

Al-mi'yar (Dubay)

ISSN : 2303-9604

العدد التاسع

2020 م – 1441 هـ

المعيار

مجلة كلية الإمام مالك للشرعة والقانون

علمية محكمة تصدر عن الكلية بداية كل سنة ميلادية

اقرأ في هذا العدد

- * رؤية فقهية لنقود البتكوين الرقمية التكيف والتعامل والإصدار – دراسة مقارنة
- * الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بعد وفق التشريع الإماراتي دراسة تحليلية
- * العدل في القرآن الكريم ضوابطه ومعوقاته دراسة موضوعية
- * المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل - دراسة مقارنة
- * تنظيم الملكية العائلية في التشريعات الإماراتية ودورها في ريادة الأعمال
- * تبين معادن المعاني لمن إلى تبينها دعائي رسالة في مناهج التفسير (دراسة وتحقيق)

***THE NEED FOR AN INTERNATIONAL CONVENTION
ON THE LAW APPLICABLE TO IP ISSUES**

المعيار _ مجلة كلية الإمام مالك للشرعة والقانون
مجلة علمية محكمة سنوية



Al-mi'yar (Dubay)
ISSN : 2303-9604

العدد التاسع

2020 م – 1441 هـ

المشرف العام

أ.د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

رئيس التحرير

أ.د. عبدالله عبدالكريم حسن

سكرتير التحرير

د. أحمد عبد القادر الرفاعي

هيئة التحرير

د. حافظ عبد الرحمن خير بابكر

د. خالد رافت أحمد

د. ندى سالم حمدون

د. محمود إسماعيل مشعل

الهيئة الاستشارية

أ.د. علي سيد علي قاسم

أ.د. محمود عبود هرموش

أ.د. فيصل بن حليلو

أ.د. أبو لبابة الطاهر حسين

كلية الإمام مالك للشريعة والقانون
هيئة تحرير مجلة الكلية (المعيار)
دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة
المدينة الأكاديمية العالمية، المبنى رقم (11)

ص.ب : 65760

هاتف : 04-4370373 ، فاكس : 04- 4370372

البريد الإلكتروني : a.alrifai@imc.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:

أولاً: إنشاء المجلة ووصفها:

تتبنى كلية الإمام مالك للشرعية والقانون مجلة علمية متخصصة ومحكمة تصدر سنوياً عنها باسم (المعيار - للشرعية والقانون).

ثانياً: أهداف المجلة:

- 1- تحقيق إسهام الكلية في الحياة العلمية، من خلال نشر البحوث والدراسات وأعمال 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.

ثالثاً: مجالات النشر:

- 1- البحوث والدراسات التي تضيف جديداً في مجالي الشرعية والقانون وتخضع للمعايير.
- 2- البحوث التي تعنى بتحقيق المخطوطة التراثية ذات الصلة بالتخصص.
- 3- البحوث التي تعنى بالقضايا التشريعية المستجدة في العصر وتقدم حلولاً 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 في تخصصي الشرعية والقانون.
- 7- الورقات التي تعنى بالتعليق على الأحكام القضائية.

رابعاً: لغة النشر:

تتشر 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، ومنتن مقسم على أقسام مناسبة، وخاتمة، كما يتضمن قائمة للمصادر والمراجع. وأن يحتوي البحث كذلك على: ملخص باللغتين العربية والإنكليزية، في صفحة واحدة لكل ملخص، ونبذة مختصرة عن المؤلف.

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

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

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

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

7- تكون الحواشي 2.6 سم على جوانب الصفحة الأربعة .

8- تذكر الهوامش أسفل الصفحة، وتعطى رقماً متسلسلاً واحداً .

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

أ- كتاب : سامي، فوزي محمد، التحكم 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

177-121 .

ت- فصل من كتاب : الموسوي، حسن، المدخل إلى علم النفس، في كتاب:

موسوعة علم النفس، ط3، الكويت : مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 2007،

ص 48-17 .

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: بشاره ، 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

مدير عام الكلية

أ.د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

المحتويات

* افتتاحية العدد

- أ. د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري 11
- * رؤية فقهية لنقود البتكوين الرقمية التكيف والتعامل والإصدار – دراسة مقارنة
- د. محمد حسن عبد الوهاب 17
- * الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بعد وفق التشريع الإماراتي دراسة تحليلية
- د. عزت محمد العمري 85
- * العدل في القرآن الكريم ضوابطه ومعوقاته دراسة موضوعية
- د. علي عبد العزيز سيور 131
- * المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل - دراسة مقارنة
- د. محمد نجم إبراهيم عليات و د. عزت محمد العمري 169
- * تنظيم الملكية العائلية في التشريعات الإماراتية ودورها في ريادة الأعمال
- د. جمال عبد العزيز عمر العثمان 213
- * تبیین معادن المعاني لمن إلى تبیینها دعائي رسالة في مناهج التفسير (دراسة وتحقيق)
- د. طه محمد فارس 273
- *THE NEED FOR AN INTERNATIONAL CONVENTION
ON THE LAW APPLICABLE TO IP ISSUES**
- (الحاجة إلى اتفاقية دولية بشأن القانون الخاص بقضايا الملكية الفكرية)
- Dr. Heidi Eissa 337

افتتاحية العدد بقلم المشرف العام أ.د. عيسى بن عبد الله بن مانع الحميري

الحمد لله المتجلي على عباده بوسع فضله، الذي أتمه بما أفاضه عليهم من خزائن علمه، والصلاة والسلام على الرحمة المهداة، نبينا محمد بن عبد الله، من أعلى الله مقامه بالعلم، بما وهبه إياه من علم الأولين والآخرين، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

فلقد تحقق لكلية الإمام مالك للشرعية والقانون بفضل الله ومَنِّه، ما وضعت من أهداف منذ تأسيسها، وفي مقدمتها أن تكون مركزاً لنشر البحوث التخصصية في مجالي الشرعية والقانون، التي تجمع بين الأصالة والمعاصرة، وتعالج أحدث القضايا المتداولة في هذين المجالين، مع تطبيقاتها العملية، التي تسهم في تطوير الواقع المعاصر وتضمن استدامة تقدمه، وذلك في سياق ما تقدمه القواعد والأصول الشرعية والقانونية الأصيلة، من منهج اجتهادي متجدد يجعل من الاجتهادات الفقهية والقانونية حاجة وضرورة ملحة لتلبية احتياجات التطور المتسارع في شتى المجالات الحياتية، لا سيما في مجال الذكاء الاصطناعي وأنظمة التواصل الذكية وعن بُعد.

ومع هذا العدد (التاسع) من أعداد مجلة المعيار للشرعية والقانون المحكمة، تكون المجلة قد قدمت للمتخصصين من المعنيين والقراء، نيفاً وثمانين بحثاً، متخصصاً في دراسات الشرعية والقانون، كلها راعت ما هو مطروح من وقائع معاصرة، تتطلب مزيداً من الدراسة والتعمق في تقديم الحلول الفقهية والقانونية، وتحرير الأحكام الشرعية والقانونية إلى جانب إجراءاتها المقررة لها.

ومثل هذا العدد من البحوث الفقهية والقانونية التخصصية قد قدمت الكلية ونشرتها من خلال تنظيم المؤتمرات والندوات المتخصصة ونشر بحوثها ووقائعها ومداولاتها، والتي كان آخرها، مؤتمر (تمكين التطبيقات الذكية بين الشرعية والقانون)، وما زالت الخطة الاستراتيجية للبحث العلمي في الكلية (2019-2023) تحفل بالمزيد.

وفي هذا العدد وهو التاسع من إصدارات المجلة نعرض للقراء الكرام سبعة أعمال بحثية في سياق دراسات الشرعية والقانون.

حيث أتى البحث الأول بعنوان : (رؤية فقهية لنقود البتكوين الرقمية التكيف والتعامل والإصدار دراسة مقارنة)، وهو بحث فيه استشراف فقهي مستقبلي، حيث إن العالم متجه بصورة مطردة للتحويل الرقمي الكامل، في شتى المجالات الحياتية، التي منها إصدار العملات الرقمية، وتداولها، وإجراء عمليات البيع والشراء بها، وأهم هذه العملات هي (البتكوين) التي أصبحت واقعا، ويجري تداولها عبر المواقع الرقمية المختلفة، وقد أوضح الباحث التكيف الشرعي لإصدارها، وأنه ينطبق عليها وصف المال، مع ما ينطوي عليه تداولها الحالي من مخاطر وجهالة ومقاومة، نتيجة التذبذب الحاد في أسعارها، الأمر الذي يدعو إلى حظر التعامل فيها على الصورة الحالية، بانتظار وضع آليات للرقابة عليها أكثر صرامة، وتضمن إشرافا من الدول عليها، يحد من جموح المغامرين والمقامرين.

أما البحث الثاني فقد أتى بعنوان : (الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بُعد وفق التشريع الإماراتي دراسة تحليلية)، وهو بحث يستشرف كذلك واقع قانون الإجراءات الجزائية المستقبلي في سياق تطوير إجراءات التقاضي عن بُعد، وقد بين الباحث مرونة التشريعات الإماراتية، وتسهيلها استقصاء الجرائم وجمع الأدلة وحتى إجراء التحقيقات والمحاكمات عبر تقنية الاتصال عن بُعد، وقد وضعت هذه التشريعات قواعد ناظمة تجعل من هذه الإجراءات التقنية عملية مضمونة النتائج، وذلك في سياق تحول الدولة نحو الواقع الرقمي في إدارة جميع شؤونها.

وأما البحث الثالث فقد أتى بعنوان: (العدل في القرآن الكريم ضوابطه ومعوقاته دراسة موضوعية)، حيث أكد البحث أن القرآن الكريم يعتبر العدل فريضة شرعية وضرورة بشرية، لذلك وضع له أصولا وضوابط، ترسم للإنسان طريق إقامة العدل، وتحمله عليه، وتحذره من الوقوع في مخالفته بارتكاب أعمال الجور والظلم، والقرآن في ثنايا آياته، يوضح للإنسان الأسباب والمعوقات الصارفة عن تحقيق العدل ويحذره من الركون إليها والوقوع في شركها، وقد جاءت هذه الدراسة في سياق دراسات التفسير الموضوعي للقرآن الكريم.

وفي البحث الرابع الذي أتى بعنوان (المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل دراسة مقارنة)، تطرق الباحث إلى التنظيم القانوني لنطاق المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل وذلك بصورة مقارنة بين القانون الإماراتي والقوانين الأخرى، حيث أوضح دور قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية إلى جانب القواعد العامة المقررة في القانون المدني في تنظيم وتقدير التعويضات المالية مقابل الضرر الناجم عن إصابات العمل، ومسؤولية الهيئات العامة للمعاشات والتأمينات الاجتماعية وجهات التأمين عن تنفيذ ذلك، كما أوصت الدراسة بإضافة نصوص تشريعية إلى القانون تعطي جهات التأمين الحق في الرجوع بالتعويضات على المتسبب في الإصابة.

وأما البحث الخامس فهو بعنوان (تنظيم الملكية العائلية في التشريعات الإماراتية ودورها في ريادة الأعمال)، وهو على درجة من الأهمية، حيث عرض لدور الملكيات العائلية الاقتصادي في ريادة الأعمال وتطوير المشاريع الرأسمالية، ولأهميتها الاجتماعية في تماسك الأسر الغنية، وقد ناقش الباحث التشريعات الإماراتية الاتحادية والمحلية الصادرة في سياق تنظيم الملكيات العائلية والشركات التابعة لها، وذلك منذ صدور قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة (1985)، والتطور الذي طرأ على هذه التشريعات بما يضمن تعزيز دور هذه الملكيات في التقدم الاقتصادي، حتى صدور القانون رقم (9) لسنة (2020)، وقد أوصى الباحث لضمان مزيد من الفاعلية في الأعمال والأنشطة في نطاق الملكيات والشركات العائلية، أن تبذل مزيداً من الجهود لضمان حوكمتها بصورة رشيدة، وأن يتم الفصل بين الملكية وإدارتها في الشركات العائلية، درأ لتعارض المصالح.

أما البحث السادس فهو بحث يقع ضمن الدراسات القرآنية، وهو في سياق أعمال تحقيق التراث الإسلامي في التفسير وأصوله، وقد أتى بعنوان: (تبين معادن المعاني لمن إلى تبينها دعاني رسالة في مناهج التفسير دراسة وتحقيق)، وأصله رسالة للعلامة الديباجي الشافعي من علماء القرن الثامن الهجري، بيّن فيها الفروق بين ما يعتبر تفسيراً للقرآن وما يعتبر تدبراً وتفهماً، وقد فرّق في هذه الرسالة بين علوم

معالم التنزيل التي تحتاج إلى أن يجمع المفسر لإدراكها بين علوم الأدب وفنون البلاغة والفصاحة وعلوم المأثور من المرويات، بما فيها من أسباب نزول وناسخ ومنسوخ وخلافه، وبين ما أطلق عليه جواهر علوم التنزيل، التي تتطلب من المفسر حتى يبلغها، بالإضافة إلى استجماعه علوم معالم التنزيل، أن يدخل في مجاهدات سلوكية بين يدي الله سبحانه، حتى يحصل له من الترقى العرفاني والذوقي ما يبلغ به مقام المشاهدة والمكاشفة، فينال بذلك شرف جواهر علوم التنزيل الذي هو مخ علوم التنزيل ولبابها، ويدرك عندها أن لكل لفظ في القرآن الكريم ظهرا وبطنا، ولا يمكن للمفسر أن يقف على بواطن معاني الألفاظ إلا بالواردات القلبية الوهية المفاضة عليه من الله تعالى.

وأما البحث السابع والأخير والمنشور باللغة الإنكليزية بعنوان: (THE NEED FOR AN INTERNATIONAL CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO IP ISSUES)، فقد عالج الباحث من خلاله موضوع الحاجة إلى عقد اتفاقية دولية تضبط أحكام القانون الخاص بالملكيات الفكرية وتوحيدها.

والله ولي التوفيق والهادي إلى سواء السبيل

البحوث

رؤية فقهية لتقود البتكوين الرقمية
التكييف والتعامل والإصدار
دراسة مقارنة

الدكتور محمد حسن محمد عبد الوهاب

أستاذ الفقه المقارن المشارك
بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي وجامعة الأزهر

ملخص:

الحمد لله حمد الشاكرين التائبين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واتبع نهجه إلى يوم الدين أما بعد:

فقد أدركت البشرية منذ أمد بعيد الحاجة الملحة إلى إيجاد وسيط مقبول للتبادل، ومعيار للقيمة، ومخزن للثروة، فاخترعت النقود التي مرت بمراحل تطور كثيرة بداية من النقد السلعي، مروراً بالذهب والفضة كقطع، ثم كنقود مسكوكة، فالفلوس المعدنية، إلى أن وصل الأمر النقد الورقي الذي أضحى يكتسب قوته من استنادا إلى مجموعة من العوامل منها قوة اقتصاد الدولة المصدرة وإلزام الأفراد بالتعامل به، وأخيراً، وفي تطور يعكس صورة عصر التقنية والمعلوماتية ظهرت النقود الرقمية وعلى رأسها البتكوين bitcoin القائم على الأكواد والتشفير المؤمن عبر تقنية سلسلة الكتل Blockchain والذي مثّل -كما يقول مبتكروه - انتقالاً من الثقة في البشر إلى الثقة في التقنية، ونظراً لزيادة إقبال المسلمين - كغيرهم - على التعامل بالبتكوين طمعا في جني أرباح من وراء التعامل به وإصداره؛ احتاج الأمر إلى معرفة مشروعية التعامل به بيعاً وشراءً، وكذا المساهمة في عملية إصداره عن طريق التنقيب عنه، وهو ما حاولت إدراكه من خلال التعرف على حقيقة البتكوين الفنية والشرعية وآلية عمله لتكون طريقاً للحكم على تداوله وإصداره، وانتهى البحث إلى جملة من النتائج أهمها أن البتكوين مشروع في أصله، إلا أن التذبذب الحاد في أسعاره صعوداً وهبوطاً نتيجة ما يتم عليه من مضاربات تجعل التعامل الحالي به أقرب للمقامرة مما يقتضى حظره وقتياً حتى يستقر سوقه، كما أن إصدار البتكوين بواسطة الأفراد عن طريق آلية التنقيب يعد من قبيل الجعالة المشروعة وفق الراجح من أقوال الفقهاء، شريطة أن يتخلص سوق التعامل به من الغرر والمقامرة بتحقيق الثبات النسبي لسوقه.

Research Summary

Humanity has recognized the urgent need to find an acceptable mediator of exchange, a standard of value, and

a store of wealth. Therefore, they invented money that went through many stages of development. From commodity money, to gold and silver as coins, and minted banknotes, until they arrived at paper money which was initially as a document covered by real assets, which began to decline until it became stronger from the issuance by the states and compel individuals to deal with it. Finally, through a development that reflects the image of the era of an information technology, digital money appeared, and led by “Bitcoin”, based on coded and secure encryption via block chain technology “Block Chain”; which represented - as its creators say - a transition from trust in humans to trust in technology. due to the increasing number of interested Muslims - like others - to deal with “Bitcoin” in order to reap profits from dealing and issuing it; It was necessary to know the legitimacy of dealing with buying and selling as well as contributing to the process of issuing it through prospecting. This is what I tried to find out through this paper by trying to reveal its truth and technical characteristics as an entry point to know its legitimate truth. It is necessary to reach a legitimate conclusion around it, and the statement of its legitimacy by presenting the views of contemporary scholars and their evidence addressed by discussion and analysis to reach the rule of jurisprudential.

The research has found several results, the most important of which is that “Bitcoin” itself is devoid of the current transactions permissible by law, but it should be temporarily banned because of its trickery and gambling status in the market as a result of sharp fluctuations in prices.

The issuance of “Bitcoin” through the exploring mechanism is considered a legitimate contract according to the most opinion of the jurists, provided that the market dealing with should get rid of gambling by achieving relative stability of its market

المقدمة

أهمية البحث:

تبدو أهمية الدراسة في أن البتكوين - كغيره من النقود الرقمية - أضحى واقعا ملموسا محققا لكثير من حائزيه أرباحا خيالية، وصارت قيمة سوقه تفوق قيمة اقتصاديات دول عدة، ونظرا للطبيعة الخاصة لتلك النقود التي تختلف اختلاف جذريا عن باقي النقود الأخرى من ناحية الوجود الرقمي، وآلية الإصدار، وعدم الاستناد إلى أصول حقيقية، ولإقبال كثير من المسلمين - كغيرهم - على التعامل به رغبة في تحقيق الأرباح، فإن الحاجة تستدعي دراسة تلك الظاهرة من ناحية بيان تكييفها الشرعي ومدى توافق إصدارها والتعامل بها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

أهداف البحث:

1. التعرف على حقيقة البتكوين الفنية والشرعية.
2. معرفة الحكم الشرعي للتعامل بالبتكوين.
3. تكييف عملية إصدار (تعيين) البتكوين وحكمها.

الدراسات السابقة:

بدأت الجهود الفقهية لدراسة ظاهرة العملات الرقمية عقب انتشارها وزيادة الإقبال عليها نتيجة ارتفاع أسعارها في صورة مجموعة من الفتاوى صدرت عن عدة جهات رسمية بمصر والإمارات وتركيا وفلسطين، أفتت بحرمة البتكوين معددة أسباب التحريم، ثم توالى الدراسات ممثلة في ورقات بحثية مثلت وجهة نظر أصحابها حول النقود الرقمية عموما، والبتكوين خصوصا، لم يحط غالبيتها بحقيقة العملة فأفتي بالتحريم، إلا أن المسألة لم تخل من جهود ذات قيمة علمية لعل أهمها:

- 1 - بحث للدكتور. عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب العقيل بعنوان "الأحكام الفقهية المتعلقة بالنقود الإلكترونية" تناول التعريف بالبتكوين عارضا مزاياه وعيوبه، ثم تعرض مباشرة لتكييف إصداره وحكم صرفه وزكاته وحرزه دون أن يتطرق إلى

حكمه، وإن كنت أراه بعرضه تفاصيل التعامل به يراه مباحا، وقد ذكرته ضمن من قال بالإباحة.

2 – ورقة بحثية للدكتور. هيثم بن جواد الحداد بعنوان "حُكْمُ التعامل بالعملة الإلكترونية المُشَفَّرَة: البتكوين وأخواتها"، بين فيه رأيه بحرمة البتكوين، وما يستند عليه من أدلة يأتي على رأسها أنه يراه خلقا للنقد من لا شيء وهو ما عرضت له في بحثي وناقشته.

3 – "حوار منضبط ومحدود حول البتكوين" وهو عبارة عن نقاش علمي أداره منتدى الاقتصاد الإسلامي مثل عصفا ذهنيا لعدد من الخبراء الشرعيين والقانونيين والاقتصاديين حول البتكوين، يكاد يظهر منه استقرار على رأيين فقهيين تناثرت أدلتهم في جنبات الحوار، وإن أوجز البيان الصادر عن المنتدى أدلة الفريقين دون أن يناقشها أو يتبنى رأيا راجحا، وقد نقلت عن المشاركين فيه مستخرجا من عباراتهم أدلة صغتها وناقشتها.

4 – أبحاث مؤتمر العملات الافتراضية في الميزان الذي عقد بجامعة الشارقة أبريل/2019، وهو أول مؤتمر متخصص حول العملات الرقمية، وقد أخذت عن بعض أبحاثه وناقشتها، ورغم ما بذل في كثير من الأبحاث من جهود محمودتنا في بحثي بالمناقشة والتحليل، إلا أن غالبيتها مثل وجهة نظر واحدة، سواء بالإباحة أو التحريم، دون أن يعرض لوجهة النظر الأخرى اللهم إلا فيما يتعلق ببحث الدكتور. غسان محمد الشيخ بعنوان: "التأصيل الفقهي للعملات الرقمية - البتكوين نموذجا"، والذي عرض أدلة الرأيين وناقشها لكنه - وخلافا لما رأيته - رأي الغرر متعلقا بأصل البتكوين نتيجة جهالة مصدره، وعدم إصداره من ولي الأمر؛ فأفتى بالتحريم، وقد رأى المؤتمر في توصياته عدم كفاية الدراسات الفقهية الحالية للإفتاء بحكم شرعي راجح حول البتكوين، فأوصى باستحداث هيئة شرعية رسمية لدراسة العملات الافتراضية توصلنا إلى حكم راجح حاولت الوصول إليه من خلال بحثي هذا والذي يختلف عن الدراسات السابقة في جملة من النقاط يأتي على رأسها:

أ - استجلاء حقيقة البتكوين وخصائصه الفنية، ثم تكييفه من الناحية الفقهية؛ لكون ذلك ضرورة للوصول للحكم الشرعي، باعتبار أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

ب - دراسة النقاط الرئيسية التي تمثل أساسا لبيان أحكام البتكوين، وهي تكييفه الفقهي وحكم التعامل به، وتكييف عملية إصداره وحكمها.

ت - عرض آراء الفقهاء ومناقشتها مناقشة علمية وصولاً إلى حكم شرعي راجح، وهو ما أوصى به مؤتمر العملات الافتراضية.

ث - الأخذ بعين الاعتبار عند الترجيح فصل حقيقة البتكوين عما يتم به من معاملات يمكن في وقت ما أن تنسلخ عنه وإعطاء حكم فقهي مستقل لكل منها.

منهجية البحث:

اعتمدت الدراسة المنهجين الوصفي والتحليلي لبيان حقيقة البتكوين وآلية عمله، وعرضها على النصوص والقواعد الشرعية لبيان حقيقته الشرعية، وحكم التعامل به، وتكييف عملية إصداره وحكمها، مع ذكر آراء الفقهاء وأدلّتهم ومناقشتها والترجيح، والتوثيق بعزو الآيات إلى سورها، وتخريج الأحاديث والحكم عليها ما لم ترد في الصحيحين، ورد النقول إلى مصادرها الأصلية.

خطة البحث

تشتمل خطة البحث على مبحث تمهيدي ومبحثين رئيسيين على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي – التعريف بنقود البتكوين الرقمية.

المبحث الأول – تكييف البتكوين.

المبحث الثاني – حكم التعامل بالبتكوين.

المبحث الثالث - التكييف الشرعي للتقريب عن البتكوين وحكمه.

الخاتمة وتشتمل على أهم النتائج التي توصل إليها البحث.

المبحث التمهيدي: التعريف بنقود البتكوين الرقمية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تدقيق الإطلاق بتعريف المفردات

يطلق بعضهم على البتكوين نقداً، ويطلق آخرون عليه عملة، وفي كلا الإطلاقين ينعته أحدهم بالافتراضي، وثن بالمعمى، وثالث بالرقمي؛ لذا كان لابد من تعريف المفردات لبيان المصطلح الأولى بالإطلاق.

أولاً – تعريف النقد والعملة:

النقد في اللغة: الحال، وهو خلاف النسيئة، نَقَدَها يَنْقُدُها نَقْداً وَاَنْتَقَدَها وَتَنْقَدُها وَنَقَدَها إِياها نَقْداً: أَعْطاه فَاَنْتَقَدَها أَي قَبَضَها وَفِي حَدِيثِ جَابِرٍ وَجَمَلِهِ، قَالَ: "فَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ"⁽¹⁾؛ أَي أَعْطَانِيهِ نَقْداً مُعْجَلاً، وَالنَقْدُ وَالتَّنْقَادُ: تَمْيِيزُ الدَّرَاهِمِ وَإِخْرَاجُ الزَيْفِ مِنْهَا، وَمِنْهُ قَوْلُ الْفَرَزْدَقِ: نَفَيْ يَدَاهَا الْحَصَى فِي كُلِّ هَاجِرَةٍ نَفَى الدَّرَاهِمِ تَنْقَادُ الصِّيَارِفِ

وَالنَقْدُ: الْمَسْكُوكُ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.⁽²⁾

وَالنَقْدَانِ فِي عَرَفِ الْفُقَهَاءِ: الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ، أَوْ الدَّنَانِيرُ وَالْدَّرَاهِمُ، وَرَوَى أَنَّ السَّبَبَ فِي تَسْمِيَةِ قَطْعِ النُّقُودِ بِالنَّقْدِ أَنَّ الْأَوَّلِينَ كَانُوا يَصُورُونَ عَلَى الدَّرَاهِمِ رَأْسَ النَّقْدِ، وَهُوَ نَوْعٌ مِنَ الْغَنَمِ، ثُمَّ عُرِفَتِ الدَّرَاهِمُ بِهَذِهِ الصُّورَةِ.⁽³⁾

وَالنَقْدُ فِي اصْطِلَاحِ اللُّغَةِ الْمَعَاوِرِ عَمَلَةُ الدَّوْلَةِ مِنَ الذَّهَبِ أَوْ الْفِضَّةِ أَوْ غَيْرِهُمَا مِنَ الْمَعَادِنِ النَّفِيسَةِ أَوْ الْوَرَقِ.⁽⁴⁾

وَالنَقْدُ فِي اصْطِلَاحِ الْاِقْتِصَادِيِّينَ: كُلُّ مَا يَلْقَى قَبُولاً عَاماً بِاعْتِبَارِهِ وَسَيْطاً فِي التَّجَارَةِ وَمُقْيَاساً لِلْقِيَمِ وَمُسْتَوْدَعاً لِلثَّرْوَةِ وَوَسِيلَةً لِلْمَدَفُوعَاتِ الْأَجَلَةِ.⁽⁵⁾

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، 1221/3 (715).
(2) الفراهيدي، العين، 118/5، 119. ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، 316/6، 317. الرازي، مختار الصحاح، ص: 317. ابن منظور، لسان العرب، 425/3، 426.
(3) الشرباصي، المعجم الاقتصادي، ص: 466.
(4) عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة نقد، 2265/3.
(5) شافعي، مقدمة في النقود والبنوك، ص: 17. شرف، وأبو عراج، النقود والمصارف، ص: 24.

أما العِملَةُ والعُمْلَةُ والعُمَالَةُ والعَمَالَةُ: وهي اللغة أجر ما عمل، ومنه حديث عمر، رضي الله عنه: قال لابن السدي: "خُذْ مَا أُعْطِيتَ، فَإِنِّي عَمِلْتُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَعَمَلْنِي"⁽⁶⁾؛ أي أعطاني عمالتي وأجرة عملي⁽⁷⁾.

والظاهر لغة أنه لا فرق بين النقد والعملة، فالأخيرة تطلق على النقد من الذهب أو الفضة وغيرهما؛ كالنقود الورقية والمعدنية مما يتعامل به الناس، وسمي النقد عملة؛ لأنه يعطى أجره للعمل⁽⁸⁾.

على أن بعض الاقتصاديين يفرقون بين النقد والعملة، فيطلقون النقد على كل ما يلقي قبولا عاما ويستخدم في التبادل وقياس القيم، سواء اعترفت به السلطة أم لم تعترف، أما العملة فتطلق على النقد الذي تعترف به السلطة وتعطيه صفة إبراء الذمة من الديون⁽⁹⁾.

وبهذه التفرقة يبدو إطلاق لفظ النقد على البتكوين وغيره من النقد الرقمي الذي لا يحظى باعتراف حكومي أقرب إلى الدقة، كما أنه اللفظ الدارج في كتب الفقه مما يجعل إطلاق النقد عليه أقرب لتخصص الدراسة.

ثانيا - تعريف الافتراضي والمعمى والرقمي:

الافتراض في اللغة الافتراضي في اللغة: نسبة إلى الافتراض، وهو الأمر المعتمد على الفرض أو النظرية دون وجود على أرض الواقع⁽¹⁰⁾، بأن يضع الباحث فرضا ليصل

(6) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب إباحة الأخذ لمن أعطى من غير مسألة ولا إشراف، (1045)723/2.

(7) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، 179/2. ابن منظور، لسان العرب، 476/11. الزبيدي، تاج العروس، 57/30.

(8) مصطفى، وعبد القادر، والنجار، المعجم الوسيط، 944/2. دُوزي، تكملة المعاجم العربية، 315/7.

(9) عيسى، آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي. ص: 5 نقلا عن: د. عبد الحميد الغزالي. برعي، مقدمة في الاقتصاديات الكلية، ص: 159. خليل، النظريات النقدية والمالية، الكتاب الأول، ص: 45. منتدى الاقتصاد الإسلامي، حوار منضبط ومحدود حول البتكوين (مجموعة من الباحثين)، ملف رقم 20، (2018م)، ص: 138 - 140.

(10) عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة فرض، 1692/3.

به إلى حل مسألة معينة، ويرجع السبب في إطلاق مصطلح النقد الافتراضي على هذا النوع من النقد إلى اعتباره مجرد افتراض دون وجود حقيقي يمكن إدراكه.⁽¹¹⁾

أما المعنى فهو اسم مفعول من التعمية، وهي لغة الإخفاء والتلبيس⁽¹²⁾، والتعمية علم من العلوم التي تدين للعرب نشأة وتطوراً، وهو عبارة عن "تحويل نص واضح إلى آخر غير مفهوم باستعمال طريقة محددة يستطيع من يعرفها أن يفهم النص".⁽¹³⁾

والتعمية في مصطلحات الحاسب Cryptography تقابل التشفير أو الترميز وتعني "إخفاء نص رسالة بتحويلها إلى شفرة ملغزة"⁽¹⁴⁾؛ كأن تكون على هيئة رموز ورسوم غير مفهومة إلا لمن يدرك الشفرة، ويرجع السبب في إطلاق مصطلح النقد المعنى على هذا النوع من النقد إلى اعتماده على التشفير في إنشائه والتعامل به، فالعملة المعماة Cryptocurrency تعني العملة المشفرة.⁽¹⁵⁾

أما الرقمي فهو وصف من رقم، والرقم لغة من رَقَمَ يرَقُم رَقْماً: كَتَبَ، والرقم الكتابة والختم؛ قال تعالى: ﴿كَتَابَ مَرْقُومٍ﴾ [سورة المطففين، الآية 9] أي: مكتوب، والرقم والترقيم تعجيم الكتاب وبيانه بنقطه وبيان حروفه، وكتاب مرقوم؛ أي قد بينت حروفه بعلاماتها من التنقيط، ورقم الثوب رقماً: وشاه و خطه وعلمه.⁽¹⁶⁾

ويطلق الرقم digit في مصطلحات الحاسب للإشارة إلى رمز يستعمل في نظام ترقيم ما، أما رقمي digital فصفة لكل ما تستخدم فيه الأرقام لتمثيل الأعداد أو البيانات أو الرموز⁽¹⁷⁾، ويرجع سبب إطلاق مصطلح النقد الرقمي على هذا النوع من النقد إلى أنه موجود فقط على هيئة أكواد رقمية مخزنة على وسائط حاسوبية.

(11) أبو حسين، الحكم الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، ص: 113.

(12) ابن منظور، لسان العرب، مادة عمي، 100/15.

(13) مراياتي، علم التعمية واستخراج المعنى عند العرب، 9/1.

(14) مركز الحاسب الآلي، معجم الحاسبات، ص: 50.

(15) أبو حسين، الحكم الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، ص: 117.

(16) مادة رقم: . ابن منظور، لسان العرب، 248/12 وما بعدها. الزبيدي، تاج العروس، 272/32 وما بعدها.

(17) مركز الحاسب بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، معجم الحاسبات، ص: 62. بكرو، أساسيات النظم الرقمية،

ص: 41، 73.

وبالنظر للمفردات السابقة أرى عدم دقة نعت هذا النوع من النقد بالافتراضي؛ لأن له وجوداً حقيقياً يتوافق مع طبيعته باعتباره يمثل أكوداً رقمية مخزنة على وسائط حاسوبية، وهذا ما يتوافق مع ما رجحته في بحث سابق أن الوسائط المخزنة على الحاسب الآلي كالبرامج وقواعد البيانات وغيرها من قبيل الأشياء المادية؛ لأن العلوم الطبيعية تقرر أن المادة هي كل شيء يشغل حيزاً مادياً في فراغ معين يمكن قياسه والتحكم فيه، ووسائط الحاسب الآلي تأخذ شكل نبضات إلكترونية تمثل الرقمين "صفر وواحد" وتشغل حيزاً مادياً يمكن قياسه بمقياس محدد، هو البايث ومضاعفاته مما يقطع باعتبارها شيئاً مادياً له وجود حقيقي يتوافق مع طبيعته الخاصة (18)، كما لا أرحج نعته بالمعنى؛ لأنه يمثل استخداماً للفظ يتسم بالغموض عند كثير من الخاصة ناهيك عن العامة، فضلاً عن كون التشفير لا يختص بالنقد الرقمي وحده، بل قد تكون النقود الورقية مشفرة كذلك بوضع رموز غير مرئية عليها لحمايتها من التزوير، لذا أرى أن إطلاق مصطلح النقد الرقمي على البتكوين وأشباهه أدق؛ باعتباره دالاً على حقيقته الرقمية المشفرة المقتصرة في وجودها على وسائط التخزين الرقمية.

المطلب الثاني: تعريف مصطلح النقد الرقمي والبتكوين

أولاً - تعريف مصطلح النقد الرقمي:

تعددت تعريفات النقود الرقمية ومن هذه التعريفات:

- تعريف البنك المركزي الأوروبي: التمثيل الرقمي للقيمة، التي لا تخضع للبنوك المركزية والسلطة العامة، ولا ترتبط بالنقود الورقية، ويقبلها الأشخاص العاديون أو الاعتباريون وسيلة للدفع، ويمكن تحويلها، أو ادخالها، وتداولها إلكترونياً. (19)

(18) وهذا هو الرأي الذي رجحته في بحثي للدكتوراه. انظر رسالتي للدكتوراه: عبد الوهاب، الحماية الشرعية والقانونية لبرامج الحاسب الآلي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص: 330.

(19) مصطفى، دور عملة البتكوين في تمويل الجماعات والمنظمات الإرهابية، ص: 5. نقلاً عن آخرين.

• عملة رقمية مشفرة بدرجة عالية من الدقة؛ من أجل حماية التعاملات التي تُجرى بها، وأهمها ما يُسمّى الإنفاق المُزدوج، أو من أجل التحكم في عملية إنشاء وحدات جديدة؛ فلا يتم ذلك بسهولة، أو من قبل أيٍّ أحد؛ من أجل تجنب عمليات التزييف.⁽²⁰⁾

• طريقة دفع مختصرة على الشكل الإلكتروني، يمكن نقلها فوراً بين المستخدمين عن طريق الأجهزة الإلكترونية، وتسمح بنقل الملكية بلا حدود، وتستخدم في شراء السلع والخدمات.⁽²¹⁾

• عملات وهمية افتراضية تتكون من أكواد رقمية قابلة للتخزين على الأقراص الصلبة أو الإنترنت، وتخضع قيمتها للعرض والطلب، ويصعب معرفة مالكي هذه النقود أو تتبع عمليات البيع والشراء التي تتم بها.⁽²²⁾

• عملة إلكترونية يتم تداولها عن طريق الإنترنت دون وجود مادي معتمدة على التشفير دون وجود سلطة مركزية تتحكم فيها.⁽²³⁾

• نقود متاحة على شكل رقمي فقط، تسمح بالمعاملات الفورية ونقل الملكية بلا حدود.⁽²⁴⁾

• لذا عرفه البعض بأنه "بيانات رياضية مشفرة ذات قيمة مكتسبة من عرف وثقة المتعاملين تتداول في بيئة حاسوبية افتراضية".⁽²⁵⁾

ويؤخذ على التعريفات السابقة بصفة عامة عدم إحاطتها بكل أو بعض خصائص النقود الرقمية الدالة على حقيقتها، وهي التشفير واللامركزية وانعدام الوساطة والقبول الاختياري، كما يؤخذ على التعريفات من الأول إلى الرابع كونها أقرب إلى الشرح

(20) الحداد، حكم التعامل بالعملة الإلكترونية المشفرة البتكوين وأخواتها، ورقة بحثية، موقع الدرر السنية: <https://dorar.net/article/1982>

(21) عن موقع: <https://www.techopedia.com/definition/6702/digital-currency>

(22) رافع، المخاطر المحتملة للاعتماد على النقود الإلكترونية، منشور على موقع المنهل: www.almanhal.com

(23) البار، تقنية blockchain والنقود الإلكترونية، صفحة الباحث بموقع جامعة الملك عبد العزيز amabar.kau.edu.sa

(24) البتكوين bitcoin نشأتها وتطورها بين المميزات والعيوب، عن موقع المتداول العربي: <https://www.arabictrader.com/ar>

(25) أبو حسين، الحكم الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، ص: 114.

منها إلى الحد، وطولها فوق ما يقتضيه التعريف على نحو أدخل بجودتها، كما أخذ على التعريفين الرابع والخامس اعتبارهما النقود الرقمية بلا وجود مادي، وهو ما يتعارض مع ما رجحته من كون بيانات الحاسب لها وجود مادي يتوافق مع طبيعتها الخاصة. لذا أعرف النقد الرقمي بأنه: رموز حاسوبية تنتج وتدار بطريقة لا مركزية وتتداول مباشرة معتمدة على القبول الاختياري للقيام بوظائف النقود.

ويظهر من خلال التعريف إبراز حقيقة النقود الرقمية باعتبارها عبارة رموز حاسوبية أي بيانات رقمية بيانات رقمية مشفرة، كما يبرز التعريف ما يميز النقود الرقمية من عدم خضوعها لسلطة مركزية في الإنتاج والإدارة، سواء تم ذلك بواسطة الأفراد كالبتكوين، أو بواسطة شركات كالريبل(26)، كذا انعدام الوساطة في التداول، والاعتماد على القبول الاختياري - وليس الإجمالي كالنقود الورقية - للقيام بوظائف النقود كوسيط للتبادل ومعياري للقيمة ومستودع للثروة، وذلك فقط من خلال البيئة الرقمية على الحاسبات والشبكات.

ثانيا - تعريف البتكوين:

يمثل مصطلح البتكوين bitcoin مزجا بين كلمتي bit و coin فالبت bit هو أصغر وحدة قياس للمعلومات المخزنة في الحاسبات على هيئة رقمية ثنائية Binary Digit ، والكوين coin تعني النقد، وقد أطلق عليه مؤسس البتكوين هذه التسمية للدلالة على حقيقته كنقد ذي طبيعة رقمية كاملة مخزنة على أجهزة الحاسبات.(27)

ويُعد البتكوين نوعا من أنواع النقود الرقمية ينطبق عليه تعريفي السابق لها، وقد اختصه الموقع شبه الرسمي للبتكوين بتعريفين هما:

- "شبكة جامعة توفر نظاما جديدا للدفع ونقودا إلكترونية بشكل كامل". (28)

(26) ما هو الريبل: <https://www.bitcoinnews.ae>

(27) انظر في معنى bit مركز الحاسب بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، معجم الحاسبات، ص: 23،

24. بكرو، أساسيات النظم الرقمية، ص: 19، 46، 47.

(28) عن موقع: <https://bitcoin.org/ar/faq#general>

- "شبكة دفع غير مركزية تعمل بنظام الند-لند، يتم إدارتها بالكامل من قبل مستخدميها بدون أي سلطة مركزية أو وسطاء".⁽²⁹⁾

وَأخذ على التعريفين السابقين أنهما غير جامعين لكل خصائص البتكوين الدالة على حقيقته، كالإصدار بواسطة الأفراد، وعدم ارتباطه بقيمة مالية خارجه، وقيامه على تقنية البلوك تشين، كما أنهما غير مانعين من دخول أنواع أخرى من النقود الرقمية في التعريف، لذا أعرف البتكوين بأنه:

نقد رقمي مشفر غير مستند لأي قيمة مالية خارجه ينتج ويدار ويتداول مباشرة بواسطة المستخدمين باستخدام تقنية البلوك تشين.

ويمتاز التعريف بإبراز طبيعة البتكوين وخصائصه التي سنتناولها في المطلب التالي.

المطلب الثالث: تاريخ البتكوين وتقنيته وخصائصه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تاريخ البتكوين وتقنية عمله

أولا – تاريخ البتكوين:

بدأ تاريخ البتكوين كنقد رقمي في 18 أغسطس 2008م حينما تم تسجيل موقع bitcoin.org على الانترنت، وفي 31 أكتوبر من نفس العام ظهرت ورقة عمل البتكوين الرئيسية بعنوان: بتكوين نظام النقد الإلكتروني الند للند Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System⁽³⁰⁾

نشرها شخص مجهول الهوية يدعى Satoshi Nakamoto على قائمة بريدية تدعى نقاشا خاصا بالتشفير، شرح فيها آلية إنشاء نظام دفع يعتمد على التشفير، بحيث يمكن للشخص إجراء معاملته مباشرة مع الطرف الآخر بالاستعانة بتقنية

⁽²⁹⁾ الموقع السابق

⁽³⁰⁾ الورقة منشورة على موقع بتكوين على الرابط التالي : <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

blockchain دون وسيط بشري؛ لضمان حفظ المعاملات، وعدم التلاعب بها، ومنذ ذلك الحين عمل Satoshi مع مجموعة من المطورين على تقنية blockchain، وتم إطلاق أول نقد من البتكوين بواسطة التنقيب في يناير 2009م، وقدر سعره وقتها بقيمة الكهرباء اللازمة لإنتاجه، وهو 1309.03 بتكوين لكل دولار أمريكي، وتم إبرام أول صفقة لشراء فطيرة بيتزا بمبلغ 10000 بتكوين، ومنذ ذلك التاريخ استمر البتكوين بالتصاعد، وإن شهد فترات هبوط نسبية، حتى وصل إلى أعلى حد له في 16 ديسمبر عام 2017 مسجلا 19665 دولارا للبتكوين، ثم شهد انخفاضا حادا في 2018 وصل إلى ما تحت 4000 دولار، ثم ارتفع منتصف 2019 مسجلا سعرا يفوق 10000 دولار، وما زال سعره في صعود وهبوط مستمر حتى وقت كتابة هذه السطور. (31)

ثانيا - تقنية عمل البتكوين (البلوك تشين blockchain):

تشكل تقنية blockchain العمود الفقري لمنظومة عمل البتكوين، لدرجة خلط بعضهم بينهما معتبرا Bitcoin و blockchain شيئا واحدا، وهذا خطأ؛ ف blockchain هي التقنية التي يمكن من خلالها التعامل على Bitcoin، ويمكن استخدامها أيضا في العديد من الأعمال الأخرى؛ كتسجيل الممتلكات، وتوثيق المعاملات، وأعمال الوساطة. والبلوك تشين blockchain أو سلسلة الكتل عبارة عن أكبر سجل رقمي مفتوح وموزع يتم من خلاله نقل الملكية من طرف إلى آخر في ذات الوقت دون الحاجة إلى وسيط، مع تحقيق أكبر قدر من الأمان للعمليات التي تتم من خلاله ضد الاختراق أو الغش والتلاعب. (32)

(31) مار، موجز تاريخ البتكوين وما ينبغي أن يعرفه الجميع عن العملة المشفرة، ترجمة: أحمد صالح، جريدة الجرائد العالمية، العدد: (429)، ص: 24. بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي بشأن مشروعية البتكوين، رقم (2018/1) بتاريخ 2018/1/11م، ص: 10. وانظر أيضا: <https://www.coingecko.com/ar> . تاريخ بتكوين الموسوعة الحرة ويكيبيديا: <https://ar.wikipedia.org/wiki> . (32) خليفة، البلوك تشين الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، سلسلة أوراق أكاديمية، العدد(3)، ص:1.

وتتكون blockchain من أربعة عناصر هي:

- الكتلة block: وهي العملية المرجو القيام بها؛ كتحويل أموال مثلا، وتمثل مع غيرها من العمليات المتتالية سلسلة الكتل.
- المعلومة أو الأمر الفردي single order: وهي عبارة عن التفاصيل الفرعية داخل الكتلة، وتكون مع غيرها من المعلومات الكتلة نفسها.
- الهاش Hash ويطلق عليه بعضهم التوقيع الرقمي Digital signature : وهو كود معين يتم إنتاجه من خلال آلية داخل البلوك تشين، لتمييز المعلومات والكتل السلاسل عن بعضها، وربط الكتل ببعضها داخل السلسلة الواحدة.
- بصمة الوقت وهي عبارة عن التوقيت الذي يتم فيه إجراء أي عملية داخل السلسلة. وتعمل آلية البلوك تشين على ثلاثة مبادئ رئيسية:

الأول: هو السجل المفتوح Open Ledger ويعني أن جميع المعلومات الموجودة داخل سجل البلوك تشين متاحة لكل من يريد الاطلاع عليها، دون أن يتمكن من معرفة هوية أصحابها.

الثاني: Distributed database ويعني أن سجلات البلوك تشين موزعة على ملايين الأجهزة حول العالم، فيمكن لكل من يرغب تحميل تلك السجلات، والاطلاع عليها، والمشاركة فيها، مما يقضي على فكرة المركزية، ويحقق أكبر قدر من الحماية، حيث يتطلب اللاعب في سجلات البتكوين اختراق جميع الأجهزة التي تحمل تلك البيانات حول العالم وهو أمر يستبعد حدوثه وفقا للتقنية المتاحة حاليا،

الثالث: التنقيب Mining والذي سنفرد له مجالا عند الحديث عن إصدار البتكوين.(33)

(33) انظر في تقنية البلوك تشين: خليفة، البلوك تشين الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، ص:2 – 3 بتصرف. وانظر أيضا: بوفتره، و هاسكار، ما هي النقود المشفرة، مجلة التمويل والتنمية، عدد (يونيو)، (2018)، ص:26، 27.

الفرع الثاني: خصائص البتكوين

يمتاز البتكوين عن سائر أنواع النقد الأخرى بالخصائص التالية:

أولا - الرقمية المجردة:

يمثل البتكوين وجودا رقميا مجردا عن أي وجود فزيائي آخر خارج الحاسب، فهو مجرد أكواد رقمية مخزنة على وسائط رقمية أو على الانترنت، وهو بهذا يختلف عن أي نقد تقليدي، كما يختلف أيضا عن النقد الإلكتروني المخزن على وسائط رقمية؛ كالنقد المخزن على بطاقات الائتمان، والذي يمثل تعبيراً رقمياً عما يحويه من قيمة نقدية مرتبطة بعملة ورقية. (34)

ثانيا - العالمية:

يعد البتكوين نقدا عالميا لا يرتبط بدولة معينة، ولا تحده حدود جغرافية، ويمكن لأي شخص في أي مكان في العالم أن يستخدمه كما يستخدم عملته المحلية، وينقله إلى أي مكان وبأي قيمة، ومع ذلك فما زالت غالب دول العالم تتبنى موقفا يتسم بالغموض تجاه البتكوين، فلم تعترف به ولم تجرمه، وتطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يعني أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص (35)؛ فإن البتكوين يعد مشروعاً في تلك الدول، وبالتالي لا تعد حيازته أو التعامل به جريمة في غالب دول العالم عدا بعض الدول كروسيا والصين وماليزيا والجزائر التي اعتبرت التعامل به جريمة يعاقب عليها القانون. (36)

(34) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، ص: 181. بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي بشأن مشروعية البتكوين، ص: 8. مصطفى، دور عملة البتكوين الرقمية في تمويل الجماعات والتنظيمات الإرهابية، ص: 11.

(35) الغريب، شرح قانون العقوبات القسم العام، 35/1.

(36) انظر: <https://bitcoin.org/ar/faq#>. مصطفى، دور عملة البتكوين الرقمية في تمويل الجماعات والتنظيمات الإرهابية، ص: 12 وما بعدها. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، ص: 181. قانونية بتكوين حسب البلد أو الإقليم، موقع ويكيبيديا: <https://ar.wikipedia.org/wiki>. قانون المالية الجزائري لسنة 2018م، مادة رقم 117.

ثالثاً – انعدام الوساطة:

يتم إبرام المعاملات بين مستخدمي البتكوين مباشرة دون وسيط، أو ما يطلق عليه نظام الند للند Peer to Peer، ويترتب على ذلك العديد من الفوائد منها؛ سهولة تداول الأموال وتحويلها بواسطة حاسب أو هاتف ذكي دون حاجة لوسيط أو أيام العمل، ومنها أن التعاملات تتم كقاعدة عامة دون رسوم على الإطلاق، أو برسوم قليلة للغاية عند رغبة المستخدمين في الحصول على أولوية تنفيذ، مما ينتج عنه تأكيد أسرع للمعاملة من قبل الشبكة. (37)

رابعاً – اللامركزية:

لا يخضع البتكوين لسيطرة مركزية من أي جهة، سواء كانت حكومة أو بنكاً مركزياً أو غيرهما فيما يتعلق بإصداره أو تداوله وحدوده، بل يتم التحكم به من قبل جميع مستخدمي البتكوين من جميع أنحاء العالم عن طريق خوارزمية (38) حاسوبية متفقد عليها ومعروفة ومعلنة للجميع تتحكم في الإصدار الذي يتم من خلال قيام المستخدمين بعملية التنقيب، وفي المعاملات التي تتم مباشرة دون سيطرة أو تدخل طرف ثالث، وفي السعر الذي يحدد بواسطة سياسة العرض والطلب، وفي حجم الإصدار المعروف والمحدد بحد أقصى لا يمكن التلاعب فيه أو تغييره، ومع كون برمجة البتكوين تنتمي إلى طائفة البرمجيات مفتوحة المصدر يحق لأي مطور القيام بعمل تعديل لها، إلا أنه لا يمكن اعتماد التعديل إلا بقبول باقي المستخدمين له، وهذا ما يميز البتكوين عن وسائل الدفع الأخرى الخاضعة للسيطرة المركزية البشرية في الإصدار وكميته وسعر النقد، والتي ارتبطت في كثير من الأحيان بسوء الإدارة وإساءة استخدام السلطة؛ على

(37) انظر: <https://bitcoin.org/ar/faq> . بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي بشأن مشروعية البتكوين، ص: 8، 10. مصطفى، دور عملة البتكوين الرقمية في تمويل الجماعات والتنظيمات الإرهابية، ص: 12، 13.

(38) عرف مجمع اللغة العربية الخوارزمية Algorithm بأنها "عبارة عن متتابعة من القواعد أو العمليات تؤدي إلى حل قضية محددة، مثل إيجاد الجذر التربيعي لعدد، وينسب هذا الأسلوب إلى الرياضي العربي محمد بن موسى الخوارزمي". انظر: لجنة الرياضيات بمجمع اللغة العربية، معجم الرياضيات، ص: 33.

نحو ترتب عليه العديد من الكوارث من انهيارات اقتصادية وتضخم، إضافة إلى انتهاك مبالغ فيه للحريات؛ لذلك مثل البتكوين ملاذا آمنا يتلافى كل المشكلات السابقة عن طريق نقل الثقة من البشر إلى الثقة في الشفرات الإلكترونية الشفافة، ورغم ذلك تحمل اللامركزية جانبا سلبيا يتمثل في عدم استناد البتكوين إلى أي أصول مالية أو صناديق سيادية أو أي دعم حكومي، حيث لا يمثل أي قيمة سوى قبول المتعاملين به كوسيط للتبادل، وإعطائه قيمته باعتبار أنه يكفي لجعل شيء ما مخزنا للثروة إعطاء عدد من الناس قيمة له. (39)

خامسا: السرية والأمان:

يتم حفظ بيانات التعامل على البتكوين في سجلات Blockchain ، التي تمثل نظاما إلكترونيا غير قابل للاختراق وفق التقنية المتوافرة حاليا، ولا يتطلب إبرام التعاملات الإفصاح عن أي بيانات شخصية، مما يؤدي إلى عدم إمكانية تتبعها، ويحمي مستخدمي هذا النقد من الهاكرز وسارقي الهويات على نحو لا توفره وسائل الدفع الإلكترونية الأخرى، التي يعاني المتعاملون بها من الخسارة الناشئة عن السرقة والاحتيال ومحاولة الاسترجاع غير المشروعة للأموال، مما يمكن من فتح أسواق جديدة في أماكن لا يتوافر فيها دعم كاف لبطاقات الائتمان، أو حيث ترتفع بشدة عمليات الاحتيال، ورغم الأمان الذي توفره تقنية Blockchain المحصنة فإن بعض نقاط الضعف خارجها قد تؤدي لفقد البتكوين، وذلك عن طريق الهجوم الإلكتروني على المحافظ الإلكترونية لسرقة بياناتها، أو عن طريق الأخطاء البشرية التي تتمثل في فقد أو نسيان رقم المستخدم أو كلمة السر؛ مما يفقد المستخدم ما يملكه من بتكوين دون أي إمكانية لاسترجاعه (40)، كما تحمل السرية جانبا سلبيا تمثل في استغلال البعض جانب عدم

(39) انظر: <https://bitcoin.org/ar/faq> . وو، طفرة البتكوين نحن نثق بالعملية المشفرة، ترجمة أمجد فتحي، جريدة الجرائد العالمية، العدد: (429)، ص: 26. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، أبو جيب، معتز، ص: 70.

(40) من أشهر الهجمات الإلكترونية على محافظ البتكوين ما تعرضت له شركة mont gox التي كانت تعمل في مجال تداول البتكوين من هجمات إلكترونية تسببت في فقد 850 ألف وحدة بتكوين قيمتها في ذلك الوقت 450 مليون دولار؛ مما ترتب عليه إفلاسها. انظر مقال بعنوان: تعرف على

القدرة على تتبع التعاملات باستخدام البتكوين في أنشطة غير مشروعة في الجانب المظلم من شبكة الإنترنت dark web⁽⁴¹⁾؛ كتجارة الممنوعات، ودعم الجماعات غير القانونية، وغسيل الأموال؛ كما حدث في الهجوم بفيروس الفدية الإلكتروني.⁽⁴²⁾

سادسا - الشفافية:

تعد آلية عمل البتكوين منشورة معروفة ويمكن للجميع الاطلاع عليها، كما أن حجم التداول منه معروف، وكذلك سقف الإصدار النهائي معروف ومحدد بـ 21 مليون بتكوين يتوقع الوصول إليه بين عامي 2030 – 2035 م تقريبا، كما جميع العمليات التي تتم به منشورة عبر سجلات Blockchain ويمكن لكل شخص الاطلاع عليها دون أن يملك تعديلها أو الاطلاع على هوية أصحابها.⁽⁴³⁾

المبحث الأول: تكيف البتكوين

اختلف الفقهاء المعاصرون حول طبيعة البتكوين على رأيين:

أسوأ عمليات الاحتيال في عالم البتكوين، عن موقع <https://bit-chain.com> (41) الإنترنت المظلم هو مجموع المواقع الإلكترونية التي لا يمكن الوصول إليها من خلال محركات البحث التقليدية، ويمكن الوصول إليها من خلال خدمات معينة كخدمة Tor، وكثير من المواقع في الشبكة المظلمة تقدم خدمات غير مشروعة كالتوسط في شراء المخدرات والأسلحة والسلع المقلدة وبطاقات الائتمان المسروقة والبيانات المخترقة، وغيرها، ولكن أيضا يمكن استخدامها بإصدار المواقع الإلكترونية ونشر المعلومات بدون الكشف عن هوية الناشر أو موقعه كطريقة لتوفير حرية التعبير عن الرأي والارتباط والوصول إلى المعلومات وحقوق الخصوصية. انظر: بيستشيلو، الإنترنت المظلم، The Dark Web أرض الخدمات المخفية، مقال منشور على موقع منظمة أيكان.

(42) فيروس الفدية أو Ransomware هو برنامج ضار ينتشر بواسطة المتسللين ويقوم بتشفير الملفات على جهاز الكمبيوتر بحيث لا يستطيع صاحبها فتحها إلا بعد دفع فدية بالبتكوين تقدر عادة ما بين 300-500 دولار / جنيه إسترليني / يورو يحصل بعدها على مفتاح التشفير. انظر: <https://www.avg.com/en/signal/what-is-ransomware>. وانظر في خاصية السرية والأمان: <https://bitcoin.org/ar/faq>. مونتيه، تسعة مفاتيح لفهم البتكوين، ترجمة، هدى علام، جريدة الجرائد العالمية، العدد: (429)، ص: 25. بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي بشأن مشروعية البتكوين، ص: 8. مصطفى، دور عملة البتكوين الرقمية في تمويل الجماعات والتنظيمات الإرهابية، ص: 12، 13.

(43) انظر: <https://bitcoin.org/ar/faq>. مصطفى، دور عملة البتكوين الرقمية في تمويل الجماعات والتنظيمات الإرهابية، ص: 13، 14. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، أبو جيب، معتز، ص: 69.

الرأي الأول – لا يعد البتكوين نقداً، وانقسم أصحاب هذا الرأي حول طبيعته بعد نفي وصف النقد عنه إلى قائل بأنه سلعة أو عرض من عروض التجارة (44)، وقائل بأنه مجرد وهم لا يمثل شيئا. (45)

الرأي الثاني – البتكوين نقد، وهو رأي غالب القائلين بالإباحة. (46)

الأدلة

أدلة الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول على نفيهم وصف النقدية عن البتكوين بأن الفقهاء والاقتصاديين (47) يشترطون فيما يعد نقداً أن يلقي قبولا عاما عند الناس بحيث يعدونه وسيطا للتبادل ومقياسا للقيم ومخزنا للثروة ومحلا للدفع الآجل.

فوظيفة الوسيط في التبادل يقصد بها أن يتم التوصل به إلى غيره، فمن ملكه كمن ملك كل شيء، وفي ذلك يقول الغزالي: "... ولحكمة أخرى وهي التوصل بهما (النقدين) إلى سائر الأشياء؛ لأنهما عزيزان في أنفسهما، ولا غرض في أعيانهما، ونسبتهما إلى سائر الأحوال نسبة واحدة، فمن ملكهما فكأنه ملك كل شيء، لا كمن ملك ثوبا، فإنه لم يملك إلا الثوب، فلو احتاج إلى طعام ربما لم يرغب صاحب الطعام في الثوب؛ لأن غرضه في دابة مثلا، فاحتيج إلى شيء وهو في صورته كأنه ليس بشيء، وهو في معناه كأنه كل الأشياء، والشيء إنما تستوي نسبته إلى المختلفات إذا لم تكن له صورة

(44) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، السليم، يعقوب، ص: 15، 165، قيراط، محمد، ص: 105، مشعل، عبد الباري، 106، 207، أربونا، محمد، ص: 167، كابا، عبد الرزاق، 191، 192، فياض، عبد المنعم، ص: 196. عودة، مراد رايق رشيد، وظائف وشروط النقود ومدى تحققها في العملات الافتراضية دراسة فقهية، ص: 212، 214.

(45) الحداد، حُكْمُ التعامل بالعملة الإلكترونية المُشْفَرَّة: (البتكوين) وأخواتها. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الدوشان، عيسى، ص: 30. أبو غدة، النقود الرقمية الرؤية الشرعية والآثار الاقتصادية، ص: 15. فتوى فهد القحطاني، النقود الرقمية، منشورة على موقع طريق الإسلام <https://ar.islamway.net/fatwa/76168>.

(46) أحمد، منير ماهر، وآخرون، التوجيه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية البتكوين نموذجا، ص: 257، 266.

(47) انظر فيما سبق تعريف النقد عند الاقتصاديين.

خاصة يفيدها بخصوصها؛ كالمرأة لا لون لها وتحكي كل لون، فكذا النقد لا غرض فيه، وهو وسيلة إلى كل غرض". (48)

وظيفة مقياس القيم أن يكون النقد أداة للتوصل إلى مقادير الأموال، وفي ذلك يقول ابن رشد: "لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها (أعني: تقديرها)". (49)

ويقول الغزالي: "... فخلق الله تعالى الدنانير والدراهم حاكمين ومتوسطين بين سائر الأموال حتى تقدر الأموال بهما، فيقال هذا الجمل يسوي مائة دينار، وهذا القدر من الزعفران يسوي مائة، فهما من حيث إنهما مساويان بشيء واحد إذن متساويان، وإنما أمكن التعديل بالنقدين". (50)

أما وظيفة خزن القيمة فتظهر فيما إذا زاد إيراد الإنسان عن مصروفاته، فيحتاج إلى خزن القيمة الفائضة لحين احتياجه إليها بأداة تقبل الخزن بأقل التكاليف، فلا يجد أمامه إلا النقد للقيام بتلك الوظيفة.

أما وظيفة الدفع الآجل فيراد بها أن يتخذ النقد وسيلة مقبولة للاستعاضة به عما في الذمم من حقوق ولو كان من غير جنسها، فكما يقول الماوردي: "... ولذلك كان هو الثابت في الذمم فيما يطلق من أثمان المبيعات وقيم المتلفات". (51)

ولقيام النقد بتلك الوظائف لا بد أن يلقي قبولا عاما عند الناس، ولا يتحقق ذلك إلا إذا تمتع بثبات في القيمة يجعل الناس يقبلون عليه كوسيط للتبادل، ومقياس للقيم، وعوضا عما في الذمة، ويطمنون إليه كمستودع للثروة، وفي هذا يقول ابن القيم: "فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثلث هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدودا مضبوطا لا يرتفع ولا ينخفض؛ إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع

(48) الغزالي، إحياء علوم الدين، 91/4.

(49) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 151/3.

(50) الغزالي، إحياء علوم الدين، 91/4.

(51) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 197. وانظر في وظائف النقد: السبهاني، عبد الجبار حمد عبيد، النقود الإسلامية كما ينبغي أن تكون، ص: 5 وما بعدها.

لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع، وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بثمن تُقَوَّم به الأشياء، ويستمر على حالة واحدة، ولا يَقَوَّم هو بغيره؛ إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس، ويقع الخلف، ويشتد الضرر، كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم، ولو جعلت ثمنا واحدا لا يزداد ولا ينقص بل تُقَوَّم به الأشياء ولا تُقَوَّم هي بغيرها لصُلِّح أمر الناس". (52)

والبتكوين لا يصلح للقيام بوظائف النقد؛ لأنه لا يلقي قبولا عالميا باعتباره عملة عالمية كما يقول مروجوه، ولا يشيع بين كافة الناس، حيث لا تقبله إلا فئة خاصة تتداوله وتقرر بقيمته، مما جعله قاصرا على تبادل مجموعة محدودة من السلع والخدمات، كما أنه نتيجة للمضاربة في أسعاره - والتي أخرجته عن دوره المرسوم له كوسيط للتبادل إلى سلعة يتم المضاربة عليها طمعا في الربح - إضافة إلى عدم استناده إلى أي أصول أو أرصدة حقيقية وعدم ضمانه من أي جهة، يشهد البتكوين تقلبات قوية في سعره صعودا وهبوطا بمعدلات قياسية غير مسبوقه وغير مقبولة في أي نقد أو حتى سلعة سابقة، وأضحى هذا التقلب وصفا لازما له، وليس أمرا عرضيا (53)، مما نزع عن البتكوين وظيفة النقد كمخزن للثروة يمكن الاطمئنان إليه عند الحاجة، كما لا يقوم البتكوين - في واقع التعامل به - بوظيفة قياس قيمة السلع والخدمات؛ لأنها لا تقيم به، حتى وإن دُفع ثمنا لها، بل تقيم بغيره من العملات الورقية، ثم يدفع من يريد ما يساوي ذلك من البتكوين لمن يقبل بالتعامل به، وإذا ثبت عجز البتكوين عن القيام بوظائف النقد انتفى عنه وصف النقد. (54)

(52) ابن قيم، إعلام الموقعين، 105/2. وانظر أيضا: السبهاني، ص: 14.

(53) انظر فيما سبق تاريخ البتكوين.

(54) فتوى د. شوقي علام مفتي جمهورية مصر العربية، بعنوان تداول عملة البتكوين والتعامل بها، رقم: 4205، منشورة على موقع دار الإفتاء المصرية: <http://www.dar-alifta.org/ar/>. فتوى الهيئة العامة للشئون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات، بعنوان: حكم التعامل بالبتكوين، 2018/1/30م، منشور على موقع الهيئة على الإنترنت:

ومع نفي وصف النقد عن البتكوين استدلل القائلون من أصحاب هذا الرأي بأن البتكوين سلعة أو عرض من عروض التجارة بأمرين:

- أن ما عدا الأثمان من الأموال عروض أو سلع، كما يقول ابن الهمام: "كل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير" (55)، ويقول ابن قدامة: "العروض جمع عرض وهو غير الأثمان من المال..." (56).
- أن استعماله الأصيل حالياً يتم بالمضاربة عليه بالشراء والبيع طمعا في الربح، وهو شأن السلع. (57)

أما القائلون من أصحاب هذا الرأي بأن البتكوين لا يعد مالا على الإطلاق فاستدلوا على ذلك بأنه مجرد وهم نشأ من لا شيء، بلا وجود حسي، ولا مادة يستخرج منها، ولا منفعة فيه إلا المتاجرة الخالية من أي قيمة أو إنتاج اقتصادي أو مصلحة معتبرة شرعا، مما ينفي عنه وصف المال. (58)

وأنقش استدلالهم بأن البتكوين لا يتوافر فيه وظائف النقد لكونه غير مقبول من كافة كوسيط للتبادل ومقياس للقيم ومخزن للثروة بأن البتكوين أصبح يلقي قبولا عالميا

<https://www.awqaf.gov.ae/ar/Pages/FatwaDetail.aspx?did=89043>

الحجازي، واقع النقود الإلكترونية الجديدة مثل البتكوين والحكم الشرعي المتعلق بها، مجلة الوعي، العدد: ص: 12. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، مشعل، كابا، ص: 83، 192. الشيخ، التأصيل الفقهي للعملة الرقمية - البتكوين نموذجا، ص: 38. عودة، وظائف وشروط النقود ومدى تحققها في العملات الافتراضية، ص: 212. الحيحي، العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها الفقهية، ص: 242. دواية، البتكوين رؤية اقتصادية وشرعية، موقع عربي 21: <https://arabi21.com/story/1037186>. أبو الرشته، عطاء بن خليل، الحكم الشرعي في

البتكوين، موقع جريدة التحرير، تونس: <http://www.attahrir.info>.

(55) ابن الهمام، فتح القدير، 217/2.

(56) ابن قدامة، المغني، 58/3.

(57) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، السليم، ص: 15، 165، أربونا، ص: 167، كابا، 191، فياض، ص: 196. عودة، وظائف وشروط النقود ومدى تحققها في العملات الافتراضية، ص: 212، 214.

(58) أبو غدة، النقود الرقمية الرؤية الشرعية والآثار الاقتصادية، ص: 15. الحداد، حكم التعامل بالعملة الإلكترونية المشفرة: (البتكوين) وأخواتها. فتوى د. شوقي علام السابق الإشارة إليها. الشمري، التأصيل الفقهي للعملة الافتراضية، ص: 79. سماعي، التعليل بالثمنية وأثره في أحكام العملات الافتراضية، ص: 165. فتوى القحطاني السابق الإشارة إليها. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الدوشان، ص: 30.

متزايدا(59)، وأصبحت قيمة اقتصاد البتكوين تفوق اقتصاديات دول مجتمعة(60)، ولا يعني عدم قبول البعض له تجريده من صفة النقد؛ لأن كثيرا من النقود الورقية التي تصدرها دول لا تتمتع باقتصاد مستقر يتوقع هبوط قيمتها برفض كثير من الأشخاص قبولها كوسيط للتبادل، ولم يقل أحد أن ذلك ينزع عنها صفة النقدية؛ لأن القبول العام للنقد لا يقصد به القبول المطلق، حيث لا تتمتع أي عملة ورقية متداولة حاليا بمثل هذا القبول، وإنما يقصد به القبول النسبي، وبه يعد البتكوين نقدا يقبل به سوق كبير متنام كوسيط للتبادل، ومعيار للقيمة، ومخزن للثروة.(61)

كما أن التذبذب الحاد في قيمة البتكوين لا ينفي عنه وصف النقد؛ لأن سوقه ما زال في إطار التشكل، مما جعله يمر بطفرات متعددة صعودا وهبوطا، فمثلا يتسبب قبول بعض الدول أو المتاجر أو مزودي الخدمات له إلى الإقبال على شرائه بنية الاحتفاظ به لفترة قصيرة طمعا في ربح سريع، فيرتفع سعره ارتفاعا قويا، فإذا قام بعض من اشترى بالبيع رغبة في الربح، فإن ذلك يقود إلى انخفاض محدود، لا يلبث أن يتسبب في هبوط حاد نتيجة موجات البيع الخائفة من انخفاض الأسعار، إلا أن هذه العوامل مؤقتة، لا تلبث أن تزول مع نضج السوق واستقراره، خاصة مع الضوابط الحاكمة المعلنة لإصدار البتكوين وحدها الأعلى، والتي تمثل ضمانات قد لا تتوافر في النقود الورقية التي تصدرها بعض الدول دون رقيب على نحو قد يؤدي إلى التضخم والانهيئات الاقتصادية(62)، كما أن العدل يقتضي قياس الثبات النسبي وقت استقرار العملة ونضجها، وليس وقت نشوئها واضطرابها، فضلا عن أن اشتراط الاستقرار لا اعتبار

(59) انظر قرار محكمة العدل الأوروبية اعتبار البتكوين وسيلة للأداء وإمكانية استخدامه كنقد، واعتراف ألمانيا به لتتمكن من فرض ضرائب عليه، واعتراف هولندا به شريطة عدم استخدامه في نشاطات غير قانونية أو من أشخاص مجهولين، وإقرار المحاكم الأمريكية له كنوع من النقد: Pascal Ordonneau, La décision de la Cour de justice européenne sur le bitcoin: un acte fondateur? منشور على موقع:

<https://www.huffingtonpost.fr/pascal-ordonneau>

وانظر أيضا: حوار منضبط حول البتكوين، قراط، ص: 181، 182.

(60) أحمد، التوجيه الشرعي للتعامل بالعملة الافتراضية البتكوين نموذجا، ص: 257.

(61) انظر في ذات المعنى: حوار منضبط وحدود حول البتكوين، الشاطر، منير، ص: 85، آدم، موسى، ص: 112، 162، مشعل، ص: 190. الشيخ، التأصيل الفقهي للعملة الرقمية، ص: 38.

(62) انظر فيما سبق خاصية اللامركزية في البتكوين.

الشيء نقدا يخرج كثيرا من العملات الورقية عن إطار النقد وفقا لمعيار السلطات النقدية في منطقة اليورو التي عرفت الاستقرار بأنه ارتفاع يقل ولا يقارب 2% من مؤشر CPI، بل يخرج الفضة التي هبطت قيمتها اليوم مقابل الذهب إلى أقل من 9% عن القيمة التي كانت عليها على عهد النبي ﷺ (63)، وهو ما لم يقل به أحد، والصواب القول بأن الاستقرار النسبي للعملة شرط كفاءة وليس شرط اعتبار. (64)

والحق أن البتكوين المنضبط بقواعد حاسوبية حكمة يعد أكثر موثوقية من النقد الورقي الذي يدار وفقا لسياسات بعض الدول ومصالحها، بغض النظر عن تأثيره على مصالح الدول الأخرى والأفراد، ولعل أكبر دليل على هذا هو ما ذكر أن أكبر سرقة جرت في التاريخ ما قامت به الحكومة الأمريكية من فك ارتباط الدولار بالذهب حيث اشترت الولايات المتحدة شركات ومؤسسات وقيما نقدية مقابل الدولار الذي قبلته الحكومات والمؤسسات والأفراد مقابلاً لقيمهم المالية نظراً لتعهد الحكومة الأمريكية باستبداله ذهباً عند الطلب فيما عرف بنظام الصرف بالذهب حتى فاجأهم قرار الرئيس الأمريكي ريتشارد نيكسون بمنع تحويل الدولار ذهباً، فاكشفوا سرقة الحكومة الأمريكية لأموالهم الحقيقية مقابل مجرد أوراق ملونة، كما كان لذلك القرار العديد من الآثار الاقتصادية السلبية التي جرّت على العالم موجات متلاحقة من التضخم والركود. (65)

(63) أصبح الذهب حالياً يساوي تقريباً مائة ضعف الفضة بعد أن كان عهد النبي ﷺ يعادل 9 أضعاف الفضة تقريباً حيث إن الدينار الذي يزن 4.25 جراماً من الذهب يعادل من الدراهم التي يزن الواحد منها 3.083 جراماً من الفضة 12 درهماً بدلالة ما أخرجه أحمد في مسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "اقْطَعُوا فِي رُبْعِ الدِّينَارِ، وَلَا تَقْطَعُوا فِيمَا هُوَ أَذْنَى مِنْ ذَلِكَ"، وَكَانَ رُبْعُ الدِّينَارِ يَوْمَئِذٍ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ، وَالدِّينَارُ اثْنِي عَشَرَ دِرْهَمًا" (أخرجه أحمد في مسنده، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، 61/41 (24515) وبهذا فإن 4.25 ج ذهب على عهد النبي ﷺ تساوي 36.996 ج فضة (3.083 × 12) أي ما يعادل 8.7 ج فضة لكل جرام ذهب فيكون ذلك انهياراً لقيمة الفضة 9% من قيمتها على عهد النبي ﷺ. انظر في وزن الدينار والدرهم: الحريري، المقاييس والمقادير عند العرب، ص: 27. وانظر في سعر الذهب والفضة حالياً:

<https://goldprice.org/ar/live-gold-price.html>

<https://silverprice.org/ar/silver-price-chart.html>

(64) انظر: في اعتبار الاستقرار شرط كفاءة: حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الشاطر، ص:

12

(65) ميدلوكوب، الانهيار الكبير، ترجمة: ابتسام محمد الخضراء، ص: 85 وما بعدها.

أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب الرأي الثاني على اعتبار البتكوين نقدا بأن النقد لا يقتصر على الذهب والفضة؛ بل يشمل كل ما يصطلح الناس على اعتباره نقدا ويلقى لديهم قبولا كوسيط يتوسلون به إلى غيره؛ كالفلوس والنقود الورقية وغيرها من النقود الاصطلاحية، وهو رأي محمد من الحنفية وقول عند المالكية ورواية عن أحمد(66)، وهو الرأي الغالب لدى الفقهاء المعاصرين(67)، يؤيده ما روي عن عمر رضى الله عنه من عزمه إنشاء نقد من جلود الإبل حيث روي عنه قوله "هممت أن أجعل الدراهم من جلود الإبل فقيل له إذا لا بعير فأمسك"(68).

يقول الإمام مالك: "ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة"(69).

ويقول ابن تيمية: "وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبعي ولا شرعي بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به؛ بل الغرض أن

(66) ومقابل هذا الرأي مذهب الحنفية والشافعية وقول في مذهب المالكية ورواية عن أحمد بقصر النقد على الذهب والفضة وحدهما دون سواهما، وهو خلاف ترتب عليه خلاف حول جريان ربا الفضل وشروط الصرف على النقود الاصطلاحية كالفلوس والنقود الورقية وغيرها مما يرتضيه الناس نقدا دون الذهب والفضة، وهو مبسوط في كتب الفقه. انظر في ذلك: الهداية، 185/5. الكاساني، بدائع الصنائع، 185/5. مالك، المدونة، 5/3. ابن رشد، البيان والتحصيل 23/7، 24. الماوردي، الحاوي الكبير 105/6. النفراوي، الفواكه الدواني، 74/2. المرداوي، الإنصاف، 14/5.

(67) تبني المجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة سنة 1402 هـ قرارا بامتداد الثمنية لكل ما يحصل به الثقة كوسيط للتبادل حيث جاء فيه: "وبما أن الثمنية لا تقتصر عند الفقهاء على الذهب والفضة، وإن كان معدنهما هو الأصل، وبما أن العملة الورقية قد أصبحت ثمنًا، وقامت مقام الذهب والفضة في التعامل بها، وبها تقوم الأشياء في هذا العصر؛ لاختفاء التعامل بالذهب والفضة، وتطمئن النفوس بتمولها وإدخالها، ويحصل الوفاء والإبراء العام بها، رغم أن قيمتها ليست في ذاتها، وإنما في أمر خارج عنها، وهو حصول الثقة بها، كوسيط في التداول والتبادل، وذلك هو سر مناطها بالثمنية، وحيث إن التحقيق في علة جريان الربا في الذهب والفضة هو مطلق الثمنية، وهي متحققة في العملة الورقية، لذلك كله فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، يقرر أن العملة الورقية نقد قائم بذاته، له حكم النقدين من الذهب والفضة، فتجب الزكاة فيها، ويجري الربا عليها بنوعيه، فضلاً ونسبًا، كما جرى ذلك في النقدين من الذهب والفضة تمامًا؛ باعتبار الثمنية في العملة الورقية قياساً عليهما. وبذلك تأخذ العملة الورقية أحكام النقود في كل الالتزامات التي تفرضها الشريعة فيها... رغم أن قيمتها ليست في ذاتها وإنما في أمر خارج عنها" مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، العدد الأول، ص: 193. وانظر أيضا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (9) د86/07/3 بشأن اعتبار النقود الورقية نقدا يجري عليها ما يجري على الذهب والفضة من أحكام. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد 3، 1408 هـ 1987 م، 1965/3.

(68) البلاذري، فتوح البلدان، ص: 452.

(69) مالك، المدونة، 5/3.

يكون معيارا لما يتعاملون به، والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها، ولهذا كانت أثماننا؛ بخلاف سائر الأموال فإن المقصود الانتفاع بها نفسها؛ فلهذا كانت مقدرة بالأمور الطبيعية أو الشرعية، والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض لا بمادتها ولا بصورتها يحصل بها المقصود كيفما كانت". (70)

وفقا لهذا المعيار يعد البتكوين نقدا حيث أراد له مبتكروه أن يكون نقدا، والعرف جرى على قبوله كئتم للمبيعات لا يراد لذاته فبات يلقي قبولا عالميا متزايدا كما سبق القول وأصبحت ميكروسوفت وباي بال وغيرها من الشركات الكبرى تقبل به كئتم لمنتجاتها. (71)

الترجيح

بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها أرى أن البتكوين يعد نقدا من جملة الأموال وذلك للآتي: 1 - البتكوين يعد مالا؛ حيث ينطبق عليه وصف المال عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة الذين يعرفونه بأنه كل ما فيه منفعة، وقيده بعضهم بكون المنفعة مباحة في غير حالة الضرورة (72)، ووفقا لهذا التعريف يعد البتكوين من الأموال؛ لأن فيه منفعة مباحة في غير حالة الضرورة باستخدامه في شراء السلع والخدمات المباحة من الجهات التي تقبل بذلك وكذلك مبادلتها بالعملة الأخرى، كما ينطبق على البتكوين وصف المال عند الحنفية الذين يعرفونه بأنه "اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار (73)، أو هو "ما يميل إليه

(70) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 251/19، 252.

(71) أحمد، منير ماهر، وآخرون، التوجيه الشرعي للتعامل بالعملة الافتراضية البتكوين نموذجا، ص: 266. انظر في المؤسسات التي تقبل الدفع بالبتكوين:

<https://99bitcoins.com/bitcoin/who-accepts/>

<https://www.arageek.com/tech/companies-accept-bitcoin>

(72) عرف الشاطبي المال بأنه "ما يقع عليه الملك يستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه" الموافقات، 32/2. وعرفه الزركشي بأنه "ما كان منتفعا به أي مستعدا لأن ينتفع به وهو إما أعيان أو منافع" المنثور، 222/3. وعرفه المرداوي بأنه "ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة". الإنصاف، 270/4.

(73) البحر الرائق، 277/5.

الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"(74)، ووفقا لهذا التعريف أيضا يعد البتكوين من الأموال؛ لأن فيه مصلحة ويميل الناس إلى اقتنائه، وله وجود مادي يمكن حيازته وإحرازه على الوسائط الحاسوبية المعدة لذلك(75)، كما تثبت المالية عندهم بتمول الناس أو بعضهم(76) كما هو حاصل في البتكوين.

2 - يعد البتكوين نقدا وفقا للرأي الفقهي القائل بعدم اقتصار النقد على الذهب والفضة وامتداده إلى كل ما يعده الناس نقدا، وهو الرأي السائد في الفقه المعاصر(77) حيث المعيار لتمييز النقد عن غيره هو القبول النسبي بين عدد غير محصور كوسيلة للتوصل به إلى غيره، أما باقي الأوصاف من استقرار سعر وغيره فهي أوصاف كفاءة وكمال وليست أوصاف اعتبار، كما من العدل قياس الكفاءة - كما ذكرنا - وقت استقرار السوق ونضوجه، وليس وقت نشوئه واضطرابه، والبتكوين ما زال نقدا حديثا بدأ عام 2009م وما زال سوقه في مرحلة النضوج ولم يصل إلى الاستقرار.

المبحث الثاني: حكم التعامل بالبتكوين

اختلف الفقهاء المعاصرون حول حكم التعامل بالبتكوين على رأيين(78):

الرأي الأول - حرمة التعامل بالبتكوين، وهو رأي غالب الفقهاء المعاصرين وهيئات الإفتاء في العالم الإسلامي.(79)

(74) حاشية ابن عابدين، 501/4.

(75) انظر فيما سبق الوجود المادي للبتكوين.

(76) حاشية ابن عابدين، 501/4.

(77) انظر فيما سبق قرارى المجمع الفقهي الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي السابق الإشارة إليهما. (78) إضافة للرأيين المذكورين اتجه بعض الفقهاء المعاصرين إلى التوقف في بيان حكم البتكوين حتى تتبين حقيقة؛ معللين ذلك بأن البتكوين وأشباهه من أنواع النقد الرقمي من المسائل التي لم تتضح صورتها كاملة، ولا يزال النقاش حوله في بداياته، ويحتاج إلى مزيد من أعمال الفكر وتقليب النظر، ولا ينبغي التسرع في إصدار حكم عليه، وأن ما صدر من أحكام هو محض اجتهادات فردية، وأنه إذا تحقق ثبات البرمجة التي يعتمد عليها البتكوين وغيره من النقد الرقمي، وحظي بدرجة من الاعتمادية والموثوقية، فلا يوجد ما يمنع شرعا في قبوله. انظر: توصيات مؤتمر العملات الافتراضية في الميزان، كتاب وقائع المؤتمر: ص: 979. سماعي، التعليل بالثمنية وأثره في أحكام العملات الافتراضية، ص: 169. معبوط، الآثار الشرعية لتداول النقود الافتراضية، ص: 397.

(79) الحداد، حكم التعامل بالعملة الإلكترونية المشفرة: (البتكوين) وأخواتها. فتوى دار الإفتاء الفلسطينية وفتوى د. شوقي علام وفتوى الهيئة العامة للشئون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات المشار إليها سابقا. فتوى الهيئة العليا للشئون الدينية بتركيا، مشار إليها في حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، ص: 46. الشيخ، التأصيل الفقهي للعملات الرقمية - البتكوين نموذجا، ص: 45. الشمري، التأصيل الفقهي للعملات

الرأي الثاني - إباحة التعامل بالبتكوين، وهو رأي لبعض الفقهاء المعاصرين.(80)

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول:

الدليل الأول - يمثل إصدار البتكوين من الأفراد خروجاً على الطريق الشرعي لإصدار النقد من ولي الأمر:

اعتبر الفقهاء إصدار النقد أو ما يسمى بالسك أو الضرب(81) من وظائف ولي الأمر أو من يفوضه، كالبانك المركزي في الواقع المعاصر؛ وذلك لضمان قيمته وحمايته من الغش والتدليس، وقد تعاضدت نصوص الفقهاء للدلالة على ذلك، ومن ذلك:

جاء في المجموع: " قال أصحابنا : ويكره لغير الإمام ضرب المغشوش لما ذكرنا في الإمام ؛ ولأن فيه افتئاتا على الإمام ، ولأنه يخفى فيغتر به الناس بخلاف ضرب الإمام، قال القاضي أبو الطيب في المجرد وغيره من الأصحاب : قال أصحابنا: ويكره أيضا لغير الإمام ضرب الدراهم والدنانير إن كانت خالصة ؛ لأنه من شأن الإمام ؛ ولأنه لا يؤمن فيه الغش والإفساد".(82)

الافتراضية، ص: 81. الجميلي، إسماعيل عبد عباس، إصدار العملات الافتراضية بين ضوابط الشرع ومتطلبات العصر، ص: 103. الجميلي، عمر عبد عباس، العملات الافتراضية واقعها وتكييفها الفقهي وحكمها الشرعي، ص: 191. عودة، وظائف وشروط النقود ومدى تحققها في العملات الافتراضية، ص: 215. سميران، ضوابط عملية إصدار النقود والعملات الرقمية دراسة تحليلية نقدية، ص: 277. د. الناطور، الضوابط الشرعية للتعامل مع العملات الافتراضية، ص: 344. الحمود، ضوابط إنشاء العملات في الفقه الإسلامي البتكوين نموذجاً، ص: 364. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، سرميني، أنس، و العاني، رقية، ص: 45، 46.

(80) العقيل، عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب، الأحكام الفقهية المتعلقة بالنقود الإلكترونية (bitcoin)، وحدة البحوث والدراسات العلمية بعمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة. عبادة، والجمهور، زكاة العملات الافتراضية وآثارها الاقتصادية، حالة البتكوين نموذجاً، ص: 420. رسلان، العملات الافتراضية وآثارها الشرعية حالة البتكوين نموذجاً، ص: 474. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، آدم، ص: 158، 164.

(81) يقول ابن خلدون: "السكة وهي الختم على الدنانير والدراهم المتعامل بها بين الناس بطابع حديد ينقش فيه صور أو كلمات مقلوبة، ويضرب بها على الدينار والدرهم، فتخرج رسوم تلك النقوش عليها ظاهرة مستقيمة... وهي وظيفة ضرورية للملك؛ إذ بها يتميز الخالص من المغشوش بين الناس في النقود عند المعاملات، ويتقون في سلامتها الغش بخاتم السلطان عليها بتلك النقود المعروفة" ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، 446/1.

(82) النووي، المجموع، 494/5، 495. وجاء في الفتاوى الهندية: "ويكره أن يلقي في النحاس

جاء في الأحكام السلطانية لأبي يعلى: "قد قال أحمد، في رواية جعفر بن محمد " لا يصلح ضرب الدراهم إلا في دار الضرب بإذن السلطان؛ لأن الناس إن رخص لهم ركبوا العظائم". فقد منع من الضرب بغير إذن سلطان لما فيه من الافتيات عليه". (83) كما يقررون أن قول الإمام مالك: "ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة". (84) يدل على أن ضرب الدولة للعملة من أي صنف هو الذي يكسبها وصف النقد مما يدل على اشتراطه.

فالنقد الذي لا تصدره سلطة لا يعد نقدا؛ لأن النقد وسيلة تبادل بين الناس في مجتمع تديره سلطة، وهو يشبه العقد الموقوف لابد أن يجيزه ولي الأمر لينفذ ويعد نقدا. (85) وهذا الشرط لا يتوافر في البتكوين، الذي لا تصدره دولة، ولا تعتمد سلطة، وإنما نشأ وأصدر من جهة مجهولة، واستمر إصداره بنظام التنقيب من قبل الأفراد خروجاً على سلطة الحاكم وافتياتاً عليه (86) فيكون محرماً؛ لإجماع الفقهاء على وجوب طاعة الإمام في غير المعصية. (87)

دواء فيبيضة ويبيعه بحساب الفضة وكذا ضرب الدراهم في غير دار الضرب، وإن كانت جياداً". البلخي، ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، 215/3. وجاء في تفسير القرطبي: "قال سهل بن عبد الله التستري: أطيعوا السلطان في سبعة: ضرب الدراهم والدنانير، والمكايل والأوزان، والأحكام والحج والجمعة والعيدين والجهاد". القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 259/5. وجاء في الأحكام السلطانية للماوردي: "وإذا خلص العين والورق من غش كان هو المعتبر في النقود المستحقة والمطبوع منها بالسكة السلطانية الموثوق بسلامة طبعه المأمون من تبدله وتليسه هو المستحق دون نقار الفضة وسبائك الذهب؛ لأنه لا يوثق بهما إلا بالسك والتصفية والمطبوع موثوق به ولذلك كان هو الثابت في الذمم فيما يطلق من أثمان المبيعات وقيم المتلفات". الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 197.

(83) أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ط 2. بيروت: دار الكتب العلمية، (1421 هـ - 2000 م)، ص: 181. وانظر أيضاً: ابن مفلح، الفروع، 457/2.

(84) مالك، المدونة، 5/3.

(85) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، قيراط، ص: 118، 133.

(86) فتاوى الهيئة العامة للشئون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات السابق الإشارة إليها. الحجازي، واقع النقود الإلكترونية الجديدة مثل البتكوين والحكم الشرعي المتعلق بها، مجلة الوعي، لبنان، العدد: 370، ص: 12. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، محمد، مرجان، ص: 40. الشمري، التأصيل الفقهي للعملة الافتراضية، ص: 73. أبو ليل، إصدار العملات الرقمية من منظور السياسة الشرعية، ص: 147. سماعي، التعليل بالثمنية وأثره في أحكام العملات الافتراضية، ص: 166، 167.

(87) نقل ابن حجر إجماع الفقهاء على وجوب طاعة الإمام ولو متغلباً بقوله: " وقد أجمع الفقهاء على وجوب طاعة السلطان المتغلب والجهاد معه وأن طاعته خير من الخروج عليه" ابن حجر

وأناقش هذا بأنه لا يوجد دليل توقيفي على اشتراط ذلك، بل هو اجتهاد في العمل بسياسة شرعية مبنية على المصلحة(88) اقتضت إسناد السك لإمام المسلمين؛ حماية للنقد المصنوع من الذهب والفضة من الغش(89)، وقد كان النقد حتى 72هـ يصدر من غير الحاكم ويأتي من بلاد الفرس والروم ولم ينكر أحد من الفقهاء ذلك أو يحرم التعامل به(90)، أما وقد تغيرت النقود، ولم يعد النقد الذهبي والفضي أساسا للتعامل، وصار النقد الورقي المسيطر على الأسواق العالمية والمقبول في العالم الإسلامي يدار من قبل سلطة غير مسلمة، فإن المصلحة من وراء إصدار النقد من قبل الإمام تنتفي، بل إن النقد المصدر إلكترونيا وفق ضوابط صارمة ومحسوبة – كالبتكوين - يكون أقل ضررا من النقد المصدر من قبل سلطات غير إسلامية تهدف من وراء إصداره إلى السيطرة على الشعوب والتحكم في قراراتها ومقدراتها.

كما أن هناك من الفقهاء من أجاز التعامل بالنقد غير المسكوك بشرط عدم الضرر، ومن ذلك ما نقله البلاذري عن الثوري وأبي حنيفة وأصحابه: " لا بأس بقطعها إذا لم يضر ذلك بالإسلام وأهله"(91)

ثم إن القول باشتراط اعتبار الإصدار أو القبول من الحاكم شرطا لاعتبار الشيء نقدا يؤدي لاضطراب الأحكام الشرعية وتغييرها بأهواء الحكام، فإن احتفظ شخص بنقد

العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 7/13.
(88) المصلحة المرادة هنا هي المصلحة المرسلّة وهي: "المصلحة التي لا يشهد الشرع باعتبارها ولا بالغائها" ابن فرحون، تبصرة الحكام، 153/2. وقد اختلف الأصوليون حول العمل بالمصالح المرسلّة على أقوال ذكرها الزركشي بقوله: " وفيه مذاهب، أحدها: منع التمسك به مطلقا، وهو قول الأكثرين، منهم القاضي وأتباعه، وحكاه ابن برهان عن الشافعي ... الثاني: الجواز مطلقا، وهو المحكي عن مالك رحمه الله ... والثالث: إن كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع، أو لأصل جزئي جاز بناء الأحكام، وإلا فلا، ونسبه ابن برهان في الوجيز للشافعي وقال: إنه الحق المختار ... والرابع: اختيار الغزالي والبيضاوي وغيرهما تخصيص الاعتبار بما إذا كانت تلك المصلحة ضرورية قطعية كلية، فإن فات أحد هذه الثلاثة لم يعتبر، والمراد بالضرورية ما يكون من الضروريات الخمس التي يجزم بحصول المنفعة منه، والكلية لفائدة تعم جميع المسلمين احترازا عن المصلحة الجزئية لبعض الناس أو في حالة مخصوصة..." الزركشي، البحر المحيط، 83/8 وما بعدها.

(89) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، أبو جيب، ص: 150.

(90) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الشاطر، ص: 18.

(91) البلاذري، فتوح البلدان، ص: 452. اليحيى، العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها الفقهية، ص: 245.

دولة لا تعترف بها دولته؛ لم يجر فيها ربا الفضل، ولا يشترط في مبادلتها بنقد آخر شروط الصرف، فإن اعترفت بها دولته؛ تغيرت الأحكام الشرعية من ربا وصرف، ولو عادت الدولة ونزعت اعترافها؛ تغيرت الأحكام مرة أخرى، وهذا غير مسلم. (92) كما أن قول الإمام مالك الذي استندوا إليه حجة عليهم؛ حيث دل على جواز ابتكار النقد من أي شيء يرضيه الناس وليس فيه ما يدل على اشتراط اصدار النقد من الإمام.

واعترض على المناقشة من وجهين:

الأول – مع التسليم جدلا بإمكانية إصدار النقد من غير الحاكم، فإن ذلك لا يعني ترك إصدار النقد بيد الأفراد دون رابط، كما يحدث في العملات الرقمية؛ لأنه يؤدي إلى الإضرار بسبب التضخم الناتج عن زيادة المعروض من النقد، كما يجوز للحاكم تقييد المباح لضرر فيه. (93)

وأرد على هذا الوجه بأن البتكوين بضوابط إصداره التي تحكم كمية الإصدار التدريجي، والإصدار النهائي المحدد 21 مليون وحدة بتكوين، يضمن عدم حصول التضخم بطريقة لا تتواجد في النقود الورقية التي من الممكن أن يصدر الحاكم منها ما شاء دون رقيب، على نحو يؤدي إلى حصول التضخم فعلا.

الثاني: النقد الجليدي الذي ارتضاه الإمام مالك يعد سلعة لها قيمة ذاتية بخلاف البتكوين الذي لا قيمة له على الإطلاق. (94)

ورد على هذا الوجه بأن النقود المصنوعة من جلود الإبل ليس لها قيمة ذاتية؛ إذ لا قيمة لقطعة من الجلد بمقاس 2x2 بوصة، مما يجعل قياس البتكوين عليها قياسا صحيحا حتى لو لم تكن له قيمة على الإطلاق (95)، فضلا عن أننا قررنا سابقا أن للبتكوين

(92) انظر في معنى مقارب: حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، أبو جيب، ص: 151.

(93) سميران، ضوابط عملية إصدار النقود والعملات الرقمية، ص: 275.

(94) الجميلي، العملات الافتراضية واقعتها وتكييفها الفقهي وحكمها الشرعي، ص: 190.

(95) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، إعجاز، إرشاد أحمد، ص: 35.

قيمة ذاتية نتجت عن جهود المنقبين في تدقيق وتوثيق وتسجيل المعاملات التي تتم به والتي مثلت قيمة مالية انتجت ثمنًا ذا موثوقية عالية وإقبال متزايد. (96)

الدليل الثاني – اشتغال التعامل بالبتكوين على ضرر عام وخاص:

يظهر الضرر العام في الناحيتين الاقتصادية والأمنية، فمن الناحية الاقتصادية يسبب انتشار البتكوين وشيوع التعامل به إلى ضعف السيطرة النقدية والتحكم في السوق، وتراجع عائدات الضرائب، والإخلال بمنظومة العمل التقليدية القائمة على الوساطة في نقل وتبادل الأموال بوساطة المؤسسات المعدة لذلك؛ مما يؤدي إلى فقدان آلاف الوظائف، إضافة إلى عدم إيجاد بديل منضبط ومستقر، ومن الناحية الأمنية يسبب عدم إمكانية معرفة المتعاملين بالبتكوين إلى استخدامه في نشاطات محظورة؛ كغسيل الأموال، وتجارة المخدرات، والسلاح، ودعم الجماعات الإرهابية. (97)

أما الضرر الخاص فيحدث نتيجة عدم ضمان أي جهة لقيمتها مما يسبب خسائر فادحة للمتعاملين بها نتيجة التحولات الهائلة في أسعاره هبوطاً، كما أن المحافظ المالية للبتكوين معرضة لفقد نتيجة هجمات القراصنة الذين يستغلون نقاط الضعف العديدة فيها وفي آلية تبادلها مما يؤدي إلى خسائر فادحة، ويكفي للتدليل على ذلك إعلان شركة Mont Gox عن إفلاسها نتيجة خسارة مبلغ بتكوين يساوي 480 مليون دولار أمريكي بسبب هجوم إلكتروني عبر الانترنت مما أدى لفقدان استثمارات آلاف المتعاملين وانخفاض حاد في أسعار البتكوين. (98)

(96) انظر فيما سبق

(97) فتوى د. شوقي علام والهيئة العامة للشئون الإسلامية والأوقاف الإماراتية ودار الإفتاء الفلسطينية السابق الإشارة إليها. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين: الهرش، نافذ نزال، ص: 50. الشيخ، التأصيل الفقهي للعملة الرقمية، ص: 43. الجميلي، إصدار العملات الافتراضية بين ضوابط الشرع ومتطلبات العصر، ص: 97. أبو ليل، إصدار العملات الرقمية من منظور السياسة الشرعية، ص: 146. سماعي، التعليل بالثمنية وأثره في أحكام العملات الافتراضية، ص: 167. دواية، البتكوين رؤية اقتصادية وشرعية، المقال السابق. مصطفى، دور عملة البتكوين الرقمية في تمويل الجماعات والتنظيمات الإرهابية، ص: 21 وما بعدها.

(98) فتوى د. شوقي علام السابق الإشارة إليها. رافع، المخاطر المحتملة للاعتماد على النقود الإلكترونية.

وإذا ثبت إفشاء البتكوين للضرر ثبت تحريمه بقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».(99) وأناقش استدلالهم بأن التعامل بالبتكوين يشتمل على جملة من المنافع مع انتفاء الضرر أو إمكان تلافيه ويظهر ذلك فيما يلي:

- السيطرة النقدية على الأسواق العالمية لعملات دول غير إسلامية تجعلها تتحكم في الأسواق على نحو يضر في كثير من الأحيان باقتصاديات الدول الإسلامية، مما قد يجعل نقداً خارجاً عن سيطرة تلك الدول كالبتكوين وسيلة لرفع الضرر عن تلك الدول بكسر ذلك الاحتكار.
- الضرر الحاصل من تراجع عائدات الضرائب يرجع إلى عدم الاعتراف بالبتكوين، وهو ما فطنت إليه بعض الدول كألمانيا التي اعترفت بالبتكوين لتستطيع فرض ضرائب على التعامل به.
- الضرر الحاصل من إخلال البتكوين بمنظومة العمل التقليدية القائمة على الوساطة يرجع إلى عدم مواكبة تلك المنظومة للتطورات الحاصلة في مجال النقود الرقمية، بل إن البتكوين يحمي المتعاملين من استغلال مؤسسات الوساطة التي تحقق على حسابهم أرباحاً خيالية عن طريق رسوم التحويل والفارق بين سعري البيع والشراء، وذلك بإيجاد آلية منضبطة إلكترونياً لتداول الأموال عبر تقنية blockchain التي توفر موثوقية عالية بلا رسوم أو برسوم زهيدة، على نحو حداً بكثير من الحكومات والمؤسسات المالية إلى دراستها لاستخدامها في تأمين وتسريع معاملاتها.(100)

(99) أخرجه أحمد في مسنده، مسند أهل البيت رضوان الله عليهم أجمعين، ومن مسند بني هاشم، مسند ابن عباس، 5/2865. وأخرجه ابن ماجه في سننه عن عبادة بن الصامت بلفظ مقارب، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، 2/784(2340). وأخرجه الحاكم في مستدركه عن أبي سعيد الخدري، كتاب البيوع 2/66، (2345)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي.

(100) عبد المنعم، استخدامات تقنية البلوك تشين في المنطقة العربية من الهويات الرقمية إلى المدفوعات عبر الحدود، مدونة (2019)، منشورة على موقع بوابة الشمول المالي من أجل التنمية: <https://www.findevgateway.org/ar/blog/2019>. كما أطلقت إمارة دبي استراتيجية دبي للتعاملات الرقمية «البلوكتشين» لتحويل دبي إلى مدينة تدار بالكامل بواسطة منصة البلوك تشين بحلول عام 2020م. انظر مبادرة البلوكتشين على موقع دبي الذكية:

<https://www.smartdubai.ae/ar/initiatives/blockchain>

• الضرر المترتب على السرية وعدم إمكان التتبع في معاملات البتكوين من استخدامه في نشاطات غير مشروعة لا يترتب عليه القول بحرمة البتكوين في ذاته، وإنما حظره يكون من قبيل حظر الوسائل المفضية إلى الحرام حال استعمالها فيه مع جوازه في غير ذلك، كحفر الآبار في طريق المسلمين، فحفر الآبار مباح، لكنه يحرم إن كان في طريق المسلمين؛ لإفضائه إلى الضرر (101) فكذلك البتكوين مباح بالبراءة الأصلية، فإذا استخدم فيما فيه ضرر حرم، كما يمكن لولي الأمر حظر البتكوين إذا رأى أن الغالب هو استخدامه في حرام، أو ترتب على ذلك ضرر؛ وذلك إعمالاً لقاعدة سد الذرائع، أو لحقه في تقييد المباح الثابت بالبراءة الأصلية إذا رأى مصلحة عامة في ذلك. (102)

• الضرر الحاصل من فقد البتكوين نتيجة عمليات القرصنة راجع إلى تقصير المستخدمين في حماية بيانات الدخول على المحافظ الإلكترونية، وليس لخلل في منظومة البتكوين القائمة على تقنية blockchain التي لا توجد تقنية متاحة حالياً

(101) عرف المازري سد الذرائع بأنه: "منع ما يجوز لئلا يتطرق به إلى ما لا يجوز" شرح التلقين، 317/2. وقد اختلف الفقهاء في سد الذرائع فقال بها مالك وأحمد في بعض رواياته، وأنكرها أبو حنيفة والشافعي.

والحق أن الخلاف ليس في كل الذرائع، بل هي على ثلاثة أقسام كما ذكرها القرافي بقوله: "وأما الذرائع: فقد أجمعت الأمة على أنها على ثلاثة أقسام: أحدها: معتبر إجماعاً كحفر الآبار في طرق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ. وثانيها: ملغى إجماعاً كزراعة العنب، فإنه لا يمنع خشية الخمر، والشركة في سكنى الأدر خشية الزنا. وثالثها: مختلف فيه كبيع الأجال اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا. فحاصل القضية: أنا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا" الذخيرة، 147/1، 148. وقد رجح كثير من الشافعية والحنابلة رأي مالك وفي هذا يقول الزركشي مدلاً على أن الوسيلة المفضية غالباً إلى المحرم محرمة: "وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز المنع من سد الذرائع. قلنا: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا﴾ [سورة البقرة من الآية 104]، وقوله: ﴿وَأَسْأَلُهُمْ عَنِ الْقُرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ﴾ [سورة الأعراف من الآية 163]". الزركشي، البحر المحيط، 89/8. والأيتان على الترتيب: [البقرة من الآية رقم 104]، [الأعراف من الآية 163]. وانظر أيضاً: الفتوح، شرح الكوكب المنير، 596/1. ابن العربي، أحكام القرآن، 331/2. ابن قيم، إعلام الموقعين، 108/3 وما بعدها. شيبلي، سد الذرائع وأثره في الفروع الفقهية، 45 وما بعدها.

