to the Crisis in the Domestic sphere in canda . studies in political Economy 28/spring 1989.
21-Staci Strobl, Policing Housemaids: The Criminalization of Domestic Workers in Bahrain, The British Journal of Criminology, Vol. 49, Issue 2, pp. 165-183, 2009
22-Stephanie Farrior , Human Trafficking Violates Anti-Slavery Provision: Introductory Note to Rantsev v. Cyprus and Russia - European Court of Human Rights ,Vermont Law School ,International Legal Materials, Vol. 49, 2010 ,Vermont Law School Research Paper No. 10-36
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1598305
23- Puja Kapai , Minority Women: A Struggle for Equal Protection against Domestic Violence, Untitled Publication, B. Baines, D. Barak-Erez, T. Kahana, eds., Cambridge University Press, Forthcoming, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1680230

الأبحاث:

23- د.ندى يوسف الدعيج، حماية الخدم الخصوصيين في ظل قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق/ الكويت العدد 1 لسنة 33 .

الأنظمة والقوانين:

24- قانون خدم المنازل السوداني لسنة 1955.
25- قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996 وتعديلاته .
26- قانون العمل في القطاع الاهلي البحريني رقم 23 لسنة 1976.
27- قانون تنظيم علاقات العمل الاتحادي (الاماراتي) رقم 8 لسنة 1980
28- - القانون المدني الأردني، رقم 42 لسنة 1976.
29- قانون المعاملات المدنيةالإماراتي رقم 5 لسنة 1985.
30- قانـــون منع الاتـــجار بالبشر لسنة 2009 ، والمنشور بالعدد رقم بالجريدة الرسمية 4952 بتاريخ 2009-03-01.
31- قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960، المعدل بالقانون رقم 33 لسنة 2002.
32- قانون العقوبات الاتحادي(الاماراتي) رقم 3 لسنة 1987.
33- قواعد وشروط العمل الخاصة بالمستخدمين بالمنازل العمانية رقم 2004/189 الصادر في 16 يونيو 2004
34- نظام العاملين في المنازل وطهاتهم ومن في حكمهم لسنة 2009 والصادر بموجب الفقرة ب من المادة (3) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996المنشور في الصفحة (5348)، عدد 4989 تاريخ 2009/10/1.

الاتفاقيات:

35- اتفاقية بشأن العمل في المنزل – المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية – جنيف الدورة 83 والمنعقدة بتاريخ 4/حزيران/1996 والمعتمدة بتاريخ 20/حزيران/1996.
36- الاتفاقيه الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم ، اعتمدت بقرار الجمعية العامة 158/45،المؤرخ في 18 كانون الأول / ديمسبر 1990

الأحاديث التي كرّرها البخاري في صحيحه سندًا ومتنًا

أد. عبد العزيز دخان

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ـ جامعة الشارقة

مقدّمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، من أرسله الله رحمة للعالمين، وحجّة الله على الناس أجمعين، سيدنا محمد بن عبد الله، وعلى آله وأصحابه ومن استنّ بسنّته، واقتدى أثره إلى يوم الدين.

أمّا بعد :

فإنّ المكررات في كتب السنّة ـ وخاصّة صحيح البخاري ـ ظاهرة علمية، حظيت باهتمام العلماء ودراساتهم، فاجتهدوا في تمييزها، وبيان أغراض البخاري منها، ومنهجه فيها، وعددها، ومواضعها، وأنواعها.

وقد كنت أطالع فتح الباري، فوقع نظري على ما قاله الحافظ ابن حجر في معرض حديثه عن المكررات في صحيح البخاري؛ فقد ذكر في الفائدة الثانية : أنّ البخاري لا يعيد الحديث إلاّ لفائدة، وأنّ ذلك قد يكون في السند فقط، وقد يكون في المتن فقط، وقد يكون فيهما معا، ثمّ ختم كلامه بقوله: (فلا يوجد في كتابه حديث على صورة واحدة في موضعين فصاعدا إلاّ نادرا)[919].

وقد دفعني هذا الكلام إلى متابعة البحث في هذه المسألة، فتبيّن لي أنّ هناك مواضع من صحيح البخاري وقع فيها تكرير الحديث في أكثر من موضع، بسنده ومتنه تماما، دون أدنى تغيير، أو باختلاف يسير في المتن، مع بقاء تكرير السند كما هو.

وقد رأيت من العلماء من يذكر أنّ هذا النوع من المكررات نادر أو قليل جدّا عند البخاري، وقد حدّه الحافظ ابن حجر بما لا يزيد عن عشرين حديثا.

وقد تبيّن لي أنّ ما قاله ابن حجر إن كان يقصد تكرير الحديث بسنده ومتنه دون أدنى تغيير، وهو الذي عدّه بعض العلماء المكرّر الحقيقي[920]، فربّما لن يبلغ هذا

([919]) فتح الباري، 105/1 - 106.

([920]) وهو العيني في عمدة القاري، 164/16.

العدد، وإن كان المقصود تكرير الحديث بسنده ومتنه، مع وجود اختلاف يسير في المتن، فالعدد يزيد عن ذلك كثيرا، من خلال ما جمعته من ذلك، بعد متابعة ما ذكره شرّاح الحديث ـ ومنهم ابن حجر نفسه ـ، أو من خلال قراءاتي في صحيح البخاري.

ولمّا تجمّعت عندي هذه المعلومات نشطت همّتي إلى جمع هذه الأحاديث، وعزوها إلى مواضعها من صحيح البخاري، ومقارنتها بمثيلاتها في صحيح مسلم إن كان قد شاركه في روايتها بالسند والمتن، أو رواها بالمعنى، أو أبيّن إن كانت هذه الأحاديث من أفراد البخاري، ونقل بعض تعليقات الحافظ ابن حجر حولها، وسرد بعض ما وجدته من فوائد تتعلّق بأسانيدها أو متونها، ومحاولة معرفة سبب تكرار البخاري لهذه الأحاديث في أكثر من موضع، إن وجد شيء من ذلك في كلام العلماء، وشرّاح الأحاديث.

وقد اقتضى سيرُ البحث أن يقسّم إلى مبحثين:

المبحث الأوّل: في الحديث عن المكررات، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأوّل: المراد بالحديث المكرر.

المطلب الثاني: عدد المكرّرات في صحيح البخاري.

المطلب الثالث: أغراض البخاري من تكرير الحديث.

المطلب الرابع: الأحاديث المكرّرة سندًا ومتنًا في صحيح البخاري.

المبحث الثاني: عرض الأحاديث المكررة سندا ومتنا في صحيح البخاري.

الخاتمة

فهرس المصادر والمراجع

المبحث الأوّل: في الحديث عن المكررات

المطلب الأوّل: المراد بالحديث المكرر.

هو الحديث الذي يذكره البخاري في أكثر من موضع في صحيحه، سواء أكان في باب آخر من الكتاب نفسه، أم في باب من أبواب كتاب آخر، وسواء أذكره تامّا أم ناقصا، وسواء أأعاده بإسناده ومتنه، أم ساق المتن بإسناد آخر، أو ساق المتن مختصرا، أو اختصر إسناده، أم رواه موصولا مرّة، ومعلّقا أخرى، فكلّ هذا يصدق عليه أنّه تَكرير للحديث، لكنّ المكرّر حقيقة هو ذلك الحديث الذي يعيده البخاري في أكثر من موضع، بإسناده ومتنه، دون أدنى تغيير.

المطلب الثاني: عدد المكررات في صحيح البخاري

تحدّث العلماء كثيرا عن مكررات البخاري وعددها، فقد ذكر الإمام ابن الصلاح أنّ جُمْلَة مَا فِي كِتَابِهِ الصَّحِيحِ سَبْعَةُ آلَافٍ وَمِائَتَانِ وَخَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ حَدِيثًا بِالْأَحَادِيثِ الْمُتَكَرِّرَةِ. وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهَا بِإِسْقَاطِ الْمُكَرَّرَةِ أَرْبَعَةُ آلَافِ حَدِيثٍ، إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الْعِبَارَةَ قَدْ يَنْدَرِجُ تَحْتَهَا عِنْدَهُمْ آثَارُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ[921].

وقد تابعه أكثر العلماء على هذا[922].

ولكنّ الحافظ ابن حجر انتقد هذا الذي قاله ابن الصلاح، وتابعه عليه النووي وغيره، وذكر أنّ أوّل من نُقل عنه عدّ أحاديث البخاري هو أبو مُحَمَّد عبد الله بن أَحْمد بن حمويه الحموي السَّرخسِيّ، فيما نقله عنه ابن طاهر المقدسي في جزء له، سمّاه (جواب المتعنت)[923]، وقد بيّن الحافظ ابن حجر أنّ الخطأ في عدّ أحاديث البخاري بدأ من الكتاب الأوّل، ثمّ ذكر أمثلة من ذلك، ثمّ قال: (وَإِنَّمَا أوردت هَذَا

(921) مقدمة ابن الصلاح، 20.

(922) التقريب والتيسير للنووي، 26. الباعث الحثيث إلى اختصار علوم الحديث (ص: 25. النكت على مقدمة ابن الصلاح للزركشي، 189/1. الشذا الفياح من علوم ابن الصلاح (1/ 89. المقنع في علوم الحديث، 64/1. مقدمة ابن الصلاح ومحاسن الاصطلاح، 163. التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح (ص: 27. شرح التبصرة والتذكرة ألفية العراقي، 117/1. النكت الوفية بما في شرح الألفية (1/ 133.

(923) ولا أعرفه مطبوعا، أو مخطوطا.

الْقدر؛ ليتبين مِنْهُ أَنَّ كثيرًا من المُحدثين وَغَيرهم يستروحون بِنَقْل كَلَام من يتقدمهم مقلدين لَهُ، وَيكون الأولُ مَا أتقن وَلَا حرّر، بل يتبعونه تحسينا للظن بِهِ، والإتقان بِخِلَافه، فَلَا شَيْء أظهر من غلطه فِي هَذَا الْبَاب فِي أول الْكتاب، فياعجباه لشخص يتَصَدَّى لعدّ أَحَادِيث كتاب وَله بِهِ عناية وَرِوَايَة، ثمَّ يذكر ذَلِك جملَة وتفصيلا، فيقلَّد فِي ذَلِك لظُهُور عنايته بِهِ حَتَّى يتداوله المصنفون ويعتمده الْأَئِمَّة الناقدون ويتكلف نظمه ليستمر على استحضاره المذاكرون .. وَمَعَ هَذَا جَمِيعه فَيكون الَّذِي قلدوه فِي ذَلِك لم يتقن مَا تصدى لَهُ من ذَلِك، وسيظهر لَك فِي عدَّة أَحَادِيث الصَّوْم أعجبُ من هَذَا الْفَصْل، وَهَا أَنا أسوق مَا ذكر، وأتعقبه بالتحرير إِن شَاءَ الله تَعَالَى، وَإِذا انْتَهَيْت إِلَى آخِره رجعت فعددت المعلقات والمتابعات؛ فَإِن اسْم الْأَحَادِيث يشملها، وَإِطْلَاق التكرير يعمها، وَفِي ضمن ذَلِك من الْفَوَائِد مَا لَا يخفى)[924].

وبعد أنّ سرد الحافظ ابن حجر ما نقله ابن طاهر عن الحموي، وتعقّبه في ذلك كتابًا كتابًا، وبيّن خطأه في مواضع كثيرة، بعضُها يثير العجب[925]، خلص إلى ما يراه العدد الحقيقي لأحاديث البخاري، فقال: (فَجَمِيع أَحَادِيثه بالمكرر سوى المعلقات والمتابعات على مَا حررته وأتقنته سَبْعَة آلَاف وَثَلَاث مائَة وَسَبْعَة وَتسْعُونَ حَدِيثا فقد زَاد على مَا ذَكرُوهُ مائَة حَدِيث وَاثْنَين وَعِشْرِينَ حَدِيثا على أنني لَا أَدعِي الْعِصْمَة وَلَا السَّلامَة من السَّهْو وَلَكِن هَذَا جهد من لَا جهد لَهُ، وَالله الْمُوفق)[926].

وقد فصّل الحافظ في كلامه عدد ما يوجد في البخاري من الأحاديث المرفوعة الموصولة أو المعلقة، والمتابعات واختلاف الروايات، المكرر منها وغير المكرّر، فكانت النتيجة كالآتي:

---

(924) هدي الساري، 489 - 490.

(925) من ذلك مثلا أنّه ذكر أنّ كتاب الْإِحْصَار أَرْبَعُونَ حديثا. قال ابن حجر: (قلت: لَا وَالله، بل سِتَّة عشر فَقَط). ومن ذلك أنّه ذكر أنّ الصَّوْم سِتَّة وَسِتُّونَ لَيْلَة الْقدر عشرَة قيام رَمَضَان سِتَّة الِاعْتِكَاف عشرُون. قال ابن حجر: (قلت: لم يحرر الصَّوْم وَلم يتقنه؛ فَإِن جملَة مَا بعد قَوْله: كتاب الصّيام إِلَى قَوْله: كتاب الْحَج من الْأَحَادِيث المسندة بالمكرر مائَة وَسِتَّة وَخَمْسُونَ حَدِيثا، ففاته من الْعدَد أَرْبَعَة وَسَبْعُونَ حَدِيثا وَهَذَا فِي غَايَة التَّفْرِيط). وقال أيضا: (فَانْظُر إِلَى هَذَا التَّفَاوُت الْعَظِيم بَين مَا ذكر هَذَا الرجل واتبعوه عَلَيْهِ وَبَين مَا حررته من الأَصْل).

(926) هدي الساري مقدمة فتح الباري، 492.

1 ـ جَمِيع أَحَادِيثه المرفوعة الموصولة، بالمكرر، سَبْعَة آلَاف وَثَلَاثمائَة وَسَبْعَة وَتسْعُونَ حَدِيثا[927].

2 ـ جملة مَا فِي الْكتاب من التَّعَالِيق ألف وَثَلَاثمائَة وَواحد وَأَرْبَعُونَ حَدِيثا وأكثرها مُكَرر مخرج فِي الْكتاب أصُول متونه وَلَيْسَ فِيهِ من الْمُتُون الَّتِي لم تخرج فِي الْكتاب وَلَو من طَرِيق أُخْرَى إِلَّا مائَة وَستُّونَ حَدِيثا[928].

3 ـ وَجُمْلَة مَا فِيهِ من المتابعات والتنبيه على اخْتِلَاف الرِّوَايَات ثَلَاثمِائَة وَواحد وَأَرْبَعُونَ حَدِيثا[929].

4 ـ فَجَمِيع مَا فِي صَحِيح البُخَارِيّ من الْمُتُون الموصولة بِلَا تَكْرِير على التَّحْرِير ألفا حَدِيث وسِتمِائَة حَدِيث وحديثان[930].

5 ـ وَمن الْمُتُون الْمُعَلقَة المرفوعة الَّتِي لم يوصلها فِي مَوضِع آخر من الْجَامِع الْمَذْكُور مائَة وَتِسْعَة وَخَمْسُونَ حَدِيثا[931].

6 ـ فَجَمِيع مَا فِي الْكتاب على هَذَا بالمكرر تِسْعَة آلَاف وَاثْنَانِ وَثَمَانُونَ حَدِيثا وَهَذا العدد خَارج عَن الْمَوْقُوفَات على الصَّحَابَة والمقطوعات عَن التَّابِعين فَمن بعدهمْ[932].

قال ابن حجر: "وَبَين هَذَا الْعدَد الَّذِي حررته وَالْعدَد الَّذِي ذكره ابن الصّلاح وَغَيره تفَاوت كثير، وَمَا عرفت من أَيْن أَتَى الْوَهم فِي ذَلِك، ثمَّ تأولته على أَنه يحْتَمل أَن يكون الْعَاد الأول الَّذِي قلدوه فِي ذَلِك كَانَ إِذا رأى الحَدِيث مطولا فِي مَوضِع، ومختصرا فِي مَوضِع آخر، يظنّ أَن الْمُخْتَصر غير المطول، إِمَّا لبعد الْعَهْد بِهِ أَو لقلَّة الْمعرفَة بالصناعة، فَفِي الْكتاب من هَذَا النمط شَيْء كثير وَحِينَئِذٍ يتَبَيَّن السَّبَب فِي تفَاوت مَا بَين العددين وَالله الْمُوفق"[933].

([927]) المصدر السابق، 491 - 492.
([928]) المصدر السابق، 493.
([929]) المصدر السابق، 493.
([930]) المصدر السابق، 501.
([931]) المصدر السابق، 501.
([932]) المصدر السابق، 493.
([933]) هدي الساري مقدمة فتح الباري، 501.

وقال أيضا: (وَهَذَا الّذِي حررته من عدَّة مَا فِي صَحِيح البُخَارِيّ تَحْرِير بَالغ فتح الله بِهِ لَا أعلم من تقدمني إِلَيْهِ وَأَنا مقرّ بِعَدَمِ الْعِصْمَة من السَّهْو وَالْخَطَأ)[934].

وقال في موضع آخر عند شرح حديث كفران العشير[935]، حيث ذكر أنّ مذهب البخاري تقطيع الحديث إذا كان ما يفصله منه لا يتعلق بما قبله ولا بما بعده تعلقا يفضي إلى فساد المعنى، ثمّ قال: (فصنيعه كذلك يوهم من لا يحفظ الحديث أن المختصرَ غيرُ التام، لا سيما إذا كان ابتداءُ المختصر من أثناء التام، كما وقع في هذا الحديث؛ فإنَّ أولَّه هنا قولُه صلى الله عليه وسلم: (أُريت النار ..) إلى آخر ما ذكر منه، وأول التام عن ابن عباس، قال: خسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكر قصة صلاة الخسوف، ثم خطبة النبي صلى الله عليه وسلم، وفيها القدر المذكور هنا. فمن أراد عدَّ الأحاديث التي اشتمل عليها الكتاب يظن أن هذا الحديث حديثان أو أكثر؛ لاختلاف الابتداء. وقد وقع في ذلك من حكى أن عدته بغير تكرار أربعةُ آلاف أو نحوها، كابن الصلاح، والشيخ محيي الدين، ومن بعدهما، وليس الأمر كذلك، بل عدته على التحرير ألفا حديث وخمسمائة حديث وثلاثة عشر حديثا كما بينت ذلك مفصلا في المقدمة .. فلا يوجد في كتابه حديث على صورة واحدة في موضعين فصاعدا إلاّ نادرا)[936].

المطلب الثالث: أغراض البخاري من تكرير الحديث.

لقد كان للإمام البخاري مقاصد عدّة من تأليف كتابه، على رأسها جمع الأحاديث الصحيحة وفق الشروط التي شرطها في رواته، وقد كان البخاري محدّثا وفقيها، ظهرت براعته في الحديث في المنهج الذي سار عليه في هذا الكتاب، أمّا فقهه فظهر في تراجم أبوابه التي أفرغ فيها آراءه الفقهية واختياراته المذهبية في الأحكام

(934) هدي الساري مقدمة فتح الباري، 493.

(935) وهو حديث ابن عباس، مرفوعا: («أُرِيتُ النَّارَ فَإِذَا أَكْثَرُ أَهْلِهَا النِّسَاءُ، يَكْفُرْنَ» قِيلَ: أَيَكْفُرْنَ بِاللَّهِ؟ قَالَ: " يَكْفُرْنَ العَشِيرَ، وَيَكْفُرْنَ الإِحْسَانَ، لَوْ أَحْسَنْتَ إِلَى إِحْدَاهُنَّ الدَّهْرَ، ثُمَّ رَأَتْ مِنْكَ شَيْئًا، قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ مِنْكَ خَيْرًا قَطُّ). رواه البخاري، كتاب الإيمان/باب: كفران العشير (ح: 29).

(936) الفتح، 105/1.

الشرعية، ومن أجل ذلك احتاج إلى إعادة ذكر الحديث في أكثر من كتاب أو باب، من أجل استنباط الحكم الشرعي الذي يتعلّق بهذا الباب أو ذاك من الأبواب الفقهية.

هذا كان واحدًا من أهمّ أغراض البخاري في تكرار الحديث في الكتب والأبواب.

وقد بيّن كثير من العلماء أغراض البخاري عامّة، والتي يمكن تلخيصها من كلام الحافظ ابن حجر فيما يأتي:

1 ـ أنّ البخاري يخرج الحَدِيث عَن صَحَابِيّ، ثمَّ يُورِدهُ عَن صَحَابِيّ آخر، وَالْمَقْصُود مِنْهُ أَن يخرج الحَدِيث عَن حد الغرابة، وَكَذَلِكَ يفعل فِي أهل الطَّبَقَة الثَّانِيَة، وَالثَّالِثَة، وهلم جرا إِلَى مشايخه، فيعتقد من يرى ذَلِك من غير أهل الصَّنْعَة أَنه تكْرير، وَلَيْسَ كَذَلِك لاشْتِمَاله على فَائِدَة زَائِدَة.

2 ـ أن البخاري يقصد زيادة التأكيد على تصحيح الحديث من خلال ذكر طرقه المختلفة، ولكنّه يوزّع هذه الطرق على الأبواب، فيورد الحديث فِي كل بَاب من طَرِيق غير الطَّرِيق الأولى.

3 ـ هناك أَحَادِيث يَرْوِيهَا بعض الروَاة تَامَّة، ويرويها بَعضهم مختصرة، فيوردها البخاري كَمَا جَاءَت؛ ليزيل الشُّبْهَة عَن نَاقِلِيهَا، ولكنّه يوزّعها على الأبواب.

4 ـ قد تختلف عبارات الروَاة في رواياتهم، فيروي أحدهم الحديث بلفظ يحتمل معنى واحدا، ويرويه الآخر بلفظ يحتمل معنى آخر، فيورده البخاري باللفظين معا، مفرّقا بينهما في الأبواب.

