

مجلة جامعة الوادي :



مجلة البحر والدراسات

دورية أكاديمية دولية نصف سنوية محكمة

العدد (17) - السنة (11) صفر 1435 هـ - يناير (جانفي) 2014 م

مجلة
البحر والدراسات

17

من موضوعات هذا العدد:

- معالم لقراءة المعهود الفقهي في ميزان مقاصد الأحكام.
بقلم: أ.د/ أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)
- الإمام أبو داود سليمان بن إياح اختياراته في مسائل الضبط القرآني من خلال كتابه أصول الضبط وما جرى به عمل المصاحف من أول الكتاب إلى أحكام ضبط النون الساكنة.
بقلم: د/ عبد الكريم بوغزالة (جامعة الوادي)
- منهج تدوين النوازل الفقهية عند علماء الجزائر.
بقلم: د/ ماحي قندوز (جامعة تلمسان)
- أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية.
بقلم: أ/ أحمد غمام عمارة (جامعة الوادي)
- حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون.
بقلم: د/ يمينه شوار (جامعة الجزائر)
- النصوص الحديثة في زرع الأعضاء البشرية بين المميزين والمancen «جمع وتخريج ودراسة».
بقلم: أ/ أكرم بلعمري (جامعة الوادي)
- ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة «زرع الأعضاء أنموذجا».
بقلم: أ/ نور الدين تومي (جامعة الوادي)
- مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية.
بقلم: أ/ محمد بجاق (جامعة الوادي)
- إجراءات منح القرار المتعلق برخصة البناء.
بقلم: د/ عبد القادر دراجي (جامعة باتنة)

ISSN 1112 - 4958

جامعة الوادي

العدد 17 / 2014

صفحة بيضاء

مجلة جامعة الشهيد حمر الأخضر - الوادي

مجلة البحوث والدراسات

طورية أكاديمية دولية نصف سنوية محكمة

العدد (17). السنة (11) صفر 1435 هـ - يناير (جانفي) 2014 م

ISSN 1112 - 4958

الرئيس الشرفي

أ. د. محمد خير الدين خلادي

رئيس التحرير

د. إبراهيم رحمان

لجنة التحرير

د. عادل محلو

د. محمد السعيد عقيب

د. المكى دراجي

أ. عبد القادر حوبه

أ. د. إسماعيل لعيس

د. أحمد زغب

د. عبد الرحمن تركي

د. محمد رشيد بوغزالت

توجه جميع المراسلات باسم السيد:

رئيس تحرير مجلة البحوث والدراسات - جامعة الوادي

ص. ب : 789 ولاية الوادي 39000 الجزائر.

فاكس : 032 22 30 04

Email : Bouhouth_d @ yahoo.fr

www.univ- eloued.dz

من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

- أ.د. إبراهيم بختي (جامعة ورقلة)
أ.د. أبو بكر بحري (جامعة الطارف)
أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)
أ.د. أحمد جلايلي (جامعة ورقلة)
أ.د. أحمد بن ناصر (جامعة الجزائر)
أ.د. أحمد عبد الرحمن الملحم (جامعة الكويت)
أ.د. الطاهر سعد الله (جامعة الوادي)
أ.د. القرشي عبد الرحيم البشير (جامعة الشارقة)
أ.د. الكوني علي اعبودة (جامعة الفاتح، ليبيا)
أ.د. الهاشمي لوكيا (جامعة قسنطينة)
أ.د. بديع السيد اللحام (جامعة دمشق، سوريا)
أ.د. بشير بن عيشي (جامعة بسكرة)
أ.د. حسين الدوري (العراق)
أ.د. راسم مسير الشمري (جامعة بابل، العراق)
أ.د. شفيق السامرائي (جامعة لاهاي، هولندا)
أ.د. صالح العلي (جامعة دمشق، سوريا)
أ.د. صالح مفقوده (جامعة بسكرة)
أ.د. صبري مسلم حمادي (جامعة ذمار، اليمن)
أ.د. عاطف إسماعيل أحمد (جامعة عمر المختار، ليبيا)
أ.د. عبد العزيز حاجي (جامعة دمشق، سوريا)
أ.د. عبد القادر دامخي (جامعة باتنة)
أ.د. عبد الله بوخلخال (جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة)
أ.د. علي آجقو (جامعة بسكرة)
أ.د. علي قرشي (جامعة باتنة)
أ.د. علي محي الدين علي القره داغي (جامعة قطر)
أ.د. عمر سعد الله (جامعة الجزائر)
أ.د. كمال عجالي (جامعة باتنة)
أ.د. محمد الغالي (جامعة القاضي عياض، المغرب)
أ.د. محمد الناصر بوغزالة (جامعة الجزائر)
أ.د. محمد بوعمامة (جامعة باتنة)
أ.د. محمد خان (جامعة بسكرة)
أ.د. محمد ملياني (جامعة وهران)
أ.د. محمد يوسف الزعبي (جامعة البحرين)
أ.د. مسعود مزهودي (جامعة باتنة)
أ.د. موسى رحمان (جامعة بسكرة)
أ.د. نصر سلمان (جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة)
أ.د. وهبي محمد مختار (السودان)
أ.د. ياسين محمد الغادي (جامعة الإمارات العربية المتحدة)
أ.د. يلس شاوش بشير (جامعة وهران)

المحتويات

العدد (17) - السنة (11) صفر 1435 هـ - يناير (جانفي) 2014 م

الموضوع	رقم الصفحة
محمور بحوث الطلوع الإسلامية	09
■ معالم لقراءة المعهود الفقهي في ميزان مقاصد الأحكام.	
ك. أ. د / أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)	11
■ الإمام أبو داود سليمان بن نجاح اختياراته في مسائل الضبط القرآني من خلال كتابه أصول الضبط وما جرى به عمل المصاحف من أول الكتاب إلى أحكام ضبط النون الساكنة.	
ك. د / عبد الكريم بوغزالة (جامعة الوادي)	25
■ منهج تدوين النوازل الفقهية عند علماء الجزائر.	
ك. د / ماحي قندوز (جامعة تلمسان)	61
■ أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية.	
ك. أ / أحمد غمام عمارة (جامعة الوادي)	97
■ حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون.	
ك. د / يمينه شوار (جامعة الجزائر)	113
■ النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والمنعين	
ك. أ / أكرم بلعمري (جامعة الوادي)	143
«جمع وتخرّيج ودراسة».	
■ ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة «زرع الأعضاء أنموذجا».	
ك. أ / نور الدين تومي (جامعة الوادي)	161
■ مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية.	
ك. أ / محمد بجاق (جامعة الوادي)	181
■ الأنشطة المتعلقة بالمخدرات " حكمها وعقوبتها في الفقه الإسلامي ".	
ك. أ / حميدة حوامدي (جامعة الوادي)	221
محمور بحوث الطلوع العالمية	237
■ إجراءات منح القرار المتعلق برخصة البناء.	
ك. د / عبد القادر دراجي (جامعة باتنة)	239

261	□ حماية اليتيم الجانح واليتيم الضحية في القانون الجزائري. أ/ سامية بلجراف (جامعة بسكرة)
275	محمود محمود الطاهر الأتاسي
277	□ الوضع الثقافي في منطقة وادي ريغ خلال النصف الأول من القرن العشرين أ/ معاذ عمراني (جامعة الوادي)

- ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لأعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.



قواعد النشر في المجلة

ترحب المجلة بكل إسهامات الأساتذة والباحثين، ويشترط في البحوث والدراسات المرشحة للنشر بالمجلة ما يأتي:

- المعالجة الموضوعية وفق الأسلوب العلمي الموثق.
- الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة والأعراف الجامعية في التوثيق الدقيق لمواد البحث.
- أن لا يكون البحث منشوراً أو مقدماً للنشر في مجلة أخرى.
- أن لا يكون البحث مستلاً من رسالة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- يشترط في البحوث ذات الصبغة النقدية التزام الموضوعية، وتجنب العبارات الجارحة.
- أن يتراوح عدد صفحات البحوث من خمسة عشر صفحة إلى خمس وعشرين صفحة من الحجم A4.
- أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التصحيح الدقيق للبحث.
- أن يرقن بحثه بخط «تراديسيونال أرابيك» صفحات A4 ، وأن يستعمل حجم الخط 16 بالنسبة للمتن، و12 بالنسبة للهامش وفق صيغة وورد، وأن تكون الحواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- يرفق البحث بملخص في حدود مائة كلمة. مع ترجمته إلى إحدى اللغتين الفرنسية أو الإنجليزية.
- يرسل البحث عبر بريد المجلة الإلكتروني، أو يرسل في قرص مغمط CD مع نسختين ورقيتين عبر العنوان البريدي للمجلة.
- يرفق الباحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه، متضمناً تصريحاً بكون بحثه ليس جزءاً من رسالة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل (المهني - الشخصي) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف.
- تُعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.

- ترسل المجلة وعدا بالنشر بمجرد وصول التقارير إيجابية. كما ترسل اعتذارا عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- يُعطى الباحث في حالة نشر بحثه ثلاث نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- لا يحقّ للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.

■ الأعداد الصادرة من المجلة ■

- العدد (1) : ربيع الأول 1425 هـ أفريل 2004م
- العدد (2) : جمادى الأول 1426 هـ جوان 2005م
- العدد (3) : جمادى الأول 1427 هـ جوان 2006م
- العدد (4) : محرم 1428 هـ يناير 2007م
- العدد (5) : جمادى الثاني 1428 هـ جويلية 2007م
- العدد (6) : جمادى الثاني 1429 هـ جوان 2008م
- العدد (7) : محرم 1430 هـ يناير 2009م
- العدد (8) : رجب 1430 هـ جوان 2009م
- العدد (9) : محرم 1431 هـ يناير 2010م
- العدد (10) : رجب 1431 هـ جوان 2010م
- العدد (11) : صفر 1432 هـ يناير 2011م
- العدد (12) : رجب 1432 هـ جوان 2011م
- العدد (13) : صفر 1433 هـ يناير 2012م
- العدد (14) : شعبان 1433 هـ جوان 2012م
- العدد (15) : ربيع الأول 1434 هـ يناير 2013م
- العدد (16) : شعبان 1434 هـ جوان 2013م
- العدد (16) : شعبان 1434 هـ جوان 2013م
- العدد (17) : صفر 1435 هـ يناير 2014م

مجلة البحوث والدراسات

العدد (17) - السنة (11) صفر 1435 هـ - يناير (جانفي) 2014 م

محور بحوث العلوم الإسلامية



صفحة بيضاء

معالم لقراءة المعهود الفقهي في ميزان مقاصد الأحكام

بقلم

أ. د/أبوبكر لشهب (*)



ملخص

إن قراءة الخلف لما تركه السلف تحتاج إلى معالم يفرضها تغير الزمان واختلاف المكان وتبدل الأحوال، معالم تحفظ للموروث الفقهي مكانته ولمؤلفيه قدرهم، وللشريعة استمرارها؛ ذلك أن جنس المصلحة معتبر في عموم الأحكام الشرعية عند أئمة الفقه وأصوله قديما وحديثا، ومراعاة المقاصد والمآلات مع التزام ظواهر النصوص يحتاج إلى موازنة ومقاربة.

كما أن إهمال الواقع الذي يعيشه الناس مكابرة، والمصلحة شريعة والشريعة مصلحة، وحتى تكون قراءة النص الشرعي ثمرة ونافعة، والمعهود الفقهي القديم مفعّل ومتجدّد، ثم يضبط الحديث منه بالضوابط والقواعد ذاتها، لا بد من موازنة بين منطوق النص ومدلوله، وبين الاجتهاد الفقهي وتغير الزمان والأحوال، إذ الجمود على المنقولات معيب، وعدم ضبط الاجتهاد مربب.

الكلمات المفتاحية: النص - المصلحة - المقاصد - مآلات الأحكام - فقه الواقع.

مقدمة

إن كتب الفروع الفقهية مليئة بالأحكام المفصلة لما وقع وما يتصور وقوعه انطلاقا

(*) أستاذ بشعبة العلوم الإسلامية - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي.

aboubaker56@gmail.com

من قواعد جامعة وأصول شاملة، دالة على المكانة العلمية العالية لمؤلفيها، وعلى مساهمة أحكام الشريعة لكل زمان وإن اختلفت الأماكن والأحوال.

وقراءة الخلف لما تركه السلف تحتاج إلى معالم عند تغير الزمان واختلاف المكان وتبدل الأحوال، معالم تحفظ للموروث الفقهي مكانته ولمؤلفيه قدرهم، وللشريعة استمرارها إلى يوم الدين.

من أجل ذلك قمنا بهذه المحاولة.

قد اتحدت كلمة أئمة الفقه وأصوله قديماً وحديثاً في اعتبار جنس المصلحة في عموم الأحكام الشرعية- وإن اختلفوا في بعض الشروط والضوابط-، من غير تعطيل لنص محكم ولا افتراء على الشارع الحكيم، وهو ما يحتاج إلى دقة في النظر، وبذل جهد في الجمع بين ظاهر اللفظ وروحه.

وإهمال الواقع الذي يعيشه الناس مكابرة، تحقي للأهداف والغايات السامية التي رسمها المشرع الحكيم، مقصد كل فقيه وكل قارئ للفقه، والمصلحة متى عادت على الأصل بالنقض ألغيت وهي مثالية وواقعية بين القواعد العامة المقصودة شرعاً، وواقع الناس وقدراتهم.

وحتى تكون قراءة النص الشرعي مثمرة ونافعة، والمعهود الفقهي القديم مفعّل ومتجدّد، ثم يضبط الحديث منه بالضوابط والقواعد ذاتها، لا بد من موازنة بين النص والرأي من جهة، وبين الاجتهاد الفقهي وتغير الزمان، والأحوال من جهة أخرى.

لمعالجة هذا الموضوع القديم المتجدّد، قسّمته إلى معالم أربعة، كل معلم تتفرع عنه فروع.

المعلم الأول: اعتبار تغير الزمان والمكان والحال:

ذاك التفاعل الإيجابي مع النصوص الشرعية لاستنباط الأحكام العملية والعقدية والأخلاقية، والمناهج التي يستعملها المجتهد لفهم النص الشرعي... القائم على منطلقات أربعة:

معالم لقراءة المعهود الفقهي في ميزان مقاصد الأحكام ————— أ. د. أبو بكر لشهب

أولها: رأي وفهم ثمرة لعقل متفهم، وملكة متخصصة¹.
 سواء كانت المسألة المنظور فيها من مسائل الأصول أم من مسائل الفروع، ومن هذا القبيل النظر في مآلات الأفعال الواقعة أو المتوقعة، لأن النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً... وأصل عتيد تفرعت عنه أصول تشريعية قامت عليها اجتهادات واسعة، فمبدأ سد الذرائع متفرع عنها في مآل التطبيق
 ومبدأ الاستحسان استثناء لمسألة من حكم القاعدة العامة، لتعطي حكماً جديداً هو الحق بالمصلحة والعدل بناء على دليل أقوى من القاعدة ذاتها لظروف ملائمة أدت إلى نتائج غير مشروعة.
 فالاستحسان إذن نظر بالرأي في مآل التطبيق من حيث هو مصلحة مقصودة شرعاً، حتى قيل أنه التفات إلى المصلحة² وهي غاية كل تشريع.
 بالاجتهاد النظري العام تثبت قاعدة القياس واعتباره من أدلة الأحكام الشرعية، فإذا أفضت هذه القاعدة إلى نتائج غير مقصودة من الشارع حلّ الاستثناء، وهو الاستحسان محل الأصل الكلي العام.
 وجه من أوجه إنزال الرأي منزلة الآلة التي بها يعتمد الدليل، وما مبدأ مراعاة الخلاف بعد الوقوع عند السادة المالكية خاصة الأفرع من هذا الأصل.
الفرع الثاني: نص تشريعي - ينطلق منه الفقيه - يتضمن حكماً وحكمة.
 وهو ما يستدل بالنظر الصحيح فيه على حكم شرعي عملي على سبيل القطع أو الظن، بدراسته دراسة نظرية دقيقة يتوصل إلى الحكم الشرعي العملي
 قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول، وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً﴾².

وطاعة الله تكون بالعمل بكتابه، وطاعة الرسول بالعمل بالسنة، ثم أمر بعد ذلك بطاعة أولي الأمر من المجتهدين والعلماء، ورد المتنازع فيه إلى الكتاب والسنة والعمل

بأقرب الآراء إلى الكتاب والسنة.

ومما يوضح ويؤيد ذلك حديث معاذ بن جبل³.

ذكر "البغوي" في "مصابيح السنة" منهج الصحابة ومن بعدهم بقوله: كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي به بينهم قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله وعلم عن رسول الله ﷺ في ذلك الأمر سنة قضى بها فإن أعياه أن يجد في سنة رسول الله ﷺ جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به، وكان عمر بفعل ذلك، انتهى كلام البغوي⁴.

ونقل ابن القيم عن الخطيب البغدادي اتفاق أهل السنة على أن الأدلة المعتبرة شرعاً أربعة: الكتاب والسنة والإجماع والقياس⁵، واعتبر الإمام الشافعي جهة العلم: الخبر في الكتاب والسنة والإجماع والقياس⁶ ونقل ابن عبد البر عن الإمام الشافعي قوله: لا يلزم قول بكل حال إلا بكتاب الله أو سنة رسوله ﷺ... وما سواهما تبع لهما⁷، أدلة يوافق بعضها بعضها جميعها حق والحق لا يتناقض⁸، متلازمة لا تفرق جميعها يرجع إلى الكتاب.

الفرع الثالث: تطبيق في ضوء النص، ومتعلق بالحكم.

أما الفرع الرابع والأخير: نتيجة - مقصودة - من التطبيق، تحقق المقاصد العامة والخاصة للتشريع.

المعلم الثاني: تنزيل الحكم.

الاجتهاد في تطبيق النص لا يقل أهمية عن الاجتهاد في الاستنباط والتأصيل، والحكم الشرعي المنصوص عليه أو الثابت باجتهاد سابق، والواقعة المعروفة بعناصرها وملابساتها وظروفها، عناصر ثلاثة إهمالها - أو إهمال واحد منها - مكابرة وخطأ لا يُغتفر.

وهذا المعلم تنفرع عليه فروع منها:

الفرع الأول: أن العلم بالمقاصد الشرعية العامة والخاصة شرط للتنزيل:

شرع الله دائر على تحقيق المصلحة أينما وجدت، بل شرع الله كله مصالح وكل مسألة خرجت عن المصلحة إلى المفسدة ليست من الشريعة⁹، وإن نسبت إليها تأويلاً.

فإذا بلغ القارئ للأحكام والنصوص الشرعية مبلغاً فهم فيه عن الشارع مقصده في كل مسألة من الشريعة وفي كل باب من أبوابها فقد حصل له وصف هو السبب في نزوله منزلة الخليفة للنبي ﷺ¹⁰، الموقع عن رب العالمين.

ولا يقدم - بل ولا يقدر - على هذا إلا من علم الحكم والعِلل وملك القدرة على نصب الأدلة للاستدلال، إذ لا بد من النظر في الظروف المحتفة بالواقعة حتى لا يتناقض تطبيق الحكم مع الحكمة منه.

والاجتهاد كما يكون باستخراج الدليل من الكتاب والسنة، يكون بالتمسك بالبراءة الأصلية أو بأصالة الإباحة في الأشياء، أو بالتمسك بالمصالح أو التمسك بالاحتياط¹¹، والكل تشريع واجب الاتباع متى سلم من المعارض، وكان مصدره من تأهل للنظر في الشرعيات، فالمعهود الفقهي ينظر فيه بهذا وإلا حملناه بذور عجزه - بل فنائه - في ذاته.

الفرع الثاني: أن الدراية التامة بالناس وواقعهم شرط للتنزيل.

أصل وشرط عظيم يحتاج إليه الحاكم والمفتي، وإلا كان يفسد أكثر مما يصلح، نقل عن الإمام أحمد - رحمه الله - أنه قال: لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال: أولها: النية، الثانية: الوقار والسكينة، الثالثة: المعرفة، الرابعة: الكفاية (من العيش) الخامسة: معرفة الناس.

ويقول الإمام "القرافي" في "الإحكام": أن استمرار الأحكام التي تدركها العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المحددة¹²، ويؤكد ذات المعنى في الفروق الفرق الثامن والعشرون بقوله: على أن القانون الواجب على أهل الفقه والفتوى مراعاته على طول الأيام هو ملاحظة تغير الأعراف والعادات بتغير الأزمان والبلدان، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين¹³، فقد أحال الشارع في تقدير النفقة على عرف الناس، وحالهم قال تعالى:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹⁴.

وقال ﷺ: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹⁵، وترك تقدير عقوبة

التعزير إلى اجتهاد يحقق المقصود من العقوبة، وهو مختلف بين أحوال الناس، وقال من قال من الفقهاء الأعلام بشرط الكفاءة-بين الزوجين-في الزواج، حتى قال الإمام مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بعدم وجوب-الإجبار-على الإرضاع من الأم إذا كانت عادة قومها عدم الإرضاع، إلا أن لا توجد الظئر، فإنقاذاً للرضيع؟.

لأن المخالف لعاداتهم وأحوالهم، يصعب قبوله وتنفيذه، وهو الأمر الذي جعل ابن خلدون يعلل انتشار مذهب الإمام مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في المغرب والأندلس بقوله¹⁶: ولم يكونوا يعانون الحضارة التي لأهل العراق، فكانوا إلى الحجاز أميل لمناسبة البداوة...أهـ. معاني يطول التفصيل فيها، وعلى القارئ للنص الشرعي وللمعهد الفقهي مراعاتها واعتبارها، إلا في رد الدليل الشرعي القطعي الثبوت والدلالة، فإن الخير كل الخير في اتباعه.

الفرع الثالث: أن القدرة على التخريج شرط للتنزيل.

تخريج الأصول من الفروع، باستخلاص القواعد التي كان يلتزمها الأئمة السابقون، وجمع الضوابط الفقهية التي تتكون من الأقيسة التي استخرجوها¹⁷. فهو الكشف عن أصول الأئمة، وقواعدهم من خلال فروعهم الفقهية، وتعليلاتهم للأحكام. للوصول إلى الحكم فيما لم يُنصّ على حكمه منهم وفق قواعدهم ومناهجهم. تعامل مع نصوص الأئمة المجتهدين وأفعالهم وتقريراتهم من حيث دلالتها على المعاني الرابطة بينها، والعلاقات التي تجمعها، والدوافع المؤدية إلى الأخذ بها، بهدف الوصول إلى القواعد التي بنوا عليها الأحكام، ليتمكن الباحث من فهم وتحديد العلاقات الموجودة بين الفروع، وضبطها بعد الفهم السليم لها، والدراية التامة بالتعليلات، في ضوء أصول عامة وقواعد جامعة.

الفرع الرابع: أن العلم بالخلاف وأسبابه والجائز منه والممنوع شرط للتنزيل:

الخلاف في الفروع حتمية وواقع لا يمكن إنكاره نظراً لاختلاف العقول في قوة الاستنباط و ضعفها، وإدراك الأدلة، وعدم إدراكها، بسبب الوضوح أو الغموض في المعاني، والذي يقرأ النص الشرعي والمعهد الفقهي هو العقل في حدود اللغة، والناس

في هذا ليسوا سواء.

وإذا أضفنا معلمين إهمالهما مكابرة:

أولاً: ما يقذفه الله تعالى في قلب المؤمن من نور يميز به بين الأشياء، وما يجريه على لسان التقي الصالح من صواب، وليس ذلك لكل الناس وإنما هو لمن اتقى كرامة ﴿واتقوا الله ويعلمكم الله﴾.

ثانياً: سعة العلوم الشرعية، والأحكام، والفروع، إضافة للمستجدات، وليس كل الناس سواء في الاطلاع.

فإن الدائرة تتسع، وتؤكد حتمية وقوع الاختلاف، وخاصة أن تنزيل أي حكم يختلف باختلاف البيئة، فهذا الإمام الشافعي يفتي بالقديم في العراق، وبالجديد في مصر، وفي البيتين يتحرى الحق، ويفتي بما اطمأن إليه ؟

- فقد يطمئن العالم إلى دليل لتعديل راويه، ولا يكون كذلك عند غيره، وقد يقدم دليلاً على آخر لقوة الأول واعتقاد ضعف الثاني، في حين يذهب غيره إلى عكس ما ذهب إليه، لظهور أسباب عنده لم تتضح لغيره.

- والحكم في كل ذلك قابلية الدليل لما ذهب إليه كل عالم، وأهلية الناظر للنظر في الدليل.

فإن الله سبحانه وتعالى كما ذم -الاختلاف في العقائد والأصول- قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعًا لَسْتُ مِنْهُمْ فِي شَيْءٍ إِنَّمَا أَمْرُهُمْ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ يُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾¹⁸. قرر من جهة أخرى أن الاختلاف ظاهرة إنسانية، وآية من آياته في الكون، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالاختلاف أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ﴾¹⁹ وقال: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَرَاؤُونَ مَخْتَلِفِينَ إِلَّا مَن رَّجِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ وَتَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ﴾²⁰.

فالاختلاف في الاستعدادات والعلم والفهم والذكاء والمدارك العقلية مظهر-

معالم لقراءة المعهود الفقهي في ميزان مقاصد الأحكام ————— أ. د. أبو بكر لشهب

وضرورة-حتمية للحياة الإنسانية العلمية، إنكاره مكابرة، والتوسع فيه ذريعة يجب ضبطها، وآداب التعامل معه حتمية يجب التحلي بها²¹.

فكل اختلاف مرده إلى: اختلاف العقول، أو سعة العلوم الشرعية ومرونتها، أو اختلاف البيئة (والأعراف والعادات)، أو اختلاف في الاطمئنان إلى الدليل أو راويه، أو اختلاف في تقدير الدلالة؛ مشروع ومعقول ومقبول، وإنكاره مخالفة لسنة كونية ثابتة، وحكم شرعي مستقر، والتعامل معه يكون وفق الآداب الشرعية.

المعلم الثالث: العقل مناط التكليف والتشريف:

العقل في اللغة جمعه عقول وهو صفة على رأي "سيبويه" وقال "الأنباري": الرجل العاقل هو الجامع لأمره ورأيه، وقيل العاقل الذي يعقل ويحس نفسه ويردها عن هواها من قولهم: اعتقل لسانه إذا حبس ومنع الكلام.

وعني الثبت في الأمور... وهو الذي يتميز به الإنسان من الحيوان²²، وأشار "أبو حامد الغزالي"²³ إلى وجود اختلاف كثير في تحديد معنى العقل، قيل:

- 1- أنه الصفة التي يتميز بها الإنسان عن الحيوان ويستعد به لقبول العلوم النظرية، ونسب "الغزالي" إلى "المحاسبي" قوله: إنه غريزة يتهيأ بها الإنسان لإدراك العلوم النظرية.
- 2- به تتم معرفة عواقب الأمور التي بها تقمع الشهوة التي تدعو إلى اللذة العاجلة، وهذه من الخصائص التي تميز الإنسان عن الحيوان-أيضا-.

3 - ويعرفه شيخ الإسلام ابن تيمية بأنه صفة وعرضا قائما بالعاقل يراد به العلم الذي يعمل به صاحبه لا مجرد العلم²⁴ لقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا لَوْ كُنَّا نَسْمَعُ أَوْ نَعْقِلُ مَا كُنَّا فِي أَصْحَابِ السَّعِيرِ﴾²⁵.

4 - ويرى "عباس محمود العقاد": أنه ملكة يناط بها الوازع الأخلاقي أو المنع عن المحذور والمنكور.²⁶

وواضح أن هذه التعاريف وغيرها كثير تشترك جميعها في اعتبار العقل وصف يلحق الإنسان وأنها تعرفه بآثاره المتمثلة في التصرفات، وبيان لوظيفة العقل التي يمكن جمعها

في: الوازع، والمدرك.

فأمكن تعريفه إذن بأنه: الصفة التي يميز بها الإنسان بين النافع والضار، وبها يحسن التدبير فيتميز عن الحيوان - والجماهد والنبات - وينال الشرف ويناط به التكليف. فلا رأي معتبر، ولا تكليف ولا تشريف لمن لا يحسن التدبير.

المعلم الرابع: منزلة - العقل - الرأي في عملية التشريع: نحاول إيجازها في فروع أربعة:

الأول: مشروعية الاجتهاد. وهو: بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي من الشريعة نصا وروحا. ويعرفه أغلب الأصوليين بأنه: استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه.²⁷

ومعلوم أن الاجتهاد كما يكون في درك الأحكام الشرعية يكون في تطبيقها وهذا لا يختص بطائفة معينة ولا ينقطع إلى قيام الساعة بخلاف الأول.²⁸

وهو ثابت بالمنقول والمعقول أما المنقول فإن الله تعالى أمر بتدبر آياته في مواضع من القرآن الكريم منها قول الله عز وجل: ﴿كَتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ مُبَارَكٌ لِيَدَّبَّرُوا آيَاتِهِ وَلِيَتَذَكَّرَ أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾²⁹.

ومن السنة الحديث المتفق عليه: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم اخطأ فله أجر"³⁰، وحديث معاذ بن جبل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المشهور بين علماء الأصول في هذا الباب.

أما بالمعقول فإن نصوص الشريعة - الكتاب والسنة - متناهية محدودة، والحوادث غير متناهية، والشريعة خالدة إلى يوم الدين فلا يصح هذا ولا يصلح إلا باستنباط حكم الشرع في كل مستحدث في حياة الناس المتجددة، كما أن العلل والمقاصد معتبرة ومبناها على تحقيق المصالح ودفع المفساد، والمصالح تختلف باختلاف الأزمان والأمكنة - ما لم تعارض بنص قطعي طبعاً - فلزم إذن استفراغ الوسع وبذل الجهد في بيان ذلك مع

المحافظة على الجانب التعبدى لأنه روح الشريعة وعمودها.

الثانية: عمل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ومن بعدهم: فقد استعمل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الرأي في الشريع.

الفرع الثاني- في حياة النبي ﷺ، ومن هذا القبيل تحديدهم للقبلة، ووقت الصلاة عندما أمرهم ﷺ ليصلين أحكم العصر إلا في بني قريضة³¹ فصلى بعضهم في الطريق مخافة خروج الوقت لأنهم فهموا من النص مجرد الحث على السرعة في السير، وآخر البعض الآخر التزاما بظاهر النص، وأقر النبي ﷺ الجميع.

وحكم سعد بن معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في بني قريضة واقره النبي ﷺ، ونزل عند حكمه، وقال: "لقد حكم فيكم بحكم الله من فوق سبع سموات"³² إشارة إلى أن رأيه وافق إرادة الله تعالى فيهم.

نزل القرآن في كثير من المواضع موافقا لرأي بعضهم³³ والأمثلة في هذا المجال كثيرة وإنما لما كانت معلومة من جهة، والأصل المعتبر هو الوحي-الكتاب السنة- في هذه المرحلة من جهة أخرى نكتفي بهذه الإشارة، وننتقل إلى استعمالهم الرأي بعد وفاة النبي ﷺ.

الفرع الثالث- بعد وفاة النبي ﷺ: مثل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الوقائع بنظائرها، وشبهوها بأمثالها وردوا بعضها إلى بعض-فهم بذلك -فتحوا للعلماء باب الاجتهاد ونهجوا لهم طريقه وبينوا لهم سبيله³⁴. وهم افقه الناس وأتمهم إدراكا حتى اعتبر رأيهم دليلا واجتهادهم منيرا للطريق لمن بعدهم، فرأوا العول في الفرائض عند تزامن أصحاب الفروض ورأوا توريث الجدة السدس، والمبتوتة المطلقة في مرض الموت. وسار على ذلك من بعدهم.

ويُسأل أبو بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن معنى الكلالة في القرآن الكريم فيقول: أقول فيها برأي، فإن يكن صوابا فمن الله، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان: هي ما خلا الوالد والولد.³⁵

وعمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يحكم برأيه فيمن أطلق الثلاث بكلمة واحدة، ويلزم

الأمة بما رآه لها، ويجتهد في إعطاء المؤلفة قلوبهم من الغنائم مع وجود النص القرآني والتطبيق العملي من الرسول ﷺ ثم أبو بكر الصديق من بعده، لأنه فهم أن النص معللا وللرأي في فهمه مجال تحصيلاً لمنفعة عامة للدولة، فأوقف تطبيق الحكم لتخلف مقصده³⁶ إذ لا عبرة بحكم لا يحقق مقصده والحكم يدور مع علته - إن كان معللاً - وجوداً وعدماً، من قبيل المزاوجة والمواءمة بين العقل والنقل وهو أشرف العلوم لأشرف الأمم وأعدلها.

واستعمالهم للرأي ظهر مرة مع وجود النبي ﷺ وأخرى بعد وفاته، مرة عند عدم وجود النص وأخرى مع وجوده، فهو إذن مظهر عام لكل التشريع. وكتب السير والمناقب حافلة بالنماذج.

وسار على منوال الصحابة من بعدهم من سلف هذه الأمة الشاهدة، وإن اختلفوا في الضوابط التي بها يضبط الرأي فإنهم لم يختلفوا في اعتباره أداة كاشفة لإرادة الشارع في تشريعه³⁷ وللتبليغ عنه، إظهار لثمرة النص؟

وفي الختام:

وبعد هذه المحاولة في وضع معالم لقراءة المعهود الفقهي يتبين، أن الاجتهاد في تنزيل معاني المقروء من المعهود الفقهي على واقع غير الواقع الذي كتبت فيه، لا يقل أهمية عن فهم معانيه مجردة، فأبي واقعة عرضت للاجتهاد لا بد من المواءمة بين الحكم الشرعي المنصوص عليه أو الثابت باجتهاد سابق، والواقعة المعروفة بعناصرها وملابساتها وظروفها، وإلا تناقض الحكم مع الهدف المتوخى منه، أو مع مقاصد التشريع والمصلحة التي جاء لجلبها لأن قراءة الفقه اجتهاد وليست مجرد سرد ونقل لألفاظ وأحكام.

التوصيات:

وأخيراً فإننا نوصي بما يلي

أولاً: لا مجال للاجتهاد في القطعي - في ثبوته ودلالته - من النصوص والأحكام.
ثانياً: لا اجتهاد إلا ممن اكتسب ملكة تؤهله، وقدرة عليه، ومجاله النصوص الشرعية،

وأقوال العلماء بمراعاة الأسباب والظروف والملابسات... انطلاقاً من القواعد الجامعة، واعتداداً على المناهج والضوابط الراسخة، وتخريجاً على قواعد وأحكام الأئمة الأعلام.

ثالثاً: الإمام بالمنطلقات الأساسية للعلوم السائدة في العصر، والعلم بالواقع والتحويلات الحاصلة فيه كلها شروط لفهم المعهود الفقهي.

رابعاً: سكوت الفقهاء الأعلام عن مسألة ليس حكماً بعدم جواز التكلم فيها، وليس دليلاً بالضرورة على الإباحة، وإنما قد يكون لأنها لم تكن معروفة لديهم ولا علم لهم بها.

- الهوامش:

¹. ونقصد بالملكة المتخصصة: تلك الصفة التي بها يتمكن من استخراج الأحكام من مأخذها، وهي هبة من الله تنمو بالاكتمال وطول المذاكرة والملازمة.

². سورة النساء الآية 59

³. الحديث مشهور عند علماء الأصول والفقهاء حتى عدوه مثلاً للمتواتر، ولعلماء الحديث فيه مقالاً خلاصته: أن الحديث فيه ضعف في سنده ووثقه، إلا أنه صحيح باعتبار معناه، أخرجه أبو داود والترمذي مرسلين عن ثقات انظر نصب الراية للزبيدي 63/4، وقال ابن حزم في الإحكام: هذا الحديث ظاهر الكذب 976/2، ورد ابن قيم الجوزية ما ورد على الحديث من طعون بأدلة مستفيضة في إعلام الموقعين 175/1 و 176، والدكتور مصطفى سعيد الخن في أثر الاختلاف ص 31 و 32 واعتبره الكاتب صحيح عند الأصوليين والفقهاء للأدلة التي تشهد له، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية - رسالة ماجستير - ص 49.

⁴. البغوي مصابيح السنة....

⁵ الفقيه والمتفقه 54/1 وأيده شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى 401/20

⁶ الرسالة...

⁷ جامع بيان العلم وفضله 110/2

⁸ ابن القيم، إعلام الموقعين 33/1

⁹ ابن القيم، إعلام الموقعين 3/3

¹⁰ الشاطبي في الموافقات 105/4

¹¹ ينظر: الشوكاني في إرشاد الفحول ص 202 وإعلام الموقعين ص 10 ج 3.

¹² ينظر: تمييز الفتاوى عن الأحكام ص 231 تحقيق أستاذي الشيخ الدكتور عبد الفتاح أبو غدة رحمه الله.

¹³ الفروق 176/1 و 177، وكتب ابن عابدين الحنفي رسالته الشهيرة: نشر الرف فيما بني من الأحكام على العرف.

- ¹⁴ سورة البقرة الآية...
- ¹⁵ أخرجه أبو داود في المناسك باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم رقم 1825 وابن ماجه في المناسك، والإمام أحمد في السند 73/5.
- ¹⁶ المقدمة ص 392
- ¹⁷ موسوعة الفقه الإسلامي... عن جمعية الدراسات الإسلامية بإشراف الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله 59/1.
- ¹⁸ سورة الأنعام الآية 159
- ¹⁹ سورة الروم الآية 22
- ²⁰ سورة هود الآية 118-119.
- ²¹ وهناك العديد من المصنفات في العصور القديمة والحديثة في هذا المجال، تبرز الأدب العالي للعلماء عند الخلاف والاختلاف.
- ²² ابن منظور لسان العرب 458/1
- ²³ الإحياء للغزالي 145/4.
- ²⁴ مجموع الفتاوى لابن تيمية 286/9
- ²⁵ سورة الملك الآية 10
- ²⁶ موسوعة عباس محمود العقاد الإسلامية 829/5
- ²⁷ محمد الحضرى بك، أصول الفقه ص 207، ود. فتحي الدريني في أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي ص 11
- ²⁸ الآمدي في الأحكام 169/4، والغزالي في المستصفى 342/2، وشعبان محمد إسماعيل/شرح الإسنوي على المنهاج 151/3 وأبو زهرة أصول الفقه ص 356
- ²⁹ سورة ص الآية 29
- ³⁰ البخاري في الصحيح كتاب الاعتصام باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، ومسلم برقم 1716 في الأفضية باب أجر الحاكم إذا اجتهد.
- ³¹ رواه النسائي في السنن كتاب القضاء باب إذا نزل قوم على حكم رجل.
- ³² المصدر السابق وابن القيم في إعلام الموقعين 81/1.
- ³³ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين 88/1.
- ³⁴ ينظر في هذا المعنى: الطرق الحكمية لابن القيم ص 15 إلى 18، وله أيضاً: إعلام الموقعين 79/1 وبعدها.
- ³⁵ الكلاله في قوله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً﴾ [سورة النساء الآية 175]، وينظر الطرق الحكمية لابن القيم ص 15 وبعدها وإعلام الموقعين 79/1 وما بعدها.

³⁶ ابن القيم المرجعين السابقين.

³⁷ في هذا المعنى د. سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي ص 74، ومصطفى عبد الرازق، تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ص 123.

Parameters for Interpreting the Conventional Jurisprudence in the Scale of provisions' intentions

Pr. Aboubaker LECHEB *

ABSTRACT:

Parameters for Interpreting the Conventional Jurisprudence in the Scale of provisions' intentions

Descendants' (followers') interpretations of what was written or left by their predecessors requires some parameters imposed by changes and differences in time, space and circumstances, which save the jurisprudent heritage, its stature, and the continuity of religious law (Sharia).

What is worth mentioning here is the type of interest or profit of juridical provisions, according to both traditional and modern juristic scholars, is of great significance. Additionally, considering the objectives and consequences, and the compliance with the integral meaning of texts requires equilibrium and asymptotical approaching.

Moreover, the interpretation of texts should not ignore the time and the circumstances that we live in; this is because interest (profit) and jurisprudence can be interchangeable. Now, in order to attain a fruitful and profitable interpretation of religious texts, and the conventional jurisprudence involved and renewable, but constrained by the same rules, we need to set equilibrium between literal and pragmatic meaning of texts, and between judicial discretion and changes in time and space. This is because inflexibility towards what was handed down to us is not desirable; at the same time, the failure to restrain judicial discretion is unconvinced.

This is, of course, what this research intends to achieve

Keywords: text - interest - objectives - provisions' intentions - the jurisprudence of reality.

* Professeur : Faculté des sciences sociales et humaines, Université El-oued – Algérie.

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح اختياراته في مسائل الضبط القرآني من خلال كتابه أصول الضبط وما جرى به عمل المصاحف من أول الكتاب إلى أحكام ضبط النون الساكنة

بقلم

د/ عبد الكريم بوغزالة (*)



ملخص

كانت الكتابة الأولى للمصاحف في عهد الصحابة رضوان الله عليهم دون نقط ولا شكل، وفي آخر زمن الصحابة رضي الله عنهم زيد في المصحف النقط، فوضعت الحركات، من طرف أبي الأسود الدؤلي في نقطه المدور، ثم من طرف الخليل بن أحمد الفراهيدي في نقطه المطول، وهذا فيما يخص نقط الإعراب، وكذا نقط الإعجام الذي هو نقط الحروف، الذي ينسب ليحيى بن يعمر ونصر بن عاصم. وهكذا تتابع العلماء في وضع علامات لضبط الكلمات القرآنية، من أجل التيسير على الناظر في المصحف الشريف، وكان بينهم اختلاف في كثير من علامات الضبط. والبحث يتحدث عن إمام من أئمة الأندلس الكبار، يعرف بشخصيته، وحياته العلمية، ويبين مكانته وثناء العلماء عليه وعلى كتبه، ويعرف بكتابه الذي ألفه في علم الضبط القرآني، وهو من أصول هذا الفن. هذا الإمام هو أبو داود سليمان بن نجاح، ألف كتابه: أصول الضبط، بين فيه كيفية

(*) أستاذ محاضر "أ" بقسم العلوم الإنسانية - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي.

gazala300@gmail.com

شكل الكلمات القرآنية، وأورد فيه خلاف العلماء ومذاهبهم في ذلك. ويعرض البحث كذلك لاختيارات هذا الإمام في ضبط الحروف والكلمات القرآنية، مبينا أسس اختياره، وما عليه عمل المصاحف اليوم.

مقدمة

حظي المصحف الشريف بعناية كبيرة منذ لحظات نزوله الأولى إلى يومنا هذا، قراءة ورسما وتفسيرا...

ومن العلوم التي لقيت عناية كبيرة من علماء المسلمين: علم الضبط القرآني، وهو علم يعرف به ما يدل على عوارض الحروف التي هي الفتح والضم والكسر والسكون والشد والمد... الخ

وفائدة هذا العلم تتمثل في إزالة اللبس عن حروف المصحف الشريف فيقرأ قراءة صحيحة، فتحا وضما شداً أو تخفيفاً، مدّاً أو قصراً، وذلك بالعلامات التي وضعها علماء هذا الفن تسهيلاً للقراءة.

ضبط المشاركة مصاحفهم منذ القدم بعلامات مخصوصة، واهتموا بهذا الفن تدريسا وتأليفاً. ومن المصنفات في ذلك: مصنف في النقط لأبي إسحاق إبراهيم اليزيدي، وآخر لأبي عبد الله محمد بن عيسى الرازي.

وعني علماء الأندلس كذلك بحصر تلك الحروف التي تلحقها تلك العوارض من الحركات والعلامات، وجعلوا لها قواعد وأصول تحكمها، وألفوا في جمع مسائل هذا الفن مؤلفات خاصة.

ومن العلماء الذين كانت لهم اليد الطولى في هذا العلم: الإمام أبو داود سليمان بن نجاح، ألف كتاباً في علم الضبط القرآني، حكى فيه خلاف العلماء في علامات ضبط المصحف، واختار في أكثر المسائل رأياً بناه على قواعد وأسس متينة.

وفي هذا البحث تعريف به وبكتابته، وبيان لاختياره في ثلاثة عشر مسألة من كتابه، وفق الخطة الآتية:

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

المبحث الأول: تعريف بأبي داود وبكتابه أصول الضبط.

المطلب الأول: تعريف بأبي داود.

المطلب الثاني: تعريف بكتابه أصول الضبط.

المبحث الثاني: اختيارات الإمام أبي داود في كتابه.

المطلب الأول: أسس الاختيار عند أبي داود.

المطلب الثاني: اختياراته في مسائل الضبط من أول الكتاب إلى ضبط الهمزة المنونة بعد الألف، والتي بعدها ألف.

المطلب الثالث: اختياراته في مسائل الضبط، من: ضبط ما لا يشيع من الحركات فيختلس أو يخفى أو يشم إلى ضبط النون الساكنة إذا جاء بعدها الباء. خاتمة.

المبحث الأول

تعريف بأبي داود وبكتابه أصول الضبط

في هذا المبحث تعريف بأبي داود سليمان بن نجاح، وبكتابه أصول الضبط وذلك في مطلبين هما:

المطلب الأول: تعريف بأبي داود:

سأتناول في هذا المطلب حياة أبي داود الشخصية والعلمية.

حياته الشخصية:

اسمه: سليمان بن أبي القاسم نجاح، مولى أمير المؤمنين هشام المؤيد بالله.

مولده: ولد سنة ثلاث عشرة وأربعمائة هجرية.

كنيته: أبو داود.

نسبه: أندلسي¹.

أصله: قال ابن آجط: قال ابن عياد: وأصل أبي داود من بلنسية، وهو معدود من

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

أهلها وولأؤه في بني أمية، وهو سليمان بن أبي القاسم نجاح من أهل بلنسية، يكنى: أبا داود، ونجاح: أبوه كان مولى المؤيد بالله هشام أمير المؤمنين؛ لأن هشام بن عبد الرحمن هو الذي أعتق نجاحا أبا سليمان².

وفاته: توفي يوم الأربعاء بعد صلاة الظهر، ودفن يوم الخميس لصلاة العصر بمدينة بلنسية، واحتفل الناس لجنائزته، وتراحوا على نعشه، في رمضان لست عشرة ليلة خلت منه، سنة ست وتسعين وأربعمائة³.

حياته العلمية:

سأذكر شيوخه وتلاميذه الذين طلبوا على يديه العلم، وجملة مصنفاته، وثناء العلماء عليه مبينا مكانته العلمية.

شيوخه:

أخذ أبو داود العلم عن جملة من المشايخ، منهم أبو عمرو عثمان بن سعيد الداني المقرئ، وهو أثبت الناس به، وأخذ كذلك عن ابن عبد البر، وأبي العباس العذري، وأبي عبد الله ابن سعدون القروي، وأبي شاعر الخطيب، وأبي الوليد الباجي وغيرهم⁴.

تدريسه وتلاميذه:

لقد فرغ أبو داود حياته للتعليم والتدريس، فاتجه إليه الطلاب مستفيدين متعلمين ناهلين من علمه.

وقد أخذ عنه العلم جملة من الطلاب منهم: إبراهيم ابن جماعة البكري الداني وأحمد بن سحنون المرسي، وأبو عبد الله بن سعيد الداني، وجعفر بن يحيى بن غثال، وأبو الحسن علي بن هذيل، وأبو علي الصدفي، وفتح بن خلف البلنسي، وفتح بن يوسف بن أبي كبة، وسليمان بن يحيى القرطبي، ومحمد بن علي النوالشي، ومحمد بن عبد الرحمن بن عزيمة، وعبد الرحمن بن محمد الخزرجي⁵.

ويكفي هذا الإمام فخرا أن تخرج على يديه أبو الحسن البلنسي الذي نظم كتابه في الرسم، وسماه المنصف، وهو عمدة مصاحف المغاربة عند الاختلاف.

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

مؤلفاته وجهوده العلمية:

أثرى الإمام أبو داود المكتبة الإسلامية بجملة من المؤلفات التي كان لها أثرها البالغ في خدمة كتاب الله والدين الإسلامي، قال ابن آجطا في التبيان: قال ابن عياد: سمعت شيخنا أبا الحسن ابن هذيل - رحمه الله - يقول: كان أبو داود من أهل العلم... وسمعتة يقول: ما رأيت أفضل منه، وسمعتة يقول: كان أبو داود يكتب من ليلته عشرين ورقة كباراً⁶.

وفي الآتي بيان لبعض هذه المصنفات:

1. كتاب إيجاب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم.
 2. البيان الجامع لعلوم القرآن.
 3. كتاب التبيين لهجاء التنزيل.
 4. كتاب الجامع في الضبط للقراء السبعة من جميع طرقهم.
 5. جزء فيه إجازة أبي داود المقرأ.
 6. كتاب الجواب عن قوله تعالى: حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى.
 7. كتاب حروف المعجم.
 8. كتاب الحروف التي اختلفت فيها مصاحف عثمان رضي الله عنه.
 9. كتاب الرّجز المسمى ب: الاعتماد.
 10. رجز في علم نقط المصاحف.
 11. كتاب في ألف الوصل والقطع.
- وغیرها⁷.

مكانته العلمية وثناء العلماء عليه:

مما يدل على مكانة أبي داود العلمية: طلبه للعلم على يد أكابر العلماء بالأندلس، كأبي عمرو الداني وابن عبد البر، وغيرهما، واحتكاك عدد كبير من طلبة العلم به، الذين تسابقوا في أن يقرئهم أو يعلمهم جملة من العلوم، والذين صاروا علماء بعد ذلك كأبي

الحسن البنسي.

مع نبوغه - رحمه الله - في جملة من العلوم القرآنية كالرسم والضبط والقراءة وغيرها، وكذلك المصنفات البديعة التي ألفها وتفنن في كتابتها، منها التي وصلت إلينا. يضاف إلى ذلك ثناء العلماء عليها - أي الكتب - وعليه - أي هو رحمه الله تعالى -.

ثناء العلماء على مصنفاته:

من ذلك ما قاله ابن بشكوال: وله تواليف كثيرة في معاني القرآن، وغيره، وكان حسن الخط جيد الضبط، روى الناس عنه كثيراً⁸.

ثناء العلماء عليه:

ومما نقل من ألفاظ الثناء والتبجيل ما يأتي:

قال ابن بشكوال: وكان من جلة المقرئين وعلمائهم وفضلائهم وخيارهم، عالماً بالقراءات ورواياتها وطرقها، حسن الضبط لها، وكان ديناً فاضلاً ثقة، فيما رواه... وأخبرنا عنه جماعة من شيوخنا، ووصفوه بالعلم والفضل والدين⁹.

وقال ابن الجزري: شيخ القراء وإمام الإقراء¹⁰.

وقال الذهبي في السير: الشيخ الإمام العلامة، شيخ القراء، ذو الفنون¹¹.

المطلب الثاني: تعريف بكتابه أصول الضبط

اسم الكتاب: اسمه: كتاب أصول الضبط وكيفيته على جهة الاختصار.

هكذا أورده مؤلفه في مقدمة كتابه، وبهذا العنوان حقق وطبع¹².

سبب تأليفه الكتاب:

كتب الإمام أبو داود كتابه في الرسم الذي هو: التبيين لهجاء التنزيل، ويقع الكتاب في ستة مجلدات، واشتمل على جميع القرآن، وقد تضمن هجاء مصاحف الأمصار والقراءات، والأصول والتفسير والأحكام، والرد على الملحددين، والوقف والابتداء، والناسخ والمنسوخ، والغريب، والمشكل، وجملة من علوم القرآن.

ثم اختصره ولخصه لما طلب منه ذلك، وسمى المختصر: مختصر التبيين لهجاء

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

التنزيل، وجعل أصول الضبط ذيلًا له.

وقد بين أبو داود سبب تأليفه الكتاب، فقال: وقد اخترع قوم متأخرون من العراقيين وجهًا ثالثًا في صورة التشديد، وهو خارج عما اصطلاح الناس عليه قديماً، غير جائز عند العلماء المحققين، وهذا الوجه غير معمول به، ولا مرضي عندنا، ولا معروف عند أهل الأندلس فاعلمه، وإنما ذكرته لئلا يراه من لا علم عنده فيولع به، ويستعمله ظناً منه أنه حسن لقلته وغرابته، ولولوع الناس قديماً بها لم يعرفوه قبل.

فقد جرى للأستاذ أبي القاسم الأخفش النحوي رحمه الله مثل هذا في مصحف رآه على ذلك الضرب من التشديد....، وكان رأى فيه أيضاً ضبط التنوين المنصوب بأن يجعل على الحرف حركة، وعلى الألف اثنتان، فصارت ثلاثة، فظن أن ذلك عن معرفة وإتقان حسن، حتى وقفته على علم ذلك، وكان هو السبب لتألفي كتاب التبيين لعلم التنزيل رحمه الله¹³.

أهمية الكتاب:

هذا الكتاب من أهم كتاب الضبط القرآني، لأسباب أهمها:

- 1- مؤلف الكتاب إمام من أئمة الضبط القرآني، بل هو عمدة من عمد هذا الفن هو وشيخه الداني.
 - 2- جرى العمل في كثير من مسائل الضبط على اختيار الإمام أبي داود سليمان بن نجاح - رحمه الله تعالى -.
 - 3- المادة العلمية المحكمة والمختصرة، فالمؤلف أودع فيه أهم مسائل الخلاف، وفي كثير من الأحيان يذكر مختاره هو فقط، بلفظ موجز، وترتيب محكم.
 - 4- رُبُّطُ أبي داود الضبط بالقراءة.
 - 5- اشتغال الكتاب على ضبط قراءة نافع، وما وافقها من قراءات.
 - 6- استفادة العلماء من هذا الكتاب المانع، استفاد منه الخراز في نظمه، ومولى الفخار في الدرة الجليلة، والقيسي في الميمونة الفريدة، والتنسي في طرازه، والضباع في سمير
- الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

الطالبين، بل كل من جاء بعهد استفاد منه.

7- نقل شراح مورد الظمان في جانب الضبط عنه.

8- ويكفي الكتاب أهمية أن ذكر اسم مؤلفه في آخر المصاحف عند التعريف بها.

مصادر المؤلف في كتابه:

لم يصرح رحمه الله تعالى عن مصادره إلا نادرا، وقد اعتمد على كتاب واحد هو: كتاب المحكم في نقط المصاحف، من تأليف شيخه وأستاذه: أبي عمرو عثمان بن سعيد الداني.

صرح أبو داود بالنقل عن كتاب شيخه في ثلاثة أبواب، وهي:

الموضع الأول: نقل عنه في باب: كيفية نقط ما لا يشيع من الحركات فيختلس أو يخفى أو يشم، بقوله: قال أستاذنا الحافظ عثمان بن سعيد الصيرفي¹⁴ نصر الله وجهه: اعلم أن الحركة المختلسة... ثم تعقبه¹⁵.

الموضع الثاني: نقل عنه في ذكر ما اجتمع فيه ياءان فحذفت إحداها اختصارا، في موضعين ثانيهما، قال: وكيفية نقط ذلك على الوجه الثاني، الذي اخترته أنا وغلبته على الوجه الذي اختاره أستاذنا أبو عمرو...¹⁶.

الموضع الثالث: نقل في باب الدارات التي تجعل على الحروف الزائدة والحروف المخففة، قال: فحدثنا الحافظ أبو عمرو عثمان بن سعيد الصيرفي - نصر الله وجهه -، قال حدثنا...¹⁷.

وفي نظرة في أبواب الكتابين يتبين أن أبا داود اختصر كتابه من المحكم للداني، ويظهر ذلك عند المقارنة بين عناوين الأبواب ومضامينه، وسأعرض أبواب الكتابين، ثم نبين الأبواب التي تحمل التسمية نفسها، ومضمون الكتابين.

مضمون كتاب المحكم:

تضمن الكتاب مقدمة وخمسة وثلاثين بابا، وأردفه بملحق يحوي: ثمانية أبواب. تناول في المقدمة تأليفه للكتاب ومضمونه.

أما أبواب الكتاب فهي:

1. باب ذكر المصاحف، وكيف كانت عارية من النقط، وخالية من الشكل، ومن نقطها أولاً من السلف، والسبب في ذلك.
2. باب ذكر من كره نقط المصاحف من السلف.
3. باب ذكر من ترخص في نقطها.
4. باب ذكر ما جاء في تعشير المصاحف، وتحميسها، ومن كره ذلك، ومن أجازها.
5. باب ذكر ما جاء في رسم فواتح السور، وعدد آيها، ومن شدد في ذلك، ومن تسهل فيه.
6. باب جامع القول في النقط، وعلى ما يبنى من الوصل والوقف، وما يستعمل له من الألوان، وما يكره من جمع قراءات شتى وروايات مختلفة في مصحف واحد، وما يتصل بذلك من المعاني اللطيفة والنكت الخفية.
7. باب ذكر القول في حروف التهجي، وترتيب رسمها في الكتابة.
8. باب ذكر البيان عن إعجام الحروف، ونقطها بالسواد.
9. باب ذكر نقط الحركات المشبعت، ومواضعهن من الحروف.
10. باب ذكر كيفية نقط ما لا يشبع من الحركات فيختلس أو يخفى أو يشم.
11. باب ذكر التشديد والسكون وكيفيتهما.
12. باب ذكر المد، وموضعه في الحروف.
13. باب ذكر التنوين اللاحق للأسماء، وكيفية صورته، وموضع جعله.
14. باب ذكر تراكب التنوين وتتابعه، وكيفية نقط ما يلقي من الحروف.
15. باب ذكر حكم النون الساكنة، وما بعدها في حال البيان والإدغام والإخفاء.
16. باب ذكر أحكام نقط المظهر من الحروف.
17. باب ذكر أحكام نقط المدغم.
18. باب ذكر أحكام نقط ما يخفى من المدغم.

19. باب ذكر أحكام الصلوات لألفات الوصل.
 20. باب ذكر أحكام نقط الهمزة المفردة اللينة.
 21. باب ذكر أحكام الهمزتين اللتين في كلمة.
 22. باب ذكر أحكام الهمزتين اللتين من كلمتين.
 23. باب ذكر الألف وموضع الهمزة منها.
 24. باب ذكر الياء وموضع الهمزة منها.
 25. باب ذكر الواو وموضع الهمزة منها.
 26. باب ذكر نقط ما اجتمع فيه ألفان فحذفت إحداهما اختصاراً.
 27. باب ذكر نقط ما اجتمع فيه ياءان فحذفت إحداهما إيجازاً.
 28. باب ذكر نقط ما اجتمع فيه واوان فحذفت إحداهما تخفيفاً.
 29. باب ذكر نقط ما زيدت الألف في رسمه.
 30. باب نقط ما زيدت الياء في رسمه.
 31. باب نقط ما زيدت الواو في رسمه.
 32. باب ذكر نقط حروف متفرقة نقصت من هجائها.
 33. باب ذكر نقط ما نقص هجاؤه.
 34. باب ذكر الدارة التي تجعل على الحروف الزوائد والحروف المخففة واصلها ومعناها.
 35. باب ذكر اللام ألف وأي الطرفين منه هي الهمزة.
- ملحق في ذكر مذاهب متقدمي النقط من النحاة:**
1. باب ذكر البيان عن مذاهب متقدمي أهل العربية وتابعيهم من النقاط وأهل الأداء في النقط.
 2. باب المقيد من الألفات بنقطتين.
 3. باب الهمز الساكن.

4. باب الهمز المتحرك.

5. باب الهمزتين.

6. باب الواوات وتفسير نقطهن.

7. باب الألفات وتفسيرهن.

8. باب اللام ألف.

أبواب كتاب أصول الضبط:

تضمن الكتاب مقدمة وخمسة عشر باباً وخاتمة.

1. ذكر مواضع الحركات المتتابعات وتنوينها.

2. باب كيفية نقط ما لا يشيع من الحركات فيختلس أو يخفى أو يشم.

3. باب أحكام الصلات لألفات الوصل، وكيفيةها.

4. باب معرفة الابتداء بألف الوصل، وكيفية نقطها.

5. باب أحكام النون الساكنة وما بعدها وكيفية نقطها.

6. باب أحكام المظهر والمدغم.

7. باب المط وموضعه من حروف المد واللين، وكيفية ذلك.

8. باب حروف المد، ومواضع الهمزات منهن.

9. باب امتحان مواضع الهمزات من الكلام.

10. باب أحكام تليين الهمزة.

11. باب ذكر الهمزتين اللتين من كلمتين.

12. باب نقط ما نقص من هجائه.

13. باب أحكام نقط ما زيد في هجائه.

14. باب الدارات التي تجعل على الحروف الزائدة والحروف المخففة.

15. باب اللام ألف المظفرة وأي الطرفين منها هو اللام؟

أوجه الاتفاق:

1. عناوين الأبواب: من خلال عرضنا لأبواب الكتابين يظهر لنا جلياً أخذ أبي داود عناوين الأبواب من محكم شيخه، ومن الأمثلة على ذلك:
 - الباب الثاني في أصول الضبط، وهو باب كيفية نقط ما لا يشيع من الحركات فيختلس أو يخفى أو يشم. هو نفسه الباب العاشر في المحكم.
 - والباب الثالث في أصول الضبط، وهو: باب أحكام الصلوات لألفات الوصل، وكيفيةها، هو نفسه في المحكم في الباب الثامن عشر.
2. مضامين الأبواب: وحتى نزيد المر إيضاحاً لما قلناه، نجد أن فقرات مأخوذة بالكامل من المحكم للداني، ومن أمثلتها:

• المثال الأول: في المحكم للداني في باب ذكر أحكام نقط ما يدغم، قال: واعلم أن ما أدغم من الحروف في مثله أو مقارنة بإجماع أو ما أدغم في مقاربه فقط باختلاف فتحكمه أن يعرى الحرف الأول من المدغم من علامة السكون، وأن يجعل على الحرف الثاني المدغم فيه علامة التشديد، فيؤذن بذلك بالإدغام الذي بابه أن ينقلب لفظ الحرف الأول فيه إلى لفظ الحرف الثاني، ويرتفع اللسان بهما ارتفاعه واحدة، ويلزم موضعاً واحداً...

هي الفقرة نفسها في كتاب أصول الضبط، في ذكر نقط ما يدغم مع اختلاف يسير جداً¹⁸.

• المثال الثاني: في محكم الداني، في باب ذكر أحكام الهمزتين اللتين في كلمة، قال: اعلم أن الهمزتين تلتقيان في كلمة واحدة على ثلاثة أضرب، فالضرب الأول أن تتحركاً معاً بالفتح، وذلك نحو قوله ... فنافع من رواية ورش يلقي حركتها على ذلك الساكن ويسقطها من اللفظ تخفيفاً كقوله «رحيمٌ - آشفقتم» و«قل - أنتم» و«عجيبٌ آ. ذاً» و«إلا اختلاق آ. نزل» وشبهه...

وهو نفسه في أصول الضبط لأبي داود¹⁹.