(102) يقصد بتقييد المباح أن يلزم الحاكم الناس بفعل أو ترك أحد المباحات، واشتراط العلماء لذلك أن يكون المباح مما جعل لولي الأمر حق التصرف فيه بسياسته واجتهاده، وأن يحقق التقييد مصلحة عامة، وألا يتعسف في استخدام حقه، وأن يقتصر التقييد على بعض أفراد المباح لا جنسه. انظر: الرومي، اجتهاد ولي الأمر في ضوء الواقع المعاصر، ص: 203 وما بعدها. الصالح، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، أبحاث مجلة اليرموك، عدد 1/2، (1997)، ص: 97 وما بعدها.

قادرة على اختراقها؛ لذا صارت محل ثقة كبيرة لدرجة أن كثيرا من الحكومات والمؤسسات المالية تدرس الاعتماد عليها، كما أن خطر الفقد يتواجد في كل وسائل الدفع الإلكترونية على شبكة الإنترنت من بطاقات ائتمان وغيرها، كما يتواجد كذلك في كافة عناصر الثروة التقليدية، ولم يقل أحد بحرمة التعامل بتلك القيم المالية بسبب تعرضها لخطر الاختراق أو الفقد أو السرقة، ويمكن لعدد من الممارسات الجيدة الآمنة توفير حماية فعالة لمحافظ البتكوين من عمليات الاختراق.(103)

الدليل الثالث – اشتغال التعامل بالبتكوين على الغرر:

ويظهر الغرر في البتكوين في الأمور التالية:

- الجهل بطبيعة البتكوين ومنشئه والمتحكم فيه وملاكه والمتعاملين به، مما يجعل حيازته والتعامل به مترددا بين أمرين أغلبهما أخوفهما، أو على الأقل مجهول العاقبة لا يدري على أي وجه يكون، وهو عين الغرر المنهي عنه.(104)

(103) ينصح خبراء البتكوين بالعديد من الإجراءات الاحترازية لحماية المحفظة الإلكترونية من عمليات الاختراق ومن ذلك الحذر في التعامل مع الخدمات المقدمة من خلال الإنترنت ووضع عدد قليل من البتكوين للاستخدام اليومي بينما يرحل العدد الأكبر لبيئة أكثر أمانا وعمل نسخة احتياطية للمحفظة بكاملها وتشفير النسخ الاحتياطية واستخدام العديد من الوسائط الآمنة لحفظ اسم المستخدم وكلمة المرور وغيرها واستخدام كلمات مرور قوية وعدم نسيانها واستخدام جهازين أحدهما لإنشاء المعاملة ويكون غير متصل بالإنترنت والثاني لإتمامها دون أن يملك انشائها ويكون متصلا بالإنترنت، واستخدام محفظة مميكنة خاصة بالبتكوين وتحديث البرامج بشكل دائم واعتماد التوقيعات المتعددة وغيرها من إجراءات الحماية انظر: <https://bitcoin.org/ar/secure-your-wallet>

(104) فتوى د. شوقي علام وفتوى ودار الإفتاء الفلسطينية وفتوى الهيئة العامة للشئون الإسلامية والأوقاف الإماراتية السابق الإشارة إليها. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الهرش، ص: 50. أبو الرشته، الحكم الشرعي في البتكوين، السابق الإشارة إليه. الحجازي، واقع النقود الإلكترونية الجديدة مثل البتكوين والحكم الشرعي المتعلق بها، ص: 12، 13. الشمري، التأصيل الفقهي للعملة الافتراضية، ص: 73، 78. وعرف الفقهاء الغرر بعدة تعريفات منها:

عرفه الحنفية بأنه: " ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا " الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط2. مصر: دار الكتاب الإسلامي، (د.ت)، 46/4. أو هو: " وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا " المَطْرَزِي، المغرب في ترتيب المعرب، ص: 338. وعرفه المالكية بأنه: " هو القابل للحصول وعدمه قبولا متقاربا، وإن كان معلوما، كالأبق إذا كانا يعرفانه، والمجهول: هو الذي لا تعلم صفته، وإن كان مقطوعا بحصوله، كالمعاقدة على ما في الكم، وقد يجتمعان كالأبق المجهول فلا نعتقد أن المجهول والغرر متساويان بل كل واحد منهما أعم وأخص من وجه " القرافي، الذخيرة، 141/4. وعرفه الشافعية بأنه: " ما تردد بين جوازين متضادين

• لا يحمل البتكوين قيمة في ذاته، ولا لأمر خارج عنه؛ لعدم وجود أصول له، أو ضمان من أي جهة، فتفترض له قيمة اسمية لا وجود لها، وفي الواقع لا يعطي صاحبه شيئاً سوى برمجة البتكوين(105)، وهذا أشد حرمة من بيع السمك في الماء والطيور في الهواء اللذين نهى عنهما للغرر الناتج عن احتمال عدم الحصول عليهما مع إمكانه، فكيف بالوهم الذي لا حقيقة له.(106)

• الفارق البين بين القيمة المدفوعة لشرائه وبين مصيره، فقد ارتفعت قيمة البتكوين من أقل من عشر السنت إلى ما يقارب 20 ألف دولار، ثم انخفض إلى تحت حد 4 آلاف دولار، ثم ارتفع مرة أخرى إلى ما يقارب 12 ألف دولار، وما زال سعره يشهد قفزات هائلة صعوداً وهبوطاً.(107)

وإذا اشتمل التعامل بالبتكوين على غرر مؤثر في المعقود عليه في عقد من عقود المعاوضة ثبت تحريمه باتفاق(108) بأدلة منها:

• ما روي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ». (109)

الأغلب منهما أخوفهما" الماوردي، الحاوي، 399/6. أو "ما خفي على الإنسان أمره، وانطوت عليه عاقبته" العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 80/5. وعرفه الحنابلة بأنه: "ما تردد بين سلامة المال وهلاكه" أبو يعلى، التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد، 9/3. أو "ما تردد بين الوجود والعدم" ابن مفلح، الفروع، 429/4. أو هو: "ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر" ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 23/4.

(105) فتوى د. شوقي علام وفتوى الهيئة العامة للشئون الإسلامية والأوقاف الإماراتية السابق الإشارة إليهما. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، ص: 28، 42.

(106) فتوى القحطاني السابق الإشارة إليها. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الدوشان، ص: 30.

(107) انظر فيما سبق تاريخ البتكوين. وأيضا بيانات تاريخية عن أسعار البتكوين عن موقع: <https://sa.investing.com/crypto/bitcoin/historical-data>

(108) انظر في الاتفاق على تحريم الغرر المؤثر في المعقود عليه في عقد من عقود المعاوضة: السرخسي، المبسوط، 10/13. مالك، 254/3. الشافعي، الأم، 305/7. ابن قدامة، المغني، 70/4، 151.

(109) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، 1153/2 (1513).

- ما رروي عن عبد الله ابن مسعود عنه رضي الله عنه قال: «لَا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِي الْمَاءِ، فَإِنَّهُ غَرَرٌ». (110)

وأناقش استدلالهم باشمال البتكوين على الغرر بالتالي:

- القول بأن جهالة مخترع البتكوين مفض إلى الغرر راجع إلى جهل بآلية عمل البتكوين؛ لأن Satoshi Nakamoto اخترع البتكوين فعلا، لكنه لا يملك ولا غيره التحكم في آلية عمله؛ حيث ينتمي البتكوين إلى مجموعة البرمجيات مفتوحة المصدر، فالآلية عمله منشورة ومعلنة للجميع، ويمكن لأي مطور برمجيات حول العالم أن يطلع عليها ويقوم بعمل إصدار معدل لها، لكن لا يمكنه فرض هذا التعديل في بروتوكول عمل البتكوين إلا إذا حصل عليه توافق جمعي من مستخدميها، وبهذا تكون السلطة المتحركة في عمل البتكوين ليست Nakamoto أو غيره، وإنما هي السلطة الجمعية للمستخدمين الذين يمكنهم وحدهم قبول أي تعديل أو رفضه، وبالتالي ينتفي الغرر والجهالة حول آلية عمل البتكوين، ولا تدخل جهالة شخص Satoshi Nakamoto في باب الغرر؛ لأن الجهل به لا يؤدي إلى الجهل بكيفية عمل البتكوين أو التحكم فيه، وهو وغالبا سيبقى مجهولا لكثير من مخترعي معظم الأشياء التي نستخدمها في حياتنا. (111)

- واعترض على ذلك بأن المنطق السليم يقرر أن المتحكم في البتكوين هو من اخترعه، والقول بعكس ذلك يحتاج إلى دليل. (112)
- وأرد على الاعتراض بأن الدليل قائم على أن من أنشأ البتكوين لا يتحكم فيه ويتمثل برأي خبراء المعلوماتية الذين يقررون أن برمجة البتكوين تنتمي إلى طائفة البرمجيات

(110) أخرجه أحمد في مسنده مرفوعا، مُسْنَدُ الْمُكْثَرِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ، مُسْنَدُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، 176/6 (3676). وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى مرفوعا وقال: هكذا روي مرفوعا وفيه إرسال بين المسيب وابن مسعود، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفا على عبد الله ورواه أيضا سفيان الثوري عن يزيد موقوفا على عبد الله أنه كره بيع السمك في الماء "جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب وغير ذلك، باب ما جاء في النهي عن بيع السمك في الماء، 555/5 (3676).

(111) <https://bitcoin.org/ar/faq> . وفي نفس المعنى: حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، أبو جيب، وأدم، ص: 60، 164.

(112) اليحيى، العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها الفقهية، ص: 245.

مفتوحة المصدر التي يتحكم فيها مجموع المستخدمين، دون أن يكون لمخترعها أي دخل في السيطرة عليها.

• أما جهالة المتعاقدين على البتكوين فلا يؤثر على العقد ما دامت شخصيته ليست محل اعتبار، كحال من يتبايعون في الأسواق أو على شبكة الإنترنت ولا يعرف بعضهم بعضاً.

• أسلم – واقعا - باشتمال التعامل الحالي بالبتكوين على الغرر؛ للفارق البين بين ما يدفع وبين ما يحصل، إلا أنني أرى أن ذلك لا يؤدي إلى تحريم البتكوين في ذاته؛ لكونه أمراً خارجاً عن حقيقته، وإنما بحظره وقتياً لحين زوال الغرر باستقرار سعره نسبياً.

الدليل الرابع - البتكوين يشبه النقود المغشوشة ونفاية بيت المال(113)، وتراب الصاغة(114)، وغير ذلك مما قرر الفقهاء حرمة تداوله بناء على عدم العلم به قدراً ومعياراً ومصرفاً.(115)

وأنقش هذا الدليل بالآتي:

• لا أسلم بجهالة قدره ومعياره؛ لأن قدره معنوي ومعروف للجميع، والتقلبات في السعر نتجت عن حداثة العملة وعدم نضجها والمضاربات المحرمة، وأما المعيار فهو

(113) نفاية بيت المال صنف من الدراهم المغشوشة والرديئة ويقصد بها ما نفي من الجياد من الدراهم وهو الرديء والزائف وهو المردود من الدراهم لغش فيه. ابن منظور، لسان العرب، مادة زوف، 142/9، 143. النسفي، طلبه الطلبة، ص: 116.

(114) اتفق الفقهاء على حرمة بيع تراب الصاغة بشيء من جنسه للربا واختلفوا في بيعه بغير جنسه على رأيين حكاهما ابن قدامة بقوله: "ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه؛ لأنه مال ربا ببيع بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما، فلم يصح، كبيع الصبرة بالصبرة، وإن بيع بغير جنسه فحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء، والشافعي، والشعبي، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق؛ لأنه مجهول، وقال ابن أبي موسى في الإرشاد: يجوز ذلك وهو قول مالك وروي ذلك عن الحسن، والنخعي، وربيعه، والليث، قالوا: فإن اختلط، أو أشكل فليبعه بعرض، ولا يبعه بعين ولا ورق؛ لأنه باعه بما لا ربا فيه فجاز، كما لو اشترى ثوباً بدينار ودرهم" ابن قدامة، المغني، 44/4. وانظر أيضاً: الكاساني، بدائع الصنائع، 196/5. ابن حسين، تهذيب الفروق مع الفروق للقرافي، 274/3. ابن رشد، بداية المجتهد، 176/3. النووي، المجموع، 46/6. (115) فتوى د. شوقي علام السابق الإشارة إليها.

ما يقدر به الشيء كالمكيال ونحوه(116)، ومعيار البتكوين معروف بالعد كالنقود الورقية.

- جهالة مصرف البتكوين في بعض الأحيان أمر خارج عنه، ومن الممكن حظره في بعض تلك الحالات من باب حظر الوسائل المفضية إلى المحرم عند استخدامها فيه، مع إباحة الوسيلة في حد ذاتها كما قررنا.
- لا أسلم بشبه البتكوين بالنقود المغشوشة ونحوها من تراب الصاغة ونفاية بيت المال؛ حيث لا يتصور في البتكوين – حسب طبيعته الرقمية – غش أو خديعة، كما كان يحصل للنقد المصنوع من الذهب والفضة عند خلطه بغيره من المعادن كالنحاس ونحوه؛ لأن البتكوين عبارة عن أكواد مخزنة على وسائط رقمية، يقوم على سلامة التعامل عليها تقنية blockchain التي تضمن سلامة المعاملة من الغش والخديعة، وعلى فرض شبهها بالنقد المغشوش فجمهور الفقهاء على إباحة التعامل به إذا خلت المعاملة من الربا والغش.(117)

(116) التفازاني، شرح التلويح على التوضيح، 410/1.

(117) يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وأصح الأوجه عند الشافعية وأظهر الروابيتين عند الحنابلة صحة التعامل بنفاية بيت المال وغيرها من النقد المغشوش في الجملة مع تفصيل في كل مذهب لشروط الجواز لضمان خلو المعاملة من الغش والربا. وقد أشار ابن قدامة للخلاف في التعامل بالنقد المغشوش بقوله: "وفي إنفاق المغشوش من النقود روايتان؛ أظهرهما، الجواز، نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية، عامتها نحاس إلا شيئاً فيها فضة، فقال: إذا كان شيئاً اصطالحوا عليه مثل الفلوس، اصطالحوا عليها، فأرجو ألا يكون بها بأس. والثانية التحريم، نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مش ونحاس يشتري بها ويباع، فلا يجوز أن يبتاع بها أحد. كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام. وقال أصحاب الشافعي: إن كان الغش مما لا قيمة له، جاز الشراء بها، وإن كان مما له قيمة، ففي جواز إنفاقها وجهان، واحتج من منع إنفاق المغشوشة بقول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا» (أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا»، 99/1(101)). وبأن عمر - رضي الله عنه - نهى عن بيع نفاية بيت المال. ولأن المقصود فيه مجهول، أشبه تراب الصاغة، والأولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه، واصطالح عليه، فإن المعاملة به جائزة، إذ ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما، فلا يمنع من بيعهما، كما لو كانا متميزين. ولأن هذا مستفيض في الأعصار، جار بينهما من غير تكير، وفي تحريمه مشقة وضرر، وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين، ولا تغريراً لهم، والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم، بخلاف تراب الصاغة. ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه، ويقع اللبس به، فإن ذلك يفضي إلى التغرير بالمسلمين... وعلى هذا يحمل منع عمر نفاية بيت المال؛ لما فيه من التغرير بالمسلمين، فإن مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة، واشترى بها ممن لا يعرف حالها، ولو كانت مما اصطالح على إنفاقه، لم يكن نفاية" المغني، 39/4، 40. وانظر أيضاً: الكاساني، بدائع

الدليل الخامس - اشتغال التعامل في البتكوين على القمار:

من الممكن نتيجة التقلب الحاد في أسعار البتكوين أن يحقق مالكة أرباحاً خيالية؛ كحال الذي باع في بداية عمل البتكوين فطيرة بيتزا بـ 10 آلاف بتكوين أصبحت تساوي أكثر من مائة مليون دولار، ومن الممكن أن يخسر غالب أو جميع ماله، كحال الذي اشترى البتكوين بسعر يقارب 20 ألف دولار في أواخر 2017م وفقد غالب أمواله عند نزول البتكوين تحت حد 4 آلاف دولار، مما يدخله في دائرة المقامرة المحرمة (118)؛ لأنه مخاطرة بالمال، وهي مقامرة، حيث يقول أبو بكر الجصاص: "ولا خلاف بين أهل العلم في تحريم القمار، وأن المخاطرة من القمار؛ قال ابن عباس: "إن المخاطرة قمار وإن أهل الجاهلية كانوا يخاطرون على المال، والزوجة، وقد كان ذلك مباحاً إلى أن ورد تحريمه"، وقد خاطر أبو بكر الصديق المشركين حين نزلت: ﴿الْمُغْلِبَتِ الرُّومُ﴾ [الروم، الآيتان 1، 2]. وقال له النبي ﷺ: «زد في الخطر وأبعد في الأجل» (119)، ثم حظر ذلك ونسخ بتحريم القمار (120).

وجاء في منتدى الاقتصاد الإسلامي نقلاً عن أحد أساتذة الاقتصاد: "مشتري البتكوين هو مشتر للخطر، وهذه هي خصيصة القمار الأساسية" (121).

الصنائع، 196/5. ابن رشد، البيان والتحصيل، 335/4 وما بعدها. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، 335/4، 336. الماوردي، الحاوي، 259/4 وما بعدها. النووي، المجموع، 496/5.

(118) فتوى د. شوقي علام وفتوى ودار الإفتاء الفلسطينية والهيئة العامة للشئون الإسلامية والأوقاف الإماراتية السابق الإشارة إليها. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الهرش، و السليم، ص: 80، 165. أحمد، منير ماهر، وآخرون، التوجيه الشرعي للتعامل بالعملة الافتراضية البتكوين نموذجاً، ص: 241. الشيخ، التأصيل الفقهي للعملة الرقمية، ص: 39. الشمري، التأصيل الفقهي للعملة الافتراضية، ص: 79. الجميلي، إصدار العملة الافتراضية بين ضوابط الشرع ومتطلبات العصر، ص: 97.

(119) حديث مخاطرة أبي بكر للمشركين أخرجه الترمذي عن ابن عباس بلفظ: "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِأَبِي بَكْرٍ فِي مُنَاجَاةٍ {الْمُغْلِبَتِ الرُّومُ} أَلَا احْتِطَّتْ يَا أَبَا بَكْرٍ، فَإِنَّ الْبَضْعَ مَا بَيْنَ الثَّلَاثِ إِلَى تِسْعٍ، وَلَيْسَ فِيهِ "زد في الخطر وأبعد في الأجل" وقال: حديث حسن غريب من حديث الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ. وأخرجه من طريق آخر بلفظ مقارب وقال: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ مِنْ حَدِيثِ نَيْلِ بْنِ مُكْرَمٍ، لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي الزَّنَادِ. كتاب أبواب تفسير القرآن، باب ومن سورة الروم، 195/5-197 (3191-3194).

(120) الجصاص، أحكام القرآن، 450/1.

(121) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، العطيان، ضياء الدين، ص: 198 نقلاً عن د. إبراهيم

وإذا ثبت تضمن التعامل على البتكوين المقامرة، فإنه يحرم بأدلة منها:

• قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجُسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة، الآية 90]، قال ابن عباس: الميسر القمار. (122)

• المقامرة نوع من أكل أموال الناس بالباطل، وهو منهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء من الآية 29].

• ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «... مَنْ قَالَ لِصَاحِبِهِ: تَعَالَ أَقَامِرَكَ، فَلْيَتَصَدَّقْ» (123)، ويبين ابن حجر وجه دلالة الخبر على حرمة المقامرة بقوله: "فإذا اقتضى مطلق القول طلب الكفارة والصدقة المنبئة عن عظيم ما وجبت أو سنت فما ظنك بالفعل والمباشرة؟". (124)

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

- التقلب في الأسعار لا ينافي جوهر الثمنية.
- المقامرة غير واردة حتى مع التقلب الحاد في القيمة؛ لأن ذلك موجود في سائر المعاملات الائتمانية المعاصرة ولم يسبغ عليها أحد وصف المقامرة. (125)
- وأعترض على هذا الوجه من المناقشة بأن التقلب الحاد في قيمة البتكوين لا يقارن بحال مع التقلب الذي يمكن توقعه غالبا في المعاملات المالية المعاصرة؛ حيث أصبح التقلب الحاد الذي لا يمكن توقعه من السمات المميزة لسوق البتكوين الحالي.

العمر.

(122) الجصاص، أحكام القرآن، 450/1.

(123) متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن، باب ﴿أَفَرَأَيْتُمُ اللَّاتَ وَالْعُزَّى﴾، (4860)141/6. وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب من حلف باللات والعزى، فليقل: لا إله إلا الله، 1267/3 (1647).

(124) ابن حجر الهيتمي، الزواج عن اقتراح الكائن، 328/2، 329.

(125) الشيخ، التأصيل الفقهي للعمليات الرقمية، ص: 15.

• أرى أنه مع التسليم بوجود مخاطرة تحمل معنى المقامرة فهي دليل على تحريم المضاربات التي تؤدي إلى رفع الأسعار وخفضها، وليس تحريم البتكوين ذاته؛ كما تحرم المقامرة، ولا تحرم عين الأموال المستخدمة فيها، وإلا لأدى ذلك إلى القول بحرمة أسهم الشركات المباحة التي تشهد تقلبات حادة في أسعارها في سوق الأوراق المالية نتيجة ما يتم عليها من مضاربات، إضافة إلى أن القول بتحريم البتكوين يؤدي إلى ضياع كثير من المنافع المباحة لمستخدميه، والتي يمكن الاحتفاظ بها مع تلافي الإضرار عند القول بتحريم المضاربات المؤدية إلى التقلبات الحادة في الأسعار، وحظر التعامل بالبتكوين وقتياً إلى حين استقرار أسعاره، لذا فمن المهم عدم الخلط بين سوء استخدام البتكوين، وبين البتكوين ذاته، وأهميته في إحداث نقلة نوعية في عالم النقود والنظرية النقدية. (126)

واعترض على هذا الوجه بأن فصل الحكم الشرعي للبتكوين عن المضاربة فيه غير ممكن؛ لأن من خصائص البتكوين خروجه عن سيطرة أو رقابة أي جهة مركزية، وبالتالي فإن المضاربات هي التي ستتحكم في سعره، مما يجعلها مرتبطة به ارتباطاً لا يقبل الانفصال، فإن حكمنا على المضاربة بالحرمة فلا بد من سحب الحكم على البتكوين ذاته. (127)

وأرد على الاعتراض بأنه مع استقرار سوق البتكوين بنضوجه وتحديد بسقف إصدار معين يمكن فصل المضاربات المحرمة المؤدية لضياع أموال الناس عن التعامل المباح بالبتكوين.

الدليل السادس – يعد البتكوين خلقاً للنقود من لا شيء، فهو وهم بلا أصل محسوس، ولا مادة يستخرج منها (128)، وهو أشد في الحرمة من النقود الورقية بعد فك ارتباطها بالذهب وهو ما تحرّمه الشريعة بالأدلة التالية (129):

(126) نفس المعنى: حوار منضبط ومحدود حول البتكوين: نوري، محمد، ص: 25، إعجاز، ص: 33، 34.

(127) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الشاطر، ص: 108.

(128) فتوى د. شوقي علام السابق الإشارة إليها. الشمري، التأصيل الفقهي للعملة الافتراضية، ص: 79. سماعي، التعليل بالثمنية وأثره في أحكام العملة الافتراضية، ص: 165.

(129) انظر في الأدلة: الحداد، حكم التعامل بالعملة الإلكترونية المشفرة: (البتكوين) وأخواتها.

• أن الخلق لله وحده القادر على إيجاد شيء من لا شيء، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ﴾ (130) فالذهب والفضة أثمان بالخلقة بخلق الله عز وجل، فيكون إيجاد نقد من لا شيء افتياتاً على حق الله تعالى.

• ما روي عن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» (131) حيث اشترط التقابض في مبادلة أحد النقيدين بالآخر، منعا لخلق نقد جديد عن طريق تداول سندات ملكية الذهب والفضة إلى جوار الأصل فينشأ بذلك نقد وهمي من العدم.

• المصلحة تقتضي منع خلق النقد الذي أوجد أكبر مشكلة يعاني منها الاقتصاد العالمي، وهي مشكلة التضخم الناتج عن زيادة المعروض من النقد عن مقدار السلع مما يؤدي إلى نقص القيمة. (132)

ورغم أن النقد الورقي محرم كذلك باعتباره خلقاً للنقد من لا شيء، إلا أنه يباح للضرورة المفضية إلى إباحة المحرم باعتباره أصبح ضرورة للمعاملات المالية مفروضة من قبل القوى الكبرى المسيطرة على النقد والاقتصاد العالمي، وهذه الضرورة لا تتوافر في البتكوين حيث يمكن الاستغناء عنه بلا مشقة ظاهرة، فيكون محرماً باعتباره إيجاداً للمال من لا شيء، حيث لا يستند إلى أي أصول حقيقية، أو حتى ضمان من أي جهة.

ونوقش هذا الاستدلال بالتالي:

• المالية لا يشترط لها الوجود الحسي ويشهد لذلك واقع النقد الرقمي، واعتبار المنافع من جملة الأموال. (133)

(130) سورة الأعراف، من الآية رقم: 54.

(131) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع - باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، 3/1211 (1587).

(132) يعرف التضخم بأنه: ارتفاع أسعار السلع أو الخدمات بسبب قلّة العرض وكثرة الطلب أو هو: الزيادة المفرطة في النقد المتداول التي تؤدي إلى ارتفاع الأسعار وانخفاض القيمة الشرائية للعملة الورقية. عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة ضخّم، 1351/2.

(133) الشيخ، التأصيل الفقهي للعملات الرقمية، ص: 36.

• كما سبق أن رجحت أن البتكوين وغيره من النقد الرقمي له وجود مادي محسوس يتوافق مع طبيعته الخاصة، ويمكن إدراكه وقياسه بمقاييس خاصة بالحاسب (134)، ولا يعني عدم القدرة على رؤية الشيء أو إدراكه بالحواس عدم وجوده، وإلا أنكرنا وجود كثير من السمعيات.

• القول بأن البتكوين لا يحمل قيمة في ذاته فشأنه شأن النقد الورقي الذي تنتجه الدول من لا شيء ولا تضمن في حالة انهيار الأسعار الفارق بين القيمتين، بل إن البتكوين وفق آلية التنقيب التي بذل فيها المنقبون جهودا في تدقيق وتوثيق وتسجيل المعاملات التي تتم به مثل قيمة مالية أنتجت ثمنا ذا موثوقية عالية وإقبال متزايد. (135) واعتراض على ذلك بأن جهود المنقبين تنتج ثمنا بمواصفات أمنية عالية يحمل قيمة تبادلية وليست قيمة ذاتية. (136)

وأجيب على الاعتراض بأن المواصفات الأمنية العالية التي نتجت عن أعمال المنقبين أعطت البتكوين قيمة ذاتية تمثلت في ثقة الناس به وتزايد إقبالهم عليه، وحتى لو أعطته قيمه تبادلية فقط، فإن ذلك ينتج نقدا أشبه بالنقود الورقية التي جرى العرف على اعتبارها نقدا.

• القول بحرمة إصدار البتكوين لكونه يمثل إنشاء للنقد من لا شيء يناقش بما سبق أن ذكرناه من عزم عمر عليه السلام إنشاء النقد من جلود الإبل ولم يمنعه من ذلك كونها لا تحمل قيمة في ذاتها، إنما منعه ما أخبروه به من احتمال هلاك الإبل. (137)

كما إنه إن جازت النقود الورقية من باب الضرورة فإن إجازة النقد الرقمي أولى؛ باعتباره وسيلة لكسر سيطرة القوى الكبرى غير الإسلامية على الاقتصاد العالمي والتحكم فيه وتخليقه من لا شيء؛ لأنه أوجد نقدا بديلا يحمل قيمة في تخليقه من عملية التنقيب تتمثل فيما يقوم به المنقبون من عمل لصالح موثوقية نظام البتكوين.

(134) انظر فيما سبق

(135) في نفس المعنى: حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، نوري، وأبو جيب، ص: 23، 38.

(136) حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، مشعل، 42

(137) انظر فيما سبق

إضافة إلى أن النقد الرقمي يحمل ضمانا تقنيا يقي من التضخم والانهيئات الاقتصادية يتمثل في الضوابط الصارمة للإصدار، وحده المحدد بـ 21 مليون وحدة بتكوين خلال فترة زمنية متوقعة.

الدليل السابع - القول بالتحريم يعد أخذا بالأحوط لاشتغال البتكوين على أمور مشتبهة تتنافى مع التعاملات الشرعية.(138)

وأناقش هذا الدليل بأن المشتبهات كما عرفها ابن بطال هي: "كل ما تنازعته الأدلة من الكتاب والسنة وتجاوزته المعاني، فوجه منه يعضده دليل الحرام، ووجه منه يعضده دليل الحلال، فهذا الذي قال فيه عليه السلام: «وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَةٌ»، وقال فيه: «من ترك الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه»(139)، فالإمسك عنه ورع"(140)، ومثل هذا لا يدخل فيه البتكوين الذي لم يرد فيه دليل بالمنع أو بالإباحة، فيبقى على الأصل في المعاملات وهو الإباحة كما يقرره القائلون بإباحته.

أدلة الرأي الثاني:

استدل القائلون بمشروعية البتكوين بالآتي: (141)

(138) بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي بشأن مشروعية البتكوين، ص: 25.
(139) متفق عليه من حديث النعمان بن بشير قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الْحَلَالُ بَيْنَ، وَالْحَرَامِ بَيْنَ، وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ انْتَقَى الْمُشْتَبِهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ: كَرَّاعٍ بَرَعَ حَوْلَ الْجَمَى، يُوشِكُ أَنْ يُوَاقِعَهُ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ جَمَى، أَلَا إِنَّ جَمَى اللَّهِ فِي أَرْضِهِ مَحَارِمُهُ، أَلَا وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتِ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ الْقُلْبُ» أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لعرضه ودينه، 52/1(20)، واللفظ له. وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، 1219/3(1599).

(140) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 193/6.
(141) لم أقف لغالب من قال بالإباحة على أدلة عليها - اللهم إلا فيما ورد موجزا في بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي حول مشروعية البتكوين - حيث قرروا مباشرة جواز التعامل بالبتكوين وجريان الربا فيه واشتراط التقابض في بيعه بغيره من النقد، ولعلمهم استصحابوا الأصل في المعاملات وعدم وجود دليل على الحرمة وهو ما ظهر في الأدلة التي أوردها لهم منتدى الاقتصاد الإسلامي. انظر: حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، مشعل، ص: 43. بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي حول مشروعية البتكوين، ص: 23.

الدليل الأول - البتكوين نقد مستحدث لم يرد دليل بتحريمه، فيبقى على الأصل في

المعاملات وهو الإباحة.(142)

ونوقش هذا الدليل بالتسليم بالقاعدة في حال لم يكن هناك محذور شرعي، أما وقد

وجد، وهو الغرر الفاحش والجهالة التي لا يمكن أن تقرها الشريعة الإسلامية، فإننا

ملزمون بالتحريم.(143)

(142) الأصل في المعاملات الإباحة هو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من الحنفية كالكرخي والجصاص الذي أورد الأدلة القليلة على ذلك بقوله: " وجميع ما قدمناه إنما هو كلام في حكم هذه الأشياء في العقل قبل مجيء السمع، ثم جاء السمع بتأكيد ما كان في العقل بإباحته، وهو: قوله تعالى ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ﴾ (سورة الجاثية من الآية 13) وقال: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا﴾ (سورة الأعراف من الآية رقم 31)، وقال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ (سورة الأعراف من الآية رقم 32) إلى آخر الآيات في أي آخر يقتضي إباحة هذه الأشياء من جهة السنة: حديث أبي ثعلبة الخشني عن النبي عليه السلام «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدودا فلا تعتدوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان لها رحمة لكم فلا تبحثوا عنها» (أخرجه البيهقي في سننه الكبرى موقوفا على أبي ثعلبة رضي الله عنه، جماع أبواب ما لا يحل أكله وما يجوز للمضطر من الميتة وغير ذلك، باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب، 21/10 (19725). وأخرجه الطبراني في الكبير مرفوعا، 221/22 (589). وجاء في مجمع الزوائد: "رجاله رجال الصحيح" الهيثمي، مجمع الزوائد، 1/171 (1711) وحديث الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه عن النبي عليه السلام أنه قال: «إِنَّ أَكْثَرَ الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا، مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَحَرَّمَ عَلَيْهِمْ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ» (أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، أو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع، ونحو ذلك، 1/1831 (2358)) فأخبر: أنه لم يكن حراما فوجب أن يكون مباحا في الأصل) ... وعن سلمان قال: "سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ السَّمْنِ وَالْجَبْنِ وَالْفَرَاءِ، قَالَ: «الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْهُ»" (أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن، 4/459 (3367). والترمذي في سننه، أبواب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، 2/272 (1726)، وقال: وهذا حديث غريب، لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه وروى سفيان، وغيره، عن سليمان التيمي، عن أبي عثمان، عن سلمان قوله وكان الحديث الموقوف أصح وسألت البخاري عن هذا الحديث، فقال: ما أراه محفوظا، روى سفيان، عن سليمان التيمي، عن أبي عثمان، عن سلمان موقوفا، قال البخاري: وسيف بن هارون مقارب الحديث، وسيف بن محمد عن عاصم ذاهب الحديث) "انظر الجصاص، الفصول في الأصول، 3/252، 253. والخلاف في مسألة الأصل في الأشياء مبسوط في كتب أصول الفقه وقواعده ينظر في ذلك: ابن نجيم، الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر للحموي، 1/223 وما بعدها. ابن أمير حاج، التقرير والتحبير 2/101. الرازي، المحصول، 6/97. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: 60. الزركشي، البحر المحيط 8/8 وما بعدها. ابن قدامة، روضة الناظر، 1/134 وما بعدها.

(143) الشيخ، التأصيل الفقهي للعمليات الرقمية، ص: 37. اليحيى، العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها الفقهية، ص: 246.

واعترض على المناقشة بأن المحاذير الشرعية نوقشت وتم الرد عليها في أدلة الرأي الأول وإن سلمنا ببعضها فلا يترتب عليها إلا حرمة بعض المعاملات الواردة على البتكوين أو حظرها مع بقاء البتكوين نفسه على أصل الإباحة.

الدليل الثاني – البتكوين نقد يمثل مالا متقوما شرعا بحكم ما آل إليه في الواقع من كونه صار وسيلة للتوصل به إلى غيره من السلع والخدمات وأصناف النقد الأخرى.

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

• لو سلمنا بثبوت قيمته اصطلاحا من حيث الظاهر، لا نستطيع التسليم بذلك من حيث الواقع والحقيقة؛ لأن الناس الذين تعاملوا بالبتكوين مغرر بهم، ولم يتفطنوا إلى خطورة جهالة المصدر، وإمكانية التحكم بإنتاج هذه العملة، وهذا سبب كاف في نزع صفة المالية والنقدية الاصطلاحية عنها.

• لو سلمنا بأنه مال متقوم شرعا، يبقى عندنا جهالة المصدر التي تجعل التعامل معه غير جائز؛ لما يترتب عليها من غرر ومخاطر.(144)

وأعترض على المناقشة بأن جهالة المصدر أو المنشئ لا أثر لها في صحة المعاملة؛ لأنه لا يتحكم في البتكوين - كما سبق القول - وشأن البتكوين في ذلك شأن كثير من الاختراعات التي يستخدمها الناس اليوم ويتعاملون عليها، دون أن يؤثر جهل مخترعها على صحة التعامل بها.

الدليل الثالث – يقوم البتكوين – في الجملة - بوظائف النقود من كونه وسيطا للتبادل، ومعيارا للثروة، ومخزنا للقيمة، ولا يوجد حد شرعي أو اقتصادي يمنع اعتباره كذلك. ونوقش هذا الدليل بأن البتكوين يؤدي وظائف النقود أو العملات، لكن جهالة المصدر، وإصراره على عدم الإعلان عن نفسه، وتعدّيه على مهام ولي الأمر ممثلا البنك المركزي في الدولة يجعل التعامل بالبتكوين حراما، ولو كان يؤدي وظائف النقود.(145)

(144) المرجعين السابقين بذات الموضوع.

(145) المرجعين السابقين بذات الموضوع.

وأعترض على هذا الدليل بمثل ما اعترضت به على الدليل السابق.

دليل الرأي الثالث: الترجيح

بعد عرض آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات يظهر لي أنه لا يوجد في أصل البتكوين ونشأته وآلية إصداره وتقنيته ما يخرج به عن الأصل في المعاملات وهو الإباحة وذلك للآتي:

• لا يوجد ما يمنع شرعا من إصدار نقد مباح من الأفراد كما يحصل في البتكوين؛ لأن ما قرره الفقهاء من حصر إصدار النقد بولي الأمر ليس لدليل توقيفي وإنما لمصلحة زالت بتغير النقد وتغير حال المسلمين.

• الضرر الحاصل من البتكوين يمكن اجتنابه في غالبه، مع الاحتفاظ بالمنافع الناتجة عن التعامل به

• لا يترتب على الجهل بمخترع البتكوين غرر؛ لأنه لا يتحكم بخوارزمية عمل البتكوين وبالتالي لا يؤثر فيها، كما لا يترتب على الجهل بأطراف المعاملة غرر لعدم تأثير ذلك؛ بقيام تقنية البلوك تشين بالتأكد من سلامة المعاملة خاصة أن شخصية أفرادها ليست محل اعتبار في التعاقد.

• لا يحرم شرعا إصدار نقد لا يحمل قيمة في ذاته طالما رضىه الناس وسيلة للتبادل وأعطوه قيمة مالية قياسا على الجلود التي اعتزم عمر رضي الله عنه اتخاذها نقداً، والنقود الورقية التي اعتبرها الفقهاء المعاصرون نقداً رغم عدم حملها قيمة ذاتية.

ومع كون البتكوين في ذاته باقيا على أصل الإباحة إلا أن واقع التعامل المعاصر به حاليا يحمل محذورين شرعيين خارجين عن أصله وماهيته:

الأول – التذبذب الحاد في سعره نتيجة حداثة سوقه واستغلال ذلك للمضاربة عليه طمعا في الربح على نحو يحمل معنى الغرر للجهل بما ستصير إليه قيمته، والمقامرة للمخاطرة بالمال فيما هو للفقد أقرب؛ لذا أرجح حظر التعامل به وقتيا حتى يستقر سوقه

استقراراً نسبياً يسمح بتوقع سعره عادة، وهو ما يمكن أن يحصل بنضج سوقه وما يحمله من ضوابط الإصدار بالتدريجي وحده الأقصى.

الثاني – الضرر الحاصل من استخدامه في نشاطات غير مشروعة استغلالاً لما يحمله من خاصية السرية وعدم إمكان تتبع ما يتم به من معاملات؛ لذا أرى أنه يحق للحاكم عند العجز عن مراقبة النشاطات غير المشروعة حظر استخدام البتكوين في تلك الحالات من باب سد الذرائع بحظر الوسائل المفضية إلى الحرام حال استخدامها فيه مع بقاء الوسيلة على أصل الإباحة.

لما سبق فإنني أرى إباحة البتكوين بأصله، مع حظره وقتياً حتى يستقر سوقه فيزول عن التعامل به وصفاً للغرر والمقامرة، مع حق ولي الأمر في حظره عند استخدامه في أنشطة محرمة أو غير قانونية.

المبحث الثالث: التكيف الشرعي للتنقيب عن البتكوين وحكمه

المطلب الأول: التكيف الشرعي للتنقيب عن البتكوين

يتم إصدار البتكوين من خلال عملية التنقيب أو التعدين bitcoin-mining والتي تشبه التنقيب عن المعادن وإن اختلفت عنها في الأدوات، حيث يتم التنقيب عن البتكوين عن طريق تشغيل برنامج معين على أجهزة حاسب متطورة متصلة بالإنترنت تقوم بعمليات حسابية معقدة بهدف تدقيق وتوثيق وتسجيل العمليات التي تتم بين محافظ البتكوين في سجل Blockchain؛ وذلك بهدف التأكد من سلامتها منعا للتحايل والغش والإنفاق المزدوج Double Spend (146)، ووفقاً لخوارزمية البتكوين يستطيع

(146) يتم التنقيب تقنياً عن طريق استخدام طاقات تلك الحاسبات في البحث عن "الهش" الصحيح المميز للمعاملة كشرط لإتمامها وتسجيلها، حيث يقوم ملايين المنقبين حول العالم بإجراء مجموعة من العمليات الحسابية المعقدة عبر أجهزةهم بغرض الحصول على "الهش الصحيح" الذي يربط هذه المعاملة بالمعاملة السابقة لها داخل السلسلة ويميزها عن غيرها من المعاملات الأخرى، وتعتبر هذه هي الوظيفة الرئيسية لعملية التعدين، وهي التأكد من أن المعاملة الجديدة أخذت نفس المدة الزمنية، التي أخذتها المعاملات السابقة لها داخل السلسلة بما يضمن عدم حدوث تلاعب أو غش، وبمجرد الحصول على الهش الصحيح يتم إتمام المعاملة والسماح لها بالدخول في السلسلة ويتم ضمها إلى غيرها من العمليات داخل الكتل مكونة في النهاية سلسلة الكتلة وهو ما يجعل عملية اختراق النظام أو التلاعب به أمراً صعباً للغاية ويتم إتمام المعاملة بعد التأكد من صحتها وإدراجها في سجل

أي شخص القيام بالتنقيب إذا توافرت لديه البرامج والأجهزة المخصصة لذلك؛ لذا يقوم العديد من المنقبين بالتنقيب في نفس الوقت، والمنقب الأسبق في حل المعادلات المشفرة اللازمة لتدقيق وتوثيق وتسجيل المعاملة يحصل وحده على عدد محدد من نقد البتكوين المولد حديثاً وفق آلية الإصدار، كما يحصل المنقب أيضاً على الرسوم التي يدفعها بعض المتعاملين للحصول على أولوية تنفيذ بهدف تسريع تسجيل معاملتهم.(147)

وبالنظر إلى طبيعة إصدار البتكوين عن طريق التنقيب فيمكن القول بأن المنقبين يمارسون عملهم بناء على ما تسمح به آلية عمل البتكوين من إمكانية قيام أي شخص بالتنقيب، مما يمكن معه اعتبار سماح منظومة البتكوين لأي شخص بالقيام بالتنقيب بمثابة إيجاب موجه من منظومة البتكوين لكل من يرغب في التعدين للقيام به بواسطة الأجهزة والبرامج المعدة لذلك، على أن يحصل من يتم العمل منهم فقط على أجرة تتمثل في حصوله على عدد محدد من البتكوين، وهي بهذا تبدو أقرب لعقد الجعالة(148) وفقاً لما عرفه به الفقهاء ومن ذلك:

تعريف الحنفية لها بأنها "التزام التصرف المطلق في عمل، معلوماً كان أو مجهولاً، لشخص، معيناً كان أو غير معين".(149)

أما المالكية فعرفوها بأنها: "عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشيء عن محله به لا يجب إلا بتمامه".(150)

Blockchain. انظر: خليفة، إيهاب، البلوك تشين الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، ص: 3.

(147) انظر: <https://bitcoin.org/ar/faq#mining>.

خليفة، <https://bitcoinnewsarabia.com/what-is-bitcoin-mining-part-1/>.

إيهاب، البلوك تشين الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، ص: 3. شريف خورشيد، ما هو تعدين البتكوين، منشور على قناة fx.borssa على يوتيوب. حوار منضبط ومحدود حول البتكوين، الهرش، والطرابلسي، أحمد، ص: 47، 50، 51.

(148) سبقني في الإشارة إلى تكيف العقد بأنه جعالة: د. العقيل، ص: 41.

(149) حيدر، درر الحكام، 503/1.

(150) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص: 402. وانظر أيضاً: ابن رشد، بداية المجتهد، 20/4.

ابن رشد، المقدمات الممهدة، 175/2.

وعرفها الشافعية بأنها: "التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول" (151)

أما تعريف الحنابلة فهو: "أن يجعل زيد شيئا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما، أو مجهولا مدة مجهولة" (152)

ومما يؤخذ على التعريفات السابقة إغفال بعضها ذكر ضرورة العلم بأجر العامل؛ كما في تعريف الحنفية والمالكية؛ مع كونه شرطا لصحتها، كما أغفل البعض الآخر ذكر إمكان حصولها مع جهالة قدر العمل؛ كما في تعريف المالكية، أو مع جهالة العامل كما في تعريفات المالكية والشافعية والحنابلة؛ رغم كون ذلك من أهم ما يميز الجعالة عن الإجارة، واستقل تعريف المالكية بإبراز عدم استحقاق العامل للجعل إلا بتمام العمل. لذا أعرف الجعالة بأنها: التزام عوض معلوم لمعلوم أو مجهول على عمل قد يعسر ضبطه لا يستحق الأجر إلا بتمام العمل الذي لا منفعة للجاعل فيه إلا بتمامه. ويبدو هذا التعريف أقرب لحقيقة الجعالة لدى الفقهاء، كما أنه ينطبق على التنقيب عن البنكويين من وجوه هي:

• أنه إجارة على عمل قد يعسر ضبطه؛ حيث لا يمكن تقدير كمية الجهد المطلوب لإنجاز التدقيق والتوثيق، وهذا يتوافق مع عقد الجعالة التي تصح عند من يجيزها بالعمل المجهول، وذلك للحاجة؛ لأن الجهالة إذا احتملت في المضاربة توصلنا إلى الربح من غير اضطرار إليها فاحتمالها في الجعالة أولى. (153)

جاء في الذخيرة: "وفي الجواهر: هو كل عمل يجوز الاستئجار عليه، لكن لا يشترط كونه معلوما تحصيل مصلحة العقد". (154)

(151) زكريا الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، 344/3، 345.

(152) المرداوي، الإنصاف، 389/6

(153) الرملي الكبير، حاشية الرملي، 440/2.

(154) القرافي، الذخيرة، 151/5. الماوردي، الحاوي 464/9. وانظر أيضا: المرداوي، الإنصاف، 389/6.

• أن المنقب المتعاقد مع منظومة البتكوين غير معين، فيمكن لكل من يملك حاسبا بمواصفات محددة القيام بعملية التنقيب، حيث لا تحدد منظومة البتكوين شخصا معيناً للقيام بالتنقيب؛ لأن التنافسية هي المعول عليها لسرعة التدقيق والتسجيل، وهذا يتوافق مع عقد الجعالة التي تصح مع كون المجعول له مجهولا.

جاء في حاشية الرملي: "وكذا تغتفر جهالة العامل وتعدده؛ لأن المعين والواحد قد لا يتمكن من تحصيل المقصود، والمتمكن منه قد لا يكون حاضرا، أو لا يعرفه المالك، فإذا أطلق وشاع بلغ المتمكن منه فيحصل الغرض". (155)

• أن المتعاقد مع منظومة البتكوين لا يصدر منه قبول لفظي، وإنما يكفي قيامه بالتنقيب فعلا، وهذا يتوافق مع عقد الجعالة عند من يقول بصحته، حيث لا يشترط في صيغة العقد قبول العامل للعمل لفظا، وإنما يكفي قيامه بالعمل.

جاء في أسنى المطالب: "(ولا يشترط القبول) لفظا لما فيه من التضييق في محل الحاجة". (156)

• لا يستحق الأجر من المنقبين إلا الأسبق في إتمام عملية التدقيق والتسجيل دون غيره؛ حيث لا فائدة من التنقيب إلا بإتمام عملية التدقيق والتسجيل التي يقوم بها أحد المنقبين دون البقية، وهو ما يتوافق مع ما صرح به المالكية من أن العامل إذا أتم العمل - الذي لا منفعة للجاعل إلا بتمامه - كان له الجعل، وإن لم يتمه فلا شيء له. (157)

جاء في الذخيرة: "ويشترط ألا تحصل للجاعل منفعة إلا بتمام العمل". (158)

• أنه يشترط في الأجر أن يكون معلوما، وهو يتوافق مع كون أجر المنقب معلوما بعدد محدود من البتكوين معلن عنه من قبل منظومة البتكوين.

(155) المرادوي، حاشية الرملي، 440/2. وانظر أيضا: الماوردي، الحاوي، 465/9. القرافي، الذخيرة، 149/5، 150. المرادوي، الإنصاف، 389/6.
(156) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 439/2.
(157) ابن رشد، المقدمات الممهدات، 175/2.
(158) القرافي، 151/5. وانظر أيضا: ابن قدامة، المغني، 95/6.

جاء في المعني: "والجعالة تساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعرض." (159)

وبهذا يثبت كون التنقيب عن البتكوين من قبيل عقد الجعالة العاقدان فيه هما الجاعل المتمثل في منظومة البتكوين والتي تمثل وفق آلية عمله كل مستخدمي البتكوين، والمجول له وهو غير معين ويتمثل في كل الراغبين في القيام بعملية التنقيب ممن يملكون الأجهزة والبرامج اللازمة، كما يظهر المعقود عليه في كل من العمل على تحقيق نتيجة بإتمام عملية تدقيق وتسجيل تعاملات البتكوين في سجل Blockchain بالوصول إلى الشفرة اللازمة، والجعل وهو العدد المعلوم والمعلن عنه من البتكوين الذي يستحقه الأسبق في القيام بعملية التنقيب.

المطلب الثاني: حكم الجعالة في التنقيب عن البتكوين

اختلف الفقهاء في حكم عقد الجعالة على رأيين:

الأول – جواز الجعالة، ومن ثم جوازها في التنقيب عن البتكوين، وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة. (160)

الثاني – عدم جواز الجعالة، ومن ثم عدم جوازها في التنقيب عن البتكوين، وهو رأي الحنفية في غير رد الأبق والظاهرية. (161)

الأدلة

أدلة الرأي الأول:

استدل الجمهور على صحة الجعالة بالكتاب والسنة والمعقول:

فمن الكتاب قوله تعالى ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف، من الآية

[72]

(159) ابن قدامة، 96/6. وأيضا: القرافي، الذخيرة، 155/5. زكريا الأنصاري، شرح منهج الطلاب، 621/3

(160) ابن رشد، المقدمات الممهدة، 175/2. القرافي، الذخيرة، 149/5. العمراني، البيان، 407/7. الماوردي، الحاوي، 232/18. البهوتي، كشف القناع، 202/4.

(161) السرخسي، المبسوط، 18/11. الكاساني، بدائع الصنائع، 204-203/6. ابن حزم، المحلى بالآثار، 33/7.

ووجه الدلالة أنهم جعلوا حمل بغير من الطعام جعلاً لمن يأتي بصواع الملك فدل على مشروعية الجعالة؛ لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد من شرعنا ما ينسخه (162)، ولم يقع ما ينسخ جوازها بل وقع ما يؤكد لها. (163)

ونوقش الاستدلال بأن الآية لا تدل على جواز الجعالة؛ لأن حمل البعير أجر مجهول، والمخالف يشترط لإجازة الجعالة أن يكون الأجر معلوماً، قال ابن حزم: "فإن المحتجين بهذه الآية أول مخالف لها؛ لأنهم لا يلزمون من قال: لمن جاءني بكذا حمل بغير الوفاء بما قال، لأن هذا الحمل لا يدري مم هو؟ أمن اللؤلؤ، أو من ذهب، أو من رماد، أو من تراب؟ ولا أي البعران هو؟ ومن البعران الضعيف الذي لا يستقل بعشرين صاعاً، ومنهم القوي والصحيح الذي يستقل بثلاثمائة صاع". (164)

واعترض على المناقشة بأن حمل البعير كان عندهم معلوماً وليس مجهولاً وفي ذلك يقول الماوردي: "حمل البعير كان عندهم عبارة عن قدر معلوم كالوسق، كان موضوعاً لحمل الناقة، ثم صار مستعملاً في قدر معلوم" (165)، وبهذا تكون الآية دالة على جواز الجعالة بأجر معلوم.

واستدلوا من السنة بعدة أدلة منها:

1- ما روي عن أبي قتادة عن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ» (166)

2 - عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ فَعَلَ كَذَا وَكَذَا أَوْ أَتَى مَكَانَ كَذَا وَكَذَا فَلَهُ كَذَا وَكَذَا» (167)

(162) البيضاوي، تفسير البيضاوي، 171/3. ابن كثير، تفسير ابن كثير، 401/4.

(163) ابن عرفة، تفسير ابن عرفة برواية الأبي، 398/2، 399.

(164) ابن حزم، المحلى، 35/7.

(165) الماوردي، الحاوي، 106/8.

(166) أخرجه الترمذي في سننه عن أبي قتادة وعوف بن مالك وخالد بن الوليد وسمرة، أبواب السير، باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً فله سلبه، 183/3، 184 (1562)، وقال: حديث حسن صحيح.

(167) أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب التفسير، تفسير سورة الأنفال، 356/2 (3260)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وصححه الذهبي.

والخبران يدلان على مشروعية الجعالة ولو مع عوض مجهول إن كان في مال الكفار، فإن كان في مال المسلمين اشترط معلومية العوض.(168)

يقول ابن قدامة: "ويجوز أن يجعل الجعل من مال المسلمين، ومما يؤخذ من المشركين، فإن جعله من مال المسلمين لم يجز إلا معلوما مقدرا؛ كالجعل في المسابقة، ورد الضالة، وإن كان من الكفار، جاز مجهولا؛ لأن النبي ﷺ جعل الثلث والرابع، وسلب المقتول، وهو مجهول؛ ولأنه لا ضرر فيه على المسلمين، فجاز مع الجهالة، كسلب القتل".(169)

3 - مساقاته عليه السلام أهل خيبر فقد أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر، «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع»(170)
ووجه الدلالة أن المساقاة كالجعالة؛ لأنه يعمل إن كمل أخذ، وإن عجز سلم الثمرة، ولا يكون له في العمل شيء.(171)

4 - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: "انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتهم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم، فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم شيء؟ فقال بعضهم: نعم، والله إنني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا برقي لكم حتى تجعلوا لنا جعلا، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفيل عليه، ويقرأ: الحمد لله رب العالمين فكانت ثديت من عقالي، فانطلق يمشي وما به قلبه، قال: فأوفوهم جعلهم

(168) الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 29/10.

(169) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 139/4.

(170) متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، 104/3(2328). وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب المساقاة، والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، 1186/3(1551).

(171) اللخمي، التبصرة، 4916/10. القرافي، الذخيرة، 149/5.

الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: اأَسْمُوا، فَقَالَ الَّذِي رَقِيَ: لَا تَفْعَلُوا حَتَّى نَأْتِيَ النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَّرَ لَهُ الَّذِي كَانَ، فَتَنَظَّرَ مَا يَأْمُرُنَا، فَقَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَّرُوا لَهُ، فَقَالَ: «وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقِيَّةٌ»، ثُمَّ قَالَ: «قَدْ أَصَبْتُمْ، اأَسْمُوا، وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا» فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ". (172)

والخبر واضح في دلالاته على مشروعية الجعالة بإقرار النبي لهم استحقاق الجعل.

ونوقش استدلالهم بالخبر من وجهين:

الأول - ذكره ابن عرفة بقوله: "تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل، وفيه نظر؛ لجواز كون إقراره ﷺ إياهم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة، فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية، وهو رخصة اتفاقاً". (173)

وأعترض عن المناقشة من وجهين:

- 1 - "أن قوله عليه الصلاة والسلام: «وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقِيَّةٌ» مع قوله ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ» (174) يقتضي صرف ما أخذوه للرقية". (175)
 - 2 - "لو كان الجواز لاستحقاقهم إياه بالضيافة لبين ذلك النبي ﷺ للأمة، ولو بينه لنقل، فلما أقرهم عليه، وكان ذلك مطلقاً حمل ذلك على الجواز". (176)
- الثاني - الخبر "ليس فيه إلا إباحة أخذ ما أعطى الجاعل على الرقية فقط... وليس فيه القضاء على الجاعل بما جعل إن أبى أن يعطيه - فسقط كل ما احتجوا به". (177)

(172) متفق عليه واللفظ للبخاري: أخرجه البخاري في كتاب الإجارة، باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب، 92/3 (2276). وأخرجه مسلم في كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، 1727/4 (2201).

(173) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 348/8.

(174) الزيادة أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم، 131/7 (5737).

(175) ابن ناجي، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، 174/2.

(176) الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 29/10.

(177) ابن حزم، المحلى، 36/7.

وأعترض على هذا الوجه بأن الخبر واضح في أنه ﷺ أجاز التزام الجاعل بالجعل، حيث أقرهم على اشتراطهم على أهل الحي الجعل للرقية، فدل على أنهم أخذوه على وجه الشرط والإلزام.

ومن السنة التقريرية أن الجعل مما كان موجودا في معاملات الناس جاهلية وإسلاما، فأقر النبي ﷺ فعله، ولم يتعرض لإبطاله مع علمه بذلك، ولا فرق بين ما يبتدئ إجازته شرعا وبين ما يقر على إجازته. (178)

واستدلوا من المعقول بأمرين:

الأول أن الضرورة تدعو إلى الجعالة أشد مما تدعو إلى القراض والمساواة، فإن العمل قد يكون مجهولا ، كرد الأبق والضالة ونحو ذلك، ولا تنعقد الإجارة فيه، وضرورة حفظ المال داعية إلى ردهما، وقد لا يجد المالك من يتبرع به بذلك، فدعت الضرورة إلى إباحة الجعالة مع جهالة العمل؛ لأن الضرورة مستثناة من الأصول، كما أن جهالة العمل في الجعالة لا يترتب عليها إلزام بمجهول؛ لأن الجعالة من العقود الجائزة التي يجوز للعامل تركها بخلاف الإجارة. (179)

أدلة الرأي الثاني

استدل الحنفية على عدم جواز الجعالة بالآتي

أ. مخالفة الجعالة للقياس في انعقادها مع مجهول ودون قبول والقياس عدم انعقاد العقد مع مجهول أو دون قبول. (180)

ونوقش استدلالهم بما استدل به القائلون بالجواز من المعقول بالتسليم بما قالوه إلا أن الضرورة داعية إلى ذلك أشد مما تدعو إلى المضاربة والمساواة والضرورة مستثناة

(178) ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2/176.

(179) ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2/176. وانظر أيضا: زكريا الأنصاري، شرح المنهاج،

3/622. ابن قدامة، المغني، 6/94.

(180) السرخسي، المبسوط، 11/18.

من الأصول وقد مضى عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار على قديم الأوقات والأعصار.

يقول الماوردي بعد أن ذكر ما تخالف فيه الجعالة الإجارة: "وإنما فارقت الإجارة من هذه الوجوه الثلاثة؛ لأنها موضوعة على التعاون والإرفاق، فكانت شروطها أخف، وحكمها أضعف". (181)

ب. أن في الجعالة تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار، والقمار حرام في شريعتنا، ولم يكن حراما في شريعة من قبلنا. (182)

وأنقش هذا بأنه من قبيل المخاطرة بالعمل وهو ليس من القمار؛ بدليل صحة المضاربة مع أنها مخاطرة بالعمل فقد يعمل العامل ولا يستحق شيئا لعدم تحقيق ربح ولم يقل أحد بأنها من القمار.

الترجيح

بعد عرض أدلة الرأيين ومناقشتها يترجح لدي رأي الجمهور بمشروعية الجعالة؛ لقوة ما استدلو به، وضعف أدلة المانعين، وردّها، فضلا عن كونها أدلة عقلية لا تقوى على معارضة الأدلة النقلية، وبهذا يتبين مشروعية الجعالة في التنقيب عن البتكوين في الجملة، بشرط أن يتخلص التعامل به - كما سبق القول - من المخاطر العالية الناتجة عن التقلب الشديد في أسعاره بالثبات النسبي لسعره على نحو لا يجعل التعامل عليه داخلا في المضاربة المحرمة، وحتى يحصل هذا فلا يحل ممارسة التنقيب عن البتكوين لمساهمة في توثيق نشاط قائم على الغرر والمقامرة.

الخاتمة

اشتمل البحث على دراسة حقيقة البتكوين الفنية والشرعية وحكم التعامل به، وتكييف عملية إصداره وحكمها وانتهى للنتائج التالية:

(181) الماوردي، الحاوي، 465/9.
(182) السرخسي، المبسوط، 18/11.

1. تعريف البتكوين: نقد رقمي مشفر غير مستند لأي قيمة مالية خارجة ينتج ويدار ويتداول بواسطة المستخدمين باستخدام تقنية البلوك تشين.
2. يمتاز البتكوين بخصائص هي الرقمية المجردة، والعالمية، وانعدام الوسيط، واللامركزية، والسرية، والأمان والشفافية.
3. ينطبق على البتكوين وصف المال سواء لدى الجمهور أو الحنفية؛ لأن فيه مصلحة مباحة في غير حالة الضرورة، وهو ما يتوافق مع تعريف الجمهور للمال، ولأن له وجودا ماديا يتوافق مع طبيعته الخاصة ويمكن حيازته وإحرازه على الوسائط الحاسوبية المعدة لذلك، وهو ما يتوافق مع تعريف الحنفية للمال.
4. يعد البتكوين نقدا لجريان العرف لدى طائفة غير محصورة متزايدة على اعتباره كذلك.
5. البتكوين مباح في أصله بناء على استصحاب الأصل في المعاملات؛ حيث لا يوجد في إنشائه أو طريقة عمله ما يخرج به عن الإباحة.
6. يرتبط بالتعامل الحالي بالبتكوين غرر ومقامرة؛ نتيجة التذبذب الحاد في سوقه على نحو يوقع المتعامل في الغرر لعدم إمكان توقع الفارق بين ما دفعه للحصول عليه وما ستؤول إليه قيمته، وكذا المخاطرة بالمال على وجه المقامرة، مما يوجب القول بحظر التعامل عليه وقتيا حتى يستقر سوقه ويتمتع بثبات نسبي ينفي عن المعاملة وصف الغرر والمقامرة.
7. يتم إصدار البتكوين عن طريق تقنية التنقيب، والتي تعد بمثابة عقد جعالة بين خوارزمية البتكوين الممثلة لجميع ملاكه وبين من يقوم بالتنقيب؛ لانطباق وصف الجعالة عليه من ناحية عدم ضبط العمل، وعدم تعيين المجعول له، وانعقاده دون قبول، ومعلومية الأجر وعدم استحقاقه إلا بإتمام التنقيب؛ وبهذا التكيف يعد التنقيب عن البتكوين مشروعاً وفقاً للرأي الراجح من أقوال الفقهاء باعتباره جعالة شريطة أن يتخلص التعامل بالبتكوين من الغرر والمقامرة بتحقيق الثبات النسبي لسوقه.

فهرس المصادر

1. ابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي، أحكام القرآن، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (د.ت).
2. ابن الهمام، كمال الدين عبد الواحد، فتح القدير، د.ط. دمشق: دار الفكر، (د.ت).
3. ابن أمير حاج، محمد بن محمد بن محمد، التقرير والتحبير في شرح التحرير، ط2. بيروت: دار الكتب العلمية، (1403هـ - 1983م).
4. ابن بطل، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، ط 2. السعودية: مكتبة الرشد، الرياض، (1423هـ - 2003م).
5. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، د.ط. المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (1416هـ - 1995م).
6. ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي أبو الفضل، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د.ط. بيروت: دار المعرفة، (1379هـ).
7. ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ط1. دمشق: دار الفكر، (1407هـ - 1987م).
8. ابن حزم، علي ابن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، د.ط. بيروت: دار الكتب العلمية، (د.ت).
9. ابن حسين، محمد علي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية مع الفروق للقرافي، د.ط. السعودية: عالم الكتب، (د.ت).
10. ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، ط: 1. دمشق: دار يعرب، (1425هـ - 2004م).
11. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي المالكي (الجد)، المقدمات الممهدة، ط1. بيروت: دار الغرب الإسلامي، (1408هـ - 1988م).
12. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد القرطبي المالكي (الجد)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ط 2. بيروت: دار الغرب الإسلامي، (1408هـ - 1988م).
13. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط. القاهرة: دار الحديث، (1425هـ - 2004م).
14. ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1421هـ - 2000م).
15. ابن عرفة، محمد بن محمد الورغمي التونسي المالكي، المختصر الفقهي، ط 1. دبي: مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، (1435هـ - 2014م).
16. ابن عرفة، محمد بن محمد الورغمي التونسي المالكي، تفسير ابن عرفة برواية الأبي، ط 1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1429هـ - 2008م).
17. ابن فرحون، إبراهيم بن علي البعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، (1406هـ - 1986م).
18. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1414هـ - 1994م).
19. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، د.ط. مصر: مكتبة القاهرة، (1388هـ - 1968م).
20. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط 2. مصر: مؤسسة الريان، (1423هـ - 2002م).

21. ابن قيم، محمد بن أبي بكر الزرعي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1. دار الكتب العلمية، (1411هـ - 1991م).
22. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، ط2. السعودية: دار طيبة للنشر والتوزيع، (1420هـ - 1999م)
23. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ط 1، بيروت: دار الرسالة العالمية، (1430هـ - 2009م)
24. ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1418هـ - 1997م).
25. ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد المقدسي، الفروع، ط: 4. السعودية: عالم الكتب، (1405هـ - 1985م).
26. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، ط3. بيروت: دار صادر، (1414هـ)
27. ابن ناجي، قاسم بن عيسى التنوخي القيرواني، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1428هـ - 2007م)
28. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر للحموي، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1405هـ - 1985م).
29. أبو الرشته، عطاء بن خليل، الحكم الشرعي في البتكوين، موقع جريدة التحرير، تونس: <http://www.attahrir.info>
30. أبو غدة، عبد الستار النقود الرقمية الرؤية الشرعية والآثار الاقتصادية، كتاب بحوث مؤتمر الدوحة الرابع للمال الإسلامي، (2018م)
31. أبو يعلى، محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، ط2. بيروت: دار الكتب العلمية، (1421هـ - 2000م)
32. أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء، التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف علي مذهب أحمد، ط1، سوريا لبنان الكويت: دار النوادر، (1431م - 2010هـ)
33. أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط 1. بيروت: مؤسسة الرسالة، (1421هـ - 2001م).
34. أحمد، منير ماهر، وعبد الله، أحمد سفيان، وشريف، سهيل،، التوجيه الشرعي للتعامل بالعملة الافتراضية البتكوين نموذجاً، مجلة بيت المشورة، المشورة للاستشارات المالية، قطر، العدد، (8)، (2018م)
35. البار، عدنان مصطفى تقنية blockchain والنقود الإلكترونية، صفحة الباحث بموقع جامعة الملك عبد العزيز amabar.kau.edu.sa
36. برعي، محمد خليل، مقدمة في الاقتصاديات الكلية، د.ط. مصر: مكتبة القاهرة الحديثة، (د.ت).
37. بكرو، خالد، أساسيات النظم الرقمية، ط1. حلب: شعاع للنشر والعلوم، (2018م)
38. البلاذري، أحمد بن يحيى بن جابر بن داود، فتوح البلدان، د.ط. بيروت: دار ومكتبة الهلال، (1988م)
39. البلخي، نظام الدين ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط : 2. دمشق: دار الفكر، (1310هـ).
40. البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع على متن الإقناع، د.ط. بيروت: دار الفكر وعالم الكتب، (1402هـ - 1982م).
41. بوفترية، أنطوان، و هاسكار، فيكرام، ما هي النقود المشفرة، مقالات عودة إلى الأسس، صندوق النقد الدولي، مجلة التمويل والتنمية، عدد (يونيو)، (2018)

42. بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي بشأن مشروعية البتكوين، رقم (2018/1).
43. بيستشيللو، ديفيد، الإنترنت المظلم، The Dark Web أرض الخدمات المخفية، مقال، موقع منظمة آيكان ICANN: <https://www.icann.org/news/blog/ar-421519a4-57e7-48d4-ab40-885920dc281a>
44. البيضاوي، ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل (تفسير البيضاوي)، ط1. بيروت: دار إحياء التراث العربي، (1418هـ)
45. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، السنن الكبرى ط3. بيروت: دار الكتب العلمية، (1424هـ - 2003م)
46. الترمذي، محمد بن عيسى بن سَؤْرَة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، د.ط. بيروت: دار الغرب الإسلامي، (1998م).
47. التفازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، د.ط. مصر: مكتبة صبيح، (د.ت).
48. جريدة الجرائد العالمية، مصر: الهيئة العامة للاستعلامات (س58)، العدد: (429)، (2017م) مقالات: مار، برنارد، موجز تاريخ البتكوين وما ينبغي أن يعرفه الجميع عن العملة المشفرة، ترجمة: أحمد صالح. مونتيه، أرنو ليبار، تسعة مفاتيح لفهم البتكوين، ترجمة، هدى علام، وو، تيم، طفرة البتكوين نحن نثق بالعملة المشفرة، ترجمة أمجد فتحي.
49. الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي، أحكام القرآن، د.ط. دمشق: دار الفكر، (1414هـ - 1993م).
50. الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي، الفصول في الأصول، ط2. الكويت: وزارة الأوقاف، (1414هـ - 1994م).
51. الحجازي، أبو خالد، واقع النقود الإلكترونية الجديدة مثل البتكوين والحكم الشرعي المتعلق بها، مجلة الوعي، لبنان، العدد: (370)، (1438هـ - 2017م)
52. الحداد، هيثم بن جواد، حُكْمُ التعامل بالعملة الإلكترونية المُشْفَرَّة البتكوين وأخواتها، ورقة بحثية، موقع الدرر السنية: <https://dorar.net/article/1982>
53. الحريري، نسيبة محمد فتحي، المقاييس والمقادير عند العرب، د.ط. القاهرة: دار الفضيلة، (د.ت)
54. الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط: 3. دمشق: دار الفكر، (1412هـ - 1992م).
55. حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط1. بيروت: دار الجيل، (1411هـ - 1991م).
56. خليفة، إيهاب، البلوك تشين الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، سلسلة أوراق أكاديمية، أبو ظبي: مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، العدد(3)، (2018)
57. خليل، سامي، النظريات النقدية والمالية، الكتاب الأول، ط1. الكويت: كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع، (1982م)
58. الديبان، ديبان بن محمد، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط2. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، (1432هـ)
59. دواية، أشرف، البتكوين رؤية اقتصادية وشرعية، موقع عربي 21: <https://arabi21.com/story/1037186>
60. دُوزي، رينهارت، تكملة المعاجم العربية، ترجمة: محمد سليم النعيمي، ط1. العراق: وزارة الثقافة والإعلام، (1982م)

61. الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي، المحصول، ط 3. بيروت: مؤسسة الرسالة، (1418 هـ - 1997م)
62. الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، ط 5. بيروت: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، (1420 هـ - 1999م)
63. رافع، غانم، المخاطر المحتملة للاعتماد على النقود الإلكترونية، العدد (21)، (2017)، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة: مجلة اتجاهات الأحداث، منشور على موقع المنهل: www.almanhal.com.
64. الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري التونسي المالكي، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، ط 1. المكتبة العلمية، (1350 هـ)
65. الرملي الكبير، أبو العباس بن أحمد، حاشية الرملي، د.ط. مصر: دار الكتاب الإسلامي، (د.ت).
66. الرومي، عبد الرحمن سليمان، اجتهاد ولي الأمر في ضوء الواقع المعاصر، (رسالة ماجستير)، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، (1433 هـ - 2012م)
67. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، د.ط. دار الهداية، (د.ت)
68. الزركشي، بدر الدين بن محمد بن بهادر، المنثور في القواعد الفقهية، ط 2. الكويت: وزارة الأوقاف، (1405-1985)
69. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط، ط 1، مصر: دار الكتب، (1414-1994).
70. زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، د.ط. مصر: دار الكتاب الإسلامي، (د.ت).
71. زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، د.ط. مصر: المطبعة الميمنية، (د.ت).
72. زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، شرح منهج الطلاب مع حاشية الجمل للجعيلي، د.ط. دمشق: دار الفكر، (د.ت).
73. الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط 2. مصر: دار الكتاب الإسلامي، (د.ت)
74. السبهاني، عبد الجبار حمد عبيد، النقود الإسلامية كما ينبغي أن تكون، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، السعودية (1418 هـ - 1998م)
75. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، د.ط. بيروت: دار المعرفة، (1414 هـ - 1993م).
76. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، الأشباه والنظائر، ط 1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1411 هـ - 1990م).
77. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417 هـ / 1997م.
78. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، د.ط. بيروت: دار الفكر، (1410 هـ - 1990م).
79. شافعي، محمد زكي، مقدمة في النقود والبنوك، ط 8، مصر: دار النهضة العربية، (1978م)
80. شبيلي، عبد الهادي بن حسين، سد الذرائع وأثره في الفروع الفقهية، (رسالة ماجستير)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، (1410 هـ - 1989م)
81. الشرباصي، أحمد، المعجم الاقتصادي الإسلامي، د.ط. بيروت: دار الجيل، (1401 هـ - 1981م)

82. شرف، كمال، وأبو عراج، هاشم، النقود والمصارف، منشورات جامعة دمشق، (1993-1994م)
83. الصالح، عبد الله، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، أبحاث مجلة اليرموك، الأردن، مجلد3، عدد1/2، (1997م)
84. الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، المعجم الكبير، ط2. القاهرة: مكتبة ابن تيمية، (د.ت).
85. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأمل، جامع البيان في تأويل القرآن، ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة، (1420 هـ - 2000م)
86. عبد المنعم، هبة، استخدامات تقنية البلوك تشين في المنطقة العربية من الهويات الرقمية إلى المدفوعات عبر الحدود، مدونة (2019)، منشورة على موقع بوابة الشمول المالي من أجل التنمية: <https://www.findevgateway.org/ar/blog/2019>
87. عبد الوهاب، محمد حسن محمد، الحماية الشرعية والقانونية لبرامج الحاسب الآلي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، (2006).
88. العقيل، عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب، الأحكام الفقهية المتعلقة بالنقود الإلكترونية (bitcoin)، وحدة البحوث والدراسات العلمية بعمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة.
89. عمر، أحمد مختار عبد الحميد مع فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1. القاهرة: عالم الكتب، (1429 هـ - 2008 م)
90. العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1. جدة: دار المنهاج، (1421 هـ - 2000 م).
91. عيسى، موسى آدم، آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي. رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، السعودية، (1404-1405هـ)
92. الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، (د.ط)، بيروت: دار المعرفة (1402هـ - 1982م)
93. الفتوح، تقي الدين أو البقاء، شرح الكوكب المنير، ط1. مصر: مطبعة السنة المحمدية، (1327هـ)
94. الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، العين، د.ط. بيروت: دار ومكتبة الهلال، (د.ت)
95. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1422 هـ - 2001 م)
96. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، ط: 2. القاهرة: دار الكتب المصرية، (1384هـ - 1964م)
97. الكاساني، أبو بكر مسعود بن أحمد، ط2. بيروت: دار الكتب العلمية، (1406هـ - 1986م).
98. كتاب وقائع مؤتمر العملات الافتراضية في الميزان، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الشارقة، (2019) الأبحاث التالية:
99. لجنة الرياضيات بمجمع اللغة العربية، معجم الرياضيات، د.ط. مصر: مجمع اللغة العربية، (1415هـ - 1995م)
100. اللخمي، علي بن محمد الربيعي، التبصرة، ط1. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (1432 هـ - 2011 م)
101. المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المالكي، شرح التلخين، ط1. بيروت: دار الغرب الإسلامي، (2008)

102. مالك، مالك بن أنس، المدونة، ط:1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1415هـ-1994م).
103. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية، د.ط. بيروت: دار الكتب العلمية، (د.ت).
104. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، د.ط. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (1424هـ-2003م).
105. مراياتي، مراد وآخرون، علم التعمية واستخراج المعنى عند العرب، د.ط. دمشق: مطبوعات مجمع اللغة العربية، (د.ت)
106. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط:2. بيروت: دار إحياء التراث العربي، (د.ت)
107. مركز الحاسب الآلي، معجم الحاسبات، ط:2. القاهرة: مجمع اللغة العربية، (1995م)
108. مسلم بن الحجاج، أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، د.ط. بيروت: دار إحياء التراث العربي (د.ت).
109. مصطفى، إبراهيم، والزيات، أحمد، وعبد القادر، حامد، والنجار، محمد، المعجم الوسيط، د.ط. القاهرة: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، (د.ت)
110. مصطفى، حسن محمد، دور عملة البتكوين في تمويل الجماعات والمنظمات الإرهابية، (قسم الأبحاث بموقع حفريات: www.hafryat.com، (2017م)
111. المَطْرَزِي، ناصر بن عبد السيد أبو المكارم ابن علي، المغرب في ترتيب المغرب، د.ط. بيروت: دار الكتاب العربي، (د.ت).
112. منتدى الاقتصاد الإسلامي، حوار منضبط ومحدود حول البتكوين (مجموعة من الباحثين)، ملف رقم 20، تحرير: د. محمد السويدي، أ. مصطفى عبد الله، د. خالد معروف، 2018/1/23م،
113. ميدلوكوب، وليام، الانهيار الكبير حروب الذهب ونهاية النظام المالي العالمي، ترجمة: ابتسام محمد الخضراء، ط:1. الرياض: مكتبة العبيكان، (1437هـ-2016م)
114. النسفي، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، طلبه الطلبة، د.ط. بغداد: المطبعة العامرة – مكتبة المثنى، (1311هـ).
115. النفراوي، أحد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د.ط. دمشق: دار الفكر، (1415هـ-1995م).
116. النووي، يحيى بن شرف، المجموع، د.ط. السعودية: مكتبة الإرشاد، (د.ت).
117. الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، د.ط. القاهرة: مكتبة القدسي، (1414 هـ، 1994 م)

الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بعد
وفق التشريع الإماراتي
دراسة تحليلية

الدكتور عزت محمد العمري

أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية القانون
جامعة الفلاح - دبي - الإمارات العربية المتحدة

ملخص

يعد بطء التقاضي من الأمور التي تؤرق النظم القضائية ، فإصدار الأحكام في آجال معقولة يعد من شروط المحاكمة العادلة ، لذا فقد سارعت النظم القضائية الحديثة إلى الاستفادة من ثمار الثورة الإلكترونية بتفعيل إجراءات الدعوى الجزائية بشكل سريع دون الإخلال بحقوق وضمانات المتهم من خلال القيام بإجراءات التحقيق والمحاكمة باستخدام تقنية الاتصال عن بعد ، وهو ما حثت عليه الاتفاقيات الدولية بتفعيل المساعدة القانونية بين الدول عبر هذه التقنية لما لها من دور فعال في تعزيز التعاون الدولي في المسائل الجنائية ، كما عمدت العديد من التشريعات المقارنة على تقنين الإجراءات الجزائية عن بعد ومنها التشريع الإماراتي بموجب القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 في شأن استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، والذي أعطى للجهة المختصة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة السلطة التقديرية أن تقوم بالإجراء المناسب في الدعوى الجزائية عن طريق تقنية الاتصال عن بعد وفق الضوابط التي نص عليها القانون .

Abstract

The slow of litigation process is one of the issues that concerning the judicial systems; that is sentencing judgments in reasonable periods is one of the conditions for a fair trial. Thus, modern judicial systems rapidly tried to take advantage of the fruits of the electronic revolution by activating criminal procedures quickly without prejudice to the rights and guarantees of the accused through carrying out investigation and trial procedures using the technique of remote communication, This is encouraged by international agreements to activate legal aid between countries through

this technology because of its effective role in promoting international cooperation in criminal matters. Many comparative legislations adopted legalization of remuneration Remote criminal penalties; e.g. the UAE legislator under Federal Law No. 5 of 2017 regarding the use of remote communication technology in criminal procedures, which gave the authority that responsible for investigating crimes and gathering evidences, investigation or litigating, the discretionary authority to take appropriate action in the criminal case by the technique of remote communication according to the regulations stipulated by the law.

مقدمة

موضوع البحث :

أدى التقدم العلمي والثورة الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال إلى حث المشرع على الاستفادة من هذا التقدم وتوظيفه لخدمة العدالة الجنائية ، من خلال السرعة في اتخاذ الإجراءات الجزائية بما يحقق مفهوم العدالة الناجزة ، فمن خلال تطبيقات تكنولوجيا المعلومات يتم الاستماع إلى شهادة الشهود والخبراء وأقوال المتهمين عبر أنظمة المحادثة المرئية والمسموعة دون الحاجة لتطلب حضورهم الشخصي سواء أمام المحكمة أم جهة التحقيق (183).

وتتميز دولة الإمارات العربية المتحدة بنظام قضائي حديث ومتطور حيث تبوأ المركز الخامس عالمياً في مؤشر كفاءة الأطر التنظيمية والقانونية حيث تحرص الإمارات على الارتقاء بالبيئة التشريعية والقانونية في الدولة من خلال إصدار التشريعات التي تعزز تنافسية الدولة على المستوى العالمي (184).

وتفعيلاً للأجندة الوطنية لرؤية دولة الإمارات العربية المتحدة 2021م والتي من ضمن أهدافها أن تكون دولة الإمارات من بين أفضل الدول في العالم في كفاءة النظام القضائي (185)، فقد أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 في شأن استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية (186) ، والذي أعطي الجهة المكلفة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة والتحقيق والمحاكمة أن تستخدم وسائل التقنية الحديثة في القيام بالإجراءات التي تستلزمها ضرورات الدعوى الجزائية بدل من اللجوء إلى الوسائل التقليدية .

183- عبد المجيد، محمود عبد المجيد: المواجهة الجنائية للفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة والتشريع المصري ، دار نهضة مصر للنشر ، 2015 ، ص 11

184- تصريح معالي سلطان بن سعيد البادي الظاهري وزير العدل

<https://uaecabinet.ae/ar/details/news/uae-ranked-fifth-globally-in-2019/1/16-legal-framework-efficiency-index>

185- <https://www.vision2021.ae> (2019/1/16)

186- الجريدة الرسمية السنة 47 العدد 616 بتاريخ 12 / 6 / 2017م

أهمية البحث :

كان لزاماً على القضاء الجنائي أن يتفاعل بإيجابية مع المستجدات الإلكترونية التي يشهدها المجتمع (187) ومن ثم نشأت الحاجة إلى استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية في المقام الأول كفكرة لدى الدول التي تتمتع بمساحات كبيرة لأراضيها ومن ثم يمكن سماع الشهود واستجواب المتهمين عبر هذه التقنية ، غير أن هذه الفكرة قد تطورت وأصبح يتم اللجوء إلى هذه التقنية في الحالات الآتية(188) :

- حماية الطفل المجني عليه من مواجهة المتهم .
- تجنب مشاكل هروب المتهمين أثناء نقلهم إلى مقر المحاكمة .
- الحد من تأخر حضور المتهمين أمام المحكمة لأسباب تتعلق ببعد مكان احتجازهم عن مقر المحكمة .
- السماع إلى الشهود الذين يتعذر حضورهم مقر المحكمة .

أهداف البحث :

في ضوء أهمية البحث المذكورة سابقاً، يمكن أن نحدد أهداف البحث، التي نوجزها في إبراز مدى الأهمية في استخدام تقنية الاتصال البعد في الإجراءات الجزائية، والقواعد التي يجب مراعاتها عند مباشرة إجراءات التحقيق الابتدائي والمحاكمة الجنائية عبر هذه التقنية .

الدراسات السابقة :

الدراسة الأولى : بعنوان "التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد - دراسة تحليلية تأصيلية لتقنية ال Video conference في المجال الجنائي " (189). حيث تناولت

187- الألفي، محمد محمد: المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول ، بحث مقدم لمؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس بعنوان " الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية " ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، دبي – دولة الإمارات العربية المتحدة 9-12 ديسمبر 2007 م ، ص 3 .

188- Evert-Jan van der Vlis, Videoconferencing in criminal proceedings, University of Surrey, 2011, p.13

189- يحيى، عادل : التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد - دراسة تحليلية تأصيلية لتقنية ال Video conference في المجال الجنائي ، دار النهضة العربية.

الدراسة ماهية تقنية الـ Video conference كوسيلة للتحقيق والمحاكمة عن بعد وكيفية تطبيقها.

الدراسة الثانية : بعنوان " التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية Videoconference " (190)

حيث تناولت الدراسة تقنية Videoconference وأهميتها ، وقواعد التحقيق والمحاكمة باستخدام هذه التقنية وفق البروتوكول الإضافي الثاني للاتفاقية الأوربية بشأن المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية

الدراسة الثالثة : بعنوان " ضمانات المحاكمة العادلة على ضوء اعتماد تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجنائية في دولة الإمارات " دراسة مقارنة" (191)

حيث تناولت الدراسة الإطار العام لتقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، وأثر استخدام هذه التقنية على المحاكمة العادلة.

الدراسة الرابعة : بعنوان " سماع الشهود عن طريق المحادثة المرئية عن بعد بين الحق في الحماية وحقوق الدفاع " (192)

حيث تناولت الدراسة موقف التشريع الجزائري والفرنسي من سماع الشهود عن طريق المحادثة المرئية عن بعد، ومدى مساسها بمبادئ حقوق الدفاع .

أوجه الاختلاف بين تلك الدراسات والدراسة الحالية :

الدراسة الحالية تركز على مفهوم تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، والمميزات والعيوب التي تتعلق بها، وأيضا تحديد أنظمة المحادثة المرئية والمسموعة

190- شديقات، صفوان محمد، التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية Videoconference ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد 42، العدد 1، 2015.

191- مصبح، عمرو عبد المجيد : ضمانات المحاكمة العادلة على ضوء اعتماد تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجنائية في دولة الإمارات " دراسة مقارنة" ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة السادسة – العدد 4 ، ديسمبر 2018 .

192- حسنية، محي الدين : سماع الشهود عن طريق المحادثة المرئية عن بعد بين الحق في الحماية وحقوق الدفاع ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، المجلد الخامس ، العدد الثاني .

التي يمكن اللجوء إليها لتفعيل الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بُعد، والضمانات التي قررها المشرع الإماراتي لكي لا يساء استخدام هذه التقنية ، وأيضاً كافة القواعد المنظمة للإجراءات الجزائية التي تتم عبر تقنية الاتصال سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أم مرحلة المحاكمة.

مشكلات البحث :

يثير موضوع البحث العديد من المشكلات: مشكلات تثار في بيان ماهية تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية؟ ومدى الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة في الإجراءات الجزائية؟ وما هي الإجراءات التي يتم اتخاذها عبر هذه التقنية والقواعد القانونية المنظمة لها ؟ .

منهج البحث :

ستعتمد دراستنا على المنهج التحليلي، الذي ينطلق من القواعد العامة للتحقيق والمحاكمة لكي يتم تطبيقها على الإجراءات الجزائية التي تتم عبر تقنية الاتصال عن بعد.

خطة البحث :

من جماع ما تقدم فإننا سنقسم هذا البحث إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : التعريف بتقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية .

المطلب الأول : مفهوم تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية .

المطلب الثاني : مميزات وعيوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية.

المطلب الثالث : أنظمة المحادثة المرئية والمسموعة للاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية.

المطلب الرابع: ضمانات استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية.

المبحث الثاني: مباشرة الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بعد .

المطلب الأول : قواعد مباشرة التحقيق الابتدائي باستخدام تقنية الاتصال عن بعد

المطلب الثاني : قواعد مباشرة المحاكمة باستخدام تقنية الاتصال عن بعد .

المبحث الأول: التعريف بتقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية

تمهيد وتقسيم :

سنتناول في هذا المبحث مفهوم تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، والمميزات والعيوب التي تتعلق بها، وأيضا تحديد أنظمة المحادثة المرئية والمسموعة التي يمكن اللجوء إليها لتفعيل الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بعد، كما سنتطرق إلى الضمانات التي قررها المشرع لكي لا يساء استخدام هذه التقنية. وذلك وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية.

المطلب الثاني: مميزات وعيوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية.

المطلب الثالث: أنظمة المحادثة المرئية والمسموعة للاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية.

المطلب الرابع: ضمانات استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية.

المطلب الأول: مفهوم تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية

سنتناول في هذا المطلب تعريف نظام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية والتمييز بينه وبين المحكمة الإلكترونية، والخصائص المميزة لهذا النظام.

أولا: تعريف تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية:

عرفت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2017 تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية بأنها " الإجراءات الجزائية في استقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة التي تتم عبر استخدام تقنية الاتصال عن بعد " وعرفت ذات المادة الاتصال عن بعد بأنه " محادثة مسموعة ومرئية بين طرفين أو أكثر بالتواصل المباشر مع بعضهم البعض عبر وسائل الاتصال الحديثة لتحقيق الحضور عن بعد " ، كما عرفها البعض بأنها " وسيلة تكنولوجية من وسائل الاتصال

والمحادثة المرئية والمسموعة التي يستخدمها مجموعة من الأفراد فيما بينهم "(193) وأيضاً بأنها " الوسيلة التي يتم بواسطتها نقل الصورة والصوت أو أي معلومة مهما تكن طبيعتها من نقطة معينة في الزمان (المصدر) إلى نقطة أخرى (الجهة المقصودة) "(194) .

كما عرف القرار رقم 259 لسنة 2019⁽¹⁹⁵⁾ المحاكمة عن بعد بأنها "الإجراءات الجزائية التي تُباشر باستخدام تقنية الاتصال عن بعد، لتحقيق الحضور والعلانية وسرية التحقيقات وإبداء المرافعات وتقديم المستندات والمذكرات وإصدار الأحكام، سواء تمت بشأن استقصاء الجرائم وجمع الأدلة، أو عند التحقيق أو المحاكمة".

ثانياً: التمييز بين الإجراءات الجزائية عن بعد والمحكمة الإلكترونية:

يمكن تعريف المحكمة الإلكترونية بأنها "حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية، ويتألف من شبكة الربط الدولية "الإنترنت" إضافة إلى مبنى المحكمة، بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدات قضائية وإدارية، ويباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى والفصل فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية مع اعتماد آلية تقنية فائقة الحداثة لتدوين الإجراءات القضائية، وحفظ تداول ملفات الدعوى " (196).

فكل من الإجراءات الجزائية عن بعد والمحكمة الإلكترونية يتفقان على استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة في التقاضي بهدف توفير الوقت والجهد وتحقيق العدالة الناجزة⁽¹⁹⁷⁾ .

193- يحيى، عادل، التحقيق والمحكمة الجنائية عن بعد - دراسة تحليلية تأصيلية لتقنية ال Video conference في المجال الجنائي ، دار النهضة العربية، 2006، ص25
194- الشرعة، حازم محمد، التقاضي والمحاكم الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2010، ص 54.

195- قرار وزاري رقم 259 لسنة 2019 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية الصادر بتاريخ 2019/3/27م، والمنشور في الجريدة الرسمية السنة 49 العدد 651 بتاريخ 2019/4/14م
196- الجلا، نهى، المحكمة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة المعلوماتية السورية ، السنة الخامسة، العدد47، يناير 2010، ص50

197- العدالة الناجزة غاية النظام القضائي في دبي راجع حوار صاحب السمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد رئيس المجلس التنفيذي لإمارة دبي المنشور في مجلة دبي القانونية الصادرة عن النيابة العامة بدبي العدد

غير أن المحكمة الإلكترونية هي نظام قضائي شامل يستخدم تقنية المعلومات للفصل في المنازعات ومباشرة إجراءات التقاضي وتنفيذ الأحكام بصورة إلكترونية (198)، بحيث تقوم قواعد البيانات محل الملفات الورقية ، وهذا بخلاف المحاكمة عن بعد التي تقتصر على إجراء أو أكثر من الإجراءات الجزائية .

أي أنه في نظام المحكمة الإلكترونية لا تكون هناك جلسات للمرافعة أو حضور أطراف الدعوى لتقديم المستندات أو المذكرات أو معرفة قرارات المحكمة أو الحكم الصادر (199)، فكل ذلك يتم بشكل تقني .

ثالثاً: خصائص نظام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية:

يمكن تحديد الخصائص التي تميز أسلوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية في الآتي:

1- يمثل نقلة نوعية تضاف إلى مراحل تطور الإجراءات الجزائية (200) من خلال الاستفادة من الهندسة المعلوماتية في نقل المعلومات والتي تعد أحد ثمار الثورة الإلكترونية الحديثة (201) ، مما يوفر الوقت والجهد في انتقال الشهود أو المتهمين لجلسات التحقيق أو المحاكمة .

2- يتفق مع قواعد المحاكمة العادلة من توافر علانية جلسات المحاكمة من خلال حق الجمهور في حضور إجراءات المحاكمة والعلم بها ، وأيضاً احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم من خلال شفوية المرافعة والتي تتيح لكل خصم أن يعرض ما لديه من أدلة وأن يناقش الأدلة المقدمة من الخصم الآخر في جلسات المحاكمة (202).

الأول مايو 2007م

198- الشرعة، حازم محمد : مرجع سابق ، ص 54.

199- فاضل ، أسعد : التقاضي عن بعد دراسة قانونية ، جامعة القادسية ، كلية القانون ، 2014 ، ص 5.

200- شديفات، صفوان محمد : التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية

Videoconference، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، 2015، ص3

201- أحمد، عزت السيد : الثورة التكنولوجية وأثرها في تغير القيم ، مجلة جامعة دمشق، المجلد 29،

العدد 4 2013، ص456

202- حسني، محمود نجيب : شرح قانون الإجراءات الجنائية "تنقيح عبد الستار، فوزية"، دار النهضة

3- يُعدُّ بديلاً عن الإجراءات التقليدية في تنفيذ طلبات الانابة القضائية داخل إقليم الدولة عندما تكون هناك حاجة لاتخاذ إجراء من الإجراءات الجزائية في جهة تقع خارج دائرة الاختصاص المكاني للجهة القضائية المختصة.

4- يعتبر البعد الدولي خاصية هامة يتصف بها: حيث يتم اللجوء إلى تقنية الاتصال عن بعد في تنفيذ الإنابات والمساعدات القضائية بين الدول، عندما تمتد جلسة التحقيق الابتدائي أو النهائي لأكثر من دولة وخاصة في الجرائم التي تنسم بالطابع الدولي مثل جرائم غسل الأموال أو جرائم تقنية المعلومات أو الجرائم الإرهابية... إلخ، فهذه الجرائم وغيرها في الغالب يكون التحقيق بشأنها في دولة والشهود أو المتهمين في دولة أخرى.

المطلب الثاني: مميزات وعيوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية

استخدام أسلوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية يتميز بالعديد من المميزات التي يفضل اللجوء إليه في كثير من الحالات عن استخدام الوسائل العادية في الإجراءات الجزائية، وفي المقابل توجد بعد العيوب التي يمكن أن تحد من استخدام هذه الوسيلة.

ومن ثم يمكن إجمال المميزات والعيوب في الآتي:

أولاً: مميزات تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية :

يتميز أسلوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية بالمزايا الآتية :

1- السرعة في اتخاذ الإجراءات وخفض النفقات: فلا حاجة إلى انتقال المتهمين لاستجوابهم أو الشهود لسماع أقوالهم أو تجديد الحبس الاحتياطي إلى مقر الجهة المختصة بالإجراء، بما يؤدي لاختصار الوقت وتكاليف الانتقال.

وقد نصت المادة (2) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 على أنه "للجهة المختصة (203) استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية مع المتهم أو

العربية، الطبعة الخامسة ، 2016 ، ص858
203- وفقاً للمادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 فإن الجهة المختصة هي "الجهة

المجني عليه أو الشاهد أو المحامي أو الخبير أو المترجم أو المدعي بالحق المدني أو المسؤول عن الحق المدني". ويستفاد من ذلك أن الشخص الذي يراد اتخاذ الإجراء الجزائي في مواجهته ليس له الحق في إلزام الجهة المختصة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة أن تقوم بالإجراء عن طريق تقنية الاتصال عن بعد، فالأمر يخضع للسلطة التقديرية لهذه الجهة فهي وحدها التي تقرر مدى الحاجة إلى استخدام هذه التقنية بما يحقق سهولة إجراءات الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة .

ويلاحظ أن المشرع في المادة (2) سألفة الذكر قد عدد الأشخاص الجائز اتخاذ الإجراء في مواجهتهم عن طريق تقنية الاتصال عن بعد ولم يذكر النيابة العامة التي يلزم حضور أحد أعضائها جلسات المحاكم الجزائية(204) ، ولا يقبل حضوره باستخدام تقنية الاتصال عن بعد ، ذلك أن النيابة العامة كل لا يتجزأ فأعضائها يقوم بعضهم مقام البعض الآخر في مباشرة الدعوى الجزائية أي يستطيع كل عضو من أعضاء النيابة العامة أن يكمل عمل العضو الآخر أو أن يحل محله (205)، الأمر الذي معه تكون مبررات استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية غير متوفرة في مواجهة النيابة العامة .

2- الاستغناء عن الإجراءات التقليدية في شأن الإنابة القضائية والمساعدة القضائية بين الدول والتي تتسم بالبطء والتعقيد إلى إجراءات أكثر سهولة باستخدام تقنية الاتصال عن بعد في القيام بأحد إجراءات التحقيق، وقد أجازت المادة (11) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 استخدام الإجراءات عن بعد لتنفيذ الإنابات والمساعدات القضائية مع الدول الأجنبية، طبقاً للأحكام الواردة في القانون الاتحادي رقم (35) لسنة 2006 في شأن التعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية.

3- اتخاذ الإجراء عن بعد خارج دائرة الإمارة المختصة : حيث يتحدد الاختصاص المكاني وفق المادة (142) من قانون الإجراءات الجزائية بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة ، وقد أجاز المشرع في المادة (5) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017

المكلفة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة "
204- تنص المادة (162) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "يجب أن يحضر أحد أعضاء النيابة العامة جلسات المحاكم الجزائية، وعلى المحكمة أن تسمع أقواله وتفصل في طلباته "
205- عبد الستار، فوزية : شرح قانون الإجراءات المدنية ، دار النهضة العربية ، 2010 ، ص 74.

جواز اتخاذ الإجراءات الجزائية عن بعد خارج دائرة الإمارة المختصة وذلك بعد الموافقة والترتيب مع الجهة التي يوجد فيها الشخص الذي يراد اتخاذ الإجراء في مواجهته حيث ورد النص على أنه "يجوز اتخاذ الإجراءات عن بعد خارج دائرة الإمارة المختصة وذلك بالتنسيق مع الجهة المختصة إذا وجد فيها من يراد اتخاذ الإجراء معه" وهذا النص لا يتعارض مع القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1973 بشأن تنظيم العلاقات القضائية بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد ذلك أن المادة (6) منه قد تضمنت تنفيذ الإنابة القضائية بالطريقة التي تطلبها الجهة القضائية الطالبة للإنابة شريطة ألا يتعارض التنفيذ مع قانون الإمارة المنفذة للإنابة.

4- حماية الشهود وضحايا الجريمة (206): يعتبر أسلوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية من الوسائل الفعالة في حماية الشهود والضحايا الذين قد يتعرضون لخطر الاعتداء على حياتهم في حال الإدلاء بالشهادة إذا تم الكشف عن مكان تواجدهم (207)، وخاصة في الجرائم التي ترتكبها عصابات الإجرام المنظم مثل جرائم الإتجار بالبشر (208). كما يمكن أيضاً استخدام هذه التقنية في حماية المبلغين عن الجريمة وخاصة إذا كان المبلغ أحد المساهمين في الجريمة .

5- حماية الحدث والطفل (209) : يفضل استخدام أسلوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية في مواجهة الحدث والطفل لتلافي الضغوط النفسية (210) التي قد

206- يقصد بمصطلح "الضحايا" الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردياً أو جماعياً، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية، أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء، بما فيها القوانين التي تحرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة" انظر إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة اعتمد ونشر علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 40/ 34 المؤرخ في 29 تشرين الثاني/نوفمبر 1985.

207- العارف، طایل محمود : حماية الشهود أمام القضاء الجنائي " دراسة مقارنة " ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد 15 ، العدد 1 ، يونية 2018م ، ص 297.

208- تنص المادة (1) مكرراً (2) فقرة (4) من القانون الاتحادي رقم (51) لسنة 2006 في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر المضافة بموجب القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2015 على أنه "تتخذ في جميع مراحل جمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة في جرائم الاتجار بالبشر الإجراءات الآتية: 4..... توفير الحماية الأمنية اللازمة للضحية والشاهد متى كانا في حاجة إليها.

209- نصت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976 بشأن الأحداث الجانحين والمشردين على أنه " بعد حدثاً في تطبيق أحكام هذا القانون من لم يجاوز الثامنة عشر من عمره وقت ارتكابه الفعل محل المساءلة أو وجوده في إحدى حالات التشرد". ونصت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 2016 بشأن حقوق الطفل "وديمة" على أنه "الطفل: كل إنسان ولد حياً ولم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره "

210- يحيى ، عادل :مرجع سابق ،ص59

يتعرض لها الحدث المتهم بارتكاب جريمة أو الطفل المجني مراعاة لصغر سنهم وتجنيبهم أجواء المحاكمات العادية الذي يتسم بالرهبة والآثار النفسية (211)، وفي ذلك تنص المادة (12) القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2017 على أنه "دون إخلال بأحكام القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 1976 والقانون رقم (3) لسنة 2016 المشار إليهما، تراعي الجهة المختصة اتخاذ الإجراءات عن بعد مع الحدث والطفل".

ثانياً : عيوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية :

هناك بعض المآخذ التي يمكن أن تحد من إتباع أسلوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية يمكن إجمالها في الآتي:

1- العائق المادي المتمثل في ضرورة وجود قاعات بالمحكمة مجهزة بأساليب التقنية الحديثة من أجهزة الاتصال وشاشات كبيرة ومكبرات صوت (212) حتى يمكن توافر مبدأ علانية المحاكمة من خلال تمكين الجمهور من الاطلاع على الإجراءات التي تتم ، وأيضاً مبدأ الشفوية والذي يتطلب أن تعرض الأدلة في جلسة المحاكمة لكي يتاح المناقشة بشأنها بين أطراف الدعوى .

وذاث الشيء يقال بشأن ضرورة تجهيز المؤسسات العقابية التي يوجد بها المتهم بوسائل الاتصال الحديثة حتى يتسنى له الاطلاع على ما يدور في جلسة المحاكمة وهو في محبسه.

2- المساس بمبدأ الاقتناع القضائي : حيث يستمد القاضي الجنائي قناعته من حصيلة المناقشات التي تجري في الجلسة بين أطراف الدعوى ويعد هذا المبدأ جوهر نظرية الإثبات الجنائي (213) ، غير أن إتباع أسلوب تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية يحرم القاضي من إعمال قوة القريحة في استنباط ردود فعل الشاهد أو المتهم

211- غنام ، محمد غنام وقوراري، فتيحة محمد : المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الأفاق المشرقة ، 2017 ، ص 289.

212- مصباح ، عمرو عبد المجيد : ضمانات المحاكمة العادلة على ضوء اعتماد تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجنائية في دولة الإمارات " دراسة مقارنة " ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة السادسة – العدد 4 ، ديسمبر 2018 ، ص 398.

213- حسني، محمود نجيب : مرجع سابق ، ص 846

على الأسئلة المطروحة عليهم وتقييم تعبيرات الوجه ونبرة الصوت وغيرها من لغة الجسد، حيث أن الاعتماد على هذه التقنية تمنح الشاهد أو المتهم أن يحتج بعدم سماع السؤال، وطلب إعادته بما يعطيه فرصة من الوقت لكي يحضر ردوده . فضلا عن أن هذه التقنية لا تسمح لأطراف الدعوى من مناقشة الشهود أو المتهمين بشكل مريح عما هو الوضع في المحاكمة العادية (214).