5 ـ هناك أحاديث يتعارض فيها الوصل والإرسال، ويكون الوصل عنده أرجح فيذكره في باب موصولا، ولكنّه ينبّه على الإرسال، فيورد الحديثَ مرسلاً في موضع آخر.

6 ـ هناك أحاديث يتعارض فيها الوقف والرفع، فيفعل فيها كما فعل في الوصل والإرسال.

7 ـ هناك أحَادِيث يرويها الرواة، فيزيد فيها بعضهم رجلا في السند، وينقصه آخرون، فيورد البخاري الوجهين معا، للدلالة على صحّة الوجهين[937]، ولكن يفرّق بينهما في الأبواب.

8 ـ قد يورد البخاري حديثا من رواية مدلّس بالعنعة، ثمّ يجد طريقا أخرى فيها تصريح هذا الراوي بالسماع ممّن عنعن عنه في الطريق السابق، فيورده البخاري بهذه الطريق الثانية في موضع آخر، من أجل إزالة شبهة التدليس في الطريق الأولى، وهذا بناء على مذهبه في اشتراط ثبوت اللقاء في السند المعنعن.

9 ـ قد يكون متن الحديث قَصِيرا أَو مرتبطا بعضه بِبَعْض وَقد اشْتَمَل على حكمين فَصَاعِدا فَإِنَّهُ يُعِيدهُ بِحَسب ذَلِك مراعيا مَعَ ذَلِك عدم إخلائه من فَائِدَة حَدِيثِيَّةٌ وَهِي إِيرَاده لَهُ عَن شيخ سوى الشَّيْخ الَّذِي أخرجه عَنهُ قبل ذَلِك كَمَا تقدم تَفْصِيله فيستفاد بذلك تَكْثِير الطّرق لذَلِك الحَدِيث.

10 ـ قد يحدث أن يضيق على البخاري مخرج الحَدِيث؛ حَيْثُ لَا يكون لَهُ إِلَّا طَرِيق وَاحِدَة، فيتصرف حِينَئِذٍ فِيهِ، فيورده فِي مَوضِع مَوْصُولا، وَفِي مَوضِع مُعَلّقا، ويورده تَارَة تَامًا، وَتارَة مُقْتَصرا على طرفه الَّذِي يحْتَاج إِلَيْهِ فِي ذَلِك الْبَاب[938].

ولكنّ العلماء ذكروا أنّ البخاري وهو يفعل ذلك لا يعيد حديثا في أكثر من موضع بإسناده ومتنه، بل لا بد أن يصاحب الإعادةَ أو التكريرَ ذكرُ فائدة تتعلّق بالسند، أو بالمتن، أو بهما معا.

قال ابن حجر: (وقلما يُورد حَدِيثا فِي موضِعين بِإِسْنَاد وَاحِد وَلَفظ وَاحِد وَإِنَّمَا يُورِدهُ من طَرِيق أُخْرَى لمعان)[939].

المطلب الرابع: الأحاديث المكررة سندا ومتنا في صحيح البخاري.

أمّا عدد الأحاديث التي أعادها البخاري بإسنادها ومتنها دون أدنى مغايرة أو اختلاف، أو باختلاف يسير في إسنادها أو متنها، فقد نقل الحافظ ابن حجر عن

([937]) وهو ما يسمّى بالمزيد في متصل الأسانيد.
([938]) انظر: هدي الساري، 17. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، 25/1.
([939]) هدي الساري، 17.

الحافظ أبي الفضل محمد بن طاهر، المقدسي، أنّ البخاري رحمه الله كان يذكر الحديث في كتابه في مواضع، ويستدلّ به في كلّ باب بإسناد آخر، ويستخرج منه بحسن استنباطه وغزارة فهمه معنى يقتضيه الباب الذي أخرجه فيه، وقلّما يورد حديثا في موضعين بإسناد واحد ولفظ واحد[940].

قلت: وقد سبقه إلى هذا الإمام ابن الملقن، حيث قال: (وقل ما يقع له ذلك أعني: أن يعيده بمتنه وسنده سواء من غير زيادة)[941].

وقال في موضع آخر: (وقليل أن يقع للبخاري أن يعيد حديثًا بسنده ومتنه سواء) [942]. وفي موضع ثالث: (وقلَّ أن يقع له مثل ذلك) [943]. وفي موضع رابع: (وقلَّ أن يتفق له ذلك) [944].

وقد جعل العيني هذا النوعَ من التكرار هو المكرر حقيقة، فقد قال عند ذكر حديثين متطابقين تماما سندا ومتنا: (وَمثل هَذَا هُوَ المكرر حَقِيقَة، وَهُوَ قَلِيل)[945].

ولمّا تحدّث الحافظ ابن حجر عن منهج البخاري في تقطيع الحديث، نقل عن بعض شرّاح البخاري[946] أنّه وقع في أثناء الحجّ في بعض النسخ، بعد باب قصر الخطبة بعرفات: باب تعجيل الوقوف[947]. قال أبو عبد الله ـ يعني البخاري ـ: يُزَاد فِي هَذَا الْبَاب حَدِيث مَالك عَن ابن شِهَابٍ، وَلَكِنِّي لَا أُرِيدُ أَنْ أُدْخِلَ فِيهِ معادا انْتهى. قال: "وَهُوَ يَقْتَضِي أَنه لَا يتَعَمَّد أَن يخرج فِي كِتَابه حَدِيثا معادا بِجَمِيعِ إِسْنَاده وَمَتنه، وَإِن كَانَ قد وَقع لَهُ من ذَلِك شَيْء فَعَن غير قصد، وَهُوَ قَلِيل جدًّا، سأنبه على موَاضعه من الشَّرْح حَيْثُ أصل إِلَيْهَا إِن شَاءَ الله تَعَالَى"[948].

([940]) انظر: هدي الساري، ص17.
(941) التوضيح لشرح الجامع الصحيح، 454/26.
(942) التوضيح لشرح الجامع الصحيح، 85/30.
(943) المصدر السابق، 316/31.
(944) المصدر السابق، 451/31.
(945) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 164/16.
(946) وهو الكرماني في الكواكب الدراري، كما سيأتي قريبًا.
([947]) كتاب الحج/ بَابُ التَّعْجِيلِ إِلَى المَوْقِفِ.
([948]) هدي الساري، ص18.

هذا ما قاله في مقدّمته على شرحه.

ثمّ ذكر هذا الباب من كتاب الحج في موضعه قبل باب: الوُقُوف بِعَرَفَةَ، ثمّ قال: "قَوْلُهُ: بَابُ التَّعْجِيلِ إِلَى المَوْقِفِ: كَذَا لِلْأَكْثَرِ، هَذِهِ التَّرْجَمَةُ بِغَيْرِ حَدِيثٍ وَسَقَطَ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي ذَرٍّ أَصْلًا، وَوَقَعَ فِي نُسْخَةِ الصَّغَانِيِّ هُنَا مَا لَفْظُهُ: يَدْخُلُ فِي الْبَابِ حَدِيثُ مَالك عَن ابن شِهَابٍ، يَعْنِي الَّذِي رَوَاهُ عَنْ سَالِمٍ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْبَابِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا، وَلَكِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُدْخِلَ فِيهِ غَيْرَ مُعَادٍ[949]، يَعْنِي حَدِيثًا لَا يَكُونُ تَكَرَّرَ كُلُّهُ سَنَدًا وَمَتْنًا. قُلْتُ: وَهُوَ يَقْتَضِي أَنْ أَصْلَ قَصْدِهِ أَنْ لَا يُكَرِّرَ، فَيُحْمَلَ عَلَى أَنَّ كُلَّ مَا وَقَعَ فِيهِ مِنْ تَكْرَارِ الْأَحَادِيثِ إِنَّمَا هُوَ حَيْثُ يَكُونُ هُنَاكَ مُغَايَرَةٌ، إِمَّا فِي السَّنَدِ وَإِمَّا فِي الْمَتْنِ، حَتَّى إنّه لَوْ أَخْرَجَ الحَدِيثَ فِي المَوْضِعَيْنِ عَنْ شَيْخَيْنِ حَدَّثَاهُ بِهِ عَنْ مَالِكٍ لَا يَكُونُ عِنْدَهُ مُعَادًا وَلَا مُكَرَّرًا، وَكَذَا لَوْ أَخْرَجَهُ فِي مَوْضِعَيْنِ بِسَنَدٍ وَاحِدٍ لَكِنِ اخْتَصَرَ مِنَ المَتْنِ شَيْئًا، أَوْ أَوْرَدَهُ فِي مَوْضِعٍ مَوْصُولًا، وَفِي مَوْضِعٍ مُعَلَّقًا. وَهَذِهِ الطَّرِيقُ لَمْ يُخَالِفْهَا إِلَّا فِي مَوَاضِعَ يَسِيرَةٍ، مَعَ طُولِ الْكِتَابِ، إِذَا بَعُدَ مَا بَيْنَ الْبَابَيْنِ بُعْدًا شَدِيدًا"[950].

وقال الكرماني: واعلم أنه قد وقع في بعض النسخ ههنا زيادة وهو باب التعجيل إلى الموقف وقال أبو عبد الله يزاد في هذا الباب هم[951] هذا الحديث: حديث مالك عن ابن شهاب، ولكني أريد أن أدخل فيه غيرَ معاد. أقول: هذا تصريح من البخاري بأنه لم يُعد حديثا في هذا الجامع، ولم يكرر شيئا منه. وما اشتهر أن نصفه تقريبا مكرر فهو قول إقناعي على سبيل المسامحة. وأما عند التحقيق فهو لا يخلو: إما من تقييد، أو إهمال، أو زيادة، أو نقصان، أو تفاوت في الإسناد ونحوه[952].

([949]) هكذا في الكواكب الدراري، 160/8. وفي الفتح، 601/3: "ولكني لا أريد أن أدخل فيه معادا". والمعنى واحد.

([950]) فتح الباري، 601/3.

([951]) قوله: (هَمْ): قال ابن حجر في الفتح، 601/3 - 602: (هِيَ بِفَتْحِ الْهَاءِ وَسُكُونِ الْمِيمِ. قَالَ الْكِرْمَانِيُّ: قِيلَ إِنَّهَا فَارِسِيَّةٌ. وَقِيلَ: عَرَبِيَّةٌ، وَمَعْنَاهَا قَرِيبٌ مِنْ مَعْنَى أَيْضًا. قُلْتُ: صَرَّحَ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَاءِ الْعَرَبِيَّةِ بِبَغْدَادَ بِأَنَّهَا لَفْظَةٌ اصْطَلَحَ عَلَيْهَا أَهْلُ بَغْدَادَ، وَلَيْسَتْ بِفَارِسِيَّةٍ وَلَا هِيَ عَرَبِيَّةٌ قَطْعًا. وَقَدْ دَلَّ كَلَامُ الصَّغَانِيِّ فِي نُسْخَتِهِ الَّتِي أَتْقَنَهَا وَحَرَّرَهَا وَهُوَ مِنْ أَئِمَّةِ اللُّغَةِ خُلُوَّ كَلَامِ الْبُخَارِيِّ عَنْ هَذِهِ اللَّفْظَةِ).

(952) الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، 160/8. وقارن بالفتح، 601/3.

وقال ابن حجر في تفسير صنيع البخاري في هذا الموضع: "قُلْتُ كَأَنَّهُ لَمْ يَحْضُرْهُ حِينَئِذٍ طَرِيقٌ لِلْحَدِيثِ الْمَذْكُورِ عَنْ مَالِكٍ غَيْرُ الطَّرِيقَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرَهُمَا[953]، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُعِيدُ حَدِيثًا إِلَّا لِفَائِدَةٍ إِسْنَادِيَّةٍ، أَوْ مَتْنِيَّةٍ كَمَا قَدَّمْتُهُ[954].

وقال أيضًا: (لِأَنَّهُ عُرِفَ بِالِاسْتِقْرَاءِ مِنْ صَنِيعِهِ أَنَّهُ لَا يَذْكُرُ الْحَدِيثَ الْوَاحِدَ فِي موضِعين عَلَى وَجْهَيْنِ بَلْ إِنْ كَانَ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ سَنَدٍ عَلَى شَرْطِهِ ذَكَرَهُ فِي الْمَوْضِعِ الثَّانِي بِالسَّنَدِ الثَّانِي، وَهَكَذَا مَا بَعْدَهُ، وَمَا لَمْ يَكُنْ عَلَى شَرْطِهِ يُعَلِّقُهُ فِي الْمَوْضِعِ الْآخَرِ تَارَةً بِالْجَزْمِ إِنْ كَانَ صَحِيحًا، وَتَارَةً بِغَيْرِهِ إِنْ كَانَ فِيهِ شَيْءٌ، وَمَا لَيْسَ لَهُ إِلَّا سَنَدٌ وَاحِدٌ يَتَصَرَّفُ فِي مَتْنِهِ بِالِاقْتِصَارِ عَلَى بَعْضِهِ بِحَسَبِ مَا يَتَّفِقُ وَلَا يُوجَدُ فِيهِ حَدِيثٌ وَاحِدٌ مَذْكُورٌ بِتَمَامِهِ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي مَوْضِعَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ إِلَّا نَادِرًا، فَقَدْ عُنِيَ بَعْضُ مَنْ لَقِيتُهُ بِتَتَبُّعِ ذَلِكَ فَحَصَّلَ مِنْهُ نَحْوَ عِشْرِينَ مَوْضِعًا)[955].

وقد تكرّر من الحافظ التنبيه إلى ذلك.

ومن الأمثلة ما قاله في خاتمة كلامه على حديث معاذ: (هَذَا مِنَ الْأَحَادِيثِ الَّتِي أَخْرَجَهَا الْبُخَارِيُّ فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ عَنْ شَيْخٍ وَاحِدٍ بِسَنَدٍ وَاحِدٍ وَهِيَ قَلِيلَةٌ فِي كِتَابِهِ جِدًّا وَلَكِنَّهُ أَضَافَ إِلَيْهِ فِي الِاسْتِئْذَانِ مُوسَى بْنَ إِسْمَاعِيلَ وَقَدْ تَتَبَّعَ بَعْضُ مَنْ لَقِينَاهُ مَا أَخْرَجَهُ فِي مَوْضِعَيْنِ بِسَنَدٍ فَبَلَغَ عِدَّتُهَا زِيَادَةً عَلَى الْعِشْرِينَ وَفِي بَعْضِهَا يَتَصَرَّفُ فِي الْمَتْنِ بالاختصار مِنْهُ[956].

---

(953) يعني طريق عقيل، عن ابن شهاب، عن سالم، في باب: الجمع بين الصلاتين في عرفة، وطريق مالك عن ابن شهاب عن سالم، في باب: قصر الخطبة بعرفة، وهما قبل الباب المذكور. انظر: الفتح، 599/3، وما بعدها.

(954) فتح الباري، 601/3.

(955) فتح الباري، 23/1.

(956) فتح الباري، 348/11.

قلت: الظاهر أنّه يقصد الإمام ابن مرزوق الحفيد[957]؛ فإنّ له في ذلك كتابَ (أنوار الدراري في مكررات البخاري)[958]، وقد التقى الحافظ به، وذكر ذلك في ترجمة جدّه، قال: (وَقدم علينا حفيدُه مُحَمَّد بن أَحْمد بن أبي عبد الله بن مَرْزُوق الْقَاهِرَة، وَحج بعد الْعشْرين، وَكَانَ قد وَقع لي شرح الشِّفَاء بِخَط جدّه فاتحفته بِهِ، وسر بِهِ سُرُورًا كثيرا، وَنعم الرجل هُوَ معرفَةً بِالْعَرَبِيَّةِ والفنون وَحسن الْخط والخلق وَالْوَقار والمعرفة وَالْأَدب التَّام، وَرجع إِلَى بِلَاده بعد أَن حدَّث وشغل، وَظَهَرت فضائله، حفظه الله تَعَالَى)[959].

ومن الذين كتبوا في مكررات البخاري أيضا الفقيه أبو زكرياء يحي بن منصور، الأصبحي نسبا، التونسي دارًا، فقد وضع كتابا في المكرر من صحيح البخاري، قال ابن قنفذ: "وهو كتاب حسن في ذلك، أوقفني عليه مؤلفه بمدينة تونس سنة اثنين وثمانمائة[960].

ولمّا شرح الحافظ صحيح البخاري كان ينبّه في مواضع عديدة على هذا النوع من التكرير، ولكنه كان يقصد التكرير الذي يعاد فيه ذكر السند والمتن كما هو، أو مع اختلاف المتن اختلافا يسيرا، وهو موضوع بحثنا، وصنيعه يتجاوز العدد الذي نقله سابقا، وهو عشرون حديثا.

ولكنّ الظاهر أنّ ابن مرزوق رحمه الله لم يستوعب هو الآخر مواضع ورود هذا النوع من التكرار.

---

(957) هو الإمام الشيخ العلامة شيخ الإسلام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن بكر بن محمد بن مرزوق بن عبد الله العجيسي، المعروف بابن مرزوق الحفيد التلمساني، المتوفى سنة 842هـ. أصله من قبيلة عجيسة القاطنة بجوار قلعة بني حماد بمحافظة المسيلة، إحدى محافظات القطر الجزائري. ارتحلت أسرته قديما إلى تلمسان، وكانت واحدة من الأسر العلمية المشهورة. انظر ترجمته في: نيل الابتهاج، 584، والبستان في ذكر علماء وأولياء تلمسان، ص 201 - 214، والضوء اللامع لأهل القرن التاسع، للسخاوي، 50/7، وفهرس الفهارس، للكتاني، 396/1، وتاريخ الجزائر العام، للجيلالي، 195/2 - 199.

(958) انظر: انظر تعريف الخلف(137/1)، البستان(ص211)

(959) الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لابن حجر، 96/5.

(960) شرف الطالب في أسنى المطالب، لابن قنفذ، القسنطيني، ص71.

وهكذا يتحصّل من ذلك عدد أكبر، بل إنّي عثرت على مواضع أخرى كثيرة، أشار إلى بعضها الحافظ ابن حجر في ثنايا شرحه على البخاري، وبهذا ارتفع عدد الأحاديث المكررة سندًا ومتنًا، بعضها مكرّر مرّتين، وبعضها ثلاثًا، في أبواب متفرقة من الكتاب الواحد، أو في أكثر من كتاب، وأغلبها باللفظ نفسه، وبعضها بتغيير يسير جدًّا، في نسبة الرواة، أو اختلاف بعض الألفاظ، أو بزيادة طريق عقب إيراد الحديث في موضع دون الآخر.

ويجب أن نلاحظ هنا أنّ بعض الاختلاف هو باختلاف بعض نسخ البخاري، وإلاّ ففي بعضها تطابق الموضعين تطابقًا تامًّا، وهذا أمر يجب ملاحظتُه هنا حتى لا يعترض على إيراد بعض المواضع التي بينها اختلاف في شيء من ذلك.

المبحث الثاني

عرض الأحاديث المكررة سندا ومتنا في صحيح البخاري.

الحديث الأول: حديث عبد الله بن مغفل: (كُنَّا مُحَاصِرِينَ قَصْرَ خَيْبَرَ، فَرَمَى إِنْسَانٌ[961] بِجِرَابٍ فِيهِ شَحْمٌ)

رواه في كتاب فرض الخمس/بَابُ: مَا يُصِيبُ مِنَ الطَّعَامِ فِي أَرْضِ الحَرْبِ (ح: 3153)[962]، وفي كتاب الصيد والذبائح/بَابُ ذَبَائِحِ أَهْلِ الكِتَابِ وَشُحُومِهَا، مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَغَيْرِهِمْ (ح: 5508)

الموضعان متطابقان تمامًا، سندا ومتنا، دون اختلاف بين الموضعين، ولم يشر الحافظ ابن حجر إلى ذلك.

وقد نبّه إلى هذا أيضا ابنُ الملقن في التوضيح [963].

ورواه البخاري أيضا في كتاب المغازي/باب: غزوة خيبر (ح: 4214)، قال:

(961) قال الحافظ: (لم أقف على اسمه. ولأبي داود، من طريق سليمان بن المغيرة: دُلِّيَ بجراب يوم خيبر فالتزمته).

(962) وإسناده كلّه بصريون. وموضع الحجّة منه عدم إنكار النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، بل في رواية مسلم ما يدلّ على رضاه؛ فإنّه قال فيه: فإذا رسول الله صلّى الله عليه وسلّم متبسما.

(963) التوضيح لشرح الجامع الصحيح، 453/26.

حَدَّثَنَا أَبُو الوَلِيدِ، حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، ح وحَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ، حَدَّثَنَا وَهْبٌ، حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ هِلاَلٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُغَفَّلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: «كُنَّا مُحَاصِرِي خَيْبَرَ، فَرَمَى إِنْسَانٌ بِجِرَابٍ فِيهِ شَحْمٌ، فَنَزَوْتُ لِآخُذَهُ، فَالْتَفَتُّ فَإِذَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاسْتَحْيَيْتُ».

والحديث رواه مسلم، كتاب الجهاد والسير، بَابُ جَوَازِ الْأَكْلِ مِنْ طَعَامِ الْغَنِيمَةِ فِي دَارِ الْحَرْبِ(ح: 1772)، عن مُحَمَّد بْن بَشَّارٍ الْعَبْدِيّ، حَدَّثَنَا بَهْزُ بْنُ أَسَدٍ، حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، حَدَّثَنِي حُمَيْدُ بْنُ هِلَالٍ، قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللهِ بْنَ مُغَفَّلٍ، يَقُولُ: " رُمِيَ إِلَيْنَا جِرَابٌ فِيهِ طَعَامٌ، وَشَحْمٌ يَوْمَ خَيْبَرَ، فَوَثَبْتُ لِآخُذَهُ، قَالَ: فَالْتَفَتُّ فَإِذَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَاسْتَحْيَيْتُ مِنْهُ ". وفي الرواية التي بعدها: فَالْتَفَتُّ، فَإِذَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُتَبَسِّمًا.