والأمثلة على ذلك كثيرة.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا جلينا أن الإمام أبا داود قد اختصر كتابه من المحكم للإمام الداني، ولم يصرح بذلك.

أوجه الاختلاف بين الكتابين:

بين الكتابين اختلاف تمثل في:

1. أورد الداني في محكمه خمسة وثلاثين بابا، وذيله بملحق يحوي ثمانية أبواب، بينما أورد أبو داود في كتابه خمسة عشر بابا فقط دون ملحق كما فعل الداني.
2. كتاب المحكم كتاب مطول، بعكس أصول الضبط إذ هو كتاب مختصر من كتاب شيخه، لذلك حذف أبو داود جملة من الأبواب منها:
 - باب ذكر المصاحف، وكيف كانت عارية من النقط، وخالية من الشكل، ومن نقطها أولا من السلف، والسبب في ذلك.
 - باب ذكر من كره نقط المصاحف من السلف.
 - باب ذكر من ترخص في نقطها.
 - باب ذكر ما جاء في تعشير المصاحف، وتخميسها، ومن كره ذلك، ومن أجازها.
 - باب ذكر ما جاء في رسم فواتح السور، وعدد آيها، ومن شدد في ذلك، ومن تسهل فيه.
 - باب جامع القول في النقط، وعلى ما يبنى من الوصل والوقف، وما يستعمل له من الألوان، وما يكره من جمع قراءات شتى وروايات مختلفة في مصحف واحد، وما يتصل بذلك من المعاني اللطيفة والنكت الخفية.
 - باب ذكر القول في حروف التهجي، وترتيب رسمها في الكتابة.
 - باب ذكر البيان عن إعجام الحروف، ونقطها بالسواد.
 - باب ذكر نقط الحركات المشبعات، ومواضعهن من الحروف.
3. وكذلك جمعه لأبواب فرقها الداني في كتابه منها:

- أ - باب ذكر أحكام نقط المظهر من الحروف.
- ب - باب ذكر أحكام نقط المدغم.
- ج - باب ذكر أحكام نقط ما يخفى من المدغم.
- ثلاثة أبواب جمعها أبو داود في باب أحكام المظهر والمدغم.
4. لم يورد أبو داود الخلاف الحاصل في كل المسائل حيث يقتصر أحياناً على رأي في المسألة بعكس الداني في المحكم، وكذا القول نفسه في تعليل المسائل. ومن أمثلة ذلك:
- أ - قوله في وضع الحركة والتنوين المنسوب على الاسم المنون المرسومة ألفه خطأ: ففي ضبطه أربعة أوجه، والذي أستحسن منها، وأختاره: أن تجعل النقطتين معا على الألف²⁰.
- ب - ذكر أبو داود في: ذكر نقط ما زيدت الياء في رسمه، مما قد ذكرناه مجملًا في سورة آل عمران عند قوله: ﴿أفأين مات﴾ ستة أوجه في ضبطها²¹، بينما ذكر الداني ثمانية أوجه²².

المبحث الثاني

اختيارات الإمام أبي داود في كتابه

تحدثت في هذا المبحث عن الأسس التي بنى عليها الإمام أبو داود اختياراته في مسائل الضبط في كتابه، وأوردت جملة من هذه الاختيارات، وبينت ما عليه عمل المصاحف، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: أسس الاختيار عند أبي داود:

صرح الإمام أبو داود بأسس اختياره في كثير من المواضع، وفي المسائل التي أوردت فيها اختياره يمكن حصر بعضها كالآتي:

الأساس الأول: الاختيار لإقرار الصحابة والتابعين:

ومن ذلك مثلاً: اختياره النقط في المصاحف، حيث اختار الشكل المدور الذي

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

اخترعه الدؤلي، قال في أصول الضبط: اعلم أن نقط المصاحف هو أقدم من الشكل، وإن كان ذلك معاً مستتباً مصطلحاً عليه، إلا أن النقط كان قبل، وكثير من الصحابة حي، وهو الذي يستحب في المصاحف خاصة، وهو المعروف قديماً من التابعين إلى هلم جرا، كما أن الشكل في الكتب هو المعروف أيضاً من زمن الخليل المخترع له أولاً، إلى هلم جرا²³.

الأساس الثاني: الاختيار لأنه عمل أهل المدينة:

ومن أمثله اختياره في الألوان: الحمرة للشكل، والصفرة للهمزات. قال في أصول الضبط: والمستحب من الألوان للضبط: الحمرة للشكل، والصفرة للهمزة، وعلى ذلك كانت مصاحف أهل المدينة في آخر زمن الصحابة والتابعين بعدهم²⁴.

الأساس الثالث: الاختيار لأنه مذهب الجمهور

ومن الأمثلة على ذلك: اختياره في وضع الحركة والتنوين المنسوب على الاسم المنون المرسومة ألفه خطأ، حيث اختار: أن تجعل النقطتين معاً على الألف²⁵، حيث لم يشذ في هذه المسألة إلا الإمام المجاصي.

الأساس الرابع: الاختيار لأنه عمل أهل الأندلس: ومن أمثله اختياره في وضع علامة الصلة لألف الوصل، حيث اختار أن تجعل جرة صغيرة، قال أبو داود في كتابه: ومذهب أهل الأندلس أوجه²⁶.

الأساس الخامس: الاختيار لأنه القياس:

ومن أمثلة ذلك: اختياره في ضبط الهمزة المنونة بعد الألف، والتي بعدها ألف، حيث جعل ضبطها أن تجعل الهمزة بالصفراء بعد الألف في السطر، وحركتها والتنوين معاً عليها على أساس أن تكون المحذوفة ألف النصب... وأن تكون الأولى هي المحذوفة، وتكون المرسومة ألف النصب، قال: والأول أقيس²⁷. وغير ذلك من الأسس.

المطلب الثاني: اختياراته في مسائل الضبط من أول الكتاب إلى ضبط الهمزة المنونة بعد الألف، والتي بعدها ألف:

أعرض في هذا المطلب جملة من المسائل التي اختلف فيها علماء الضبط، وكان لأبي داود اختيار فيها، وهي كالآتي:

المسألة الأولى: اختياره النقط في المصاحف:

استعمل النقط لمعينين اثنين هما:

الأول: النقط الحمراء التي وضعها أبو الأسود الدؤلي حركات للحروف، وهي النقط المدور، حيث قال رحمه الله تعالى كما روى الداني في محكمه بسنده إلى " محمد بن علي قال نا أبو بكر بن الأنباري قال نا أبي قال نا أبو بكر بن العتيبي قال نا أبو الأسود للذي أمسك المصحف: إذا فتحت شفتي فانقط واحدة فوق الحرف، وإذا ضممتها فاجعل النقطة إلى جانب الحرف، وإذا كسرتها فاجعل النقطة في أسفله²⁸". ويسمى نقط الإعراب.

الثاني: النقط السوداء لتمييز الحروف المتشابهة، ويسمى نقط الإعجام، وهو الذي وضعه يحيى بن يعمر ونصر بن عاصم.

روى الداني في محكمه فقال: " أخبرنا يونس بن عبد الله قال نا محمد بن يحيى قال نا أحمد بن خالد قال نا علي بن عبد العزيز قال نا القاسم بن سلام قال نا حجاج عن هارون عن محمد بن بشر عن يحيى بن يعمر وكان أول من نقط²⁹".

وقال: وقال أبو حاتم سهل بن محمد أصل النقط لعبد الله بن أبي اسحق الخضرمي معلم أبي عمرو بن العلاء أخذه الناس عنه قال، ويقال: أول من نقط المصاحف نصر بن عاصم الليثي قال: والنقط لأهل البصرة أخذه الناس كلهم عنهم حتى أهل المدينة، وكانوا ينقطون على غير هذا النقط فتركوه ونقطوا نقط أهل البصرة³⁰.

وقال: يحتمل أن يكون يحيى ونصر أول من نقطها للناس بالبصرة وأخذ ذلك عن أبي الأسود إذ كان السابق إلى ذلك والمبتدئ به، وهو الذي جعل الحركات والتنوين لا

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

غير على ما تقدم³¹.

استفاد الخليل بن أحمد الفراهيدي من عمل أبي الأسود الدؤلي وطور نقطه، وأخذ من الحروف أشكالها لمعرفة الضمة والفتحة والكسرة. **قال الداني في المحكم:** وقال أبو الحسن بن كيسان: قال محمد بن يزيد: الشكل الذي في الكتب من عمل الخليل، وهو مأخوذ من صور الحروف. فالضمة واو صغيرة الصورة في أعلى الحرف لثلاثا تلتبس بالواو المكتوبة، والكسرة ياء تحت الحرف، والفتحة ألف مبطوحة فوق الحرف³².

فهل ينقط في المصاحف بنقط الدؤلي أو نقط الخليل؟

كلاهما معمول به.

واختار أبو داود الشكل المدور الذي اخترعه الدؤلي، ولم يمنع من نقط الخليل. **قال في أصول الضبط:** اعلم أن نقط المصاحف هو أقدم من الشكل، وإن كان ذلك معاً مستتباً مصطلحاً عليه، إلا أن النقط كان قبل، وكثير من الصحابة حي، وهو الذي يستحب في المصاحف خاصة، وهو المعروف قديماً من التابعين إلى هلم جرا، كما أن الشكل في الكتب هو المعروف أيضاً من زمن الخليل المخترع له أولاً، إلى هلم جرا³³. وقال أيضاً: والشكل المدور الذي يسمى نقطاً هو الذي أستحب في الأمهات، ولا أمتنع من الشكل المأخوذ من الحروف التي يضبط بها الصبيان ألواحهم، ويعلمونه في المكتب، ويضبط به الشعر...³⁴.

أسباب اختيار أبي داود:

وسبب اختيار أبي داود لهذا الشكل المدور جملة من الأمور:

أولاً: أسبقية هذا النقط على غيره.

ثانياً: إقرار الصحابة له.

ثالثاً: هو المعروف في زمن التابعين.

رابعاً: لأنه نقط أهل الأندلس. **قال الداني:** ثم أخذ ذلك عن أهل المدينة عامة أهل المغرب من الأندلسيين وغيرهم، ونقطوا به مصاحفهم، وجمعوا بين الهمزتين وضموا

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

مبيات الجمع.

قال قالون: أهل المدينة يشكلون مصاحفهم برفع المبيات كلها.

وجعلوا النبرات بالصفرة والحركات نقطا بالحمرة، ولم يخالفوهم في شيء جرى استعمالهم عليه من ذلك ومن غيره، وقد تأملت مصاحفنا القديمة التي كتبت في زمان الغازي بن قيس صاحب نافع بن أبي نعيم وراوية مالك بن أنس فوجدت جميع ذلك مثبتا فيها مقيدا على حسب ما أثبت وهيئة ما يقيد في مصاحف أهل المدينة³⁵.

خامسا: لأنه اختيار شيخه الداني، الذي قال: وترك استعمال شكل الشعر وهو الشكل الذي في الكتب الذي اخترعه الخليل في المصاحف الجامعة من الأمهات، وغيرها أولى وأحق اقتداء بمن ابتدأ النقط من التابعين، وإتباعا للأئمة السالفين³⁶.

عمل المصاحف:

الذي عليه عمل المصاحف اليوم هو شكل الخليل.

المسألة الثانية: اختياره في الألوان المستعملة للضبط

اختلف الناقطون للمصاحف في استعمال الألوان الموضحة للقرأة على مذاهب:

المذهب الأول: فمنهم من جعل النقط كله بالسواد كلون رسم الحروف.

المذهب الثاني: ومنهم من نقط بالحمرة خلافا لمداد الحروف الذي هو السواد.

المذهب الثالث: ومنهم من جعل الحمرة للشكل والصفرة للهمزات.

اختار أبو داود من الألوان الحمرة للشكل، والصفرة للهمزات. **قال في أصول**

الضبط: والمستحب من الألوان للضبط: الحمرة للشكل، والصفرة للهمزة، وعلى ذلك

كانت مصاحف أهل المدينة في آخر زمن الصحابة والتابعين بعدهم³⁷.

أسباب اختياره:

وسبب اختيار أبي داود لهذين اللونين أمور أهمها:

أولا: إتباعا لمصاحف أهل المدينة في زمن الصحابة والتابعين.

ثانيا: لأن النقط بالسواد يحدث التخليط.

ثالثا: لأنه اختيار شيخه الداني.

رابعا: لأنه ضبط أهل الأندلس.

قال أبو عمرو: وعلى ما استعمله أهل المدينة من هذين اللونين في المواضع التي ذكرناها، عامة نقاط أهل بلدنا قديما وحديثا، من زمان الغاز بن قيس صاحب نافع بن أبي نعيم رحمه الله، إلى وقتنا هذا، اقتداء بمذاهبهم، وإتباعا لسننهم³⁸.

عمل المصاحف:

الذي عليه عمل المصاحف اليوم عدم استعمال الألوان للضبط لتطور الطباعة.

المسألة الثالثة: اختياره في علامة التنوين إن اتصلت بها الباء

لعلماء الضبط في هذه المسألة قولان هما:

أحدهما: تعريتها من علامة السكون، وهو اختيار الداني.

قال في المحكم: وإن كان الحرف قافا أو كافا أو جيمًا أو شينا أو غيرها من باقي الحروف التي يخفى التنوين عندها، أو يقلب نحو الباء جعل على كل حرف منها نقطة فقط، وأعري من علامة التشديد لعدمه فيه رأسا، بظهور صوت النون والتنوين عنده³⁹.

وثانيهما: أن تصور ميمًا صغيرة بأعلىها مكان السكون تنبيهها على أن النون انقلبت في اللفظ ميمًا لمؤاخاتها للنون في الغنة، وقربها من الباء في المخرج⁴⁰.

اختار أبو داود جعل النقطة التي هي علامة التنوين ميمًا صغرى.

قال رحمه الله تعالى: أن تجعل النقطة التي هي علامة التنوين ميمًا صغرى إعلامًا منك، بأن التنوين ينقلب عندها ميمًا، ليلفظ القارئ بذلك كذلك، وهو الذي أختار⁴¹.

عمل المصاحف:

والذي جرى به عمل المصاحف مذهب أبي داود.

المسألة الرابعة: مذهبه في ضبط التنوين قبل حروف الحلق:

في هذه المسألة قولان:

القول الأول: رأي الجمهور من العلماء. **والقول الثاني:** رأي محمد المجاصي، وقد حكم على هذا الرأي بالشذوذ.

يرى الإمام المجاصي: أن تجعل علامة التنوين نونا مركبة على الحركة. والرأي الثاني، وهو رأي الجمهور: أن الحكم في حركته التركيب، وهو جعل علامة التنوين فوق علامة الحركة⁴².

رأي الإمام أبي داود هو رأي الجمهور، **قال في أصول الضبط:** فإن أتى بعدها حرف من حروف الحلق، الستة، وهي الهمزة، والهاء، والعين، والحاء، والغين والخاء، جعلت نقطتين. إحداهما: الحركة، والثانية: التنوين. متراكبتين...⁴³.

عمل المصاحف:

والذي جرى به العمل في المصاحف مذهب أبي داود.

المسألة الخامسة: اختياره في تحديد الحركة والتنوين حال التركيب:

اتفق العلماء في تحديد الحركة من التنوين في حال التتابع، واختلفوا في تحديدهما حال التركيب إلى قولين:

الأول: احتمال أن تكون علامة الحركة هي العليا واحتمال أن تكون السفلى، وكذا التنوين، وهو رأي الإمام التنسي، والإمام الرجراجي، وكذا الإمام الضباع⁴⁴.

قال التنسي: وإذا كانتا مركبتين فيحتمل أن تكون العليا هي التنوين، ويحتمل أن تكون هي السفلى، وأما في التتابع فالأخيرة بلا ريب⁴⁵.

الثاني: تحديد المباشرة للحرف هي الحركة، والأخرى هي التنوين، وهو مذهب الإمام الداني.

قال في المحكم: واعلم أن الاسم إذا لحقه التنوين في حال نصبه، أو خفضه، أو رفعه، وأتى بعده حرف من حروف الحلق، وهي ستة: الهمزة، والهاء، والحاء، والعين، والخاء، والغين، فإن النقطتين، من الحركة والتنوين، تجعلان مع ذلك متراكبتين، واحدة فوق أخرى، على ما تقدم من جعل المنصوب والمخفض والمرفوع. فالسفلى منهما الحركة،

لأنها تلي صورة الحرف، والعليا التنوين، لأنه آت بعد الحركة، هذا في حال النصب والرفع، وفي حال الخفض، العليا الحركة لأنها هي التي تلي الحرف فيه، والسفلى التنوين، وتجعل على حرف الحلق نقطة لا غير⁴⁶.

قال ميمون مولى الفخار في الدرة الجلية:

إن تبع التنوين شكل الجر والرفع والنصب كما في الذكر
ركبهما قبل حروف الحلق الشكل من تحت، وذا من فوق
رفعا ونصبا عكسه في الجر الشكل من فوق به عن خبر
احكم لشكل الحرف بالتباهر في كلها الحالات في النظائر⁴⁷
اختار أبو داود القول الثاني، قال في أصول الضبط: فإن أتى بعدها حرف من حروف
الحلق، الستة، وهي الهمزة، والهاء، والعين، والحاء، والغين، والخاء جعلت نقطتين -
إحداهما: الحركة، والثانية: التنوين - متراكبتين⁴⁸.

سبب اختيار أبي داود: وسبب اختياره أمور ثلاثة:

الأول: لأن الحركة تلي صورة الحرف، ولأن التنوين بعد الحركة.

الثاني: التنوين نون ملفوظة لا مرسومة تلحق آخر الاسم.

الثالث: أنه اختيار شيخه الداني.

المسألة السادسة: اختياره وضع الحركة والتنوين المنسوب على الاسم المنون
المرسومة ألفه خطأ:

من مسائل الضبط التي وقع خلاف العلماء فيها، مكان وضع الحركة والتنوين
المنسوب على الاسم المنون الذي رسمت ألفه، وكان لهم فيها أربعة أقوال:

القول الأول: تجعلان معاً على الألف مع انفصالهما عنها، وعليه نقاط المدينة
والكوفة والبصرة، واختاره الداني، وهو مذهب أبي محمد اليزيدي.

قال في المحكم: وهذا المذهب في نقط ذلك أختار، وبه أقول، وعليه الجمهور من
النقاط⁴⁹.

القول الثاني: تجعلان معاً على الحرف الذي قبل الألف، وهو قول الخليل وسيبويه، وحكم بفساده الداني⁵⁰.

القول الثالث: وضع علامة الحركة على حرفها وعلامة التنوين على الألف.

القول الرابع: توضع علامة الحركة على حرفها، ثم تعاد مع علامة التنوين، فتوضعان معاً على الألف⁵¹.

قال الداني عن الوجهين الأخيرين: وذهب إلى هذين الوجهين، قوم من متأخري النقاط، ولا إمام لهم فيها علمناه⁵².

اختار أبو داود القول الأول فقال: ففي ضبطه أربعة أوجه، والذي أستحسن منها، وأختاره: أن تجعل النقطتين معاً على الألف⁵³.

أسباب الاختيار:

من أسباب اختيار الإمام أبي داود للوجه الأول ما يأتي:

1. لأنه مذهب الجمهور، ولأن عليه نقاط المدينة والكوفة والبصرة.

2. لأنه اختيار شيخه الداني.

3. حملاً على ما لا يوقف عليه بالألف مثل: ﴿رحمة﴾، ولتتصل الحركة بأختها وهي الألف، إذ كلاهما علامة التنوين: الألف وقفاً، والحركة وصلاً⁵⁴، ولأنها أولى بها، وحتى لا يتوهم زيادة الألف **قال الداني:** وصارت الألف بذلك أولى من الحرف المتحرك، من قبل أنها لو جعلتا عليه لبقيت الألف عارية من علامة ما هي عوض منه، مع الحاجة إلى معرفة ذلك، فتصير حينئذ غير دالة على معنى، ولا مفيدة شيئاً، فيبطل ما لأجله رسمت، وله اختيرت من بين سائر الحروف، وتكون لا معنى لها في رسم ولا لفظ إلا الزيادة لا غير، دون إثارة فائدة، ولا دلالة على معنى يحتاج ويضطر إليه⁵⁵.

عمل المصاحف:

الذي عليه عمل أغلب المصاحف مذهب الشيخين الداني وأبي داود.

المسألة السابعة: اختياره في ضبط الهمزة المنونة بعد الألف، والتي بعدها ألف:

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

تعددت نظرة العلماء في ضبط الهمزة المنونة المنصوبة والتي ليس بعدها ألف إذا جاءت بعد ألف على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: أن تجعل الهمزة بالصفراء بعد الألف في السطر، وحركتها والتنوين معا عليها، واختاره الداني.

قال في المحكم: فإن الاختيار عندي في نقط ذلك أن تجعل النقطتان معا على الهمزة⁵⁶.

القول الثاني: أن يرسم بالحمراء ألف بعد الهمزة، وتجعل النقطتان معا عليها.

القول الثالث: أن يرسم ألف حمراء قبل السوداء، وتوضع النقطتان معا عليها⁵⁷. وجوز الوجهين الأخيرين الداني، بقوله: وقد يجوز عندي في نقط هذا الضرب وجهان.... وذكرهما⁵⁸.

اختار الإمام أبو داود الوجه الأول، ولم يصرح بذلك هنا، ولكنه قدمه في الذكر والترتيب، وهو الوجه الوحيد الذي علله، ورجحه في مختصر التبيين، **حيث قال:** وقد يحتمل أن تكون المحذوفة ألف النصب... وأن تكون الأولى هي المحذوفة، وتكون المرسومة ألف النصب، والأول أقيس⁵⁹.

أسباب اختيار أبي داود للوجه الأول:

1. لعدم صورة المبدل من التنوين في هذا الضرب، لأنه إنما عدل بالحركة والتنوين فيما كانت الألف مرسومة فيه بعد الهمزة، عن المتحرك لما وجدت تلك الصورة قائمة، أي الألف، فلما عدمت هنا وجب أن تلزم المتحرك لا غير⁶⁰.

2. لأنه اختيار شيخه الداني.

عمل المصاحف:

الذي عليه عمل أغلب المصاحف مذهب الشيخين الداني وأبي داود.

المطلب الثالث: اختياراته في مسائل الضبط من: ضبط ما لا يشبع من الحركات

فيختلس أو يخفى أو يشم إلى ضبط النون الساكنة إذا جاء بعدها الباء:

ومن المسائل التي اختلفت نظرة العلماء في ضبطها:

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

المسألة الأولى: ضبط ما لا يشبع من الحركات فيختلس أو يخفى أو يشم لما كانت هذه الأنواع مخالفة في اللفظ لما حركته خالصة: لكون حركة المشم كسرة مشوبة بضمة، وحركة المختلس مشوبة بسكون، احتاج أهل الضبط إلى تمييزها عنه، واختلفوا في ذلك على مذاهب في نقطتها:

المذهب الأول:

تعريتها من الشكل.

المذهب الثاني:

أن يوضع في الاختلاس نقطة فوق الحرف، إن كان مفتوحا، وتحت إن كان مكسورا، وفي الإشمام نقطة أمام الحرف، تنبيهها على أنه يشار بالكسرة إلى الضمة، وفي المخفى فوّه، وهو اختيار الداني، لثلا يظن الناظر في المصحف أن التعرية غفلة من الناقط فيحرك الحرف بحركة خالصة⁶¹.

قال الداني في المحكم: وإن تركت الحروف عارية من تلك النقطة، وأخذ ذلك مشافهة عن القراء كان حسنا⁶².

اختيار أبي داود:

ذكر الإمام أبو داود في هذا الباب مذهب شيخه أبي عمرو الداني، وهو النقط، ثم اختار التعرية، قال: وترك ضبط هذه الحروف المشمة مثل الأوّل المتقدمة المذكورة في الباب قبل هذا أولى وأحسن، وهذا الذي أختار، وبه أنقط⁶³.

سبب اختياره:

اختار - رحمه الله تعالى - هذا الرأي:

1. لأنه لا يوقف على حقيقة اللفظ بتلك الحروف إلا بالمشافهة، ومن فم المقرئ دون الخط.

2. لأنه وجه استحسنته شيخه وإن لم يختره.

عمل المصاحف:

المعمول به في المصاحف اليوم: ما اختاره الإمام الداني، وهو النقط، لا التعرية.
قال التنسي في طرازه: والأظهر اختيار الداني، إذ قد يظن الناظر أن التعري غفلة من الناظر، فيقرؤه بحركة خالصة، بخلاف تحريكه بغير حركة سائر الحروف⁶⁴.

المسألة الثانية: اختياره في علامة السكون

ذكر الإمام أبو داود الخلاف الوارد بين العلماء في ضبط علامة السكون مبينا أنها على أربعة أضرب، وزاد الداني وجها آخر، وهي:

الأول: أن يكون علامة السكون صفرا صغيرا، وهو مذهب أهل المدينة.

الثاني: أن يكون هاء، وعليه بعض أهل العربية.

الثالث: أن يكون خاء، وهو مذهب الخليل وسيبويه وعامة أصحابها، ولم يستجزه أبو داود في المصحف⁶⁵، ومنهم من يجعلها جيما.

الرابع: أن يكون جرة فوق الحرف المسكن، وهو مذهب علماء الأندلس⁶⁶، وقدمه الداني في الترتيب.

الخامس: التعرية من السكون، وعليه نقاط أهل العراق⁶⁷.

اختيار أبي داود:

اختار رحمه الله تعالى المذهب الأول، أي بجعل علامة السكون دائرة صغيرة، **قال في أصول الضبط:** والأول أختار، وبه أنقط⁶⁸.

سبب اختياره:

اختار هذا المذهب لما في هذه العلامة من البيان، ولأنه نقط أهل المدينة، **قال قالون:** في مصاحف أهل المدينة ما كان من حرف مخفف فعليه دائرة حمرة وإن كان حرفا مسكنا فكذلك أيضا⁶⁹.

عمل المصاحف: جرى العمل في بعض مصاحف المغاربة باختيار أبي داود.

المسألة الثالثة: اختياره في علامة التشديد

الوجه الأول: أن تجعل العلامة عليه شيئا غير معرّقة ولا مجرورة ولا منقوطة فوق الحرف، أخذنا من كلمة: شديد، وهو مذهب الخليل وأصحابه، وعليه نقاط المشرق.

الوجه الثاني: أن تجعل علامة التشديد في المفتوح: دالا مفتوحة أطرافها إلى فوق، وفي المكسور: دالا مقلوبة أطرافها إلى أسفل، وفي المضموم: منكسة أطرافها إلى أسفل - كالمكسور - أمام الحرف، أخذنا من دال شدّ، والدال ثلثي الكلمة.

وهذا القول لبعض نقاط المدينة المنورة، وتبعهم عليه نقاط الأندلس، واختاره الداني⁷⁰.

الوجه الثالث: أن تجعل علامة التشديد دالا مفتوحة أطرافها إلى فوق، تحت الحرف، مخترقة له، فتحا وكسرا وضما، وأعربوا الحرف بحركته، استعمله ناس من النقاط قديما، واستنكره الشيخان⁷¹.

اختيار أبي داود:

لأبي داود - رحمه الله تعالى - اختياران مقيدان هما:

- اختار أبو داود القول الأول - أي جعل علامة التشديد شيئا - لمن ينقط بالحركات المأخوذة من الحروف لكون مخترع الجميع واحدا، وهو الخليل بن أحمد الفراهيدي⁷²، بشرط وضع الحركات الإعرابية مع الشدة. قال أبو داود: فإن ضبط المصحف بالشكل الذي اخترعه الخليل بن أحمد - رحمه الله - ، فأستحب أن يجعل التشديد على صورة شين⁷³.

سبب اختياره:

1. فشوا هذا الضبط.
2. استعمله قديما، مع إقرار الناس على ذلك، ورضاهم به، وتركهم إنكاره.
- اختار القول الثاني - أي: أن تجعل علامة التشديد دالا - بشرط إخلائها من الحركة، استغناء عنها.

قال في أصول الضبط: غير أن أهل المدينة سلفهم وخلفهم، ذهبوا إلى الوجه الثاني المذكور من جعل التشديد دالا من غير إعراب معها، لدالتها على الفتح، والكسر، والضم، وعلى استعماله اتباع أهل المدينة عامة أهل الأندلس قديما، وإتباع أهل المدينة في هذا كله أولى، والعمل بقولهم ألزم...، وإليه أميل أنا في نقط المصاحف، وإياه أختار⁷⁴.

سبب اختياره:

1. لأنه مذهب نقاط المدينة.
 2. لأنه مذهب نقاط أهل الأندلس قديما.
 3. لأن الدال تدل على الحركة، فيستغنى عنها.
 4. لأنه اختيار شيخه الداني.
- عمل المصاحف:** جرى العمل باختيار أبي داود في اختياره علامة الشد شيئا دون إخلائها من الحركة.

المسألة الرابعة: اختياره في وضع علامة الصلة لألف الوصل

لما رأى القدماء أن همزة الوصل تسقط لفظا حال الوصل، وضعوا علامة تدل على سقوطها فيه، ولكنهم اختلفوا في كيفيتها على مذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب أهل الأندلس، ورجحه الداني، بأن تجعل جرة صغيرة، هكذا (-)، تابعة لحركة ما قبل ألف الوصل في اللفظ، فإن كان النطق بما قبلها مفتوحا، وضعت فوق الألف. نحو «قال الله»، وإن كان مكسورا وضعت تحت الألف. نحو: «من عند الله»، وإن كان مضموما وضعت في وسط الألف نحو: «نستعين اهدانا»، ولم يعتبروا ذلك الحرف الموجود في الخط الساقط في اللفظ وصلا، وخصها بعضهم بألف الوصل التي يمكن الوقف على ما قبلها، وعليه مصاحف أهل المغرب⁷⁵.

المذهب الثاني: أن تجعل دارة هكذا (ه)، وأن تكون فوق الألف مطلقاً، واستحسنه الداني⁷⁶.

المذهب الثالث: أن تجعل دال مقلوبة هكذا: (^) فوق الألف، وهو مذهب بعض

المشاركة⁷⁷.

المذهب الرابع: أن تجعل رأس صاد صغيرة هكذا (ص) فوق الألف⁷⁸، وهو مذهب المتأخرين.

اختيار أبي داود: اختار أبو داود الوجه الأول، **قال في كتابه:** ومذهب أهل الأندلس أوجه⁷⁹.

سبب اختياره:

1. لأنه مذهب أهل الأندلس في زمنهم، وقبله.
 2. لأنه اختيار شيخه الداني، الذي قال: ومذهب أهل بلدنا أوجه⁸⁰.
 3. للدلالة على الحركة التي قبل الألف.
- عمل المصاحف:** جرى العمل في مصاحف المغاربة باختيار أبي داود.
- المسألة الخامسة:** اختياره في ضبط النون الساكنة إن أتى بعدها واو أو ياء من المسائل التي اختلفت وجهات نظر العلماء فيها ضبط النون الساكنة التي يعقبها واو أو ياء عند من يدغمها إدغاما ناقصا، وهم فيها رأيان هما:
- الأول:** أن تضبط النون بعلامة السكون، وتشدد الياء بعدها، والواو، وعلّة هذا الضبط، الإعلام بعدم الإدغام إدغاما تاما، لكون السكون على النون، واختاره الداني بقوله: وهذا المذهب في الاستعمال أولى، وفي القياس أصح⁸¹.
- الثاني:** تعرية النون، وتعرية الواو والياء من التشديد، مع بقاء حركتها، **قال الداني:** فيدل بذلك على أن النون لم تنقلب إلى لفظ ذلك الحرف قلبا صحيحا، ولا أدغمت فيه إدغاما تاما، وهذا كان مذهب شيخنا أبي الحسن علي بن محمد بن بشر نضر الله وجهه، في نقط ذلك، من حيث كان ضربا من الإخفاء الذي يعدم القلب والتشديد فيه رأسا، ولم يكن إدغاما صحيحا⁸².

اختيار أبي داود:

اختار أبو داود الرأي الأول، **قال في أصول الضبط:** وأختار في الياء والواو ما قدمته،

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

وذلك أن يشددا، ويجعل على النون قبلهما علامة السكون، فرقا بين ما يدغم إدغاما صحيحا، وبين ما يبقى صوته⁸³.

سبب اختياره:

اختار - رحمه الله - هذا الوجه لـ:

1. للفرقة بين ما يدغم إدغاما صحيحا، وبين ما يبقى صوته.
2. لأنه اختيار شيخه الداني.

عمل المصاحف: جرى العمل في بعض المصاحف باختيار أبي داود.
المسألة السادسة: اختياره في ضبط النون الساكنة إذا جاء بعدها الباء لعلماء الضبط في هذه المسألة قولان كذلك، وهما:
أحدهما: تعريتها من علامة السكون، وهو اختيار الداني.

وثانيهما: أن تصور ميم صغيرة بأعلاها مكان السكون تنبيهها على أن النون انقلبت في اللفظ ميماً لمؤاخاتها للنون في الغنة، وقربها من الباء في المخرج⁸⁴، واستحسنه الداني، حيث قال في المحكم: وكذا حكم النون، إذا لقيت الباء، وقلبت ميماً في اللفظ لمؤاخاة الميم النون في الغنة، وقربها من الباء في المخرج ... أن تعرى النون من علامة السكون، وتعرى الباء بعدها من علامة التشديد، وإن جعل على النون ميم صغيراً بالحمرة، ليدل بذلك على انتقالها إلى لفظها، كان حسناً. غير أن الأول هو الذي أختار، وبه أقول، وبالله التوفيق⁸⁵.

اختيار أبي داود:

اختار أبو داود جعل النقطة التي هي علامة التنوين ميماً صغيراً.
قال رحمه الله تعالى: أن تجعل النقطة التي هي علامة التنوين ميماً صغيراً إعلاماً منك، بأن التنوين ينقلب عندها ميماً، ليلفظ القارئ بذلك كذلك، وهو الذي أختار⁸⁶.

سبب اختياره:

للدلالة على أن النون انقلبت ميماً.

عمل المصاحف:

والذي جرى به عمل المصاحف مذهب أبي داود.

خاتمة

وبعد هذه الجولة مع الإمام أبي داود سليمان بن نجاح وكتابه أصول الضبط نخلص إلى جملة من النتائج:

1. العناية الكبيرة التي حظي بها المصحف الشريف قراءة ورسماً وضبطاً...
 2. المكانة الكبيرة التي تبوأها المدرسة العلمية بالأندلس في كل الفنون الشرعية، ومنها علم الضبط القرآني، فهي مدرسة عريقة خدمت كتاب الله عز وجل، وبقي أثرها إلى اليوم.
 3. المكانة العلمية الكبيرة التي حظي بها هذا الإمام، والذي وقع الثناء عليه وعلى علمه وخلقه ودينه، ووقع الثناء كذلك على كتبه ومصنفاته.
 4. القيمة العلمية الكبيرة لكتابه أصول الضبط، والذي هو من عمد هذا الفن، وأثره فيمن بعده، فما من كتاب في الضبط القرآني، إلا واستفاد منه ونقل عنه.
 5. أثر اختيارات الإمام أبي داود في عمل مصاحف المسلمين اليوم، فكثير من اختياراته وقع عليها العمل وضبط بها المصحف.
- وفي الختام أسأل الله عز وجل أن أكون ممن خدم كتاب الله تعالى، وأن أكون قد بينت جزء من جهود الإمام أبي داود، عرفنا لفضله وعلمه، وعرفت بكتابه أصول الضبط، بياناً لقيمته الكبيرة، فما كان من صواب فمن الله، وما كان من خطأ فمن نفسي والشيطان.

وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع:

1. أوراق غير منشورة من كتاب المحكم، دراسة وتحقيق: غانم قدوري الحمد، دار الغوثاني للدراسات القرآنية، دمشق سورية، ط1 سنة: 1433 هـ/2012م.
2. التبيان في شرح مورد الظمان، لأبي محمد عبد الله بن عمر الصنهاجي المعروف بابن أخطا، من أول الكتاب إلى نهاية مباحث الحذف في الرسم، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، تحقيق: عبد الحفيظ بن محمد نور بن عمر الهندي، ، نوقشت سنة: 1421-1422 هـ/2001-2002م.
3. الدررة الجليلة في نقط المصاحف العلية، مخطوط بمكتبة الملك عبد العزيز، المدينة المنورة، ضمن مجموع برقم: 259.
4. سميع الطالبين في رسم وضبط الكتاب المبين، علي محمد الضباع، قرأه ونقحه وأذن بتدريسه: محمد علي خلف الحسيني، مطبعة المشهد الحسيني، ط 1.
5. سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1 سنة: 1405 هـ/1984م.
6. الصلة في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثيهم وفقهائهم وأدبائهم، ابن بشكوال خلف بن عبد الملك،، تحقيق: شريف أبو العلا العدوي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة مصر، ط1 سنة: 1429 هـ/2008م.
7. الطراز في شرح ضبط الخراز، محمد بن عبد الله التنسي، دراسة وتحقيق: أحمد شرشال، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة، ط 1 سنة: 1420 هـ/2000م.
8. غاية النهاية في طبقات القراء، شمس الدين محمد بن الجزري، عني بنشره: ج. برجستراسر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3 سنة: 1402 هـ/1982م.
9. كتاب أصول الضبط وكيفية على جهة الاختصار، أبو داود سليمان بن نجاح، حققه وعلق عليه: أحمد شرشال، طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ط1 سنة: 1427 هـ.
10. المحكم في نقط المصاحف، عثمان بن سعيد الداني، عني بتحقيقه: عزة حسن، دار الفكر، دمشق سورية، ط 2 سنة: 1407 هـ/1986م.

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

11. مختصر التبيين لهجاء التنزيل، أبو داود سليمان بن نجاح، دراسة وتحقيق: أحمد بن معمر شرشال، طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة النبوية بالتعاون مع مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية الرياض، ط 1 سنة: 1423هـ/2002م.

- الهوامش:

¹ الصلة في تاريخ أئمة الأندلس وعلماهم ومحدثهم وفقهائهم وأدبائهم، ابن بشكوال خلف بن عبد الملك، تحقيق: شريف أبو العلا العدوي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة مصر، ط 1 سنة: 1429هـ/2008م، 1/230.

² التبيان في شرح مورد الظمان، لأبي محمد عبد الله بن عمر الصنهاجي المعروف بابن آجط، من أول الكتاب إلى نهاية مباحث الحذف في الرسم، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، تحقيق: عبد الحفيظ بن محمد نور بن عمر الهندي، ، نوقشت سنة: 1421-1422هـ/2001-2002م، ص 115.

³ الصلة، 1/230-231.

⁴ الصلة، 1/230.

⁵ غاية النهاية في طبقات القراء، شمس الدين محمد بن الجزري، عني بنشره: ج. برجستراسر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 3 سنة: 1402هـ/1982م، 1/316.

⁶ التبيان، لابن آجط، ص 118.

⁷ ينظر مقدمة تحقيق مختصر التبيين لهجاء التنزيل، أبو داود سليمان بن نجاح، دراسة وتحقيق: أحمد بن معمر شرشال، طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة النبوية بالتعاون مع مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية الرياض، ط 1 سنة: 1423هـ/2002م، 1/105-115.

⁸ الصلة، 1/230.

⁹ الصلة، 1/230.

¹⁰ غاية النهاية، 1/316.

¹¹ سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط 1 سنة: 1405هـ/1984م، 19/168.

¹² طبع بتحقيق: أحمد شرشال، طبعه مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ط 1 سنة: 1427هـ.

الإمام أبو داود سليمان بن نجاح: اختياراته في مسائل الضبط القرآني... ————— د. عبد الكريم بوغزالة

- ¹³ كتاب أصول الضبط وكيفية على جهة الاختصار، أبو داود سليمان بن نجاح، حققه وعلق عليه: أحمد شرشال، طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ط 1 سنة: 1427هـ، ص 56-57.
- ¹⁴ المحكم في نقط المصاحف، عثمان بن سعيد الداني، عني بتحقيقه: عزة حسن، دار الفكر، دمشق سورية، ط 2 سنة: 1407هـ/1986م، ص 44.
- ¹⁵ أصول الضبط، ص 31-38.
- ¹⁶ أصول الضبط، ص 193.
- ¹⁷ أصول الضبط، ص 245، 246.
- ¹⁸ ينظر: المحكم، ص 79، وأصول الضبط، ص 99.
- ¹⁹ المحكم، ص 93-94، وأصول الضبط، ص 137-138.
- ²⁰ أصول الضبط، ص 21.
- ²¹ أصول الضبط، ص 225.
- ²² المحكم، الجزء المفقود من الطبعة القديمة، وهو بعنوان: أوراق غير منشورة من كتاب المحكم، دراسة وتحقيق: غانم قدوري الحمد، دار الغوثاني للدراسات القرآنية، دمشق سورية، ط 1 سنة: 1433هـ/2012م، ص 56-65.
- ²³ أصول الضبط، ص 3-5.
- ²⁴ أصول الضبط، ص 7-8.
- ²⁵ أصول الضبط، ص 21.
- ²⁶ أصول الضبط، ص 58-59، 66-67.
- ²⁷ مختصر التبيين، 103/2.
- ²⁸ المحكم، ص 43.
- ²⁹ المحكم، ص 5.
- ³⁰ المحكم، ص 7.
- ³¹ المحكم، ص 6.
- ³² المحكم، ص 7.
- ³³ أصول الضبط، ص 3-5.
- ³⁴ أصول الضبط، ص 6-7.
- ³⁵ المحكم، ص 8.

- ³⁶ المحكم، ص 22.
- ³⁷ أصول الضبط، ص 7-8.
- ³⁸ المحكم، ص 20.
- ³⁹ المحكم، ص 70.
- ⁴⁰ الطراز في شرح ضبط الخراز، محمد بن عبد الله التنسي، دراسة وتحقيق: أحمد شرشال، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة، ط 1 سنة: 1420هـ/2000م، ص 62-63، وسمير الطالبين في رسم وضبط الكتاب المبين، علي محمد الضباع، قرأه ونقحه وأذن بتدريسه: محمد علي خلف الحسيني، مطبعة المشهد الحسيني، ط 1، ص 132-133.
- ⁴¹ أصول الضبط، ص 12-13.
- ⁴² الطراز، ص 48-52، وسمير الطالبين، ص 128.
- ⁴³ أصول الضبط، ص 13-15.
- ⁴⁴ سمير الطالبين، ص 126.
- ⁴⁵ الطراز، ص 28-30.
- ⁴⁶ المحكم، ص 68.
- ⁴⁷ الدرة الجلية في نقط المصاحف العلية، مخطوط بمكتبة الملك عبد العزيز، المدينة المنورة، ضمن مجموع برقم: 259، ق 278-ب.
- ⁴⁸ أصول الضبط، ص 13-14.
- ⁴⁹ المحكم، ص 62.
- ⁵⁰ المحكم، ص 63.
- ⁵¹ ينظر: المحكم، ص 60-65، وسمير الطالبين، ص 125-126.
- ⁵² المحكم، ص 61.
- ⁵³ أصول الضبط، ص 21.
- ⁵⁴ المحكم، ص 61-62، والطراز، ص 28، هامش 3.
- ⁵⁵ المحكم، ص 62، وينظر الطراز، ص 31-32.
- ⁵⁶ المحكم، ص 65.
- ⁵⁷ أصول الضبط، ص 24-26.
- ⁵⁸ ينظر: المحكم، ص 65-66.
- ⁵⁹ مختصر التبيين، 103/2.

- ⁶⁰ أصول الضبط، ص 24-25.
- ⁶¹ ينظر: سمير الطالبين، ص 135-137.
- ⁶² المحكم، ص 48.
- ⁶³ أصول الضبط، ص 42.
- ⁶⁴ الطراز، ص 84.
- ⁶⁵ أصول الضبط، ص 47.
- ⁶⁶ ينظر المحكم، ص 51.
- ⁶⁷ المحكم، ص 56.
- ⁶⁸ أصول الضبط، ص 46.
- ⁶⁹ المحكم، ص 51.
- ⁷⁰ المحكم، ص 50، وينظر: سمير الطالبين، ص 141.
- ⁷¹ ينظر المحكم، ص 51، وأصول الضبط، ص 56-57.
- ⁷² ينظر: سمير الطالبين، ص 140.
- ⁷³ أصول الضبط، ص 55.
- ⁷⁴ أصول الضبط، ص 55.
- ⁷⁵ ينظر: المحكم، ص 84.
- ⁷⁶ المحكم، ص 86.
- ⁷⁷ المحكم، ص 86.
- ⁷⁸ ينظر: سمير الطالبين، ص 162.
- ⁷⁹ أصول الضبط، ص 58-59، 66-67.
- ⁸⁰ المحكم، ص 86.
- ⁸¹ المحكم، ص 74.
- ⁸² المحكم، ص 74.
- ⁸³ أصول الضبط، ص 84-85.
- ⁸⁴ الطراز في شرح ضبط الخراز، ص 62-63، وسمير الطالبين، ص 132-133.
- ⁸⁵ المحكم، ص 75-76.
- ⁸⁶ أصول الضبط، ص 12-13.

Imam Abu Dawood Sulaiman bin nadjah His choices in vowelization Quranic issues

Dr. Abdelkarime BOUGZALA *

ABSTRACT:

The first writing of copies of the Koran was without dots in the era of the Companions, God bless them, and in the last time of them dots added and diacritical marks have been placed by Abou Alasouad Edoali at his circular dots, then by Khalil bin Ahmed Faraaheedi at his prolonged dots, this is about dots of inflection, as well as dots of letters which attributed to Yahya bin Yaamr and Nasr bin Asim.

So scholars placed marks to adjust the Koranic words, in order to make them easier for the viewer in the Holy Koran, and among them was a difference in many marks of vowelization.

The research talks about a great imam of the imams of Andalusia who is known his personality, and his scientific career, and it shows the stature and scholars praise on him and his books. He is known by his book that he composed in Koran science and it is one of origins of this art.

This Imam is Abu Dawood Sulaiman bin Najah. He composed his book: Origins of vowelization and its method on the shortness. He showed the way of diacritic of the Koranic words, and he cited the dispute of scholars and their doctrines in it, with justification.

The research also displays the choices of this imam in vowelizing the letters and the koranic words showing the foundations of his choice and copies of the Koran work today.

Keywords: Koran - the words of the Koran - marks of vowelization.

* Maitre de conférence A : Faculté des sciences sociales et humaines,
Université El-oued – Algérie.

منهج تدوين النوازل الفقهية عند علماء الجزائر

بقلم

د / ماحي قندوز (*)



ملخص

لقد اعتنى فقهاء القطر الجزائري بالتدوين والتأليف في النوازل الفقهية؛ وهي المستجدات التي كانت تنزل بالناس فيجدون فيها عنتا ومشقة وتحتاج إلى إجابة من المجتهدين والمفتين، ومن العلماء الذين برزوا في هذا المجال الفقيه أبو زكريا يحيى المازوني في كتابه الدرر المكنونة في نوازل مازونة، والفقيه أبو العباس الونشريسي في كتابه المعيار المعرب، وكذا فتاوى ابن زكري وفتاوى المشدالي؛ وقد اتسمت هذه النوازل بالواقعية ومراعاة أعراف وأحوال وبيئات المستفتين، وامتازت كذلك بالتأصيل العلمي للفتوى واستثمار الفكر المقاصدي الذي وظفه فقهاء المالكية، فبقي على الباحثين المعاصرين واجب التنقيب والبحث في التراث العلمي للأجداد حتى نبني صرح مستقبلنا بالعلم الأصيل والبحث الفقهي الرصين، ونوجّه نشاطنا العلمي واهتمامنا الثقافي وجهة سليمة لنحقق النهوض الثقافي المنشود لأمة الاستخلاف.

الكلمات المفتاحية: النوازل - الفقه - المذهب المالكي - علماء الجزائر.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذي أرسل رسله مبشرين، وجعل العلماء من بعدهم مَوْقِّعِينَ عَنْ رَبِّ الْعَالَمِينَ، لِيُبَلِّغُوا أَحْكَامَهُ لِلنَّاسِ أَجْمَعِينَ، ويبينوا عنه ما أجل وأهم من

(*) أستاذ محاضر "أ" بقسم العلوم الإسلامية - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان - الجزائر.

تفاصيل الشرع الخفيف.

والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله، إمام المرسلين وسَيِّد الخلق أجمعين، أعدل من حكم، وأعلم من أفتى، وأصدق من قضى، وعلى آل بيته وذُرِّيَّته وصحبائِهِ ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد: فإنَّ منصب الإفتاء من أخطر المناصب الدينية شأنًا، وأعظمها مكانة؛ كيف لا وهو منصب ينوب فيه المفتي عن رب العالمين، فيوقع باسمه الأحكام والمسائل، ويُجيب الناس فيما يحتاجونه من أمور الدين والدنيا؛ يقول الشيخ ابن قيم الجوزية: (إذا كان منصب التَّوقيع عن الملوك بالمحلِّ الذي لا يُنكَّرُ فضله، ولا يُجْهَلُ قَدْرُهُ، وهو من أعلى المراتب السَّيِّئات؛ فكيف بمنصب التَّوقيع عن رَبِّ الأرض والسموات؛ فحقيق بمن أُقيِمَ في هذا المنصب أن يُعَدَّ له عُدَّتُهُ وأن يَتَأَهَّبَ له أَهْبَتُهُ، وأن يعلم قَدْرَ المقام الذي أُقيِمَ فيه، ولا يكون في صَدْرِهِ حَرَجٌ من قول الحق والصَّدِّع به).¹

ثم إنَّ الشريعة الإسلامية قاضية على باقي الشرائع؛ قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ﴾ [سورة المائدة: 48]؛ كما أنها باقية أبدية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [سورة الحجر: 9]؛ فاقتضت هذه الأبدية والحَقَائِمَةُ أن تكون أحكام الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، وشاملة لكل بني البشر، لتحكم واقعهم وتسير شؤون حياتهم، في كلِّ المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ولمَّا كانت النُّصوص الشرعية مُتَنَاهِيَّةً، والمستجدات والحوادث غير متناهية²، كان من الضروري بيان كيفية تعامل المجتهد مع ما يستجدُّ من المسائل التي لم تقع فيما سبق، حتى لا يقع المكلف في الحرج الذي جاءت الشريعة بدفعه ورفعته عنه، وكيف أنَّ علماء الشريعة الإسلامية قد أَصْلَوْا أصولًا ووضعوا ضوابط، واستشفُّوا من النُّصوص والأحكام الشرعية حِكْمًا ومقاصد وغايات، كانت لهم عونًا في العملية الاجتهادية المعاصرة.

ولقد اهتم علماء الجزائر منذ القديم بالاجتهاد الفقهي، والنَّظَرِ التنزيلي للنصوص الشرعية على الوقائع العَمَلِيَّة³ منذ دخل مذهب الإمام مالك بن أنس رحمه الله إلى ربوع المغرب العربي؛ إمَّا في إطار الدولة أو الإمارة التي كانت تحكم الأقاليم المختلفة، أو في نطاق القبائل والحوضر العلمية.

ومما يَجْدُرُ التَّنْبِيهُ إليه أَنَّ الدول التي حكمت المغرب بأقطاره الثلاث، كانت دائما تقيم لها مفتيا، أو مجموعة من المفتين يُجِيبُونَ السلاطين في مشكلاتهم ومشكلات الرعية. ولقد نشطت حركة التأليف والإفتاء عبر الحواضر العلمية الجزائرية [تلمسان، مازونة، معسكر، الجزائر، بجاية، قسنطينة، وإقليم الصحراء الكبير]؛ وإن كان مَا وَصَلْنَا من هذا الإنتاج متواضعا؛ إلا أَنَّهُ قَدْ وَجَدَ عدد لا بأس به من المفتين ومثله من كتب الفتاوى والنوازل؛ كالدرر المكنونة في نوازل مازونة لأبي زكريا يحيى المازوني ثم التلمساني (ت883هـ/1478م)، والمعيَّار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب لأبي العباس أحمد بن يحيى الوئشيسي التلمساني (ت914هـ/1508م)، وفتاوى ابن زكري (ت899هـ/1493م)، وفتاوى ابن زاغو (ت845هـ/1441م)، والأسئلة التي أجاب عنها محمد بن عبد الكريم المغيلي (ت909هـ/1503م) ملك السينغال أسكيا، وفتواه الشهيرة في يهود توات.

أهمية البحث:

في هذا البحث نحاول عرض نماذج من التراث الفقهي النوازلي الجزائري على وجه الخصوص، وما وصلنا منه؛ إمَّا مخطوطا أو مطبوعا أو مذكورا في ثنایا الفهارس العلمية والدراسات المعاصرة؛ لأنَّ كثيرا منه أَضَاعَهُ الزمان وقضى عليه الجهل، وذلك للتمكين من دراسته ومعرفة خصائصه وأهميته في بناء الفكر الفقهي المعاصر، حيث غدا كثير من الناس يُوَجَّهُونَ وجوههم قِبَلَةَ المشرق؛ زاعمين أَنَّ الجزائر وبلاد المغرب لا عُلَمَاءَ لها ولا نصيب لها في الاجتهاد والإفتاء، بفعل الزخم الإعلامي الذي نَجَحَ في إبرازه غَيْرُنَا وَفَشَلْنَا فيه.

وإلى مثل هذا المعنى يشير الشيخ أبو القاسم الحفناوي في قوله: (والظاهر أنَّ القطر الجزائري قد اجتهد قديماً في طلب العلم بجميع أسبابه، وأتاه من سائر أبوابه، ووقفَ على معقوله ومنقوله، فتمكَّن من أصوله وفصوله، وكان لعلوم وقته جامعاً، ولرايَّها رافعاً؛ مثل أخويه المغريين الأقصى والأدنى، فظهر في الأقاليم بدره، واشتهر في التاريخ قَدْرُه، بعلماء بنَوْ تآليفهم على أركان التَّحْقِيق، وحَصَّنُوها بأسوار التَّدْقِيق، فكانوا في عصرهم نُجُومَ اهْتِدَاء، وأئمة اقتداء، ولكن طَوَّاهُمْ وَأَصْرَبَهُمْ فَلَكُ الانقلاب في مغارب الأفل، وهذه أسماؤهم وتراجهم مزاحمة لأسماء وتراجم أعيان الزمان في كتب المُنِيطِينَ لحفظ الطَّبَقَاتِ العُلَيَّا من عالم الإسلام في بطون الدَّفَاتِر، لثلا تقع في أغوار التَّنَاسِي وآبار الإهمال).⁴

الدراسات السابقة:

لم نقف في حدود اطلاعنا على دراسة علمية تخصُّ مجهودات علماء الجزائر في تأليف النوازل الفقهية؛ إلا ما كان ماثلاً في كتاب الدكتور أبي القاسم سعد الله؛ تاريخ الجزائر الثقافي؛ في فصل كتب الفقه والنوازل؛ أو الدكتور مبارك الحري في بحثه: جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية؛ الذي نشرته مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت، في عددها "64".

المنهج المتبع في البحث:

قمت بتتبع المؤلفات الفقهية الجزائرية قدر المستطاع، وذكر نماذج منها، واعتمدت المنهج الاستقرائي والتحليلي والتاريخي والوصفي؛ وقمت بتحليل نموذج لمؤلفات الجزائريين في النوازل؛ وهو كتاب: الدرر المكنونة في نوازل مازونة؛ لأبي زكريا يحيى المغيلي المازوني.

خطة البحث:

قسَّمت البحث إلى مقدمة؛ يَبَيَّنُ فيها خطورة منصب الإفتاء، وصلاحيه الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وكذلك اهتمام علماء الجزائر بالفقه المالكي والتأليف في

النوازل الفقهية، وأهمية البحث في مثل هذا الموضوع، والدراسات السابقة، والمنهج المعتمد، ثم خطة البحث.

وثلاثة مباحث: المبحث الأول؛ في تعريف النوازل الفقهية والفنون ذات الصلة بها؛ وتحتة ثلاثة مطالب؛ الأول في تعريف الفقه لغة واصطلاحاً، والثاني في تعريف النوازل لغة واصطلاحاً، والثالث في تعريف النوازل الفقهية والفتاوى والوقائع والأجوبة والأسئلة والأحكام والعمليات.

والمبحث الثاني؛ في جهود علماء الجزائر في تدوين النوازل والفتاوى الفقهية؛ وتحتة ثلاثة مطالب؛ الأول في طبيعة الإنتاج الفقهي النوازلي الجزائري؛ والثاني ذكرنا فيه نماذج مما كتبه علماء الجزائر في النوازل، والثالث في خصائص النوازل الفقهية الجزائرية.

والمبحث الثالث؛ في منهج الفقيه أبي زكريا يحيى بن موسى المازوني في كتابه الدرر المكنونة في نوازل مازونة، وقسمناه إلى ثلاثة مطالب؛ الأول في التعريف بالفقيه المازوني وكتابه، والثاني في منهج الفقيه المازوني في طرح الأسئلة الفقهية ومناقشتها، والثالث في الاستدلالات الأصولية وطرق رفع الخلاف.

وختمنا بحثنا بذكر أهم النتائج التي توصلنا إليها؛ ثم ذكر المصادر والمراجع المعتمدة فيه.

المبحث الأول

تعريف النوازل الفقهية والفتاوى والفنون ذات الصلة

المطلب الأول: تعريف الفقه لغة واصطلاحاً.

أولاً. تعرف الفقه لغة:

هو العِلْمُ بالشَّيْءِ والفَهْمُ، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾ [سورة هود: 91].⁵

ثانياً. تعريف الفقه اصطلاحاً:

هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.⁶

منهج تدوين النوازل الفقهية عند علماء الجزائر ————— د. ماحي قندوز

المطلب الثاني: تعريف النوازل لغة واصطلاحاً

أولاً. تعريف النوازل لغة:

(النُّزُولُ: نَزَلَ مِنْ عُلُوٍّ إِلَى سَفَلٍ يَنْزِلُ نَزْولاً هَبَطَ، وَنَزَلَ فِي الْبَرِّ وَعَنِ الدَّابَّةِ وَتَنَزَّلَ، نَزَلَ فِي مُهْلَةٍ، وَنَزَلَ بِالشَّيْءِ وَأَنْزَلَهُ وَنَزَلَهُ وَاسْتَنْزَلَهُ أَنْزَلَهُ).⁷
وقال ابن منظور: (النُّزُولُ الْحُلُولُ؛ وَالنَّازِلَةُ الشَّدِيدَةُ تَنْزِلُ بِالْقَوْمِ، وَجَمْعُهَا التَّوَازِلُ، وَفِي الْمُحْكَمِ: وَالنَّازِلَةُ الشَّدَّةُ مِنْ شِدَائِدِ الدَّهْرِ تَنْزِلُ بِالنَّاسِ نَسْأَلُ اللَّهَ الْعَافِيَةَ، وَنَزَلَ الْأَمْرُ؛ حَلَّ).⁸

ثانياً: تعريف النوازل اصطلاحاً:

أطلق الفقهاء على المستجدات الحادثة التي تعضل بأهل العلم اسم النَّوَازِلِ؛ قال الرَّاغِبُ الْأَصْبَهَانِي: (يُعْبَرُ بِالنَّازِلَةِ عَنِ الشَّدَّةِ، وَجَمْعُهَا نَوَازِلُ).⁹
والحنفية خصّوا الوقائع والنَّوَازِلَ بالمسائل التي استنبطها المتأخرون لما سُئِلُوا عنها، ولم يحدّوا فيها رواية.¹⁰

كما تطلق كلمة "نوازل" بوجه عام على المسائل والوقائع التي تَسْتَدْعِي حكماً شرعياً، وهي شاملة لكلِّ الحوادث التي تحتاج إلى فتوى أو اجتهاد، لِيَتَبَيَّنَ حكمها الشرعي، سواء كانت متكررة أم نادرة الحدوث، وسواء كانت قديمة أم جديدة، وتطلق في عصرنا النَّازِلَةُ على الواقعة أو الحادثة الجديدة غير المعروفة في السابق.¹¹

المطلب الثالث: تعريف النوازل الفقهية والفنون ذات الصلة.

أولاً. تعريف النوازل الفقهية:

لم يُنْقَلْ عَنْ الْمُتَقَدِّمِينَ تعريف اصطلاحى للنَّوَازِلِ؛ وعليه نورد بعض تعاريف المعاصرين:

1- عرّفها عبد العزيز بن عبد الله: (القضايا والوقائع التي يفصل فيها القضاة تبعاً للفقهاء الإسلاميين).¹²

2- وعرّفها الحسن الفيلاي: (الواقعة والحادثة التي تنزل بالشخص سواء في مجال

العبادات أو المعاملات أو السلوك والأخلاق، حيث يلجأ هذا الشخص إلى من يُفتيه بحكم الشرع في نازلته).¹³

3- أمّا وهبة الزحيلي فقد عرّفها ب: (المسائل والمستجدات الطارئة على المجتمع بسبب توسع الأعمال وتعدد المعاملات، والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر أو اجتهاد فقهي ينطبق عليها).¹⁴

إذا فُكِّل هذه التعريفات تدور حول معنى عام واحد؛ وهو أنّ النّوازل هي حوادث وأُمور تُعرّض للمُكَلِّفِينَ، لا يعرفون حكم الله فيها، تَتَطَلَّبُ إجابة من المفتي أو المجتهد، حتى يخرج العبد المؤمن من عهدة التَّكْلِيف بامتنال الحكم الشرعي.

ثانيا. تعريف الفتاوى والواقعات والمسائل والمستجدات والقضايا والأحكام والعمل.

هذه المصطلحات بِمَعَانٍ مُتَقَارِبَةٍ؛ إلّا أنّ بعض المذاهب الفقهية قَصَرَ بعضها على نوع من النوازل، وقد تعددت المصطلحات في ذلك.

1. **الفتاوى والواقعات** عند الحنفية، هي أجوبة المسائل التي استنبطها المتأخرون فيها وقعت وحدثت.¹⁵

وعرّف طاش كبرى زاده علم الفتاوى، بأنه: (عِلْمٌ تُرَوَى فيه الأحكام الصادرة عن الفقهاء في الواقعات الجزئية، لِيَسْهُلَ الأمر على القاصرين من بعدهم).¹⁶ أمّا عند المالكية: فالفتاوى عندهم هي الإخبار بحكم شرعي من غير إلزام¹⁷؛ كفتاوى ابن رشد الجد، وفتاوى ابن أبي زيد القيرواني، وفتاوى الشاطبي.

2. **الأجوبة والأسئلة والمسائل**: وهي أسئلة فقهية كان يُجيب عنها الفقهاء والمفتون، ثم جمعت هذه المسائل والأجوبة مع أسئلتها في دواوين، منها: الأجوبة لأبي الحسن القاسبي؛ الأسئلة لمحمد بن إبراهيم بن عباد، والمسائل الفقهية لابن قداح.¹⁸

3. **الأحكام**: عرّفها صديق حسن القنوجي بأنها: (في الشرعيات يطلق على الفروع الفقهية المسبقة من الأصول الأربعة).¹⁹

وفي الغالب تنصرف إلى الأقضية والمعاملات التي تقع بين الناس والخصوم، منها: كتاب الأحكام الكبرى لأبي الأصبح بن سهل الأسدي، وكتاب الأحكام للقاضي عبد الرحمن الشعبي المالقي.