على الرغم من وجاهة هذه المآخذ إلا أن مميزات أسلوب تقنية الاتصال عن بُعد في الإجراءات الجزائية تكون راجحة، وخاصة عندما تقدر الجهة المختصة بالإجراء الجزائي أفضلية اتخاذه بأسلوب تقنية الاتصال عن بُعد وأنه يحقق العدالة الناجزة التي تعد من أهم متطلبات تحقيق المحاكمة العادلة.

المطلب الثالث: أنظمة المحادثة المرئية والمسموعة للاتصال عن بُعد في الإجراءات الجزائية

تتعدد أنظمة الاتصال المستخدمة عن بُعد في الإجراءات الجزائية وفق الإمكانيات المادية المتوفرة لدى الدولة وقدرتها على توفير أجهزة الاتصال الحديثة ، ويمكن في هذا الصدد تحديد أربعة أنظمة نجملهم في الآتي (215):

أولا : نظام المحادثة المرئية والمسموعة من نقطة إلى أخرى :

يتسم هذا النظام بالبساطة والتكلفة المادية غير المرتفعة ، فبموجب هذا النظام يكون هناك اتصال مرئي ومسموع بين المكان التي يتم فيه اتخاذ الإجراء الجزائي وبين المكان الذي يوجد فيه الشخص الذي يتخذ في مواجهته هذا الإجراء ،مثل تجهيز قاعة المحاكمة بأجهزة الاتصال بينها وبين المؤسسة العقابية التي يوجد بها المتهم (216).

214- شديفات، صفوان محمد :مرجع سابق ،ص4

215- أنظر في عرض هذه الأنظمة شديفات، صفوان محمد :مرجع سابق ،ص4 . يحيى ،عادل : مرجع سابق، ص 31 . عبد الحميد، عمارة: استخدام تقنية المحادثة المرئية عن بُعد في التحقيق والمحاكمة الجزائية ، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 10 عدد3 سبتمبر 2018 السنة العاشرة ، ص 61

216- The technical and legal obstacles to the use of Videoconferencing, Fifth session Vienna, 18-22 October 2010, CTOC/COP/2010/CRP.2,p. 21

وفقاً لهذا النظام يتم سماع شهادة الشهود من غرفة مجاورة للمحكمة عبر دائرة تلفزيونية مغلقة أو من غرفة في مكان سري بعيد ، وبحيث يسمح لكل من المحكمة أو محامي المتهم أو المجنى عليه أن يستمعوا إلى أقوال الشاهد وأيضا يشاهدوا تعبير وجهه عندما يتم مناقشته في الشهادة التي يدلى بها (217).

ثانيا : نظام المحادثة المرئية والمسموعة عن بعد الفردية بين أماكن متعددة :

وهو ما يعرف أيضا بنظام السويتش أو المتحدث النشط ويتطلب توافر أجهزة الاتصال تتمتع بتقنية عالية لضمان تحقق التواصل بين الأشخاص في أكثر من مكان، حيث يتم اللجوء إلى هذا النظام عندما تتعدد الأماكن التي يتم فيها اتخاذ الإجراء الجزائي، كأن تكون قاعة جلسة المحاكمة في دولة والمتهم في دولة والشهود في دولة ثالثة ، حيث يضمن هذا النظام لجميع الأطراف التواصل المرئي والسمعي لبعضهم البعض وكأنهم موجودون في مكان واحد ، حيث تظهر شاشة العرض المتوفرة في جميع الأماكن الشخص الذي يتكلم بمفرده وفي حالة تعدد المتحدثين تظهر شاشة العرض الشخص صاحب الصوت الأعلى .

ثالثا : نظام المحادثة المرئية والمسموعة عن بعد الجماعية بين أماكن متعددة :

وهو ما يعرف بنظام الحضور المستمر الثابت أو الموحد حيث يكون هناك اتصال مرئي ومسموع بين أكثر من مكان مختلف تصل إلى خمسة أماكن، ويحتاج هذا النظام إلى تقنية اتصال عالية تسمح بوجود شاشة عرض تقوم بعرض الصورة في قاعة المحاكمة و للأماكن الأخرى فضلا عن أجهزة سماع صوت كل من يتحدث في الجلسة .

217- مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، تقرير فريق الخبراء الحكوميين العامل المعني بالمساعدة التقنية الدورة السابعة فيينا، ٢٨-٣٠ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٣ ، البند ٢ من جدول الأعمال المؤقت، CTOC/COP/WG.2/2013/2، 2013/9/19 ، ص 7 .

رابعاً : نظام المحادثة المرئية والمسموعة عن بعد المستمر والمتقدم :

يعد هذا النظام من أفضل النظم وأكثرها حداثة ذلك أنه يسمح بالاتصال المرئي والمسموع بين أكثر من مكان يتم فيه اتخاذ الإجراءات الجزائية ، حيث يتم تقسيم شاشة عرض الصورة بكل مكان إلى أربعة أقسام ، القسم الأول : لعرض منظر شامل في كل اتجاه للقاعة التي يوجد بها المحاكمة ، والقسمين الثاني والثالث: لعرض صورة المكانين الآخرين المتصلين بقاعة المحاكمة التي يوجد بهما المتهم أو الشهود ، والقسم الرابع والأخير من شاشة العرض : يوفر الانتقال الآلي لصورة وصوت الشخص الذي يتحدث الأمر الذي يعمل على سهولة الاتصال بين جميع الأطراف في المحاكمة .

المطلب الرابع: ضمانات استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية

نص المشرع في القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 على مجموعة الضمانات التي تجعل من الاعتماد على تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية وسيلة مضمونة في التعبير حقيقة عما تضمنته من معطيات لم يلحقها تعديل أو تغيير أثناء إرسالها أو استقبالها أو تفريغها أو حفظها ، أي أنها تماثل عما تم في الواقع، الأمر الذي يكون له الأثر في حجية هذه المعطيات كدليل أمام الجهة المختصة بالتحقيق أو المحاكمة (218).

وتتنوع ضمانات استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية بين ضمانات الحماية التقنية لأمن المعلومات، وبين الحماية الجزائية، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً : ضمانات الحماية التقنية لأمن المعلومات :

نصت المادة (9) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 على أنه "تخضع تقنية الاتصال عن بعد المنصوص عليها في هذا القانون للوائح وسياسات أمن المعلومات المعتمدة في الدولة"

218- أحمد، خالد حسن : الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، 2018 ، ص 15.

فاستخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية يجعلها عرضة للعديد من المخاطر التي تهدد أمن المعلومات ويخل بثقة المتقاضين بهذه الوسيلة، الأمر الذي جعل المشرع يقرر ضرورة توفير التدابير اللازمة لحماية هذه التقنية، والتي تستهدف حماية النظام الإلكتروني من أي اعتداء على أنظمة المعلومات الخاصة به (219).

وقد صدر في هذا الشأن قرار مجلس الوزراء رقم (21) لسنة 2013 بشأن لائحة أمن المعلومات في الجهات الاتحادية والذي تضمن النص على الضمانات الآتية:

1- تشفير الإجراءات الجزائية عن بعد: عرفت المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم (21) لسنة 2013 التشفير بأنه "طريقة أمنية تهدف إلى حماية المعلومات أيّاً كان نوعها، من خلال ترميز تلك المعلومات وتحويلها إلى رموز غير مفهومة، لمنع الأشخاص غير المرخص لهم من الاطلاع عليها أو فهمها، بحيث يحتاج فك تلك الرموز إلى مفتاح"

فتقنية التشفير تعمل على تغيير لشكل المعلومات من صورة لأخرى بحيث يختفي شكلها الحقيقي ولا يمكن إعادتها لأصلها إلا من خلال مفتاح معين يعلمه فقط صاحب الحق في الاطلاع على الوثيقة التي بها المعلومات المراد حمايتها (220).

وقد نصت المادة (12) من القرار المشار إليه على أنه "أولاً: تلتزم الوحدة المختصة بتشفير البيانات في الجهة الاتحادية بما يلي:

1. أن توفر أكبر قدر من الحماية للمعلومات المصنفة والحساسة والسرية عن طريق الاستخدام الفعال لتشفير البيانات.

2. أن توفر تدابير التشفير المناسبة لأي بيانات مرسلة عبر شبكات الغير، وشبكات الاتصال العامة الأساسية.

219- فتيحة، يوسف و بوعزة، هداية: الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الإلكتروني مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 4 العدد 4، 2018، ص23.

220- حجازي، عبد الفتاح بيومي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،

2002، ص 311

3. أن تقوم بتشفير وحماية البيانات السرية المنقولة على وسائط التخزين الثابتة المقروءة في جهاز الحاسوب .

ثانياً : يلتزم المستخدم فيما يتعلق بتشفير البيانات بما يلي :

1. استخدام الخوارزميات المثبتة والقياسية التي تقوم الوحدة المختصة بإعدادها على أجهزة الحاسوب الخاصة بهم كأساس لتقنيات التشفير .

2. عدم استخدام وسائل التشفير التي لم تتم مراجعتها والموافقة عليها من قبل الوحدة المختصة في الجهة الاتحادية .

3. تشفير كافة البيانات الحساسة أو السرية الموجودة عن تخزينها أو إرسالها .

4. سرية الإجراءات الجزائية عن بعد: بغرض حفظ البيانات والمعلومات المتعلقة بالإجراءات الجزائية التي تمت عبر تقنية الاتصال عن بعد حتى يسهل استرجاعها والاعتماد عليها كدليل في الدعوى الجزائية ، أوجب المادة (8) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 تسجيل هذه الإجراءات عن بعد وحفظها، وأن يكون لها صفة السرية ، حيث حظرت تداولها أو الاطلاع عليها أو الحصول على نسخة منها إلا بإذن من النيابة العامة إذا كانت الدعوى الجزائية ما زالت في مرحلة التحقيق الابتدائي، أو بإذن من المحكمة إذا تم إحالة الدعوى الجزائية إليها .

كما أجازت المادة (10) من ذات القانون للجهة المختصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق النهائي أن تأذن بتفريغ الإجراءات الجزائية عن بعد في محاضر أو مستندات سواء كانت ورقية أم إلكترونية

كما نصت المادة (16) من قرار مجلس الوزراء رقم (21) لسنة 2013 على أنه "يجب عند تخزين المعلومات والبيانات الرسمية في الوسائل الخارجية لتخزين البيانات الالتزام بما يلي:

1. أن يكون الغرض من التخزين هو حفظ بيانات ومعلومات الجهة الاتحادية وفي السياق العادي للأعمال اليومية.

2. ألا يقوم باستخدام الوسائل الخارجية لتخزين البيانات إلا بعد الحصول على موافقة الوحدة المختصة وألا يقوم بنقل البيانات والمعلومات المخزنة على هذه الوسائل إلى أي جهة خارجية بدون موافقة السلطة المختصة بالجهة الاتحادية حسب الاجراءات المعمول بها في كل الجهات الاتحادية .

3. أن يتم فحص الوسائل الخارجية لتخزين البيانات المسموح باستخدامها من قبل الجهة الاتحادية ، وأن يتم التأكد من عدم احتوائها على أية برمجيات خبيثة .

4. يتعين على المستخدم عدم استخدام الوسائل الخارجية لتخزين البيانات التي تحتوي على معلومات شخصية .

5. يتعين على الوحدة المختصة اخطار المستخدمين بوجود فايروس في الوسائل الخارجية لتخزين البيانات وإذا تم اكتشاف مزيد من الفيروسات على الرغم من الاخطار الأول ، فإنه يتعين على الوحدة المختصة منع المستخدم المتسبب من استخدام الوسائل الخارجية لتخزين البيانات نهائياً.

6. يجب على الوحدة المختصة في الجهة الاتحادية القيام بمراجعة منتظمة للوسائل الخارجية لتخزين البيانات المستعملة من قبل المستخدمين للتأكد من التزامه بالشروط اللازمة".

ثالثاً : ضمانات الحماية الجزائية للإجراءات عن بعد:

تعد الحماية الجزائية من أهم صور الحماية القانونية والتي يلجأ إليها المشرع حينما يقدر عدم كفاية صور الحماية الأخرى، وقد قرر المشرع حماية جزائية للإجراءات التي تتم عن بعد يمكن إجمالها في الآتي:

1- تجريم إفشاء أسرار التحقيقات التي تتم عن بعد أو نشرها: تنص المادة (379) من قانون العقوبات الاتحادي المعدلة بموجب المرسوم بقانون اتحادي على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فأفشاء

في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنين إذا كان الجاني موظفًا عامًا أو مكلفًا بخدمة عامة واستودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته".

وحيث أن المادة (8) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 أصبحت صفة السرية على ما تم تسجيله وحفظه من الإجراءات التي تمت عن بعد ، ومن ثم تتوافر جريمة إفشاء الأسرار في حق كل شخص ينطبق عليه وصف الأمين علي الإجراءات التي تمت عن بعد وقام بتداولها أو نسخها من النظام المعلوماتي الإلكتروني دون الحصول على إذن من الجهة المختصة.

كما عاقب المشرع أيضا على نشر أية أخبار أو وثيقة تتعلق بالإجراءات الجزائية التي تمت عن بعد، حيث تنص المادة (264) من قانون العقوبات الاتحادي المعدلة بموجب المرسوم بقانون اتحادي على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بالغرامة، كل من نشر بإحدى طرق العلانية: 1- أخباراً في شأن تحقيق قائم في جريمة أو وثيقة من وثائق هذا التحقيق، إذا كانت سلطة التحقيق قد حظرت إذاعة شيء منه.....".

2- جرائم تقنية المعلومات: تخضع الإجراءات الجزائية التي تتم عبر تقنية الاتصال عن بعد للحماية بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات حيث عرفت المادة الأولى منه وسيلة تقنية المعلومات بأنها " أي أداة الكترونية مغناطيسية، بصرية، كهروكيميائية، أو أي أداة أخرى تستخدم لمعالجة البيانات الإلكترونية وأداء العمليات المنطقية والحسابية، أو الوظائف التخزينية، ويشمل أي وسيلة موصلة أو مرتبطة بشكل مباشر، تتيح لهذه الوسيلة تخزين المعلومات الإلكترونية أو إيصالها للآخرين". كما عرفت المادة الأولى كذلك المستند الإلكتروني بأنه " سجل أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخة أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة الكترونية على وسيط" وأيضا المعلومات

الإلكترونية بأنها " أي معلومات يمكن تخزينها ومعالجتها وتوليدها ونقلها بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها".

وقد تضمن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات تجريم العديد من الأفعال التي تمثل اعتداء على المعلومات والمستندات الإلكترونية والتي من ضمنها الإجراءات التي تتم عن بعد ، وتتمثل أهم صور الاعتداء في جرائم الدخول إلى وسيلة تقنية معلومات بدون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح أو بالبقاء فيه بصورة غير مشروعة وأيضا جريمة تزوير المستندات الإلكترونية ، وكذلك جريمة إدخال برنامج معلوماتي يضر بإحدى وسائل تقنية المعلومات(221) .

المبحث الثاني: مباشرة الإجراءات الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بعد

تمهيد وتقسيم :

تضمن القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 في شأن استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية والقرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الاجراءات الجزائية ، مجموعة من القواعد التي يجب مراعاتها عند مباشرة التحقيق الابتدائي والمحاكمة الجزائية باستخدام هذه التقنية .

ومن ثم سيتم تقسيم هذا المبحث وفق الآتي :

المطلب الأول : قواعد مباشرة التحقيق الابتدائي باستخدام تقنية الاتصال عن بعد

المطلب الثاني : قواعد مباشرة المحاكمة باستخدام تقنية الاتصال عن بعد .

221- انظر في شأن جرائم تقنية المعلومات الموافي ، عبد الرازق : شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة " المرسوم بقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012 " ، الكتاب الأول ، معهد دبي القضائي ، سلسلة الدراسات والبحوث القانونية والقضائية العلمية المحكمة، 2014 . العوضي ، ماهر سلامة العوضي : أحكام جرائم التزوير التقليدي والإلكتروني ، محاكم دبي ، سلسلة مؤلفات رجال القضاء والعدالة ، 2015 .

المطلب الأول: قواعد مباشرة التحقيق الابتدائي باستخدام تقنية الاتصال عن بعد

عند مباشرة التحقيق الابتدائي باستخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية توجد مجموعة من القواعد التي يجب مراعاتها والتي يمكن إجمالها في الآتي:

أولاً : تدوين وقائع وإجراءات التحقيق عن بعد :

أكدت المادة الخامسة من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 على ضرورة تدوين جميع إجراءات التحقيق التي تمت باستخدام تقنية الاتصال عن بعد حتى يمكن إثبات حصول الإجراء، حيث يجب تسجيل وقائع جلسة التحقيق بمستند أو سجل إلكتروني⁽²²²⁾.

كما اشترط القرار المشار إليه ضرورة استعانة عضو النيابة العامة بأحد الكتاب الذي يتولى تدوين وقائع وإجراءات التحقيق إلكترونياً ، ويتم التوقيع الإلكتروني من عضو النيابة العامة والكاتب على كل صفحة من محضر التحقيق الإلكتروني ، والعلّة من هذا الاشتراط أن يتفرغ عضو النيابة العامة للجانب الفني في التحقيق وأن يتحرى صحته القانونية دون أن ينشغل بالتدوين⁽²²³⁾ ، ولا يلزم تحليف الكاتب اليمين قبل كل تحقيق إذا كان من الكتاب المعيّنين في النيابة العامة حيث قضى بأنه " وحيث إنه عن الدفع باستبدال أميناً للسر بآخر في تحقيقات النيابة العامة دون إثبات اسمه وتحليفه اليمين القانونية فهو في غير محله إذ إن البين من التحقيقات أن من استكمل التحقيق هو أمين للسر آخر من بين أمناء السر المحددين قانوناً في النيابة المختصة بالتحقيق ومن ثم فإن عدم إثبات اسمه لا يبطل التحقيق وهو سهو وتحليفه عند كل تحقيق ليس بلامر إذ إنه حلف اليمين في بداية استلامه العمل كما وأن الدفاع لم ينازع في أن التحقيق تم بمعرفة النيابة العامة وأن عضو النيابة المختصة استصحب معه كاتباً قام

222- عرفت المادة الأولى من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 المستند أو السجل بأنه " سجل أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراج أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه".

223- حسني، محمود نجيب : مرجع سابق، ص576

بتدوين التحقيق ... ومن ثم فإن المحكمة تعتبر كل ما تم في التحقيق من إجراءات هي إجراءات قانونية" (224) .

ويحدد عضو النيابة العامة المختص الذي يباشر التحقيق تاريخ وساعة نظره بدقة، ويباشر إجراءات التحقيق بكاملها عبر تقنية الاتصال عن بعد في الوقت المحدد، ويقوم كاتب النيابة العامة المختص قبل تاريخ جلسة التحقيق إعلان من سيتم استجوابه أو سؤاله إلكترونياً بتاريخ وساعة التحقيق عن بعد، كما يتولى الموظف التقني عملية تحضير الأجهزة المستخدمة في التحقيق عن بعد قبل بدء الجلسة تحضيراً جيداً، ويجب عليه التعامل السريع في حالات الانقطاع أو الخلل الفني إذا ما وقع أي منهما أثناء سير جلسة(225).

كما يتم إثبات بيانات من يتم استجوابه أو سؤاله، ويوقع إلكترونياً على محضر التحقيق أو يذكر امتناعه عن التوقيع (226) .

ثانياً : سؤال المجني عليهم والشهود أو ندب الخبراء والمتجرمين:

عند قيام عضو النيابة العامة بسؤال المجني عليهم والشهود أو ندب الخبراء أو المتجرمين باستخدام تقنية الاتصال عن بعد يجب مراعاة الأمور الآتية:

- بشأن سؤال المجني عليهم والشهود:

نصت الفقرة (3)/(د) من المادة (5) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 على أنه:

3- في حالة استخدام تقنيات الاتصال عن بعد في مباشرة التحقيق، يجب الالتزام بما يأتي:

224- نقض مصري الطعن رقم 32919 لسنة 83 جلسة 6/01/2015 منشور بموقع محكمة النقض المصرية

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111237812&&ja=77531

225- المادة (5) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

226- المرجع السابق .

د- يتم تحليف المجني عليهم والشهود والخبراء والمترجمين، اليمين القانونية وفق الضوابط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (91) والمادة (97) من القانون".

فيجب على عضو النيابة العامة أن يقوم بتحليف المجني عليه اليمين القانونية ونرى أن يتم ذلك عند سؤال المجني كشاهد كضمانة للمتهم المشهود ضده، فقد قضى بأنه " تحليف المدعي بالحقوق المدنية لليمين لم يشرع حماية لهذا المدعي لا بوصفه شاهداً ولا بوصفه مدعياً وإنما شرع ضمانته للمتهم المشهود ضده"(227) .

وقضى أيضاً " استحلاف الشاهد في الحالة التي يوجب فيها القانون الحلف هو من الضمانات التي شرعت لمصلحة المتهم (228) " .

ويجب أيضاً على عضو النيابة العامة قبل سماع شهادة الشاهد الذي أتم خمس عشرة سنة أن يقوم بتحليفه يمينا بأن يشهد بالحق كل الحق ولا شيء غير الحق، ويجوز سماع من لم يتم السن المذكورة على سبيل الاستئناس بغير يمين.

- بشأن ندب الخبراء والمترجمين:

وبشأن الخبير غير المقيد اسمه في جدول الخبراء الذي يندبه عضو النيابة العامة فيجب تحليفه اليمين القانون قبل أدائه لمهمته بأن يؤدي عمله بالصدق والامانة.

وإذا كان المتهم أو المجني عليه أو الشاهد أو غيرهم ممن ترى النيابة العامة سماع أقوالهم يجهل اللغة العربية فيجب على عضو النيابة العامة أن يستعين بمترجم مع إتباع الإجراءات الآتية(229) :

227- نقض مصري الطعن رقم 79 لسنة 23 جلسة 30/03/1953 س 4 ع 2 ص 662 ق 240 منشور بموقع محكمة النقض المصرية .

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111158376&&ja=57220

228- اتحادية عليا طعن جزائي رقم 293 و 309 لسنة 2012 صادر بتاريخ 2012/2/21. منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية

<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html> 229- المادة (13) من القرار

الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

229- المادة (13) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

1- يحدد الأمر الصادر بالاستعانة بمترجم تاريخ الجلسة ويخطر بها المترجم والخصوم، والشهود بحسب الأحوال.

2- على المترجم الاستعداد التقني اللازم واستخدام الأجهزة التي تمكنه من التواصل مع النيابة العامة، بحيث يكون الصوت والصورة في وضوح كامل، حتى يتمكن من سماع ورؤية المتهم أو الخصم أو الشاهد الذي يترجم أقواله أو دفاعه.

3- يتم تحليف المترجم اليمين القانونية بأن يؤدي مهنته بالأمانة والصدق ما لم يكن قد حلفها من قبل تعيينه أو الترخيص له بمزاولة مهنة الترجمة(230).

4- يتم تسجيل وقائع الجلسة إلكترونياً.

ويجب على كاتب النيابة العامة المختص قبل تاريخ جلسة التحقيق إعلان من سيتم سؤاله إلكترونياً بتاريخ وساعة التحقيق عن بعد، كما يتولى الموظف التقني عملية تحضير الأجهزة المستخدمة في التحقيق عن بعد قبل بدء الجلسة تحضيراً جيداً، ويجب عليه التعامل السريع في حالات الانقطاع أو الخلل الفني إذا ما وقع أي منهما أثناء سير جلسة التحقيق(231).

ثالثاً: استجواب المتهم :

عند قيام عضو النيابة العامة بإجراء استجواب المتهم باستخدام تقنية الاتصال عن بعد يجب مراعاة الأمور الآتية (232):

1- التزام المتهم بالحضور عن بعد جلسة التحقيق معه :

إذا كان المتهم مقبوضاً عليه فلا يقبل حضوره شخصياً ويجب عليه الحضور عن بعد جلسة التحقيق المحددة له باستخدام تقنية الاتصال عن بعد ، ويجوز له الاعتراض على استجوابه أمام النيابة العامة بواسطة تقنية الاتصال عن بعد، ولعضو النيابة العامة البت في طلبه بالقبول أو الرفض .

230- اتفاقية عليا طعن جزائي رقم 80 لسنة 2015 صادر بتاريخ 2015/4/13 . منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية <https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

231- المادة (5) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

232- المادة (6) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

غير أنه إذا كان المتهم غير مقبوض عليه ولا تتوفر له أجهزة ووسائل الاتصال عن بعد، فيلتزم في هذه الحالة بالحضور شخصياً أمام النيابة العامة في الجلسة المحددة له لاستجوابه

2- حضور محامي المتهم :

وفقاً للمادة (7) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 يجوز لمحامي المتهم التي تتم في مواجهته الإجراءات الجزائية وفق تقنية الاتصال عن بعد مقابلة موكله أو الحضور معه أثناء إجراءات التحقيق عبر تقنية الاتصال عن بعد، وذلك بعد التنسيق مع النيابة العامة.

ومن ثم في حالة تمسك المتهم عند استجوابه عن طريق تقنية الاتصال عن بعد بحضور محاميه ولم يرى عضو النيابة توافر حالة ضرورة تمنع من حضور المحامي⁽²³³⁾ فإنه يجوز لعضو النيابة تمكينه من الحضور مع المتهم أثناء إجراءات التحقيق عن بعد ، ويجوز ان يكون حضور المحامي من مكان آخر غير المتواجد فيه المتهم، وفي هذه الحالة على محامي المتهم الاستعداد التقني اللازم واستخدام الأجهزة التي تمكنه من التواصل مع موكله ومع عضو النيابة العامة المحقق، بحيث يكون الصوت والصورة في وضوح كامل، على ان يتم ذلك من مكان يليق بهيبة القضاء.

رابعاً : الالتزام بأحكام سرية التحقيق الابتدائي :

يتسم التحقيق الابتدائي الذي تجريه النيابة العامة بالسرية بالنسبة للجمهور⁽²³⁴⁾ أي لا يسمح لهم بحضور إجراءات التحقيق الذي يتم عن بعد ، وتكمن الحكمة في السرية حتى لا يتم التأثير على سير التحقيق وفاعليته ، وأيضاً حرصاً على سمعة المتهم إعمالاً لأصل البراءة⁽²³⁵⁾

²³³- غنام، محمد غنام و قوراري، فتيحة محمد : مرجع سابق، ص 182.

²³⁴- عبد الفتاح ،محمد السعيد: الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الأفق المشرقة ، 2018 ، ص 157.

²³⁵- سرور ، أحمد فتحي: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية – الكتاب الأول - ، دار النهضة العربية ، 2016 ، ص 877 .

غير أن سرية إجراءات التحقيق الابتدائي لا تخل بمبدأ حق المتهم في الاطلاع على الإجراءات التي تتم عن بعد فهي ضمانات هامة لاحترام حق الدفاع حتي يكون على بيينة بالأدلة الموجهة ضده ، فقد نصت الفقرة (3) من المادة (6) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 على أحقية المتهم ووكيله الاطلاع على أقوال المجني عليه والشهود التي تمت عن طريق تقنية الاتصال عن بعد والمثبتة بالمحاضر الإلكترونية.

غير أن المادة (100) من قانون الإجراءات الجزائية قد أجازت لعضو النيابة العامة عدم تمكين محامي المتهم من الاطلاع على أوراق التحقيق وذلك إذا قدر المحقق أن من شأن ذلك عرقلة سير التحقيق والإضرار بالأدلة المستمدة منه (236) .

المطلب الثاني: قواعد مباشرة المحاكمة باستخدام تقنية الاتصال عن بعد

هناك مجموعة من القواعد التي يجب مراعاتها عند مباشرة إجراءات المحاكمة الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بعد، والتي يمكن إجمالها في الآتي :

أولاً : إعلان المتهم بالحضور جلسة المحاكمة عن بعد :

وفقاً للمادة (7) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 يجوز أن يتم إعلان المتهم إلكترونياً بالحضور بجلطة المحاكمة عن بعد ، كما حددت المادة (9) من ذات القرار ضوابط الإعلان الإلكتروني وفقاً للآتي :

1- شروط الإعلان الإلكتروني:

أ- التأكد من أن وسيلة الاتصال بالتقنيات الحديثة- أياً كانت- خاصة بالمتهم .

ب- ان المتهم قد أتم الثامنة عشر من عمره .

ت-أنه ليس لمستلم الإعلان الإلكتروني أو لمن يمثله مصلحة ظاهرة تتعارض مع مصلحة المتهم ، ويكون ذلك بسؤاله مباشرة في حالة استخدام المكالمات المسجلة، أو

236- أبو عامر، محمد ذكي : الإجراءات الجنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010، ص 611.

إرسال تنبيه له بذلك في حالة إرسال الإعلان بالبريد الإلكتروني أو عبر الرسائل النصية على الهاتف المحمول.

2- وسائل الإعلان الإلكتروني :

أ- عن طريق البريد الإلكتروني للمعلن اليه، إذا كان مثبتاً بمحضر جمع الاستدالات أو بالتحقيقات، أو سبق للمتهم الإبلاغ به في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، أو عبر الرسائل النصية الهاتفية على الهاتف المحمول، أو الفاكس وفي هذه الحالة يجب حفظ ما يفيد إرسال البريد الإلكتروني أو الرسالة النصية أو الفاكس الى المعلن اليه بملف الدعوى.

ب- عن طريق المكالمات المسجلة الصوتية أو المرئية، وفي هذه الحالة يلتزم القائم بالإعلان بتحرير محضر يُثبت فيه مضمون المكالمة وساعتها وتاريخها وشخص مستلمها، ويكون لهذا المحضر حجته في الإثبات.

ج- بأي وسيلة أخرى من وسائل التقنية الحديثة التي يصدر بتحديد قرار من وزير العدل.

3- بيانات الإعلان الإلكتروني :

يجب أن يشتمل الإعلان الإلكتروني على البيانات المنصوص عليها في الفقرات (أ)، (ب، د، هـ) من البند (1) من المادة (5) من اللائحة التنظيمية للقانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992 بشأن قانون الإجراءات المدنية (237) والتي تتضمن الآتي :

أ- اسم طالب الإعلان ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه، ونسخة ضوئية من هويته، ورقم هاتفه المتحرك ورقم الفاكس وبريده الإلكتروني أو موطنه المختار ومحل عمله واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه ومحل عمله إن كان يعمل لغيره.

237- قرار مجلس الوزراء رقم 57 لسنة 2018 ، الصادر بتاريخ 2018/12/9م والمنشور في الجريدة الرسمية السنة 48 ملحق العدد 643 بتاريخ 2018/12/16م .

ب- اسم المطلوب إعلانه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه أو موطنه المختار فإن لم يكن موطنه معلوماً وقت الإعلان فآخر موطن كان له ومحل عمله، ورقم هاتفه المتحرك ورقم الفاكس وبريده الإلكتروني إن وجد.

د- تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي نفذ فيها الإعلان.

هـ - اسم المحكمة وموضوع الإعلان ورقم الدعوى والجلسة إن وجدت.

4- موعد الإعلان الإلكتروني :

استثنى القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 الإعلان الإلكتروني من مواعيد الإعلان المنصوص عليها في البند (1) من المادة (4) من اللائحة التنظيمية للقانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992 بشأن قانون الإجراءات المدنية والتي تحظر الإعلان قبل الساعة السابعة صباحاً أو بعد الساعة التاسعة مساءً أو في أيام العطلات الرسمية

5- وقت تحقق الإعلان الإلكتروني لآثاره :

يعتبر الإعلان الإلكتروني منتجاً لآثاره وفقاً للآتي:

أ- من تاريخ إرسال البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية الهاتفية.

ب- من تاريخ وصول الفاكس.

ج- من تاريخ تحقق المكالمات المسجلة الصوتية أو المرئية.

ثانياً : الالتزام بأحكام حضور جلسات المحاكمة الجزائية :

1- يتعين حضور المتهم جلسة المحاكمة الجزائية التي تتم عبر تقنية الاتصال عن بعد شخصياً إذا كانت الجريمة المتهم فيها جنائية أو جنحة معاقباً عليها بغير الغرامة ، غير أنه إذا حضر وكيل المتهم أو احد أقاربه أو أصهاره وأبدى عذر في عدم حضور المتهم ، فإذا رأت المحكمة أن العذر مقبول تعين ميعاداً لحضور المتهم أمامها، وعلى النيابة العامة تبليغه بهذا الميعاد (238).

238- تنص المادة (160) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " يجب على المتهم في جنابة أو جنحة معاقباً عليها بغير الغرامة أن يحضر بنفسه، أما في الجنب الأخرى وفي المخالفات فيجوز له

وقضي بأنه " وكان نص المادة 1/160 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " يجب على المتهم في جناية أو جنحة معاقب عليها بغير الغرامة أن يحضر بنفسه " يدل على أن المشرع قد اشترط لاعتبار الحكم حضورياً بالنسبة للجرائم الواردة بهذا النص أن يحضر المتهم بشخصه وليس بوكيل عنه بجلسات المحاكمة التي سمعت فيها المرافعة سواء صدر فيها الحكم أو صدر في جلسة أخرى وإلا كان الحكم غيابياً قابلاً للطعن فيه بطريق المعارضة (239) ."

وقضي أيضاً " وكان الثابت من مطالعة الأوراق أن الواقعة المسندة إلى الطاعن هي جنحة معاقب عليها بغير الغرامة ومن ثم فإنه لا يجوز الحضور عن المتهم بتوكيل وقد حضر الدفاع عن المتهم وأبدى عذراً لمرضه إلا أن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية لم تستجب لهذا العذر وقررت حجز الدعوى للحكم ومن ثم فإن الحكم الصادر في الدعوى يكون في حقيقته غيابياً بالنسبة للمتهم الطاعن " (240).

2- إذا قررت المحكمة حضور المتهم جلسات المحاكمة عن طريق تقنية الاتصال عن بعد وتغيب المتهم عن جلسة من جلسات المرافعة التي اتخذت فيها أحد إجراءات التحقيق النهائي مثل سماع أقوال شاهد أو تم فيها مرافعة النيابة العامة فإن الحكم الصادر في مواجهته يعتبر غيابياً ، حتى ولو حضر المتهم الجلسات الأخرى للمرافعة أو جلسة النطق بالحكم (241) .

أن ينبى عنه وكيلاً لتقديم دفاعه وذلك كله بغير الإخلال بما للمحكمة من الحق في أن تامر بحضوره شخصياً . ومع ذلك يجوز في جميع الأحوال أن يحضر وكيله أو أحد أقاربه أو اصهاره ويبدى عذر المتهم في عدم الحضور، فإذا رأت المحكمة أن العذر مقبول تعين ميعاداً لحضور المتهم أمامها، وعلى النيابة العامة تبليغه بهذا الميعاد " .

239- اتفاقية عليا طعن جزائي رقم 648 لسنة 2018 صادر بتاريخ 2019/1/28 منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية

<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

240- اتفاقية عليا طعن جزائي رقم 171 لسنة 2005 صادر بتاريخ 2005/6/11 . منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية

<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

241- حسني، محمود نجيب :مرجع سابق، ص1044 .

فقد قضى بأنه "المشرع قد كفل حق الدفاع للمتهمين في الجنايات والجناح المعاقب عليها بغير الغرامة بالحضور الشخصي أمام المحكمة التي تنتظر الدعوى وجعل من مواجهة المتهم وتمكينه من إبداء دفاعه بنفسه أمام المحكمة أهم الضمانات التي كفلها الدستور وقررتها التشريعات الإجرائية الجزائية ولا يغني عن ذلك حضور الغير نيابة عنه، ويتعين على المحكمة إن كان محبوساً أن تمكنه من الحضور وتكلفه النيابة العامة بذلك، ولما كانت جلسة المرافعة الأخيرة التي تحجز فيها الدعوى للحكم هي الجلسة التي يتاح للمتهم تقديم حججه بها وتفنيد الأدلة والرد عليها وإبداء طلباته ومن ثم يترتب على عدم تمكين المتهم من الحضور بتلك الجلسة تفويت لحقه في الدفاع وإخلال بإجراءات التقاضي يعيب الحكم ويوجب نقضه". (242)

3- إذا رفعت الدعوى الجزائية على أكثر من متهم عن واقعة واحدة، وكان بعضهم قد حضر أمام المحكمة وفقاً لتقنية الاتصال عن بعد والبعض الآخر لم يحضر وجب على المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية لإعادة إعلان من لم يحضر من الغائبين، ويعتبر الحكم في الدعوى حضورياً في حقهم جميعاً، وأيضاً يعتبر الحكم حضورياً في مواجهة المتهم الذي حضر عند النداء على الدعوى وغادر الجلسة بعد ذلك، أو حضر جلسة المحاكمة وتخلف عن الحضور في الجلسات التي تؤجل إليها الدعوى، وعند توافر أي من الحالتين يجب على المحكمة أن تحقق الدعوى أمامها كما لو كان الخصم حاضراً (243). كما أنه لا يترتب على غياب متهم تأخير الحكم في الدعوى الجزائية بالنسبة إلى غيره من المتهمين معه (244).

242- اتحادية عليا الطعن رقم 276 جزائي 2018 صادر بتاريخ 2018/10/15 منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية

<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

243- تنص المادة (189) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "... وإذا رفعت الدعوى على عدة أشخاص عن واقعة واحدة، وكان بعضهم قد حضر أمام المحكمة والبعض الآخر لم يحضر وجب على المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية لإعادة إعلان من لم يحضر من الغائبين، ويعتبر الحكم في الدعوى حضورياً في حقهم جميعاً". كما تنص المادة 190 على أنه من قانون الإجراءات الجزائية "يعتبر الحكم حضورياً بالنسبة إلى كل من يحضر من الخصوم عند النداء على الدعوى ولو غادر الجلسة بعد ذلك أو تخلف عن الحضور في الجلسات التي تؤجل إليها الدعوى". وتنص أيضاً المادة 191 على أنه "في الأحوال المتقدمة التي يعتبر الحكم فيها حضورياً، يجب على المحكمة أن تحقق الدعوى أمامها كما لو كان الخصم حاضراً".

244- المادة (204) من قانون الإجراءات الجزائية

4- إذا كانت الجريمة التي يتم فيها المحاكمة عن بعد جنائية ولم يحضر المتهم التاريخ المحدد للجلسة بعد إعلانه قانوناً بأمر الاحالة وورقة التكليف بالحضور، يكون للمحكمة أن تحكم في غيبته، ويجوز لها أن تؤجل الدعوى وتامر بإعادة تكليفه بالحضور⁽²⁴⁵⁾ وقضي بأنه " الحكم يوصف غيابياً إذا لم يحضر المتهم أياً من جلسات المحاكمة ويعتبر بمثابة الحضور إذا حضر أي جلسة من جلسات المحاكمة وتغيب جلسة المرافعة الأخيرة، أما الحكم الحضورى فهو الحكم الذي يحضر فيه المتهم جلسة المرافعة الأخيرة، وإن تغيب جلسة النطق به، ويترتب على هذا التصنيف أن المشرع لم يجز الطعن على الأحكام الغيابية الصادرة في الجنايات بل يتوجب إعادة المحاكمة فيها، أما الأحكام التي توصف بمثابة الحضورى فيجوز الطعن عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها ويبدأ سريان ميعاد الطعن بالنقض في الأحكام الحضورية في تاريخ صدور الحكم "⁽²⁴⁶⁾.

5- في حالة الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جنائية إذا حضر المحكوم عليه أو قبض عليه، يسقط الحكم الغيابي سواء فيما يتعلق بالعقوبة أو التدابير أو التعويضات، ويعاد نظر الدعوى أمام المحكمة⁽²⁴⁷⁾ . وقد قضي بأنه " الأحكام الصادرة غيابياً بإدانة المتهم في إحدى جرائم الجنايات تسقط تلقائياً بقوة القانون متى قبض على المتهم أو تقدم لتنفيذ الحكم ويعاد محاكمته أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي ويصحى الطعن عليه بالاستئناف أو الطعن ورد على غير محل بسقوطه ويتعين على المحكمة التي تنظر الاستئناف أو الطعن أن تقضي بعدم جوازه "⁽²⁴⁸⁾ .

245- المادة (198) من قانون الإجراءات الجزائية

246- اتحادية عليا الطعن رقم 276 جزائي 2018 صادر بتاريخ 2018/10/15 منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية

<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

247- المادة (203) من قانون الإجراءات الجزائية

248- اتحادية عليا الطعن رقم 6 جزائي 2016 صادر بتاريخ 2016/3/7

6- في حالة صدور حكم غيابي بالإدانة من محكمة الجنايات في جنحة منظورة أمامها فإنه يكون قابل للطعن بالمعارضة (249)، وتتقيد المحكمة في نظر المعارضة بقاعدة ألا يضار طاعن بطعنه (250).

ثالثاً : نظام جلسة المحاكمة عن بعد :

1- الالتزام بأحكام علانية المحاكمة الجزائية:

يجب على المحكمة الجزائية عند استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية سواء في مواجهة المتهم أم الشاهد أم غيرهم أن تلتزم بمبدأ العلانية والذي يعني "تمكين جمهور الناس بغير تمييز من الاطلاع على إجراءات المحاكمة والعلم بها" (251).

غير أن المشرع أجاز للمحكمة أن تقرر سرية المحاكمة مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب، حيث تنص المادة (161) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "يجب أن تكون الجلسة علنية، ويجوز للمحكمة مع ذلك مراعاة للنظام العام، أو محافظة على الآداب، أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سرية أو أن تمنع فئات معينة من الحضور فيها".

وفي جميع الأحوال يجب أن يصدر الحكم في جلسة علنية وفي ذلك تنص المادة (210) من ذات القانون سالف الذكر على أنه "يصدر الحكم في جلسة علنية ولو كانت الدعوى نظرت في جلسة سرية ويجب إثباته في محضر الجلسة وأن يوقعه رئيس المحكمة والكاتب".

2- حق المتهم في الاعتراض على محاكمته عبر تقنية الاتصال عن بعد :

تضمنت المادة (6) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 حق المتهم في الاعتراض على إجراء محاكمته عبر تقنية الاتصال عن بعد وطلب حضوره شخصياً

249- المادة (204) من قانون الإجراءات الجزائية

250- حسني، محمود نجيب :مرجع سابق ، ص 1039 .

251- المرجع السابق ، ص 850 .

أمام المحكمة ، ويجب أن يتم الاعتراض في أول جلسة للمحاكمة ، غير أن هذا الاعتراض غير ملزم للمحكمة فهي التي تقدر السير في المحاكمة عبر هذه التقنية من عدمه ، ويعد حكمها برفض الاعتراض حكم وقتي لا يحوز حجية فلها الرجوع عنه(252) إذا طرأت ظروف تجعل من مبررات استخدام تقنية الاتصال عن بعد غير ضرورية أو غير ملائمة ، وفي حالة قبول اعتراض المتهم على محاكمته عبر تقنية الاتصال عن بعد يجب على المحكمة أن تحدد مكان الدائرة التي سيتم الحضور أمامها وتاريخ الجلسة(253) .

3- تجهيز قاعة المحاكمة عن بعد :

يتم تجهيز المحاكمة عبر تقنية الاتصال عن بعد من خلال الموظف التقني الذي يتولى عملية تحضير الأجهزة المستخدمة في المحاكمة عن بعد قبل بدء الجلسة تحضيراً جيداً، ويجب عليه التعامل السريع في حالات الانقطاع أو الخلل الفني إذا ما وقع أي منهما أثناء سير الجلسة(254) .

4- حضور محامي المتهم :

وفقاً للمادة (7) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 يجوز لمحامي المتهم التي تتم في مواجهته الإجراءات الجزائية وفق تقنية الاتصال عن بعد مقابلة موكله أو الحضور معه أثناء إجراءات المحاكمة عبر تقنية الاتصال عن بعد، وذلك بعد التنسيق مع المحكمة المختصة بنظر الدعوى الجزائية .

وفي حالة حضور المحامي مع المتهم أثناء محاكمته عن بعد، يجب عليه الاستعداد التقني اللازم واستخدام الأجهزة التي تمكنه من التواصل مع المحكمة المختصة بحسب الاحوال، بحيث يكون الصوت والصورة في وضوح كامل، على ان يتم ذلك من مكان

252- المرجع السابق، ص1058

253- المادة (7) فقرة (2) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

254- المادة (7) فقرة (3/ج) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

يليق بهيبة القضاء(255) ،ويقدم محامي المتهم في أثناء جلسة المحاكمة عبر تقنية الاتصال عن بعد ملخص شفاهي لدفعه وطلباته ومرافعاته (256).

5- تدوين محضر جلسة المحاكمة الجزائية التي تتم عبر تقنية الاتصال عن بعد:

يعتبر مبدأ التدوين من المبادئ القضائية المستقرة التي تنظم الأعمال الإجرائية حيث تعد عنصراً شكلياً لا يستقيم الإجراء بدونه كما أنها لازمة لإثبات وجوده والتعرف على فحواه(257) .

وقد نصت المادة (10) من القرار الوزاري 259 لسنة 2019 على أنه:

1- يحضر مع القاضي في المحاكمات عن بعد كاتب يتولى تحرير المحضر إلكترونياً، والتوقيع عليه مع القاضي إلكترونياً، دون حاجة للتوقيع عليه من الخصوم أو وكلائهم.

2- يدون الكاتب ما يمليه عليه القاضي والخصوم.

3- محضر الجلسة الإلكتروني والحكم يكمل كل منهما الآخر في إثبات إجراءات المحاكمة عن بعد.

4- تحفظ المحاضر الإلكترونية بالنظام المعلوماتي الإلكتروني".

5- يجوز نسخ صورة من المحاضر الإلكترونية، والأوراق والمستندات ورقياً، ويعتمدها القاضي المختص، وتحفظ بملف الدعوى الورقي، وتسلم صورة منها معتمدة ومذيلة بخاتم المحكمة الى الخصوم إذا ما طلبوا ذلك.

وقد حرص المشرع في القانون رقم (5) لسنة 2017 التأكيد على أن يكون للتوقيع الإلكتروني وللمستندات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للتوقيع أو للمحررات الورقية

255- المادة (7) فقرة (3/د) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

256- المادة (7) فقرة (3/هـ) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

257- اتفاقية عليا الطعن رقم 111 جزائي 2017 صادر بتاريخ 2017/4/10 . منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية <https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

الرسمية والعرفية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ، متى استوفت الشروط والأحكام المنصوص عليها في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية .

6- تقديم المذكرات والمستندات إلكترونياً أمام المحكمة المختصة : نصت المادة (8) من القرار الوزاري 259 لسنة 2019 على أنه:

1-يجوز للمحامي تقديم مذكراته ومستنداته الإلكترونية لهيئة المحكمة عبر البريد الإلكتروني الرسمي للمحكمة، ويجب عليه التواصل مع أمين السر عبر هذا البريد لتأكيد استلام ما أرسله اليه من مذكرات ومستندات.

2- يتلقى أمين السر طلبات المحامين ومذكراتهم ومستنداتهم الإلكترونية أثناء وبعد الجلسة عن بعد بحسب الأحوال، وذلك عبر البريد الإلكتروني الرسمي للمحكمة المختصة. ويتولى إرسال تلك الملفات إلكترونياً عبر البريد الإلكتروني الى هيئة المحكمة".

7- الاستعانة بمترجم من خلال تقنية الاتصال عن بعد : للمحكمة أن تستعين بمترجم من المعيّنين أو المرخص لهم من وزارة العدل أو السلطة المختصة كما لها الاستعانة بمترجم من أي جهة أخرى إذا كان أحد الخصوم أو الشهود من جنسية غير عربية ،وذلك من خلال تقنية الاتصال عن بعد، وفي هذه الحالة تتبع الإجراءات الآتية(258):

1- يحدد الأمر الصادر بالاستعانة بمترجم تاريخ الجلسة ويخطر بها المترجم والخصوم، والشهود بحسب الأحوال.

2- على المترجم الاستعداد التقني اللازم واستخدام الأجهزة التي تمكنه من التواصل مع المحكمة المختصة بحسب الأحوال، بحيث يكون الصوت والصورة في وضوح كامل، حتى يتمكن من سماع ورؤية المتهم أو الخصم أو الشاهد الذي يترجم أقواله أو دفاعه.

3- يتم تحليف المترجم اليمين القانونية وفقاً للقانون.

4- يتم تسجيل وقائع الجلسة إلكترونياً.

258- المادة (13) من القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 .

رابعاً : صدور الحكم في المحاكمة عن بعد :

1- المداولة:

يقصد بالمداولة "إبداء كل من القضاة الذين سمعوا المرافعة رأيهم فيما قدم في الدعوى من طلبات ودفعات وأوجه دفاع وما ساند ذلك كله من حجج وأدلة، والتشاور فيما يجب الحكم به بلوغاً لوجه الحق، وإعمالاً للقواعد القانونية واجبة التطبيق، ويجب أن تتم هذه المداولة بين قضاة الهيئة التي سمعت المرافعة مجتمعين، ولا يصح استطلاع رأي كل منهم على انفراد، ولو كان قد عكف منفرداً على دراسة أوراق القضية، لأن في اجتماعهم مجابهة الحجة، مما قد يؤدي إلى تغيير وجه الرأي في الدعوى بعد المداولة"⁽²⁵⁹⁾.

وتفترض المداولة تعدد القضاة الذين يشكلون المحكمة وهدف المشرع من النص عليها أن يكون صدور الأحكام حصيلة تبادل آراء وخبرات جميع أعضاء المحكمة ، كما يشترط سرية المداولة أي: تكون قاصرة على القضاة الذين تتشكل منهم المحكمة وعدم نشر تفاصيل ما تم في المداولة وذلك لكفالة حرية القضاة بأن يدلوا بأرائهم بحرية تامة دون خشية من تعليق من الخصوم أو الرأي العام (260) .

ووفقاً للمادة (218) من قانون الإجراءات جزائية تصدر الأحكام بأغلبية الآراء فيما عدا الأحكام الصادرة بالإعدام فيجب أن تصدر بإجماع الآراء وعند عدم تحققه تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة السجن المؤبد.

وفي المحاكمة باستخدام تقنية الاتصال عن بعد حرص القرار 259 لسنة 2019 التأكيد على وجوب المداولة حيث نصت المادة (14) على أنه "... تكون المداولة في المحاكمات عن بعد، بين القضاة الذين سمعوا المرافعة مجتمعين سرية، وذلك عن

259- اتفاقية عليا الطعن رقم 4 لسنة 2016 تظلم أعضاء السلطة القضائية صادر بتاريخ 2016/6/28 . منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية

<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

260- حسني، محمود نجيب: مرجع سابق، ص1068.

طريق موقع إلكتروني مؤمن خاص توفره المحكمة، ولا يجوز لغيرهم الولوج أو الدخول عليه".

2- تحرير الحكم :

يعد تحرير الحكم تطبيقاً للمبدأ العام الذي يحكم الإجراءات الجزائية وهو التدوين ذلك أن الأحكام القضائية بحسب طبيعتها تقرر حقوقاً وتضع حداً للمنازعات ومن ثم ينبغي أن تكون مكتوبة أياً كانت وسيلة هذه الكتابة حيث تعد الكتابة عنصراً شكلياً لا يستقيم الحكم بدونه كما أنها لازمة لإثبات وجوده والتعرف على فحواه ونطاقه⁽²⁶¹⁾. وقد نصت المادة 219 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "يجب على المحكمة عند النطق بالحكم أن تودع قلم كتاب المحكمة مسودته المشتعلة على أسبابه وموقعها عليها من الرئيس والقضاء ويوقع على نسخة الحكم الأصلية في أقرب وقت رئيس المحكمة وكتبتها".

وقد قضى بأنه "يشترط لسلامة الحكم أن تجتمع له مسودة ونسخة أصلية لا يغني وجود إحداها عن وجود الأخرى، ومسودة الحكم المشتعلة على أسبابه ومنطوقه والموقعة من القضاة الذين شاركوا في إصداره وتودع ملف الدعوى عند النطق به لا تعدو أن تكون ورقة لتحضيره ولا تغني عن أصل الحكم شيئاً لأن العبرة في الأحكام هي بنسخة الحكم الأصلية التي يحررها الكاتب وتحمل توقيع وتوقيع رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم باعتبارها أصل ورقة الحكم التي تعد الدليل الوحيد على وجوده على الوجه الذي صدر به وبناء على الأسباب التي أقيم عليها والمرجع في أخذ الصورة التنفيذية وغيرها من الصور وأن افتقار الحكم لهذه النسخة الأصلية يربط بطلانه بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام⁽²⁶²⁾ "

261- اتحادية عليا الطعن رقم 11 لسنة 2017 جزائي صادر بتاريخ 2017/4/10 . منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية <https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

262- اتحادية عليا الطعن رقم 735 لسنة 2017 جزائي صادر بتاريخ 2018/1/9 . منشور بموقع وزارة العدل الإماراتية <https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

وفي المحاكمة باستخدام تقنية الاتصال عن بعد فقد أكد القرار 259 لسنة 2019

على وجوب تحرير الحكم حيث نصت المادة (15) على أنه:

"1- في المحاكمات عن بعد، تودع المحكمة الجزائية مسودته الإلكترونية مشتملاً على وقائع الدعوى وأسبابها ومنطوقها، وتكون مسودة الحكم الإلكترونية موقعاً عليها إلكترونياً من الرئيس والقضاة.

2- يُرسل الرئيس الى قلم كتاب المحكمة عند النطق بالحكم مسودة الحكم الإلكتروني عن طريق النظام المعلوماتي الإلكتروني المؤمن، ويوقع الرئيس والكاتب في أقرب وقت على نسخة الحكم الأصلية، سواء كانت ورقية أو إلكترونية.

3- استثناء من أحكام البند (1) من هذه المادة، يجوز ان تُوقع نسخة الحكم الإلكترونية يدوياً، إذا رأى الرئيس ضرورة لذلك.

4- يُثبت الرئيس والقضاة توقيعاتهم الإلكترونية في أول كل عام قضائي، وتُحفظ في النظام المعلوماتي الإلكتروني.

5- يجوز للخصوم ووكلائهم ان يستخرجوا صور من نسخة الحكم الإلكترونية بعد أداء الرسوم المقررة".

خاتمة البحث

أولاً: نتائج البحث:

حاولنا في هذا البحث طرح بعض الأفكار المتعلقة بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017 في شأن استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية حيث توصلنا للنتائج الآتية:

1- لم يقصر القانون استخدام تقنية الاتصال عن بُعد على إجراء معين من الإجراءات الجزائية بل ترك للجهة المختصة باستقصاء الجرائم وجمع الأدلة أو التحقيق أو المحاكمة أن تقوم بالإجراء المناسب عن طريق تقنية الاتصال عن بُعد، فالأمر يخضع للسلطة التقديرية لهذه الجهة فهي وحدها التي تقرر مدى الحاجة إلى استخدام هذه التقنية بما يحقق سهولة إجراءات الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة.

2- الحرص على التأكيد أن استخدام تقنية الاتصال عن بُعد في الإجراءات الجزائية لا يمكن أن تتعارض مع المبادئ الأساسية التي تحكم المحاكمات الجزائية وهي العلانية والمواجهة والتدوين.

3- النص على مجموعة الضمانات التي تجعل من الاعتماد على تقنية الاتصال عن بُعد في الإجراءات الجزائية وسيلة مضمونة في التعبير حقيقة عما تضمنته من معطيات لم يلحقها تعديل أو تغيير أثناء إرسالها أو استقبالها أو تفريغها أو حفظها ، أي أنها تماثل عما تم في الواقع .

4- أصدر المشرع الإماراتي القرار الوزاري رقم 259 لسنة 2019 الذي تضمن مجموعة من القواعد التي يجب مراعاتها عند مباشرة التحقيق الابتدائي والمحاكمة الجزائية باستخدام تقنية الاتصال عن بُعد.

ثانياً: توصيات البحث :

بناء على ما سبق نرى التوصية بتعديل القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2017م لكي يتضمن النقاط الآتية :

أولاً: النص على وجوب استخدام تقنية الاتصال عن بُعد في الإجراءات الجزائية لحماية الشهود والضحايا والخبراء بأن يتم سماع شهادتهم عبر هذه التقنية من خلال تمويه الصوت والوجه وسرية البيانات التفصيلية لهم في حالة تعرضهم لخطر الاعتداء على حياتهم إذا تم الكشف عن مكان تواجدهم وخاصة في الجرائم التي ترتكبها عصابات الإجرام المنظم مثل جرائم الإتجار بالبشر أو جرائم الإرهاب.

ثانياً : تعديل المادة (12) لكي تتضمن الجرائم التي يجب على الجهة المختصة مراعاتها عند اتخاذ الإجراءات الجزائية عن بعد مع الطفل بأن يكون ذلك في الجرائم الواقعة على العرض حتى يتم تجنيبه الاتصال المباشر مع المتهم والألم النفسي الذي قد يتعرض له .

ثالثاً : تعديل المادة (8) بالنص على مدة الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني الذي يتضمن الإجراءات الجزائية التي تمت عن بعد بأن يكون ذلك لمدة خمس سنوات من تاريخ انقضاء الدعوى الجزائية .

رابعاً: إضافة مادة تتضمن تجريم خاص لنشر محتوى السجل الإلكتروني للإجراءات الجزائية التي تمت عن بعد وعدم الاكتفاء بالتجريم الوارد في قانون العقوبات أو في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث يكون من شأن ذلك مراعاة لخصوصية الأفعال المكونة لهذه الجريمة، كاستعمال هذا السجل من قبل الشخص الذي يحوزه مع علمه بانتهاء مدة صلاحيته.

خامساً : تعديل نص المادة (5) والتي أجازت اتخاذ الإجراءات عن بعد خارج دائرة الإمارة المختصة وذلك بالتنسيق مع الجهة المختصة إذا وجد فيها من يراد اتخاذ الإجراء معه ، وذلك بإضافة الشروط المتعلقة بضرورة توافر الإمكانيات والوسائل الفنية لاستخدام تقنية الاتصال عن بعد لدى الإمارة المطلوب منها التنفيذ وأنه في حالة عدم توافر هذه الإمكانيات فإنه يجوز توفيرها بمعرفة الإمارة الطالبة ، وأيضا النص على وجود عضو قضائي من الإمارة المطلوب منها التنفيذ لكي يحضر بصفة مراقب للإجراء الذي يتم عبر تقنية الاتصال عن بعد للتأكد من صحة الشخص المطلوب سماعه ، وأيضا عدم مخالفة القوانين الصادرة في الإمارة .

قائمة المراجع

- سرور، أحمد فتحي: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية – الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، 2016
- فاضل ، أسعد : التقاضي عن بعد دراسة قانونية ، جامعة القادسية ، كلية القانون ، 2014 .
- الشرعة، حازم محمد : التقاضي والمحاكم الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2010.
- أحمد، خالد حسن : الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، 2018 .
- عبد الوهاب، رامي متولي: حماية الشهود في القانون الجنائي ، مجلة الفكر الشرطي ، المجلد الرابع والعشرون ، العدد (95) أكتوبر 2015م .
- شديفات ،صفوان محمد :التحقيق والمحاكمة الجزائية عن بعد عبر تقنية Videoconference ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ،المجلد 42، العدد 1، 2015.
- العارف ،طایل محمود : حماية الشهود أمام القضاء الجنائي " دراسة مقارنة " ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد 15 ، العدد 1 ، يونية 2018م .
- يحيى ،عادل : التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد - دراسة تحليلية تأصيلية لتقنية ال Video conference في المجال الجنائي ، دار النهضة العربية ، 2006.
- الموافي ،عبد الرازق : شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة " المرسوم بقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012 " ، الكتاب الأول ، معهد دبي القضائي ، سلسلة الدراسات والبحوث القانونية والقضائية العلمية المحكمة ، 2014 .
- عبد المجيد، محمود عبد المجيد: المواجهة الجنائية للفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة والتشريع المصري ، دار نهضة مصر للنشر ، 2015 .
- عبد الحميد ،عمارة: استخدام تقنية المحادثة المرئية عن بعد في التحقيق والمحاكمة الجزائية ، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 10 عدد 3 سبتمبر 2018 السنة العاشرة.
- حجازي ،عبد الفتاح بيومي : النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، 2002 .
- أحمد ،عزت السيد :الثورة التكنولوجية وأثرها في تغير القيم ، مجلة جامعة دمشق ،المجلد 29، العدد 4 2013.
- مصبح ،عمرو عبد المجيد : ضمانات المحاكمة العادلة على ضوء اعتماد تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجنائية في دولة الإمارات " دراسة مقارنة" ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة السادسة – العدد 4 ، ديسمبر 2018.
- غنام ،محمد غنام و قوراري، فتيحة محمد: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الآفاق المشرقة ، 2017 .

- عبد الستار، فوزية: شرح قانون الإجراءات المدنية ، دار النهضة العربية ، 2010
- الألفي، محمد محمد : المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول ، بحث مقدم لمؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس بعنوان " الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية " ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، دبي – دولة الإمارات العربية المتحدة 9-12 ديسمبر 2007 م
- عبد الفتاح ، محمد السعيد: الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الآفاق المشرقة ، 2018 .
- العوضي، ماهر سلامة : أحكام جرائم التزوير التقليدي والإلكتروني ، محاكم دبي ، سلسلة مؤلفات رجال القضاء والعدالة ، 2015 .
- أبو عامر، محمد ذكي : الإجراءات الجنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010
- محمود نجيب حسني :شرح قانون الإجراءات الجنائية "تفقيح فوزية عبد الستار"، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، 2016 .
- حسنية، محي الدين : سماع الشهود عن طريق المحادثة المرئية عن بعد بين الحق في الحماية وحقوق الدفاع ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، المجلد الخامس ، العدد الثاني .
- الجلا، نهى :المحكمة الالكترونية ،بحث منشور في مجلة المعلوماتية السورية ، السنة الخامسة ، العدد 47، يناير 2010 .
- فتيحة، يوسف و بوعزة ،هداية :الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الالكتروني مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، المجلد 4 العدد 4 ، 2018.

- الأحكام القضائية :

أحكام المحكمة الاتحادية العليا المنشورة بموقع وزارة العدل الإماراتية.
<https://elaws.moj.gov.ae/mojANGULAR/index.html>

أحكام محكمة النقض المصرية المنشورة بموقع محكمة النقض.
<https://www.cc.gov.eg>

العدل في القرآن الكريم ضوابطه ومعوقاته

دراسة موضوعية

الدكتور علي عبد العزيز سيور

أستاذ مشارك في التفسير وعلوم القرآن
كلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

ملخص البحث

العدل مقصد شرعي وقيمة أخلاقية لا تخضع للزمان ولا للمكان ولا للأشخاص، وإنما هو حجر الرchy الذي تدور حوله الأفكار والأشخاص والهيئات والأمم والجماعات، وأرسل الله الرسل وأنزل معهم الهدايات وحملهم الكتب والرسالات من أجل أن يتعلم الإنسان العدالة ويقوم على تحقيقها، والبحث يستعرض الأساليب التي جاء بها الأمر بالعدل ظاهراً ومؤولاً مرغباً ومرهباً ويصنف مجموعة الضوابط التي تحمل على العدل، ويقسم الضوابط إلى ظاهرة حسية وضوابط باطنة نفسية داخلية، وينبئه إلى العديد من المؤثرات التي تؤثر على تحقيق العدل وهي مؤثرات ظاهرة وأخرى خفية باطنة، وكما أن الإنسان انتبه بعد فترة من ممارسة المهن أنه لا بد من القيمة الأخلاقية في العلاقات والمعاملات، فدعا إلى دراسة مساقات أخلاق المهن سواء أخلاقيات الطب والطبيب وأخلاقيات المهندس وأخلاقيات العامل...فلنحج أحوج إلى مساق العدالة تدرس بضوابطها ومؤثراتها لتظهر آثارها في الفرد والأسرة والمجتمعات من أجل أن تنعم بها الأفراد وأسر والمجتمعات وفق هدي القرآن والسنة.

Research Summary

Justice is a legitimate purpose and a moral value that is not subject to time, place, or people, but rather it is the millstone around which ideas, people, bodies, nations and groups revolve, and God sent messengers and sent with them gifts and carried books and messages with them in order for a person to learn justice and build on its realization, and research reviews the methods that came By ordering justice, outwardly, responsible, desirable and fearful, and classifying the set of controls that bear on justice, dividing the controls into a sensory phenomenon and internal

psychological internal controls, and alerting him to many influences that affect the achievement of justice, which are both visible and hidden influences. Professions that it is necessary to have the moral value in relations and transactions, so he called for the study of professional ethics courses, whether medical and doctor ethics, engineer ethics, and worker ethics ... We are in need of a justice course that studies its controls and influences to show its effects on the individual, family and societies in order for individuals, families and societies to enjoy them According to the guidance of the Qur'an and Sunnah.

المقدمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، سيدنا محمد السيد الكامل، وعلى آله وصحبه ومن والاه.

أما بعد:

فالعدل مقصد شرعي، وقيمة أخلاقية لا تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص، وهو من أعظم الغايات التي جاءت بها الرسل، لتنضبط بها الأفكار والأشخاص والهيئات والأمم والجماعات، قال تعالى: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} [الحديد: 25] يقول تعالى ذكره: "لقد أرسلنا رسلنا بالمفصلات من البيان والدلائل، وأنزلنا معهم الكتاب بالأحكام والشرائع، ليعمل الناس بينهم بالعدل". (263).

وإن أول استفهام تقدمت به الملائكة عندما رأت آدم على صورته الناطقة بين يدي الله أن سألت عن موقفه من الظلم والعدل، من الإصلاح والإفساد، فقالت: {قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ} [البقرة: 30].

"وقول الملائكة هذا ليس على وجه الاعتراض على الله ... وإنما هو سؤال استعلام واستكشاف عن الحكمة في ذلك، يقولون: يا ربنا ما الحكمة في خلق هؤلاء مع أن منهم من يفسد في الأرض ويسفك الدماء، فإن كان المراد عبادتك فنحن نسبح بحمدك ... ولا يصدر منا شيء من ذلك، قال الله تعالى مجيباً لهم عن هذا السؤال: إني أعلم ما لا تعلمون: أي: إني أعلم من المصلحة الراجحة في خلق هذا الصنف على المفسد التي ذكرتموها ما لا تعلمون أنتم، فإني سأجعل فيهم الأنبياء... (264).

(263) انظر: جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ) المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م (23/ 200).

(264) انظر: تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - 1419 هـ، (1/ 124).

من هنا جاء الخبر {وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا} [البقرة: 31] لما في التعلم من فهم لقيمة العدل والقيام بها وخطورة الظلم والابتعاد عنها، فلم يترك الله تعالى الإنسان لنفسه بل أرسل إليه الرسل وأنزل معهم الهدايات وحملهم الإرشادات والكتب من أجل أن يتعلم الإنسان العدالة ويقوم على تحقيقها التي أول مبادئها معرفة التوحيد والبعد عن الشرك: {إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ} [لقمان: 13] وقد استعمل لحمله على القيام بالعدل كل الأساليب، فقد جاء الأمر بالعدل ظاهراً ومؤولاً، مرغباً ومرهباً، ووضع له مجموعة من الضوابط التي تحمل على العدل، واستعمل لذلك الضوابط الظاهرة الحسية والضوابط الباطنة النفسية الداخلية، وكما أمره بالعدل فقد نبهه إلى العديد من المعوقات التي تؤثر على تحقيق العدل، وبين له مجموعة من المعوقات الحسية الظاهرة وأخرى نفسية خفية باطنة، كل ذلك من أجل أن يحقق الإنسان في حياته هذا المطلب وذلك المقصد الشرعي العظيم، لما في تحقيقه من خير يعود على الإنسان فرداً ومجتمعاً.

وأمام كل ذلك جاء الأمر بالعدل صراحة، مثل قوله تعالى: {نَّ اللَّهُ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ} [سورة النحل: 90] وجاء الترغيب به وبيان فضله وأثره وأجر القائم به، والآيات القرآنية التي أمرت بالعدل ورغبت به كثيرة بينت أن الله تعالى يحب العدل وأهل العدل ويجزيهم أجورهم بأحسن جزاء، ويمكن لهم في الأرض، ولم يكتف بهذا الأسلوب من الأمر والترغيب، بل استعمل أسلوب النهي والتحذير من ترك العدل والوقوع في الجور والظلم، والآيات أيضاً في ذلك كثيرة منها ما حرمت الظلم ونهت عنه ونفرت منه وذكرت أن الله لا يحب الظالمين، وأن الظالمين لهم عذاب أليم، وأنه لا يفلح الظالم في العاجل ولا يفلح في الآجل.

وقد مارس النبي صلى الله عليه وسلم العدل في واقع الحياة، واقتدى به أصحابه، والروايات في ذلك كثيرة مشهورة، بعد أن كانت العدالة سلعة تشتري بقوة المال أو بصلة القرابة أو بحد السيف، ولا يخفى ما صار إليه في آخر الزمان من تشوه

هذه القيمة الشرعية في حياة الناس، وأرخى هذا التشوه بظلاله على علاقة الفرد بنفسه وعلاقته مع ربه، ومدى تواصله مع أسرته وبيئته من حوله.

والحقيقة كما أن الإنسان انتبه بعد فترة من ممارسة المهن أنه لا بد من القيمة الأخلاقية في العلاقات والمعاملات، فدعا إلى دراسة مساقات أخلاق المهن، سواء أخلاقيات الطب والطبيب وأخلاقيات المهندس وأخلاقيات العامل، فلنحج أحوج إلى مساق العدالة تدرس بضوابطها ومؤثراتها لتظهر آثارها في الفرد والأسرة والمجتمعات، من أجل أن تنعم بها الأفراد والأسر والمجتمعات، فالعدالة أبعد من أن تنال بقوة لسان أو سنان، وفي الحديث "عن أم سلمة رضي الله عنها: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً، بقوله: فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها" (265). فللعدالة أسس وضوابط ومعوقات ينبغي أن تراعى في العلاقات والحقوق والواجبات، من هنا كانت هذه الدراسة.

أسباب الدراسة:

- أ - بيان أهمية هذه القيمة الشرعية في العلاقات الفردية والأسرية والمجتمعية.
- ب - ذكر الضوابط الظاهرة والباطنة التي تحيط بالعدالة حتى لا يظن الإنسان أن تحقيق الظاهر في العدالة من جهة اكتمال الشهود والكتابة وغيرها كاف في أخذ ما لا يحق له، ولذلك جعل القرآن ضوابط باطنة ينبغي مراعاتها عند تحقيق العدالة.
- ج - الإشارة إلى المعوقات التي قد تحمل الإنسان على الانحراف من العدل إلى الظلم والجور، من أجل الحذر منها، وعدم الاكتفاء بالمعوقات الظاهرة وإنما التنبيه إلى المعوقات الخفية الباطنة التي قد تعيق الإنسان عن تحقيق العدالة.

(265) انظر: صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب: من أقام البيعة بعد اليمين رقم: 2680 (3/180) مسلم، كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، رقم: 1713 (3/1337) (الحن بحجته) أفطن وأفصح ببيان حجته وإظهار أن الحق له: وفي عمدة القاري شرح صحيح البخاري (24/247) قوله: ألحن بحجته يعني: أفطن لها وأجدل. وقال ابن حبيب: أنطق وأقوى ... وقيل: معناه أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج وأهدى لإيرادها ولا يخلطها بغيرها.

د - بيان أن العدالة في الإسلام حقيقة مجردة مطلوبة لذاتها لا تقع تحت أي مؤثر من اللون أو العرق أو القرابة أو العداوة أو غيرها.

هـ - تصحيح كثير من الأدبيات التي أصبحت مسلمة وبدهيات عند كثير من الأفراد والأمم والجماعات وهي: أن الحق لا بد له من قوة، وأن الحق ينتزع ولا يعطى، وما ضاع حق خلفه مطالب (وهي عبارة تستعمل للالاحاح في الطلب من أجل الحصول المطلوب ومن دونه لا يصل الى حقه)...، لبيان أن العدالة في الإسلام تعطى لصاحبها مهما كان ضعيفاً، وهي العبارة التي اختصرها الصديق (رضي الله عنه) من وحي الكتاب وهدى السنة النبوية الشريفة وسيرة سيد الخلق صلى الله عليه وسلم بقوله: " والضعيف فيكم قوي عندي حتى أريح عليه حقه إن شاء الله والقوي فيكم ضعيف حتى أخذ الحق منه إن شاء الله تعالى " (266).

وقد اهتم العلماء بهذا الجانب في القديم والحديث إلا أن عناية العلماء قديماً اتجهت نحو الحديث عن العدالة الإلهية كما ذهب إليه المعتزلة، وأما في الدراسات الحديثة فقد صدرت بعد الكتب التي تعالج موضوع العدالة في الإسلام بشكل عام ومن هذه الدراسات:

- 1 - مفهوم العدل في الاسلام، د. مجيد خذوري، وقد تناول فيه العدل من عناوين مختلفة، العدل السياسي، والعدل في علم الكلام، والعدل الفلسفي، ...
- 2 - المجتمع الإسلامي في ظل العدالة، د. صلاح الدين المنجد، دا رالكتاب الجديد بيروت. وغيرها من الدراسات إلا أنه لم تعمل على الجمع والتقصي لما قمت

(266) انظر: كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المؤلف: علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي (المتوفى: 975هـ)، المحقق: بكرى حياني - صفوة السقا، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الطبعة الخامسة، 1401هـ/1981م. 601/5. رقم 14064 من طريق أنس رضي الله عنه، باب في خلافة الفقهاء. ومعنى أريح: أرد عليه حقه الصحاح للجوهري 368/1.

وانظر: السيرة النبوية لابن هشام، المؤلف: عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: 213هـ)، تحقيق: مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلبي، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثانية، 1375هـ - 1955: 661/2.

به من جمع ضوابط العدل وتقسيمها إلى ظاهرة وباطنة، وبيان المعوقات عن العدل وتقسيمها إلى ظاهرة وباطنة، وقد استعملت من أجل تحقيق ذلك المنهج الاستقرائي والتحليلي عبر جمع الآيات القرآنية وما جاء من كلام إمام المفسرين الطبري وغيره، ومن ثم العمل على ترتيبها وتنظيمها في دراسة تجمع بين الاختصار والإحاطة بعناصر الموضوع، مما يسهل تداولها وضبطها، وقد جاءت الدراسة على بحوث ومطالب وفق الشكل الآتي.

المبحث الأول: مفهوم العدل وأهميته.

المطلب الأول: تعريف العدل في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : أهمية العدل.

المبحث الثاني : طلب العدل وأنواعه.

المطلب الأول: طلب العدل

المطلب الثاني: أنواع العدل.

المبحث الثالث: ضوابط العدل ومعوقاته.

المطلب الأول :ضوابط العدل.

المطلب الثاني: معوقات العدل.

ثم الخاتمة

وفهرس المصادر والمراجع .

المبحث الأول: مفهوم العدل وأهميته.

المطلب الأول: تعريف العدل في اللغة والاصطلاح.

جاء لفظ العدل من حيث اللغة على عدة معاني:

قالوا: "عدل، العدل: ما قام في النفوس أنه مستقيم، وهو ضد الجور... والعدل: الحكم بالحق،... قال عدل الحاكم في الحكم يعدل عدلا وهو عادل... والعدل من الناس: المرضي قوله وحكمه. وقال الباهلي: رجل عدل وعادل جائز الشهادة.."(267).

وأما في الاصطلاح : فقد تنوعت معاني العدل في اصطلاح القرآن الكريم على عدة أوجه (268). ومنها:

أولاً: موافقة هدي الكتاب والسنة في الأفعال والأقوال وجميع الخصال:

كما في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ} [المائدة: 8]. قال الطبري: "يعني بذلك جل ثناؤه: يا أيها الذين آمنوا بالله وبرسوله محمد، ليكن من أخلاقكم وصفاتكم القيام لله شهداء بالعدل في أوليائكم وأعدائكم، ولا تجوروا في أحكامكم وأفعالكم فتجاوزوا ما حددت لكم في أعدائكم لعدواتهم لكم، ولا تقصّروا فيما حددت لكم من أحكامي وحدودي في أوليائكم لولايتهم لكم، ولكن انتهوا في جميعهم إلى حدي، واعملوا فيه بأمري"(269). ومثله قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً} [النساء: 58]. حيث بين الطبري أن

(267) انظر: لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ (11/ 430).

(268) انظر: نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر، المؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: 597هـ)، المحقق: محمد عبد الكريم كاظم الراضي، الناشر: مؤسسة الرسالة - لبنان/ بيروت، الطبعة: الأولى، 1404 هـ - 1984 م، ص: 440.

(269) انظر: جامع البيان، الطبري: 95/10.

المراد بالآية هو خطاب الله لكل من ولي من أمر المسلمين شيئاً بأداء حقوق من ولوا أمرهم بالعدل بينهم في القضية و القسم بينهم بالسوية، وفق ما جاء به كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم قال: " فتأويل الآية .. إن الله يأمركم، يا معشر ولاة أمور المسلمين... إذا حكمتم بين رعيتم أن تحكموا بينهم بالعدل والإنصاف، وذلك حكم الله الذي أنزله في كتابه، وبينه على لسان رسوله، لا تعدوا ذلك فتجوروا عليهم." (270).

ثانياً: الإنصاف والقضاء بالحق وإيصال الحقوق إلى مستحقيها كاملة غير منقوصة:
ومن ذلك قوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ } [النحل:90]، فمن معاني العدل " القضاء بالحق " (271). ومثله قوله تعالى: {فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا} [النساء: 135]، فقد روى السدي أنها نزلت في رجلين غني وفقير اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فكان ميله إلى الفقير، لأنه يرى أن الفقير لا يمكن أن يظلم الغني فأمره الله تعالى أن يقوم بالقسط في الغني والفقير (272). ومنه قوله تعالى {ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم} [النساء:129] يعني لا تستطيعوا أداء الحقوق كاملة غير منقوصة كما هو مطلوب في توصيف الأمر به في الكتاب والسنة فيما يتعلق بالمحبة والقلوب. (273).

ثالثاً: الفدية.

ومن ذلك قوله تعالى {ولا يؤخذُ منها عدلٌ} [البقرة:48]، أي: فدية (274). ومثله قوله تعالى {وإن تعدل كلَّ عدلٍ لا يؤخذُ منها} [الانعام: 70] " معناه وإن تفد كل فدية من جهة المال والثروة " (275).

(270) انظر: جامع البيان، الطبري: 494/8.

(271) انظر: النكت والعيون تفسير الماوردي ، المارودي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب

(364-450هـ) ، ، دار الكتب العلمية ، بيروت، 209/3.

(272) انظر: النكت والعيون تفسير الماوردي، 535/1.

(273) انظر: النكت والعيون تفسير الماوردي ، 533/1.

(274) انظر: المارودي، النكت والعيون تفسير الماوردي، 117/1.

(275) انظر: المصدر السابق، 131/2. وهو مروي عن قتادة وغيره.

رابعاً: المثلية والمساواة:

ومنها قوله تعالى: {أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَاماً} [المائدة: 95]. إذا عجز عن اخراج الفدية بالمثلية أو الإطعام فيقوم بما يعادل ويساوي الإطعام من الصيام، قال " يعني عدل الطعام صياماً" (276).

ويراد بالعدل إذا ما أطلق هو ما جاء في المعنى الثاني من المصطلحات القرآنية السابقة، وهو القضاء بالحق والانصاف، وإيصال الحقوق إلى مستحقيها كاملة غير منقوصة. وهو أمر قد اعتنى به القرآن عناية كبرى وأحاطه بتوجيهاته، وحذر من الأسباب المؤدية عن الميل منه إلى الجور. وهو ما سوف نقف عليه في المباحث الآتية.

المطلب الثاني: أهمية العدل.

يكفي بياناً لأهمية العدل، أن القرآن أمر به في أكثر من آية وجاء الأمر به على أكثر من صيغة من العدل والقسط، وبيّن فضله، وتفاضل الناس به، ورتب على عدمه العذاب في الدنيا والآخرة.

وقد سبق ذكر الآيات الأمرة به، وبعض الآيات التي كشفت إهلاك بعض الأقوام بسبب ظلمهم، ومن الآيات التي بين لنا القرآن فيها التفاضل بين القائم بالعدل والواقع فيه كالتفاضل بين الأبيكم والمتكلم وبين الأعمى والبصير قال سبحانه: {وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَهُوَ كَلٌّ عَلَى مَوْلَاهُ أَيْنَمَا يُوَجِّههُ لَا يَأْتِ بِخَيْرٍ هَلْ يَسْتَوِي هُوَ وَمَنْ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَهُوَ عَلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ} [النحل 76].

قال الطبري: " وقد اختلف أهل التأويل في المضروب له هذا المثل، فقال بعضهم للكافر والمؤمن،... يعني بالأبكم: الذي هو كَلٌّ على مولاه الكافر، وبقوله {وَمَنْ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ} المؤمن، وهذا المثل في الأعمال". (277).

(276) انظر: المصدر السابق، 68/2.

(277) انظر: جامع البيان، الطبري: 263/17.

ومن الآيات التي بينت أن ترك العدل يوجب عقوبة من الله على تاركه قوله تعالى { اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ } [المائدة: 8]، يقول الطبري: " وأما قوله: { واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون }، فإنه يعني: واحذروا أيها المؤمنون، أن تجوروا في عباده فتجاوزوا فيهم حكمه وقضاءه الذين بين لكم، فيحلّ بكم عقوبته، وتستوجبوا منه أليم نكاله " (278).

وكان صلى الله عليه وسلم صورة العدل ومظهره في حاله وأقواله وأفعاله وحكمه وقضائه وعاب على من أراد التشكيك من أهل النفاق بهذا الهدي النبوي في الحديث عند البخاري: " أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: بينما نحن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقسم قسماً، أتاه ذو الخويصرة، وهو رجل من بني تميم، فقال: يا رسول الله اعدل، فقال: «ويلك، ومن يعدل إذا لم أعدل، قد خبت وخسرت إن لم أكن أعدل». " (279). وفي رواية يبين فيها أن العدل هو صلى الله عليه وسلم في صورة واقعية " فقال صلى الله عليه وسلم: «فمن يعدل إذا لم يعدل الله ورسوله، " (280).

وجاءت العبارات عن السلف والخلف ببيان أهميته في عمارة البلاد وزيادة رزقها وبركتها، وحماية البلدان وحفظها وصيانتها، ومن هذه الكلمات:

(278) انظر: جامع البيان، الطبري: 97/10.

(279) انظر: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب المناقب، باب علامات النبوة في الإسلام، رقم: 3610، م 200/4 الطبعة: الأولى، 1422 هـ. وأخرجه مسلم كتاب الزكاة، باب ذكر الخوارج وصفاته، رقم 1064.

(280) انظر: صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي النبوة، رقم: 3150، (95/4)، ومسلم كتاب الزكاة، باب إعطاء المؤلف قلوبهم، رقم 1062. وتمام الحديث عند البخاري: عن عبد الله رضي الله عنه، قال: لما كان يوم حنين، أثر النبي صلى الله عليه وسلم أناساً في القسمة، فأعطى الأقرع بن حابس مائة من الإبل، وأعطى عيينة مثل ذلك، وأعطى أناساً من أشرف العرب فآثرهم يومئذ في القسمة، قال رجل: والله إن هذه القسمة ما عدل فيها، وما أريد بها وجه الله، فقلت: والله لأخبرن النبي صلى الله عليه وسلم، فأتيته، فأخبرته، فقال: «فمن يعدل إذا لم يعدل الله ورسوله، رحم الله موسى قد أودى بأكثر من هذا فصبر».

ما ذكر عن عمرو بن العاص رضي الله عنه في بيان أثر العدل في عمارة البلدان، وزيادة بركاتها وخيرها، من قوله: " ولا عمارة إلا بعدل". (281).

ومن الكلمات الماثورة عن بعض السلف في بيان حفظ العدل لأمن العباد والبلاد قولهم: " ولا يزال الإسلام منيعاً ما اشتدَّ السلطان، وليست شدة السلطان قتلاً بالسيف، ولا ضرباً بالسوط، ولكن قضاء بالحق وأخذ بالعدل " (282).

المبحث الثاني : طلب العدل وأنواعه.

المطلب الأول: طلب العدل:

جاء الأمر بإقامة العدل وتحقيقه بين الناس تارة بلفظ العدل وتارة أخرى بلفظ القسط وثالثة بلفظ الحق، ومن الآيات الأمرة به بلفظ العدل قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ} [النحل:90]، وقوله تعالى: {وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً} [النساء: 58].

ومن الآيات الأمرة به بلفظ القسط قوله تعالى: {قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ} [الأعراف: 29]. " يعني: بالعدل" (283). ومثله قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ } [النساء:135]. أي بالعدل(284).

ومن الآيات الأمرة بالعدل بلفظ الحق قوله تعالى: { يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ..}[سورة ص:26]. " يعني: بالعدل والإنصاف " (285).

(281) انظر: العقد الفريد، المؤلف: أبو عمر، شهاب الدين أحمد بن محمد بن عبد ربه ابن حبيب ابن حدير بن سالم المعروف بابن عبد ربه الأندلسي (المتوفى: 328هـ) الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1404 هـ، 33/1..
(282) انظر: العقد الفريد، ابن عبد ربه، 27/1..
(283) انظر: النكت والعيون تفسير الماوردي، 216/2.
(284) انظر: تفسير الطبري = جامع البيان ت شاكر (379 /12).
(285) انظر: تفسير الطبري = جامع البيان ت شاكر (189 /21).

ونهى عن ضده فحرم الجور والظلم بكل صورته وأشكاله، والآيات في ذلك كثيرة، وقص علينا في القرآن قصص أقوام أهلكوا بسبب ظلمهم وجورهم، قال تعالى: { فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةٌ بِمَا ظَلَمُوا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْلَمُونَ } [النمل:52]، يعني بسبب تكذيبهم بآيات الله، وعقر الناقة، ومكرهم لقتل نبي الله صالح عليه السلام غيلة، وهو ما روي عن مجاهد من قوله: " تقاسموا وتحالفوا على هلاكه، فلم يصلوا إليه حتى هلكوا وقومهم أجمعين " (286). ويبين الله تعالى لنا علة إهلاك الأمم فقال تعالى: {وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون} [القصص 59]. فقد جاء عن ابن عباس أنه سبحانه: " لم يهلك قرية بإيمان، ولكنه يهلك القرى بظلم إذا ظلم أهلها، ولو كانت قرية آمنت لم يهلكوا " (287) .

وقد جاء الأمر للأنبياء بإقامة العدل، كيف لا وهم قد جاؤوا به خبراً وأمرأً وتطبيقاً، فقال سبحانه مبيناً أن من علل إرسال الرسل وإنزال الكتب نشر العدل وإقامة القسط، فقال سبحانه: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ (25)} [الحديد 25]. قال الطبري " يقول تعالى ذكره: لقد أرسلنا رسلنا بالمفصلات من البيان والدلائل، وأنزلنا معهم الكتاب بالأحكام والشرائع، والميزان بالعدل. كما جاء عن قتادة {وَالْمِيزَانَ} قال: العدل... وقوله: {لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} يقول تعالى ذكره: ليعمل الناس بينهم بالعدل." (288) .

ومن الآيات التي خص بها الخطاب بالعدل للنبي الخاتم صلى الله عليه وسلم قوله تعالى: { وَأَمَرْتُ لَأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ اللَّهُ رَبُّنَا وَرَبُّكُمُ لَنَا أَعْمَالُنَا وَلَكُمْ أَعْمَالُكُمْ لَا حُجَّةَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ اللَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَنَا وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ } [الشورى:15]. فقد ذكر الطبري عن قتادة في قوله تعالى: { وَأَمَرْتُ لَأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ } قال: "أمر نبي الله صلى الله عليه وسلم أن يعدل، فعدل حتى مات صلوات الله وسلامه عليه.

(286) انظر: تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي ببيزون - بيروت، الطبعة: الأولى - 1419 هـ: 180/6.
(287) انظر: جامع البيان، الطبري : 603/19.
(288) انظر: جامع البيان، الطبري : 201/23.

والعدل ميزان الله في الأرض، به يأخذ للمظلوم من الظالم، وللضعيف من الشديد، وبالعدل يصدق الله الصادق، ويكذب الكاذب، وبالعدل يردّ المعتدي ويوبخه" (289).

قال ابن القيم: "ثم أمره صلى الله عليه وسلم أن يخبرهم بأنه أمر بالعدل بينهم، وهذا يعم العدل في الأقوال والأفعال والآراء والمحاكمات، فنصبه ربه ومرسله للعدل بين الأمم" (290).

المطلب الثاني : أنواع العدل في القرآن:

ويمكن أن تصنف آيات العدل في القرآن بحسب موضوعاتها إلى العناوين الآتية: العدل في القضاء والحكم بين الناس، والعدل في الشهادات، والعدل في الصلح والتحكيم، والعدل في الكتابة والقيد، والعدل في الأقوال والكلمات، والعدل في الأفعال والتعاملات والعلاقات.

النوع الأول: العدل في القضاء والحكم بين الناس:

ومما يدل عليه قوله تعالى {فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} [المائدة: (42)]. "عن مجاهد: "بالقسط" بالعدل... وأما قوله: {إِنْ اللَّهُ يَحِبُّ الْمُقْسِطِينَ}، فمعناه: إن الله يحب العادلين في حكمهم بين الناس" (291). ومثله قوله تعالى {وَأَمْرٌ أَتَى لَأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ} [الشورى: 15] يقول تعالى ذكره: وقل لهم يا محمد: وأمرني ربي أن أعدل بينكم معشر الأحزاب، فأسير فيكم جميعا بالحق الذي أمرني به وبعثني بالدعاء إليه. (292).

(289) انظر: المصدر السابق: 517/21.

(290) انظر: مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (691 هـ - 751 هـ) الناشر: دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، 1432 هـ (2/1007).

(291) انظر: جامع البيان، الطبري: 335/10.

(292) انظر: جامع البيان، الطبري: 516/21.

النوع الثاني: العدل في الشهادات وأداء الحقوق والأمانات:

وقد جاء الأمر بالعدل في أداء الشهادات المتعلقة بحقوق الناس وعدم كتمانها أو تحريفها لما يترتب على ذلك من ظلم وضياع للحقوق قال تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُوتُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا } [النساء 135]. قال الطبري: "يقول: ليكن من أخلاقكم وصفاتكم القيام بالقسط، يعني: بالعدل... وقال لهم: إذا قمتم بالشهادة لإنسان أو عليه، فقولوا فيها بالعدل، " (293).

النوع الثالث: العدل في الصلح والتحكيم:

وقد جاء الأمر بالعدل عند التحكيم بين الطرفين أو الصلح بين مختصمين ، وفي ذلك قوله تعالى { وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَفَاتِلُوا آلَتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ } [الحجرات 9]. قال الطبري: " وقوله: { وَأَقْسِطُوا } يقول تعالى ذكره: واعدلوا أيها المؤمنون في حكمكم بين من حكمتم بينهم بأن لا تتجاوزوا في أحكامكم حكم الله وحكم رسوله { إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ } يقول: إن الله يحب العادلين في أحكامهم، القاضين بين خلقه بالقسط. " (294)..

النوع الرابع: في الكتابة والفيد.

وهذا ملحظ مهم أشارت إليه الآية القرآنية التي نتحدث عن كتابة حقوق الدين، وتوثيقه بالفيد والخط، قال تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ } [البقرة 282].

(293) انظر: جامع البيان، الطبري: 303/9.

(294) انظر: المصدر السابق: 296/22.

قال الطبري: " يعني بذلك جل ثناؤه: {وليكذب} كتاب الدين إلى أجل مسمى بين الدائن والمدين {كاتب بالعدل} يعني بالحق والإنصاف في الكتاب الذي يكتبه بينهما، بما لا يحيف ذا الحق حقه، ولا يبخسه، ولا يوجب له حجة على من عليه دينه فيه بباطل، ولا يلزمه ما ليس عليه ". (295).

ولا يمنع حمل الأمر بالكتابة بالعدل على العموم في اللفظ ليشمل العدل في الكتابة بالمطلق، ويكون العدل في ذلك بموافقة الكتاب والسنة، وعدم الخروج على وحي الكتاب وهدى السنة ومقاصدهما.

النوع الخامس: العدل في الأقوال والكلمات.

والعناية بهذا النوع من العدل أمر مهم لما يترتب على الكلمات من حقوق وتبعات، ومن ذلك قوله تعالى: { وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى } [الانعام 152]، أي إذا تكلمتم بين الناس أن تتكلموا بالصدق والحق والإنصاف، وهو معنى ما رواه الطبري عن ابن زيد: " قال ابن زيد في قوله: (وإذا قلتم فاعدلوا)، قال: قولوا الحق" (296).

النوع السادس: العدل في الأفعال والعلاقات.

فإن العدل في الأفعال أشد طلبا من العدل في الأقوال، ذلك أن الناس قد يسهل عليهم قول الحق، ولكن يصعب على بعضهم فعله، ولذلك جاء الأمر بفعل العدل والقيام به، ومن هذه الآيات قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ}[المائدة:8]،

فمن معاني الآية الأمر من الله تعالى بأن يقوم المسلم بالعدل في علاقته وأفعاله مع الآخرين لا يمنعه من ذلك مانع، قال الطبري: " يعني بذلك جل ثناؤه: يا أيها الذين

(295) انظر: جامع البيان، الطبري: 51/6.

(296) انظر: المصدر السابق: 228/12.

آمنوا بالله وبرسوله محمد، ليكن من أخلاقكم وصفاتكم القيام لله شهداء بالعدل في أوليائكم وأعدائكم، ولا تجوروا في... أفعالكم فتجاوزوا ما حددت لكم..، ولا تقصّروا فيما حددت لكم، ولكن انتهوا في جميعهم إلى حدّي، واعملوا فيه بأمرّي" (297)..

لا، بل إن القرآن ألزم المسلم عند مظنة وقوعه في الجور الترفع من التلبس بالأمر الحلال الذي قد يؤدي الى مظنة الوقوع في مجانبة العدل، ومن ذلك قوله تعالى: {فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً} [النساء 3]. قال الطبري مبيناً حكم الآية في المنع من التعدد عند خوف الجور وعدم العدل عند قوله: {فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة}. "فكان معلوماً بذلك أن قوله: {فانكحوا ما طاب لكم من النساء}، وإن كان مخرجه مخرج الأمر، فإنه بمعنى الدلالة على النهي عن نكاح ما خاف الناكح الجور فيه من عدد النساء، لا بمعنى الأمر بالنكاح، فإن المعني به: وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى، فتحرّجتم فيهن، فكذلك فتحرّجوا في النساء، فلا تنكحوا إلا ما أمنتكم الجور فيه منهن،" (298).

وفي الآية إشارة إلى ترك كل فعل أو مسؤولية يستطيع الإنسان أن يتركها إذا ظن أنه لن يقوم بالعدل فيها.

المبحث الثالث: ضوابط العدل ومعوقاته.

المطلب الأول: ضوابط العدل:

أولاً: ضوابط العدل وأنواعه:

جاء في لسان العرب في معنى الضوابط الشيء اللازم الذي لا يفارق الأمر، وجاء بمعنى الحفظ بقوة، قال: "ضبط: الضبط: لزوم الشيء وحبسه.. والضبط لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء، وضبط الشيء حفظه بالحزم" (299).

(297) انظر: جامع البيان، الطبري: 95/10.

(298) انظر: المصدر السابق: 547/7.

(299) انظر: لسان العرب، (7/ 340).

وأما في الاصطلاح فهو يختلف بحسب كل علم من العلوم وهو عند بعض الفقهاء من مرادفات القاعدة حيث قالوا: " والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط ، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته" (300). ومنهم من فرق بين الضابط والقاعدة وجعل الضابط أخص من القاعدة ، فقالوا: " القاعدة الفقهية تجمع فروغاً من أبواب شتى، وأما الضابط فإنه يجمع فروغاً من باب واحد " (301).

والمراد بكلمة الضوابط هاهنا تلك الشروط والقيود التي وضعها القرآن من أجل التحقق من العدل وحفظه وصيانتة عن الانحراف من العدل إلى الجور.

والضوابط التي وضعها القرآن من أجل تحقيق العدل وحفظه وصيانتة على نوعين ضوابط ظاهرة وضوابط باطنة.

ثانياً: ضوابط العدل الظاهرة .

1 - الكتابة :

وسيلة من الوسائل التي طلبها القرآن من أجل تحقيق العدل في المعاملات المالية على الخصوص لما قد يطرأ عليها من مخاصمة وظلم ومشاحن، قال الفخر الرازي: إن الله تعالى أمر في المداينة بأمرين أحدهما: الكتابة وهي قوله: { فَاكْتُبُوهُ } وجاء الأمر بكتابة العقود وخاصة فيما يتعلق بالدين (302). لأنه ربما يتوهم أن له على صاحبه زيادة فيطلبها وهو ظلم، وإما أن يتوهم النقصان فيترك حقه من غير علمه أما إذا كتبه أمن من وقوع الظلم ومجانبة العدل وهو ما أفاده قوله تعالى {إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه} [البقرة: 282]. وبين أن في كتابه تحقيق العدل ومجانبة

(300) انظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ) الناشر: المكتبة العلمية - بيروت :: 510/2.

(301) انظر: قواعد ابن الملقن أو «الأشباه والنظائر في قواعد الفقه»، المؤلف: سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الأنصاري المعروف بـ ابن الملقن (المتوفى: 804 هـ)، الناشر: (دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية)، الطبعة: الأولى، 1431 هـ - 2010 م (1/34).

(302) ويلحق بالتداين جميع المعاملات التي يطلب فيها التوثق بالكتابة والإشهاد، التحرير والتنوير (102/3).

وقوع الظلم وهو ما جاء في قوله تعالى : { ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أفسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتأبوا } [البقرة: 282]. (303).

قال الفخر: " اعلم أن الله تعالى بين أن الكتابة مشتملة على هذه الفوائد الثلاث: الفائدة الأولى: قوله: {ذلكم أفسط عند الله} وفي قوله: {ذلكم} وجهان الأول: أنه إشارة إلى قوله: {أن تكتبوه} لأنه في معنى المصدر، أي ذلك الكتب أفسط وإنما كان هذا أعدل عند الله، لأنه إذا كان مكتوباً كان إلى اليقين والصدق أقرب، وعن الجهل والكذب أبعد، فكان أعدل عند الله. وفي هذا تحقيق لمرضاة الله ومصلحة الدين.

والفائدة الثانية: قوله: {أقوم للشهادة} معنى {أقوم} أبلغ في الاستقامة، التي هي ضد الاعوجاج، ... لأنها سبب للحفظ والذكر. وفي هذا تحقيق لمصلحة الدنيا.

والفائدة الثالثة: هي قوله: {وأدنى أن لا ترتأبوا} يعني أقرب إلى زوال الشك والارتباب عن قلوب المتدائنين، وفي هذا إشارة إلى دفع الضرر عن النفس وعن الغير، ... فما أحسن هذه الفوائد وما أدخلها في القسط، وما أحسن ما فيها من الترتيب. اهـ. (304).

2 - الأشهاد:

والأشهاد أحد أهم الوسائل المعتبرة في الشرع من أجل تحقيق العدالة في الحقوق والواجبات، جاء في تفسير الرازي ، فاعلم أنه تعالى أمر في المداينة بأمرين أحدهما: الكتابة...والثاني: الإشهاد وهو قوله: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم}. (305).

(303) انظر: مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت: (92 / 7).

(304) انظر: مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، الرازي: (92 / 7) .

(305) انظر: المصدر السابق: (97 / 7).

قال ابن عاشور في قوله تعالى: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما (الأخرى)}. هذا عطف على فاكتبوه، وهو غيره وليس بيانا له إذ لو كان بيانا لما اقترن بالواو، فالمأمور به المتدانيون شيئان: الكتابة، والإشهاد عليها... (306).

ومثله قوله تعالى: {وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ} وأكثر المفسرين قالوا: المراد أن الكتابة وإن رفعت عنهم في التجارة إلا أن الإشهاد ما رفع عنهم ... وقد روي عن ابن عباس ... قال: الإشهاد إنما جعل للطمأنينة، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طُرُقًا، منها الكتاب، ومنها الرهن، ومنها الإشهاد. (307).

ومثل ذلك الشهادة على الوصية الواردة في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ ...} (المائدة: 106).

قال الرازي: " اعلم أنه تعالى: لما أمر بحفظ النفس في قوله: {عليكم أنفسكم} [المائدة: 105] أمر بحفظ المال في قوله {يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم}... وقوله {ولو كان ذا قربى} أي: لا نبيع عهد الله بشيء من الدنيا، ولو كان ذلك الشيء حبة ذي قربى أو نفسه، وخص ذا القربى بالذكر لأن الميل إليهم أتم والمداينة بسببهم أعظم، وهو كقوله تعالى: {كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين} [النساء: 135] . (308).

وفي الإشهاد تحقيق للعدالة والانصاف وحفظ حقوق الناس وهو من أهم الضوابط المتبعة في العقود والمنازعات.

3- الحلف واليمين:

اتفق الفقهاء على أن اليمين من إحدى الوسائل التي يتبعها القاضي من أجل تحقيق العدالة، مع شروط وضعوها بأن تكون بعد دعوى صحيحة وبطلب الخصم ولا

(306) انظر: التحرير والتنوير (3/ 105).

(307) انظر: مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، الرازي: (7/ 97).

(308) انظر: مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، الرازي: (12/ 450).

تكون إلا بالله... ومن صورها ومواقعها عندما ينكر المدعى عليه حق المدعى، مع عدم قدرة المدعى إقامة بينة، وبها تقطع الخصومة وتبطل دعوى المدعى، (309).

وليس الغرض من البحث هنا الحديث عن القضاء بالنكول أو باليمين والشاهد أو ذكر خلاف الفقهاء في المسألة وإنما الغرض إثبات أن اليمين من إحدى الوسائل المعتمدة في تحقيق العدالة بما جاء من ذكر لها في القرآن. وهو ما جاء في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ أَحْرَانٍ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنَ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَقَيْسَمَانِ بِاللَّهِ إِنْ اِرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا تَكُنْمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَّمِنَ الْآثِمِينَ (106)} [المائدة: 106].

"والخلاصة: أن يحلف الشاهد بأن يقول الحق، ويشهد بالعدل، ولا يتأثر بعوض مالي يأخذه عوضاً عن يمينه، ولا بمراعاة قريب له إن كانت الشهادة له." (310).

"فأنت ترى أن الله- تعالى- قد أكد هذا القسم بجملة من المؤكدات منها: أن الحالفين يحلفان بأنهما لا يحصلان بيمين الله ثمناً مهما كانت قيمته، وبأنهما لن يحابيا إنساناً مهما بلغت درجة قرابته وبأنهما لن يكتما الشهادة التي أمرهما الله بأدائها على وجهها الصحيح، وبأنهما يقران على أنفسهما باستحقاق عقوبة الآثم المذنب إن كتما أو خانا أو حادا عن الحق، وهذا كله لأجل أن تصل وصية الميت إلى أهله كاملة غير منقوصة. (311).

(309) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف: أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر - سورية - دمشق. (8/ 6085). ينظر أقوال الفقهاء واختلافهم في المسألة إذ ليس الغرض من البحث هنا الحديث عن القضاء بالنكول أو باليمين والشاهد.

(310) انظر: التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، المؤلف: د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر المعاصر - دمشق، الطبعة: الثانية، 1418 هـ. (7/ 100).

(311) انظر: التفسير الوسيط للقرآن الكريم، المؤلف: محمد سيد طنطاوي الناشر: دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة - القاهرة، الطبعة: الأولى. (4/ 325).

ثانياً : ضوابط العدل الباطنة:

قد تتوافر ضوابط العدل الظاهرة من حيث الشكل ، في الشهود من استحضار من يشهد زوراً، وفي اليمين من يحلف كذباً وفي الكتابة من يزور عقداً، إلا أن القرآن أحاط العدالة بمجموعة من الضوابط الباطنة التي تتعلق بالعلاقة مع الله تعالى وبالوقوف بين يديه في الآخرة، من هذه الضوابط الباطنة ما يحذر من الجور عند القدوم على الله وقد جاء في الحديث : عن أم سلمة رضي الله عنها: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً، بقوله: فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها "(312). ومنها ما يرغب بالعدالة لما لها من أثر من قرب من الله تعالى، ومحبة له، ومن هذه الضوابط التي جاءت الإشارة إليها في القرآن:

1 محبة الله:

محبة الله ثوب يسبله الله تعالى على من قام بالعدل في جميع شؤونه وأحواله {إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} أي: العادلين في حكمهم بين الناس وفي جميع الولايات، التي تولوها، حتى إنه، قد يدخل في ذلك عدل الرجل في أهله، وعياله، في أدائه حقوقهم..." (313).