الحديث الثاني: حديث أنس: (وَنَحَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِيَدِهِ سَبْعَ بُدْنٍ قِيَامًا)

رواه في كتاب الحج، بَابُ مَنْ نَحَرَ هَدْيَهُ بِيَدِهِ (ح: 1712) [964]، وكتاب الحجّ، بَابُ نَحْرِ البُدْنِ قَائِمَةً (ح: 1714).

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا، ولكنّه في الموضع الأوّل مختصر. والحديث من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 646/3: (وَسَيَأْتِي بَعْدَ بَابٍ وَاحِدٍ بِتَمَامِهِ بِالْإِسْنَادِ الَّذِي سَاقَهُ هُنَا سَوَاءٌ وَلَيْسَتْ هَذِهِ التَّرْجَمَةُ وَحَدِيثُهَا عِنْدَ أَكْثَرِ الرُّوَاةِ بَلْ ثَبَتَتْ لِأَبِي ذَرٍّ عَنِ الْمُسْتَمْلِي وَحْدَهُ وَفِي نُسْخَةِ الصَّغَانِيِّ بَعْدَ التَّرْجَمَةِ مَا نَصُّهُ حَدِيثُ سَهْلِ بْنِ بَكَّارٍ عَن وهيب فَاكْتفى بِالْإِشَارَةِ).

الحديث الثالث: حديث أنس: (أُصِيبَ حَارِثَةُ يَوْمَ بَدْرٍ وَهُوَ غُلاَمٌ، فَجَاءَتْ أُمُّهُ[965] إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)

رواه في كتاب المغازي/باب: فضل من شهد بدرا (ح: 3982)، وكتاب

(964) والإسناد كلّه بصريون.
(965) هي الربيّع بنت النضر.

الرقاق/باب: صفة الجنة والنار (ح: 6550).

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في بعض ألفاظه. وقد نبّه الحافظ ابن حجر إلى أنّ أكثر الروايات على إثبات اللام في (لفي جنّة الفردوس)، وأنّ حذفها وقع في رواية الكشميهني. انظر: الفتح، 430/11. والحديث من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 430/11: (وَقَدْ تَقَدَّمَ بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ فِي بَابِ فَضْلِ مَنْ شَهِدَ بَدْرًا مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي).

الحديث الرابع: حديث أنس: (أَنَّ رَجُلَيْنِ[966] مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَا مِنْ عِنْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي لَيْلَةٍ مُظْلِمَةٍ).

رواه في كتاب الصلاة، باب[967]، (ح: 465)، وكتاب المناقب، باب[968]، (ح: 3639).

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في نسب معاذ بن هشام وأنس بن مالك. وهو من أفراد البخاري.

الحديث الخامس: حديث أنس: (أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كَانَ إِذَا قَحَطُوا اسْتَسْقَى بِالعَبَّاسِ ابنِ عَبْدِ المُطَّلِبِ)

كتاب الجمعة، أبواب الاستسقاء، بَابُ سُؤَالِ النَّاسِ الإِمَامَ الِاسْتِسْقَاءَ إِذَا قَحَطُوا (ح: 1010)، وكتاب كتاب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، بَابُ ذِكْرِ العَبَّاسِ

(966) هما أسيد بن خضير وَعباد بن بشر. انظر: الفتح، 665/1، 156/7.

(967) قال الحافظ في الفتح، 665/1: (كَذَا هُوَ فِي الْأَصْلُ بِلَا تَرْجَمَةٍ، وَكَأَنَّهُ بَيَّضَ لَهُ فَاسْتَمَرَّ كَذَلِكَ)، ثمّ قال: (وَأَمَّا وَجْهُ تَعَلُّقِهِ بِأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ، فَمن جِهَة أَن الرجلَيْن تأخرا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْمَسْجِدِ فِي تِلْكَ اللَّيْلَةِ الْمُظْلِمَةِ لِانْتِظَارِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ مَعَهُ، فَعَلَى هَذَا كَانَ يَلِيقُ أَنْ يترجم لَهُ: فضل الْمَشْي إِلَى الْمَسْجِد فِي اللَّيْلَةِ الْمُظْلِمَةِ، وَيُلْمِحُ بِحَدِيثِ بَشِّرِ الْمَشَّائِينَ فِي الظُّلَمِ إِلَى الْمَسَاجِدِ بِالنُّورِ التَّامِّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَقَدْ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ مِنْ حَدِيث بريد).

(968) قال الحافظ في الفتح، 732/6: (كَذَا فِي الْأُصُولِ بِغَيْرِ تَرْجَمَةٍ وَكَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْبَابَيْنِ اللَّذَيْنِ قَبْلَهُ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِعَلَامَاتِ النُّبُوَّةِ وَهُوَ كَالْفَصْلِ مِنْهَا لَكِنْ لَمَّا كَانَ كُلٌّ مِنَ الْبَابَيْنِ رَاجِعًا إِلَى الَّذِي قَبْلَهُ وَهُوَ عَلَامَاتُ النُّبُوَّةِ سَهُلَ الْأَمْرُ فِي ذَلِكَ).

بْنِ عَبْدِ المُطَّلِبِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (ح:3710).

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا، سوى قوله في الموضع الأول: أنس بن مالك. والحديث من أفراد البخاري.

قال في الفتح، 96/7: (وقد تقدّم الحديث الذكور، مع شرحه، في الاستسقاء).

الحديث السادس: حديث أبي بكرة، مرفوعًا: (إِذَا التَقَى المُسْلِمَانِ بِسَيْفَيْهِمَا فَالقَاتِلُ وَالمَقْتُولُ فِي النَّارِ ..)، الحديث

كتاب الإيمان، بَابُ {وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ المُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا} [الحجرات: 9](ح: 31)[969]، وكتاب الديات، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَمَنْ أَحْيَاهَا} [المائدة: 32] (ح: 6875).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى قوله: (فقلت ..) بزيادة الفاء في الموضع الأوّل. ولم يشر ابن حجر إلى ذلك، واكتفى بقوله في الموضع الأول: (وسيأتي الكلام على حديث أبي بكرة في كتاب الفتن، إن شاء الله تعالى). انظر: الفتح، 107/1.

والحديث رواه مسلم في كتاب الفتن وأشراط الساعة/ باب: إذا تواجه المسلمان يسيفهما (ح: 2888)، عن أبي كامل فضيل بن حسين الجحدري، عن حماد، بالإسناد نفسه، مع اختلاف في ألفاظ المتن..

الحديث السابع: حديث أبي جحيفة: (قُلْتُ لِعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هَلْ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ مِنَ الوَحْيِ إِلَّا مَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟..)، الحديث.

كتاب الجهاد، بَابُ فَكَاكِ الأَسِيرِ (ح: 3047)، وكتاب الديات/باب العاقلة(ح: 6903)، وكتاب الديات، بَابٌ: لاَ يُقْتَلُ المُسْلِمُ بِالكَافِرِ (ح: 6915).

(969) ورجال إسناده كلّهم بصريون، وفيه ثلاثة من التابعين، يروي بعضهم عن بعض، وهم: أيوب، والحسن، والأحنف. انظر: الفتح، 107/1.

الأحاديث الثلاثة متطابقة، سندا ومتنا، سوى اختلاف يسير. والحديث من أفراد البخاري.

وقد نبّه ابن الملقن إلى أنّ البخاري تكرّر عنده الحديث سندا ومتنا، من طريق صدقة بن الفضل، إلى آخر السند. انظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح، 451/31.

ولكنه فاته أنّ البخاري كرّره أيضا من طريق أخرى، وهي طريق أحمد بن يونس المذكورة هنا.

الحديث الثامن: حذيفة: (حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَدِيثَيْنِ، رَأَيْتُ أَحَدَهُمَا وَأَنَا أَنْتَظِرُ الآخَرَ ..)، الحديث.

كتاب الرقاق، بَابُ رَفْعِ الأَمَانَةِ (ح: 6497) [970]، وكتاب الفتن، بَابُ إِذَا بَقِيَ فِي حُثَالَةٍ مِنَ النَّاسِ (ح: 7086).

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في بعض ألفاظ المتن.

ورواه مسلم في كتاب الإيمان/ باب: رفع الأمانة والإيمان من بعض القلوب (ح: 143)، من طريق الأعمش، بالإسناد نفسه، واختلاف يسير في المتن..

الحديث التاسع: حديث أبي هريرة: (أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَوْمًا يُحَدِّثُ، وَعِنْدَهُ رَجُلٌ[971] مِنْ أَهْلِ البَادِيَةِ..)، الحديث.

كتاب المزارعة، بَابُ[972] (ح: 2348) [973]، وكتاب التوحيد، بَابُ كَلاَمِ الرَّبِّ مَعَ أَهْلِ الجَنَّةِ (ح: 7519).

([970]) قال ابن حجر في الفتح، 342/11: (وَسَيَأْتِي بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ فِي كِتَابِ الْفِتَنِ وَيُشْرَحُ هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

([971]) قال الحافظ في الفتح، 34/5: (لم أقف على اسمه).

(972) قال الحافظ في الفتح، 33/5: (كذا للجميع بغير ترجمة، وهو بمنزلة الفصل من الباب الذي قبله).

([973]) والإسناد كلّه مدنيون، إلاّ شيخ البخاري.

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في بعض الألفاظ، وجمعه بين طريقين في الموضع الأوّل. والحديث من أفراد البخاري.

وقد نبّه الحافظ ابن حجر في الفتح، 497/13، انّ في رواية محمد بن سنان: (لا يسعك)، ولكنّ في المطبوع من صحيح البخاري (لا يشبعك) في كلتا الروايتين، ثمّ عاد في الموضع الثاني فقال: (قوله: فإنه لا يشبعك شيء، كذا للأكثر بالمعجمة والموحدة من الشبع، وللمستملي: لا يسعك شيء، بالمهملة بغير موحدة من الوسع).

الحديث العاشر: حديث عمر بن الخطاب: (كَانَتْ أَمْوَالُ بَنِي النَّضِيرِ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ..)، الحديث.

كتاب الجهاد والسير، بَابُ المِجَنِّ وَمَنْ يَتَّرِسُ بِتُرْسِ صَاحِبِهِ (2904)، وكتاب التفسير، بَابُ قَوْلِهِ: {مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ} [الحشر: 7] (4885)

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في بعض الألفاظ.

ورواه مسلم في كتاب الجهاد والسير/ باب: حكم الفيء (ح: 1757)، عن ثلاثة من شيوخه، عن سفيان، بالإسناد نفسه، مع اختلاف يسير في المتن.

الحديث الحادي عشر: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (بَيْنَمَا أَيُّوبُ يَغْتَسِلُ عُرْيَانًا، خَرَّ عَلَيْهِ رِجْلُ جَرَادٍ مِنْ ذَهَبٍ ..)، الحديث.

كتاب أحاديث الأنبياء، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ} [الأنبياء: 83]، وكتاب التوحيد، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {يُرِيدُونَ أَنْ يُبَدِّلُوا كَلاَمَ اللَّهِ} [الفتح: 15] (7493).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى نسبة عبد الله بن محمد، وهي: الجعفي، واختلاف يسير في بعض الألفاظ. والحديث من أفراد البخاري.

وقد رواه البخاري أيضا في كتاب الغسل/باب: من اغتسل عريانا وحده في الخلوة (ح: 279)، عن أبي هريرة، معطوفا على حديث قبله بإسناده. قال الحافظ في الفتح، 460/1: (هُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى الْإِسْنَادِ الْأَوَّلِ. وَجَزَمَ الْكِرْمَانِيُّ بِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ

بِصِيغَةِ التَّمْرِيضِ فَأَخْطَأَ؛ فَإِنَّ الْحَدِيثَيْنِ ثَابِتَانِ فِي نُسْخَةِ هَمَّامٍ بِالْإِسْنَادِ الْمَذْكُورِ. وَقَدْ أَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ هَذَا الثَّانِيَ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ بِهَذَا الْإِسْنَادِ فِي أَحَادِيثِ الْأَنْبِيَاءِ).

في المطبوع من صحيح البخاري، مع الفتح، 484/6: (فنادى ربَّه)، بالنصب، لكن في الشرح: (فناداه ربُّه). وقد أحال ابن حجر في الفتح، 476/13، في الموضع الثاني على الحديث في كتاب الطهارة، ولكنّه لم يذكر الموضع الأوّل.

الحديث الثاني عشر: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (لاَ يَقْتَسِمُ وَرَثَتِي دِينَارًا وَلاَ دِرْهَمًا مَا تَرَكْتُ بَعْدَ نَفَقَةِ نِسَائِي ..)، الحديث.

كتاب الوصايا، بَابُ نَفَقَةِ القَيِّمِ لِلْوَقْفِ، (ح: 2776)، وكتاب فرض الخمس، بَابُ نَفَقَةِ نِسَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ وَفَاتِهِ (ح: 3096).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى قوله: (ولا درهمًا).

قال في الفتح، 476/5: (وسيأتي شرحه مستوفى في كتاب الخمس).

وقال في 241/6: (وقد تقدّم بهذا الإسناد في أواخر الوقف).

وقد أشار ابن حجر في الموضع الثاني إلى زيادة (ولا درهما)، وذكر أنّها زيادة حسنة، وأنّ مسلما والترمذي روياها، ولكن فاته أن يشير إلى أنّها عند البخاري أيضا في الموضع الأوّل.

وقد رواه مسلم في كتاب الجهاد والسير/ باب: قول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: (لا نورث، ما تركناه فهو صدقة) (ح: 1760)، عن يحي بن يحيى، عن مالك، بالإسناد والمتن نفسيهما..

الحديث الثالث عشر: حديث عبد الله بن عمرو، مرفوعًا: (مَنْ قَتَلَ مُعَاهَدًا لَمْ يَرِحْ[974] رَائِحَةَ الجَنَّةِ ..)، الحديث

كتاب الجزية، بَابُ إِثْمِ مَنْ قَتَلَ مُعَاهَدًا بِغَيْرِ جُرْمٍ، (ح: 3166)، وكتاب الديات، بَابُ إِثْمِ مَنْ قَتَلَ ذِمِّيًّا بِغَيْرِ جُرْمٍ، (ح: 6914).

(974) ذكر الحافظ ابن حجر في الفتح، 312/6، أنّ الروايات اختلفت في ضبط هذا الفعل: فالأولى: يَرَح، بفتح الياء والراء، وأصله: يراح، أي وجد ريحا. والثانية: يُرِح، بضم أوّله، وكسر الراء. والثالثة: يَرِح، بفتح أوّله، وكسر ثانيه. قال ابن التين: (والأوّل أجود، وعليه الأكثر).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في نسبة الحسن بن عمرو، وزيادة لفظ (نفسا)، ولام التأكيد في (ليوجد). قال ابن حجر في الفتح، 271/12: (قوله: ليوجد، كذا للأكثر هنا، وفي رواية الكشميهني بحذف اللام).

قال في الفتح، 311/6: (وسيأتي الكلام على المتن في الديات؛ فإنّه ذكره فيه بهذا الإسناد بعينه)..

الحديث الرابع عشر: حديث أبي سعيد الخدري، مرفوعًا: (إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ إِلَى شَيْءٍ يَسْتُرُهُ مِنَ النَّاسِ ...)، الحديث،

كتاب الصلاة، بَابٌ: يَرُدُّ المُصَلِّي مَنْ مَرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ (ح: 509)، وكتاب بدء الخلق، بَابُ صِفَةِ إِبْلِيسَ وَجُنُودِهِ (ح: 3274).

الحديثان متطابقان، سندًا، إلاّ أنّه ساقه في الموضع الأوّل بإسنادين، واللفظ للإسناد الثاني، وبين المتنين في الموضعين اختلاف، وفي سياق أحدهما قصّة.

قال في الفتح، 693/1 عند شرح الحديث في الموضع الأوّل: (ولفظ المتن الذي ساقه هنا هو لفظ سليمان أيضا لا لفظ يونس، وإنما ظهر لنا ذلك من المصنف حيث ساق الحديث في كتاب بدء الخلق بالإسناد المذكور الذي ساقه هنا من رواية يونس بعينه ولفظ المتن مغاير للفظ الذي ساقه هنا، وليس فيه تقييد الدفع بما إذا كان المصلي يصلي إلى سترة). أمّا في الموضع الثاني فأحال على الأوّل ولم يزد. انظر: الفتح، 392/6.

والحديث رواه مسلم في كتاب الصلاة/ باب: منع المارّ بين يدي المصلّي (ح: 505)، من طريق أخرى، عن حميد بن هلال، بالإسناد نفسه. وفي إسناده القصّة نفسها.

الحديث الخامس عشر: حديث أبي هريرة: (وَكَّلَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِحِفْظِ زَكَاةِ رَمَضَانَ ..)، الحديث.

كتاب الوكالة، بَابُ إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا، فَتَرَكَ الوَكِيلُ شَيْئًا فَأَجَازَهُ المُوَكِّلُ فَهُوَ جَائِزٌ،

وَإِنْ أَقْرَضَهُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى جَازَ، (ح: 2311)، وكتاب بدء الخلق، باب: صفة إبليس وجنوده (ح: 3275) [975]، وكتاب فضائل القرآن/باب: فضل سورة البقرة (ح: 5010).

الأحاديث متطابقة، سندًا ومتنًا، سوى كنية عثمان بن الهيثم، والمتن مختصر في الموضع الثاني والثالث.

وقد أورده البخاري في المواضع الثلاثة عن عثمان بن الهيثم، ولم يصرّح فيه بالتحديث. قال ابن حجر في الفتح، 569/4: (وذكرته في تغليق التعليق من طريق عبد العزيز بن منيب، وعبد العزيز بن سلام، وإبراهيم بن يعقوب الجوزجاني، وهلال بن بشر الصواف، ومحمد بن غالب الذي يقال له تمتام، وأقربهم لأن يكون البخاري أخذه عنه إن كان ما سمعه من ابن الهيثم: هلال بن بشر؛ فإنه من شيوخه، أخرج عنه في جزء القراءة خلف الإمام).

الحديث السادس عشر: حديث عدي بن حاتم: (كُنْتُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَاءَهُ رَجُلاَنِ ..)، الحديث.

كتاب الزكاة، بَابُ الصَّدَقَةِ قَبْلَ الرَّدِّ (ح: 1413)، وكتاب المناقب، بَابُ عَلاَمَاتِ النُّبُوَّةِ فِي الإِسْلاَمِ (ح: 3595).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، لكنّه في الموضع الثاني اختصر متنه؛ والسبب أنّه ساق لفظه من طريق أخرى قبل ذلك، فلم يشأ تكراره.

ورواه مسلم في كتاب الزكاة/ باب: الحثّ على الصدقة، ولو بشقّ تمرة، أو كلمة طيّبة (ح: 1016)، عن ثلاثة من شيوخه، عن عيسى بن يونس، عن الأعمش، عن خيثمة، عن عدي، مرفوعا، واللفظ مختلف..

الحديث السابع عشر: حديث أنس: (لَمَّا كَانَ يَوْمُ أُحُدٍ، انْهَزَمَ النَّاسُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ..)، الحديث.

كتاب الجهاد، بَابُ غَزْوِ النِّسَاءِ وَقِتَالِهِنَّ مَعَ الرِّجَالِ (ح: 2880)، وكتاب مناقب

(975) قال ابن حجر في شرحه للحديث في هذا الموضع، والموضع الذي بعده: (تقدّم شرحه في كتاب الوكالة). الفتح، 392/6، 674/8.

الأنصار، بَابُ مَنَاقِبِ أَبِي طَلْحَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (ح: 3811)، و كتاب المغازي، بَابُ {إِذْ هَمَّتْ طَائِفَتَانِ مِنْكُمْ أَنْ تَفْشَلاَ وَاللَّهُ وَلِيُّهُمَا وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ المُؤْمِنُونَ} [آل عمران: 122] (ح: 4064).

الحديث تكرّر في ثلاثة مواضع، سندا ومتنا، مع بعض الاختلاف والتقديم والتأخير، ثمّ هو مختصر في الموضع الأوّل. ولم يشر ابن حجر إلى الموضع الثاني، ولكنّه في شرح الحديث في الموضع الثاني أشار إلى الموضع الثالث.

قال في الفتح، 92/6: (وقد أخرجه في المغازي بهذا الإسناد، بأتمّ من هذا السياق، ويأتي شرحه هناك إن شاء الله تعالى).

ورواه مسلم في كتاب الجهاد والسير/ باب: غزوة النساء مع الرجال (ح: 1811)، عن الدارمي، عن أبي معمر، بمثل إسناد البخاري تماما، مع اختلاف في ألفاظ المتن.

وقوله في الحديث: (وَكَانَ أَبُو طَلْحَةَ رَجُلًا رَامِيًا شَدِيدَ القِدِّ، يَكْسِرُ يَوْمَئِذٍ قَوْسَيْنِ أَوْ ثَلاَثًا). نبّه الحافظ ابن حجر في الفتح، 160/7، إلى أنّ الأكثر رواها: (شديدًا، لقد يكسر)، بنصب (شديدا)، وبعدها (لقد)، بلام، ثمّ (قد)، ولبعضهم بالإضافة: شديد القدّ، بسكون اللام وكسر القاف ... وقد روي بالميم المفتوحة بدل القاف (المدّ).

الحديث الثامن عشر: حديث أبي موسى الأشعري، مرفوعًا: (رَأَيْتُ فِي المَنَامِ أَنِّي أُهَاجِرُ مِنْ مَكَّةَ إِلَى أَرْضٍ بِهَا نَخْلٌ ..)، الحديث.