4. **العمليات:** وهي ما اتَّفَقَ أهل بلد على العمل به²⁰؛ فقد برع فقهاء المغرب العربي في إغناء الفقه، بما كانوا يعتمدونه من مراعاة للأعراف المحلية والعوائد الزمانية التي يجدون لها مسوغا شرعيا؛ فظهر العمل الفاسي والقيرواني والتلمساني، ويقصدون به ما اختار الفقهاء تطبيقه من الأحكام في عصر مُعَيَّنٍ أو بلد؛ ولو لم يتفق مع الراجح في المذهب.²¹ ومنه العمل الفاسي؛ الذي نظمته عبد الرحمن الفاسي في ثلاثمائة مسألة، ممَّا جرى به العمل بمدينة فاس وقام كذلك بشرحها ولم يُتِمَّها، وشرحها أبو القاسم السليجاسي.²²

هذه المصطلحات متقاربة المعنى كما سبقت الإشارة إليه؛ إلا أن بينها فروقا بسيطة من الناحية العملية؛ فالفتاوى والواقعات عند الأحناف قصرها على ما لا رواية فيه عن المتقدمين من أهل المذهب الحنفي؛ وعند المالكية هي بنفس معنى النوازل والأجوبة والأحكام؛ أي ما يصدره المفتي في الحادثة التي تقع للمستفتي، ويفترق العمل عنها بكونه خاصا بأهل منطقة جرى عرفهم على معاملة ما؛ وهذا المصطلح خاص بالمذهب المالكي.

المبحث الثاني

جُهُودُ عُلَمَاءِ الْجَزَائِرِ فِي التَّأْلِيفِ فِي النَّوَازِلِ وَالْفَتَاوَى الْفَقْهِيَّةِ

المطلب الأول: طبيعة الإنتاج الفقهي النوازلي عند علماء الجزائر

إنَّ الكلام عن جهود علماء الجزائر في المجال الفقهي النوازلي، هو حديث عن جهود الفقهاء الجزائريين في خدمة الفقه المالكي؛ لأنَّه الفقه الذي استحوذ على أقطار المغرب الإسلامي العربي منذ أن تَحَوَّلَ المغاربة عن فقه الإمام عبد الرحمن الأوزاعي إلى مذهب الإمام مالك بن أنس رحمهما الله.²³

منهج تدوين النوازل الفقهيَّة عند علماء الجزائر ————— د. ماحي قندوز

إِلَّا أَنَّنَا سَنَضْطَرُّ لِلتَّعْرِيجِ عَلَى بَعْضِ الْمُؤَلَّفَاتِ الْفَقْهِيَّةِ الْخَنْفِيَّةِ وَالْإِبَاضِيَّةِ؛ لِأَنَّ هَٰذِينَ الْمَذْهَبَيْنِ بَرَزَا فِي مَرَاكِلِ مِنْ تَارِيخِ الْجَزَائِرِ كَمَذْهَبَيْنِ لَهَا سُلْطَةٌ وَنَفُوذٌ؛ خَاصَّةً الْفَقْهُ الْخَنْفِي الَّذِي اعْتَمَدَتْهُ الدَّوْلَةُ الْعُثْمَانِيَّةُ التُّرْكِيَّةُ لَمَّا حَكَمَتِ الْجَزَائِرَ طِيلَةَ قُرُونٍ مِنَ الزَّمَنِ، وَلَا يَزَالُ الْفَقْهُ الْإِبَاضِي يَتَرَبَّعُ عَلَى عَرْشِ بَعْضِ الْمَنَاطِقِ مِنَ الْجَزَائِرِ.

يَقُولُ الدُّكْتُورُ أَبُو الْقَاسِمِ سَعْدُ اللَّهِ: (وَلَكِنْ بِمَجِيئِ الْعُثْمَانِيِّينَ انْتَشَرَ الْمَذْهَبُ الْخَنْفِيُّ... وَظَهَرَ عُلَمَاءُ كَتَبُوا وَدَرَّسُوا وَأَفْتَوْا عَلَى قَوَاعِدِ الْإِمَامِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِذَا كَانَتْ مَعْظَمُ التَّأْلِيفِ فِي أَصُولٍ وَفُرُوعٍ مَالِكٍ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَعْنِي حِينَئِذٍ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِعُلَمَاءِ الْمَذْهَبِ الْخَنْفِيِّ تَأْلِيفٌ وَأَرَاءٌ؛ فَأُسْرَةُ ابْنِ الْعَنَابِيِّ كَانَتْ حَنْفِيَّةً، وَقَدْ تَرَكْتَ بَعْضَ التَّأْلِيفِ الْهَامَّةِ، وَعَبْدُ الْقَادِرِ الرَّاشِدِيِّ كَانَ مَفْتِيَّ الْخَنْفِيَّةِ وَأَلَّفَ أَيْضًا فِي ذَلِكَ، وَالشَّاعِرُ الْمُفْتِيَّ ابْنَ عَلِيٍّ كَانَ عَلَى الْمَذْهَبِ الْخَنْفِيِّ... وَمِنْ جِهَةٍ أُخْرَى فَإِنَّ بَعْضَ عُلَمَاءِ الْإِبَاضِيَّةِ فِي الْجَزَائِرِ قَدْ أَلْفَوْا أَعْمَالًا فِي الْفَقْهِ عَلَى مَذْهَبِهِمْ جَدِيدَةً بِالدَّرْسِ، وَهِيَ جُزْءٌ لَا يَتَجَزَأُ مِنَ التَّرَاثِ الثَّقَافِيِّ الْجَزَائِرِيِّ).²⁴

المطلب الثاني: نماذج مما كتبه علماء الجزائر في النوازل والفتاوى الفقهية

1- فتاوى المشدالي؛ عمران بن موسى (ت 745هـ/1344م)؛ نشأ ببجاية وانتقل إلى تلمسان؛ له اتخاذ الركاب من خالص الفضة والذهب، فتوى نقلها المازوني في الدرر المكنونة، والونشريسي في المعيار المعرب، بالإضافة إلى فتاوى أخرى نقلها عن المشدالي في كتابيهما.²⁵

2- فتاوى الوغليسي؛ عبد الرحمن بن أحمد (ت 786هـ/1384م)؛ ينقل عنه المازوني والونشريسي.²⁶

3- فتاوى التلمساني؛ عبد الله بن محمد الإدريسي (ت 792هـ/1390م) ابن أبي عبد الله الشريف التلمساني، كان بصيرا بالفتاوى والنوازل نحويا مشاركا في العلوم؛ نقل عنه الونشريسي فتاوى.²⁷

4- فتوى حول يهود توات؛ لمحمد بن عبد الجليل التنسي (ت 799هـ/1404م)؛ له

نظم الدرّ والعُقَيَانِ في دولة آل زيان، وجواب مطول عن مسألة يهود توات، أبان فيه عن سعة الدائرة في الحفظ والتحقيق؛ وموضوع هذه الفتوى موافقة الإمام عبد الكريم المغيلي التلمساني في قتال يهود توات (إقليم بالصحراء الجزائرية) وهدم معابدهم بعد استفحال أمرهم وتنامي شوكتهم.²⁸

5- فتاوى الباروني؛ أبو الخير بركات الجزائري (ت 8/14هـ م) نقل عنه المازوني في الدرر المكنونة والونشريسي في المعيار المعرب.²⁹

6- فتاوى الجلاب؛ محمد بن أحمد المغيلي (ت 875هـ / 1470م)؛ له فتاوى في المازونية والمعيار.³⁰

7- الدرر المكنونة في نوازل مازونة؛ لأبي زكريا يحيى المغيلي المازوني (ت 883هـ / 1478م)؛ وهو الكتاب الذي سنخسه بالدراسة في المبحث الثالث.³¹

8- أجوبة في مسائل مشكلة؛ لأبي عبد الله محمد بن يوسف السنوسي (ت 895هـ / 1490م).³²

9- فتاوى ابن زكري؛ أحمد المانوي التلمساني (ت 899هـ / 1493م)؛ نقلها الونشريسي في المعيار.³³

10- المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب؛ لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني (ت 914هـ / 1508م)؛ وأخذ عن محمد بن العباس وقاسم العقباني وابن الجلاب وابن مرزوق الكفيف؛ وخرج إلى فاس؛ أخذ عنه ولده عبد الواحد وابن الغرديس التغلبي؛ له: المنهج الفائق؛ وإيضاح المسالك، وعدة البروق والمعيار المعرب.³⁴

وكتاب المعيار من الكتب المعتمدة في الفتوى عند المالكية؛ يقول النابغة الغلاوي الشنقيطي:

(واعتَمَدُوا المعْيَارَ لَكِنْ فِيهِ أَجُوبَةٌ ضَعَفَهَا بَقِيَّةُ)³⁵

11- الجيش الكمين لقتال من كفر عامة المسلمين؛ لمحمد شقرون الوهراني

(929هـ/1523م)؛ تناول فيه قضية إيمان المقلد في العقائد؛ ورجّح مذهب أهل السنة؛ وقد أفتى كذلك مسلمي الأندلس بالبقاء تحت الضغط وإخفاء دينهم والتظاهر بالنصرانية.³⁶

12- فتاوى الإباضي؛ عبد الوهاب بن رستم.³⁷

13- فتوى في الحضانة؛ لأحمد بن علي البوني كتبها سنة 1113 هـ، ونسخها ولده الزروق سنة 1145 هـ؛ وهي سؤال وردّ من قسنطينة حول ولد ماتت أمّه وتعلّق بأبيه، فأفتى البوني ببقائه معه.³⁸

14- التكميل لبعض ما أخلّ به كتاب النّيل؛ لعبد العزيز الثميني الإباضي؛ وهو عمل في أحكام عمارة الأرض من تشييد المنازل والمدن والقرى وفتح الطرقات وغرس البساتين وأحكام الشركات؛ وقد اختصر الثميني به كتاب أصول الأرضين لأحمد بن محمد بن أبي بكر.³⁹

15- أجوبة التسولي على أسئلة الأمير عبد القادر في الجهاد؛ والتسولي وإن كان مغربيا؛ إلا أنّ كتابه يهْمُنَا كثيرا؛ لأنّ الأسئلة التي وُجّهَتْ إليه تُخَصُّ المجتمع الجزائري، حيث كان السائل الأمير عبد القادر الجزائري؛ وقد سأل التسولي عن جهاد الفرنسيين وأحكامه؛ كحكم الضريبة الحربية، والهجرة من الجزائر بعد احتلالها، وحكم المسلمين الذين تعاملوا مع الفرنسيين.⁴⁰

16- فتاوى حميدة العمّالي؛ بلغت حسب رواية الشيخ الحفناوي أكثر من 300 مسألة، جرت بينه وبين الشيخ علي مبارك القليعي؛ وكان العمّالي مفتي المالكية في الجزائر خلال السيتينيات.⁴¹

17- نوازل الجنشوري؛ أبو زيد عبد الرحمن؛ وهي فتوى طويلة في بيع قضاة توات وقُرارة لأصول الهارين في المغارم؛ وقد ردّ عليهم وفند حججهم؛ واستدل بمذهب مالك على نقض حكمهم.⁴²

المطلب الثالث: خصائص النوازل الفقهية عند علماء الجزائر

1. التحرُّر من رِبْقَةِ التَّقْلِيدِ في تناول المسائل الفقهية وقضايا العصر والحياة الاجتماعية؛ ونلمس ذلك عند كثير من علماء الجزائر؛ من أمثال: عبد الكريم الفكون وأحمد المقرري ويحيى الشاوي وأحمد بن عمار وابن علي وعبد القادر الراشدي.

2. كثرة الإنتاج الفقهي الجزائري وغزارته، وتعدُّد مشاريعه بما فيه علم الفتاوى والنوازل؛ فمنه ما هو مكرر أو نَسَخٌ لِمَا أُلْفَ من قبل لا تجد فيه فائدة إلا بركة العلم والنَّسَاحَة، فلا تجد فقيها يَتَصَدَّر للتدريس والإقراء، إلَّا ويؤلف لتلامذته كتابا في الفقه المالكي يكرر كلام من سبق، أو يضع حاشية أو تقريرا أو تعليقا أو أُملِيَّة؛ وما المقدمة الوغليسية لعبد الرحمن الوغليسي ومختصر عبد الرحمن الأخضر في الفقه بعيد عن هذا الكلام؛ وهذا التكرار لا يكاد يختلف لا في فكرة ولا في منهاج؛ وربما يكمن السبب في أن الفقيه كان يقصد إفادة طلبته الحاضرين، لا التأليف في الفقه أو النوازل على وجه الخصوص.⁴³

3. كثير من الدراسات الاستشراقية استفادت من الفتاوى لإبراز كثير من مظاهر الحياة الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع الجزائري، فقد استعان روبر برنشفيك بفتاوى العهد الحفصي في دراسته عن بلاد البربر في العهد الحفصي (BRUNSCHEVIG: LA BERBERIE ORIENTALE SOUS LES HAFSIDES)، أما جاك بارك فقد كتب دراسة حول نوازل المازوني (EN LISANT LES NAWAZILES) والحياة الاجتماعية بالمغرب في القرن التاسع الهجري.⁴⁴

4. هي فتاوى مذهبية خاصة بالمذهب المالكي أو الحنفي أو الإباضي؛ وذات إطار مكاني خاص بالمغرب والأندلس؛ مما يجعلها خاصة بالمحل الذي قيلت فيه؛ مع عدم الاختصار عليها في كل زمان، إذ لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية المبنية على العرف إذا دعت الضرورة إلى إعادة النظر فيها.

5. أنها نوازل واقعية لها تعلق بقضايا ومسائل وقعت بالفعل؛ ويبعد عنها الوصف

- الافتراضي؛ كما هو فقه الأحناف على وجه العموم.⁴⁵
6. تنوع الموضوعات الفقهية والعقدية التي تشملها هذه النوازل؛ ولهذا نجد هذه النوازل تختلف من ناحية الموضوع، فمنها: ما يتصل بالفقه، وهو الغالب، ومنها: ما يتعلق بمسائل العقيدة، وهي قليلة بالنسبة لغيرها، فنجد المسائل النازلة في بعض الفرق والمذاهب الكلامية، والطرق الصوفية، حيث يكثر السؤال عنها؛ نتيجة عدم المعرفة بها. وقد ساعد على إيجاد هذه الطرق والمذاهب قيام بعض الدويلات في المغرب الإسلامي، التي اعتقد بعض أمرائها بعض المسائل العقدية وساعد على نشرها، وقد تكون هذه الآراء غريبة على أهل تلك البلدة؛ مما حدا بهم إلى السؤال عنها.
7. من النوازل الفقهية ما يتعلق بمسائل العبادات بدءًا بكتاب الطهارة، وانتهاء بكتاب الفرائض وكتاب الجامع، كما هو الحال في ترتيب الأبواب عند المالكية.⁴⁶
8. أسلوب تناول النوازل الفقهية أشبه بمنهج الرواية في الحديث فالمفتون ينقلون فتاويهم وفتاوى غيرهم مباشرة أو بالواسطة؛ ثم يعقبون على ما يرونه محتاجا للتعقيب.
9. وما يلاحظ كذلك عند فقهاء الجزائر؛ تركيزهم على مختصر ابن الحاجب من حلّ لمقفلاته وتنبيهه على نكته واستجلاء لمبهمه وشرح له؛ مما جعله في مكانة مرموقة في نقولهم، وكثرة الرجوع إليه.⁴⁷
10. الرجوع إلى الفقهاء المبرزين في الفتوى، بالسؤال والنقاش مما يعطي الفتوى قوة علمية وقبولا حسنا عند المستفتي؛ كما فعل المغيلي عندما بعث بفتواه في شأن يهود توات إلى الإمام السنوسي وغيره من علماء المغرب، ونقلها المازوني والونشريسي في كتابها؛ وكذلك ما أجاب به الإمام التسولي على أسئلة الأمير عبد القادر في الجهاد.⁴⁸

المبحث الثالث

منهج أبي زكريا المازوني في كتابه الدرر المكنونة في نوازل مازونة

حاولت في هذا المبحث أن أعطي نموذجا لمنهج فقهاء الجزائر في تدوين وجمع وإجابة المستفتين عما يعرض لهم من النوازل والمسائل؛ من خلال كتاب الدرر المكنونة

في نوازل مازونة لأبي زكريا يحيى المازوني، الذي جمع كماً هائلاً من فتاوى علماء الجزائر مما كان يُسأل هو عنه، أو سألته غيره ودَوَّنَه في كتابه.

المطلب الأول: في التعريف بالفقيه المازوني ونوازه

أولاً. ترجمة الفقيه المازوني.

تُجمع الكتب التي تَرَجَّمَتْ للفقيه أبي زكريا يحيى المازوني على نقل هذه النبذة الوجيزة من حياته: (يَحْيَى بْنُ أَبِي عِمْرَانَ مُوسَى بْنُ عِيسَى بْنِ يَحْيَى الْمَغِيلِي الْمَازُونِي، قاضيهما الفقيه العلامة، أَخَذَ عَنْ الْأُئِمَّةِ؛ كَابْنِ مَرْزُوقِ الْحَفِيدِ وَقَاسِمِ الْعُقْبَانِيِّ وَابْنِ زَاغُو وَابْنِ الْعَبَّاسِ وَغَيْرِهِمْ، نَجَبٌ وَبَرٌّ).⁴⁹

والمازوني نسبة إلى مازونة، وهي مدينة في جبال الظهرة بين وادي شلف والبحر المتوسط؛ وهي تابعة حالياً في التقسيم الإداري لولاية غيلزان من بلاد الجزائر؛ ويُنسبُ كذلك إلى تلمسان؛ لأنه قضى بها عقداً من الزمن ودُفِنَ فيها.

كما أن الشيخ أبا زكريا المازوني ذكر والده الفقيه أبا عمران موسى بن عيسى المغيلي في مقدمة نوازله؛ وجدّه الفقيه أبا موسى فيها مرتين على الأقل، عند نقله الأسئلة الموجهة إلى الشيخ أبي محمد عبد الحق الملياني، الذي كان أحد شيوخ جده: (سئل الفقيه العالم القاضي أبو محمد عبد الحق الملياني أحدُ شيوخ جَدِّي...).⁵⁰ فإنَّ صَحَّ ما نقله الونشريسي، وهو حسب ما نرى صحيح، فإنَّ المازوني سليل عائلة علمية توارثت القضاء أباً عَنْ جَدٍّ.

وقد ارتحل من بلاده مازونة إلى حاضرة تلمسان سنة 871هـ؛ بطلب من سلطانها الأمير المتوكل؛ وجلس للتدريس والإفادة بها.⁵¹

ومن العلماء الذين أخذ عنهم العلم: والده أبو عمران المازوني، والفقيه أبو عبد الله بن مرزوق التلمساني، وقاسم العقباني، ومحمد بن العباس التلمساني؛ ومن تلامذته أبو العباس الونشريسي صاحب المعيار المعرب؛ توفي رحمه الله بتلمسان ودفن بها سنة 883هـ/1478م.⁵²

ثانيا. التعريف بنوازلہ.

له من التأليف كتابه المشهور باسم: الدُرَرُ المَكْنُونَةُ في نوازل مازونة، ويسمى المازونية، ونوازل المازوني، وفتاوى المازوني؛ وهو كتاب جليل حافل بفتاوى المتأخرين من علماء الجزائر وتونس، في شتى المسائل جامع لأبواب الفقه؛ ومن هذا المؤلف الضخم استمد الونشريسي في المعيار.⁵³

وقد وصف الونشريسي. تلميذ المازوني. كتاب شيخه؛ لما طالع منه مسائل الأنكحة والبيوع؛ فقال: (فإني لما طالعت السَّفَرُ الثاني على أرمزة الأنكحة والبيوع من التأليف الجامع المانع النظير.... المترجم بالدُرَرِ المكنونة من نوازل مازونة.... وأجلت النواظر في حسن أصوله وترتيب فصوله، أَلْفَيْتُهُ في البيان والتَهَبُّلُ به أرقى في الرُّتَبِ وأعلى المنازل... قد أحرز فصلها، وجمع فرعها وأصلها... شَحَنَه صاحبه أَعْلَى اللهُ مثوبته بكُلِّ نُكْتَةٍ بديعة من علم القضاء والفتوى، وكُلِّ حقيقة ودقيقة تمس إليها الحاجة وتعمُّ بها البلوى، وحَسَدَ عيون مالكية المغرب والمشرق).⁵⁴

وقال بعده: (ولو علم المولى نصره الله وأَيَّدَهُ أَنَّ الشيخ جَمَعَ هذا الدِّيَوَانَ وَقَيَّدَهُ، لَمَنَّ على طلبة الفقه وجملة العلم باستنساخه، وأَخَصَّه على عادته في النَّظَرِ للمسلمين بالنبي هي أحسن، وفَرَّقَهُ على الحاضر والباد، والرائح والعاد).⁵⁵

والكتاب يرجع في بعض فتاويه إلى والد المازوني؛ كما ذكره في مقدمة الدرر المكنونة: (وقد كان اتفق لمولاي الوالد في مدّة قضائه، ما اتفق لي من الالتجاء إلى كتب الأسئلة للأئمة المعاصرين له، حتى اجتمع له من أجوبتهم جملة وافرة... فضممت ما كنت جمعت وما جمع الوالد، وما وجدته بيد بعض الخصوم، ويد بعض القضاة، وكتبا من أجوبة المتأخرين المتضمنة مسائل العبادات والعادات... واقتصرت في جميع ذلك على أجوبة المتأخرين من علماء تونس وبجاية والجزائر ومشايخنا التلمسانيين).⁵⁶

والكتاب مرتب على المسائل الفقهية ابتداء من مسائل الطهارة حتى مسائل الجامع؛ وهو من الكتب المعتمدة في الفتوى؛ قال النابغة الغلاوي الشنقيطي:

منهج تدوين النوازل الفقهية عند علماء الجزائر ————— د. ماحي قندوز

(واعتَمَدُوا نَوَازِلَ الْهَلَالِي وَدُرَّةَ النَّيِّرِ كَاللَّالِي
وَكَذَا مَا يُعْزَى إِلَى مَا زَوْنَهُ وَهُوَ الْمُسَمَّى الدَّرَرُ الْمَكُونُهُ)⁵⁷

المطلب الثاني: منهج المازوني في طرح الأسئلة ومناقشتها

ويمكن توضيح هذا المنهج في النقاط التالية:

أ- أن هذه الأسئلة الفقهية وأجوبتها كانت تنطلق من واقع عملي؛ أي أن المازوني كان قاضيا يمارس القضاء، وتعرّض له مسائل فيقضي فيها، أو يسأل عنها غيره وشتان بين من يحفظ الفروع ومن يقضي في الخصومات.⁵⁸

ب- أن المازوني كان ينقل فتاوى غيره في كثير من الأحيان، بنصّ قوله في المقدمة: (لجأت إلى كتب الأسئلة فيما يُشكّل عليّ من نوازل الأحكام، متطلبا جوابها من الأئمة الأعلام، المتعرّضين للفتوى).⁵⁹

ج- ولما ينقل السؤال ينقله بصيغة: "سُئِلَ" المبني للمجهول؛ مثل: (سئل ابن مرزوق)، وعندما يكون هو السائل فإنه يقول: (سألت شيخنا) ويسمّيه، وفي بعض الأحيان يُبهم الشخص الذي يسأله أو من يجيبه، فيقول: (وسئل بعض فقهاء وطننا)، (وسألت بعض علماء بلادنا)، أو (أجابني بعض الأصحاب).

وقد يُبهم بعض الأسماء؛ مثل قوله: (وسألت شيخنا سيدي أحمد بن زاغ عن استشكال أورده بعض المتأخّرين وزعم أنّه لم يجد عنه جوابا)؛ وسمّاه الونشريسي في المعيار: "الوائوغي".⁶⁰

د- أن السؤال الواحد كان يوجّهه لأكثر من فقيه، وقد يجِدُ في الإجابة إشكالا فيراجع من جديد، وكان يرسل علماء الأقطار، من تونس والجزائر وبجاية وتلمسان وغيرهم.

- مثاله: السؤال الذي وجّههُ إلى الشيخين محمد بن العباس التلمساني والحفيد العقباني، ثم راجع الأخير وأنّ الجواب لا يُوافق ما سأل عنه، فأجابه مرّة أخرى.⁶¹

- وكذلك السؤال الذي أشكّل على المازوني فسأل عنه عددا كبيرا من الفقهاء

والفتين، منهم : محمد العقباني، ومحمد بن العباس، والقاضي الزلديوي، وأحد علماء تونس (لم يسمّه)، والقاضي أبو عبد الله محمد بن عمر القلشاني، والفقير الرّصّاع، والطالب النجيب الفقيه الجلاب، وكذا أحد علماء تلمسان.⁶²

ذ- جمع المازوني في فتاويه مسائل المتأخرين من علماء تلمسان والجزائر وتونس؛ كما صرّح بذلك في مقدمته: (وقد كان اتفق لمولاي الوالد في مدّة قضائه، ما اتّفق لي من الالتجاء إلى كتب الأسئلة للأئمة المعاصرين له، حتى اجتمع له من أجوبتهم جملة وافرة... فضمّمت ما كنت جمعت وما جمع الوالد، وما وجّدته بيد بعض الخصوم، ويد بعض الفضاة، وكتبا من أجوبة المتأخرين المتضمنة مسائل العبادات والعبادات... واقتصرت في جمع ذلك على أجوبة المتأخرين من علماء تونس وبجاية والجزائر ومشايخنا التلمسانيين).⁶³

ولم يخالف هذا الشرط إلّا في بعض المواضع، حيث نقل بعض أجوبة المتقدمين؛ كمسائل السمسار التي نقلها عن أبي العباس الأبياني وهو من المتقدمين، حيث قال: (مسائل السمسار، قال: سأل عنها بعض الفقهاء أبا العباس الأبياني، أردت إدخالها في هذا المجموع، وإن كانت من فتاوى المتقدمين لما رأيت فيها من الفوائد).⁶⁴ ويعني هنا بالمتقدمين من تقدّمه بزمان بعيد، وإلّا فقد نقل عن علماء لم يعاصروهم؛ كالشريف التلمساني وسعيد العقباني، وابن مرزوق... الخ.

و- إيراده لبعض المناظرات العلمية والمناقشات الفقهية التي كانت تدور بين العلماء أو الطلبة، وإليك أمثلة منها: - سئل سعيد العقباني عن مسألة وقع بين طلبة مازونة فيها كلام؛ وهي استبراء سوء الظن هل يجب في الحرّة، ويدخله القولان المذكوران في الأمّة؛ فإنّ بعضهم أوجب، وقال غيره: لا يجب.⁶⁵

- ذكر مناظرة جرت بين أحمد القباب وسعيد العقباني في رجعة المولي (الإيلاء).⁶⁶

ز- النقول التي ترد في المسائل الفقهية تكون غالبا بتصرف واختصار وزيادة ونقص، يظهر ذلك من خلال مقارنة ما ينقله المازوني، فإذا رجعت إلى مصدره ترى اختلافا

وتباينا في العبارة.

س- كثير من الفتاوى والأسئلة عبارة عن استشكالات على مختصر ابن الحاجب الفقهي؛ حاول المازوني الإجابة عنها أو سؤال أهل العلم عن إجاباتها، وهذا ما وَصَّحَهُ في مقدمة كتابه؛ حيث قال: (...وما يقع مع الأصحاب في المذاكرات أو في مجلس الإقراء من إشكال في كلام ابن الحاجب أو شراحه، وفيما اعترض به بعضهم على بعض ليقع لي التحقيق في الجملة).⁶⁷

ش- كما نجد توثيقا تاريخيا لبعض الفتاوى التي ينقلها المازوني؛ منها :

- فتوى عمران المشدالي التي أرسل بها إلى السلطان أبي الحسن المريني حول اتخاذ الركاب من خالص الذهب والفضة، وكتب له بها سنة 740هـ.⁶⁸

- فتوى محمد بن مرزوق، تقرير الدليل الواضح المعلوم على جواز النسخ في كاغذ الروم، مؤرخة في 09 ربيع الثاني 812هـ.⁶⁹

ص- هذه المسائل قبل أن ينسّق بينها المازوني، كانت مبعثرة غير مرتبة، قال: (وَصُمِّمَتْ جميع ذلك في كراريس عديدة على غير ترتيب خوف الضياع، والعزم على ترتيبها على أبواب الفقه ليحصل بها الانتفاع).⁷⁰ ثم قام بتبويبها على المسائل الفقهية، وجمعها على نسق متتابع شامل لكل مباحث الفقه.

ض- ذكر المازوني بعض الفتاوى الطويلة، والتي يمكن إفرادها في مؤلف مستقل؛ كفتوى: تقرير الدليل الواضح المعلوم على جواز النسخ في كاغذ الروم⁷¹؛ وفتوى عمران المشدالي لأبي الحسن المريني حول اتخاذ الركاب من خالص الذهب والفضة.⁷²

ط- اعتماد أسلوب الفنقلة (إن قلتم... قلنا)، خاصة في المناقشات الفقهية والأصولية والمنطقية، فتجد هذه العبارة تتكرر عنده مرارا، حتى تتقرر النتيجة التي يريد الوصول إليها.

ومن الأمثلة التي ذكرها المازوني في تخريج مسألة صحة النسخ في الورق الرومي على نهج أقيسة الفقهاء؛ قال: (فإن قلت: لا يصح هذا القياس فإنه من قياس الفرع على

الفرع، ومن شرط حكم الأصل أن يكون غير فرع؛ قلت: الفرع الذي نفيه شرط في صحة حكم الأصل لا يعنون به ما كان من أحكام الفروع، وإلا بطل القياس في الأحكام الفرعية جملة، وإنما يعنون به ما كان مقيسا على أصل آخر).⁷³

فعادة المتناظرين أنهم يفترون خصوما على طريقة المناظرة الصورية، والمقصد من ذلك الإحاطة بالحقائق على وجه تدفع به الإشكالات.⁷⁴

ظ- كما تشمل الفتاوى طائفة من المسائل الافتراضية والمُلح والمستظرفات⁷⁵ والألغاز الفقهية، والغرض منها تنشيط القارئ واختبار ذكائه وملكته الفقهية، وفيها إثراء للاجتهاد الفقهي؛ ومن الأمثلة على ذلك:

- فمن المسائل الافتراضية؛ صحّة إمامة الجني، وزواج الجني بالإنسية.⁷⁶
- ومن الملح والمستظرفات؛ سجود السهو ذكر مسألتين، ترتب على المسبوق في الأولى عشرين سجدة أو أكثر وصحّت صلاته، وذلك في مسبوق سبق بركعة من الصبح؛ والثانية: من صلى المغرب فلزمه عشر سجديات.⁷⁷

ع- أمّا منهجه في الاستدلال الفقهي، فيمكن تلخيصه في النقاط التالية:
- التّبويب الفقهي على نمط المسائل، وهي عبارة عن أبواب أو فصول تحوي عددا قد يطول أو يقصر من الفتاوى، يسردها المازوني لتدعيم المنحى الفقهي الذي يَرْتَكِيهِ وينحُو إليه.

- كثير من المسائل وردت على شكل أسئلة كانت تطرح في الحلقات العلمية ومجالس التدريس.

- كثرة الاستدلال على الفرع الفقهي الواحد، حتى يفيد القطع في المسألة.⁷⁸
- لم يكن المازوني ناقلا لفتاوى غيره فقط، بل كان في كثير من الأحيان هو السائل أو المثجيب، ويُناقش المسائل ويوجّهها، وينقح الأقوال ويستدلّ على الآراء بالنصوص، ويعتمد على التخرّيج الفقهي.

- وما يمكن ملاحظته كذلك أنّ كثيرا من النوازل الفقهية والأسئلة التي يوردها

المازوني، ينقلها أبو العباس الونشريسي في المعيار المعرب دون الإشارة إليه بالاسم، ولم يذكره في المعيار إلا في مناسبة واحدة على الأقل؛ حيث قال الونشريسي: (وعن مثل هذا السؤال سأل صاحبنا القاضي العلامة أبو زكريا يحيى بن موسى المغيلي شيخنا وبركتنا العالم المفتي أبا الفضل قاسم العقباني عن سُور مازونة حين تَهَدَّم أَكْثَرُهُ).⁷⁹ ففي حين يقول المازوني: (سألت... وأجاب)، يذكر الونشريسي: (وسئل فلان، فأجاب).

المطلب الثالث: الاستدلالات الأصولية وطرق رفع الخلاف

لقد استثمر المازوني كَمًّا لا يستهان به من القواعد الأصولية التي وظّفها الفقهاء والمفتون في فتاويهم، ومما هو معلوم أنّ العملية الاجتهادية تتوقف في جزء كبير منها على توظيف القواعد الأصولية؛ لأنّها آلة المجتهد في تنزيل النصوص الشرعية على المستجدات الطارئة في حياة الأفراد والمجتمعات، حتى إنّك لتقف مشدوها أمام العقلية الاجتهادية التي كان يتمتع بها فقهاء وعلماء المغرب الأوسط مع إخوانهم من المغربين الأدنى والأقصى، رافعين في ذلك من شأن المدرسة المالكية المغاربية، وما علّق في الأذهان أنّها مدرسة جامدة على المتون والمختصرات، وليس من عمل لفقهاءها إلاّ الشرح والتقرير والحواشي، وحتى ندلّل على ذلك نضرب بعض الأمثلة لتوضيح هذا الثراء الاجتهادي الذي تميّز به النوازل الفقهية الجزائرية:

أ- قاعدة ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب؛ وهذه القاعدة يذكرها الأصوليون في مباحث الحكم الشرعي التكليفي عندما يتطرقون إلى الواجب وأحكامه، وكذلك في مباحث الأمر ودلالته على الأحكام الشرعية.⁸⁰

وقد أطل المازوني في بيان هذه القاعدة عند إيراد سؤال سُئل عنه العزّ بن عبد السلام الشافعي؛ وهو أنّ الأصوليين يقولون: ما لا يتوصل إلى الواجب إلاّ به فهو واجب، وقراءة الفاتحة في الصلاة واجبة، ولا يتوصل إليها إلاّ بالسرّ أو بالجهر، ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوبها.

وذكر أجوبة كثيرة لعدد كبير من الفقهاء نظماً ونثراً؛ فذكر أبياتا لأحدهم لم يُسمَّه، يعارض به عالماً آخر لم يُسمَّه كذلك، وذكر أبياتا للفقهاء الزلديوي، وأخرى للفقهاء إبراهيم بن غلام، وكذا الفقيه زيان الزواوي، وأجوبة نثرية للفقهاء أحمد بن عيسى الأوراسي، والفقيه محمد بن سليمان، والفقيه أحمد بن عبد السلام، والفقيه أحمد بن سعيد، حتى أزال الإشكال عن هذه القاعدة.⁸¹

ب- كذلك ذكر مسألة تعليل الأحكام، وأنه لا يجب على الله شيء خلافا للمعتزلة، وذلك في الفتوى الطويلة التي سئل فيها المشدالي عن حكم تحلية الركاب بخالص الذهب والفضة، حتى قال: (إذ كل حكم شرعي لا بد له من علة؛ لإجماع الفقهاء على ذلك إحساناً منه سبحانه، وتفضلاً على أصلنا، ووجوباً على أصل المعتزلة، ولأنه الأغلب المألوف في الأحكام، فيحمل هذا على الحكم الغالب).⁸²

ج- تعرف الرخصة: أنها المشروع لعذر مع قيام المحرم لولا العذر⁸³، وكذلك امتناع القياس على الرخص لنفسه بشروطه المذكورة، وقالوا في المذهب: لا يؤكل ما صاد لنفسه، مع أن الاصطيد أحد نوعي الذكاة؛ ثم أجاب عن هذا التعارض بأربعة قواعد أصولية:

1. القول بالعموم؛ في قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾، عموم يتناول ما ذبحوه وما صادوه.

2. القول بالمفهوم؛ في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ لَكُمْ مِنَ الصَّيْدِ﴾، دليل على أن غير المسلم بخلاف ذلك.

3. تخصيص العموم بالمفهوم.

4. امتناع القياس على الرخص؛ مثاله أكل النبي ﷺ من الشاة التي أتت بها المرأة اليهودية، وهي رخصة في ذبيحة الكتاني، ولا يجوز قياس صيده عليه.⁸⁴

د- قاعدة النهي عن واحد لا بعينه: لا تبرأ الذمة فيها إلا بترك الجميع، والقاعدة الثانية: قاعدة الأمر بواحد كذلك، يكفي في براءة الذمة فيها فعل واحد من تلك الأشياء

، تأصيلاً للخلاف في مسألة الأثواب، هل يتوضأ بعده النجس أم لا؟⁸⁵

هـ- كون الشيء الواحد واجبا وحراما من جهتين: وهو ما يسميه الأصوليون الفعل ذو الجهتين، كالصلاة في الدار المغصوبة، وضرب على ذلك مثالا عن الوضوء بإناء نجس اختلط بطاهر؛ قال: (فإن من حيث كونه نجسا الوضوء به حرام، ومن حيث كونه طاهرا الوضوء به واجب، ومختار المحققين والجمهور من الأصوليين في هذه القاعدة صحة هذه العبادة خلافا لأكثر المتكلمين).⁸⁶

و- أدنى مراتب الأمر إفادة الإباحة: وذلك لما ساق فتوى المشدالي في تحلية الركاب بالذهب والفضة عند قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْحَيْلِ﴾ [الأنفال 60]، قال المشدالي: (وصوغ ما ذكر لتحصيل هذا الغرض المقصود شرعا، ليس من السرف الممنوع في شيء يندرج اتخاذه في الإعداد المأمور به لغرض الإرهاب؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ﴾، وأدنى مراتب الأمر إفادة الإباحة فتشريع إباحته، ولهذا المعنى أجاز بعضهم لبس الحرير في حالة الجهاد).⁸⁷

ز- قواعد العموم والخصوص.

- تخصيص العموم بخبر الواحد، وذلك في مسألة إعطاء القادم على بلد يطلب الزكاة، هل يُقدّم عليه أهل البلد أم لا؟ فأجاب البرزلي بأنه يُعطى كأهل البلد، وأنّ الشيخ السيوري قدّم أهل البلد، واحتجّ بقوله ﷺ: "خذها من أغنيائهم"، والأحاديث تقتضي الخصوصية، فيكون من باب تخصيص العموم بخبر الآحاد، وفيه خلاف.⁸⁸

- موافقة الخاص لحكم العام⁸⁹؛ والعموم المطلق وعموم الشمول⁹⁰؛ والنكرة في سياق الشرط تعم.⁹¹

- ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال تنزل منزلة العموم في المقال؛ وذكر موافقة المالكية للشافعية في هذه القاعدة.⁹²

ح- قواعد القياس والتعليل والمصالح.

- قياس الإخالة: وقد شرح قول ابن الحاجب: "فإن أخال للإعراض"؛ وقياس

الإحالة عند الأصوليين يسمى المناسبة والمصلحة والاستدلال ورعاية المقاصد؛ وهي من المسالك العقلية لإثبات العلة في القياس؛ ومعنى الإحالة: تعيين العلة بمجرد إبداء المناسبة؛ أي المناسبة اللغوية التي هي الملائمة؛ فلا دور من ذات النص لا بنص ولا غيره مع السلامة عن القوادح، كالإسكار في تحريم الخمر.⁹³

وذكر جواب أبي موسى المشدلي وجواب أبي عبد الله بن مرزوق⁹⁴ - كُلُّ حكم شرعي لا بد له من علة⁹⁵ - تعليل الأحكام الشرعية⁹⁶ - العبرة في الأحكام بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني⁹⁷.

- نَوُطُ الأحكام بالمصلحة؛ قال: (وتعليل أصحابنا النهي عن الصلاة بعدها (العصر) بأنه لو أبيح بعد فعلها لأدى إلى أن يُوقع النافلة في وقت الغروب جار في هذا، وأيضا فالأحكام إنما تناط بالمظنة؛ وهو الوصف الظاهر المنضبط، وإن خَفِيت الحكمة، هذا هو الصحيح عند المحققين، ففعل الصلاة مظنة النهي عن النافلة بعده، وقد وُجد في صورة الجمع فيوجد حكمه).⁹⁸

- التَّرْجِيح بين المفاسد؛ قال ابن مرزوق في استشكال جواز مَسِّ وَجْهِ المرأة الميتة وَيَدَيْهَا في التيمم وحرمة ذلك في الحياة: (ثم لو سَلَّمنا جواز النظر إلى وجه الأجنبية الشابة وكفّيها، فلا نَسَلِّم جواز مَسِّ ذلك منها؛ لأنَّ المفسدة الناشئة من المَسِّ أقوى من الناشئة عن النظر؛ لأنَّ ما يحرّكه النظر من اللذة يقصر على ما يُحرّكه المَسُّ وحده).⁹⁹

- وسائل المقاصد: (العلة (في الذهب)، إمّا كون الذهب من أصول الأثمان وقيم المتلفات ووسائل المقاصد، وصوغه جَلِيًّا حَبْسٌ له عن التَّوَصُّلِ به لذلك وسبب في تقليله من أيدي الناس؛ فيفرض إلى تقليل وسائل المقاصد الضرورية والحاجية، المطلوب شرعا تكثيرها تحصيلًا للتيسير المراد).¹⁰⁰

- أقسام الضروريات؛¹⁰¹ وتقديم حفظ الدين على حفظ النفس.¹⁰²

- المقاصد الجزئية؛ ذكر مقاصد الذكاة والحكمة من إزهاق روح الحيوان: (فإنَّ الله لما تَفَضَّلَ على هذا النوع البشري ومنَّ عليه مِنَّةً لا يقوم له فيها بشكر، ومنَّ أَعْظَمَهَا أن

خَصَّه بالعقل الذي هو أشرف مخلوق، وفَصَّلَه على كثير مِّن خلق تفضيلاً، أَبَاحَ له إتلاف كثير من الحيوان فيما يقوم بتغذية روحه الحيواني وجسمه الإنساني، وجعل المُحَلَّل لذلك صورة الزكاة الشرعية).¹⁰³

- الأمر من باب جلب المصالح ودرء المفاسد.¹⁰⁴

- مراعاة المقاصد في الفتوى؛ كما في جواز إعطاء الأشراف من الفقراء الزكاة حتى لا يموتوا جوعاً، خاصة مع تفريط الخلفاء في حق آل البيت، وخرَجَها أبو عبد الله بن مرزوق على قاعدة: ارتكاب أخف الضررين.¹⁰⁵

- بِنَاءُ الأحكام عند الفقهاء على عُرْفِ التَّخَاطُبِ، سيما في باب الأيمان، وهو مقدّم عندهم على المدلول اللغوي.¹⁰⁶

- نتائج البحث.

1- النوازل الفقهية هي المستجدات الحادثة بأهل العلم، وتتطلب الإجابة عنها وفق الشريعة الإسلامية.

2- تنوعت اصطلاحات العلماء في مصنفاتهم وكتاباتهم حول النوازل الفقهية؛ فمنهم من أَلَفَ كتابه بعنوان الفتاوى أو المسائل أو الأجوبة أو الأحكام أو الوقائع... الخ.

3- تكتسي النوازل الفقهية أهمية بالغة وخطورة عظيمة من حيث أنها:

أ- أثرت رصيد المجتهدين والمفتين بمعلومات فقهية تساعدهم على الإجابة عن أسئلة المستفتين.

ب- اطلاع الباحثين على معلومات تاريخية واجتماعية واقتصادية عاشها صاحب الفتاوى.

ت- إفادة كثير من المستشرقين من كتب النوازل الفقهية؛ مثل: جاك بارك، وروبير برنشفيك.

ث- احتواء كتب النوازل الفقهية على ثروة مقاصدية كبيرة يمكن استثمارها في الاجتهاد المعاصر.

- 4- تعد جهود علماء الجزائر في تدوين النوازل، مساهمة كبيرة في تطوير الفقه المالكي وتنميته.
- 5- تنوعت أصناف التأليف في الفتاوى؛ فمن علماء الجزائر من ألف في النوازل على سبيل الاستقلال ومنهم من جمع فتاوى غيره.
- 6- مما وصلنا ضمن مجموع؛ فتاوى عمران المشدالي، وفتاوى الشريف التلمساني، وفتوى حول يهود توات لعبد الكريم المغيلي.
- 7- أما من ألف في النوازل على سبيل الاستقلال؛ فمنهم أبو زكريا يحيى المازوني في كتابه: الدرر المكنونة في نوازل مازونة؛ وأبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي في كتابه: المعيار المغرب والجامع المغرب.
- 8- احتواء الدرر المكنونة للمازوني على ثروة فقهية وأصولية كبيرة جدا؛ كتعرضه لمسائل التعليل والعموم والمصالح... الخ.
- 9- وقد امتازت النوازل الفقهية الجزائرية بمجموعة من الخصائص:
 - أ- أنها نوازل واقعية، بعيدة عن الافتراض والتقدير.
 - ب- أنها فتاوى مذهبية خاصة بالمذهب المالكي أو الحنفي أو الإباضي.
 - ت- تنوع الموضوعات التي تناولها هذه النوازل.
 - ث- أسلوب النوازل يشبه أسلوب الرواية الحديثة.
 - ج- ذكر أسماء المفتين والعلماء والفقهاء.
 - ح- الرجوع إلى العلماء المبرزين في الفتوى.

- المصادر والمراجع

أولا: الكتب.

1. الأحمد نكري، عبد النبي. مصطلحات جامع العلوم، مكتبة لبنان، لبنان، ط1، 1997م.

2. الأشقر، أسامة. منهج الإفتاء عند الإمام ابن القيم؛ دار النفائس، الأردن، ط1، 2004م.
3. الأصبهاني، الحسين بن محمد. المفردات في غريب القرآن، تح: صفوان داوودي، دار القلم، سورية، ط 2004م.
4. الأصبهاني، محمود بن عبد الرحمن. بيان المختصر، تح: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط1، 1986م.
5. البابري، محمد بن محمد. العناية شرح الهداية، دار الفكر، لبنان (دط) (دت).
6. بلميهوب، حفيظة. الإمام أبو زيد عبد الرحمن الوغليسي؛ دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2007م.
7. بنعمر، عبد العزيز. معلمة الفقه المالكي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، 1983م.
8. التلمساني، محمد بن مريم. البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1985م.
9. التنبكتي، أحمد بابا. نيل الابتهاج بتطريز الديباج، دار الكاتب، ليبيا، ط2، 2000م.
-، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2002م.
10. الجيزاني، محمد حسين. فقه النوازل، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 2005م.
11. الجويني، عبد الملك بن عبد الله. غياث الأمم في التياث الظلم، مكتبة إمام الحرمين، (د م) ط2، 1401هـ.
12. الخطاب، محمد بن محمد. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، ط3، 1992م.
13. الحفناوي، أبو القاسم. تعريف الخلف برجال السلف؛ مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1985م.
14. خليفة حاجي، مصطفى بن عبد الله. كشف اصطلاحات الفنون، دار الفكر، لبنان

(دط) (دت).

15. الرازي، محمد بن عمر. المحصول من علم الأصول، تح: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، سورية، ط3، 1997م.

16. الراعي، محمد بن محمد. انتصار الفقير السالك لترجيح مذهب الإمام مالك، تح: محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2010م.

17. ابن رشد، محمد بن أحمد. الفتاوى، تح: المختار التليبي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، 1987م.

18. الزحيلي، وهبة. سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، دار المكتبي، سورية، ط1، 2001م.

19. الزركشي، محمد بن عبد الله. البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، مصر، ط1، 1994م.

20. الزمخشري، محمود بن عمر. أساس البلاغة، دار الفكر، لبنان، ط2000م.

21. السبكي، علي بن عبد الكافي وابنه عبد الوهاب بن علي. الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1995م.

22. سعد الله، أبو القاسم. تاريخ الجزائر الثقافي، دار البصائر، الجزائر، ط6، 2009م.

23. الشاطبي، إبراهيم بن موسى. الفتاوى، جمع وتحقيق محمد أبو الأجفان، طبع على نفقة المحقق، ط3، 1987م.

24. الصعدي، عبد الفتاح. الإفصاح في فقه اللغة؛ دار الفكر العربي، مصر، ط2 (د م) (د ت).

25. ضيف، محمد بشير. فهرسة معلمة التراث الجزائري في القديم والحديث، مطبعة أثالة، الجزائر، ط1، 2002م.

26. طاش كبرى زاده، أحمد. مفتاح السعادة ومصباح السيادة، دار الكتب العلمية، لبنان، (دت).

27. العلائي، خليل بن كيكليدي. المجموع المذهب في قواعد المذهب، تح محمد

- الشريف، وزارة الأوقاف، الكويت، ط1، 1999م.
28. الغلاوي، محمد بن عمر. بوطليحية، تح يحيى بن البراء، مؤسسة الريان، لبنان، ط1، 2002م.
29. القحطاني، مسفر. منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة؛ دار ابن حزم، لبنان، ط1 2004م.
30. القرافي، أحمد بن إدريس. الفروق، تح: محمد علي جمعة، دار السلام، مصر، ط1، 2003م.
-، شرح تنقيح الفصول، دار الفكر، لبنان، ط2004م.
31. القنوجي، صديق حسن خان. أبجد العلوم، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2002م.
32. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ تح: عبد الرحمن الوكيل، دار إحياء التراث العربي، لبنان (د ت).
33. لخضاري، لخضر. مدارس النظر إلى التراث ومقاصده، دار الريادة، سورية، ط1، 2009م.
34. المازري، محمد بن علي. الفتاوى، جمع الطاهر المعموري، الدار التونسية، تونس، ط1، 1994م.
35. المجددي، محمد عميم الإحسان. قواعد الفقه، الصدف ببلشرز، باكستان، ط1، 1986م.
36. مخلوف، محمد. شجرة النور الزكية، دار الفكر، لبنان (د ت).
37. المرادوي، علي بن سليمان. التحبير شرح التحرير، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 2000م.
38. المقرئ، أحمد بن محمد. نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تح: إحسان عباس، دار صادر، لبنان، ط1997م.
39. المقرئ، محمد بن محمد. القواعد، تح: أحمد بن حميد، معهد البحوث العلمية، السعودية (د ت).

40. ابن منظور، محمد بن مكرم. لسان العرب، دار صادر، لبنان، ط3، 1993م.
41. نويهض، عادل. معجم أعلام الجزائر، المكتب التجاري، لبنان، ط1، 1971م.
42. الونشريسي، أحمد بن يحيى. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1981م.
43. اليحصبي، عياض بن موسى. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، مطبعة فضالة، المغرب، ط1، 1983م.

ثانيا: البحوث المنشورة في دورية علمية.

44. الحربي، مبارك بن جزاء. جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 2006م، العدد: 64 السنة 21، 364.281.

45. ملتقى القيروان مركز علمي مالكي بين المشرق والمغرب حتى نهاية القرن 5هـ، (1414هـ).

ثالثا: المخطوطات.

46. الجنشوري، عبد الرحمن. النوازل؛ مخطوط زاوية السيد عبد الله البلالي بكوسام، الجزائر.
47. المازوني، يحيى بن موسى. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مخطوط المكتبة الوطنية الجزائرية، رقم 1335 و1336.
- نسخة ثانية من مكتبة الحرم المدني، المدينة المنورة رقم 217.2/29.
- نسخة ثالثة من مكتبة زاوية البوعبدلي، وهران الجزائر، وبآخرها تقريظ أبي العباس الونشريسي لكتاب الدرر المكنونة.

- الهوامش:

1 إعلام الموقعين عن رب العالمين: 1/11.

- 2 قال الجويني: " فلو قال قائل: ما يتوقع وقوعه من الوقائع لا نهاية له؛ ومأخذ الأحكام متناهية، فكيف يشتمل ما يتناهى على ما لا يتناهى، وهذا إعضال لا يبيء بحمله إلا موفق ريان من علوم الشريعة". غياث الأمم في التياث الظلم: ص 193.
- 3 المقصود بالنظر التنزيلى: الاجتهاد في تحقيق المناط، وذلك بإلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه.
- 4 تعريف الخلف برجال السلف؛ لأبي القاسم الحفناوي: 5/1-6.
- 5 لسان العرب؛ لابن منظور الإفريقي: 522/13.
- 6 الإيهام في شرح المنهاج للسبكي وابنه: 28/1، وانظر: البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي: 34/1.
- 7 الإفصاح في فقه اللغة؛ عبد الفتاح الصعيدي: 275/1.
- 8 لسان العرب: 6/172، وانظر: أساس البلاغة للزمخشري: ص 628.
- 9 المفردات في غريب القرآن؛ للراغب الأصبهاني: 520.
- 10 مصطلحات جامع العلوم، لعبد النبي الأحمدي نكري: ص 659، وانظر: كشف اصطلاحات الفنون، لحاجي خليفة: 2/1281. 1282، ورسائل ابن عابدين: 17/1.
- 11 منهج الإفتاء عند الإمام ابن القيم لأسامة الأشقر: ص 69-70، وانظر: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة لمسفر القحطاني: ص 87-88.
- 12 معلمة الفقه المالكي، لعبد العزيز بنعمر: ص 18.
- 13 ملتقى القيروان مركز علمي مالكي بين المشرق والمغرب حتى نهاية القرن 5هـ: ص 230.
- 14 سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي: ص 9.
- 15 قواعد الفقه لمحمد عميم الإحسان المجددي: 539/1، 570/1؛ وانظر: العناية شرح الهداية لأكمل الدين البابرتي: 9/1.
- 16 مفتاح السعادة ومصباح السيادة لأحمد بن مصطفى: 558/2، وانظر: أبجد العلوم لصديق حسن خان: ص 454.
- 17 مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب: 32/1، وانظر: النوازل الفقهية في العمل القضائي المغربي لعبد اللطيف هدية: ص 319، نقلا عن فقه النوازل لمحمد الجيزاني: 20/1، ومعلمة الفقه المالكي: ص 18.
- 18 انظر: مقدمة الدكتور المختار التليلي لفتاوى ابن رشد: 35/1 وما بعدها.
- 19 أبجد العلوم: ص 250.
- 20 نماذج من جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية، د/مبارك الحربي: ص 288.

- 21 سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي: ص 06.
- 22 نماذج من جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية: ص 288.
- 23 ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض: 66/1، انتصار الفقير السالك لترجيح مذهب الإمام مالك؛ لمحمد الراعي الأندلسي: ص 172.
- 24 تاريخ الجزائر الثقافي: 65/2.
- 25 نيل الابتهاج للتنبكي: ص 352، تعريف الخلف: 80/1، معجم أعلام الجزائر لعادل نويهي: ص 126؛ راجع كتاب الدرر المكنونة في نوازل مازونة للمازوني: و 152/ب حتى 158/ب، مسائل الزكاة [مخطوط المكتبة الوطنية الجزائرية]؛ وكتاب المعيار المغرب لأبي العباس الونشريسي: 329/6 حتى 337، مسائل البيوع.
- 26 له المقدمة الوغليسية في الفقه المالكي؛ وقامت الأستاذة حفيدة بلميهوب بدراسة حياته وآرائه في الفقه؛ وتحقيق مقدمته؛ في كتابها: الإمام أبو زيد عبد الرحمن الوغليسي آثاره وآراؤه الفقهية؛ طبعة دار ابن حزم بيروت سنة 2007م؛ وقد نقل عنه الفقيه المازوني في الدرر المكنونة في المواضع التالية: و 24/ب، و 86/ب، و 151/ب [نسخة المكتبة الوطنية الجزائرية]، والونشريسي في المعيار: 324/4، 386/2، 391/1.
- 27 نيل الابتهاج: ص 225؛ انظر: المعيار المغرب: 80/3، 85/5.
- 28 المصدر نفسه: ص 573، البستان: ص 249، شجرة النور الزكية، لمحمد مخلوف: ص 267؛ وساق هذه الفتوى الونشريسي في المعيار المغرب: 202/2 وما بعدها.
- 29 المصدر السابق: ص 147، تعريف الخلف: 108/2، معجم أعلام الجزائر: ص 53، انظر: المعيار المغرب: 190/1، 322/4، 94/5.
- 30 المصدر نفسه: ص 552؛ معجم أعلام الجزائر: ص 144، وبالحزنة العامة بالرباط نسخة منه؛ انظر بعض فتاويه في المعيار المغرب: 86/2، 97/2، 379/5.
- 31 البستان: ص 35، كفاية المحتاج: 281/2.
- 32 نيل الابتهاج: ص 563، البستان: ص 237، وهذه الأجوبة محفوظة في مكتبة الحرم المدني رقم 312، 2/217.
- 33 المصدر نفسه: ص 119، البستان: ص 41، المعيار المغرب: 217/2، 539/6، 377/9، 312/11.
- 34 راجع ترجمته في نيل الابتهاج: ص 135، البستان: ص 59. وكتاب المعيار المغرب مطبوع طبعان: الأولى: سنة 1314هـ/1897م بالمطبعة الحجرية بفاس في 12 جزء، والثانية: سنة 1401هـ/

- 1981م بدار الغرب الإسلامي ببيروت في 13 مجلدا قام بإخراجه جماعة من الفقهاء بإشراف د/ محمد حجي، إلا أنهم لم يعتمدوا على شيء من المخطوطات بل قَصَّارَهم الطبعة الحجرية السابقة؛ فجاء فيها سقط كبير وأخطاء مطبعية تحتاج إلى التصحيح والمقابلة؛ وقد قام بتلخيص المعيار أحمد المجليدي الفاسي (ت1094هـ) في كتاب الإعلام بما في المعيار من فتاوى الأعلام.
- 35 بوطليحية؛ نظم في المعتمد من الكتب والفتوى على مذهب المالكية: ص88.
- 36 طبع بدار الصحابة بمصر سنة 1992م؛ وطبع بدار ابن حزم بلبنان؛ وانظر: تاريخ الجزائر الثقافي: 80/2.
- 37 فتاوى الأزهار الرياضية: 100/2، نقلا عن فهرسة معلمة التراث الجزائري لمحمد بشير ضيف: 186/2.
- 38 تحتفظ المكتبة الوطنية الجزائرية بنسخة مخطوطة لهذه الفتوى، تحمل الرقم 2160، وهي بخط جيد. تاريخ الجزائر الثقافي: 82.81/2، فهرسة معلمة التراث الجزائري: 183/2.
- 39 الكتاب مطبوع، راجع مجلة المنهاج، ج8، شعبان 1344هـ؛ نقلا عن تاريخ الجزائر الثقافي: 83/2.
- 40 تاريخ الجزائر الثقافي: 78/7؛ وقد ذُكرت هذه النوازل في كتاب تحفة الزائر وأجوبة التسولي وعليش وحسن العدوي؛ وطبعت بدار الغرب الإسلامي، بلبنان سنة 1996م، دراسة وتحقيق عبد اللطيف أحمد الشيخ صالح.
- 41 المرجع السابق: 81/7.
- 42 مخطوط خاص، مصور عن نسخة خزنة الشيخ سيدي عبد الله البلبالي بكوسام، بصحراء الجزائر.
- 43 تاريخ الجزائر الثقافي: 66/2.
- 44 فتاوى المازري: ص75-76، فتاوى الشاطبي: ص85.
- 45 نماذج من جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية: ص303.
- 46 انظر: الدرر المكنونة والمعيار المغرب للونشريسي حيث اعتمدا التنبؤ الفقهي.
- 47 انظر: مقدمة الدرر المكنونة: و1/أ [نسخة الحرم المدني].
- 48 نماذج من جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية: ص304-305.
- 49 نيل الابتهاج: 637/2، كفاية المحتاج: ص509، شجرة النور الزكية: ص265، تعريف الخلف: 189/1، معجم أعلام الجزائر: ص204، فهرسة معلمة التراث الجزائري: 157/2.
- 50 الدرر المكنونة: و288/أ، البيوع [نسخة الحرم المدني]، و49/أ، ج2 [نسخة المكتبة الوطنية].
- 51 تقرّظ الونشريسي للدرر المكنونة، بآخر نسخة الدرر المكنونة التي تحتفظ بها زاوية الشيخ
- منهج تدوين النوازل الفقهية عند علماء الجزائر ————— د. ماحي قندوز

- البوعبدلي بوهرا. 52 نيل الابتهاج: 637/2، كفاية المحتاج: ص 509، شجرة النور الزكية: ص 265، وقال الونشريسي في وفياته [ص 150]: "وفي سنة ثلاث وثمانين وثمانمائة، توفي بتلمسان قاضي مازونة الفقيه الفاضل أبو زكريا يحيى بن القاضي أبي عمران موسى بن عيسى المغيلي".
- 53 مقدمة الدرر المكنونة: و1/أ [نسخة الحرم المدني].
- 54 تقرير الونشريسي للدرر المكنونة.
- 55 المصدر السابق.
- 56 الدرر المكنونة؛ المقدمة، و1/أ [نسخة الحرم المدني]، وأصل والد المازوني المسمى: تحلية الذهب في علم القضاء والأدب، محفوظ بخزانة مخطوطات زاوية علي بن عمر بطولقة، الجزائر.
- 57 البوطليحية: ص 87؛ والدرر المكنونة لها نسخ مخطوطة كثيرة؛ منها:
- . نسخة مخطوطة بالمكتبة الوطنية الجزائرية في جزئين ضخمين برقم 1335.
 - . نسخة زاوية آنزقير بأدرار، بصحراء الجزائر.
 - . نسخة الحرم المدني، بالمدينة المنورة؛ ورقم حفظها: 217,2/29.
 - . نسخة الخزانة العامة بالرباط المغرب، رقمها: 883 د.
 - . نسخة المكتبة الوطنية بتونس، رقمها: و217، 3502.
- 58 قال ابن سهل: (وكثيرا ما سمعت شيخنا أبا عبد الله بن عتاب يقول: الفتيا صنعة، وقد قالها قبله أبو صالح أيوب بن سليمان، قال: الفتيا ذرية، وحضرت الشورى في مجالس الحكام ما دريت ما أقول في أول مجلس شاوري سليمان بن أسود، وأنا أحفظ المدونة والمستخرجة الحفظ المتقن).
- مقدمة الإعلام بنوازل الأحكام: ص 25.
- 59 الدرر المكنونة؛ المقدمة: و1/أ [نسخة الحرم المدني].
- 60 المصدر السابق: و190 [نسخة المكتبة الجزائرية]، المعيار: 10/1.
- 61 المصدر نفسه: و157، و158، و159/أ، مسائل الأنكحة [نسخة الحرم المدني].
- 62 المصدر نفسه: و234، و242، مسائل الطلاق [نسخة الحرم المدني]؛ ونص السؤال: (جوابكم رضي الله عنكم عن مسألة أشكل عليّ بعض كلام ابن رشد فيها، وذلك أن في رسم القطعان من سماع عيسى ومن الأيمان بالطلاق؛ سئل من حلف بطلاق امرأته واحدة ألا يصالحها؛ فصالحها؛ قال: لا يرد لها ما أعطته، قال: وإن قال لها: أنت طالق البتة أو صالحتك، فصالحها طلقت عليه بالبتة، ورد لها ما أعطته... إلخ).
- 63 المصدر نفسه: المقدمة، و1/أ [نسخة الحرم المدني].