إن من أعظم المنح أن يحب الله عبداً ، ولا حصر للمنح التي يسبلها الله تعالى على من يحب وأذكر منها أن من أحبه الله تعالى وضع له القبول في الأرض وحبب الناس به ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا أحبَّ الله العبد، نادى جبريل: إن الله يحب فلاناً فأحبه، فيحبه جبريل، فينادي جبريل في أهل السماء: إن الله يحب فلاناً فأحبه، فيحبه أهل السماء، ثم يوضع له القبول في

(312) سبق خريجه.

(313) انظر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المؤلف: عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (المتوفى: 1376هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى 1420 هـ - 2000 م ص: 800.

الأرض" (314). ومن أحبه الله أيده ونصره ورعاه ... فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله قال: من عادى لي ولياً، فقد آذنته بالحرب، وما تقرب إلي عبدي بشيء أحب إلي مما افترضت عليه، وما يزال عبدي يتقرب إلي بالنوافل حتى أحبه، فإذا أحببته كنت سمعه الذي يسمع به، وبصره الذي يبصر به، ويده التي يبطش بها، ورجله التي يمشي بها، وإن سألني لأعطينه، ولئن استعاذني لأعيذنه.." (315)

وأما أسباب المحبة فهي كثيرة ومن أهمها ما جاء ذكره من مراعاة العدل وحفظه والقيام به وفق ما جاء الأمر به في الكتاب والسنة، فقد جاء النص على ذلك في أكثر من آية من آيات القرآن، ومن هذه الآيات:

الأولى: العمل بما جاء في الكتاب والسنة والحكم بهما: {فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} [المائدة: 44]

الثانية: العدل في الصلح بين الناس بما جاء من وحي الكتاب وهدى السنة: {وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} [الحجرات: 9].

الثالثة: العدل في العلاقة لمن خالف في المعتقد ما لم تظهر منه العداوة: {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} [الممتحنة: 8].

(314) أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق، باب: ذكر الملائكة ، رقم 3039، (111/4) ومسلم في كتاب: البر والصلة والآداب، بابا: إذا أحب الله عبدا.. برقم 2637. (2030/4)
(315) أخرجه البخاري في كتاب: الرقاق، باب: التواضع برقم 3502 (105/8).

2 التقوى:

في قوله تعالى دائما: {اغْدُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ} [المائدة:8]. وقوله: " هو أقرب للتقوى " فإنه يعني بقوله: " هو " العدل عليهم أقرب لكم أيها المؤمنون إلى التقوى، يعني: إلى أن تكونوا عند الله باستعمالكم إياه من أهل التقوى، وهم أهل الخوف والحذر من الله أن يخالفوه في شيء من أمره، أو يأتوا شيئا من معاصيه وإنما وصف جل ثناؤه "العدل" بما وصفه به من أنه "أقرب للتقوى من الجور، لأن من كان عادلا كان لله بعدله مطيعا، ...، كان لا شك من أهل التقوى. " (316)

3 - التخويف والتحذير من عقوبة من ظلم وجانب العدل:

والآيات في ذلك كثيرة تحمل العبد على الخوف من الظلم والابتعاد عنه، وأن يحافظ على العدل ويحفظه من أجل أن يتجنب عذاب الله وعقوبته العاجلة والآجلة... ومن هذه الآيات: {أَلَا لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ (18)} [هود].

وقوله: {إِنَّهُ لَا يُجِبُ الظَّالِمِينَ (40)} [الشورى].

وقوله: {وَتِلْكَ الْقُرَى أَهْلَكْنَاهُمْ لَمَّا ظَلَمُوا وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِمْ مَوْعِدًا (59)} [الكهف].

وقوله: {تِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةٌ بِمَا ظَلَمُوا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (52)} [النمل].

وقوله: {إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (42)} [الشورى].

يقول القرطبي: قوله تعالى: {إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ} أي بعدوانهم عليهم ، في قول أكثر العلماء ... {ويبغون في الأرض بغير الحق أولئك لهم عذاب أليم} أي في النفوس والأموال ، في قول الأكثرين " (317)

(316) انظر: جامع البيان، الطبري: 96/10.

(317) انظر: الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي: 42/16.

وفي الآية التي سبق ذكرها تلك التي تأمر بالعدل ولو كان بينكم وبين الخصم عداوة فإنها قد زيلت بتهديد من ترك العدل بالعقاب العاجل والاجل قال الطبري: "وأما قوله: {واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون}، فإنه يعني: واحذروا أيها المؤمنون، أن تجوروا في عباده فتجاوزوا فيهم حكمه وقضائه الذين بين لكم، فيحلّ بكم عقوبته، وتستوجبوا منه أليم نكاله... " (318)

المطلب الثاني: معوقات العدل:

أولاً: عناية القران بالمعوقات المؤثرة على العدل.

جاء في لسان العرب: "عوق: رجل، عوق: لا خير عنده، والجمع أعواق... وعاقه عن الشيء يعوقه عوقاً: صرفه وحبسه، ومنه التعويق والاعتياق، وذلك إذا أراد أمراً فصرفه عنه صارف،... وتقول: عاقني عن الوجه الذي أردت عائق وعاقنتني العوائق، الواحدة عائقة" (319).

وجاء في تاج العروس: مؤثرات جمع مؤثر، يقال: وأثر فيه تأثيراً: ترك فيه أثراً. والتأثير: إبقاء الأثر في الشيء. (320).

والمراد بها هنا العوامل المحيطة المانعة من تحقيق العدل، فتعيق الشخص وتمنعه من تحقيقه وتحمل الشخص على أن يقع في تصرف أو ممارسة سلوك يخرج بصاحبه إلى الميل والوقوع في الجور ومجانبة العدل، وقد تكون هذه المعوقات والمؤثرات داخلية أو خارجية أو مباشرة وغير مباشرة، وقد اعتنى بها القرآن عناية كبرى وأشار إليها وبين أثرها في تصرف الإنسان على القيام بالعدل قولاً أو فعلاً.

(318) انظر: جامع البيان: 97/10.

(319) انظر: لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، الناشر: دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ. (279/10)

(320) انظر: تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، الناشر: دار الهداية. (14/10).

ثانياً: أنواع المعوقات:

المعوقات المانعة من العدل التي حذر منها القرآن على نوعين: داخلية، وخارجية.

فمن المعوقات الداخلية: الحب والبغض والكرهية، واتباع الهوى.

ومن المعوقات الخارجية: القرابة، وقصد التودد إلى الأغنياء، وإرادة مساعدة من ظهرت حالة فقره وفاقته ولو على حساب الآخرين وظلمهم.

وهذه المعوقات سوف نستعرضها وما لها من شواهد في آيات القرآن الكريم:

أ - : المعوقات الداخلية:

1 - البغض والكرهية:

لا يخفى ما للكرهية والبغض في النفوس من تحكم بالأقوال والأفعال والسيطرة عليها، وكثيراً ما تحمل على حجب الحقوق عن مستحقيها، فقد يمنع الشخص من وظيفة أو حق له بسبب كرهه أو بغض المسؤول لهذا الشخص لعله من العلل أو لسبب من الأسباب، وعندما يرتقي الشخص إلى مستوى أن يقوم بالحق والعدل وإداء الحقوق إلى أصحابها وهو بمقدوره واستطاعته أن يحجبها عنهم فلا شك إن ذلك لهو من أعلى مستويات العدل وتحقيق التدين، وقد طلب القرآن من المؤمنين تكليفهم بهذا الأمر وأن لا يستسلموا لمشاعر الكره التي قد تستكن في القلب لسبب أو لآخر، فيقول سبحانه: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ} [المائدة: 8].

وبين الطبري أن العدل يستوي في الأعداء والأولياء، في المخالفين والموافقين، في المؤمنين والكافرين على حد سواء، واستدل للأمر بالعدل مع الأعداء بقوله تعالى: {وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا} " فإنه يقول: ولا يحملنكم عداوة قوم على ألا تعدلوا في حكمكم فيهم وسيرتكم بينهم، فتجوروا عليهم من أجل ما بينكم وبينهم من

العداوة." (321). واستدل على وجوب العدل مع الأولياء من المؤمنين ولو كان بينهم عداوة بقول تعالى: "{اغْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ}" قال أبو جعفر: يعني بقوله جل ثناؤه: " اعدلوا " أيها المؤمنون، على كل أحد من الناس ولياً لكم كان أو عدواً، فاحملوهم على ما أمرتكم أن تحملوهم عليه من أحكامي، ولا تجوروا بأحد منهم عنه. " (322).

"وفيه تنبيه عظيم على وجوب العدل مع الكفار الذين هم أعداء الله تعالى، فما الظن بوجوبه مع المؤمنين الذين هم أولياؤه وأحباؤه." (323).

" وقوله: {هو أقرب للتقوى} من باب استعمال أفعل التفضيل في المحل الذي ليس في الجانب الآخر منه شيء " (324).

2 : اتباع الهوى:

لا شيء أعظم من صرف القلب عن الحق مثل الهوى، وقد حذر القرآن منه في آيات كثيرة، وبين ما يترتب على اتباعه من فساد في العقيدة والسلوك والأقوال والأفعال، وقد صرح القرآن بأن اتباع الهوى صارف عن العدل والقيام به ، وما الهوى إلا ميل القلب إلى ما تحب النفس وتشتهي ، ولما كان الغالب من موافقة الهوى الخروج عن الحق أطلق الذم على الهوى ومنع منه وجاء التحذير من اتباعه، وإذا كان الهوى هو ميل القلب والمحبة للشيء وشدة تعلق القلب به ، " فالمراد بالهوى في الآية كناية عن الباطل والجور والظلم " (325). وقسمه ابن عاشور إلى قسمين فقال: " واتباع الهوى قد يكون اختياراً، وقد يكون كرهاً. والنهي عن اتباعه يقتضي النهي عن جميع

(321) انظر: جامع البيان، الطبري: 96/10.

(322) انظر: جامع البيان: 96/10.

(323) انظر: مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1420 هـ (11 / 320).

(324) انظر: تفسير ابن كثير (3 / 56).

(325) انظر: التحرير والتنوير ، ابن عاشور: 244/23 .

أنواعه فأما الاتباع الاختياري فالحذر منه ظاهر، وأما الاتباع الاضطراري فالتخلص منه بالانسحاب عما جره إلى الإكراه" (326).

{فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُوتُوا أَوْ تَعْزِمُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا} [النساء: 135].

يقول الطبري: " فلا تتبعوا أهواء أنفسكم هرباً من أن تعدلوا عن الحق " (327). وقال ابن كثير : " أي : فلا يحملنكم الهوى والعصبية ...، على ترك العدل في أموركم وشؤونكم ، بل الزموا العدل على أي حال كان " (328).

ويذكر ابن عاشور قصة عن قاض كان مبتلى باتباع الهوى في الحكم على الأغنياء وأصحاب السلطان لا لشيء وإنما لكونهم أغنياء وأصحاب سلطة قال : "وقد عرفت قاضيا لا مطعن في ثقته وتنزهه، ولكنه كان مبتلى باعتقاد أن مظنة القدرة والسلطان ليسوا إلا ظلما: من أغنياء أو رجال. فكان يعتبر هذين الصنفين محقوقين فلا يستوفي التأمل من حججهما. " (329).

ومن هنا جاءت الآية لتنهى عن الاحتكام للهوى عند أداء الحقوق. وجاء في القرآن ذكر ما خاطب الله تعالى به نبياً من أنبيائه وهو داود عليه السلام مذكراً له بالعدل لما نصبه قاضياً، فقال سبحانه: { يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ (26) } [سورة ص: 26].

قال الطبري: " (فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ) يعني: بالعدل والإنصاف (وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى) يقول: ولا تؤثر هواك في قضائك بينهم على الحق والعدل فيه، فتجور عن

(326) انظر: المصدر السابق: 244/23 .

(327) انظر: الطبري، جامع البيان: 306/9.

(328) انظر: تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774 هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - 1419 هـ: 564/1 .

(329) انظر: التحرير والتنوير، ابن عاشور (5/ 227).

الحَقَّ (فَيُضِلُّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ) يقول: فيميل بك اتباعك هواك في قضائك على العدل والعمل بالحَقَّ عن طريق الله الذي جعله لأهل الإيمان فيه، فتكون من الهالكين بضلالك عن سبيل الله. " (330).

وكلمة الهوى جاءت معرفة، قالوا " والتعريف في الهوى تعريف الجنس المفيد للاستغراق، فالنهي يعم كل ما هو هوى، سواء كان هوى المخاطب أو هوى غيره مثل هوى زوجه وولده وسيدة، وصديقه، أو هوى الجمهور " (331).

ب - : المعوقات الخارجية:

ألمح القرآن في آياته إلى أهم المعوقات الخارجية التي قد تحمل القائم بالعدل على مجانبته بسبب إحدى هذه المعوقات، وهي قد تكون مراعاة المصلحة الشخصية وحظ النفس، أو بداعي القرابة، أو المحاباة لغني، أو مراعاة لفقير على حساب صاحب الحق.

1 - حظ النفس :

ولا شك أن حظ النفس من أكبر الصوارف عن العدل، ان اتبع الانسان هواها وراعى مصلحتها على حساب الحق والعدل، من هنا جاء النص عليها في القرآن بوجوب مراعاة اجتناب حظ النفس في مجانبه الحق والعدل والحذر منه كل الحذر، لأن الله تعالى خبير بما يضر الانسان وما يظهر وما يسر وما يعلن، يقول تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ..} [النساء:135]. وفي فاصلة الآية تحذير من مجانبه العدل بأن الله خبير بالخفايا والطوايا فما ينبغي لمن علم انكشاف حاله أمام ربه أن يقترف جوراً أو إثماً وهو قد نهاه عنه وحذره من ارتكابه. وهو ما يشير إليه قوله تعالى في فاصلة الآية { وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا } [النساء:135]. قال الطبري: " وأما تأويل

(330) انظر: تفسير الطبري = جامع البيان ت شاكر (21 / 189).

(331) انظر: التحرير والتنوير، ابن عاشور (23 / 244).

قوله: { فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِكُمْ خَبِيرًا }، فإنه أراد أن الله كان بما تعملون من إقامتكم الشهادة وتحريفكم إياها، وإعراضكم عنها بكتمانها { خبيرًا }، يعني ذا خبرة وعلم به، يحفظ ذلك منكم عليكم، حتى يجازيكم به جزاءكم في الآخرة، المحسن منكم بإحسانه، والمسيء بإساءته. يقول: فاتقوا ربكم في ذلك" (332).

ومعنى القيام بالقسط في الآية: " يعني بالعدل" (333). وتسأل الطبري كيف تكون الشهادة على النفس ثم أجاب بالإقرار بما عليه من حق للغير قال: " فإن قال قائل: وكيف يقوم بالشهادة على نفسه الشاهد بالقسط؟ وهل يشهد الشاهد على نفسه؟ قيل: نعم، وذلك أن يكون عليه حق لغيره فيقر له به، فذلك قيام منه له بالشهادة على نفسه." (334).

وهذا أول معوق من المعوقات الظاهرة التي قد تحمل المرء على ارتكاب الجور، وقد استهلها القرآن بالتحذير، وعطف عليها الوالدين لأنهما كحظ النفس في ذلك.

2 - مراعاة القرابة:

ومن المعوقات الخارجية على العدل حكم الشخص لخصومة من بينها قرابة له، وقد نص القرآن على التحذير من الالتفات إليها عند الحكم بالعدل، وقد جاء ذلك في أكثر من آية، منها قوله تعالى: { وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ } [الأنعام : 152]، قال الطبري: " يعني تعالى ذكره بقوله: { وإذا قلتم فاعدلوا }، وإذا حكمتم بين الناس فتكلمتم فقولوا الحق بينهم، واعدلوا وأنصفوا ولا تجوروا، ولو كان الذي يتوجه الحق عليه والحكم، ذا قرابة لكم، ولا تحملنكم قرابة قريب أو صداقة صديق حكمتم بينه وبين غيره، أن تقولوا غير الحق فيما احتكم إليكم فيه " (335).

(332) انظر: جامع البيان، الطبري : 302/9.

(333) انظر: المصدر السابق: 301/9 .

(334) انظر: المصدر السابق: 302/9 .

(335) انظر: المصدر السابق: 225/12.

على أن هذه الآية تشمل العدل في الأقوال والأفعال والخصومات ولا تقف عند الحكم بالعدل والقضاء به، قال صاحب التحرير والتنوير في قوله: {وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى} هذا جامع كل المعاملات بين الناس بواسطة الكلام وهي الشهادة، والقضاء، والتعديل، والتجريح، والمشاورة، والصلح بين الناس، والأخبار المخبرة عن صفات الأشياء في المعاملات: من صفات المبيعات، والمؤاجرات، والعيوب وفي الوعود، والوصايا، والأيمان وكذلك المدائح والشتائم كالقذف، فكل ذلك داخل فيما يصدر عن القول. والعدل في ذلك أن لا يكون في القول شيء من الاعتداء على الحقوق" (336).

ومن الآيات الأمرة بالعدل وتحمل التحذير من الجور بسبب الحماية والقرابة قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ} [النساء: 135]. والمراد بالقسط أي: بالعدل، وقد ضرب لنا النبي الأكرم المثال الكامل في العدل عند الحكم بين المختصمين ومن بينهما أحد قرابته، وهو الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم عن غُرَّةِ بْنِ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ ، حَدَّثَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُونَ بِهَا النَّخْلَ ، فَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ : سَرَّحَ الْمَاءَ يَمُرُّ ، فَأَبَى عَلَيْهِمْ ، فَأَخْتَصَمُوا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلزُّبَيْرِ : اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ ، فَعَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ فَتَلَوْنَ وَجْهَ نَبِيِّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، ثُمَّ قَالَ : يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ... " (337).

وذكر النووي في شرحه أن صاحب الماء والأولى به كان الزبير (رضي الله عنه) فطلب النبي (صلى الله عليه وسلم) من الزبير أن لا يستوفي كامل حقه في السقيا بما لا يضر شجره ثم يرسل الماء إلى جاره ، فلما رفض الجار الحكم بالعدل وصورته

(336) انظر: التحرير والتنوير (8- / 166).

(337) انظر: البخاري ، كتاب : المساقاة، باب سكر الأنهار، رقم : 2259، ومسلم ، كتاب الفضائل، رقم: 4473 .

أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطلب من قريبه بحكم القرابة أن يتنازل عن حقه لصالح الجار لما قد يترتب على ذلك من الإضرار بشجر الزبير بتركها من غير سقيا أو بالتأخير عن موعد سقياها، وإنما طلب منه أن يختصر قدر المستطاع ومن ثم يرسل إلى جاره من باب الإحسان، إلا أن ذلك الجار رفض هذا الحكم بالعدل واتهامه بأنه بهذا الحكم راعى قريبه، فعند ذلك طلب النبي صلى الله عليه وسلم من الزبير أن يستوفي كامل حقه وهو العدل دون الفضل الذي كان قد طلبه منه . (338).

3 - محاباة الغني:

ومن المعوقات الخارجية التي قد تحمل على ترك العدل والوقوع في الجور مراعاة المظاهر والتأثر بها من مثل محاباة الغني إذا اختصم في الحكم ضد فقير، أو تراحم حقه مع حق فقير، ولذا جاء التحذير القرآني منها على سبيل الصراحة والتنصيص، وهو قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا } [النساء: 135].

"والمقصود من ذلك التحذير من التأثر بأحوال يلتبس فيها الباطل بالحق لما يحف بها من عوارض يتوهم أن رعيها ضرب من إقامة المصالح، وحراسة العدالة،" (339).

وروى الطبري: "عن ابن عباس في قوله " : { كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين }، قال: أمر الله المؤمنين أن يقولوا الحق .. ولا يحابوا غنياً لغناه،... وإذا قمتم بالشهادة لإنسان أو عليه، فقولوا فيها بالعدل،... ولا

(338) انظر: النووي، شرح مسلم، 108/15 : وَكَانَ الرَّبِيُّ صَاحِبَ الْأَرْضِ الْأُولَى ، فَأَدَّلَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَقَالَ : (اسْقُ ثُمَّ ارْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ) أي اسقُ شَيْئًا يَسِيرًا دُونَ قَدْرِ حَقِّكَ ، ثُمَّ ارْسِلْهُ إِلَى جَارِكَ إِذْ لَا عَلَى الرَّبِيِّ ، وَلِعَلَّمَهُ بِأَنَّهُ يَرْضَى بِذَلِكَ ، وَيُؤَثِّرُ الْإِحْسَانَ إِلَى جَارِهِ ، فَلَمَّا قَالَ الْجَارُ مَا قَالَ ، أَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ حَقِّهِ .
(339) انظر: التحرير والتنوير، ابن عاشور: (226/5): .

يحملنكم غنى من شهدتم له ... على الشهادة له بالزور، ولا على ترك الشهادة عليه بالحق وكتمانها. (340).

فهذه الآية دعوة صريحة لإبطال التأثير بالمظاهر التي تستجلب النفوس إلى مراعاتها فيتمحض نظرها إليها. وتغضي بسببها عن تمييز الحق من الباطل. وتذهل عنه، فمن أصحاب النفوس من يظن أن الغني يربأ عن أخذ حق غيره، لما قد أنعم الله عليه بعدم الحاجة وكثرة العرض، والحق قد يكون في خلاف هذا التوهم، فنهاهم الله عن هذه التأثيرات بكلمة جامعة وهي قوله: {إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما} (341).

4 - من المعوقات مراعاة حاجة الفقير ومنظره وملبسه.

وقد دعانا الله تعالى إلى إبطال مثل هذه النوع من المعوقات الظاهرة حتى لا نفع في الجور، قال تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُوتُوا أَوْ نُعِرْضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا } [النساء: 135].

فعن ابن عباس رضي الله عنه، قال: أمر الله المؤمنين أن يقولوا الحق... ولا يرحموا مسكيناً لمسكنته، وذلك قوله: { إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا }، فتذروا الحق، فتجوروا. (342).

ففي قوله تعالى {إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما} دعوة صريحة لإبطال التأثير بالمظهر الذي يكون عليه الفقير من اللباس أو غيره من أنواع المظاهر التي تستجلب النفوس إلى مراعاة من ينظر إليها لأنها قد تؤدي إلى الوقوع في الخلط بين الحق والباطل " ومن الناس من يميل إلى الفقير رقة له، فيحسبه مظلوماً، أو يحسب أن

(340) انظر: جامع البيان: 203/9 .

(341) انظر: التحرير والتنوير، ابن عاشور: (226 /5) .

(342) انظر: جامع البيان: 203/9 .

القضاء له ببال الغني لا يضر الغني شيئاً فنهاهم الله عن هذه التأثيرات بكلمة جامعة وهي قوله: {إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما}. (343).

الخاتمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله السيد الكامل، وآله وصحبه ومن والاه وبعد:

ففي هذه الخاتمة تأتي خلاصة نتائج البحث، ومنها:

- 1 - العدل فريضة شرعية وضرورة بشرية، أقام لها القرآن اعتباراً وبه قامت السماوات والأرض، وبين لنا القرآن أهميته فأمر به ونهى عن ضده.
 - 2 - ذكر لنا القرآن أصول أنواع العدل التي تشمل القضاء والحكم والكتابة والقول والفعل.
 - 3 - حذر من المعوقات الصارفة عن تحقيق العدل وهي على قسمين، صوارف ظاهرة مثل محاباة القرابة أو الشنآن للعدو والبغض والعداوة، ومؤثرات باطنة مثل اتباع الهوى وحظ النفس ..
 - 4 - أقام القرآن مجموعة من الضوابط التي تحمل الإنسان على إقامة العدل وتحذره من الوقوع في الجور ومن هذه الضوابط ما هي ظاهره، مثل: الشهادة واليمين والكتابة، ومنها ما هي باطنة مثل: محبة الله والتقوى والحذر من العقوبة العاجلة والآجلة .
- هذا وما كان في البحث من صواب فهو من الله وتوفيقه، وما كان من خطأ فمن نفسي والشيطان، وأستغفر الله. والحمد لله.

فهرس المصادر والمراجع

1. ابن الحجاج، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، بيروت لبنان، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
2. ابن بطلال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، شرح صحيح البخاري لابن بطلال، الطبعة الثانية، السعودية، الرياض، دار النشر: مكتبة الرشد، 1423هـ - 2003م.
- ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: 597هـ)، نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر، المؤلف: ، الناشر: مؤسسة الرسالة - لبنان/ بيروت، الطبعة: الأولى، 1404هـ - 1984م
3. ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت لبنان الناشر: دار المعرفة، 1379.
- ابن حجر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: 974هـ) الصواعق المحرقة على أهل الرفض والضلال والزندقة، الناشر: مؤسسة الرسالة - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417هـ - 1997م
4. ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، الأولى، بيروت لبنان، الناشر: مؤسسة الرسالة، 1421هـ - 2001م.
5. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، دار الفكر، 1412هـ - 1992م.
6. ابن عادل، أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني (المتوفى: 775هـ)، اللباب في علوم الكتاب، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، عام: 1419هـ - 1998م.
7. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ)، التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، تونس، الناشر: الدار التونسية للنشر، سنة النشر: 1984هـ.
8. ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (المتوفى: 542هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، سنة: 1422هـ.
9. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ) زاد المعاد في هدي خير العباد، الطبعة 27- بيروت لبنان، مؤسسة الرسالة، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1415هـ/ 1994م.
10. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان، دار صادر، 1414.
11. الاصبحي، الامام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، موطأ الإمام مالك، بيروت لبنان، الناشر، دار إحياء التراث العربي.
12. الالوسي، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، دار الكتب العلمية: 1415هـ.
13. الاندلسي، أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي (المتوفى: 745هـ)، البحر المحيط في التفسير، بيروت لبنان، دار الفكر - سنة 1420هـ.
14. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، 1422هـ.

- 15 البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، شعب الإيمان ، الطبعة الأولى، السعودية الرياض، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، 1423 هـ - 2003 م.
- 16 الترمذي، محمد بن عيسى بن سَؤْرَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، سنن الترمذي، الطبعة الثانية: مصر ، القاهرة، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1395 هـ - 1975 م.
- 17 الحاكم، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (المتوفى: 405هـ)، المستدرك على الصحيحين الطبعة الأولى، بيروت لبنان، الناشر: دار الكتب العلمية، 1411 - 1990.
- 18 الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان ، دار إحياء التراث العربي، 1420 هـ.
- 19 الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس الناشر: دار الهداية.
- 20 الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان ، الناشر: دار الكتاب العربي، 1407 هـ.
- 21 السجستاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود، بيروت لبنان ، الناشر: المكتبة العصرية.
- 22 الشعراوي، محمد متولي الشعراوي (المتوفى: 1418هـ)، تفسير الشعراوي – الخواطر ، مصر القاهرة، مطابع أخبار اليوم، نشر عام 1997 م.
- 23 الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملّي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ) جامع البيان في تأويل القرآن ، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ، الناشر: مؤسسة الرسالة، 1420 هـ - 2000 م.
- 24 الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: 817هـ)، القاموس المحيط ، الطبعة الثامنة، بيروت لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ - 2005 م.
- 25 القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، الطبعة الثانية، مصر القاهرة، الناشر: دار الكتب المصرية، 1384 هـ - 1964 م.

المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل دراسة مقارنة

الدكتور محمد نجم إبراهيم عليات

استاذ القانون العام المساعد - كلية القانون — جامعة الفلاح

الدكتور عزت محمد العمري

استاذ القانون الجنائي المساعد - كلية القانون — جامعة الفلاح

ملخص

قد يتعرض العامل أثناء أدائه عمله أو بسببه إلى إصابات عمل، ويلتزم صاحب العمل بأن يدفع نفقات علاج العامل في إحدى دور العلاج الحكومية أو الأهلية المحلية إلى أن يشفى العامل أو يثبت عجزه ويشمل العلاج الإقامة بالمستشفى أو بالمصح والعمليات الجراحية ومصاريف صور الأشعة والتحاليل الطبية وكذلك شراء الأدوية والمعدات التأهيلية وتقديم الأطراف والأجهزة الصناعية والتعويضية، وفي حالة كان الغير هو المتسبب في الضرر، فهل يحق لجهة العمل أو صاحب العمل في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر الذي أصاب العامل والذي عوضته جهة العمل بناءً على التأمين الإجباري والضمان الاجتماعي.

لا يوجد أي نص قانوني ينظم حق جهة العمل أو صاحب العمل في الرجوع على المتسبب في إصابة العامل في التشريع الإماراتي، سواء في القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل، أو في القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 1999 بشأن إصدار قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية وتعديلاته، وإذا تم الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985، نجد أن تطبيقه لا يمنح جهة العمل الحق في الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العامل، لعدم توافر أركان المسؤولية التقصيرية.

وعليه ستعالج هذه الدراسة المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل / دراسة مقارنة.

كلمات مفتاحية: إصابات العمل، المسؤولية المدنية، التعويض.

ABSTRACT

The worker may be exposed during the performance of his work or as a result of it to work injuries, and the employer is obligated to pay the expenses of treating the worker in one of the local governmental or civil treatment homes until the worker is cured or proven incapacitated. The treatment

includes hospitalization or hospitalization, surgeries, x-rays and medical tests as well as purchase Medicines, rehabilitative equipment, provision of prostheses and prosthetic and compensatory devices, and in the event that a third party is the one who caused the damage, does the employer or employer have the right to recourse to the third party who caused the harm that afflicted the worker and who was compensated by the employer based on compulsory insurance and social security?

There is no legal text that regulates the right of the employer or the employer to refer to the person who caused the injury to the worker in the UAE legislation, whether in Federal Law No. (8) of 1980 regarding the regulation of labor relations, as well as in Federal Law No. (7) of 1999 in Concerning the issuance of the Pensions and Social Insurance Law and its amendments, and if the general rules are referred to in the Civil Operations Law No. (5) of 1985, we find that its application does not give the employer the right to recourse to the third party who caused the injury of the worker, due to the absence of the elements of tort liability.

Accordingly, this study will deal with civil liability arising from work injuries / a comparative study.

Key words: work injuries, civil liability, compensation.

المقدمة:

تعد إصابات العمل من أهم المخاطر التي يتعرض لها العامل في حياته، فهي الخطر اللصيق بالعمل نفسه، وقد ازداد هذا الخطر مع تطور الثورة الصناعية، وانتشار الصناعات الكبرى التي قامت على استخدام الآلات في الإنتاج، كما أثبت الواقع العملي، أنه مهما تقدمت الأساليب الفنية في الصناعة، ومهما تطورت وسائل الأمن الصناعي، فإنه وإن كان من الممكن تقليص المخاطر إلا أنه لا يمكن منع وقوع الحوادث أثناء العمل، ذلك أن وجود الأخطار وتحقيقها كظاهرة اجتماعية، لا يرتبط فقط بالمشاكل الفنية للإنتاج ووسائله، وإنما يرتبط أيضاً بتدخل العامل الإنساني في عملية الإنتاج وضرورته.(344) وهناك العديد من الوظائف الحكومية التي تكون الإصابات مرتبطة بها بشكل مرتفع نسبياً نتيجة لطبيعة هذه الوظائف مثل الشرطة والدفاع المدني والتنفيذ القضائي وغيرها من الوظائف.

ونظراً لأهمية دور العمال كونهم ركيزة أساسية في نمو الدولة، فقد عملت التشريعات على إقامة أنظمة حماية لهم عند مباشرة العمل، تكريساً لحقهم في الحماية، ومنها ممارسة الحياة المهنية دون خوف، وضماناً لاستمرارهم في أداء عملهم.

هذه الحماية مرت في كثير من الدول بمراحل متعددة، ومن بينها مرحلة المسؤولية المدنية، وعلى الرغم من التطور المهم الذي عرفته نظرية المسؤولية في هذا المجال، إلا أنها ظلت لفترة طويلة عاجزة عن تعويض هؤلاء العمال(345)، ونتيجة لهذا العجز، بدأت بعض الدول تتجه نحو تبني نظام قانوني جديد، يقوم على فكرة التضامن الاجتماعي، كوسيلة لحل محل القواعد العامة في المسؤولية المدنية.

كل ذلك التطور انعكس على دولة الإمارات العربية المتحدة، من خلال قوانين التأمين والضمان الاجتماعي الحديثة(346)، حيث بدأت في إصدار التشريعات الوطنية،

344 د. محمد لبيب شنب، الاتجاهات الحديثة في التفرقة بين حوادث العمل والأمراض المهنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير 1967، ص11.

345 د. أحمد حسن البرعي، الوسيط في التشريعات الاجتماعية، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2011 ص27-28.

346 محمد حسين منصور ، القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، 2016 ، ص98 .

التي تعطي حماية فعالة للمصاب مثل القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل، وكذلك القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية وتعديلاته، بما فيها صندوق التضامن الاجتماعي والتأمين الإجباري، كما أن هناك التزاماً على جهة العمل بتعويض العامل المصاب، إلا أنه يجب الإشارة إلى أنه على الرغم من كل هذه الحماية التي تقدمها التشريعات القانونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، إلا أن ثمة مشكلة تظهر حول حق جهة العمل في الرجوع على المتسبب في الضرر وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة، في العدد المتزايد للإصابات التي تصيب العمال أثناء أدائهم لوظائفهم وما ينجم عن ذلك من استنزاف للدخل القومي، فكلما زاد نمو الدولة ارتفعت نسبة الإصابات للعمال كنتيجة طبيعية لزيادة سرعة وتيرة التنمية، حيث يعرض أمام القضاء نسبة لا يستهان بها من دعوى التعويض الناجمة عن إصابات العمل، ولا يتوقف الأمر بإصابة العامل بإصابة ينجم عنها العجز المؤقت أو الدائم أو بالوفاة فحسب، بل إنه يتعدى ذلك لأفراد أسرته التي تفقد مصدر رزقها الوحيد، نتيجة فقد عائلها، أو تعطله عن العمل بسبب العجز الذي ألم به، حيث إن إصابات العمل هي مشكلة إنسانية اجتماعية اقتصادية وليست مشكلة قانونية فحسب (347).

ومن هنا نصت القوانين على ضرورة تدخل جهة العمل لتعويض العامل عن الأضرار، الأمر الذي يتطلب البحث في حق جهة العمل في الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر وفقاً للتشريعات القانونية في دولة الإمارات العربية المتحدة المتمثلة في قوانين المعاشات والتأمينات الاجتماعية والعمل والمعاملات المدنية، وإن كان هناك العديد من المراجع في قوانين العمل إلا أنه قد واجهتنا صعوبة في إيجاد المراجع الكافية لبحث هذه النقطة في قوانين الخدمة المدنية والمعاشات والتأمينات الاجتماعية.

347 همام محمد همام، قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص152

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان حقيقة نطاق التغطية الموضوعية، في مجال إصابات العمل في القانون الإماراتي والقوانين المقارنة، وتهدف هذه الدراسة إلى التعرف على مدى حق صاحب العمل أو جهة العمل في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر الذي أصاب العامل والذي عوضته جهة العمل بناء على التأمين الإجباري والضمان الاجتماعي.

إشكالية الدراسة:

الإشكالية الرئيسية في هذه الدراسة تدور حول الإجابة على السؤال الآتي: هل تمنح التشريعات القانونية في دولة الإمارات العربية المتحدة - مثل قانون المعاملات المدنية وقوانين المعاشات والتأمينات الاجتماعية وقانون العمل - الحق لجهة العمل في الرجوع على الغير المتسبب في ضرر للعامل؟ بالإضافة إلى تحديد الأسس القانونية للمسؤولية الناشئة عن إصابات العمل في التشريع الإماراتي من حيث أساسها القانوني ونطاقها الموضوعي والمعايير المعتمدة لتغطية الضرر.

منهجية الدراسة:

تمت مراعاة أن تتسم العبارة بالسهولة واليسر حتى يتسنى للقارئ فهمها دون تعقيد، وذلك بعد استعراض النصوص التشريعية الواردة في القانون الإماراتي ومقارنتها بالتشريعات في دول أخرى وآراء الفقهاء وأحكام القضاء بصدها.

ولذلك استخدمت في هذه الدراسة عدة مناهج:

أولاً: **المنهج المقارن**، وذلك من خلال مقارنة القواعد العامة في المسؤولية المدنية في الإمارات وبعض القوانين الأخرى كالتشريع الفرنسي والمصري لتوضيح أوجه التشابه والاختلاف بينها، ومن ثم الاستفادة من التجربة التشريعية والقضائية العريقة في مجال موضوع الدراسة، مع إبراز سماتها بغية إرشاد المشرع الإماراتي إلى أوجه القصور في موضوع الدراسة إن وجد.

ثانياً: المنهج الوصفي، وذلك بغرض عرض التعاريف النظرية والأفكار الفقهية والمفاهيم التقليدية الكلاسيكية المتعلقة بالمسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل.

ثانياً: المنهج التحليلي، وذلك بتحليل كل ما تم استنباطه من مسائل، في المسألة محل البحث.

الدراسات السابقة:

ولقد قام الباحث بعملية رصد للدراسات السابقة التي تناولت موضوع المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل، فلاحظ - ومع كل الاحترام - أن تلك الدراسات لم تكن متخصصة بدراسة المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل، ومن تلك الدراسات ما يلي:

- 1- **محمد أحمد عجيز، دور الخطأ في تأمين إصابات العمل، دار النهضة العربية، 2009،** هذه الدراسة تعالج دور الخطأ في إصابات العمل، بينما دراسة الباحث تعالج تحديد الأسس القانونية للمسؤولية الناشئة عن إصابات العمل من حيث أساسها القانوني ونطاقها الموضوعي والمعايير المعتمدة لتغطية الضرر.
- 2- **عبد العزيز الهلالي، تأمين إصابة العمل علماً وعملاً، دار الجامعة الجديدة، 2016.** هذه الدراسة تتطرق إلى إصابة العامل دون تحديد أساسها القانوني ونطاقها الموضوعي والمعايير المعتمدة لتغطية الضرر. بعكس دراسة الباحث.
- 3- **حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابة العمل، دار النهضة العربية، 2007،** هذه الدراسة تعالج التعويض عن إصابات العمل، وتختلف عن دراسة الباحث التي تحاول الإجابة عن التساؤل هل تمنح التشريعات القانونية في دولة الإمارات العربية المتحدة الحق لجهة العمل في الرجوع على الغير المتسبب في ضرر للعامل؟

خطة الدراسة:

بهدف الإحاطة بكافة جوانب مسألة المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل جاءت هذه الدراسة في ثلاثة مباحث رئيسية، وذلك تبعاً للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: مسؤولية جهة العمل عن إصابات عمل العامل.

المطلب الأول: طبيعة الخطأ الموجب لمسؤولية جهة العمل.

المطلب الثاني: مسؤولية جهة العمل بصفتها متبوعاً.

المبحث الثاني: مسؤولية الغير المتسبب في الضرر للعامل .

المطلب الأول: المفهوم القانوني للغير.

المطلب الثاني: حق المضرور في الجمع بين التعويض الاجتماعي والتعويض المدني.

المبحث الثالث: حق جهة العمل في الرجوع على المتسبب في الضرر في التشريع الإماراتي.

المطلب الأول: رجوع جهة العمل على المتسبب في الضرر وفقاً للقواعد العامة في القانون الإماراتي.

المطلب الثاني: تقييم الباحث لإمكانية رجوع جهة العمل على المتسبب في الضرر في التشريع الإماراتي.

النتائج والتوصيات.

المبحث الأول : مسؤولية جهة العمل عن إصابات عمل العامل .

قرر المشرع الإماراتي أن للعامل الحق في التعويض عن إصابات العمل، حيث نص المشرع الإماراتي في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 في شأن تنظيم علاقات العمل المقصود بإصابة العمل بأنها: "هي إصابة العامل بأحد الأمراض المهنية المبينة بالجدول الملحق بهذا القانون أو بأية إصابة أخرى ناشئة عن عمله حصلت له أثناء تأدية ذلك العمل وبسببه، ويعتبر في حكم إصابة العمل كل حادث يقع للعامل خلال فترة ذهابه إلى عمله أو عودته منه بشرط أن يكون الذهاب والإياب دون توقف أو تخلف أو انحراف عن الطريق الطبيعي"، وتنص المادة (144) من ذات القانون على أنه: "يلتزم صاحب العمل في حالة إصابات العمل وأمراض المهنة بأن يدفع نفقات علاج العامل في إحدى دور العلاج الحكومية، أو الأهلية المحلية إلى أن يشفى العامل، أو يثبت عجزه، ويشمل العلاج الإقامة بالمستشفى، أو بالمصح والعمليات الجراحية ومصاريف صور الأشعة والتحاليل الطبية، وكذلك شراء الأدوية والمعدات التأهيلية وتقديم الأطراف والأجهزة الصناعية والتعويضية بالنسبة لمن يثبت عجزه، وعلى صاحب العمل فضلاً عما تقدم ان يدفع نفقات الانتقال التي يقتضيها علاج العامل".

ونلاحظ هنا أن مسؤولية جهة العمل في التشريع الإماراتي تتحقق بغض النظر عن المتسبب سواء أكان جهة العمل أم الغير، وهذا المسؤولية مصدرها القانون وتختلف عن المسؤولية التقصيرية، فلا يجوز التمسك ضده بالتعويضات المستحقة عن الإصابة طبقاً لأي قانون آخر، إلا إذا كانت الإصابة قد نجمت عن خطأ من جانبه، فالقانون المصري والاماراتي (348)، يشترط خطأ صاحب العمل حتى يتمكن العامل المصاب أو ورثته، من الرجوع عليه بالتعويض، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

وعليه فإن المشرع الإماراتي قد أعطى للمصاب الحق في الرجوع بالتعويض على صاحب العمل (349)، إلا أنه لم يبين تفاصيل هذا الرجوع المتعلق بمداه، مما يجعل

348 والخطأ المقصود به في القانون الإماراتي هو مخالفة صاحب العمل لقوانين أو أنظمة العمل أو الخدمة، أو تقصيره في اتخاذ إجراءات الأمن الصناعي والسلامة العمالية.
349 يقصد بصاحب العمل في القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 في شأن تنظيم علاقات العمل

دراسة تلك المسائل ضرورية، من خلال البحث عن طبيعة الخطأ الموجب للتعويض المدني بناءً على المسؤولية التقصيرية وعلى المسؤولية القانونية المتمثلة في قانون المعاشات والتأمينات الإماراتي وقانون العمل الإماراتي، والتساؤل هنا هل يشترط في الخطأ الموجب للتعويض أن يكون جسيماً؟ وهل تنحصر مسؤولية صاحب العمل عن الخطأ الشخصي، أو يسأل عن أخطاء التابعين له؟ كل هذه التساؤلات سيتم الإجابة عليها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول طبيعة الخطأ الموجب لمسؤولية جهة العمل، أما المطلب الثاني فنخصصه لمسؤولية جهة العمل بصفتها متبوعاً، كما يلي:

المطلب الأول : طبيعة الخطأ الموجب لمسؤولية جهة العمل.

إن خطأ جهة العمل يتمثل في مخالفتها لقوانين العمل أو تقصيرها في اتخاذ إجراءات الأمن الصناعي والسلامة العمالية، لكن السؤال الذي يثار هنا ما طبيعة هذا الخطأ؟ فهل يشترط نوع من الجسامة في الخطأ، أو أن أي خطأ يقع من جهة العمل يرتب المسؤولية المدنية؟.

للإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من التطرق إلى موقف القانون المقارن في هذه المسألة:

أولاً: طبيعة الخطأ في القانون الفرنسي.

منح المشرع الفرنسي للمصاب الحق في مطالبة صاحب العمل، بالتعويض عن الإصابة التي لحقت به، في حالتين هما: حالة الخطأ العمد، وحالة الخطأ غير المغتفر، كما يلي:

بأنه " هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر مهما كان نوعه"، بينما يقصد فيه في قانون التأمينات الاجتماعية المصري بأنه "كل من يستخدم عاملاً أو أكثر من الخاضعين لأحكام هذا القانون"، انظر نص المادة (5/د)

1- حالة الخطأ العمدي:

للمضرور أو خلفه العام الحق في الرجوع على مرتكب الخطأ العمدي، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية بالتعويض عن عناصر الضرر، التي لم تغطها قيمة التعويض الجزافي، المقرر في قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي.(350)

إذا يقع على عاتق العامل المصاب، إثبات عناصر الضرر التي بموجبها يستطيع أن يطالب بتعويض عن الإصابة، وارتباطها السببي بتحقيق واقعة الضرر، كما يقع على عاتقه إثبات أن الإصابة راجعة إلى خطأ عمدي، من جانب رب العمل نفسه أو أحد تابعيه، حتى يتمكن من الحصول على التعويض المقدر له، كما يجب التتويه على أن اختصاص تكملة التعويض ينعقد، لجهة القضاء العادي، الذي يمكن المطالبة به أمام القضاء الجنائي بالتبعية للدعوى العمومية.(351)

2- حالة الخطأ غير المغتفر:

تنص المادة (452/أ) من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي على أنه: "... إذا رجع الحادث إلى الخطأ غير المغتفر لصاحب العمل، أو من يحل محله في مباشرة سلطة توجيه العمل، فيثبت حق المصاب، أو المستحقين في الحصول على تعويض تكميلي وفقاً للشروط التالية...".

إذاً يقع على عاتق المصاب إثبات الخطأ غير المغتفر، من جانب صاحب العمل أو أحد تابعيه، بشرط أن يكون الخطأ السبب المنتج في تحقيق الإصابة، إذ يلزم أن يكون هناك ارتباط ما بين الخطأ وتحقق الواقعة مصدر الضرر، وإذا أثبت المصاب أن الخطأ راجع إلى رب العمل، فيمكنه الالتجاء إلى لجنة التسوية الودية في صندوق الضمان الاجتماعي، وهي بذلك تعتبر بمثابة المستشار القانوني للمصاب، فإذا تم

350 المادة (5-452) من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي.
351 د. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابة العمل، دار النهضة العربية ، 2007 ، ص498.

التوصل إلى اتفاق أثبت ذلك في المحضر، وإن آلت الأمور عكس ذلك فإنه يتعين عرض النزاع أمام محكمة شؤون الضمان الاجتماعي.(352)

ولا يقتصر دور القضاء على مجرد إثبات الخطأ، بل يمتد ليشمل تقدير قيمة التعويض المدني، والذي يقتصر على بعض عناصر الضرر التي لم تغطها قيمة التعويض الاجتماعي، كما يحق للمستحقين المطالبة بالتعويض، عن الضرر المعنوي الذي لحقهم بسبب وفاة المصاب، وحدد المشرع هؤلاء المستحقين على سبيل الحصر.(353)

ولصاحب العمل أن يثبت خطأ العامل إذا ارتكب هذا الأخير خطأ يكون من شأنه إعفاء الأول من المسؤولية، غير أن خطأ المصاب لا يعفي صاحب العمل من مسؤوليته عن خطئه إذا كان خطأ صاحب العمل هو السبب المنتج للإصابة(354).

ومن حالات الخطأ غير المغتفر والتي تحدث من جانب صاحب العمل عدم قيامه بتوفير واقبات الرأس والجسم في حالة العمل في المناجم والأماكن المرتفعة وعدم وجود النظارات الواقية، أو عدم صلاحيتها للاستعمال، وحالة غياب معدات الوقاية من الحريق ومن مخاطر الكهرباء والآلات الضاغطة، وغيرها من أدوات ومعدات الوقاية والأمن والنظافة في أماكن العمل.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن صاحب العمل قد ارتكب خطأ جسيماً أدى إلى وقوع الحادث، لأنه لم يعمل على إيجاد أبواب نجدة لمحلاته لخروج عماله بسرعة وقت الحريق (355)، كما قضى بأنه يعد خطأ غير مغتفر إصرار رب العمل على استعمال العمال لوسائل وآلات معيبة وذات خلل بيّن، بالرغم من خطورة العمل المنجز (356).

352 د. عمر ابراهيم حسين، إصابات العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2018، ص311.

353 انظر نص المادة (7-454L) من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي.

354 د. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص415.

Cass. Ch. Reun 16 mai 1941. Dalloz. 1941-117. 355

Cass. Soc. 01 mars 1938. Dalloz. 1938. n° 214 .

.. Civ. 1985. n° 5. p 110 Cass. Soc. 06 mars 1985. Bull -

.oct 1980. Bull. Civ. 1980-5. n° 795 Cass. Soc. 29 356

وعليه فالخطأ غير المغتفر أو الخطأ الجسيم ليس مفترضاً بمجرد وقوع الإصابة أو جسامتها، بل يجب أن يثبت المصاب المدعي بذلك صحة دعواه، وأن يقيم الدليل على ذلك، ولقاضي الموضوع حق تقدير درجة الخطأ المنسوب إلى صاحب العمل من وقائع الدعوى المطروحة أمامه وظروفها(357).

إذاً حدد المشرع الفرنسي عناصر الضرر التي على أساسها يقدر التعويض المدني، حيث تختلف طريقة التعويض من خطأ لآخر من حيث القواعد التي تحكمه.

وإذا كانت المسألة واضحة في القانون الفرنسي على النحو المبين سابقاً، فما مقدار الخطأ الموجب للتعويض في القانون المصري؟

ثانياً: طبيعة الخطأ في القانون المصري:

نص قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات المصري رقم 148 لسنة 2020 في المادة (66) منه على أنه: "لا يجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة بالتعويضات التي تستحق عن الإصابة طبقاً لأي قانون آخر، كما لا يجوز لهم ذلك أيضاً بالنسبة لصاحب العمل، إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ من جانبه" وهو نفس النص الوارد في القانون الملغي للتأمين الاجتماعي المصري رقم 79 لسنة 1975م.

ونلاحظ أن القانون المشار إليه منح العامل المصاب أحقية المطالبة بالتعويض، وفقاً لأي قانون آخر، بمجرد ثبوت ارتكاب صاحب العمل خطأ عادياً، على خلاف نص المادة (44) من قانون التأمين الاجتماعي رقم 63 لسنة 1964م، والتي تشترط أن يكون خطأ صاحب العمل جسيماً(358)، فتوافر أي خطأ من جانب صاحب العمل، يكفي للرجوع عليه طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية(359)، إذن لم يشترط

357 د. عوني محمود عبيدات: شرح قانون الضمان الاجتماعي، دار وائل للنشر، الأردن، سنة 1998، ص 247.

358 نقض مدني، طعن رقم 42/262، جلسة 1976/6/29، ص 27.

359 د. عبد الرزاق السنهوري، تحديث وتنقيح المستشار: أحمد مدحت المراعي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2010، ص 230، 729، ينظر المادة

المشرع المصري الحالي في خطأ رب العامل أن يكون جسيماً أو غير معذور، بل يكفي مجرد الخطأ.

حيث لم يعد المشرع المصري يشترط توافر نوع من الجسامة في الخطأ الموجب لمسؤولية صاحب العمل، وإنما أي خطأ يقع من الأخير يكفي لجعل المسؤولية قائمة تجاه صاحب العمل، والخطأ المقصود به هنا على حسب رأي جانب من الفقه (360)، هو خطأ صاحب العمل الشخصي الذي يترتب عليه مسؤوليته الذاتية، وهذا الخطأ واجب الإثبات، فلا تطبق بشأنه أحكام المسؤولية المفترضة، المنصوص عليها في المادة (178) من القانون المدني المصري. (361)

كما قضى في مصر أن رجوع العامل المضروب بالتعويض على صاحب العمل مناطه ثبوت أن إصابة العمل قد نشأت عن خطأ شخصي من جانب صاحب العمل يرتب مسؤوليته الذاتية عملاً بالمادة 68 فقرة 2 من القانون رقم 79 لسنة 1975، ولا محل لتطبيق أحكام المسؤولية المفترضة الواردة بالمادة 178 مدني. (362)

وفي قضية أخرى تؤسس محكمة النقض المصرية حق العامل في الرجوع على رب العمل بالقول: "إن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية التزاماتها بشأن تأمين إصابات العمل عن أعمال تابعة غير المشروعة جواز رجوع العامل على رب العمل، استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، باعتباره متبوعاً مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير مشروع، تطبيقاً لنص المادة 174 من القانون المدني، غير أن مسؤولية المتبوع ليست مسؤولية ذاتية، إنما هي في حكم مسؤولية الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون" (363).

(68) من القانون الملغى للتأمين الاجتماعي المصري رقم 79 لسنة 1975م. وهذا بخلاف القانون السابق حيث كانت المادة (42) من القانون رقم 63 لسنة 1964 تشترط الخطأ الجسيم لرب العمل. 360 المستشار أحمد المليجي، الوسيط في التشريعات الاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، 2017، ص 191.

361 نقض مدني، طعن رقم 5251، لسنة 75ق، جلسة 2006/2/23م، ص 57، ق 42.
362 نقض عمالي مصري، جلسة 1993/05/20، الطعن رقم 5196، السنة 62 ق. نقض عمالي، جلسة 1993/11/04، الطعن رقم 489، السنة 63 ق.
363 نقض عمالي مصري، جلسة 1990/05/9، الطعن رقم 3587، السنة 58 ق.

وقد وجد التعديل استحساناً لدى البعض(364)، فضلاً عما كان يلقيه الخطأ الجسيم من عبء في الإثبات على العامل، ففي ذلك توسيع لمظلة الحماية التأمينية للمؤمن عليه، في استحقاق أية تعويضات قد يقضى له بها ضد صاحب العمل، إذا تمكن من إثبات أن هناك خطأ من جانبه، على أساس ما لحقه من ضرر نتيجة الإصابة، طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

إلا أن جانباً آخر من الفقه(365)، ينتقد موقف المشرع بالعدول عن اشتراط جسامه الخطأ، بحجة أن تأمين إصابات العمل لا يغطي بصورة كاملة مسؤولية رب العمل، إلا إذا لم يكن هناك أي خطأ من جانبه، كما أن عدم اشتراط الجسامه من شأنه أن يؤدي إلى عدم تغطية صاحب العمل إلا ضد الإصابات الناشئة بغير خطئه، بالرغم من أن هذا التأمين هو من قبيل التأمين من مسؤولية صاحب العمل، نظراً لأن رب العمل هو المؤمن له الذي يسدد التأمين، وبالتالي فهو يستهدف نفسه ضد المسؤولية الناشئة عن الإصابة.

على ما يبدو للباحث بأن هذا الرأي، هو الأقرب إلى الصواب، لأن مسؤولية صاحب العمل دون اشتراط أية درجة من درجات الخطأ، لا تكون على حساب الإضرار بمصالح رب العمل، الذي يلتزم بأداء الاشتراكات، مقابل حمايته من المسؤولية عما يقع من إصابات لعماله، لذلك فإن مساءلتهم على هذا النحو تبدو متناقضة، كما أنها تشكل عبئاً ثقيلاً على عاتق صاحب العمل.

ولعل الإشكالية التي تثور في هذا المقام هي: ما مقدار التعويض الذي يستحقه المصاب، وهل هو تعويض كامل أو هو تعويض تكميلي؟.

لقد استقر القضاء(366)، على أن التزام المؤسسة التأمينية بالتعويض عن إصابة العمل، والالتزام صاحب العمل بالتعويض عن الإصابة طبقاً لأحكام القانون المدني،

364 د. محمد حسن قاسم، شرح التأمينات الاجتماعية، دار الجامعة الجديدة ، 2018، ص289-290.
365 د. حسام الدين الاهواني، اصول قانون التأمين الاجتماعي، دار النهضة العربية ، 2015، ص300 وما بعدها.
366 نقض مدني طعن رقم 169 لسنة 46ق، س29، جلسة 1978/5/13، س29ن، ق244.

يتجهان إلى تحقيق غاية واحدة وهي جبر الضرر جبراً متكافئاً إذ أن كل زيادة تعد إثراءً على حساب الغير دون سبب مشروع، لذلك يتعين على القاضي عند تقدير قيمة التعويض التكميلي، أن يحدد أولاً قيمة التعويض بالكامل، ثم يخصم من مجمل قيمة التعويض ما يعادل قيمة التعويض الجزافي الحاصل عليه المصاب من هيئة التأمين.

ثالثاً: طبيعة الخطأ في القانون الإماراتي .

أوضحت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 1999 بشأن إصدار قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية المقصود بصاحب العمل بأنه:

أ- في القطاع الحكومي :

الجهات الحكومية الاتحادية، والهيئات العامة والمؤسسات العامة والشركات العامة والمصارف التي تسهم فيها الحكومة الاتحادية، بالإضافة إلى الجهات الحكومية المحلية التي تطلب حكومة الإمارة المعنية إخضاعها لهذا القانون .

ب- في القطاع الخاص :

كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عمالاً مواطنين لقاء أجر أياً كان نوعه. وبينت ذات المادة المقصود بإصابة العمل بأنها: "الإصابة نتيجة حادث وقع أثناء العمل أو بسببه أو الإصابة بأحد الأمراض المهنية، وتعتبر الوفاة الناتجة عن الإجهاد أو الإرهاق من العمل إصابة عمل متى توافرت فيها الشروط والقواعد التي يصدر بها قرار من الوزير بالاتفاق مع وزير الصحة، ويعتبر في حكم الإصابة كل حادث يقع للمؤمن عليه خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته منه".

وتنص المادة (66) من القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 1999 بشأن إصدار قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية على أنه: "إذا توفي المؤمن عليه نتيجة إصابة عمل استحق ويحرم المؤمن عليه من تعويض الإصابة في الحالات الآتية:

1- إذا تعمد المؤمن عليه إصابة نفسه.

2- إذا حدثت الإصابة بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب ويعتبر في حكم ذلك:

أ - كل فعل يأتيه المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات والمؤثرات العقلية.

ب - كل مخالفة عمدية لتعليمات الوقاية المعلنة في أماكن ظاهرة في محل العمل.

ولا يجوز التمسك بإحدى الحالتين المنصوص عليهما في البندين (1)، (2) إلا إذا ثبت ذلك من التحقيق الذي في هذا الشأن بمعرفة الجهات المختصة".

ونظم القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل، التعويض عن إصابات العمل وأمراض المهنة في الباب الثامن منه في المواد من (142-153)، حيث تضمن القانون في المادة (142) منه على أنه: "إذا أصيب العامل بإصابة عمل أو بمرض مهني مما هو مبين بالجدولين رقمي (1، 2) الملحقين بهذا القانون وجب على صاحب العمل، أو من يقوم مقامه إبلاغ الحادث فوراً إلى كل من دائرة الشرطة ودائرة العمل أو أحد فروعها التي يقع في دائرتها محل العمل"، بينما نصت المادة (153) من ذات القانون على أنه: "لا يستحق العامل المصاب تعويضاً عن الإصابة أو العجز التي لم تؤدي إلى الوفاة إذا ثبت من تحقيقات السلطات المختصة أن العامل تعمد إصابة نفسه بقصد الانتحار أو للحصول على تعويض أو إجازة مرضية أو لأي سبب آخر، أو كان العامل وقت الحادثة واقعاً وبفعله تحت تأثير مخدر أو تحت تأثير الخمر وكذلك إذا تعمد مخالفة تعليمات الوقاية المتعلقة في أمكنة ظاهرة من محل العمل، أو كانت إصابته، أو عجزه نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانبه أو رفض دون سبب جدي الكشف عليه، أو اتباع العلاج الذي قرره اللجنة الطبية المشكلة وفقاً لأحكام المادة (148)، ولا يلزم صاحب العمل في هذه الحالات بعلاج العامل أو أداء أية معونة مالية إليه".

ويلاحظ من استقراء نصوص المواد السابقة أن العامل عندما يصاب فإن كل نفقات العلاج والعجز والوفاة تقع على جهة العمل أو صاحب العمل طالما وقعت دون خطأ

أو تقصير منه، وهنا يكون أساس التعويض هو قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية للموظفين الحكوميين وقانون تنظيم علاقات العمل للعمال في القطاع الخاص، أما إذا وقعت إصابة العمل بسبب الخطأ الشخصي، أو التقصير من العامل فإن أساس التعويض يكون بناءً على قواعد المسؤولية المدنية .

المطلب الثاني : مسؤولية جهة العمل بصفته متبوعاً.

تباين موقف القضاء الفرنسي فلقد ذهبت محاكم بفرنسا (367) إلى السماح للعامل ضحية إصابة عمل برفع دعوى رجوع على رب العمل إذا تسبب تابعه في إحداث الضرر عمدياً، تطبيقاً لمقتضيات المادة 1384 مدني فرنسي الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، مبررة أحكامها بأن المادة (67) من قانون سنة 1946 المعدلة (368) قد أحالت على تطبيق أحكام المسؤولية المدنية بصفة عامة في حالة خطأ رب العمل أو تابعه، دون أن تشترط أن تكون هذه المسؤولية شخصية، الأمر الذي لا يمنع من تطبيق أحكام المسؤولية على الغير، ولا يمكن التضيق على العامل دون مبرر، في حين رفضت محاكم أخرى (369) رفع مثل هذه الدعاوى على رب العمل، وقصرت الرجوع على التابع المتسبب في الضرر عمدياً على أساس المسؤولية الشخصية، وليس على أساس المسؤولية عن الغير، وقد فسرت نص المادة (67) من قانون 1946 تفسيراً ضيقاً، لأنه ليس من العدالة أن يتحمل رب العمل نتائج الخطأ العمدي للتابع، والذي يتمثل في الغالب في المشاجرات والمصارعات التي تقع بين العمال، وعليه فصاحب العمل ليس بإمكانه أن يتوقع أو يمنع حدوث مثل هذه المشاجرات.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية، خاصة في غرفتها الجزائية، الاتجاه الأول في العديد من المناسبات متمسكة بأحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي (370) وبقي حق

367 - Trib Nancy . 12 mai 1953. Gaz . Pal .1953-2-106.

368- صارت لاحقاً المادة 452 فقرة 5 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي.

369 - Trib .Lyon. 29 oct 1953. Gaz . Pal .1954-1-63.

370 - Cass . Soc . 8 juil 1968 . Bull . Civ. 1968. n° 352 .p 286.

الرجوع على رب العمل بوصفه تابعا مطبقاً في نطاق ضيق جداً، حيث لا يشمل سوى الأخطاء العمدية التي يرتكبها التابع في إطار مباشرة أعمال وظيفته.(371)، وبهذا استبعدت الأخطاء العمدية الناتجة عن المشاجرات بين العاملين، خاصة إذا كانت على إثر مناقشات كلامية بين عاملين بسبب خلافات نقابية أو سياسية أو رياضية أو عائلية. فهذه كلها أخطاء شخصية لا علاقة لها بالوظيفة، وليس من العدالة أن يتحملها رب العمل، ولكن موقف محكمة النقض الفرنسية لم يخل أبداً بحق العامل المصاب الذي بإمكانه الرجوع على التابع مباشرة، والحادث هنا أنه حادث عمل لا شك فيه، مادام أن جل القرائن تؤيده، ومنها وقوعه في مكان العمل.

وتبعا لقرينة مهنية الحادث فإن العامل لا يكلف بإثبات رابطة السببية بين الحادث والعمل، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس.(372)، حيث يستطيع خصم العامل إثبات أن هذا الحادث رغم وقوعه أثناء تأدية العمل إلا أنه لم يكن بسبب العمل، وتطبيقاً لذلك سمحت المحاكم الفرنسية للمضرور بالرجوع على رب العمل، بوصفه متبوعاً، عندما ينشأ النزاع المؤدي إلى المشاجرة على إثر مناقشة العامل للأوامر التي وجهها له المسؤول على الإشراف على المؤسسة، فينهال هذا الأخير على العامل ويصيبه في جسمه (373)، وعلى العكس من ذلك قرر القضاء عدم مسؤولية رب العمل عن جريمة عمدية ارتكبها عاملان لديه، لا علاقة لها بتنفيذ العمل، كأن تقع خارج نطاق المؤسسة، ويثبت عنها أن رب العمل قد اتخذ جميع الاحتياطات للتفريق بين العاملين لمعرفة بطباعهما المتنافرة.(374)

371- Cass .Soc . 12 dec 1963. J .C. P .1964.n° 9.، Cass .Soc . 12 juil 1988.. Bull. Civ .1988 . n° 86-18-881. p 282.، Trib .Paris .22 oct 1963. Gaz .Pal .1964-1.p25

372- Cass .Crim . 10 juil 1968 . Bull. Crim .1968. p 527.
Cass .Soc . 12 juil 1988. Bull. Civ .1988 . n° 86-18-881. p 282.
Trib .Paris .22 oct 1963. Gaz .Pal .1964-1. P 25..

373- C .A .Grenoble. 27 nov 1967. Journal C Grenoble .1968. p 155.
Gaz .Pal .1964-1. p25.

374- C .A . Paris 22 oct 1963. Gaz .Pal .1964-1. p 25.

وبالانتقال إلى موقف المشرع المصري فنلاحظ أنه لم يرد في قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات رقم (148) لسنة 2020، ولا في القانون الاتحادي للمعاشات والتأمينات الاجتماعية رقم (7) لسنة 1999، أي نص يجيز أو ينفي حق العامل المصاب في الرجوع على صاحب العمل، بصفته متبوعاً ومسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها تابعيه، لذلك كان لزاماً علينا التوجه إلى موقف الفقه والقضاء في هذه المسألة لعله يرشدنا لحل لها.

ذهب جانب من الفقه المصري (375)، إلى أن ظاهر نص المادة (66) من قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات، والتي تنص على أنه: "لا يجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة بالتعويضات التي تستحق عن الإصابة طبقاً لأي قانون آخر، كما لا يجوز لهم ذلك أيضاً بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ من جانبه"، فالخطأ المقصود في هذه المادة هو خطأ صاحب العمل الشخصي، وليس خطؤه بصفته متبوعاً ومسؤولاً عن أفعال تابعيه.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه المصري (376)، إلى خلاف ذلك بالقول: إن نص المادة (66) لا تمنع المصاب أو ورثته، من الرجوع على رب العمل بصفته متبوعاً مسؤولاً عن أفعال تابعيه، استناداً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية (377)، حيث قررت أنه: "لما كانت المادة (66) من القانون الحالي رقم (79) لسنة 1975 تنص على أنه تلتزم الهيئة بتنفيذ أحكام هذا الباب، حتى ولو كانت الإصابة تقتضي مسؤولية شخص آخر خلاف رب العمل، ولا يخل ذلك بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل هذا الشخص المسؤول، ولما كانت المادة (1/174) من القانون المدني المصري قد نصت على أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، إذا كان

375 د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 661.

376 د. عوني محمود عبيدات، شرح قانون الضمان الاجتماعي المؤقت رقم 30 لسنة 1978 تشريع فقه وقضاء، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 1998، ص 249.

377 نقض مدني طعن رقم 4861 لسنة 61 ق، جلسة 1997/12/28 م، س 48، ق 295.

واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها، وكانت مسؤولية المتبوع عن تابعه ليست مسؤولية ذاتية، وإنما هي مسؤولية الكفيل المتضامن⁽³⁷⁸⁾، وكفالته ليس مصدرها العقد، ولما كان العامل يتقاضى حقه في التعويض، عن إصابة العمل من المؤسسة في مقابل الاشتراكات التي تم دفعها، بينما يتقاضى حقه في التعويض من قبل المسؤول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين⁽³⁷⁹⁾، وينتفي الإثراء بلا سبب، لأن المبالغ تتعدد بتعدد مصادرهما.

وقضت في حكم آخر بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة إن كان مقتضى نص المادة ٦٦ من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ أن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بالتزاماتها بشأن تأمين إصابات العمل لا يخل بما يكون للمؤمن له العامل أو ورثته حق قبل الشخص المسؤول عن الإصابة. ولما كانت المادة ١٧٤ / ١ من القانون المدني قد نصت على أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها، وكانت مسؤولية المتبوع عن تابعه ليست مسؤولية ذاتية إنما هي في حكم مسؤولية الكفيل المتضامن وكفالته ليست مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون، فإنه لا جدوى من التحدي في هذه الحالة بنص المادة ٦٨ من ذات القانون والتي لا تجيز للمصاب أو ورثته فيما يتعلق بإصابات العمل بأن يتمسك قبل الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بأحكام أي قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضاً بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ ذاتي من جانبه، ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو عند بحث مسؤولية رب العمل الذاتية، ولما كان العامل يقتضى حقه في التعويض عن إصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية في مقابل الاشتراكات التي شارك هو ورب العمل في دفعها بينما يتقاضى حقه في التعويض قبل المسؤول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، فليس ما يمنع من الجمع بين الحقين. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى التعويض التي

378 نقض مدني مصري، طعن رقم 2584 لسنة 63ق، جلسة 2010/2/6م.

379 د. أحمد البرعي، مرجع سابق، ص1253.

أقامها الطاعنون على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة عملاً بالمادة ١٧٤ من القانون المدني واستند الحكم في قضائه إلى نص المادة ٦٨ سالف الذكر بانتفاء الخطأ الجسيم في جانبه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (380)، وقضت كذلك بأنه: "من المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن مؤدى نص المادة ١٧٤ من القانون المدني أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها، وكانت مسؤولية المتبوع عن تابعه ليست مسؤولية ذاتية إنما هي في حكم مسؤولية الكفيل المتضامن وكفالاته ليست مصدرها العقد، وإنما مصدرها القانون، فإنه لا يجدي الشركة الطاعنة التحدي قبل المطعون ضدهم بعدم جواز تمسكهم قبلها بأحكام المسؤولية التقصيرية طبقاً للقانون المدني - على ما جرى به نص المادة ٦٨ / ٢ من القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ - إذ أن مجال تطبيق هذه المادة هو عند بحث مسؤولية رب العمل الذاتية، وإذا كان العامل يقتضى حقه في التعويض عن إصابة العمل من الهيئة المذكورة في مقابل الاشتراكات التي قام بسدادها هو ورب العمل بينما يتقاضى حقه في التعويض قبل المسؤول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذي ارتكبه المسؤول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين" (381).

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية، في تكييفها للعلاقة بين العامل ورب العمل، استبعدت تطبيق أحكام المادة (174) فقرة أولى من القانون المدني التي تقضي بمسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها، وإجرائياً يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي أن تحل محل المصاب أو ذوي حقوقه بناء على طلبهم في الدعوى ضد المتسبب في الضرر، سواء أكان من الغير أم من رب العمل نفسه أو من يمثله، ويمكن لهم بقوة القانون مقاضاة المتسبب أمام المحاكم المختصة من أجل المطالبة باسترداد ما سددته أو ما عليها أن تسدده.

380 نقض مدني ، الطعن رقم 6771 لسنة 72 قضائية الدوائر المدنية - جلسة 2013/01/15.
381 نقض مدني ، الطعن رقم 381 لسنة 76 قضائية الدوائر المدنية - جلسة 2018/01/23.

ويرى الباحث أن هذا الرأي يمكن تطبيقه في التشريع الإماراتي استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية، إذاً يتضح لنا بأن العامل المصاب يستفيد من الحماية المقررة في المسؤولية المدنية حتى ولو كانت الإصابة راجعة إلى خطأ أحد تابعي صاحب العمل، بشرط إثبات خطأ المسؤول الذي أحدث الضرر، ولكن ماذا لو نتجت الإصابة عن خطأ الغير، فهل يمكن للمصاب الرجوع عليه بدعوى المسؤولية المدنية؟ للإجابة عن هذا التساؤل يقتضي بنا البحث عن مسؤولية الغير المتسبب بالضرر بحق العامل.

المبحث الثاني : مسؤولية الغير المتسبب في الضرر للعامل.

مما لا شك فيه بأن الحادث الذي يتعرض له العامل، يخلف عدة أضرار تنعكس سلباً على نفسية الإنسان، وتتمثل هذه الأضرار في تلك الأوجاع والآلام التي يعانيها المتضرر، مما يبرر للعامل حق الرجوع على المتسبب في إحداث الضرر، إذا وقعت الإصابة بسبب خطئه، كما لا يمنع من اعتبار الواقعة إصابة عمل ولا تخل بحق المشترك المصاب، في الرجوع بالتعويض على الغير المسؤول عن وقوع الحادث.

وتأكيداً لذلك، نص قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات المصري رقم (148) لسنة 2020 في المادة (64) على أنه: "تلتزم الجهة المختصة بجميع الحقوق المقررة وفقاً لأحكام هذا الباب حتى ولو كانت الإصابة تقتضي مسؤولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسؤول".

وإذا كانت المادة السابقة قد منحت للمشارك المصاب، الحق في الرجوع على الغير المسؤول عن الحادث، إلا أنها لم تبين لنا مفهوم الغير، لذلك كان لا بد لنا من التعرف على مفهوم الغير، فإذا ما توصلنا لمعرفة الغير المسؤول عن الإصابة، يثور في داخلنا تساؤل هل يجوز للمؤمن عليه المصاب، الجمع بين التعويض الاجتماعي والتعويض المدني؟ أم لا يجوز ذلك؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد لنا من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث في المطلب الأول منه عن المفهوم القانوني للغير، وفي المطلب الثاني نتحدث عن حق المضرور في الجمع بين التعويض الاجتماعي والتعويض المدني.

المطلب الأول : المفهوم القانوني للغير

إذا وقعت الإصابة بسبب سلوك الغير، فيكون الغير مسؤولاً أمام المصاب عن الخطأ غير المشروع ويتحمل نتائج خطئه الذي ارتكبه، لكن من هو الغير؟ وما المبرر الذي تم على أساسه إسناد المسؤولية إليه؟ لذلك نتحدث أولاً عن المقصود بالغير، ومبررات إسناد المسؤولية عن إصابة العامل للغير ثانياً.

أولاً: المقصود بالغير:

ذهب بعض من الفقه (382)، إلى القول بأن صفة الغير تثبت لكل شخص آخر خلاف رب العمل أو تابعيه، إذا شارك بخطئه في تحقق الخطر، وهي بذلك تثبت لكل شخص أجنبي عن العلاقة القانونية، التي تربط المصاب بصاحب العمل، ولكن لا تعد صفة الغير من الصفات المطلقة، بل يمكن اعتبارها من الصفات النسبية (383)، فالتحاق المضرور بجهة عمل معينة، لا يحول قانوناً دون اكتساب صاحب العمل أو تابعيه صفة الغير، بالرغم من العلاقة القانونية التي تربط بين المضرور وجهة العمل (384). فصاحب العمل أو تابعيه تزول عنهم صفة الغير، متى حدث الضرر أثناء تنفيذ العامل لالتزاماته المهنية، كونه في حالة خضوع لسلطة رب العمل وإشرافه ورقابته.

أما إذا حدث الضرر خارج نطاق تنفيذ الالتزامات المهنية، فليس هناك ما يحول قانوناً دون مطالبة صاحب العمل أو تابعيه بالتعويض، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية باعتباره من الغير. (385)

382 د. عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية، سنة 1967، ص 457 وما بعدها.

383 د. عمر إبراهيم حسين، مرجع سابق، ص 289.

384 د. حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سابق، ص 503.

385 د. محمد أحمد عجيز، دور الخطأ في تأمين إصابات العمل، دار النهضة العربية، 2009،

إلا أن تحديد صفة الغير في بعض فروض الواقع تثير صعوبات قانونية كبيرة كما في حالة الإعارة، وكذلك في حالة تأجير المعدات والآلات مع القائمين على إعارتها وتشغيلها، أو بالنسبة لأصحاب الأعمال الذين تتمثل طبيعة عملهم، في توريد العمالة للمشروعات، فمثلاً في حالة وقوع حادث لأحد المعارين، الذي يعمل لمصلحة رب المستعير، فهل يمكن اعتبار هذا غيراً؟ ومن ثم يسأل عن الإصابة طبقاً للقواعد العامة، أم أننا نعتبره شخصاً تابعاً لرب العمل الأصلي الذي ينتمي له المصاب، ومن ثم لا يحق مطالبته وفق القواعد العامة؟ أم يوصف بأنه رب العمل بالمعنى القانوني؟.

ذهب رأي من الفقه، إلى عدم الاعتراف بصفة الغير لصاحب العمل المستعير، وإنما يعد مجرد تابع لرب العمل الأصلي، لعدم وجود رابطة عقدية بالمعنى القانوني، وبالتالي يبقى صاحب العمل الذي أعار خدماته، مسؤولاً عن العامل، بالرغم من وضعه تحت سلطة شخص آخر، فهذا الأخير لا يعد بالنسبة للعامل المعار صاحب عمل، ومن ثم لا يمكن أن يمارس في مواجهته دعوى التعويض التي يجوز رفعها في مواجهة الغير، فالأساس القانوني يكمن في فكرة التبعية، وسلطة توجيه العمل، فالمستعير يصبح بالاتفاق الذي يبرمه مع رب العمل بحكم التابع (386)، وعليه لا يمكن أن يمارس في مواجهة العامل المعار دعوى التعويض التي يجوز رفعها في مواجهة الغير كما يكفل هذا الحال لصاحب العمل الذي أعار خدماته هو الملتزم بالتعويض في مواجهة المضرور أو خلفه العام. (387)

إذاً يتضح لنا بأن مفهوم الغير ينطبق على كل شخص يكون أجنبياً عن العمل، وغير مشترك فيه مكاناً أو زماناً، وألا يعمل مع المصاب في المنشأة ذاتها، فالمتسبب بالضرر شخص ثالث، تسبب فعله في إحداث ضرر ناجم عن إصابة عمل، ونشأت مسؤوليته عنها، فالغير كل شخص غير صاحب العمل أو ممثله أو الإداريين.

ص 248 وما بعدها.

386 د. محمد أحمد عجيز، مرجع سابق، ص 251-253 وما بعدها.

387 أ. سمير عبد السميع الأودن، الموسوعة الشاملة لإصابات العمل والأمن الصناعي فقهاً وقانوناً وقضاءً، الفتح للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2003، ص 374.

كذلك يقصد بخطأ الغير تلك التصرفات أو الأفعال الضارة الناتجة عن إهمال أو طيش أو سوء تقدير والتي يقوم بها أشخاص غير صاحب العمل أو ممثله، والتي من شأنها أن تلحق أضراراً بأحد العمال، سواء داخل أماكن العمل أو أثناء أو بمناسبة أداء العمل (388).

ثانياً: مبررات إسناد المسؤولية المدنية عن إصابة العامل للغير:

عندما أصبحت حوادث العمل مظهراً من مظاهر الحياة المعاصرة، كان من الضروري إيجاد قانون سليم، يعالج ما تتركه إصابات العمل من آثار على العمال، في الوقت الذي أصبح من الثابت عدم وصول التعويض الاجتماعي الجزافي إلى حد التعويض الجابر للضرر جبراً كاملاً، بأن سمح المشرع بالرجوع على الغير، في حال تسبب بالإصابة للمشارك المصاب، معتمداً في ذلك عدة مبررات من أهمها:

1- المبرر الاجتماعي:

يقوم هذا المبرر على فكرة أساسها أن هذه المخاطر إذا لم تكن اجتماعية من حيث آثارها، فهي بالرغم من أنها مخاطر ترجع إلى بيئة الإنسان، باعتباره كائناً يتعرض بحكم طبيعته لكل الأخطار التي تعترى الكائنات الحية، فإن لها من ذلك آثاراً اجتماعية خاصة على نشاط المجتمع وحيويته (389)، كما تعد حتمية في وقت طغت فيه الآلة والاعتبارات المادية على روح التضامن الاجتماعي، والذي من الممكن أن يجد نفسه محروماً كلياً أو جزئياً، بسبب أجنبي لا يد له فيه، لمجرد خطأ عادي من جانبه الذي بات في هذه الظروف أمراً عادياً أمام تعقد الآلات.

2- المبرر القانوني:

ذهب بعض الفقه إلى أن المجال يجب أن يكون مفتوحاً أمام المصاب، لاستعمال كل أشكال المسؤولية تجاه الغير المسؤول عن الحادث سواء أكانت المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض أم على خطأ التابع (390).

388 د أحمية سليمان: آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1998، الصفحة 203.

389 د. محمد عبد الحفيظ المناصير، منازعات الضمان الاجتماعي ودور لجان التحكيم، دار النهضة العربية، 2002، ص 694.

390 د. أحمد حسن البرعي، الوسيط في التشريعات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 1253-1254.

ومن المستقر عليه في القضاء أن: "العامل الذي تسري عليه أحكام تأمين إصابات العمل، إذا أصيب نتيجة حادث أثناء تأدية العمل، أو بسببه وكانت الإصابة راجعة إلى فعل ضار من شخص آخر خلاف صاحب العمل، فإن ذلك لا يعفي الهيئة التأمينية من التزاماتها بالتعويض، ولا يخل بما يكون للمصاب من حق قبل الشخص المسؤول، وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في القانون المدني، وذلك لاختلاف مصدر كل حق عن الآخر.(391)

إذاً يتضح مما سبق، بأن المسؤولية المدنية كنظام قانوني تقف إلى جانب نظام الضمان الاجتماعي، كوسيلة لردع الأخطاء التي تصدر من الغير، وذلك من أجل توفير الحماية الإضافية للمصاب المتمثلة في الدور الوقائي لردع المسؤول والدور العلاجي وهو جبر الضرر، حتى لا يفلت أي شخص ساهم ولو بقدر قليل في الإصابة.

وبالتالي تظل المسؤولية المدنية لها قيمة في ظل نظام الضمان الاجتماعي من خلال التعويضات التكميلية، وذلك تجسيدا لفكرة التضامن التي يقوم عليها مبدأ الحماية في القانون الاجتماعي، ومن خلال ذلك يتبين لنا بوضوح وجهة المبررات التي اعتمد عليها المشرع لمسؤولية الغير عن الإصابة.

المطلب الثاني: حق المضرور في الجمع بين التعويض الاجتماعي والتعويض المدني.

سبق وأن أوضحنا بأن للعامل المصاب الحق في الرجوع بالتعويض عن المسؤول عن وقوع الحادث الذي نجمت عنه الإصابة، ولكن ما يثير تساؤلنا هنا، هو ماذا لو تسبب وقوع حادث لمركبة مؤمن عليها تأميناً إجبارياً، بإصابة أحد العمال المشمولين بأحكام قانون التأمين الاجتماعي؟ فهل يجوز لهذا العامل الجمع بين مبلغ التعويض الاجتماعي، ومبلغ التعويض المستحق من التأمين الإجباري؟

391 نقض مدني مصري، طعن رقم 888 لسنة 43ق، جلسة 1977/4/26، س28، ق181.

أولاً: موقف القانون الفرنسي.

بموجب نص الفقرة الأولى من المادة (454) من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي قرر المشرع الفرنسي أنه: "إذا كانت الإصابة التي حدثت للمؤمن عليه اجتماعياً، ترجع إلى خطأ شخص آخر خلاف رب العمل أو تابعيه، كان للمضرور أو خلفه العام الحق في مطالبة الفاعل بالتعويض عن الضرر طبقاً للقواعد العامة، وذلك في الحدود التي لا يكون فيها قد تم التعويض عن الضرر، بمقتضى أحكام قانون الضمان الاجتماعي.(392)

يتضح من النص السابق، أن المشرع الفرنسي قد سمح للمصاب، الرجوع على الغير المسؤول عن الإصابة، طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، إلا أنه قيد هذا الرجوع بعناصر الضرر التي لم يتم التعويض عنها، وفقاً لأحكام الضمان الاجتماعي، ومن ثم فإن التزام الغير بجبر الضرر، ويبقى دائماً في حدود عناصر الضرر التي لم يتم التعويض عنها.

وهذا يعني أن حق العامل المصاب يقتصر على التعويض التكميلي فقط، فأجاز المشرع رفع الدعوى على الغير، استناداً إلى قواعد المسؤولية المدنية والتي لا تتضمن إجازة الجمع بين التعويضات، إذ أن صندوق الضمان الاجتماعي يحل محل المصاب في الرجوع على المسؤول عن الإصابة.(393)

ثانياً: موقف القانون المصري:

إذا حدثت إصابة جسدية للمؤمن عليه بفعل شخص آخر، نشأ للمضرور الحق في الرجوع على هيئة التأمينات الاجتماعية بالتعويض الاجتماعي، وفي نفس الوقت يكون له الحق في الرجوع على المتسبب في حدوث الضرر بالتعويض المدني، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

392 راجع نص الفقرة الأولى من المادة (1-454L) من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي.
393 د. محمد أحمد عجيز، مرجع سابق، ص272.

ومن هنا يثار التساؤل: هل يجوز للمؤمن عليه المضرور الجمع بين التعويض (الاجتماعي والمدني)، بصفة مطلقة، بحيث يحصل المصاب على تعويض إجمالي، يزيد في مقداره عن قيمة الضرر الذي أصابه؟ أم أن له فقط الحق في الرجوع على المسؤول عن الضرر في حدود الفارق بين ما حصل عليه من التعويض الاجتماعي والتعويض الكامل الذي يجبر الضرر الذي أصابه وفقاً للقواعد العامة؟

اختلف الفقه والقضاء المصري في الإجابة عن هذا التساؤل، حيث يرى أولهما بأن للمضرور الحق في الجمع بين التعويضين بصفة مطلقة، بينما يرى الاتجاه الثاني أن الجمع بين التعويضين يكون في حدود التعويض الكامل فقط.

الاتجاه الأول: الجمع المطلق بين التعويضين.

ذهب أنصار هذا الاتجاه (394)، وتأييدهم في ذلك محكمة النقض المصرية (395)، إلى أن: "للمؤمن عليه المضرور الحق في الجمع بين التعويض الاجتماعي، الذي تلتزم به هيئة التأمين، والتعويض المدني الذي يلتزم به المسؤول عن الضرر".

فمسؤولية المتسبب في وقوع الضرر، لا تؤثر في مسؤولية التأمينات الاجتماعية، بحيث يكون للمصاب، دَعْوَانِ عن الحادث الواحد، يجوز له رفعهما معاً أو على التعاقب بدون مفاضلة بحيث يمكن البدء بإحدهما كما يشاء (396)، كما أن تعدد مصدر التعويضين "الاجتماعي والمدني" واستقلالهما يبرر تعدد هذه التعويضات.

وقد استند أنصار هذا الرأي على عدة حجج منها:

1- المادة (64) من قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات رقم (148) لسنة 2020، تقر صراحة مبدأ الجمع بقولها: "تلتزم الجهة المختصة بجميع الحقوق المقررة وفقاً لأحكام هذا الباب حتى ولو كانت الإصابة تقتضى مسؤولية شخص آخر خلاف

394 عبد العزيز الهلالي، تأمين إصابات علماء وعملاً، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص188.

395 نقض مدني، طعن رقم 538 لسنة 43ق، جلسة 1977/3/1، ص28.

396 د. السيد عيد نايل، الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية، ج2، دار النهضة العربية، 2015، ص212.

صاحب العمل دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسؤول"، فالنص من ناحية، يلزم جهة التأمين الاجتماعي بجميع الحقوق المقررة للعامل، في حالة إصابة العمل، ومن ناحية أخرى يحفظ للمؤمن عليه حقوقه قبل الشخص المسؤول (397)، فحق الرجوع على هذا الغير بصريح النص المذكور دون أي قيد.

2- اختلاف مصدر الحقين، حيث يختلف مصدر حق المضرور في التعويض الاجتماعي، عن مصدر حقه في التعويض المدني، فالتعويض الاجتماعي مصدره مقابل ما حصلته الهيئة من اشتراكات، طول فترة عمل المصاب، أما حقه في التعويض المدني فمصدره الفعل الضار، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، واختلاف مصدر كل منها، فإنه يجوز الجمع بينهما. (398) ، وهي الحجة الرئيسية التي استندت إليها محكمة النقض، في تبرير جمع المضرور بين التعويضين، فقد قضت بأن "ما تؤديه الهيئة العامة للتأمين والمعاشات للعامل أو لورثته بسبب إصابة عمل، إنما هو مقابل ما تستقطعه الهيئة من راتب العامل طول فترة حياته، بينما يتقاضى المضرور حقه في التعويض عن الفعل الضار، بسبب الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين. (399)

3- الجمع بين التعويض الاجتماعي والتعويض المدني، بحيث يزيد مبلغ التعويضين عما أصيب به من ضرر، لا يؤدي إلى إثراء المصاب دون سبب، وذلك لأن الضرر دائماً لا يعوض بصورة كافية بالتعويض الذي يحكم به القاضي، فمهما كان مقدار هذا التعويض فيعد فقد المصاب لإحدى أذنيه مثلاً بخطأ من الغير فلن يعيد إليه سمعه، كما أن الإثراء على فرض وجوده، لن يكون بدون سبب لأنه يجد تبريره في الاشتراكات التي تدفع لسنوات كاملة دون الحصول على أية فائدة. (400)

397 د. حسام الدين كامل الاهوائي، المبادئ العامة للتأمين، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة، طبعة 1999-2000، ص 200-201.

398 د. السيد عيد نايل،، مرجع سابق، ص 213.

399 نقض مدني، طعن رقم 1166 لسنة 59ق، جلسة 1993/5/13، مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، س 44، ص 411.

400 د. عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 219.

4- يعد التأمين الاجتماعي صورة من صور التأمين على الأشخاص، وفي التأمين على الأشخاص، يمكن للمؤمن له الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض المدني، وذلك لأن الأقساط التي دفعها للهيئة هي مقابل لمبلغ التأمين، وكذلك في التأمين الاجتماعي تعد الاشتراكات سبباً للحق في الأداءات الاجتماعية.(401)

وعليه وفقاً لأصحاب هذا الاتجاه، يجوز للمصاب أو لورثته الجمع بين التعويض الاجتماعي والتعويض المدني، فمثلاً قائد السيارة الذي ارتكب حادثاً، أدى إلى إصابة أحد العمال أثناء أدائه عمله، ففي هذه الحالة وفقاً لأصحاب هذا الاتجاه، يجوز للعامل المصاب أن يجمع بين مبلغ التأمين الاجتماعي والمبلغ الذي يتحصل عليه من المسؤول، سواء أكان قائد المركبة أم شركة التأمين المؤمنة لديها المركبة.

إلا أن هذا الرأي قد خالف نصوص قانون التأمين الإجباري المصري رقم (72) لسنة 2007م، حيث نص على أنه: "يجوز للمضرور أو ورثته الجمع بين مبلغ التأمين المنصوص عليه في هذا القانون، وأية مبالغ أخرى تستحق بمقتضى وثائق تأمين اختيارية تكون قد أبرمت لتغطية الإصابات البدنية، أو الوفاة الناجمة عن حوادث المركبات.(402) وبناء على صياغة هذا النص يتضح لنا أنه إذا كان التأمين الثاني (التأمين الاجتماعي) إجبارياً فلا يجوز الجمع بين التعويضين، وذلك لمخالفته نص صريح في القانون.

الاتجاه الثاني: الجمع في حدود التعويض الكامل.

ذهب أصحاب هذا الاتجاه(403)، إلى أنه لا يجوز للعامل المصاب الجمع بين التعويض الجزافي المقرر له وفقاً لقانون التأمين الاجتماعي والتعويض المدني، فالمبادئ المقررة في القانون المدني تقضي بأنه: "لا يجوز الجمع بين تعويضين عن

401 د. سعيد عبد السلام، المنازعات المدنية الناشئة عن تطبيق قانون التأمين الاجتماعي، مجلة المحاماه، ملحق العدد السابق والثامن، سبتمبر، أكتوبر 1991، ص36.

402 انظر نص المادة (16) من قانون التأمين الإجباري على حوادث السيارات رقم 72 لسنة 2007.

403 د. سمير تناغو، نظام التأمينات الاجتماعية، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص287.

ضرر واحد" (404)، وإن جاز الجمع بينهما فلا يكون هذا الجمع مؤدياً إلى إثراء المضرور على حساب شخص آخر.

وقد استند أنصار هذه الاتجاه على عدة حجج منها:

- 1- أن القاعدة في التعويض أن يكون معادلاً للضرر، ولا يجوز أن يترتب على وقوع الحادث، تلقي المضرور أكثر من التعويض الجابر للضرر، ومن ثم فإن أي زيادة عن ذلك تكون غريبة عن فكرة التعويض، وتعد إثراءً للمضرور دون سبب. (405)
- 2- إذا كانت المادة (64) من قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات رقم (148) لسنة 2020 قد أعطت للمضرور الحق في الرجوع على الغير المسؤول دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسؤول، فإنه من الواضح أنها تهدف بذلك إلى إقرار حق المضرور، في الرجوع على الغير المسؤول بالجزء الباقي من الضرر الذي لم يتم التعويض عنه من قبل هيئة التأمين الاجتماعي. (406)
- 3- لا يصح القول بأن هذا الأداء، إنما هو مقابل الأقساط التي يدفعها العامل، لأنه وفقاً لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات رقم (148) لسنة 2020، يدفع الأقساط رب العمل وليس المصاب المستحق للأداء التأميني. (407)

وعليه، فقد قرر أصحاب هذا الاتجاه كقاعدة عامة، عدم جواز الجمع بين التعويض الاجتماعي والتعويض المدني، إلا في الحدود اللازمة فقط لجبر الضرر دون زيادة، ومن ثم إذا كانت قيمة التعويض الاجتماعي تغطي كامل الضرر، فلا يحق للمضرور الرجوع على الغير المسؤول، أما إذا كانت قيمة التعويض لا تغطي إلا جزءاً بسيطاً من الضرر، كان للمضرور الحق في الرجوع على المسؤول عن حدوث الضرر، بالتعويض عن الجزء الباقي لجبر الضرر.

404 د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2017، ص 1487.

405 د. عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 220.

406 د. عمر إبراهيم حسين، مرجع سابق، ص 302.

407 د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 663.

ويتفق الباحث مع أصحاب الاتجاه الأول لوجاهة الحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي واتفاقها مع المنطق القانوني السليم في أنه بتعدد مصدر التعويضين (الاجتماعي والمدني) واستقلالهما ما يبرر تعدد هذه التعويضات، حيث يختلف مصدر حق الضرر في التعويض الاجتماعي، عن مصدر حقه في التعويض المدني، فالتعويض الاجتماعي مصدره مقابل ما حصلته الهيئة من اشتراكات، طول فترة عمل المصاب، أما حقه في التعويض المدني فمصدره الفعل الضار، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، ولاختلاف مصدر كل منها، فإنه يجوز الجمع بينهما، والمشرع المصري نص على ذلك صراحة في المادة (64) من قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات رقم (148) لسنة 2020، والتي تقر صراحة مبدأ الجمع بقولها: "تلتزم الجهة المختصة بجميع الحقوق المقررة، وفقاً لأحكام هذا الباب حتى ولو كانت الإصابة تقتضي مسؤولية شخص آخر خلاف صاحب العمل، دون إخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسؤول"، ولو أراد المشرع المصري السماح لصندوق التأمينات بالحلول محل العامل المصاب في رفع دعوى المسؤولية المدنية على المتسبب لنص صراحةً على ذلك.

المبحث الثالث: حق جهة العمل في الرجوع على المتسبب في الضرر في التشريع الإماراتي

إن معرفة مدى حق جهة العمل في الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العامل في التشريع الإماراتي، يقتضي منا دراسة القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل، وكذلك القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 1999 بشأن إصدار قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية وتعديلاته، وكذلك دراسة القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، لننتهي إلى تقييم الباحث لإمكانية رجوع جهة العمل على المتسبب في الضرر، وبناءً عليه فقد قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين، عالج في المطلب الأول منه رجوع جهة العمل على المتسبب في الضرر وفقاً للقواعد العامة في القانون الإماراتي، أما المطلب الثاني فنتناول فيه تقييم

الباحث لإمكانية رجوع جهة العمل على المتسبب في الضرر في التشريع الإماراتي،
كما يلي:

المطلب الأول: رجوع جهة العمل على المتسبب في الضرر وفقاً للقواعد العامة في القانون الإماراتي.

وفقاً للمادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل فإن إصابة العمل هي: "إصابة العامل بأحد الأمراض المهنية المبينة بالجدول الملحق بهذا القانون أو بأية إصابة أخرى ناشئة عن عمله حصلت له أثناء تأدية ذلك العمل وبسببه، ويعتبر في حكم إصابة العمل كل حادث يقع للعامل خلال فترة ذهابه إلى عمله أو عودته منه بشرط أن يكون الذهاب والإياب دون توقف أو تخلف أو انحراف عن الطريق الطبيعي".

وحيث نظم هذا القانون التعويض عن إصابات العمل في الباب الثامن منه في المواد من (142 إلى 153)، ويفهم من هذه المواد أن العامل عندما يصاب فإن كل نفقات العلاج والعجز والوفاة على صاحب العمل إلا أن القانون لم يتحدث عن رجوع جهة العمل على المتسبب.

ولكن نجد في هذا القانون أن المادة (142) تنص على أنه: "إذا أصيب العامل بإصابة عمل، أو بمرض مهني مما هو مبين بالجدولين رقمي (1، 2) الملحقين بهذا القانون وجب على صاحب العمل أو من يقوم مقامه إبلاغ الحادث فوراً إلى كل من دائرة الشرطة ودائرة العمل أو أحد فروعها التي يقع في دائرتها محل العمل، ويجب أن يتضمن البلاغ اسم العامل وسنه ومهنته وعنوانه وجنسيته ووصف موجز للحادث وظروفه وما اتخذ من إجراءات لإسعافه أو علاجه، وتقوم الشرطة فور وصول البلاغ بإجراء التحقيق اللازم ويثبت في المحضر أقوال الشهود وصاحب العمل أو من يمثله وأقوال المصاب إذا سمحت حالته بذلك، كما يبين المحضر بوجه خاص ما إذا كان للحادث صلة بالعمل وما إذا كان قد وقع عمداً أو نتيجة لسوء سلوك فاحش من جانب العامل".

كما تنص المادة (143) من القانون ذاته أنه: "على الشرطة فور انتهاء التحقيق أن ترسل صورة من المحضر إلى دائرة العمل وأخرى إلى صاحب العمل، ولدائرة العمل أن تطلب استكمال التحقيق أو أن تقوم هي باستكماله مباشرة إذا رأت ضرورة لذلك".

والتساؤل هنا هو ما الهدف من إبلاغ جهات التحقيق؟ هل هو معرفة ملابسات إصابة العمل وأسبابه حتى يتم معرفة وتحديد التعويض الذي يعطيه صاحب العمل للعامل؟، أو من الممكن أن يكون الهدف من الإبلاغ معرفة مدى خطأ وتسبب الغير في إصابة العمل وإثبات ذلك في محضر رسمي حتى يمكن لجهة العمل الرجوع عليه بمقدار التعويض الذي أعطته للعامل المصاب؟

كما أن المادة (143) تسمح لدائرة العمل أن تطلب استكمال التحقيق أو أن تقوم هي باستكماله مباشرة إذا رأت ضرورة لذلك، فهل معنى ذلك هو التأكد من مدى استحقاق المصاب للتعويض أو التأكد من مدى مسؤولية المتسبب في الضرر؟

كل تلك التساؤلات تفيد الباحث في إثبات مسؤولية الغير عن الحادث، ولكن الإشكالية هي إذا ثبت أن الغير المتسبب هو المسؤول بخطئه وفقاً لقواعد المسؤولية في قانون المعاملات المدنية، فهل يحق لجهة العمل الرجوع عليه، مع العلم أن القوانين الخاصة التي تنظم علاقة العامل بصاحب العمل لم توضح ذلك ومنها القانون رقم (8) لسنة 1980، أم أن الأمر يجوز من خلال الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية.

وما يجب ملاحظته أن المادة (67) من قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية رقم (7) لسنة 1999 وتعديلاته قد أعطت المؤمن عليه أو ورثته حق الرجوع على الغير بكامل التعويض، بالإضافة إلى التعويض الذي يستحقه العامل عن إصابة العمل التي تؤدي إلى العجز الكلي أو الجزئي أو التعويض الذي يستحقه الورثة عند وفاة العامل نتيجة إصابة العمل، أي أن التشريعات في دولة الإمارات تجيز للعامل الجمع

بين التعويض التأميني والتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية للغير المتسبب بالإصابة للموظف.

ونرى هنا أيضاً أنه لا يوجد أي نص يبين حق جهة العمل في الرجوع على الغير المسؤول عن إصابة العامل.

الأمر الذي يدفعنا إلى البحث في القواعد العامة الواردة في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985، حيث تبين لنا عدم جواز حق جهة العمل في الرجوع على المتسبب في إصابة العامل، وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تتطلب وجود خطأ في جانب المسؤول، وضرر في جانب المضرور، وعلاقة سببية بينهم، وبتطبيق ذلك نجد عدم وجود علاقة سببية بين دفع جهة العمل التعويض، وخطأ المتسبب، حيث إن سبب التزام جهة العمل في التعويض هو القانون رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل بالنسبة للعمال، وليس خطأ الغير المتسبب في إصابة العامل، ومن ثم لا توجد علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير وبين الضرر الذي تحمّله جهة العمل بدفع التعويض للعامل المصاب .

ولكن يحق للمؤمن (الهيئة العامة للمعاشات والتأمينات الاجتماعية) أن تحل محل المؤمن له في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر، ليس بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية، لعدم اكتمال عناصر المسؤولية التقصيرية ولعدم وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطأ المرتكب والضرر الذي تحمله المؤمن، حيث إن التزام المؤمن بدفع قيمة التأمين للمؤمن له سببه عقد التأمين وليس خطأ الغير المسؤول عن الحادث، ومن ثم لا توجد علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير وبين الضرر الذي تحمله المؤمن بدفعه التعويض، وترتب على ذلك عدم جواز تأسيس رجوع المؤمن على المسؤول على قواعد المسؤولية التقصيرية، ولكن وفق ما يسمى الحلول الاتفاقي حيث إن الأساس هو أن يحل المؤمن محل المؤمن له قبل المسؤول عن طريق الحلول الاتفاقي، ومن هنا درجت شركات التأمين على تضمين وثائق التأمين شرطاً يعطي لها الحق في الرجوع على الغير المسؤول عن إصابة العامل .

مع العلم أن قانون رقم (7) لسنة 1999 بشأن المعاشات والتأمينات الاجتماعية لم يتطرق بنص صريح لحق الهيئة العامة للمعاشات والتأمينات الاجتماعية في الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العامل.

المطلب الثاني: تقييم الباحث لإمكانية رجوع جهة العمل على المتسبب في الضرر في التشريع الإماراتي.

يرى الباحث أنه لا يوجد أي أساس يمنح جهة العمل الحق في الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العامل، حيث إن أساس إلزام جهة العمل بدفع تكاليف علاج العامل وتعويض إصابة العمل هو القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل الذي يلزم جهة العمل بذلك.

فإذا ما التزمت جهة العمل ودفعت تكاليف العلاج والتعويض للعامل بناءً على هذا القانون، فهذا يحق للعامل بناءً على نص المادة (67) من قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية الإماراتي رقم (7) لسنة 1999 وتعديلاته حق الرجوع على الغير بكامل التعويض، بالإضافة إلى التعويض التأميني الذي يستحقه العامل عن إصابة العمل، وهذا الرجوع سببه قواعد المسؤولية التقصيرية بأركانها الثلاثة: الخطأ والضرر ورابطة السببية التي تتوافر في العلاقة بين العامل ومن تسبب في الضرر له.

إلا أنه لا يمكن لجهة العمل الرجوع على الغير لعدم توافر أركان المسؤولية التقصيرية في العلاقة بين جهة العمل والغير المتسبب في الضرر، حيث إن إصابة العامل هي أساس دفع جهة العمل التعويض للعامل وليس خطأ الغير.

ويرى الباحث هنا أن النصوص القانونية في التشريع الإماراتي غير واضحة بشكل كافٍ لتحديد حق جهة العمل في الرجوع على المتسبب في إصابة العامل، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العامل من قبل الهيئة العامة للمعاشات والتأمينات الاجتماعية وذلك بناءً على قواعد الحلول الاتفاقي، بشرط أن تنص وثيقة التأمين على حلول الهيئة وهي المؤمن محل المؤمن عليه في الرجوع على

المتسبب في إصابة المؤمن عليه، كما يقترح أيضا وللمصلحة العامة في إيجاد مصدر دخل إضافي لهيئة المعاشات والتأمينات، أن يتم استحداث نص في التشريع ينص صراحة على إجازة الحول القانوني لجهة التأمين الاجتماعي محل العامل في مطالبة المتسبب بالتعويض.