كتاب المناقب، بَابُ عَلاَمَاتِ النُّبُوَّةِ فِي الإِسْلاَمِ (ح: 3622)، وكتاب المغازي/بَابُ مَنْ قُتِلَ مِنَ المُسْلِمِينَ يَوْمَ أُحُدٍ (ح: 4081)، و كتاب التعبير، بَابُ: إِذَا رَأَى بَقَرًا تُنْحَرُ (ح: 7035)، وبَابُ إِذَا هَزَّ سَيْفًا فِي المَنَامِ (ح: 7041).

الحديث في مواضع أربعة، والسند واحد، والمتن فيه اختلاف يسير.

قال ابن حجر في الفتح، 725/6 عند شرح الحديث في الموضع الأوّل: (وسيأتي في ذكر غزوة أحد بهذا الإسناد بعينه).

قال ابن حجر في الفتح، 439/12، في شرح هذا الحديث: (وحديث أبي موسى المذكور في الباب أورده بهذا السند بتمامه في علامات النبوة وفرق منه في المغازي بهذا السند أيضا وعلق فيها منه قطعة في الهجرة).

وقد عزا القسطلاني الحديثَ إلى علامات النبوة والمغازي والتفسير، ولكنّ الصواب أنّ الحديث في الموضعين الأخيرين في كتاب التعبير.

وقد رواه البخاري معلقًا في كتاب مناقب الأنصار، بَابُ هِجْرَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابِهِ إِلَى المَدِينَةِ. وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدٍ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَوْلاَ الهِجْرَةُ لَكُنْتُ امْرَأً مِنَ الأَنْصَارِ» وَقَالَ أَبُو مُوسَى، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رَأَيْتُ فِي المَنَامِ أَنِّي أُهَاجِرُ مِنْ مَكَّةَ إِلَى أَرْضٍ بِهَا نَخْلٌ، فَذَهَبَ وَهَلِي إِلَى أَنَّهَا اليَمَامَةُ، أَوْ هَجَرُ، فَإِذَا هِيَ المَدِينَةُ يَثْرِبُ».

وقد وافق مسلم البخاري في رواية هذا الحديث، سندا ومتنا، إلاّ أنّه رواه عن محمد بن العلاء، وأبي عامر عبد الله بن برّاد، الأشعري، كتاب الرؤيا/ بَابُ رُؤْيَا النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 2272). أعني أنّه لم يوافقه تماما في روايته سندا ومتنا.

وقوله في الحديث: (أُرَى ـ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ). قال الحافظ ابن حجر في الفتح، 435/7: (كذا في الأصول: أُرى، وهو بضم الهمزة بمعنى: أظن، والقائل ذلك هو البخاري، كأنه شك: هل سمع من شيخه صيغة الرفع أم لا؟ وقد ذكر هذه العبارة في هذا الحديث في علامات النبوة وفي التعبير وغيرهما، وأخرجه مسلم وأبو يعلى عن أبي كريب شيخ البخاري فلم يترددا فيه).

الحديث التاسع عشر: حديث ابن عباس، مرفوعًا: (هَذَا جِبْرِيلُ، آخِذٌ بِرَأْسِ فَرَسِهِ ..)، الحديث.

كتاب المغازي، باب، (ح: 3995)، وكتاب المغازي، بَابُ غَزْوَةِ أُحُدٍ (ح: 4041).

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا تمامًا، إلاّ قوله: أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم في الموضع الأوّل، وفي الثاني: قال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم. وسوى قوله: (أحد) في الموضع الأول، وقوله: (بدر) في الموضع الثاني. والحديث من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 404/7: (وَقَعَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْوَقْتِ وَالْأَصِيلِيِّ هُنَا قَبْلَ حَدِيثِ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ حَدِيثُ ابن عَبَّاسٍ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ أُحُدٍ: هَذَا جِبْرِيلُ آخِذٌ بِرَأْسِ فَرَسِهِ الْحَدِيثَ، وَهُوَ وَهَمٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ تَقَدَّمَ بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ فِي بَابِ شُهُودِ الْمَلَائِكَةِ بَدْرًا وَلِهَذَا لَمْ يَذْكُرْهُ هُنَا أَبُو ذَرٍّ وَلَا غَيْرُهُ مِنْ مُتْقِنِي رُوَاةِ الْبُخَارِيِّ وَلَا اسْتَخْرَجَهُ الْإِسْمَاعِيلِيُّ وَلَا أَبُو نُعَيْمٍ. ثَانِيهِمَا: أَنَّ الْمَعْرُوفَ فِي هَذَا الْمَتْنِ يَوْمَ بَدْرٍ كَمَا تَقَدَّمَ لَا يَوْمَ أُحُدٍ).

وواضح أنّ الحافظ ابن حجر لم يذكر هذا الحديث في شرحه أصلا، ولا يوجد عنده في نسخته من صحيح البخاري، ولكنّه نبّه عليه بعد الفراغ من شرح حديث عقبة بن عامر، ولكنّ نسخة صحيح البخاري المطبوعة مع الفتح، فيها هذا الحديث (طبعة دار الريان بالقاهرة)، وكذلك هي في نسخ أخرى[976].

قلت: وإنّما دعاني إلى ذكر هذا الحديث ضمن المكرر من الأحاديث في هذا البحث؛ لأنّه موجود في نسخ البخاري المطبوعة، كما أسلفت.

الحديث العشرون: حديث جابر: (أَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ يُقِيمَ عَلَى إِحْرَامِهِ ..)، الحديث.

كتاب الحج، بَابُ مَنْ أَهَلَّ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَإِهْلاَلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 1557)، وكتاب المغازي، بَابُ بَعْثِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلاَمُ، وَخَالِدِ بْنِ الوَلِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، إِلَى اليَمَنِ قَبْلَ حَجَّةِ الوَدَاعِ (ح: 4352).

الحديثان متطابقان سندا ومتنا، مع بعض الاختلاف في الألفاظ.

([976]) انظر: الجامع الصحيح بحاشية السهارنفوري، 121/8. ونسخة المكتبة الشاملة التي هي طبعة دار طوق النجاة، بتحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.

ورواه مسلم في كتاب الحج/ باب: بيان وجوه الإحرام (ح: 1216)، من طريق يحيى بن سعيد، عن ابن جريج بإسناده، مع اختلاف المتن.

الحديث الواحد والعشرون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (لا تُصَدِّقُوا أَهْلَ الكِتَابِ وَلا تُكَذِّبُوهُمْ ..)، الحديث.

كِتَابُ تَفْسِيرِ القُرْآنِ، بَابُ {قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْنَا} [البقرة: 136] (4485)، وكِتَابُ الِاعْتِصَامِ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لاَ تَسْأَلُوا أَهْلَ الكِتَابِ عَنْ شَيْءٍ» (ح: 7362)، كتاب التوحيد، بَابُ مَا يَجُوزُ مِنْ تَفْسِيرِ التَّوْرَاةِ وَغَيْرِهَا مِنْ كُتُبِ اللَّهِ، بِالعَرَبِيَّةِ وَغَيْرِهَا (ح: 7542).

الأحاديث متطابقة تماما، سندًا ومتنًا، دون أدنى اختلاف. ورواه معلّقًا في كتاب الشهادات/باب: لا يسأل أهل الشرك عن الشهادة وغيرها.

قال ابن حجر في الفتح، 347/13: (تَقَدَّمَ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ الْبَقَرَةِ).

لم يشر ابن حجر في الموضع الأول إلى تكرير الحديث، ثمّ فعل ذلك في الموضع الثاني، فقال: (تقدّم بهذا السند والمتن في تفسير سورة البقرة). الفتح، 347/13.

وقال في الموضع الثالث: (حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ بَشَّارٍ ذَكَرَهُ بِهَذَا الْإِسْنَادِ فِي تَفْسِيرِ الْبَقَرَةِ وَفِي بَابِ لَا تَسْأَلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ عَنْ شَيْءٍ مِنْ كِتَابِ الِاعْتِصَامِ وَهُنَا وَهُوَ مِنْ نَوَادِرِ مَا وَقَعَ لَهُ فَإِنَّهُ لَا يَكَادُ يُخْرِجُ الْحَدِيثَ فِي مَكَانَيْنِ فَصْلًا عَنْ ثَلَاثَةٍ بِسِيَاقٍ وَاحِدٍ بَلْ يَتَصَرَّفُ فِي الْمَتْنِ بِالِاخْتِصَارِ وَالِاقْتِصَارِ وَبِالتَّمَامِ وَفِي السَّنَدِ بِالْوَصْلِ وَالتَّعْلِيقِ مِنْ جَمِيعِ أَوْجُهِهِ وَفِي الرُّوَاةِ بِسِيَاقِهِ عَنْ رَاوٍ غَيْرِ الْآخَرِ فَبِحَسَبِ ذَلِكَ لَا يَكُونُ مُكَرَّرًا عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَيَنْدُرُ لَهُ مَا وَقَعَ هُنَا، وَإِنَّمَا وَقَعَ ذَلِكَ غَالِبًا حَيْثُ يَكُونُ الْمَتْنُ قَصِيرًا وَالسَّنَدُ فَرْدًا، وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ عَلَى بَعْضِهِ فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ الْبَقَرَةِ). الفتح، 526/13.

الحديث الثاني والعشرون: حديث جرير بن عبد الله: (بَايَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى إِقَامِ الصَّلاَةِ، وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ..)، الحديث.

كتاب الإيمان، بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " الدِّينُ النَّصِيحَةُ: لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأَئِمَّةِ المُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ. (ح: 57)، وكتاب الشروط، بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الشُّرُوطِ فِي الإِسْلاَمِ وَالأَحْكَامِ وَالمُبَايَعَةِ (ح: 2715)

الحديثان متطابقان تماما، سندًا ومتنًا، دون أدنى اختلاف.

ورواه مسلم في كتاب الإيمان/باب: بيان أنّ الدين النصيحة (ح: 56)، عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن عبد الله بن نمير وأبي أسامة، عن إسماعيل، بالإسناد والمتن المذكورين..

الحديث الثالث والعشرون: حديث عائشة: (أَيُّ العَمَلِ كَانَ أَحَبَّ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟..)، الحديث.

كتاب التهجد، بَابُ مَنْ نَامَ عِنْدَ السَّحَرِ (ح: 1132)، وكتاب الرقاق، بَابُ القَصْدِ وَالمُدَاوَمَةِ عَلَى العَمَلِ (ح: 6461)

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، مع اختلاف يسير.

ورواه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها/ باب: صلاة الليل وعدد ركعات النبيّ صلى الله عليه وسلّم (ح: 741)، من طريق أبي الأحوص، عن أشعث، بإسناده، مع اختلاف يسير في ألفاظه.

والمراد بالصارخ: الديك..

الحديث الرابع والعشرون: حديث عليّ: (كُنَّا فِي جَنَازَةٍ فِي بَقِيعِ الغَرْقَدِ، فَأَتَانَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَعَدَ وَقَعَدْنَا حَوْلَهُ ..)، الحديث.

كتاب الجنائز، بَابُ مَوْعِظَةِ المُحَدِّثِ عِنْدَ القَبْرِ، وَقُعُودِ أَصْحَابِهِ حَوْلَهُ (ح: 1362)، و كتاب تفسير القرآن، بَابُ قَوْلِهِ: {وَكَذَّبَ بِالحُسْنَى} [الليل: 9] (ح: 4948)

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في بعض الألفاظ، وفي صيغة التحديث بين عثمان وجرير، وفي نسب أحد الرواة، وهو أبو عبد الرحمن السلمي.

ورواه مسلم في كتاب القدر/ باب: كيفية خلق الآدمي في بطن أمّه وكتابة رزقه.. (ح: 2647)ن مثل سند البخاري ومتنه تماما، إلاّ أنّ مسلما جمع في روايته بين ثلاثة من شيوخه، أحدهم عثمان بن أبي شيبة الذي روى عنه البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 268/3، عند ذكر هذا الحديث: (وسيأتي مبسوطا في تفسير: {والليل إذا يغشى}).

قلت: ولكنّ الغريب أنّ ابن حجر لم يتحدّث إطلاقا عن هذا الحديث في الموضع المذكور. انظر: الفتح، 579/8..

الحديث الخامس والعشرون: حديث ابن عباس: قَالَ رَجُلٌ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: زُرْتُ قَبْلَ أَنْ أَرْمِيَ، قَالَ «لاَ حَرَجَ».. الحديث

كتاب الحج، بَابُ الذَّبْحِ قَبْلَ الحَلْقِ ، (ح: 1722)، و كتاب الأيمان والنذور، بَابُ إِذَا حَنِثَ نَاسِيًا فِي الأَيْمَانِ (ح: 6666).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى نسب أبي بكر بن عياش، وطرق الحديث الأخرى التي ساقها عقب الحديث في الموضع الثاني.

ولم يشر ابن حجر إلى الموضع الثاني للحديث. انظر: الفتح، 652/3، ولكنّه في الموضع الثاني، قال: (وقد تقدّم بسنده ومتنه، مشروحا في كتاب الحج). الفتح، 561/11.

ورواه مسلم في كتاب الحج/ باب: من حلق قبل النحر، أو نحر قبل الرمي (ح: 1307)، عن ابن عباس، بإسناد مختلف، ومتن مختصر.

الحديث السادس والعشرون: حديث أبي بكرة، مرفوعًا: (لاَ يَدْخُلُ المَدِينَةَ رُعْبُ المَسِيحِ الدَّجَّالِ ..)، الحديث

كتاب فضائل المدينة، بَابٌ: لاَ يَدْخُلُ الدَّجَّالُ المَدِينَةَ (ح: 1879)، وكتاب الفتن، باب: ذكر الدجال، (ح: 7125).

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في صيغة الأداء، وحرف عطف. وهو من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 101/13: (وقد مضى في آخر كتاب الحجّ سندًا ومتنًا).

وقال أيضا: (قوله: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله .. الخ. ثبت هذا للمستملي وحده هنا، وسقط لسائرهم).

قال ابن حجر في الفتح، 114/4: (وسيأتي الكلام عليه مستوفى في كتاب الفتن).

الحديث السابع والعشرون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ، لاَ يُبَالِي المَرْءُ مَا أَخَذَ مِنْهُ ..)، الحديث.

كتاب البيوع، بَابُ مَنْ لَمْ يُبَالِ مِنْ حَيْثُ كَسَبَ المَالَ ، (ح: 2059)، وبَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ} [آل عمران: 130]، (ح: 2083).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى اختلاف في بعض الألفاظ. وهو من أفراد البخاري.

وقد أشار الحافظ ابن حجر في الفتح، 366/4 إلى أنّ النسفي ليس في روايته لصحيح البخاري في هذا الباب إلاّ الآية، ثمّ قال: وساق غيره فيه حديث أبي هريرة الماضي في باب: من لم يبال من حيث كسب المال، بإسناده ومتنه، وهو بعيد من عادة البخاري، ولا سيما مع قرب العهد.

قلت: لأنّ الموضعين كليهما في كتاب البيوع، وغير بعيدين عن بعضهما.

ولم يشر ابن حجر في الموضع الأول إلى موضعه الثاني، ولكنّه عاد في الموضع الثاني فأحال على الأوّل.

الحديث الثامن والعشرون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (ثلاَثة لاَ يُكَلمُهُمُ اللهُ يَوْمَ القِيَامَةِ، وَلاَ يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ ...)، الحديث.

كتاب المساقاة، بَابُ مَنْ رَأَى أَنَّ صَاحِبَ الحَوْضِ وَالقِرْبَةِ أَحَقُّ بِمَائِهِ (ح: 2369)، وكتاب التوحيد، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَاضِرَةٌ إِلَى رَبِّهَا نَاظِرَةٌ} [القيامة: 23] (ح: 7446).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى اختلاف يسير في نسبة الرواة، وبعض ألفاظ الحديث، وزيادة طريق للحديث في الموضع الأوّل.

ورواه مسلم في كتاب الإيمان/باب: بيان غلظ تحريم إسبال الإزار (ح: 108)، عن عمرو الناقد، بالإسناد المذكور.

قال ابن حجر في الفتح، 443/13: (وقد تقدّم هذا الحديث سندًا ومتنًا في كتاب الشرب ـ يعني المساقاة ـ وتقدّم شرحه مستوفى في كتاب الأحكام).

قال الحافظ في الفتح، 54/5، في شرحه لهذا الحديث في هذا الموضع: (ويأتي الكلام على ما وقع من الاختلاف في سياق المتن في كتاب الأحكام، إن شاء الله تعالى).

الحديث التاسع والعشرون: حديث عبد الله بن مسعود، مرفوعًا: (خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ..)، الحديث

كتاب الشهادات، بَابٌ: لاَ يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ جَوْرٍ إِذَا أُشْهِدَ (ح: 2652)، وكتاب أصحاب النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، بَابُ فَضَائِلِ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 3651).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى اختلاف يسير في صيغ الأداء، وبعض ألفاظ الحديث.

قال ابن حجر في الفتح، 10/7: (وقد تقدّم في الشهادات سندًا ومتنًا، وتقدّم من شرحه هناك ما يتعلّق بالشهادات).

ورواه مسلم في كتاب فضائل الصحابة/ باب: فضل الصحابة، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم (ح: 2533)، عن شيخيه (عثمان بن أبي شيبة وإسحاق بن إبراهيم الحنظلي)، عن جرير، عن منصور، بالإسناد المذكور، مع اختلاف يسير في متنه..

الحديث الثلاثون: حديث أبي موسى: (سَمِعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلًا يُثْنِي عَلَى رَجُلٍ ...)، الحديث.

كتاب الشهادات، بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الإِطْنَابِ فِي المَدْحِ، وَلْيَقُلْ مَا يَعْلَمُ (ح: 2663)، وكتاب الأدب، بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنَ التَّمَادُحِ (ح: 6060).

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا.

وقد وافق مسلم البخاري على إخراج الحديث في كتاب الزهد والرقائق/ باب: النهي عن المدح (ح: 3001)، عن شيخ واحد، وبمتن واحد، سوى اختلاف يسير.

قال ابن حجر في الفتح، 491/10: (وَهَذَا الْحَدِيثُ مِمَّا اتَّفَقَ الشَّيْخَانِ عَلَى تَخْرِيجِهِ عَنْ شَيْخٍ وَاحِدٍ وَمِمَّا ذَكَرَهُ الْبُخَارِيُّ بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ فِي مَوْضِعَيْنِ وَلَمْ يَتَصَرَّفْ فِي مَتْنِهِ وَلَا إِسْنَادِهِ وَهُوَ قَلِيلٌ فِي كِتَابِهِ).

ولم يشر الحافظ ابن حجر في الموضع الأول إلى الموضع الثاني. انظر: الفتح، 327/5.

الحديث الواحد والثلاثون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (تَعِسَ عَبْدُ الدِّينَارِ، وَالدِّرْهَمِ، وَالقَطِيفَةِ، وَالخَمِيصَةِ ...)، الحديث.

كتاب الجهاد والسير، بَابُ الحِرَاسَةِ فِي الغَزْوِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ (ح: 2886)، وكتاب الرقاق، بَابُ مَا يُتَّقَى مِنْ فِتْنَةِ المَالِ (ح: 6435)[977].

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى اختلاف يسير في نسبة الرواة، وصيغ الأداء، وزيادة طريق بعد الحديث في الموضع الثاني. والحديث من أفراد البخاري.

(977) والإسناد كلّه مدنيون.

قال ابن حجر في الفتح، 97/6: (سَيَأْتِي بِهَذا الْإِسْنَادِ وَالْمَتْنِ فِي كِتَابِ الرِّقَاقِ، وَنَذْكُرُ شَرْحَهُ هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

وقال أيضا في الفتح، 259/11: (وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا الْحَدِيثُ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي بَابِ الْحِرَاسَةِ فِي الْغَزْوِ مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ وَهُوَ مِنْ نَوَادِرِ مَا وَقَعَ فِي هَذَا الْجَامِعِ الصَّحِيحِ).

الحديث الثاني والثلاثون: حديث عمران بن حصين، مرفوعًا: (اطَّلَعْتُ فِي الجَنَّةِ فَرَأَيْتُ أَكْثَرَ أَهْلِهَا الفُقَرَاءَ ..)، الحديث.

كتاب بدء الخلق، بَابُ مَا جَاءَ فِي صِفَةِ الجَنَّةِ وَأَنَّهَا مَخْلُوقَةٌ (ح: 3241)، وكتاب الرقاق، بَابُ فَضْلِ الفَقْرِ (ح: 6449).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، مع زيادة ذكر متابعات عقب الحديث في الموضع الثاني.

قال ابن حجر في الفتح، 372/6: (وسيأتي شرحه في كتاب الرقاق).

وفي الفتح، 427/11 أورد ابن حجر لفظة (بكفرهنّ)، وبيّن المراد منها، ولكنّ الحديث في هذا الموضع يخلو من هذه اللفظة، فهي مقحمة.

وقال أيضا في الفتح، 284/11: (وَقَدْ تَقَدَّمَ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ فِي صِفَةِ الْجَنَّةِ مِنْ بَدْءِ الْخَلْقِ وَيَأْتِي شَرْحُهُ فِي صِفَةِ الْجَنَّةِ وَالنَّارِ مِنْ كِتَابِ الرِّقَاقِ هَذَا).

ورواه البخاري أيضا في كتاب النكاح/ باب: كفران العشير وهو الزوج (ح: 5198)، وفي كتاب الرقاق/باب: صفة الجنّة والنار(ح: 6546)، عن عثمان بن الهيثم، عن عوف، عن أبي رجاء، عن عمران، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، وذكر المتن السابق بتمامه.

الحديث الثالث والثلاثون: حديث عائشة: (سُحِرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ..)، الحديث.

كتاب بدء الخلق، بَابُ صِفَةِ إِبْلِيسَ وَجُنُودِهِ (ح: 3268)، وكتاب الطب، بَابُ السِّحْرِ ،(ح: 5763).