- 64 المصدر السابق: و 369/أ، مسائل السمسار [نسخة الحرم المدني].
- 65 المصدر السابق: و 270/ب، مسائل العدّد [نسخة الحرم المدني].
- 66 المصدر نفسه: و 265/ب، 268، مسائل الإيلاء واللعان [نسخة الحرم المدني].
- 67 المصدر نفسه: المقدمة، و 1/أ [نسخة الحرم المدني].
- 68 المصدر نفسه: و 243/ب، مسائل الطهارة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 69 المصدر نفسه: و 51، حتى و 105 مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية]، المعيار المعرب: 75/1 - 107.
- 70 المصدر نفسه: المقدمة، و 1/أ [نسخة الحرم المدني].
- 71 المصدر نفسه: و 51 حتى و 105 [نسخة المكتبة الوطنية]، المعيار المعرب: 75/1 - 107 مسائل الطهارة؛ والمقصود بكاغذ الروم هنا، الورق الذي كان يصنعه غير المسلمين من نصارى وغيرهم؛ لأنهم يصنعونه بأيديهم النجسة، وهم أهل نجاسة لا يتحرون منها.
- 72 المصدر نفسه: و 238/أ حتى و 243/ب [نسخة المكتبة الوطنية]، المعيار المعرب: 329/6 - 337 مسائل البيوع والمعاوضات.
- 73 المصدر السابق: و 31/ب، مسائل الطهارة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 74 مدارس النظر إلى التراث ومقاصدها، د/ لخضاري خضر: ص 80.
- 75 الملح والمستطرفات؛ هي المسائل الفقهية الحسنة؛ ظاهرها الغرابة وتحتاج إلى اجتهاد، لترويض من يطالع الفقه.
- 76 الدرر المكنونة: و 206/أ، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 77 المصدر نفسه: و 190 / ب، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 78 مدارس النظر إلى التراث ومقاصدها: ص 88.
- 79 المعيار المعرب: 351/5.
- 80 انظر هذه القاعدة في: الفروق للقرافي: 301/1 الفرق 26، والمحصول للرازي: 192/2، المجموع المذهب للعلائي: 570/2، وقواعد المقرئ: 393/2 قاعدة 144.
- 81 الدرر المكنونة: و 191/ب حتى و 194/أ، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 82 المصدر نفسه: و 240/ب، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 83 عرفها القرافي بقوله: (هي جواز الإقدام على الفعل مع اشتها المانع منه شرعا). شرح تنقيح الفصول: ص 85.
- 84 المصدر السابق: و 250-251، مسائل الذكاة [نسخة المكتبة الوطنية].

- 85 المصدر نفسه: و33، مسائل الطهارة [نسخة المكتبة الوطنية]؛ في القاعدة الأولى انظر: البحر المحيط للزركشي: 374/3، والتحجير شرح التحرير للمرداوي: 938/2، وفي القاعدة الثانية انظر: البحر المحيط: 345/1، وبيان المختصر للأصفهاني: 347/1.
- 86 المصدر نفسه: و34-35، مسائل الطهارة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 87 المصدر نفسه: و243/أ، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 88 المصدر السابق: و244/ب، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 89 المصدر نفسه: و137/أ، مسائل الجهاد [نسخة الحرم المدني].
- 90 المصدر نفسه: و111/أ، مسائل الجهاد [نسخة الحرم المدني]، العموم المطلق ويسمى عموم الصلاحية، وعموم الشمول؛ وتسميته عاما باعتبار أن موارده غير منحصرة لا أنه في نفسه عام، ويقال له عموم البدل أيضا؛ والفرق بينهما: أن عموم الشمول كلي ويحكم فيه على كل فرد، وعموم الصلاحية كلي لا يمنع تصوره من وقوع الشركة. المحصول: 353/1، والبحر المحيط: 98/4.
- 91 الدرر المكنونة: و218/أ، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية]، و110/ب، مسائل الجهاد [نسخة الحرم المدني]؛ من صيغ إفادة العموم النكرة في سياق الشرط؛ كقوله تعالى: ﴿وإن أخذ من المشركين استجارك﴾ وكقول القائل: من يأتي بهال أجازته؛ بخلاف النكرة في سياق الإثبات فلا تعم. البحر المحيط: 160/4.
- 92 الدرر المكنونة: و219/أ، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية]، و150/ب، مسائل الأنكحة [نسخة الحرم المدني].
- 93 البحر المحيط: 262/7، التحجير شرح التحرير: 3368/7.
- 94 المصدر السابق: و180/ب، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 95 المصدر نفسه: و240/ب، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 96 المصدر السابق: و240/ب، و248/أ، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 97 المصدر نفسه: و246/ب، مسائل الصيام [نسخة المكتبة الوطنية].
- 98 المصدر نفسه: و214/أ، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 99 المصدر نفسه: و214/أ، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 100 المصدر نفسه: و214/أ، مسائل الصلاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 101 المصدر نفسه: و227/أ، مسائل الجنائز [نسخة المكتبة الوطنية].
- 102 المصدر نفسه: و240/ب، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 103 المصدر السابق: و121، مسائل الطهارة [نسخة المكتبة الوطنية].

- 104 المصدر نفسه: و248/ب، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 105 المصدر نفسه: و34، مسائل الطهارة [نسخة المكتبة الوطنية].
- 106 المصدر نفسه: و234/ب، مسائل الزكاة [نسخة المكتبة الوطنية]، وانظر: مدارس النظر إلى التراث: ص 104.

The method of codification of new doctrinal issues in the view of Algerian scholars

Dr. Mehi GUENDOUZE *

ABSTRACT

Algerian scholars were interested in notation and writing in the new doctrinal issues, It is new developments that may occur to people, and they find hardship, and need to be answered from scholars and muftis. Some of the scholars who emerged in this field Faqih Abu Yahya Zakaria Almazzone in his book " dorar el-maknouna fi nawazil masouna ", and faqih Abu Abbas Alwancharisi in his book " el-meayar el-moarab", as well as the fatwas of Ebn zekri, and Mechdheli. This new doctrinal issues has been characterized by realism and taking into account the customs, conditions, and circumference of the person requesting the fatwa. It characterized also by scientific rooting for Fatwa, and use of Sharia purposes which was used by scholars Maalakis.

Keywords: new doctrinal issues - Fiqh - Maliki doctrine - Algerian scientists.

* Maître de conférence A : Faculté des sciences sociales et humaines,
Université de Tlemcen – Algérie.

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية

بقلم

أ. أحمد غمام عمارة (*)



ملخص

يسلط هذا المقال الضوء على مسألة أهمية سرعة الفصل في الخصومات، ودورها في تحقيق الأمن القضائي من بيان أهم مرتكزات وأركان القضاء في الإسلام، والتأصيل الشرعي لمبدأ سرعة الفصل في الخصومات، وتوضيح ملامح ومظاهر سرعة الفصل في القضاء وأثرها في تحقيق الأمن القضائي.

الكلمات المفتاحية: الخصومة - الأمن - القضاء - الحكم الشرعي - التعجيل بالحكم.

مقدمة

لم يكن واقع البشرية عموماً، والمسلمين خصوصاً بمنأى عن الخصومات والمشاحنات لارتباط مصالحهم وتنوعها، وهذا ظاهر في قضايا التملك والجوار، ومسائل المعاملات، وتفاوتهم في الأخذ بالإلزامات الشرعية، فهذا مؤتمن صادق، وذاك فاجر كاذب يتحين الفرص لنيل من حق أخيه الإنسان، فعالجت الشريعة الإسلامية هذه المشاكل بوضع جهاز قضائي يضمن للأطراف المتنازعة حقها بكل عدل وبكل صرامة، وهذا النظام القضائي قد تميز بجملة من الخصائص جعلته يتبوأ المرتبة العليا في تحقيق العدل، الذي عجزت عن توفيره أكثر النظم والقوانين الوضعية، التي تتغنى

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم العلوم الإنسانية - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي.

Ahmedabd99@gmail.com

بالديمقراطية وحقوق الإنسان ولعل من أبرزها:

1- ارتباط القضاء بتدين المكلف وهذا واضح من تشريع الإيمان بالله تعالى للحسم في القضايا المتنازع فيها بجعلها في طرق الإثبات.

2- استقلاليته عن كافة الضغوط والمؤثرات من الدولة أو الهيئات أو الأشخاص.

3- المساواة في الحكم القضائي بدءاً من مقدماته إلى تنفيذه بين جميع الشرائح الاجتماعية حاكمة أو محكوماً فيها.

4- الفصل في الخصومات وحسم النزاعات دون تسويق أو تماطل.

والتساؤل المطروح؛ ما مدى وصول جهاز القضاء إلى تحقيق الأمن القضائي والاجتماعي من خلال جديته وإسراعه في بتّ قضايا المختصمين؟ بمعنى جعل الناس يطمئنون إلى أحكامه وسلامة نتائجه، وهذا ما يعرف عند الباحثين بالأمن القضائي¹.

لهذا جاء المقال بغرض تسليط الضوء على سرعة الفصل في الخصومات، ودورها في تحقيق الأمن القضائي من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: أهمّ مرتكزات وأركان القضاء في الإسلام.

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لمبدأ سرعة الفصل في الخصومات.

المطلب الثالث: مظاهر سرعة الفصل في القضاء.

الخاتمة: آثار سرعة الفصل في الخصومة على المتنازعين.

وهذا بيان مختصر للعناصر المذكورة آنفاً.

المطلب الأول

مرتكزات وأركان القضاء الإسلامي

الفرع الأول: الاعتماد على العقيدة:

بالرجوع إلى مختلف مباحث القضاء في الشريعة الإسلامية، نجد أنها تختبر تدين المكلف، ومدى إيمانه بالله تعالى، بدءاً باختيار القاضي، أو عند رفع الدعوى من المدعي، أو تعامل القاضي مع الخصوم، أو الإدلاء بالشهادات، والقاسم المشترك بين

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام حمارة

القضاء الشرعي، والقضاء الوضعي هو الاعتبار القضائي، الذي ينظر إلى الظواهر الأمور ولا يكلف نفسه الغوص إلى أعماقها، والقسم الآخر الذي تنفرد به الشريعة هو الاعتبار الدياني، الذي يخاطب في المتخاضمين الشعور بعقيدة ورقابة الله تعالى على كل شيء، والإيمان بالجزاء والثواب يوم القيامة في محكمة رب العالمين ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ [سورة الكهف: 49]، ومن أمثلة حضور البعد العقدي في الجانب القضائي:

1- **اليمين:** والقاعدة الرئيسية في القضاء "أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"². ومؤدى هذه القاعدة أن المدعى عليه ينتجو من تبعات دعوى المدعي الذي يعجز عن إثبات مدعاه بالبينة؛ بمجرد الحلف بالله تعالى، وهو قول يستند إلى الوازع الديني.

2- **الإقرار:** وهو "إخبار بحق الغير على النفس أمام القضاء"³، وواضح من صيغة التعريف أن الإقرار فيه ركون إلى تدبّر الشخص واعتماد على أمانته، فلو ادّعى على صبي بأنّ بيعه باطل لأنّه صغير، لكنه يقرّ ويعترف ببلوغه، فيصدق لذلك، ويعتبر تصرفه نافذا، اكتفاء بإقراره دون اليمين؛ لأنّ الواقع يصدقه، ومن الأثر البين على اعتبار العقيدة في الجانب القضائي؛ تقليل الدعاوي والخصومات التي لا مستند لها؛ اتعاظا بما جاء عن النبي ﷺ فيما يرويه عنه عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «من حالت شفاعته دون حدّ من حدود الله فقد ضادّ الله، ومن خاصم في باطل، وهو يعلمه، لم يزل في سخط الله حتى ينزع عنه، ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخبال -عصارة أهل النار- حتى يخرج ممّا قال»⁴، لذلك قلّت الدعاوي والخصومات في الرعيّل الأول، حتى ورد عن الفاروق أنه مكث سنة بدار القضاء لا يأتيه خصمان في قضية.

- ومما يدعو إلى العجب القوانين الوضعيّة رغم أنها تستند إلى العلمانية، وعدم إقرارها بالتشريعات السماوية؛ إلّا أنّها هي الأخرى قد اعتمدت على عقيدة أحد المتداعيين، عند العجز عن إثبات الدعوى بواحد من الأدلّة المتعارف عليها، وهذا تسليم من المشرّع الوضعي بصحة قانون السماء، وأنه لا يمكن. مجال من الأحوال. فصل الإنسان عن دينه، وإنّ التدبّر هو الكفيل بحفظ حقوق النّاس.⁵

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام حمارة

- لذا نجد الإسلام حرص على غرس العقائد في النفوس قبل التكليف بالأحكام، لأنّها الضامن لصحة التنفيذ، وحسن السلوك، والبعد عن الانحراف، وهي الرقيب في الطّاعة الحقيقية في الممارسة والتّطبيق.

وللشيخ محمود شلتوت -رحمه الله- كلام نفيس حول الترابط بين العقيدة والشرعية، إذ أنّ القضاء جزء منها يحسن إيراده: «والعقيدة في الوضع الإسلامي هي الأصل الذي تبنى عليه الشرعية، والشرعية أثر تستتبعه العقيدة، ومن ثمّ فلا وجود للشرعية في الإسلام إلا بوجود العقيدة، كما لا ازدهار للشرعية إلا في ظل العقيدة... وإذا فالإسلام يحتم تعانق الشرعية والعقيدة، على أن تكون العقيدة أصلاً يدفع إلى الشرعية، والشرعية تلبية لانفعال القلب بالعقيدة، وقد كان هذا التعانق طريق النجاة، والفوز بها أعدّه الله لعباده المؤمنين، وعليه فمن آمن بالعقيدة وألغى الشرعية، أو أخذ بالشرعية وأهدر العقيدة لا يكون مسلماً عند الله، ولا سالكا في حكم الإسلام طريق النجاة»⁶.

الفرع الثاني: الالتزام بقواعد الأخلاق:

حرص الإسلام على أن تكون لقواعد الأخلاق أثر على كافة تشريعاته، خلافاً للقوانين الوضعية التي لا تلتفت نهائياً إلى الأخلاق والقيم إلا ما نصّ عليه القانون. * وهي تمتاز بالعموم والشمولية، فلا تعرف حدّاً، ولا تقف في زاوية، حتى على الخصم، والعدو، والمحكوم عليه، وحتى مع الكفّار. ولما كان فقه القضاء جزءاً من تشريعات الإسلام جاءت القوانين الأخلاقية لتنضبط عملية التقاضي وفق النماذج التالية:

- التحلي بما شرّعه الإسلام من الأخلاق في مجلس القضاء، فلا مكان لمقاطعة الخصوم لبعضهم قبل الانتهاء من الكلام، ولا مكان للسب والشتم والاحتقار أمام القاضي.⁷

- يدخل الخصوم على القاضي حسب أسبقيتهم إلى المجلس، وإن لم يعلم السابق منهم يقرع بينهم، مع أولوية تقديم النساء والمسافرين مطلقاً، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدل على أنّ لقواعد الأثر البارز في عملية الترتيب والأولوية، فليس من الأخلاق ولا

- المروءة أن يؤخر الغريب والشيخ الكبير والمرهق والضعيف.⁸
- إنَّ مقصد القضاء الأسمى هو فضّ النزاعات، وحسم الخصومات، ومنع الظالم عن ظلمه، ورد الحقوق إلى أهلها، وهل للأخلاق معنى آخر يختلف عن هذا؟!
- الاعتماد على صدق الشاهد، وقبول شهادته من غير أن يكلف بدليل على صدقه، ولم ينقل هذا عن أحد من المسلمين بل يؤخذ بما أدلى به استصحابا لحسن أخلاقه مع المسلمين.
- ويمكن أن نستخلص النتيجة والفائدة من اعتماد القضاء الإسلامي على الأبعاد والمعاني الأخلاقية فيما يلي:
- أن ارتباط تشريعات القضاء بقواعد الأخلاق يضمن إتقان عملية التقاضي، وأدائها بقدر كبير من الدقة والصواب.
- ارتباط تشريعات القضاء بالقيم الأخلاقية يمنع كل واحد من أصحاب الحقوق، أو أطراف عملية التقاضي من أن يتعسف في استخدام حقه؛ لأن صاحب الأخلاق يمتنع عن ظلم الآخرين، ويفرّ من جحود حقوق الناس.

الفرع الثالث: الموضوعية والنزاهة:

امتاز القضاء الإسلامي بالموضوعية التامة في تطبيق العدالة على جميع البشر دون التمييز بين كبير وصغير، وغني وفقير، ورجل وامرأة، ومسلم وكافر، وحاكم ورعية، ومواطن وأجنبي، وتطبق العدالة على الجميع، ولا أدلّ على ذلك من قصة المخزومية في الصحيحين "عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ قريشا أهمهم شأن المخزومية التي سرقت، فقالوا من يكلم فيها رسول الله ﷺ؟ فقالوا من يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ، فكلمه أسامة، فقال رسول الله ﷺ: "أتشفع في حدٍّ من حدود الله تعالى؟ ثم قام فاخطب ثم قال: "إنما أهلك الذين من قبلكم، أنتم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها."⁹

فهذا النص النبوي يلقننا درساً في حرص رسول الله ﷺ على تأكيد مبدأ العدل

والمساواة بين الناس؛ بإلغاء الفوارق المادية، فلا أنساب ولا أحساب أمام حدود الله تعالى، التي بينهم، تقام على الجميع، ولا تسقط لقرابة، ولا تخفف لهوى.

- وأسفرت الموضوعية عن وجهها أيضا في العهد النبوي؛ حينما حُكِمَ على مسلم مع تبرئة يهودي، وعند فتح مكة ردّ مفتاح الكعبة إلى مشرك، وأقام الفاروق الحدّ على ابنه، وغيرها من القضايا التي ظهر فيها التجرد والعدالة والموضوعية وعدم الخوف في الله تعالى لومة لائم.¹⁰

الفرع الرابع: استقلال القضاء:

إنّ القضاء في الإسلام سلطة مستقلة، لا يملك أحد التأثير عليها؛ حتى لو كان الخليفة أو الإمام أو السلطان أو الرئيس، وهذا يدل على شفافية القضاء في الإسلام ونزاهته، ذلك لأن القضاء إخبار عن حكم في الشرع، على وجه الإلزام¹¹، ويقوم به القاضي، وإذا تدخل آخر ذو وجهة وسلطة لتبديل الحكم العادل فهو مضاد للشرع الشريف.

المطلب الثاني

التأصيل الشرعي لمبدأ سرعة الفصل في الخصومات

إن من أسمى آيات القضاء العادل أن يوصل إلى المتنازعين حقوقهم في أسرع وقت؛ مما يستدعي التعجيل في النظر في الخصومات والدعوى والبتّ فيها، وهذه النصوص الشرعية من كتاب الله تعالى خير دليل على ما أثبتته في هذا الموضوع:

أولا: قال الله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِثِينَ خَصِيماً﴾ [النساء]

وقال الله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: 49].

والأمر المطلق يفيد الوجوب مع الفورية في العمل به كما يذهب إليه جماعة من الأصوليين¹² وهذا إذا لم يوجد سبب يقتضي التأخير كما هو مقرر في أصول الشريعة الغراء الطافحة بنفي الحرج والعسر على المكلفين

قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [سورة البقرة: 185].

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام عمارة

قال الله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [سورة الحج: 78].

قال الله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلاّ وسعها﴾ [سورة البقرة: 286].

وتدور نصوص السنة النبوية الشريفة في هذا الفلك بمعنى أنها تحت على ضرورة الإسراع في حل قضايا الناس دون تطويل، وهذا من خلال قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنّما أقطع له قطعة من النار".¹³

فقد دل الحديث النبوي على أن الحكم بين المتشاجرين يكون فوراً عقب استكمال سماع أدلتها وحججها، لوجود حرف العطف "الفاء" في جمل الحديث الأخيرة، وهي تفيد الترتيب والتعقيب دون تراخ كما هو مقرر في علم النحو العربي.

- وأيدت هذا المعنى سنة النبي ﷺ العملية: بتعجيل الحكم بعد فهم القضية؛ حيث فصل في النزاع بين الأنصاري والزبير في جلسة واحدة. على سبيل المثال - حينما تشاجرا في أولية سقي أرضيهما المتجاورتين.¹⁴

وهذه واقعة أخرى في المداينات، فصل فيها النبي ﷺ فوراً، وطلب التنفيذ مباشرة، القصة يرويها الإمام مسلم في صحيحه عن عبد الله ابن كعب ابن مالك عن أبيه؛ أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينا له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما؛ حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف حجرته ونادى كعب ابن مالك؛ فقال يا كعب؛ فقال لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: "قم فأقضه".¹⁵

وتطلعنا السنة النبوية على نموذج آخر في قضاء رسول الله ﷺ الفوري في باب الجنائيات، هذا في قصة العسيف (الأجير) حيث طبق حد الرجم على الزانية المعترفة بما اقترفت، ولم يأمر النبي ﷺ بإحضارها ولا بحبسها قائلاً: «واغد يا أنيس إلى امرأة

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام حمارة

هذا، فإن اعترفت فارجهما»¹⁶.

- ولما كانت الشريعة الإسلامية مبنية على رفع الضرر، ودفعه وإزالته؛ فإنها تمنع إلحاق الضرر بأحد المتخاصمين في مجال التقاضي، نتيجة لتأخير في البت في القضايا، والذي يؤدي إلى مفسدات كثيرة، حاول الإمام ابن عاشور الإمام بأبرزها فقال، «وهو - أي الإسراع في فصل القضايا بين المتنازعين - مقصد من السمو بمكانه، فإن الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعينه، بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره يثير مفسدات كثيرة؛ منها:

- حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه، وهو ضرر به.

- ومنها: إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له وهو ظالم للمحق.

- ومنها: استمرار المنازعة بين المحق والمحق، وفي ذلك حصول الاضطراب بالأمة، فإن كان في الحق شبهة في الخصمين، ولم يتضح منهم المحق والمحق، ففي الإبطاء مفسدة بقاء التردد في تعيين صاحب الحق وقد يمتد النزاع بينهما في ترويح كل شبهته وفي كلا الحالين تحصل مفسدة تعريض الأخوة الإسلامية للوهن الانهدام.

- ومنها: تطرق التهمة إلى الحاكم (القاضي) في تربيته بأنه يريد إملال المحق حتى يسأم متابعة حقه فيتركه، فيتنفع المحق ببقائه على ظلمه فتزول حرمة القضاء من نفوس الناس، وزوال حرمة من النفوس مفسدة عظيمة»¹⁷.

وتقف المواثيق الدولية إلى جانب الشريعة الإسلامية في تأكيد مبدأ سرعة الفصل في الخصومة، فنص العهد الدولي في الحقوق المدنية والسياسية في المادة الرابعة عشر على أن لكل فرد عند النظر في أي تهمة جنائية موجهة؛ له الحق في أن يجري محاكمته دون تأخير لا مبرر له، والأمر نفسه تضمنته المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان: في الفقرة الأولى منها: "لكل شخص الحق في محاكمة علانية عادلة خلال مدة معقولة، أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون".¹⁸

* مبررات التأخير في فصل الدعاوى:

واستثناءً من مبدأ وجوب الفصل الفوري في النزاعات، الذي يعتمد أساساً على

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام حمارة

التروي والتمهل، رخص الفقه الإسلامي في تأجيل النظر في الخصومات إذا وجدت أسبابه وهي:

1- رجاء الصلح بين المتخاصمين:

لا سيما بين الزوجين والأقارب وذوي الأرحام، أو عند خوف الفتنة وفي الدماء رجاء العفو، وتكررت مواضع النذب إلى الصلح في كتاب الله تعالى، وسنة نبيه ﷺ وهدى صحابته وأهمها: قوله تعالى: ﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾ [سورة النساء: 128].

﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ [سورة الحجرات: 09].

- أما من السنة فقوله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين".¹⁹

ولما تنازع عنده رجلان في موارث لهما قال لهما رسول الله ﷺ: "اذهبا فاقتما ثم توخيا الحق، ثم استهما ثم ليحلل كل منكما صاحبه"²⁰

- فقد ورد عن الفاروق عمر رضي الله عنه عبارات حاثّة على الصلح من مثل قوله: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن"، "ردوا الخصوم لعلهم أن يصطلحوا فإنه أكثر للصدق وأقل للخيانة"، "ردوا الخصوم إذ كانت بينهم قرابة فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن".²¹

2- إذا اشتبه الأمر على القاضي، وأراد بحث القضية بعمق، ويستشير غيره، فمن هدى الفاروق إذا اشتبه عليه أمر تروى فيه، وتدارسه شهرا، قال الشعبي رحمه الله: «كانت القضية ترفع إلى عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فربما يتأمل في ذلك شهرا، ويستشير أصحابه، لما ورد: التأيي من الله والعجلة من الشيطان».²²

ويكون هذا مثالا في الأمور القديمة كالعقارات وغيرها؛ لاسيما حين تعذر وجود الشهود وإحضارهم، فيحاول القاضي الإصلاح، وإن رفضه الخصمان، فلا يعجل في الحكم؛ بل ينتظر إلى بيان الأمر ووضوحه، وإن استعجل الفصل بطل حكمه، قال ابن قدامة في مغنيه: «وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت الحجة للأحد الخصمين حكم، وإن كان فيها لبس أمرهما بالصلح فإن ألبا آخرهما إلى البيان، فإن عجلهما قبل البيان لم يصح حكمهما»

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام حمارة

3- الإمهال لإحضار بينة غائبة أو دفع دعوى:

وهذا الاستثناء مأخوذ من كتاب عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في القضاء: «واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهي إليه، أو بينة عادلة، فإنه أثبت للحجة وأبلغ في العذر، فإذا أحضر بينته بذلك الأجل أخذ بحقه، وإلا وجهت عليه القضاء».

- ومفاد كلام عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن القاضي لا يتمكن من إصابة كبد الحقيقة إلا بعد توفر الأدلة الشرعية، فكيف يتمكن أن يصل القاضي إلى الحكم العادل الصحيح وبعض الشهود مسافرون؟ فمن العدل أن يُنظر المدعى مدة زمنية كافية يجمع فيها بيناته وأدلتها.

وفي هذا الصدد يقول ابن قيم الجوزية -رحمة الله عليه-: «هذا من تمام العدل؛ فإن المدعي قد تكون حجته أو بينته غائبة، فلو عجل عليه بالحكم بطل حقه، فإذا سأل أمدا تحضر فيه حجته أجيب إليه، ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام، بل بحسب الحاجة، فإن ظهر عناده ومدافعتة للحكم لم يضرب له أمدا، بل يفصل الحكومة، فإن ضرب هذا الأمد إنما كان بتمام العدل، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم».²³

ومما سبق يتضح أن الأصل في فض النزاعات الإسراع وعدم التباطؤ، والتأخير إنما يكون لأسباب؛ عدم مراعاتها يتنافى مع الوظيفة السامية التي من أجلها جعل القضاء؛ وهي تحقيق العدل بين الناس، وهذا الإسراع منحصر في مجال الإجراءات، وأصول المحكمات وتحديد الأوقات، والمواعيد والتأجيل، وليس على حساب الناحية الموضوعية التي يجب على القاضي فيها التأني والبحث والتقصي والسؤال عن الشهود، ودراسة القضية واستشارة العلماء فيها هذا من الناحية الشرعية، أما الأنظمة الوضعية وواقع المحاكم فهو مفعم بالشكليات التي تغل يد القاضي وتعرقل طريق العدالة، وتطول فيها الإجراءات، وتكثر فيه أساليب التحايل في إطالة أمد الدعوى، وتأجيل الجلسات لأتفه الأسباب، وتأخير البت وإصدار الحكم فيها متعددة ومعقدة، وكثيرا ما تضع الحقوق أو يموت أصحابها قبل الوصول إلى نهاية الدعوى والحكم والتنفيذ، وتستغرق الدعوى في أيامنا هذه شهورا كثيرة وسنين عديدة.²⁴

وأفرطت بعض الدول في التأجيلات التعسفية إلى أن وصل الأمر ببعض المحبوسين الذين لجأوا إلى الاستنكار والتنكر للجرائم المنسوبة إليهم، سواء بذواتهم أو عن طريق محاميهم، والبعض الآخر قام بإضراب عن الطعام، مما حتم تدخل الجمعيات المهتمة بحقوق الإنسان لأجل إنقاذ الموقف.

المطلب الثالث

أبرز المظاهر الدالة على تكريس سرعة الفصل في الخصومات

(1) تشريع القضاء المتخصص، وهذا في مختلف المؤسسات القضائية، إن في الزمان أو المكان، أو بحسب الحقوق المتنازع فيها، لكن الأهم الاختصاص النوعي، مثل محاكم الأسرة ومحاكم الجنايات ومحاكم المعاملات والأموال، محاكم العقارات وغيرها... وهذه الميزة بالإضافة إلى أنها تضمن جودة عملية التقاضي، حيث القاضي متخصص في ما ينظر فيه؛ فإنها أيضا تعمل على تسريع وتيرة القضاء فهي تركز عمل القاضي في موضوعات القضاء، أو في مكان ما، أو زمان ما لأشخاص محددين ومحصورين؛ مما يؤدي إلى تخفيف العبء على القضاة، لخلاف ما إذا كانت ولايتهم عامة، فإن هذا يعني تكليفهم في كافة النزعات والمسائل القضائية، وهذا بدوره يؤدي إلى بطء النظر في التقاضي فيها. والمستند الشرعي لفكرة الاختصاص القضائي أن القاضي نائب ووكيل عن الخليفة أو الرئيس، فيتقيد ويلتزم بما طلب منه النظر فيها، إن باعتبار الموضوع، أو الزمان أو المكان، ولا يتعداه إلى غيره، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في تعيين القضاة في بلد معين دون آخر.²⁵

وقال ابن قدامة - رحمه الله تعالى - متحدثا عن وظيفة الخليفة العامة للمسلمين: «ويجوز أن يولى قاضيا عموم النظر في خصوص العمل (اختصاص المكان) فيقلده النظر في جمع الأحكام في بلد بعينه، فينفذ حكمه في من سكنه، ومن أتى إليه من غير مكانه، ويجوز أن يقلد خصوص النظر في عموم العمل (الاختصاص النوعي أو الموضوعي)»²⁶ أما الاختصاص الزماني فقال فيه الماوردي: «ولو قال الإمام قلدتك النظر بين

الخصوم في كل يوم سبت جاز، وكان مقصور النظر فيه، فإذا خرج يوم السبت لم تزل ولايته قائمة في بقائها على أمثالها من الأيام، وإن كان ممنوع النظر فيما عداه من الأيام»²⁷ فمن كلام الفقهاء السابقين الذين لم يشيروا إلى أي خلاف في المسألة، يبدو أن الاختصاص القضائي بمختلف ضروبه وأنواعه مسألة لا خلاف فيها بين فقهاء الأمصار؛ لظهور نتيجهتها الإيجابية على صعيد الواقع؛ بتسهيل مهمة التقاضي، وأينما كانت المصلحة فثمّ شرع الله.

واعتبر العلامة ابن عاشور تعيين المذهب الفقهي الذي ينحوه القاضي في حسم النزاعات، كالإلزام بالمذهب المالكي مثلاً ونحوه من المذاهب، من أحسن الوسائل للتعجيل بفصل الحق وإظهاره²⁸.

(2) تشريع التحكيم: الذي هو نوع من القضاء الاختياري للخصوم، وذلك بأن يختار المتنازعان شخصاً يحظى بثقتهم؛ مع كونه خبيراً في موضوع الخلاف، ليبدى رأيه فيه، ويخلص إلى الحكم الشرعي.

ونص فقهاء المسلمين على مشروعية التحكيم؛ برغم أن حجته لا ترقى إلى حجية القضاء، لكنه يساهم مساهمة فعالة، في تخفيف العبء عن القضاة، ذلك لأنه وسيلة يلجأ إليها الخصوم، لاسيما حينما يستعجلون الحكم، ويزهدون في أروقة المحاكم التي تأخذ منهم وقتاً معتبراً، وتظهر الحاجة إليه في حل الخلافات البينية وهذا في مجال إصلاح ذات البين، وتحقيق الصلح في الأفراد، وفكرة التحكيم كانت معروفة عند العرب، وأكثر كنههم "أبو الحكم"، وأقرها القرآن الكريم في مواضع عدة منها:

- قال الله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً﴾ [سورة النساء: 35]. وهذا في إطار الصلح بين الزوجين ومثلها قول الله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ [سورة النساء: 128].

وقال الله تعالى: في مجال الصلح بين الطوائف الإسلامية المتقاتلة: ﴿وإن طائفتان من

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام عمارة

المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما، فإن بغت إحداهما على الأخرى، فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين ﴿الحجرات: 09﴾

وقد مارس كبار الصحابة التحكيم في وقت الأمن والإيمان، ولم يذهبوا إلى القضاء الرسمي المعتمد؛ فعمر بن الخطاب وأبي ابن كعب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حكماً زيد بن ثابت لما تخصما في أرض حكم بينهما، وتحاكما عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكن قاضياً رضي الله عن الجميع.

ودائرة التحكيم ضيقة؛ إذ أنه في المذهب المالكي يجري في الأموال وما في معناها، ولا يجوز في حدود الله ولا في القصاص، ولا في الطلاق أو النسب، ولا العتاق ولا الولاء، وعللوا خروجه من التحكيم الجائر لأنها تستلزم إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين، وهم لم يرضوا بحكم الحكم³⁰.

- لكن إذا صدر التحكيم، فلا يملك أي من المتخاصمين رفضه، ويصير لازماً في نظر جمهور الفقهاء حنفية ومالكية وحنابلة³¹.

(3) إمداد القاضي بأعوان: من المعلوم في فقه القضاء، أن للقاضي أن يتخذ أعواناً له في مجلسه كالنواب، والكتبة، والمزكين، والمترجمين³²، وما جاز هذا على ألسنة فقهاءنا إلا من أجل تخفيف الأعباء على القاضي، والقيام ببعض الأعمال، التي لا يتسع وقته للقيام بها، مثل مهمة المزكي الذي يبحث في السر عن حال الشهود الذين يجهلهم القاضي، ولا يعرف شيئاً عن سلوكهم وعدالتهم، ويضطر لأن يقضي بشهادتهم، فتسخير الأعوان للقاضي يقلل من حجم الوقت المستغرق في بحث قضية واحدة.

(4) تجويز القضاء على الغائب: وهذا مذهب جماهير الأئمة، عدا الحنفية³³، ومعنى الغائب عند المجيزين هو من كان خارج مجلس القضاء، والمقصد من إجازة القضاء على الغائب هو الحفاظ على الحقوق التي لا تقبل الانتظار إلى عودة الغائب وانتظاره قد يسبب تعقيداً وتطويلاً لمدة الخصومة.

الخاتمة

- مبدأ سرعة الفصل في الخصومة معمول به منذ بزوغ شمس القضاء في الإسلام، وانطفأت جذوته بعد استبداله بقوانين مستوردة من الغرب، وإن ساندت هذه القوانين القضاء الإسلامي نظرياً.

- جفاء القوانين الوضعية وابتعادها عن المعاني العقدية والأخلاقية يجعلها محلّ سخرية وإهمال.

- سرعة رد الحقوق إلى أصحابها، ينتج عنها القضاء على النزاعات الكائنة بين أفراد المجتمع، مما يوفر الأمن الاجتماعي الناتج عن الأمن القضائي.

- المحافظة على وحدة المجتمع، وتماسكه، وحمايته من التمزق والفرقة والانحيار لأن هذا محرم بنص القرآن: ﴿واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا﴾³⁴ [آل عمران: 103]

- إن الإسراع في فصل القضايا يزرع الثقة في النفوس، وهذا مما يدفع الناس إلى الاحتكام إلى القضاء الذي اطمأنوا إلى سلامة نتائجه وأحكامه، وإلاّ سلكوا مسالك أخرى؛ يسودها قانون الغاب، ومن ثمّ تنتشر الفوضى بين الناس، وهذا ما يتنافى والحكمة من تشريع القضاء.

- الهوامش:

¹ - عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية، ع7، ص4، ص: 47.

² - هذا الحديث عنوان به البخاري الباب السادس من كتاب الرهن باب إذا اختلف الراهن والمرتهن، رقم 2514 فتح الباري شرح صحيح البخاري (ط: 1؛ الرياض: دار طيبة، 1425هـ-2005م)، 333/6.

³ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل 215/7، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (لاط؛ دار إحياء الكتاب العربي، دت) 297/3،

⁴ - رواه أبو داود، صحيح سنن أبي داود، كتاب الأفضية، باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها (لاط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، دت) 117/2

⁵ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (ط: 1؛ دمشق: دار القلم، 1418هـ-1998م) 63/1 -

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام عمارة

65

- ⁶ - محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، (ط: 18، القاهرة: دار الشروق، 1421هـ-2001م) ص: 11.
- ⁷ - عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1409هـ-1989م)، ص: 123.
- ⁸ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء، المرجع نفسه، ص: 126.
- ⁹ - رواه البخاري، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 8، ص 123.
- ¹⁰ - محمد الرحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - (ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 1423هـ-2002م)، ص: 32.
- ¹¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مع فتح العلي المالك للشيخ عليش (لاط؛ بيروت: دار الفكر، دت) ص 1.
- ¹² - ينظر: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (ط: 1، دمشق: دار الفكر، 1406هـ-1986)، ج 230/1
- ¹³ - رواه البخاري، كتاب المظالم، باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 6، ص: 276، رقم الحديث 2458.
- ¹⁴ - البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المسافة، باب سكر الأنهار، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 6/162 رقم الحديث: 2360.
- ¹⁵ - النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب المساقاة والمزارعة، باب استحباب الوضع من الدين، (ط: 1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1347هـ-1929م)، ج 10، ص: 220.
- ¹⁶ - البخاري، فتح الباري، المرجع السابق، ج 6، ص: 106، رقم الحديث 2315.
- ¹⁷ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (ط: 2، الأردن: دار النفائس، 1421هـ-2001م)، ص: 508.
- ¹⁸ - جمعية عدالة، الأمن القضائي وجودة الأحكام، (لاط؛ الرباط: دار القلم، 2013م)، ص 72-73.
- ¹⁹ - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين (لاط؛ بيروت: دار الجيل، دت) ج 1، ص: 108.
- ²⁰ - رواه أبو داود في صحيح سننه، كتاب الأفضية، باب الصلح، (لاط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، دت)، 116/2
- ²¹ - محمد الزحيلي: التنظيم القضائي، المرجع السابق، ص: 312

أثر سرعة الفصل في الخصومة في تحقيق الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية ——— أ. أحمد غمام حمارة

- ²² - ابن القيم: إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج 1، ص: 110.
- ²³ - ابن القيم: إعلام الموقعين، المرجع السابق 110/1.
- ²⁴ - محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 32-33.
- ²⁵ - محمد الزحيلي، التنظيم القضائي، المرجع السابق، ص: 137.
- ²⁶ - ابن قدامة، المغني، ج 10، ص 92.
- ²⁷ - محمد بن حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية تح: أحمد مبارك البغدادي (ط: 1؛ الكويت: دار ابن قتيبة، 1409هـ-1989م)، ص: 98.
- ²⁸ - ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 512.
- ³⁰ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 292.
- ³¹ - ابن فرجون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 55.
- ³² - ينظر الزحيلي، التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص: 113 وما بعدها.
- ³³ - أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ص: 247-249.

The impact of prompt settlement of the litigation in the ensuring of judicial security in the Islamic law

Ahmed GHAMAM AMARA *

ABSTRACT

This research deals with the issue of the importance of prompt settlement of litigation, and its role in ensuring of security judicial, and that by addressing the most important basis of justice in Islam, and founding of prompt settlement of litigation, and to clarify the features and aspects of prompt settlement of litigation and their impact in the ensuring of judicial security.

Keywords: litigation - security - the judiciary - Islamic ruling - expedite the issuance of judgment.

* Maître-assistant A : Faculté des sciences sociales et humaines, Université El-oued – Algérie.

حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون

بقلم

د / يمينه شودار (*)



ملخص

فقد تطورت عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية، تطورا ملحوظا خلال النصف الثاني من القرن العشرين، محققة بذلك نجاحات باهرة، الأمر الذي استدعى البحث عن الحكم الشرعي والقانوني لهذه العمليات والضوابط التي تحكمها. ونشطت على المستوى الشرعي المجاميع الفقهية والمؤتمرات الدولية التي عقدت لهذه الظاهرة، مما شجع التشريعات في بعض الدول على تنظيم ذلك في نصوص قانونية، خاصة فيما يتعلق بوصية التبرع بالأعضاء بعد الممات. لذا سعت البحث عن حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون. ولدراسة الموضوع، ارتأيت أن أعالجه في ثلاثة مباحث أساسية، نعرض في المبحث الأول: تحديد مصطلحات البحث، وفي المبحث الثاني حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية فقها وقانونا، أما المبحث الثالث فخصصته لشروط وضوابط الوصية بالتبرع بالأعضاء. **الكلمات المفتاحية:** زراعة الأعضاء - التبرع - الوصية - الفقه - القانون.

مقدمة

تعد عمليات نقل الأعضاء من بين أهم التصرفات الطبية التي توصل إليها العلم الحديث والتي لا تزال مجال اهتمام رجال القانون والفقه، خاصة وأن عمليات نقل

(*) أستاذ معاضر "أ" بكلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر - الجزائر.

chouderamina@yahoo.fr

وزرع الأعضاء البشرية ما تزال تشغل دوائر الطب والفقه في أغلب البلدان، حيث ازدادت عمليات الزرع اهتماماً بضرورة وضع نظام قانوني متكامل لهذه العمليات حفاظاً على أطراف العلاقة في عملية التبرع من العبث بالذات البشرية قبل الموت أو بعده. سيما، وأن مسألة زرع الأعضاء تتداخل فيها ثلاث اعتبارات أولها المفهوم الطبي وثانيها النظر الشرعي وثالثها الاعتبار القانوني، ولا ينبغي الاعتقاد بأن هذه الاعتبارات الثلاث تتصارع لفرض أطروحتها، بل إن نسق السلوك البشري هو الذي يفرض هذا التدخل ليتحقق التكامل حول محور واحد هو الذات البشرية وحمايتها، حيث تعتبر حرمة الجسم وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع فيها الفرد والمجتمع على السواء، ولذلك كان حق الإنسان في الحياة هو المصلحة التي يحميها القانون، كي يؤدي الجسم وظائفه الأساسية والحيوية، حتى لا تعطل تعطيلاً أبدياً. فهل يجوز استئصال عضو من جسم إنسان ميت لغايات زرعها في جسم شخص آخر بناء على وصيته بعد الوفاة؟

للإجابة على هذا السؤال، لا بد من معرفة مدى مشروعية تنازل الشخص عن جزء من جسمه بعد الممات والاستفادة منه في نقل وزرع الأعضاء، وبيان شروط نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموتى وذلك ضمن المباحث التالية : تناولت في المبحث الأول تحديد مصطلحات البحث وفي المبحث الثاني حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية فقها وقانوناً وفي المبحث الثالث شروط الوصية بالتبرع بالأعضاء.

المبحث الأول

تعريف الوصية بالعضو

المطلب الأول: تعريف الوصية اصطلاحاً

عرف الفقهاء الوصية بتعريفات عديدة:

. عند فقهاء الحنفية:

- اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته، وبه ينفصل عن البيع، والإجارة والهبة؛

لأن شيئاً من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت.⁽¹⁾

ب - تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.⁽²⁾

. عند فقهاء المالكية:

أ - تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة⁽³⁾.

ب - هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به.⁽⁴⁾

ج - هي عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته⁽⁵⁾.

عند فقهاء الشافعية والحنابلة :

هي تبرع بحق مضاف لما بعد الموت⁽⁶⁾.

- هي التبرع بالمال بعد الموت⁽⁷⁾.

- هي التبرع بهال يقف نفوذه على خروجه من الثلث⁽⁸⁾.

- هي تحول الموصى به إلى الموصى له بعد الموت⁽⁹⁾.

التعريف المختار.

هو ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع. وهو التعريف الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 184 حيث عرف الوصية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. وهي من التصرفات التي تنشأ بالإرادة المنفردة وبذلك فالوصية هي عقد ملزم بجانب واحد وتجمع جل من التشريعات على هذا التعريف وتعتبره جامع ومانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته..

وبهذا المعنى تكون الوصية شرعاً جارية في الأموال والمنافع والديون.

وبهذا فإن الإيصاء بعض الأعضاء الميت لا يدخل في نطاق الوصية بمعناها الاصطلاحي الشرعي، لأن جثة الإنسان ليست تركة، ولكنها تدخل في المعنى اللغوي للفظ الوصية، إذ إن هذا اللفظ يُطلق بمعنى العهد إلى الغير، أو الإذن في القيام بفعل شيء حال حياة الموصي أو بعد وفاته⁽¹⁰⁾ لأن الإنسان لا يملك جسمه لأنه وديعة من

حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون د. ميمنة شودار

الله - عز وجل - لكن عز وجل - مكن الإنسان من الانتفاع والتصرف به ضمن حدود وضوابط شرعية معينة فليس للإنسان أن يفعل بنفسه أي فعل يخالف أمر الله، ولكن في حالة الوصية بالتبرع في عضو من أعضائه فإنه يبذل جزءاً من جسده ليستفيع به الآخرون ولينقذ أرواحاً من الآلام والمعاناة والهلاك، وهذا يندرج تحت قوله تعالى: "ومن أحيائها فكأنها أحياء الناس جميعاً" (11).

المطلب الثاني: معنى العضو اصطلاحاً

العضو لغة بضم العين أو بكسرهما والضم أشهر، والجمع الأعضاء وهو كل عظم وافر بلحمه، ويقال عضيت الشاة تعضية إذ جزأتها أعضاء، وقد يطلق العضو على الأطراف (12).

- العضو في اصطلاح الفقه الإسلامي :

أطلق الفقهاء على العضو عدة إطلاقات، فمنهم من أطلق لفظ العضو على كل جزء له وظيفة متميزة عما لغيره من الأعضاء كاليد والرجلين واللسان والعينين ونحو ذلك (13).

ومنهم من أطلق هذا اللفظ على كل جزء مستقل عن غيره بمفصل أو يكون مع غيره من الأجزاء عضواً أكبر، فالإصبع على حد قولهم هو عضو وكذا الكف، وهو يشمل اليد ككل أيضاً (14).

كما يطلق هذا اللفظ على ما لا وظيفة له سوى الجمال كالشعر مثلاً (15).

أما مجمع الفقه الإسلامي فقد عرف العضو البشري بأنه: - "كل جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحو ذلك كقرينة العين سواء كان متصلاً به أو انفصل عنه" (16).

والعضو كمصطلح طبي هو عبارة عن "مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلية والدماغ والقلب والأعضاء التناسلية وإلى آخره.. وكل نسيج من هذه الأنسجة يتألف من مجموعة من الخلايا يكمل بعضها عمل البعض الآخر، وتعد الخلية أصغر وحدة في المواد الحية" (17).

كما يعرف العضو بأنه: "قسم معين ومحدد بذاته من شأنه ان يؤمن وظيفة أو عدة وظائف معينة" (18).

أما معنى العضو في اصطلاح الفقه القانوني فمنهم من عرفه بأنه: "كل جزء حي من مكونات الجسم في الطبيعة لا يترتب على نقله تعريض حياة إنسان آخر للخطر" (19). وقد ذهب فريق آخر من فقهاء القانون إلى القول بأن لفظ العضو لا ينصرف إلى الكلى والرئة والكبد والأعضاء التناسلية فحسب بل إنه يشمل الدم والمني وقرنية العين وأجزاء العضو من هرمونات وجينات (20).

وبعد هذا الاستعراض الموجز للتعريفات المختلفة للعضو البشري، نرى بأن التعريف القانوني للعضو البشري جامع مانع هو "كل جزء من الإنسان يؤدي أو يساهم في تأدية وظيفة معينة داخل الجسم البشري أو خارجه بغض النظر عن كونه سائلاً أم صلباً" (21).

ومن هذا المنطلق فإن مصطلح العضو يتسع ليشمل أصغر جزء من مكونات الجسم البشري لتتسع معه الحماية القانونية لكل ما يحويه الكيان المادي للجسد. أما التشريع الجزائي، فإنه يعرف الأعضاء من خلال ذكر عناصر ومكونات الجسم، ولذلك فإن مفهوم الأعضاء في التشريع لا يعدو أن يكون أحد العناصر مثل الكبد، القلب والرئة والبنكرياس والنخاع العظمي والعين والقرنية والجلد، أو بمفهوم آخر كل ما تضيفي عليه لوائح وزارات الصحة وصف العضو غير أن تعريف العضو من خلال تعداد مكونات الجسم أمر خطير يثير الكثير من المشاكل القانونية لأنه قد يجعل مثلاً سرقة شريحة جلدية صغيرة كسرقة إحدى الكليتين أو قرنيات العين.

المبحث الثاني

حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء فقها وقانون

المطلب الأول: حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء فقها

إن البحث عن حكم المسألة مبني على مدى مشروعية عمليات نقل الأعضاء

البشرية من الأموات إلى الأحياء وما مدى قابلية حق الله وحق العبد للنقل والإسقاط. وذلك من خلال الفرعين الأساسيين:

الفرع الأول: مدى مشروعية نقل الأعضاء من الأموات.

لقد كرمت الشريعة الإسلامية جسد الأدمي حياً أو ميتاً، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽²²⁾ وإن سلب الحياة من الإنسان يعد إثماً عظيماً، وحذر الله سبحانه وتعالى ذلك فقال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمَّا لَقِئْنَا نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنْ قَتَلْتُمْ أَنْتُمْ كَانَتْ خَطَايَا كَبِيرًا﴾⁽²³⁾ ونهت الشريعة عن ابتذال جسد الإنسان وتشويهه والاعتداء عليه بأي لون من ألوان الاعتداء، ومن مظاهر التكريم للميت هو أن يعامل برفق أثناء احتضاره، وتلقيته الشهادة والصبر عليه حتى تصعد الروح إلى الله سبحانه وتعالى. وكذلك حرمت الشريعة الإسلامية المساس بجثة الميت في هذه المرحلة وأمرت بتغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه.

ونهى النبي ﷺ عن المساس برفاته وذلك وفق ما جاء في الحديث الذي رواه جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُمْ خَرَجُوا فِي جَنَازَةٍ، فَأَخْرَجَ الْحَفَارَ عَظْماً سَاقاً أَوْ عَصْداً فَذَهَبَ لِيَكْسِرَهَا فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: "لَا تَكْسِرْهَا فَإِنْ كَسَرَكَ إِيَّاهُ مِيتاً كَكَسَرَكَ إِيَّاهُ حَيًّا، وَلَكِنْ دَسَّهُ فِي الْقَبْرِ".⁽²⁴⁾

وكذلك روي عن طريق آخر أنه ما روي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قال رسول الله ﷺ "كسر العظم الميت ككسره حياً".⁽²⁵⁾

وجه الدلالة: دل الحديث على وجوب الرفق بالميت لأنه شبه عظمه بعظم الحي وهذا في الإثم وبلا شك في التحريم، وإن كان في التألم كذلك يحرم تألم الحي يحرم تألم الميت.⁽²⁶⁾

من هذه النصوص والأحاديث، يمكن أن ندرك مدى عظمة التشريع الإسلامي في تكريم الإنسان في حياته وعند مماته، ولكن يستثنى منها في ذلك حالة الضرورة التي تدعو إلى العلاج والتداوي، وإن اختلف الباحثون والفقهاء والمعاصرون في مشروعية

نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء بناء على ما ورد من أقوال لأئمة الفقهاء القدامى التي تؤكد إن حرمة الآدمي الحي أكد من حرمة الميت، أو لأن المضرة في أكل ميتة إنسان أقل من المضرة لفوات حياة إنسان⁽²⁷⁾.

وقد اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

القول الأول: جواز نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء ولكن بشروط وضوابط.

وذهب إلى هذا القول الدكتور محمد سعيد رمضان اليوطي⁽²⁸⁾، والشيخ جليل الميس⁽²⁹⁾ والشيخ محمد عبد الرحمن⁽³⁰⁾، والدكتور محمد محمد السقا⁽³¹⁾ والدكتور محمد سيد طنطاوي⁽³²⁾ والسيد حسن الشاذلي⁽³³⁾.

ومن هذه الشروط:

1. موافقة الإنسان قبل موته بتبرعه بأعضاء جسمه أو موافقة ورثته على ذلك⁽³⁴⁾.
2. أن تكون المصلحة المترتبة على نقل العضو أعظم من المضرة التي اقتضت حظره⁽³⁵⁾.
3. تحقق الضرورة⁽³⁶⁾.
4. إن لا يترتب على الأذن بعد الوفاة التمثيل بالميت⁽³⁷⁾.
5. أن لا يكون المضطر ذمياً أو معاهداً أو مستأمناً إذا كانت جثة الميت مسلم.
6. عدم بيع الأعضاء أو أخذ بدل مادي من قبل الميت قبل وفاته أو ورثته.
7. أن تؤمن الفتنة في أخذه ممن أخذ منه⁽³⁸⁾، وأن يكون المريض المنقول إليه كالعضو معصوم الدم.

واستدل المجيزون بعدة أدلة من الكتاب والسنة، ومنها:

قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾⁽³⁹⁾.

وجه الدلالة - أن الآية عامة في كل أنواع المحرمات التي يضطر إليها الإنسان ولا فرق بين ما كان لضرورة التغذية أو التداوي وعملية نقل الأعضاء من باب التداوي، وأن الآية استثنت حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيما رخصت للمضطر أن

يأكل الميتة والدم ولحم الخنزير والتي هي قاعدة عامة للضرورة حيث فصلها الله سبحانه وتعالى في هذه الآية وهو ما يقتضي وجود الإباحة في كل حال وجدت الضرورة⁽⁴⁰⁾.

. ومن السنة ما روي عن أبي الدرداء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ "أن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداؤوا ولا تتداؤوا بحرام"⁽⁴¹⁾ وجه الدلالة - إن الحديث أباح التداوي لكل الأمراض، وعملية نقل الأعضاء هي من قبيل التداوي، والتداوي بالمحرم ممنوع في الأحوال الطبيعية غير الأحوال الاضطرارية، ولكن في حالات الضرورة يصبح المحرم فيها مباحاً⁽⁴²⁾.

- واستدلوا أيضاً بالقواعد الفقهية التي تؤكد على الضرورة منها قاعدة الضرر الأخف يتحمل لدفع الضرر الأعظم وكذلك الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، والضرورات تبيح المحظورات وكذلك قاعدة "اختيار أهون الشرين" ونلاحظ أن الضرر الأشد هنا يتمثل في بقاء الإنسان الحي عرضة للمرض الشديد الذي يؤدي إلى هلاكه، والضرر الأخف هنا يتحمل من أخذ شيء من أجزاء الميت لعلاج الإنسان الحي، فحرمة الحي أكد من حرمة الميت⁽⁴³⁾.

القول الثاني:- عدم جواز نقل الأعضاء من الميت إلى الحي وإلى هذا ذهب الشيخ آدم عبد الله علي⁽⁴⁴⁾. والدكتور عبد السلام السكري⁽⁴⁵⁾، والشيخ حسن السقاف⁽⁴⁶⁾، والشيخ عبد الله الغماري⁽⁴⁷⁾، والشيخ محمد متولي الشعراوي⁽⁴⁸⁾، والأستاذ أبو الأعلى المودودي⁽⁴⁹⁾.

واستدلوا :

1- الكتاب - قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽⁵⁰⁾.

وجه الدلالة - أن نقل الأعضاء من الميت إلى الحي ينافي الكرامة البشرية بصفة عامة وتكریم الإنسان للميت بصفة خاصة⁽⁵¹⁾؛ وذلك أن جسد الآدمي ملك لله تعالى وهذا أن الإنسان لا يجوز أن يوصي أو يتبرع بشيء من أعضائه بعد موته⁽⁵²⁾.

2 - وفي السنة النبوية -

أ- ما روي عن أبي داود بسنده عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قال رسول الله ﷺ: " كسر عظم ميت ككسر عظم حي في الإثم " (53).

وجه الدلالة - إن احترام الإنسانية يشمل الحي والميت كليهما على السواء وإن عظم الميت له حرمة عظم الحي، فإن كسره يؤدي إلى انتهاك حرمة الميت وإن كان حياً وكسره يؤدي إلى انتهاك حرمة (54).

ب- ما روي في الصحيحين عن أسماء بنت أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن لي ابنة عريساً أصابها حصبة فتمزق شعرها أفأصله؟ فقال: لعن الله الواصلة والمستوصلة. (55)

وجه الدلالة - يدل الحديث على أمرين:

- 1- أن العلاج بنقل عضو من إنسان ميت إلى آخر حي لا يجوز وفاعله يلعن.
 - 2- إن من أصيب بداء فقد بسببه شعراً أو عضواً لا يجوز أن يكمله من شخص آخر ومن هنا أنه إذا كانت هناك مصلحة ومنفعة راجحة فأن الحرمة تنتفي، وكذلك أن الأدمي بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بهذا الجزء المنفصل منه إهانة له (56).
- إن درء المفسد مقصود شرعاً، والتبرع يعتبر مفسدة عظيمة تربو على مصالحه إذ فيه إبطال لمنافع أعضاء الجسم المنقول منه، مما يؤدي إلى الهلاك أو على الأقل يؤدي على التقاعس عن أداء الواجبات والعبادات (57).

من هذه الأدلة ورغم قوتها، إلا أن هناك مصالح متداخلة في مسألة نقل الأعضاء، وما بينه الفقهاء من جوازهم للمداواة بعظم الميت أو الأكل من الميتة عند الضرورة، تجعلنا نقف على شيء هام وهو قول الفقهاء: "إن حرمة الحي أكد من حرمة الميت" ومن هذه النصوص الواردة: إن إباحة نقل الأعضاء من الميت إلى الحي توافق رأي الفقهاء في بعض المسائل منها ما نقل عن الحنفية من جواز شق البطن من أجل المال، أو شق بطن المرأة من أجل سلامة ولدها، وأن العلة في هذا هي سلامة الجنين والمحافظة على كرامة

الإنسان وكذلك لأن حق الأديمي الحي مقدم على حق الميت⁽⁵⁸⁾.

بالإضافة إلى الفتاوى الواردة بإباحة نقل الأعضاء من الميت إلى الحي وبالشروط التي وضعوها وكذلك قوة أدلتهم يمكن أن نقول أن الراجح هو إباحة نقل الأعضاء من الميت إلى الحي .

حيث قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي⁽⁵⁹⁾، وقرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وقرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، وفتوى دائرة الإفتاء المصرية⁽⁶⁰⁾.

كما توجد بعض الفتاوى الصادرة في الجزائر التي تحت على إباحة استئصال الأعضاء والأنسجة والخلايا من الموتى وزرعها للأحياء ومنها فتوى أصدرتها لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20/04/1972 تحت عنوان نقل الدم وزرع الأعضاء وجاء فيها " أن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية والشرائع السماوية، ومن أغراض الشريعة حفظ النفس والمال والعرض والدين والعقل، إذ يجب إنقاذ الأنفس من الهلاك وذلك من فروض الكفاية على من استطاع." وتابعت فتوى المجلس تقول أن استعمال أعضاء من مات لا تخلو من أحوال ثلاث أوردتها في تبرع المنقول منه بعضو حيال حياته، أو تبرع بعضو ميت من طرف وليه الشرعي كأبيه وأمه وزوجه، أو إذا لم يأذن الميت بذلك حال حياته أو يأذن وليه أو السلطان فإنه يمكن أن يأذن في تشريح الجثة وأخذ الأعضاء منها إذ اقتضت ذلك المصلحة الراجحة وهذا هو الإذن العام.

كما نجد فتوى الشيخ أحمد حماني التي أصدرها في 14/02/1985 والتي أفتى فيها بجواز استعمال أعضاء المتوفين معتبرا إياها استحسان تبيحه الضرورات، غير أن مجمل هذه الفتاوى تذكر عبارة الشخص الميت دون أن تحدد معيارا لمعرفة لحظة هذه الوفاة والتي في حقيقة الأمر تثير إشكاليات كبيرة خاصة في قضايا الميراث المادة 126 من قانون الأسرة، ذلك أن المشرع الإسلامي الجزائري لا يتعامل معها بشكل جدي فهو لم

يأخذ بمعيار موت الدماغ الذي سبق وأن أقره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة كما سبق القول، ولعل سبب ذلك يرجع إلى أن الأخذ بهذا المعيار يحتاج على إمكانية طبية وعلمية وهو الأمر المفتقد في معظم الدول الإسلامية.

الفرع الثاني: مدى قابلية حق الله وحق العبد للنقل والإسقاط.

بموت الإنسان ينقطع عنه جميع الحقوق التي مبناها على الحياة، ويبقى له حق الإكرام بالغسل والتكفين والحمل والدفن والتوجيه إلى القبلة والصلاة عليه والدعاء له والاستغفار له، بالإضافة إلى صيانة جثته عن المثلة، وغير ذلك. وهذه الحقوق وإن كانت حقوقاً خاصة بصاحبها، لكن فيها حقاً لله عز وجل حتى لا يصح إسقاطها بالإسقاط⁽⁶¹⁾.

يرى أغلب العلماء أن حق الله تعالى وحق العبد يختلفان من حيث قابلية كل منهما للإسقاط والنقل، فنصّوا على أن الأصل في حق العبد أن الخيرة فيه لصاحبه ينصرف فيه بالنقل والإسقاط وغيرهما من أنواع التصرفات. وعلى أن الأصل في حق الله (حق الجماعة) أنه لا يجوز التصرف فيه بالنقل والإسقاط إلا لمسوغات شرعية تحكمها قواعد محددة.

وفي تقرير هذين الأصلين يقول ابن قيم الجوزية: "والحقوق نوعان: حق الله وحق الآدمي، فحق الله لا مدخل للصالح فيه... وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليها"⁽⁶²⁾.

ويقول الشاطبي: "حق الله ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف، كأن له معنى معقول أو غير معقول"⁽⁶³⁾، ويقول في موضع آخر: "كل ما كان من حقوق الله فلا خيرة فيه للمكلف على حال، وأما ما كان من حق العبد في نفسه فله فيه الخيرة"⁽⁶⁴⁾.

ويقول القرافي: "ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبيد إلا وفيه حق الله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه... وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط، فكل ما للعبيد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما

ليس له إسقاطه فهو الذي نعني به حق الله تعالى " (65).