وإعطاء جهة التأمين الاجتماعي حق الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العمل يستند إلى مبررات معقولة وعادلة، حيث لا يعقل أن تتحمل المؤسسة، خطأ الغير الذي تسبب في إصابة العامل، خصوصاً إذا كان فعل الغير متعمداً، كما أنه من باب أولى أن تحل جهة التأمين محل العامل المصاب أو خلفه العام في الرجوع على الغير عوضاً من أن يحصل هذا العامل على تعويضين لنفس الإصابة وذلك بما تسمح به التشريعات الحالية.

الخاتمة:

لقد تطرقنا إلى موضوع حيوي وهو التنظيم القانوني لنطاق المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل / دراسة مقارنة، ولقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة مجموعة من النتائج والتوصيات منها:

أولاً: النتائج :

- 1- إن مسؤولية الهيئة العامة للمعاشات والتأمينات الاجتماعية وجهات التأمين الاجتماعي المحلية عن تعويض إصابات العمل لا تكون مطلقة بل يمكن نفيها إذا تحققت أسباب انتفاء المسؤولية الإدارية، لا سيما في حال ثبوت السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو العمل العمدي للعامل المصاب.
- 2- من الواضح بأن قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية سواء في ظل دولة الإمارات العربية المتحدة أو الأنظمة المقارنة غير قادر على السيطرة على موضوع تقدير التعويضات المالية، وفي هذا الحالة فإن عدم الكفاية التشريعية تقودنا للاستعانة بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني في مجال آليات جبر الضرر المادي ومعايير تقديره.

3- إن المرونة الكبيرة والحركية الواسعة علاوة على تعدد زوايا المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابات العمل، كلها توحى بصعوبة الإحاطة بهذه المسألة بشكل كامل وتام في إطار نص قانوني واحد متخصص وهو قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية، بالعكس فإن المسألة تقتضي توسيع المصادر القانونية المعتمدة كأساس لها، لا سيما في إطار قانون العمل والقانون الجنائي والقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالموازاة مع دور قضاة الموضوع والقاضي الاستعجالي بصفته مصدراً أساسياً منشئاً للأنظمة القانونية المتخصصة.

4- عدم وجود أي نص قانوني ينظم حق جهة العمل في الرجوع على المتسبب في إصابة العامل في التشريع الإماراتي، سواء في القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 بشأن تنظيم علاقات العمل، وكذلك في القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 1999 بشأن إصدار قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية وتعديلاته.

5- إذا تم الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، نجد أن تطبيقه لا يمنح جهة العمل الحق في الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العامل، لعدم توافر أركان المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: التوصيات:

1- نهيب بالهيئة العامة للمعاشات والتأمينات الاجتماعية وجهات التأمين الاجتماعي المحلية أن تورد نصاً في وثائق التأمين على العمل يمنحها الحق في الحلول الاتفاقي والرجوع على الغير المتسبب في إصابة العامل، لأنه من منطلق العدالة والإنصاف إعطاء حق الحلول لجهة التأمين بعد صرف تأمين إصابة العمل، فهي أحق من العامل المصاب نفسه في حالة مطالبته للغير نية منه في الحصول على تعويضين على نفس إصابة العمل.

2- إضافة نص تشريعي صريح في القانون الاتحادي رقم (7) لسنة 1999 بشأن إصدار قانون المعاشات والتأمينات الاجتماعية وتعديلاته يمنح الحق لجهة التأمين الاجتماعي في الرجوع على المتسبب، بما يسمح بالحفاظ على موارد وحقوق الهيئة وعدم تحملها تعويض عن الغير.

3- يبدو مهما رجوع الهيئة العامة للمعاشات والتأمينات الاجتماعية وجهات التأمين الاجتماعي المحلية على المتسبب بكامل المبالغ التي تكبدتها بسبب تلك الإصابة وعدم حصرها في بعض التكاليف التي قد تبدو ضئيلة بالقياس إلى مبالغ أخرى قد تتحملها الهيئة.

كل هذا التوصيات سوف تؤدي إلى فعالية أحكام حق الرجوع على الغير المتسبب في إصابة العمل وفقاً للقانون الإماراتي، كما أنها ستضيف مورداً جديداً يغطي نفقات إصابات العمل.

المراجع والمصادر

1. أحمد محمد محرز، الخطر في تأمين إصابات العمل، دار الجامعة الجديدة ، 2012.
2. أحمد المليجي، الوسيط في التشريعات الاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية ، 2017.
3. أحمد حسن البرعي، الوسيط في التشريعات الاجتماعية، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2011.
4. د أحمية سلميان: آليات تسوية منازعات العمل والضمان الإجتماعي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 1998 .
5. حسام الدين الاهواني، اصول قانون التأمين الاجتماعي، دار النهضة العربية ، 2015.
6. حسام الدين كامل الاهواني، المبادئ العامة للتأمين، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة، طبعة 1999-2000.
7. حسن عبد الرحمن قدوس، التعويض عن إصابة العمل، دار النهضة العربية ، 2007 .
8. سعيد عبد السلام، المنازعات المدنية الناشئة عن تطبيق قانون التأمين الاجتماعي، مجلة المحاماه، ملحق العدد السابق والثامن ، سبتمبر، أكتوبر 1991.
9. سمير تناغو، نظام التأمينات الاجتماعية، دار الجامعة الجديدة ، 2001.
10. سمير عبد السميع الأودن، الموسوعة الشاملة لإصابات العمل والأمن الصناعي فقهاً وقانوناً وقضاءً، الفتح للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2003.
11. السيد عيد نايل، الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية، ج2، دار النهضة العربية ، 2015.
12. عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية، سنة 1967.
13. عبد الرزاق السنهوري، تحديث وتنقيح المستشار: أحمد مدحت المراعي، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2010.

14. عبد العزيز الهلالي، تأمين إصابة العمل علماً وعملاً، دار الجامعة الجديدة ، 2016.
15. عمر ابراهيم حسين، إصابات العمل ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2018.
16. عوني محمود عبيدات، شرح قانون الضمان الاجتماعي المؤقت رقم 30 لسنة 1978 تشريع فقه وقضاء، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 1998.
17. محمد أحمد عجيز، دور الخطأ في تأمين إصابات العمل، دار النهضة العربية ، 2009.
18. محمد حسن قاسم، شرح التأمينات الاجتماعية، دار الجامعة الجديدة ، 2018.
19. محمد حسين منصور ، القانون المدني ، دار الجامعة الجدية ، 2016.
20. محمد عبد الحفيظ المناصير، منازعات الضمان الاجتماعي ودور لجان التحكيم، دار النهضة العربية ، 2002.
21. محمد لبيب شنب، الاتجاهات الحديثة في التفرقة بين حوادث العمل والأمراض المهنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير 1967.
22. منصور العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة، مطبعة الشروق، عمان، الطبعة الأولى، 1984.
23. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2017.
24. همام محمد همام ، قانون العمل ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2004.

المراجع باللغة الفرنسية

1. . 1968. Journal C Grenoble. 27 nov 1967. C .A. Grenoble. p 155.
- 1964-1. p25. Gaz .Pal.

تنظيم الملكية العائلية في التشريعات الإماراتية ودورها في ريادة الأعمال

الدكتور جمال عبد العزيز عمر العثمان

أستاذ القانون التجاري المساعد
ومحام ومستشار قانوني

الملخص

تُعد الملكية العائلية ذات أهمية كبيرة على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي نظراً لكونها وسيلة فعّالة على الصعيد الاجتماعي لربط الإنسان بعائلته في جميع الظروف والأحوال واستثمارها في تنمية وتطوير إمكانيات العائلة، فضلاً عن أهميتها الاقتصادية لما تمثله الأموال التي تحتويها هذه الملكية من أدوات للاستثمار في كافة الأنشطة، وهي من جانب آخر تعد الوعاء الذي تستثمر فيه الشركات العائلية أموالها.

وقد نظم المشرع الإماراتي الملكية العائلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م مطلقاً عليها مصطلح "ملكية الأسرة"، بالإضافة إلى تنظيمها في قوانين محلية كما في القانون رقم (9) لسنة 2020م بشأن تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي الصادر بتاريخ 2020/08/13م، كما صدر بتاريخ 2020/09/27م القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020م بشأن العهدة وتم العمل به في اليوم التالي لنشره ضمن ملحق العدد 687 من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2020/09/30م فضلاً عن قوانين أخرى صادرة عن سلطة مركز دبي المالي العالمي وهي كل من "القانون رقم 3 لسنة 2018 بشأن المؤسسات" (FOUNDATION LAW) و "القانون رقم 4 لسنة 2018م بشأن العهد" (TRUSTS LAW)، بالإضافة إلى ما يعرف بـ "لوائح مكتب العائلة الواحدة". عن مركز دبي المالي العالمي.

وتنشأ الملكية العائلية في إطار قانوني يتمثل في اتفاق كتابي بين أفراد العائلة الواحدة الذين تجمعهم مصالح مشتركة، وتتمثل مساهمة كل الشركاء فيها بنسبة مئوية أو عدد من الحصص أو الأسهم في رأس المال المكون لهذه الملكية، التي قد يكون أصلها أموال مورثة من تركة أو أي أموال أخرى اتفقوا على إدخالها كلها أو بعضها في وعاء هذه الملكية.

وتمثل الشركات العائلية في دولة الإمارات العربية المتحدة أحد أهم العناصر المكونة للملكية العائلية والأدوات التي تستثمر من خلالها هذه الملكية في الوقت ذاته، حيث يلاحظ على القواعد المنظمة للملكية العائلية في دولة الإمارات أنها جاءت لتنظم الأوضاع المشتركة لكل من الملكية والإدارة في الشركات العائلية من جهة، والملكية العائلية من جهة أخرى، فعادة ما تكون الشركة العائلية جزء من الملكية العائلية التي تشتمل على أموال وأصول منقولة أو غير منقولة أو حقوق مادية أو معنوية.

الكلمات المفتاحية: الملكية العائلية، ملكية الأسرة، ريادة الأعمال، مكاتب العائلة، الشركات العائلية.

Abstract

Family property is of great social and economic importance as it is first considered an effective means of linking man to his family in all conditions and circumstances, since it can be invested in the growth and development of the family's potentialities. In addition to its economic importance for the wealth that this property contains which represent investment tools in all fields. On the other hand, it is deemed the pot in which family businesses invest.

The UAE legislator regulated family property in the Federal Civil Transactions Law No. 5 of 1985. There is also a domestic law in the Emirate of Dubai on the regulation of family property number (9) in 13/08/2020, and Federal Law No. (19) of 2020 about Trust, as well as domestic laws within the jurisdiction of the DIFC, namely Law No. (3) of 2018 about Foundations (FOUNDATION LAW) and Law No. 4 of 2018 about Trusts (TRUSTS LAW).

Family businesses in the UAE are one of the most important elements of family property and the tools through which they invest, as family businesses represent the most important and most prevalent sectors in most business sectors.

It is noteworthy that the rules governing family property in the UAE have come to regulate the common conditions of property and management in family businesses on the one hand, and family property on the other hand, since the family business is usually part of the family property that includes movable or immovable assets Or material or moral rights.

keywords: family ownership, family property, entrepreneurship, family offices, family business.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

تُعد الملكية والثروة العائلية وإدارتها ذات أهمية كبيرة على الصعيد الاجتماعي كونها تُعد وسيلة فعّالة لربط الإنسان بعائلته في جميع الظروف والأحوال واستثمارها في تنمية وتطوير إمكانيات الأسرة، كما أن لها أثر فعّال في الحماية - وبوسائل عملية - ما يصيب الملكية من تفتت بسبب الميراث وانتقال الأموال، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى تضيق دائرة المنازعات والخصام بين أفراد العائلة الواحدة مما له الأثر الإيجابي في تحقيق الألفة والاستقرار الأسري والاجتماعي بشكل عام.

كما أن للملكية العائلية وإدارتها أهمية كبيرة في الاقتصاد الوطني لما تمثله الأموال التي تحتويها هذه الملكية من أدوات للاستثمار في كافة الأنشطة، وهي من جانب آخر تُعد الوعاء الذي تستثمر فيه الشركات العائلية أموالها في الواقع التجاري والاقتصادي.

وتنشأ الملكية العائلية طبقاً لاتفاق كتابي بين أفراد العائلة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، وتتمثل مساهمة كل الشركاء فيها بنسبة مئوية أو عدد من الحصص أو الأسهم في رأس المال المكون لهذه الملكية، التي قد يكون أصلها أموال موروثة من تركة أو أي أموال أخرى اتفقوا على إدخالها كلها أو بعضها في هذه الملكية. وهي بذلك تعد نظاماً مستقراً لتحقيق أغراض محددة وليس وضعاً عابراً كما في الملكية الشائعة المعروفة في القانون المدني.

وقد نظم المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م الملكية العائلية وإدارتها تحت مصطلح "ملكية الأسرة"، كما صدر بتاريخ 2020/08/13م في إمارة دبي القانون رقم (9) لسنة 2020م بشأن تنظيم الملكية العائلية والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ نشره في الجريدة الرسمية لحكومة دبي في العدد (483) بتاريخ 2020/08/19م. كما صدر بتاريخ 2020/09/27م

القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020م بشأن العُهدَة وتم العمل به في اليوم التالي لنشره ضمن ملحق العدد 687 من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2020/09/30م، فضلاً عن القوانين الصادرة في نطاق مركز دبي المالي العالمي ذات الصلة بالموضوع ذاته، هي كل من "قانون مركز دبي المالي العالمي رقم 3 لسنة 2018 بشأن المؤسسات" (FOUNDATION LAW) و قانون مركز دبي المالي العالمي رقم 4 لسنة 2018م بشأن العُهدَة" (TRUSTS LAW)، بالإضافة إلى ما يعرف بـ " لوائح مكتب العائلة الواحدة" الصادرة عن مركز دبي المالي العالمي.

ويعد القانون رقم (9) لسنة 2020 بشأن تنظيم الملكية العائلية والذي صدر في إمارة دبي الأول من نوعه في العام، يقرر قواعد وأحكام تشريعية رسمية لضبط حوكمة للملكية العائلية ومن ضمنها الشركات العائلية وضمان سلاسة الانتقال بين أجيالها والحفاظ على ثروتها، حيث تزداد أهمية هذا القانون في هذه المنطقة التي تشكل فيها الشركات العائلية أحد الأركان الرئيسة لاقتصادات المنطقة. كما يأتي صدور هذا القانون إقراراً بأن الشركات العائلية بشكل خاص التي هي جزء من مليّة وثروة العائلة – لن تترك رهن الظروف والتفاهات الأسرية أو العائلية، فهي أكبر من أن تقف بلا رواسي تستند إليها ومعايير تحمي كياناتها.

لذلك جاء موضوع هذا البحث الموسوم بـ "تنظيم الملكية العائلية في التشريعات الإماراتية ودورها في ريادة الأعمال"، ليجسد الواقع التشريعي لهذا النوع من الملكية، سواءً في جانبه التقليدي وفقاً لما هو مقرر في التقنين المدني، فضلاً عما يهدف إلى تحقيقه المشرع الإماراتي من واقع تشريعي وتأثير ذلك على التنمية المستدامة في الاقتصاد الوطني وريادة الأعمال في دولة الإمارات العربية المتحدة، والذي تشكل الملكية العائلية عنصراً رئيساً ومؤثراً فيه. وكل ذلك مقارناً ببعض التشريعات التي تصدت لتنظيم هذه الملكية في دولة الإمارات العربية المتحدة مقارناً ببعض القوانين العربية الأخرى التي تصدت لموضوع هذه الدراسة.

ثانياً: مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في هذه الدراسة في عدم اهتمام العديد من التشريعات بتنظيم أحكام الملكية العائلية وأدواتها الاقتصادية والاستثمارية المتمثل بالشركات العائلية.

ومن خلال هذه الدراسة يسعى الباحث لإعطاء نموذج تشريعي واقعي من دولة الإمارات العربية المتحدة وبشكل خاص في إمارة دبي لتنظيم أحكام الملكية العائلية ودورها في ريادة الأعمال واستثمارها في خطط الارتقاء بالاقتصاد الوطني وتنميته من خلال نموذجها العملي المتمثل بالشركات العائلية.

ثالثاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية موضوع الملكية العائلية في أنه يعتبر من الموضوعات التي حظيت باهتمام الإنسان والمجتمعات والشرائع القديمة والمفكرين من القدم، كونها تُعد وسيلة فعّالة لربط الإنسان بأسرته في جميع الأحوال.

وتتمثل الأهمية لهذه الدراسة في الأهمية الذي تمثله الملكية العائلية فوق محيطها الأسري والاجتماعي، فإن لها أهمية في محيط مجتمع الأعمال، وضرورة إيجاد تنظيم قانوني مستقل وخاص لضمان استمرارية وانتقال هذه الثروات إلى الأجيال القادمة.

وتتضح أهمية موضوع الملكية العائلية في كونه يعالج موضوعاً حيوياً خارج دائرة الضوء ولم يلقَ اهتمام من قبل المشرعين في الدول، على الرغم من كونها واقعاً عملياً وليس بالأمر المستحدث. لذلك كانت لدولة الامارات العربية المتحدة بشكل عام وإمارة دبي بشكل خاص الصدارة في العناية بالأسرة وممتلكاتها وتنميتها لأغراض الاستثمار الفعّال والنمو بالشكل الذي يسهم في خطط التنمية والتطور وصولاً إلى المراتب المتقدمة عالمياً في سهولة أداء الأعمال والتجارة العالمية، وبالتالي يمكن القول بإمكانية تطوير هذا القطاع ليأخذ الدور الريادي في المنطقة،

بالشكل الذي أصبحت فيه دولة الإمارات العربية المتحدة مركزاً للتكتلات الاقتصادية العائلية الكبرى في العالم ونموذجاً ناجحاً يحتذى به بين دول العالم.

رابعاً: أهداف البحث:

إن الهدف من هذه الدراسة، هو بيان التطور الحاصل في التنظيم القانوني للملكية العائلية في دولة الإمارات العربية المتحدة وبشكل خاص في إمارة دبي، ومدى تظافر التشريعات في استثمار الأموال الداخلة في هذه الملكية، وأثرها في ريادة الأعمال من خلال الوسائل والأدوات التي سخرها المشرع الإماراتي في دعم هذه الملكية وجعلها أداة من أدوات تطور الاقتصاد الوطني وتنميته.

خامساً: منهجية البحث:

اتبع الباحث في معالجته لموضوع البحث كلاً من المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي والتحليلي، من خلال الاعتماد على المراجع المؤيدة لفكرة الملكية العائلية بشكل عام وتطبيقاتها في الواقع فيما يخص الشركات العائلية بشكل خاص.

وقد تناول الباحث التنظيم القانوني للملكية العائلية في نطاق كل من القوانين الاتحادية والقوانين المحلية في دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنةً ببعض التشريعات العربية كالقانون المصري والقانون العراقي في المواضع التي تقتضي لتلك المقارنة.

سادساً: خطة البحث:

المبحث الأول : التعريف بالملكية العائلية وأصولها التاريخية

المطلب الأول: تعريف مفهوم الملكية العائلية

المطلب الثاني: تمييز الملكية العائلية عن غيرها من المفاهيم

المطلب الثالث: الأصول التاريخية للملكية العائلية

المبحث الثاني : إنشاء الملكية العائلية طبقاً للتشريعات الإماراتية

المطلب الأول: إنشاء الملكية العائلية طبقاً للتشريعات الاتحادية

المطلب الثاني: إنشاء الملكية العائلية طبقاً للتشريعات المحلية الخاصة

المبحث الثالث : إدارة الملكية العائلية طبقاً للتشريعات الإماراتية

المطلب الأول : أعمال الإدارة المعتادة للملكية العائلية

المطلب الثاني : أعمال حفظ الملكية العائلية

المبحث الرابع : دور الملكية العائلية في ريادة الأعمال بدولة الإمارات العربية المتحدة

المطلب الأول: دور الشركات العائلية في إدارة الملكية وريادة الأعمال

المطلب الثاني: دور الشركات القابضة في إدارة الملكية وريادة الأعمال العائلية

المطلب الثالث: دور مكاتب العائلة في إدارة الملكية وريادة الأعمال العائلية

المطلب الرابع: القواعد المنظمة لحوكمة العائلة وإدارة ثرواتها

الخاتمة: وتشمل "النتائج" و "التوصيات".

المبحث الأول: التعريف بالملكية العائلية وأصولها التاريخية

يُعد حق الملكية من الحقوق التي تحاط بحماية واسعة من الناحيتين الشرعية والقانونية، ومن أبرز صور الحماية لهذا الحق هو النص عليه في أهم الوثائق لدى الدول وهو الدستور، بالإضافة لتنظيم مسائله المختلفة من خلال عدد من القوانين كقانون المعاملات المدنية وقوانين أخرى خاصة فضلاً عن قوانين تعنى بتنظيم الملكية العائلية.

بدايةً ولأجل التعريف بمفهوم الملكية العائلية وإعطاء فكرة عنها، لابد من تعريفه لغةً واصطلاحاً، كما لا يستقيم التعريف بهذا المفهوم من غير أن يتم التصدي لبيان أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين مفاهيم أخرى قد تشابه به، كما لابد من التصدي لنشأة الملكية العائلية وتطورها عبر الأزمنة.

لأجل ذلك سيتم تناول هذه الموضوعات في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف مفهوم الملكية العائلية

أولاً: التعريف اللغوي للملكية العائلية

يتكون مصطلح "الملكية العائلية" من كلمتين، "الملكية"، و "العائلية" والتي ترمز إلى "العائلة"، أو بالمعنى المرادف للأسرة. أما "الملكية" فإنها تعني في اللغة؛ احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف فيه بانفراد. وفي القاموس المحيط "ملك الشيء يملكه إذا احتواه وكان قادراً على الاستبداد به. يقال ملك الشيء حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك وتملك الشيء امتلكه أو ملكه قهراً(408).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للملكية العائلية

تصدى المشرع لتعريف مصطلح "الملكية العائلية" في المادة الثانية (التعريفات) من القانون رقم (9) لسنة 2020 بشأن الملكية العائلية في إمارة دبي بأنها: "الأموال المنقولة وغير المنقولة وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وحقوق الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية وغيرها من الحقوق الأخرى التي تكون محلاً لعقد الملكية العائلية".

ثم حدّد المشرع في المادة (4) من القانون ذاته الأموال الداخلة في الملكية العائلية وتشمل؛ الأسهم والحصص في الشركات التجارية والشركات المدنية وأصول المؤسسات الفردية - باستثناء الشركات المساهمة العامة - وأي مال آخر منقول أو غير منقول.

وباعتقاد الباحث أن سبب استثناء المشرع الأسهم والحصص في الشركات المساهمة العامة من دخولها ضمن أموال الملكية العائلية، هو لحماية تلك الأموال مما قد تسببه الطبيعة المفتوحة للشركات المساهمة العامة من أضرار فيما لو دخلت تلك الأسهم والحصص ضمن أموال الملكية العائلية.

(408) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 26 دولة الكويت، 1983م، ص 41؛ مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2004م، ص 886.

وبدوره تصدى الفقه أيضاً لتعريف "الملكية العائلية" أو ما أطلق عليها بـ "ملكية الأسرة" بأنها "الملكية التي تنشأ بإجراء قانوني يتمثل باتفاق يفرغ بسند كتابي يتم بين أفراد الأسرة الواحدة الذين يربطهم أصل مشترك ووحدة العمل أو المصلحة ويتمثل حق كل شريك فيها بحصة معنوية في جميع المال المشترك" (409).

المطلب الثاني: تمييز الملكية العائلية عن غيرها من المفاهيم

تتردد في الفقه مفاهيم عديدة تثير التساؤل عن ماهيتها ومدى الفارق بينها وبين مفهوم "الملكية العائلية" أو "ملكية الأسرة"، ومن هذه المفاهيم، نظام الشيوخ، والشركة العائلية، والوقف، ونظام اختلاط الأموال أو وحدة الذمة المالية.

بيد أن التعمق في دراسة هذه المفاهيم من جهة ومفهوم الملكية العائلية أو ملكية الأسرة من جهة ثانية يظهر الاختلاف بين هذه الأخيرة وتلك المفاهيم.

لذلك سوف يتم تناول جميع هذه المفاهيم من خلال التعريف بها في تمهيد بسيط، ومن ثم الانتقال إلى التمييز بينها وبين مفهوم الملكية العائلية ببيان أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بينهما، وذلك على النحو البائن في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تمييز الملكية العائلية عن نظام الشيوخ

تقع الملكية الشائعة على مال معين بالذات، يملكه أكثر من شخص واحد. وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة. فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً، دون أن ينقسم المال ذاته (410).

ويبقى نصيب الشريك شائعاً في الملكية العائلية، ولا يستطيع الشريك أن يطلب القسمة ما دامت هذه الملكية قائمة. وقد يبقى مجبراً على البقاء في الشيوخ على هذا

(409) مريم عواد حمد الغويري، إدارة ملكية الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة جرش، المملكة الأردنية الهاشمية؛ 2013م، ص 32.

(410) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، فقرة 485، ص 796.

الحال المدة التي يتفق فيها على البقاء في هذه الملكية عند إنشائها والتي قد يصل حدها الأقصى إلى خمسة عشر سنة، وفي هذا تختلف الملكية العائلية عن الشيوخ العادي والذي لا يجبر فيه الشريك على البقاء في الشيوخ أكثر من خمس سنوات(411).

كما تختلف الملكية العائلية عن المال الشائع في شمولية الملكية العائلية لجميع الأموال التي اتفق أعضاء العائلة على إدخالها في الملكية العائلية، والتي قد تكون من ضمنها حصص شائعة سواء في أموال منقولة أو غير منقولة.

وأن لكل شريك على الشيوخ أن يطلب قسمة المال الشائع عيناً في أي وقت حتى يستغل ملكه بما يراه أوفى لتحقيق مصلحته، ولا يجبر الشركاء على البقاء في الشيوخ إلا بموجب نص أو اتفاق، ومتى لجأ الشريك المشتاع إلى القضاء طالباً إجراء القسمة عيناً، فإنه يتعين على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه ولو عارض باقي الشركاء المشتاعين، وذلك ما لم يكن المال المشترك غير قابل للقسمة بحسب طبيعته سواء أكان منقولاً أو عقاراً بأن يترتب على إجراءاتها عيناً ضرر أو نقص كبير في العين المراد قسمتها، أو تفويت المنفعة المخصص من أجلها هذا المال، وفي هذه الحالة فإنه يحق لأي من الشركاء بيع حصته لباقي شركائه أو أن يطلب من القاضي بيع هذه الحصة المشتاعة بالمزاد باتباع الطريق الذي رسمه القانون في هذا الشأن، وتجري المزايدة بين الشركاء والغير ما لم يطلب الشركاء مجتمعين اقتصار إجراء المزايدة عليهم وحدهم دون الغير. وهذا ما استقر عليه القضاء طبقاً لمفاد نصوص المواد (1161 1162، 1164، 1165، 1166) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م(412).

وتلتقي الملكية الشائعة مع الملكية العائلية حينما يدخل الشريك أو الشركاء المشتاعين حصصهم الشائعة ضمن الأموال المكونة للثروة أو الملكية العائلية، فتكون

(411) د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 647، ص 1054.
(412) الحكم الصادر عن محكمة التمييز بدبي في الطعن رقم 157 لسنة 2011 طعن عقاري بتاريخ 2012/2/19.

الحصة أو الحصص الشائعة التي يملكها كل أو بعض أعضاء العائلة جزءاً من الثروة أو الأموال التي تتكون منها الملكية العائلية.

الفرع الثاني: تمييز الملكية العائلية عن مفهوم الشركة العائلية

غالباً ما تسعى العائلة إلى تأسيس شركة بهدف أن تعزز من خلالها القيم الاجتماعية والنفسية للعائلة ورفدها من خلال عكس التقاليد الثقافية والاستقرار في مجال الأعمال. حيث يحدث تعاقب الأجيال في العائلة أثراً مباشراً في الحفاظ على أعمال وثروات الشركة العائلية وتأسيسها ، بحيث يعكس هذا التعاقب الناجح في الأجيال قدرة أفراد العائلة في الحفاظ المستمر على ملكية وإدارة الشركة العائلية(413).

ولقد عرّف المشرع الإماراتي في قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 المعدل "الشركة" بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يشارك كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف تحقيق الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل، واقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة. ويشمل المشرع الاقتصادي؛ كل نشاط تجاري أو مالي أو صناعي أو زراعي أو عقاري أو غير ذلك من أوجه النشاط الاقتصادي".

بينما لم يرد تعريف الشركة العائلية في قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015م ، وقد يُعزى ذلك باعتقادنا إلى رغبة المشرع في عدم تقييد مفهوم الشركات العائلية في حدود أو أجيال معينة، ولكي يتلاءم الوضع الحالي مع ما يصدره المشرع في نطاق التشريعات الاتحادية والمحلية على السواء بشأن الملكية العائلية.

وقد تكون الأموال التي تمثل الملكية العائلية من ضمن الأموال التي تمتلكها الشركة العائلية - حينما تكون هذه الشركة في شكل شركة قابضة سواء كانت شركة مساهمة خاصة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، وتشمل هذه الأموال العائدة لأفراد العائلة الواحدة فرادى أو مجتمعين من شركات أو مؤسسات أو أصول أو أموال منقولة

(413) حمزة الفسيكي، الشركات العائلية ودورها في المجتمعات الجماعية، بحث منشور في مجلة ثروات ، العدد 18، يونيو ، 2013، تاريخ الاطلاع 2021/2/26م ، -www.tharawat-magazine.com.

أو غير منقولة أو غير ذلك من الحقوق، وتدير تلك الأموال لصالح العائلة المالكة لهذه الأموال.

الفرع الثالث: تمييز الملكية العائلية عن نظام الوقف

الوقف هو إحدى المؤسسات الخيرية الإسلامية، ويستدل على مشروعيته بنصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة المطهرة، ويُعد من المؤسسات التي أسهمت إسهاماً كبيراً في بناء الحضارة الإسلامية، فقد كان المصدر الرئيس لتمويل العديد من المرافق الاجتماعية الحيوية، كالمرافق الدينية والتعليمية والثقافية والصحية والأمنية وغيرها. وقد شهدت العقود الماضية اهتماماً متزايداً بدور مؤسسة الوقف كإحدى المؤسسات الطوعية الإسلامية التي يمكن توظيفها في تعزيز جهود التنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي في المجتمعات الإسلامية المعاصرة، ونشطت الجهود البحثية والتطبيقية في هذا المجال. وحظي الوقف لدى العديد من الدول الإسلامية بالإصلاحات التنظيمية والإدارية والتشريعية(414).

ومن أهداف الوقف الرئيسية تحقيق المنفعة لمصارف الوقف الذين حددهم

الواقف

وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للوقف تبعاً لاختلافهم في القول بلزوم الوقف أو عدم لزومه، حيث يقصد به عند أبي حنيفة "حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير". كما عرّفه صاحباً أبي حنيفة "القاضي أبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني" بأن الوقف يعني "حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم، ولا يباع ولا يوهب ولا يورث". كما عرّفه ابن عرفة عند المالكية بأنه "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً". ومن أشهر تعريفات الشافعية للوقف هو تعريف

(414) محمود أحمد مهدي، نظام الوقف في التطبيق المعاصر "نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية"، البنك الإسلامي للتنمية "المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب" في جدة بالملكة العربية السعودية و الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت، وقائع ندوات رقم 45 ، ط1 ، 2003م ، ص 10.

الخطيب الشربيني الذي قال "إنه حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود". ومن تعريفات فقهاء الحنابلة للوقف ما عرفه ابن قدامة بأنه "تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة"(415).

ويقسم الفقهاء الوقف من حيث جهة الانتفاع به إلى ثلاثة أقسام؛ هي كما يأتي(416):

أولاً: الوقف الخيري: وهو "الوقف الذي يشترط الواقف صرف عائده إلى جهة خيرية مستمرة الوجود (لا تنقطع)، مثل الفقراء، والمساكين، والمساجد، والمدارس، والمستشفيات ونحوها".

ثانياً: الوقف الأهلي أو الذري: وهو "الوقف الذي يخصص الواقف عائده لذريته في البداية، ثم من بعدها لجهة خيرية مستمرة الوجود".

ثالثاً: الوقف المشترك: وهو "ما اشترك في استحقاق عائده الذرية وجهات البر العامة معاً".

وقد عرّف العلماء المعاصرون "الوقف الذري" فقل عنه إنه "ما كان على وجه بر تحتمل الانقطاع عادة، كالوقف على النفس والذرية والأقرباء ونحو ذلك مما يحصى"(417).

وللوقف الذري ثلاثة أركان تتمثل في الصيغة والواقف والعين الموقوفة، فأما الصيغة فيقصد بها الحجة الشرعية والتي قد تنعقد باللفظ أو الكتابة، ويشترط فيها أن تكون جازمة. أما الواقف فهو صاحب المال المراد إيقافه، ويشترط فيه أن يتمتع بالأهلية الكاملة بأن يكون بالغاً وعاقلاً ومختاراً. أما الركن الثالث فيتمثل في العين الموقوفة؛

(415) فدوى ارشيد علي العلويين، الوقف الذري وتطبيقاته المعاصرة "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمّان الأردن، 2011م، ص 8-13.

(416) محمود أحمد مهدي، مرجع سابق، ص 9-10.

(417) حسنين مخلوف، منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين، مطبعة لبابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر، 1351هـ، ص 28.

وهي المال المراد إيقافه، بأن يكون مالاً متقوماً ومعلوماً وقت الوقف ولو على سبيل الإجمال، وأن يكون مملوكاً للواقف ملكاً تاماً في ذاته عند وقفه(418).

وطبقاً للتعريفات التي قبلت في مفهوم الوقف بصورتيه الخيري والذري بشكل عام والوقف الذري بشكل خاص، يظهر اختلاف الملكية العائلية عن الوقف الذري من عدة وجوه، يبدو أبرزها ما يأتي:

أولاً: من حيث الطبيعة: يُعد الوقف الذري نوعاً من التصرفات الشرعية مع اختلاف الفقهاء في تكييفهم له بين من اعتبره بمنزلة العارية في عدم اللزوم وجواز الرجوع عنه ، وبين من قاسه على العتق واستعار له ما يليق به من أحكام العتق(419). بينما تقترب طبيعة الملكية العائلية أو ملكية الأسرة من نظام الشيوخ، مع الاختلاف بينهما كما سبق الإشارة من جهة طول مدة بقاء الملكية العائلية، وعدم جواز التصرف بها من قبل الشركاء فيها.

ثانياً: من حيث المدة: يبقى نصيب الشريك في الملكية العائلية دون أن يتمكن من طلب القسمة ما دامت هذه الملكية قائمة طيلة المدة التي تم الاتفاق فيها على البقاء في هذه الملكية عند إنشائها والتي قد يصل حدها الأقصى إلى خمسة عشر سنة قابلة للتجديد لمدد أخرى(420) ، بينما يختلف الوقف الذري في ذلك بأنه ووفقاً لرأي جمهور الفقهاء – باستثناء المالكية – إلى اشتراط التأبيد في صيغة الوقف(421).

ثالثاً: من حيث الإنشاء: تنشأ الملكية العائلية باتفاق كتابي بين أعضاء العائلة الواحدة، وتعتبر الكتابة هنا ركن انعقاد وليس مجرد دليل لإثبات الاتفاق. أما الوقف الذري فهو من قبيل التبرعات فإنه ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف(422).

(418) سعيد سليمان العقيد و حسن محمد الرفاعي، الاستثمار الوقفي في التطبيق المعاصر.. وقف متابعي الخط المباشر بإمارة الشارقة.. نموذجاً، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 15، العدد 2 ، جامعة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر، 2018م، ص 285-287.

(419) بسام مجيد العبايجي، ملكية الأسرة "دراسة مقارنة"، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، 2009م، ص 98-99.

(420) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، فقرة 647، ص 1054.

(421) بسام مجيد العبايجي، مرجع سابق، ص 99.

(422) بسام مجيد العبايجي، المرجع السابق، ص 100.

رابعاً: من حيث اختصاص الولاية: لا تندمج الملكية العائلية بالشخصية المعنوية المستقلة، فالقاعدة العامة التي تحكم إدارة الملكية العائلية هي قاعدة الإجماع لكل الشركاء في هذا النوع من الملكية ومناقشتهم كل عمل من أعمال الإدارة إلا إذا اتفقوا على تفويض أحدهم في الانفراد بالإدارة. بينما الوقف الذري إذا انعقد صحيحاً ومستوفياً لجميع شروطه وأركانه صارت له أهلية وذمة مستقلتان ، وهو ما يعرف بالشخص المعنوي، حيث يتمتع الوقف الذري بالشخصية المعنوية وبالذمة المالية المستقلة(423).

الفرع الرابع: تمييز الملكية العائلية عن نظام اختلاط الأموال

تقضي بعض الأنظمة القانونية كالقانون الفرنسي بأن يترتب على الزواج أن تصبح أموال الزوجين شركة بينهما، ويُعرف هذا النظام المالي للزواج بـ "نظام اختلاط الأموال" أو "وحدة الذمة المالية"، وبمقتضى هذا النظام يعتبر مالاً مشتركاً بين الزوجين جميع المنقولات التي يملكها كل منهما وقت الزواج وكذلك المنقولات التي تنتقل ملكيتها إلى أحدهما أثناء قيام الزوجية ولو كان قد دفع ثمنها من إيراد خاص به حصل عليه من عمله الشخصي. غير أنه يجوز للزوجين الخروج على هذا النظام والاتفاق على بقاء أموال كل منهما منفصلة عن أموال الآخر، أو يستقل كل منهما بماله على أن يكون للزوج حق الانتفاع بأموال "الدوطة" التي تقدمها الزوجة. ويؤثر النظام المالي للزواج على ائتمان كلا الزوجين، فإذا تم الزواج طبقاً لنظام انفصال الأموال، تضمن الذمة المالية لكل منهما الوفاء بديونه الشخصية فلا يُسأل كل منهما إلا في حدود أمواله الخاصة. بينما إذا تم الزواج طبقاً لنظام اختلاط الأموال (وحدة الذمة المالية)، فإن ضمانات دائني كل من الزوجين تشمل أموالهما المشتركة. ولهذا فإن من يتعامل مع أي من الزوجين يهمل التعرف على النظام المالي لزوجهما(424).

(423) بسام مجيد العبايجي، المرجع السابق، ص 100.

(424) المستشار/ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الأول، الأعمال التجارية – التاجر – الدفاتر التجارية – السجل التجاري – المتجر – سوق الأوراق المالية (البورصة)، ط 6، دار محمود، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 249.

المطلب الثالث: الأصول التاريخية للملكية العائلية

بدأت الملكية في المجتمعات القديمة ملكية جماعية للقبيلة ومن ثم انتقلت للعائلة ثم تطورت حتى أصبحت ملكية فردية أو خاصة (425). وعند البحث عن الملكية العائلية أو ما يعرف بملكية الأسرة نجد أن جذورها التاريخية تعود إلى الحضارات القديمة في بلاد ما بين النهرين، طبقاً للوثائق التاريخية التي أشارت إلى وقائع شراء بعض كبار الموظفين والأمراء وأقاربهم لأراضٍ كانت تعود لأسر قام رئيس الأسرة أو بعض أعضائها ببيعها لا بوصفهم مالكين لهذه الأراضي، وإنما بوصفهم ممثلين عن باقي أعضاء الأسرة. كما أكدت شريعة حمورابي على ديمومة استمرار ملكية الأسرة حيث تناولتها في قواعدها وعملت على حمايتها. وقد كانت الدولة حينذاك تشرف على تثبيت ملكية الأسرة عن طريق منحهم لوحاً من الحجر يدعى "رقيم" يدون فيه اسم مالك العقار وأوصاف ملكه من حيث الحدود والمساحة والسبب المنشئ لملكه سواء أكان بيعاً أم هبة، حيث يؤدي هذا اللوح دور الإشهار والإثبات عند الاقتضاء (426).

كما عرف قدامى المصريين "ملكية الأسرة"، حيث كانوا يرصدون بعض الأموال لتحقيق غايات دنيوية تتمثل بتخصيص الشخص جزءاً من ثروته ليكون ضماناً لذريته في أجيالهم المتعاقبة، وهو ما يُعرف بنظام الوقف المماثلة للملكية العائلية من خلال ما أطلقوا عليه "الأوقاف الأهلية" التي كانت تستهدف تحقيق أغراض دنيوية تتمثل بتخصيص الشخص جزءاً من ثروته ليكون ضماناً لذريته في أجيالهم المتعاقبة ومما يدل على ذلك المؤسسة التي تم إنشاؤها في عهد الأسرة الخامسة لمصلحة أولاد أحد الأثرياء وقد تم إفراغها في عقد هبة صدر منه إلى ابنه الأكبر لا إلى الكهنة، ووكّل إليه القيام بصرف مستحقات أخوته من ريع الأموال الموقوفة ونص صراحة في العقد على أنه لا يحق للابن الأكبر أو سواه من الورثة التصرف بهذه الأموال الموقوفة سواء

(425) د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، 2000م، ص 119-120.

(426) د. أكرم محمود حسين والسيد/ بسام مجيد سليمان، إدارة ملكية الأسرة، بحث منشور في مجلة الرافين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 10، العدد 36، 2008م، ص 3.

بالبيع أم بالهبة أم بالوصية، وقد ذكر الواهب أن ملكية هذه الأموال تؤول بعد وفاة أولاده إلى أولاد أولاده، على أن يتولى إدارتها الابن الأكبر في كل من طبقات المستحقين(427).

ولقد عنى المشرع المصري في معالجة أحكام الملكية العائلية، أو طبقاً لما أُطلق عليه بملكية الأسرة، فتناول أحكامها في المواد (851 – 855) من القانون المدني، حيث نصت المادة (851) من القانون بأن: "الأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإما من أي مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية".

المبحث الثاني: إنشاء الملكية العائلية طبقاً للتشريعات الإماراتية

نظم المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م الملكية العائلية في المواد (1183-1187) تحت مصطلح "ملكية الأسرة"، فضلاً عن تنظيم المشرع في نطاق إمارة دبي لهذه الأحكام في قانون رقم (9) بشأن تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي والذي صدر بتاريخ 2020/08/13م. كما صدر بتاريخ 2020/09/27م القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020م بشأن العهدة وتم العمل به في اليوم التالي لنشره ضمن ملحق العدد 687 من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2020/09/30م.

وبالإضافة إلى القوانين السابقة، سواءً على الصعيد الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، أو الصعيد المحلي لإمارة دبي، فإن هناك قوانين محلية خاصة صدرت في نطاق مركز دبي المالي العالمي تُعد موجّهات لرواد الأعمال لتنظيم مشاريعهم العائلية وإدارتها على الوجه الذي يحقق أهدافهم الاقتصادية، وتتمثل تلك القوانين في كل من قانون المؤسسات (FOUNDATION LAW) رقم (3) لسنة 2018م. وقانون العُهد (TRUST LAW) رقم (4) لسنة 2018م.

(427) د. عباس مبروك الغزيري، تاريخ القانون المصري – القانون الفرعوني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 289.

لذلك سيتم تناول القواعد المنظمة لإنشاء الملكية العائلية في التشريعات الإماراتية، سواءً على نطاق التشريعات الاتحادية، والتشريعات المحلية الخاصة، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: إنشاء الملكية العائلية طبقاً للتشريعات الاتحادية

يجوز لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء الملكية العائلية، والتي تنشأ إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للعائلة، وإما من أي مال آخر معلوم لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية(428).

فوفقاً لقانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م، لا يجوز الاتفاق على إنشاء الملكية العائلية لمدة تزيد على خمسة عشر سنة(429)، غير أن مدة الاتفاق على إنشاء هذه الملكية غير ملزمة لأي من الشركاء فيها، حيث يجوز لكل شريك الطلب من المحكمة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المحدد في الاتفاق المنشئ للملكية، وذلك في الحالات التي يوجد فيها مبرر قوي لذلك. أما في حال لم يتفق الشركاء على أجل تنتهي فيه الملكية العائلية، حينها يحق لأي شريك في الاتفاق المنشئ للملكية أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من تاريخ إعلان الشركاء برغبة ذلك الشريك في إخراج نصيبه(430).

وليس للشركاء أن يطلبوا قسمة الملكية العائلية ما دامت هذه الملكية قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن العائلة إلا بموافقة الشركاء في هذه الملكية جميعاً، وفي حال تملك شخص من غير الشركاء في هذه الملكية حصة أحد الشركاء برضائه أو أجبر عليه فلا يكون شريكاً في الملكية العائلية أو برضائه ورضاء باقي الشركاء(431).

(428) وقد أجاز المشرع الإماراتي إنشاء ملكية عائلية خاصة بهم وفقاً لنص المادة (1183) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.
(429) انظر في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة (1184) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.
(430) الفقرة الثانية من المادة (1184) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.
(431) المادة (1185) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.

وفيما عدا القواعد التي قررها المشرع الإماراتي بشأن الملكية العائلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م، تطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة وأحكام التركة الواردة في قانون المعاملات المدنية الاتحادي على الملكية العائلية(432).

ووفقاً للأحكام التي قررها المشرع في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، فضلاً عن القوانين الأخرى الاتحادية، والقوانين المحلية الصادرة في إمارة دبي بشأن تنظيم الملكية العائلية، فإن هناك شروطاً يمكن استخلاصها من القواعد القانونية ذات الشأن، وهي كما يأتي:

أولاً: أن يكون الاتفاق المنشئ للملكية العائلية مكتوباً سواء أفرغت الكتابة في محرر رسمي أم في صورة محرر عادي، إلا في حال اشتراط المشرع شكلاً أو إجراءً معيناً لانعقاد أو نفاذ العقد أو المحرر المنشئ للملكية العائلية.

ثانياً: يجب أن ينحصر الاتفاق المنشئ للملكية العائلية بين أعضاء العائلة الواحدة، وهم الأقرباء الذين يجمعهم أصل واحد، سواء أكانت قرابة مباشرة بين الأصول والفروع أم قرابة غير مباشرة وفقاً لحدود العائلة المتعارف في المجتمع.

ويدخل في مفهوم الاتفاق بين أعضاء العائلة الواحدة ما يعرف بقاعدة الإجماع والتي تعني ضرورة موافقة جميع الشركاء في المالكين للثروة العائلية لإمضاء أي عمل يتعلق بإدارة هذه الثروة، وهو الأصل في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السويسري وفي الفقه الإسلامي متجسداً في مجلة الأحكام العدلية، بأن تدار هذه الملكية باتفاق جميع الشركاء سواء ما يتعلق منها بأعمال الإدارة العادية أو غير العادية(433).

غير أن المشرع المصري وكذلك المشرع العراقي استثنيا من قاعدة الإجماع في إدارة الملكية أو الثروة العائلية حينما سمحا لأغلبية الشركاء بإدارة هذه الملكية

(432) المادة (1187) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.

(433) د. أكرم محمود حسين والسيد/ بسام مجيد سليمان، مرجع سابق، ص 9.

مفرقين في مقدار الأغلبية المطلوبة تبعاً لنوع الإدارة فيما إذا كانت إدارة عادية أو إدارة غير عادية، حيث حوّل المشرع المصري والمشرع العراقي لمن يملك من الشركاء الأغلبية المطلقة لأموال هذه الملكية سلطة القيام بأعمال الإدارة العادية استثناءً من قاعدة الإجماع(434).

ثالثاً: يشترط أن يكون الشركاء في العقد المنشئ للملكية العائلية حال إبرامه مالكين للأموال محل العقد، سواء أكانت تلك الأموال مفرزة أم ملكية شائعة، وبصرف النظر فيما لو كانت مالاً منقولاً أم عقاراً أم حقوق مالية.

رابعاً: أن لا يزيد الاتفاق بين أعضاء العائلة لإنشاء الملكية العائلية عن مدة محددة؛ بأن لا يتجاوز خمسة عشر عاماً وفقاً لما هو مقرر في قانون المعاملات المدنية الاتحادي. وقد نص المشرع في قانون تنظيم الملكية العقارية في إمارة دبي رقم (9) لسنة 2020م تلك المدة بما لا يتجاوز على خمسة عشر سنة طبقاً لاتفاق الشركاء في الملكية ، ويجوز تجديد هذه المدة في كل مرة بما لا يتجاوز على خمسة عشر سنة(435).

وبالانتقال إلى القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020م بشأن العُهدة، نجد أنه تضمن أحكاماً تُعد موجّهات لرواد الأعمال وغيرهم ممن يرغب بوضع أمواله أو جزء منها في عهدة شخص طبيعي أو اعتباري مرخص لأغراض نص عليها القانون المذكور، والتي يجب أن تهدف إلى تحقيق مصلحة تستفيد أو تحقق غايات خيرية أو خاصة ، وألا تخالف القانون أو النظام العام(436).

غير أنه يستثنى من تطبيق أحكام القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020 بشأن العُهدة المناطق الحرة المالية، فيما إذا كان لديها تشريعات تنظم وتطبق العُهدة التي

(434) د. محمود محمد عبدالرحمن، استعمال وإدارة المال الشائع: دراسة مقارنة في القانون الوضعي "المصري والفرنسي" والفقهاء الإسلاميين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993م، ص 78.

(435) المادة (8/أ) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(436) المادة (1/8 و 2) من قانون العهدة الاتحادي.

تنشأ فيها(437). وهو ما ينطبق على مركز دبي المالي العالمي الذي يطبق في نطاقه قانون خاص بالعهد هو القانون رقم 4 لسنة 2018م بشأن العهد" (TRUSTS) (LAW).

وقد عرّف المشرع في المادة الأولى من القانون الاتحادي بشأن العهد ضمن التعريفات الواردة فيه "العهد" بأنها: "تخصيص مال بموجب سند العهد لتحقيق مصلحة للمستفيد أو لتحقيق غاية خيرية أو خاصة، وذلك وفق الأحكام التي يحددها هذا المرسوم "قانون العهد" وتُعدّ العهد من الحقوق العينية الأصلية".

ويدخل في عداد أموال العهد وفقاً لما نص عليه المشرع في المادة الأولى من القانون الاتحادي (التعريفات)، أي أموال منقولة أو غير منقولة، وما يرتبط بها أو يعد من مستلزماتها، وأي حق قائم أو محتمل الوجود، موجوداً داخل الدولة أو خارجها. وكذلك ما يعد من المنافع والتي تتم في جميع العوائد والفوائد والائرادات وأي ريع ينتج عن استثمار أو استغلال أو التصرف بأي من عناصر أموال العهد.

كما أكد القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020 بشأن العهد على ذات القواعد التي يجب أن يسعى إليها منشئ العهد، بأن تكون الغاية منها تحقيق مصلحة للمستفيد أو تحقيق غايات خيرية أو خاصة، كما يُشترط ألا تكون العهد مخالفة للقانون أو النظام العام، وأن تكون معينة تعييناً نافياً للجهالة(438).

ويجوز إنشاء العهد طبقاً للقواعد التي جاء بها القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020 بشأن العهد، من خلال؛ تحرير سند بإنشاء العهد، أو من خلال وصية أو أي إجراءات ترتب آثارها بعد الوفاة، أو نقل الأموال من عهد نافذة إلى عهد أخرى، أو أن تأمر المحكمة المختصة بإنشاء العهد إذا كان الشخص مالك المال لا يتمتع بالأهلية اللازمة لإنشاء العهد، بشرط أن يتم ذلك بناءً على طلب من الوصي أو الولي لتحقيق مصلحة ذلك الشخص، بحيث يكون ذلك الشخص هو المستفيد من تقرير العهد، وتقوم

(437) المادة (2) من قانون العهد الاتحادي.

(438) المادة (8) من القانون الاتحادي بشأن العهد.

المحكمة بتعيين أمين للعهد وتحديد شروطها، بحيث يكون قرار المحكمة هو السند للعهد(439).

ويجوز ربط بداية أو نهاية مدة العهد بواقعة أو سبب معين مشروع وقابل للتحقيق على أن يذكر ذلك في سند العهد، وإذا تم تحديد مدة للعهد الخيرية وانتهت تلك المدة ولم يكن بالإمكان التحقق من إرادة منشؤها حول ما ستؤول إليه بعد ذلك، فللمحكمة المختصة حينذاك إنهاء العهد أو إصدار قرار بتخصيص العهد لأي غاية خيرية تتفق وغاية العهد للمدة التي تحددها المحكمة(440).

وتنتهي العهد إما برجوع منشئها في حال النص في سند إنشائها على جواز ذلك، أو إذا انتهت مدتها، أو انتهاء الغاية من إنشائها فيما عدا العهد الخيرية التي تجدد وفق ما هو منصوص عليه في سند إنشائها، أو تنتهي العهد بناءً على اتفاق كل من منشئها وأمينها والمستفيد الذي يملك حق التصرف على إنهاء العهد وذلك بموجب سند كتابي موثق وفق السند الذي أنشئت بموجبه، وقد تنتهي فيما لو أجاز سند إنشاء العهد بناء على طلب كتابي يقدم إلى الأمين عليها من جميع المستفيدين الحاليين شريطة أن يتمتع هؤلاء المستفيدين بأهلية الأداء وأن يكون لديهم الحق الكامل في أموال العهد(441).

المطلب الثاني: إنشاء الملكية العائلية طبقاً للتشريعات المحلية الخاصة

أصدر المشرع الإماراتي في نطاق إمارة دبي قانوناً محلياً يُعنى بتنظيم أحكام الملكية العائلية في إمارة دبي، حيث حددت القواعد الواردة في القانون المقصود بالعائلة على أنها: تشمل الزوج والأقارب بالدم والنسب حتى الدرجة الرابعة. كما بيّن المقصود بـ "الملكية العائلية" بأنها الأموال المنقولة وغير المنقولة المملوكة للعائلة، وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وحقوق الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية وغيرها من الحقوق الأخرى التي تكون محلاً

(439) المادة (5) من القانون الاتحادي بشأن العهد.

(440) المادة (10) من القانون الاتحادي بشأن العهد.

(441) المادة (42) من القانون الاتحادي بشأن العهد.

لعقد الملكية العائلية. وقد عرف أيضاً "عقد الملكية العائلية" بأنه: "اتفاق يتم إبرامه بين أفراد العائلة، الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، يتم بموجبه تنظيم الملكية العائلية بوصفها مالاً شائعاً بينهم، وكذلك تحديد كيفية إدارة هذه الملكية". كما بين المقصود بـ "مدير" هذه الملكية بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يختاره الشركاء لإدارة الملكية العائلية(442).

وقد بيّن المشرع الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها من خلال إصداره هذا القانون بشأن الملكية العائلية؛ وهي كالآتي(443):

- 1- وضع إطار قانوني شامل وواضح لتنظيم الملكية العائلية في الإمارة، وتسهيل انتقائها بين الأجيال المتعاقبة بسهولة ويسر.
 - 2- المحافظة على استمرارية الملكية العائلية، وتعزيز الدور الذي تقوم به في تحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي في الإمارة.
 - 3- المحافظة على التماسك الاجتماعي، والابتعاد عن كل ما قد يثير المنازعات بين أفراد العائلة الواحدة.
 - 4- لم شمل أفراد العائلة ضمن شراكات قوية ومتينة، تستطيع المنافسة في كافة الأنشطة الاقتصادية، وتحفيزها على خدمة المجتمع، وبخاصة في مجال التعليم والصحة والثقافة.
 - 5- الإيفاء باحتياجات التطور والنمو، عن طريق تنمية قدرة القيادات الشابة من الأجيال المتعاقبة لإدارة الملكية العائلية، وتمكينهم من الاستفادة من خبرة الآباء والأجداد.
- وتشمل الملكية العائلية - وفقاً لما هو مقرر في قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي رقم (9) لسنة 2020م الأموال الآتية(444):

(442) المادة (2) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.
(443) المادة (3) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.
(444) المادة (4) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

1- الأسهم والحصص في الشركات التجارية والشركات المدنية وأصول المؤسسات الفردية، باستثناء الشركات المساهمة العامة.

2- أي مال آخر منقول أو غير منقول.

وينبغي الإشارة هنا في معرض التعليق على الاستثناء الذي قرره المشرع بعدم شمول الأسهم والحصص في الشركات المساهمة العامة ضمن أموال الملكية العائلية، إلا أن ذلك الاستثناء قد يرجع إلى رغبة من المشرع في حماية العائلة وثرواتها مما تمثله طبيعة الشركات المساهمة العامة في انفتاحها على أعداد كبيرة من المساهمين الأغيار وما في ذلك من تأثير على الخصوصية التي تمثلها الملكية العائلية.

ودراً لحدوث أي خلاف بين الشركاء الأطراف في عقد إنشاء الملكية العائلية فقد أوجب المشرع أن يتضمن العقد بياناً لمقدار حصة كل شريك في هذه الملكية، وبخلاف ذلك - وفي حال حصول أي نزاع في هذا الشأن - يكون تحديد الحصص بحسب نصيب كل منهم في الإرث الشرعي في حال كانت مشاركتهم في الملكية العائلية بسبب وفاة مورثهم، أو بحسب تقسيم حصة كل منهم في حال لم تكن مشاركتهم في الملكية العائلية بسبب الإرث، كتقديم حصص مالية أو عينية(445).

ويجوز تعديل عقد الملكية العائلية بموافقة الشركاء المالكين لنسبة 75% على الأقل من الملكية ما لم يتضمن العقد نسبة أعلى(446).

ويتم إنشاء الملكية العائلية عن طريق عقد الملكية العائلية، الذي تم تنظيم أحكامه بموجب قانون الملكية العائلية في إمارة دبي رقم (9) لسنة 2020م، وما يتفق عليه الشركاء فيما بينهم(447).

وقد صدر في إمارة دبي في نطاق مركز دبي المالي العالمي قانونان لهما صلة بإنشاء وتنظيم الملكية العائلية، أولهما قانون المؤسسات (FOUNDATION)

(445) المادة (11/أ ، ب) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(446) المادة (10) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(447) المادة (5) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(LAW) رقم (3) لسنة 2018م، أما القانون الثاني فهو قانون العهد (TRUST LAW) رقم (4) لسنة 2018م، ويسري هذان القانونان في نطاق الاختصاص القانوني والقضائي لمركز دبي المالي العالمي(448)، بما لا يتعارض مع ما هو مقرر طبقاً للقوانين الاتحادية في الدولة، وبشكل خاص في هذا الشأن للقانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020 بشأن العُهد.

ويقصد بالمؤسسة المعنوية في قانون المؤسسات: "كيان له شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية مؤسسها (مؤسسيها) وأي شخص آخر"(449).

ويجوز أن تسعى المؤسسة وفقاً لقانون المؤسسات في نطاق مركز دبي المالي العالمي إلى تحقيق أغراض خيرية أو أغراض غير خيرية، بشرط أن لا تقوم بأي أنشطة تجارية باستثناء ما يلزم من أنشطة لأغراضها أو يكون مساعداً أو مصاحباً لها(450).

وتعتبر موارد مالية للمؤسسة الأموال التي تمثل رأس المال المبدئي، وأي مبلغ إضافي يمنح للمؤسسة ويقبله مسجلها، بالإضافة إلى عوائد استثمار رأس المال، وأي أموال أخرى يتحصل عليها مجلسها وفقاً للقانون واللوائح(451).

ويعد رأس المال المبدئي للمؤسسة رأس المال الممنوح لها حتى يمكن تأسيسها، حيث يمكن أن يتكون رأس المال المبدئي من أي أموال، كما يجوز تقديمه عن طريق الهبة أو مقابل ذي قيمة، كما يمكن لأي شخص بعد منح رأس المال المبدئي أن يمنح أموال للمؤسسة في حال كان عقد تأسيسها يسمح بذلك(452).

(448) المادة (3) من قانون المؤسسات، والمادة (8) من قانون العهد - المركز المالي العالمي بدبي.

(449) المادة (1/10) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي بدبي.

(450) المادة (12) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي بدبي.

(451) المادة (28) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي بدبي.

(452) المادة (27) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي بدبي.

ويجوز لشركة خاصة تأسست بموجب قانون الشركات الخاص بمركز دبي المالي العالمي - إذا تم التصريح لها بقرار صادر عن جميع مساهميها بالإجماع - التقدم إلى المسجل للحصول على شهادة استمرار كمؤسسة بموجب أحكام هذا القانون(453).

وعندما تستمر الشركة كمؤسسة في مركز دبي المالي العالمي بموجب قانون المؤسسات تصبح أموال الشركة ملكاً للمؤسسة، كما تظل المؤسسة مسؤولة عن التزامات الشركة، ولا يتأثر هذا التغيير بما يكون على المؤسسة من دعاوى ومطالبات ومسؤوليات قضائية سبق أن ترتبت على الشركة، فضلاً عن أي أحكام سبق وصدرت على الشركة قبل تحولها إلى مؤسسة(454).

ويجوز لرأس العائلة المؤسس للملكية العائلية أو خلفه في حال وفاته الاستفادة من قانون المؤسسات في تأسيس مؤسسة في مركز دبي المالي العالمي يكون الغرض منها إدارة الثروة أو الملكية العائلية، وتكون من أهداف المؤسسة إدارة الثروة أو الملكية العائلية، بما فيها من شركات ومؤسسات مملوكة للعائلة أو حصص وأسهم وسندات وصكوك في شركات أخرى وحقوق مالية وأموال منقولة وغير منقولة، وتنمية تلك الثروة واستثمارها في أوجه الاستثمار المتاحة وحفظها، شريطة أن لا تمارس المؤسسة بشكل مباشر أنشطة تجارية إلا من خلال الشركات والمؤسسات والأموال أو الثروات التي يمتلكها رب العائلة أو ورثته بعد وفاته.

وبالانتقال إلى بيان القواعد المنظمة للملكية في قانون العهد رقم (4) لسنة 2018م؛ نجد أنها تتعلق بتنظيم الواجبات والصلاحيات الممنوحة لأمين العهد، والعلاقات فيما بين أمناء العهد، وحقوق المستفيد ومصالحه، ومتطلبات إنشاء العهد، والتزام أمين العهد بالتصرف بحسن نية وفقاً لأغراض العهد، وأن يكون غرضها مشروعاً ولا يتعارض مع السياسة العامة في مركز دبي المالي العالمي، بالإضافة إلى الاختصاص القضائي لمحكمة المركز في المنازعات الناشئة عن العهد وصلاحيات المحكمة ودورها في إدارة العهد(455).

(453) المادة (66) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي بدبي.

(454) المادة (69) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي بدبي.

(455) المادة (9) من قانون العهد - المركز المالي العالمي بدبي.

واستناداً إلى القواعد الواردة في قانون العهد في نطاق المركز المالي بدبي، يحق لمالك الأموال ضمن الملكية العائلية تسجيل ثروته أو جزء منها باسم شخص يثق به كعهدة لديه في حال حياة المالك أو بعد مماته وتؤول إيرادات تلك العهدة إلى ورثة المالك وفقاً للحصص التي يحددها المالك لأمين العهد.

ويجوز إنشاء العهد طبقاً للقواعد التي جاء بها قانون العهد بالمركز المالي بدبي، من خلال؛ إما نقل أموال إلى آخر بوصفه أمين عهداً خلال فترة حياة منشئ العهد، أو بموجب وصية تسري لما بعد وفاة منشئ العهد، أو أي تصرف آخر ينفذ عند الوفاة، وإما أن تتم خلال نقل عهداً إلى أخرى، أو من خلال إعلان مالك أموال محددة أن المالك يملك الأموال بعد ذلك بوصفه أميناً للعهد، أو من خلال مباشرة صلاحية التعيين لصالح أمين عهد، علماً أن العهد تسري بموجب سند محرر كتابة وينص على وصية أو ملحق وصية(456). ويجوز أن تستمر العهدة لأجل غير مسمى أو تنتهي وفقاً لقانون العهد أو وفقاً لشروط العهد(457).

وتنقسم العهد إلى عهد خيرية وأخرى غير خيرية أو لأغراض خاصة، وكمثال على العهد الخيرية كالتخفيف من وطأة الفقر، أو النهوض بالتعليم أو الدين، أو لتعزيز الصحة أو الفن، أو لحماية البيئة، أو لأي أغراض أخرى ذات نفع عام(458).

وكمثال على العهد غير الخيرية أو للأغراض الخاصة؛ كما لو كانت لغرض حيازة أسهم شركة أو شخص اعتباري، أو أي أصول أخرى تشكل أموال عهد أو الاستثمار فيها، بشرط أن يكون الغرض ممكناً ومؤكداً بما يكفي لتنفيذه، وألا يكون الغرض من إنشاء العهد متعارضاً مع السياسة العامة في مركز دبي المالي العالمي، أو غير مشروع بموجب قوانين المركز، وفي حال كانت العهدة موافقة للقواعد التي أُنشئت بموجبها يكون من مسؤولية مُنفذ العهدة تنفيذها طبقاً لما يتعلق بأغراضها غير الخيرية(459).

(456) المادة (33) من قانون العهد - المركز المالي العالمي بدبي.
(457) المادة (1/36) من قانون العهد - المركز المالي العالمي بدبي.
(458) المادة (1/36) من قانون العهد - المركز المالي العالمي بدبي.
(459) المادة (39) من قانون العهد - المركز المالي العالمي بدبي.

وتنتهي العُهدَة في حال تحققت أي من الحالات الآتية(460):

- 1- في حال العدول عن العُهدَة أو انتهت طبقاً للشروط الواردة في سند إنشائها.
- 2- إذا لم يكن هناك أي مستفيد أو شخص من شأنه أن يصبح مستفيداً طبقاً لشروط العُهدَة.
- 3- في حال لم يظل هناك أي غرض للعُهدَة يتم السعي لتحقيقه.
- 4- في حال أصبحت أغراض العُهدَة غير مشروعة أو يتعذر تحقيقها.
- 5- كما يجوز للمحكمة إنهاء العُهدَة في حال كان العدول عن العُهدَة يدعم أغراضها بسبب ظروف غير متوقعة من قبل منشئ العُهدَة، أو إذا كانت قيمة أموال العُهدَة غير كافية لتغطية تكلفة إدارتها.

المبحث الثالث: إدارة الملكية العائلية طبقاً للتشريعات الإماراتية

على خلاف القواعد العامة التي تحكم إدارة المال الشائع، فقد منح المشرع الإماراتي كل مالك مشتع في الملكية العائلية الحق في القيام بإعمال الحفظ للأموال المكونة لملكية العائلة بوصفه أحد مظاهرها وإدارتها ودون حاجة إلى موافقة الشركاء الباقين(461).

وتمتد سلطة الإدارة للملكية العائلية إلى أعمال الإدارة المعتادة، فضلاً عن أعمال الإدارة غير المعتادة، والتي من شأنها التغيير في الغرض الذي أعدت له الأموال

(460) المادة (43) من قانون العهد - المركز المالي العالمي بدبي.
(461) ومن جهته طبق المشرع الأردني أيضاً قواعد الملكية الشائعة لإدارة الملكية العائلية باستثناء القواعد التي نص عليها القانون المدني في المادة (1064) منه فيما يخص إدارة الملكية العائلية، بينما تطبق باقي القواعد على إدارة الملكية العائلية كما في إدارة الملكية الشائعة، حيث وضع المشرع الأردني وكذلك المصري والفرنسي قواعد خاصة لإدارة المال الشائع تتلاءم مع الطبيعة القانونية للملكية الشائعة، بما يضمن الاستغلال الأمثل لأموال العائلة ويحقق المصلحة لجميع أعضاء العائلة. كما نظم المشرع الأردني وكذلك المصري والفرنسي أعمال الإدارة والحفظ باعتبارها من مظاهر إدارة المال الشائع، ولذلك لا نجد قواعد عامة لإدارة المال الشائع، غير أنه توجد فيه قواعد تحكم التصرف بمفهومه الواسع الذي يشمل أعمال الإدارة والتصرف جميعاً. انظر في ذلك: مريم عواد حمد الغويري، مرجع سابق، ص 42.

الداخلية في الملكية وذلك لغرض تحسين طرق الانتفاع بهذا المال ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك، ويبرز هنا دور العقلية التجارية والاستثمارية لرائد الأعمال المؤسس في إدارة تلك الثروة بما يمتلكه من خبرة طويلة في أعمال التجارة والاستثمار والرؤية الثاقبة في الوسائل المفيدة لاستثمار الأموال الداخلة في الملكية العائلية، كما أن لحسن الإدارة للملكية العائلية من بعد حياة المؤسس دور فاعل في استمرار ونماء هذه الملكية لأجيال عديدة.

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أعمال الإدارة المعتادة للملكية العائلية

يتم إدارة الثروة أو الملكية العائلية، بما فيها من شركات وأصول وحقوق مالية وأسهم وحصص في شركات أخرى وسندات وصكوك وغير ذلك من الأموال المنقولة وغير المنقولة، مباشرة من جانب الشركاء المالكين لأغلبية الحصص في الملكية العائلية، أو عن طريق مدير يتم تعيينه من أصحاب هذه الأغلبية، ويشترط في المدير أن يكون من بين أحد الشركاء فيها.

ولأصحاب أغلبية الحصص في الملكية العائلية أن يعيّنوا من بينهم واحداً أو أكثر لإدارة المال، ويحق للمدير أن يدخل على الملكية العائلية من التغيير في الغرض الذي أعد له المال ما يحسن به طرق الانتفاع به ونمائه ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك(462)، ويجوز عزل المدير بالطريقة التي تم تعيينه فيها، كما يجوز للقاضي عزله بناءً على طلب أي شريك في الملكية إذا وجد سبب قوي يبرر هذا العزل(463).

ولم يشترط المشرع في قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي أن يتم تعيين المدير حصراً من بين الشركاء في عقد الملكية العائلية، حيث يستوي أن يكون المدير من بين الشركاء في الملكية أو من غيرهم، كما قد يتم تعيين شخص طبيعي كمدير لإدارة الملكية العائلية فضلاً عن جواز تعيين شخص اعتباري للإدارة والقيام بهذه

(462) المادة (1/1186) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.

(463) المادة (2/1186) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.

المهام، ويتم تعيين المدير أو المديرين للملكية العائلية – شريط أن يكون العدد فردياً في حال التعدد - بقرار من الشركاء الذين يملكون ما لا يقل عن ثلثي هذه الملكية(464)، ويبدو السبب الذي دعا المشرع إلى جواز تعيين المدير للملكية العائلية من خارج الشركاء في هذه الملكية للأهمية في فصل الملكية في هذا النوع من المشاريع عن إدارتها، الأمر الذي يحقق ترسيخ قواعد الحوكمة فيها والتي تشمل على الشركات العائلية.

ويجوز وفقاً للقواعد التي نص عليها المشرع في قانون تنظيم الملكية العائلية تشكيل مجلس إدارة يشرف على إدارة الملكية العائلية وعلى أعمال المدير المعين، وتتم تسمية أعضاء مجلس الإدارة في عقد إنشاء الملكية العائلية، فإن خلا العقد من تحديد الأسماء فيجب أن يتضمن العقد تحديد الجهة المخولة بتسمية الأعضاء، فضلاً عن جواز تضمين العقد الضوابط والشروط التي تقرر تشكيل مجلس الإدارة وصلاحياته ومدة العضوية فيه وأتعاب أعضائه وكيفية عزلهم واللجان التابعة له وتحديد المعايير الشخصية والموضوعية للملائمة لاختيار أعضائه وسائر المسائل المتعلقة بحوكمة مجلس الإدارة(465).

ولا يكون للشركاء في الملكية العائلية الحق بالتدخل في إدارة الملكية العائلية أو الأصول التابعة لها إلا بالشكل المحدد في القانون(466). ويُعد ذلك تكريساً واضحاً للمبدأ الذي تقوم عليه الحوكمة في فصل الملكية عن الإدارة وعدم تدخل الشركاء في هذا النوع من الملكية بأعمال الإدارة ومهامها. غير أن هذا المنع من التدخل من قبل الشركاء في أعمال الإدارة لا يمنعهم من الحق في الاطلاع على شؤون الملكية العائلية، كما يجوز لهم تشكيل مجلس للشركاء، وتحديد اختصاصاته وشروط العضوية فيه وهيكله التنظيمي والإداري والمالي وغير ذلك من الأحكام التي تهدف إلى تعزيز

(464) المادة (16/أ) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(465) المادة (16/د) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(466) المادة (16/ج) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

التواصل الإيجابي والبناء بين الشركاء وكيفية تواصلهم مع المدير، وغيرها من المسائل المتعلقة بحوكمة مجلس الشركاء(467).

ويحدد عقد الملكية العائلية مهام وصلاحيات المدير المعين للإدارة، وفي حال عدم تحديدها فيكون له حق التمتع بكافة الصلاحيات اللازمة للإدارة واتخاذ ما يراه مناسباً من القرارات والإجراءات والتدابير للمحافظة على الملكية العائلية وتنميتها وتحقيق الأهداف التي قامت من أجلها. ويكون للمدير في سبيل ذلك وبما لا يتعارض مع عقد الملكية العائلية القيام بما يأتي من مهام وصلاحيات(468):

- 1- الإدارة المباشرة للملكية العائلية.
- 2- توزيع الأرباح والمنافع المتأتية عن المال المشترك على الشركاء بالشكل والنسب التي ينص عليها عقد الملكية العائلية.
- 3- الاقتطاع من الأرباح أو المنافع المستحقة الدفع لأي شريك، فضلاً عن المبالغ التي تكون مستحقة بذمة هذا الشريك لصالح الملكية العائلية.
- 4- الطلب من اللجنة ويقصد بها "اللجنة القضائية الخاصة" إخراج أي شريك من عقد الملكية العائلية وبيع حصته في الملكية العائلية لباقي الشركاء، في حال عدم التزام الشريك بالوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في قانون تنظيم الملكية العائلية وعقد الملكية العائلية(469).
- 5- تمثيل الملكية العائلية أمام الغير.
- 6- استعانة المدير بمن يراه مناسباً لمعاونته في إدارة الملكية العائلية.
- 7- أي مهام أخرى يتم تحديدها في عقد الملكية العائلية.

(467) المادة (16/ و) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(468) المادة (17) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(469) يقصد باللجنة القضائية الخاصة "اللجنة القضائية الخاصة التي يشكلها سمو حاكم إمارة دبي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد الملكية العائلية"، انظر التعريفات الواردة في المادة (2) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

ويلتزم المدير ببذل عناية الشخص الحريص للمحافظة على الملكية العائلية، على أن يكون ملتزماً كحد أدنى وعلى وجه الخصوص بما يأتي(470):

1- لا يحق للمدير أن يملك أو يدير بشكل مباشر أو غير مباشر سواء لحساب نفسه أو لحساب الغير أي نشاط اقتصادي منافس للنشاط الاقتصادي الذي يتم مزاولته استناداً لعقد الملكية العائلية، إلا بموافقة الشركاء الذين يملكون نسبة 75% على الأقل من الملكية العائلية.

2- يلتزم المدير بتقديم تقارير دورية إلى الشركاء تتضمن إدارته للملكية العائلية، بما في ذلك الوضع المالي للمال المشترك.

3- عدم جواز الاقتراض باسمه الشخصي بضمانات الملكية العائلية.

4- ألا يتصرف بالمال المشترك إلا في حدود ما نص عليه قانون الملكية العائلية وعقد الملكية العائلية.

5- أي التزامات أخرى ينص عليها عقد الملكية العائلية.

ويُسأل المدير عن تعويض أي ضرر يلحق بالملكية العائلية أي بأي من الشركاء أو بالغير في حال مخالفته عقد الملكية العائلية أو شروط تعيينه كمدير، أو في حال إخلاله بالتزاماته المنصوص عليها في قانون الملكية العائلية، أو في حال أهمل من جانبه أو ارتكب أي خطأ في معرض قيامه بواجباته بشكل لا تتلاءم مع التزاماته ببذل عناية الشخص الحريص(471).

وبالانتقال إلى القواعد التي قررها المشرع في نطاق مركز دبي المالي العالمي بشأن قانون المؤسسات لسنة 2018م، يكون للمؤسسة التي تؤسس طبقاً لهذا القانون مجلس يتألف من عضوين على الأقل – ليس من بينهما القيم على المؤسسة - وذلك لإدارة أموالها والقيام على أغراضها، ويجب على أعضاء المجلس إدارة شؤون

(470) المادة (18) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

(471) المادة (19) من قانون تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي.

المؤسسة وفقاً لعقد تأسيسها ولائحة نظامها الأساسي وهذا القانون (قانون المؤسسات) وأي قانون آخر معمول به، ويجب على عضو المجلس التصرف بأمانة وبحسن نية بهدف تحقيق مصالح المؤسسة، كما أن عليه أن يبذل العناية والحرص والمهارة التي يبذلها شخص حريص على نحو معقول في ظروف مماثلة، كما أن عليه واجب الإعلان عن أي مصلحة في معاملة خاصة بالمؤسسة في أي اجتماع للمجلس يتم فيه النظر في هذه المعاملة(472).

وفي حال كان الغرض من إنشاء المؤسسة تحقيق غرض خيري أو غرض غير خيري محدد، فإنه يجب أن يكون للمؤسسة قِيماً فيما يتعلق بذلك الغرض، كما يجوز للمؤسسة دون إلزام عليها أن يكون لديها قيمٌ فيما يتعلق بغرض ما لتقديم بعض أو كل أمواله لشخص أو لفئة من الأشخاص، ويستوي في ذلك أن يكون القيم شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً(473).

وبالانتقال إلى القواعد المنظمة لأحكام العهد في قانون رقم 4 لسنة 2018م بشأن قانون العهد بمركز دبي المالي ، ففي حال قبول أمانة العهدة من قبل الملتزم بها وفي سبيل تنفيذ مهامه ومباشرة صلاحياته وسلطاته التقديرية بما يأتي(474):

1- بذل العناية الواجبة التي يقوم بها الشخص الحريص مستخدماً أقصى قدراته ومهاراته.

2- مراعاة منتهى حسن النية.

كما يلتزم أمين العهدة بالمحافظة على قيمة أموال العهدة، ويمتنع عليه إبرام أي صفقة مع أمناء العهد الآخرين لحسابه الخاص، أو التبرع منها، كما يجب عليه أن يفصل بين أمواله الخاصة وأموال العهدة، ويجب عليه مسك حسابات دقيقة بشأن أمانة

(472) المادة (22) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي.

(473) المادة (23) من قانون المؤسسات - مركز دبي المالي العالمي.

(474) المادة (59) من قانون العهد مركز دبي المالي العالمي.

العهد، فضلاً عن الإفصاح عن مركزه كأمين عهدة للمؤسسات المالية وغيرها من الجهات الأخرى(475).

ولقد فصلّ المشرع الاتحادي الالتزامات المقررة على أمين العهد، بالشكل الذي يمارس فيه سلطاته وصلاحياته بما يتوافق وشروط سند العهد وأحكام المرسوم بقانون، وأن يبذل العناية اللازمة كشخص حريص لتنفيذ سلطاته وصلاحياته وواجباته، وعليه المحافظة على أموال العهد وتنميتها والتصرف فيها بما ينفع المستفيدين وغاية العهد. وأن يقوم بجميع الإجراءات واتخاذ كافة التصرفات القانونية والمادية المعقولة للرقابة على عمليات الاستثمار والحفاظ على أموال العهد وحمايتها وحماية أي حقوق خاصة بها. وأن يقوم بتمثيل مصالح العهد وأي متطلبات قانونية تتعلق بها أمام الكافة(476).

المطلب الثاني: أعمال حفظ الملكية العائلية

يلحق الفقه عادة أعمال الحفظ بأعمال الإدارة ولقد تناول معظم الفقه الفرنسي أعمال الحفظ بالبحث والدراسة تبعاً لأعمال الإدارة باعتبار أن أعمال الحفظ أحد وجوه أعمال الإدارة(477).

وقد تم تعريف "أعمال الحفظ" بأنها: "تلك الأعمال التي يكون المقصود منها حماية مال معين من أموال الشخص أو مجموع ماله - ذمته المالية - من خطر داهم دون أن يقتضي ذلك سوى نفقات قليلة بالنسبة لمقدار هذا الخطر"(478).

فهو بهذا المعنى تعد أعمالاً عاجلة بطبيعتها أو أنها أعمال ضرورية تهدف إلى حماية حق أو إنقاذ مال معين من خطر يهدده(479).

(475) المادة (60) من قانون العهد - مركز دبي المالي العالمي.

(476) المادة (25) من القانون الاتحادي بشأن العهد.

(477) د. حسام الدين الأهواني، مقدمة في القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 1972، ص 367.

(478) د. اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ط 2، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1966، ص 149.

(479) د. وجدي راغب، نظرية القضاء الوقتي في قانون المرافعات، دروس لقسم الدكتوراه، جامعة عين شمس، 1972-1973، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة

ومن جهة أخرى فإن أعمال الحفظ ترمي إلى تحقيق غاية تتمثل في الحفظ وحماية الذمة المالية والتي ينتهي أثرها عند هذا الحد، وبالتالي فهي لا تمس أصل الحق، وبذلك تعتبر أعمالاً مؤقتة لا تحدث تغييرات نهائية في أصل الحق، وإن كانت تحدث في أحيان معينة بعض التغييرات المؤقتة(480).

وطالما أن أعمال الحفظ والصيانة للأموال الداخلة في الملكية العائلية تفيد جميع الشركاء، فيكون من حق كل شريك أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لأي إجراء يقتضي منه الحفظ والصيانة لتلك الأموال، كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة دون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء في تلك الأموال الداخلة في الملكية العائلية، وهي قد تكون أعمالاً مادية مثل صيانة الأموال المكونة لها أو ترميم العقار المملوك للشركاء على أنه ثروة العائلة إذا كان في حاجة إلى الترميم أو إحاطته بسياج أو سور إذا كان ذلك لازماً لحفظه، أو جني الثمار قبل أن تتلف إذا كان المحل بستاناً أو إطعام الماشية خشية موتها(481).

وقد تكون أعمال الحفظ تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى مثل رفع دعوى الحيازة إذا كانت أموالها في حيازة شخص أجنبي من الغير أو رفع دعوى الاستحقاق إذا كانت أموالها في يد غاصب أو في يد حائز آخر، ومثال ذلك أيضاً القيام بدفع الضرائب والرسوم والفوائد المستحقة للدولة للحيلولة دون حجز أموالها، وقد تتسع أعمال الحفظ لتشمل رفع دعاوى الحدود والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض(482).

ويثبت الحق لكل شريك في الملكية العائلية في القيام بأعمال الحفظ أياً كان مقدار حصته وسواء أكان للملكية العائلية مدير أم لم يكن، أما إذا استأثر بهذه الملكية

الخامسة عشر، 1973، ص 52-53.

(480) د. وجدي راغب، المصدر السابق، ص 55.

(481) بسام مجيد سليمان العباي، ملكية الأسرة "دراسة مقارنة"، ط 1، دار الحامد للنشر

والتوزيع، عمّان، الأردن، 2008م، ص 25-26.

(482) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، فقرة 488، ص 805 – 806.

أحد الشركاء وتسبب بخطئه أو خطأ أحد تابعيه في إتلاف جزء منها، التزم بإعادتها إلى ما كانت عليه وعلى نفقته الخاصة، فلا يعد ذلك من قبيل أعمال الحفظ ومن ثم لا يرجع على الشركاء بشيء(483).

وأخيراً فإذا قام أحد الشركاء في الملكية العائلية بالإنفاق على أعمال الحفظ والإدارة من ماله الخاص فإنه يحق له الرجوع على شركائه الباقين للإسهام معه في هذه النفقات كل بقدر حصته، وهو حكم عام ينطبق على كل نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف الناتجة عن الشروع مثل الضرائب المفروضة على المال، فهذه النفقات يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته على فرض أنه ليس هناك اتفاق بين الشركاء يقضي بغير ذلك، وهذا يعني ان للشركاء الاتفاق فيما بينهم بنسبة أخرى في توزيع النفقات أو الاتفاق مثلاً على إعفاء احدهم من الاشتراك في هذه النفقات(484).

المبحث الرابع: دور الملكية العائلية في ريادة الأعمال بدولة الإمارات العربية

المتحدة

العلاقة الجيدة والتواصل بين أفراد العائلة الواحدة عامل مهم لنجاح الأعمال التجارية في إطار العائلة، غير أنه ليس كافياً لإدارة تلك الأعمال وضمان استمرارها، فالتجارة في إطار البيئة العائلية تختلف عن التجارات الأخرى بسبب ارتباط عنصري الملكية والإدارة معاً.

والملاحظ على القواعد المنظمة للملكية العائلية في دولة الإمارات العربية المتحدة أنها جاءت لتنظم الأوضاع المشتركة لكل من الملكية والإدارة في الشركات العائلية من جهة والثروة أو الملكية العائلية من جهة أخرى، وبشكل متبادل؛ فعادة ما تكون الشركة العائلية جزءاً من الملكية العائلية بشكل عام التي تشمل على أموال أخرى قد

(483) د. انور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2004، ص130 و131.

(484) د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1999، ص 316.

تكون أموالاً منقولة أو أموالاً غير منقولة أو حقوقاً مادية أو معنوية أو غير ذلك من أشكال الملكية.

لذلك سوف يتم بيان دور الملكية العائلية في ريادة الأعمال بدولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: دور الشركات العائلية في إدارة الملكية وريادة الأعمال

تمثل الشركات العائلية في دولة الإمارات العربية المتحدة أحد أهم عناصر الملكية العائلية والأدوات التي تستثمر من خلالها هذه الملكية، حيث تمثل الشركات العائلية فيها أهم القطاعات وأكثرها انتشاراً في معظم قطاعات الأعمال، فالشركات العائلية تمثل حجر الأساس لاقتصاد الدولة فضلاً عن الحفاظ على الاستقرار الاقتصادي. وقد ساهمت رؤية التنوع الاقتصادي في خلق المزيد من الفرص للشركات العائلية، لا سيما بالنسبة لرواد الأعمال المدركين لأهمية التحول في الإدارة والحوكمة والملكية، فضلاً عن إيمانهم المطلق بالابتكار والإبداع.

وقد عرّف المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1984م في شأن الشركات التجارية وتعديلاته (الملغي) "الشركات العائلية" في الفقرة الأولى من المادة (273 مكرر) عندما تعرّض إلى تعريف الشركات العائلية المحلية بنصه على أنها: "1- الشركة المملوكة بالكامل لأشخاص طبيعيين ينتسبون لعائلة واحدة تربطهم قرابة الأصول حتى الجد الرابع أو لأشخاص اعتبارية مملوكة بالكامل لأفراد عائلة واحدة تربطهم على مستوى الشركة العائلية المحلية ذات القرابة ، بغض النظر عن الشكل الذي تتخذه الشركة"(485).

بينما لم يتطرق المشرع الإماراتي في قانون الشركات التجارية الحالي رقم 2 لسنة 2015م إلى تنظيم ولا حتى تعريف المقصود بالشركات العائلية. ويعود ذلك

(485) بموجب التعديل الوارد في احكام القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2007 والتي أُضيفت بموجبه المادة 273 مكرر.

باعتقادنا في رغبة المشرع الإماراتي إلى عدم تقييد الشركات العائلية في حدود أو أجيال معينة، ولكي يتلاءم الوضع الحالي مع ما يصدره المشرع في نطاق التشريعات الاتحادية والمحلية على السواء بشأن الملكية العائلية.

ووفقاً لدليل الشركات العائلية الصادر عن مؤسسة التمويل الدولية، يُقصد بالشركة العائلية "الشركة التي تكون فيها أغلبية الأصوات في أيدي العائلة المسيطرة، بما في ذلك المؤسس (المؤسسون) الذين يعتزمون نقل الشركة إلى الجيل القادم" (486).

ولا نؤيد الاتجاه الذي تبناه بعض الباحثين في تحديد مفهوم الشركات العائلية في إمارة دبي على وجه الخصوص وفي دولة الإمارات بشكل عام على أنها: "الشركة التي تمتلك عائلة إماراتية واحدة ما لا يقل عن 51 % (واحد وخمسون بالمائة) من أسهمها، ويضم فريق الإدارة فيها عضواً واحداً على الأقل من أفراد العائلة المالكة للشركة". ذلك أن مفهوم الشركة العائلية غير قاصر على مشاركة العنصر الوطني، فهذا الفهم يعد فهماً محدوداً ولا يعطي التعريف الدقيق لمفهوم الشركة العائلية. فلو بحثنا في الشركات التي لا تقل فيها المساهمة الوطنية عن 51 في المائة لنجدها تصل إلى مستويات مرتفعة جداً بالمقارنة لأشكال الشركات الأخرى والتي قد تقتصر فقط على المشاريع ذات الطابع المهني ذات الملكية المنفردة (487).

ونجد أن أغلب المستثمرين الأجانب ولغرض أن يمارسوا الأنشطة التجارية في الدولة يكونون ملزمين - طبقاً لمتطلبات قانون الشركات والأنظمة ذات الصلة - أن يوافقوا على دخول شركاء من المواطنين الإماراتيين في صيغة مشاركة أو مساهمة صورية غير حقيقية، لغرض الحصول على الموافقات اللازمة لترخيص مشاريعهم، ويقوم المستثمر الأجنبي بالمقابل بالحصول على إقرار من قبل الشريك المواطن تدعى

(486) مجموعة البنك الدولي، مؤسسة التمويل الدولية (2018)، دليل مؤسسة التمويل الدولية لحوكمة الشركات العائلية، نقلاً من: صندوق النقد العربي، مبادئ التعامل مع الشركات العائلية ذات الأهمية النظامية، أبوظبي، الإمارات، سبتمبر 2020م، ص 2.
(487) انظر في هذا الاتجاه: د. بلعيد رتاب و طارق أبو فخر و مارييتا مورادا، الشركات العائلية في دبي: تعريفها، بنيتها، وأدائها، ورقة عمل، غرفة تجارة وصناعة دبي، إدارة البيانات والأبحاث الاقتصادية، 2005م، www.dubaichamber.ae، ص 2.

"ورقة الضد" يقرر فيها هذا الشريك بأنه لا يملك فعلياً أي حصة في رأس مال الشركة وأن مساهمته فيها لأغراض الترخيص فقط. وبذلك فيكون المستثمر الأجنبي فعلياً هو المالك الفعلي لرأس المال في الشركة، فضلاً عن هيمنته الكلية على الإدارة والتصرف في الشركة. وعليه فلا يمكن قياس الشركات العائلية بعنصر المساهمة الوطنية في رأسمالها، لأن هذه المساهمة - في أغلبها - لا تعبر عن واقع الحال.

المطلب الثاني: دور الشركات القابضة في إدارة الملكية وريادة الأعمال العائلية

قد تمتلك الشركة العائلية - عندما تكون في شكل شركة قابضة سواء أكانت في إطار شركة مساهمة خاصة أم شركة ذات مسؤولية محدودة - أموالاً تعود إلى أعضاء العائلة الواحدة من شركات أو مؤسسات أو أصول أو أموال منقولة أو غير منقولة أو غير ذلك من الحقوق، وتدير تلك الأموال لصالح العائلة المالكة لهذه الأموال.

وقد نظم المشرع الإماراتي أحكام الشركة القابضة ضمن مواد القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015م بشأن الشركات التجارية، حيث عرّف المقصود بالشركة القابضة بأنها: "شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة تقوم بتأسيس شركات تابعة لها داخل الدولة وخارجها أو السيطرة على شركات قائمة وذلك من خلال تملك حصص أو أسهم تخولها التحكم بإدارة الشركة والتأثير في قراراتها"(488).

ومن جانبه عرّف الفقه الغربي "الإنجلو أمريكي" الشركة القابضة بأنها: "الشركة التي تملك السيطرة على شركة أخرى نتيجة لتملكها أسهماً في رأسمالها". غير أن هذا التعريف استوجب عنصر "التملك" فقط لاعتبار شركة ما من قبيل الشركات القابضة، دون اشتراط ممارسة الشركة القابضة سيطرة فعلية على شركاتها التابعة(489).

(488) المادة (1/266) من قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015م.
(489) محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة في مشروع قانون الشركات الأردني والقانون المقارن، ط1، عمان، الأردن، ص 11.

وقد نص المشرع الإماراتي في القانون ذاته على الحالات التي تعتبر فيها

الشركة تابعة لشركة قابضة، حيث نص على ما يلي(490):

"1- تعتبر الشركة تابعة لشركة قابضة في أي من الحالات الآتية:

أ- إذا كانت الشركة القابضة تملك حصصاً حاكمية ومسيطرة في رأس مالها وتسيطر على تشكيل مجلس إدارتها.

ب- إذا كانت الشركة تتبع شركة تابعة.

2- لا يجوز لشركة تابعة أن تكون مساهماً في الشركة القابضة لها، ويقع باطلاً كل تخصيص أو تحويل لأية أسهم في الشركة القابضة لإحدى شركاتها التابعة.

3- إذا أصبحت الشركة التي تملك أسهماً أو حصصاً في شركة قابضة شركة تابعة للأخيرة فإن هذه الشركة تستمر مساهماً في الشركة القابضة مع مراعاة ما يلي:

أ- حرمان الشركة التابعة من التصويت في اجتماعات مجلس إدارة الشركة القابضة أو في اجتماعات جمعيتها العمومية.

ب- التزام الشركة التابعة بالتصرف في أسهمها في الشركة القابضة خلال (12) اثني عشر شهراً من تاريخ تملك الشركة القابضة للشركة التابعة".

ويحقق نظام الشركات القابضة عدداً من المزايا المتمثلة بما يلي(491):

أولاً: حيث تمارس الشركة القابضة أنشطتها الاستثمارية عن طريق الشركات التابعة لها، وتحقيق فوائد استثمارية كبيرة دون أن تعرض نفسها لمخاطر الاستثمار وما قد يؤثر على سمعتها المالية والتجارية.

(490) المادة (269) من قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015م.
(491) د. شريف محمد غنام و د. صالح راشد الحمراي، شرح قانون الشركات التجارية رقم 2 لسنة 2015، ط 1، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2016م، ص 42-43.

ثانياً: ولا يكلف تأسيس مجموعة تضم شركة قابضة وشركات تابعة مصاريف ونفقات كبيرة بالمقارنة بالمصاريف التي تترتب نتيجة الاندماج أو نظام الاشتراك في الإدارة.

ثالثاً: وتضع الشركة القابضة السياسة العامة للمجموعة تاركة لمجلس إدارة كل شركة تابعة حرية العمل في إطار هذه السياسة، بالرغم من أنها تعتبر في بعض الأحيان مدير ظل للشركة التابعة بالشكل الذي تتحكم فيه بقرارات مجلس الإدارة في الخفاء.

رابعاً: ومن فوائد الشركة القابضة ما يتمثل في تفادي بعض العقوبات القانونية، حيث نص المشرع على هذه الميزة في بعض الأنظمة كالاندماج أو الاستحواذ على أسهم أو حقوق انتفاع شركة أخرى، بحيث أوجب فيهما بشأن تنظيم المنافسة أن تخطر وزارة الاقتصاد في حال كانت تلك العمليات تجاوز الحصة السوقية التي يحددها مجلس الوزراء.

وتتمثل الأغراض التي تسعى إلى تحقيقها الشركة القابضة - والتي وردت في قانون الشركات التجارية الاتحادي على سبل الحصر - بما يأتي(492):

أولاً: تملك أسهم أو حصص في الشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

ثانياً: تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها.

ثالثاً: تملك العقارات والمنقولات اللازمة لمباشرة نشاطها.

رابعاً: إدارة الشركات التابعة لها.

خامساً: تملك حقوق الملكية الفكرية من براءات اختراع أو علامات تجارية أو رسوم ونماذج صناعية أو حقوق امتياز وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لشركات أخرى.

وفي جميع الأحوال، لا يجوز للشركات القابضة أن تمارس أنشطتها إلا من خلال شركاتها التابعة.

ولا تعتبر الشركة القابضة والتابعة أشكالاً قانونية جديدة؛ ولكنها مجرد نظام لتجميع رؤوس الأموال وتوحيد أو تكامل الأنشطة التجارية فقط في منطقة جغرافية معينة. كما أن هناك استقلالاً قانونياً بين الشركات التابعة والشركة القابضة من حيث مؤسسيها وإدارتها وجنسياتها وموطنها وذمتها المالية المستقلة، حيث تتمتع كل شركة من هذه الشركات التابعة بشخصية اعتبارية مستقلة عن الشركة القابضة. إلا أنه على الرغم من الاستقلال القانوني للشركات التابعة عن الشركة القابضة، غير أن هذه الشركات تخضع اقتصادياً وإدارياً لسيطرة الشركة القابضة، وينتج عن هذه التبعية الاقتصادية ارتباط هذه الشركات ببعضها وبالشركة القابضة باستراتيجية واحدة ترسم خطوطها مجلس إدارة الشركة القابضة. وقد قرر القانون نسبة معينة للسيطرة وهي أغلبية رأس المال المطلقة البالغة 51% من رأس المال الشركة التابعة. ولا تمارس الشركة القابضة بذاتها أنشطة اقتصادية ولكنها تمارسها من خلال الأذرع التي تتبعها وهي الشركات التابعة(493).

ومن المقرر - وعلى ما جرت به أحكام القضاء - أن الشركة القابضة لشركة أو لعدة شركات لها شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركة أو الشركات التابعة لها، كما أن لكل منها شخصيتها الاعتبارية المستقلة عنها لأنه لا يترتب على هذا القبض زوال أي من هذه الشركات في الشركة الأم أو فقد أي منها بشخصيتها الاعتبارية المستقلة، مما مؤداه أن إحداها لا تمثل الأخرى وأن لكل منها التزاماتها المالية المستقلة بحيث تسأل كل منها عن حقوق عمالها وحقوق المتعاملين معها ولا تسأل عن غيرها لأن الشركة أياً كان نوعها - فيما عدا شركات المحاصة - شخصية اعتبارية وذمة مالية عن ذمم الشركات فيها وأنها هي صاحبة الصفة في المقاضاة كمدعية أو كمدعى عليها(494).

وأن السبب الرئيس الذي تتسلح به الشركة القابضة للسيطرة على الشركات التابعة لها يتمثل في حيازتها على نسبة كبيرة من رأس مال تلك الشركات، الأمر الذي

(493) د. شريف محمد غنام و د. صالح راشد الحمراي، مرجع سابق، ص 43-46.
(494) الحكم الصادر عن محكمة التمييز بدبي، في الطعن رقم 2018/214 طعن عمالي، في الجلسة المؤرخة 2019/2/12م، الموقع الإلكتروني لمحاكم دبي <https://www.dc.gov.ae>

يعطيها القوة لممارسة كثير من السلطات منها على سبيل المثال تعيين أعضاء مجلس إدارة الشركة أو الشركات التابعة وعزلهم، بالشكل الذي يتيح لها السيطرة على مجالس إدارات تلك الشركات، وهو ما أضفى عليها وصف المدير، غير أن الشركة القابضة كشخص اعتباري لا تستطيع التعبير عن إرادتها إلا من خلال شخص طبيعي يتولى تمثيلها في الشركات التابعة أو مندوب عنها حيث يعتبر بمثابة وكيل عنها يجري تعيينه من قبل رئيس مجلس إدارة الشركة القابضة أو رئيس مجلس المديرين.

وفي مقابل ذلك تسأل الشركة القابضة عن ديون والتزامات الشركات التابعة لها وفقاً للقواعد العامة في حدود مسؤولية أي شريك عن ديون والتزامات الشركة التي يعتبر شريكاً فيها، بحيث لا تتجاوز تلك المسؤولية مقدار مساهمته في رأس مال الشركة التابعة شركة أموال، أو كانت الشركة القابضة شريكاً محدود المسؤولية. وتحمل الشركة القابضة المسؤولية عن ديون والتزامات الشركة التابعة لها نتيجة إدارة الشركة القابضة للشركة التابعة، إضافة إلى قيام الشركة القابضة بتحويل أرباح الشركة التابعة إلى حساباتها الخاصة، لذلك كان من المنطقي أن تتحقق مسؤولية الشركة القابضة عن ديون والتزامات الشركة التابعة لها.

فيما عدا ما ذكر من أحكام، فإن الشركة القابضة تأخذ الأحكام ذاتها المتعلقة بالشركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة حسبما يكون الشكل القانوني الذي اتخذته الشركة القابضة سواء أكانت شركة مساهمة أم شركة ذات مسؤولية محدودة.

المطلب الثالث: دور مكاتب العائلة في إدارة الملكية وريادة الأعمال العائلية

وقد صدر عن مجلس إدارة سلطة مركز دبي المالي العالمي الإصدار الموحد رقم (2) لسنة 2011م بشأن لوائح مكتب العائلة الواحدة، وذلك ضمن الصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة (140) من قانون الشركات الخاص بمركز دبي المالي العالمي.

وتطبق هذه اللوائح على كل شخص يندرج تحت تعريف مكتب العائلة الواحدة، وعلى الأشخاص الذي يتقدمون بطلب تسجيل شركة أو شراكة للعمل بوصفهم مكتب عائلة واحدة أو شركة إدارة أموال خاصة، وكذلك تطبق هذه اللوائح على مسجل الشركات (495).

وقد ورد تعريف "المنشأة العائلية" في الإصدار الموحد بشأن لوائح مكتب العائلة الواحدة الصادر عن مجلس إدارة سلطة مركز دبي المالي العالمي بأنها: "أي منشأة مثل أي شخص اعتباري أو شراكة تخضع لسيطرة العائلة الواحدة وفقاً للمعنى الوارد في لائحة مكتب العائلة الواحدة رقم (5-4-2) (496).

كما ورد تعريف "الشركة العائلية" في الإصدار الموحد ذاته بأنها: "أي شركة سواء أكانت عبارة عن شخص اعتباري أم شراكة تخضع لسيطرة العائلة الواحدة وفقاً للمعنى الوارد في لائحة مكتب العائلة الواحدة رقم (5-4-2) (497).

ويقصد بمكتب العائلة الواحدة "مركز الاستثمار والإدارة الذي ينظمه مجلس العائلة ويشرف عليه، ويتولى المكتب متابعة الاستثمارات الشخصية لأفراد العائلة والضرائب والتغطية التأمينية وتخطيط الممتلكات والاستشارات المهنية ومجالات أخرى تهم كل أفراد العائلة بشكل خاص ويقوم على إدارة ذلك متخصصون" (498).

وقد تم تعريف مكتب العائلة أيضاً بأنه يشير إلى "شركة استشارية خاصة بإدارة الثروات تدير الثروات الخاصة والاستثمارات والخدمات الانتمائية للأفراد والأسر من أصحاب الثروات، وقد تتضمن هذه الخدمات ما يتعلق بإدارة المنزل وعروض الاستثمار وترتيب التعليم الخاص للأبناء وترتيبات السفر لأفراد العائلة، فضلاً عن العمليات المحاسبية وإدارة الممتلكات والتأمين وكشوف المرتبات والتقاضي

(495) المادة (1/1) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

(496) المادة (3/4/2) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

(497) المادة (4/4/2) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

(498) ميناكشي ريزدان، حوكمة الشركات العائلية، مقال منشور في الموقع الإلكتروني

<http://www.internalauditor.me/ar/article/family-business-governance>

تاريخ الاطلاع 2019/11/15م.

وإدارة الأعمال العائلية والضرائب والرسوم والأنشطة الخيرية، وغير ذلك مما يدخل في إدارة أعمال العائلة وحفظ وإدارة ثرواتها(499).

وتصدى إلى تعريف مكتب العائلة "ميثاق حوكمة الشركات العائلية الخليجية" كونه دليلًا إرشادياً لحوكمة الشركات العائلية، فذكر أنه: "مؤسسة تعمل بشكل منفصل عن الشركة وتحت إدارة مختلفة وقد تضم إدارة المكتب بعض الأعضاء المشاركين في إدارة الشركة. ويمثل هذا الفصل في التمثيل بين المكتب وإدارة الشركة تعزيزاً لخصوصية وسرية الأمور الخاصة بالعائلة، ويضفي صفة رسمية على عملية إدارة الثروة بهدف إنجاز توافق استراتيجي للأنشطة وكفاءة وفاعلية أفضل. والهدف النهائي هو وقاية وصون ثروة العائلة وتنميتها للأجيال الحالية والمستقبلية"(500).