الحديثان متطابقان، سندا، ولكنّ المتن في الموضع الأوّل مختصر، ثمّ علّق بعده حديثا عن الليث، بلفظ مثل لفظ الموضع الثاني تقريبًا.

ورواه أيضا في كتاب الطبّ/باب: السحر(ح: 5766) عن عبيد بن إسماعيل، عن أبي أسامة، عن هشام، بمثل ألفاظ الموضع الثاني تقريبًا.

ورواه مسلم في كتاب السلام/باب: السحر (ح: 2189).

قال في الفتح، 392/6: (وسيأتي شرحه في كتاب الطب).

الحديث الرابع والثلاثون: حديث عائشة: (دَعَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاطِمَةَ ابْنَتَهُ فِي شَكْوَاهُ الَّذِي قُبِضَ فِيهِ فَسَارَّهَا بِشَيْءٍ فَبَكَتْ..)، الحديث.

كتاب المناقب، بَابُ عَلاَمَاتِ النُّبُوَّةِ فِي الإِسْلاَمِ (ح: 3625)، وكتاب أصحاب النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، بَابُ مَنَاقِبِ قَرَابَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَمَنْقَبَةِ فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلاَمُ بِنْتِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 3715 - 3716).

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى قوله (فيها)، بدل (فيه).

ورواه أيضا في كتاب المغازي/ باب: بَابُ مَرَضِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَوَفَاتِهِ (ح: 4433)، عن يَسَرَة بْن صَفْوَانَ بْنِ جَمِيلٍ اللَّخْمِيّ، عن إبراهيم، بالإسناد نفسه، واختلاف يسير في متنه.

قال ابن حجر في الفتح، 728/6: (وسيأتي في أواخر المغازي في الوفاة، مشروحا).

وقال أيضا في الفتح، 99/7: (وسيأتي شرحه في الوفاة النبوية، آخر المغازي). ثمّ قال: (وهذان الحديثان ـ يعني حديث عائشة وحديث المسور بن مخرمة ـ لم يقعا في رواية أبي ذر، وثبتا لغيره، ولم يذكرهما النسفي أيضا، والسبب في ذلك أن حديث المسور يأتي بإسناده ومتنه في مناقب فاطمة، وحديث عائشة مضى بإسناده ومتنه في علامات النبوة).

ورواه مسلم في كتاب فضائل الصحابة/ باب: فضائل فاطمة بنت النبيّ عليه الصلاة والسلام (ح: 2450)، من طريق إبراهيم بن سعد، بإسناده، مع اختلاف في المتن.

الحديث الخامس والثلاثون: حديث معاوية، مرفوعًا: (لاَ يَزَالُ مِنْ أُمَّتِي أُمَّةٌ قَائِمَةٌ بِأَمْرِ اللَّهِ، لاَ يَضُرُّهُمْ مَنْ خَذَلَهُمْ ..)، الحديث.

كتاب المناقب، باب(ح: 3641)، وكتاب التوحيد، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَاهُ أَنْ نَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ} [النحل: 40] (ح: 7460).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف في بعض الألفاظ ونسبة الوليد بن مسلم. والحديث من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 733/6: (وَقَدْ أَعَادَهُ بِإِسْنَادِهِ وَمَتْنُهُ فِي التَّوْحِيدِ).

الحديث السادس والثلاثون: حديث المسور بن مخرمة، مرفوعًا: (فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي، فَمَنْ أَغْضَبَهَا أَغْضَبَنِي).

كتاب أصحاب النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، بَابُ مَنَاقِبِ قَرَابَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَمَنْقَبَةِ فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلاَمُ بِنْتِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 3714)، وكتاب أصحاب النبيّ صلّى الله عليه وسلّم، بَابُ مَنَاقِبِ فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلاَمُ (ح: 3767)

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، في الكتاب نفسه.

قال ابن حجر في الفتح، 99/7: (حَدِيثُ الْمِسْوَرِ يَأْتِي بِإِسْنَادِهِ وَمَتْنِهِ فِي مَنَاقِبِ فَاطِمَةَ).

وقد بيّن الحافظ ابن حجر في الفتح، 99/7، في الموضع الأوّل، أنّ هذا الحديث لم يقع في رواية أبي ذرّ، وثبت لغيره، ولم يذكره النسفي أيضا.

وقد رواه مسلم بأطول من هذا في كتاب فضائل الصحابة/باب: فضائل فاطمة بنت النبيّ عليها الصلاة والسلام (ح: 2449)، من طريق الليث، عن عبد الله بن

عبيد الله بن أبي مليكة، عن المسور، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمِنْبَرِ، وَهُوَ يَقُولُ: «إِنَّ بَنِي هِشَامِ بْنِ الْمُغِيرَةِ اسْتَأْذَنُونِي أَنْ يُنْكِحُوا ابْنَتَهُمْ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ، فَلَا آذَنُ لَهُمْ، ثُمَّ لَا آذَنُ لَهُمْ، ثُمَّ لَا آذَنُ لَهُمْ، إِلَّا أَنْ يُحِبَّ ابْنُ أَبِي طَالِبٍ أَنْ يُطَلِّقَ ابْنَتِي وَيَنْكِحَ ابْنَتَهُمْ، فَإِنَّمَا ابْنَتِي بَضْعَةٌ مِنِّي، يَرِيبُنِي مَا رَابَهَا وَيُؤْذِينِي مَا آذَاهَا».

ورواه أيضا عن أَبي مَعْمَرٍ إِسْمَاعِيلُ بْن إِبْرَاهِيمَ الْهُذَلِيّ، حَدَّثَنَا سُفْيَانُ، عَنْ عَمْرٍو، عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي يُؤْذِينِي مَا آذَاهَا».

الحديث السابع والثلاثون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (إِذَا قَضَى اللَّهُ الأَمْرَ فِي السَّمَاءِ، ضَرَبَتِ المَلاَئِكَةُ بِأَجْنِحَتِهَا ..)، الحديث.

كتاب تفسير القرآن، بَابُ قَوْلِهِ: {إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ مُبِينٌ} [الحجر: 18] (ح: 4701)، وكتاب التوحيد، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَلاَ تَنْفَعُ الشَّفَاعَةُ عِنْدَهُ إِلَّا لِمَنْ أَذِنَ لَهُ حَتَّى إِذَا فُزِّعَ عَنْ قُلُوبِهِمْ قَالُوا مَاذَا قَالَ رَبُّكُمْ قَالُوا الحَقَّ وَهُوَ العَلِيُّ الكَبِيرُ} [سبأ: 23]، " وَلَمْ يَقُلْ: مَاذَا خَلَقَ رَبُّكُمْ " (ح: 7481).

الحديثان متطابقان، سندًا، وفي المتن اختلاف.

قال ابن حجر في الفتح، 466/13: (وَقَدْ تَقَدَّمَ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ الْحِجْرِ وَسِيَاقُهُ هُنَاكَ أَتَمُّ وَتَقَدَّمَ مُعْظَمُ شَرْحِهِ هُنَاكَ).

وقد رواه البخاري أيضا عن شيخه الحميدي، في كتاب تفسير القرآن/ باب: {حتى إذا فزّع عن قلوبهم قالوا ماذا قال ربكم} (ح: 4800)، بالإسناد نفسه، مع اختلاف في المتن.

قال الحافظ في الفتح، 232/8: (أورده أولا معنعنا، ثم ساقه بالإسناد بعينه، مصرحا فيه بالتحديث وبالسماع في جميعه، وذكر فيه اختلاف القراءة في (فزع عن قلوبهم)، وسيأتي شرحه في تفسير سورة سبأ، ويأتي الإلمام به في أواخر الطب، وفي كتاب التوحيد إن شاء الله تعالى).

الحديث الثامن والثلاثون: حديث عبد الله بن مسعود: (لمّا نزلت هذه الآية: {الذين آمنوا ولم يلبسوا إيمانهم بظلم} ..)، الحديث.

كتاب تفسير القرآن، بَابُ {لاَ تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ} [لقمان: 13] (ح: 4776)، وكِتَابُ اسْتِتَابَةِ المُرْتَدِّينَ وَالمُعَانِدِينَ وَقِتَالِهِمْ، بَابُ إِثْمِ مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ، وَعُقُوبَتِهِ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ (ح: 6918)[978].

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى قوله (ألا تسمع)، فإنّه في الموضع الثاني: (ألا تسمعون).

قال في الفتح، 373/8: (وقد تقدّم شرحه مستوفى في كتاب الإيمان). ولم يشر ابن حجر هنا إلى الموضع الثاني.

وقال أيضا في 277/12: (وقد مضى شرحه في كتاب الإيمان في أوائل الكتاب، وأشرت هناك إلى ما وقع في أحاديث الأنبياء في قصة إبراهيم عليه السلام من طريق حفص بن غياث عن الأعمش بهذا الإسناد والمتن).

ورواه البخاري أيضا في كتاب الإيمان/باب: ظلم دون ظلم (ح: 32)، من طريق الأعمش، بالإسناد المذكور، مع اختلاف في متن الحديث.

ورواه أيضا في كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم/باب: ما جاء في المتأوّلين (ح: 6937)، من طريق وكيع، عن الأعمش، بالإسناد المذكور، مع اختلاف يسير في متنه.

ورواه مسلم في كتاب الإيمان/ باب: صدق الإيمان وإخلاصه (ح: 124)، عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن عبد الله بن إدريس، وأبي معاوية، ووكيع، كلّهم عن الأعمش، بالإسناد نفسه، مع اختلاف يسير في متنه.

الحديث التاسع والثلاثون: حديث معاذ بن جبل: (بَيْنَا أَنَا رَدِيفُ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَيْسَ بَيْنِي وَبَيْنَهُ إِلَّا أَخِرَةُ الرَّحْلِ ..)، الحديث.

(978) من لطائف هذا الإسناد أنّ فيه ثلاثة من التابعين، يروي بعضهم عن بعض: الأعمش، وإبراهيم، وعلقمة، والثلاثة كوفيون فقهاء.

كتاب اللباس، بَابُ إِرْدَافِ الرَّجُلِ خَلْفَ الرَّجُلِ (ح: 5967)، وكتاب الرقاق، بَابُ مَنْ جَاهَدَ نَفْسَهُ فِي طَاعَةِ اللَّهِ (ح: 6500)، وكتاب الاستئذان، بَابُ مَنْ أَجَابَ بِلَبَّيْكَ وَسَعْدَيْكَ (ح: 6267).

روى البخاري هذا الحديث في ثلاثة مواضع، متطابقة تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى نسبة معاذ بن جبل. وفي الموضع الثالث ساق السند كاملا، ثمّ أحال المتن على الطريق السابق، وهو يختلف في شيخ البخاري فقط، ومتن الحديث مختصر أيضا.

قال ابن حجر في الفتح، 412/10: (ذَكَرَ فِيهِ حَدِيثَ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْجِهَادِ وَأُحِيلَ بِشَرْحِهِ عَلَى هَذَا الْمَكَانِ وَاللَّائِقُ بِهِ كِتَابُ الرِّقَاقِ فَقَدْ ذَكَرَهُ فِيهِ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ تَامًّا فَلْيُشْرَحْ هُنَاكَ).

وقال أيضا في الفتح، 348/11:، في آخر شرح الحديث (رقم: 6500): (هَذَا مِنَ الْأَحَادِيثِ الَّتِي أَخْرَجَهَا الْبُخَارِيُّ فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ عَنْ شَيْخٍ وَاحِدٍ بِسَنَدٍ وَاحِدٍ وَهِيَ قَلِيلَةٌ فِي كِتَابِهِ جِدًّا وَلَكِنَّهُ أَضَافَ إِلَيْهِ فِي الِاسْتِئْذَانِ مُوسَى بْنَ إِسْمَاعِيلَ وَقَدْ تَتَبَّعَ بَعْضُ مَنْ لَقِينَاهُ مَا أَخْرَجَهُ فِي مَوْضِعَيْنِ بِسَنَدٍ فَبَلَغَ عِدَّتُهَا زِيَادَةً عَلَى الْعِشْرِينَ وَفِي بَعْضِهَا يَتَصَرَّفُ فِي الْمَتْنِ بالاختصار مِنْهُ).

الحديث الأربعون: حديث أبي موسى، مرفوعًا: (اشْفَعُوا فَلْتُؤْجَرُوا ..)، الحديث.

كتاب الأدب، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا، وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا، وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقِيتًا} [النساء: 85] (ح: 6028)، وكتاب التوحيد، بَابُ فِي المَشِيئَةِ وَالإِرَادَةِ (ح: 7476).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في صيغة الأداء وبعض ألفاظ المتن.

قال ابن حجر، الفتح، 460/13: (وَقَدْ تَقَدَّمَ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ فِي كِتَابِ الْأَدَبِ وَشُرِحَ هُنَاكَ).

ورواه أيضا في كتاب الأدب/ باب: تعاون المؤمنين بعضهم بعضا (ح: 6026)،

عن محمد بن يوسف، عن سفيان، عن أبي بردة بريد بن أبي بردة، بالإسناد المذكور، وفيه: «المُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ، يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا» ثُمَّ شَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ. وَكَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَالِسًا، إِذْ جَاءَ رَجُلٌ يَسْأَلُ، أَوْ طَالِبُ حَاجَةٍ، أَقْبَلَ عَلَيْنَا بِوَجْهِهِ فَقَالَ: «اشْفَعُوا فَلْتُؤْجَرُوا، وَلْيَقْضِ اللَّهُ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ مَا شَاءَ».

ورواه أيضا في كتاب الزكاة/باب: التحريض على الشفاعة والصدقة فيها (ح: 1432)، من طريق عبد الواحد، عن أبي بردة، بالإسناد المذكور.

ورواه مسلم في كتاب الْبِرِّ وَالصِّلَةِ وَالْآدَابِ /بَابُ اسْتِحْبَابِ الشَّفَاعَةِ فِيمَا لَيْسَ بِحَرَامٍ (ح: 2627)، عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن عليّ بن مسهر وحفص بن غياث، عن بريد، بالإسناد المذكور، مع اختلاف يسير في متنه.

الحديث الواحد والأربعون: حديث أنس، مرفوعًا: (اللَّهُمَّ أَكْثِرْ مَالَهُ، وَوَلَدَهُ ..)، الحديث.

كتاب الدعوات، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَصَلِّ عَلَيْهِمْ} [التوبة: 103] وَمَنْ خَصَّ أَخَاهُ بِالدُّعَاءِ دُونَ نَفْسِهِ (ح: 6334)، وكتاب الدعوات، باب الدعاء بكثرة الولد مع البركة (ح: 6380).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في ذكر كنية سعيد بن الربيع.

قال في الفتح، 142/11: (وسيأتي شرحه قريبا بعد ثمانية وعشرين بابا).

وقال أيضا في الفتح، 186/11: (وَتَقَدَّمَ الْحَدِيثُ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَصَلِّ عَلَيْهِمْ}، وَمن خص اخاه بِالدُّعَاءِ).

وهذا الحديث مثال على حديث كرّره البخاري في نفس الكتاب، وفي موضعين غير متباعدين.

ورواه البخاري أيضا في كتاب الدعوات/ باب: الدعاء بكثرة المال والولد مع البركة (ح: 6378)، عن محمد بن بشار، عن غندر، عن شعبة، بالإسناد المذكور،

وبالمتن نفسه.

وقد وافق مسلم البخاريَّ في رواية هذا الحديث، في كتاب فضائل الصحابة/ باب: من فضائل أنس بن مالك(ح: 2480)، إلاّ أنّه جمع في حديثه بين محمد بن المثنى ومحمد بن بشار، ثمّ رواه بعد ذلك من طرق أخرى.

الحديث الثاني والأربعون: حديث عبد الله بن مسعود، مرفوعًا:(لاَ حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ ..)، الحديث.

كتاب الأحكام، بَابُ أَجْرِ مَنْ قَضَى بِالحِكْمَةِ (ح: 7141)[979]، وكِتَابُ الِاعْتِصَامِ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، بَابُ مَا جَاءَ فِي اجْتِهَادِ القُضَاةِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى (ح: 7316).

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى قوله (فسلّطه)، بالبناء للمعلوم، فإنّه في الموضع الثاني (فسُلِّط)، بالبناء لما لم يسمّ فاعله. وذكر الحافظ في الفتح، 201/10 أنّ هذه رواية أبي ذرّ، وأنّ رواية الباقين: فسلّطه.

قال ابن حجر في الفتح، 311/13: (وَقَدْ تَقَدَّمَ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْأَحْكَامِ).

ورواه أيضا في كتاب الزكاة/ باب: إنفاق المال في حقّه (ح: 1409)، عن محمد بن المثنى، عن يحيى، عن إسماعيل، بالإسناد المذكور، والمتن نفسه.

ورواه أيضا في كتاب العلم/ باب: الاغتباط في العلم والحكمة (ح: 73)، عن الحميدي، عن سفيان، عن إسماعيل، بالإسناد المذكور، واللفظ نفسه.

وللحديث طرق أخرى، وألفاظ أخرى عند البخاري. انظر: كتاب التوحيد/ باب: قول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: (رجل آتاه الله القرآن ...) (ح: 7529)، وكتاب فضائل القرآن/ باب: اغتباط صاحب القرآن (ح: 5026).

والحديث عند مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها/ باب: فضل من يقوم بالقرآن (ح: 816)، عن أبي بكر بن ابي شيبة، عن وكيع، وعن ابن نمير، عن أبيه، ومحمد بن بشر، كلهم عن إسماعيل.

(979) والسند كلّه كوفيون.

الحديث الثالث والأربعون: حديث عائشة أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يُصَلِّي إِحْدَى عَشْرَةَ رَكْعَةً .. الحديث.

أبواب الوتر، باب: ما جاء في الوتر (ح: 994)، وكتاب التهجد، بَابُ طُولِ السُّجُودِ فِي قِيَامِ اللَّيْلِ (ح: 1123).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى اختلاف يسير في بعض الألفاظ. وهو من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 563/2: (وَأَمَّا حَدِيثُ عَائِشَةَ فَقَدْ أَعَادَهُ الْمُصَنِّفُ إِسْنَادًا وَمَتْنًا فِي كِتَابِ صَلَاةِ اللَّيْلِ، وَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى).

الحديث الرابع والأربعون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (ابْسُطْ رِدَاءَكَ ..)، الحديث.

كتاب العلم، بَابُ حِفْظِ العِلْمِ (ح: 119)، وكتاب المناقب، باب، (3648)[980].

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى أنّه رواه في الموضع الأول مختصرا؛ لأنّه ساقه قبل ذلك في نفس الموضع تاما من طريق أَحْمَد بْن أَبِي بَكْرٍ أَبي مُصْعَبٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ دِينَارٍ، عَنِ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ، فلم يشأ أن يكرره في الموضع نفسه مرّتين.

وقد ذكر ابن حجر في الفتح، 261/1، أنّ البخاري ساق هذا الحديث بإسناده ومتنه في علامات النبوّة، من غير تغيير، إلا في قوله: بيديه؛ فإنّه ذكرها بالإفراد.

ورواه مسلم في كتاب الفضائل/باب: من فضائل أبي هريرة الدوسي (ح: 2493)، من طريق أخرى، عن أبي هريرة، وبسياق مختلف.

الحديث الخامس والأربعون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ ..)، الحديث.

كتاب كِتَاب فِي الِاسْتِقْرَاضِ وَأَدَاءِ الدُّيُونِ وَالحَجْرِ وَالتَّفْلِيسِ، بَابُ الصَّلاَةِ عَلَى مَنْ تَرَكَ دَيْنًا (ح: 2398)، وكِتَابُ الفَرَائِضِ، بَابُ مِيرَاثِ الأَسِيرِ (ح: 6763).

(980) والإسناد كلّه مدنيون.

الحديثان متطابقان تماما، سندًا ومتنًا.

قال في الفتح، 50/12: (وقد تقدّم شرحه قريبا). قلت: وذلك في 11/12، عند حديث أبي هريرة الذي رواه البخاري في كتاب الفرائض/باب: قوله صلّى الله عليه وسلّم: (من ترك مالا فلأهله) (ح: 6731).

وللحديث طريق أخرى أخرجها البخاري في كتاب الفرائض/ باب: ابني عمّ: أحدهما أخ للأم (ح: 6745)، من حديث أبي هريرة، مرفوعا: (أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا فَمَالُهُ لِمَوَالِي العَصَبَةِ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا أَوْ ضَيَاعًا فَأَنَا وَلِيُّهُ، فَلِأُدْعَى لَهُ).

ورواه مسلم في كتاب الفرائض/باب: من ترك مالا فلورثته (ح: 1619)، من حديث أبي هريرة، بلفظ آخر.

الحديث السادس والأربعون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (مَا بَيْنَ بَيْتِي وَمِنْبَرِي رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الجَنَّةِ ..)، الحديث.

كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، بَابُ فَضْلِ مَا بَيْنَ القَبْرِ وَالمِنْبَرِ(ح: 1196)، وكتاب فَضَائِلِ المَدِينَةِ، بَابُ[(981)] (ح: 1888)

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، إلا أنّ في الموضع الأول: عبيد الله بن عمر، وفي الموضع الثاني: عبيد الله[(982)].

قال ابن حجر في الفتح، 84/3 : (وَسَيَأْتِي هَذَا الْحَدِيثُ بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ كَامِلًا فِي أَوَاخِرِ فَضْلِ الْمَدِينَةِ مِنْ أَوَاخِرِ كِتَابِ الْحَجِّ وَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَى الْمَتْنِ هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مُسْتَوْفِي).

(981) قال ابن حجر في الفتح، 119/4: (كذا في جميع النسخ بلا ترجمة).
قلت: لكن في النسخة التي على الشاملة (بتحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر) وقع إلحاق هذا الحديث وما بعده بالباب السابق وهو: باب كراهية النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أن تُعْرَى المدينةُ.