وكل أصل من هذين الأصلين يرد عليه استثناء، يكون حق العبيد فيه غير قابل للنقل والإسقاط، ويصبح حق الله قابلاً لذلك.

فأما الاستثناء الذي يمنع فيه العبد من التصرف بحقه بالنقل والإسقاط، فأساسه يرجع إلى أن الحق في الشرع، منحة من الله عوَجَل للعبد، فلا يثبت إلا بإثبات الشرع، والله سبحانه شرع الحقوق، وألزم العباد بمنهاج خاص في استعمالها والتصرف فيها، فإذا كان التصرف بالحق الخاص متعارضاً مع هذا المنهاج كان هذا التصرف محرماً، يقول العز بن عبد السلام: "ما من حق للعباد يسقط بإسقاطهم أو لا يسقط بإسقاطهم إلا وفيه حق الله وهو حق الإجابة والطاعة..." (66)، وأبرز معالم هذا المنهج منع الإنسان من التعسف باستعمال حقه بالإضرار بالآخرين وتضييع حقوقهم" (67).

وبناء على هذه القاعدة يحرم على صاحب الحق التصرف فيه بالإسقاط أو بالنقل إذا كان ذلك يؤدي إلى إسقاط حق الغير أو الإضرار به، سواء أكان المتضرر فرد أم كان المتضرر هو الجماعة، فلا يجوز للجار أن يتصرف في ملكه بما يؤدي جاره، وأمثلة ذلك كثيرة، أما إذا استعمل الشخص حقه في حدود المنهج الشرعي فالأصل، أن الخيرة له في ذلك ولا حَجَر عليه في حقه.

وأما الاستثناء الذي يشرع فيه التصرف بحق الله بالنقل أو بالإسقاط، فيكون عند تعارض الحقوق واجتماع المصالح والمفاسد، ولا يكون مفرّجاً من إسقاط بعضها أو نقله وجب ذلك أو جاز على وفق قواعد معينة استنبطها العلماء من نصوص الشرع وأحكامه، من أبرزها قاعدة ارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما، أو التضحية بأدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما.

ومما ذكروا من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة: جواز الميتة عند المخمصة، وشرب الحمر لإزالة الغصة، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وجواز أكل لحم الإنسان الميت للمضطر عند فريق من الفقهاء....، وجواز قطع اليد المتأكلة إنقاذاً للروح، وقطع

الإنسان فلذة من جسده لأكلها إذا كان مضطرا (وهذا عند الشافعية)،... وجواز شق بطن الميتة لإخراج ولدها إذا كانت حياته مرجوة،.... وأمثلة ذلك أكثر من أن تحصى⁽⁶⁸⁾، مما يدل على أن هذه القاعدة من أهم قواعد الشرع. ولم يختلف الفقهاء في حجية هذه القاعدة. وإن اختلفوا في تطبيقاتها، ويرجع ذلك إلى تقدير الواقع وتحقيق شروط تطبيقها.

وعليه، فإن أخذ عضو الميت بناء على وصيته ليس فيه إسقاط لهذه الحقوق، فإنه لا يتعارض مع ما ذكر، إلا ما قد يظن أن ذلك تمثيل بالجثة، وأغلب الظن أن هذا لا يعد مثله، لأن المثلة ليست مجرد أخذ العضو من الميت، وإنما المثلة هي أخذ العضو من الميت بقصد التشنيع والتشويه، وأما إن كان الأخذ بقصد تحصيل حق أو حماية حق فلا يعد مثله⁽⁶⁹⁾، حتى إن جمهور الفقهاء أجازوا شق بطن الميت لاستخراج مال ابتلعه أثناء حياته، ولم يعتبروا ذلك مثله بالميت وأجاز فريق من الفقهاء اتخاذ عظم الميت لجبر عظم الحي إذا تعين لذلك، وأجاز المعاصرون تشريح الجثة، للكشف عن المجرم، أو للتدريب، وأسسوا هذا الحكم على ما سلف ذكره.

وعلى فرض اعتباره نوعا من المثلة، فإن تحريمها - كما سبق - لحق العبد صاحب الجثة ولحق الله تعالى، والعبد قد أذن بحقه، والله سبحانه يأذن بنقل حقه إذا كان متعينا لإحياء حق له أعظم منه، بناء على قاعدة تحمل أهون الشرين لدفع أعظمهما.

فالوصية ببعض أعضاء الميت مما يحتاج إليه المريض لعلاج كالكلى والقلب ونحوهما - بناءً على ما سبق - أمر جائز شرعاً، لأنه من باب الصدقة الجارية، حيث يستمر ثوابها ما دام المريض المتبرع له منتفعاً بها، لقول الرسول الكريم ﷺ: "إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة، صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"⁽⁷⁰⁾ وكذلك الذي يوصي بجثته لكليات الطب لأغراض تعليمية علمية.

وقد ذكر الدكتور يوسف القرضاوي: "أن الصدقة ببعض البدن أعظم أجراً من الصدقة بالمال." كما أن الصدقة ببعض البدن فيه تكريم للميت المتبرع حيث يعيش هذا

العضو مع شخص حي بذل من أن يبلى ويتحلل بالتراب⁽⁷¹⁾ . إلا أنه وَصَّ ضابطاً لذلك، وهو ألا يكون التبرع بالجثة كلها أو بأكثرها مما يتنافى مما هو مقرر للميت من أحكام، من وجوب تغسيله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين والتبرع ببعض أعضاء الجثة لا يتنافى مع شيء من ذلك بيقين، ما دام الجسد الذي يغسل ويُكفن وإذا كان كذلك، فإن الوصية بالعضو جائزة إذا كانت منضبطة بالشروط، ويشمل ذلك جميع الأعضاء سوى ما كان له دخل في الأنساب كالخصية والمبيض، فإن سبب التحريم قائم في هذه الحالة أيضاً.

ومن أدلة الجواز : . قياس جواز الوصية بالتبرع على جواز التبرع بالأعضاء من الأحياء لمثلهم، فإن الوصية بها صحيحة، لأنه إذا جاز له التبرع بها حال حياته، جازت له الوصية بها بعد وفاته.

. قياس جواز وصية المتوفي بالتبرع ببدنه لمن يحتاج إليه، على جواز تبرع الإنسان بجزء من ماله لمصلحة غيره ممن يحتاج إليه، بل ويثاب عليه

إن التبرع ببعض البدن، يندرج ضمن معنى إحياء النفس لقوله تعالى: ﴿...من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً...﴾ [المائدة:32]، فالتبرع بالأعضاء إحياء نفس بشرية، وهو من أعظم العبادات التي يتقرب بها إلى الله عز وجل، إغاثة ملهوف، إنقاذ إنسان من آلام يتألم بها. لذلك يوصي الشيخ القرضاوي المسلمين بأن يتبرعوا بالأعضاء بوصية مكتوبة حال حدوث الوفاة في الحوادث وأن يوصوا بذلك في حياتهم لينتفع بها الناس بالشروط التي وضعها الأطباء⁽⁷²⁾.

وقد صدرت قرارات من المجامع الفقهية بخصوص هذا الموضوع واشترطت ضرورة إذن المتوفي قبل وفاته لإجازة النقل شرعاً من جثته، ومن هذه القرارات: القرار رقم (1) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بجلدة والذي نصه: "يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلام وظيفة أساسية فيه على

ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية ولا ورثة له⁽⁷³⁾.

وقد جاءت قرارات وتوصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي الصادرة سنة 1988 مؤكدة على جواز الوصية بالأعضاء معتبرة إياها من الخصال الحميدة.

كما يؤكد المشرع الجزائري بموجب القانون ضمن قانون الصحة رقم 85-05 المتمم بالقانون 98-09.. أن الوصية هي الوسيلة الوحيدة للتبرع المضاف إلى ما بعد الموت، على أن لا يتم الإيصال لشخص معين بالذات .

المطلب الثاني: الوصية بالتبرع بالأعضاء في القانون الجزائري

قرر المشرع الحماية المدنية والجنائية لحق الإنسان في سلامة جسمه، إذ أن جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية، وهو محل الحق في سلامة الجسم، وان استئصال عضو من جسد المريض غير مباح جنائيا، لأنه يتطابق مع النموذج القانوني لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم، مما يستوجب المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والجراح لذا يتعين معه البحث عن سبب شرعي وعن اعتبار قانوني لإباحة عملية نقل الأعضاء البشرية⁽⁷⁴⁾

وإذ المشرع الجزائري يقر بمشروعية نقل الأعضاء من شخص حي إلى آخر، لكنه يقيد ذلك الاستئصال بتوفر عدة شروط أهمها أن يكون الغرض علاجيا وأن تتم الموافقة المسبقة على أخذ الأعضاء كتابة وأن يكون الغرض من عمليات الاستئصال مجانيا بدون كسب أو ربح، وأن تجري العملية بالمستشفى العمومي المعتمد لذلك وأن يصدر الرضي والقبول من متبرع أو متنازل كامل الأهلية

إذ نص المشرع الجزائري على ذلك ضمن قانون الصحة رقم 85-05 المتمم بالقانون 98-09..⁽⁷⁵⁾

كما نص على صحة الوصية الواردة على الأعضاء البشرية وحجتهم في ذلك أن الوصية

باحثة للأغراض العلمية والطبية من المصادر المهمة التي تساعد في العمليات الطبية وفي نقل وزرع الأعضاء وبالتالي فإن الوصية متى كانت صادرة من شخص عبر عن إرادته السليمة الخالية من أي عيب في الأعضاء بجسمه أو بأحد أعضائه فإنها تكون قائمة وصحيحة. فكيف عالج المشرع الجزائري مسألة التبرع بأعضاء الأموات بناء على وصية المتوفى.

الفرع الأول: الأساس القانوني للوصية بالتبرع

في الحقيقة، إن معظم التشريعات التي تجيز التصرف في الأعضاء البشرية نذكر مصطلح التبرع، وأنه يجوز للشخص أن يتبرع بأعضائه حيال حياته، وله أن يوصي بها بعد وفاته لكن لا يوجد أي نص تشريعي في القوانين المقارنة يذكر بصراحة أن التصرف الوارد على الأعضاء يقصد به الوصية بمفهوم أحكام القانون المدني، ومع ذلك اتجهت بعض آراء شراح القوانين إلى القول بصحة الوصية الواردة على الأعضاء البشرية وحجتهم في ذلك: أن الوصية قررت للأغراض العلمية والطبية، وهي من المصادر المهمة التي تساعد في العمليات الطبية وفي نقل وزرع الأعضاء. وبالتالي فإن الوصية متى كانت صادرة من شخص عبر عن إرادته السليمة الخالية من أي عيب في الأعضاء بجسمه أو بأحد أعضائه فإنها تكون قائمة وصحيحة.

أن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت وهو ما لا يشكل خطر على حياة الموصي لأن حياته انتهت وانتزاع أحد أعضائه بغرض زرعها في جسم مريض أو تشريح جثته لغرض البحث العلمي لا يشكل اعتداء عليه، انطلاقاً من قاعدة مصلحة الحي أولى من مصلحة الميت ويجوز قطع عضو من الجثة لديمومة الحياة في شخص محتاج إلى كلية مثلاً⁽⁷⁶⁾.

المبحث الثالث

شروط الوصية بالتبرع فقها وقانونا

لقد قيد المشرع مسألة وصية التبرع بالأعضاء البشرية وزرعها للمرضى بعدة قيود أو شروط تعتبر ضرورية لانجاز العمليتين عملية أخذ الغرسة من الواهب وعملية زرعها في

جسم الموهوب له، فالأولى عملية تجري على جثة والثانية عملية زرع في جسم إنسان حي. وتمثل هذه الشروط في كمال الأهلية والغرض العلاجي أو الطبي وشكليات وإجراءات عملية أخذ الغريسة وإجراءات عملية زرع الغريسة في جسم الحي.

الفرع الأول: كمال الأهلية .

إن التعبير عن الإرادة بالترخيص أو المنع لأخذ الأعضاء من الواهب بعد مماته شرط ضروري لإجازة عملية الأخذ من الميت إذ يجوز لكل شخص راشد يتمتع بكامل أهليته⁽⁷⁷⁾ أن يعبر وهو على قيد الحياة ووفق الشروط المنصوص عليها عن إرادته بترخيص أو منع أخذ أعضائه أو أعضاء معينة منه بعد مماته. طبقاً للمادة 167 فقرة 02 وهنا التبرع يكون أشبه إلى الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

والغالب أن الشريعة الإسلامية هو أخذها بإذن الشارع الذي يعادل ترخيص القانون بالإضافة إلى إذن المريض، إذ لا يكفي أحدهما لتبرير الآخر، وإنما وجب توافر الاثنين معاً. والعلة من ربط إذن المريض بإذن الشارع هو فرض بعض القيود والضمانات على المعالج، والتي مفادها حماية المريض في صحته وجسمه، والتي من بينها قصد العلاج. فلا يجوز أن تتجه إرادة المعالج إلى غرض آخر وإلا قامت مسؤوليته الجزائية، هذه الأخيرة التي لا تجد لها أساس في حالة توافر الإذنين معاً، وهذا تطبيقاً للقاعدة الشرعية الكلية والتي مفادها بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان⁽⁷⁸⁾. فإذا فعل الشخص ما يجوز شرعاً فلا يسأل عما نتج عن قيامه بأعماله وإن سبب ضرراً.

ويختلف الأمر هنا بين ما إذا كان الأمر يتعلق بتبرع إنسان حي أو بتبرع إنسان قبل وفاته. تبرع الإنسان الميت أثناء حياته: وهذا النوع من التبرع يختلف عن التبرع الوارد على أعضاء إنسان حي ذلك أنه يأخذ ثلاث حالات:

الحالة الأولى: حالة ما إذا أبدى المتبرع موافقته أثناء حياته على قبوله التبرع فهنا يجوز انتزاع أعضاءه بعد وفاته طبقاً للمادة 167 فقرة 02 وهنا التبرع يكون أشبه إلى الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

الحالة الثانية: حالة ما إذا توفي الشخص دون أن يبدي موافقته، في هذه الحالة فالأصل أنه لا يجوز انتزاع أعضاءه لكن يجوز استثناءا إذا تمت موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة وذلك حسب ما تنص عليه المادة 167 فقرة 02، كما تنص نفس المادة فقرة 03 على أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المتبرع قبل وفاته، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير الأجل يؤدي إلى عدم صلاحية العضو.

الحالة الثالثة: حالة ما إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على انتزاع أعضاءه، في هذه الحالة فإن المادة 165 تمنع القيام باقتطاع أعضاءه منعاً باتاً.

وفي كل حال فسواء تعلق الأمر بالتبرع الصادر من إنسان حي أو الصادر من إنسان ميت فإنه وطبقاً للمادة 163 فإنه لا يعتد بإرادة القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، أو المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل. أما إذا كان الشخص المتوفى قاصراً أو كان راشداً إلا أنه فاقد الأهلية بسبب الجنون أو العته فإنه يعتبر خاضعاً للحماية القانونية، إذ لا يجوز أخذ عضو من أعضائه إلا بموافقة ممثله القانوني.

لأجل ذلك اعتنت التشريعات بتنظيم الولاية أو الحجر، والولاية وصاية على العاجزين عن الإشراف على حياتهم بسبب الصغر أو الجنون، لأنهم غير قادرين إما جسدياً أو عقلياً على تأمين حياتهم واستقلال شخصيتهم، مما يجعلهم بحاجة إلى من يؤمن حياتهم ويرعى مصالحهم للتمييز بين الضار والنافع من التصرفات والأعمال. وإذا كان المتوفى قاصراً أو كانت به إحدى عوارض الأهلية فإن استئصال أجزاء من جثته يخضع لعدة قيود، فيجب من جهة عدم اعتراض القاصر قبل وفاته، فإذا اعترض فيجب الاعتداد باعتراضه وذلك بصرف النظر عن رأي الممثل القانوني.

فالمرجع جعل رأي القاصر فوق أي اعتبار، فعدم اعتراض القاصر لا يعني افتراض

قبوله كما هو الحال بالنسبة للبالغ، فالقاصر لم يكن قادراً في حياته على إصدار رضا يعتد به للتنازل عن جسمه، ومن لم يكن يملك الرضاء لا يمكن القول بافتراض قبوله، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه، ولهذا يجب أن يوافق على الاستئصال الممثل القانوني ويلاحظ على المشرع انه استعمل عبارة الممثل القانوني⁽⁷⁹⁾

نخلص من ذلك أن الشخص أن كان كامل الأهلية فهو مالك لحق التصرف في جثته عند مماته، ذلك أن الإنسان يملك الحق في الإذن قبل وفاته بالتصرف في جثته أو بأجزاء منها لغرض علاجي أو علمي.

وفي كل هذا فإنه وسواء تعلق الأمر بالتبرع الصادر من إنسان حي أو الصادر من إنسان ميت، فإنه وطبقاً للمادة 163 فإنه لا يعتد بإرادة القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، أو المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل.

.إذن الأسرة بالتصرف في جثة المتوفى

في حالة ما إذا توفي الشخص دون أن يبدي موافقته، فالأصل أنه لا يجوز انتزاع أعضاءه لكن يجوز استثناء إذا تمت موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوية التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي أسرة وذلك حسب ما تنص عليه المادة 167 فقرة 02، كما تنص نفس المادة فقرة 03 على أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون موافقة المتبرع قبل وفاته، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثليه الشرعيين أو كان تأخير الأجل يؤدي إلى عدم صلاحية العضو.

والميت الذي لم يعقب وارثاً، إذا مات ببلد إسلامي تحت ولاية سلطان مسلم، يحكم بالشرع، ويقيم الحدود، وينفذ أحكام الإسلام، فالسلطان ولي من لا ولي له، فهو يقوم مقام الوارث له.⁽⁸⁰⁾

وقد حدد المشرع الأشخاص المؤهلين للإذن بأخذ الأعضاء من المتوفى الذي لم يعبر عن ذلك قيد حياته وهم : الزوج أولاً ويليهِ الأصول ثم الفروع بمعنى أنه يمنع اخذ

الغريسة من المتوفى في حالة صدور اعتراض الزوج وإن لم يكن الزوج فالأصول (الأب أو الأم) وإن لم يكن الأصول فالفروع .

الفرع الثالث: الشكلية والإجراءات: إن التصرف الوارد على الأعضاء البشرية يشترط لقيامه شكليات وإجراءات معينة وهو يختلف أيضا حسب كل حالة. الحالة الأولى: التبرع الصادر من إنسان حي: إن المشرع الجزائري اشترط وبصورة صريحة وطبقا للمادة 162 من قانون الصحة أن تتم موافقة المتبرع كتابة. وإن كان لم يحدد لنا ماذا يقصد بالكتابة هل هي الكتابة الرسمية أم يكفي أن يحرر محضر بموافقة المتبرع وتتم هذه الكتابة وفق الإجراءات التالية: (81)

1- حضور شاهدين اثنين.

2- إيداعها لدى المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

3- ضرورة إخبار الطبيب للمتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الانتزاع إلا أنه لم يشترط في المتوفى الذي عبر عن موافقته في التبرع بأعضائه بعد وفاته أن تصدر الموافقة في شكل مكتوب وهو ما نلمسه من سكوت المادة 164 من قانون الصحة التي أوجبت شرط الموافقة فقط ونفس الشيء في موافقة الأقارب المذكورين بالمادة 164 قانون الصحة لم يذكر المشرع أي شكلية أو إجراء معين لإبداء هذه الموافقة.

وهذه الشكلية لم تشترط في المتبرع فقط وإنما اشترطت حتى في المستقبل إذ نصت المادة 166 على أنه لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا بعد أن يعرب المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين، ونصت الفقرة الثانية على أنه إذا لم يكن المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الوارد بالمادة 164 أن يوافق على ذلك كتابيا، وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو للأم أو للوالى الشرعي حسب الحالة، وأما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالوالى الشرعي ويتم التعبير عن الموافقة وفق الإجراءات التالية:

حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون ————— د. ميمنة شودار

- إعلان الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك.

- غير أن المشرع رتب على ذلك استثناء في المادة 166 فقرة 04 يجوز فيه نزع الأنسجة والأعضاء دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 166 في حالتين:

إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية.

-إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل.

-ويشترط في كل ذلك أن يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين.

فقد ألزمت المادة 18 على الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصا لأخذ الغريسة أن يتلقى تصريح الشخص المعالج داخل المستشفى برفض أخذ أعضائه أو بعضها منها، ويسجل ذلك في سجل خاص ويجب أن يبلغ هذا التصريح إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية .

2. إجراءات عملية اخذ الأعضاء

فقد ألزمت المادة 18 على الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصا لأخذ الغريسة أن يتلقى تصريح الشخص المعالج داخل المستشفى برفض أخذ أعضائه أو بعضها منها، ويسجل ذلك في سجل خاص ويجب أن يبلغ هذا التصريح إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية وفقا لأحكام المادة 18، فإنه يجب أن يشار إلى ذلك في السجل المعد لذلك وخصوصا تصريحات أسرته التي يجب على الطبيب أن يبذل جهده للحصول عليها المادة 19

ويجدر القول أيضا، أن المشرع الجزائري شأنه شأن باقي التشريعات إذ نظم عمليات اقتطاع الأعضاء برفض قيود تنظيمية على المؤسسات الصحية، وكذا على الأطباء

القائمين بهذه العمليات وأخرى قانونية لتجنب التعامل التجاري بالأعضاء. وتمثل القيود التنظيمية المفروضة على المؤسسات الصحية في حصر قانون الصحة المراكز الصحية المرخصة لممارسة نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المستشفيات التي سيصدر بتحديد قرار من وزير الصحة، ويبين هذا القرار الصادر الشروط الواجب توافرها في المستشفيات "لا ينزع الأطباء الأنسجة البشرية ولا يزرعها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك وزير الصحة...." وطبقا لهذه المادة أصدر وزير الصحة قرار رقم 19 المؤرخ في 19/03/23 1991 تضمن هذا القرار كيفية تطبيق المادة 167 السابق الإشارة إليها وحدد فيه المستشفيات المرخص لها بممارسة عمليات نقل الأعضاء وهذا المستشفيات هي:

- المستشفى الجامعي الجزائر الوسطى.
- المستشفى الجامعي الجزائر الشرقية.
- المستشفى الجامعي الجزائر الغربية.
- المستشفى الجامعي الجزائر باب الواد.
- المستشفى المركزي العسكري عين النعجة.
- العيادة المتعددة الخدمات بقسنطينة.

إضافة إلى ذلك فقد فرض قانون الصحة على المؤسسات الصحية الحصول على الترخيص لممارسة عمليات نقل الأعضاء البشرية، إذ وجب على هذه المؤسسات أن تتمتع ب:-
- اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من القانون 05/85 والمكلفة بإثبات حالة الوفاة للشخص المعرض للاستئصال أعضاءه ضمن الشروط المذكورة بالنصوص القانونية وكذا التأكد من عمليات إعادة ترميم الجثة، ويشترط تمتع هذه اللجنة بكفاءة خاصة ووسائل تقنية وتكنولوجيا والتي تمكن من التحقق من حدوث الموت على وجه اليقين كما اشترط ضرورة تبرير هذه المؤسسات لعمليات الاستئصال بما يوفر السلامة للمتبرع والمتلقي، بمعنى أن يكون الهدف علاجي وفتح سجل خاص

تدون فيه اللجنة ما قامت به من أعمال وما توصلت إليه من نتائج.

أما القيود المفروضة على الأطباء فإن الأمر يتعلق بالقائمين بهذه العمليات حتى تتوفر الاستقلالية لتحديد لحظة الوفاة، وحماية المتبرع لذلك تضمن القانون 17/90 لسنة 1990 حظرا على الأطباء الذين يعاينون ويثبتون وفاة المتبرع من أن يكونوا من بين المجموعة التي تقوم بزرع العضو للمريض، إذ نصت المادة 165 فقرة أخيرة من قانون الصحة "لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع.

كما يفرض عليهم احترام أهداف الاقتطاع ورغبة المتوفى وإلا عد ذلك اعتداء على حرمة التكامل الجسدي وحرمة الجثة، إذ نصت المادة 164 من قانون الصحة " ويجوز النقل إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبول ذلك. غير أنه يمنع على الأطباء الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته كتابيا عن عدم رغبته في زرع أعضائه ما عدا في حالتين أوردتهما المادة 164 المعدلة يجوز لهم دون موافقة المتوفى ولا أفراد عائلته إذ نصت " غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة الثانية إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى وممثليه الشرعيين أو إذا كان التأخر في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الزرع".

كما يمنع على الأطباء انتزاع الأعضاء من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز ومن هم مصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم مستقبلا.

كما فرض عليهم القانون ضرورة تحرير محضر بالعملية يحمل في طياته تقريرا مفصلا كلي وشامل عن العملية وملاحظات الأطباء عن حالة الجسم وعن الأعضاء المقتطعة ويخطر به الطبيب الشرعي لدى المحكمة بصفة مباشرة لضمان عدم تزويره فيما لو حصل نزاع بعد ذلك.

الإجراءات القانونية.

لمنع التعامل التجاري بالأعضاء فقد سائر المشرع الجزائري أغلب التشريعات آخذا

بالمبدأين السابقين الذكر والمتمثلين في:

- مبدأ مجانية التصرف: وهو المبدأ المكرس بنص المادة 165 فقرة 01 من قانون الصحة التي تنص على أن نقل الأعضاء لا يكون إلا على سبيل التبرع "أي أن الشخص يتنازل عن العضو من أعضائه بدون مقابل مادي على وجه الهبة وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا المبدأ هو الوحيد والأوحد لعدم خروج هذه العمليات عن غرضها العلاجي.

- مبدأ سرية التصرف: وهو المبدأ المنصوص عليه بالمادة 165 فقرة 02 التي تنص "يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع" غير أنه وما ينبغي على أن المشرع الجزائري ورغم نصه على كل هذه الأحكام المتعلقة بزراعة ونقل الأعضاء البشرية إلا أنه لم ينص على الجزاء المترتب على المخالفة أحكام هذه النصوص وهو الأمر الذي يدفع القاضي الجزائري في حالة ما إذا واجهته قضايا دقيقة من هذا النوع إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات المتعلقة بجرائم التعدي والتي تتسم بالعمومية ولا تحقق الحماية القانونية الكافية للضحايا.

الخاتمة

. جواز نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بشرط .
 . جواز وصية الإنسان ببعض أعضائه بعد الوفاة.
 . إن المشرع جزائري لم ينص صراحة على كلمة (الوصية) واكتفى بالقول بالإقرار الخطي المتوفى لكافة شروطه القانونية

. إن أحكام الوصية المتعارف عليها في القواعد العامة، تختلف في حالة الوصية بعضو من أعضاء جسم الإنسان، حتى لو كانت الوصية صحيحة ومستوفاة الشروط، فإنها لا تنفذ، في حالة رفض أحد من أقرباء الميت تنفيذها حتى الدرجة الثانية، فإنها لا تنفذ وهذا ما جرت عليه العادة في جمعية التبرع بالأعضاء، والسبب في ذلك هو الحفاظ على مشاعر أهل المتوفى.

. تنظيم المشرع الجزائري وصية التبرع بالأعضاء البشرية وزرعها للمرضى بعدة قيود

أو شروط ضرورية لانجاز العملية.

. تتمثل شروط وصية التبرع بالأعضاء البشرية في كمال الأهلية وتحقيق الغرض العلاجي أو الطبي وشكليات وإجراءات قانونية وتنظيمية .

. اتفاق الشرع والقانون في شروط وضوابط الوصية بالتبرع بالأعضاء البشرية .

. مجانية التصرف في الأعضاء البشرية هو المبدأ المكرس بنص المادة 165 فقرة 01 من قانون الصحة التي تنص على أن نقل الأعضاء لا يكون إلا على سبيل التبرع " أي أن الشخص يتنازل عن العضو من أعضائه بدون مقابل مادي على وجه الهبة .

- الهوامش:

- (1) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7 ص 132 .
- (2) الميداني، أبو الحسين أحمد بن حمد القدوري البغدادي : اللباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ن، ج 4 ص 168 ..
- (3) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4 ص 422
- (4) ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 236 .
- (5) الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك بيروت، ط الثانية، بدون، ج 3 ص 271.
- (6) مغني المحتاج، ج 3 ص 39، المغني، ج 4 ص 474 .
- (7). ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبي محمد بن عبد الله: الكافي في فقه أحمد بن حنبل، بيروت، لبنان، ط 5، هـ 1988 ج 4 ص 474، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7 ص 183 .
- (8) الشرح الكبير على متن المقنع، ج 3 ص 514 .
- (9) البجيرمي، سليمان، حاشية البجيرمي بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 3 ص 296
- (10) جاد الحق، جاد :بحوث وفتاوى فقهية إسلامية معاصرة، باب الطب والتداوي، ص 449 ،
- (11) سورة المائدة آية 32
- (12) انظر أحمد بن محمد بن علي الفيومي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ج 66/2. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي : مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1981م. ص 439.

- (13) انظر: لأبي قاسم محمد بن أحمد بن جزىء الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية / الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1988. ص 356.
- (14) انظر لإمام عبد الله بن محمود بن مودود الموصل: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية. بيروت، لبنان، 1998 م، ج 34/5.
- (15) انظر: للكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجالية بمصر. 1910. ط 1، ج 312/7.
- (16) قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر حياً كان أو ميتاً الصادر في 1988/11.
- (17) J.K.INGLIS, HUMAN BIOLOGY, THIRD EDITIO, OXFORD, 1986, P.7,21.
- (18) وجيه خاطر: نقل وزرع أعضاء الجسم البشري. بحث منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء. إصدار الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب. الرباط، العدد 7. نيسان / 1988، ص 50.
- (19) د. عبد الوهاب عمر البطراوي: مجموعة بحوث جنائية حديثة. دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ط 3، ج 23/1.
- (20) أحمد شوقي عمر أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث المطبعة العربية الحديثة، القاهرة 1986، ص 50.
- (21)
- (22) سورة الإسراء / 17 .
- (23) سورة الإسراء / 31 .
- (24) رواه أبو داود في سننه 212/3.
- (25) أخرجه أبز داود في سننه، رقم 3207، ج 2 / 231، وأخرجه أحمد في مسنده مجلد 58/6 وابن حبان في صحيحه 437/7 رقم (3167) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى 58/4.
- (26) الشوكاني: نيل الأوطار، طبعة دار التراث - القاهرة - 1357 هـ 26/4.
- (27) المجموع، ج 9 ص 41. كشف القناع، ج 6 ص 199 .
- (28) انظر: محمد سعيد البوطي: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - ع: 1988/1م
- (29) انظر: خليل الميس انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر حياً أو ميتاً - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - ع: 1988/1م

- (30) انظر : بحث محمد عبد الرحمان: انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع1، 1988 م، ص 431.
- (31) انظر : بحث محمد محمد السقا : قضايا طبية معاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، منار الإسلام، 1410 هـ، ص 114 .
- (32) انظر : محمد سيد طنطاوي: فتاوى شرعية من كتاب اليوم، 301،
- (33) انظر :. بحث حسن الشاذلي: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع1، 1988 م، ص 262 .
- (34) انظر :محمد سعيد المعيني: النظرية العامة للضرورة، ص 108 .
- (35) انظر : محمد علي البار :الموقف الفقهي و الأخلاقي في قضية زرع الأعضاء، ص 169، عيد السميع أسامة : مدى مشروعية التصرف في جسم الإنسان، ص 100 .
- (36) انظر : الأحكام الشرعية للإعمال الطبية، ص 145 .
- (37) انظر: محمد فوزي فيض الله، التصرف في أعضاء الإنسان، ص 15 .
- (38) انظر : محمد سعيد المعيني: النظرية العامة للضرورة، ص 108 .
- (39) انظر : الأنعام / الآية 19 .
- (40) انظر : أبي بكر أحمد الرازي الجصاص: أحكام القرآن، دار الفكر - 434/3
- (41) انظر : رواه أبو داود في سننه، كتاب الطب، الأدوية المكروهة، ج 4، ص 7 .
- (42) انظر : خليل حمض، حكم الاستفادة من أعضاء الموتى في عمليات الزرع، مجلة الأمة، ص 59 .
- (43) انظر : محمد سعيد المعيني: النظرية العامة للضرورة، ص 107 .
- (44) انظر :الشيخ آدم عبد الله، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، ج 1، ص 455 .
- (45) انظر : عبد السلام السكري، نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، ص 134 .
- (46) انظر : حسن السقاف : الاستئاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، ص 15.
- (47) انظر : المرجع نفسه .
- (48) انظر : مقال الشعراوي: الإنسان لا يملك جسده فكيف يتصرف بأجزائه أو يبيعها، جريدة اللواء الإسلامي ع 27/226 جمادي الآخر 1407 هـ
- (49) انظر : بحث محمد السنبهلي: حكم الشريعة الإسلامية في زرع الأعضاء الإنسانية، (قضايا فقهية معاصرة) ص 67
- (50) انظر : الإسراء / الآية (70)

- (51) انظر : محمد الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص 336.
- (52) انظر : البار، الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء - ص 169،
- (53) انظر : سبق تخريجه .
- (54) انظر : بحث محمد السنبهلي: حكم الشريعة الإسلامية في زرع الأعضاء الإنسانية، (قضايا فقهية معاصرة) ص 67
- (55) رواه البخاري في صحيحه 386/10-387 برقم (5935، 5936
- (56) انظر : التصرف في أعضاء آدمي من منظور إسلامي - ص 288،
- (57) انظر : زراعة الأعضاء - د. السكري (11)، وينظر أحكام الجراحة الطبية - د. محمد الشنقيطي (341)
- (58) انظر : تكملة البحر الرائق - 233/8
- (59) انظر: القرار الأول من قرارات الدورة الثامنة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي م الأولى حتى دورته الثامنة ص 147.
- (60) انظر: الفتاوى الإسلامية من دائرة الإفتاء المصرية 6/22787/
- (61) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الشرق للطباعة 1986 م، ج 1، ص 167.
- (62) ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، 1973 م، ج 1، ص 108.
- (63) الشاطبي، إبراهيم بن موسى أبو إسحاق: الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، ج 2، ص 318.
- (64) راجع : الموافقات، ج 2، ص 278-375.
- (65) القرافي، شهاب الدين: الفروق، دار المعرفة، بيروت، ج 1، ص 141.
- (66) قواعد الأحكام، ج 1، ص 167.
- (67) انظر : الموافقات، ج 2، ص 348 وما بعدها، الدريني، فتحي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977 م، ص 160.161.
- (68) انظر : قواعد الأحكام، ج 1، ص 98-122 وص 168 وما بعدها، والأشباه والنظائر لابن نجيم.
- (69) راجع المعنى : التاج والإكليل، ص 254.
- (70) مسلم: صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، حديث
- حكم الوصية بالتبرع بالأعضاء في الفقه والقانون - د. ميمنة شودار**

- 1631، ج 3، ص (1255)
- (3) - 52. القرضاوي: زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، ص 35.
- (71). القرضاوي: زراعة الأعضاء في الشريعة الإسلامية، ص 52
- (72) المرجع نفسه .
- (73) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، عدد 6، ج / (3) 1990م، وهذا القرار ضمن التوصيات التي تناولتها الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.
- (74) مروك نصر الدين - الحماية الجنائية للجسم البشري بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري رسالة دكتوراه نوقشت بمعهد الحقوق بن عكنون 1988 طبعة 2003-27. مهني أحمد فتحي العزة - الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة دار الجامعة الجديدة للنشر 2002. محمد نجيب حسني - الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات - مجلة القانون والاقتصاد السنة 27 عام 1959
- (75) القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها 70/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم للقانون 05/85 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1985
- (76) مشروعية التصرف في جسم الإنسان في القانون الجزائري و الشريعة، ص 35 .
- (77) أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه، وصلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه (البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد :كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، تحقيق : عبد الله عمر، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ 1997 -م، ص 335
- (78) نظر المواد 299 و795 و824 و1500 مجلة الأحكام العدلية .
- (79) le représentant légal وهو مصطلح نعتبره دخيلا على التشريع المغربي لأنه من جهة مصطلح يستعمل في مادة الأحوال الشخصية عند الغربيين وخصوصا في قانون العائلة شأنه شأن المجلس العائلي أو مجلس الأسرة. أما الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا للقانون المغربي فإنها تعرف مصطلح الولي الشرعي، وكان على المشرع وهو يستحضر مقتضيات القانون الفرنسي لسنة 1976 و1994 أن لا يتقيد بحرفية النص وان يستحضر المصطلحات العربية الفقهية والشرعية، فهي غنية، غزيرة، سديدة التقدير والاستنباط.
- (80) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم (1)، الدورة الرابعة، 1988م. انظر: بحث: بكر أبو زيد: انتفاع إنسان بأعضاء إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 1، عدد (4)، ص

81) مشروعية التصرف في جسم الإنسان في القانون الجزائري و الشريعة، ص 37 .

Ruling on testaments of organs donation in jurisprudence and law

Dr. Yamina CHOUDER *

ABSTRACT:

Human organ transplants have evolved a remarkable development during the second half of the twentieth century, these processes have achieved remarkable successes, which has necessitated to look for legitimate and legal provision of these processes and its controls that govern them. International conferences and doctrinal groups have been held in order to study this issue, which has encouraged some countries to regulate it in legal texts, particularly with regard to the testaments of organs donation after death.

This issue has been treated through three basic sections, the first: the identification of search terms, the second related to ruling on testaments of organs donation in jurisprudence and law, and the third relates to the conditions and controls of testaments of organs donation.

Keywords: transplant - donation - testament - Fiqh - law.

* Maitre de conférence A : Faculté des sciences islamiques, Université d'Alger – Algérie.

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والمانعين «جمع وتخريج ودراسة»

بقلم

أ. أكرم بلعمري (*)



ملخص

تهدف هذه الورقة إلى الإجابة عن التساؤلات المطروحة بشأن النصوص الحديثية التي يستند إليها في بيان حكم زراعة الأعضاء، وأوجه الدلالة منها. وهذا من خلال تتبع تلك النصوص في مختلف البحوث والدراسات التي عالجت هذا الموضوع، وفق منهجية تقتضي تحديد نص الحديث وضبطه ثم بيان من أخرجه من أصحاب كتب الحديث، والتطرق بعدها لدلالة الحديث على الحكم.

الكلمات المفتاحية: الحديث النبوي - زراعة الأعضاء - الأدلة - التخريج - الفقه.

مقدمة

لما كانت الشريعة الإسلامية تقوم على رعاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، سواء كانت هذه المصالح مادية أو معنوية وسواء كانت فردية أو جماعية ولهذا جاءت قواعد الشريعة تتصف بال مرونة واليسر؛ ولما كان موضوع زرع الأعضاء من النوازل المعاصرة التي اختلف فيها العلماء بين مجيز لها ومانع، وبين موسع فيها ومضيق، وقد أخذ هذا الموضوع

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم العلوم الإنسانية - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي - الجزائر.
akrambell19@hotmail.f

مساحة كبيرة من الاجتهاد الفقهي لحساسيته واتصاله بالأحياء والأموات على حد سواء. وقد اختلفت آراء الفقهاء في شرعية هذا العمل، ومعلوم أن زراعة الأعضاء البشرية على ضوء ما بلغه التطور العلمي اليوم؛ إنما يدخل في منظور الشريعة ضمن الوقائع المستحدثة التي تحتاج لنظر فقهي لمعرفة الأحكام المتعلقة بها؛ مما جعل كل فريق من المجيزين والمانعين يتلمس أدلته من القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية، جعلت كل فريق يستند إلى هذه الأدلة، ويحتج بمقالته في هذا الموضوع.

فما هي النصوص الحديثية التي استدلت بها كل فريق؟ وما حجيتها؟ وما وجه دلالتها؟ وكيف يمكن تصنيف هذه النصوص؟

لذا تهدف هذه الورقة إلى الإجابة عن التساؤلات المطروحة من خلال تتبع النصوص الحديثية في مختلف البحوث والدراسات التي عاجلت هذا الموضوع، وفق منهجية تقتضي تحديد نص الحديث وضبطه ثم بيان من أخرجه من أصحاب كتب الحديث ويكفي الإشارة إلى كونه في الصحيحين أو أحدهما يقتضي الحكم عليه بالصحة، وما كان في غيرهما فأحاول نقل ما قاله علماء الشأن فيه، ثم بيان وجه الدلالة من ذلك النص، ولم اعتمد جمع كل الأحاديث المستدل بها، إنما اقتصر على أشهر النصوص الحديثية، من خلال الخطة التالية:

- مقدمة.
- التعريف بموضوع زرع الأعضاء.
- الأحاديث التي استدلت بها المانعون ووجه دلالتها وتخريجها.
- الأحاديث التي استدلت بها المجيزون ووجه دلالتها وتخريجها.
- خاتمة وأهم النتائج.

1- التعريف بموضوع زراعة الأعضاء:

شرع الله ﷻ التكافل بين المسلمين والتراحم فيما بينهم، كل بحسب القدرة والاستطاعة على ذلك، وجعل النبي ﷺ أساس رحمة الله سبحانه لخلقه تراحمهم فيما

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والمانعين... أ. أكرم بلعمري

بينهم فقال: "الراحمون يرحمهم الرحمن ارحموا، من في الأرض يرحمكم من في السماء"¹، كما أن الله تعالى يكون في حاجة العبد ما دام العبد في حاجة إلى أخيه، وإنه قد لحق الإنسان في هذا الزمان أن ظهر من أمور تطور الطب أن كان في الإمكان أن تنقل الأعضاء من جسم آدمي إلى آدمي آخر، فكانت الحاجة ماسة لمعرفة حكم الفقه الإسلامي في هذا الموضوع، لذا يعتبر موضوع زرع الأعضاء البشرية من أشكال الموضوعات الفقهية في الوقت المعاصر، ويمكن تعريفه بأنه "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً في العلاج من الموضوعات الطبية الهامة الحادثة"².

وتعددت آراء المتخصصين من العلماء وذوي الشأن الفقهي في هذا المجال من الأطباء المتصلين في معرفة دقائق هذا الموضوع، وقدم كل فريق أدلته التي يقوى بها رأيه في هذه المسائل المستجدة التي ليس فيها نص صريح مباشر من الكتاب أو السنة.

ولعل بداية كلام الفقهاء المتقدمين عن شبه هذا الموضوع، حين تكلموا في حكم تناول من جثة آدمي إذا لم يجد المضطر غيرها، فقد ذهب العديد من العلماء إلى جواز ذلك لسد الرمق وعللوه بأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت³، كما نصوا على جواز جبر العظم المنكسر بعظم الآدمي إذا لم يجد ما يصلح لذلك، ونص بعضهم على جواز ذلك ولو كان من حيوان⁴.

وملخص ما ورد من قول المتكلمين في موضوع زرع الأعضاء:

رأي المؤيدين للزرع:⁵

1. الإنسان له ولاية على أعضائه، والتبرع بعضوه لإنقاذ حياة محتاج إليه من باب الإيثار، وهو خلق امتدحه القرآن وأثنى على صاحبه.

2. لا يجوز بيع العضو الذي ينقل لأن بيع الإنسان أو جزء منه منهي عنه شرعاً؛ حيث قال رسول الله ﷺ: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره"⁶.

3. لا يجوز أخذ العضو من الحي بغير تبرع منه؛ فإن ذلك سرقة واعتداء على جسد

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والمناهين... أ. أكرم بلعمرى

الإنسان يستوجب القصاص أو الدية حسب أحكام الجنايات.

4. يشترط في جواز نقل العضو من الحى إلى الحى أن يحقق النقل مصلحة للمنقول إليه، وألا يضر بالمنقول منه.

رأي المانعين:⁷

أ. ضرورة المحافظة على حياة الإنسان والتنديد بكل ما يضره ويؤذيه وترتيب الأجزاء الرادعة على كل عدوان عليه بقتله أو إتلاف عضو من أعضائه مما هو معروف في أحكام القصاص والديات، قال تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا، وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁸، وقال ﷺ: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾⁹، وإن مما ينسجم مع هذا المبدأ جواز الانتفاع بعضو الإنسان الآخر إذا كان ذلك يحفظ حياة المنتفع دون أن يضر بالمنتفع منه؛ وإن ذلك لا يجوز في حالة الإضرار بالمنتفع منه أو تسبب هلاكه؛ لأن حق الحياة في الناس - في نظر الشريعة - واحد، والضرر لا يزال بمثله، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح.

ب. أهمية كرامة الإنسان وضرورة احترام شخصه، وعدم جواز انتهاك حرمة - حياً أو ميتاً - في الشريعة الإسلامية، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾¹⁰، وقال سبحانه: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾¹¹، وقال ﷺ: "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"¹²، ومما يرتبط بهذا المبدأ عدم جواز المتاجرة بأعضاء الإنسان، والبعد به عن كل ما يؤدى إلى التشويه والمثلة.

ج. حث الشريعة الإسلامية على التداوي ودعوتها إليه وبيانها أن لكل داء دواء وما على الإنسان إلا أن يبحث وينقب ليكتشف المرض والعلاج، والأحاديث النبوية في ذلك معروفة، نذكر من ذلك: "تداووا عباد الله فإن الله تعالى لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد: الهرم"¹³.

د. أن من أهداف الشريعة ومقاصدها الأساسية في المجتمع الإنساني رعاية المصالح

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والمانعين... أ. أكرم بلعمرى

وتحقيق سعادة الإنسان في الدنيا والآخرة، وإن هذه الرعاية للمصالح تقوم على نظر متكامل يقدم الضروريات على الحاجيات وعلى التحسينيات؛ بل إنه في إطار الضروريات يقيم نسقاً دقيقاً للمفاضلة بين المصالح عندما تتعارض، وقد جعلت الشريعة المحافظة على الحياة مصلحة عليا ومقصداً أساسياً مقدماً على غيره من المصالح والمقاصد، فالضروريات تبيح المحظورات، والضرورة تقدر بقدرها، والحاجة العامة تُنزل منزل الضرورة إلى غير ذلك مما يعرف بالرجوع إلى مظانه.

هـ. احترام إرادة الإنسان في نفسه وذاته وفي إطار أسرته وأقربائه؛ فلا بد من موافقة الإنسان أو أولياء أمره على التبرع ببعض من أعضائه إن كان في حياته أو بعد مماته؛ وما يرتبط بهذا تحديد من هم الأقرباء الذين لهم الموافقة، وما الحكم في حالة مجهول الهوية والذين لا أهل لهم؟ وقد ذهب بعض العلماء إلى أن الإذن معتبر في حالة الحى دون الميت من منطلق أن مصلحة الأحياء مقدمة على المحافظة على جثث الموتى، وهو نظر يعارض ويناقش من أكثر من زاوية؛ لأن علاقة القريب تستمر مع قريبه حتى بعد موته محبة وتعلقاً، فكيف يتصرف بجثته إذا لم يكن قد أذن في حياته دون موافقة أقربائه الأقربين؟.

2- الأحاديث التي استدلت بها المانعون ووجه دلالتها وتخريجها:

استدل من منع القول بجواز زرع ونقل الأعضاء البشرية بجملة من الأحاديث النبوية، وقبل الحديث عنها يمكن القول بأنه لم يثبت عن النبي ﷺ نص صريح في هذا الموضوع، إلا ما كان منه ﷺ من أحاديث قاس عليها الفقهاء هذا الموضوع، كما يمكن تصنيف جملة هذه الأحاديث إلى أحاديث عامة الدلالة، تتعلق بكرامة الإنسان وصونه حياً وميتاً، وأحاديث مخصوصة في جانب من أمور الطب والتداوي وما كان من هذا.

الحديث الأول:

قول رسول الله ﷺ: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره".

التخريج:

هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه¹⁴، في كتاب البيوع، في باب إثم من باع حراً، ووجه المناسبة بينه وبين الموضوع والباب المخرج فيه، النهي عن بيع الآدمي أو جزء منه، لذا جعله البخاري في كتاب البيوع.

كما أخرج هذا الحديث أيضاً الإمام البيهقي في سننه¹⁵، في كتاب البيوع أيضاً في باب تحريم بيع الحر، واستدل بمثل ما استدل به البخاري بهذا الحديث.

والحديث أيضاً في صحيح ابن حبان¹⁶.

قال شعيب الأرناؤوط معلقاً على الحديث: "إسناده حسن"، والحديث بلا ريب صحيح وهو في عند البخاري كما سبق.

وجه الدلالة:

لا يجوز بيع العضو الذي ينقل لأن بيع الإنسان أو جزء منه منهي عنه شرعاً.

الحديث الثاني:

قوله ﷺ: "كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم".

التخريج:

هذا الحديث أخرجه أبو داود في السنن¹⁷ في كتاب الجنائز باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان؟ وابن حبان في الصحيح¹⁸ في فصل القبور، في باب ذكر الإخبار عما يستحب للمرء من تحفظ أذى الموتى ولا سيما في أجسادهم، والإمام أحمد في مسند عائشة رضي الله عنها¹⁹، والدارقطني في السنن²⁰ في كتاب الحدود والديات وغيره.

وبين الإمام الدارقطني الاختلاف في إسناد هذا الحديث عن سفيان الثوري، وقال: "ورواه مالك في الموطأ، أنه بلغه عن عائشة رضي الله عنها، موقوفاً بغير إسناد، والصحيح عن سعد بن سعيد، وعن حارثة، وليس بالقوي، عن عمرة، عن عائشة، عن النبي ﷺ وعن يحيى بن سعيد موقوفاً، ويقال: إن يحيى بن سعيد أخذه عن أخيه سعد بن سعيد، بين ذلك يعلى بن عبيد في روايته".²¹

فالحديث صحيح على قرره الدارقطني وبين وجه الخلاف في إسناده والصحيح عن سعد بن سعيد، وعن حارثة، عن عمرة، عن عائشة رضي الله عنها.

وجه الدلالة:

أن احترام الإنسانية يشمل الحي والميت كليهما على السواء، وإن عظم الميت له حرمة عظم الحي، فكان كاسره في انتهاك الحرمة ككاسر عظم الحي، وأفادت هذه الأحاديث أن الحي يحرم كسر عظمه أو قطع أي جزء منه وكذا الميت لأي سبب إلا الحي لسبب أذن الشارع فيه.

أحاديث النهي عن المثلة:

الحديث الثالث:

نهى النبي ﷺ عن النهبة والمثلة.

التخريج:

أخرج هذا الحديث البخاري في الصحيح²²، في كتاب الذبائح والصيد، باب ما يكره من المثلة والمصبورة والمجثمة، والبيهقي في السنن الكبرى، في باب النهي عن المثلة، وابن أبي شيبة في المصنف²³ في كتاب البيوع والأقضية، باب من كره النهبة ونهى عنها.

الحديث الرابع:

قول رسول الله ﷺ: "إن الله، تبارك وتعالى يقول: لا تمثلوا بعبادي".

التخريج:

أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف عن يعلى بن يعلى بن مرة رضي الله عنه²⁴، في كتاب الديات، باب النهي عن المثلة في القتل، وأحمد في المسند²⁵، وإسناده ضعيف لجهالة عبد الله بن حفص، ثم إن عطاء كان قد اختلط بأخرة، ورواية محمد بن فضيل - وهو ابن غزوان - عنه بعد الاختلاط.²⁶

الحديث الخامس:

"ينهى عن المثلة ويحث على الصدقة".

التخريج:

روى الحديث الطبراني في المعجم الكبير عن سمرة بن جندب رضي الله عنه²⁷، ورواه أيضا عن أسماء بنت أبي بكر²⁸، وحين وسئل الدارقطني عن حديث قتادة، عن أنس كان النبي ﷺ ينهى عن المثلة، ويحث على الصدقة.

فقال: "يرويه سعيد بن أبي عروبة، وهشام، واختلف عنهما:

فرواه عباد بن عباد، عن سعيد، عن قتادة، عن أنس، وخالفه أصحاب سعيد، فرووه عن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن هياج بن عمران، عن سمرة، وعمران بن حصين، وكذلك رواه همام، ومعمر، عن قتادة.

ورواه يونس بن عبيد، وحيد الطويل، ومنصور بن زاذان، وأشعث الحمراي، وكثير بن شظير، وإسماعيل المكي، عن الحسن، عن عمران بن حصين. وخالفهم يزيد بن إبراهيم التستري، فرواه عن الحسن، عن سمرة.

وخالفهم عمرو بن عبيد، فرواه عن الحسن، عن أنس، وأبي برزة، في خمسة من أصحاب النبي ﷺ.

وأشبهها بالصواب ما قاله معاذ بن هشام، عن أبيه - بمتابعة معمر، وسعيد، وهمام، عن قتادة، عن الحسن، عن هياج بن عمران، عن سمرة، وعمران بن حصين²⁹. وقد سبق الكلام في عن حديث النهي عن المثلة وهو حديث صحيح عند البخاري في صحيحه، يقتضي تصحيح طرف من هذا الحديث وإن تكلم علماء الحديث عن الزيادة في متنه.

وجه الدلالة منها:

أن الأحاديث دلت على أن المثلة محرمة شرعاً، وهي تشويه لصورة الإنسان ونقل الأعضاء مثله، وعليه وفق هذا القياس لا يجوز القول بزراعة الأعضاء.

الحديث السادس:

حديث بريدة رضي الله عنه قال: "كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والمناهين... أ. أكرم بلعمرى

في خاصته بتقوى الله، ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا.. الحديث".

التخريج:

هذا الحديث عند مسلم في صحيحه³⁰ في كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها، والترمذي في السنن³¹ وقال: "حديث بريدة حديث حسن صحيح، وكره أهل العلم المثلة"، وهو عند الإمام مالك في الموطأ³² بلاغ عن عمر بن عبد العزيز في كتاب الجهاد باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

وجه الدلالة:

أن الحديث دل على حرمة التمثيل، وأن التمثيل لا يختص تحريمه بالحيوان، وبتغيير خلقة الإنسان على وجه العبث والانتقام، بل هو شامل لقطع أي جزء أو عضو من الأدمي أو الحيوان أو جرحه حياً أو ميتاً لغير مرض.

الحديث السابع:

حديث أسماء بنت أبي بكر . رضي الله عنها . قالت: " وجاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن لي ابنة عريساً أصابتها حصبة فتمزق شعرها أفأصله؟ فقال: "لعن الله الواصلة والمستوصلة".

التخريج:

أخرجه البخاري ومسلم والنسائي، أما البخاري عن أبي هريرة ؓ في كتاب اللباس باب الوصل في الشعر³³، ومسلم في كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والنامصة والمتنمصة والمتفلجات والمغيرات خلق الله³⁴، والنسائي في سننه³⁵، كتاب الزينة باب المستوصلة.

وجه الدلالة:

أن الحديث دل على حرمة انتفاع المرأة بشعر غيرها وهو جزء من ذلك الغير فيعتبر

أصلاً في المنع من الانتفاع بأجزاء الأدمي ولو كان ذلك الانتفاع غير ضار بالمأخوذ منه، وعليه يقاس الزرع.

الحديث الثامن:

حديث ابن عباس رضي الله عنهما. قال: قال رسول الله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار.

التخريج:

أخرجه مالك في الموطأ³⁶ في كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، وأحمد في المسند³⁷ وحسنه الأرناؤوط بهامش المسند بقوله: "حسن، جابر - وهو ابن يزيد الجعفي، وإن كان ضعيفاً - قد توبع، وباقي رجاله ثقات رجال الصحيح".

وجه الدلالة:

أن قطع العضو من شخص للتبرع به لآخر فيه إضرار محقق بالشخص المقطوع منه، فيكون داخلاً في عموم النهي، ويحرم فعله.

الحديث التاسع:

عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: "أذى المؤمن في موته كأذاه في حياته".

التخريج: أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف³⁸ في كتاب الجنائز، باب ما قالوا في سب الموتى، وما كره من ذلك.

وجه الدلالة:

أن هذا الأثر يجعل من أذى الميت كأذاه حياً، ونقل أي عضو منه هو من قبيل الأذى المحرم شرعاً.

3- الأحاديث التي استدلت بها المجيزون ووجه دلالتها وتخريجها:

كذلك القول هنا أن المجيزين من القائلين بشرعية نقل أعضاء الإنسان سواء كان حياً أم ميتاً، استدلتوا بجملة من الأحاديث النبوية الشريفة، منها عامة الدلالة كأحاديث التداوي والعلاج، وغيرها من النصوص التي تدعو لدفع الضرر عن المؤمن وأن يكون المؤمن في حاجة أخيه، وأن يتراحموا فيما بينهم، وغيرها من الأحاديث.

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والممانعين... أ. أكرم بلعمري

الحديث الأول:

حديث جابر بن عبد الله . رضي الله عنهما . أن النبي ﷺ قال لرجل: "ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا..." .

التخريج:

أخرجه مسلم عن جابر رضي الله عنه ³⁹ في كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، والنسائي في سننه ⁴⁰ في كتاب الزكاة باب أي الصدقة أفضل. وهو حديث صحيح بلا ريب.

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم قد وضع أساس الترتيب في القسمة فأرشد إلى أن يبدأ بنفسه، ثم زوجته وأولاده، ثم ذي القرابة، فلا يجب أن يؤثر أحداً على نفسه.

الحديث الثاني:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "من تردى من جبل فهو في نار جهنم يتردى فيه خالداً فيها أبداً، ومن تحسى سماً فقتل نفسه فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً".

التخريج:

هو عند البخاري ⁴¹ في كتاب الطب باب شرب السم والدواء به وبما يخاف منه والخبث، والنسائي ⁴² في كتاب الجنائز باب ترك الصلاة على من قتل نفسه، وقال عنه الألباني: صحيح.

وجه الدلالة:

أن الشريعة حرمت على المسلم قتل نفسه، وأن يبذل الوسع في سبيل الحفاظ عليها، ونقل الأعضاء والانتفاع بها من قبيل الحفاظ على النفس، لذا جاز فعل ذلك بالشروط

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين والماتنين... أ. أكرم بلعمري

التي شرطها العلماء والفقهاء.

الحديث الثالث:

حديث الرسول ﷺ: "تداواوا عباد الله فإن الله ما أنزل داء إلا أنزل له دواء".

التخريج:

رواه الحاكم في المستدرک⁴³ كتاب الطب، والطبراني في المعجم الصغير⁴⁴، وصحح الدارقطني رفعه في العلل، قال: "ورفعه صحيح"⁴⁵.

وجه الدلالة:

التداوي أمر مطلوب في الشريعة، ونقل الأعضاء جزء منه، فما دام الكل مشروعاً فالجزء منه مشروع، وعليه يجوز الانتفاع بالعضو المنقول.

الحديث الرابع:

ما روى عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداواوا ولا تتداواوا بحرام".

التخريج: عند أبي داود في سننه⁴⁶ في كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، وعند البيهقي في السنن.

والأثر⁴⁷ كتاب الضحايا باب تحريم أكل مال الغير بغير إذنه في غير حال الضرورة.

الحديث الخامس:

سئل ﷺ أتداوى يا رسول الله؟ قال: "نعم تداواوا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير داء واحد، وهو الهرم".

التخريج:

الحديث عند الإمام أحمد في المسند⁴⁸، والبيهقي في شعب الإيمان⁴⁹، وصححه الألباني⁵⁰.

وجه الدلالة منها:

أن الحديث أباح التداوي لكل الأمراض، وعملية نقل الأعضاء من الأموات إلى

الأحياء هي من قبيل التداوي، والتداوي بالمحرم ممنوع في الأحوال العادية؛ أما حالات الضرورة فإن المحرم يصبح فيها مباحاً.

الحديث السادس:

عن عرفة بن أسعد رضي الله عنه قال: "أصيب أنفي يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذت أنفاً من ورق، فأنتن عليّ، فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتخذ أنفاً من ذهب".

التخريج: أخرجه الترمذي في سننه⁵¹ في أبواب اللباس باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب، وقال بعده: "هذا حديث حسن إنما نعرفه من حديث عبد الرحمن بن طرفة وقد روى سلم بن زريق، عن عبد الرحمن بن طرفة نحو حديث أبي الأشهب. وقد روى غير واحد من أهل العلم أنهم شدوا أسنانهم بالذهب، وفي هذا الحديث حجة لهم". وحسن الحديث الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي.⁵²

وجه الدلالة:

أن استعمال الذهب محرم على الرجال، وقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم التشويه في الوجه من الضرورات لأن النفس تتأذى منه، ألا يعتبر نقل عضو من ميت إلى حي من الضرورات التي تبيح المحظورات؟!

الحديث السابع:

حديث قتادة بن النعمان رضي الله عنه أصيب عينه يوم بدر - وفي رواية يوم أحد - فندرت حدقته، فأخذها في راحته إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذها النبي صلى الله عليه وسلم وأعادها إلى موضعها، فكانت أحسن عينيه وأحدها بصراً.

التخريج: رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده⁵³، وفي معرفة الصحابة لأبي نعيم⁵⁴، وهو صحيح بتعدد طرقه، وفق ما نص عليه الألباني في تحقيق بداية السؤل للعز بن عبد السلام.⁵⁵

وجه الدلالة:

أن الحديث أفاد فعلاً من النبي صلى الله عليه وسلم مع قتادة في إعادة العضو إلى مكانه الأصلي ليتنفع

به، وفيه جواز لنقل العضو إلى ما كان عليه سواء كان ذلك من الجسم نفسه أم من جسم آخر إليه، وفيه جواز التداوي والعلاج ولو بنقل الأعضاء.