وتساعد هذه الهيئة المتمثلة بمكتب العائلة إلى جنب هيئات أخرى تعنى بالحوكمة العائلية في تعزيز الوئام والعلاقة بين العائلة والشركات التي يساهم فيها أفراد العائلة الواحدة، ويعتمد تحديد نوع الهيئة المطلوب تأسيسها على حجم الشركة ومرحلة التطور التي تمر بها العائلة وعدد أفراد العائلة الموجودين ودرجة اتصال أفراد العائلة بالشركة، وتتمثل الهيئات الأخرى مع مكتب العائلة فيما يأتي(501):

جمعية العائلة : تعد جمعية العائلة منتدى يلتقي أعضاؤه مرة أو مرتين سنوياً لمناقشة المشكلات التي تعاني منها العائلة، وهي مفتوحة لكل أفراد العائلة مع بعض القيود كالحدا الأدنى للسن ومشاركة الأصهار وحقوق التصويت للأعضاء فيها، ويتمثل دور هذه الجمعية في اعتماد رؤية العائلة والقيم والسياسات المتعلقة بالعائلة وانتخاب أعضاء اللجنة وغير ذلك من المسائل الهامة للعائلة.

(499) Financial Advisory,

<https://www.financialadvisory.com/dictionary/term/family-office/>, read in 1/1/2021.

(500) مجلس الشركات العائلية الخليجية، ميثاق حوكمة الشركات العائلية، دبي، الإمارات، قراءة بتاريخ 2021/1/1م، ص 47.

(501) ميناكشي ريزدان، مرجع سابق.

مجلس العائلة : يعد مجلس العائلة هيئة الحوكمة الخاصة بجمعية العائلة، ويتألف المجلس من خمسة إلى تسعة أعضاء تنتخبهم جمعية العائلة، ويعقد هذا المجلس اجتماعاته مرتين إلى ست مرات في السنة، ويتمثل دوره في العمل كحلقة وصل بين أفراد العائلة ومجلس الإدارة والإدارة العليا واقتراح اسم لمرشح المجلس وصياغة سياسات العائلة إلى غير ذلك من المسائل.

بالإضافة إلى هيئات عائلية أخرى وفقاً لحجم الشركة والحاجة إليها، حيث يمكن تشكيل لجان للتعليم واسترداد الأسهم والتخطيط المهني ولم شمل العائلة والترفيه وغير ذلك من الأنشطة.

وتؤدي مكاتب العائلة عدد من الوظائف الأساسية للملكية العائلية، حيث يتم من خلالها إدارة الأعمال لأموال العائلة الداخلة في هذه الملكية، سواء بشراء أو بيع الأملاك أو إدارة الأصول المادية كالعقارات والشركات المملوكة للعائلة وغيرها من الأموال سواء أكانت أموالاً منقولة أم غير منقولة، بالإضافة إلى قيام مكاتب العائلة بدور الحافظ لسجلات ملكية وأموال العائلة، ومثال على ذلك القوائم المالية والسجلات الخاصة بحسابات ثروة العائلة ومصرفاتها والتخطيط الضريبي والفواتير، كما أن لمكاتب العائلة دور في الإدارة العائلية من خلال حوكمة العائلة، وإدارة التعليم للأجيال الشبابة في العائلة، بالإضافة إلى إدارة العمل الخيري وتخطيط نقل الثروة بين الأجيال في العائلة، كما تؤدي مكاتب العائلة وظائف أخرى تتصل بالاستثمار عن طريق وضع سياسات الاستثمار وتوزيع وتخصيص الأصول الاستثمارية والمراقبة والمتابعة للاستثمارات الخاصة بالعائلة(502).

ويقصد بمفهوم "السيطرة" طبقاً للإصدار الموحد للوائح مكتب العائلة الواحدة بأنه: "إذا قام أي من المذكورين أدناه - منفردين أو مجتمعين - بالسيطرة على 75%

(502) ميريل لينش وكابجيميني، ترجمة: علا أحمد إصلاح، الثروة "كيف ينمي أغنياء العالم ثرواتهم ويحافظون عليها ويديرونها"، مجموعة النيل العربية، برعاية مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم، ص 160.

على الأقل من حقوق التصويت أو بالسيطرة بشكل مباشر أو غير مباشر على شؤون المنشأة أو الشركة العائلية (مع تمتعهم بحق تعيين أو عزل ما يعادل 75% من مجلس الإدارة أو مديري المنشأة المعنية) (503):

(أ) واحد أو أكثر من أفراد العائلة.

(ب) واحد أو أكثر من الهياكل الانتمائية للعائلة.

(ج) منشأة عائلية واحدة أو أكثر.

(د) مجموعة من أي منهم.

وتنحصر الخدمات التي يقدمها مكتب العائلة الواحدة المرخص ضمن سلطة مركز دبي المالي العالمي بالخدمات لعائلة واحدة فقط (504).

ويجب أن يتم تعيين ممثل مفوض لمكتب العائلة الواحدة وتقديم اسمه إلى المسجل قبل تعبئة النموذج الخاص بتسجيل مكتب العائلة الواحدة، على يكون الممثل المفوض مقيماً في دولة الإمارات العربية المتحدة، نظراً لكونه يُعد نقطة التواصل بين المسجل ومكتب العائلة الواحدة (505).

وتكون للممثل المفوض داخل مكتب العائلة الواحدة الصفة الكافية حتى تمكنه من التصرف وفقاً لسلطاته وصلاحياته الخاصة، والوصول بشكل مباشر إلى الإدارة العليا لمكتب العائلة الواحدة، والوصول إلى الموارد الكافية للوفاء بالتزامات المكتب، والوصول دون قيد إلى معلومات مكتب العائلة الواحدة المتعلقة بعملائه (506)، بالإضافة إلى تقديم التقارير السنوية المتعلقة بمكتب العائلة الواحدة (507)، فضلاً عن ضمان مكتب العائلة في الحصول على السجلات المناسبة وحفظها لإثبات حقيقة أن

(503) المادة (2-4-5) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

(504) المادة (3/1/1) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

(505) المادة (3/2) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

(506) المادة (3/2/و) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

(507) المادة (3/3) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

مكتب العائلة الواحدة يقدم الخدمات فقط لعائلة واحدة، والرد الفوري على أي طلب للحصول على معلومات مقدمة من الهيئات المختصة في الدولة أو من المسجل (508).

المطلب الرابع: القواعد المنظمة لحوكمة العائلة وإدارة ثرواتها

يجب التأكيد على أن المشروع والعائلة كيانان مختلفان كل الاختلاف، وفي معظم الحالات هناك تداخل بينهما مما يؤدي إلى ما هو أكثر من الثمار التي يجنيها رائد الأعمال، وأفضل طريقة ليكون عادلاً ومسؤولاً تجاه كل من عائلته وعمله هو أن يحافظ على التمييز بين هذين الكيانين قدر المستطاع، ولذلك من الضروري أن يدير رائد الأعمال أعماله باعتبارها مؤسسة أعمال وأن يدير شؤون عائلته باعتبارها أسرة وكيانا اجتماعيا، وبلا شك سيكون هو الرابع في كلتا الحالتين، وإذا كان أحد الأبناء أو أفراد العائلة هو الخليفة المحتمل فعندها يتأكد بأن هذا الوضع التفضيلي له ينتهي بمجرد مغادرة رائد الأعمال للمؤسسة أو الشركة، وإنه لأمر جيد أن يعبر عن اهتمامه وحرصه على المشاعر، ومع ذلك عادة ما يتخذ رواد الأعمال قرارات غير سليمة فيما يتعلق بمن يخلفهم بسبب خوفهم ألا يكونوا عادلين ومراعاتهم لمشاعر عائلاتهم.

وقد ركزت تقارير صادرة عن جهات مختصة تُعنى بشؤون الشركات العائلية، إلى أن أبرز تحدي يواجه الشركات العائلية هو ما يتعلق بجانب الحوكمة، فعلى سبيل المثال نجد أن تقرير "Deloitte 2018" قد بيّن أن أبرز التحديات التي تواجه الشركات العائلية هي التحديات الداخلية وليست الخارجية، حيث إن تغير العلاقات الأسرية، وتعاقب القيادة، يعتبران من أهم التحديات التي ترافق نشاط الشركة في الأسواق. كما بيّن التقرير ذاته، بأن الشركات العائلية تتبع مجموعة أساليب متنوعة في الحوكمة، كاستخدام المنتديات والتجمعات العائلية، ومجالس الأسرة. كذلك أكد التقرير على أن أحد أولويات الشركة العائلية، تكوين الجيل القادم من القادة للحفاظ على استمرارية الأعمال والهوية العائلية، حيث إن إعداد الجيل القادم ومساعدتهم على فهم العمل،

(508) المادة (1/4) من لوائح مكتب العائلة الواحدة، مركز دبي المالي العالمي.

يجعلهم مؤهلين لتولي القيادة والانتقال بين الأجيال وتقليل التحديات والخلافات غير المتوقعة(509).

وبما أن رائد الأعمال هو صاحب مشروع اقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح فعليه أن يقوم بما يصب في مصلحة مشروعه، فمثلاً فيما يتعلق بأفراد العائلة الذين لا يرغبون بالانخراط بالعمل في هذا المشروع، فيجب أن لا يشكّلوا عبئاً على المشروع، فعادة ما يحاول أصحاب المشروع غير الفاعلين الحصول على المال بينما تكون معلوماتهم وخبراتهم قليلة عن الاحتياجات التشغيلية للمشروع، وفي هذه الحالة، فمن الأفضل أن يرث هؤلاء الأفراد غير الفاعلين ممتلكات أخرى، مثل: وثائق تأمين على الحياة أو أملاك عقارية، أو أسهم في شركات مساهمة وبالطريقة ذاتها، يلحق عدد من أصحاب الأعمال الضرر بمشروعاتهم عندما يحاولون أن يكونوا "عادلين" كلياً وذلك بإعطاء جميع أبنائهم حصصاً "متساوية" في المشروع، والواضح أن هذا ليس من العدل بالنسبة للأبناء الذين يعملون بجد ويتحملون أعباء الدور الأكبر والفعال في المشروع، وهنا يجب الفهم بأن حل هذه المشاكل يكمن في أمرين:

الأول: اتباع الممارسات المعروفة التي تملئها السوق والتي تبرر إعطاء أكبر مكافأة في هذه الحالة للأشخاص الأكثر إنتاجية وفاعلية.

الثاني: تجنب إيذاء المشاعر والتسبب بالمعاناة بين أفراد العائلة الواحدة من خلال مناقشة جميع القضايا في مرحلة مبكرة جداً والتواصل الجيد والتأكد من إدراك الجميع للأسس التي يقوم عليها اتخاذ القرارات سواءً في المشروع بشكل خاص أو الملكية العائلية بشكل عام.

ويلاحظ في أغلب الأحيان أن الكثير من الشركات العائلية تمتلك مقومات كثيرة للنجاح من حيث جودة المنتجات وشبكة الاتصالات والقدرة التنافسية في السوق، غير أن هناك عوامل أخرى تبرز مثل ثقافة هذه الشركات والأولويات العائلية التي قد تحدد

(509) صندوق النقد العربي، مبادئ التعامل مع الشركات العائلية ذات الأهمية النظامية، مرجع سابق، ص 2-3.

من قدرتها على النمو والتطور، وهذا بدوره يسلب الضوء على مسألة شائكة تعاني منها الشركات العائلية ألا وهي غياب أنظمة عائلية تؤمن لها الاستمرارية وتجنب المنازعات بصورة متسلسلة ومتفق عليها من جميع الأطراف، ومن هنا تبرز أهمية وضع ميثاق أو دستور عائلي يتضمن مجموعة من المبادئ والقواعد الحاكمة والمؤسسة للعلاقات بين أفراد العائلة، كالتخطيط لانتقال السلطة من جيل إلى جيل في العائلة، والقواعد والضوابط المنظمة لالتحاق أعضاء العائلة بشركاتها، والقواعد المنظمة للملكية ولل علاقة بين العائلة والشركة، وغير ذلك من الأمور، ووفقاً لهذه القواعد والضوابط يجب أن تسير الشركة العائلية وتهتدي بها وتصبح هي الآلية التي تضبط وتوجه سلوك وتصرفات أفراد العائلة فيما يخص أدوارهم في الشركة العائلية(510).

وينصح الخبراء المهتمون بتطوير دستور العائلة على العديد من المراحل وذلك لضمان التخطيط السليم والتنسيق بين جميع المراحل والخطوات ووضع الميثاق لكي يتم في النهاية وضع كافة أفراد العائلة والإدارة في إطار رؤية استراتيجية موحدة، تصب في النتيجة النهائية إلى تحقيق الأهداف المبتغاة من خلال خطة استراتيجية قادرة على زيادة القدرة الاقتصادية للشركة في أعلى مستوياتها على المدى الطويل. حيث تبدأ المرحلة الأولى في وضع ميثاق للعائلة بتشجيع أفراد العائلة على عقد جلسات حوار ونقاش فيما بينها لاستكشاف فلسفتها وقيمها الجوهرية الموحدة في مجال الأعمال. والخطوة التالية في المرحلة الأولى هي ربط فلسفة العائلة الموحدة التي تم الاتفاق عليها بفلسفة واستراتيجيات الأعمال للشركة ومن ثم العمل على تجسيد رؤية وفلسفة العائلة من خلال استراتيجيات وبرامج عمل الشركة العائلية، وتتضمن هذه الخطوة أيضاً المراجعة المتأنية للانسجام بين رؤية العائلة ورؤية الشركة بحيث يتحقق في النهاية انبثاق رؤية مستقبلية مشتركة مكتوبة تعكس الآراء والأهداف المشتركة للمالكين والإدارة. وفي المرحلة الثانية تقوم العائلة بتطوير ما يسمى الآليات المناسبة التي تعمل

(510) خالد محمد كانو (رئيس الجمعية البحرينية للشركات العائلية)، "الميثاق العائلي ماذا يعني وكيف يصاغ"، مقال منشور في جريدة الخليج البحرينية، العدد رقم 13807، صادر بتاريخ 2016/01/11م، النماة، البحرين، www.akhbar-alkhaleej.com. تاريخ الاطلاع 2019/8/15م.

على تحقيق رؤيتها العائلية في حين تطور إدارة الشركة الخطط والبرامج التي تنفذ استراتيجيات الأعمال فيما يخص العائلة. أما الخطوة الأخيرة في عملية التخطيط لوضع ميثاق العائلة وقبل الموافقة النهائية عليه من قبل ملاك الشركة العائلية هي محاولة التعرف على أفضل الطرق والبرامج لنجاح رؤية العائلة ورؤية الشركة معاً، وبعد التحقق من ذلك يقوم ملاك العائلة بالمراجعة النهائية لبنود ميثاق العائلة ثم الموافقة عليه أو طلب تعديله وفقاً لما تبين خلال المراحل الثلاثة من عملية التخطيط(511).

ويعتمد نجاح المشاريع التي تمتلكها العائلة على عدد من الصفات التي تركز على تكاتف أفرادها، واحترام بعضهم البعض، والتواصل المستمر فيما بينهم، وحرصهم على التلاقي والاجتماع للتباحث في شؤون العائلة، وقدرتهم على التعامل مع التحديات والمشاكل التي تواجه كيان العائلة.

ولابد لتلافي أي خلاف قد يحصل بين أفراد العائلة الواحدة وتأثير ذلك على الشركة المملوكة من العائلة، أن يوضع دستور للعائلة في فترات استقرار أوضاع العائلة وظروفها العامة والخاصة، وقبل وقوع أية مشاكل عائلية أو خلافات بين أعضائها قد يكون لها تأثير على كيان الشركة العائلية، وذلك لغرض التعامل في المستقبل ووضع الحلول المناسبة في حال حدوث أية مشاكل أو خلافات قد تقع بين أعضاء العائلة فيما له صلة بالملكية داخل إطار العائلة والحقوق والالتزامات بين أعضاء العائلة وما يتوقعونه، والاستراتيجيات المستقبلية للعائلة في كافة شؤونها. حيث يقصد بدستور أو ميثاق العائلة "مجموعة من الأسس والقواعد والضوابط التي يتم تحديدها وصياغتها بعناية فائقة بمعرفة خبراء متخصصين وبمشاركة الأطراف المعنية ذات العلاقة، ويحظى بقبول واحترام أفراد العائلة ويقسمون على الالتزام به ويتعهدون بتنفيذه ثقة منهم بأهميته لتحقيق رسالة الشركة العائلية وتمكينها من تحقيق الأهداف بجانب رسالة وغايات العائلة ومصالح وأهداف أفرادها سواء كانت أهداف اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية"(512).

(511) خالد محمد كاتو، المرجع السابق.

(512) د. محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات العائلية، ط 1، الدار الجامعية، الإسكندرية،

و ضماناً لحسن تطبيق قواعد الحوكمة في الشركات العائلية، بالإضافة إلى تقرير دستور للعائلة، لا بد من تكوين مجلس للعائلة لغرض إتاحة الفرصة لأفراد العائلة التعرف على حقوقهم وواجباتهم الناتجة عن ملكيتهم وإدارتهم للشركة العائلية، بالإضافة إلى المساعدة على توضيح الحدود الفاصلة بين العائلة والشركة، فضلاً عن توفيره الهيكل الذي يساعد العائلة على خلق رؤية عائلية مشتركة وقواعد للتفاهم المشترك بين أفرادها، وأن تتوفر للمجلس مجموعة من القواعد التي تحكم طريقة قيامه بمهامه، بالشكل الذي تكون فيه تلك القواعد مصممة للتأكد من أن جميع أفراد العائلة مستوعبين طريقة العمل التي ينتهجها مجلس العائلة، وذلك كي يقوم مجلس العائلة بوظائفه وعمله بطريقة سليمة وفعالة (513)، وتلك القواعد هي ما يتضمنها دستور العائلة.

وتتمثل الاختصاصات التي يمارسها مجلس العائلة ودون الإخلال بالاختصاصات المقررة للجمعية العمومية للشركة ومجلس إدارتها، في الاختصاصات الآتية (514):

- 1- مراقبة أداء مجلس الإدارة وإبداء الرأي الاستشاري للجمعية العمومية بما في ذلك.
- 2- إبداء الرأي في المرشحين لعضوية مجلس الإدارة وما لهم من حقوق وامتيازات واقتراح عزلهم أو أي منهم تحقيقاً لمصلحة الشركة.
- 3- مراقبة المصالح المباشرة وغير المباشرة لأعضاء مجلس الإدارة.
- 4- مراقبة مشاركة أعضاء مجلس الإدارة في أي عمل يشكل منافسة للشركة.
- 5- التحقق من عدم إفشاء أعضاء مجلس الإدارة لأسرار الشركة.
- 6- مراقبة التزام أعضاء مجلس الإدارة بأحكام قانون الشركات والقوانين والأنظمة واللوائح .

مصر، 2017م، ص 57 - 58.

(513) د. محمد مصطفى سليمان، المرجع السابق، ص 114 - 116.

(514) د. محمد مصطفى سليمان، المرجع السابق، ص 123-126.

- 7- مراقبة المكافآت والمزايا المالية التي تصرف لأعضاء مجلس الإدارة.
- 8- التأكد من تكوين احتياطات للشركة واستخدامها وفقاً للقانون.
- 9- الطلب من مجلس الإدارة تزويده بنسخة من محاضر اجتماعاته وأية وثائق أخرى.
- 10- دراسة وتدقيق الميزانية العمومية للشركة وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مجلس الإدارة والمركز المالي للشركة واقتراحاته بشأن توزيع الأرباح الصافية.
- 11- إبداء ما تراه الجمعية العمومية حيال تعيين مراقبي الحسابات وتحديد مكافآتهم وإعادة تعيينهم وعزلهم وما يرد في تقاريرهم والمخالفات والأخطاء التي تقع منهم.
- 12- إبداء ما يراه للجمعية العمومية بشأن زيادة أو تخفيض رأس مال الشركة أو تقرير استمرارها أو حلها قبل الأجل المحدد أو إدماجها أو تحولها.
- 13- اقتراح تعديل النظام الأساسي للشركة.
- 14- السعي لتسوية أي خلافات تنشأ بين أعضاء العائلة ما يكون له الأثر على أعمال الشركة، والعمل على تحديد مسببات الخلاف والطريقة المثلى لحله وفيما إذا تطلب الأمر تشكيل هيئة توفيقية محايدة للتوصل إلى حل الخلاف أو إلى اللجوء إلى الطريق الذي ينص عليه دستور العائلة في مثل هذه الحالات كاللجوء إلى التحكيم أو التوفيق.
- 15- بذل ما يلزم لتهيئة أجيال جديدة من العائلة علمياً ومهنيّاً لتولي أعمال الرقابة على أداء الشركة أو المشاركة في إدارتها والعمل فيها.
- 16- أي اختصاصات أخرى تسند إلى مجلس العائلة من قبل العائلة أو الجمعية العمومية للشركة، ولمجلس العائلة بمناسبة قيامه بمهامه واختصاصاته أن يشكل لجاناً متخصصة من بين أعضائه بشأن تولي بعض اختصاصاته ومهامه.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

1- حسناً فعل المشرع الإماراتي بتعريفه في القانون رقم (9) لسنة 2020 "الملكية العائلية" ضمن المادة الثانية من القانون وتحديد مفهومها وما تشمله من أموال وما استثنائها منه وذلك في المادة الرابعة منه، حسماً لأي جدل فقهي قد يحصل في بيان مدلول هذا المفهوم القديم النشأة المتجدد وفق رؤية جديدة لتوظيف هذا الشكل من الملكية في التنمية المستدامة.

2- للملكية العائلية – سواء أكانت مملوكة لشخص هو رائد الأعمال أم لورثته بعد وفاته – أهمية بارزة من الناحية الاجتماعية والأسرية من جهة ومن الناحية الاقتصادية من جهة أخرى كونها لها أهداف وتسعى إلى غايات تعمل على تماسك الأسرة وتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية.

3- بالإمكان إنشاء الملكية العائلية وإدارتها عن طريق وسائل وأدوات متعددة، فقد يكون ذلك من خلال شركة قابضة تدير المؤسسات والشركات والأموال والثروات المملوكة للعائلة، أو عن طريق عقد اتفاق بين أفراد العائلة الواحدة لإنشاء هذه الملكية وإدارتها طبقاً للقواعد المقررة في القانون رقم (9) لسنة 2020م بشأن تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي الصادر بتاريخ 2020/08/13م، أو عن طريق الاستفادة مما تتيحه التشريعات الصادرة عن سلطة مركز دبي المالي العالمي في إنشاء مكاتب العائلة الواحدة.

4- اهتمت دولة الإمارات العربية المتحدة بتنظيم أحكام الملكية العائلية من خلال القواعد الواردة في قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985م وغيره من القوانين الاتحادية كقانون الشركات الاتحادي رقم 2 لسنة 2015م، وقانون العهدة الاتحادي رقم 19 لسنة 2020م، بالإضافة إلى التشريعات الصادرة في نطاق إمارة دبي من خلال القوانين المحلية فضلاً عن التشريعات الصادرة من سلطة مركز دبي المالي العالمي كمنطقة اقتصادية حرة.

5- الجانب المُمَيِّز الذي يُحسب لصالح المشرع الإماراتي وبشكل خاص في التشريعات المحلية لإمارة دبي - والذي يتميز به على التنظيم التشريعي في الدول التي نصت قوانينها المدنية على أحكام الملكية العائلية أو ملكية الأسرة - أن المشرع طرح عدة خيارات لإنشاء وإدارة الملكية العائلية، سواءً في نطاق القوانين الاتحادية، فضلاً عن القوانين المحلية في إمارة دبي، وفي المناطق الحرة كمركز دبي المالي العالمي، بالإضافة إلى الخيارات بشأن الأدوات والحلول القانونية لإنشاء وإدارة الأموال والثروات لهذا النوع من الملكية.

6- لم يتطرق المشرع الإماراتي في قانون الشركات التجارية الحالي رقم 2 لسنة 2015م إلى بيان مفهوم الشركة العائلية ولا تنظيم أحكامها، ويعود ذلك باعتقادنا إلى رغبة المشرع الإماراتي في عدم تقييد الشركات العائلية في حدود أو أجيال معينة، ولكي يتلاءم الوضع الحالي مع ما يصدره المشرع في نطاق التشريعات الاتحادية والمحلية على السواء بشأن الملكية العائلية.

7- باعتقاد الباحث أن الاستثناء الوارد في المادة (4) من القانون رقم (9) لسنة 2020 بشأن الملكية العائلية في إمارة دبي القاضي بعدم شمول الأسهم والحصص في الشركات المساهمة العامة ضمن أموال الملكية العائلية له ما يبرره في رغبة المشرع إلى حماية العائلة وثرواتها مما تمثله طبيعة الشركات المساهمة العامة في انفتاحها على أعداد كبيرة من المساهمين الأغيار وما في ذلك من تأثير على الخصوصية التي تمثله الملكية العائلية.

ثانياً: التوصيات:

1- ترسيخ قواعد الحوكمة الرشيدة في نطاق العائلة وما تملكه من مقومات الثروة والتي تمثل الشركات أحد أهم عناصرها وإدارة ثرواتها.

2- تأكيد وترسيخ قواعد الفصل بين الملكية والإدارة في الشركات العائلية، وتطبيق قواعد الحوكمة الرشيدة في نطاق كل من الشركات العائلية والعائلة أو الأسرة.

3- ضرورة إيجاد تفاعل بناء بين الملكية العائدة للعائلة الواحدة والشركة العائلية المملوكة من العائلة.

4- ضرورة تطوير مهارات جيل جديد من القياديين ضمن العائلة المالكة للثروات يتميزون بخصائص القيادة والكفاءة والرؤية الاستراتيجية، يمتلكون القيم وثقافة التطور بما يتلاءم مع المتغيرات والمستجدات العالمية المعاصرة.

5- ضرورة استفادة المشرعين في الدول العربية من الواقع التشريعي في دولة الإمارات العربية المتحدة في مجال تقنين أحكام الملكية العائلية، وتنميتها واستثمارها في مشاريع ريادة الأعمال، واستشراف المستقبل لأغراض التنمية ودعم الاستثمار.

6- بالرغم من مغزى المشرع الإماراتي في عدم تصديه لتعريف "الشركة العائلية"، غير أنه كان عليه أن يتناولها بالتعريف وتحديد المفاهيم المتعلقة بها، خاصة وأن للشركات العائلية دور كبير وفاعل في الاقتصاد الوطني.

المراجع

أولاً: الكتب:

- 1- إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ط 2، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1966.
- 2- أنور طلبية، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2004.
- 3- بسام مجيد سليمان العباي، ملكية الأسرة - دراسة مقارنة، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008م.
- 4- حسام الدين الأهواني، مقدمة في القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 1972.
- 5- شريف محمد غنام و صالح راشد الحمراي، شرح قانون الشركات التجارية رقم 2 لسنة 2015، ط 1، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2016م.
- 6- د. عباس مبروك الغزيري، تاريخ القانون المصري - القانون الفرعوني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
- 7- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 8- محمد حسين إسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة في مشروع قانون الشركات الأردني والقانون المقارن، ط 1، عمان، الأردن.
- 9- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1999م.
- 10- محمد مصطفى سليمان، حوكمة الشركات العائلية، ط 1، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2017م.

ثانياً: البحوث وأوراق العمل والمقالات

- 11- أكرم محمود حسين و بسام مجيد سليمان، إدارة ملكية الأسرة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 10، العدد 36، 2008م.
- 12- بلعيد رتاب و طارق أبو فخر و مارييتا موراد، الشركات العائلية في دبي: تعريفها، بنيتها، وأدائها، ورقة عمل، غرفة تجارة وصناعة دبي، إدارة البيانات والأبحاث الاقتصادية، 2005م، www.dubaichamber.ae.
- 13- حمزة الفسيكي، الشركات العائلية ودورها في المجتمعات الجماعية، بحث منشور في مجلة ثروات، العدد 18، يونيو، 2013، تاريخ الاطلاع 2021/2/26م، www.tharawat-magazine.com.
- 14- خالد محمد كانو، "الميثاق العائلي ماذا يعني وكيف يصاغ"، مقال منشور في جريدة الخليج البحرينية، العدد رقم 13807 الصادر بتاريخ 2016/01/11م، المنامة، البحرين، www.akhbar-alkhaleej.com. تاريخ الاطلاع 2019/8/15م.
- 15- ميناكشي ريزدان، حوكمة الشركات العائلية، مقال منشور في الموقع الالكتروني <http://www.internalauditor.me/ar/article/family-business-governance>. تاريخ الاطلاع 2019/08/15م.
- 16- ميريل لينش وكابجيميني، ترجمة: علا أحمد إصلاح، الثروة "كيف ينمي أغنياء العالم ثرواتهم ويحافظون عليها ويديرونها"، مجموعة النيل العربية، برعاية مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم.
- 17- سعيد سليمان العقيد و حسن محمد الرفاعي، الاستثمار الوقفي في التطبيق المعاصر.. وقف متابعي الخط المباشر بإمارة الشارقة.. نموذجاً بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 15، العدد 2، جامعة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر، 2018م.

18- وجدي راغب، نظرية القضاء الوقتي في قانون المرافعات، دروس لقسم الدكتوراه، جامعة عين شمس، 1972-1973، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة عشر، 1973م.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

19- مريم عواد حمد الغويري، إدارة ملكية الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الأردن، 2013م.

20- فدوى ارشيد علي العلاوين، الوقف الذري وتطبيقاته المعاصرة "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان الأردن، 2011م.

رابعاً: القوانين

21- قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م، دولة الإمارات العربية المتحدة، نسخة الكترونية صادرة عن معهد دبي القضائي، الإصدار الأول، 2020م.

22- قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم (2) لسنة 2015م، دولة الإمارات العربية المتحدة، نسخة الكترونية صادرة عن معهد دبي القضائي، الإصدار الأول، 2020م.

23- القانون رقم (9) لسنة 2020م بشأن تنظيم الملكية العائلية في إمارة دبي، الجريدة الرسمية لحكومة دبي، السنة 54، العدد 483، 2020/8/19م، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.

24- القانون الاتحادي رقم (19) لسنة 2020م بشأن العهد الصادر بتاريخ 2020/09/27م وتم العمل به في اليوم التالي لنشره ضمن ملحق العدد 687 من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2020/09/30م.

25- قانون المؤسسات رقم 3 لسنة 2018 ، صادر عن سلطة مركز دبي المالي العالمي.

26- قانون العهد رقم 4 لسنة 2018 ، صادر عن سلطة مركز دبي المالي العالمي.

27- لوائح مكتب العائلة الواحدة ، صادرة عن سلطة مركز دبي المالي العالمي.

خامساً: مراجع متفرقة:

28- المعجم الوسيط، ط 4 ، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة ، مصر ، 2004م.

29- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت ، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 26 دولة الكويت، 1983م، ص 41؛ مجمع اللغة العربية بالقاهرة،

30- مجموعة من المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز بدبي، الموقع الالكتروني لمحاكم دبي <https://www.dc.gov.ae>

31- مجلس الشركات العائلية الخليجية، ميثاق حوكمة الشركات العائلية، دبي، الإمارات، قراءة بتاريخ 2021/1/1م.

32- صندوق النقد العربي، مبادئ التعامل مع الشركات العائلية ذات الأهمية النظامية، أبوظبي، الإمارات، سبتمبر 2020م.

33- Financial Advisory,

<https://www.financialadvisory.com/dictionary/term/family-office/>,
read in 1/1/2021.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني (رسالة في مناهج التفسير)

للعامة المحقق

أبي عبد الله ولي الدين محمد بن أحمد بن إبراهيم العثماني الديباجي
الشافعي، المعروف بالملوي أو بابن المنفلوطي أبو خطيب ملوي (713
- 774 هـ)

دراسة وتحقيق

الدكتور طه محمد فارس

أستاذ التفسير ومناهج المفسرين المساعد

ملخص البحث

رسالة (تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني) لولي الدين الملوحي، يتكلم فيها عن المنهج الأمثل للتعامل مع كتاب الله تعالى تفسيراً وتدبراً وتفهماً، وقد فرّق فيها بين التدبر والتفهم، ويبيّن بأنّ سبيل الوصول إلى التدبر هو العلوم الكسبيّة، وأمّا التفهم فسبيل الوصول إليه علوم الوراثة الوهيّة، وأنّه لا ينحصر، وفيه تتفاوت مراتب المتفهمين لكتاب الله تعالى، وأنّ علماء التفسير في كتبهم إنّما اعتنوا بعلوم معالم التنزيل، ولم يهتموا بجواهر علوم التنزيل التي هي مخّ علوم التنزيل وأبوابها، وأنّ علوم معالم التنزيل هي مرقاة ووسيلة للوصول إلى جواهر علوم التنزيل، ويؤكد على أنّ استيعاب جواهر علوم التنزيل والإحاطة به أمرٌ ميؤوس منه، وأمّا مهمّات التنزيل فتوجد على أحسن الوجوه وأقربها من واردات القلوب الوهيّة، وأنّ إدراكها يستوجب خصائص لا بدّ أن تتحقّق في المؤهل لذلك، ويؤكد المؤلف على أنّ عمده في الفهم للمهمّات التي ذكرها إنّما هو ما اعتمد عليه أهل القرن الأوّل في عصر التنزيل، وأنّه يعتمد في فهمه للخفّيات والمعضلات ومدلّهات المهمّات على الله تعالى، كما كان يفعل بعض السلف، ويبيّن بأنّ سبب انصراف همّ المفسرين عن الاعتناء بمهمّات التفهم خفاؤه وعدم انحصاره.

Research Summary

The message (explaining the meanings of the meanings to whom to clarify them) invited me to the prince of the pious religion, in which he talks about the optimal method for dealing with the Book of God Almighty as an interpretation, reflection and understanding, and in it he differentiated between contemplation and understanding, and he indicated that the way to reach contemplation is gainful sciences, and the way to reach it is understanding. The sciences of the Wahhabi genetics, and that

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

it is not limited, and in it the ranks of those who understand the Book of God Almighty vary, and that the scholars of interpretation in their books are only interested in the sciences of the landmarks of revelation, and they are not interested in the gems of the revelation sciences which are the brain of the revelation sciences and its core, and that the sciences of the landmarks of revelation are a promotion and a means to reach the gems of science The revelation, and it is emphasized that understanding the jewels of the sciences of revelation and surrounding it is hopeless, and as for the tasks of revelation, they are found in the best and closest to the imports of the Wahhabi hearts, and that their perception requires characteristics that must be fulfilled in the qualification for that, and the author affirms that his mayor in understanding the tasks he mentioned Rather, it is what the people of the first century relied on in the era of revelation, and that it relied on its understanding of the hidden things, dilemmas, and their tasks. High, as some of the predecessors used to do, and it is clear that the reason for the exegesis's reluctance to take care of the tasks of understanding is its concealment and not being limited to it.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله ومن والاه، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه، وسلم تسليمًا كثيرًا... وبعد،

فهذه الرسالة التي بين أيدينا هي لعالم مُتَفَتِّن مُحَقِّق مُبَدِّع، ألفها استجابةً لطلب أحد شيوخه، وأراد من خلالها أن يضع منهجاً منضبطاً لفهم كتاب الله تعالى، يستهدي به القاصدون إتيان البيوت من أبوابها، ويسترشد به من يريد نَحْتَ المعاني من معادنها لِيَحْظَى بها. .

وقد سلك في تأليفها مسلكاً مُتَمَيِّزاً، فرتبها على مقدمة تحوي أربع مهمات، ومقاصد تحوي ثلاث مهمات، وهي فصول الكتاب، ثم خاتمة متممة.

وفي المَهْمُ الرَّابِع من مقدمته فرَّق بين التَّدْبِيرِ والتَّفْهَمِ لكتاب الله، وبيَّن بأنَّ التَّدْبِير: هو عِلْمُ الْعِبَارَةِ وما لها من منطوق ومفهوم ومعقول، وفهم مدلول اللفظ صريحاً أو إفصاحاً، وأنه منحصِرٌ مضبوط، وأن سبيل الوصول إليه إنما هو علومُ الدِّراسَةِ الكَسْبِيَّةِ.

وأما التفهم: فهو عِلْمُ الْإِشَارَةِ وإدراك اللوازم والإفهام والإيماء والمتعلقات، ومقاصد المُتَكَلِّم من إيراد كلامه، وأشباه ذلك، وأنه لا ينحصر، وفيه تفاوت مراتب المُتَفَهِّمِينَ لكتاب الله تعالى، وأنَّ طريق الوصول إلى التَّفْهَمِ علومُ الوراثة الوهبيَّة، ولكن لا يمكن أن يحصل التَّفْهَمُ إلَّا لمن مَلَكَ أدوات التَّدْبِيرِ.

وذكر في الفصل الأوَّل من مقاصد كتابه أنَّ الذي بيَّنه علماء التفسير في كتبهم إنما هي علوم معالم التنزيل، التي هي دلائل الفهم ومجال ظهور معانيه، والطَّرُق التي هي مذاهب الأذهان، ممَّا يقرؤه اللسان وتسمعه الأذان ويكتبه البنان.

وأما الفصل الثَّانِي من مقاصد الكتاب فتكلَّم فيه عن جواهر علوم التنزيل، وبيَّن أنَّ شرحها في كُتُب التفسير يَنْدُرُ أو يُفقد، وأنها مُحِّ علوم التنزيل ولُبابها، إلَّا أنَّه أكَّد على

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

أنَّ علوم معالم التنزيل هي مرعاة ووسيلة للوصول إلى جواهر علوم التنزيل، وبابٌ وتمهيد يتوصَّل منه إليه.

وأما الفصل الثالث من مقاصد الكتاب فتحدَّث فيه عن مهمَّات التنزيل، وذكر بأنَّها توجد على أحسن الوجوه وأقربها من واردات القلوب الوهيَّة، ممَّا يدور من كلام حول الظهر والبطن للألفاظ، ثمَّ ذكر خصائص المؤهِّلين لإدراك هذه المهمَّات والواردات، وبيَّن أنَّ عُمده في الفهم إنَّما هو ما اعتمد عليه أهل القرن الأوَّل في عصر التنزيل.

وأما في الخاتمة المُتِمَّة فوضَّح فيها عُذرَ المُفسرين في انصراف همهم عن الاعتناء بتلك المهمَّات التي أشار إليها.

وقد حملني على تحقيق هذه الرسالة والاعتناء بها وإبرازها إلى النور ما حوته من مفاهيم ومعان جديدة في مناهج التفسير، جدرة بالعناية والتأمل، لم أجدها عند غيره، فيما اطلعت عليه.

بل إنَّها تصلح بحقٍّ لأن تكون مفتاحاً لدراسات قرآنية جادَّة مُنضبطة، وأن تُشرح وتُدْرَس للمُختصِّين بالدراسات القرآنية خاصة، والدراسات الإسلامية عامَّة.

وأردت بإخراجها كذلك ردَّ الحقِّ إلى أهله، وتصحيح خطأ نسبته لغير مؤلِّفها، فقد نُسبت هذه الرِّسالة خطأً لأبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي (506 - 562هـ)، وممَّن نسبها إليه: خير الدِّين الزُّركلي في كتابه الأعلام⁽⁵¹⁵⁾، وعادل نويهض في معجم المفسرين⁽⁵¹⁶⁾، ومن قبلهما دارُ الكتب المصرية، وقد تابعهم على هذه النِّسبة بعضُ المكتبات التراثية، كخزانة التراث، ومركز جمعة الماجد للثقافة والتراث بدبي.

وقد اعتمدت في تحقيق هذه الرسالة على نسختين خطيتين، إحداها نسخة نفيسة، عليها تصحيحات المؤلِّف وتعليقاته بخطه، وجعلت دراستي وتحقيقي لهذه الرسالة في مقدِّمة وقسمين وخاتمة للتحقيق، ثمَّ ذكرت مصادر ومراجع الدراسة والتحقيق.

(515) ينظر: الأعلام 4: 55.

(516) ينظر: معجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر 1: 299.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

أمّا قسم الدراسة فجعلتها في مبحثين، تكلمت في المبحث الأول عن ترجمة المؤلّف، وفي المبحث الثاني تكلمت عن كتاب: (تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني)، فتحدّثت عن موضوع الكتاب وترتيب مؤلّفه له، وصحّة نسبته إلى مؤلّفه، وتصويب ما وقع من خطأ في النسبة، ودوافع تأليفه لهذا الكتاب، وبيّنت كذلك منهجي في التحقيق والتعليق، ثم جاء قسم التحقيق، وبعد ذلك خاتمة ذكرت فيها أبرز النتائج والتوصيات. هذا، والله أسأل أن يسدّد أقوالنا، ويصلح أعمالنا، وأن لا يقطعنا عن العلم النافع بقاطع، ولا يمنعنا عنه بمانع، فهو حسبنا ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين.

القسم الأول: الدراسة

المبحث الأول: ترجمة المؤلف (517)

أولاً: اسمه ونسبه وكنيته ولقبه: مُحَمَّد بن أحمد بن إبراهيم بن يوسف بن شرف (518)، القرشي (519) العثمانيّ الديباجيّ (520)، الشّافعي، الدّمشقي ثمّ المصري، أبو عبد الله، وليّ الدّين، المعروف بالملّويّ (521)، والمنفلوطي (522)، أو بابن المنفلوطي، وكان يُعرّف أيضًا بخطيب ملّوي، ثمّ عرّف نفسه بالملّوي (523).

ثانيًا: ولادته ونشأته وأعماله: ولد وليّ الدّين الملّوي بدمشق سنة (713هـ)، ونشأ فيها على خير وديانة وصّلاح (524)، وسمع من جماعة وتفقه بهم، وحَدَّث عنهم، وبرع في فنون العلم، ثمّ توجّه إلى بلاد الرّوم وأخذ عن جماعة من علّمتها وعاد، ثمّ طُلب

(517) ينظر في ترجمته: الوافي بالوفيات للصفدي 2: 120، طبقات الشافعية للسبكي 9: 7، الوفيات لابن رافع 2: 400، البداية والنهاية لابن كثير 14: 156، طبقات الأولياء لابن الملقن (ص: 567)، الذيل على العبر لابن العراقي 2: 350، تعريف ذوي الغلا لمن لم يذكره الذهبي من النبلا للفاسي (ص: 217)، السلوك لمعرفة دول الملوك للمقرئزي 4: 355، طبقات الشافعية لابن قاضي شُهبة 3: 151، الدرر الكامنة لابن حجر 1: 110، إنباء الغمر بأبناء العمر لابن حجر 1: 47، النجوم الزاهرة في أعيان مصر والقاهرة لابن تغري 11: 125، الذيل الثام على دول الإسلام للسخاوي (ص: 260)، نيل الأمل في ذيل الدول لابن أبي الصفاء 2: 44، طبقات المفسرين للداوودي 2: 63، كشف الظنون لحاجي خليفة 1: 64، 2: 1141 - 1143، شذرات الذهب لابن العماد 8: 402، إيضاح المكنون للبغدادي 1: 416، 2: 514، هدية العارفين للبغدادي 2: 166، معجم المؤلفين لكحالة 8: 227، 289، معجم المفسرين لنويهض 2: 483.

(518) في هدية العارفين 2: 166 ذكر اسمه ونسبه فقال: محمد بن جمال الدين أحمد بن عثمان، وما ذكرته هو الأصح الذي اتفقت عليه كلمة علماء التراجم.

(519) ذكر هذه النسبة الفاسي في تعريف ذوي العلا (ص: 217).

(520) العثمانيّ الديباجيّ: نسبة إلى الديباج من ولد عثمان بن عفان رضي الله عنه، وقد تكون نسبة الديباجيّ إلى صناعة الديباج (الحرير). ينظر: الأنساب للسمعاني 5: 435، ولب الباب في تحرير الأنساب للسيوطي ص 110.

(521) نسبة إلى (ملّوي) وهي اليوم إحدى مدن محافظة المنيا بصعيد مصر، قال السخاوي في الضوء اللامع 11: 228: (الملّوي) يفتّح ثمّ بلام مفتوحة مُشدّدة.

(522) نسبة إلى منفلوط، وهي بلدة بالصعيد في غربي النيل، بينها وبين شاطئ النيل بُعد. ينظر: معجم البلدان 5: 214.

(523) ينظر: الدرر الكامنة 5: 33، تعريف ذوي العلا (ص: 217)، نيل الأمل في ذيل الدول 2: 44.

(524) ينظر: المصادر السابقة. قال ابن حجر في الدرر الكامنة 5: 33: «نشأ على قدم صدق في العبادة، والأخذ عن أدب الشيوخ».

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

إلى الديار المصرية أيام الناصر حسن بن محمد بن قلاوون (من ملوك وسلاطين الدولة القلاوونية بمصر والشام ت762هـ) (525)، ودُرِّسَ الفقه بالمدرسة التي أنشأها الناصر حسن، كما دُرِّسَ التفسير بالمنصورية وغيرها، وأفتى ووعظ ودكّر، وحدث وأشغل، وجمع وألف، وانتفع الناس به، ولم يخلف في معناه مثله (526).

ولوالده أبي العباس، جمال الدين (527)، أحمد بن إبراهيم الملوّي (ت730هـ) الفقيه العالم، أفضى القضاة، الصالح المبارك، نزيل دمشق، أثر كبير في تكوين شخصية ولده محمد، فقد أخذ عنه وتفقّه به وبغيره (528).

ثالثاً: أخلاقه ومكانته العلمية: كان وليّ الدين عالماً مُتَفَنِّناً، فاضلاً، صالحاً، خيِّراً، ورعاً، زاهداً، عابداً، عارفاً ربانياً، قليل التَّكَلُّف، كثير الإنصاف ولو على نفسه، خبيراً بدينه ودنياه، متواضعاً، مُطَرِّحاً لنفسه (529)، من أطف الناس وأظرفهم شكلاً (530).

عُرف بالتفسير، والفقه، والأصول، والنحو، والقضاء، والتَّصَوُّف، وكان من أعيان فقهاء الديار المصرية (531)، وكانت له اليد الطولى في الفقه، والأصليين (532)، والتَّصَوُّف، والمنطق (533).

قال وليّ الدين ابن العراقي (أحمد بن عبد الرحيم ت826هـ) (534): «حدث، وتفقّه، واشتغل بالعلوم، وبرع في التفسير، والفقه، والأصول، والتَّصَوُّف، وكان مُتَمَكِّناً من

(525) ينظر: المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي لابن تغري بردي 5: 125.
(526) ينظر: الذيل على العبر لابن العراقي 2: 351، طبقات الشافعية لابن قاضي شُهبة 3: 112، وشذرات الذهب 8: 402.

(527) ذكر ابن الملقن في طبقات الأولياء (ص: 567) أن لقبه شهاب الدين، وليس كما قال.
(528) ينظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي 9: 7، أعيان العصر وأعوان النصر للصفدي 1: 165، طبقات الأولياء لابن الملقن (ص: 567)، الدرر الكامنة 1: 110، الدارس في تاريخ المدارس للنعماني 1: 224.

(529) ينظر: الوافي بالوفيات 2: 120، إنباء الغمر 1: 46، نيل الأمل في ذيل الدول 2: 44.
(530) ينظر: الذيل التام على دول الإسلام للسخاوي (ص: 260).

(531) ينظر: النجوم الزاهرة 11: 125.
(532) أي: أصول الاعتقاد، وأصول الفقه.

(533) ينظر: الوافي بالوفيات 2: 120، إنباء الغمر 1: 46، نيل الأمل في ذيل الدول 2: 44.
(534) أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن، ولي الدين أبو زرعة، العراقي الأصل، المصري، قاضي القضاة (ت826هـ). ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شُهبة 4: 105.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

هذه العلوم، قادرًا على التَّصَرُّفِ فيها، فصيحًا، خُلُوَ العبارة، حَسَنَ الوَعر، بَصْرِيٍّ (535) زمانه، كثيرَ العبادة والتَّأَلُّه، جمع وألَّف، وشَغَلَ وأفَتى، ووَعظ ودكَّر، وانتفع النَّاسُ به، ولم يُخَلِّف في معناه مثله» (536).

وقال الحافظ شهاب الدِّين ابن جِجِّي (أحمد بن جِجِّي ت816هـ) (537): «كان من ألطف النَّاس وأظرفهم شكلاً وهيئة، يجيد التَّدريس وله تآليف بديعة التَّرتيب، وكان يُصَغِّر عَمَّتَه وَيَتَصَوِّف» (538).

وقال تقيُّ الدِّين الفاسي (ت832هـ) عنه: «الإمام العلامة العارف الرَّبَّاني..، دَرَسَ وأفَتى وأفاد، وانتفع النَّاس به في العلم والعمل، وكان ذا جلاله عظيمة عند النَّاس، ولهم فيه حسنُ اعتقاد، وكان الأمير يُلَبِّغُ الخاصكي (539) مُدَبِّرَ الدَّولة بمصر كثيرَ التَّعظيم له، واستدعاه من دمشق إلى القاهرة، فحضر إليها، وكَثُرَ من النَّاس التَّردُّدُ إليه، والتَّعظيمُ له، والأخذُ عنه» (540).

ومن كلامه الرَّشيق لَمَّا سئل: أيُّهما أفضل: الإمام أم المؤدِّن؟

فقال: ليس المُنادي كالمُنَاجي (541).

رابعًا: تَصَوُّفُهُ: اتَّفَقَتْ كلمةُ كلِّ من ترجم لوليِّ الدِّين المَلُوي على تصوِّفه علمًا وسلوكًا، ولم يُعِبْ عليه أحدٌ من ذلك شيئًا، بل كان موضعَ ثناء ومَدح، ومؤلفاته شاهدة بذلك.

إلَّا أنَّ شيخ الإسلام ابن حجر - رحمه الله - مع ثنائه الكبير على المَلُوي في كتابيه إنباء الغمر والدُّرر الكامنة، نجده يقول عنه: «صَنَّفَ عدَّةَ تواليِّف صغار، فيها مُشكلات من تصوُّف الاتحادية» (542)، وقال كذلك: «كان يميل إلى مقالة ابن العربي ويُدنن

(535) تشبيهه بالحسن بن يسار البصري رحمه الله (ت110هـ). ينظر: تهذيب التهذيب 8: 402.

(536) ينظر: الذيل على العبر 2: 351، وينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 3: 112، طبقات المفسرين للداوودي 2: 63، شذرات الذهب 8: 402.

(537) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن جِجِّي السَّعدي الحسباني الدمشقي الشافعي (ت816هـ)، ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 4: 12.

(538) ينظر: إنباء الغمر 1: 46، وشذرات الذهب 8: 402.

(539) ينظر: أعيان النصر وأعوان النصر 5: 584.

(540) تعريف ذوي العلا (ص: 217).

(541) ينظر: الدرر الكامنة 5: 33، نيل الأمل في ذيل الدول 2: 44.

(542) ينظر: إنباء الغمر 1: 46. وكذا نقل السخاوي هذا الكلام في الذيل التام بحروفه (ص:

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

حولها في تواليه ويحمم (543)، ولا يُكاد يُفصح» (544)، وهذه تهمة خطيرة تطعن في عقيدة الرجل وتصوّراته.

وما وقفت عليه من كلامه في كلّ من كتبه: إفهام الأفهام في شرح عقيدة العز بن عبد السلام، وتفسير سورة الكوثر وما يليها، وأبهج منهاج المعالي وأبهاها، ينفي هذه التهمة عنه أشدّ النفي، بل إنّنا نجده يؤكّد بصريح العبارة فساد اعتقاد الحلويّة والاتّحاديّة، وأنّ ذلك من عقائد النّصرانيّة وفساد تصوّرات الملاحدة.

وسأنقل من كلامه ما يدفع عنه هذه التّهمة، بل نراه يهاجم جهلة المتصوّفة، وأتباع التّصوّف الفلسفيّ، ويؤكّد أنّهم أبعد ما يكونون عن التّصوّف الحقّ، فيقول: «وقد تبع الملاحدة الاتّحاديّة» (545) في عظيمتهم بعض جهلة متصوّفة فلسفة بترى، فظنّ قوم أنّ ذلك مذهب الصّوفيّة، وحاش السّادة الكبراء من ذلك حاشاهم، وإنّ الفلسفة وما استقرّ من قواعدها لأبعد شيء عن ذلك أيضاً» (546)، ثم يقول: «والاعتقاد الحقّ البرهانيّ الكشفيّ: أنّ الله تعالى متّوحدٌ متميّز بذاته عن سائر الدّوات» (547).

وقال في نفي الخلول: «فالعلّيّ الكبير - سبحانه - لا يحلّ حادثاً، ولا يحلّه حادث، لا كما ادّعته مشبّهة اليهود، وتبعهم فيه الكراميّة الأغمار وبعض الظّاهرية المغرورين، ولا كما توهمه بعض سالكِي دربِ الفناء بلا دليل» (548).

ثم يقول: «وما أسلم السّلفيّ من جميع المعاطب لسلوكه الدّرب السّلطانيّ، كما قال تعالى: "فَمَنْ تَبِعْ هُدَايَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ" [البقرة: 38]. وما نُقل من

(261).

(543) الحَمْمة: صوت دُون الصّوت العالي. ينظر: تهذيب اللغة 4: 15، الصحاح 5: 1905، مادة: حمم.

(544) ينظر: الدرر الكامنة 5: 33.

(545) وهم القائلون بوحدة الوجود، وأنّ الخالق اتّحد بالمخلوق، قال الشوكاني في الصوارم الحداد القاطعة (ص: 109): «هي قولهم: إنّ الله سبحانه حقيقة كلّ موجود من جسم وعَرْض ومخيل وموهوم، ولهذا فرعوا على هذه المقالة الملعونة فروغاً كفريّة منها: تصويب عبدة الأوثان، ومنها: تخطئة الأنبياء في الإنكار عليهم».

(546) ينظر: إفهام الأفهام شرح عقيدة العز بن عبد السلام (ص: 104).

(547) ينظر: المصدر السابق (ص: 106).

(548) ينظر: إفهام الأفهام (ص: 108).

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

مُوْهِمَ حُلُولِ الْحَوَادِثِ أَوْ فِيهَا وَنَحْوَهُ عَنِ السَّلَفِ الصَّالِحِ وَالْأَخْبَارِ النَّبَوِيَّةِ، فَالْمُرَادُ بِهِ مِنْ غَيْرِ شَكٍّ وَلَا رَيْبٍ مَا فِي آيَاتِ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ، الَّذِي "مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ" [آل عمران: ٧] تُرَدُّ إِلَى الْمُحْكَمَاتِ بِحُسْنِ فَهْمِ الرَّاسِخِينَ فِي الْعِلْمِ وَتَفْهِيمِهِمْ» (549)، ثُمَّ قَالَ: «وَالْإِعْتِقَادُ الْحَقُّ الْبُرْهَانِيُّ الْكَاشِفِيُّ: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى مُتَوَحِّدٌ مُتَفَرِّدٌ بِذَاتِهِ عَنْ سَائِرِ الدَّوَاتِ، مُتَقَدِّسٌ عَنْ أَنْفِعَالِ أُولِي الْمَزَاجَاتِ، وَعَنْ مِمَاسَّةِ الْجِسْمَانِيَّاتِ، مُتَكَبِّرٌ عَزِيزٌ عَنْ تَبَعِيَّتِهِ لَهَا فِي الْإِنْقِسَامِ وَالْحَرَكَاتِ، وَالسَّكَنَاتِ وَالْإِنْتِقَالَاتِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ» (550).

وَفِي تَفْسِيرِهِ لِلْفَرْقِ التَّسْبِيحِ مِنْ سُورَةِ النَّصْرِ نَحْدَهُ يُبَيِّنُ مَلَلًا وَنَحَلَ الْمُنْحَرِفِينَ الَّذِينَ أَرَادُوا تَنْزِيَةَ اللَّهِ تَعَالَى فَعَطَّلُوا الصِّفَاتِ أَوْ شَبَّهُوا اللَّهَ بِخَلْقِهِ، وَأَنَّ قَصْدَ التَّنْزِيهِ عِنْدَ بَعْضِهِمْ أَوْقَعَهُمْ فِي الْقَوْلِ بِالْحُلُولِ أَوْ الْإِتِّحَادِ، فَيَقُولُ: «التَّسْبِيحُ سَيْرٌ فِي جَلَالِيَّاتِ اللَّهِ الْعَظِيمِ، وَفِيهِ شِدَّةٌ إِلَّا عَلَى الصِّدِّيقِينَ، فَقَلَّ السَّالْمُ فِيهِ، إِمَّا مِنْ تَعْطِيلٍ وَتَعْجِيزٍ، كَمَنْ أَوْجَبَ لَهُمُ التَّبَرُّةَ إِنْ وَحَّدُوا فَعَطَّلُوا الصِّفَاتِ وَعَدَّلُوا، فَعَجَزُوا عَنْ مَنَحِ الْأَلْطَافِ وَنَحْوِهِ. وَإِمَّا مِنْ تَسْفِيهِهِ وَإِفْهَامٍ، كَمَنْ أَوْجَبَ لَهُمُ التَّبَرُّةَ إِنْ وَحَّدُوا، فَسَفَّهُوا بِنَفْيِ الْحِكْمَةِ، وَأَفْجَمُوا إِذْ وَرَّكُوا» (551) عَلَى اللَّهِ تَعَالَى أَوْزَارَهُمْ، وَصَارُوا خُصْمَاءَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ. وَإِمَّا مِنْ تَشْبِيهِهِ وَتَشْرِيكِهِ، كَمَنْ أَوْجَبَ لَهُمُ التَّبَرُّةَ إِنْ أَثْبَتُوا صِفَاتِ الْكَمَالِ، فَشَبَّهُوا وَعَدَّلُوا، فَشَرَّكَوا بِخَلْقِ الْأَفْعَالِ. وَكَمْ أَوْقَعَ التَّنْزِيهِ فِي إِدْعَاءِ نَحْوِ الْحُلُولِ وَالْإِتِّحَادِ، وَالْإِبَاحَةِ وَالْإِلْحَادِ، وَالْإِنْحِلَالِ وَالزَّنْدَقَةِ، وَلَعَلَّ جَمِيعَ الْمَلَلِ وَالنَّحْلِ دَائِرَةٌ عَلَى تَحْقِيقِ أَهْلِهَا تَنْزِيَةَ الْبَارِي تَعَالَى عَمَّا يَخَالِفُ مِلَّتَهَا أَوْ نَحَلَّتَهَا» (552).

وَعِنْدَمَا نَقَلَ بَعْضُ الْأَلْفَافِ الْمَشْكَلَةِ فِي الْعَقِيدَةِ عَنْ بَعْضِهِمْ أَكَّدَ أَنَّ فِي اسْتِخْدَامِ الْأَفَافِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ كَفَايَةً فَقَالَ: «وَفِي التَّعْبِيرِ بِالْأَفَافِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ كَفَايَةً، مَعَ إِضْاحِ سَالِمٍ مِنَ الْإِبْهَامِ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: "وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا"»

(549) ينظر: المصدر السابق (ص: 109).

(550) ينظر: المصدر السابق.

(551) أي: أحوالهم، قال الجوهر في الصحاح 4: 1614: «وَرَكَّ وَوَرَكَّ فَلَانَ ذَنْبُهُ عَلَى غَيْرِهِ، أَيْ قَرَفَهُ بِهِ»، مادة: وَرَكَ.

(552) ينظر: تفسير سورة الكوثر وما يليها [ق106/ب]، في تفسيره لسورة النصر.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

[الفرقان: ٣٣] فَطُوبَى لِمَنِ اتَّبَعَ مَا يُوحَى إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ، وَوَسِعَتْهُ السُّنَّةُ، ولم تستهوه البدعة، والحائذ عن هذا لم يعصم دمه ولا عرضه وإن كان صحيح المقاصد» (553).

وقال في تفسيره لسورة الإخلاص: «فكثير من الناس وقع له عند ذلك غلط من وجهين، أحدهما: توهمه أن ذاك هو الذات الأقدس، أو أن ما غمره من غواشي أنوار الحق وفاض عليه هو نفس نور الحق، أو أن ما ليسه عند ذلك من سني الصفات هو نفس صفات الحق تعالى، ولا يخلصه من هذه الورطة الاتحادية النصرانية إلا بذكر قوله الحق: "لم يلد" [الإخلاص: ٣] متحققاً أن صفات الحق لا تزايله لا حساً ولا حكماً، وأن نوره لا تحمله السموات والأرض ومن فيهن» (554).

وقد رد على بعض مدعي التصوف الذين يعتقدون أن وجدان الحق تعالى بالمعنى المعروف عند أهله من المحققين متولد من أعمال العبد ورياضته، فقال: «توهمه أن وجدانه الحق تعالى بالمعنى المعروف عند أهله من المحققين، متولد من أعماله ورياضته، ولا ينجيه من هذه الورطة القدرية المجوسية إلا بذكر قوله تعالى: "ولم يولد" فليس وجوده الذهني أو الخارجي بمستفاد ولا متولد من غيره، بل إنما هو له سبحانه بذاته» (555).

وقال في كتابه: "أبهج مناهج المعالي وأبهاها": «وأهل الاتحاد الإلحادي حجتهم داحضة عند ربهم وعليهم غضب ولهم عذاب شديد، وما منهم إلا من هو على نفسه بصيرة ولو ألقى معاذيره، "فَلِذَلِكَ فَادْعُ وَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ" [الشورى: 15]» (556).

فأين كلامه مما نسب إليه من مشكلات الحلولية والاتحادية؟! والرجل يحكم عليه بما قال لا بما قيل عنه، وإذا كان ذلك كذلك، فكلامه يُبرئته مما نسب إليه، والله أعلم.

(553) ينظر: تفسير سورة الكوثر وما يليها [ق107/ب]، في تفسيره لسورة النصر.

(554) ينظر: المصدر السابق [ق173/أ]، في تفسيره لسورة الإخلاص.

(555) ينظر: المصدر السابق [ق174/ب]، في تفسيره لسورة الإخلاص.

(556) ينظر: نسخة الخزنة الحمزاوية في الزواية العياشية بالمغرب [ق6/أ].

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

خامساً: شيوخه: سمع وليّ الدّين الملوّي من جماعة وتفقه بهم، وممن أخذ عنهم من الشيوخ(557):

- والده أبو العبّاس، جمال الدّين، أحمد بن إبراهيم بن يوسف الملوّي (ت730هـ)(558).

- وأبو العبّاس، شهاب الدّين، مسند الدّنيا، أحمد بن أبي طالب الصالح الحجار بن الشحنة (ت730هـ)(559).

- وأبو محمد، شرف الدّين، عبد الله بن الحسن بن عبد الله بن عبد الغني المقدسي الحنبلي (ت732هـ)(560).

- وأسماء بنت محمد بن سالم بن أبي المواهب بن صصرى (ت733هـ)(561).

- ونور الدّين، فرج بن محمد بن أحمد بن أبي الفرج الأردبيلي، نزيل دمشق (ت749هـ)(562)، قال العثماني الصفدي (محمد بن عبد الرحمن ت بعد 780هـ): رأيت شاباً في حلقة الثور الأردبيلي، حسن الملبوس، مشرق الهيئة(563).

- وفرج بن عبد الله المغربي الصفدي الزاهد الفقيه الشافعي نزيل صفد (ت751هـ)(564).

وأخذ كذلك عن جماعة من علماء الروم(565).

سادساً: تلامذته: كان وليّ الدّين الملوّي منهلاً عذباً من مناهل العلم والمعرفة، حمل طلبة العلم على الإفادة منه والنهل من معارفه، ومن هؤلاء:

(557) ينظر: الوفيات لابن رافع 2: 400، الذيل على العبر لابن العراقي 2: 350، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 3: 112، الدرر الكامنة 1: 110، 4: 268، الجواهر والدرر للسخاوي 1: 130. (558) ينظر: الدرر الكامنة 1: 110، الجواهر والدرر للسخاوي 1: 130. (559) ينظر: الذيل على العبر لابن العراقي 2: 350، الدرر الكامنة 1: 165، شذرات الذهب 8: 162.

(560) ينظر: الذيل على العبر لابن العراقي 2: 350، الدرر الكامنة 3: 28.

(561) ينظر: الذيل على العبر لابن العراقي 2: 350، الدرر الكامنة 1: 429.

(562) ينظر: الدرر الكامنة 4: 269.

(563) ينظر: إنباء الغمر 1: 47.

(564) ينظر: الدرر الكامنة 4: 268.

(565) ينظر: إنباء الغمر بأبناء العمر 1: 46.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

- أبو الفضل، الكمال النويري، محمد بن أحمد العقيلي الشافعي، قاضي مكة (ت786هـ) (566).

- وصدر الدين، سُلَيْمَان بن يُوسُف بن مُفْلِح بن أَبِي الْوَفَاء الياسوفي الشافعي (ت789هـ) (567).

- ومحَبُّ الدِّين، خليل بن فرح بن سعيد المقدسي ثمَّ الدَّمَشَقِيّ القلعي الشافعي (ت789هـ) (568).

- وعماد الدين، إسماعيل بن أحمد الباريني الحلبي، الفقيه الشافعي (ت798هـ) (569).

- وأبو محمد، برهان الدين، إبراهيم بن موسى الأبناسي (ت801هـ) (570).

- وأبو البركات، شرف الدين، موسى بن محمد بن محمد الأنصاري الشافعي قاضي حلب (ت803هـ) (571).

- وأحمد بن عبد الله بن الحسن شهاب الدين البوصيري المصري الشافعي (ت805هـ) (572).

- ومحمَّد بن عبد الله بن أبي بكر الأنصاري القليوبي ثمَّ القاهري الشافعي (ت812هـ) (573).

(566) ينظر: إنباء الغمر 1: 296، نيل الأمل في ذيل الدول 2: 217، شذرات الذهب 8: 502.
(567) ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة 3: 152، الدرر الكامنة 2: 311، إنباء الغمر 1: 340، شذرات الذهب 8: 527.

(568) ينظر: إنباء الغمر 1: 340، شذرات الذهب 8: 526. قلت: قد كتب الملوي له إجازة في نهاية تفسير سورة الكوثر وما يليها، وصرَّح فيها بلقبه واسمه ونسبته.

(569) ينظر: إنباء الغمر 1: 515، شذرات الذهب 8: 602.

(570) ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة 4: 5، المنهل الصافي 1: 178، الجواهر والدرر في ترجمة شيخ الإسلام ابن حجر 1: 129، الضوء اللامع 1: 172، شذرات الذهب 9: 12.

(571) ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة 4: 67، الضوء اللامع 10: 189، شذرات الذهب 9: 63.

(572) ينظر: إنباء الغمر 2: 239، المجمع المؤسس 3: 38، الضوء اللامع 1: 359، شذرات الذهب 9: 76.

(573) ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة 4: 53، إنباء الغمر 2: 442، والضوء اللامع 8:

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

- وعلي بن أحمد بن أبي بكر الأدمي المصري الشافعي (ت813هـ) (574).
 - ومساعد بن ساري بن مسعود الهواري المصري الشافعي (ت819هـ) (575).
 - ومحمد بن علي بن محمد المشهدي شمس الدين بن القطان (ت819هـ) (576).
 - ومحمد بن خليل بن هلال، عز الدين الحاضري الحلبي الحنفي (ت824هـ) (577).
- سابعاً: مؤلفاته:** نقل ابن حجر عن ابن ججي ثناءه على مؤلفات الملوّي بقوله: «وله تأليف بديعة الترتيب» (578)، ولم يُذكر في ترجمته وفي فهرس الكتب إلا عددٌ يسير من مؤلفاته، لم تتجاوز الخمسة، قد وقفت بعد التّقصّي والتّحريض على عدد كبير من تأليفه البديعة، التي تجاوزت الخمسين، من ذلك (579):
- 1- أريج مكتسب من الأسواق يوم التّلاق (580) .
 - 2- إرشاد الطّائف إلى علم اللّطائف من النفس والقلب والروح والعقل العارف (581).
 - 3- إزالة الوسن عن الوجه الحسن، أو بيان من الأولى بأن تتكح أولاً (582).
 - 4- إعراب التعوذ والفتحة (583).
 - 5- إعلام اللببية الحسناء بمعاني أسماء الله الحسنى (584).

-
- 83، شذرات الذهب 9: 146.
- (574) ينظر: إنباء الغمر 2: 471، المجمع المؤسس 3: 176، بهجة الناظرين إلى تراجم المتأخرين للغزي العامري (ص: 229)، الجواهر والدرر 1: 129، الضوء اللامع 5: 163، شذرات الذهب 9: 152.
- (575) ينظر: إنباء الغمر 3: 121، شذرات الذهب 9: 209.
- (576) ينظر: إنباء الغمر 3: 118، والضوء اللامع 8: 217، شذرات الذهب 9: 207.
- (577) ينظر: إنباء الغمر 3: 263، شذرات الذهب 9: 244.
- (578) ينظر: إنباء الغمر 1: 47، وينظر: شذرات الذهب 8: 402.
- (579) سأذكرها مرتبة على حروف المعجم.
- (580) في الأدب والفضائل، ويوجد منه أكثر من نسخة، وأقوم بتحقيقه.
- (581) في التفسير، ذكره حاجي خليفة في كشف الظنون 1: 64 له، وذكره البغدادي في هدية العارفين 2: 166، وقد عثرت على نسخة منه.
- (582) في الفقه والأدب، عثرت على نسخة منه، مصححة ومقابلة، وعليها خط المؤلف.
- (583) من مخطوطات الظاهرية، وهو مطبوع بتحقيق الأستاذ الدكتور إبراهيم بن صالح الحندود، نشر في نادي القصيم الأدبي في بريدة، ط1/ 1439هـ - 2018م
- (584) ذكره في إلهام الأفهام (ص: 152)، وتوجد منه أكثر من نسخة، وأقوم بتحقيقه.

- 6- إفهام الأفهام في معاني عقيدة عز الدين بن عبد السلام (585).
- 7- الأمالي في الأصول (586).
- 8- الإملاء الأكبر (587).
- 9- أبهج مناهج المعالي وأبهاها وأعذب مناهل الموالى وأهناها (تفسير سورة الأعلى) (588).
- 10- بيان أحق حقيقة الاحتفال وأقصد طريقة توصل إلى جميع أنواع الكمال (589).
- 11- بيان الأرضى من العزلة وعلاج المرضى (590).
- 12- بيان الأهدى من التعفف وقبول المهدى (591).
- 13- البيان الجميل لمحاسن (أو لشرف) (592) القرآن الجليل (593).
- 14- بيان أمهات المهمات (الأصغر والأوسط والأكبر) (594).
- 15- بيان السنة المنصورة فيما سئل عنه من الإتيان والصورة (595).
- 16- بيان شرف العلم وفضله وأنواع الكرامة لأهله (596).
- 17- بيان ما يصنعه اللبيب إذا فقد الطبيب (597).

-
- (585) قمت - بحمد الله - بتحقيق الكتاب، ونشر في دار جليس الزمان، ودار ضياء الشام، دمشق، سنة 2019م.
- (586) ذكره المؤلف في كتابه: إفهام الأفهام في شرح عقيدة عز الدين بن عبد السلام (ص: 129).
- (587) أشار إليه في نهاية كتابه: "هداية سبيل الرشاد في أقصر الأماد المتضمنة تفسير سورة العصر"، فقال [15/ب]: «ومن تشوف لأوسع من هذا فليراجع "الإملاء الأكبر"».
- (588) عثرت على نسخة منه، مقابلة ومصححة بخط المؤلف.
- (589) في العقيدة، وقد عثرت على نسخة منه، مصححة ومقابلة، وعليها خط المؤلف.
- (590) في التصوف، يوجد منه نسخة في مكتبة خاصة.
- (591) في الفقه الشافعي، يوجد منه نسخة في مكتبة خاصة.
- (592) كذا قال في إفهام الأفهام.
- (593) شرح لحديث يبين مكانة القرآن الكريم، وقد ذكره في إفهام الأفهام (ص: 156)، توجد منه نسخة في مكتبة خاصة، وقد حصلت عليها.
- (594) عثرت على نسخة منه، مصححة ومقابلة، وعليها خط المؤلف، والأكبر أوسعها وأشملها.
- (595) في العقيدة، وقد عثرت على نسخة منه، مصححة ومقابلة، وعليها خط المؤلف.
- (596) في الأدب، عثرت منه على نسختين، وأعمل على تحقيقه.
- (597) في علم الكلام، توجد منه أكثر من نسخة.

- 18- تبليغ الأمانى في حسن ترتيب المباني (598).
- 19- تبين معادن المعاني لمن إلى تبينها دعاني (599).
- 20- تحقيق الرسالة الإلهية (600).
- 21- تذكير السهوان بأسباب الكرامة والهوان (601).
- 22- تفسير سورة العصر المتضمنة هداية سبيل الرشد في أقصر الأماد (602).
- 22- تفسير سورة الفتح (603).
- 23- تفسير سورة الكوثر وما يليها (604).
- 24- تفسير سورة طه (605).
- 25- تفقيه البشر في لمح البصر بالإفادة السريعة لمهمات الشريعة (606).
- 26- تلخيص الكلام على أقسام الكلام (607).
- 27- جواز الاجتماع على ذكر الله (608).
- 28- جواهر الكنوز (609).

-
- (598) في مباني الإسلام، ذكره في إلهام الأفهام (ص: 154)، توجد منه أكثر من نسخة.
- (599) في علوم القرآن، وهي الرسالة التي بين أيدينا.
- (600) ذكره في كتابه: "تلخيص الكلام في مسألة الكلام"
- (601) وهو شرح لحديث من سنن الترمذي، ويوجد منه أكثر من نسخة، وأعمل على تحقيقه وإخراجه إن شاء الله.
- (602) عثرت على نسختين منها.
- (603) أشار إليه في تفسيره لسورة الكوثر [ق/38]، فقال: «كما يُبسط في سورة الفتح».
- (604) في مجلد ضخمة، وقد قمت بتحقيقه، وهو في طريقه للنشر في جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم، إن شاء الله تعالى.
- (605) ذكره في تفسيره لسورة النصر [ق/106] فقال: «وفيما كتبته على آية: ﴿طه﴾ كفاية للموفق، وهي قول الله العظيم: ﴿ويسألونك عن الجبال﴾ إلى قوله: ﴿ولا هضماً﴾».
- (606) ذكره في إلهام الأفهام (ص: 64، 72)، ويوجد منه أكثر من نسخة. وقد قال في إلهام الأفهام (ص: 72) بعد ذكر حديث: «أرأيت إذا صليت المكتوبة وصمت رمضان..»: وهو قطب رحي (تفقيه البشر في لمح البصر).
- (607) في العقيدة، ذكره في أول كتاب تبين معادن المعاني [3/ب]، فقال: وقد كشفت عن حقيقته في تلخيص الكلام على أقسام الكلام، وقد عثرت عن نسخة كاملة منه، مصححة ومقابلة، وعليها خط المؤلف.
- (608) في الفتوى، توجد منه نسخة في مكتبة خاصة.
- (609) في العقيدة، ذكره في تفسيره لسورة الإخلاص [ق/165].

- 291

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

38- شرح كلمتي الشَّهَادَة والفكر فيما يُثمر لمن شرح الله به صدره من النُّور والعبادة(619)، أو معنى كلمة الشَّهَادَة والفكر فيما يُثمر لمن شرح الله به صدره من النُّور وَالْعِبَادَة، أو أبواب السعادة في شرح كلمة الشهادة(620).

39- شرح منظومة ابن فرح الإشبيلي(621).

40- شفاء الشَّقَاء(622).

41- شفاء الصُّدُور المُبْطَل لقول الجَبَر والقَدَر العُرُور(623).

42- بيان طريق السَّلَامَة ونيل الكرامة(624).

43- عِصْمَة الإنسان من لحن اللِّسَان(625).

44- فائدة في الرَّد على الأديان والفرق من آيات سورة الإخلاص(626).

45- فوائد ذكر فوائد الأعمال(627).

46- قصائد شعرية(628).

(619) ذكره في إيضاح المكنون 2: 514 وذكر بدايته: «الحمد لله المنفرد في صمديته بكمال جلاله، والمتوحد في قدوسيته بجمال كماله..» وقال: في مجلد لطيف، وهدية العارفين 2: 166. وتوجد منه نسخة في مكتبة خاصة.

(620) كذا سمَّاه في تفسيره لسورة الفلق [ق/201/أ].

(621) في مصطلح الحديث، توجد منه أكثر من نسخة.

(622) عثرتُ على نسخة منه، وهي مقابلة ومصححة بخط المؤلف.

(623) في العقيدة، ذكره في إفهام الأفهام، فقال (ص: 71): «على ما قررته في شفاء الصدور، على قولهم: فأترك ما أريد لما تريد»، وقال في (ص: 166): «وقد ذكر الأئمة في حكمة خلق الله تعالى لإبليس وإنظاره فوق ألف حكمة، كما أوضحنا بعضه في (شفاء الصدور المبطل لقول الجبر والقدر والغرور)، وتوجد منه نسخة في مكتبة خاصة.

(624) في التصوف، ذكره في تفسيره لسورة المسد [ق/144/ب]، وتوجد منه نسخة في مكتبة خاصة.

(625) دُكر في كشف الظنون 2: 1141، وفي هدية العارفين 2: 166، وهو محقق ومطبوع، وقد شرحه عبد الخالق بن علي بن الفرات المالكي (ت794هـ) وسَمَّى شرحه: "تيسير عصمة الإنسان من لحن اللسان".

(626) دُكرت في خزانة التراث برقم: (125952)، يوجد منها نسخة في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية بالرياض، برقم حفظ ج323/2، وقد عثرت عليها.

(627) ذكره في إفهام الأفهام (ص: 159) فقال: «وإنكار الإباحية وقوع التكليف زندقة وإلحاد، وإحالة الجهلة الأغمار له قائلين: (وما أنزل الرحمن من شيء) قد أوضحنا شبهتهم الفاسدة وأجبنا عنها في الكتاب والسنة أحسن جواب، في "فوائد ذكر فوائد الأعمال".

(628) يوجد نسخة في جامعة الإمام محمد بن سعود برقم: (7011).

47- القواعد، أو قواعد الإسلام (629).

47- الكلام على ما هو الأولى والأحرى في طائفتي الأشاعرة والحنابلة (630).

48- لطائف علوم آية الخلائق (631).

49- ما في اللّيل من عظيم النّيل (632).

50- محاسن الأبرار (633).

51- مرّ النّسيم على الرّوض البسيم (634).

52- مرشد القاصد إلى أسنى المقاصد (635).

53- مريح القلوب من الكرب (636).

54- مزيل الملام عن حكام الأنام (637).

55- مضاعفة المثوبة لا تسقط الفوائد المطلوبة (638).

56- مفتاح الفرج (639).

(629) ذكر في خزانة التراث منسوباً له برقم: (52452)، وهو من مخطوطات تشستر بتي - إيرلندا، والإسكندرية، وقد عثرت على الأولى منهما.

(630) توجد نسخة مخطوطة في مكتبة تركية، وقد عثرت عليها.

(631) ذكره في إلهام الأفهام (ص: 148) فقال: «ثم إن لم يمت أقوام ويحيا آخرون يفسد نظام العالم الدنيوي، كما شرحناه في: "لطائف علوم آية الخلائق"».

(632) في الآداب والفضائل، ذكره في هدية العارفين 2: 166، توجد منه أكثر من نسخة، وأعمل على تحقيقه.

(633) ذكره في تفسير سورة العصر المتضمنة هداية سبيل الرشاد في أقصر الآماد [ق/7/أ].

(634) ذكره في إلهام الأفهام (ص: 91) فقال: «وأما قوله ﷺ: «اللهم بك أمنت ولك أسلمت..» فعجيب في بابه، وفي ضمن سورة النور ما يبين ذلك ويشير إلى بيانه، فاستوضحه إن شئت ممّا أمليناه في: "مرّ النسيم على الروض البسيم"»، ثم قال بعد ذلك في إلهام الأفهام (ص: 92): واستشرحه إن أردت من "مرّ النسيم على الروض البسيم" في سورة يوم الجمعة». ولم أعتز عليه. (635) ذكره في إلهام الأفهام (ص: 140) فقال: «ونحو ذلك من توجيهه أوامر أسمائه الحسنی لتبرز لهم الربانية آثار كلّ اسم منها، كما قررته في بعض فصول: "مرشد القاصد إلى أسنى المقاصد"».

(636) توجد منه نسخة في مكتبة خاصة.

(637) وتوجد منه أربع نسخ، وقد قمتُ بتحقيقه - بحمد الله - وهو في طريقه للنشر، وقد طُبِعَ بتحقيق الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد على نسخة واحدة، ونُسِبَ خطأ لعبد الرحمن بن محمد بن خلدون (ت808هـ).

(638) في القواعد الفقهية، عثرت على نسخة منه، وهي مقابلة ومصححة بخط المؤلف.

(639) ذكره في إلهام الأفهام (ص: 154) فقال: «ومن الفرق بين الصوفي والسلفي يتّضح هذا

57- مقدمة في النحو(640).

58- المهمات الجامعة للتنبيهات النافعة(641).

59- الوجوه الجميلة في بيان أن أم القرآن حاوية لمعانيه الجليلة، أو (تفسير سورة الفاتحة)(642).

هذا ما استطعت الوقوف عليه من مؤلفات ولي الدين الملوّي، وربما تكشف لنا الأيام مزيداً من ذلك مع البحث والتقصّي، والله أعلم.

ثامناً: وفاته: توفي ولي الدين الملوّي - رحمة الله عليه - في القاهرة ليلة الخميس أو الجمعة، في الرابع أو الخامس والعشرين من شهر ربيع الأول(643) سنة (774هـ)، عن بضع وستين سنة، وكان الجمع في جنازته حافلاً متوقفاً، يُقال: بلغوا ثلاثين ألفاً، وقد دُفن بثرية الأمير ناصر الدين ابن أقبغا أص(644).

وقد كانت ميته حسنة، وذكر أنه لما حضرته الوفاة قال: هؤلاء ملائكة ربّي قد حضروا وبشروني بقصر في الجنة، وشرع يُردّد: السلام عليكم، ثم قال: انزعوا ثيابي عني، فقد جاؤوا بخُلٍّ من الجنة، وظهر عليه السرور، ومات في الحال(645).

جداً، وقد بيّناه أحسن بيان في "مفتاح الفرج" و "تبليغ الأمانى" فليراجع فيهما». (640) يوجد منه أكثر من نسخة.

(641) ذكره في إلهام الأفهام (ص: 88) في التنبيهات العشر على المقدمة، فقال: «وأما عاشرها: فمن الواضح أن عاقبة ذلك ليس إلا زحزحة عن النار وإدخالاً للجنة، وهما المغفرة والأجر الكريم أو الكبير...» وفي "المهمات الجامعة للتنبيهات النافعة" تعزيز لذلك كاف.

(642) ذكرها في إلهام الأفهام (ص: 88، 175)، وأشار إليها في تفسير سورة الفلق، وكذلك في تفسيره لسورة الكوثر في تنبيه قارئ فيه بين سورة الكوثر والفاتحة [ق/24/ب].

(643) قال ابن رافع في الوفيات 2: 400: «وفي يوم الخميس الرابع والعشرين منه توفي الشيخ الإمام ولي الدين»، وكذا في الذيل على العبر لابن العراقي 2: 350، وقال ابن حجر في الدرر الكامنة 5: 33: «مات في ليلة الجمعة خامس عشرين ربيع الأول سنة 774هـ عن ثمانين سنة». قلت: قوله عن ثمانين سنة، لا يصح، وقد ذكر هو في إنباء الغمر غير ذلك فقال 1: 47: «مات في شهر ربيع الأول عن بضع وستين سنة»، وهو ما اتفق عليه كل من ترجم له.

(644) ينظر: السلوك لمعرفة دول الملوك 4: 355، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 3: 112، إنباء الغمر 1: 47، نيل الأمل في ذيل الدول 2: 44، طبقات المفسرين للداودي 2: 63.

(645) ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 3: 112، إنباء الغمر 1: 47، النجوم الزاهرة 11: 125، الذيل التام (ص: 260)، شذرات الذهب 8: 402.

المبحث الثاني: دراسة عن كتاب (تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني)

أولاً: موضوع الكتاب وترتيب مؤلفه له: يظهر من مقدمة الكتاب وفصوله وخاتمته أنه في علوم القرآن الكريم، وقد ذكر المؤلف في المقدمة طريقة ترتيبه فقال: «وَرَتَّبْتُه لِيُقَرَّبَ وَيَنْضَبَطَ عَلَى مُقَدِّمَةِ مُهِمَّةٍ، وَخَاتَمَةِ مُتَمَّةٍ، وَمَقَاصِدَ يَرُغِبُ فِي تَعْرِفِهَا وَتَعْرِيفِهَا كُلُّ ذِي هِمَّةٍ».

ثم ذكر أن المقدمة المهمة فيها أربع مهمات، أما المقاصد ففيها ثلاث مهمات، وهي فصول الكتاب، ثم الخاتمة المتمة.

وخلاصة مهمات المقدمة الأربعة هي: أن القرآن جامع لعلوم الأولين والآخرين، وأن الله يسره للذكر، فلكلِّ مُدَكِّرٍ منه نصيبٌ وافر، وأن له ظهراً وبطناً، مع التفريق بين علم البطن الشرعي الصحيح وبين باطل الباطنية، وأما المهم الرابع: فهو التفريق بين التدبُّر والتفهُّم، وأن التدبُّر منحصرٌ مضبوط، وأما التفهُّم فلا ينحصر، وفيه تتفاوت مراتب المتفهِّمين لكتاب الله تعالى، ثم بيَّن أن التدبُّر هو علم العبارة ومالها من منطوق ومفهوم ومعقول وفهم مدلول اللفظ صريحاً أو إفصاحاً، أما التفهُّم فهو علم الإشارة وإدراك اللوازم والإفهام والإيماء والمتعلقات ومقاصد المتكلم من إيراد كلامه وأشباه ذلك، وأكد على أن التدبُّر يحتاج صاحبه إلى العلوم الكسبيَّة، أما التفهُّم فيحتاج إلى علوم الوراثة الوهبيَّة، ولكن لا يمكن أن يحصل التفهُّم إلا لمن ملَّك واكتسب أدوات التدبُّر.

ثم تناول المقاصد، وبيَّن بأنَّها تشتمل على ما يحتاجه متدبروا ظهر القرآن ومتفهِّمو بطنه، وجعلها في ثلاثة فصول، ذكر في الفصل الأول أن الذي بيَّنه علماء التفسير في كتبهم إنما هي علوم معالم التنزيل، وأن معالم التنزيل هي دلائل الفهم ومجال ظهور معانيه، والطَّرُق التي هي مذاهب الأذهان ممَّا يقرؤه اللسان وتسمعه الأذان ويكتبه البنان، وذكر أن علوم معالم التنزيل لا تزيد على عشرة، أربعة منها: هي أركان الأدب، وثلاثة: هي فنون البلاغة والفصاحة، وثلاثة: هي مآثور المرويات، ثم بيَّن كلَّ واحدة من هذه، وعَرَّف بعد ذلك التفسير في اللغة والاصطلاح.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

وأما الفصل الثاني من مقاصد الكتاب فتكلم فيه عن جواهر علوم التنزيل، وبيّن أنّ شرحه في كتب التفسير يُنذر أو يُفقد، وأنّه مُحّ علوم التنزيل ولُبابها، وأكّد على أنّ علوم معالم التنزيل هي مرقاة ووسيلة للوصول إليه، وباب وتمهيد يتوصّل منه إليه.

وقد اقتصر في الحديث عن جواهر القرآن على أربعة عشر منها، وأنها لا تخرج عن علوم المشاهدة وعلوم المجاهدة، مبيّناً المراد من المشاهدة والمجاهدة، وأنّ كلّاً منهما يُعبّران عن الرّسالة الإلهيّة المُفصّح عنها بقول الله تعالى: "هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى وَدِينِ الْحَقِّ" [التوبة: ٣٣].

وممّا ذكره في تعداد علوم جواهر التنزيل: حقائق التنزيل، وكنوز التنزيل، ومقاصد التنزيل، ونصائح التنزيل، وبصائر التنزيل، وجُكم التنزيل، ومناهج التنزيل، ومرشد التنزيل، وأحكام التنزيل، وعواصم التنزيل، ونتائج التنزيل، ومباهج التنزيل، وأسرار التنزيل، ولطائف التنزيل، وبيّن المُراد من ذلك كلّه.

وأما الفصل الثالث من مقاصد الكتاب فتحدّث فيه عن مهمّات التنزيل، وذكر بأنّها توجد على أحسن الوجوه وأقربها من واردات القلوب الوهيّة، ممّا يدور من كلام حول الظهر والبطن للألفاظ، ثمّ ذكر خصائص المؤهّلين لإدراك هذه المُهمّات والواردات.

وبيّن أنّ عُمده في الفهم إنما هو ما اعتمد عليه أهل القرن الأوّل في عصر التنزيل، وأنّه لم يُعُدّ يرجع إلى مآلوفات المؤلّفات، وأنّه يعتمد في فهمه للحقيّات والمُعْضلات ومُدلهّمات المُهمّات على الله تعالى، كما كان يفعل بعض السلف.

وأما في الخاتمة المُتمّة فوضّح فيها عُذر المُفسرين في انصراف همهم عن الاعتناء بتلك المُهمّات التي أشار إليها.

ثانياً: عنوان الكتاب ونسبته إلى مؤلّفه: ذكر المؤلّف عنوان كتابه في مقدّمته وخاتمته، فقال في المقدّمة: «وبعد، فتبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني..»، وفي الخاتمة قال: «فهذا آخر ما قصّدتُه من تبيين معادن المعاني لِمَن إليها دعاني»، ويُلاحظ أنّه قال في المقدّمة: «لِمَن إلى تبيينها دعاني»، بينما قال في الخاتمة: «لِمَن إليها دعاني»، وقد

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

ذكر برهان الدين البقاعي (إبراهيم بن عمر ت885هـ) في كتابه "مساعد النظر للإشراف على مقاصد السور" هذا الكتاب منسوباً لمؤلفه بعنوان: (تبيين معادن المعاني)(646)، وكذا ذكره حاجي خليفة (ت1067هـ) في كشف الظنون(647).

ومما يؤكد نسبة هذا الكتاب لولي الدين الملوي أشياء:

أولها: نسبة برهان الدين البقاعي هذا الكتاب إليه صراحةً في كتابه "مساعد النظر للإشراف على مقاصد السور"(648).

ثانيها: ذكر المؤلف كتاباً له بعنوان: "رسائل الوسائل"، وقد ذكره في كتابه "إفهام الأفهام" ونسبه لنفسه، وكتاب إفهام الأفهام ثابت النسبة للمؤلف.

ثالثها: قوله في تبيين معادن المعاني: «فَطَمْتُ النَّفْسَ عَنْ نُرُوعِهَا إِلَى مَأْلُوفَاتِ الْمُؤَلَّفَاتِ، بقولي: قَدَرِي أَنَّ مَوْلِي سَنَةَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ، لَا سَنَةَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ وَسَبْعَ مِائَةٍ، فَمَا كَانَ عُمْدَةً أَبْنَاءَ ذَلِكَ الْعَصْرِ فاعْتَمَدُ بِهِ، وَإِنَّ فِيهِمْ - وَاللَّهِ - لِأَحْسَنُ أُسُوءَةً»، وسنة (713هـ) هي سنة ولادة ولي الدين الملوي.

رابعها: ما ذكر في نهاية المخطوط من نسخة الخزانة الحمزية العياشية بالمغرب بخط مؤلفه بأنه: قُوبِلَ وَصُحِّحَ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ، كتبه مؤلفه عفا الله عنه في شهور سنة (773هـ)، وحسبنا الله ونعم الوكيل، علماً بأن هذا المجموع الذي يحمل رقم (214)، يحوي (15) كتاباً ورسالة من كتب الملوي وكلها تحوي نفس العبارة وبخط مؤلفها، وهذا مما يؤكد نسبة هذه الكتاب للملوي.

خامسها: أسلوب المؤلف في مقدمته وطريقة تناوله وتقسيماته، وبعض الجمل والعبائر التي يستعملها، كلها تؤكد نسبة الكتاب له، وذلك بالمقارنة مع كتاب "إفهام الأفهام" و"تفسير سورة الكوثر وما يليها من السور"، وقد قمت بتحقيق كلا الكتابين، بحمد الله تعالى(649).

(646) مساعد النظر للإشراف على مقاصد السور 1: 378.

(647) كشف الظنون 1: 342.

(648) مساعد النظر للإشراف على مقاصد السور 1: 378.

(649) طبع إفهام الأفهام في شرح عقيدة العز بن عبد السلام بتحقيقي في دار جليس الزمان، ودار

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

ثالثاً: الخطأ في نسبة الكتاب: تُسبب هذا الكتاب خطأً لأبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي (506 - 562هـ)، وممن نسبته إليه: خير الدين الزركلي في كتابه الأعلام (650)، وعادل نويهض في معجم المفسرين (651)، وكذلك نجده في دار الكتب المصرية منسوباً إلى السمعاني وهو برقم (499) تفسير تيمور، فأصله من الخزانة التيمورية.

وقد تابعهم على هذه النسبة بعض المكتبات التراثية، كخزانة التراث وهو عندهم برقم متسلسل: (104118)، وأشاروا لوجوده في المصغرات المصورة في الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، برقم: (2233/1)، وكذا نجده في مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث بدبي، وهو عندهم برقم: (903712).

وأما حاجي خليفة فقد ذكر الكتاب في كشف الظنون (1: 342) إلا أنه لم ينسبه لأحد.

وقد سبق في الفقرة السابقة تأكيد نسبة الكتاب بالأدلة إلى ولي الدين الملوّي.

رابعاً: دوافع تأليفه للكتاب: يظهر من عنوان الكتاب أنّ هناك من دعا المؤلّف إلى هذا المؤلّف، حيث قال: (لمن إلى تبيينها دعاني)، ثم أتبع ذلك بدعوات له فقال: «جَمَلَ اللهُ بوجوده الوجودَ، وأفاض عليه من كرمه عظيم الفضل والجود»، ممّا يدلّ على أنّ من دعاه إليه هو من طبقة شيوخه الذين يثق بهم، ويعتقد بصلاحتهم، ثم أتبع ذلك بقوله: «لَمَّا كان يَضْطَرُّ إليه قاصِدُ إتيانِ البُيوتِ من أبوابها، ومُريدُ نَحْتِ المعاني من معانها ليَحْظَى بهامِها، وتَنجَلِي به عرائسُ أباكارِ العلومِ وتَبيها، لِمَن كان أحقَّ بها وأهلها، واكْفُوْ حُطابِها، جَلَوْتُهُ نَشْراً لِمَحاسِنِ مُلْتَمَسِها الجماليّةِ اليُوسُفيّةِ، وكمالاته العليّةِ الشاهيّةِ، وإذاعةً لها بين أحبابها، وتخليداً لِذِكره الجميلِ على توالي الأيام واعتقابها، وتعظيماً لأجره، واستجلاباً له أدعيةً طُلابها، إذ كان - أحسنَ اللهُ إليه - أقربَ أسبابها» (652).

ضياء الشام، دمشق، ط1/1440هـ - 2019م، وأما "تفسير سورة الكوثر وما يليها من السور" فسيطبع إن شاء الله في قسم الدراسات والبحوث في جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم بدبي.

(650) ينظر: الأعلام 4: 55.

(651) ينظر: معجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر 1: 299.

(652) تبيين معادن المعاني [1/أ] ، [2/ب].

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

كما نجده في كتابه: "تلخيص الكلام على مسألة الكلام" يقول في مقدمته: «فَتَلْخِصُ الكلام على مسألة الكلام مع غاية الإيجاز والتَّمام، قد أشار به مَنْ جَمَعَ أَشْتَاتَ فُضَائِلِ الأَنام، وله عَلَيَّ فَوَاضِلُ إِحْسَانٍ وَإِنْعَامٍ مَدَى اللَّيَالِي وَالْأَيَّامِ...»، ثم وصفه بأوصاف عالية جليلة فقال: «مُحِبُّ الْمِلَّةِ وَالْحَقِّ وَالِدِينَ، كَهْفُ الْعُلَمَاءِ الْعَامِلِينَ، مَأْوَى الصُّلَحَاءِ الْعَابِدِينَ، نِظَامُ جِيوشِ الْإِسْلَامِ الْمُجَاهِدِينَ، مَعْهَدُ الْمُلُوكِ وَالسَّلَاطِينِ، ثِمَالُ (653) الْيَتَامَى وَالْأَرَامِلِ وَالْمَسَاكِينِ، وَجْهَةُ الصُّدُورِ الْأَكْرَمِينَ، نَشْرُ اللَّهِ أَلْوِيَّةَ السَّنَاءِ عَلَيْهِ، وَأَحْسَنَ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ إِلَيْهِ، وَلَا زَالَتْ نِعَمُ اللَّهِ الْكَرِيمِ عَلَيْهِ تَنْزَرًا، وَمَدَائِحُ أَثْنِيَّتِهِ بِكُلِّ لِسَانٍ تُقْرَأُ»، ثم قال: «فَحَرَكْتُ إِشَارَتَهُ الْعَالِيَةَ مِنْ نَشَاطِي لَلَامْتِثَالِ مَا كَانَ سَاكِنًا، وَرَجَوْتُ مِنْ سَعْدِ رَأْيِهِ الْكَرِيمِ أَنْ أَكُونَ لِمُرَادِهِ طَابِنًا (654)، وَأَنْ يَكُونَ عَوْنُ الْأَقْدَارِ لِي بِتَهْذِيبِهِ وَبَيَانِهِ وَحُسْنِ تَرْتِيبِهِ ضَامِنًا، وَعَنْ كُلِّ خَطِيٍّ وَخَطَلٍ ضَابِتًا (655) وَصَانِنًا» (656).

ومما سبق نستطيع القطع بأن من أشار عليه بتأليف هذين الكتابين هو أحد شيوخه الذين يثق بهم ويُجْلُّهم، وله منزلة عالية وأثر كبير في مجتمعه، إلا أنه في كَلا الموضوعين لم يذكر لنا من هو المراد بهذا المدح والثناء.

خامسًا: النسخ الخطية المعتمدة في التحقيق: لهذا الكتاب نسختان حَظَّيتان:

النسخة الأولى: وهي من مخطوطات الخزانات الحَبَسِيَّة في المغرب، من الزاوية الحَمَزِيَّة العيَاشِيَّة بِإِقْلِيم الرِّشِيدِيَّة، من مجموع برقم: (214)، عدد أوراقها: (27)، وأسطرها: (9)، وقد كُتِبَتْ بَخَطِ نَسْخِي وَاضِحٍ، وَمَيَّزَ النَّاسِخَ بَعْضَ الْكَلِمَاتِ بِاللَّوْنِ الْأَحْمَرِ، وَهِيَ نَسْخَةٌ نَفِيسَةٌ مُقَابِلَةٌ وَمُصَحَّحَةٌ عَلَى نَسْخَةِ الْمُؤَلِّفِ، وَعَلَيْهَا خَطُّهُ، فَقَدْ كَتَبَ فِي آخِرِ الْمَخْطُوطِ: قُوبِلَ وَصُحِّحَ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ، كَتَبَهُ مُؤَلِّفُهُ - عفا الله عنه - فِي شَهْرِ سَنَةِ (773هـ)، وَحَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ.

وقد اعتمدتها أصلًا في التحقيق، ورمزت لها بالحرف (ح).

(653) يقال: فلان ثِمَالُ قَوْمِهِ، أَي: غِيَاثٌ لَهُمْ يَقُومُ بِأَمْرِهِمْ. ينظر: الصحاح 4: 1649، مادة: ثمل.
(654) الطَّبَنُ: الْفِطْنَةُ، وَطَبْنُ الرَّجُلِ طَبَانَةٌ: إِذَا فُطِنَ فُطَانَةً، وَرَجُلٌ طَبِنَ وَطَبْنَةً: فُطِنَ. ينظر: جمهرة اللغة 1: 361، الصحاح 6: 2157، مادة: طبن.
(655) ضَبِثَ عَلَى الشَّيْءِ: إِذَا قَبِضَ عَلَيْهِ بِكَفِهِ قَبْضًا شَدِيدًا، وَالضَّبْثُ: الْقَاوُكُ بِذِكِّ بَجْدٍ فِيمَا تَعْمَلُهُ. ينظر: جمهرة اللغة 1: 259، الصحاح 1: 285، لسان العرب 2: 162، مادة: ضبث.
(656) ينظر: تلخيص الكلام في مسألة الكلام [1/أ]، [2/ب].

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

النسخة الثانية: وهي من مخطوطات دار الكتب المصرية، رقمها في المصدر (499) تفسير تيمور، عدد أوراقها: (9)، وأسطرها: (15)، وقد كتبت بخط نسخي رديء، ونُسبت خطأ لعبد الكريم بن محمد السمعاني المروزي الشافعي (ت562هـ)، وذلك بحسب لوحة العنوان التي نُسب فيها المخطوط للسمعاني، حصلت على نسخة منها من مركز جمعة الماجد بدمبي، وهي عندهم برقم: (903712) منسوبة لأبي سعد السمعاني، وقد رمزت لها بالحرف (د).

سادساً: مصادر المؤلف وكتبه التي أشار إليها: لم يذكر ولي الدين المَلَوِي في كتابه هذا أي مصدر، واكتفى بذكر عبارات مجملة مبهمة كقوله: (قال بعض الصديقين) (657)، وقوله: (ميز الأئمة) (658)، وقوله: (تكفل به مؤلفو كتب التفسير من علماء الأمة وأكابر الأئمة) (659)، وقوله: (قال كبار متقدمي الأئمة ومتأخريهم) (660). إلا أنه أشار في موضعين إلى بعض كتبه، فذكر كتابه: (رسائل الوسائل) [2/ب]، و(تلخيص الكلام في مسألة الكلام) [3/ب]، وذلك لمن يرغب في التوسع في بعض ما ذكره ولم يُرد التوسع فيه.

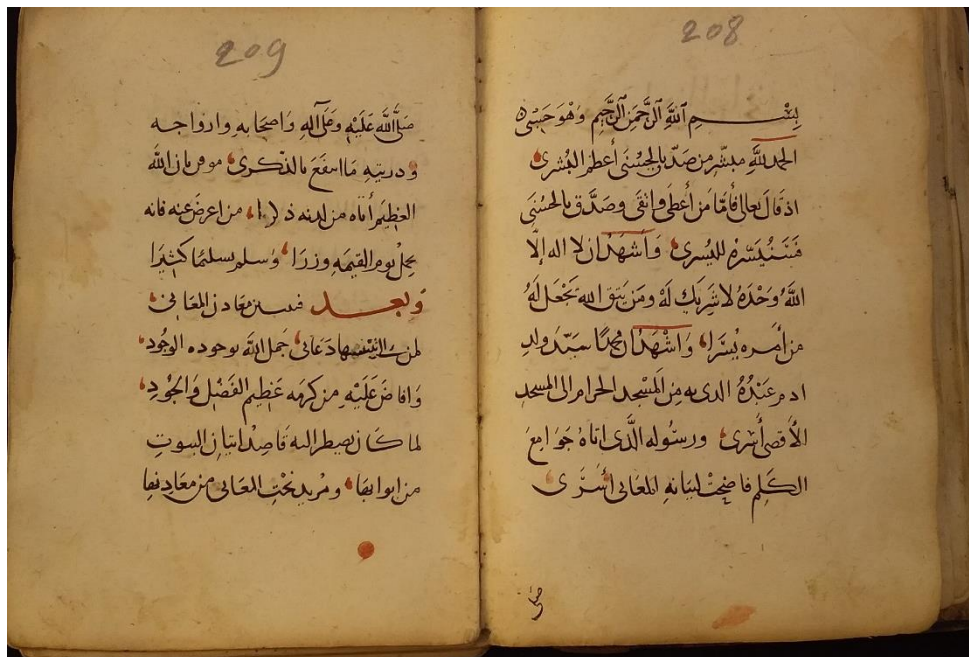
و"رسائل الوسائل": ذكره المَلَوِي في كتابه: "إفهام الأفهام في شرح عقيدة العزّ بن عبد السلام" (661)، وأشار إلى أن من أبوابه: نجائب النجباء، ومناهج المباحج، ولم أقف له على نسخة مخطوطة.