(982) مع الإشارة إلى أنّ بعض نسخ البخاري ورد فيها في الموضعين: عبيد الله بن عمر. وعندئذ يكون التطابق تامّا. انظر هامش الجامع الصحيح بحاشية أحمد عليّ السهارنفوري، 140/3. وكذلك هي في المكتبة الشاملة، وهي موافقة لطبعة دار طوق النجاة، بتحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.

ورواه البخاري أيضا في كتاب الرقاق/ باب: في الحوض (ح: 6588)، عن إبراهيم بن المنذر، عن أنس بن عياض، عن عبيد الله، بالسند المذكور، وبالمتن نفسه دون اختلاف.

وكذلك في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة/ باب: ما ذكر النبيّ صلّى الله عليه وسلّم وحضّ على اتفاق أهل العلم ... (ح: 7335)، عن عمرو بن عليّ، عن عبد الرحمن بن مهدي، عن مالك، عن خبيب، بالإسناد فسه، وبالمتن نفسه، دون اختلاف.

وأخرجه من طريق أخرى في كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة/ باب: فضل ما بين القبر والمنبر (ح: 1195)، عن عبد الله بن يوسف، عن مالك، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عبّاد بن تميم، عن عبد الله بن زيد، المازني، مرفوعا، مقتصرا على قوله: (ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنّة).

ورواه مسلم في كتاب الحج/ باب: ما بين القبر والمنبر روضة من رياض الجنة (ح: 1391)، من طريق، عن عبيد الله، بالإسناد المذكور، وباللفظ نفسه.

الحديث السابع والأربعون: حديث ابن عباس في نزول سورة الأنفال في بدر

كتاب تفسير القرآن، بَابُ قَوْلِهِ: {يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنْفَالِ، قُلْ: الأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ، فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ} [الأنفال: 1] (4645)، وكتاب تفسير القرآن، سورة الحشر/بَابٌ، (4882)

الحديثان متطابقان سندًا، إلاّ أنّ متن الحديث في الموضع الأول مختصر.

قال ابن حجر في الفتح، 497/8: (تَقَدَّمَ هَذَا الْحَدِيثُ مُخْتَصَرًا بِإِسْنَادِهِ وَمَتْنِهِ فِي تَفْسِيرِ سُورَةِ الْأَنْفَالِ مُقْتَصَرًا عَلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهَا).

قال ابن حجر في الفتح، 157/8: (والحديث المذكور سيأتي بأتمّ من هذا في تفسير سورة الحشر).

ورواه مسلم في كتاب التفسير/باب: في سورة براءة والأنفال والحشر (ح:

3031)، عن عبد الله بن مطيع، عن هشيم، بالإسناد المذكور، وبالمتن نفسه، مع اختلاف يسير.

الحديث الثامن والأربعون: حديث سويد بن النعمان: (خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى خَيْبَرَ ..)، الحديث.

كتاب الأطعمة، بَابُ {لَيْسَ عَلَى الأَعْمَى حَرَجٌ، وَلاَ عَلَى الأَعْرَجِ حَرَجٌ، وَلاَ عَلَى المَرِيضِ حَرَجٌ} [النور: 61]- إِلَى قَوْلِهِ - {لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ} [البقرة: 73] (ح: 5384)، وكتاب الأطعمة، بَابُ المَضْمَضَةِ بَعْدَ الطَّعَامِ (ح: 5454).

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا، مع بعض الاختلاف بينهما سندًا ومتنًا.

قال ابن حجر في الفتح، 489/9: (وَقَدْ تَقَدَّمَ بِإِسْنَادِهِ وَمَتْنِهِ فِي أَوَائِلِ الْأَطْعِمَةِ).

ورواه البخاري أيضا في كتاب الجهاد والسير/ باب: جعل الزاد في الغزو (ح: 2981)، عن محمد بن المثنى، عن يحيى، بالإسناد المذكور، وفي متنه اختلاف.

ولم يشر ابن حجر في الموضع الأول إلى تكرير الحديث في موضع آخر، ثمّ عاد في الموضع الثاني فأحال على الأول.

الحديث التاسع والأربعون: حديث عمر بن الخطاب: (لَوْلاَ آخِرُ المُسْلِمِينَ، مَا فَتَحْتُ قَرْيَةً إِلَّا قَسَمْتُهَا ..)، الحديث.

كتاب المزارعة/بَابُ أَوْقَافِ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَرْضِ الخَرَاجِ وَمُزَارَعَتِهِمْ، وَمُعَامَلَتِهِمْ (2334)، وكِتَابُ فَرْضِ الخُمُسِ، بَابٌ: الغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الوَقْعَةَ (ح: 3125).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا. وهو من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 259/6: (وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا الْحَدِيثُ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي الْمُزَارَعَةِ).

ورواه أيضا في كتاب المغازي/باب: غزوة خيبر (ح: 4236)، عن محمد بن المثنى، عن ابن مهدي، عن مالك بن أنس، عن زيد، بالإسناد المذكور، والمتن نفسه.

ورواه أيضا في باب: غزوة خيبر (ح: 4235)، عن سعيد بن أبي مريم، عن محمد بن جعفر، عن زيد، بالإسناد نفسه، مع اختلاف في اللفظ.

الحديث الخمسون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (إِنَّ مُوسَى كَانَ رَجُلًا حَيِيًّا سِتِّيرًا ..)، الحديث.

كتاب أحاديث الأنبياء، بَابُ حَدِيثِ الخَضِرِ مَعَ مُوسَى عَلَيْهِمَا السَّلاَمُ (ح: 3404)، وكتاب تفسير القرآن، بَابُ قَوْلِهِ: {لاَ تَكُونُوا كَالَّذِينَ آذَوْا مُوسَى} [الأحزاب: 69](ح: 4799).

الحديثان متطابقان سندًا، ولكن المتن في الموضع الثاني مختصر.

وقد رواه البخاري من حديث روح بن عبادة، عن عوف، عن الحسن ومحمد وخلاس، عن أبي هريرة، مرفوعًا.

قال ابن حجر في الفتح، 503/6: (وَمَا لَهُ ـ يعني خلاس بن عمر ـ فِي الْبُخَارِيِّ سِوَى هَذَا الْحَدِيثِ، وَقَدْ أَخْرَجَهُ لَهُ مَقْرُونًا بِغَيْرِهِ ـ وهما الحسن البصري، ومحمد بن سيرين ـ وَأَعَادَهُ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي تَفْسِيرِ الْأَحْزَابِ).

ورواه مسلم في كتاب الحيض/باب: جواز الاغتسال عريانا في الخلوة (ح: 339)، من طريق أخرى عن أبي هريرة، مرفوعا: (كانت بنو إسرائيل يغتسلون عراة ...)، الحديث.

وله طرق أخرى في كتاب الفضائل/باب: من فضائل موسى صلّى الله عليه وسلّم (ح: 339)، عن أبي هريرة.

الحديث الواحد والخمسون: حديث أنس: (جَعَلَ المُهَاجِرُونَ وَالأَنْصَارُ يَحْفِرُونَ الخَنْدَقَ حَوْلَ المَدِينَةِ ..)، الحديث.

كتاب الجهاد والسير، بَابُ حَفْرِ الخَنْدَقِ (ح: 2835)، وكتاب المغازي، بَابُ غَزْوَةِ الخَنْدَقِ وَهِيَ الأَحْزَابُ (ح: 4100).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى الزيادة التي في آخر الموضع الثاني، وسوى الاختلاف في صيغة الرواية بين عبد الوارث وعبد العزيز.

قال في الفتح، 55/6: (وسيأتي في المغازي، وسياقه هناك أتمّ).

وقال أيضا في الفتح، 456/7: (تَقَدَّمَ طَرِيقُ عَبْدِ الْعَزِيزِ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي أَوَائِلِ الْجِهَادِ سِوَى قَوْلِهِ: قَالَ يُؤْتَوْنَ ... الخ).

ورواه مسلم مختصرًا في كتاب الجهاد والسير/باب: غزوة الأحزاب وهي الخندق (ح: 1805)، بسنده، إلى أنس.

الحديث الثاني والخمسون: حديث عبد الله بن عمر، مرفوعًا: (لاَ هِجْرَةَ بَعْدَ الفَتْحِ).

كتاب مناقب الأنصار، بَابُ هِجْرَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابِهِ إِلَى المَدِينَةِ (3899)، وكتاب المغازي، باب (4311).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، تمامًا، سوى نسبة إسحاق بن يزيد في الموضع الأول.

قال ابن حجر في الفتح، 270/7: (وقد أفردهما ـ هو وحديث عائشة اللاحق ـ في أواخر غزوة الفتح، وأورد كلّ واحد منهما عن إسحاق بن يزيد المذكور بإسناده).

وقال أيضا في الفتح، 620/7: (تقدّم سندا ومتنا في أوائل الهجرة).

ورواه البخاري أيضا من طرق أخرى في كتاب الجهاد والسير/باب: فضل الجهاد والسير (ح: 2783)، عن منصور، عن مجاهد، عن طاوس، عن ابن عباس، وزاد فيه: (ولكن جهاد ونية، وإذا استنفرتم فانفروا)، وباب: لا هجرة بعد الفتح (ح: 3077)، وباب: وجوب النفير، وما يجب من الجهاد والنية (ح: 2825)، وكتاب جزاء الصيد/ باب: لا يحلّ القتال بمكّة (ح: 1834).

الحديث الثالث والخمسون: حديث عائشة، مرفوعًا: (لاَ هِجْرَةَ اليَوْمَ ..)، الحديث

كتاب مناقب الأنصار، بَابُ هِجْرَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابِهِ إِلَى المَدِينَةِ (3899 ـ 3900)، وكتاب المغازي، باب[983] (4312).

([983]) قال ابن حجر: (كذا في الأصول بدون ترجمة .والمناسب لترجمته: من شهد الفتح). الفتح، 616/7.

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا، إلاّ أنّ البخاري رواه معلّقًا في الموضع الثاني؛ لأنّه قدّم ذكر الإسناد.

قال في الفتح، 270/7: (وقد أفردهما ـ يعني حديث ابن عمر السابق وهذا الحديث ـ في أواخر غزوة الفتح وأورد كل واحد منهما عن إسحاق بن يزيد المذكور بإسناده).

وقال أيضا في الفتح، 620/7: (حَدِيثُ عَائِشَةَ تَقَدَّمَ فِي أَوَائِلِ الْهِجْرَةِ أَيْضًا سَنَدًا وَمَتْنًا).

ورواه مسلم في كتاب الإمارة/باب: المبايعة بعد فتح مكة بعد الإسلام .. (ح: 1863- 1864)، عن عائشة وابن عباس.

الحديث الرابع والخمسون: حديث ابن عباس: (كَانَ المُهَاجِرُونَ لَمَّا قَدِمُوا المَدِينَةَ، يَرِثُ المُهَاجِرُ الأَنْصَارِيَّ دُونَ ذَوِي رَحِمِهِ ..)، الحديث.

كتاب الكفالة، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: (وَالَّذِينَ عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ) (2292)، وكتاب التفسير، بَابُ قَوْلِهِ: (وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ، وَالَّذِينَ عَاقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا) (4580).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، إلاّ أنّه في الموضع الثاني نبّه على سماع أبي أسامة من إدريس، وسماع إدريس من طلحة. والحديث من أفراد البخاري.

قال ابن حجر في الفتح، 96/8: (تَقَدَّمَ هَذَا الْحَدِيثُ سَنَدًا وَمَتْنًا فِي الْكَفَالَةِ وَأُحِيلَ بِشَرْحِهِ عَلَى هَذَا الْموضع).

قال ابن حجر في الفتح، 552/4: (أورد فيه حديث ابن عباس الآتي في تفسير سورة النساء بسنده ومتنه، وسيأتي الكلام عليه هناك).

الحديث الخامس والخمسون: حديث أنس: (أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ «يَطُوفُ عَلَى نِسَائِهِ، فِي اللَّيْلَةِ الوَاحِدَةِ ..)، الحديث.

كتاب الغسل، بَابٌ: الجُنُبُ يَخْرُجُ وَيَمْشِي فِي السُّوقِ وَغَيْرِهِ (284)، وكتاب النكاح، بَابُ مَنْ طَافَ عَلَى نِسَائِهِ فِي غُسْلٍ وَاحِدٍ (ح: 5215).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا.

قال ابن حجر في الفتح، 227/9: (وقد تقدّم سندا ومتنا في كتاب الغسل، مع شرحه وفوائده).

ورواه مسلم من طريق أخرى في كتاب الحيض/ بَابُ جَوَازِ نَوْمِ الْجُنُبِ وَاسْتِحْبَابُ الْوُضُوءِ لَهُ، وَغَسْلِ الْفَرْجِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَأْكُلَ أَوْ يَشْرَبَ أَوْ يَنَامَ أَوْ يُجَامِعَ (ح: 309)، عن أنس، أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم كان يطوف على نسائه بغسل واحد. دون بقية الحديث.

ولم يشر ابن حجر إلى تكرير الحديث. الفتح، 466/1.

الحديث السادس والخمسون: حديث ابن عباس: (كَانَ المَالُ لِلْوَلَدِ، وَكَانَتِ الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ، فَنَسَخَ اللَّهُ مِنْ ذَلِكَ مَا أَحَبَّ ..)، الحديث.

كتاب الوصايا، بَابٌ: لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ (ح: 2747)، وكتاب تفسير القرآن، بَابُ قَوْلِهِ: {وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ} [النساء: 12] (ح: 4578)، وكتاب الفرائض، بَابُ مِيرَاثِ الزَّوْجِ مَعَ الوَلَدِ وَغَيْرِهِ (6739).

الأحاديث الثلاثة متطابقة تمامًا، سندًا ومتنًا، عدا زيادة (والثلث) في الموضع الثاني. قال في الفتح، 93/8: (قال الدمياطي: قوله: والثلث، زيادة هنا، وقد أخرج المصنف هذا الحديث بهذا الإسناد في كتاب الفرائض فلم يذكرها. قلت: اختصرها هناك، ولكنّها ثابتة في تفسير محمد بن يوسف الفريابي شيخه فيه). وهذا الحديث من أفراد البخاري.

ولم يشر الحافظ ابن حجر في الموضع الأول إلى مواضع أخرى للحديث. الفتح، 438/5.

وقال أيضا في الفتح، 24/12: (وَقد تَقَدَّمَ فِي الْوَصَايَا وَذَكَرْتُ شَرْحَهُ هُنَاكَ مُسْتَوْفًى سندا ومتنا). ولكنّه لم يشر إلى الموضع الثاني.

الحديث السابع والخمسون: حديث عليّ: (أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِجِلاَلِ البُدْنِ[984] ..)، الحديث.

كتاب الحج، بَابٌ: الجِلاَلُ لِلْبُدْنِ (1707)، وكتاب الوكالة، بَابُ وَكَالَةِ الشَّرِيكِ الشَّرِيكَ فِي القِسْمَةِ وَغَيْرِهَا (2299).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا.

قال ابن حجر في الفتح، 559/4: (وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْحَجِّ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ مَعَ الْكَلَامِ عَلَيْهِ). قلت: ولكنّه استوفى شرحه في 649/3، كما أشار هو بنفسه في 642/3.

ورواه البخاري أيضا في كتاب الحج/باب: لا يعطى الجزار من الهدي شيئا (ح: 1716)، عن محمد بن كثير، عن سفيان، بالإسناد المذكور، مع اختلاف يسير في متنه.

ورواه مسلم في كتاب الحج/باب: في الصدقة بلحوم الهدي وجلودها وجلالها(ح: 1317)، من طريق مجاهد، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن عليّ، قال: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أَقُومَ عَلَى بُدْنِهِ، وَأَنْ أَتَصَدَّقَ بِلَحْمِهَا وَجُلُودِهَا وَأَجِلَّتِهَا، وَأَنْ لَا أُعْطِيَ الْجَزَّارَ مِنْهَا»، قَالَ: «نَحْنُ نُعْطِيهِ مِنْ عِنْدِنَا».

الحديث الثامن والخمسون: حديث خباب بن الأرت: (هَاجَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَبْتَغِي وَجْهَ اللَّهِ ..)، الحديث.

كتاب المغازي، بَابُ غَزْوَةِ أُحُدٍ (4047)، وكتاب المغازي، بَابُ مَنْ قُتِلَ مِنَ المُسْلِمِينَ يَوْمَ أُحُدٍ (4082).

الحديثان متطابقان سندًا ومتنًا، تمامًا.

([984]) الجِلال ـ بكسر الجيم، وتخفيف اللام ـ جمع جُلّ ـ بضم الجيم ـ وهو ما يطرح على ظهر البعير من كساء ونحوه. فتح الباري، 642/3. وانظر: لسان العرب، 119/11، تاج العروس، 219/28.

قال في الفتح، 411/7: (وقد تقدّم شرحه في كتاب الجنائز، ويأتي أيضا بعد سبعة أبواب، ويأتي شرحه في كتاب الرقاق).

قال ابن حجر في الفتح، 436/7: (حَدِيثُ خَبَّابٍ تَقَدَّمَ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ مَعَ الْكَلَام عَلَيْهِ).

ورواه البخاري أيضا في كتاب الجنائز/بَابُ: إِذَا لَمْ يَجِدْ كَفَنًا إِلَّا مَا يُوَارِي رَأْسَهُ، أَوْ قَدَمَيْهِ غَطَّى رَأْسَهُ (ح: 1276)، عن عمر بن حفص بن غياث، عن أبيه، عن الأعمش، بالسند المذكور، مع اختلاف في المتن بالتقديم والتأخير.

وفي كتاب مناقب الأنصار/باب: هجرة النبيّ صلّى الله عليه وسلّم إلى المدينة (ح: 3914)، عن مسدّد، عن يحيى، عن الأعمش.

وفي كتاب الرقاق/باب: فضل الفقر (ح: 6448)، عن الحميدي، عن سفيان، عن الأعمش، بالإسناد المذكور، والمتن نفسه، مع اختلاف يسير.

ورواه مسلم في كتاب الجنائز/باب: في كفن الميت (ح: 940)، من طريق أبي معاوية، عن الأعمش، بالإسناد المذكور، وبالمتن نفسه.

الحديث التاسع والخمسون: حديث ابن عباس: (قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابُهُ، فَقَالَ الْمُشْرِكُونَ ..)، الحديث.

كتاب الحج، بَابٌ: كَيْفَ كَانَ بَدْءُ الرَّمَلِ (1602)، وكتاب المغازي، بَابُ عُمْرَةِ القَضَاءِ (4256).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى الزيادة التي في آخر الموضع الثاني.

قال في الفتح، 549/3: (وسيأتي الكلام عليه مستوفى في المغازي).

قال ابن حجر في الفتح، 582/7: (حَدِيث ابن عَبَّاسٍ تَقَدَّمَ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ فِي أَبْوَابِ الطَّوَافِ مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ فِي بَابُ بَدْءِ الرَّمَلِ وَشَرَحْتُ بَعْضَ أَلْفَاظِهِ وَحُكْمَ الرَّمَلِ هُنَاكَ).

ورواه مسلم في كتاب الحج/باب: استحباب الرمل في الطواف (ح: 1266)، من حديث أبي الربيع الزهراني، عن حماد بن زيد، بالإسناد نفسه، مع اختلاف في بعض ألفاظ المتن.

الحديث الستون: حديث ابن عباس: (بِتُّ عِنْدَ خَالَتِي مَيْمُونَةَ، فَتَحَدَّثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ أَهْلِهِ سَاعَةً ..)، الحديث.

كتاب تفسير القرآن/بَابُ قَوْلِهِ: {إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلاَفِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لآيَاتٍ لِأُولِي الأَلْبَابِ} (4569)، وكتاب التوحيد، بَابُ مَا جَاءَ فِي تَخْلِيقِ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَغَيْرِهَا مِنَ الخَلاَئِقِ.. (ح: 7452).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى قوله: (أَوْ بَعْضُهُ)، وسوى اختلاف يسير في السياق.

قال ابن حجر في الفتح، 449/13: (وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي تَفْسِيرِ آلِ عِمْرَانَ بِهَذَا السَّنَدِ وَالْمَتْنِ لَكِن لم يذكر فِيهِ هَذِه اللَّفْظَة). قلت: يعني لفظة (أو بعضه). وقد أشار أيضا إلى أنّ في رواية الكشميهني: (أو نصفه)، بنون ومهملة وفاء.

قال في الفتح، 84/8: (وقد تقدّم شرحه مستوفى في أبواب الوتر)، ولكنّه لم يذكر الموضع الثاني.

ورواه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها/باب: الدعاء في صلاة الليل وقيامه (ح: 763)، من طرق كثيرة، عن كريب وغيره، عن ابن عباس.

الحديث الواحد والستون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ ..)، الحديث.

كتاب الجنائز، بَابُ إِذَا أَسْلَمَ الصَّبِيُّ فَمَاتَ، هَلْ يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَهَلْ يُعْرَضُ عَلَى الصَّبِيِّ الإِسْلاَمُ (ح: 1359)، وكتاب التفسير، بَابُ {لاَ تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ} [الروم: 30]: لِدِينِ اللَّهِ (4775).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى الاختلاف في حرف العطف (أو).

قال ابن حجر في الفتح، 372/8: (ثُمَّ ذَكَرَ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ وَقَدْ تَقَدَّمَ بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ فِي كِتَابِ الْجَنَائِزِ مَعَ شَرْحِهِ فِي بَاب مَا قِيلَ فِي أَوْلَادِ الْمُشْرِكِينَ).