الخاتمة:

يهدف هذا البحث إلى جمع الأحاديث النبوية الشريفة التي استند عليها الفقهاء والعلماء القائلون بجواز نقل وزرع الأعضاء البشرية من الإنسان إلى أخيه الإنسان سواء كان حياً أم ميتاً، وكذا القائلون بعدم شرعية هذا الزرع، كما حاول البحث أيضاً أن يقوم بتخريج هاته الأحاديث من مصادر السنة المختلفة وبيان مدى صحتها، كما استجلى البحث وجه الدلالة من هذه النصوص الحديثية، ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذا الجمع لم يكن كلياً بحكم اختلاف الروايات وتعددتها زيادة ونقصاً، لذا اعتمدنا في الجمع على أشهر المرويات وأكثرها تداولاً بين المتكلمين في الموضوع، وقد توصل الباحث إلى النتائج التالية:

- 1- موضوع زرع الأعضاء البشرية هو من الموضوعات المعاصرة التي توصل إليها الطب الحديث لذلك لم ترد نصوص من الكتاب والسنة في هذا الشأن، إلا ما كان من نصوص تصلح للقياس عليها.
- 2- بحكم جدة موضوع زرع الأعضاء فإنه لا يستند إلى نصوص حديثية نبوية صريحة في المعنى، إنما غالب ما يذكره المحتجون أو المخالفون هو نصوص عامة الدلالة كما سبق بيانه.
- 3- كثير من النصوص التي اعتمد عليها المحتجون والمخالفون يمكن أن تكون دليلاً عاماً لكلا الطرفين في الاستدلال بنص الحديث على ما يذهب إليه القائل بالجواز أو العدم، ومثاله حديث "لا ضرر ولا ضرار".
- 4- أغلب النصوص العامة المستدل بها هي من دائرة الحديث المقبول، الصحيح أو الحسن المحتج به، وقد تبين لنا أن معظم النصوص هي من صحيح البخاري ومسلم أو في أحدهما.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه
ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

- الهوامش:

- ¹ - الترمذي: السنن، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في رحمة المسلمين، 388/3.
- ² - عبد السلام العبادي: زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية، الثالث عشر، 13 ربيع أول 1430هـ - 10 مارس 2009م، ص 3.
- ³ - الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الأجزاء 24 - 38، ط 1، مطابع دار الصفوة، مصر، 199/28.
- ⁴ - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية، دط، (1411هـ - 1991م)، دار الفكر، 5/354.
- ⁵ - عبد الرحمن العدوي: نقل الأعضاء من الحي أو موتى المخ محرم شرعاً، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية، الثالث عشر، 13 ربيع أول 1430هـ - 10 مارس 2009م، ص 3.
- ⁶ - البخاري: الصحيح، 82/3. وسيأتي الحديث عنه.
- ⁷ - عبد السلام العبادي: مرجع سابق ص 3 وما بعدها باختصار.
- ⁸ - سورة الأنعام، الآية: 151.
- ⁹ - سورة البقرة، الآية: 178.
- ¹⁰ - سورة الإسراء، الآية: 70.
- ¹¹ - سورة التين، الآية: 4.
- ¹² - مسلم: الصحيح، ت محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب البر والصلة و الآداب، باب تحريم ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره ودمه، وعرضه، وماله، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 4/1986.
- ¹³ - الحاكم: المستدرک على الصحيحين، ت مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1، (1411هـ - 1990م)، 4/441.
- ¹⁴ - البخاري: الصحيح، ت محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط 1، 1422هـ، 82/3.
- ¹⁵ - البيهقي: السنن الكبرى، ت محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، 1414هـ - 1994م، 6/14.
- ¹⁶ - ابن حبان: الصحيح بترتيب ابن بلبان، ت شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، (1414هـ - 1993م)، 16/333.

النصوص الحديثية في زرع الأعضاء البشرية بين المجيزين و المانعين... أ. أكرم بلعمري

- 17 - أبو داود: السنن، ت محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 212/3.
- 18 - 437/7.
- 19 - أحمد: المسند، ت شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط 1، (1421 هـ - 2001 م)، 218/41.
- 20 - الدارقطني: السنن، ت السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، (1386 هـ - 1966 م)، 188/3.
- 21 - الدارقطني: العلل، ت محفوظ الرحمن زين الله، دار طبية الرياض، ط 1، (1405 هـ - 1985 م)، 410/14.
- 22 - 97/7.
- 23 - ابن أبي شيبة: المصنف، تكمال يوسف الخوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط 1، 1409 هـ، 482/4.
- 24 - 423/9.
- 25 - 99/29.
- 26 - قاله شعيب الأرنؤوط في هامش الحديث.
- 27 - الطبراني: المعجم الكبير، ت حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ط 2، (1404 هـ - 1983 م)، 232/7.
- 28 - المعجم الكبير: 106/24.
- 29 - العلل: 145/12.
- 30 - مسلم: الصحيح، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1357/3.
- 31 - الترمذي: السنن، ت بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998 م، 75/3.
- 32 - مالك: الموطأ، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (1406 هـ - 1985 م)، 488/2.
- 33 - الصحيح: 165/7.
- 34 - مسلم: الصحيح، 1676/3.
- 35 - النسائي: السنن، ت عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط 2، (1406 هـ - 1986 م)، 146/8.
- 745/2 - 36.
- 55/5 - 37.

- 38 - المصنف: 46/3.
- 39 - مسلم: الصحيح، 692/2.
- 40 - النسائي: السنن، 68/5.
- 41 - الصحيح: ت البغا، 2179/5.
- 42 - السنن: 66/4.
- 43 - الحاكم: المستدرک علی الصحيحین، ت مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، (1411 هـ - 1990 م)، 4/441.
- 44 - الطبراني: المعجم الصغير، ت محمد شكور محمود الحاج أمرير، المكتب الإسلامي، دار عمار، بيروت، عمان، ط 1، (1405 هـ - 1985 م)، 1/337.
- 45 - العلل: 28/6.
- 46 - أبو داود: السنن، ت محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 7/4.
- 47 - البيهقي: معرفة السنن والآثار، ت عبد المعطي أمين قلعي، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي، باكستان)، دار قتيبة (دمشق، بيروت)، دار الوعي (حلب، دمشق)، دار الوفاء (المصورة، القاهرة)، ط 1، (1412 هـ - 1991 م)، 14/138.
- 48 - 395/30.
- 49 - البيهقي: شعب الإيمان، ت محمد السعيد بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1410 هـ، 5/103.
- 50 - محمد ناصر الدين الألباني: صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، حديث رقم 13894.
- 51 - 292/2.
- 52 - رقم 1770.
- 53 - أبو يعلى الموصلي: المسند، ت حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ط 1، (1404 هـ - 1984 م)، 3/120.
- 54 - أبو نعيم: معرفة الصحابة، د م ن، إصدار الشاملة الثالث، 336/16.
- 55 - العز بن عبد السلام السلمي: بداية السؤل في تفضيل الرسول ﷺ، ت محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 4، 1406 هـ، ص 41.

The hadiths texts in the human transplant

Akram BELOMRI *

ABSTRACT:

This research deals with answering the questions raised concerning the hadiths texts that are relied upon to explain the ruling organ transplants. This research deals with answering the questions raised concerning The hadiths texts that are relied upon to explain the ruling organ transplants, and that by tracking those texts in various research and studies that have addressed this subject, according to a methodology requires to determine the hadith text, and adjust it.

Keywords: Hadith - transplant - the evidence - takhridj - jurisprudence.

* Maître-assistant A : Faculté des sciences sociales et humaines,
Université El-oued – Algérie.

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة «زراعة الأعضاء أنموذجا»

بقلم

أ. نور الدين تومي (*)



ملخص

يعالج هذا البحث مسألة زرع الأعضاء التي وقع الخلاف بين أهل العلم المعاصرين بشأنها، من خلال بيان ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية بشأنها، انطلاقا من مبحث الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل، ثم عرض القواعد الفقهية المستدل بها على زرع الأعضاء، وأخير بيان ضوابط الاستدلال بالقواعد على جواز زرع الأعضاء. الكلمات المفتاحية: القواعد الفقهية - زراعة الأعضاء - الأدلة - النوازل - الفقه.

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وسلم تسليما كثيرا، أما بعد :

فإن الإسلام هو شريعة الله الخالدة التي ارتضاها الله سبحانه وتعالى للبشرية في آخر الأزمان؛ فهو دينه الذي لا يقبل من أحد سواه قال سبحانه: "ومن يبتغ غير الإسلام

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم العلوم الإنسانية - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي - الجزائر.

Touminour21@hotmail.fr

دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين"

إن من كمال حكمة الله عز وجل أن تكون الشريعة الإسلامية هي الشريعة الخاتمة لجميع الشرائع التي أنزلها الله على رسله وأنبيائه، ومن شأن الشريعة الخالدة والخاتمة أن تكون شاملة لجميع أحكام الناس من العبادات والمعاملات، وأن تكون صالحة لكل زمان ومكان، متممة باليسر والسهولة، حيث جاءت هذه الشريعة الغراء لجلب مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، وجمت هذه الشريعة الكاملة بين التمسك بالقيم والمبادئ، وبين مراعاة مصالح العباد في الأمور المستجدة والنوازل التي تنزل على المسلمين، فما من عصر من العصور أو زمن من الأزمان إلا وقد ظهر فيه من الأمور الجديدة التي لها علاقة بعبادة المسلم ومعاملته وأحواله الشخصية ما لم تكن قبل ذلك.

ومن خلال ما تقدم ذكره يأتي دور العلوم الشرعية بمختلف أنواعها لبيان ما يحتاجه المسلم في كل مجالات حياته؛ وإن كان علم مقاصد الشريعة وعلم أصول الفقه خصوصاً مباحث القياس منه لهما الدور الكبير في حل كثير من المستجدات الحادثة بالمسلم ولا يستغني عنهما طالب العلم فضلاً عن العالم؛ فإن علم القواعد الفقهية لا يقل شأناً عنهما بل قد يكون أفضل منهما ومقدم عنهما في كثير من المسائل وفي رأيي القاصر أن ترتيب علم القواعد الفقهية بالنسبة لعلم المقاصد وعلم أصول الفقه يأتي أولاً ثم علم المقاصد ثانياً ثم علم أصول الفقه ثالثاً وقد يقدم علم المقاصد عليها.

ومن هنا تأتي أهمية دراسة علم القواعد الفقهية والإمام بمسائله لما له من دور كبير في الفقه الإسلامي وقد أشاد كثير من أهل العلم بشأن هذا العلم ونوّهوا بذكره.

إن إسهام القواعد الفقهية في حل كثير من النوازل الفقهية التي نزلت بالمسلمين أمر لا يختلف فيه، بل إن قواعد الفقه الكلية منها والجزئية هي الوعاء الكبير الذي ينهل منه العلماء والمجتهدون المعاصرون في إصدار الأحكام المتعلقة بالنوازل؛ لكن مما ينبغي التنبيه إليه أن الاستدلال بالقواعد الفقهية له أصول وضوابط لا بد أن تراعى عند إصدار الأحكام على النوازل ولا بد لمن أراد أن يستدل بتلك القواعد أن يسير على وفق

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ————— أ. نور الدين تومي

تلك الضوابط لكي يكون استدلاله في محله؛ والإخلال بهذه الضوابط يوقع في التخبط والخلط؛ فكثير من النوازل مثلاً في العصر الحاضر نجد العلماء قد اختلفوا فيها وتغايرت فيها وجهات نظرهم وذلك راجع إلى تجاذب الأدلة والقواعد التي ينطلق منها كل مجتهد أو عالم؛ فقد يُجَوِّز بعض أهل العلم مسألة من المسائل مستدلاً في ذلك بمجموعة من القواعد الفقهية، بينما نجد علماء آخرين لا يجوزون تلك المسائل بعينها ومستدلين بتلك القواعد نفسها التي استدل بها الأولون. وهذا ما يلاحظ على مسألة زرع الأعضاء؛ فقد اختلف المعاصرون فيها بين مجوز ومانع واستدل كل واحد من المجيزين والمانعين بطائفة من الأدلة، ومن بين تلك الأدلة عدد من القواعد الفقهية، فنرى المجيزين يستدلون ببعض القواعد الفقهية كقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"، وقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"؛ بينما يستدل المانعون بقواعد أخرى كقاعدة "من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه"، وقاعدة "ما جاز بيعه جازت هبته"، وما لا فلا"، وقاعدة "الضرر لا يزال بمثله" وقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر". ومن غرائب الأمور أن يُستدل ببعض القواعد كقاعدة "الضرر يزال" على جواز نقل الأعضاء وفي الوقت نفسه يُستدل بها على عدم جوازه؛ وحينئذ لا ينبغي أن يحمل هذا الاختلاف والتناقض إلا على عدم وضع القواعد موضعها وإخراجها عن إطارها الدلالي.

لقد ذكر العلماء أن لقواعد الفقه مستثنيات؛ فما من قاعدة تقريباً إلا ولها مستثنيات لا بد من معرفتها للمتكلم في الفقه، وذلك راجع لكون كثير من القواعد تبلورت من خلال استقراء ناقص نتج عنه خروج كثير من الجزئيات والفروع عن هذه القواعد، كما أن هناك كثيراً من القواعد الفقهية قد تبدو للناظر فيها لأول وهلة مناقضة لبعض القواعد الأخرى فيأتي الفقيه أو المتكلم في نازلة معينة فيستدل على حكمها ببعض القواعد الفقهية ولا ينعم النظر في القواعد الأخرى التي قد تبدو معارضة لتلك القواعد والتي يستدل بها المخالف على خلاف ما استدل به الأول؛ لذلك، ومن هذا المنطلق

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ———— أ. نور الدين تومي

أردت أن أتكلم في هذا البحث على الضوابط والأصول التي وضعها العلماء والتي لا بدا من مراعاتها للمستدل بالقواعد الفقهية لا سيما في النوازل المعاصرة، ووقع اختياري على مسألة زرع الأعضاء والذي وقع فيه الخلاف بين أهل العلم المعاصرين، وأحسب أن هذا الخلاف قد يزول أو على الأقل قد يخف إذا روعيت هذه الضوابط وإعطائها حقها من النظر أثناء الاستدلال؛ وسميت هذا البحث "ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة زرع الأعضاء أنموذجا" وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية المستدل بها على زرع الأعضاء.

المبحث الثالث: ضوابط الاستدلال بالقواعد على جواز زرع الأعضاء.

ثم ذكرت الخاتمة وفيها أهم نتائج البحث وبعض التوصيات.

المبحث الأول

الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل

من أراد أن يتكلم في الفقه وينفع أمته -خصوصا في هاته الأيام- فلا بد أن يكون واسع الاطلاع على الفروع الفقهية المبنوثة في بطون كتب الفقه، عالما بمقاصد الشرع التي عليها أصول الأحكام، عارفا بواقع المكلفين من حيث الزمان والمكان، ملما بالنوازل الواقعة وأحكامها من الحلال والحرام؛ ولا يتأتى هذا إلا بقواعد وأصولا هي كفيلة بضبط تلك الأمور، وأحسب أن علم القواعد الفقهية ضروري لضبط فروع الفقه المتكاثرة، كما أن المعرفة به معينة على استيعاب مقاصد الشريعة ومبادئها العامة التي بنيت عليها، والعلم بهذه القواعد معين للمجتهدين على التقليل من نسبة الوقوع في الخطأ أثناء العملية الاجتهادية.

إن من المهم لدارس علم القواعد الفقهية أن يحقق النظر في الشجرة الفقهية المطلوبة من وراء جمع ودراسة القواعد الفقهية لدى الفقهاء؛ على اختلاف مذاهبهم وأعصارهم

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ١. نور الدين تومي

وذلك من خلال السؤال التالي:¹

هل كانت تلك الجهود المبذولة من المتقدمين في جمع القواعد الفقهية ودراساتها إنما هي من قبيل الرياضة الفقهية، حيث يقوم الفقيه بمجرد جمع للفروع الفقهية المتحدة صورة وحكمًا، ثم يعبر عنها بعنوان جامع لها يسمى بعد ذلك بالقاعدة الفقهية، تمامًا كما هو الشأن بالنسبة للنواذر والألغاز الفقهية؟ أم أن الثمرة الفقهية والهدف الأساس من جمعهم القواعد الفقهية ودراساتها؛ إنما يتمثل في الاستعانة بها واستثمارها في مجال استنباط الأحكام الشرعية للفروع الفقهية والحوادث المستجدة؟

والذي يظهر من خلال التأمل في تاريخ نشوء القواعد الفقهية أن الفقهاء الأقدمون لم يتكلموا بصراحة عن الاحتجاج بالقواعد الفقهية، وإنما طُرِقت هذه المسألة ويَحْتِثُ في العقود المتأخرة، حيث استقرأ المعاصرون ما كتبه الأئمة المتقدمون ودققوا النظر في كلامهم، فوجدوا في كلامهم ما يدل على الاحتجاج بالقواعد الفقهية مطلقًا ووجدوا من أنكر الاحتجاج بها مطلقًا، ووجد هناك من ذهب إلى التفصيل في الاحتجاج بها.

المطلب الأول: الاستدلال بالقواعد الفقهية عموماً

من خلال ما تقدم ذكره، ومن خلال التأمل في أقوال أئمة هذا الفن وأسفار التراث الفقهي وكتب الأشباه والنظائر وأصول الفقه، وكذا ما كتبه العلماء والباحثون المعاصرون يمكن حصر مذاهب العلماء في الاستدلال بالقواعد الفقهية في ثلاثة مذاهب:

المثبتون للعمل بها مطلقًا؛ والمانعون من ذلك مطلقًا، وأصحاب التفصيل، وسنستعرض أدلة كل فريق على حدى:

المذهب الأول: المانعون.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القاعدة الفقهية لا تصلح لأن تكون دليلاً شرعياً يمكن الاستدلال به، وأنها لا تصلح بمفردها أساساً للحكم، وهذا الرأي مشهور لدى عامة الفقهاء وخاصتهم، ولعل أقدم من قال بهذا القول الإمام الحموي (1098هـ) في تعقيبه

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ————— أ. نور الدين تومي

على ابن نجيم، قال معقبا على قول هذا الأخير عن القواعد الفقهية "وهي أصول الفقه في الحقيقة": "... فليست أصول فقه فضلا أن يكون ذلك على سبيل الحقيقة فتأمل...".²

ومن القائلين أيضا بعدم الحجية الإمام الجويني (478هـ) في قوله: "وأنا الآن اضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضي الفطن العجب منهما وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لدرك المسلك الذي مهدته في الزمان الخالي؛ ولست أقصد الاستدلال بهما؛ فإن الزمان إذا فرض خاليا عن التفاريع والتفاصيل لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطوع به؛ فالذي أذكره من أساليب الكلام في تفاصيل الظنون، فالمثلان أحدهما في الإباحة والثاني في براءة الذمة".

فالواضح من هذا الكلام أن الجويني ينفي صلاحية القواعد الفقهية للاستدلال بناء على أنها ظنية الدلالة وليست قطعية، والظني حسب هذا القول لا يصلح لأن يكون دليلا يعتمد عليه.

والفرق بين كلام الجويني وكلام الحموي أن كلام الحموي كالصريح في عدم حجية القواعد، بخلاف كلام الجويني فإنه مما يفهم من سياق الكلام.

وفي تقرير واضعي مجلة الأحكام العدلية نص صريح في عدم صلاحية القواعد الفقهية للاستدلال بها، يقول النص: "... إن المقالة الثانية من المقدمة عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء -رحمهم الله تعالى-، فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد على واحدة من هذه القواعد".³ وترتكز جملة أدلة المانعين على ما يلي:

-كثرة المستثنيات من القواعد الفقهية: يعتبر هذا التعليل أقوى حجج هذا الفريق، وهو مبني كما هو واضح على أساس أن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية، ... وهذه الحجة يدعمها واقع القواعد الفقهية التي لا ينكر أحد من المجيزين أو المانعين لحجيتها ورود الاستثناءات عليها؛ وإن اختلف مقدار ذلك من قاعدة لأخرى، مع إقرار

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ————— أ. نور الدين تومي

معظمهم بأن هذه المستثنيات لا تخل بكلية القواعد، إلا أن المتفق عليه من حيث الجملة أن الاستثناءات أحد أهم خصائصها، حتى قالوا أن القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية، لذلك كان الاهتمام بذكر المستثنيات منهجا من أبرز مناهج التأليف في القواعد الفقهية قديما وحديثا.

ولعل هذا ما جعل الدكتور الباحثين وهو ممن يميل لحجية القواعد الفقهية، يعترف أن هذا الدليل مسوغ مقنع لرفض الاحتجاج بالقواعد⁴، ولهذا كانت هذه الحجة أقوى ما يعتمد عليه القائلون بعدم صلاحية القواعد الفقهية للاستدلال⁵.

- اعتماد أكثر القواعد الفقهية على استقراء ناقص: هذا هو التعليل الثاني من حيث الأهمية والقوة، المعتمد عليه عند المانعين، وهو وثيق الصلة بالاستدلال الأول، فأغلبية القواعد الفقهية وعدم كليتها التي نتج عنها كثرة مستثنياتها، قائم بوجه من الوجوه على كون غالبية القواعد الفقهية مستمدة من خلال جزئيات لم يكتمل تصفحها وفروع لم يجز تتبعها كلها، وهذا عين الاستقراء الناقص.

فورود المستثنيات على القواعد الفقهية أمر معلوم ومقرر وليس محل خلاف؛ وبذلك كان مصدر قوة للدليل الأول، كذلك فإن اعتماد غالبية القواعد الفقهية على الاستقراء الناقص ليس محل خلاف بين فقهاء القواعد.

- أن الاحتجاج بالقواعد على الفروع يلزم منه الدور: وهو توقف كل واحد من الشيئين على الآخر، فكما يكون الدور في التعاريف يكون في الأحكام والاستدلالات، فقد يكون ثبوت كل واحد من الحكمين يتوقف على ثبوت الآخر، أو تكون صحة الاستدلال بالدليل متوقفة على دلالة الحكم، وبذلك لا يمكن التوصل إلى أي واحد من الاثنين، ولهذا قالوا الدور محال وممتنع، فيستحيل أن يتوقف كل واحد من الشيئين على الآخر بشكل يعود حيث ينطلق وينطلق حيث يعود، ويدور الأمر في حلقة مفرغة، لا أول لها ولا آخر، ... واتفقوا على أن الدليل الذي يلزم منه الاستدلال به الدور دليل باطل لأنه مبني على ممتنع⁶.

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... أ. نور الدين تومي

-القواعد الفقهية مجرد رابط بين الفروع: فهي ثمرة للفروع المختلفة وهي جامع ورباط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع ورباط للفروع دليلاً من الأدلة الشرعية، للتنافي بين مهمتي الربط و الإثبات في آن واحد، وما دامت الأولى لا خلاف في أداء القواعد لها واتصافها بها، فالثانية لا يعقل أن تتصف بها في نفس الوقت إذ هما لا يجتمعان.⁷

المذهب الثاني: أدلة المجيزين.

ظهر التصريح بحجية العمل بالقواعد الفقهية عند كثير من علماء الفقه والأصول، إما بنصوص صريحة ومباشرة، أو من خلال تطبيقاتهم في الاستدلال بهذه القواعد، ومن أبرز من حكي عنه القول بالحجية، نذكر الإمام **القرافي** في قوله: "... كل شيء أفتى فيه المجتهد فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السالم عن المعارض الراجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس أو يفتي به في دين الله تعالى، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه..."⁸.

وفي هذا دليل نظري على قوله بالعمل بالقواعد ولا يقصد بذلك إلا القاعدة الفقهية التي ضمنها مصنفاته وعلى رأسها كتابه الفقهي "الفروق".

ومن القائلين أيضاً بحجية القواعد في الاستدلال، الإمام الحافظ **ابن عبد البر** (463هـ) - حافظ بلاد المغرب - عند حديثه عن مسألة صلاة الخوف قال: "... وفيما ذكرنا من الأصول التي في معنى الحديث ما يستدل به على كثير من الفروع..."⁹.

وأعقبه بحديث عن قاعدة: "جواز اختلاف نية الإمام والمأموم في الصلاة" التي بنى عليها جواز صورة من صور صلاة الخوف، إلى غير ذلك من العديد من المواضع التي يصرح فيها بالأخذ بهذه القواعد والاستدلال بها.¹⁰

ومن جاءت آثاره في الحجية صريحة **ابن نجيم** كما في قوله: "معرفة القواعد التي ترد إليها وفرعوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى..."¹¹.

فوصفه للقواعد أنها أصول الفقه في الحقيقة أكبر دليل على السمو بها إلى مرتبة

الأصولية التي يتحقق بها الاستدلال واستنباط الأحكام وهذا من قبيل التصريح الضمني بالحجية.

ولبدر الدين الزركشي كلام نظير لما سبق ذكره عن ابن نجيم في اعتبار القواعد الفقهية أصولاً في الحقيقة، قال: "... العاشر معرفة الضوابط التي تجمع جموعاً والقواعد التي ترد إليها أصولاً وفروعاً وهذا أنفعها وأعمها وأكملها وأتمها، و به يرتقي الفقيه إلى الاستعداد لمراتب الاجتهاد وهو أصول الفقه على الحقيقة".¹² ومن أدلة القائلين بالحجية ما يلي:

- كلية القواعد الفقهية: هذه الحجة من أقوى ما يستدل به القائلون بحجية القواعد الفقهية، ولذلك نجد أن أبرز الذين يتناولون القواعد الفقهية يبرزون هذا الأمر ويعتنون به، ... والحقيقة أن كلية القاعدة الفقهية هو أقوى ما يمكن أن يستدل به على حجيتها لأسباب أهمها ثبوت هذه الخاصية للقواعد الفقهية.. وهو كل ما تحتاجه القاعدة لتكون حجة لأن القضايا الكلية هي أصول الأدلة.¹³

- القواعد الفقهية استقرائية: هذا الدليل شديد الارتباط بالدليل الذي سبقه، بل هو الأساس الذي يقف عليه، فإن حجية كلية القاعدة مبنية على اعتمادها على استقراء جزئيات متعددة كثيرة يصل المستقرئ من خلالها إلى قناعة على ثبوت هذا المعنى الكلي وعلى صدق دلالته على ما استدل به عليه، ... وتزداد حاجتنا هذه إذا عرفنا أن الإقرار باستقرائية معظم القواعد الفقهية ليس محل خلاف بين العلماء القائلين بحجية القواعد أو النافين لها، بل إن منهم من اتخذ هذه الاستقرائية دليلاً لنفي الحجية.¹⁴

- قياس القواعد الفقهية على الأصولية: إن قواعد الفقه لا تختلف عن قواعد أصول الفقه من حيث أن الكل تبنى عليه الأحكام، فإذا كانت قواعد الأصول حجة باتفاق ف كذلك قواعد الفقه، ولعل هذا ما أشار إليه الزركشي وابن نجيم حين تشبيهها بأصول الفقه في الحقيقة، وفي ذلك إشارة إلى أن هذه القواعد تستوي - أو تكاد - في الحجية مع قواعد أصول الفقه.

المذهب الثالث

وهناك فريق من أهل العلم يرى التفصيل في المسألة¹⁵، لأن القواعد الفقهية في الفقه الإسلامي، منها: ما يستند مباشرة إلى دليل شرعي من الكتاب أو السنة، أو الإجماع ومنها: يستند إلى اجتهاد واستنباط فقهي (فرعي)، ومثال النوع الأول: "الضرر يزال"، و"الضرورات تبيح المحظورات"، و"المشقة تجلب التيسير"، ومثال النوع الثاني: "ما حرم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة"، وما كان من النوع الأول يجوز الاستدلال بالقاعدة في الفتوى والقضاء لاستناد تلك القاعدة إلى آية من القرآن أو حديث من السنة النبوية، أو إلى إجماع صريح، وما كان من النوع الثاني لا يستدل بالقاعدة على إصدار الحكم أو الفتوى، وإنما يستأنس بها؛ لأنها لا تعدو أن تكون أمراً اجتهادياً بحثاً، فهي بحاجة إلى أن يستدل لها لا أن يستدل بها؛ صحيح أن أكثر القواعد الفقهية تستند إلى دليل من الكتاب والسنة، وهذا ما ذكره بعضهم من الفروق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية، لكن هذا لا يعني أن كل القواعد هذا شأنها، وبالتالي لا مناص من القول بهذا التفصيل.

-الترجيح:

لعله من خلال استعراض أدلة المذاهب الثلاثة وأقوالهم حول حجية القواعد الفقهية في الاستدلال، يتبين قوة مذهب القائلين بالتفصيل وذلك:

-قوة دليل المذهب المختار وأصالته وضعف أدلة قول المانعين.

-أن المذهب المختار هو الأوفق بمقاصد الشريعة وكمالها وخلودها، فإن هذا المذهب يثمر من الناحية العملية استيعاب فروع ومستجدات كثيرة بل المستجدات كافة، لاسيما في الأعصار المتأخرة، ذلك أن التسارع المطرد في عجلة التطور واتساع نطاق المستجدات التي لم يرد بخصوصها نص أو إجماع أو قياس، ... وإنه من غير المقبول التسليم بأن إبداع الفقهاء في مصنفات القواعد الفقهية، وعنايتهم الباهرة في تأصيلها، والسعي في استقراء فروعها، أن هذا كله تنحصر ثمرته في مقاصد شكلية ورياضيات عقلية فقهية لا صلة لها باستنباط الأحكام.

إن المذهب المختار وهو قول المفصلين ينتظم تحته إلى حد بعيد من قال بالحجية مطلقاً، ذلك أنه بتأمل أدلة المثبتين بإطلاق نلاحظ أنها صادرة عن مبدأ كلية القواعد الفقهية واستقرايتها، وقياسها على القواعد الأصولية، وهذا مسلم في القواعد الاستقرائية، أما كثير من القواعد التي يكون فيها الاستقراء ناقصاً فلا يمكن القول بحجيتها مطلقاً، وكذلك الأمر في القواعد الأصولية التي مستندها الدليل من الكتاب والسنة والإجماع، أما كثير من القواعد الأصولية التي طريقها الاجتهاد فهذه لا سبيل للقول بحجيتها كذلك، وبذلك تكون أدلة القائلين بالحجية مطلقاً موافقة للقول بالتفصيل إنا أخرجنا القواعد التي لا تستند إلى دليل شرعي.

إن المذهب القائل بالمنع مذهب حادث، أطلق القول به جماعة من المتأخرين من منطلق الاحتياط وصون الشريعة، في حين أن كلام المتقدمين إلى جانب عنايتهم الفائقة بالقواعد الفقهية، إنما تشهد بموافقة المذهب المفصل.

أما قول المانع أن القواعد الفقهية لها مستثنيات؛ وما من قاعدة إلا ولها مستثنيات، وأن كثير من القواعد مستندة إلى استقراء ناقص، فهذا مما يعزز القول بالتفصيل من جهة، ومن جهة أخرى فهذا الجانب لم يغفله المجيزون بالتفصيل السابق؛ ذلك أنهم وضعوا لهذا الاستدلال من الضوابط ما تجعل الفقيه على بصيرة مما قد ينتج عن إغفال هذه الضوابط من الخلل، وأحسب أن أي خلل قد يحصل من الاستدلال بالقواعد الفقهية على مسألة ما إنما هو راجع إلى عدم التقيد بتلك الضوابط، وهذا في رأيي شأن كل العلوم، فهذا علم أصول الفقه نجد فيه من القواعد والضوابط ما يجب التنبيه له عند الاستدلال بأي دليل في مسألة ما، فإذا استدلل فقيه على مسألة ما، وكان فيها من الأدلة ما يكون في الظاهر متعارضاً، فيأتي ويستدل بدليل ويغفل الآخر الذي يعارضه في الظاهر فهذا ينتج منه الخلل لا محالة، ولا يكون هذا الخلل في هذه الحالة إلا من الفقيه، لأن علماء الأصول قد وضعوا لك من الضوابط ما تأمن به من هذا الخلل كقاعدة "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"، وقواعد الجمع التي تكون قبل الترجيح

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ————— أ. نور الدين تومي

وغيرها، وحيث لا يمكن إلحاق التقصير إلا بالمستدل وليس بقواعد الأصول؛ وفي رأيي القاصر أنه يتوجب علينا التعامل مع القواعد الفقهية كبقية العلوم.

المطلب الثاني: الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل

لا نطيل الكلام في هذا المطلب لأنه فرع عن المطلب قبله، وما يمكن إضافته والتنبيه عليه هنا هو كون السبب الدقيق في خلاف العلماء في حجية القواعد الفقهية يرجع إلى ما مدى قدرة هذه القواعد على مواكبة تطور مسائل الفقه الناتجة عن كثرة الأمور المستجدة والنوازل الحادثة بالمسلمين، وإعطاء الحلول والأحكام الفقهية لكل هذه النوازل والمستجدات، بمعنى هل يمكن للقواعد الفقهية أن تعطي الحكم الشرعي في كل نازلة تنزل على المسلمين؟ في حقيقة الأمر قد ذكرنا فيما سبق أنها كفيلة بهذا الأمر لمن أعطاها حقها من التأصيل، ومن الضوابط التي سيأتي ذكرها.

المبحث الثاني

القواعد الفقهية المستدل بها على زرع الأعضاء

إن مسألة نقل الأعضاء من إنسان لآخر عمل مستحدث في هذا العصر نتيجة للتقدم العلمي، لم يتحدث عنه الفقهاء المسلمون السابقون، ولم يعالجوه بصورة مباشرة في نصوصهم الفقهية، وكل ما وجدناه في هذه النصوص بعض صور من التصرف في الجسد الإنساني ذكرت في باب البيع عند تحديد شروط المبيع، وعند الحديث عن مدى جواز الانتفاع بأجزاء هذا الجسد سواء كان هذا الانتفاع لصاحب الجسد نفسه أو لغيره، وعند الكلام عن بعض القواعد الفقهية كقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة ارتكاب أخف الضررين، ولذلك فقد اختلف المعاصرون في مسألة زرع الأعضاء اختلافاً شديداً، ويرجع هذا الاختلاف إلى تجاذب الأدلة التي استدل بها كل فريق؛ وكان من الأدلة التي استدل بها كل من المجيزون والممانعون لزرع الأعضاء جملةً من القواعد الفقهية، وسأحاول فيما سيأتي استقراء وذكر كل القواعد التي استدل بها كل طائفة

المطلب الأول: القواعد التي استدل بها المجيزون

استدل المجيزون لزراعة الأعضاء بجملة من القواعد الفقهية، ومن خلال ما كتبه المعاصرين يمكن ذكر ما وقفت عليه منها

القاعدة الأولى: "الضرر يزال" ¹⁶.

القاعدة الثانية: "الضرورات تبيح المحظورات" ¹⁷.

القاعدة الثالثة: إذا ضاق الأمر اتسع ¹⁸.

وجه الدلالة: أن هذه القواعد المستنبطة من نصوص الشريعة دلت على الترخيص للمتضرر بإزالة ضرره ولو بالمحظور.

فالقاعدتان الأولى والثانية دلتا على أن المكلف إذا بلغ مقام الاضطرار رخص له في ارتكاب المحظورات شرعاً.

ودلت القاعدة الثالثة على أن بلوغ المكلف لمقام المشقة التي لا يقدر عليها يوجب التوسيع عليه في الحكم.

وأجيب بأن آيات الضرورة التي صيغت منها هذه القواعد ليس فيها دليل على إباحة لحم أو عظم الآدمي لا بأكل عند الضرورة، ولا بنقل أعضاء حي أو ميت عندها، بل الآيات تتحدث عن الأشياء المحرمة على الإنسان، وأن ما حرم الله في كتابه على لسانه رسوله صلى الله عليه وسلم ومنع من تناوله منها لا يحل إلا في حالة الاضطرار؛ فالله سبحانه وتعالى بين المحرمات على سبيل التفصيل وأباح أكلها عند الضرورة، فيجب الاقتصار على ما أباحه تعالى حتى لا نكون من المعتدين، قال تعالى: (ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين)، ويتضح لنا أيضاً من خلال النصوص التي ذكرها المجوزون للنقل أن للفقهاء قولين في جواز أكل لحم الآدمي الميت المعصوم عند الضرورة، وعليه، فيحرم نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، لأن في ذلك اعتداء على حرمة التي صانها الشارع له حتى بعد وفاته.

القاعدة الرابعة: المشقة تجلب التيسير

القاعدة الخامسة: "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما" ¹⁹.

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ———— أ. نور الدين تومي

وجه الدلالة: أن القاعدة دلت على أنه إذا وقع التعارض بين مفسدتين فإننا ننظر إلى أيهما أشد فنقدمها على التي هي أخف منها، وفي مسألتنا هذه وقع التعارض بين مفسدة أخذ العضو الحي أو الميت وبحصول بعض الألم للأول، والتشوه في جثة الثاني، وبين مفسدة هلاك الحي المتبرع له، ولا شك أن مفسدة هلاك الحي المتبرع له المريض أعظم من المفسدة الواقعة على الشخص المتبرع حياً كان أو ميتاً فتقدم حيثئذ لأنها أعظم ضرراً وأشد خطراً.

القاعدة السادسة: الأمور بمقاصدها²⁰

وجه الدلالة: أن هذه القاعدة دلت على أن الأعمال معتبرة على حسب النيات والمقاصد وعليه فإن نقل الأعضاء الأدمية يختلف حكمه بحسب اختلاف المقصود منه، فإن كان المقصود به انقاذ النفس المحرمة ودفع الضرر الأشد بالأخف فإنه يكون مقصداً محموداً وعملاً مشروعاً يثاب فاعله ويمدح عليه، وهذا هو مقصودنا بالقول بجوازه، وأما إن كان المقصود به إهانة الميت وأذيته بالتمثيل به فهذا مقصد مذموم وعمل محرم ونحن لا نقول به

القاعدة السابعة: الأحكام تتغير بتغير الأزمان²¹.

وجه الدلالة: أن نقل الأعضاء الأدمية كان قبل ترقى الطب يعتبر ضرراً وخطراً، والآن بعد تقدم الطب أصبح سهلاً مأمون العاقبة بالتجربة فوجب تغيير الحكم بتغير الحال فنقول هو حرام حينما كان في العصور السابقة التي يغلب على الظن فيها الهلاك بعملية النقل، ويعتبر حلالاً في هذه العصور الحديثة التي أصبح فيها دواء وعلاجاً نافعاً؛ فقد قال ابن حزم: لا يجوز شق البطن الحي لأن في ذلك قتله وهذا بالنظر إلى عصره (رحمه الله).

المطلب الثاني: القواعد التي استدلت بها المانعون.

القاعدة الأولى: "الضرر لا يزال بالضرر أو الضرر لا يزال بمثله"²².

وجه الدلالة: أن هاتين القاعدتين تتضمنان المنع من إزالة الضرر بمثله، وذلك موجود في مسألتنا حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه بضرر آخر يلحق الشخص المتبرع.

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... أ. نور الدين تومي

القاعدة الثانية: "ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا"²³.

وجه الدلالة: أن القائلين بالجواز يوافقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها، وقد دلت القاعدة على أن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته، إذًا فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات. وأجيب بأن قضية التبرع مبنية على إسقاط العبد حقه في العضو، والحق أعم من الملك، فإذا انتفت ملكية الإنسان لبدنه وأعضائه، لا ينتفي حقه فيها، والتبرع بالعضو ليس من قبيل التملك حتى تشترط له الملكية، بل من قبيل التنازل عن الحق وهو لا يستلزم الملكية.

القاعدة الثالثة: "من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه"²⁴.

والمتبرع الحي أو وارث الميت لا يملكان التصرف في جسدهما لأنه ملك لله، وبالتالي لا يملك الإذن في التصرف، لأن التصرف فرع الملك.

المبحث الثالث

ضوابط الاستدلال بالقواعد على جواز زرع الأعضاء

إن القواعد الفقهية شأنها شأن القواعد الاستقرائية الأخرى لا تكون صادقة من دون قيد أو شرط أو ضابط، بل يستدل بها وفق ضوابط محددة، لتصلح أن تكون دليلاً لاستنباط الأحكام الفقهية، ومن ثم توظيفها في مسألة ما كزرع الأعضاء مثلاً، وقد رأينا فيما سبق أن مجموعة من القواعد الفقهية قد استُدل بها على جواز زرع الأعضاء، كما استدل بعدة قواعد في المنع من ذلك، وأنت إذا تأملت مثلاً قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وهي قاعدة كلية تجذ يتفرع عنها عديد القواعد كقاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر أو الضرر لا يزال بمثله"، فإذا أرت توظيف هذه القاعدة وفروعها في مسألة زرع الأعضاء مثلاً، ولم تعط هذه القواعد حقها من التدقيق ومواطن الاستدلال، ولم تنعم النظر في الضوابط التي ينبغي اعتبارها في الاستدلال بأي قاعدة؛ أمكنك أن تستدل ببعضها في جواز زرع الأعضاء، وفي المنع من ذلك؛ والحقيقة أن مجرد الاندفاع

ضوابط الاستدلال بالقواعد الفقهية على النوازل المعاصرة ... ————— أ. نور الدين تومي

إلى إطلاق الاستدلال على كواهله أمر سهل ميسور، وإنما الشأن في وضع هذه القواعد في موضعها من حيث دلالتها على المسألة المدروسة، وحينئذ يكون الأمر عسرا ولا يستطيعه كل أحد، وهذا ما سلكه فعلا ممن تكلم في هذه المسألة من المعاصرين، ويمكن حصر ضوابط الاستدلال بالقواعد على زرع الأعضاء فيما يأتي:

أولاً: أن تكون القاعدة الفقهية المستدل بها على الفروع (زرع الأعضاء) مما صح فيها الاستقراء، والذي يتحقق معه العمل بالظن الراجح، ولا حجة حينئذ بالقاعدة الموهومة التي لا تستند إلى دليل شرعي معتبر، وهكذا فإن القاعدة الفقهية تزداد قوتها في الاحتجاج كلما قوي أصلها والعكس صحيح.

ثانياً: أن لا يستدل بالقاعدة الفقهية في الابتداء إنما هي دليل عرضي يحتاج إليه بعد انعدام ما هو راجح من الأدلة على القاعدة الفقهية كالنص والإجماع المعتبر، فاقضى ذلك أنه عند حلول ظاهر التعارض بين النص والقاعدة الفقهية مثلاً في تنازع فقهي فإن النص حينئذ يقدم لينتظم الفرع وتؤخر القاعدة الفقهية، وهذا لا يكون إلا في القواعد التي أصلها الاجتهاد، أما التي أصلها النص فلا تدخل في هذا القيد.

يقول د. محمد البورنوي: "... و أما من حيث وجود الدليل على حكم المسألة غير القاعدة فلا يجوز اعتبار القاعدة في هذه الحالة دليلاً شرعياً وحيداً للأسباب السابقة، وعلى هذا معظم القواعد الاجتهادية، والتي ليس أصلها من الكتاب والسنة".²⁵

ثالثاً: مطابقة الفرع المراد الحكم عليه (زرع الأعضاء) مع القاعدة الفقهية المستدل بها عليه، فإن لم يتطابق الدليل والمدلول، أو الفرع والقاعدة لم يصح طريق الحكم منه ابتداء، وإن أصاب الحكم انتهاء، فإن ضابط الفروع في القاعدة الفقهية "ما اتحد صورة وحكماً"، فإذا تخلفت صورة الفرع عن نظائره، لم يصح إلحاقه بحكمها الكلي الفقهي...²⁶

رابعاً: ومن الضوابط المهمة في الاستدلال بالقاعدة الفقهية على مسألة نقل وزراعة الأعضاء أهلية المجتهد بأدوات الاجتهاد والنظر، ذلك أن عملية الاستدلال وإلحاق

الفرع الفقهي - كهذه المسألة - بقاعدته الفقهية إنما يتطلب نوع اجتهاد ودربة في استنباط الأحكام من أدلتها، كما يتطلب أيضا فقها متقدما للقواعد الفقهية، ويقرر ذلك الدكتور محمد البورنو في قوله: "وأما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها دليل شرعي أو نص فقهي أو دليل أصولي، ووجدت القاعدة الفقهية التي تشملها، فحينئذ يمكن استناد الفتوى والقضاء عليها، ولكن يشترط أن يكون المفتي أو القاضي على جانب كبير من الوعي والإدراك والإحاطة بالقواعد الفقهية، وما يمكن أن يستثني من كل منها، حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها".²⁷

خامسا: من الضوابط المهمة جدا في استدلال الفقيه بالقواعد على مسألة زرع الأعضاء، مراعاة كون القاعدة المستدل بها لا تعارضها قاعدة مثلها أو أقوى منها، وقد وقع كثير من الباحثين في التخطي في هذه المسألة بسبب الإخلال بهذا الجانب. ويلخص الدكتور الباحثين في كتابه "القواعد الفقهية" شروط تطبيق القاعدة الفقهية في ثلاث:²⁸

- 1- أن تتوفر في الوقائع الشروط الخاصة، التي لا بد منها لانطباق القاعدة عليها.
- 2- أن لا يعارضها ما هو أقوى منها، أو مثلها، سواء كان دليلا فرعيا خاصا معتدا به، أو قاعدة فقهية أخرى متفقا عليها.
- 3- أن تكون القاعدة الواقعة المطلوب تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الشرعي الثابت بالنص أو بالإجماع، وفي هذه الحالة، ينظر للحكم المستفاد من تطبيق القاعدة، فإن كان موافقا للحكم المستفاد من النص أو بالإجماع، جاز تطبيق القاعدة عليه، لأنه لا مانع من تعدد الأسئلة على مسألة واحدة، وأما إذا كان مخالفا له فلا يجوز ذلك لكون الحكم المستفاد من تطبيق القاعدة أضعف من الحكم الثابت بالنص أو بالإجماع، وهذا إذا كانت القاعدة ثابتة بطريق الاستقراء المفيد للظن، وأما إذا كانت القاعدة نفسها نصا شرعيا، أيضا فإنه حينئذ يلجأ إلى القواعد والأسس العامة في مسألة التعارض والترجيح.

الخاتمة

- يتبين لنا من خلال استعراض مختلف المسائل المتعلقة بحجية القواعد الفقهية عموماً وحجيتها في مسألة زرع الأعضاء ما يلي:
- موضوع الاستدلال بالقواعد الفقهية من المسائل التي برز فيها الخلاف بين فقهاء الأصول منذ بداية التدوين والاستنباط الفقهي.
 - يقصد بالاستدلال اتخاذ القواعد الفقهية الجامعة للفروع كدليل استنباطي لمختلف الأحكام.
 - ورد في مسألة الاحتجاج بالقواعد الفقهية في استنباط الأحكام ثلاثة مذاهب؛ طرفان ووسط.
 - يتضح من خلال التأمل في أدلة كل فريق أن أدلة المفصلين للاستدلال بالقواعد الفقهية أقوى من حيث الحجية، وإن كان المجيزون بإطلاق يتقاطعون مع المفصلين.
 - تبين أن الاستدلال بالقواعد الفقهية في مسألة زرع الأعضاء تابع لمسألة حجية الاستدلال بالقواعد في استنباط الأحكام واعتبارها دليلاً على ذلك.
 - استدل كل من الذين جوزوا زرع الأعضاء والذين منعهو بجملة من القواعد الفقهية.
 - الاستدلال بالقواعد الفقهية عند الأصوليين عموماً وفي مسألة زرع الأعضاء ليس على إطلاقه، بل لهم في ذلك ضوابط تتعلق بها، من حيث كونها مما صح فيها الاستقراء، وأن يستدل بها ابتداءً، وأن يتطابق الفرع المراد الحكم عليه معها، مع اشتراط الأهلية للمجتهد في الاستدلال بها وإلحاق الفرع بأصله.
 - وفي ما سبق من بيان يتجلى لنا غنى المنظومة الفقهية من حيث الأدلة وقواعد استنباط الأحكام، تحقيقاً لمقاصد الشريعة في التيسير على المكلفين لمن أعطاها حقها من الاستلال بالضوابط السابقة.
- والحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبيه وآله وصحبه تسليماً كثيراً.

- الهوامش:

- ¹- رياض منصور الخليلي: القاعدة الفقهية حجيتها وضوابط الاستدلال بها، ص 291.
- ²- ابن نجيم: غمز عيون البصائر، ت أحمد الحموي، (1405هـ، 1985م)، دار الكتب العلمية، لبنان، 34/1.
- ³- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الاحكام، ت فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، 10/1.
- ⁴- الباحثين: القواعد الفقهية، ط 1 (1418هـ، 1998م)، مكتبة الرشد، الرياض، ص 273.
- ⁵- القواعد الفقهية عند ابن تيمية، مرجع سابق ص 266.
- ⁶- القواعد الفقهية للباحثين، ص 273.
- ⁷- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ص 45/1.
- ⁸- القرافي: الفروق، ت خليل المنصور، (1418هـ، 1998م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 190/2.
- ⁹- ابن عبد البر: التمهيد، ت مصطفى العلوي، ومحمد البكري، مؤسسة قرطبة، 285/15.
- ¹⁰- انظر التمهيد: 160/20.
- ¹¹- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، (1400هـ، 1980م)، دار الكتب العلمية، لبنان، ص 15.
- ¹²- بدر الدين الزركشي: المنشور في القواعد، ت تيسير محمود، ط 2، 1405هـ، وزارة الاوقاف، الكويت، 71/1.
- انظر حمزة أبو فارس: الاستدلال بالقواعد الفقهية في اجتهادات المدرسة المالكية، بحث مقدم للندوة الدولية الاجتهاد في المذهب المالكي ومقتضيات التنمية، ص 4.
- ¹³- القواعد والضوابط الفقهية: ص 274.
- ¹⁴- المرجع السابق ص 281.
- ¹⁵- ينظر: الوجيز للبورنو (ص 40)، وموسوعة القواعد الفقهية له (46/1)، والقواعد الفقهية للندوي (ص 331).
- ¹⁶- شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي (ص 21)، والتشريح الجثامي والنقل والتعويض الإنساني لبكر أبو زيد (ص 14)، وينظر لهذه القاعدة: الأشباه والنظائر للسيوطي (83)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (85).
- ¹⁷- شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي (ص 21)، وانتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر للعبادي (ص 2)، وترقيع الأحياء بأعضاء الأموات للزرقا (ص 50)، وهذه القاعدة متفرعة عن التي قبلها، وينظر لهذه القاعدة: الأشباه والنظائر للسيوطي (83-84)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (85).
- ¹⁸- شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي (ص 21)، والتشريح الجثامي والنقل والتعويض الإنساني لبكر أبو زيد (ص 14)، وينظر لهذه القاعدة: الأشباه والنظائر للسيوطي (83)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (85).

- ¹⁹ - نقل دم أو عضو أو جزء من إنسان لآخر، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية عدد 22 ص 42، وشفاء التباريح والأدواء لليعقوبي (ص 21)، وفتاوى السعدي (ص 204)، ونقل الأعضاء من إنسان لآخر لجاد الحق مقال منشور في مجلة الأزهر عدد رمضان 1403 هـ، وينظر لهذه القاعدة: الأشباه والنظائر للسيوطي (87)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (89)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص 147).
- ²⁰ - ينظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي (ص 379).
- ²¹ - شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي (ص 21)، والمختارات الجلية لابن سعدي (ص 325).
- ²² - الأشباه والنظائر للسيوطي (86)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (87)، وشرح القواعد للزرقا (ص 141).
- ²³ - المنشور من القواعد للزركشي (238/3).
- ²⁴ - حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي للدكتور حسن الشاذلي (ص 102)، وهذه القاعدة خاصة بصورة نقل العضو من الحي إلى الحي.
- ²⁵ - محمد البورنو: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 34.
- ²⁶ - رياض منصور الخليلي: القواعد الفقهية، مرجع سابق ص 320.
- ²⁷ - محمد البورنو: المرجع السابق، ص 34.
- ²⁸ - يعقوب الباحسين: القواعد الفقهية، ص 176.

Inference controls by jurisprudential rules on the new doctrinal issues « transplant model»

Noureddine TOUMI *

ABSTRACT:

This research deals with the issue of organ transplant that occurred dispute on them among contemporary scholars, through statement inference controls by jurisprudential rules, on the basis of inference by jurisprudential rules on the new doctrinal issues. It also deals with the rules of jurisprudence relied upon in organ transplants. Finally, it shows the inference controls by the rules on the permissibility of organ transplants.

Key words: Juristic rules - transplant - evidence - new doctrinal issues – jurisprudence.

* Maître-assistant A : Faculté des sciences sociales et humaines, Université El-oued – Algérie.

مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية

بقلم

أ / محمد بجاق (*)



ملخص

إن حضانة الطفل واجبة ما دام الولد في أمس الحاجة إلى الرعاية والعناية، حيث يكون عاجزا عن مباشرة مصالحه بنفسه، ولا يميز بين ما يضره أو ينفعه. وتقتضي المصلحة الاجتماعية حماية الطفل وتقرير أحكام متماشية ومصلحته؛ ولهذا حرصت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين المختلفة على وضع الشروط والضوابط التي تضمن حماية مصلحة الطفل المحضون، وعلى ضوء تلك الأحكام جاءت الممارسات القضائية. وفي هذه الصفحات تبيان لأحكام مراعاة مصلحة المحضون نظرية وتطبيقا من خلال ثلاثة مباحث؛ تطرق الأول إلى تعريف الحضانة، مشروعيته، وتكييفها الفقهي؛ وبحث الثاني في مصلحة المحضون، مفهومها، خصائصها، وتقديرها. أما الثالث فخصص لعرض تطبيقات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقضاء. الكلمات المفتاحية: الحضانة - المصلحة - الأسرة - الرعاية - الطفل - القضاء.

مقدمة

اعتنت الشريعة الإسلامية بحماية الطفولة وحفظها؛ فحافظت على نسب الأولاد حرصا منها على استقرارهم نفسيا وعاطفيا، كما أوجبت لهم توفير المسكن الآمن والبيئة

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الوادي - الجزائر.

bedjagmed@yahoo.com

السليمة، وحق النفقة، والتعليم، والرعاية التامة إلى أن بلوغ سن الرشد الذي يتمكنون فيه من الاعتماد على أنفسهم.

وإن من أبرز أهداف الزواج التي حثت الشريعة الإسلامية على تحقيقها هو الاستقرار والسكينة والطمأنينة، والمودة التي تعتبر في مجملها دعائم لقيام أسرة مستقرة وناجحة، يقول المولى عز وجل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَفِرُونَ﴾ [الروم: 21]، وحفاظ الزوجين على استقرار الأسرة وتماسكها له الأثر الإيجابي والكبير في تنشئة الأطفال نشأة سليمة، فالبیت يعد المحضن الرئيسي للتربية السليمة، والمؤثر الأساسي في الطفل، باعتباره ينشأ وينمو في ظله في أولى مراحل عمره، والوقت الذي يقضيه الطفل في البيت أكثر من أي مكان آخر.

إلا أن الحياة الزوجية قد تواجه بعض المشاكل، التي تؤدي إلى زعزعة استقرارها مما قد ينتج عنه الانفصال الحتمي بين الزوجين، ولعل أهم أثر قد ينتج عن هذا الانفصال هو حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج.

والحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، وما دام الولد في أمس الحاجة إلى الرعاية والعناية، حيث يكون عاجزا عن مباشرة مصالحه بنفسه، ولا يميز بين ما يضره أو ينفعه، فإذا انفكت الرابطة الزوجية يتولى أمره حاضن يضمن مصلحته ويعنى به ويرعاه¹، فالحضانة تخضع لمبدأ: «رعاية المصالح الاجتماعية»، وهذا المبدأ شديد الأهمية في التشريع الإسلامي² فهذا الأخير قائم أساسا على قاعدة: «درء المفسد وجلب المصالح»، ويدخل ضمن المصالح الاجتماعية حماية الطفل وتقرير أحكام متماشية ومصلحته؛ لأن ذلك يكفل له التربية الحميدة، ولا مصلحة للمجتمع في إقرار حضانة لا تتوفر على تلك الحماية، ولهذا وجبت العناية بالطفل وإعداده أفضل إعداد تحسبا للمستقبل وضمانا لسلامة المجتمع³، فالطفل يعد رجل المستقبل الذي يحمل الرسالة في الغد.

وكما هو معلوم أن أغلب أحكام الحضانة اجتهادية يمكن الاختلاف فيها بما يتماشى ومصلحة المحضون والظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة، وبحسب تقدير المصلحة عند هذا المذهب أو ذاك، من هذا المنطلق يأتي طرح الإشكال التالي: ما هي الشروط والضوابط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية لضمان حماية مصلحة الطفل المحضون، وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري؟

وقد انتظمت خطة البحث⁴ في مقدمة وثلاثة مباحث؛ تطرق الأول إلى تعريف الحضانة، مشروعيته، وتكييفها الفقهي؛ وبحث الثاني في مصلحة المحضون، مفهومها، خصائصها، وتقديرها. أما الثالث فخصص لعرض تطبيقات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقضاء. وفي الأخير جاءت الخاتمة متبوعة بقائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول

الحضانة: مشروعيته، وتكييفها الفقهي

سنتناول في هذا المبحث تعريف الحضانة وبيان مشروعيته ثم تكييفها الفقهي.

المطلب الأول: تعريف الحضانة

أولاً: تعريف الحضانة في اللغة:

الحِضْنُ ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حِضْنِكَ كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها، والحِضْنُ الجنب، وحَضَنَ الصبي يحضنه حَضْنًا وحَضَانَةً، وحَضَنَ الطائر بيضه وعلى بيضه يحضن حَضْنًا وحِضَانَةً وحِضُونًا، حَضَنَ الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه وكذلك المرأة إذا حَضَنَتْ ولدها، واسم المكان المِحْضَن، والحِضَانَةُ مصدر الحاضن والحاضنة، والمحاضن المواضع التي تحضن فيها الحماة على بيضها، وحَضَنَ الصبي يحضنه حَضْنًا رباه، والحاضِنُ والحاضِنةُ الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه.⁵

ثانياً: تعريف الحضانة في الاصطلاح الفقهي:

مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية ————— أ. محمد بجاق

لم تختلف المذاهب الفقهية كثيرا في تعريفها للحضانة حيث جاءت في مجملها متقاربة. فقد عرفها الحنفية بأنها: تربية الولد ممن له الحق فيها.⁶ وعرفها المالكية بأنها: حفظ الولد والقيام بمصالحه.⁷ وعرفها الشافعية⁸ والحنابلة⁹ بأنها: هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه، وهي نوع من ولاية وسلطنة. من خلال هذه التعريفات نستخلص بأن الحضانة هي: القيام بحفظ الصغير الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه أو يضره، وتربيته تربية سليمة تؤدي إلى سلامته جسميا ونفسيا وعقليا.

ثالثا: تعريف الحضانة في الاصطلاح القانوني.

نصت المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري على: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»¹⁰. يظهر من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري استنبطه من الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي، فقد جاء تعريفه للحضانة مطابقا لما جاء في تعريفات الفقهاء.

المطلب الثاني: مشروعية الحضانة

ثبتت مشروعية الحضانة من خلال نصوص الكتاب والسنة، والإجماع، والمعقول. أولا: من الكتاب:

ثبتت الحضانة في الكتاب من قوله تعالى: ﴿وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء، الآية 24].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ذكر تربية الولد الصغير، وهذه التربية حضائنه والقيام بشؤون¹¹.

ثانيا: من السنة:

ورد في السنة عدة أحاديث تثبت مشروعية الحضانة نذكر منها:

- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه يتزعه مني، قال: «أنت أحق به ما لم تنكحي»¹².

- حديث البراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وزيد وجعفر، قال علي: أنا أخذتها وهي بنت عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، ففضى بها النبي ﷺ لخالتها وقال: «الخالة بمنزلة الأم»¹³.

ثالثاً: من الإجماع.

أجمع المسلمون في كل العصور على مشروعية الحضانة، ويظهر هذا من بعض أقضية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ منها ما قضى به أبو بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حينما خصم عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أم عاصم وأراد أن يتززع منها عاصم، فقضى أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بعاصم لأنه مالم يشب أو تتزوج، وقال: إن ربحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ¹⁴.

رابعاً: من المعقول:

الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضائته، وتارة إلى من يقوم بهاله حتى لا يلحقه الضرر، وجعل كل واحد منها إلى من هو أقوم به وأبصر، فالولاية في المال جعلت إلى الأب والجد؛ لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء وحق الحضانة جعل إلى النساء؛ لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهم وملازمتهم للبيوت¹⁵.

المطلب الثالث: التكيف الفقهي للحضانة

إن الأصل في الحضانة أنها للنساء؛ لأنهن أشفق وأرقق بالطفل من غيرهن، وهن أهدى إلى تربيته وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة له، فإن عدت النساء انتقلت إلى الرجال بشروط معينة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هو التكيف الشرعي

للحضانة؟ أم هي حق للحاضنة؟ أم هي واجب عليها؟ أم هي حق للمحضون؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة آراء، سنوجزها فيما يلي:

أولاً: الحضانة حق للحاضنة:

ذهب الحنفية¹⁶، وهو ما عليه الفتوى في المذهب، والمالكية¹⁷، وهو المشهور عندهم، وبعض الشافعية¹⁸ وهو قول الشافعي، إلى أن الحضانة حق للحاضنة؛ لأنها إذا أسقطت الحضانة عن نفسها من غير عذر، لم تجبر عليها، ولا تعود إليها بناء على تنازلها عن حقها. ومما يترتب عن كون الحضانة حقاً للحاضنة: ¹⁹

- 1- لو أنه كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه، فإنه يجب على هذه المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحاضنة، حتى لا يفوت عليها حق حضنته.
- 2- ليس للأب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة، ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة؛ لأن في ذلك تفويتاً لحق الحاضنة.
- 3- لا يجوز لأبي الصغير أن ينقله من البلد الذي تقيم فيه حاضنته؛ لأنه إن فعل ذلك ضيع حقها.

ثانياً: الحضانة حق للمحضون:

ذهب بعض الحنفية²⁰، وبعض المالكية²¹، وبعض الشافعية²²، إلى أن الحضانة حق للولد وواجبة على الحاضنة، وعليه لا يمكن لها أن تتنازل عنها إلا إذا وجد غيرها، فإن لم يوجد غيرها أجبرت عليها مراعاة لمصلحة المحضون وحماية لحقه في الحضانة. ومما يترتب عن كون الحضانة حقاً للمحضون: ²³

- 1- أنه لا يجوز لأمه التي تستحق حضنته أن تصالح أباه على إسقاطها مقابل بدل تأخذه؛ لأنها بفعل ذلك تفوت حق الصغير، وهي لا تملك إسقاط حقه، فلو فعلت ذلك لم يصح الصلح، ولم تستحق البدل الذي اصطلحت عليه.
- 2- إن أمه لو خالعت أباه أن تترك الحضانة، فإن الخلع يصح ويبطل البدل؛ لأنها بذلك فوتت حق الصغير، وهي لا تملك ذلك.

3- إذا كانت الحاضنة متعينة - بأن لم يوجد من استكملت شروط الحضانة غيرها - فإنه لا يجوز لها أن تمتنع عن حضانة الصغير، ولو امتنعت أجبرت عليها محافظة على حق الصغير.

ثالثاً: الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا:

ذهب بعض الحنفية²⁴، والحنابلة²⁵، إلى القول بأن في الحضانة حقين؛ حق الحاضنة وحق المحضون؛ فللحاضنة حق في الحضانة فلا تجبر عليها إن تنازلت عنها، وللمحضون حق في الحضانة بحيث تجب حضانتهم، فإذا امتنعت الحاضنة عن حضانتهم انتقلت إلى من يليها، إذ لا يجوز تركه دون من يحضنه؛ لأن في هذا الترك هلاكه²⁶.

القول المختار:

من خلال النظر إلى الآراء السابقة الذكر نلاحظ أن القول المختار، هو الذي يجعل الحضانة حقاً للحاضن والمحضون معا؛ عن ابن محرز قال: وقد اختلف في الحضانة هل هي حق للأم، أو للولد على الأم؟ وفائدة الخلاف هو أنه إذا كان حقاً لها جاز تركها له، وانتقل إلى غيرها وإذا كان حقاً للولد لزمها ولم يكن لها تركه إلا من عذر، قال ابن محرز: والصواب من ذلك عندي أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون²⁷.