سابعاً: صور من النسخ الخطية:

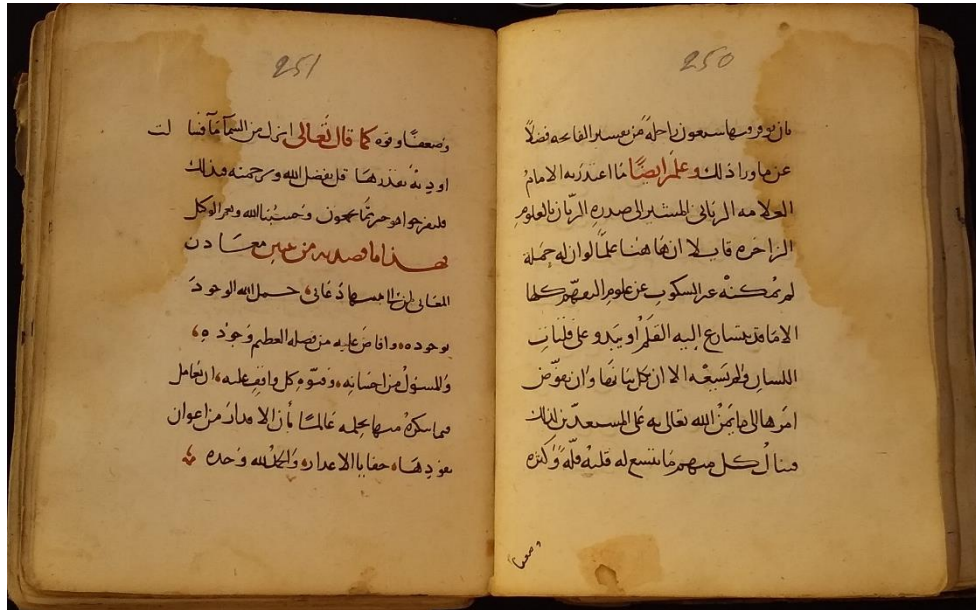
-
- (657) ينظر: تبيين معادن المعاني [3/أ].
(658) ينظر: المصدر السابق [4/ب].
(659) ينظر: المصدر السابق [7/ب].
(660) ينظر: المصدر السابق [18/ب].
(661) إفهام الأفهام (ص: 74).



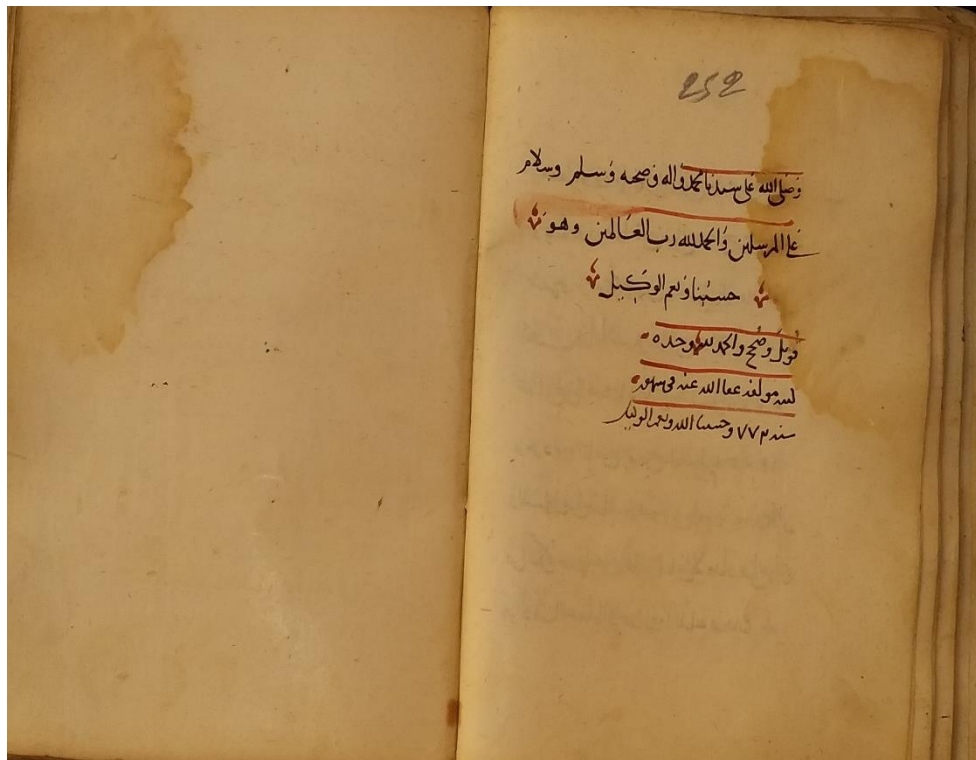
صفحة العنوان من نسخة الخزانة الحمزية العياشية بالمغرب (ح)



الورقة الأولى من نسخة الخزانة الحمزية العياشية بالمغرب (ح)

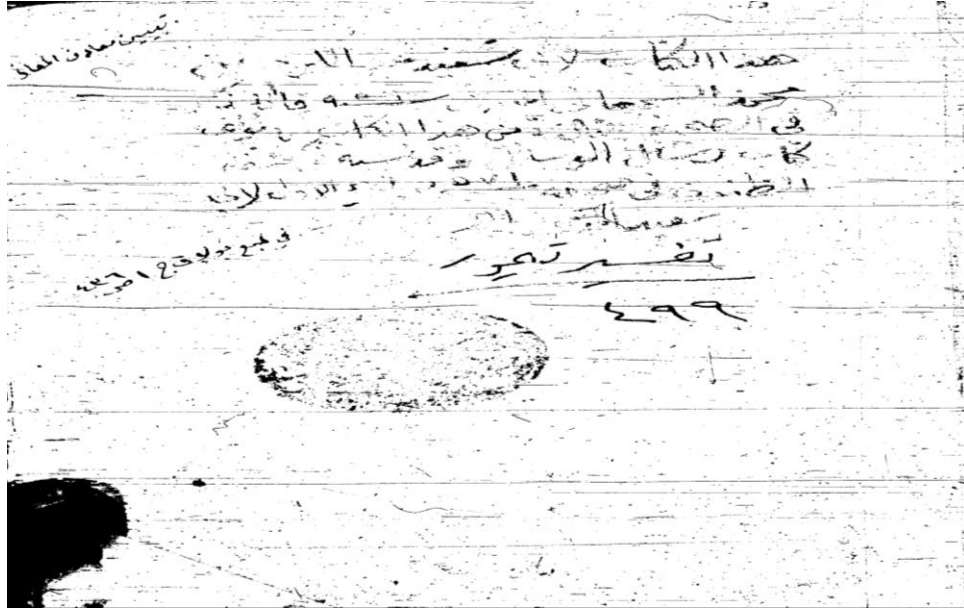


الورقة قبل الأخيرة من نسخة الخزنة الحمزية العياشية بالمغرب (ح)

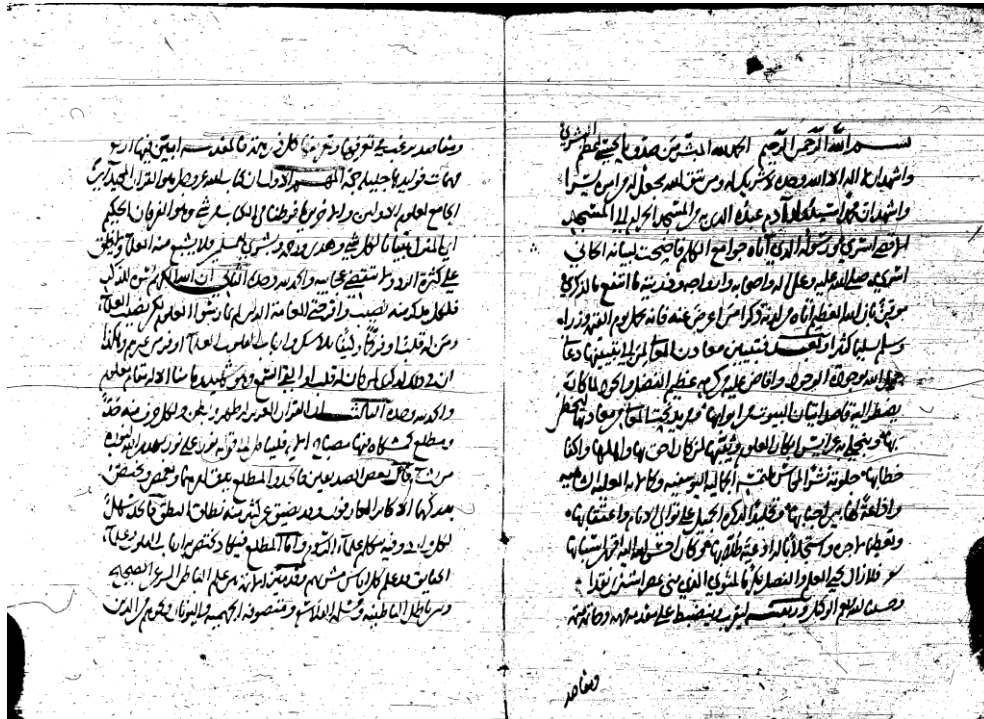


الورقة الأخيرة من نسخة الخزنة الحمزية العياشية بالمغرب (ح)

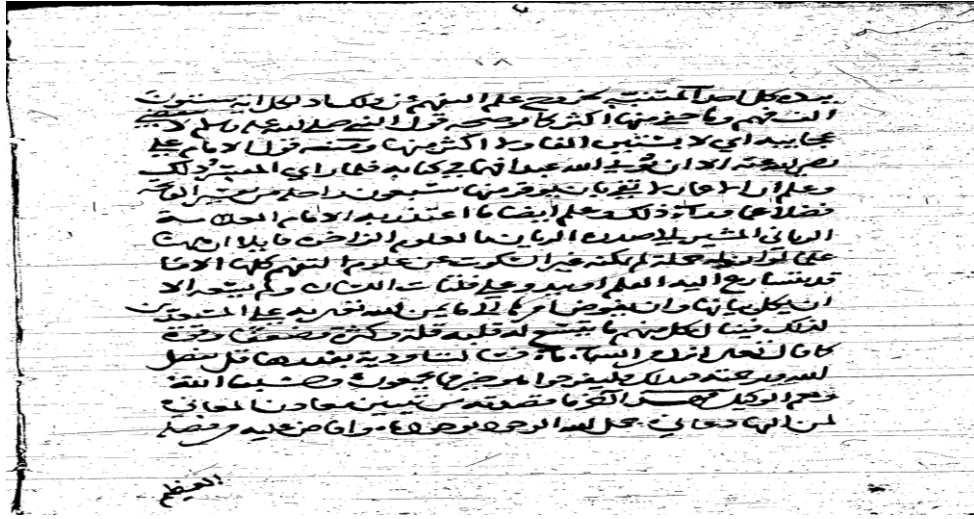
تبیین معادن المعانی لمن إلى تبیینها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)



صفحة العنوان لنسخة دار الكتب المصرية (د)



صفحة العنوان لنسخة دار الكتب المصرية (د)



الصفحة الأخيرة من نسخة دار الكتب المصرية (د)

ثامناً: منهج التحقيق والتعليق:

- 1- نَسْخُ المخطوط وكتابته بحسب رسم وقواعد الإملاء الحديثة.
- 2- مقابلة نص الكتاب بالنسخة الخطيَّة، وإثبات الفروق الضرورية بين النسخ، وإهمال ما لا فائدة منه مما يقع فيه النساخ عادة من تصحيف وتحريف.
- 3- ضبط النص ضبطاً يزيل اللبس والغموض عنه.
- 4- استعمال علامات التَّرقيم المعتادة في النص، والاعتناء بتفكير الكلام فيه.
- 5- نقل الآيات القرآنيَّة من المصحف الإلكتروني للمدينة المنوَّرة، مع ذكر السُّورة ورقم الآية، بعدها مباشرة.
- 6- تخريج الأحاديث النَّبويَّة والآثار من مصادرها في كتب السُّنة حسب أصول التخريج العلمية المعتمدة، مع بيان درجتها، والاقتصار على الصحيحين عند ورود الحديث فيهما.
- 7- تخريج الأبيات الشعرية التي استشهد بها المؤلَّف وعزوها لأصحابها إن وجد.
- 8- استعمال الأقواس المزهرة للآيات، وأقواس التنصيص للأحاديث والنصوص، والقوسين المغلقين لصفحات المخطوط.
- 9- ذكر مصادر ومراجع الدراسة والتحقيق في نهاية البحث.

القسم الثاني: التحقيق

بسم الله الرحمن الرحيم

[1/ب]

وهو حسبي

الحمد لله مُبَشِّر (662) مَنْ صَدَّقَ بِالْحُسْنَى أَعْظَمَ الْبُشْرَى، إِذْ قَالَ تَعَالَى: "فَأَمَّا مَنْ
أَعْطَى وَاتَّقَى * وَصَدَّقَ بِالْحُسْنَى * فَسَنُيَسِّرُهُ لِلْيُسْرَى" [الليل: ٥ - ٧]، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا
إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، "وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا" [الطلاق: ٤]،
وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا سَيِّدَ وَلَدِ آدَمَ عَبْدُهُ الَّذِي بِهِ مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى
أَسْرَى، وَرَسُولُهُ الَّذِي آتَاهُ جَوَامِعَ الْكَلِمِ فَأُضَحَّتْ لِبَيَانِهِ الْمَعَانِي (663) أَسْرَى، صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَأَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ مَا انْتَفَعَ بِالذِّكْرِ مَوْقِنٌ بِأَنَّ اللَّهَ الْعَظِيمَ آتَاهُ
مِنْ لَدُنْهُ ذِكْرًا، "وَقَدْ آتَيْنَاكَ مِنْ لَدُنَّا ذِكْرًا" [طه: 99]، وَسَلَّمْ تَسْلِيمًا كَثِيرًا.

[1/أ]

وبعد، فَتَبَيَّنُ مَعَادِنَ الْمَعَانِي لِمَنْ إِلَى تَبْيِينِهَا دَعَانِي - جَمَلَ اللَّهُ بُجُودَهُ الْوُجُودَ،
وَأَفَاضَ عَلَيْهِ مِنْ كَرَمِهِ عَظِيمَ الْفَضْلِ وَالْجُودِ - لَمَّا كَانَ يَضْطَرُّ إِلَيْهِ (664) قَاصِدُ إِتْيَانِ
الْبُيُوتِ مِنْ أَبْوَابِهَا، وَمُرِيدُ نَحْتِ الْمَعَانِي مِنْ مَعَادِنِهَا/ لِيَحْظِيَ بِهَا، وَتَنْجَلِيَ بِهِ عَرَائِصُ
أَبْكَارِ الْعُلُومِ وَثَبِّيَّهَا، لِمَنْ كَانَ أَحَقُّ بِهَا وَأَهْلُهَا، وَأَكْفَأُ خُطَابِهَا، جَلَوْتُهُ نَشْرًا لِمَحَاسِنِ
مُلْتَمَسِهِ (665) الْجَمَالِيَّةِ الْيُوسُفِيَّةِ، وَكَمَالَاتِهِ الْعَلِيَّةِ الشَّاهِيَّةِ (666)، وَإِذَاعَةً لَهَا بَيْنَ
أَحْبَابِهَا (667)، وَتَخْلِيدًا لِذِكْرِهِ (668) الْجَمِيلِ عَلَى تَوَالِي الْأَيَّامِ وَاعْتِقَابِهَا، وَتَعْظِيمًا

[2/ب]

(662) في (د): المبشر.

(663) في (د): الحاني.

(664) أي: كتابه "تبیین معادن المعاني".

(665) يقصد الشيخ الذي أشار عليه بتأليف هذا الكتاب.

(666) نسبة لكلمة شاه، وهي فارسية تعني: ملك، والشاهية: المَلَكِيَّة.

(667) أي: نشرًا لمعادن المعاني بين من يحبها.

(668) أي: لذكر الشيخ الذي أشار عليه بذلك.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

لأجره(669)، واستجلاباً له أَدْعِيَةَ طُلَّابِهَا(670)، إذ كان(671) - أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْهِ - أقوى أسبابها(672).

(شعر)(673):

[2 / أ]

فلا زَالَ يُحْيِي الْعِلْمَ وَالْفَضْلَ مُكْرَمًا لِمَتَوَى الَّذِي مَتَّى بِمَصْرَ اشْتَرَى نَقْذًا(674)

وحسبنا الله ونعم الوكيل.

وَرَتَّبَتْهُ - لِيَقْرَبَ وَيَنْضَبِطَ - عَلَى مُقَدِّمَةِ مُهِمَّةٍ، وَخَاتَمَةِ مُتَمَّةٍ، وَمَقَاصِدَ يَزْغَبُ فِي تَعْرِفِهَا وَتَعْرِيفِهَا كُلُّ ذِي هِمَّةٍ.

فَالْمُقَدِّمَةُ: نَبِيْنُ(675) فِيهَا أَرْبَعُ مُهِمَّاتٍ، فَوَائِدُهَا جَلِيلَةٌ جَمَّةٌ:

[3 / ب]

المُهِمُّ الْأَوَّلُ: أَنَّ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ هُوَ الْقُرْآنُ الْمَجِيدُ، أَي: الْجَامِعُ لِعُلُومِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ،/ "مَا قَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ" [الأنعام: ٣٨]، وَهُوَ الْفُرْقَانُ الْحَكِيمُ، أَي: الْمُنَزَّلُ "تَنْبِيْئًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهْدَى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ" [النحل: ٨٩]، «فَلا تَشْبَعُ(676) مِنْهُ الْعُلَمَاءُ(677)، وَلَا يَخْلُقُ عَلَى كَثْرَةِ الرَّدِّ(678)، وَلَا تَنْقُضِي عَجَائِبُهُ»(679)، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ.

(669) أي: لمثوبة الشيخ.

(670) أي: أدعية المنتفعين بهذه المعاني التي نشرها في كتابه.

(671) في (د): وكان.

(672) أي: تأليف هذه الرسالة.

(673) لم أعرف قائله.

(674) لم أعرف قصده.

(675) في (د): أبين.

(676) في (د): يشبع.

(677) أي: لا يُحِيطُ عِلْمُهُمْ بِكَفِّهِ فَيَقْفُوا عَنْ طَلْبِهِ وَقِفَتْ مِنْ شَبَعٍ عَنْ مَطْعُومٍ، فَإِنَّ النَّظَرَ فِيهِ لَا يَنْتَهِي إِلَى حَدٍّ إِلَّا وَهُوَ بَعْدُ طَالِبٌ لِحَقَائِقِهِ، بَاحِثٌ عَنْ دَقَائِقِهِ. ينظر: قوت المغتذي للسيوطي 2: 729.

(678) أي: لا يزول رَوْفُهُ وَلَذَّةُ قِرَائَتِهِ وَاسْتِمَاعِهِ عَنْ كَثْرَةِ تَرْدَادِهِ عَلَى أَلْسِنَةِ التَّالِينَ، وَتَكَرُّارِهِ عَلَى أَذَانِ الْمُسْتَمِعِينَ، عَلَى خِلَافِ مَا عَلَيْهِ كَلَامُ الْمَخْلُوقِينَ. ينظر: قوت المغتذي 2: 729.

(679) جزء من حديث الحارث الأعور عن علي رضي الله عنه، أخرجه الترمذي في ثواب القرآن، باب: في فضل القرآن 5: 172، برقم: 2906 وقال: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه

تبين معادن المعاني لمن إلى تبينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

المُهِمُّ الثَّانِي: أَنَّ اللهَ الْكَرِيمَ يَسِّرُهُ لِلذِّكْرِ، فَلِكُلِّ مُذَكِّرٍ مِنْهُ نَصِيبٌ وَافِرٌ، حَتَّى الْعَامَّةُ الَّذِينَ لَمْ يُمَارِسُوا الْعُلُومَ، لَكِنْ نَصِيبُ الْعُلَمَاءِ وَمَنْ لَهُ قَلْبٌ أَوْفَرُ كَمَا وَكِفًا بِلَا شَكٍّ، وَأَرْبَابُ الْقُلُوبِ الْعُلَمَاءُ أَوْفَرُ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَهَكَذَا، "إِنَّ فِي ذَلِكَ لَذِكْرًا لِمَنْ كَانَ لَهُ قَلْبٌ أَوْ أَلْقَى السَّمْعَ وَهُوَ شَهِيدٌ" [ق: ٣٧]، "وَمَا مِنَّا إِلَّا لَهُ مَقَامٌ مَعْلُومٌ" [الصافات: ١٦٤]، والحمد لله وَحْدَهُ.

المُهِمُّ الثَّالِث: أَنَّ الْقُرْآنَ الْعَزِيزَ لَهُ ظَهْرٌ وَبَطْنٌ (680)، وَلِكُلِّ حَرْفٍ مِنْهُ حَدٌّ (681) وَمُطْلَعٌ (682)، "كَمْشَكَاةٍ فِيهَا مِصْبَاحٌ" [النور: ٣٥] الْآيَةُ، فَلْيَتَأَمَّلْ إِلَى قَوْلِهِ: "نُورٌ عَلَى نُورٍ" يَهْدِي اللَّهُ لِنُورِهِ مَنْ يَشَاءُ" [النور: ٣٥].

وإسناده مجهول، وفي الحارث مقال. وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه 10: 482 برقم: 30629، وأحمد في المسند 1: 91 برقم: 704، والدارمي في باب: فضل من قرأ القرآن 4: 2099 برقم: 3375، والبزار في مسنده 3: 71 برقم: 836 وإسناده جيد، والفرابي في فضائل القرآن (ص: 182) وإسناده جيد، والبيهقي في شعب الإيمان 3: 335، برقم: 1788، وذكره البغوي في شرح السنة 4: 438، وابن الأثير في جامع الأصول 8: 461 برقم: 6231.

(680) ورد هذا التعبير في حديث مرفوع، فعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أنزل القرآن على سبعة أحرف، لكل آية منه ظهْرٌ وبطنٌ، ولكل حَرْفٍ مُطْلَعٌ» وهذا الحديث أخرجه الطبري في تفسيره 1: 23، وأبو يعلى في مسنده في موضعين 9: 80، برقم: 5149، 9: 278، برقم: 5403، وابن حبان في صحيحه 1: 276، برقم: 75، والطبراني في الكبير 10: 105، برقم: 10127، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد 7: 316، برقم: 11579 وقال: رواه البزار وأبو يعلى والطبراني في الأوسط، رجال أحدهما ثقات. قال الزركشي في البرهان 2: 169: "أما قوله: «ظهر وبطن» ففي تأويله أربعة أقوال: أحدها - وهو قول الحسن -: إنك إذا بحثت عن باطنها وقستة على ظاهرها وقفت على معناها، الثاني- قول أبي عبيدة-: إن القصص ظاهرها الإخبار بهلاك الأولين وباطنها عظة للآخرين، الثالث - قول ابن مسعود رضي الله عنه-: إنه ما من آية إلا عمل بها قوم، ولها قوم سيعملون بها، الرابع - قاله بعض المتأخرين-: إن ظاهرها لفظها وباطنها تأويلها، وقول أبي عبيدة أقربها. وقال: "وأما قوله: «ولكل حرف حد» ففيه تأويلان: أحدهما: لكل حرف منتهى فيما أراد الله من معناه، الثاني: معناه أن لكل حكم مقداراً من الثواب والعقاب، وأما قوله: «ولكل حد مُطْلَعٌ» ففيه قولان: أحدهما: لكل غامض من المعاني والأحكام مُطْلَعٌ يَتَوَصَّلُ إِلَى معرفته ويوقف على المراد به، والثاني: لكل ما يستحقه من الثواب والعقاب مُطْلَعٌ يُطْلَعُ عَلَيْهِ فِي الآخرة، وبراه عند المجازاة، وقال بعضهم: منه ما لا يعلم تأويله إلا الله الواحد القهار، وذلك آجال حادثة في أوقات آتية كوقت قيام الساعة والنفخ في الصور ونزول عيسى بن مريم وما أشبه ذلك". وينظر: الإتيان للسيوطي 4: 225، 226.

(681) الْحَدُّ فِي اللُّغَةِ: الْحَاجِزُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ، لَوْلَا يَخْتَلِطُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ، أَوْ لَوْلَا يَتَعَدَّى أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ، وَحَدُّ الشَّيْءِ: مَنَتَاهُ، وَالْحَدُّ: الْفَصْلُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ، وَالتَّحْدِيدُ مِثْلُهُ. ينظر: الصحاح 2: 462، لسان العرب 3: 140، مادة: حدد.

(682) الْمُطْلَعُ: الْمَأْتَى، يُقَالُ: أَيْنَ مُطْلَعُ هَذَا الْأَمْرِ، أَي: مَأْتَاهُ، وَالْمُطْلَعُ: مَكَانُ الْإِطْلَاعِ مِنْ مَوْضِعٍ عَالٍ. ينظر: الصحاح 3: 1254، مقاييس اللغة 3: 421، لسان العرب 8: 235، مادة: طلع.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

قال بعض الصديقيين: "فالحَدُّ والمُطَّلَعُ يَدُقُّ أَمْرُهُمَا وَيَعْمُضُ، وَيَخْتَصُّ بِدَرْكِهِمَا الأَكَابِرُ العارِفون، وقد يَضِيقُ عن كثير منه نِطاقُ النُّطْقِ، والظَّهَرُ (683)/ سَهْلٌ لِكُلِّ وَارِدٍ، وفيه يَتَكَلَّمُ عُلَمَاءُ الرُّسُومِ، وَأَمَّا البَطْنُ (684) فَيَكَاذُ يَخْتَصُّ بِهِ أَرْبَابُ القُلُوبِ وعُلَمَاءُ الحَقَائِقِ، "قَدْ عَلِمَ كُلُّ أَنَاسٍ مَشْرَبُهُمْ" [البقرة: ٦٠، الأعراف: 160]" (685). وقد مَيَّزَ الأئِمَّةُ بين عِلْمِ البطن الشَّرْعِيِّ الصَّحِيحِ، وبين باطلِ الباطنيَّةِ (686) ومسلمةِ الفلاسفةِ ومُتَصَوِّفَةِ الجَهْمِيَّةِ (687) واليُونانِ ونَحْوِهِم، مِنَ الَّذِينَ "يَسْمَعُونَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ يُحَرِّفُونَهُ مِنْ بَعْدِ مَا عَقَلُوهُ وَهُمْ يَعْلَمُونَ" [البقرة: ٧٥]، والحمد لله وَحْدَهُ.

المُهِمُّ الرَّابِعُ: التَّدْبِيرُ مُنْخَصِرٌ مَضْبُوطٌ، يَصِلُ إِلَيْهِ/مُحَاوَلُهُ مَنْ كَانَ، "أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ أَمْ عَلَى قُلُوبٍ أَقْفَالُهَا" [محمد: ٢٤]، "كِتَابُ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ مُبَارَكٌ لِيَدَّبَّرُوا آيَاتِهِ وَلِيَتَذَكَّرَ أُولُو الْأَلْبَابِ" [ص: ٢٩]. **والتَّفَهُُّمُ:** لَا يَنْحَصِرُ، وَمِنْهُ تُوقَّرُ سَبْعُونَ رَا حَلَةً مِنْ تَفْسِيرِ فَاتِحَةِ الْكِتَابِ (688)، وفيه تَفَاوُثُ الْمَرَاتِبِ.

(683) في (د): فالحَدُّ.

(684) في (د): المُطَّلَعُ.

(685) نقل البقاعي هذه العبارة منسوبة للمؤلف من كتابه تبيين معادن المعاني، ينظر: مصاعد النظر 1: 378، وقد قال الزركشي في البرهان في حديثه عن حاجة المُفَسِّرِ إلى الفهم والتبحر في العلوم 2: 154: "وللِكُلِّ وصف ظاهر وباطن، وَحَدٌّ وَمُطَّلَعٌ، فالظاهر التلاوة، والباطن الفهم، والحَدُّ إحكام الحلال والحرام، والمُطَّلَعُ أي: الإشراف من الوعد والوعيد".

(686) يُقصد بهم كُلُّ الفرق والنحل التي تَأَوَّلَتِ الْقُرْآنَ وَالسُّنَنَ وَأَحْكَامَ الشَّرِيعَةِ عَلَى النَحْوِ الَّذِي يُوَافِقُ باطلهم الذي اعتقدوه، وقد لَقَّبُوا بالباطنية، لقولهم: إِنَّ لِكُلِّ ظَاهِرٍ باطناً، وَلِكُلِّ تَنْزِيلٍ تَأْوِيلٍ، وليست الباطنية بِكُلِّ فرقها من مِلَّةِ الْإِسْلَامِ فِي شَيْءٍ، فقد شاركوا التَّنَوُّيَّةَ فِي اعتقاداتهم، والمجوس فِي تصرفاتهم، وَضَرَرُ الباطنية عَلَى المسلمين أَعْظَمُ مِنْ ضَرَرِ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَسَائِرِ أَصْنَافِ الْكُفْرِ، وقد ظهرت الباطنية فِي زمن المأمون، وانتشرت فِي زمن المعتصم. ينظر: الفرق بين الفرق (ص: 16، 265-271)، المَلَلُ والنحل للشهرستاني 1: 172، 190.

(687) الْجَهْمِيَّةُ: نسبة إلى جَهْمِ بْنِ صَفْوَانَ، أَبِي مُحَرَّرٍ، مَوْلَى بَنِي رَاسِبٍ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ خُرَاسَانَ، وَقَدْ تَتَلَمَّذَ عَلَى الْجَعْدِ بْنِ دِرْهَمٍ، كَمَا اتَّصَلَ بِمُقَاتِلِ بْنِ سُلَيْمَانَ مِنَ الْمُرْجَنَةِ، وَكَانَ الْجَهْمُ كَاتِبًا لِلْخَارِثِ بْنِ سُرَيْجٍ مِنْ رُعَمَاءِ خُرَاسَانَ، وَخَرَجَ مَعَهُ عَلَى الْأُمَوِيِّينَ، فَقُتِلَ بِمَرَوْ سَنَةَ (128 هـ). ينظر: مقالات الإسلاميين (ص: 132-141 - 279)، الْفُرْقُ بَيْنَ الْفِرَقِ (ص: 199)، الْمَلَلُ وَالنَّحَلُ 1: 85.

(688) تُسبِ مِثْلُ هَذَا الْمَعْنَى لِسَيِّدِنَا عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَدْ قَالَ السُّيُوطِيُّ فِي الْإِتْقَانِ 4: 230: "قال ابن أبي جَمْرَةَ: عن علي رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: لو شِئْتُ أُوقِرُ سَبْعِينَ بَعِيرًا مِنْ تَفْسِيرِ أَمِّ الْقُرْآنِ لَفَعَلْتُ"، وينظر: التفسير والمفسرون 1: 68 لمحمد حسين الذهبي.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

قال الإمام علي رضي الله عنه وقد أدهشت (689) منه علياً (690) لوامع أنوار أعلام
«أنا مدينة العلم وعلي بابها» (691): «ما خصنا رسول الله ﷺ بشيء عن الناس إلا أن
يؤتي الله عبداً فهماً في كتابه» (692)، "ولو أنما في الأرض من شجرة أقلام والبحر
يمدّه من بعده سبعة أبحر ما نفدت كلمات الله" [لقمان: ٢٧].

[٥/ب]

وقد بيّنا معنى كلٍّ منهما (693) في "رسائل الوسائل" (694) وغيره.

(689) الدهش: التَّحِيرُ، ودَّهَابُ العقل من الدَّهْل والوَلَه. ينظر: تهذيب اللغة 6: 50، الصحاح 3: 1006،
مادة: دهش.

(690) في (د): غلبات.

(691) أخرجه الترمذي في سننه عن علي رضي الله عنه بلفظ: «أنا دارُ الحكمة» 5: 637، برقم: 3723 وقال: حديث غريب منكر، والطبراني في الكبير 11: 65، برقم: 11083 عن ابن عباس،
والحاكم في المستدرک 3: 137، برقم: 4637 وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي فقال:
بل موضوع، وأخرجه كذلك برقم: 4638، وبرقم: 4639 عن جابر، وفي سننه أحمد بن عبد الله بن
يزيد الحراني، قال عنه الذهبي: دَجَّال كَذَّاب، وقد بيّن أقوال العلماء والمُحدِّثين في هذا الحديث عدد من
العلماء، منهم: الزُّركشي في اللآلئ المنتثرة (ص: 163)، والسَّخاوي في المقاصد الحسنة (ص: 169)،
والسيوطي في الثُّرر المنتثرة (ص: 57)، وغيرهم فتتظر، وقال المناوي في فيض القدير ملخصاً 3:
47: "قال الذهبي كابن الجوزي: موضوع، وقال أبو زُرعة: كم خلق افتضحوا به، وقال ابن معين: لا
أصل له، وقال الدارقطني: غير ثابت، وقال الترمذي عن البخاري: منكر، وتعقبه جمع من الأئمة، منهم
الحافظ العلائي فقال: من حكم بوضعه فقد أخطأ، والصَّواب أنه حسن باعتبار طريقه، لا صحيح ولا
ضعيف، وليس هو من الألفاظ المنكرة الذي تأباها العقول، بل هو كخبر: «أرأيت أمِّي بأمتي أبو بكر»،
وقال الزركشي: الحديث ينتهي إلى درجة الحسن المحتج به، ولا يكون ضعيفاً، فضلاً عن كونه موضوعاً،
وفي لسان الميزان: هذا الحديث له طرق كثيرة في المستدرک، أقلُّ أحوالها أن يكون للحديث أصل، فلا
ينبغي إطلاق القول عليه بالوضع". قال السيوطي في الثُّرر المنتثرة (ص: 57): "قلت: وكذا قال شيخ
الإسلام ابن حجر في فتوى له: وقد بسطتُ كلام العلائي وابن حجر في التعقبات التي لي على
الموضوعات".

(692) لم أعر على هذا اللفظ بهذه الصيغة، إلا أن ألفاظها ومعانيها رُويت في أحاديث، ففي صحيح
مسلم في الأضاحي، باب: تحريم الذبح لغير الله تعالى 3: 1567، برقم: 1978 عن أبي الطفيل أنه قال:
سئل علي، أخصكم رسول الله ﷺ بشيء؟ فقال: ما خصنا رسول الله ﷺ بشيء لم يعم به الناس كافةً، إلا
ما كان في قراب سيفي هذا، قال: فأخرج صحيفة مكتوب فيها: «لعن الله من دَبَّح لغير الله، ولعن الله من
سرق منار الأرض، ولعن الله من لعن والده، ولعن الله من أوى مُحذِثاً»، وفي صحيح البخاري في
الديات، باب: فكأك الأسير 3: 1110، برقم: 2882 عن أبي جحيفة رضي الله عنه قال: قلت لعلي
رضي الله عنه هل عندكم شيء من الوحي إلا ما في كتاب الله؟ قال: والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما
أعلمه، إلا فهماً يُعطيه الله رجلاً في القرآن، وما في هذه الصحيفة، قلت: وما في الصحيفة؟ قال: العقلُ
وفكأك الأسير، وأن لا يُقتل مُسلمٌ بكافر»، وعند النسائي في القسامة، باب: سقوط القود من المسلم للكافر
8: 23، برقم: 4744 بلفظ: «سألنا علياً، فقلنا: هل عندكم من رسول الله ﷺ شيء سوى القرآن؟ فقال:
«لا، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة، إلا أن يُعطي الله عزَّ وجلَّ عبداً فهماً في كتابه، أو ما في هذه
الصحيفة».

(693) يقصد: معنى التدبّر والتفهُم.

(694) وهو من كتبه، وقد ذكره في إلهام الأفهام في موضعين (ص: 74، 140)، وأشار إلى أن
من أبوابه: نجائب النجباء، ومناهج المباحج، ولم أعر على نسخة مخطوطة للكتاب بعد.

[الفرق بين التدبر والتفهم]

وَمُلَخَّصُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا:

أَنَّ التَّدْبِيرَ: عِلْمُ الْعِبَارَةِ وَمَا لَهَا مِنْ مَنْطُوقٍ وَمَفْهُومٍ وَمَعْنُوعٍ، وَفَهْمٌ مَدْلُولِ اللَّفْظِ صَرِيحًا أَوْ إِفْصَاحًا (695).

وَالْتَفَهُمُ: عِلْمُ الْإِشَارَةِ وَإِدْرَاكُ اللَّوْازِمِ وَالْإِفْهَامِ وَالْإِيمَاءِ وَالْمُتَعَلِّقَاتِ، وَمَقَاصِدِ الْمُتَكَلِّمِ مِنْ إِيرَادِ كَلَامِهِ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ.

[٥ / أ]

مثالٌ يُوَضِّحُ هَذَا: مَنْ قَالَ: "لَمْ أَكُلْ مِنْذُ سَبْعٍ"، تَدَبَّرَهُ وَاضِحٌ، وَتَفَهُمُهُ: إِمَّا/ إدراكُ انقطاعِهِ عَنْ ذَوْقِ مَطَاعِمِ الْمُعَامَلَاتِ وَالْمَعَارِفِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، مُدُنْظَرٍ - بِتَفْرِيقَةٍ مُجَرَّدَةٍ عَنْ الْجَمْعِ - إِلَى الشُّؤُونِ الْمَجْمُوعَةِ فِي حَدِيثٍ: «خَلَقَ اللَّهُ تَعَالَى التُّرْبَةَ يَوْمَ السَّبْتِ» (696) إِلَى آخِرِهِ.

وَإِمَّا إدْرَاكُ خِفَّةِ بَدْنِهِ وَقِلَّةِ فَضْلَاتِهِ.

وَإِمَّا إدْرَاكُ فَاقَتِهِ وَجَدْبِ (697) مَكَانِهِ.

وَإِمَّا إدْرَاكُ تَهَاوُنِهِ أَوْ (698) عَجْزِهِ أَوْ شَوَاعِلِهِ.

(695) فِي (د): وَإِفْصَاحًا.

(696) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِي صِفَةِ الْقِيَامَةِ وَالْجَنَّةِ وَالنَّارِ، بَابِ: ابْتِدَاءِ الْخَلْقِ وَخَلْقِ آدَمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ 4: 2149، بِرَقْمٍ: 2789، وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ مَقَالٌ عِنْدَ أُنْمَةِ الْحَدِيثِ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ فِي اللَّائِي الْمَنْثُورَةِ فِي الْأَحَادِيثِ الْمَشْهُورَةِ (ص: 213): "فَهُوَ مِنْ غَرَائِبِهِ، وَقَدْ تَكَلَّمَ فِيهِ عَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ وَالْبُخَارِيُّ وَغَيْرُهُمَا مِنَ الْحَفَظِ، وَجَعَلُوهُ مِنْ كَلَامِ كَعْبٍ، وَأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ إِنَّمَا سَمِعَهُ مِنْ كَعْبِ الْأَحْبَارِ، لَكِنْ اشْتَبَهَ عَلَى بَعْضِ الرُّوَاةِ فَجَعَلَهُ مَرْفُوعًا، وَقَدْ أَجَازَ ذَلِكَ الْبَيْهَقِيُّ"، وَقَالَ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ فِي الْفَتَاوَى 17: 235: "هُوَ حَدِيثٌ مَعْلُولٌ، قَدْ حُدِّثَ فِيهِ أُنْمَةُ الْحَدِيثِ كَالْبُخَارِيِّ، قَالَ الْبُخَارِيُّ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى كَعْبٍ، وَقَدْ ذَكَرَ تَعْلِيلُهُ الْبَيْهَقِيُّ أَيْضًا وَبَيَّنَّا أَنَّهُ غَلَطَ، وَهُوَ مِمَّا أَنْكَرَ الْحَدَّاقُ عَلَى مُسْلِمٍ إِخْرَاجَهُ إِيَّاهُ"، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْ فِتَاوَاهِ 18: 18: "طَعَنَ فِيهِ مَنْ هُوَ أَعْلَمُ مِنْ مُسْلِمٍ، مِثْلُ: يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ وَمِثْلُ الْبُخَارِيِّ وَغَيْرِهِمَا، وَذَكَرَ الْبُخَارِيُّ أَنَّ هَذَا مِنْ كَلَامِ كَعْبِ الْأَحْبَارِ، وَطَائِفَةٌ اعْتَبَرَتْ صَحَّتَهُ، مِثْلُ: أَبِي بَكْرٍ ابْنِ الْأَنْبَارِيِّ وَأَبِي الْفَرَجِ ابْنِ الْجَوْزِيِّ وَغَيْرِهِمَا، وَالْبَيْهَقِيُّ وَغَيْرُهُ وَافَقُوا الَّذِينَ ضَعَّفُوهُ، وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ".

(697) الْجَدْبُ: نَقِيزُ الْخَصْبِ، وَمَكَانٌ جَدْبٌ وَجَدِيبٌ: بَيِّنُ الْجَدُوبَةِ. يَنْظُرُ: الصَّحَاحُ 1: 97، مَادَّةُ: جَدِبَ.

(698) فِي (د): وَ.

وإِذَا إدراكُ أَنْ غَيْرَهُ بخلافه.

وإِذَا إدراكُ حِرْصِهِ على الرِّياضة واهتمامِهِ بالزُّرواحانيَّات.

وإِذَا إدراكُ أَنَّهُ مُنْصَرَفٌ عن الاهتمام بشأن غيره.

وإِذَا إدراكُ طَلَبِهِ ما يَفُوتُهُ.

وإِذَا إدراكُ إخباره عن ضَعْفِ قَوَاه.

وإِذَا إدراكُ تسليته لِجَزَعِ هُلُوعٍ.

[6/ب]

وإِذَا إدراكُ رفضِهِ للأسباب،/ وفَكَه لزوم الحياة للغذاء، وإِذَا غيرُ ذلك.

وللتَّنْبُر علومُ الدِّرَاسَةِ الكَسْبِيَّةِ، وللتَّفْهُم علومُ الوراثة الوهبيَّة، "وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا" [طه: ١١٤]، والحمد لله وَحْدَهُ.

وَأَمَّا المقاصدُ:

فتشتمل على التعريف بما اعتاد أن يذكره مُتَدَبِّرُوا ظَهَرِ الْقُرْآن، ومُتَفَهِّمُوا بَطْنِهِ، تَحْرِيقًا لَهُمْ، وتنبيهًا لِلطُّلَّابِ على مَطَالِبِهَا العَالِيَةِ، وإرشادًا إلى مُطَّلَعِ كُلِّ حَرْفٍ، وهو المَاتِي الذي يُؤْتَى منه فَيُعَلِّمُ عِلْمُ الْقُرْآنِ العَزِيز، وإيقاظًا لِمَا تَتَّبِعُ به علومُ/ الْقُرْآنِ الحَكِيم، وَيُوسِّعُ مَجَالَ الكَلَامِ فيه والاستنباط منه، وإعلامًا بأهل كُلِّ جَنْسٍ، وذلك بِذِكْرِ ثَلَاثِ مُهِمَّاتٍ:

[6/أ]

أحدها: تفصيلُ العُلُومِ المُستفادَةِ (699) من كُتُبِ التَّفْسِيرِ.

وثانيها: ذِكْرُ بعضِ العُلُومِ التي لا يُوجد منها ما فيه شِفَاءُ الغَلِيلِ في شيء من التَّفاسِيرِ، أو في أَكْثَرِهَا، أو كَثِيرٍ منها، إنما الذي في نادرها منها نُعْبٌ (700) يسيرة وغير مُصَرَّحٍ بها.

(699) في (د): للاستفادة.

(700) النُّعْبَةُ: الجُرْعَةُ، وَجَمْعُهَا نُعْبٌ، وَنُعْبَ الْإِنْسَانُ يَنْعَبُ وَيَنْعَبُ نُعْبًا، وَهُوَ الْإِبْتِلَاغُ لِلرَّيْقِ، وَالْمَاءُ نُعْبَةٌ بَعْدَ نُعْبَةٍ، يَنْظُرُ: تَهْذِيبُ اللُّغَةِ لِلْأَزْهَرِيِّ 8: 139، أَبْوَابُ الْغَيْنِ وَالنُّونِ.

وثالثها: بيان ما يفتنُّ ذلك منه طالبه.

[7/ب]

فهي ثلاثة فصول:

الفصل الأول: [علوم معالم التنزيل]

الذي تكفل به مؤلفو كتب التفسير من علماء الأمة وأكابر الأئمة - رحمه الله ورضوانه عليهم أجمعين - وقاموا به أحسن قيام، هو علوم معالم التنزيل (701).

(شعر) (702) :

فمنه بهاء ما يملأ العين قُرّة (703) ويروي من الظمان كل غليل (704)

[تعريف معالم التنزيل وبيان علومه]

ومعالم التنزيل: دلائل الفهم ومجال ظهور معانيه، والطرق التي هي مذاهب الأذهان مما يقرؤه اللسان وتسمعه الأذان، ويكتبه/ البنان.

[7/أ]

وقد كشفنا (705) عن حقيقته في "تلخيص الكلام على مسألة الكلام" (706).

وغالب الأمر: أن علومه لا تزيد على عشرة؛ أربعة منها هي أركان الأدب، وثلاثة هي فنون البلاغة والفصاحة، وثلاثة هي مآثور (707) المرويات.

(701) وقد سمى الإمام البغوي، أبو محمد، محيي الدين، حسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي (ت510هـ) تفسيره بـ (معالم التنزيل)، وهو مختصر لتفسير أبي إسحاق الثعلبي (أحمد بن محمد ت427هـ) المسمى بـ (الكشف والبيان عن تفسير القرآن).

(702) لم أعرف قائله، ولكن كأنه معارضة لقول القاسم الحريري (ت516هـ) في مقاماته (ص: 524): رأيت بها ما يملأ العين قُرّة** ويسلي عن الأوطان كل غريب.

(703) قُرّة العين: ما قرّت به عينك من شيء تُسرُّ به. ينظر: جمهرة اللغة 1: 125.

(704) جمع غلة، والغلة: حرارة العطش والحزن. ينظر: جمهرة اللغة 2: 962.

(705) في (د): كشفت

(706) وهو كتاب للمؤلف في الحديث عن صفة الكلام الثابتة لله تعالى، ألفه بإشارة من شيخه، وسلك فيه مسلك الإيجاز، وجعله في مقدمة مهمة وخاتمة مُتَمَّة ومقصود يكشف فيه عن أقوال أئمة الفرق والميل، وتحقيق لمعنى الكلام، وقد عثرنا للكتاب على نسخة نفيسة مُقابِلَة ومُصحَّحة على نسخة المؤلف، وعليها خطه وتصحيحاته.

(707) في (د): مآثورات.

تبين معادن المعاني لمن إلى تبينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

فالأربعة الأدبية: معرفة الأوضاع (708)، والموارد اللغوية، وأحكام التغييرات التصريفية، وأحوال التركيبات النحوية، وأبحاث الاستنباط الأصلية.

[8/ب]

وثلاثة/ البلاغة: معرفة اللطائف، والنكت المعاني، ومعرفة حسن التعبير عن المقاصد بالأساليب البليغة (709) البيانية، ومعرفة أنواع الفصاحة، التي منها: التحسينات (710) المُنهجة البديعة.

والمرويات الثلاثة (711): معرفة وجوه الأداء القرآنية (712)، ومبينات أسباب النزول ونحوها، من القصص الخبرية، ووجوه النظم، والجمل من الآراء التفسيرية، وأكثرها سلفية (713).

[تعريف التفسير لغة واصطلاحاً]

ولهذا قيل: التفسير لغة: الكشف والبيان (714).

[8/أ]

واصطلاحاً: علم يُبحث فيه/ عن كيفية الطُّق بألفاظ القرآن، وعن أحكامها الإفرادية والتركيبية، ومدلولاتها ومعانيها العلمية، وتتمات لذلك (715)، كالأسباب والتواريخ ونحوها. فليُتأمل، والحمد لله وحده.

(708) أي: أصل وضع الألفاظ في اللغة.

(709) في (د): البليغة.

(710) في (د): المحسنات.

(711) في (د): وثلاثة المأثورات.

(712) أي: وجوه القراءات والأداء، والقراءة سنة مُتَّبعة يأخذها الآخر عن الأول. ينظر: جمال القراء للسخاوي (ص: 753)، النشر في القراءات العشر 1: 11، 35.

(713) أي: منسوبة إلى السلف من التابعين وتابعيهم.

(714) ينظر: تهذيب اللغة 12: 282، 283، الصحاح 2: 781، لسان العرب 5: 55.

(715) هذا تعريف أبي حيان للتفسير في مقدمة تفسيره البحر المحيط 1: 26، وينظر: الإتيان للسيوطي 4: 194، وقد عرف الزركشي التفسير في البرهان 1: 13 بقوله: "علم يُعرف به فهم كتاب الله المنزل على نبيه ﷺ، وبيان معانيه واستخراج أحكامه وحكمه، واستمداد ذلك من علم اللغة والنحو والتصريف وعلم البيان وأصول الفقه والقراءات، ويحتاج لمعرفة أسباب النزول والناسخ والمنسوخ..."، ويمكن أن يختصر التعريف بالقول: هو العلم الذي يؤدي إلى فهم المراد من الكتاب

الفصل الثاني: [جواهر علوم التنزيل]

فيه ذكر ما يقُل وجود شرحه المُشَبَّع المُبَلَّغ للأمانى، ويُنذر في كُتب التفسير أو يُفقد منها، وهو جواهر علوم التنزيل، ومُخَّها وألبائها، والمُهمَّاتُ الخَصِيصَةُ به.
وما تقدَّم من علوم المعالِمِ فَمَرْقاةٌ وَوَسيلةٌ إليه، وبابٌ وتمهيدٌ يُتوصَّل منه إليه.

[9/ب]

/والْيَاسُ من استيعابه(716) يُوجب الاقتصارَ على ذكر أربعة عشر منه، نُنبئه(717)
على ما عداها إن شاء الله تعالى، وليس شيء منها(718) بخارج عن علوم المُشاهدة
وعلوم المُجاهدة.

وأعني بالمُشاهدة: ما قام بالحق(719)، وما أقامه الحق، وما استحقَّه الحق(720)،
وما أزهقه(721) الحق.

وبالمُجاهدة: ما به التَّوجُّه إلى الحق، وما به رَفْعُ القواطع عن الحق، وما به التَّنَزُّه
عن كَدْرِ التَّعَلُّقِ بالخلق، وما به التَّقَرُّبُ والانجِمَالُ إلى الحق.

[9/أ]

وذلك هو الرِّسالةُ الإلهيَّةُ المُفَصِّحُ بها قوله تعالى: "هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى
وَدِينِ الْحَقِّ" [التوبة: ٣٣]، والله الموفق والمعين.

أحدها(722): حقائق التنزيل: وهي ما يُحَقِّقه من كُلِّ ما قام بالحق تعالى، من جلال
سُبُوحِيٍّ، وجمالٍ قُدُوسِيٍّ، وكَمالٍ مَجْدِيٍّ، وعَظَمَةِ باهرةٍ، وتَعَالٍ تَتَلَّاشَى دُونَ مبادئه
الكائنات، وسَخَطٍ لا يُقام له، ورضوانٍ أيسره أكبر من نعيم الجنان العُلَى، ونحو ذلك.

الذي أنزله الله على نبيه محمد ﷺ، مقروناً بالوسائل والأدوات التي تؤدي لهذا الفهم.

(716) أي: من استيعاب جواهر التنزيل.

(717) في (د): يُنبئه.

(718) في (د): منه.

(719) يقصد بالحق هنا: الله عز وجل، وقد وصف الله تعالى نفسه بالحق في أكثر من موضع، فقال
تعالى: "ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ" [الحج: ٦، 62، لقمان: 30]، وقال تعالى: "وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ
الْمُبِينُ" [النور: ٢٥].

(720) هذه العبارة سقطت من (د).

(721) أي: أبطله وأزاله، وَرَهَقَ الباطل، أي: بطل واضمحَلَّ. ينظر: تهذيب اللغة 5: 255، الصحاح
4: 1493، مادة: زهق.

(722) في (د): فأحدها. قلت: أي: جواهر علوم التنزيل الأربعة عشر التي أشار إليها.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

وثانيها: كُنُوزُ التَّنْزِيلِ: وهي ما يُبْهِجُ ظُهُورُهُ، وَيُزِيلُ الْغِيَاهِبَ (723) نُورُهُ، وَيَسِّرُ صَفَاؤُهُ، وَيَعِزُّ وُجُودُهُ، وَيَكْثُرُ جَدْوَاهُ، وَيَعْظُمُ نَفْعُهُ، وَيَدُومُ بَقَاؤُهُ، وَتَعْلُو رُتَبَتُهُ/، وَلَا تَنْفَهُمُ قِيَمَتُهُ، مِنْ أَنْوَاعِ التَّوْحِيدِ وَالْمَعَارِفِ الشَّافِيَةِ وَقَتِ الْعِلَلِ، الْمَفْرَجَةِ فِي كُلِّ شِدَّةٍ، الْمُنْجِيَةِ مِنْ كُلِّ كَرْبٍ، وَهِيَ مِفَاتِيحُ الْغَيْبِ، وَدَحَائِرُ الصَّالِحِينَ.

وثالثها: مَقَاصِدُ التَّنْزِيلِ: وهي ما يَسُوقُ (724) الْخَلْقَ إِلَى الْحَقِّ، فَأَوَّلًا: بِتَحْقِيقِ (لَا إِلَهَ) تَجْرِيدًا وَانْفِصَالًا، وَثَانِيًا: بِتَحْقِيقِ (إِلَّا اللَّهُ) تَفْرِيدًا وَاتِّصَالًا (725)، "وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ" [النحل: ٣٦]، "فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ" [النحل: ٩٨].

ورابعها: نَصَائِحُ التَّنْزِيلِ: وهي ما تُوضِّحُ فِيهِ بَوَاطِنُ الْأُمُورِ وَعَوَاقِبُهَا إِبْضَاحًا/ لَا يَشُوبُهُ أَدْنَى شُبْهَةٍ، وَلَا يَبْقَى مَعَهُ غَرَرُ الْبَنَةِ، وَلَا انْكِتَامٌ مُهِمٌّ (726) أَصْلًا.

وخامسها: بَصَائِرُ التَّنْزِيلِ: وهي ما اشتمل على ذِكْرِ مُحْكَمِ الْقَوَانِينِ وَتَفَاصِيلِهَا، وَتَمَيِّيزِ أَنْوَاعِ الْحَقَائِقِ وَصُنُوفِهَا، وَأَعْيَانِ أَشْخَاصِهَا وَخَوَاصِهَا، وَتَبْيِينِ مُحَرَّرِ (727) الضَّوَابِطِ وَشَوَاطِئِهَا، وَتَقْرِيرِ أَثْبَتِ الْقَوَاعِدِ وَمُبَيِّنَاتِهَا، وَإِبْضَاحِ أَنْفَعِ الْأُصُولِ وَفُرُوعِهَا، وَتَحْقِيقِ أَشْمَلِ الْعُمُومَاتِ وَأَفْرَادِهَا، وَأَحَقِّ الْعَلَامَاتِ (728) وَأَظْهَرِهَا، وَأَنْجَحِ الْأَسْبَابِ وَأَنْسَبِهَا (729)، وَأَنْفَعِ الْقَصَصِ وَأَفْيَدِهَا، وَأَقْطَعَ الْبَرَاهِينِ وَأَنْتَجَهَا، وَفَنَوْنَ الْمَعَارِفِ وَالْعُلُومِ/ وَأَهَمِّهَا، مِمَّا يُنِيرُ الْقُلُوبَ، وَيُفَجِّرُ مِنْهَا الْمَعْرِفَةَ الْوَاسِعَةَ، وَيُثْمِرُ لَهَا الْفِرَاسَةَ الصَّادِقَةَ، فَتَشْهَدُ (730) كَرَأْيِ الْعَيْنِ حَقِيقَةً (731) مَا جَاءَتْ بِهِ الرُّسُلُ، وَعَدَلْ وَصَوَّابَ مَا

(723) الْغَيْهَبُ: الظُّلْمَةُ، وَالْجَمْعُ الْغِيَاهِبُ. ينظر: الصحاح 1: 196، مادة: غهب.

(724) فِي (د): يُشَوِّقُ.

(725) فِي (د): وَانْفِصَالًا.

(726) فِي (د): فَهَم.

(727) كَذَا فِي (د)، وَفِي الْأَصْلِ (ح): مُحْرَز.

(728) فِي (د): الْعِلَاقَاتِ.

(729) فِي (د): وَأَثْبَتَهَا.

(730) فِي (د): فَيُشْهَدُ.

(731) فِي (د): حَقِيقَةً.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

جَرَتْ بِهِ الْأَقْدَارُ، وَيَنْحَقُّ الْإِنْتِفَاعُ بِالنَّافِعِ، وَالتَّضَرُّرُ بِالضَّارِّ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ وَأَهْلِهِمَا، وَالصَّادِقِ وَالكَاذِبِ، وَالْخَيْرِ وَالشَّرِّ (732)، وَتُمَيِّزُ (733) مَرْتَبَةَ كُلِّ شَيْءٍ، وَاسْتِعْدَادَ كُلِّ مُرِيدٍ، وَنَحْوَ ذَلِكَ.

وهذا هو مُرَادٌ مِنْ فَسَّرَ قَوْلَهُ تَعَالَى: "هَذَا بَصَائِرُ مِنْ رَبِّكُمْ" [الأعراف: ٢٠٣] بِأَنَّهَا أَنْوَارٌ تُضِيءُ الْقُلُوبَ، وَتَنْقُلُهَا مِنْ رُتْبَةِ عِلْمِ الْيَقِينِ إِلَى رُتْبَةِ عَيْنِ الْيَقِينِ (734)، أَوْ بِأَنَّهَا حُجَجٌ بَيِّنَةٌ يَصِيرُ بِهَا الْمُؤْمِنُ بَصِيرًا بَعْدَ الْعَمَى (735)، أَوْ بِأَنَّهَا دَلَائِلُ تَقُودُ إِلَى الْحَقِّ وَلَا بُدَّ (736)، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ.

وسادسُهَا: حِكْمُ التَّنْزِيلِ: وَهِيَ مَا حَوَى مِنْ ذِكْرِ الْفَوَائِدِ وَالْغَايَاتِ، وَمَا بَيَّنَّ مِنْ أَحْكَامٍ تَدْبِيرٍ وَضَعَ الْأَسْبَابَ مُوجَّهَةً إِلَى مُسَبِّبَاتِهَا، وَمَا أَوْضَحَ مِنْ إِعْطَاءِ (737) كُلِّ شَيْءٍ خَلْقَهُ اللَّائِقَ بِهِ، وَنَحْوَ ذَلِكَ.

وسابعُهَا: مَنَاهِجُ التَّنْزِيلِ: بِالنُّونِ، وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ بِتَنَوُّعِ الْمَقَاصِدِ، فَنَهْجُ الْبَلَاغَةِ كُلِّهَا، وَنَهْجُ التَّعْرِيفِ وَالتَّنْبِيهِ (738) وَالْإِيْقَاطِ، وَنَهْجُ التَّرْغِيبِ وَالتَّحْذِيرِ وَالتَّشْوِيقِ، وَنَهْجُ التَّعَرُّفِ وَالتَّحَبُّبِ وَالْإِطْمَاعِ (739)، وَنَهْجُ التَّوَدُّدِ وَالتَّلَطُّفِ وَالْإِكْرَامِ، وَنَهْجُ الشُّكْرِ وَالتَّنَاءِ وَالِدُّعَاءِ، وَنَهْجُ الْبُغْضِ وَالْمَقْتِ وَالْإِبْعَادِ وَالدَّمِّ، وَنَهْجُ تَنْوِيعِ الْإِنْعَامِ وَالْإِنْتِقَامِ وَرَصْفِ وَصْفِ ذَلِكَ كُلِّهِ، وَنَهْجُ التَّنْفِيرِ وَالرَّجْرِ وَالرَّدْعِ وَالتَّقْنِيطِ، وَنَهْجُ التَّخْوِيفِ وَالتَّهْوِيلِ وَالتَّفْخِيمِ وَالتَّعْظِيمِ، وَنَهْجُ سَرْدِ الْأَحْكَامِ الْقَلْبِيَّةِ وَالْقَالْبِيَّةِ وَالْخَارِجِيَّةِ، وَنَهْجُ تَقْرِيرِ قَوَاعِدِ الْعَقَائِدِ وَالْأَسْمَاءِ الْحُسْنَى وَالصِّفَاتِ الْعُلَى، وَنَهْجُ الْقَصَصِ وَحِكَايَاتِ الْأَحْوَالِ وَتَرَاجِمِ

(732) فِي (د): وَالشَّرِيرِ.

(733) فِي (د): وَتَمَيِّزِ.

(734) يَنْظُرُ: تَفْسِيرُ الطَّبْرِيِّ 12: 24، تَفْسِيرُ ابْنِ أَبِي حَاتِمٍ 5: 1644، تَفْسِيرُ الْكَشَافِ 2: 52، تَفْسِيرُ أَبِي حَيَّانٍ 7: 57.

(735) يَنْظُرُ: تَفْسِيرُ ابْنِ أَبِي حَاتِمٍ 5: 1644، تَفْسِيرُ الثَّعْلَبِيِّ 4: 177، تَفْسِيرُ الْبَغْوِيِّ 3: 174، تَفْسِيرُ الْكَشَافِ 2: 181، تَفْسِيرُ الْقُرْطُبِيِّ 7: 57، تَفْسِيرُ أَبِي حَيَّانٍ 5: 261.

(736) يَنْظُرُ: التَّفْسِيرُ الْبَسِيطُ لِلْوَاَحِدِيِّ 9: 562، تَفْسِيرُ زَادِ الْمَسِيرِ 3: 99، تَفْسِيرُ الرَّازِيِّ 2: 262، تَفْسِيرُ الْقُرْطُبِيِّ 7: 353.

(737) فِي (د): عَطَاءٍ.

(738) كَذَا فِي (د)، وَفِي الْأَصْلِ (ح): وَالتَّنْذِيرِ.

(739) هَذِهِ الْجُمْلَةُ لَيْسَتْ فِي (د).

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

الأقوال، ونَهَجُ ضَرْبِ الْأَمْثَالِ وَنَقْلِ الْمَقَالَاتِ وَالْمَذَاهِبِ، وَنَهَجُ حَلِّ الشُّبُهَةِ وَالشُّكُوكِ، وَنَهَجُ الِاسْتِدْلَالِ وَأَسَالِيهِ الْعَجَبِيَّةِ، وَالْمُنَاطَرَةِ الْمُفْجَمَةِ، وَالْمَقَاوِلَةِ الْجَزَلَةِ، وَالْمِرَاءِ الظَّاهِرِ، وَالْجَدَلِ الْمُسَكَّتِ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ، لَا أَعْجَبُ مِنْهَا لِمُتَأَمِّلٍ، وَتُعْرِفُ بِأَيْسَرِ نَظَرٍ.

وثامنها: مَرَاشِدُ التَّنْزِيلِ: وهو ما تَهْدِي إِلَيْهِ مِنْ اتِّبَاعِ الرُّسُلِ الْهَادِينَ الْمَهْدِيِّينَ،

[13/ب] وَسُؤَالِ أَهْلِ الذِّكْرِ الْكُبَرَاءِ الرَّاشِدِينَ، وَمُشَاوَرَةِ الْأَلْبَاءِ الْمُشْفِقِينَ، وَمُصَاحَبَةِ الْأَتْقِيَاءِ الْمُقَرَّبِينَ،/ وَمُجَانِبَةِ الْأَشْقِيَاءِ الْغَافِلِينَ، وَالِاقْتِدَاءِ بِفِعَالِ الْمُوقِّعِينَ دُونَ الْفَاسِقِينَ، وَطَاعَةِ أُولِي الْأَمْرِ الْعَادِلِينَ، وَالِاعْتِصَامِ بِحَبْلِ اللَّهِ الْمَتِينِ، وَلُزُومِ جَمَاعَةِ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالْعُلَمَاءِ وَالصَّالِحِينَ، وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وما يَهْدِي إِلَيْهِ مِنْ أَنْوَاعِ الْعِبَادَاتِ وَالْقُرْبِ وَالْأَدَابِ، وَالْمَكَارِمِ النَّسْكَيَّةِ وَالسُّلُوكِيَّةِ وَالْكَمَالِيَّةِ الْمُتَكَلِّفَةِ بِرِضَى الرَّبِّ، وَتَنْوِيرِ الْقَلْبِ، وَعِمَارَةِ الْآخِرَةِ، وَرَفْعِ الدَّرَجَاتِ، وَطَيْبِ الْأَوْقَاتِ، وَمِنْ أَنْوَاعِ التَّدْبِيرَاتِ الْمَدْنِيَّةِ وَالْمَنْزِلِيَّةِ الضَّامِنَةِ/ لِأَصْلَحِ حَالٍ، وَأَرْفَعِهِ (740) لِلْبَالِ (741)، وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وتاسعها: أَحْكَامُ التَّنْزِيلِ: وهو ما يُوَضِّحُ أَقْسَامَ خُطَابِ التَّكْلِيفِ الْخَمْسَةِ (742)، وَخُطَابِ الْوَضْعِ الثَّلَاثَةِ وَغَيْرَهَا، أَعْنِي: السَّبَبَ وَالشَّرْطَ وَالْمَانِعَ، وَنَحْوَ ذَلِكَ، وَأَنْوَاعَ كُلِّ دَيْنٍ جَزَائِيٍّ عَاجِلٍ وَآجِلٍ.

وبالجملة: مَا يُبَيِّنُ الْأَدْيَانَ التَّكْلِيفِيَّةَ وَالْجَزَائِيَّةَ، الْمُعَمَّرَ بِهِمَا الدُّنْيَا وَالْآخِرَةُ، بِمُقْتَضَى سُنَّةِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُكْمَتِهِ.

وعاشرها: عَوَاصِمُ التَّنْزِيلِ: وهي ما يُرْعَبُ فِيهِ جِدًّا، مِنْ تَعْظِيمِ حُرْمَاتِ اللَّهِ،

[14/ب] وَتَعْظِيمِ شَعَائِرِ اللَّهِ، وَحُسْنِ النَّسْلِيمِ لِأَمْرِ اللَّهِ، وَالثِّقَةِ بِصِدْقِ ضَمَانِ اللَّهِ،/ وَتَقْيِيدِ الظَّاهِرِ

(740) قال ابن فارس: الرّاء والفاء والهاء أصل واحد، يدلُّ على نعمة وسعة مطلب، ومن ذلك الرّفاهة في العيش والرّفاهية، ورُفّة عنه: إذا نُفِسَ عنه الكرب، أو أزيل وأزِيح عنه الضيق والتعب. ينظر: مقاييس اللغة 2: 419، لسان العرب 13: 492، مادة: رفه. (741) في (د): وأرفه بال. (742) أي: الوجوب، والندب، والحرمة، والكرهية، والإباحة.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

والباطن علماً بأنَّهُما (743) مَوَاقِعَ نَظَرِ اللَّهِ، والدُّوْبَانِ المَآحِقِ تَحْتَ سَطَوَاتِ جَلَالِ اللَّهِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يَغْسِلُ كُلَّ رَبَانِيَّةٍ عَلَى الْقَلْبِ لِغَيْرِ اللَّهِ.

وحادي عشرها: نَتَائِجُ التَّنْزِيلِ: وهي ما يَتَفَرَّغُ عن معارفه من العُلُومِ، وأحوالِ القُلُوبِ، وطُرُقِ رِيَاضَاتِ النُّفُوسِ، ونَحْوِ ذَلِكَ.

وثاني عشرها: مَبَاهِجُ التَّنْزِيلِ: بالباء، وهي ما يَسُرُّ وَيُفَرِّحُ فِيهِ، من مُفِيدِ ذَوْقِ القُرْبِ، وَلُطْفِ خُطَابِ الرَّبِّ تَعَالَى، وإِظْهَارِهِ أَتَمَّ عَنَآيَةٍ بِعَبْدِهِ، فِي هِدَايَتِهِ، وَمُرَاسَلَتِهِ، وَتَطْمِينِهِ، وَالْإِحْسَانِ إِلَيْهِ، وَإِعَانَتِهِ، وَإِجَابَةِ أَدْعِيَتِهِ، وَإِنْقَاذِهِ مِنْ شِدَائِدِهِ، وَتَيْسِيرِ كَلَامِهِ الْأَعَزِّ بِلِسَانِهِ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ، مِمَّا يُلَوِّحُ مِنْ بَيْنِ الْآيَاتِ الْقُرْآنِيَّةِ، فَيَمْلَأُ الْقَلْبَ مَعْرِفَةً وَحَيَاةً، وَنُورًا وَقُوَّةً، وَطُمَأْنِينَةً وَسُرُورًا، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ، وَالتَّالِي يَحْدُثُهُ وَلَا يَدْرِي مِنْ أَيْنَ هُوَ لَهُ.

وثالث عشرها: أَسْرَارُ التَّنْزِيلِ: وهي إِزَاحَةُ الْعَلَلِ غُذْرًا أَوْ نُذْرًا، "لِيَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ" [النساء: ١٦٥]، فَالسَّعِيدُ السَّالِكُ يَتَرَوَّحُ (744) بِكَلَامِ الْمَحْبُوبِ وَيُنَاجِيهِ بِهِ، وَيَلْتَذُّ (745) بِأَوَامِرِهِ وَنَوَاهِيهِ، وَتَقَرُّ عَيْنُهُ بِإِضَاءَةِ طَرِيقِ القُرْبِ مِمَّا فِيهِ، وَنَحْوُ ذَلِكَ. وَالسَّعِيدُ/ النَّاسِكُ يَتَمَسَّكُ بِهِ فِي نَجَاتِهِ، وَيَحْتَجُّ لَهُ [و] (746) بِهِ فِي إِكْرَامِهِ وَإِثَابَتِهِ دُونَ غَيْرِهِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَأَمَّا الشَّقِيُّ فَيَزِيدُهُ خَسَارًا وَضَلَالًا، وَيَتَمَسَّكُ بِمُخَالَفَتِهِ فِي هَلَاكِهِ، وَيَحْتَجُّ بِهِ عَلَيْهِ فِي إِهَانَتِهِ وَإِبْعَادِهِ وَتَعْذِيبِهِ، وَتُرْدُّ عَلَيْهِ بِهِ اللَّائِمَةُ، وَنَحْوُ ذَلِكَ.

ورابع عشرها: لَطَائِفُ التَّنْزِيلِ: وهي ما تُوقِظُ لَهُ آيَاتُهُ الْكَرِيمَةُ مِنْ دَقَائِقِ غَوَامِضِ مَصَالِحِ الْعَبْدِ، وَغَرَائِبِ عَجَائِبِ صَنَائِعِ الرَّبِّ، وَخَفِيِّ تَوْصِيلِ مُرَادَاتِهِ تَعَالَى إِلَى مَحَالِّهَا، لَا لِسُقُوطِ الْبَدَاءِ فَقَطْ (747)، بَلْ رُبَّمَا كَانَ أَخْفَى مِنَ الْطُفِّ مِنْ/ الْبَدَاءِ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ.

(743) كَذَا فِي (د)، وَفِي الْأَصْلِ (ح): بِأَنْهَا.

(744) تَرَوَّحَ الرَّجُلُ: مِنَ الرُّوحِ وَالرَّوَّاحِ. يَنْظُرُ: الْمُنْجِدُ فِي اللُّغَةِ لِلأُرْدِي (ص: 150).

(745) فِي (د): وَيَتَلَذَّذُ.

(746) زِيَادَةٌ مِنْ (د).

(747) هَذَا الْكَلِمَةُ لَيْسَتْ فِي (د).

اعتذار ونصيحة:

لِنَعْلَمَ (748) أَنَّ [عِلْمَ] (749) تفسير هذه المطالب العالية قد تَعَلُّو فيه النَّفْسُ وقد تنزل، وأنَّ اقْتِصَارِي فيه على ما ذَكَرْتُ مِنَ الْمُهِمَّاتِ وَتَرَاجِمِهَا وَشَرْحِهَا، قَصَدْتُ بِهِ مُتَعَارَفَ الأوساطِ، الذي لا يَنْبُو (750) عنه الفَهْمُ، ولا يَضِيقُ به نِطَاقُ النُّطْقِ، ولا يَنْسُدُّ به البابُ عن أولي الألباب، "وَكَذَلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحًا مِنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ وَلَكِنْ جَعَلْنَاهُ نُورًا نَهْدِي بِهِ مَنْ نَشَاءُ مِنْ عِبَادِنَا" [الشورى: ٥٢]، فَتَنَصَّرَفَ ولا تَتَوَقَّفَ، و"لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا (751) آتَاهُ اللَّهُ" [الطلاق: ٧]، وقد اشتهر قولُ العُقَلَاءِ: "إِذَا لَمْ تُدْرِكْهُ كُلُّهُ، فَلَا تَتْرُكْهُ كُلُّهُ" (752)، "لَا يَسْقُطُ الْمَيْسُورُ بِالْمَعْسُورِ" (753)، والحمد لله وَحْدَهُ.

الفصل الثالث: [مُهِمَّاتُ التَّنْزِيلِ]

فيه بيانٌ ما يَفْتَتِسُ منه هذه المُهِمَّاتُ الشَّرِيفَةُ طَالِبُهَا، وأقرب ما يُقال في ذلك: أَنَّهَا إِنَّمَا تُوجَدُ على أحسن الوجوه وأقربها من وَارِدَاتِ القُلُوبِ الوَهْبِيَّةِ، لا أعني اللَّذْنِيَّةِ، التي هي نُورٌ رَبَّانِيٌّ يَمْحُو قُوَى الحَوَاسِّ وأحكامِهَا، كالشَّمْسِ تَمْحُو النُّجُومَ، فَيُري المَشْهُودَ/ بِنُورِهِ، وَيَقْنَى ما سِوَاهُ بِظُهُورِهِ، كما يُوَضِّحُهُ قولُهُ تعالى (754): «كُنْتُ سَمِعُهُ

[16 / أ]

(748) في د: لنعلم.

(749) زيادة من (د).

(750) نبا الشيء عني ينبو، أي: تجافى وتبعد. ينظر: الصحاح 6: 2500، مادة: نبا.

(751) كتب في هامش نسخة الأصل إلحاق مصحح عند هذه الكلمة: مثلي. قال في الهداية إلى بلوغ النهاية 12: 7549 في تفسير قوله تعالى: "فلينفق مما آتاه الله": "ومن ضيق عليه في رزقه فلم يكن ذا سعة من المال، فلينفق مما أعطاه الله على قدر ما يجد".

(752) عبارة شائعة عند العلماء والعقلاء، ولها ما يدل عليها من الكلام المرفوع إلى النبي ﷺ، ففي الحديث الذي يرويه مسلم، وهو برقم: 782، عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «يا أيها الناس عليكم من الأعمال ما تطيقون، فإن الله لا يملّ حتى تملّوا، وإن أحب الأعمال إلى الله ما دُومَ عليه، وإن قلَّ»، وقد يُعْتَرُونَ بقولهم: "ما لا يدرك كله لا يترك جُله".

(753) ووردت بلفظ: "الميسور لا يسقط بالمعسور"، ذكرها تاج الدين السبكي في الأشباه والنظائر 1: 155 وقال: "من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» [أخرجه البخاري في الاعتصام، باب: الاقتداء بسنن النبي ﷺ، برقم: 6858، ومسلم في الحج، باب: فرض الحج مرة في العمر، برقم: 1337]، وذكرها الزركشي في المنثور في القواعد الفقهية 1: 230، 3: 198، والسيوطي في الأشباه والنظائر (ص: 159).

(754) أي: في الحديث القدسي.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

الذي يَسْمَعُ به، وبَصَرَهُ الذي يُبْصِرُ به، فَبِي يَسْمَعُ، وَبِي يُبْصِرُ» (755)، فَإِنَّهُ عَزِيزٌ، وله تَحْوِيْمٌ على الْحَدِّ والمُطَّلَعِ.

وإنما أعني ما يُدْنَدُنُ (756) حَوْلَ الظَّهْرِ والبَطْنِ (757) ممَّا يَنْتَقِشُ في ألواح أرواح أهلِ الهِمَّةِ العالية، أي: التي لا تقف مع شيء دُونَ الله عَزَّ وَجَلَّ، وَيَتَّبِعُ في جَنَانِ (758) جَنَانِهِمْ (759) وَأَسْرَارِهِم الطَّاهِرَةَ:

أَوَّلًا: عن كَدْرِ العَلَائِقِ الدُّنْيَوِيَّةِ وأشْغَالِهَا، وعن دَنَسِ أنْفَاسِ النُّفُوسِ الدُّنْيَوِيَّةِ وأَوْضَارِهَا (760) المُوَدَّعة.

[17/ب]

ثانيًا: في الأبدانِ الْمُتَزَكِّيَّةِ عن التَّغْذِي بِالْحَرَامِ، وعن أعمالِ الفُسُوقِ والعِصْيَانِ والخطايا، وعن التَّهَاقُوتِ والتَّقْصِيرِ في طاعةٍ إذا تُعُوِّدَ.

ثالثًا: سَفِيْهَا بماءِ الرِّياضَةِ التَّقْرِيبِيَّةِ الخالِصة، بِحُسْنِ الاتِّبَاعِ في كُلِّ جُلٍّ وَقِلٍّ (761)، عن شَوْبِ (762) كُلِّ رَأْيٍ وَهَوًى فَيُوْذِيهَا.

رابعًا: الأنفَاسُ الطَّاهِرَةُ مِنَ الأَغْيَارِ في يومِ حِصَادِهَا.

خامسًا: وهو أَحَابِيْنُ النَّفَاحَاتِ القُدْسِيَّةِ إلى الأَسْمَاعِ المُصِيخَةِ (763) الصَّاخِيَةِ (764).

(755) أخرجه البخاري في الرقاق، باب: التواضع 5: 2384، برقم: 6137، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(756) الدُّنْدَنَةُ نَحْوُ الهَيْئَةِ والهِئَمْلَةِ، وَهُوَ الْكَلَامُ يَرُدُّهُ الْإِنْسَانُ فِي صَدْرِهِ وَلَا يَفْهَمُ عَنْهُ، وَقِيلَ: الدُّنْدَنَةُ الْكَلَامُ الْخَفِيُّ. ينظر: جمهرة اللغة 1: 193، لسان العرب 13: 157، مادة: دنن.

(757) سبق بيان المراد بالظهر والبطن.

(758) جمع جَنَّةٍ، والجَنَّةُ: البستان، ومنه الجَنَاتُ. ينظر: الصحاح 5: 2094، مادة: جنن.

(759) الجَنَانُ: القلب. ينظر: الصحاح 5: 2094، مادة: جنن.

(760) جمع وَضَرٍ، والوَضَرُ: ما يَشْمَهُ الْإِنْسَانُ مِنْ رِيحٍ يَجِدُهُ مِنْ طَعَامٍ فَاسِدٍ، أَوْ هُوَ الدَّرَنُ وَالزَّرْهَمُ، أَوْ هُوَ وَسَخُ الدَّسَمِ وَاللَّبَنِ، أَوْ هُوَ غُسَالَةُ السِّقَاءِ وَالْقَصْعَةُ وَنَحْوُهُمَا. ينظر: الصحاح 2: 846، مجمل اللغة (ص: 929)، لسان العرب 5: 284، مادة: وضر.

(761) أي: في كُلِّ عَظِيمِ الشَّأْنِ وَقَلِيلِهِ، وفي اللُّغَةِ: جَلَّ الشَّيْءُ: عَظُمَ، وَجَلَّ الشَّيْءُ: مَعْظَمُهُ. ينظر: الصحاح 4: 1658، مقاييس اللغة 1: 417، مادة: جلل.

(762) الشَّوْبُ: الْخَلْطُ، وَقَدْ شَبِثُ الشَّيْءُ أَشُوبُهُ، فَهُوَ مَشُوبٌ. ينظر: الصحاح 1: 158، مادة: شوب.

(763) أي: مستمتعة منصتة. ينظر: لسان العرب 3: 35، مادة: صيخ.

(764) قال ابن القيم في مدارج السالكين 2: 474: "الأسماع الصَّاخِيَةُ: هي التي صَحَّتْ مِنْ تَعَلُّقِهَا بِالْبَاطِلِ وَاللَّغْوِ، وَأَصَاخَتْ لِدَعْوَةِ الْحَقِّ وَمُنَادِي الْإِيمَانِ، فَإِنَّ الْبَاطِلَ وَاللَّغْوَ خَمُرُ الْأَسْمَاعِ وَالْعُقُولِ، فَصَحَّوْهَا بِتَجَنُّبِهِ وَالْإِصْغَاءِ إِلَى دَعْوَةِ الْحَقِّ".

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

سادساً: مِنْ سَكْرِ الْهَوَى وَالْحُطُوطِ الْحَسِيَسَةِ، «فَاطْفَرِ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ» (765)

يَذَاك» (766).

[17 / أ]

وبالإخلاص/ لا غيره (767) تَنْفَجِرُ مِنَ الْقَلْبِ يَنَابِيعُ الْحِكْمَةِ مِنَ اللَّهِ الْمُوقِّقِ وَالْمُعِينِ،
والحمد لله وَحْدَهُ.

تنبيه:

يَجْمَعُ مُهِمَّاتِهِ قَوْلُ الشَّاعِرِ (768):

سِرَاجٌ مَنِيرٌ وَهُوَ مُغْرٍ مُحَذِّرٌ يُعْضُ عَلَيْهِ بِالنَّوَاجِذِ فَاغْلَمَا

مُلَخَّصُهُ:

أَنْ قَوْلِي: "فِي جَنَانِ جَنَانِهِمْ" استعارة جامعة لِمَا وُصِفَتْ بِهِ الْجَنَّةُ الْحَقِيقِيَّةُ، مِنْ أَنَّ
أَهْلَهَا "لَا خَوْفَ عَلَيْهِمْ" [يونس: ٦٢] مِنْ مَكَارِهِ الْجَهَالَاتِ وَالْعَفَلَاتِ، "وَلَا هُمْ
يَحْزَنُونَ" [يونس: ٦٢] عَلَى شَيْءٍ يَفُوتُ مِنْ مُهِمَّاتِ الْمَعَارِفِ وَالسَّعَادَاتِ، (وَلَهُمْ فِيهَا
مَا تَشْتَهِي أَنْفُسُهُمْ) (769) مِنْ لَطَائِفِ الْبَيِّنَاتِ وَالْإِدْرَاكَاتِ (770)، (وَلَهُمْ فِيهَا مَا يَدْعُونَ)
(771) مِنْ حَقَائِقِ الْعُلُومِ، وَدَقَائِقِ الْحِكَمِ، مِنْ غَيْرِ صَحَبٍ وَلَا نَصَبٍ (772).

(765) قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي الْفَتْحِ 9: 135: "قَوْلُهُ: «تَرِبَتْ يَذَاكُ» أَي: لَصِقْنَا بِالتَّرَابِ، وَهِيَ كُنَايَةٌ عَنِ
الْفَقْرِ، وَهُوَ خَبَرٌ بِمَعْنَى الدَّعَاءِ، لَكِنْ لَا يُرَادُ بِهِ حَقِيقَتُهُ..، وَحَكَى ابْنُ الْعَرَبِيِّ أَنَّ مَعْنَاهُ: اسْتَعْنَتْ، وَرَدَّ
بِأَنَّ الْمَعْرُوفَ أَتَرَبَ إِذَا اسْتَعْنَى، وَتَرَبَ إِذَا افْتَقَرَ، وَوُجَّهَ: بِأَنَّ الْغِنَى النَّاشِئُ عَنِ الْمَالِ تَرَابٌ؛ لِأَنَّ
جَمِيعَ مَا فِي الدُّنْيَا تَرَابٌ، وَلَا يَخْفَى بُعْدُهُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ: ضَعُفَ عَقْلُكَ، وَقِيلَ: افْتَقَرْتَ مِنَ الْعِلْمِ، وَقِيلَ:
فِيهِ تَقْدِيرٌ شَرْطٌ، أَي: وَقَعَ لَكَ ذَلِكَ إِنْ لَمْ تَفْعَلْ، وَرَجَّحَهُ ابْنُ الْعَرَبِيِّ. وَقَدْ سَبَقَ أَنْ قَالَ فِي الْفَتْحِ فِي
مِثْلِ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ 1: 92: "الرَّاجِحُ أَنَّهُ شَيْءٌ يُدْعَمُ بِهِ الْكَلَامُ، تَارَةً لِلتَّعَجُّبِ، وَتَارَةً لِلزُّجَرِ أَوْ التَّهْوِيلِ أَوْ
الْإِعْجَابِ، وَهُوَ كَوَيْلُ أُمِّهِ، وَلَا أَبَا لَكَ، وَعَقْرَى حَلْقَى".

(766) أَخْرَجَهُ الْبَخَارِيُّ فِي النِّكَاحِ، بَابُ: الْأَكْفَاءِ فِي الدِّينِ 5: 1958، بِرَقْمٍ: 4802، وَمُسْلِمٌ فِي
الرِّضَاعِ، بَابُ: اسْتِحْبَابِ نِكَاحِ ذَاتِ الدِّينِ 2: 1086، بِرَقْمٍ: 1466، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(767) فِي (د): لَا غَيْرَ.

(768) لَمْ أَعْرِفْ قَائِلَهُ.

(769) لَفْظُ الْآيَةِ: "وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَشْتَهِي أَنْفُسُكُمْ" [فَصَلَتْ: ٣١].

(770) لَفْظُ الْآيَةِ: "وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدْعُونَ" [فَصَلَتْ: ٣١].

(771) فِي (د): وَالْأَذْكَارُ.

(772) هَذِهِ فَهَوْمٌ إِشَارِيَّةٌ لِلآيَاتِ لَمْ يَعَارِضْ بِهَا الْمُؤَلِّفُ ظَوَاهِرَ مَعْنَاهَا، وَلَمْ يَنْفِ الْمَعْنَى الظَّاهِرَ لَهَا،
وَيُمْكِنُ التَّوْفِيقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الظَّوَاهِرِ الْمُرَادَةِ، فَهِيَ فِي حَيْزِ الْقَبُولِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. يَنْظُرُ: التَّفْسِيرُ وَالْمُفَسِّرُونَ

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

[18/ب]

قال كُبراء مُتَقَدِّمي الأئمة (773) ومُتَأَخِّرِيهم: إِنَّ فِي الدُّنْيَا جَنَّةً (774)، نَبَّهَ عَلَيْهَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِذَا مَرَرْتُمْ بِرِيَاضِ الْجَنَّةِ فَارْتَعُوا» (775)، وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ قَالَ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، دَخَلَ الْجَنَّةَ» (776)، وَلَمْ يَقُلْ: يَدْخُلُ الْجَنَّةَ (777)، وَنَحْنُ ذَلِكَ كَثِيرٌ.

[وصية وتحذير]

[18/أ]

فَيَاكَ أَنْ تُخَدِّعَ عَنْ ذَلِكَ فَتَنْدَمَ نَدَامَتِي لَمَّا فَقَدْتُ الْمَطَالِبَ الْعَالِيَةَ فِي جَوَامِعِ التَّفْسِيرِ الْمُنْدَاوِلَةِ، ابْتِغَيْتُ مَا أَوْمَلَهُ مِنْهَا وَتَطَلَّيْتُهِ مِنْ مُتَفَرِّقَاتِ الْكُتُبِ وَالتَّوَالِيفِ، كَكُتُبِ شُرُوحِ الْأَسْمَاءِ الْحُسْنَى، وَرُبْدِ الْحَقَائِقِ، وَقَوَاعِدِ الْعَقَائِدِ،/ وَفَتْوحَاتِ الْعَارِفِينَ، وَمَقَامَاتِ الْمُسَامِرِينَ، وَمَنَازِلِ السَّائِرِينَ، وَمَدَارِجِ السَّالِكِينَ، وَوَسَائِلِ النَّاسِكِينَ، وَتَنْزُّلَاتِ الْقُدْسِيَّاتِ، وَتَرَائِي الْمُرِيدِينَ، وَفَضَائِلِ الْأَعْمَالِ، وَمَجَازَاتِ الْأَحْوَالِ، وَمَجَالِسِ الْإِشَارَاتِ، وَمَقَالَاتِ الْأَكَابِرِ، وَبُوحِ (778) الْوَاجِدِينَ (779)، وَرَمَزِ الْمُتَمَكِّنِينَ، وَمَعَارِفِ

للدكتور الذهبي 2: 352.

(773) فِي (د): الْأُئِمَّةُ.

(774) رَوَى ابْنُ الْقَيْمِ مِثْلَ هَذِهِ الْكَلِمَةِ عَنْ ابْنِ تَيْمِيَّةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ (ت728هـ) أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: "إِنَّ فِي الدُّنْيَا جَنَّةً، مَنْ لَمْ يَدْخُلْهَا لَا يَدْخُلُ جَنَّةَ الْآخِرَةِ"، وَقَالَ لَهُ مَرَّةً: "مَا يَصْنَعُ أَعْدَائِي بِي؟ أَنَا جَنَّتِي وَبُيُتَانِي فِي صَدْرِي، إِنْ رُحْتُ فَهِيَ مَعِيَ لَا تَفَارِقُنِي، إِنْ حَبَسَنِي خُلُوةً، وَقَتَلَنِي شَهَادَةً، وَإِخْرَاجِي مِنْ بَلَدِي سِيَاحَةً". يَنْظُرُ: مَدَارِجِ السَّالِكِينَ 1: 454، الْوَابِلِ الصَّيْبِ لَابِنِ الْقَيْمِ (ص: 67)، الرَّدُّ الْوَافِرُ لَابِنِ نَاصِرِ الدِّينِ (ص: 69)، الْمُسْتَدْرَكُ عَلَى مَجْمُوعِ الْفَتَاوَى 1: 153.

(775) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ 3: 150، بِرَقْمٍ: 12545، وَالتِّرْمِذِيُّ فِي الدَّعَوَاتِ، بَابٍ: (87)، ج5: 532، بِرَقْمٍ: 3510 وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ مِنْ حَدِيثٍ ثَابِتٍ عَنْ أَنَسٍ، وَالحديث حسن بطرقه وشواهد. ومعنى: «فارتعوا» شَبَّهَ الْخَوْضَ فِيهِ بِالرَّتَعِ فِي الْخَصْبِ، أَي: ارْعَوْا كَيْفَ شِئْتُمْ، وَتَوَسَّعُوا فِي اقْتِبَاسِ الْفَوَائِدِ الْعِلْمِيَّةِ. يَنْظُرُ: النِّهَايَةُ لَابِنِ الْأَثِيرِ 2: 194، التَّنْسِيرُ شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلْمَنَاوِي 1: 129.

(776) أَخْرَجَ الْحَدِيثَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَبُو يَعْلَى الْمَوْصِلِيُّ فِي مَسْنَدِهِ 7: 9، بِرَقْمٍ: 3899، وَبِرَقْمٍ: 3941، وَابْنُ حِبَّانٍ فِي صَحِيحِهِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ 1: 364، بِرَقْمٍ: 151، وَعَنْ أَبِي ذَرٍّ 1: 392، بِرَقْمٍ: 169، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ عَنْ مَعَاذِ بْنِ جَبَلٍ 20: 49، بِرَقْمٍ: 16839، وَفِي الْأَوْسَطِ عَنْ سَلْمَةَ بْنِ نَعِيمٍ 2: 328، بِرَقْمٍ: 2124، وَعَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ 3: 205، بِرَقْمٍ: 2932، وَالحاكم في المستدرک عن أبي طلحة الأنصاري 4: 279، بِرَقْمٍ: 7638 وَقَالَ: حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَوَافِقُهُ الذَّهَبِيُّ.

(777) وَذَلِكَ لِیَفِيدَ تَحَقُّقَ الْوُقُوعِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ التَّعْبِيرَ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ بِلَفْظِ الْمَاضِي يُفِيدُ تَحَقُّقَ الْوُقُوعِ. يَنْظُرُ: الْأَطُولُ شَرْحُ تَلْخِیصِ مِفْتَاحِ الْعُلُومِ 1: 426، وَحَلِیَةُ اللَّبِّ الْمَصُونُ لِلدِّمَنُهَوْرِيِّ (ص: 287). (778) الْبُؤْخُ: ظُهُورُ الشَّيْءِ، يُقَالُ: بَاحَ مَا كَتَمْتُ، وَبَاحَ بِهِ صَاحِبُهُ بُؤْخًا وَبُؤُوحًا. يَنْظُرُ: تَهْذِيبُ اللُّغَةِ 5: 175.

(779) قَالَ ابْنُ الْقَيْمِ فِي مَدَارِجِ السَّالِكِينَ 3: 69: "الْوَجْدُ: هُوَ ثَمَرَةُ أَعْمَالِ الْقُلُوبِ مِنَ الْحُبِّ فِي اللَّهِ وَالْبُغْضِ فِيهِ".

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

المُحَقِّق، ومَوَارِيثِ النُّبُوَّةِ، وَتَنْبِيهِ الأَلْبَابِ عَلَى اللَّبَابِ، وَفَضَائِلِ الآدَابِ وَالْحِكْمَةِ الإِلَهِيَّةِ، وَتَنْبِيهَاتِ النُّبَهَاءِ، وَعَظَائِمِ المَخْلُوقَاتِ، وَتَشْرِيحِ الأَبْدَانِ، وَمَنَافِعِ الأَعْضَاءِ، وَخَوَاصِّ المَعَادِنِ وَالنَّبَاتِ وَالحَيَوَانَاتِ، وَكُتُبِ الأخلاقِ والسِّيَاسَاتِ، وَعَجَائِبِ القلبِ وَالرِّيَاضَاتِ، وَتَوَالِيفِ/ الأحكامِ والشَّرَائِعِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ جَمِيعِ الكُتُبِ الإِسْلَامِيَّةِ وَالبُيُونَانِيَّةِ وَغَيْرِهَا.

[ب/19]

فَلَمَّا (780) أَتَعَبْتُ نَفْسِي، وَأَنْصَبْتُ رَاحِلَتِي، وَضَيَّعْتُ وَقْتِي، وَلَمْ أَحْصِلْ عَلَى طَائِلٍ، نَدَارَكْتَنِي نِعْمَةٌ مِنْ رَبِّي، سَبَّحَانَهُ وَلَهُ الْحَمْدُ، فَأَيَّقَظْتَنِي لِمَا أَهْدَيْ إِلَيَّ مِنْ قَوْلِ الشَّاعِرِ (781):

أَرَحَهَا لِمَا تَلَقَّى فَقَدْ نَالَهَا الْجَهْدُ وَوَجَّهَ بِهَا نَجْدًا، فَمَا هَذِهِ نَجْدُ
وَهَبَ أَنَّهَا نَجْدُ، فَأَيْنَ ظَبَاؤُهَا؟ وَأَيْنَ الْعَصَا وَالْبَانُ وَالطَّلُحُ وَالرُّنْدُ؟ (782)

لَئِنْ أَشْبَهْتُ تِلْكَ الْخِيَامَ خِيَامَهُمْ فَمَا عَزُّهَا (783) عَزٌّ وَلَا هِنْدُهَا هِنْدُ (784)
وَلَا مَأْوَاهَا الْمَاءُ الزَّلَالُ، وَلَا الظَّبْيُ ظَبَاهَا وَلَا الْأَغْصَانُ أَغْصَانُهَا الْمَلْدُ (785)

[أ/19]

مُحَقِّقًا بقوله تعالى: "وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ" [البقرة: ٢٨٢]، "إِنَّ الَّذِينَ قَالُوا رَبُّنَا اللَّهُ ثُمَّ اسْتَقَامُوا تَتَنَزَّلُ عَلَيْهِمُ الْمَلَائِكَةُ" [فصلت: ٣٠]، فَرَجَعْتُ (786) إِلَى ابْتِغَاءِ ذَلِكَ مِنْ مَعْدِنِهِ الْمَذْكُورِ، فَظَفَرْتُ بِنَعِيمِ الْجَنَانِ فِيهِ، (شعر) (787):

(780) ليست في (د).

(781) لم أعرف قائلها.

(782) الغضا: جمع غضاة، وهو شجر معروف ينبت في المناطق الصحراوية والأراضي الرملية، وهي شجرة معمرة، يمكن أن يمتد عمرها إلى سبعين عامًا، إلا أنها بطيئة النمو. ينظر: مقاييس اللغة 4: 428، وموقع ويكيبيديا. والبان: جمع ومفرده: بانه، وهو ضرب من الشجر طيب الزهر. ينظر: الصحاح 5: 2081، مادة: بون. والطلح: شجر عظام من شجر الغضاة، وكذلك الطلاح، والواحدة طلحة. ينظر: الصحاح 1: 387، مادة: طلع. والرند أو الغار: شجر طيب من شجر البادية، وربما سُموا عود الطيب الذي يُبَخَّرُ بِهِ رندًا. ينظر: تهذيب اللغة 14: 67.

(783) في (د): عزها.

(784) عزة وهند أسماء عربية للمرأة، والشاعر يريد أن يقول: وإن تشابهت الأسماء إلا أن الحقائق مختلفة.

(785) غسن أملود وإمليد: أي ناعم، وقد ملده الرئي تمليدًا. ينظر: الصحاح 2: 540، لسان العرب 3: 410، مادة: ملد.

(786) في (د): فتوجهت.

(787) البيت لأبي الطيب المتنبي من قصيدة يمدح بها الأمير أبا محمد الحسن بن عبيد الله بن طنج بالرملة، مطلعها: أنا لآلئني إن كنت وقت اللوائم، وهو في ديوانه: (ص: 211).

وكاذ سُرُوري لا يَفِي بِنَدَامَتِي على تَرْكِه في عُمْري الْمُتَقَادِمِ

وَصِرْتُ لا أُرِيدُ إِلَّا إِلِيهِ، ولا أَذِلُّ إِلَّا عَلَيْهِ، والحمد لله وَحْدَهُ.

/تَثْبِيْتُ بِأَمْرَيْنِ:

[20/ب]

أحدهما: أَنِّي فَطَمْتُ النَّفْسَ عَنْ نُرُوعِهَا (788) إلى مألوفات المؤلَّفات، بقولي: قَدَرِي
أَنَّ مولدي سنة ثلاث عشرة، لا سنة ثلاث عشرة وسبع مائة (789)، فما كان عُمْدَةُ أبناء
ذلك العصر فَأَعْتَمَدُ بِهِ (790)، وَإِنَّ فِيهِمْ - والله - لأَحْسَنُ أُسُوةً.

وثانيهما: أَنِّي فِي الْخَفِيَّاتِ وَالْمُعْضَلَاتِ، وَمُدْلِهَمَاتِ (791) الْمُهِمَّاتِ، أَقْتَدِي بِهِشَامَ
بن العاص رضي الله عنه (792)، لَمَّا وَرَدَ عَلَيْهِ كِتَابُ عَمْرِ رضي الله عنه بِأَرْجَى آيَةٍ،
قال: فخرجتُ بها إلى ذي طُوًى، فقلتُ: اللَّهُمَّ فَهَمِّنِيهَا (793).

(788) أي: هواها وميلها والتزامها، يُقَالُ لِلْإِنْسَانِ إِذَا هَوِيَ شَيْئًا وَنَارَعَ عَنَّهُ نَفْسُهُ إِلَيْهِ: هُوَ يَنْزِعُ إِلَيْهِ
نِزَاعًا، وَنَزَعَ فُلَانٌ إِلَى أَهْلِهِ يَنْزِعُ نِزَاعًا، أي: اشتاق، ونزعت إليه نفسه إذا اشتتهته. ينظر: الصحاح
3: 1289، مقاييس اللغة 5: 415، لسان العرب 8: 349، مادة: نزع.

(789) وهذه سنة ولادة المؤلف ولي الدين الملوّي.

(790) وهي إشارة إلى اقتصاره في الاستدلال على الكتاب والسنة فحسب.

(791) المُدْلِهَمُ: الأسود، وأدْلَهَمَ اللَّيْلُ وَالظَّلامُ: كَثُفَ وَاسْوَدَّ. ينظر: لسان العرب 12: 206، مادة: دلهم.

(792) هشام بن العاص بن وائل بن هشام السهمي (ت 13هـ): صحابي جليل، هو أخو عمرو بن
العاص، وأصغر منه سنًا، أسلم بمكة قديمًا، وهاجر إلى الحبشة في الهجرة الثانية، ثم عاد إلى مكة
حين بلغته هجرة النبي ﷺ إلى المدينة، فحبسه أبوه وقومه بمكة، حتى قدم بعد وقعة "الخنديق"، شهد
الوفات، وقتل في أجنادين، وقيل: في اليرموك، وكان صالحًا شجاعًا. ينظر: أسد الغابة 4: 625،
الأعلام للزركلي 8: 86.

(793) فعن ابن عمر عن أبيه رضي الله عنهما أنه قال: لما اجتمعنا إلى الهجرة اتَّعَدْتُ أَنَا وَعِيَّاشُ
بنُ أَبِي ربيعة وهشام بن العاص بن وائل، وقلنا: الميعاد بيننا المناصف، ميقات بني غفار، فَمَنْ حُبِسَ
منكم لم يأتها فقد حُبِسَ، فليمض صاحبه، فأصبحت عندها أنا وعيَّاش، وحُبِسَ عَنَّا هشام، وفُتِنَ فافْتَنَ،
فَقَدِمْنَا الْمَدِينَةَ، فَكُنَّا نَقُولُ: هَلْ يَقِيلُ اللَّهُ مِنْ هَؤُلَاءِ تَوْبَةً، قَوْمٌ عَرَفُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ ثُمَّ رَجَعُوا عَنْ ذَلِكَ،
لِمَا أَصَابَهُمْ مِنَ الدُّنْيَا؟ فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: "قُلْ يَا عِبَادِيَ الَّذِينَ أَسْرَفُوا عَلَى أَنْفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا مِنْ رَحْمَةِ
اللَّهِ" [الزمر: ٥٣]، إلى قوله: "أليس في جهنم مثوى للمتكبرين" [الزمر: ٦٠]، قال عمر: فكتبْتُهَا بِيَدِي
كِتَابًا، ثُمَّ بَعَثْتُ بِهَا إِلَى هِشَامَ، قَالَ هِشَامُ: فَلَمَّا قَدِمْتُ عَلَيَّ خَرَجْتُ بِهَا إِلَى ذِي طُوًى، فقلتُ: اللَّهُمَّ
فَهَمِّنِيهَا، فَعَرَفْتُ أَنَّهَا أَنْزَلَتْ فِيْنَا، فَرجعتُ، فجلستُ على بعيري فلحقْتُ برسول الله ﷺ. ينظر: تفسير
التعلبي 8: 242، تفسير القرطبي 15: 268، سير أعلام النبلاء 1: 260.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

على أَنَّ قولَ الله عزَّ وجلَّ: "فَإِنِّي قَرِيبٌ أَجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ" [البقرة: ١٨٦]، وقوله تعالى: «وإن أتاني/ يمشي أتيتُهُ هَرَوَلَةً» (794) فيه كفايةُ النَّبِيهِ (795)، ولا سيما مع قوله تعالى: "فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ" ^ع ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا" [النساء: ٥٩]، "وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا" [طه: ١١٤]، "وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُّورٍ" [النور: ٤٠]، والله الحمد وَحْدَهُ.

[٢٠ / أ]

استدراك:

لستُ أَكْزُرُ أَنَّ بعضَ ما في أمالي السَّادةِ العُلَماءِ الرَّبَّانِيِّينَ حَسَنٌ جميلٌ مُفيدٌ، إِنَّمَا الَّذِي أَكْزُرُهُ أَنَّ فيها ما هو كافٍ شافٍ مُحِيطٌ، أو ما هو مُهمٌّ أَهمَلَهُ غيرُهُم، أو أَنَّ الإقبالَ عليها أَفيدُ من وَارِداتِ قلبِ حَيٍّ، مَشْكَاتُهُ: "كِتَابُ أُحْكِمَتْ آيَاتُهُ ثُمَّ فُصِّلَتْ مِنْ لَدُنْ حَكِيمٍ خَبِيرٍ" [هود: ١] أو نحو ذلك، "وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا" [الفرقان: ٣٣].

[٢١ / ب]

ولله دَرُّ بابِ مدينةِ العِلْمِ رضي الله عنه إذ قال: «لَا يَفْقَهُ الرَّجُلُ كُلَّ الْفِقْهِ حَتَّى لَا يَدَعَ الْقُرْآنَ رَغْبَةً عَنْهُ إِلَى مَا سِوَاهُ» (796).

(شعر) (797):

نجا امرؤ يا بديع (798) كُنتَ بُغْيَتَهُ وَخابَ رَكْبُ رَكَابٍ لَمْ يُؤْمُوكَا

(794) أخرجه البخاري في التوحيد، باب: قول الله تعالى: ﴿وَيَحْذَرُكُمْ اللَّهُ نَفْسَهُ﴾ 6: 2694، برقم: 6970، ومسلم 4: 2016، برقم: 2675، عن أبي هريرة رضي الله عنه. (795) في (د): التنبيه.

(796) لم أعر على هذا اللفظ، إلا أنه روي عن علي رضي الله عنه بلفظ: «الْفَقِيهُ كُلُّ الْفَقِيهِ، مَنْ لَمْ يُقْطِ النَّاسَ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ، وَلَمْ يُؤْمِنْهُمْ مَكْرَ اللَّهِ، وَلَمْ يَدَعْ الْقُرْآنَ رَغْبَةً عَنْهُ إِلَى سِوَاهُ» وقد أخرجه الدارمي في مقدمة سننه، باب: العلم الخشية وتقوى الله 1: 338، برق: 305، وأبو داود في كتاب الزهد (ص: 115) برقم: 104، وابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله 2: 811، وذكره السيوطي في الدر المنثور 12: 679 وعزاه لابن الضريس وأبي القسام بن بشير في أماليه.