قلت: الصحيح أنّ الحديث في بَاب: إِذَا أَسْلَمَ الصَّبِيُّ فَمَاتَ، هَلْ يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَهَلْ يُعْرَضُ عَلَى الصَّبِيِّ الإِسْلاَمُ (ح: 1359). أما الذي في باب: ما قيل في أولاد المشركين (ح: 1385) فهو حديث رواه البخاري عن آدَمُ، عن ابْن أَبِي ذِئْبٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، أَوْ يُنَصِّرَانِهِ، أَوْ يُمَجِّسَانِهِ، كَمَثَلِ البَهِيمَةِ تُنْتَجُ البَهِيمَةَ هَلْ تَرَى فِيهَا جَدْعَاءَ». فهو مختلف عنه سندًا وإن كان متنه لا يختلف عنه كثيرًا. وأمّا شرح الحافظ لهذا الحديث فهو فعلا في الباب الذي ذكره. انظر: الفتح، 290/3.

ورواه مسلم في كتاب القدر/باب: معنى كلّ مولود يولد على الفطرة (ح: 2658)، من طريق الزهري، عن سعيد بن المسيّب، عن أبي هريرة، باللفظ المذكور أعلاه.

الحديث الثاني والستون: حديث جابر: (غَزَوْنَا جَيْشَ الخَبَطِ، وَأُمِّرَ أَبُو عُبَيْدَةَ فَجُعْنَا جُوعًا شَدِيدًا ..)، الحديث.

كتاب المغازي، بَابُ غَزْوَةِ سِيفِ البَحْرِ، وَهُمْ يَتَلَقَّوْنَ عِيرًا لِقُرَيْشٍ، وَأَمِيرُهُمْ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الجَرَّاحِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (ح: 4362)، وكتاب الصيد والذبائح، بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ البَحْرِ} [المائدة: 96] (5493).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى زيادة أبي الزبير في الموضع الأوّل.

قال ابن حجر في الفتح، 533/9: (وَقَدْ تَقَدَّمَ بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ فِي الْمَغَازِي).

ورواه مسلم في كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان/ باب: إباحة ميتات البحر (ح: 1935)، عن عبد الجبار بن العلاء، عن سفيان، عن عمرو، عن جابر، وذكر الحديث، مع اختلاف في اللفظ.

الحديث الثالث والستون: حديث سهل بن سعد: (أَنَّ أَبَا أُسَيْدٍ السَّاعِدِيَّ، دَعَا النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُرْسِهِ، فَكَانَتِ امْرَأَتُهُ خَادِمَهُمْ يَوْمَئِذٍ، وَهِيَ العَرُوسُ ..)، الحديث.

كتاب النكاح، بَابُ النَّقِيعِ وَالشَّرَابِ الَّذِي لاَ يُسْكِرُ فِي العُرْسِ (ح: 5183)، وكتاب الأشربة، بَابُ نَقِيعِ التَّمْرِ مَا لَمْ يُسْكِرْ (ح: 5597).

الحديثان متطابقان تمامًا، سندًا ومتنًا.

ولم يشر الحافظ ابن حجر في الموضع الأول إلى الموضع الثاني. انظر: الفتح، 160/9.

قال ابن حجر في الفتح، 64/10: (وقد تقدّم التنبيه عليه قريبا. وَتَقَدَّمَ بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ فِي أَبْوَابِ الْوَلِيمَةِ).

قلت: يقصد الحديث الذي في كتاب النكاح/باب: حقّ إجابة الدعوة (ح: 5176)، ولكنّ الواقع أنّ الحديث في هذا الموضع الذي أحال عليه الحافظ ابن حجر لا يتطابق سندًا ولا متنًا مع الموضع المذكور؛ لأنّ البخاري رواه عن قتيبة بن سعيد، عن عبد العزيز بن أبي حازم، عن أبي حازم. وإن كان يتطابق معه في المتن تقريبا.

ورواه أيضا في كتاب النكاح/باب: قيام المرأة على الرجال في العرس (ح: 5182)، عن سعيد بن أبي مريم، عن أبي غسان، عن أبي حازم، بالإسناد المذكور، مع اختلاف يسير في المتن.

ورواه أيضا في كتاب الأشربة/باب: الانتباذ في الأوعية والتور (ح: 5591)، بمثل الموضع السابق سندًا ومتنًا، إلا في شيخ البخاري، فهو قتيبة بن سعيد، واختلاف في لفظة من متنه.

ورواه مسلم في كتاب الأشربة/بَابُ إِبَاحَةِ النَّبِيذِ الَّذِي لَمْ يَشْتَدَّ وَلَمْ يَصِرْ مُسْكِرًا(ح: 2006)، عن قُتَيْبَة بْن سَعِيدٍ، عن عَبْد الْعَزِيزِ ابْنَ أَبِي حَازِمٍ، عَنْ أبيه، بالإسناد والمتن المذكورين، مع اختلاف يسير في المتن.

الحديث الرابع والستون: حديث عائشة: (تُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمَا فِي بَيْتِي مِنْ شَيْءٍ يَأْكُلُهُ ذُو كَبِدٍ ..)، الحديث.

كتاب فرض الخمس/ بَابُ نَفَقَةِ نِسَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ وَفَاتِهِ (ح: 3097)، وكتاب الرقاق/ بَابُ فَضْلِ الفَقْرِ (6451).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، تمامًا.

قال ابن حجر في الفتح، 242/6: (وَسَيَأْتِي بِسَنَدِهِ وَمَتْنِهِ وَشَرْحِهِ فِي الرِّقَاقِ).

وقد وافق مسلم البخاريَّ في رواية هذا الحديث سندًا ومتنًا، سوى شيخه، فقد رواه في أوائل كتاب الزهد والرقائق (ح: 2973)، عن أَبي كُرَيْبٍ مُحَمَّد بْن الْعَلَاءِ ابْنِ كُرَيْبٍ، عن أبي أسامة، بالمتن المذكور تمامًا.

الحديث الخامس والستون: حديث سهل بن سعد: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، التَقَى هُوَ وَالمُشْرِكُونَ، فَاقْتَتَلُوا ..)، الحديث.

كتاب الجهاد والسير/باب: لا يقال: فلان شهيد (ح: 2898)، وكتاب المغازي/ باب: غزوة خيبر (ح: 4202).

الحديثان متطابقان تماما، سندا ومتنا، ولم يشر ابن حجر إلى ذلك، وإنّما قال عند الموضع الأوّل: (وسيأتي شرحه مستوفى في المغازي حيث ذكره المصنف). الفتح، 106/6.

وهذا من الأحاديث التي وافق فيها مسلم البخاريَّ على إخراجه، سندًا ومتنًا، في كتاب الإيمان/بَابُ غِلَظِ تَحْرِيمِ قَتْلِ الْإِنْسَانِ نَفْسَهُ، وَأَنَّ مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِشَيْءٍ عُذِّبَ بِهِ فِي النَّارِ، وَأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ إِلَّا نَفْسٌ مُسْلِمَةٌ (ح: 112)، سوى اختلاف يسير جدا.

الحديث السادس والستون: حديث البراء: (اعْتَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ذِي القَعْدَةِ ..)، الحديث.

كتاب جزاء الصيد/باب: لبس السلاح للمحرم (ح: 1844)، وكتاب الصلح/بَابٌ: كَيْفَ يُكْتَبُ: هَذَا مَا صَالَحَ فُلاَنُ بْنُ فُلاَنٍ، وَفُلاَنُ بْنُ فُلاَنٍ، وَإِنْ لَمْ يَنْسُبْهُ إِلَى قَبِيلَتِهِ أَوْ نَسَبِهِ (ح: 2699)، وكتاب المغازي/ باب: عمرة القضاء (ح: 4251).

الأحاديث الثلاثة متطابقة سندًا ومتنًا، إلاّ أنّه في الموضع الأوّل اختصر المتن. والحديث من أفراد البخاري.

فال الحافظ في الفتح، 70/4: (أَوْرَدَ الْمُصَنِّفُ فِي الْبَابِ حَدِيثَ الْبَرَاءِ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ مُخْتَصَرًا وَسَيَأْتِي بِتَمَامِهِ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ مُوسَى بِإِسْنَادِهِ هَذَا وَوَهَمَ الْمِزِّيُّ فِي الْأَطْرَافِ فَزَعَمَ أَنَّ الْبُخَارِيَّ أَخْرَجَهُ فِي الْحَجِّ بِطُولِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ). ولم يشر إلى أنّه في كتاب المغازي أيضا، ثمّ أشار إلى ذلك أثناء شرح الحديث في كتاب الصلح. انظر: الفتح، 358/5.

الحديث السابع والستون: حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَامَ حِينَ جَاءَهُ وَفْدُ هَوَازِنَ مُسْلِمِينَ ..)، الحديث.

كتاب الوكالة/باب: بَابُ إِذَا وَهَبَ شَيْئًا لِوَكِيلٍ أَوْ شَفِيعِ قَوْمٍ جَازَ (2307)، وكتاب فرض الخمس/ بَابٌ: وَمِنَ الدَّلِيلِ عَلَى أَنَّ الخُمُسَ لِنَوَائِبِ المُسْلِمِينَ (ح: 3131)، وكتاب المغازي/بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ فَلَمْ تُغْنِ عَنْكُمْ شَيْئًا وَضَاقَتْ عَلَيْكُمُ الأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ ثُمَّ وَلَّيْتُمْ مُدْبِرِينَ. ثُمَّ أَنْزَلَ اللَّهُ سَكِينَتَهُ} [التوبة: 26]- إِلَى قَوْلِهِ - {غَفُورٌ رَحِيمٌ} [البقرة: 173] (ح: 4318).

الأحاديث الثلاثة متطابقة، سندًا، ومتنًا، إلا اختلافا يسيرا. والحديث من أفراد البخاري.

قال في الفتح، 725/6: (وسيأتي شرح ذلك كلّه مبسوطا في أواخر المغازي، وقد ذكره هناك بالإسناد المذكور).

وقد رواه البخاري أيضا في كتاب العتق/ بَابُ مَنْ مَلَكَ مِنَ العَرَبِ رَقِيقًا، فَوَهَبَ وَبَاعَ وَجَامَعَ وَفَدَى وَسَبَى الذُّرِّيَّةَ (ح: 2539)، بالإسناد نفسه، مختصرا.

ورواه أيضا ـ عن شيخ آخر ـ في كِتَاب الهِبَةِ وَفَضْلِهَا وَالتَّحْرِيضِ عَلَيْهَا /بَابُ: إِذَا وَهَبَ جَمَاعَةٌ لِقَوْمٍ (ح: 2607)، بالإسناد نفسه، واختلاف يسير في متنه.

ورواه أيضا في كتاب المغازي/باب: قصّة الأسود العنسي (ح: 4378)، من طريق أخرى، وبلفظ مختلف.

الحديث الثامن والستون: حديث ابن عباس: (قَدِمَ مُسَيْلِمَةُ الكَذَّابُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَعَلَ يَقُولُ..)، الحديث.

كتاب المناقب/بَابُ عَلاَمَاتِ النُّبُوَّةِ فِي الإِسْلاَمِ (ح: 3620)، وكتاب المغازي/بَابُ وَفْدِ بَنِي حَنِيفَةَ، وَحَدِيثِ ثُمَامَةَ بْنِ أُثَالٍ (ح: 4373).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى اختلاف يسير في متنه.

ورواه أيضا ـ مختصرًا ـ في كتاب التوحيد/ بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَاهُ أَنْ نَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ} [النحل: 40] (ح: 7461)، بالإسناد نفسه.

ورواه مسلم في كتاب الرؤيا/ بَابُ رُؤْيَا النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 2273)، عن مُحَمَّد بْن سَهْلٍ التَّمِيمِيِّ، عن أبي اليمان، بالإسناد نفسه، واختلاف يسير في متنه.

الحديث التاسع والستون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (إِذَا قَالَ الإِمَامُ: {غَيْرِ المَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلاَ الضَّالِّينَ}، فَقُولُوا: آمِينَ ..)، الحديث.

كتاب الصلاة/بَابُ جَهْرِ المَأْمُومِ بِالتَّأْمِينِ (ح: 782)، وكتاب الأذان/بَابُ فَضْلِ اللَّهُمَّ رَبَّنَا لَكَ الحَمْدُ (ح: 796)، وكتاب تفسير القرآن/بَابُ {غَيْرِ المَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلاَ الضَّالِّينَ} (ح: 4475).

الأحاديث الثلاثة متطابقة، سندا ومتنا، إلا اختلافًا يسيرًا بين متونها.

وقد أشار الحافظ هنا إلى الموضع السابق. انظر: الفتح، 331/2.

ولم يشر الحافظ هنا إلى تكرير الحديث في مواضع لاحقة. انظر: الفتح، 311/2.

قال في الفتح، 9/8، عند الموضع الثالث: (وقد تقدّم شرحه في صفة الصلاة).

ورواه أيضا ـ عن شيخ آخر ـ في كتاب بدء الخلق/ بَابُ إِذَا قَالَ أَحَدُكُمْ: آمِينَ وَالمَلاَئِكَةُ فِي السَّمَاءِ: آمِينَ، فَوَافَقَتْ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى، غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ (ح: 3228)، بالإسناد نفسه، والمتن نفسه.

ورواه مسلم ـ عن شيخ آخر ـ في كتاب الصلاة/ بَابُ التَّسْمِيعِ، وَالتَّحْمِيدِ، وَالتَّأْمِينِ (ح: 409)، بالإسناد نفسه، والمتن نفسه.

الحديث السبعون: حديث عمر بن الخطاب: (لَمَّا مَاتَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أُبَيٍّ ابْنُ سَلُولَ، دُعِيَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ، فَلَمَّا قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَثَبْتُ إِلَيْهِ ..)، الحديث.

كتاب الجنائز/بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الصَّلاَةِ عَلَى المُنَافِقِينَ، وَالِاسْتِغْفَارِ لِلْمُشْرِكِينَ (ح: 1366)، وكتاب تفسير القرآن/ بَابُ قَوْلِهِ: {اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لاَ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ إِنْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ} [التوبة: 80] (ح: 4671).

الحديثان متطابقان، تماما، سندا ومتنا، سوى الزيادة المذكورة في السند في الموضع الثاني، وهي قوله: وقال غيره: حدثني الليث ... الخ. والمراد به أبو صالح كاتب الليث[985].

قال في الفتح، 270/3: (وسيأتي من هذا الوجه أيضا في التفسير).

ورواه البخاري أيضا في كتاب الجنائز/باب: الكفن في القميص (ح: 1269)، عن مسدد، وفي كتاب اللباس/باب: لبس القميص (ح: 5796)، عن صدقة، كلاهما عن يحيى بن سعيد، وفي كتاب تفسير القرآن/ باب: قوله: {استغفر لهم أو لا تستغفر لهم}(ح: 4670)، عن عبيد بن إسماعيل، عن أبي أسامة، وفي باب: {ولا تصل

([985]) فتح الباري، 188/8.

على أحد منهم مات أبدا} (ح: 4672)، عن إبراهيم بن المنذر، عن أنس بن عياض، كلّهم، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر، وذكر الحديث مثله، إلاّ قول عمر بن الخطاب.

ورواه مسلم، في كتاب فضائل الصحابة/باب: من فضائل عمر (ح: 2400)، وفي كتاب صفات المنافقين وأحكامه (ح: 2774)، عن أبي بكر بن أبي شيبة، عن أبي أسامة، بالإسناد المذكور عند البخاري.

الحديث الواحد والسبعون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (إِنَّ عِفْرِيتًا مِنَ الجِنِّ تَفَلَّتَ عَلَيَّ البَارِحَةَ ..)، الحديث.

كتاب الصلاة/ بَابُ الأَسِيرِ- أَوِ الغَرِيمِ - يُرْبَطُ فِي المَسْجِدِ (ح: 461)، وكتاب تفسير القرآن/ بَابُ قَوْلِهِ: {هَبْ لِي مُلْكًا لاَ يَنْبَغِي لِأَحَدٍ مِنْ بَعْدِي، إِنَّكَ أَنْتَ الوَهَّابُ} [ص: 35] (ح: 4808).

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، إلاّ في صيغة (حدثنا روح)، و (أخبرنا روح).

ورواه أيضا عن شيخ آخر - في كتاب أحاديث الأنبياء/ بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَوَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ نِعْمَ العَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ} الرَّاجِعُ المُنِيبُ، (ح: 3423)، بالإسناد نفسه، والمتن نفسه، مع اختلاف يسير.

ورواه مسلم عن إسحاق بن إبراهيم أيضا - ولكن قرن معه إسحاق بن منصور - في كتاب المساجد ومواضع الصلاة/ بَابُ جَوَازِ لَعْنِ الشَّيْطَانِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ، وَالتَّعَوُّذِ مِنْهُ وَجَوَازِ الْعَمَلِ الْقَلِيلِ فِي الصَّلَاةِ (ح: 541) ، كلاهما، عن النضر بن شميل، عن شعبة، بالإسناد نفسه، واختلاف في المتن.

الحديث الثاني والسبعون: حديث أمّ عطية: (كُنَّا نُنْهَى أَنْ نُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ...)، الحديث.

كتاب الحيض/ بَابٌ: الطِّيبُ لِلْمَرْأَةِ عِنْدَ غُسْلِهَا مِنَ المَحِيضِ (ح: 313)، وكتاب الطلاق/ بَابُ القُسْطِ لِلْحَادَّةِ عِنْدَ الطُّهْرِ (ح: 5341).

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، سوى الرواية المعلقة المذكورة في الموضع الثاني، واختلاف يسير في بعض ألفاظه.

قال في الفتح، 493/1: (وقد أورد المصنف ـ يعني البخاري ـ هذا الحديث في كتاب الطلاق بهذا الإسناد).

ورواه مسلم ـ عن شيخ آخر ـ في كتاب الطلاق/بَابُ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، وَغَيْرِهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ (ح: 938)، عن حماد، بالإسناد نفسه، والمتن نفسه.

الحديث الثالث والسبعون: حديث ابن عباس: (..نَسَخَتْ هَذِهِ الآيَةُ عِدَّتَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا، فَتَعْتَدُّ حَيْثُ شَاءَتْ ..)، الحديث.

كتاب تفسير القرآن/ بَابُ {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ} [البقرة: 234] (ح: 4531)، وكتاب الطلاق/ بَابُ {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا} [البقرة: 234]- إِلَى قَوْلِهِ - {بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ} [البقرة: 234] (ح: 5344).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى اختلاف يسير في ألفاظ المتن، وزيادة طريق للحديث في الموضع الأوّل. والحديث من أفراد البخاري.

قال في الفتح، 403/9: (تقدّم في تفسير البقرة هذا الحديث بهذا السند).

الحديث الرابع والسبعون: حديث عبد الله بن عمر: (أَنَّ اليَهُودَ، جَاءُوا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِرَجُلٍ مِنْهُمْ وَامْرَأَةٍ زَنَيَا ..)، الحديث.

كتاب الجنائز/ بَابُ الصَّلاَةِ عَلَى الجَنَائِزِ بِالْمُصَلَّى وَالمَسْجِدِ (ح: 1329)، وكتاب تفسير القرآن/ بَابُ {قُلْ: فَأْتُوا بِالتَّوْرَاةِ فَاتْلُوهَا إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ} [آل عمران: 93] (ح: 4556)، وكتاب الاعتصام بالكتاب والسنة/ بَابُ مَا ذَكَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَحَضَّ عَلَى اتِّفَاقِ أَهْلِ العِلْمِ، وَمَا أَجْمَعَ عَلَيْهِ الحَرَمَانِ مَكَّةُ، وَالمَدِينَةُ.. (ح: 7332).

الأحاديث الثلاثة متطابقة سندا ومتنا، سوى الموضع الثاني، ففي متنه اختلاف.

قال في الفتح، 237/3: (وسيأتي الكلام عليه مبسوطا في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى).

وقال في 72/8: (وسيأتي شرحه في الحدود).

وقال في 231/13: (تقدّم شرحه في المحاربين). قلت: المراد في كتاب الحدود. انظر: الفتح، 131/12.

ورواه البخاري أيضا في المناقب/باب: قول الله تعالى: {يعرفونه كما يعرفونه أبناءهم} (ح: 3635)، عن عبد الله بن يوسف، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، وذكر الحديث.

ورواه أيضا في كتاب الحدود/باب: الرجم في البلاط (ح: 6819)، عن محمد بن عثمان، عن خالد بن مخلد، عن سليمان، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، وذكر الحديث.

وفي باب: أحكام أهل الذمة .. (ح: 6841)، عن إسماعيل بن عبد الله، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، وذكر الحديث.

وفي كتاب التوحيد/باب: ما يجوز من تفسير التوراة وغيرها من كتب الله (ح: 7543)، عن مسدد، عن إسماعيل، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، وذكر الحديث.

ورواه مسلم في كتاب الحدود/باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنى (ح: 1699)، عن الحكم بن موسى، عن شعيب بن إسحاق، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر، وذكر الحديث.

الحديث الخامس والسبعون: حديث أنس: (كَانَ الرَّجُلُ يَجْعَلُ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النَّخَلاَتِ ..)، الحديث.

كتاب فرض الخمس/ بَابٌ: كَيْفَ قَسَمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قُرَيْظَةَ، وَالنَّضِيرَ وَمَا أَعْطَى مِنْ ذَلِكَ فِي نَوَائِبِهِ (ح: 3128)، وكتاب المغازي/ بَابُ حَدِيثِ بَنِي

النَّضِيرِ، وَمَخْرَجِ رَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ إِلَيْهِمْ فِي دِيَةِ الرَّجُلَيْنِ، وَمَا أَرَادُوا مِنَ الغَدْرِ بِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 4030)، وكتاب المغازي/ بَابُ مَرْجِعِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنَ الأَحْزَابِ، وَمَخْرَجِهِ إِلَى بَنِي قُرَيْظَةَ وَمُحَاصَرَتِهِ إِيَّاهُمْ (ح: 4120).