غير أن حق المحضون يقدم عند التعارض مراعاة لمصلحته، فالحاضنة إذا تنازلت عن حضانة صغيرها مقابل الخلع صح الخلع وبطل الشرط، وكذلك إذا تنازلت عن حقها في الحضانة ولم يوجد من يليها، أو امتنع هذا الأخير عن الحضانة، فإنها تجبر عليها مراعاة لمصلحة المحضون.

قال ابن القيم (توفي 751هـ): «والصحيح أن الحضانة حق لها وعليها إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها»²⁸.

وقد ذهب المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى تأييد هذا المبدأ بقولها: من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهها رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم

طبقوا صحيح القانون.²⁹

المبحث الثاني

مصلحة المحضون مفهومها خصائصها وتقديرها

يهدف كل مشرع في قوانين الأسرة إلى بسط حماية أكبر للطفل، لأجل ذلك وضع مجموعة من الضوابط والقواعد التي يستطيع القاضي من خلالها حماية الطفل ورعاية مصالحه، وأهم قاعدة وضعت لذلك هي قاعدة "مراعاة مصلحة المحضون"، وقد حظيت هذه القاعدة باهتمام كبير من طرف المشرعين إلى درجة أنها أصبحت هي القاعدة الوحيدة التي على ضوءها يفصل القاضي في موضوع الحضانة حسب سلطته التقديرية. وسنحاول من خلال هذا المطلب تناول مفهوم مصلحة المحضون وخصائصها وكذا الطريقة التي يتبعها القاضي في تقديره لهذه المصلحة.

المطلب الأول: مفهوم مصلحة المحضون

إن مصلحة المحضون قاعدة فقهية قديمة في الشريعة الإسلامية عرفت منذ زمن رسول الله ﷺ وعمل بها الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وفقهاء الأمة إلى يومنا هذا، وبنوا عليها أكثر أحكام الحضانة، وهي من القواعد المتعارف عليها عند كل الفقهاء والمشرعين رغم عدم تحديد محتواها، وقد أخذ بها كل مشرعي الأسرة دون أن يحددوا لها معنى معيناً، إلا أنه يمكن أن نستشف معنى عاماً لها من خلال تناول مفهوم المصلحة بشكل عام.

أولاً: تعريف المصلحة لغة.

الصالح ضد الفساد، والصالح بالكسر مصدر المصالحة والاسم الصلح يذكر ويؤنث. وقد اصطلاحاً وتصالحاً واصالماً بتشديد الصاد. والإصلاح ضد الإفساد. والمصلحة واحدة المصالح وهي ضد المفسدة. والاستصلاح ضد الاستفساد. وأصلح الشيء بعد فساده أقامه وأصلح الدابة أحسن إليها فصلحت³⁰.

من خلال ذلك يمكن أن تطلق المصلحة على معنيين³¹:

1- أن المصلحة كالمنفعة لفظاً ومعنى، فهي على هذا الإطلاق إما مصدر بمعنى

مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية _____ أ. محمد بجاق

الصالح، كالمنفعة بمعنى النفع، وإما اسم للواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع.

2- أن المصلحة تطلق على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع، مجازاً مرسلًا من باب إطلاق اسم المسبب على السبب، فيقال: إن التجارة مصلحة، وطلب العلم مصلحة، وذلك لأن التجارة وطلب العلم سبب للمنافع المادية والمعنوية.

ثانياً: تعريف المصلحة اصطلاحاً.

تعددت تعريفات الفقهاء للمصلحة إلا أنها تتفق جميعها بإعطاء معنى واحداً لها وهي أنها المحافظة على مقصود الشارع، حيث:

عرفها أبو حامد الغزالي بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشارع من الخلق خمسة وهي أن يحفظ لهم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم. وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعه - أي المفسدة - مصلحة»³².

وعرفها الخوارزمي بقوله: «المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق»³³.

وعرفها الطوفي بقوله: «هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة»³⁴.

وعرفها من المعاصرين محمد سعيد رمضان البوطي (ت1434هـ) بقوله: «والمصلحة فيما اصطلح عليه علماء الشريعة الإسلامية يمكن أن تعرف بما يلي: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين لها. والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه»³⁵.

ومما سبق من التعريفات نستخلص ما يلي:

مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية _____ أ. محمد بجاق

- 1- أن المصلحة هي المحافظة على مقصود الشارع بحفظ الضروريات الخمس.
 - 2- أن المصلحة لا تقتصر على جلب المنفعة فقط بل تشمل على درء المفساد أيضا.
- ومن خلال كل تلك التعريفات يمكن أن نستشف معنى عاما لمصلحة المحضون بأنها: جلب المنفعة له، ودرء المفسدة عنه، بحيث يحرص القاضي على حماية مصالح الطفل ومنع كل ما يؤدي إلى الإضرار به.

وبهذا المعنى العام لا نحدد العناصر المكونة لهذه المصلحة، فالمصلحة كما هو معلوم مفهوم نسبي يمكن أن يتغير بتغير الظروف والأحوال والعادات، والزمان والمكان، وبالتالي تترك الحرية للقاضي في تقديرها وتفسيرها حسب كل حالة وكل ظرف والوقائع المطروحة أمامه في كل دعوى على حدة ومن خلال الأهداف التي حددها المشرع عند تعريفه للحضانة بأنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا³⁶. وهذا ما يدفعنا للتعرف على خصائص هذه المصلحة.

المطلب الثاني: خصائص مصلحة المحضون

مما سبق تناوله في معرفة مفهوم مصلحة المحضون يتضح أنها تتميز بعدة خصائص وهي:

أولاً: أنها شخصية وذاتية³⁷.

بمعنى أنها تتعلق بكل طفل على حدة، بحيث ينظر القاضي إلى كل طفل لوحده، ويحدد مصلحته. فهي تختلف من طفل لآخر، فالطفل الرضيع مثلاً يختلف عن الطفل الكبير، والبنت تختلف عن الولد.

ثانياً: أنها نسبية ومتطورة³⁸.

فهي تتطور مع تطور الحياة مما يؤدي إلى تطور متطلباتها، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر.

ثالثاً: أنها مرنة ومطاطة³⁹.

بما أن المشرع لم يعط تعريفاً دقيقاً لها فهذا يفتح المجال لكل قاض أن يعبر عن هذه

القاعدة حسب قناعاته الفكرية وطريقته في التربية وهو ما يسهل حتماً عمل القضاة، فبعدم تقيدهم بتعريف دقيق منحهم المشرع حرية تقدير ظروف كل طفل على حدة وبحسب طريقة المعيشة وحسب المحيط الذي يمارسون فيه عملهم، فمثلاً حاجيات طفل في الصحراء تختلف عنها في المناطق الشمالية.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

سبق وأن عرفنا بأن قاعدة مصلحة المحضون هي القاعدة الأساس في تحديد الأحكام الخاصة بالحضانة، وقد ترك المشرع السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تحديد وتقدير تلك المصلحة، فهي كما سبق وأن قلنا أنها تتميز بأنها شخصية وذاتية، ونسبية ومتطورة، ومرنة ومطاطة، بحيث إنه قد يكون لكل قضية تطرح أمام القاضي ظروفًا تختلف عن غيرها من القضايا، مما قد يؤثر في تقدير القاضي لتلك المصلحة، وحتى يتمكن القاضي من تقديرها بصفة دقيقة له أن يلجأ إلى عدّة وسائل من خلالها يقدر ويصدر حكمه ومن ذلك:

أولاً: التحقيق.

للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع، وتحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين والموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للمحضون.

ثانياً: الانتقال للمعانة.

وهذا بالانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه الحضانة ومعرفة الظروف المحيطة بذلك الوسط الذي يعيش فيه المحضون، ومن هذه الظروف: ضيق المسكن أو اتساعه، كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقيها مراعاة لمصلحة المحضون.

ثالثاً: الاستماع إلى أفراد العائلة.

للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهاره أو زوج أحد الخصوم بالإضافة إلى إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم، وكل هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات التي بها يستطيع ترجيح رأيه.

رابعاً: الاستعانة بتقارير أهل الخبرة.

يمكن للقاضي الاسترشاد بتقارير أهل الخبرة في تقدير مصلحة المحضون، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري إذ أخذ بتقرير المرشدة الاجتماعية في تقدير مصلحة المحضون ويظهر ذلك في إحدى اجتهادات المحكمة العليا بقولها: من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الحضانة أسندت للأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتماداً على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاء الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون⁴⁰.

المبحث الثالث

تطبيقات قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في الفقه والقضاء

تعتبر قاعدة مصلحة المحضون من أهم القواعد عند أهل الفقه والقانون والقضاء، فهي تعتبر الأساس الذي تبنى عليه أكثر أحكام الحضانة، وسأحاول في هذا المبحث التطرق لأهم تطبيقات هذه القاعدة في الفقه الإسلامي واجتهادات القضاء الجزائري دون إغفال النصوص القانونية التي تبين ذلك.

المطلب الأول: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين وشروطهم

الفرع الأول: ترتيب الحاضنين.

أجمعت كل المذاهب الفقهية على أن الأم هي الأولى والأحق بحضانة ولدها من غيرها، وهذا حرصاً منهم على مصلحة المحضون كونها لا تتحقق في أول أمرها إلا عند أمه ومن ثم انصرفت لها ولا تسقط عنها إلا بمبرر شرعي، فهي أشفق الناس على طفلها من غيرها وأحرصهم عليه وأكثرهم صبراً على تربيته والاعتناء به وتحمل مشاق ذلك.

يقول ابن القيم (توفي 751هـ): «والولاية على الطفل نوعان نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاع وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتتام مصلحة الولد وتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه وتحصل به كفايته، ولما كان النساء أعرف بالتربية وأقدر عليها وأصبر وأرأف وأفرغ لها لذلك قدمت الأم فيها على الأب، ولما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البضع قدم الأب فيها على الأم فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال والنظر لهم»⁴¹.

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية الأربعة نجد أنها قد اختلفت في ترتيب الحاضنين بعد الأم وهذا بالنظر لما تقتضيه مصلحة المحضون حسب رؤية كل مذهب وهو ما نستشفه من خلال ما يلي:

مذهب الحنفية⁴²:

يرى الحنفية أن ترتيب الحاضنين يكون كالآتي: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات الشقيقات، ثم الأخوات لأم، ثم الأخوات لأب، ثم الخالات، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء، ثم العصباء بحسب ترتيب الإرث، فإذا لم يوجد أحد يستحق الحضانة من عصة الصغير أو وجد وكان غير أهل لها انتقل هذا الحق إلى محارمه من الرجال، فإذا تعدد المستحقون للحضانة وتساووا في درجة القرابة فإن القاضي يحكم بالحضانة لأصلحهم للصغير، فإن تساوا في ذلك كان الأحق بها أكبرهم سناً، وذلك لأنه غالباً ما يكون أكثر تجربة وأعرف بما فيه مصلحة الصغير، فإذا لم يوجد من يقوم بذلك فإن القاضي يضعه عند من يثق به⁴³.

مذهب المالكية⁴⁴:

يرى المالكية أن الحضانة للأم، ثم أم الأم، ثم الجدة لأم من قبل أمها أو أبيها وتقدم جهة الإناث، ثم الخالة الشقيقة أو لأم، ثم خالتها أي خالة الأم، ثم عمة الأم، ثم جدة

الأب ؛ أي: الجدة من قبل الأب فيشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه والقربى تقدم على البعدى، والتي من جهة أم الأم تقدم على التي من جهة أم أبيه، ثم الأب، ثم الأخت للمحضون، ثم العمة له، ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه، ثم الأكفأ للقيام بحال المحضون من بنت الأخ الشقيق أو لأم، أو لأب أو بنت الأخت، وهو الأظهر، ثم الوصي الشامل للذكر والأنثى، ثم الأخ للمحضون، ثم الجد لأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه، والأقرب يقدم على الأبعد، ويقدم الشخص الشقيق ذكراً أو أنثى على الذي للأم، ثم الذي للأم، ثم الذي للأب في الجميع، ويقدم في المتساويين في القرابة الأجدر بالصيانة والشفقة فإن تساويا فيها قدم الأكبر سناً، فإن تساويا فالقرعة.

مذهب الشافعية⁴⁵:

يرى الشافعية أن الحضانة تكون للأم، ثم أمهات الأم المدليات بإنات ؛ لأنهن في معنى الأم، ثم الأب ؛ لأنه أشفق ممن يأتي بعد الأم، ثم أمهات الأب وإن علون، وقيل تقدم الخالة والأخت من الأم على الأب لإدلائهما بالأم، فيسقط بهما بخلاف الأخت لأب لإدلائها به، ثم بنات الأخ، ثم بنات الأخت، ثم العمت، ثم لكل ذي رحم وارث من العصابات بترتيب الإرث، ويقدم منهم الأقرب كالإرث، فإن استتوا في القرب فإن كان فيهم ذكر وأنثى تقدم الأنثى ؛ لأنها الأبصر بالحضانة والأصبر عليها، فإن لم يكن بين المستويين أنثى يقرع بينهما، وكذلك يقرع بين المتساويات في القرب من الإناث.

مذهب الحنابلة⁴⁶:

يرى الحنابلة أن الحضانة تكون للأم، ثم أمهات الأم القربى فالقربى ؛ لأنهن في معنى الأم، ثم الأب ؛ لأنه الأقرب من غيره، ثم لأمهات الأب القربى فالقربى، ثم للجد لأب، ثم أمهات الجد، ثم لجد الجد، ثم أمهات جد الجد وهكذا، ثم للأخوات، ثم للخالة، ثم للعمة، ثم خالات الأم، ثم خالات أبيه، ثم بنات إخوة المحضون، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه، وتقدم في كل الأحوال السابقة الشقيقة عن التي للأم ثم تليهما التي لأب، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء فتكون الحضانة لباقي العصبه الأقرب

فالأقرب على ترتيب الميراث، فإن كان المحضون أنثى فالحضانة تكون لأحد من محارمها ولو برضاع ونحوه إن كانت أكبر من سبع سنين، فإن لم يكن لبنت سبع سنين سوى من كان ليس من محارمها سلمها إلى امرأة ثقة، ثم بعد الذي ذكرنا تكون الحضانة لذوي الأرحام؛ لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم، ثم إن لم يكن كل هؤلاء فالحضانة للحاكم يسلمه إلى من يحضنه عن كان أهلا للقيام بها.

موقف القانون والقضاء في ترتيب الحاضنين:

نصت المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري على ترتيب الحاضنين بقولها: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون...».

من خلال نص المادة السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري أبقى على أن الأولى بحضانة الطفل هي الأم وهذا تماشيا مع ما أجمع عليه أهل الفقه، إلا أنه قدم الأب وجعله في المرتبة الثانية بعد الأم، وقدمه عن باقي الحاضنين، وهو ما خالف فيه ما ذهب إليه الفقه من تقديم النساء في الحضانة على الرجال كونهن الأكثر شفقة والأصبر عليها، وهذا كان تكريسا لجملة من اجتهادات المحكمة العليا التي ذهبت إلى جعل الأب في المرتبة الثانية واعتبرت ذلك مراعاة لمصلحة المحضون ومنها:

1- من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت للأب مراعاة لمصلحة المحضون واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا صحيح القانون⁴⁷.

2- إن إسناد الحضانة للأب بعد وفاة الأم كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك يعد تطبيق صحيح القانون⁴⁸.

وبالرجوع إلى كل آراء المذاهب الفقهية في مسألة إسناد الحضانة نجد أنها اتفقت بأن الأم هي الأولى والأحق بحضانة ولدها، إلا أنها اختلفت في ترتيب باقي الحاضنين، ولم

تجمع على رأي واحد، ولعل المشرع الجزائري أخذ بالرأي الفقهي الذي يقدم الأب على سائر النسوة بعد الأم؛ لأن تقديم الأم على الأب حسب هذا الرأي بسبب الأمومة لا بسبب الأنوثة، فأحق الناس بالحضانة من الرجال هو الأب كونه يتحمل مسؤولية كبيرة في واجب الحضانة، خاصة وأنه هو من يتحمل عبء النفقة، فليس من المعقول أن يكون هو المنفق وغيره أولى بحضانة ابنه، فالأب أكثر حرصاً على مصلحة ابنه والأقدر على توجيئه⁴⁹.

والمشرع لم يجعل الترتيب الوارد في المادة (64) وجوباً على القاضي يتقيد به ولا يملك الحياد عنه، بل جعله موجهاً له فحسب، فمتى رأى أن مصلحة المحضون تقتضي تجاوز الأب إلى من يليه أو غيره قضى بذلك مراعاة لمصلحة المحضون⁵⁰. وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهاداتها منها:

1- مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة (64) من قانون الأسرة⁵¹.

2- تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة (64) من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁵².

وفي الأخير يمكن القول بأن التغيير الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيب مستحقي الحضانة لا يثير صعوبة كبيرة طالما أن مصلحة المحضون هي التي توجه القاضي، وتحتم عليه اختيار الحاضن الأكثر تحقيقاً لهذه المصلحة، فللقاضي الخروج على هذا الترتيب كلما دعت لذلك مصلحة المحضون⁵³، ويقدم الأصلح فالأصلح لتربية الطفل ورعايته في الشفقة والصيانة على غيره ممن له حق الحضانة عند اجتماعهم وتنازعهم فيما بينهم أو مع الأب⁵⁴.

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة.

نصت المادة (62) من قانون الأسرة على أن: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه

والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك».

يستخلص من نص المادة أنه لا بد من وجود شروط في الحاضن لممارسة الحضانة، وهذا حرصا على مصلحة المحضون، وقد لخصها المشرع بقوله ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك؛ أي الحضانة وترك تفصيل ذلك للفقهاء، وهو ما سيحتم علينا الرجوع إلى كتب الفقهاء لاستخراجها، ومن ثم تتبع بعض اجتهادات المحكمة العليا التي تبين التطبيق العملي لمقتضى نص المادة 62.

وسنبين في هذا الفرع الشروط الواجب توافرها في مستحق الحضانة وهي كالتالي:

- الشرط الأول، البلوغ والعقل: وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء⁵⁵، فيشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغاً عاقلاً، فلا حضانة لصغير أو مجنون أو معتوه؛ لأن كل هؤلاء في حاجة إلى من يرعاهم ويقوم بشؤونهم، فكيف يكونون حاضنين لغيرهم. وقد اشترط المالكية⁵⁶ والشافعية⁵⁷ إلى جانب البلوغ والعقل الرشد، ولم يشترط ذلك باقي الفقهاء.

ويستشف هذا الشرط من خلال اجتهاد المحكمة العليا القاضي بأن: إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقص دون إحالة⁵⁸. بمعنى أن الأب احتج بكون الأم مريضة عقلياً ولم يثبت دعواه في خلوها من هذا الشرط انجر عنه رفض دعواه.

- الشرط الثاني، الحرية: اختلف الفقهاء في هذا الشرط، حيث ذهب الحنفية⁵⁹ والشافعية⁶⁰، والحنابلة⁶¹ إلى اشتراط الحرية في الحاضن، وخالفهم في ذلك المالكية⁶² إذ لم يشترطوا ذلك في الحاضن. وقول المالكية هو الراجح على رأي الدكتور عبد الكريم زيدان، لقوله ﷺ: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»⁶³. وهذا الحديث لم يفرق فيه النبي ﷺ بين الأمة والحرّة. قال ابن القيم: «وأما اشتراط الحرية فلا ينتهض عليه دليل يركن القلب إليه وقد اشترطه أصحاب الأئمة

الثلاثة. وقال مالك في حر له ولد من أمة إن الأم أحق به إلا أن تباع فتنتقل فيكون الأب أحق بها ، وهذا هو الصحيح ؛ لأن النبي ﷺ... قال: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»⁶⁴ وقد قالوا: لا يجوز التفريق في البيع بين الأم وولدها الصغير فكيف يفرقون بينها في الحضانة ؟ وعموم الأحاديث تمنع من التفريق مطلقا في الحضانة والبيع»⁶⁵.

- الشرط الثالث، الإسلام: اختلف الفقهاء في هذا الشرط، حيث ذهب الحنفية⁶⁶ في هذا الشرط إلى تفصيلات بحسب الحالات المختلفة لحضانة الصغير، وحسب نوع العلاقة بين الحاضن والمحضون، فإن كانت الحاضنة أما كتابية والمحضون مسلما فلا يشترط الإسلام في الحاضنة، إلا إن كان الصغير يعقل الدين أو يخاف عليه الكفر فلا حضانة للكتابية ولو كانت أما. أما إن كانت الحاضنة مرتدة فلا حضانة لها إلا أن تعود للإسلام فيعود حقها فيها لزوال المانع. أما إذا كانت الحضانة للعصبة فقد اشترط الحنفية اتحاد الدين ؛ لأن حق الحضانة بالنسبة إلى العصابات مبني على استحقاق الإرث، ولا إرث مع اختلاف الدين.

وذهب المالكية⁶⁷ إلى عدم اشتراط الإسلام في الحاضن وإن كان المحضون مسلما، وإذا خيف على الصغير من كفر الحاضنة ضمت هي والغير إلى المسلمين ليكونوا رقباء عليها.

وذهب الشافعية⁶⁸ والحنابلة⁶⁹ إلى اشتراط الإسلام في الحاضن مطلقا، إذ لا تثبت الحضانة عندهم لكافر؛ لأن الحضانة جعلت في مصلحة الصغير ولا مصلحة له في حضانة الكافر؛ لأنه يفتنه عن دينه وهذا من أعظم الضرر، لكنها تثبت للمسلم على الكافر لأن فيها مصلحة للمحضون.

ولقد ذهب المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها إلى الأخذ بمذهب المالكية، وهو المستقر عليه قضاء حيث جاء فيه: من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ وحضانة الأنثى

حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية⁷⁰.

نستنتج من خلال هذا القرار بأنه ليس من شروط الحاضنة أن تكون مسلمة، وإنما تصح حتى للكافرة إلا إذا خيف على دين المحضون، فإنه يمكن إسقاطها عنها حفاظاً على مصلحة المحضون.

- الشرط الرابع، الأمانة: اتفق الفقهاء⁷¹ على أن من يقوم بحضانة الصغير لا بد أن يكون أميناً عليه، وأن يحافظ عليه ويصونه من كل ما يضره في صحته، أو سلوكه، أو نفسيته، أو دينه، وعليه لا تثبت الحضانة لمن لا يكون أميناً على تربية الصغير وتقويم أخلاقه؛ لأن الحضانة قررت لمصلحة المحضون، وحضانة الفاسق تضر بمصلحته.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في اجتهاداتها بجعل هذا الشرط من شروط الحضانة، وذلك حرصاً منها على مصلحة المحضون حيث جاء في بعض قراراتها:

1- من المقرر فقهاً وقانوناً أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومن ثم فإن القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون⁷².

2- من المقرر شرعاً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة (62) من قانون الأسرة⁷³.

إلا أنه إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي إسناد الحضانة للأم حتى ولو أدين بجريمة الزنا، لا بد من إسنادها لها مراعاة لمصلحة المحضون، جاء في رد المحتار:

«والحاصل أن الحاضنة إذا كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل فينزعه منها»، وهذا ما يفهم من نص المادة (67) ف(1) و(3) بقولها: «تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) أعلاه... غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون»، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون⁷⁴.

- **الشرط الخامس، القدرة على الحضانة:** الحضانة كما هو معلوم مقررة لمصلحة المحضون، وذلك بالعناية به والقيام على شؤونه ورعايته، فمن البديهي أن يشترط في الحاضن ذكرا كان أو أنثى قدرته على القيام بذلك، فإذا كان عاجزا عن ذلك لكبر أو مرض أو غير ذلك، فلا حضنة له، وبهذا قال الفقهاء⁷⁵.

وهو أيضا ما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على حفظ المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لأحكام الفقه الإسلامي.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، فهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم، فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضنة الأولاد لها وهي على هذا الحال حادوا على الصواب وخالفوا القواعد الفقهية⁷⁶.

أما إذا كانت المرأة تخرج للعمل، فإن كان عملها يمنعها من رعاية الصغير وتربيته والعناية به، فلا تكون صالحة للحضانة؛ لأن هذا يتعارض مع مصلحة المحضون، أما إذا كان عملها لا يمنعها من رعاية الصغير وتدير شؤونه فإن حقها لا يسقط في الحضانة⁷⁷، وهو ما نص عليه المشرع في المادة (67) ف(2) و(3) من قانون الأسرة بقولها: «ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون».

وهو ما أخذت به المحكمة العليا في بعض قراراتها بقولها:

1- المبدأ: عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية⁷⁸.

2- من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون⁷⁹.

- **الشرط السادس، الخلو من المرض المضر بالمحضون:** يشترط في مستحق الحضانة ذكرا كان أو أنثى خلوه من المرض المضر بالمحضون، ويقصد بهذا المرض المضر بالمحضون أن يكون مرضا معديا أو منفرا، أو مفوتا على المحضون مقصود الحضانة والغرض منها⁸⁰، وبالتالي يكون متعارضا مع مصلحة المحضون، وهو ما قال به الفقهاء⁸¹. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها⁸².

- **الشرط السابع، خلو الحاضنة من زوج أجنبي أو بقرب غير محرم:** اشترط الجمهور⁸³ أن لا تكون الحاضنة متزوجة من شخص أجنبي عن المحضون أو بقرب غير محرم للصغير، فإن كانت كذلك فلا حق لها في الحضانة، وذلك لأن زوج الأم يتضرر عادة من وجود الصغير مع أمه، فيشعر الصغير بالخفاء منه، وهذا له تأثير سيء على نفسيته⁸⁴. إلا أنه إذا كان إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب تزوجها بشخص أجنبي، أو بقرب غير محرم يتعارض مع مصلحة المحضون، فإنه لا يسقط عليها هذا الحق عليها.

وهو ما نص عليه المشرع في المادة (66) من قانون الأسرة بقولها: « يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون ».

وهو أيضا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون⁸⁵.

المطلب الثاني: مراعاة قاعدة مصلحة المحضون في تحديد مدة إسقاط وعودة الحضانة الفرع الأول: تحديد مدة الحضانة.

الحضانة شرعت لمصلحة المحضون، تبدأ من الولادة، ومدتها تتحدد بقدر حاجة الصغير إليها تحقيقاً لمصلحته، وتنتهي بانتهاء الحاجة إليها، وذلك بقدرية الصغير على قضاء حاجاته وشؤونه بنفسه، ويعرف ذلك ببلوغ المحضون سناً معينة تصلح أن تكون قرينة على ذلك، مع اختلاف في السن بين الذكر والأنثى⁸⁶، وانتهاء مدة الحضانة كان محل خلاف بين الفقهاء.

مذهب الحنفية⁸⁷:

تنتهي الحضانة عندهم سواء كان الحاضن أما أو غيرها باستغنائه عن النساء، بأن يأكل ويشرب، ويلبس، ويستنجي وحده، وحددوا ذلك ببلوغ الذكر سبع سنين؛ لأن الغلام إذا بلغ الحد الذي يحتاج فيه إلى التأديب ويعقله، فبقاؤه عند الأم دون الأب ضرر عليه، فالأب أقدر على تأديبه، فمن كان سنه سبعة فهو مأمور بالصلاة على وجه التعليم والتأديب، وكذلك سائر الأدب الذي يحتاج إلى تعلمه.

أما الصغيرة فتنتهي مدة حضانتها على المذهب حين بلوغها، ويكون ذلك بالحيض أو الإنزال أو السن؛ لأنها ببلوغ السبع سنين تحتاج إلى معرفة آداب النساء، والمرأة على ذلك أقدر فتبقى عند أمها أو جدتها أم أو لأب بحسب ترتيب الاستحقاق إلى البلوغ، وبعد بلوغها تحتاج إلى التحصين والحفظ، والأب في ذلك أقدر. أما إن كانت الحاضنة غير الأم والجددة فتنتهي حضانتها بمجرد أن تشتهي، وقيل حد الشهوة تسع سنين، وقيل إحدى عشرة سنة.

وتمدّد حضانة الصغير عند أمه ذكراً كان أو أنثى إذا بلغ السن وكان معتوهاً أو مجنوناً إلى أن يشفى، إعمالاً لمصلحته، فالأم في هذه الأحوال هي الأقدر على رعايته والاهتمام بشؤونه من غيرها.

مذهب المالكية⁸⁸:

تنتهي حضانة الذكر عندهم بالبلوغ، سواء كان عاقلاً أو مجنوناً، ويقوم أبوه بحقه. أما الصغيرة فتنتهي حضانتها عند دخول الزوج بها. ويراعى في ذلك دائماً مصلحة المحضون في مدى حاجته للرعاية والتنشئة والتربية والتعليم، وللقاضي سلطة التقدير في هذا الأمر⁸⁹.

مذهب الشافعية⁹⁰:

تنتهي عندهم حضانة الصغير ذكراً كان أو أنثى عند سن التمييز، وقيل أنه سبع سنين غالباً، أو ثمان تقريباً، والحكم مداره التمييز وليس السن. فإذا بلغ التمييز ذكراً كان أو أنثى خير بين أبويه فأيهما اختار كان معه، ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار، وإلا أخرج إلى حصول ذلك، وهو موكول إلى اجتهاد القاضي. أما إن كان مجنوناً فلا تنتهي حضانته حتى يشفى ويميز؛ لأنه لا يستقل في القيام بشؤونه.

مذهب الحنابلة⁹¹:

تنتهي عندهم الحضانة ببلوغ الصغير ذكراً كان أو أنثى سبع سنين. فإن بلغ سبع سنين وكان ذكراً خير بين أبويه إن تنازعا فيه، فمن اختاره كان أولى به، فإن لم يختار أحدهما أو اختارهما معا أقرع بينهما، وإن اختار بعد القرعة أيهما رد إليه، ولا يخير إذا كان أحد أبويه ليس أهلاً للحضانة؛ لأنه كالعدم. أما الأنثى إذا بلغت سبع سنين فالأب أحق بها؛ لأن الغرض من الحضانة الحفظ والحفظ للبنات إذا بلغت سبع سنين، ولا يكون ذلك إلا عند أبيها، وكونها ببلوغها هذا السن قد قاربت الصلاحية للزواج. أما إذا بلغ الذكر السبع سنين وكان معتوهاً أو مجنوناً، أو كان مميزاً واختار أباه، ثم أصابه الجنون، فإنه يرد إلى أمه لتتولى حضانته، فهو في حاجة إلى من يتعهد به ويقوم بشؤونه شأنه شأن الطفل الصغير.

تحديد مدة الحضانة في القانون والقضاء:

نصت المادة 65 من قانون الأسرة: «تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهاها مصلحة المحضون». يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري ميز بين الذكر والأنثى في مسألة انتهاء الحضانة، فجعلها للفتى (10) سنوات، وللغاة (19) سنة، وهو سن الزواج القانوني حسب نص المادة 07 من قانون الأسرة. غير أنه يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد سن الحضانة للذكر إلى سن (16) إذا كان من طلب التمديد هي الأم بشرط أن لا تكون متزوجة من رجل آخر ليس بقريب محرم للولد، ونصت المادة أيضا على أن القاضي عند حكمه بانتهااء الحضانة عليه أن يراعي مصلحة المحضون وذلك في الرعاية والتربية والحماية⁹². وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قراراتها ومنها:

- 1- من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكور للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية⁹³.
- 2- إن لقضاء الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشرة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة⁹⁴.

الفرع الثاني: إسقاط الحضانة وعودتها.

أولا - سقوط الحضانة:

حق الحضانة ليس حقا دائما، وإنما هو حق أوجبه الشرع والقانون، فإن كان الحاضن قد قام بالحضانة إلى أن بلغ المحضون السن الذي تنتهي فيه حضنته سقطت عنه بحكم الشرع والقانون، ولا تمدد له إلا إذا كان ذلك في مصلحة المحضون، وإن أخل الحاضن بأحد شروط استحقاق الحضانة سقطت عنه أيضا، وعلى ذلك فمستقطات الحضانة هي كالاتي:

أ - التنازل عن الحضانة على أن لا يتعارض ذلك مع مصلحة المحضون:

إن من أسباب سقوط الحضانة تنازل من له الحق فيها، بعد أن حكمت المحكمة بإسنادها له، بأن تنازل عنها إلى شخص آخر ممن يلوونه في الترتيب، وأعلن ذلك أمام القاضي، في هذه الحالة فإن حقه في الحضانة سيسقط بحكم القانون، والحكم الذي سيصدر بناء على طلب من له الحق فيها بالتنازل عنها هو حكم مقرر للسقوط وليس منشأ له، مع ملاحظة أنه وإن كان القانون قد أقر سقوط حق الحضانة بسبب التنازل عنها، فإنه قد قيده بشرط ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون⁹⁵.

وقد ذهب بعض الحنفية⁹⁶، وبعض المالكية⁹⁷، وبعض الشافعية⁹⁸، إلى أن الحضانة حق للولد وواجبة على الحاضنة، وعليه لا يمكن لها أن تتنازل عنها إلا إذا وجد غيرها، فإن لم يوجد غيرها أجبرت عليها مراعاة لمصلحة المحضون وحماية لحقه في الحضانة. وهذا ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: «يسقط حق الحاضنة... بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون».

وقد ذهبت المحكمة العليا في بعض قراراتها إلى تأييد هذا المبدأ بقولها:

1- من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهها رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون⁹⁹.

2- من المقرر شرعاً وقانوناً أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الحضانة¹⁰⁰.

ب - زواج الحاضنة بغير قريب محرم:

اتفق الفقهاء¹⁰¹ على أن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم استناداً لقوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»¹⁰²، وهذا يعني أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها

بحكم قضائي اسند إليها حضانة أولادها منه سيسقط حقها في الحضانة بمجرد أنها تتزوج أثناء قيام حق الحضانة مع شخص ليس من أقرباء المحضون الذين يحرم عليهم كل علاقة زوجية معه، وتُسند إلى غيرها بموجب حكم قضائي، وذلك بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد¹⁰³.

وهو ما نص عليه المشرع في المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: «يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون».

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها: من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى غيرها أن تكون خالية من زوج، أما إذا كانت متزوجة، فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة¹⁰⁴.

إلا أن الملاحظ على نص المادة 66 أنها اشترطت مراعاة مصلحة المحضون عند التنازل فقط، وهو ما يفهم من نص المادة، بمعنى وكأن نص المادة يشير إلى أنه عند تزوج الحاضنة بغير قريب محرم فإنه تسقط عليها الحضانة دون أن يراعى في ذلك مصلحة المحضون، لكن هذا غير صحيح؛ لأنه إذا نظرنا إلى أحكام الحضانة بشكل متكامل نجد أن المشرع قد راعى مصلحة المحضون في هذه الحالة، وذلك أن سقوطها لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، وإسنادها أيضا إلى من سيلها في الحضانة وهو ما سيراعى فيه القاضي مصلحة المحضون بطبيعة الحال.

وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهاداتها منها:

1- مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة¹⁰⁵.

2- تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة. يخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع¹⁰⁶.

ج - الإخلال بواجبات الحضانة:

إن من واجبات الحضانة هو رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، وهو ما ورد النص عليه في المادة 62 من قانون الأسرة، والإخلال بأي من هذه الواجبات سوف يؤدي حتما إلى سقوط الحضانة، وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

وقد ذهب المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى تكريس هذا المبدأ بقولها: من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط حق أمها أيضا في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيها معا¹⁰⁷.

أما إذا كانت المرأة تخرج للعمل، فإن كان عملها يمنعها من رعاية الصغير وتربيته والعناية به، فلا تكون صالحة للحضانة ويسقط حقها فيها ؛ لأن هذا يتعارض مع مصلحة المحضون، أما إذا كان عملها لا يمنعها من رعاية الصغير وتدير شؤونها فإن حقها لا يسقط في الحضانة¹⁰⁸، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 2/67 و3 من قانون الأسرة بقولها: «ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون».

وهو ما أخذت به المحكمة العليا في بعض قراراتها بقولها:

1- المبدأ: عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم تتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية¹⁰⁹.

2- من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطأوا في تطبيق القانون¹¹⁰.

د - السفر بالمحضون¹¹¹:

اعتبر الفقهاء السفر بالمحضون أحد مسقطات الحضانة، إلا أنهم اختلفوا في تحديد مفهوم هذا السفر والمسافة التي يمكن اعتبار السفر فيها مسقطا للحضانة.

حيث ذهب الحنفية¹¹² إلى أن الحاضنة إذا سافرت إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته سقطت الحضانة عنها هذا إن كانت الحاضنة أما، أما إذا كانت الحاضنة غي الأم فإن حضانتها تسقط بمجرد السفر سواء كان طويلا أم قصيرا.

وذهب المالكية¹¹³ إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى مكان بعيد وقدره بستة برود فأكثر، وكان سفرها سفر نقلة وانقطاع.

وذهب الشافعية¹¹⁴ إلى أن الحضانة تسقط عنها إذا سافرت بالمحضون إلى مكان مخوف أو كان سفرها سفر نقلة وانقطاع، سواء كان هذا السفر قصيرا أم طويلا.

وذهب الحنابلة¹¹⁵ إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا سافرت بالمحضون إلى بلد بعيد بمسافة القصر أو أكثر.

وقد علق جميع الفقهاء في هذه المسألة بأن تراعى مصلحة الطفل في كل الأحوال، بمعنى أنه إذا كان إسقاط الحضانة بسبب السفر يتعارض مع مصلحة المحضون فلا تسقط وهو أمر يقدره القاضي.

وقد ذهب المشرع الجزائري بنص المادة 69 من قانون الأسرة إلى أنه: «إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون». ومعنى هذا أن إسقاط الحضانة من عدمه بسبب السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي أمر جوازي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إذ له إبقاؤها أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون.

ويظهر هذا من خلال عدة اجتهادات للمحكمة العليا حيث نرى تغيرا في اجتهاداتها، وذلك بحسب تقدير مصلحة المحضون:

1- من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين

تزيد على ألف كيلومتر فإن المجلس بإسنادهم حضانة الولدين إلى أمهم قد أخطأوا في تطبيق القانون¹¹⁶.

2- من المقرر قانوناً أنه إذا رغب الشخص الموكل له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي، أن يرجع الأمر للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة للأم قد اشتروا تلقائياً ممارسة الحضانة بالجزائر، بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه يقيم هو نفسه بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط¹¹⁷.

3- إن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب، لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج، وكذا حق الزيارة لبعده المسافة¹¹⁸.

4- المبدأ: يمكن إسناد الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية، مراعاة لمصلحتهم.

وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسندوا الحضانة للأم المقيمة بفرنسا مراعاة لمصلحتهم، لأنهم يدرسون بفرنسا، وحيث إن هذا التسبب كاف ما دامت مراعاة مصلحة المحضون في المقام الأول عند إسناد حضانتهم كما تنص على ذلك المادة (64) من قانون الأسرة¹¹⁹.

ثانياً - عودة حق الحضانة:

إذا سقطت الحضانة لمانع من الموانع، ثم زال هذا المانع فهل يعود حق الحضانة لصاحبه على أساس زوال المانع؟

ذهب جمهور الفقهاء¹²⁰ على أن حق الحضانة يعود للحاضنة بعد سقوطه عنها إذا زال سبب السقوط مطلقاً، رعاية لحق المحضون في أن يكون عند أقرب حاضنة إليه، أما

المالكية¹²¹ فذهبوا إلى أن المسقط للحضانة إذا كان أمرا ليس اختياريًا وإنما كان خارجًا عن إرادة الحاضن، كالمرض مثلاً، فإن الحضانة تعود بزوال المانع، أما إذا كان المانع اختياريًا، كزواج الحاضنة بأجنبي، فإن الحضانة تسقط ولا تعود بزوال هذا السبب المسقط لها.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب المالكية، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 71 من قانون الأسرة بقولها: «يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الاختياري». ويتضح من نص هذه المادة أنه إذا سقط حق الحضانة لسبب من الأسباب القانونية، كأن يكون غير قادر لمرض، فإن حق الحضانة سيعود إليه بمجرد زوال هذا السبب على أن يثبت ذلك للمحكمة، أما إذا كان سقوط الحضانة ناتجاً عن تصرف الحاضن بناء على رغبته فإن حق الحضانة سيسقط ولن يعود إليه¹²².

جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي:

من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً يكون قد خالف القانون¹²³.

إلا أنه حدث تغير في اجتهاد المحكمة العليا واعتبرت أن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من غير قريب محرم لا يمنعها من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في أحد قراراتها:

من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومتى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون¹²⁴.

وجا أيضا: المبدأ: إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقا للمادة 71 من قانون الأسرة يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبيب¹²⁵.

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع، نجد أنّ الحضانة من أهم المواضيع، ذلك أنّها قائمة على مراعاة قاعدة أساسية ألا وهي مصلحة المحضون، ويتبن ذلك من خلال تكرارها في أكثر المواد المتعلقة بالحضانة في قانون الأسرة، إلا أنّها وكما بينا خلال الدراسة بأنها مفهوم غامض، لأن فكرة المصلحة فكرة مطاطة تحمل عدة معاني وهي مفهوم قد يضيق ويتسع، وقد ترك المشرع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقاضي، وحسنا فعل لأن مصلحة المحضون قابلة للتطور والتغير حسب ظروف العصر والحال.

ومن أهم الملاحظات التي يمكن إيرادها على مواد القانون المتعلقة بالحضانة:

1- المادة 62 أهملت تحديد شروط مستحقي الحضانة بالرغم من أهمية ذلك واكتفى المشرع بعبارة وأن يكون أهلا للقيام بذلك، ومن المعلوم أن تحديد هذه الشروط سيساعد أكثر في تحديد مفهوم مصلحة المحضون.

2- المادة 64 التي تتحدث عن ترتيب أصحاب الحق في الحضانة جاء مختصرا على عكس بعض التشريعات الأخرى، خاصة عندما نصّت: على الأقربون درجة، فالمشرع لم يحدد لهم ولم يوضح من هم، ولم يبين ما هو الحل إذا تعدّد الذين يستحقون الحضانة من درجة واحدة، كما أنه لم يبين ما الحل في حال تخليهم جميعا عن الحضانة.

3- المادة (65) التي تتحدث على انتهاء الحضانة وتمديد حضانة الذكر الذي أتمّ (10) سنوات إلى غاية (16) سنة، وحصر طلب ذلك على الأم فقط، بحيث لا يمكن لأحد غيرها طلب التمديد، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بتمديد الحضانة إذا كان

الحاضن عند شخص غير الأم، حتى ولو كانت مصلحة المحضون تقتضي التمديد، وهذا قصور يجب معالجته.

4- أغفل المشرع الكلام عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، وكان عليه النص على أنها تعود للأب.

وعليه نرى من الضروري تعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة وتوضيحها أكثر، وتدارك النقائص الموجودة باعتبارها تمس بمصلحة المحضون، وذلك من خلال:

1- تحديد شروط مستحقي الحضانة بتفصيل أكثر حتى يتسنى للقاضي تحديد مفهوم مصلحة المحضون بشكل أفضل.

2- تعديل نص المادة (64) بإعادة ترتيب الحاضنين وإعطاء الأولوية للقرابة من النساء، لأنهن الأقدر والأكثر تحملاً لأعباء الحضانة، وهذا حرصاً على مصلحة المحضون، إعطاء تفصيل أكثر لباقي الحاضنين أسوة بباقي التشريعات.

3- النص على إجبار الأم عن الحضانة إذا تخلت الجميع عن ممارسة هذا الحق، حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة، وهذا حرصاً على مصلحة المحضون.

4- ضرورة منح حق تمديد الحضانة حتى لغير الأم إن كان ذلك في مصلحة المحضون.

- الإحالات والحواشي:

1- محمد الأزهري، شرح مدونة الأسرة، (لا.ط؛ المغرب: مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع، الدار البيضاء، 2006)، ص 389.

2- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2004/2005، ص 4.

3- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4- أنجز هذا البحث في إطار مشروع فرقة البحث: "الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في شؤون الأسرة - دراسة مقارنة" ضمن برنامج: CNEPRU - وزارة التعليم العالي والبحث

- العلمي - الجزائر.
- 5- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه. ج 11 (لا. ط؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت)، ص 911، مادة حضن.
- 6- ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق: أحمد عزو عناية الدمشقي. ج 4 (ط 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2002)، ص 256.
- 7- الدردير، الشرح الكبير، ج 2 (لا. ط؛ بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ص 526.
- 8- النووي، روضة الطالبين. ج 8 (لا. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1995)، ص 61 - زكريا الأنصاري، فتح الوهاب. ج 2 (ط 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1998)، ص 212.
- 9- المرادوي، الإنصاف. ج 9 (ط 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1998)، ص 307.
- 10- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 15، ص 19).
- 11 - أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية. ج 3 (ط 1؛ الأردن: دار الثقافة - عمان، 2009)، ص 11.
- 12- رواه أبو داود في سننه، باب من أحق بالولد برقم 2276 (أبو داود، سنن أبي داود. ج 2، ط 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1997، ص 490)، وصححه الحاكم في مستدركه، قال حديث صحيح لم يخرجاه (الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج 2، لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت، ص 207).
- 13- رواه البخاري في صحيحه، باب عمرة القضاء، ذكره أنس عن النبي -صلى الله عليه وسلم- برقم 4251 (البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق محب الدين الخطيب. ج 3، ط 1؛ القاهرة: المكتبة السلفية، 1400هـ، ص 144).
- 14- الكاساني، بدائع الصنائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، ج 3 (ط 3؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000)، ص 458.
- 15- ابن نجيم، البحر الرائق 4/256.
- 16- المصدر نفسه، 4/256.
- 17- الدردير، الشرح الكبير، 2/532.
- 18- النووي، المجموع شرح المذهب، ج 18 (لا. ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص 328.
- 19- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 14 - 15.
- 20- ابن نجيم، البحر الرائق 4/256.

- 21- الدردير، الشرح الكبير، 532/2.
- 22- النووي، المجموع شرح المذهب 325/18.
- 23- أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 14.
- 24- الحصفكي، الدر المختار. ج 3 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص 614.
- 25- المرادوي، الإنصاف 314/9.
- 26- عبد الكريم زيدان، الفصل. ج 10 (ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000)، ص 12.
- 27- الفاسي، شرح ميارة، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن. ج 1 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص 434.
- 28- ابن القيم، زاد المعاد، تحقيق: أسامة بن محمد الجمال. ج 4 (ط: 1؛ القاهرة: دار أبو بكر الصديق، د.ت)، ص 232.
- 29- غ أش، المحكمة العليا، قرار رقم 189234 مؤرخ في 1998/04/21 المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 175.
- 30- ابن منظور، لسان العرب، 2479/28، مادة صلح.
- 31- فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور إسلامي. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2006)، ص 46-45.
- 32- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج 1 (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1324هـ)، ص 286.
- 33- حميدو زكية، مرجع سابق، ص 69.
- 34- المرجع نفسه، ص 68.
- 35- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. (ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 2007)، ص 37.
- 36- انظر المادة 62 من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 15 الصفحة 19).
- 37- حميدو زكية، مرجع سابق، ص 81.
- 38- المرجع نفسه، ص 86.
- 39- ق - عبد الله، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، 2001-2004، ص 31-32.

- 40- المحكمة العليا، غ أش، قرار رقم 153640 مؤرخ في 18/02/1997 المجلة القضائية، ع1، 1997، ص39.
- 41- ابن القيم، زاد المعاد، 4/222.
- 42- ابن نجيم، البحر الرائق 4/257 وما بعدها. السمرقندي، تحفة الفقهاء. ج2(ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص229.
- 43- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية. (ط:1؛ القاهرة: مؤسسة المختار، 2004)، ص406.
- 44- الدير، الشرح الكبير، 2/526 وما بعدها.
- 45- النووي، روضة الطالبين 8/77.
- 46- المرادوي، الإنصاف 9/307 وما بعدها، كشاف القناع. ج5(ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1999)، ص511 وما بعدها.
- 47- غ أش المحكمة العليا، قرار رقم 153640 مؤرخ في 18/02/1997 المجلة القضائية، ع1، 1997، ص39.
- 48- غ أش المحكمة العليا، قرار رقم 256629 مؤرخ في 12/02/2001 المجلة القضائية، ع2، 2004، ص421.
- 49- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات. (لا.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2010)، ص308.
- 50- أحمد شامي، المرجع نفسه، ص308.
- 51- غ أش المحكمة العليا، ملف رقم 497457 مؤرخ في 13/05/2009 مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2009، ص297.
- 52- غ أش المحكمة العليا، ملف رقم 613469 مؤرخ في 10/03/2011 المجلة القضائية، العدد الأول 2012، ص285.
- 53- أحمد شامي، المرجع السابق، ص310.
- 54- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. (ط:1؛ الجزائر: دار البصائر، حسين داي، 2007)، ص216.
- 55- ابن القيم، زاد المعاد، 4/239، الدير، الشرح الكبير، 2/528، النووي، روضة الطالبين 8/62، البهوتي، كشاف القناع، 5/514.

- 56- الدبر، الشرح الكبير، 529/2.
- 57- الشربيني، مغني المحتاج، ج5 (ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ص277.
- 58- غ أش المحكمة العليا، ملف رقم 265727 مؤرخ في 2001/02/12 المجلة القضائية، ع2، 2004، ص432.
- 59- ابن نجيم، البحر الرائق 262/4.
- 60- النووي، روضة الطالبين 63/8.
- 61- المرادوي، الإنصاف 312/9.
- 62- الدبر، الشرح الكبير 528/2.
- 63- رواه الترمذي في سننه، كتاب السير، باب كراهية التفريق بين السبي برقم 1566 (الترمذي، الجامع الصحيح، تحقيق أحمد شاكر، ج4، لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت، ص134)، وقال: هذا الحديث حسن غريب.
- 64- سبق تحريجه.
- 65- ابن القيم، زاد المعاد، 239/4.
- 66- ابن نجيم، البحر الرائق 263/4. الكاساني، بدائع الصنائع، ج3 (ط: 3؛ بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 2000)، ص458 وما بعدها.
- 67- الدبر، الشرح الكبير، 529/2.
- 68- الشربيني، مغني المحتاج، 275/5.
- 69- البهوتي، كشف القناع، 514/5.
- 70- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 52221 مؤرخ في 1989/03/13 المجلة القضائية، ع1، 1993، ص48.
- 71- الحصكفي، الدر المختار، ج3 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص610، الدبر، الشرح الكبير، 528/2، الشربيني، مغني المحتاج، 275/5، البهوتي، كشف القناع، 514/5.
- 72- المحكمة العليا، غ أش،، ملف رقم 53578 مؤرخ في 1989/05/22 المجلة القضائية، ع4، 1991، ص99.
- 73- غ أش المحكمة العليا،، ملف رقم 171684 مؤرخ في 1997/09/30 المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص169.
- 74- غ أش المحكمة العليا،، ملف رقم 564787 مؤرخ في 2010/07/15 مجلة المحكمة العليا،

- ع2، 2010، ص262.
- 75- الدردير، الشرح الكبير، 528/2، الشريبي، مغني المحتاج، 277/5، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.
- 76- المحكمة العليا، غ أش،، ملف رقم 33921 مؤرخ في 1984/07/09 غير منشور (نقلا عن، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة. ج1، ط:3؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، 2004، ص384).
- 77- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص408.
- 78- غ أش المحكمة العليا، ملف رقم 274207 مؤرخ في 2002/07/03، المجلة القضائية، ع1، 2001، ص262.
- 79- المحكمة العليا، غ أش،، ملف رقم 33921 مؤرخ في 1984/07/09 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص188.
- 80- عبد الكريم زيدان، الفصل، 42/10.
- 81- الدردير، الشرح الكبير، 528/2، الشريبي، مغني المحتاج، 277/5، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.
- 82- راجع نشرة القضاة، 1966، عدد 4، ص19 (نقلا عن، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة 1/383).
- 83- الكاساني، بدائع الصنائع 458/3، الدردير، الشرح الكبير، 529/2، الشريبي، مغني المحتاج، 276/5، البهوتي، كشاف القناع، 514/5.
- 84- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص410.
- 85- المحكمة العليا، غ أش،، ملف رقم 54353 مؤرخ في 1989/07/03 المجلة القضائية، ع1، 1992، ص45.
- 86- عبد الكريم زيدان، الفصل، 68/10.
- 87- الكاساني، بدائع الصنائع 459/3، الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين. ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص490.
- 88- الدردير، الشرح الكبير، 526/2.
- 89- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص216.
- 90- الشريبي، مغني المحتاج، 278/5، النووي، روضة الطالبين 66/8.

- 91- البهوتي، كشف القناع، 517/5.
- 92- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة 1/385..
- 93- المحكمة العليا، غ أش،، ملف رقم 52221 مؤرخ في 13/03/1989 المجلة القضائية، ع1، 1993، ص48.
- 94- راجع نشرة القضاة، العدد 52 ص111.
- 95- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق. (ط:3؛ الجزائر: دار هومة، بوزريعة1997)، ص300.
- 96- ابن نجيم، البحر الرائق 4/256.
- 97- الدردير، الشرح الكبير، 2/532.
- 98- النووي، المجموع شرح المهذب 18/325.
- 99- غ أش، المحكمة العليا، قرار رقم 189234 مؤرخ في 21/04/1998 المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص175.
- 100- المحكمة العليا، غ أش، قرار رقم 51894 مؤرخ في 19/12/1988 المجلة القضائية، ع4، 1990، ص70.
- 101- الكاساني، بدائع الصنائع 3/458، الدريد، الشرح الكبير، 2/529، الشريبي، مغني المحتاج، 276/5، البهوتي، كشف القناع، 514/5.
- 102- سبق تخريجه.
- 103- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ص300..
- 104- المحكمة العليا، غ أش، قرار رقم 40438 مؤرخ في 05/05/1986 المجلة القضائية، ع2، 1989، ص75.
- 105- غ أش المحكمة العليا،، ملف رقم 497457 مؤرخ في 13/05/2009 مجلة المحكمة العليا، ع1، 2009، ص297.
- 106- غ أش المحكمة العليا،، ملف رقم 613469 مؤرخ في 10/03/2011 المجلة القضائية، ع1، 2012، ص285.
- 107- غ أش المحكمة العليا،، ملف رقم 31997 مؤرخ في 09/01/1984 غير منشور نقلا عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 1/389.
- 108- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص408.
- 109- غ أش المحكمة العليا،، ملف رقم 274207 مؤرخ في 03/07/2002، المجلة القضائية،

- ع1، 2001، ص 262.
- 110- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 33921 مؤرخ في 1984/07/09 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 188.
- 111- الكاساني، بدائع الصنائع 459/3، الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين. ج1 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1994)، ص 490.
- 112- ابن نجيم، البحر الرائق، 4/265.
- 113- الدردير، الشرح الكبير، 2/531.
- 114- الشربيني، مغني المحتاج، 5/281.
- 115- المرادوي، الإنصاف 9/315.
- 116- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 43594 مؤرخ في 1986/09/22 المجلة القضائية، ع4، 1992، ص 41.
- 117- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 91671 مؤرخ في 1993/06/23 المجلة القضائية، ع1، 1994، ص 72.
- 118- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 111048 مؤرخ في 1995/11/21 نشرة القضاة، ع52، 1997، ص 102.
- 119- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 426431 مؤرخ في 2008/03/12 مجلة المحكمة العليا، ع1، 2008، ص 271.
- 120- الكاساني، بدائع الصنائع 458/3، الشربيني، مغني المحتاج، 5/277، المرادوي، الإنصاف، 9/313.
- 121- الدردير، الشرح الكبير، 2/532.
- 122- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 1/390.
- 123- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 58812 مؤرخ في 1990/02/05 المجلة القضائية، العدد الرابع، 1992، ص 58.
- 124- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 201336 مؤرخ في 1998/07/21 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 178.
- 125- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 252308 مؤرخ في 2000/11/21 المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 284.

consideration of interest of the child custody
between the requirements of jurisprudential
provisions and judicial practice

Mohamed BEJAK *

ABSTRACT:

Child custody is obligatory as long as the boy in urgent need of care and attention, where he is unable to direct his own interests, and he does not distinguish between what harm him or help him. Islamic law has been keen as well as the various laws to establish the conditions and controls that ensure the protection of the interests of the child custody, judicial practices came in the light of those provisions. This research shows the provisions of the child taking into account interest of the child custody through three sections. The first relates to the definition of custody, and its legitimacy. The second related to interests of the child custody, its concept, its characteristics, and its appreciation. The third is related to the applications of the base taking into account interests of the child in jurisprudence and judicial practice.

Keywords: custody - interest - the family - care - the child - the judiciary.

* Maître-assistant A : Faculté des sciences sociales et humaines, Université El-oued – Algérie.

الأنشطة المتعلقة بالمخدرات " حكمها وعقوبتها في الفقه الإسلامي "

بقلم

أ. حميدة حوامدي (*)



ملخص

لقد تفشت في الآونة الأخيرة من حياة البشرية سموم قاتلة عرفت بالمخدرات وتعددت مظاهر استعمال الإنسان لها أيما تعدد فمنهم من أدمن على تناولها، ومنهم من جعلها وسيلة ربحه فسعى في ترويجها وتهريبها، وعلى أي حال كان لهذه السموم الأثر الكبير في تهديد حياة الإنسان وزعزعة أمنه لتأثيرها المباشر على الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة بحفظها، لذا كان لابد من الوقوف على التكيف الفقهي لهذه السموم والأنشطة المتعلقة بها وعقوبتها في الفقه الإسلامي، تنبيهها على خطورتها وخطورة العقوبة المترتبة على ممارسة أنشطتها.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على معلم الناس الخير سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم - ومن سار على دربه إلى يوم الدين وبعد:

بالنظر إلى واقع الأمن في مجتمعاتنا وأسباب فقدانه تأتي في مقدمة تلك الأسباب أنشطة المخدرات المتعددة إذ تعد هذه الأنشطة من أعظم مظاهر الإخلال بأمن الجماعة في واقعنا المعاصر، لاعتدائها على كليات الدين الضرورية بانتشار الإجرام تحت سيطرة هذه المواد تناولا أو سعيا في تحصيل أموالها الطائلة وفي حصول ذلك انتهاك لحرمة الجماعة وتهديد لأمنها في دينها ونفوسها وأعراضها وعقولها وأموالها والإشكال الذي

(*) عضو هيئة التدريس بشعبة العلوم الإسلامية - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي.

يمكن طرحه لهذه المسألة: ما التكييف الفقهي للأنشطة المتعلقة بالمخدرات، وما العقوبة المقررة لهذه الأنشطة في الفقه الإسلامي؟

والبحث في هذه المسألة يعد بحثاً مهماً لتعلقه بتأثير هذه الأنشطة على الإنسان وما يلحقه من اعتداء على دينه ونفسه وعقله ونسله وماله وهي الضروريات التي جاءت الشريعة بحفظها، وكذا اختلاف النظر الفقهي لهذه الأنشطة، ومدى إلحاق عقوبتها بعقوبة الإسكار، مما يستدعي عرض المسألة بأدلتها للوقوف على الرأي المحقق لحكمة التشريع من هذه العقوبات. كما أن انتشار هذا النوع من الجرائم يذيع الفزع والقلق والوقوف على هذه المسألة بالدراسة تنبيه على خطورتها وخطورة عقوبتها التي قد تصل للقتل.

والهدف الأساس لبحث هذه المسألة التعريف بهذه الأنشطة تناولاً وتداولاً واتجاراً حتى يسهل الوقوف على تكييفها وعقوبتها عند الفقهاء.

وسأتناول في هذا البحث بمشيئة الله تعالى بيان هذه الأنشطة وما يترتب على مرتكبيها من عقاب وفق الخطة قائمة على مقدمة ومبحثين وخاتمة؛ فجعلت المبحث الأول في حكم مُدْمِنِي المخدرات، والثاني في حكم مُهَرَّبِي ومُرَوِّجِي المخدرات. وذكرت في الخاتمة أهم النتائج المتوصل إليها.

المبحث الأول: الحكم في المَدْمِنِينَ

المطلب الأول: بيان المسألة، وتحديد محل النزاع

المُخَدَّرُ في اللغة: كُلُّ ما يُؤَدِّي إلى الضَّعْف والكَسَل والفُتُور والاسترخاء، يُقال: انخدَر العُضْوُ، إذا استرخى فلا يُطِيق الحركة⁽¹⁾.

أمَّا في الاصطلاح الفقهي: فلم نجد لها عند الفقهاء المتقدمين تعريفاً، لكونها لم تكن معلومة عندهم، وإنَّما ظهرت في أواخر المائة السادسة، على ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية⁽²⁾.

وقد تكلم بعض الفقهاء الذين ظهروا في عصرهم على أنواع منها، وتأثيرها على العقل، كالبنج، والحشيشة، وجوزة الطيب، والقات..⁽³⁾

وجاء في "الفروق": في الكلام عن قاعدة الفرق بين المرققات والمسكرات والمفسدات،

ما يفهم منه بأنّ الحشيشة هي ما غيّت العقل والحواس، دون نشوة أو سُرور⁽⁴⁾. وتُطلق المخدرات عند بعض المعاصرين على كلّ ما يُسكر ويُخدّر، في غير حالة الضرورة، من حشيش، وبنج، وأفيون، وهرويين، وكوكائين⁽⁵⁾، ويتعريف أعمّ منه: هي كلّ مادّة خام أو مُستحضرة تحوي على عناصر مُنبّهة أو مُسكّنة، من شأنها إذا استُخدمت في غير الأغراض الطّبيّة والصنّاعيّة أن تُؤدّي إلى حالة من التّعود أو الإدمان عليها، مما يضرّ بالفرد والمجتمع جِسميّاً واجتماعيّاً ونفسيّاً⁽⁶⁾. ومما تقدّم يُمكن تعريفها: بأنها كلّ ما يُغطّي العقل والفكر ويغشاه بها الكسل والفتور، سواء كانت المادّة صلبة أو مائعة. وقد اتّفق الفقهاء على حرمة هذه الموادّ، واختلفوا فيما يجب على مُتناولها، بناءً على اختلافهم في كون هذه الموادّ مُسكرّة أم مُخدّرة.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم

اختلف الفقهاء في حكم مُتناول هذه الموادّ، ويُمكن حصر هذا الخلاف في ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: إنّ المتناول لهذه الموادّ يُعاقب عقوبةً تعزيريةً، لكونها مُفسدةً للعقل. وبه قال بعض الحنفية، ورواية عن المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية⁽⁷⁾.