(797) أصل هذه الأبيات لأبي الطيب المتنبي من قصيدة يمدح فيها عبد الله بن يحيى البحتري، مطلعها: بكيت يارب حتى كدت أبكيك، ينظر: ديوانه (ص: 61)، إلا أن الشيخ الملوحي قصد بها كتاب الله تعالى، فغَيَّرَ بعض الكلمات، لِيَصْلُحَ تَمَثُّلُها في حقِّ كتاب الله تعالى.

(798) في الديوان: يا ابن يحيى.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

أَحْبَبْتُ لِلْعُلَمَاءِ الْعِلْمَ (799) فَاْمْتَدَحُوا جميعَ مَنْ مَدَحُوهُ بِالَّذِي فِيكَ
وَعَلَّمُوا النَّاسَ مِنْكَ الْمَجْدَ واقتَدَرُوا على دَقِيقِ المعاني مِنْ مَعَانِيكَ
فَكُنْ كَمَا أَنْتَ (800) يَا مَنْ لَا شَبِيهَ لَهُ أَوْ كَيْفَ شِئْتَ فَمَا خَلَقَ يُدَانِيكَ
والحمد لله وَحْدَهُ.
وَأَمَّا الْخَاتِمَةُ الْمُتِمَّةُ:

[21 / أ]

فَنُوضِّحُ فِيهَا/عُدْرَ الْمُفَسِّرِينَ فِي انصرافِ هِمَمِهِمْ عَنِ الاعتناء بهذه المُهِمَّاتِ، وإِنَّهُ
لَوَاضِحٌ عِنْدَ الْمُتَفَقِّطِينَ لَانضِبَاطَ عِلْمِ التَّدْبِيرِ وَاِنْحصَارِهِ الْمُتَأَنِّي (801) أَنْ تَأْتِيَ عَلَيْهِ
التَّوَالِيفُ وَأَنْ يَرُدَّهُ كُلُّ أَحَدٍ، الْمُتَنَبِّهِ لِخُرُوجِ عِلْمِ التَّفَهُّمِ عَنْ ذَلِكَ، إِذْ لِكُلِّ آيَةٍ سِتُّونَ أَلْفَ
فَهْمٍ (802)، وَمَا خَفِيَ مِنْهَا أَكْثَرُ، كَمَا يُوضِّحُهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «وَلَا تَنْقُضِي عَجَائِبُهُ» (803)
أَي: لَا بَسْتِينَ أَلْفًا وَلَا بِأَكْثَرِ مِنْهَا، وَمِنْهُ قَوْلُ الْإِمَامِ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِلَّا أَنْ يُؤْتِيَ
اللَّهُ عَبْدًا فَهَمًّا فِي كِتَابِهِ» (804).

(799) فِي الدِّيَوَانِ: لِلشُّعْرَاءِ الشُّعْرَ.

(800) فِي الدِّيَوَانِ: شِئْتَ.

(801) فِي (د): لِلتَّائِي. وَالْمَعْنَى: الْمُتَهَيِّؤُ الَّذِي يَأْتِي الْأَمْرَ عَلَى وَجْهِهِ، وَفِي اللُّغَةِ: تَأْتَى لَهُ الشَّيْءُ
تَهَيُّاً، وَتَأْتِي فَلَانُ لِحَاجَتِهِ: إِذَا تَرَفَّقَ لَهَا وَأَتَاهَا مِنْ وَجْهِهَا، وَتَأْتِي لِلْقِيَامِ، وَالتَّائِي: التَّهَيُّؤُ لِلْقِيَامِ. يَنْظُرُ:
لِسَانَ الْعَرَبِ 2: 588، مَادَّة: أَتَى.

(802) نَقَلَ هَذَا الْكَلَامَ الزُّرْكَشِيُّ فِي الْبِرْهَانِ فِي أَكْثَرِ مِنْ مَوْضِعٍ 1: 454، 2: 154، 4: 226،
وَقَدْ نَسَبَهُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ لِابْنِ سَبْعٍ فِي كِتَابِهِ شِفَاءَ الصَّدْرِ، وَلَمْ أَعْرِفْهُ.

(803) هَذِهِ اللَّفْظَةُ وَرَدَتْ فِي حَدِيثَيْنِ أَحَدُهُمَا مَرْفُوعٌ وَالْآخَرُ مَوْقُوفٌ عَلَى ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ، أَمَّا الْمَرْفُوعُ فَأَخْرَجَهُ الْبِزَارُ فِي مَسْنَدِهِ 3: 71 بِرَقْم: 836، وَالْفَرِيَابِيُّ فِي فَصَائِلِ الْقُرْآنِ (ص:
182) وَإِسْنَادُهُ وَالَّذِي قَبْلَهُ جَيِّدٌ، وَالدِّرَامِيُّ فِي بَابِ: فَضْلٍ مِنْ قُرْآنِ الْقُرْآنِ 4: 2098، بِرَقْم: 3374
عَنِ الْحَارِثِ الْأَعُورِ عَنْ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَالتِّرْمِذِيُّ فِي ثَوَابِ الْقُرْآنِ، بَابِ: فِي فَضْلِ الْقُرْآنِ 5:
172، بِرَقْم: 2906 وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ وَإِسْنَادُهُ مَجْهُولٌ، وَفِي
الْحَارِثِ مَقَالٌ. وَأَمَّا الْمَوْقُوفُ عَلَى ابْنِ مَسْعُودٍ فَأَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ فِي سَنَنِهِ، بَابِ: فَضْلٍ مِنْ قُرْآنِ الْقُرْآنِ
4: 2089، بِرَقْم: 3358، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ 9: 130، بِرَقْم: 8665، وَالْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ
1: 741، بِرَقْم: 2040 وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ الْإِسْنَادُ وَلَمْ يَخْرُجْهُ بِصَالِحِ بْنِ عَمْرِو، وَتَعَقَّبَهُ الذَّهَبِيُّ
بِأَنْ صَالِحًا ثَقَّةٌ خَرَجَ لَهُ مُسْلِمٌ، لَكِنْ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُسْلِمٍ ضَعِيفٌ، وَذَكَرَهُ الْهَيْثَمِيُّ فِي مَجْمَعِ الزُّوَادِ 7:
340، بِرَقْم: 11660 وَقَالَ: رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ وَفِيهِ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُسْلِمٍ الْهَجْرِيُّ، وَهُوَ مَتْرُوكٌ.
(804) سَبَقَ تَخْرِيجُهُ، وَالْكَلَامُ عَلَيْهِ.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

[ب/22] فلما رأى المُفسِّر ذلك، وعلم أنَّ الأعمار لا تقي/ بأنَّ يُوقَّر فيها سبعون راحلةً من تفسير الفاتحة(805)، فضلاً عمَّا وراء ذلك، وعَلِمَ أيضاً ما اعتذر به الإمامُ العَلَّامةُ الرِّبَّانيُّ، المُشِيرُ إلى صَدْرِهِ الرِّيانِ بالعلوم الزَّاخرة قائلًا: «إِنَّ هَهنا عِلْماً لو أنَّ له حَمَلةً»(806)، لم يُمكنه غيرُ السُّكوتِ عن علوم التَّفَهُّم كُلِّها إلَّا ما قد يتسارع إليه القلمُ، أو يبدو على فَلَواتِ اللِّسان، ولم يَسْعه إلَّا أن يَكِلَ بيانها، وأن يُفَوِّضَ أمرها إلى ما يَمُنُّ الله تعالى به على المُستَعِدِّين لذلك، فينالُ كُلُّ منهم ما يَتَّسِعُ له قَلْبُهُ قَلَّةً وكَثَرَةً،/وضَعُفاً وقُوَّةً، كما قال تعالى: "أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِهَا" [الرعد: ١٧]، "قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ" [يونس: ٥٨]، وحسبنا الله ونِعْمَ الوكيل.

فهذا [آخِرُ](807) ما قَصَدْتُهُ من "تبيين معادن المعاني لِمَن إلى تبيينها دَعاني"، جَمَلُ الله الوجودَ بِوجوده، وأفاض عليه من فضله العظيم(808) وجُودَه.

والمَسْئُولُ مِن إحسانه، وقُتُوَّة(809) كُلِّ واقِفٍ عليه، أن يُعَامِلَ فيما يُنْكَرُه منها بِجِلْمِه، عالِماً بأنَّ الأقدارَ من أعوان نفوذها خفايا الأعدار، والحمد لله وحده.

[ب/23] /وصلَّى الله على سيِّدنا مُحَمَّد وآله وصحبه وسلِّم، وسلام على المرسلين، والحمد لله ربِّ العالمين، وهو حسبنا ونِعْمَ الوكيل(810).

(805) يُنسب هذا الكلام لعلِّي بن أبي طالب رضي الله عنه، وقد سبق الكلام عنه في أول هذه الرسالة.

(806) لم أجد هذه العبارة بلفظها، وقد ورد في قول علي رضي الله عنه لَكُمَيْل بن زياد النخعي أنه قال له: "إن ههنا لَعُلْماً -وأشار بيده إلى صدره- لو أصبَتْ له حَمَلةٌ". ذكره ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله 2: 227 وقال: وهو حديث مشهور يستغنى عن الإسناد لشهرته عندهم، وينظر: صفة الصفوة لابن الجوزي 1: 330، وإعلام الموقعين لابن القيم 2: 38.

(807) زيادة من (د).

(808) هنا انقطع الكلام في نسخة (د).

(809) القُتُوَّة في اللغة: السَّخاء والكَرم، وفي اصطلاح أهل الحقيقة: هي أن تُؤثِّر الخَلْقَ على نفسك بالدُّنيا والآخرة. ينظر: التعريفات للجرجاني (ص: 212).

(810) قال مُؤَلِّفه وكتب بخطِّه: قُوبِلَ وصَحِّحَ والحمد لله وحده، كتبه مُؤَلِّفه عفا الله عنه في شهر سنة (773)، وحسبنا الله ونِعْمَ الوكيل.

خاتمة التحقيق

وفي ختام هذه البحث أسجل أهم النتائج فأقول:

- لا شك في نسبة هذه الرسالة لولي الدين الملوحي، وأن نسبته لعبد الكريم السمعاني خطأ مؤكّد.

- يدور موضوع هذه الرسالة حول المنهج الأمثل للتعامل مع كتاب الله تعالى تفسيراً وتدبراً وتفهماً.

- فرّق المؤلف بين التدبر والتفهم، فعرف التدبر بأنه علم العبارة وما لها من منطوق ومفهوم ومعقول، وفهم مدلول اللفظ صريحاً أو إفساحاً، وأنه منحصر مضبوط، وأن سبيل الوصول إليه إنما هو علوم الدراسة الكسبية.

وأما التفهم: فعرفه بأنه علم الإشارة وإدراك اللوازم والإفهام والإيماء والمُتعلّقات، ومقاصد المتكلم من إيراد كلامه، وأشباه ذلك، وأنه لا ينحصر، وفيه تتفاوت مراتب المتفهمين لكتاب الله تعالى، وأن طريق الوصول إلى التفهم علوم الوراثة الوهبيّة، ولكنه أكد على أنه لا يمكن أن يحصل التفهم إلا لمن ملك أدوات التدبر.

- يرى المؤلف أن الذي بيّنه علماء التفسير في كتبهم إنما هي علوم معالم التنزيل، التي هي دلائل الفهم ومجال ظهور معانيه، وأن علوم معالم التنزيل لا تزيد على عشرة؛ أربعة منها هي أركان الأدب، وثلاثة هي فنون البلاغة والفصاحة، وثلاثة هي مآثر المرويات.

- يرى المؤلف أن جواهر علوم التنزيل هي مخ علوم التنزيل ولبابها، إلا أن شرحها وبيانها في كتب التفسير ينذر أو يفقد، إلا أنه أكد على أن علوم معالم التنزيل هي مراقبة ووسيلة للوصول إلى جواهر علوم التنزيل، وهي كذلك باب وتمهيد يتوصّل منه إليه.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

ويؤكد على أن استيعاب جواهر علوم التنزيل والإحاطة به أمرٌ مَيُوس منه، ولذلك اقتصر على ذكر أربعة عشر منه، ونبّه على ما عَذاها، وأكد على أنه ليس شيء منها بخارج عن علوم المُشَاهَدة وعلوم المُجَاهَدة، وقد قصد بالمُشَاهَدة: ما قام بالحقّ (أي: بالله)، وما أقامه الحقّ، وما استحقّه الحقّ، وما أزقه الحقّ، وأمّا المُجَاهَدة: فقصد بها التَّوجُّه إلى الحقّ، وما به رَفُعُ القواطع عن الحقّ، وما به التَّنَزُّه عن كَدَرِ التَّعَلُّقِ بالخلق، وما به التَّقَرُّبُ والانجِمَالُ إلى الحقّ.

- من علوم جواهر التنزيل التي ذكرها: حقائق التنزيل، وكنوز التنزيل، ومقاصد التنزيل، ونصائح التنزيل، وبصائر التنزيل، وجَمِّ التنزيل، ومناهج التنزيل، ومرائد التنزيل، وأحكام التنزيل، وعواصم التنزيل، ونتائج التنزيل، ومباهج التنزيل، وأسرار التنزيل، ولطائف التنزيل، وقد بيّن المُراد من ذلك كلّهُ.

- ذكر المؤلف أن مُهِمَّاتِ التنزيل توجد على أحسن الوجوه وأقربها من واردات القلوب الوهيّة، وممّا يدور من كلامٍ حول الظهر والبطن للألفاظ، وأنّ للمؤهلين لإدراك هذه المهمات خصائص لا بدّ أن تتحقّق.

- بيّن أن عُمْدَتَهُ في الفهم إنّما هو ما اعتمد عليه أهل القرن الأوّل في عصر التنزيل، وأنّه لم يَعدْ يرجع إلى مألوفات المؤلفات، وأنّه يعتمد في فهمه للحقيّات والمُعْضِلَاتِ ومُدْلهِمَّاتِ المُهِمَّاتِ على الله تعالى، كما كان يفعل بعض السلف.

- وضع المؤلف سبب انصراف همّ المُفسرين عن الاعتناء بهذه المُهِمَّاتِ، وذلك لانضباط علم التَّنْبِيْهِ وانحصاره وتمكن كلّ أحد منه، أمّا علم التَّفْهِيْمِ فليس كذلك، وذلك لخفائه وعدم انحصاره.

وأما التوصيات:

- فأوصي أولاً بالاعتناء بهذه الرسالة تأمُّلاً وفهمًا، والعمل على شرحها وتوضيح ما غمض منها.

تبيين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

- كما أوصي بأن تكون جزءًا من مناهج التخصص في الدراسات القرآنية.

- وأخيرًا: أدعو المتخصصين بالدراسات القرآنية والأصولية إلى الاهتمام بمؤلفات

هذا العلامة المحقق، وإبراز ما فيها من دُرر المعارف، ودقائق التحقيق.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

فهرس المصادر والمراجع

- ابن الأثير، أبو الحسن، عز الدين، علي بن أبي الكرم الشيباني الجزري (ت630هـ)، أسد الغابة، بيروت: دار الفكر، ط/1409هـ - 1989م.
- ابن الأثير، أبو السعادات، مجد الدين، المبارك بن محمد الجزري (ت606هـ): - جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، نشر مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، ط/1392/1هـ - 1972م. - النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، بيروت: المكتبة العلمية، ط/1399هـ - 1979م.
- أحمد بن حنبل الشيباني (ت241هـ)، المسند، القاهرة: مؤسسة قرطبة.
- الأزدي، أبو الحسن، علي بن الحسن الهنائي الأزدي (ت بعد 309هـ)، المُجَد في اللغة: تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر، دكتور ضاحي عبد الباقي، القاهرة: عالم الكتب، ط/1988/2م.
- الأزهرى الهروي، أبو منصور، محمد بن أحمد (ت370هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط/2001/1م.
- الأشعري، أبو الحسن، علي بن إسماعيل (ت324هـ)، مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، تحقيق: هلموت ريتز، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي (ت256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، بيروت: دار ابن كثير، اليمامة، ط/1407/3هـ - 1987م.
- ابن عبد البر، أبو عمر، يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (ت463هـ)، جامع بيان العلم وفضله، دراسة وتحقيق: أبو عبد الرحمن فواز أحمد زمرلي، بيروت: مؤسسة الريان - دار ابن حزم، ط/1424/1هـ - 2003م.
- البغدادي، أبو منصور، عبد القاهر بن طاهر البغدادي التميمي الأسفراييني (ت429هـ)، الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية، بيروت: دار الأفاق الجديدة، ط/1977/2م.
- إسماعيل باشا البغدادي (ت1339هـ): - إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، بيروت: دار الفكر، ط/1410هـ - 1990م. - هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون، بيروت: دار الفكر، ط/1410هـ - 1990م.
- البغوي، أبو محمد، الحسين بن مسعود (ت510هـ)، تفسير البغوي (معالم التنزيل)، تحقيق: محمد عبد الله النمر - عثمان جمعة ضميرية - سليمان مسلم الحرش، المدينة المنورة: دار طيبة، ط/1417/4هـ - 1997م.
- البقاعي، برهان الدين، إبراهيم بن عمر (ت885هـ)، مصاعد النظر للإشراف على مقاصد السور (المَقْصِدُ الْأَسْمَى فِي مُطَابَقَةِ اسْمِ كُلِّ سُورَةٍ لِلْمُسَمَّى)، الرياض: مكتبة المعارف، ط/1408/1هـ - 1987م.
- أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي (ت458هـ)، شعب الإيمان، تحقيق: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، الرياض: مكتبة الرشد، بومباي الهند: الدار السلفية، ط/1423/1هـ - 2003م.
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت279هـ)، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط/1395/2هـ - 1975م.
- ابن تغري بردي، أبو المحاسن، يوسف بن تغري بردي (ت874هـ): - المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي، تحقيق: دكتور محمد أمين، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب. - النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، مصر: نشر وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دار الكتب، د. ت. ط.

- ابن تيمية، تقي الدين، أبو العباس، أحمد بن عبد الحلیم (ت 728هـ): - مجموع الفتاوى، جمع وتحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، ط/1416هـ - 1995م. - المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، اعتناء: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (ت 1421هـ)، ط/1418هـ.
- الثعلبي، أبو إسحاق، أحمد بن محمد بن إبراهيم (ت 427هـ)، الكشف والبيان (المعروف بتفسير الثعلبي)، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط/1422هـ - 2002م.
- التعريفات: للرجاني، علي بن محمد (ت 816هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، ط/1405هـ.
- ابن الجزري، أبو الخير، شمس الدين، محمد بن محمد بن يوسف (ت 833هـ)، النشر في القراءات العشر، تحقيق: علي محمد الضباع (ت 1380هـ)، مصر: المطبعة التجارية الكبرى.
- ابن الجوزي، أبو الفرج، جمال الدين، عبد الرحمن بن الجوزي (ت 597هـ): - زاد المسير في علم التفسير، بيروت: المكتب الإسلامي، ط/1404هـ - 3. صفة الصفوة، تحقيق: محمود فاخوري، د. محمد رواس قلعه جي، بيروت: دار المعرفة، ط/1399هـ - 2. مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار الكتاب العربي، ط/1393هـ - 2. 1973م. - الوابل الصيب من الكلم الطيب، تحقيق: محمد عبد الرحمن عوض، بيروت: دار الكتاب العربي، ط/1405هـ - 1985م.
- الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، ط/1407هـ - 4. 1987م.
- ابن أبي حاتم، أبو محمد، عبد الرحمن بن محمد التميمي، الحنظلي، الرازي (ت 327هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: أسعد محمد الطيب، السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط/1419هـ - 3.
- حاجي خليفة، المولى مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي (ت 1067هـ)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، بيروت: دار الفكر، ط/1410هـ - 1990م.
- الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه (ت 405هـ)، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط/1411هـ - 1. 1990م.
- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل، أحمد بن علي (ت 852هـ): - الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط/1412هـ - 1. إنباء الغمر بأبناء العمر، تحقيق: د حسن حبشي، مصر: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، ط/1389هـ - 1969م. - تهذيب التهذيب، بيروت: دار الفكر، ط/1404هـ - 1. 1984م. - فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم الأبواب والأحاديث: محمد فؤاد عبد الباقي، تصحيح وإشراف: محب الدين الخطيب، بيروت: دار المعرفة، ط/1379هـ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، حيدر أباد الهند: مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط/1392هـ - 2. 1972م.
- الحريري، أبو محمد، القاسم بن علي (ت 516هـ)، مقامات الحريري، بيروت: مطبعة المعارف، ط/1873م.
- أبو حيان الأندلسي، محمد بن يوسف بن علي (ت 745هـ)، البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي محمد جميل، بيروت: دار الفكر، ط/1420هـ.
- ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين، أحمد بن محمد (ت 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، بيروت: دار صادر. د ت ط.

تبين معادن المعاني لمن إلى تبيينها دعائي- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

- الدارمي، أبو محمد، عبد الله بن عبد الرحمن (ت255هـ)، مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، السعودية: دار المغني، ط1/1412هـ - 2000م.
- أبو داود السجستاني الأزدي، سليمان بن الأشعث (ت275هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مع تعليقات كمال يوسف الحوت، بيروت: دار الفكر.
- الداودي، شمس الدين محمد بن علي بن أحمد (ت945هـ)، طبقات المفسرين، بيروت: دار الكتب العلمية، د ت ط.
- ابن دريد الأزدي، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت321هـ)، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، بيروت: دار العلم للملايين، ط1/1987م.
- حلية اللب المصون شرح الجواهر المكنون في الثلاثة فنون: لشهاب الدين، أحمد بن عبد المنعم الدمنهوري (ت1198هـ)، نشر دار الكتب العلمية، بيروت.
- الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز (ت748هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط3/1405هـ - 1985م.
- فخر الدين الرازي، أبو عبد الله، محمد بن عمر الرازي (ت606هـ)، مفاتيح الغيب، التفسير الكبير، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط3/1420هـ.
- ابن رافع السلامي، تقي الدين محمد بن هجرس (ت774هـ)، الوفيات، تحقيق: صالح مهدي عباس، و د. بشار عواد معروف، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1/1402هـ.
- أبو زرعة، ولي الدين، أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين ابن العراقي (ت826هـ)، الذيل على العبر في خبر من غير، تحقيق: صالح مهدي عباس، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1/1409هـ - 1989م.
- الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين، محمد بن عبد الله (ت794هـ) - البرهان في علوم القرآن، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، مصر: دار إحياء الكتب العربية، بيروت: دار المعرفة، ط1/1376هـ - 1957م. - اللآلئ المنثورة في الأحاديث المشهورة (التذكرة في الأحاديث المشتهرة)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/1406هـ - 1986م. - المنثور في القواعد، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط2/1405هـ.
- الزركلي الدمشقي، خير الدين بن محمود (ت1396هـ)، الأعلام، بيروت: دار العلم للملايين، ط15/2002م.
- الزمخشري، أبو القاسم جار الله، محمود بن عمر (ت538هـ)، الكشف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، بيروت: دار المعرفة.
- السبكي، تاج الدين، عبد الوهاب بن تقي الدين (ت771هـ) - الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/1411هـ - 1991م. - طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، مصر: دار هجر، ط2/1413هـ.
- علم الدين السخاوي، أبو الحسن، علي بن محمد (ت643هـ)، جمال القراء وكمال الإقراء، تحقيق: د. مروان العطية، د. محسن خرابة، دمشق وبيروت: دار المأمون للتراث، ط1/1418هـ - 1997م.
- السخاوي، أبو الخير شمس الدين، محمد بن عبد الرحمن (ت902هـ) - الجواهر والدرر في ترجمة شيخ الإسلام ابن حجر، تحقيق: إبراهيم باجس عبد المجيد، بيروت: دار ابن حزم، ط1/1419هـ - 1999م. - الذيل التام على دول الإسلام، تحقيق: حسن إسماعيل مروة، الكويت: مكتبة دار العروبة، بيروت: مكتبة دار ابن العماد، ط1/1413هـ - 1992م. - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بيروت: منشورات دار مكتبة الحياة. - المقاصد الحسنة في

تبين معادن المعاني لمن إلى تبينها دعاني- رسالة في مناهج التفسير للعلامة الديباجي الشافعي (دراسة وتحقيق)

- بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، تحقيق: محمد عثمان الخشت، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1/1405 هـ - 1985م.
- السمرقندي، أبو الليث، نصر بن محمد (ت373هـ)، بحر العلوم، تحقيق: د.محمود مطرجي، بيروت: دار الفكر.
- السمعاني المروزي، أبو سعد، عبد الكريم بن محمد التميمي (ت562هـ)، الأنساب، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني وغيره، حيدر آباد: مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط1/1382 هـ - 1962م.
- السمين الحلبي، أبو العباس، شهاب الدين، أحمد بن يوسف بن عبد الدائم (ت756هـ)، الدر المصون في علوم الكتاب المكنون، تحقيق: الدكتور أحمد محمد الخراط، دمشق: دار القلم، ط1/1414 هـ - 1993.
- السيوطي، جلال الدين، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت911هـ): - الإتيان في علوم القرآن، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط/1394 هـ - 1974م. - الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/1411 هـ - 1990م. - الدر المنثور في التفسير بالماثور، تحقيق: مركز هجر للبحوث، مصر: دار هجر، ط/1424 هـ - 2003م. - الدرر المنثورة في الأحاديث المشتهرة، تحقيق: الدكتور محمد بن لطفي الصباغ، الرياض: عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود. - قوت المغتذي على جامع الترمذي، تحقيق: ناصر الغريبي، رسالة الدكتوراة، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، كلية الدعوة وأصول الدين، ط/1424 هـ. - لب اللباب في تحرير الأنساب، لبنان: دار صادر، د.ت. ط.
- الشهرستاني، محمد بن عبد الكريم بن أحمد (ت548هـ)، الملل والنحل، تحقيق: محمد سيد كيلاني، بيروت: دار المعرفة، ط/1404 هـ.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر، عبد الله بن محمد (ت235هـ)، مُصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، بيروت: دار القبلة ومؤسسة القرآن، رقما الجزء والصفحة يتوافقان مع طبعة الدار السلفية الهندية القديمة، ط/1427 هـ - 2006م.
- ابن أبي الصفاء، زين الدين عبد الباسط الظاهري الملطي ثم القاهري الحنفي (ت920هـ)، نيل الأمل في ذيل الدول، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، بيروت: المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ط1/1422 هـ - 2002م.
- الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك (ت764هـ): - أعيان العصر وأعوان النصر، تحقيق: الدكتور علي أبو زيد، والدكتور نبيل أبو عظمة، والدكتور محمد موعد، والدكتور محمود سالم محمد، بيروت: دار الفكر المعاصر، دمشق: دار الفكر، ط1/1418 هـ - 1998م. - الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، بيروت: دار إحياء التراث، د.ت. ط.
- الطبراني: لأبي القاسم الطبراني، سليمان بن أحمد (ت360هـ): - المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، الموصل: مكتبة العلوم والحكم، ط2/1404 هـ - 1983م. - المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، القاهرة: دار الحرمين.
- الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير (ت310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1/1420 هـ - 2000م.
- عصام الدين، إبراهيم بن محمد بن عربشاه الحنفي (ت943 هـ)، الأطول شرح تلخيص مفتاح العلوم، تحقيق وتعليق: عبد الحميد هنداي، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن عطية، أبو محمد، عبد الحق بن غالب الأندلسي (ت542هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/1413 هـ - 1993م.

- ابن العماد الحنبلي، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد العكري (ت1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دمشق وبيروت: دار ابن كثير، ط1/ 1406 هـ - 1986م.
- ابن فارس القزويني الرازي، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت395هـ): - مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2/ 1406هـ - 1986م. - مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت: دار الفكر، ط1/ 1399هـ - 1979م.
- الفاسي، أبو الطيب، تقي الدين، محمد بن أحمد بن علي القرشي الحسني (ت832هـ)، تعريف ذوي العلا بمن لم يذكره الذهبي من النبلاء، تحقيق: محمود الأرناؤوط وأكرم البوشي، بيروت: دار صادر، ط1/ 1998م.
- الفريابي، أبو بكر، جعفر بن محمد (ت301هـ)، فضائل القرآن، تحقيق وتخريج ودراسة: يوسف عثمان فضل الله جبريل، الرياض: مكتبة الرشد، ط1/ 1409هـ - 1989م.
- ابن قاضي شهبه، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، تقي الدين الدمشقي (ت851هـ)، طبقات الشافعية، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، حيدرآباد - الهند: مطبعة دائرة المعارف، ط1/ 1399هـ - 1979م.
- القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، الرياض: دار عالم الكتب، ط1/ 1423هـ - 2003م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت751هـ): - إعلام الموقعين عن رب العالمين، اعتناء: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، السعودية: دار ابن الجوزي، ط1/ 1423هـ. - الفوائد، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2/ 1393هـ - 1973م.
- ابن كثير الدمشقي، أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت774هـ): - تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، المدينة المنورة: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2/ 1420هـ - 1999م. - البداية والنهاية، تحقيق: علي شبري، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1/ 1408هـ - 1988م.
- كحالة، عمر بن رضا بن محمد (ت1408هـ)، معجم المؤلفين، بيروت: مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مصر: دار إحياء الكتب العربية، د ت ط.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي (ت450هـ)، النكت والعيون (تفسير الماوردي)، تحقيق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، بيروت: دار الكتب العلمية.
- المتنبي، أحمد بن الحسين الجعفي (ت354هـ)، ديوان شعر، بيروت: دار بيروت، ط1/ 1403هـ - 1983م.
- د. محمد حسين الذهبي (ت1398هـ)، التفسير والمفسرون، القاهرة: مكتبة وهبة، د ت ن.
- مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د ت ط.
- المقرئ، أبو العباس، تقي الدين، أحمد بن علي الحسيني العبيدي (ت845هـ)، السلوك لمعرفة دول الملوك، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/ 1418هـ - 1997م.
- مكي بن أبي طالب حَمَوَش القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي (ت437هـ)، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، مجموعة من الرسائل الجامعية، بإشراف أ.د: الشاهد البوشيخي، الشارقة: كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، ط1/ 1429هـ - 2008م.

- ابن الملقن، أبو حفص، سراج الدين، عمر بن علي الشافعي المصري (ت804هـ)، طبقات الأولياء، تحقيق: نور الدين شريبه، القاهرة: مكتبة الخانجي، ط1415/2هـ - 1994م.
- الملوي، ولي الدين، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، ابن المنفلوطي (ت774هـ): - إلهام الأفهام في شرح عقيدة العز بن عبد السلام، تحقيق: د. طه محمد فارس، دمشق، استنبول: دار جليس الزمان، ودار الضياء، ط1/ 2019م. - تلخيص الكلام في مسألة الكلام (مخطوط)، من مجموع برقم (214) من المخطوطات الحبسية في الزاوية الحمزاوية العياشية بالمغرب.
- المناوي: زين الدين، محمد المدعو بعبد الرؤوف (ت1031هـ): - التيسير بشرح الجامع الصغير، الرياض: مكتبة الإمام الشافعي، ط3/ 1408هـ - 1988م. - فيض القدير شرح الجامع الصغير، مصر: المكتبة التجارية الكبرى، ط1/ 1356هـ.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، محمد بن مكرم (ت711هـ)، لسان العرب نشر دار صادر، بيروت، ط3/ 1414هـ.
- ابن ناصر الدين، شمس الدين، محمد بن عبد الله القيسي الدمشقي (ت842هـ)، الرد الوافر، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت: المكتبة الإسلامية، ط1/ 1393هـ.
- النسائي، أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب بن علي (ت303هـ): - السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1/ 1421هـ - 2001م. - سنن النسائي الصغير (المجتبى من السنن) تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتبة المطبوعات الإسلامية، ط2/ 1406هـ - 1986م.
- النعيمي الدمشقي، عبد القادر بن محمد النعيمي الدمشقي (ت927هـ)، الدارس في تاريخ المدارس، تحقيق: إبراهيم شمس الدين، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1/ 1410هـ - 1990م.
- نويهض، عادل، معجم المفسرين «من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر»، بيروت: مؤسسة نويهض الثقافية، ط3/ 1409هـ - 1988م.
- الهيثمي، نور الدين، علي بن أبي بكر (ت807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، بيروت: دار الفكر، ط1/ 1412هـ.
- الواحدي، أبو الحسن، علي بن أحمد النيسابوري (ت468هـ)، التفسير البسيط، الرياض: عمادة البحث العلمي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط1/ 1430هـ.
- ياقوت الحموي، أبو عبد الله، ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (ت626هـ)، معجم البلدان، بيروت، دار صادر، ط2/ 1995م.

**THE NEED FOR AN
INTERNATIONAL CONVENTION
ON THE LAW APPLICABLE TO IP
ISSUES**

**الحاجة إلى اتفاقية دولية بشأن القانون الخاص
بقضايا الملكية الفكرية**

Dr. Heidi Eissa

Assistant Professor, Faculty of Law, Cairo University

الدكتورة هايدي عيسى حسن علي حسن

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

(منشور تاليا باللغة الإنكليزية)

**THE NEED FOR AN
INTERNATIONAL CONVENTION
ON THE LAW APPLICABLE TO IP
ISSUES**

Dr. Heidi Eissa

Assistant Professor, Faculty of Law, Cairo University

ABSTR ACT

A new international convention on the law applicable to IPRs has become a necessity dictated by the international nature of IPRs and their rapid spread. There is a need for to define the closest connection law to each issue of the IPRs.

The study aims to explain the circumstances surrounding this need, the proposed solutions and the arguments invoked, especially in view of the national legislation silence towards this need.

The study also seeks to highlight the role of substantive rules and choice-of-law rules included in IP conventions for resolution of the conflicts of law, in addition to conceptualize the provisions of an international convention concerning the law applicable to IP Issues.

Although the role of existing IPR conventions and academic proposals (CLIP, ALI Principles, Joint JK, and Transparency Project) is undeniable, these conventions and proposals are insufficient and there is still a need for a new convention.

KEYWORDS

Intellectual property, international convention, law applicable, conflict of laws, substantive rules, choice-of-law rules, *lex protectionis*, *lex originis*, academic proposals.

PART I

I. INTRODUCTION

There are many reasons justifying the need for a new international convention on the law applicable to IP issues with a scope different from that of existing IPR conventions. The universal nature of each IPR is a major reason for the urgent need for such a convention because conventional rules are most appropriate for governing any IPR issue, provided that the legal relation involves a foreign party.

One of the main IP conventions is the TRIPS Agreement, which combines the most significant components of IP, i.e. industrial and literary components. The TRIPS Agreement endeavored to include balanced provisions in order to preserve the rights of all parties concerned, even if that meant referring to provisions in other international IP conventions. Despite its novelty, the TRIPS Agreement did not decisively address the subject of the proposed convention. It would have been helpful had the TRIPS Agreement dedicated a part for this issue.

It is noteworthy that several other IP conventions include some of the issues dealt with in this article, in particular the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886), the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883), and the Rome Convention for the Protection of Neighboring Rights Holders (1961).

Although many national legislations ignore the subject of the law applicable to IP issues, this does not have much effect on the matter due to the primacy of international conventions over national legislation, provided that the relevant states are members of the international convention.

On the other hand, there has been a major development in the international arena, which is the academic proposals made by scholars who sought to fill the gap. This article will discuss the famous four proposals: (1) the Proposal of the Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), (2) the Principles of the American Law Institute (ALI Principles), (3) the Joint Japanese-Korean Project (Joint JK), and (4) the Transparency Project. It is worth mentioning that although these proposals are productive, they are only guiding but not binding. This brings us back to the starting point, i.e. the need for an international convention determining the law applicable to IP issues.

Such an international convention would reinforce international protection of inventors' rights worldwide, which would allow them to be more innovative and creative. This would also help them contribute to the progress not only of their states but also of the entire world. Even if parties to a legal relation agree to arbitration in respect of disputes that may arise between them, the proposed international convention would remain a source of

inspiration to all. This highlights the imperative need for an international convention whose main objective is to determine the law applicable to any disputable IP issue. This is what this article is seeking to shed light on.

Following the previous introduction, the following questions must be asked: **Do IP conventions assist in the determination of the law applicable to IP issues? If yes, do they play an adequate role? If no, what are the reasons for that? What is the appropriate solution?**

Before answering the previous questions, some points must be clarified such as the role of international IP conventions in determination of the law applicable to IPRs and perhaps the resolution of conflict of laws by adopting rules like:

- **Substantive rules:** these rules apply directly to relations between nationals of the state parties; and
- **Choice-of-law rules:** these conflict-of-laws rules expressly determine which law of the state parties to the convention would apply to a relation between nationals of these states. They are called choice-of-law rules because they assign a law to each dispute, as is the case with traditional choice-of-law rules. It is worth noting that the above two rules may be included in a single international convention.

The question now is whether the role of international IP conventions, whose dimensions were discussed previously, is

enough to dispense with an international convention concerning the law applicable to IPRs in the light of their universal nature.

II. ADEQUACY OF RULES INCLUDED IN INTERNATIONAL IP CONVENTIONS

First, the previous title needs to be rephrased in a more direct way. Do substantive rules and choice-of-law rules included in existing conventions compensate for an international convention determining the law applicable to IP issues? To answer this question, this article will explain the main aspects of this matter then it will allow readers to decide for themselves whether these rules are adequate.

This article will consider the principle of national treatment, being one of the most important substantive rules in international IP conventions. It will also explain a few substantive rules to determine their adequacy. Finally, the article will give examples of the choice-of-law rules included in these conventions.

A. THE ROLE OF SUBSTANTIVE RULES INCLUDED IN IP CONVENTIONS IN RESOLUTION OF THE CONFLICT OF LAWS

The article will go into the details of the role of the national treatment principle and then it will shed some light on other substantive rules included in IP conventions. From the above principle, the article will conclude a general rule applicable to other substantive rules contained in these conventions.

Based on the principle of national treatment, a state must grant foreigners rights equal to those granted to its citizens. For example, if this principle is applied to IPRs, a foreigner applying for protection of their patent, trademark, or copyright would be treated like a citizen of the member state of the international convention whose provisions provide for the principle of national treatment. This applies to all types of IPRs, each according to its nature.⁸¹¹

Hence, the purpose of applying the principle of national treatment to IPRs is to equate foreign IP holders with national ones according to the rule of non-discrimination by eliminating any differences that may arise between them.

In general, WTO conventions, including the TRIPS Agreement, have made the principle of national treatment an integral part thereof in addition to the most favored nation (MFN) principle, as expressly stated in Articles 3 and 4 of the TRIPS Agreement.

Now, the key question is whether the principle of national treatment involves a choice-of-law rule. The answer to this question involves a big doctrinal debate; thus, it is better to discuss the opinions adopted in this regard.

⁸¹¹ Paul E. Geller, *International Intellectual Property, Conflict of laws, and Internet Remedies*, 10 J. INTELL. PROP., 136 (2015); PAUL TORREMANS, *INTELLECTUAL PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW (CRITICAL CONCEPTS IN INTELLECTUAL PROPERTY SERIES # 12)*, 13 (Edward Elgar Publishing 2015).

1. FIRST OPINION

It argues that “the principle of national treatment includes a choice-of-law rule.”

This opinion has been widely accepted;⁸¹² however, it cannot be firmly relied on. If it is true, to which law does the choice-of-law rule refer? Apparently, the last question raises new debate bearing in mind that the existing debate has not been settled yet. It would be more appropriate here to indicate the law to which the choice-of-law rule refers before elaborating on the principle of national treatment itself and whether it includes a choice-of-law rule.

Briefly, the principle of national treatment may refer to either:

- *lex originis* (law of origination);⁸¹³
 - *lex fori* (law of the forum country);⁸¹⁴ or
 - *lex protectionis* (law of the country where the protection is sought)
- since national treatment means that foreign works, inventions, or

812 NUNO PIRES DE CAVALHO, THE TRIPS REGIME OF TRADEMARKS AND DESIGNS, 131, (Kluwer Law International, 2006)

813 JOSEPH DREXL & ANNETTE KUR (EDS.), CHOICE OF LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY (INTELLECTUAL PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: HEADING FOR THE FUTURE), 134. (Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2005).

814 NING ZHAO, CHOICE-OF-LAW IN CROSS-BORDER COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS DISPUTES, 58 (2012), citing STEPHEN M. STEWART & HAMISH SANDISON, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS, 37, 2nd Ed. (Butterworths 1989).

marks can rely on domestic IP laws of the country where protection is sought.⁸¹⁵

There is a strong indication that national treatment implies the application of the *lex protectionis*, i.e. the former includes application of the latter.⁸¹⁶ The *Lex protectionis* assumes that persons protected by law have the right to claim the protection afforded by the law of that state to its nationals⁸¹⁷ given that the principle of national treatment is a non-discrimination rule as well as a conflict rule.⁸¹⁸

In addition, reality shows how difficult it is to deny the strong relation between the application of the *lex protectionis* and the application of the principle of national treatment in that creators have the right to be adequately respected and protected for their mind creations, regardless of their place of residence and whether they are nationals or foreigners. As a result, national legislation sometimes provides explicitly for certain cases in which foreign IPR holders may be treated as nationals without limitations.

815 JAMES J. FAWCEET & PAUL TORREMANS, *INTELLECTUAL PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW*, 694, 2nd Ed. (Oxford University Press 2011)

816 *Id.*, at 768.

817 STEPHEN M. STEWART, *INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS*, 40 (Butterworth and Tanner 1983).

818 Zhao, *supra* note 3, at 56, fn. 368.

2. SECOND OPINION

It explicitly considers that “the principle of national treatment cannot be considered as ordaining or implying any choice-of-law rule.”⁸¹⁹

Simply put, proponents of this opinion argue that the principle of national treatment aims to enforce the non-discrimination rule by restraining states from enacting laws that treat national IPR holders more favorably than foreign IPR holders. Therefore, national treatment is a ‘mere’ non-discrimination rule belonging to the law of foreigners not to the choice of law.⁸²⁰

Proponents of this opinion also argue that the U.S. Court of Appeals was in favor of this opinion in its famous judgment in the case of *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier*,⁸²¹ where the Court held that “the principle of national treatment is really not a conflict rule at all; it is not a direct application of the law of any country. It simply requires that the country in which protection is claimed to treat foreign and domestic authors alike.”⁸²² The court judgment applied the *lex originis*⁸²³ whereby

819 *Id.*, at 57, fn. 362.

820 MIREILLE VAN EECHOU, CHOICE OF LAW IN COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS: ALTERNATIVES TO THE LEX PROTECTIONIS, 107 (Kluwer Law International 2003).

821 *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2nd Cir. 1998). See also Graeme B. Dinwoodie, *Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality?* 51 WM. & MARY L. REV., 716 (2009).

822 Zhao, *supra* note 3, at 57.

823 Marketa Trimble, *Advancing National Intellectual Property Policies in a Transnational Context*, 74 MD. L. REV., 203 (2015).

different persons will receive different rights in one country, which is of course incompatible with the principle of national treatment.⁸²⁴

3. THIRD OPINION

This opinion is a compromise between the former two opinions. Proponents of this opinion are in favor of the “national treatment principle as a choice-of-law rule in the limited sense” since the principle requires the state to apply to foreigners the same law it applies to its citizens.⁸²⁵

This opinion was accepted in substance; nevertheless, it was criticized mainly for describing the principle of national treatment as containing “a choice-of-law rule in the limited sense”. Proponents of this opinion should have said that the principle of national treatment is merely a ‘non-discrimination rule’ belonging to the law of foreigners rather than the choice-of-law rules.⁸²⁶ Clearly, this is in favor of the second opinion.

Generally speaking, IPR conventions include other substantive rules but there is no room to review them in this article. Some believe that these rules contribute to the resolution of the conflict

824 PAUL TORREMANS, CHOICE OF LAW REGARDING COPYRIGHT AND THE DEAD SEA SCROLLS, 119, citing in TIMOTHY LIM & HECTOR MACQUEEN, ON SCROLLS, ARTEFACTS AND INTELLECTUAL PROPERTY, 119 (Sheffield Academic Press 2001).

825 PAUL GOLDSTEIN, INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE, 89 (Oxford University Press 2001).

826 Eechoud, *supra* note 9, at 107; Drexler & Kur *supra* note 2, at 134.

of laws relating to certain IP issues through identification of the law applicable. These rules include the principle of minimum protection,⁸²⁷ the MFN principle,⁸²⁸ and other principles.⁸²⁹

B. THE ROLE OF CHOICE-OF-LAW RULES INCLUDED IN IP CONVENTIONS IN RESOLUTION OF CONFLICT OF LAWS

To complete the discussion about the role of IP conventions in resolution of conflict of laws, it is worth noting that the role of these conventions regarding the law applicable to IP issues not only includes the abovementioned substantive rules but also IP-related-choice-of-law rules, which can be relied upon alongside the substantive rules.

Accordingly, conventional choice-of-law rules assigns one of the laws of the state parties to the convention to the dispute in respect of the relation between the nationals of these states. This norm is observed by many international IP conventions. Some of these conventions provide for certain forms of choice-of-law rules, which can be understood from their reference to a particular law in some cases. Below are examples from the Berne, Paris, and Rome Conventions.

827 François Dessemontet, *Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace*, 18 J. INT'L ARB., 6 (2001); WILLIAM STRONG, THE COPYRIGHT BOOK, 196, 3RD ED. (The Mitt press 1990).

828 Zhao, *supra* note 3, at 71.

829 WIPO INTELLECTUAL PROPERTY HANDBOOK: POLICY, LAW AND USE, WIPO PUBLICATION, No. 489 (E), para. 5, 2nd Ed., 2008.

1. APPLICATION OF THE *LEX PROTECTIONIS*

The *lex protectionis* is widely accepted in terms of IP issues and is clearly adopted by many international IP conventions. The Berne, Paris and Rome Conventions adopted the *lex protectionis* in many instances as explicitly stated below:

i. *LEX PROTECTIONIS* IN THE BERNE CONVENTION

The Berne Convention adopted the *lex protectionis* in the following provisions:

Article 5(2) states:

(2) The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.

The former provision discusses two aspects:

- An explicit exclusion of the law of the country of origin, i.e., this law has no effect on the determination, exercise, and protection of the right in any other country. Moreover, the enjoyment or exercise

of these rights is not subject to any formality. This is called the principle of automatic protection; and⁸³⁰

- An explicit statement that the scope of protection of copyright and the redress prescribed for the author to protect their rights will be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.⁸³¹

Article 6bis (2) regarding persons entitled to exercise moral rights to copyright states:

The rights granted to the author in accordance with the preceding paragraph shall, after his death, be maintained, at least until the expiry of the economic rights, and shall be exercisable by the persons or institutions authorized by the legislation of the country where protection is claimed. However, those countries whose legislation, at the moment of their ratification of or accession to this Act, does not provide for the protection after the death of the author of all the rights set out in the preceding paragraph may provide that some of these rights may, after his death cease to be maintained.

830 YIJUN TIAN, *RE-THINKING INTELLECTUAL PROPERTY: THE POLITICAL ECONOMY OF COPYRIGHT PROTECTION IN THE DIGITAL ERA*, 23 (Routledge Cavendish 2009).

831 Dessemontet, *supra* note 16, at 489. See TOSHIYUKI KONO, *INTELLECTUAL PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES*, 21. (Oxford and Portland, Hart Publishing 2009); Rita Matulionytė, *IP and Applicable Law in Recent International Proposals: Report for the International Law Association*, 3 J. INTEL. PROP. I. TECH., 263 (2012).

Article 10bis (1) states:

It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction by the press, the broadcasting or the communication to the public by wire of articles published in newspapers or periodicals on current economic, political or religious topics, and of broadcast works of the same character, in cases in which the reproduction, broadcasting or such communication thereof is not expressly reserved. Nevertheless, the source must always be clearly indicated; the legal consequences of a breach of this obligation shall be determined by the legislation of the country where protection is claimed.

The Berne Convention also stipulates in Article 14bis(2)(a) that the *lex protectionis* will determine copyright holders for cinematographic works. In accordance with the preceding article, the author's description is defined by the *lex protectionis*, whose application is limited to cinematographic works and excludes other IPRs.⁸³²

ii. LEX PROTECTIONIS IN THE PARIS CONVENTION

The Paris convention adopted the *lex protectionis* in many articles. Below are examples of them:

Article 4 quarter states:

The grant of a patent shall not be refused and a patent shall not be invalidated on the ground that the sale of the patented product or

⁸³² Eechoud, *supra* note 9, at 65.

of a product obtained by means of a patented process is subject to restrictions or limitations resulting from the domestic law.

Article 11 states:

The countries of the Union shall, in conformity with their domestic legislation, grant temporary protection to patentable inventions, utility models, industrial designs, and trademarks, in respect of goods exhibited at official or officially recognized international exhibitions held in the territory of any of them.

It should be noted that although the previous text focuses on domestic legislation of each state, it ultimately leads to the application of the *lex protectionis* or the law of the country where the protection is sought. In spite of the using different terminology, the meaning remains the same.⁸³³

iii. LEX PROTECTIONIS IN THE ROME CONVENTION

The Rome Convention adopted the *lex protectionis* in the following articles:

Article 7(2) & (1) states:

(1) If broadcasting was consented to by the performers, it shall be a matter for the domestic law of the Contracting State where protection is claimed to regulate the protection against rebroadcasting, fixation for broadcasting purposes and the reproduction of such fixation for broadcasting purposes.

⁸³³ PAUL TORREMANS, RESEARCH HANDBOOK ON CROSS-BORDER ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY, 422 (Edward Elgar Publishing 2014).

(2) The terms and conditions governing the use by broadcasting organizations of fixations made for broadcasting purposes shall be determined in accordance with the domestic law of the Contracting State where protection is claimed.

Article 13(d) states:

(d) The communication to the public of their television broadcasts if such communication is made in places accessible to the public against payment of an entrance fee; it shall be a matter for the domestic law of the State where protection of this right is claimed to determine the conditions under which it may be exercised.

2. APPLICATION OF THE *LEX ORIGINIS*

i. LEX ORIGINIS IN THE BERNE CONVENTION

The Berne Convention referred to the *lex originis* in some instances,⁸³⁴ albeit less than it mentioned the *lex protectionis*. For instance, Article 7(8) states, “In any case, the term shall be governed by the legislation of the country where protection is claimed; however, unless the legislation of that country otherwise provides, the term shall not exceed the term fixed in the country of origin of the work.”⁸³⁵

834 JANE C. GINSBURG & MORTON L. JACKLOW, WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF THE PROTECTION OF WORKS AND OBJECTS OF RELATED RIGHTS TRANSMITTED THROUGH DIGITAL NETWORKS, at 25, fn. 74,

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_2.doc, 15/9/2020.

835 For a more detailed overview, see Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 714.

ii. *LEX ORIGINIS* IN THE PARIS CONVENTION

The Paris Convention adopted the *lex originis* in the following articles:

Article 6quinquies(A)(1) states, “Every trademark duly registered in the country of origin shall be accepted for filing and protected as is in the other countries of the Union.”

Article 7bis (1) states, “The countries of the Union undertake to accept for filing and to protect collective marks belonging to associations the existence of which is not contrary to the law of the country of origin, even if such associations do not possess an industrial or commercial establishment.”⁸³⁶

3. APPLICATION OF THE NATIONALITY LAW:

The Berne Convention also adopted the nationality law in Article 15(4)(a):

In the case of unpublished works where the identity of the author is unknown, but where there is every ground to presume that he is a national of a country of the Union, it shall be a matter for legislation in that country to designate the competent authority which shall represent the author and shall be entitled to protect and enforce his rights in the countries of the Union.

⁸³⁶ RÜDIGER WOLFRUM, ET AL., (EDS.) MAX PLANCK COMMENTARIES ON WORLD TRADE LAW, WTO: TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, 131 (Martinus Nijhoff Publishers 2008).

Works of Art and Manuscripts:

Article 14ter (2) states, “The protection provided by the preceding paragraph may be claimed in a country of the Union only if legislation in the country to which the author belongs so permits.”

4. APPLICATION OF LEGISLATION OF THE COUNTRY OF IMPORTATION

The Paris Convention also adopted the legislation of the country of importation in Article 5quater:

When a product is imported into a country of the Union where there exists a patent protecting a process of manufacture of the said product, the patentee shall have all the rights, with regard to the imported product, that are accorded to him by the legislation of the country of importation, on the basis of the process patent, with respect to products manufactured in that country.

PART II

CONCEPTUALIZATION OF PROVISIONS OF AN INTERNATIONAL CONVENTION CONCERNED WITH THE LAW APPLICABLE TO IP ISSUES

Reality shows the need not only to explain the law applicable to IP issues but also IP issues themselves. Therefore, the article will tackle IP issues first, and then it will point out the law governing each issue.

Before going into detail, it must be clarified that application of the *lex protectionis* to many IP issues is widely accepted. This is

evident in the legislation (relatively few) and judgments of some states as well as in international IP conventions themselves. This may be easily recognized in the examples mentioned previously in this article.

In spite of its wide acceptance, the scope of application of the *lex protectionis* has been a subject of debate between states. The question is which of the IPR issues fall within the scope of the *lex protectionis*. The article will attempt to answer this question by addressing each IPR issue separately to determine the applicable law to each issue in order to ensure logical sequence of the article.

In order to answer this question, there are two theories relating to the scope of the *lex protectionis*:

- **First Theory:** In some states, all issues are subject to the *lex protectionis*,⁸³⁷ expect initial ownership and transferability, such

⁸³⁷ “For some countries, and under domestic private international law, such as Germany and Italy, the law applicable to intellectual property right is the *lex protectionis*, which applies to ... every issue concerning intellectual property right,” JANE C. GINSBURG & EDOUARD TREPPOZ, INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW: U.S. AND E.U. PERSPECTIVES: TEXT AND CASES, 688 (Edward Elgar Publishing 2015). “... the general conflict rule for copyright and other intellectual property is the one referring to the law of the country for which protection is claimed (*lex protectionis*),” Echoud, *supra* note 9, at 95.

as in Belgium,⁸³⁸ Switzerland,⁸³⁹ Germany,⁸⁴⁰ Italy,⁸⁴¹

Austria,⁸⁴² China,⁸⁴⁴ and Turkey.⁸⁴³

- **Second Theory:** In other states, the *lex protectionis* applies only to proprietary issues relating to existence, termination, duration, scope, etc. of an IP whereas infringement issues (illegal conduct

⁸³⁸ See Arts. 93 & 94 Belgian Private International Law Code, “... all issues related to initial copyright ownership should be governed by the law of the country for which protection is sought.” TOSHIYUKI KONO, JURISDICTION AND LAW APPLICABLE IN MATTERS OF INTELLECTUAL PROPERTY (2012), in KAREN B. BROWN & DAVID V. SNYDER (EDS.), GENERAL REPORTS OF THE XVIIIITH CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW RAPPORTS, 411 (Springer Science+Business Media 2012). See Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 706.

⁸³⁹ Art. 110 (1) Federal Private International Law Act.

⁸⁴⁰ Federal Supreme Court decision of June 17, 1992, GRUR, 697.

⁸⁴¹ Art. 54 Italian Private International law, “The rights in intangible property shall be governed by the law of the State of use.” The law of the State of Use means here *lex protectionis* as the doctrine adopted. See e.g. “... which is generally interpreted as being a reference to the country of protection principle.” EUROPEAN COMMISSION, FINAL REPORT TO THE STUDY ON INTELLECTUAL PROPERTY AND THE CONFLICT OF LAWS, 6, 27 (April 2000), <https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Conflict%20of%20Laws%20in%20Cyberspace.pdf> . , Last visit on 2/10/2020.

See also “This rule has been interpreted as pointing to the law of the protecting country.” Kono, *supra* note. 27, at 411.

⁸⁴² Art. 34 Austrian Private International Law. TOSHIYUKI KONO, ET AL., INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, (SOFIA CONFERENCE, 2012), INTELLECTUAL PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 9. See Austrian Supreme Court decision of January 14, 1986, 4 Ob 408/85, GRUR Int. 735 (1986).

⁸⁴³ Arts. 48 & 50 Law of the People’s Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations Law (2010).

⁸⁴⁴ Art. 23(1) Turkish International Private and Procedural Law (Act No. 5718).

and remedies) are subject to general applicable rules of the tort law such as the *lex loci delicti*⁸⁴⁵ (e.g. the UK⁸⁴⁶ and the U.S.⁸⁴⁷).

It is remarkable that despite the theoretical and doctrinal differences between the concept of the *lex protectionis* and the *lex loci delicti*, reality shows that sometimes one law could be a *lex protectionis* and a *lex loci delicti* at the same time.⁸⁴⁸ Nevertheless, this opinion is not completely accepted by all. It is important to distinguish between the *lex loci protectionis* and the *lex fori*, which might in some cases coincide. The same should apply to the *lex loci delicti*.⁸⁴⁹

It could be said that the *lex protectionis* is the current dominant private international law doctrine.⁸⁵⁰ In other words, the general conflict rule for copyright and other intellectual property is the one

⁸⁴⁵ Matulionyte, *supra* note 20, at 265.

⁸⁴⁶ *Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd.*, 3 W.L.R 332, Ch. 403 (2000); *Def Lepp Music v. Stuart-Brown*, RPC 273 (1986).

⁸⁴⁷ *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2nd Cir. 1998). “The court held that the place of an American copyright infringement is in the United States,” Kono, *supra* note 20, at 146. Dinwoodie, *supra* note 10, at 730; Trimble, *supra* note 12, at 248.

⁸⁴⁸ Matulionyte, *supra* note 20, at 266, fn. 37-38, citing in PAUL GOLDSTEIN, *INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE*, 99-100 (Oxford University Press 2001); Eechoud, *supra* note 9, at 105, fn. 296.

⁸⁴⁹ Kono, *supra* note 20, at 358.

⁸⁵⁰ THORSTEN KÄSEBERG, *INTELLECTUAL PROPERTY, ANTITRUST AND CUMULATIVE INNOVATION IN THE E.U. AND THE U.S.*, 44. (Oxford and Portland, Oregon 2012)

referring to the law of the country for which protection is claimed.⁸⁵¹

Furthermore, it has been observed that the majority in Germany supports the application of the *lex protectionis* to determine the question of initial ownership as held by the German Federal Supreme Court,⁸⁵² “In Germany, there is a clear case-law: the Schutzland principle, i.e., *lex protectionis* governs all issues.”⁸⁵³ Thus, the country of protection rule is a well-established rule of conflict of laws applicable to all issues related to copyright disputes.⁸⁵⁴

Accordingly, when determining the scope of the law applicable to IPRs, it is better to consider the issues governed by IP laws and understand the traditional choice-of-law rules in order to determine the most appropriate applicable law. This is essential in that the majority of IP laws do not determine which law governs which matter. Moreover, there are no clear provisions governing the scope of the law applicable in IP conventions, which are primarily drafted for this purpose. Therefore, some issues fall

⁸⁵¹ Eechoud, *supra* note 9, at 95.

⁸⁵² Kono, *supra* note 27, at 411.

⁸⁵³ Eechoud, *supra* note 9, at 96.

⁸⁵⁴ Rita Matulionyte, *Book review – Stig Strömholm, Copyright and the Conflict of Laws: A Comparative Survey*, 2 J. INTELL. PROP. I. TECH, 158 (2011), <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3094/jipitec-2-br-matulionyte.pdf>.

within the scope of the *lex protectionis* while others do not. It is well known that a law, no matter how widely accepted it is, does not include all issues within its scope of application.

Now, the article will present an initial conceptualization of the IPR issues falling within the scope of the *lex protectionis* and others that do not fall within its scope.

I. SOME ISSUES FALLING WITHIN THE SCOPE OF THE *LEX PROTECTIONIS*

A. PROPRIETARY ASPECTS

The question of proprietary aspects is on top of the list of issues that fall within the scope of the *lex protectionis*. The term proprietary aspects refers to the existence, scope, and duration of an IP since they are intertwined.⁸⁵⁵ This means that the *lex protectionis* principle determines the existence and creation of a right.⁸⁵⁶ In other words, the law of the protecting country will govern the duration and the termination of a right.⁸⁵⁷

Accordingly, the *lex protectionis* relates to the copyrightability and patentability of IPRs.⁸⁵⁸ First, it must be pointed out that legal protection of an intellectual right entails protection of that right until the lapse of the legal period specified for the protection of the

⁸⁵⁵ Eechoud, *supra* note 9, at 171.

⁸⁵⁶ Kono, *supra* note 27, at 411.

⁸⁵⁷ Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 714.

⁸⁵⁸ Käseberg, *supra* note 20, at 44.

right by law. This is the general rule. Following the lapse of the legal period, what was prohibited in the past is now permissible since the intellectual right has now entered the public domain. It is worth mentioning that entering of IPRs into the public domain has recently attracted widespread global attention.⁸⁵⁹

It is noticeable that the *lex protectionis* is the best choice in this regard, particularly since “Intellectual property rights are *droits indépendants* [independent rights], not *droits acquis* [acquired rights] because of their legal nature.”⁸⁶⁰ Besides, the Paris and Berne Conventions may have adopted the same law as stated in Article 4 bis(1) of the Paris convention and Article 18(2) of the Berne convention.

In this regard, it should be noted that the expiry of an intellectual right is a subject relating to the financial right only not the moral right. It is well known that protection of a moral right does not expire with the lapse of a certain period because it is a permanent and continuous right contrary to a financial right. Accordingly, legal protection of an intellectual right to exploit a work only relates to the financial aspect and does not affect the moral one.

859 SÉVERINE DUSOLLIER, COMMITTEE ON DEVELOPMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY (CDIP), WIPO PUBLICATION, SCOPING STUDY ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND THE PUBLIC DOMAIN, www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=197962, 2/10/2020.

860 Eechoud, *supra* note 9, at 125.

Moreover, among the issues covered by the *lex protectionis* is the essence of an intellectual right itself, i.e. the moral and financial aspects.⁸⁶¹ This is because financial and moral rights are inseparable. Moral rights are viewed as being within the realm of issues linked to the existence of IP, which is actually governed by the *lex protectionis*.⁸⁶² It has been observed that jurisprudence suggests that the Berne Convention applies the *lex protectionis* to moral rights of IP holders in view of the explicit text of Article 6bis(3).⁸⁶³

On the other hand, there are opinions opposing the application of the *lex protectionis* to the moral aspect of IPRs despite the widespread application of *lex protectionis*. Thus, there are different jurisprudential views regarding the law applicable to moral rights. Hence, the article will discuss below two mainstream views in this regard:

- **Civil law states:** they recognize the moral rights of IP holders, such as France and Germany; and
- **Common law states:** They recognize these rights to a lesser extent, such as in the U.S.

861 JUSTINE PILA AND PAUL TORREMENTS, *EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, 567. (Oxford University Press 2016); Kono et al., *supra* note 20, at 755.

862 Eechoud, *supra* note 9, at 112.

863 Lim & MacQueen, *supra* note 13, at 124.

Some views prefer application of personal law to moral rights,⁸⁶⁴ especially since they consider them personal rights.⁸⁶⁵

B. INITIAL OWNERSHIP

The second issue falling within the scope of the *lex protectionis* is initial ownership. Some states have actually used the *lex protectionis* to determine initial ownership, such as Germany.⁸⁶⁶ Many European states followed Germany lead and considered initial ownership a form of "proprietary matter" that must be governed by the *lex protectionis*,⁸⁶⁷ such as Italy,⁸⁶⁸ Belgium, and Japan.⁸⁶⁹

STANDS OF ACADEMIC PROPOSALS

Reports and projects of academic entities are very keen on showing where they stand on the issue of the law applicable to determine initial ownership. In general, one can easily notice a similar stand on relevant provisions: Article 3:201 of the CLIP

⁸⁶⁴ Pila & Torremans, *supra* note 50, at 567, This point of view has also been cited in JUSTINE PILA & PAUL TORREMANS, *EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, 537 (2nd Ed., Oxford University Press 2019).

⁸⁶⁵ Lim & MacQueen, *supra* note 13, at 124; Eechoud, *supra* note 9, at 173, fn. 508, citing in JACQUES RAYNARD, *DROIT D'AUTEUR ET CONFLIT DE LOIS: ESSAI SUR LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT D'AUTEUR*, 220 (Litec 1990).

⁸⁶⁶ Kono, *supra* note 20, at 140.

⁸⁶⁷ *Id.*, at 139.

⁸⁶⁸ Art. 54 Italian Private International Law.

⁸⁶⁹ Torremans, *supra* note 22, at 430; Kono, *supra* note 20, at 411: Japanese Report, 785 and Belgian Report, 407.

Proposal and Article 308 of the Joint JK Project.⁸⁷⁰ Both proposals used the term "the country of which protection is sought". Furthermore, Article 305 of the Transparency Project used the term "the law of granting state,"⁸⁷¹ which is the same as the "the law of the protecting country."⁸⁷²

On the other hand, the stand of the ALI Principles is different from that of the abovementioned proposals. In Article 311, it clearly provides for the application of the law of the country of registration to the initial ownership issue.⁸⁷³

STATES AGAINST APPLICATION OF THE *LEX* *PROTECTIONIS* TO INITIAL OWNERSHIP

Some states are in favor of the application of the *lex originis* instead of the *lex protections* to the initial ownership, such as

870 COMMENTARY ON PRINCIPLES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, 142, JOINT PROPOSAL DRAFTED BY MEMBERS OF THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION OF KOREA AND JAPAN, (WASADA UNIVERSITY GLOBAL COE PROJECT OCTOBER 2010); PRINCIPLES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, 111, QUARTERLY REVIEW OF CORPORATION AND LAW AND SOCIETY (Waseda University 2011). Kono, *supra* note 20, at 151.

871 *Id.*, at 117.

872 "This term (the law of the protecting country) is sometimes used to refer to the law of the granting state." See TOSAPORN LEEPUENGTHAM, THE PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN OUTER SPACE ACTIVITIES, 178 (Edward Elgar Publishing 2017).

873 Graeme W. Austin, *Intellectual Property Politics, and the Private International Law of Copyright Ownership*, 30 BROOK J. INT'L L, 913 (2005).

France⁸⁷⁴ and the U.S.⁸⁷⁵ This is particularly true when it comes to copyright since the U.S. has effectively adopted a *lex originis* rule regarding copyright authorship.⁸⁷⁶ In addition, Canada⁸⁷⁷ depends on the closest connection or the most significant relation,⁸⁷⁸ which is similar to the *lex originis*.

C. TRANSFERABILITY OF INTELLECTUAL PROPERTY

The third issue falling within the scope of the *lex protectionis* is transferability of an intellectual right. Generally speaking, only the financial aspect of an intellectual right may be transferred because the moral aspect may not be transferred or disposed of even after the death of an IP holder.⁸⁷⁹ Since moral rights are non-transferable, there is no room for conflict of laws.⁸⁸⁰ Hence, transferability is related to the financial aspect only.

⁸⁷⁴ Even if France stand is adopted “as *lex originis* has been followed by case law.... and has later been replaced by a territorial approach leading to the same result than the *lex protectionis* rule,” PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, CONFLICT OF LAWS AND THE INTERNET, ft. 223-224 (Edward Elgar Publishing 2020).

⁸⁷⁵ *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998). Cf. *Films by Jove, Inc. v. Berov*, 154 F. Supp 2d 432, 448-61 (E.D.N.Y. 2001), citing in Dinwoodie, *supra* note 10, at 731, fn. 35.

⁸⁷⁶ *Id.*, at 731.

⁸⁷⁷ Torremans, *supra* note 22, at 430.

⁸⁷⁸ Kono, *supra* note 27, at 410; RITA MATULIONYTĖ, LAW APPLICABLE TO COPYRIGHT: A COMPARISON OF THE ALI AND CLIP PROPOSALS, 215 (Edward Elgar Publishing 2011).

⁸⁷⁹ Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 515.

⁸⁸⁰ Torremans, *supra* note 1, at 20.

It is worth noting that the *lex protectionis* determines the transferability of an intellectual right, in whole or in part, as well as its assignability to a third party, with or without consideration. Given the fact that IPRs consist of a bundle of prerogatives that can be waived in whole or in part,⁸⁸¹ then determination of the extent of an intellectual right transferability depends on the existence and content of the intellectual right itself.⁸⁸²

The previous paragraph relates to the question of transferability of an intellectual right, which is different from the actual transfer of an intellectual right. Thus, part of the scope of the *lex protectionis* is to determine whether an intellectual right is transferable.⁸⁸³ The *Lex protectionis* applies to the conditions of validity of such transfer or licensing and its effect on third parties.⁸⁸⁴ Of course, licensing or sale of IPRs is the most important method of financial exploitation of IPRs in addition to assignment.⁸⁸⁵

STANDS OF ACADEMIC PROPOSALS

- **CLIP Principles:** These Principals are distinctive in this regard. They expressly state that the *lex protectionis* determines whether an intellectual right is transferable. The *lex protectionis* also

⁸⁸¹ Echoud, *supra* note 9, at 193.

⁸⁸² Torremans, *supra* note 22, at 434.

⁸⁸³ Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 723.

⁸⁸⁴ Kono, et al., *supra* note 31, at 10.

⁸⁸⁵ Echoud, *supra* note 9, at 193.

determines whether transfer of an intellectual right or a license thereto could be invoked against third parties.⁸⁸⁶

- **Transparency Project:** The Project states that the issue of transferability of IPRs is subject to the *lex protectionis*, i.e. the law of the country that granted the intellectual property rights.⁸⁸⁷
- **Joint JK Project:** The Project provides for the application of the *lex protectionis*. It explicitly states that the law of the country from which protection is claimed will determine whether an intellectual right is transferable.⁸⁸⁸
- **ALI Principles:** These Principles state that the law of each state for which rights are transferred is the law applicable to transferability of IPRs.⁸⁸⁹ Some consider that the ALI Principles strictly adopts the notion of territoriality for suggesting that the transferability of IP rights is governed by the law of each state for which the rights are transferred.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ Art. 3:301 CLIP Proposal, CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY: THE CLIP PRINCIPLES AND COMMENTARY, THE EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY, 236 (Oxford University Press 2013) in particular, JOSEF Drexler, Part 3: Applicable Law, Section 3: Transferability.

⁸⁸⁷ Art. 305 Transparency Project.

⁸⁸⁸ Art. 309 Joint JK project.

⁸⁸⁹ Art. 314 ALI Principles; INTELLECTUAL PROPERTY: PRINCIPLES GOVERNING JURISDICTION, CHOICE OF LAW AND JUDGMENT IN TRANSNATIONAL DISPUTES (WITH COMMENTS AND REPORTER'S NOTES), Part III: Applicable Law, 17-19 (American Law Institute 2008). See Kono et al, *supra* note 31, at 9.

⁸⁹⁰ Kono, *supra* note 20, at 137.

D. PROTECTION OF IPRS

This issue is the fourth issue falling within the scope of the *lex protectionis*. Regulation of the protection of IPRs has two aspects: forms of infringement of these rights and means of protecting them. In other words, they involve infringement and remedies, which are governed by the *lex protectionis*.⁸⁹¹

The *lex protectionis* is widely accepted in this regard due to the perceived territorial nature of IP.⁸⁹² It is considered the law of the place in which the acts constituting infringement occurred. Some even tend to define the law of the country of protection as the country in which an intellectual right has been infringed.⁸⁹³ Moreover, it is possible that all elements of a dispute may take place in one state, for instance a patent owned by an American citizen may be infringed within U.S. borders by an aggressor who also bears the same nationality.⁸⁹⁴

⁸⁹¹ Kono, *supra* note 27, at 411.

⁸⁹² Eechoud, *supra* note 9, at 4; Sophie Neumann, *Intellectual Property Rights Infringements in European Private International Law: Meeting the Requirements of Territoriality and Private International Law*, 7 J. PRIV. INT'L L, 584 (December 2011).

⁸⁹³ "... the country of origin is taken to be the country where the work was published for the first time and the country of protection is the one in which the right has been infringed." See ANDRÉ LUCAS, APPLICABLE LAW IN COPYRIGHT INFRINGEMENT CASES IN THE DIGITAL ENVIRONMENT, UNESCO E-COPYRIGHT BULL., 2, (October-December 2005), <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001436/143657e.pdf>, 2/10/2020.

⁸⁹⁴ See Zhao Lei, *Beyond the US Borders: A Primary Analysis of Extraterritorial Application of U.S. Patent Law*, 19 J. INTELL. PROP. RTS.,

It is noteworthy that criminal sanctions are beyond the scope of the conflict of laws since they have a territorial character relating to the sovereignty and territorial integrity of each state, i.e. each judge is obliged to apply the criminal sanctions included in its national law "*lex fori*."

The *lex protectionis* determines which intellectual right enjoys the protection in the state; however, it must be emphasized that application of the *lex protectionis* here means application of its substantive rules only and excluding rules relating to private international law in order to avoid the consequences of renvoi.⁸⁹⁵ It may be interesting to note that the definition of the Latin term *lex originis* coincides with the application of the *lex protectionis* in case of infringement of IPRs.⁸⁹⁶

There is limited support by jurists to the full application of the *lex originis* to copyright matters.⁸⁹⁷ Some support the exclusion of the IP infringement from the scope of the *lex originis* because it is subject to the *lex protectionis*. This is as if opponents of full application of the *lex originis* themselves believe in the exclusion of IPR infringement from the scope of this law.⁸⁹⁸

27 (January 2014).

⁸⁹⁵ Kono et al, *supra* note 31, at 8.

⁸⁹⁶ AARON X. FELLMETH & MAURICE HORWITS, GUIDE TO LATIN IN INTERNATIONAL LAW, 173 (Oxford University Press 2009).

⁸⁹⁷ Eechoud, *supra* note 9, at 119.

⁸⁹⁸ Eechoud, *supra* note 9, at 121, citing in E. BARTIN, *PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SELON LA LOI ET LA*

Finally, review of relevant legislation shows that some national legislation clearly provides for application of the *lex protectionis* to the issue of IPR infringement, such as the Swiss Private International Law.⁸⁹⁹ Actually, some courts,⁹⁰⁰ especially in the U.S., held that “most national courts have applied the *lex loci protectionis* to determine the law applicable in intellectual property cases, at least in adjudicating the question of infringement.”⁹⁰¹

STAND OF ROME II REGULATION ON APPLICATION OF THE *LEX PROTECTIONIS* TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS

Article 8(1) of the Rome II Regulation adopts application of the *lex protectionis* to infringement of IPRs by stating, “The law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of

JURISPRUDENCE FRANÇAISE, fn. 63 (1930).

899 “Intellectual property rights shall be governed by the law of the State in which protection of the intellectual property is sought,” Art. 110(1) Swiss Private International Law, citing in Trimble *supra* note 12, 246. See also Art. 34 Australian Private International Law.

900 *Gaste v. Kaiserman*, 683 F. 2d 1016 (2d Cir. 1988); *Interspace Corporation v. Lapp, Inc.*, 721 F.2d, 460 (3d Cir. 1983); *San Francisco Arts & Athletics v. U.S. Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987); *Oracle America, Inc. v. Google, Inc.*, 872 F. Supp. 2d 974, N.D. Cal. (2012); *Nichols v. Universal Pictures Corat et al.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6h Cir. 1996).

901 Dinwoodie, *supra* note 10, 729.

the country for which protection is claimed,”⁹⁰² as long as there is no contractual obligation.

Article 3 of the Regulation stipulates the same, “Article 13 shall apply to non-contractual obligations arising from an infringement of intellectual property rights.” Some even consider Article 13 a mere extension of Article 8.⁹⁰³

Paragraph 26 of the Regulation recitals indicates that the term “intellectual property rights” means copyright, related rights, databases and industrial property.⁹⁰⁴

DOCTRINES AGAINST APPLICATION OF THE *LEX PROTECTIONIS* TO INFRINGEMENT

Logic dictates that the only realistically applicable law to infringement is the *lex protectionis*.⁹⁰⁵ Nevertheless, some

902 Art. 8(1) EC REGULATION ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATION, citing in ADRIAN BRIGGS, *THE CONFLICT OF LAWS*, 312, 3rd Ed., Clarendon Law Series (Oxford University Press 2013). Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 913; Drexl & Kur, *supra* note 2, at 52; Zhao, *supra* note 3, at 136.

903 PETER HUBER, *ROME II REGULATION: POCKET COMMENTARY*, 323 (Sellier European Law Publishers 2011).

904 Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of July 11, 2007 on the law applicable to non-contractual obligations; Zuzana Slov  kov  , *International Private Law Issues regarding Trademarks Protection and the Internet within the EU*, 3 J. INT’L COM. L. AND TECH., 76 (2008); STEFANIA BARIATTI (ED.), *LITIGATING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS DISPUTES CROSS-BORDER: EU REGULATIONS, ALI PRINCIPLES, CLIP PROPOSAL*, 63 (CEDAM 2009).

905 Drexl & Kur (Eds.), *supra* note 2, at 148.

believe that the most appropriate law applicable to infringement of IPRs is the *lex loci delicti* in that it is the most relevant.⁹⁰⁶ In this regard, some argue that the former view is consistent with the judgment of the US court of appeals in the famous case, *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier*, in which the court held that the place where American copyright was infringed is the U.S.⁹⁰⁷. The court applied the *lex loci delicti* since it is the law of the country in which the tort took place. The same view is adopted in Canada.⁹⁰⁸

TWO LAWS IN ONE (*LEX LOCI DELICTI*, *LEX PROTECTIONIS* AND *LEX FORI*)

It is fundamental to point out the following:

- **Coincidence between the *lex loci delicti* and the *lex protectionis***: With regard to the judgment of the U.S. Court of Appeals, it has been argued that the use of the term *lex loci delicti* does not mean that the term *lex loci protectionis* was avoided. In

906 AXEL METZGER, LAW APPLICABLE UNDER THE CLIP PRINCIPLES: A PRAGMATIC REVALUATION OF TERRITORIALITY, 172 (Tübingen 2010); Graeme W. Austin, *Social Policy Choices and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace*, OR. L. REV., 575 (2000); PETER K. YU, CONFLICT OF LAWS ISSUES IN INTERNATIONAL COPYRIGHT CASES, 3 (GigaLaw.com 2001), <http://www.peteryu.com/gigalaw0401.pdf>, 15/9/2020.

907 Kono, *supra* note 20, at 146; Trimble, *supra* note 12, at 248; Dinwoodie, *supra* note 10, at 730.

908 Kono, *supra* note 20, at 145.

fact, in the U.S., *lex loci delicti* is often used interchangeably with *lex loci protectionis*.⁹⁰⁹

Nevertheless, some are against that opinion because it is important to distinguish between the *lex loci protectionis* and the *lex fori*, which might coincide in some cases. The same observation should be made in relation to the *lex loci delicti*.⁹¹⁰

- **Coincidence between the *lex delicti* and the *lex fori***: On the other hand, some support the coincidence between these two laws since the *lex loci delicti* typically coincides with the *lex fori*.⁹¹¹

II. SOME ISSUES BEYOND THE SCOPE OF THE *LEX PROTECTIONIS*

A. IP CONTRACTS

Among the issues beyond the scope of the *lex protectionis* are contracts concluded by IP holders in the process of exploitation of their intellectual rights, such as contracts made by an author, for example, with others to exploit their work financially including printing, publishing, and distribution contracts; contracts for licensing the right of exploitation of IPRs; and other relevant contracts. These contracts are subject to the law selected by the parties. If a certain issue is beyond the scope of the *lex*

⁹⁰⁹ Matulionyte, *supra* note 20, at 265, fns. 37-38, citing in Goldstein, *supra* note 14, at 99-100; Eechoud, *supra* note 9, at 105, fn. 296.

⁹¹⁰ Kono, *supra* note 20, at 358.

⁹¹¹ Eechoud, *supra* note 9, at 99, fn. 276, citing in KASPAR SPOENDLIN, *DER INTERNATIONALE SCHUTZ DES URHEBERS*, 107, 11-54 (UFITA 1988).

protectionis, then reasons for non-application of the *lex protectionis* and those for application of another law must be explained.

B. SPECIFIC APPLICATIONS RELATING TO INFRINGEMENT OF IPRS

Copyright is the first aspect of IP. It is being widely infringed in view of their nature and purpose. In some cases, this may require publication of a work on the Internet, which entails several ramifications, including infringement of the work after publication.⁹¹² After major changes in the communications technology, particularly in computer and information broadcasting, it has become easy to infringe any IP anywhere in the world by unauthorized access to protected IP rights.⁹¹³

Another excludable issue from the scope of the *lex protectionis* is publication of works via satellite or the Internet. This will be discussed in the following section.

1. LAW APPLICABLE TO WORKS PUBLISHED VIA SATELLITE

It is undeniable that satellite broadcasting presents an even more complex picture. Does the broadcasting take place in the

⁹¹² FANSHU YANG, INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS OVER THE INTERNET AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 27 (Master Thesis to the University of Nottingham 2010).

⁹¹³ JÜRGEN BASEDOW, FOUNDATIONS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN INTELLECTUAL PROPERTY, 8 (2009).

country of the uplink where the signal is transmitted from the ground station towards the satellite or does it also take place wherever the signal from the satellite is received?⁹¹⁴ Thus, the broadcasting may be within the scope of two states:

- **The country where the signal is emitted from the ground station towards the satellite (the country of the uplink); and**
- **The country where the signal from the satellite is received.**

In order to illustrate this further, the idea of publishing via satellite itself requires distinction between two basic theories and accordingly the law applicable:

- **First Theory: Same place of transmission and reception**

This theory assumes that the work is received by a ground satellite station located in a particular country and is then broadcasted in the same state. This assumption would not raise any debate in that all the elements are in one state. Therefore, the law of the country that transmitted the work, which is the same country that received the work, is applicable.

- **Second Theory: Different places of transmission and reception**

The theory here assumes that the transmission and reception processes have exceeded the borders of one state. In this case, the situation will be as follows:

⁹¹⁴ Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 711.

- **Emission theory:** It means applying the law of the country from which satellite signals are emitted since it is the country of origin of the signal. Enforcement of this law is in the interest of broadcasting organizations since it allows them to easily obtain licenses for use of works from one country.⁹¹⁵

This theory coincides with the national treatment principle stated in the Berne and Rome Conventions. In this case, the law applicable is the law of the state from which the signal is transmitted to the satellite.

- **Reception theory:** It means applying the law of the country of reception.⁹¹⁶ This law may be described as “the footprints of the satellite”.⁹¹⁷ Accordingly, this theory has proponents among IPR holders since it grants them better protection.⁹¹⁸
- **The combined application of the law of the states of transmission and reception:** This theory depends on the Arpad Bogisch Theory, which supports the application of both laws because emission and reception are essential elements and the copyright law of the emission country and those of the countries

⁹¹⁵ Anu Uritam, *Copyright and Related Rights in Satellite Broadcasting and Law Applicable*, 12-19, JURIDICA (1997), https://www.juridica.ee/juridica_en.php?document=en/articles/1997/1/23057.SUM.php, 2/10/202.

⁹¹⁶ *Id.*

⁹¹⁷ Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 711.

⁹¹⁸ Uritam, *supra* note 103, at 12-19.

inside the footprint of the satellite should be applied cumulatively.⁹¹⁹

In reference to Article 11bis of the Berne Convention, some jurists believe that the wording of the Convention could lead one to the conclusion that both emission and reception are essential elements.⁹²⁰

2. LAW APPLICABLE TO WORKS PUBLISHED VIA THE INTERNET (ONLINE)

Ever since the advent of the Internet, pressure has been mounting due to a predominant feeling that rights of users are increasing at the expense of interests of authors in some cases. Despite the fact that modern technology has numerous advantages, unfortunately it has numerous disadvantages too. One of these disadvantages is the e-publishing of intellectual works. Indeed, some has described the relation between copyright law and the Internet as a “complicated relation”.⁹²¹

The issue of the law applicable to works published via the Internet requires differentiation between two hypotheses:

⁹¹⁹ Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 711.

⁹²⁰ *Id.*; PAUL TORREMANS, HOLYOAK AND TORREMANS INTELLECTUAL PROPERTY LAW, 221, 8th Ed. (Oxford University Press 2016), citing in M. FISCOR, INTERNATIONAL BUSINESS LAW, 258 (1990).

⁹²¹ Yang, *supra* note 100, at 27.

- **First Hypothesis: The provider and receiver of the service are in one place:**

This hypothesis does not cause ambiguity when determining the law applicable because all elements of the work are in one state. Accordingly, the relation is purely national, which justifies undisputable application of the law of the state where the provider and receiver of service are.

- **Second Hypothesis: The location of the service provider differs from the location of the service receiver:**

This hypothesis is debatable. It assumes that the service is provided in a place different from the one where it is received. This idea creates conflict between:

- **The law of the sending state:** the law of the state where the computer is located; and
- **The law of the receiving state:** the law of the state where the published work is electronically received within its territory.
- **Third hypothesis:** this hypothesis stemmed from the previous two hypotheses. It leaves the option to the author to select between the law of the sending state and that of the receiving one.

Of course, several amicable settlements can be used for alternative dispute resolution such as good offices and conciliation⁹²². This also involves mediation or arbitration, which

⁹²² CARLOS CORREA, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A COMMENTARY ON THE TRIPS AGREEMENT, 494, (Oxford University Press 2020)

are often cheaper and faster than litigation⁹²³. WIPO has a leading role in these two specific areas⁹²⁴.

APPLICABILITY OF THE *LEX PROTECTIONIS* TO WORKS PUBLISHED VIA INTERNET AND SATELLITE

Although the context of the two previous parts relates to issues beyond the scope of the *lex protectionis*, some jurists still recommend application of the *lex protectionis* to them. This view is because the *lex protectionis* (which is also the *lex fori*) is a consistent solution with this contemporary means for transfer of ideas and intellectual creativity to the public. Furthermore, the state where protection is sought is usually the place where the infringement of copyright occurs.

The reason for the various juristic views on the law applicable to IP issues in general and works published via satellite or the Internet is the great legislative gap, which is rarely filled by explicit legislative provisions. Thus, keeping up with technological development will not be completely achieved unless it is accompanied by legislation regulating all aspects of

923 INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE “PATENT OFFICE”, UK, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE U.S., 8, 10. (2013), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/456368/IP_rights_in_USA.pdf, 2/10/2020.

924 For more details, see WIPO MEDIATION, ARBITRATION, EXPEDITED ARBITRATION AND EXPERT DETERMINATION RULES AND CLAUSES, WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION: ARBITRATION AND MEDIATION CENTER (ADR) (2020).

technology, particularly since an intellectual right tends to spread quickly. This necessity legislative protection.

The same applies to relevant international IP conventions. Despite the diversity and abundance of these conventions, many of them are still unable to accommodate all developments and implications of technology.

C. IDENTIFICATION OF THE ORIGINAL HOLDER OF COLLECTIVE IPRS

The nature of collective IPRs implies that any increase in the number of persons holding intellectual rights entails a change in the rights granted to these holders. Hence, criteria for determination of the law applicable differ. The more holders of intellectual right there are, the more laws may apply to them, which may lead to a conflict between these laws. So, what is the most relevant law in this case? The applicable law is based on the will of the parties concerned and agreements between them. Therefore, if there is an agreement between the parties, it must be honored. The question is what would happen in absence of such an agreement? Which law should apply?

In spite of the important role of the *lex protectionis* in the context of IPRs in general, it is difficult to apply the *lex protectionis* to determine holders of a collective intellectual right because it varies, of course, depending on the law of each country where the protection is sought. In addition, the situation will not

be much different if the nationality law of a creator is applied. Which nationality should have priority in the light of an intellectual right and multiple holders thereof? What is the basis for selecting the law of nationality?

Regarding the law applicable to collective rights, copyright, the *lex originis* (the law of the country in which the work was first published) is considered the most appropriate law for determining the intellectual right holder. The same applies to collective industrial property rights. For instance, the law of the country of origin of a patent owned by multiple holders would be the law of the country in which the patent was granted for the first time, the law of the first country of use of the collective trademark, the law of the first country where the industrial design or model was, etc. Accordingly, the most appropriate applicable law to collective intellectual property, in general, is the *lex originis*.

Another significant point has to do with an invention created by more than one inventor where each inventor independently applies for a patent. The question is which inventor has the right to register the invention. A few legislations, such as the America Invents Act (AIA), adopts the principle of first-inventor-to-file (FITF). According to this principle, whoever files a patent application first can be awarded a patent.⁹²⁵ It is worth noting that the abovementioned principle was codified after a long debate

⁹²⁵ *Id.*, at 5.

between giving precedence to the first-to-invent or the FITF principle.⁹²⁶

Finally, proposals and principles relating to IP and private international law focus on the law applicable to collective IPRs in the following articles: Article 313(1) ALI Principles, Article 308(2) Joint JK Project, Article 305 Transparency project, and Article 3:401(1) & (2) CLIP Proposal.⁹²⁷

D. PROTECTION OF IPRS BASED ON RULES OF UNFAIR COMPETITION

There are means to protect IP rights other than those included in IP legislation adopted by many states, such means includes basing this protection on unfair competition rules. An unfair-competition lawsuit is a response to a breach of public duty that should be adhered to by all, namely, to follow honest and legitimate methods of competition.⁹²⁸

It is worth noting that reliance on unfair competition lawsuits is based not only on general rules of rights protection and national legislation but also on IP conventions, as evidenced in many provisions of these conventions. For example, the Paris Convention stresses its keenness on application of unfair-

⁹²⁶ TOSHIKA TAKENAKA, *INTELLECTUAL PROPERTY IN COMMON LAW AND CIVIL LAW*, 5 (Edward Elgar Publishing 2013).

⁹²⁷ Matulionyte, *supra* note 20, at 264.

⁹²⁸ Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 861.

competition rules by including an article stating that all Member States are obliged to provide some measure of protection against any act of unlawful competition by their nationals. It did not stop at that; the article was followed by another article clarifying the essence of the notion by stating that any competition that contradicts the honorable customs in industrial or commercial matters is considered an act of unfair competition. The following article then illustrated some prohibited actions.⁹²⁹ Article 3 of the Geneva Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms provided for application of unfair competition rule too.⁹³⁰

Adoption of unfair-competition lawsuits extended to relevant international conventions. For instance, Article 6(1) of the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations states, “The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an act of unfair competition shall be the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected.”⁹³¹

929 Art. 10(b) Paris Convention; *Id.*, at 862.

930 INTELLECTUAL PROPERTY: PRINCIPLES GOVERNING JURISDICTION, CHOICE OF LAW, AND JUDGMENT IN TRANSNATIONAL DISPUTES, *supra* note 78, at 8-9.

931 Huber, *supra* note 91, at 145; Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 860-862.

Article 6(1) of the Rome II Regulation has given rise to criticism. Some doctrines clearly noted that Article 6(1) puts forward an entirely rigid rule. This is because an act of unfair competition may affect several (national) markets and there is no mechanism to depart from the choice of law rule towards an alternative rule-based, e.g. the closest connection.⁹³²

The fundamental question here is whether Article 6(1) of the Rome II Regulation on unfair competition applies to non-contractual obligations arising from IPRs. It is noteworthy that Article 8 of the Rome II Regulation states, “The law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed.” This means that Article 6(1) does not apply to a non-contractual obligation arising from IPRs since Article 8 will apply to them instead.⁹³³

Explaining advantages of unfair competition lawsuits would be useful. Unfair competition lawsuits are civil suits while special-protection lawsuits are criminal cases protecting all legal rights. Moreover, protection of an intellectual right through an unfair-competition lawsuit is more general. For instance, trademarks include both registered and unregistered ones. Hence, if a trademark is not registered, then an unfair-competition lawsuit will

⁹³² For more details on this criticism, see Fawcett & Torremans, *supra* note 4, at 863-864.

⁹³³ *Id.*, at 864.

be the only means to protect it from moral and financial damage in that criminal protection is restricted to registered trademarks only.

Accordingly, unfair-competition lawsuits have a wider scope than special-protection cases prescribed for IPRs. Special-protection cases may only be resorted to if the acts of aggression are based on a full right with complete legal elements. Regarding inventors, for example, they usually resort to unfair-competition lawsuits if a right with incomplete elements is infringed.

Although there is a specific framework for unfair competition laws and IP laws, this does not preclude conflict between them. Perhaps this conflict is what led some to look for ways of reconciliation between the two laws because the purpose of both types of law is to achieve economic development, technological progress, welfare, and protection of consumers. Therefore, both types of law complement each other since IP laws are monopolistic in nature.⁹³⁴ In general, despite the strong relation between the two types of law, this does not preclude conflict between them. In fact, some have described the relation between the two laws as an “unhappy marriage”.⁹³⁵

934 Atul Patel, et al., *Intellectual Property Law & Competition Law*, 6 J. INT’L COM. L. TECH., 1, 11. (2011)

935 *Id.*, at 3, For more details on the relation between IPRs and unfair competition, see TATIANA ELENi SYNODINOU, DATABASE PRODUCER PROTECTION: BETWEEN RIGHTS AND LIABILITIES, RESEARCH HANDBOOK ON INTELLECTUAL PROPERTY AND

STANDS OF ACADEMIC PROPOSALS

Examination of proposal texts shows that out of all relevant academic proposals, only the ALI Principles tackled the issue of non-contractual obligations. Accordingly, these Principles are distinguished in this regard because they are the only academic proposals that dedicated an appropriate provision for this issue.

Section 301(2) ALI Principles states, “The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an act of unfair competition is the law of each State in which direct and substantial damage results or is likely to result, irrespective of the State or States in which the act giving rise to the damage occurred.”⁹³⁶

The stand of the ALI Principles coincides with the provisions of several national legislations. It is said that interpretation of the ALI Principles seems to coincide with the text of the Belgian Private International Law, which also focused on the law of the country where the damage occurred or is expected to occur.⁹³⁷

DIGITAL TECHNOLOGIES, TANYA APLIN (ED.), 103-104, Para. 302 (Edward El Gar 2020).

⁹³⁶ Kono, *supra* note 20, at 148.

⁹³⁷ Art. 9(2)(2) Belgian Code of Private International Law. See also INTELLECTUAL PROPERTY: PRINCIPLES GOVERNING JURISDICTION, CHOICE OF LAW, AND JUDGMENT IN TRANSNATIONAL DISPUTES, *supra* note 78, at 9.

CONCLUSION

In the end, one must admit that some IP conventions have adopted specific rules to resolve the conflict of laws through inclusion of substantive rules and choice-of-law rules, as presented above. In order to determine the adequacy of these substantive rules and choice-of-law rules, the article went through the provisions of related international conventions, especially the Berne, Paris, and Rome Conventions.

For example, in terms of substantive rules, the article discussed the national treatment principle and highlighted the relevant points of view in this regard. Then, it tackled the choice-of-law rules, the role of some laws in certain conventions such as the *lex protectionis*, the *lex originis*, the nationality law, and the law of the country of importation.

The second part of this article includes an attempt to conceptualize the provisions of the proposed new convention by focusing on the scope of the widely accepted law, i.e. the *lex protectionis*, followed by a determination of the issues falling within its scope, such as proprietary aspects, initial ownership, transferability of IP, and protection of IPRs.

On the other hand, the article illustrated some issues beyond the scope of the *lex protectionis*, i.e. IP contracts, specific applications relating to infringement of IPRs (the law applicable to works published via satellite, the law applicable to works

published via the Internet, identification of the original holder of collective IPRs, and protection of IPRs based on rules of unfair competition.).

Furthermore, the article did not ignore the solutions provided by valuable academic proposals (CLIP, ALI Principles, Joint JK, and Transparency Project) in relation to the issue of the scope of the *lex protectionis*. The article also highlighted the stand of Rome II Regulation on the application of the *lex protectionis* to non-contractual obligations.

In general, it seems that IP conventions have sought to find solutions to the issue of the law applicable to some IP issues; however, the rules contained in IP conventions (whether substantive rules or choice-of-law rules) do not fill the existing gap.

Hence, it is imperative to have an international convention determining the law applicable to IP issues since the existing conventions do not serve this purpose. It is true that existing conventions contribute to the resolution of the conflict one way or another; nevertheless, an overall view of the abovementioned provisions shows that these conventions only adopt partial solutions for some issues. A close consideration of the provisions included in IP conventions shows that they have been adopted for other reasons, i.e. not to resolve the issue of the law applicable

Thus, one can fairly say that there are no direct, explicit provisions in international conventions that have been adopted primarily to determine the law applicable to IP issues. As a result, the great importance of the convention called for and its enforcement cannot be denied.

Finally, it is significant to look for clear solutions to this issue. These could be found in academic proposals. The good thing is that these proposals are not concerned only with the law applicable to IP issues but also with other dimensions of the relation between IPRs and the private international law. Nevertheless, these proposals, despite their heedfulness, usefulness, and importance, are not binding. This reinforces the need for an international convention with provisions regulating the aspects of the law applicable to IP issues in a manner that ensures the effective protection of holders of these rights.

BIBLIOGRAPHY

(1) Books:

- Aaron X. **Fellmeth & Maurice Horwits**, Guide to Latin in International Law, 173 (Oxford University Press 2009).
- Adrian Briggs**, The Conflict of Laws, 312, 3rd ed., Clarendon Law Series (Oxford University Press 2013).
- Carlos Correa**, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement, 2nd ed., 494, (Oxford University Press 2020).
- François Dessemontet**, Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace, 18 J. Int'l Arb., 6 (2001); William Strong, The Copyright Book, 196, 3rd ed. (the Mitt Press 1990).
- James J. **Fawcett & Paul Torremans**, Intellectual Property and Private International Law, 694, 2nd ed. (Oxford University Press 2011)
- Jane C. Ginsburg & Edouard Treppoz**, International Copyright Law: U.S. and E.U. Perspectives: Text and Cases, 688 (Edward Elgar Publishing 2015).
- Joseph Drexel & Annette Kur (eds.)**, Choice of Law and Intellectual Property (Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future), 134 (Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2005).
- Justine Pila and Paul Torremans**,
 - European Intellectual Property Law, 56, 1st ed., (Oxford University Press 2016).
 - European Intellectual Property Law, 537, 2nd ed. (Oxford University Press 2019).
- Karen B. Brown & David V. Snyder (eds.)**, General Reports of the xviiiith Congress of the International Academy of Comparative Law Rapports, 411 (Springer Science Business Media 2012).
- Mireille van Echoud**, Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the *Lex Protectionis*, 107 (Kluwer Law International 2003).
- Ning Zhao**, Choice-of-Law in Cross-Border Copyright and Related Rights Disputes, 58 (2012).
- Nuno Pires De Cavalho**, The TRIPS Regime of Trademarks and Designs, 131, (Kluwer Law International 2006).
- Paul Goldstein**, International Copyright: Principles, Law and Practice, 89 (Oxford University Press 2001).
- Paul Goldstein**, International Copyright: Principles, Law, and Practice, 99-100 (Oxford University Press 2001).
- Paul Torremans**, Holyoak and Torremans Intellectual Property Law, 221, 8th ed. (Oxford University Press 2016).
- Paul Torremans**,

- Intellectual Property and Private International Law (Critical Concepts in Intellectual Property Series # 12, 13 (Edward Elgar Publishing 2015)).
- Research Handbook on Cross-Border Enforcement of Intellectual Property, 422 (Edward Elgar Publishing 2014).
- Pedro de Miguel Asensio, Conflict of Laws and the Internet, 223,224, (Edward Elgar Publishing 2020).
- Peter **Huber**, Rome II Regulation: Pocket Commentary, 323 (Sellier European Law Publishers 2011).
- Rita Matulionytė**, Law Applicable to Copyright: A Comparison of the ALI and CLIP Proposals, 215 (Edward Elgar Publishing 2011).
- Rüdiger Wolfrum**, et al., (eds.), Max Blanck Commentaries on World Trade Law, WTO: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 131 (Martinus Nijhoff Publishers 2008).
- Stephen M. Stewart**, International Copyright and Neighboring Rights, 40 (Butterworth and Tanner 1983).
- Tatiana Eleni Synodinou**, Database Producer Protection: Between Rights and Liabilities, Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies, Tanya Aplin (ed.), 103, 104, (Edward El Gar 2020).
- Thorsten Käseberg**, Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the E.U. and the U.S., 44 (Oxford and Portland, Oregon 2012)
- Tosaporn Leepuengtham**, The Protection of Intellectual Property Rights in Outer Space Activities, 178 (Edward Elgar Publishing 2017).
- Toshika Takenaka**, Intellectual Property in Common Law and Civil Law, 5 (Edward Elgar publishing 2013).
- Toshiyuki Kono,
- Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives, 21. (Oxford and Portland, Hart Publishing 2009).
- Jurisdiction and Law Applicable in Matters of Intellectual Property (2012).
- William Strong**, The Copyright Book, 196, 3rd ed. (the Mitt Press 1990).
- WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use**, WIPO Publication, No. 489 (e), Para. 5, 2nd ed., 2008.
- Yijun Tian**, Re-thinking Intellectual Property: The Political Economy of Copyright Protection in the Digital Era, 23 (Routledge Cavendish 2009).
- Conflict of Laws in Intellectual Property: The Clip Principles and Commentary, The European Max Blanck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, 236 (Oxford University Press 2013).
- (2) Articles:**
- Atul Patel, et al.**, Intellectual Property Law & Competition Law, 6 J. Int'l Com. L. Tech., 1, 11. (2011)
- Axel Metzger**, Law Applicable under the CLIP Principles: A Pragmatic Revaluation of Territoriality, 172 (Tübingen 2010).

- François Dessemontet**, Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace, 18 J. Int'l Arb., 6 (2001).
- Graeme B. Dinwoodie**, Developing a Private International Intellectual Property Law: the Demise of Territoriality? 51 Wm. & Mary L. Rev., 716 (2009).
- Graeme W. Austin**,
 - Intellectual Property Politics and the Private International Law of Copyright Ownership, 30 Brook J. Int'l L, 913 (2005).
 - Social Policy Choices and Choice of law for Copyright Infringement in Cyberspace, Or. L. Rev., 575 (2000).
- Marketa Trimble**, Advancing National Intellectual Property Policies in a Transnational Context, 74 Md. L. Rev., 203 (2015).
- Paul E. Geller**, International Intellectual Property, Conflict of laws, and Internet Remedies, 10 J. Intell. Prop., 136 (2015).
- Rita Matulionyte**,
 - Book Review – Stig Strömholm, Copyright and the Conflict of Laws: A Comparative Survey, 2 J. Intell. Prop. I. Tech, 158 (2011).
 - IP and Applicable Law in Recent International Proposals: Report for the International Law Association, 3 J. Intell. Prop. I. Tech., 263 (2012).
- Sophie Neumann**, Intellectual Property Rights Infringements in European Private International Law: Meeting the Requirements of Territoriality and Private International Law, 7 J. Priv. Int'l L, 584 (December 2011).
- Stefania Bariatti (ed.)**, Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI principles, CLIP Proposal, 63 (CEDAM 2009).
- Zhao Lei**, Beyond the US Borders: A Primary Analysis of Extraterritorial Application of U.S. Patent Law, 19 J. Intell. Prop. Rts., 27 (January 2014).
- Zuzana Slováková**, International Private Law Issues Regarding Trademarks Protection and the Internet within the EU, 3 J. Int'l Com. L. and Tech., 76 (2008).
- Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgment in Transnational Disputes** (with comments and reporter's notes), Part III: Applicable Law, 17-19 (American Law Institute 2008).
- Joint Proposal**, Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan, (Waseda University Global COE Project October 2010).
- Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights**, 111 Quarterly Review of Corporation and Law and Society (Waseda University 2011).
- WIPO Mediation, Arbitration, Expedited Arbitration and Expert Determination Rules and Clauses**, World Intellectual Property Organization, Arbitration and Mediation Center (ADR) (2020).

(3) Online Articles:

André Lucas, Applicable Law in Copyright Infringement Cases in the Digital Environment, UNESCO E-copyright Bull., 2, (October-December 2005).

<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001436/143657e.pdf>

Anu Uritam, Copyright and Related Rights in Satellite Broadcasting and Law Applicable, 12-19, Juridica (1997).

https://www.juridica.ee/juridica_en.php?document=en/articles/1997/1/23057.SUM.php

Jane C. Ginsburg & Morton L. Jacklow, World Intellectual Property Organization, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/qcpic/qcpic_2.doc

Peter K. Yu, Conflict of Laws Issues in International Copyright Cases, 3 (Gigalaw.com 2001).

<http://www.peteryu.com/gigalaw0401.pdf>

Intellectual Property Office “Patent Office”, UK, Intellectual Property Rights in the U.S., 8, 10. (2013).

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/456368/IP_rights_in_USA.pdf

European Commission, Final Report to the Study on Intellectual Property and the Conflict of Laws, 6, 27 (April 2000).

<https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/Conflict%20of%20Laws%20in%20Cyberspace.pdf>

(4) Thesis:

Fanshu Yang, Infringement of Intellectual Property Rights over the Internet, and Private International Law, 27 (Master Thesis, University of Nottingham 2010).