الحديثان الأول والثاني متطابقان، تمامًا، سندًا ومتنًا، والموضع الثالث مثلهما سندًا، ويختلف عنهما في المتن.

قال في الفتح، 262/6: (وهو مختصر من حديث سيأتي بتمامه، مع بيان الكيفية المترجم بها في المغازي، وتقدّم التنبيه عليه في أواخر الهبة).

وقال في 387/7: (تقدّم هذا الحديث بهذا الإسناد في الخُمس، وسيأتي في أوّل غزوة قريظة بأتمّ من هذا السياق).

ورواه مسلم في كتاب الجهاد والسير/باب: ردّ المهاجرين إلى الأنصار منائحهم .. (ح: 1771)، عن ثلاثة من شيوخه، كلّهم، عن المعتمر، عن أبيه، عن أنس، وذكر الحديث، مع اختلاف في ألفاظ المتن.

الحديث السادس والسبعون: حديث عبد الله بن عمر: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَ مُعْتَمِرًا فَحَالَ كُفَّارُ قُرَيْشٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ البَيْتِ ..)، الحديث.

كتاب الصلح/ بَابُ الصُّلْحِ مَعَ المُشْرِكِينَ (ح: 2701)، وكتاب المغازي/باب عمرة القضاء (ح: 4252).

الحديثان متطابقان، سندا ومتنا، سوى بعض الاختلاف في المتن. والحديث من أفراد البخاري.

قال في الفتح، 360/5: (وسيأتي شرحه في عمرة القضاء أيضًا).

الحديث السابع والسبعون: حديث أنس: (حَجَمَ أَبُو طَيْبَةَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ..)، الحديث.

كتاب البيوع/باب: ذكر الحجام (ح: 2102)، وبَابُ مَنْ أَجْرَى أَمْرَ الأَمْصَارِ

عَلَى مَا يَتَعَارَفُونَ بَيْنَهُمْ فِي البُيُوعِ وَالإِجَارَةِ وَالمِكْيَالِ وَالوَزْنِ... (ح: 2210).

الحديثان متطابقان، تماما، سندًا ومتنًا، مع اختلاف يسير في متنه.

قال في الفتح، 380/4: (وسيأتي الكلام على كسب الحجام في كتاب الإجارة، ويأتي الكلام هناك عن حديثي أنس وابن عباس إن شاء الله تعالى). قلت: انظر الفتح، 536/4.

وقال في 475/4: (وقد تقدّم ذكره في أوائل البيوع، وساقه فيه بهذا الإسناد).

ورواه مسلم عن ثلاثة من شيوخه، في كتاب المساقاة/ بَابُ حِلِّ أُجْرَةِ الْحِجَامَةِ (ح: 1577)، كلّهم، عن إِسْمَاعِيل بْن جَعْفَرٍ، عَنْ حُمَيْدٍ، قَالَ: سُئِلَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ، عَنْ كَسْبِ الْحَجَّامِ؟ فَقَالَ.. وذكر الحديث. وفيه زيادة.

الحديث الثامن والسبعون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (آيَةُ المُنَافِقِ ثَلاَثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ ..)، الحديث.

كتاب الإيمان/ باب: علامة المنافق (ح: 33)، وكتاب الوصايا/ بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء: 11] (ح: 2749).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في تقديم بعض متنه وتأخيره.

قال في الفتح، 443/5: (وحديث أبي هريرة تقدّم هناك ـ يعني في كتاب الإيمان ـ أيضا بإسناده ومتنه، وتقدّم شرحه أيضا، والله المستعان).

ورواه مسلم عن اثنين من شيوخه (يَحْيَى بْنُ أَيُّوبَ، وَقُتَيْبَةُ بْنُ سَعِيدٍ)، في كتاب الإيمان/ بَابُ بَيَانِ خِصَالِ الْمُنَافِقِ (ح: 59)، كلاهما عن إِسْمَاعِيل بْن جَعْفَرٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو سُهَيْلٍ نَافِعُ بْنُ مَالِكِ بْنِ أَبِي عَامِرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، الحديث بمتنه سواء بسواء.

الحديث التاسع والسبعون: حديث ابن عباس: (أَنَّ هِلاَلَ بْنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ ..)، الحديث.

كتاب الشهادات/ بَابُ إِذَا ادَّعَى أَوْ قَذَفَ، فَلَهُ أَنْ يَلْتَمِسَ البَيِّنَةَ، وَيَنْطَلِقَ لِطَلَبِ البَيِّنَةِ (ح: 2671)، وكتاب تفسير القرآن/ بَابُ {وَيَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ} [النور: 8] (ح: 4747).

الحديثان متطابقان، سندًا مع اختلاف في المتن.

قال في الفتح، 335/5: (وسيأتي الكلام عليه مستوفى في مكانه).

قلت: وقع شرحه في الموضع الثاني. انظر: الفتح، 304/8.

ورواه مسلم في كتاب الطلاق/باب: انقضاء عدّة المتوفى عنها زوجها (ح: 1496)، عن محمد بن المثنى، عن عبد الأعلى، عن هشام، عن محمد، قال: سألت أنس بن مالك .. وذكر الحديث، مختصرا.

الحديث الثمانون: حديث سلمة (خَفَّتْ أَزْوَادُ القَوْمِ، وَأَمْلَقُوا، فَأَتَوُا النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي نَحْرِ إِبِلِهِمْ ..)، الحديث.

كتاب الشركة/ بَابُ الشَّرِكَةِ فِي الطَّعَامِ وَالنِّهْدِ وَالعُرُوضِ «وَكَيْفَ قِسْمَةُ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ مُجَازَفَةً أَوْ قَبْضَةً قَبْضَةً، لَمَّا لَمْ يَرَ المُسْلِمُونَ فِي النَّهْدِ بَأْسًا أَنْ يَأْكُلَ هَذَا بَعْضًا وَهَذَا بَعْضًا، وَكَذَلِكَ مُجَازَفَةُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالقِرَانُ فِي التَّمْرِ» (ح: 2484)، وكتاب الجهاد والسير/ بَابُ حَمْلِ الزَّادِ فِي الغَزْوِ (ح: 2982).

الحديثان متطابقان، تماما، سندًا، ومتنًا، سوى اختلاف يسير في متنه. والحديث من أفراد البخاري.

قال في الفتح، 154/5: (وسيأتي الكلام عليه مستوفى في كتاب الجهاد، إن شاء الله تعالى).

الحديث الواحد والثمانون: حديث أبي هريرة، مرفوعًا: (نَحْنُ أَحَقُّ بِالشَّكِّ مِنْ إِبْرَاهِيمَ ..)، الحديث.

كتاب أحاديث الأنبياء/بَابُ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: {وَنَبِّئْهُمْ عَنْ ضَيْفِ إِبْرَاهِيمَ إِذْ دَخَلُوا عَلَيْهِ} [الحجر: 52] (ح: 3372)، وكتاب تفسير القرآن/ بَابُ {وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّ أَرِنِي كَيْفَ تُحْيِي المَوْتَى} [البقرة: 260](ح: 4537).

الحديثان متطابقان سندا ومتنا، إلاّ أنّه في الموضع الثاني زاد الكلام عن لوط ويوسف. وهو عنده في موضع آخر، من طريق أخرى، بالتقديم والتأخير (ح: 3372).

وهذه الزيادة رواها منفردة في أكثر من موضع، من طرق أخرى، عن أبي هريرة. انظر: (ح: 3387، ح: 4694).

قال في الفتح، 49/8: (وقد تقدّم شرحه مستوفى في أحاديث الأنبياء).

ورواه مسلم، عن شيخ آخر، في كتاب الإيمان/ بَابُ زِيَادَةِ طُمَأْنِينَةِ الْقَلْبِ بِتَظَاهُرِ الْأَدِلَّةِ (ح: 151)، وفي كتاب الفضائل/بَابُ: مِنْ فَضَائِلِ إِبْرَاهِيمِ الْخَلِيلِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ح: 2371)، عن ابن وهب، بالإسناد والمتن المذكورين سواء.

الحديث الثاني والثمانون: حديث عائشة: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَدْعُو فِي الصَّلاَةِ ..)، الحديث.

كتاب الأذان/بَابُ الدُّعَاءِ قَبْلَ السَّلاَمِ (ح: 832)، وكِتَاب الِاسْتِقْرَاضِ وَأَدَاءِ الدُّيُونِ وَالحَجْرِ وَالتَّفْلِيسِ/باب: من استعاذ من الدَّين (ح:2397).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، سوى اختلاف يسير في ألفاظ المتن.

قال في الفتح، 74/5: (تقدّم بهذا الإسناد والمتن في أواخر صفة الصلاة ...).

ورواه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة/ باب: ما يستعاذ منه في الصلاة (ح: 587، 589).

الحديث الثالث والثمانون: حديث أبي هريرة: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يُؤْتَى بِالرَّجُلِ المُتَوَفَّى، عَلَيْهِ الدَّيْنُ ..)، الحديث.

كتاب الكفالة/ بَابُ الدين[986] (ح: 2298)، وكتاب النفقات/ بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى

(986) قال الحافظ في الفتح، 557/4: (كذا للأصيلي وكريمة، وسقط الباب وترجمته من رواية أبي ذر وأبي الوقت، وسقط الحديث أيضا من رواية المستملي، ووقع للنسفي وابن شبويه: باب، بغير ترجمة، وبه جزم الإسماعيلي. وأما ابن بطال فذكر هذا الحديث في آخر باب: من تكفل عن ميت بدين، وصنيعه أليق؛ لأن الحديث لا تعلق له بترجمة جوار أبي بكر حتى يكون منها، أو ثبتت باب بلا ترجمة فيكون كالفصل منها. وأما من ترجم له باب: الدين، فبعيد؛ إذ اللائق بذلك أن يكون في كتاب القرض).

اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ تَرَكَ كَلًّا أَوْ ضَيَاعًا فَإِلَيَّ» (ح: 5371).

لم يشر ابن حجر في الموضع الأول إلى الموضع الثاني للحديث.

الحديثان متطابقان، تمامًا، سندًا، ومتنًا، مع اختلاف يسير.

قال في الفتح، 425/9: (وتقدّم شرح الحديث في الكفالة وفي تفسير الأحزاب).

ورواه مسلم في كتاب الفرائض/بَابُ: مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ (ح: 1619)، من طريق أَبي صَفْوَانَ الْأُمَوِيُّ، وعَبْدُ اللهِ بْنُ وَهْبٍ، كلاهما عَنْ يُونُسَ الْأَيْلِيِّ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، بالمتن الذي عند البخاري.

الحديث الرابع والثمانون: حديث سهل بن أبي حثمة: (انْطَلَقَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ، وَمُحَيِّصَةُ بْنُ مَسْعُودِ بْنِ زَيْدٍ إِلَى خَيْبَرَ وَهِيَ يَوْمَئِذٍ صُلْحٌ ..)، الحديث.

كتاب الصلح/بَابُ الصُّلْحِ مَعَ المُشْرِكِينَ (ح: 2702)، وكتاب الجزية/بَابُ المُوَادَعَةِ وَالمُصَالَحَةِ مَعَ المُشْرِكِينَ بِالْمَالِ وَغَيْرِهِ، وَإِثْمِ مَنْ لَمْ يَفِ بِالعَهْدِ (ح: 3173).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، إلا أنّ المتن في الموضع الأوّل مختصر.

قال في الفتح، 359/5: (وسيأتي شرحه وبيانه في كتاب الجزية والموادعة مع المشركين بالمال وغيره).

الحديث الخامس والثمانون: حديث أبي بكرة، مرفوعًا: (أَلاَ أُنَبِّئُكُمْ بِأَكْبَرِ الكَبَائِرِ؟ ..)، الحديث.

كتاب الشهادات/بَابُ مَا قِيلَ فِي شَهَادَةِ الزُّورِ(ح: 2654)، وكِتَابُ اسْتِتَابَةِ المُرْتَدِّينَ وَالمُعَانِدِينَ وَقِتَالِهِمْ/بَابُ إِثْمِ مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ، وَعُقُوبَتِهِ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ (ح: 6919).

الحديثان متطابقان، سندًا ومتنًا، إلا شيئا يسيرا.

قال في الفتح، 278/12: (وقد مضى شرحه في الشهادات، وفي عقوق الوالدين من كتاب الأدب).

قلت: رواه البخاري في الأدب/باب: عقوق الوالدين (ح: 5976)، من طريق إِسْحَاق، حَدَّثَنَا خَالِدٌ الوَاسِطِيُّ، عَنِ الجُرَيْرِيِّ، بالإسناد والمتن المذكورين، مع اختلاف يسير في بعض الألفاظ.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث يمكن ذكر بعض النتائج التي تمّ التوصّل إليها:

1 ـ براعة الإمام البخاري رحمه الله ودقّة منهجه، وتنوّع أساليبه وطرائقه في إيراد الحديث، وكلّ ذلك يشكّل منظومة من القواعد الرصينة، التي قعّدها الإمام البخاري وسار عليها في كتابه، بشكل أعجز من جاء بعده.

2 ـ أغلب ما كرّره الإمام البخاري رحمه الله كان مختلفا عن الموضع الأول، سواء في الإسناد كلّه، أو في بعضه، أو في المتن، أو في بعضه، أو في سياقه.

3 ـ بلغ عدد الأحاديث التي وقع تكرير أسانيدها ومتونها في أكثر من موضع: خمسة وثمانين حديثا.

4 ـ أنّ بعض هذه الأحاديث كرّرها البخاري ثلاث مرات، سندًا ومتنًا، مع اختلاف يسير، إما في السند، أو في المتن (الحديث السادس والسبعون).

5 ـ أنّ بعض هذه الأحاديث وافق مسلم البخاريَّ في إخراجها سنداً ومتنًا، إمّا بتطابق تامّ، وإمّا باختلاف يسير، أو كبير (الحديث الثامن عشر، والحديث الثلاثون، والحديث الحادي والأربعون).

6 ـ أنّ بعض هذه الأحاديث وافق مسلم البخاريَّ في إخراجها سندا ومتنا، سوى الاختلاف في الراوي الأوّل (شيخ البخاري).

7 ـ أنّ بعض هذه الأحاديث وقع تكريرها في نفس الكتاب (الحديث رقم: 7، 36، 41، 47، 48، 59، 76، 78).

8 ـ من هذه الأحاديث ما علا فيها إسناد مسلم على إسناد البخاري(الحديث رقم: 47).

9 ـ أحيانًا يحيل الحافظ ابنُ حجر في الموضع الأوّل على الموضع الثاني، وأحيانا لا يفعل ذلك، فإذا جاء إلى الموضع الثاني أشار إلى الموضع السابق، وفي أحيان أخرى لا يفعل شيئًا من ذلك.

10 ـ أنّ بعض هذه الأحاديث وقعت مكررة في بعض نسخ البخاري دون بعض (ح: 19، 27، 35، 36).

هذا ما أمكن تسجيله في هذه السطور من نتائج متواضعة في هذا البحث المختصر، والنيّة قائمة، والعمل جارٍ على الاستمرار في إنجازه؛ حتى يكون كتابًا جامعًا، يتمّ فيه التوسع في كثير ممّا وقع اختصاره في هذا البحث.

والله وليّ التوفيق

فهرس المصادر والمراجع

1. **ابن الصلاح**، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين (المتوفى: 643هـ)، **مقدمة ابن الصلاح (معرفة أنواع علوم الحديث)**، تح: نور الدين عتر، دار الفكر- سوريا، دار الفكر المعاصر - بيروت، 1406هـ - 1986م.
2. **ابن الصلاح، والبلقيني، مقدمة ابن الصلاح ومحاسن الاصطلاح**، تح: عائشة عبد الرحمن (بنت الشاطئ)، دار المعارف.
3. **ابن الملقن**، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، **المقنع في علوم الحديث**، تح: عبد الله بن يوسف الجديع، دار فواز للنشر - السعودية، ط1، 1413هـ.
4. **ابن الملقن**، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي، المتوفى سنة 804ه، **التوضيح لشرح الجامع الصحيح**، تح: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، دار النوادر، دمشق - سوريا، ط1، 1429ه - 2008م.
5. **ابن حجر**، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**، بعناية محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر اباد/ الهند، ط2، 1392هـ/ 1972م.
6. **ابن حجر، أحمد بن ثابت العسقلاني، هدي الساري مقدمة فتح الباري**، دار الريان للتراث - القاهرة، ط1، 1407ه - 1986م.
7. **ابن حجر**، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار الريان للتراث - القاهرة، ط1، 1407ه - 1987م.
8. **ابن قنفذ**، أحمد بن حسن، القسنطيني، **شرف الطالب في أسنى المطالب**، تح: عبد العزيز دخان، مكتبة الرشد، الرياض، مكتبة الصحابة، الشارقة، ط1، 2003م.
9. **ابن كثير**، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، **اختصار علوم الحديث**، تح: أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط2.
10. **ابن منظور**، محمد بن مكرم بن على، **لسان العرب**، دار صادر - بيروت، ط3، 1414 هـ.
11. **الأبناسي**، إبراهيم بن موسى بن أيوب، برهان الدين أبو إسحاق، القاهري، الشافعي (المتوفى: 802هـ)، **الشذا الفياح من علوم ابن الصلاح**، تح: صلاح فتحي هلل، مكتبة الرشد، ط1، 1418هـ 1998م.
12. **البقاعي**، برهان الدين إبراهيم بن عمر، **النكت الوفية بما في شرح الألفية**، تح: ماهر ياسين الفحل، مكتبة الرشد ناشرون، ط1، 1428 هـ / 2007 م
13. **التنبكتي**، أحمد بابا، **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، إشراف وتقديم: عبد الحميد عبد الله الهرامة، منشورات كلية الدعوة الإسلامية - طرابلس.
14. **الديسي**، محمد أبو القاسم الغول، **تعريف الخلف برجال السلف**، مؤسسة الرسالة، بيروت، المكتبة العتيقة، تونس، ط2، 1405ه.
15. **الزبيدي**، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، مجموعة من المحققين، دار الهداية.
16. **الزركشي**، محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (المتوفى: 794هـ)، **النكت على مقدمة ابن الصلاح**، تح: زين العابدين بن محمد بلا فريج، أضواء السلف – الرياض، ط1، 1419هـ - 1998م.
17. **السخاوي**، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد (المتوفى: 902هـ)، **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع**، منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت.

18. **السهارنفوري**، أحمد علي (ت 1297ه)، **الجامع الصحيح بحاشية السهارنفوري**، تح: تقي الدين الندوي، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي، الهند، ط1، 1432ه - 2011م.
19. **العراقي**، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم (المتوفى: 806هـ)، **التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح**، تح: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، ط1، 1389هـ/1969م.
20. **العراقي**، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم (المتوفى: 806هـ)، **شرح التبصرة والتذكرة (ألفية العراقي)**، تح: عبد اللطيف الهميم - ماهر ياسين فحل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1423 هـ - 2002 م.
21. **العيني**، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين (المتوفى: 855هـ)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
22. **القسطلاني**، أحمد بن محمد بن أبى بكر بن عبد الملك القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين(المتوفى: 923هـ)، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323 هـ.
23. **الكتاني**، محمد عَبْد الحَيّ بن عبد الكبير ابن محمد الحسني الإدريسي، المعروف بعبد الحي (المتوفى: 1382هـ)،**فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات**، إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط2، 1982.
24. **الكرماني**، محمد بن يوسف بن علي بن سعيد، **الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري**، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، 1401هـ - 1981م.
25. **المليثي**، محمد الشريف، **البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
26. **النووي**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ)، **التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير في أصول الحديث**، تقديم وتحقيق وتعليق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405 هـ - 1985 م.

الدعاية الإلكترونية في القانون الفرنسي والقانون الإماراتي

الدكتور سنان خليل الشطناوي

أستاذ القانون المدني بالجامعة الأمريكية في الإمارات

ملخص البحث باللغة العربية

وهو منشور تاليا باللغة الفرنسية

تعتبر التجارة الإلكترونية ذات فعالية حقيقية في مجال العلم والقانون حيث تقدم وتطرح السلع والخدمات، ولتواجد جميع المنتجات والسلع على شبكة الإنترنت في مخازن افتراضية يتم طرحها بداية بدعاية تبين مضمون المنتج ومن ثم يتم تبادل المعلومات عبرالبريد بين العملاء والتجار. لذا يتطلب القانون عند وضع الدعاية أو الإعلان الإلكتروني مراعاته ، وكذلك عدم التفاوت والاختلاف بين ما هو في الإعلان مع مضمون السلعة أو الخدمة المقدمة، لذا كان من الواجب تطوير التجارة الإلكترونية بإنشاء إطار قانوني لتنظيم هذا النوع من المعاملات. بهدف حماية المستهلك والمستفيد من خدمات الإنترنت، وبات من الضروري أيضا مواءمة التشريعات والقوانين التي لم تواكب نمو هذه الطريقة الجديدة للعمل على تحفيز الاقتصاد الفعلي. فالحاجة تستوجب إعلان ثورة قانونية في أعقاب التطورات التكنولوجية في هذا المجال بسبب العقود المنتشرة على شبكة الإنترنت التي أوجدت المشاكل الحقيقية التي تتطلب حلولا. خصوصا في ظل غياب التشريعات التي تنظم التعاملات الإلكترونية أو المؤسسات الخاصة بحماية المستهلكين بداية من أي إعلانات إلكترونية مضللة بقيام المستهلك بالشراء ووقوعه فريسة لشراء سلعة رديئة غير مطابقة للمواصفات بوسيلة خداعية تجعله في مشاكل تؤثر عليه قانونيا واقتصاديا ، وقد تكون أيضا صحّية من خلال شراء بعض الأدوية والعقاقير أو مواد التجميل.

فهنا للقانون الدور الأكبر في إعادة التوازن مع وجود جهات رقابية توقع الجزاء على كل متلاعب ومخادع للمستهلك.