جاء في "حاشية ردّ المحتار": «ويحرم أكل البنج والحشيشة والأفيون، لأنّه مفسدةٌ للعقل ويصدّ عن ذكر الله، لكنّ دون الخمر، فإنّ أكل شيئاً من ذلك لا حدّ عليه وإنّ أسكر منه، بل يُعزّر بها دون الحدّ»⁽⁸⁾.

وعن المالكية جاء في "حاشية الدسوقي": «ولفظ "الشرب" يُفيد أنّ الحدّ مُختصّ بالمائعات، أمّا اليابسات التي تُؤثّر في العقل فليس فيها إلاّ الأدب»⁽⁹⁾، وعنهم في "التبصرة": «أمّا الحشيشة فيها الأدب بقدر اجتهاد الحاكم، لأنّها تُغطّي العقل»⁽¹⁰⁾.

وعن الشافعية جاء في "تحفة المحتاج": «وخرج بـ"الشراب" ما حرّم من الجامدات، فلا حدّ فيها وإنّ حرّمت وأسكّرت، بل التعزير فيها، لانتفاء الشدّة المُطرّبة عنها، ككثير

البنج، والزعفران، والعنبر، والجوزة، والحشيشة المعروفة. . . ، ولا حدَّ بمُذاهبها الذي ليس فيه شدةٌ مُطربة، فخالَفَ جامِدَ الخمرِ نَظَرًا لأصلهما، بل التعزيرُ الزاجِرُ عن هذه المعصية الدنيئة⁽¹¹⁾.

وجاء عنهم أيضا: «وكلُّ ما يُزيل العقلَ من غير الأُشربة، من نحو بنج، لا حدَّ فيه، كالحشيشة، فإنه لا يَلدُّ ويُطرب ولا يدَعُو قَلِيلُهُ إلى كثيرة، بل فيه التعزيرُ»⁽¹²⁾.

واستدلَّ هؤلاء لما ذهبوا إليه بـ:

1- حديث: «نهى النبي ﷺ عن كُلِّ مُسكِرٍ ومُفْتَرٍّ»⁽¹³⁾.

وَجْهُ الاستدلال:

أَنَّ النبي ﷺ قد فَرقَ في نهيه عن كُلِّ مُسكِرٍ ومُفْتَرٍّ، بالواو العاطفة، والعطفُ بين الشيئين يقتضي المغايرة بينهما في الحكم، فدلَّ على أَنَّ حكم المُسكِرِ غير حُكْمِ المُفْتَرِّ. وثوقش وجهُ الاستدلال: بأنَّ العطف للمغايرة غير مُسَلَّم، لأنه يكون كذلك إذا كانت الواو الناسقة للترتيب، وقد قال بعضُ الفقهاء إنَّها لمطلق الجمع والاشتراك، «والقاعدةُ عند المحدثين والأصوليين: أنه إذا وَرَدَ النهي عن شيئين مُقْتَرَيْن، ثُمَّ نُصِّصَ على حكم النهي عن أحدهما من حُرمة أو غيرها، أُعْطِيَ الآخرُ ذلك الحكم، بدليل اقترانهما في الحكم، والنهي في الحديث المذكور ذَكَرَ المُفْتَرِّ مَقْرُونًا بِالمُسكِرِ، وتقرَّرَ عندنا تحريمُ المُسكِرِ بالكتاب والسنة والإجماع، فيجب أن يُعْطِيَ المُفْتَرُّ حُكْمَهُ، بقرينة النهي عنهما مُقْتَرَيْن»⁽¹⁴⁾.

2- أَنَّ المشاهدة تُقرِّر اختلاف المُسكِرِ عن المخدَّر، لما يُجِدُّهُ كُلُّ منهما لمتناوله، فأصحابُ المُسكِرِ تُحَدِّثُ لهم النشوة والطَّرَب، بخلاف أصحابِ المخدَّر، فلا يكون من حالهم إلا الفتورُ والسُّكون، فانتفى عنها بذلك أوصافُ المُسكِرِ⁽¹⁵⁾.

وثوقش هذا الاستدلال: بأنَّ الإسكار مُتَحَقِّقٌ في المُسكِرِ والمخدَّرِ على السَّواء، وما يَتَنَاوَلُهُ عمومُ المعنى اللغوي في اللَّفْظَيْنِ مِنَ السَّتْرِ والتَّغْطِيَةِ والتَّغْيِيبِ لِلْعَقْلِ⁽¹⁶⁾، «ولأنَّ الإسكار يُطْلَقُ ويُراد منه مطلقُ تَغْطِيَةِ العقل، وهذا إطلاقٌ أعمُّ، ويُطْلَقُ ويُراد به تَغْطِيَةُ العقل مع نشوة وطَّرَبٍ، وهذا إطلاقٌ أَخْصَصُ، وهو المراد من الإسكار حيث أُطْلِقَ. فعلى

الإطلاق الأول بين المسكر والمخدّر عموم مُطلق، إذ كلُّ مُخدّر مُسكرٌ، وليس كلُّ مسكرٍ مُخدّرًا، فإطلاق الإسكار على الحشيشة والجوزة ونحوهما المراد منه التخدير، ومن نفاه عن ذلك أراد به معناه الأخصّ⁽¹⁷⁾.

القول الثاني: إنّ المتناول لهذه الموادّ يجب عليه ما يجب على شارب الخمر من الحدّ، لكون هذه الموادّ من المسكرات. وهذا قال بعضُ الحنفية والمالكية والزيدية، وهو قول الإمام الذهبيّ من المحدثين، وشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽¹⁸⁾. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والحشيشة حرامٌ يُجلد صاحبها كما يُجلد شارب الخمر، وهي أخبثُ من الخمر من جهة أنها تُفسد العقل والمزاج، حتى يصير في الرجل نخث ودياثة، وغير ذلك من الفساد... وهي داخلةٌ فيما حرّمه الله ورسوله من الخمر والمسكر لفظاً أو معنى»⁽¹⁹⁾.

وجاء في "الإنصاف": «... واختار الشيخ تقي الدين - رحمه الله - وجوب الحدّ بأكل الحشيشة القنبية، وقال: هي حرامٌ سواء سكر منها أو لم يسكر، والسُّكر منها حرامٌ باتفاق المسلمين، وصَرَّرها من بعض الوجوه أعظمُ من صَرَّر الخمر، قال: ولهذا أوجب الفقهاء بها الحدّ كالخمر»⁽²⁰⁾.

واستدلّ هؤلاء لما ذهبوا إليه بـ:

1- حديث: «كلُّ مُسكرٍ خمرٌ، وكلُّ خمرٍ حرامٌ»⁽²¹⁾.

وجه الاستدلال:

دلّ الحديث بعمومه على حُرمة كلِّ مُسكرٍ مشروباً كان أو غير مشروب، وإذ ثبت بنصّ الحديث السُّكر للمُخدّر وجب على مُتناوله ما يجب على شارب الخمر من الحدّ، قال ابن حجر: «واستدلّ بمطلق قوله "كلُّ مُسكرٍ خمرٌ، وكلُّ خمرٍ حرامٌ"، على تحريم ما يُسكر ولو لم يكن شرباً، فيدخل في ذلك الحشيشة وغيرها، وقد جزم النووي وغيره بأنها مُسكرّة، وجزم آخرون بأنها مُخدّرة؛ فهو مُكابرة! لأنها تُحدث بالمشاهدة ما يُحدث الخمر من الطّرب والنشوة والمداومة عليها والانهاك فيها»⁽²²⁾.

وقال ابن تيمية: «الحديث يتناول ما يُسكر، ولا فرق بين أن يكون المسكر مأكولاً أو

مشروباً، أو جامدًا أو مائعاً... ونبينا ﷺ بُعِثَ بجوامع الكلم، فإذا قال كلمة جامعة كانت عامّة في كلّ ما يدخل في لفظها ومعناها، سواء كانت الأعيان موجودة في زمانه أو مكانه، أو لم تكن»⁽²³⁾.

وقال ابن القيم: «يدخل في نصّ الحديث الصحيح الصريح كلّ أنواع المسكرات مائعة كانت أو جامدة، كدخول جميع أنواع الذهب والفضة والبرّ والشعير والتمر والزبيب تحت قوله ﷺ: "لا تبيعوا الذهب بالذهب..."⁽²⁴⁾، فكما لا يجوز إخراج صنف من هذه الأصناف عن تناول اسمه له، فهكذا لا يجوز إخراج صنف من أصناف المسكر عن اسم الحمر، فإنه يتضمّن محذورين: أحدهما أن يُخرج من كلامه ما قصد دخوله فيه، والثاني أن يُشرع لذلك النوع الذي أُخرج حكمٌ غير حكمه، فيكون تغييراً لألفاظ الشارع ومعانيه، فإنه إذا سمّي ذلك النوع بغير الاسم الذي سمّاه به الشارع، أزال عنه حكم ذلك المسمّى، وأعطاه حكماً آخر»⁽²⁵⁾.

2- حديث «نهى النبي ﷺ عن كلّ مسكرٍ ومُفترٍّ»⁽²⁶⁾.

وجه الاستدلال:

فقد دلّ الحديث على ثبوت حكم المسكر للمُفترّ بدلالة الاقتران، فقد ورد النهي عن المفتر في الحديث مقروناً بالمسكر، وتقرّر حرمة المسكر بالكتاب والسنة والإجماع، فيجب أن يُعطى المفتر حكمه، بقرينة النهي عنهما مُقتَرنين⁽²⁷⁾.

قال ابن حجر الهيتمي: «في الحديث دليلٌ على تحريم الحشيش بخصوصه، فإنها تُسكر وتُخدّر وتُفتر»⁽²⁸⁾.

3- قياس المخدرات على المسكرات بجامع وصف الإسكار والإضرار، فالقياس الصحيح يحكم بالتسوية بين الأصل والفرع وبين جميع أنواع المسكرات، والتفرقة بينها تفرقة بين مُتماثلين من جميع الوجوه، وقد قرّر الفقهاء أن اسم الخمر يُطلق على كلّ ما خامر العقل، والمُخدّر في معناه، فتكون المخدرات حراماً بالنصّ الذي حرّم الخمر، أو بعلته لوجودها فيها⁽²⁹⁾.

وقال ابن القيم: «وإن لم يتناول لفظُ حديث "كلّ مسكر خمر" لأنواع المسكرات،

لكان القياسُ الصريحُ الذي استوى فيه الأصل والفرع من كلِّ وجه حاكمًا بالتسوية بين أنواع المسكر في تحريم البيع والشرب، والتفريق بين نوع ونوعٍ تفريقاً بين مُتِمِّثَيْن من جميع الوجوه»⁽³⁰⁾.

4- إنَّ الشارعَ الحكيمَ قد فرَّق في المحرَّمات بين ما تشتهيه النفوس وما لا تشتهيه، فما لا تشتهيه النفوس، كالدم والميتة، اكتفى فيه بالزَّاجر الشرعيِّ، فجعل العقوبة فيه التعزير، وأمَّا ما تشتهيه النفوس فجعل فيه مع الزَّاجر الشرعيِّ زاجراً طبعياً وهو الحدُّ، والحشيش من هذا الباب⁽³¹⁾.

وقال ابنُ القيم: «وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْخَمْرِ تَحْرِيمُ بَيْعِ كُلِّ مُسْكِرٍ مَائِعاً كَانَ أَوْ جَامِداً، عَصِيراً أَوْ مَطْبُوخاً... وَاللُّقْمَةُ الْمَلْعُونَةُ لِقْمَةُ الْفُسْقِ (أي: الحشيش والأفيون وسائر المخدرات)، وهي التي تُحَرِّكُ الْقَلْبَ السَّائِكِينَ إِلَى أَخْبَثِ الْأَمَاكِنِ؛ فَإِنَّ هَذَا كُلَّهُ خَمْرٌ بِنَصِّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الصَّحِيحِ... "كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ"... الخمر ما خامر العقل، فتدخل كلُّ هذه الأنواع تحت اسم الخمر»⁽³²⁾.

ونُوقِشَ ما استدلَّ به أصحابُ هذا القول: بأنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الْقِيَّاسِ، وهو غيرُ مُسَلَّمٍ بِهِ أَسَاساً عَلَى قَوْلِ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ كَالْإِمَامِيَّةِ، وَعَلَى التَّسْلِيمِ بِهِ مِنْ حَيْثُ الْأَصْلُ فَهَعُو غَيْرُ مُسَلَّمٍ بِجُرْيَانِهِ فِي الْعُقُوبَاتِ وَالْحُدُودِ عَلَى قَوْلِ الْحَنَفِيَّةِ، إِذْ عِنْدَهُمْ تَثْبِيتُ الْعُقُوبَاتِ بِالنَّصِّ، وَحَيْثُ لَا نَصٌّ وَجَبَ التَّعْزِيرُ عَلَى مَا وَرَدَ فِي كِتَابِهِمْ، جَاءَ فِي "التَّبْيِينِ": «وَلَا مَدْخَلٌ لِلْقِيَّاسِ فِي بَابِ الْحُدُودِ، فَوَجِبَ التَّعْزِيرُ»⁽³³⁾، وَعَنْهُمْ أَيْضاً: «إِنَّ إِبْتِهَاتِ الْحُدُودِ وَتَكْمِيلَهَا، لَا يَكُونُ بِالْقِيَّاسِ»⁽³⁴⁾.

وَأُجِيبَ عَنْ هَذَا: بِأَنَّ الْحُكْمَ الثَّابِتَ لِلْمُخَدَّرَاتِ لَيْسَ بِالْقِيَّاسِ فَقَطْ، وَإِنَّهَا هِيَ ثَابِتٌ بِنَصِّ حَدِيثٍ: "كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وَكُلُّ خَمْرٍ حَرَامٌ"، قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ: «وَتَحْرِيمُ كُلِّ مُسْكِرٍ بِالنَّصِّ الْعَامِّ وَالْكَلِمَةِ الْجَامِعَةِ، لَا بِالْقِيَّاسِ وَحْدِهِ، وَإِنْ كَانَ الْقِيَّاسُ دَلِيلًا آخَرَ يُوَافِقُ النَّصَّ... وَعَلَى هَذَا فَتَحْرِيمُ مَا يُسْكِرُ مِنَ الْأَشْرَبَةِ وَالْأَطْعَمَةِ كَالْحَشِيشَةِ الْمُسْكِرَةِ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ»⁽³⁵⁾، وَالْمُخَدَّرَاتُ عَلَى مَا عَرَّفَهَا الْفُقَهَاءُ لَهَا عِلَّةُ الْإِسْكَارِ وَالْإِضْرَارِ، فَتَدْخُلُ فِي عَمُومِ لَفْظِ الْحَدِيثِ وَمَعْنَاهُ الْعَامُّ، عَلَى مَا بَيَّنَّهَ الْمُحَقِّقُونَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ

بالاستناد إلى كُليّ الشرع، فليس من الواجب أن يدلّ منطوقُ الشرع على كلِّ جزئيّ بدليل جزئيّ خاص به!

قال القرضاوي: «وأما قول القائل: إنَّ هذا ما فيه آية ولا حديث؛ فهذا من جهله!»⁽³⁶⁾.

القول الثالث: إنَّ مُتناول هذه الموادِّ يُقتل تعزيراً إذا أدمن عليها ولم يرتدع بالحدِّ المقرّر عليه. وهذا ما نصّت عليه هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، في قرارها الآتي: «ومن يتعاطاه للاستعمال فقط، فهذا يجري في حقّه الحكم الشرعيّ للسُّكر، فإنَّ أدمن على تعاطيها ولم يُفد في حقّه إقامة الحدِّ، كان للحاكم الشرعيّ الاجتهاد في تقرير العقوبة التعزيرية الموجبة للزَّجر والردع، ولو بقتله»⁽³⁷⁾.

ولعلَّ مُستند هذا القول دفعُ فساد المُدمن إذا سعى في ترويع الأمنين قتلاً ونهباً واغتصاباً، لما دلَّ عليه واقع حال المُدمنين، وما يرتكبونه من الجرائم الخطيرة والمهددة للأمن العام.

المطلب الثالث: سبب الخلاف في المسألة، والقول المختار:

ومنشأ الخلاف في المسألة يعود إلى ما يأتي:

1- هل الموادُّ المخدّرة يثبت لها حكمُ المسكرات بطريق تحقيق المناط، فتكون هذه الموادُّ داخلةً في الحديث بدلالته.

2- مدى ثبوت العقوبات بالقياس، وخلاف الفقهاء في ذلك.

وعليه، فمن رأى تحقّق مناط حكم المسكر في هذه المواد، أو قال بالقياس: - أوجب لها ما أوجب للمسكر من الحدِّ، ومن لم ير تحقّق مناط حكم المسكر في هذه المواد أولم يقل بالقياس فيها، لم يوجب لها حدَّ المسكر، وجعل عقوبتها تعزيريةً.

والمختار من الأقوال: قول من قال إنَّ تناول هذه الموادِّ يجب عليه ما يجب على شارب الخمر من الحدِّ، لما تقدّم من أدلة هذا القول، لأنَّ القول المخالف بعدم ثبوت أوصاف المسكرات في المخدّرات مبنيٌّ على ما عرفوه من حشائش نباتية في عصرهم، ومع تطوّر هذه المواد وتنوعها في كلِّ عصر، توفّر فيها ما توفّر في المسكرات من أوصاف وزيادة،

على ما حققه أهل التجربة والمحققون من أهل العلم⁽³⁸⁾.

وحيث اخترت القول بجواز قتل مُدْمِنِي الخمر⁽³⁹⁾، إذا أسرفوا واستشرى فسادهم إلى الخليقة جمعاء، بالاعتداء على الأنفس والأموال والفروج، ولم يرتدعوا بما تقرّر في حقهم من العقوبة الشرعية في حدّ المسكر، جاز قتلهم على وجه الدّفع، فهو من جنس الصائل والمفسد إذا لم يندفعاً إلا به، وتقديماً للمصلحة العامّة على الخاصة، ودفعاً للضرر العام بالخاص، والضرر الأشدّ بالأخفّ، على ما تقرّر في قواعد الشريعة وأدلتها الكلّية-: فلأنّ يتحقّق هذا الحكم في مُدْمِنِي المخدرات أولى وأقرب، لما قرّره العقلاء وأهل الاختصاص من فتك هذه الموادّ بمقوّمات الأمّة على جميع الأصعدة والمستويات الصحية والفكرية والدينية والأسرية والاجتماعية والاقتصادية. . . الخ، على أن يُتدرّج بهؤلاء المدمنين إلى هذا الحكم مُروّراً بما قبله من العقوبات المشروعة إذا تحقّق بها الرّدْع، ولا يُصار إليه إلا ضرورة على وجه الدفع ما لم يمكن الدفع بغيره، وهو ما تضمنه قرارُ هيئة كبار العلماء السابق؛ وذلك لما يأتي:

1- جمعا بين الأقوال: حيث يجب في حقّ هؤلاء حدّ السكر ابتداءً، وحيث لم يرتدعوا وتعدّى أذاهم جاز الحكم بالقتل على الوجه المتقدم، مع مراعاة التدرّج للوصول لهذا الحكم، لأنّ تناول هذه الموادّ سبّب كثيراً من الجرائم، كالقتل، واغتصاب الفتيات، والنهب، والسطو، ومهاجمة الأمنين في منازلهم ومتاجرهم وسياراتهم، وارتكاب حوادث السير، وإفساد الضمائر والأخلاق، وانتشار الرشوة، وتنشيط تجارة السلاح، وغير ذلك من الجرائم التي يرتكبها المُدْمِن حالة فقدانه الوعي، أو في سبيل الحصول على هذه الموادّ إذا عَدِمَهَا⁽⁴⁰⁾.

2- أنّ المصلحة تقتضي المحافظة على الصّالح العامّ للجماعة، وإزالة الخطر والضرر عنه قدر الإمكان، وحيث تهّد ذلك من بعض هؤلاء جاز دفعه ولو بالقتل، لضرورة الدفع على ما تقدّم ذكره، كالصائل والمُحَارِب والباغي إذا لم يُمكن ذلك إلا به.

المبحث الثاني: الحكم في المُهْرَبِينَ والمُروّجِينَ

ومّا تقدّم بحثه، فإنّ المخدرات بكلّ أنواعها وأسماؤها محرّمة قطعاً، بدخولها في مُسمّى

الخمر حقيقةً ومعنى، وإذا تقرّرت حُرمة المسكر وتناولُه وبيعه وكلُّ ما يُؤدّي إليه بنص حديث: «لَعَنَ اللهُ الخمرَ، وشاربها، وساقِها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وأكل ثمنها، وحاملها، والمحمولة إليه»⁽⁴¹⁾، ولأنَّ القاعدة في المنهيات في الشريعة الإسلامية النهي عن كلِّ ما يُؤدّي إليها، إعطاءً للوسيلة حكمَ الغاية والمقصد⁽⁴²⁾، فيتقرّر بذلك كلّ حُرمة ما يُؤدّي إلى هذه الموادّ تهريباً أو ترويجاً أو تجارةً، ويستحقُّ مَنْ يفعل ذلك العقوبة الملائمة والمناسبة لحاله وجُرمه، وهو ما تضمّنه قرارُ هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بشأن عقوبة المهرّب والمروّج. وبيان ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: بيان حكم المهرّب: فإنَّ عقوبته القتل، لما يُسببه تهريبُ المخدّرات وإدخالها البلادَ من فساد عظيم، لا يقتصر على المهرّب نفسه، بل تتعدى أضرار ذلك الجسيمة إلى الأمة بمجموعها. ويُلاحق بالمهرّب الشخصُ الذي يستورد أو يتلقّى المخدّرات من الخارج فيُموّن بها المروّجين⁽⁴³⁾.

ومما يُعلم من قرار الهيئة أنَّ المهرّب هو أساسُ عملية التهريب، وبواسطته تدخل الموادّ المخدرة كلّ البلدان، وتنتشر به أضرارها وأخطارها كلّ بقاع العالم، وهو بجلبه هذه الموادّ التي يُعتدى بها على الكلياتِ معوّلاً لهدم المجتمع، وعنصرُ فسادٍ خطيرٍ يحتاج إلى عقوبة ملائمة لجريمته تدفع فسادَه، وقد جعلت الهيئة عقوبته القتلَ مُطلقاً، وذلك لأن:

1- الجزء من جنس العمل، وهذا قد قتل النفوس بجلب هذه الموادّ، ولما بثَّ من أضرارها الخطيرة، ولُصّادته لأوامر الله ورسوله وإخلاله لوظيفته في الكون من العبادة والخلافة وعمارة الأرض.

2- حفظ النظام العامّ، وتحقيق الأمن والاستقرار للجماعة، بقطع سبيل ما يقوّض بنيانها ويهدّد أمنها واستقرارها، وإن كان باستئصال آحادها على ما تقدّم بيانه.

3- تحقيق الضّرر والفساد من هؤلاء، إذ القتل محكوم به لأجل دفع الضرر والفساد، وهو سائغ ومشروع على ما تقرّره قواعد دفع المضارّ، ورعاية الصالح العام وسدّ ذرائع الفساد.

المطلب الثاني: بيان حكم المروّج

فقد نصّت هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية على عقوبة المروج بالقرار الآتي: «مَنْ يَرُوجّها سواء كان ذلك بطريق التصنيع أو الاستيراد بيعاً أو شراءً أو إهداءً ونحو ذلك من ضروب إشاعتها ونشرها، فإن كان ذلك للمرة الأولى، فيُعزّر تعزيراً بليغاً بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بهما جميعاً، حسبما يقتضيه النظر القضائي، وإن تكرر منه ذلك فيُعزّر بما يقطع شرّه عن المجتمع، ولو كان ذلك بالقتل، لأنه بفعله هذا يُعتبر من المفسدين في الأرض، ومَنْ تأصل الإجرام في نفوسهم، وقد قرّر المحققون من أهل العلم أنّ القتل ضربٌ من التعزير»⁽⁴⁴⁾.

ومما يُعلم من قرار الهيئة أنّ المروج من يسعى إلى نشر هذه المواد في المجتمع زراعة أو تصنيعاً أو تجارة أو إهداءً، والترويج لهذه المواد يؤدي إلى هدم الأخلاق والاعتداء على الكليات لما تؤدي إليه المخدرات من قتل الأنفس حقيقة أو معنى، وضياع الدين والأنفس والعقول والأموال والأعراض، وحيث إنّها جريمة ليس فيها نصٌ يحدّ عقوبتها، فمجالها التعزير الذي يُدرّج فيه بتدرّج الجريمة من أدنى عقوبة إلى أقصاها، على حسب خطورة الجاني وأثر جنايته ودرجة مساسها بالكليات الضرورية، وهو بهذا مُستحقٌّ للعقوبة التعزيرية الملائمة لجنايته، من حبس أو جلد أو تغريم أو غيرها من العقوبات، ممّا يُحقّق ردّعه ويكفّ ضرّره ولو بالقتل إن تعيّن طريقاً لدفع فساد، وهو ما نصّت عليه هيئة كبار العلماء في قرارها السابق.

والملاحظ في قرار هيئة كبار العلماء أنها فرّقت بين المهرّب والمروج في توقيع العقوبة، فجاء في قرارها المتقدم أنّ عقوبة المهرّب القتل مُطلقاً، وعقوبة المروج التدرّج به في العقوبات التعزيرية إلى أن يصل به إلى القتل إن تعيّن طريقاً لدفع الفساد، ولا ضابط لهذه التفرقة سوى الإدخال إلى البلد أو الاستيراد، فقد يكون خطر المروج في نشرها داخل البلد أكثر من خطر المهرّب بإدخاله بعض الكمّيات، وكلاهما ساع في الأرض بالفساد، ولا عبرة بالمسمّيات إن تحقّق القصد وانضبط الوصف، وقد انتشرت زراعتها وصناعتها على مستوى البيوت والمزارع والحدائق الخاصة، ممّا يوحي بأنّ الخطر مُتحقّق منهم جميعاً. ولعلّ أكبر وسيلة وأغلبها لترويج هذه المواد التجارة فيها؛ لأنّ قصد المروج الربح

غالباً، والتجارة وسيلةً إليه، وإذ تقرر جواز العقوبة بالقتل تعزيراً للمهريين والمروّجين، فإنَّ تحقق هذا الحكم في التجار أقوى لإهلاكهم لأنفس والأموال بقصد وتدبير على وجه القوة والمنعة، إذ الغالب في أحوالهم أن يكونوا عصاباتٍ مُنظمةً ومُوطَّرةً، وهم بذلك مُفسدون مُستحقُّون للعقوبة الملائمة لإفسادهم، ومما يؤيد استحقاق هؤلاء لأقسى العقوبات ما نشرته مجلة الشرطة في مقال لها بعنوان "المخدرات موتٌ يُباع للشباب" فتوى الدكتور محمد الطنطاوي مفتي جمهورية مصر - سابقاً - بإعدام تجار المخدرات، ونصُّ فتواه: «إنَّ تجار المخدرات يبيعون الموت للشباب، وضحاياهم يفقدون الإحساس بالحياة، ويصبحون خطراً على المجتمع، حيث يدفعهم الإدمان إلى السرقة وارتكاب أبشع الجرائم في سبيل الحصول على المال، وأن هؤلاء التجار هم جنود الشيطان، ولا يشتري سمومهم إلا الإنسان المسلوب الإرادة، وبما أنهم قتلةٌ، والقصاص من القتل الإعدام»⁽⁴⁵⁾.

خاتمة

بعد بحث هذه المسألة يمكن الخلوص إلى ما يأتي:

- اختلاف النظر الفقهي في تكييف تناول هذه المواد والعقوبة عليها، فمن الفقهاء من قال إن المتناول لهذه المواد يُعاقب عقوبةً تعزيريةً لكونها مُفسدةً للعقل، ومنهم من قال إنَّ المتناول لهذه المواد يجب عليه ما يجب على شارب الخمر من الحد لكون هذه المواد من المسكرات. وفريق ثالث قال إنَّ متناول هذه المواد يُقتل تعزيراً إذا أدمن عليها ولم يرتدع بالحد المقرر عليه. ورأي الباحثة التفصيل في المسألة على النحو المذكور في البحث.

- اقتران هذه الأنشطة بمفاسد خطيرة لا تكاد تنفك عنها كالاغتداء على الأنفس والأموال والأعراض بالقتل والسرقة والاغتصاب وانتشار الانحلال الخلقي وممارسة الشذوذ الجنسي وتحول الأمر من فساد فرد إلى فساد مجتمعات بأكملها وذلك بالدخول في شبكات إجرام منظمة للحصول على هذه المواد للمدمنين عليها وكذا ترويجها والسعي في تداولها لتحقيق الأرباح الطائلة للمتاجرين بها وفي ظل انتشار هذه المخاطر يظهر على الساحة مجتمع فاقد الهوية غائب الأهداف معطل الوظيفة ميالاً للانتقام وفي

ذلك كله اعتداء واضح على المقاصد الضرورية التي جاءت الشريعة بحفظها مما يستدعي تقرير العقوبة المناسبة التي تحقق مقصد الشارع من تقرير العقوبات.

- يُعلم من قرار الهيئة أن المهرّب عنصرُ فسادٍ خطيرٌ يحتاج إلى عقوبة ملائمة لجريمته تدفع فسادَه، وقد جعلت الهيئة عقوبته القتلَ مُطلقاً، لأن الجزء من جنس العمل، وهذا قد قتل النفوس بجلب هذه المواد، ولحفظ النظام العام، وتحقيق الأمن والاستقرار للجماعة، بقطع سبيل ما يقوّض بنائها ويهدّد أمنها واستقرارها، وكذا تحقق الضرر والفساد من هؤلاء، إذ القتل محكوم به لأجل دفع الضرر والفساد، وهو سائغ ومشروع على ما تقرّره قواعد دفع المضار، ورعاية الصالح العام وسدّ ذرائع الفساد.

- يُعلم من قرار الهيئة أن عقوبة المروّج عقوبة تعزيرية مجالها التعزير الذي يُتدرّج فيه بتدرّج الجريمة من أدنى عقوبة إلى أقصاها، على حسب خطورة الجاني وأثر جنايته ودرجة مساسها بالكليات الضرورية، وهو بهذا مُستحقّ للعقوبة التعزيرية الملائمة لجنايته، من حبس أو جلد أو تغريم أو غيرها من العقوبات، ممّا يُحقّق ردّعه ويكفّ ضرره ولو بالقتل إن تعيّن طريقاً لدفع فسادَه.

- ونظراً لواقع انتشار هذه الأنشطة و ثبوت أضرارها فإن لولي الأمر التصرف بما تقتضيه المصلحة وإصدار عقوبة القتل تعزيراً لمن استشرى فسادهم في المجتمع ولم ينصلحوا بما دونه من العقوبات على ما تقرر من قواعد الشريعة وأدلتها الكلية وفق ضوابط وقيود قررها أهل العلم فالحكم بالقتل في مثل هذه المسائل من جنس قتل الصائل والباغي ومن لم يندفع فسادهم إلا بالقتل.

الهوامش:

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب 1110/2، الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ص 383

(2) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 107 .

(3) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 108، القرافي، الفروق، 178/1، ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، دار الفكر، دم، (دط، 1403هـ-1983م)، 4/233-234.

(4) ينظر: القرافي، الفروق، 178/1 .

- (5) وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، (ط1، 1427هـ-2006م)، ص 364.
- (6) محمد بن جمعة بن سالم، النظرية الإسلامية في مكافحة المخدرات، المحمدية للنشر والتوزيع، أبوظبي، (ط1، 1415هـ-1995م)، ص 163.
- (7) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 458/6، الطرابلسي، معين الحكام، ص 185، القرافي، الفروق، 218/1، أبي الحسن، كفاية الطالب الرباني، 134/2، النووي، روضة الطالبين، 171/10، الشرييني، الإقناع، 230-229/2، ابن رجب: جامع العلوم والحكم، ص 398، الروضة البهية، 170/9، الصنعاني، التاج المذهب، 234/4، الشوكاني، الروضة الندية، 284/2.
- (8) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 458/6. ينظر: الطرابلسي، معين الحكام، ص 185.
- (9) الدسوقي، حاشية على الرشح الكبير، 466/6.
- (10) ابن فرحون، التبصرة، 246/2، وللمالكية في أكل الحشيشة ثلاثة أقوال هي: الحد، الأدب، والحد إن حمصت والأدب إن لم تحمص. ينظر: أبي الحسن، كفاية الطالب الرباني، 134/2.
- (11) ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، 168/9. ينظر: الشرييني، الإقناع، 230-229/2، حاشية البيجوري، 446/2، السراج الوهاج، ص 534.
- (12) الشرييني، مغني المحتاج، 187/4، ينظر: الرملي، نهاية المحتاج، 12/8.
- (13) أبو داود، كتاب الأشربة، باب: النهي عن السكر، رقم: 3219. وضعفه الألباني في ضعيف الجامع 6077.
- (14) محمد علي بن حسن، تهذيب الفروق، 216/1.
- (15) القرافي، الفروق، 218-217/1.
- (16) ابن حجر، فتح الباري، 45/10، ابن القيم، زاد المعاد، 231/4.
- (17) ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، 231/4، الزواجر عن اقتراف الكبائر، 214-213/1.
- (18) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 42/4، الدردير، شرح الصغير على أقرب المسالك، 145/4، الشوكاني، السيل الجرار، 328/4، الذهبي: أبي عبد الله محمد شمس الدين، الكبائر، مطبعة الإرشاد، دم، (دط، 1987م)، ص 68-69، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 105-106، مجموع الفتاوى، 205-204/34، ابن القيم، زاد المعاد، 231/4.
- (19) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 105-106، مجموع الفتاوى، 205-204/34.
- (20) المرادوي، الإنصاف، 228/10.
- (21) مسلم، كتاب الأشربة، باب: أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، ج3، 2.
- (22) ابن حجر، فتح الباري، 45/10.
- (23) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 205/34.

الأنشطة المتعلقة بالمخدرات "حكمها وعقوبتها في الفقه الإسلامي" ——— أ. حميدة حوامدي

- (24) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب 92/3، صحيح مسلم كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا 1210/3.
- (25) ابن القيم، زاد المعاد، 231/4.
- (26) أبو داود، كتاب الأشربة، باب: النهي عن السكر، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع 6077.
- (27) محمد علي بن حسن، تهذيب الفروق، 216/1.
- (28) ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، 233/4.
- (29) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 204-203/34.
- (30) ابن القيم، زاد المعاد، 231/4 بتصرف.
- (31) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 198/34.
- (32) ابن القيم، زاد المعاد، 240/4.
- (33) الزيلعي، تبين الحقائق، 208/3.
- (34) السرخسي، المبسوط، 44/9.
- (35) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 281/19 بتصرف.
- (36) يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، 559/2.
- (37) مجلة البحوث الإسلامية، العدد، 12، ص 78، سنة 1405هـ. قرار رقم (285) بتاريخ 1401/11/11هـ.
- (38) ينظر: ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 105-106، مجموع الفتاوى، 205-204/34، ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، 231-230/4 وما بعدها، الذهبي، الكبائر، ص 69.
- (39) في مسألة قتل من أدمن على شرب الخمر خلاف واسع بين الفقهاء ينحصر في ثلاثة أقوال: القول الأول جواز قتل من أدمن على الخمر وبه قال عبد الله عمرو بن العاص، والحسن البصري وابن حزم الظاهري والإمامية، والقول الثاني: لا يقتل شارب الخمر مطلقا وبه قال أبو حنيفة والصاحبان ومالك والشافعي والزيدية والإباضية، والقول الثالث: يقتل إذا رؤيت المصلحة في ذلك وبه قال ابن تيمية وابن القيم وصوبه المرادوي. وقد بحثت هذه المسألة دراسة فقهية مقارنة ضمن بحثي للماجستير بعنوان التعزير بالقتل في الفقه الإسلامي بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة 2011 وقد بسطت القول في الأدلة والمناقشة والردود والترجيح بما يفي بالغرض والله أعلى وأعلم.
- (40) ينظر: وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 688.
- (41) أبو داود، كتاب الأشربة، باب في العنب يعصر للخمر 292/2، ابن ماجه، كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه 1121/2، البيهقي، كتاب البيوع، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر 327/5، الحاكم، المستدرک، كتاب البيوع 31/2 وقال هذا الحديث صحيح الإسناد ووافقه
- الأنشطة المتعلقة بالمخدرات "حكمها وعقوبتها في الفقه الإسلامي" ————— أ. حميدة حوامدي**

الذهبي.

(42) ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ط5)، 1418هـ-1997م، ص 21-22.

(43) هيئة كبار العلماء، بحث: حكم مهرب ومروج المخدرات، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، تصدر عن رابطة العالم الإسلامي جدة، ع7، 1412هـ-1992م، ص314، قرار رقم 138 بتاريخ 1407هـ، هيئة كبار العلماء، بحث الحكم في السطو والاختطاف والمسكرات، مجلة البحوث الإسلامية، ع12، ربيع الأول، 1405هـ، ص78.

(44) هيئة كبار العلماء، بحث: حكم مهرب ومروج المخدرات، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع6-السنة الرابعة، ص314، هيئة كبار العلماء، بحث الحكم في السطو والاختطاف والمسكرات، مجلة البحوث الإسلامية، ع2، 1405هـ، ص78 قرار رقم 85 الصادر بتاريخ 1401/11/11هـ.

(45) دار الإفتاء المصرية، الفتاوى الإسلامية، (أرشف غير مطبوع)، مج 21/7922، عبد المؤمن عبد ربه، المخدرات موت يباع للشباب، مقال بمجلة الشرطة لمديرية الأمن الوطني، العدد 58، سنة 1995م، ص30.

Drug-related activities

" Its rule and punishment in Islamic jurisprudence "

Hmida HAOUAMDI *

ABSTRACT

In recent times of human life, It has spread many kinds of deadly toxins that are called drugs. There are various aspects of the use of these toxins, Some of them became addicted to take it, others made it a way to profit by promoting and trafficking. Generally, these toxins has been a significant impact on the threat of human life, And it has influenced a direct impact on the five basic necessities stipulated by Islamic law (Charia). So it is necessary to identify the doctrinal rule of these toxins and related activities, as well as its punishment in Islamic jurisprudence.

Key words: drugs - punishment - Trade - Promotion - smuggling - Islamic ruling.

* Membre du corps professoral - Faculté des sciences sociales et humaines, Université El-oued- Algérie.

مجلة البحوث والدراسات

العدد (17) - السنة (11) صفر 1435 هـ - يناير (جانفي) 2014 م

محور بحوث العلوم القانونية



صفحة بيضاء

إجراءات منح القرار المتعلق برخصة البناء

بقلم

د / عبد القادر دراجي (*)



ملخص

هناك حلقة مفقودة في العملية الإدارية حيث أن القوانين والتنظيمات التي تنص على تنظيم النشاط العمراني موجودة، نحو (تنظيم الرقابة الإدارية لأشغال البناء وفرض احترام أدوات التعمير) والمكلف بتطبيق هذه القوانين محدد وهي السلطة الإدارية والإجراءات التي تطبق على المخالفين في ميدان البناء والتعمير معروفة لديهم، إلا أنه ورغم كل تلك فظاهرة البناءات الفوضوية والاستيلاء غير الشرعي للأراضي مستمرة فالحلقة المفقودة في تطبيق القوانين على المخالفين، فالواقع يثبت الوضع الغير سليم الذي آلت إليه الأوضاع في هذا المجال، جراء عدم الصرامة في تطبيق القوانين على المخالفين.

مقدمة

تتم عملية منح رخصة البناء لذوى الصفة وفق إجراءات قانونية محددة يجب على كل طالب لهذه الرخصة اتباعها، وتمثل في تقديم طلب إلى الجهة المختصة لمنح الرخصة، ثم تأتي مرحلة التحقيق ودراسة المطلب المودع لديها ليكون الرد إما إيجابا بمنح الرخصة أو سلبا برفض منح الرخصة للطالب، وذلك بناء على ما تنص عليه القوانين المنظمة لهذه الرخصة.

أضف إلى ذلك التأثير الذي انعكس على المشرع الجزائري من نظيره الفرنسي لتطبيق العناصر والعوامل المتحكممة في مسار النمو العمراني والمتمثلة في قانون التعمير، إلا أن

(*) أستاذ محاضر "أ" بقسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة باتنة.

الإشكال يبقى مطروحا فيما يتعلق بآلية تطبيق هذه القوانين على أرض الواقع وتفعيلها لأن عدم التحكم في النشاط العمراني يسبب تشوه في المنظر العمراني للمدن وما يسمى بـ"البناءات الفوضوية أو اللاشعرية" التي تؤثر سلبا على حياة المواطن بحرماته من الكثير من عناصر الحياة، وذلك للاكتظاظ السكاني، الذي يؤدي إلى تدني مستوى المعيشة ومن هنا يجب على الدولة التدخل لمعالجة وضعية هذه البناءات ومكافحة هذه الظاهرة السلبية لتنظيم النشاط العمراني واستغلال الأراضي أحسن استغلال.

طلب الحصول على رخصة البناء:

للحصول على رخصة البناء من الجهة المختصة يتطلب على طالبها القيام أولا بتقديم طلب للإفصاح عن رغبته، وهو ما نصت عليه قوانين التعمير.

من حيث الصفة القانونية للطالب:

يقصد بالصفة هنا طبيعة العلاقة التي تربط طالب رخصة البناء والعقار⁽¹⁾ أي حتى يقبل طلب رخصة البناء عند إيداعه شكلا يجب توقيعه من قبل ذوي المصلحة والصفة لكن صفة الطالب تستدعي شيئا من التوضيح.

حيث تدل الدراسة المقارنة على أن تقديم طلب رخصة البناء إنما يعود مبدئيا إلى المالك وهو ما نصت عليه المادة 50 من القانون رقم 29/90 في ما يلي:

حق البناء مرتبط بملكية الأرض ويمارس مع الاحترام الصارم للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة باستعمال الأرض، ويخضع لرخصة البناء أو التجزئة أو الهدم فهنا نص المادة قد ربط حق البناء بحق ملكية الأرض.

ومن جهة أخرى نصت المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 على ما يلي:

يجب أن يتقدم بطلب رخصة البناء والتوقيع من المالك أو موكله أو المستأجر المرخص له قانونا أو الهيئة أو المصلحة المخصصة لها قطعة الأرض أو البناية.

يجب أن يقدم صاحب الطلب لدعم طلبه الوثائق التالية:

- أما نسخة من عقد الملكية أو نسخة من شهادة الحيازة على النحو المخصص عليه

في القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري.
- أو توكيلا طبقا لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق
بالقانون المدني.

- أو نسخة من العقد الإداري الذي ينص على تخصيص قطعة الأرض أو البناءة.
من خلال هاتين المادتين وبالمقارنة بينهما يطرح مدى مشروعية نص المادة 34
السابقة الذكر من حيث عدم احترام مبدأ ارتباط حق البناء بحق الملكية⁽²⁾ الوارد في
نص المادة 50 من القانون 29/90 ليوسع من صفة طالب رخصة البناء إضافة للمالك
إلى كل من الوكيل المستأجر المرخص له الحائز والهيئة أو المصلحة المخصصة لها قطعة
الأرض أو البناءة.

ويمكن أن نشير إلى صفة طالب البناء في القانون الفرنسي حيث تمنح رخصة البناء
لمالك الأرض بصفة أساسية أو من ينوب عنه بشرط أن يرفق بطلب ترخيص التوكيل
الخاص بالإثابة أو الوكالة⁽³⁾.

كما أن المشرع الفرنسي توسع في منحها فذهب إلى أنه بإمكان الشخص الذي لديه
وعد بيع لقطعة أرض أن يتقدم بطلب رخصة البناء، كما أن مجلس الدولة الفرنسي لا
يمارس رقابة محدودة على صفة طالب الرخصة مستند في ذلك على المالك الظاهر باعتبار
أن القانون الذي يهتم بحق الملكية، ومن حيث اكتسابها واستعمالها في القانون المدني
وليس القانون الإداري، وعليه في حالة وجود نزاع حول ملكية الأرض بين طالب
الرخصة ومدعي الملكية فإن الإدارة لا تستطيع التدخل في ذلك إلى حين أن تبت
المحكمة المدنية في موضوع النزاع.

إن تبسيط إجراءات الحصول على رخصة البناء من خلال التوسع في منحها إلى عدة
أشخاص من المالك إلى الوكيل إلى النائب يسرع في الحصول عليها بشرط أن تثبت لهم
هذه الصفة حتى لا تمنح رخصة بناء لغير مالكي الأرض لأننا نصطدم بأشكال وصور
النزاعات التي كثيرا ما تثار أمام القضاء المدني في حالات إقامة البناءات على أراضي

الغير سواء بحسن النية أو سوء النية⁽⁴⁾.

وحسب رأينا وبعد الاطلاع على ما جاء به المشرع الجزائري، وما جاء أيضا في القانون الفرنسي فإن التوسع في صفة طالب رخصة البناء إلى أشخاص آخرين وعدم حصرها فقط في المالك، تعد وسيلة غير سليمة للتحكم في العقار وحيازته، لأنه إذا منحت رخصة البناء إلى مستأجر ولو كان مرخص له، تكون بذلك قد منحتة حقا من حقوق التصرف الذي ينحصر فقط في حق الملكية، الذي هو المالك الأصلي، ضف إلى ذلك التوسع في صفة طالب رخصة البناء وسيلة ليست في صالح الرقابة الإدارية الصارمة لمكافحة البنايات الفوضوية وغير الشرعية، وبالتالي تعطى دفعا إلى البناء فوق أراضي غير مملوكة ملكية تامة لأصحابها، ومنه يعد تشجيع على البناء الفوضوي وغير الخاضعة للمعايير التقنية للتعمير لإقامة نسيج عمراني متناسق ومتلائم للحياة وخالي من مظاهر وشوائب البناء الطفيلي.

من حيث الوثائق المرفقة بطلب رخصة البناء:

يتطلب استصدار رخصة البناء مجموعة من الوثائق منها ما يتعلق بصفة الطالب وأخرى تتعلق بالبناء، وهي وثائق ذات درجة كبيرة من الأهمية لان المقصود بها حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وبذلك بعد دراستها دراسة معمقة ومتأنية من الجهة المانحة لرخصة البناء.

وبالنظر إلى ما يترتب على هذه الرخصة من القيام بأعمال بناء قد تلحق ضررا بالآخرين إذا ما قامت على نحو مخالف للقانون، ولمنح رخصة البناء وفق المعايير الفنية والتقنية التي جاء بها القانون المتعلق برخصة البناء لابد من توافر الوثائق والبيانات التالية في الطالب كما هو مفصل بالمرسوم التنفيذي رقم 176/91 حيث تنص المادة 35 منه على أن "يرفق طلب البناء بملف يشتمل على الوثائق التالية:

1- تصميم للموقع يعد على سلم 1/2000 أو 1/5000 يشتمل على الوجهة وشبكات الخدمة مع بيان طبيعتها وتسميتها ونقاط الاستدلال التي تمكن من تحديد

قطعة الأرض.

- 2- مخطط كتلة البناءات والتهيئة المعد على سلم 1/200 أو 1/500 ويشتمل على:
 - حدود القطعة الأرضية ومساحتها، وتوجهها ورسم الأسبجة عند الاقتضاء.
 - منحنيات المستوى أو مساحة التسطیح، والمقاطع التخطيطية للقطعة الأرضية.
 - نوع طوابق البناءات المجاورة أو ارتفاعها أو عددها.
 - ارتفاع البناءات الموجودة أو المبرمجة أو عدد طوابقها وتخصص المساحات المبنية أو غير المبنية.

- المساحة الإجمالية للأرضية والمساحة المبنية على الأرض.
- بيان شبكات قابلية الاستغلال التي تخدم القطعة الأرضية مع مواصفاتها التقنية الرئيسية ونقاط وصل ورسم شبكة الطرق والقنوات المبرمجة على المساحة الأرضية.
- تصاميم معدة على سلم 1/50 للتوزيعات الداخلية لمختلف مستويات البنية و المشتملة على شبكة المياه الصالحة للشرب، وصرف المياه القذرة والكهرباء والتدفئة والواجهات بما في ذلك واجهات الأسبجة والمقاطع الترشيذية.
- ينبغي أن يوضح تخصيص مختلف المحلات على التصميم ويجب أن تبين بوضوح الأجزاء القديمة التي تم الاحتفاظ بها أو أهدافها أو الأجزاء المبرمجة، وذلك بالنسبة لمشاريع تحويل الواجهات والأشغال الكبرى.
- تتضمن مذكرة كشف المقايسة التقديرية لأشغال وأجال انجاز ذلك.
- أما إذا كان البناء مبرمج على قطعة أرض تدخل ضمن أرض مجزأة فلا بد من إرفاق الملف برخصة التجزئة.

- وإذا كان البناء لغرض صناعي أو لاستقبال الجمهور فلا بد من إرفاق الملف بما يلي:
 - وسائل العمل وطاقة استقبال كل محل.
 - طريقة بناء الهياكل والأسقف ونوع المواد المستعملة.
 - شرح مختصر لأجهزة التموين بالكهرباء والغاز والتدفئة وجو المياه الصالحة

إجراءات منع القرار المتعلق برخصة البناء ————— د. عبد القادر دراجي

للشرب والتطهير والتهوية.

- شرح مختصر لأدوات الإنتاج الأولية والمستحقات المصنعة وتحويلها وتخزينها.
- الوسائل الخاصة بالدفاع ومحاربة الحرائق.
- نوع المواد الصلبة والسائلة والغازية وكمياتها المضرّة بالصحة العمومية وبالزراعة والمحيط والموجودة في المياه القذرة المصرفة وانبعاث الغازات وتراتيب المعالجة والتخزين والتصفية.
- مستوى الضجيج المنبعث.
- قرار الوالي المرخص بإنشاء أو توسيع مؤسسات صناعية وتجارية مصنعة في فئة المؤسسات الخطيرة وغير الصحية والمزعجة.
- وثيقة تبين نتائج دراسة مدى تأثير المشروع وانعكاساته المباشرة وغير المباشرة على التوازن البيئي، وكذا إطار ونوعية معيشة السكان⁽⁵⁾.
- وبما أن الوثائق المطلوبة في الملف هي وثائق تقنية وتتطلب دقة متناهية فقد اشترط المشرع في التعديل الأخير⁽⁶⁾ أنه يتم إعدادها باشتراك بين مهندس معماري ومهندس في الهندسة المدنية، وتؤثر من طرفهما وذلك في جميع الحالات.
- ولقد أحسن المشرع باشتراطه هذا الإجراء الذي يهدف من ورائه تشديد الرقابة لان العمل بالاشتراك بين مهندسين سوف يقلل حتما من فرص الوقوع في الخطأ وهذا يعد أمر جد ايجابي في نظرنا، وإذا استكمل طالب رخصة البناء الملف بياناته ووثائقه المذكورة آنفا، قدمه في خمس نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي محل وجود قطعة الأرض⁽⁷⁾.

سلطة الإدارة في البت في طلب رخصة البناء:

بعد إيداع طلب رخصة البناء مرفقة بالوثائق لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي محل وجود القطعة الأرضية حسب ما نصت عليه المادة 37 من المرسوم التنفيذي 176/91، وبدوره يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي باتخاذ الإجراءات اللازمة

لإصدار قرار البحث في طلب رخصة البناء، وذلك من خلال إرسال الطلب إلى مصالح الدولة المكلفة بالتعمير من أجل دراسته والتحقيق فيه، لتأتي فيما بعد مرحلة البت في الطلب من قبل الجهات الإدارية المختصة إما بالقبول أو الرفض أو تأجيل البت فيه أو السكوت عنه.

الجهات المختصة بمنح رخصة البناء:

حدد المشرع الجهات المختصة بإصدار قرار رخصة البناء وذلك في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي كاختصاص أصيل، غير أنه يمكن للوالي أو الوزير المكلف بالتعمير أن يختص في حالات حددها القانون.

اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي بمنح رخصة البناء:

يفضل رئيس المجلس الشعبي البلدي في طلبات رخصة البناء إما بصفته ممثلاً للبلدية أو بصفته ممثلاً للدولة، ولقد حددت المادة 65 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير حالات كل صفة كما يلي:

بصفته ممثلاً للبلدية:

ويكون ذلك في حالة ما إذا كان العقار أو البناءات موضوع طلب رخصة البناء واقعة في قطاع يغطيه مخطط شغل الأراضي، مع ضرورة اطلاع الوالي على نسخة من هذه الرخصة، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 65 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04.

بصفته ممثلاً للدولة:

ويكون رئيس المجلس الشعبي البلدي ممثلاً للدولة، في حالة غياب مخطط شغل الأراضي بعد الاطلاع على الرأي الموافق للوالي⁽⁸⁾ على عكس الحالة السابقة عندما يكون ممثلاً للبلدية فهو غير ملزم للرأي الموافق للوالي بل للوالي حق الاطلاع فقط. ويفترض أن لا تقع في هذه الحالة لأن المادة 34 من القانون 29/90 تشترط أن يعطي كل بلدية أو جزء منها مخطط شغل الأراضي.

ويترتب على الصفة التي يمنح بموجبها رئيس المجلس الشعبي البلدي آثاراً متعددة:
 - الخضوع للصيانة الإدارية من طرف الوالي في حالة تمثيل البلدية.
 - الخضوع للسلطة الرئاسية للوالي في حالة تمثيل الدولة.
 وتتميز الصيانة الإدارية التي يبنى عليها نظام اللامركزية بجملة من المبادئ والأسس والتي نميزها عن السلطة الرئاسية التي يبنى عليها النظام المركزي.

اختصاص الوالي في منح رخصة البناء:

طبقاً للمادة 66 من القانون رقم 29/90 يعود الاختصاص للوالي بتسليم رخصة البناء في حالة:

- البنايات والمنشآت المنجزة لحساب الدولة والولاية وهيكلها العمومية.
- منشآت الإنتاج والنقل وتوزيع وتخزين الطاقة وكذلك المواد الاستراتيجية.
- اقتطاعات الأرض و البنايات الواقعة في المناطق المشار إليها في المواد 45 و46 و48 و49 من القانون رقم 29/90 التي تضم الساحل والإقليم التي تتوفر على مميزات طبيعية أو ثقافية أو تاريخية بارزة وكذلك الأراضي الفلاحية ذات المردود الفلاحي العالي أو الجيد.

الوزير المكلف بالتعمير:

طبقاً للمادة 67 من القانون 29/90 يعود الاختصاص للوزير بتسليم رخصة البناء بالنسبة للمشاريع ذات المصلحة الوطنية أو الجهوية وذلك بعد الاطلاع على رأي الوالي أو الولاية المعنيين.

ويوزع الاختصاص في منح رخصة البناء على حسب كثافة الأنشطة العمرانية (أعمال البناء)، لكن لا يمنعنا من القول أن هذا المعيار المعتمد من قبل المشرع يشوبه عيب عدم الدقة خاصة في حالة استعماله بعض المصطلحات في توزيع الاختصاص كالمصلحة الوطنية، الأراضي الفلاحية ذات المردود العالي حيث يجب أن تتزود الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في منح الاختصاص خشية الوقوع في التنازع وما ينجم عنه من إضرار

بالمصلحة العامة أو الخاصة وكيفية الطعن في القرارات المانحة لرخص البناء.

التحقيق في الطلب المتعلق برخصة البناء:

تتم عملية التحقيق في طلب رخصة البناء من طرف الجهة المختصة بذلك، والتي عمد المشرع إلى جعلها مختلفة عن الجهة المختصة بإصدار القرار المتعلق برخصة البناء وهذا للحصول على فعالية وموضوعية أكثر، تعد مديرية التعمير للولاية DUC هي الهيئة المؤهلة للتأكد من مدى مطابقة مشروع طلب رخصة البناء مع أدوات التعمير وذلك لما لها من طاقم تقني مؤهل يسهر على هذه الخدمة، وذلك من خلال المعاينات التي تتم للتأكد من ملف الطالب انه يستوفي كل الشروط المتعلقة بالبناء منها، مطابقة البناء لمخطط شغل الأراضي POS وكذا المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، كما يجب أن يشمل التحقيق مدى احترام مشاريع البناء للأحكام التشريعية التنظيمية المتعلقة بالأمن والنظافة والفن الجمالي وفي مجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الفلاحي⁽⁹⁾.

وحتى تتمكن الجهة المختصة من رصد المعلومات الكافية لما اشتمل عليه التحقيق فقد جاءت المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 لتحدد الأشخاص العموميين الذين يستشارون في المجال وهم /

- مصالح الحماية المدنية لتشييد بنايات ذات استعمال صناعي أو تجاري وبصفة عامة لجميع البنايات التي تستقبل الجمهور، وكذا لتشييد بنايات سكنية هامة من شأنها أن تطرح تبعات خاصة لاسيما فيما يتعلق بمحاربة الحرائق.

- المصالح المختصة بالأماكن والآثار التاريخية والسياحية عندما تكون مشاريع البنايات موجودة في مناطق أو أماكن مصنعة في إطار التشريع الجاري به العمل.

- مصالح الدولة المكلفة بالفلاحة على مستوى الولاية في إطار أحكام المادة 49 من القانون رقم 29/90 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990.

أما بالنسبة لمواعيد التحقيق نجد أن المشرع اعتمد في تحديدها على الجهة المختصة

بمنح الرخصة وذلك ما نصت عليه المادتان 40 و 41 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 حيث نصت المادة 40 على أنه: عندما يكون تسليم رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يتصرف باعتباره ممثلاً للبلدية، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي يرسل بنسخة من ملف الطلب إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في أجل ثمانية أيام الموالية لتاريخ إيداع الملف. تكلف في هذه الحالة المصلحة المختصة بالتعمير في البلدية باسم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتحضير الملف.

ونصت المادة 41 على أنه: عندما يكون إصدار البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يتصرف باعتباره ممثلاً للدولة فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي يرسل ملف الطلب في أربع (04) نسخ إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير لإبداء رأيها حول المطابقة، وذلك في أجل الأيام الثمانية (08) الموالية لتاريخ الإيداع، ويجب أن يتبع الملف المرسل في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ إيداع الملف برأي رئيس المجلس الشعبي البلدي حول مشروع البناء.

وتتولى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في هذه الحالة تحضير الملف ويرصد لها أجل مدته شهران (02) لإعادة ثلاث نسخ من الملف مرفقة برأيها وذلك ابتداء من تاريخ استلام هذا الملف.

وأشارت المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 إلى ميعاد التحقيق عندما يكون تسليم رخصة البناء من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير فإن تحضير الملف يتم بنفس الإجراءات والأشكال الواردة في المادة 41، حيث يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإرسال الملف في أربع (04) نسخ إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير وذلك في أجل 08 أيام من تاريخ إيداع الملف، والتي تقوم بدورها بإرسال أربع نسخ من ملف الطلب مرفقة بجميع الآراء إلى السلطة المختصة قصد إصدار رخصة البناء.

وإذا كان المشرع الجزائري قد اعتمد على الجهة المختصة في تحديد المواعيد فإن المشرع الفرنسي اعتمد على حجم البناء وكثافته (10) مثلاً:

- ميعاد التحقيق ثلاثة (03) أشهر إذا كان مشروع البناء يزيد عن 20 شقة أو محلات للاستعمال الصناعي أو التجاري في حين نجد أن ميعاد التحقيق هو 05 أشهر إذا كان العقار مسجلاً في الجرد الثانوي للآثار التاريخية لأن التحقيق في ملف طلب رخصة بناء يتنوع من بناء إلى آخر فقد يتطلب 03 أشهر أو يزيد، وقد لا يتطلب أحياناً أخرى حتى ميعاد 03 أشهر، وإذا كانت هذه المواعيد السابق ذكرها والتي جاء بها المشرع الجزائري لا تتجاوز في أغلبها 03 أشهر إلا أننا لو استقرأنا الواقع لوجدنا الأمر يختلف، إذ قد نجد ميعاد بناء سكن بناء ريفي في إطار دعم الدولة تتجاوز السنة والسنتين ولم يتم الرد على المواطن هذا إذا كانت سليمة من الأخطار أما إذا وجد هناك خطأ في احد وثائق الملف فالأمر يتطلب ميعاد أطول ولا يراعى في ذلك مصلحة الشخص ولا حتى المصلحة العامة.

وإذا كان هذا الكلام ينطبق على الجزائر، فإنه في فرنسا استحدث إجراء جديد يعرف بـ "عريضة التحقيق" التي يتمكن من خلالها طالب الرخصة الذي لم يتلق رداً من الجهة المختصة خلال 15 يوماً من إيداع ملفه لدى البلدية، سواء بقبول ملفه وبداية سريان ميعاد التحقيق أو باستدعائه لاستكمال الوثائق الناقصة أو إضافة وثائق أخرى ثانوية مع إلزام هذه الجهة بالشروع في التحقيق في طلبه (11)

إصدار القرار المتعلق برخصة البناء:

بعد الانتهاء من دراسة الطلب والتحقيق فيه، تأتي الآن المرحلة الأخيرة وهي البت في الطلب، والتي لا تخرج عن الاحتمالات الأربعة التالية:

أ- الموافقة: إذا توافرت الشروط القانونية في الطلب.

ب- الرفض: بسبب عدم توافر الشروط القانونية.

ج- التأجيل: بسبب عدم الحسم النهائي في إصدار القرار.

د- السكوت: وهو موقف مبهم وغامض من جهة الإدارة.
وتأتي حالات البت في القرار بعد أخذ آراء الجهات التي تمت استشارتها في مرحلة التحقيق والدراسة.

قرار الموافقة لمنح الرخصة:

-القبول الصريح بمنحه رخصة البناء:

جاء في نص المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 على أن: "تبلغ السلطة المختصة المقرر المتعلق بطلب رخصة البناء مرفقا بنسخة من الملف إلى صاحب الطلب وإلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية وتوضع نسخة من هذا القرار تحت تصرف الجمهور بمقر المجلس الشعبي البلدي وتحفظ السلطة التي سلمت القرار بنسخة من القرار: "فالجهة الإدارية المختصة بإصدار قرار منح رخصة البناء، إذا تأكدت بعد دراسة الملف على مطابقة الطلب للشروط القانونية المطلوبة فإنها تصدر قرارها بالموافقة على منح الرخصة.

بعد الموافقة على القرار تأتي الآن مرحلة نشر القرار بمقر المجلس الشعبي البلدي لإطلاع الأشخاص على مضمون القرار، حيث يدون مدة نشره سنة وشهر حسب ما نصت عليه المادة 48 من المرسوم رقم 176/91 ولدى ثلاثة ملاحظات على هذه المادة وهي:

- من ناحية مدة نشر القرار "شهر وسنة" لماذا هذه المدة بالذات؟
- ما هو الهدف من إطالتها؟
- لو سلمنا بأن هناك مغزى من وراء نشر هذا القرار غير الاطلاع، فهل يعقل أن تظل مصلحة المستفيد معلقة طيلة هذه المدة؟

هناك أسئلة أخرى تطرح ما هو الهدف من اطلاع الجمهور على مضمون القرار؟ ولماذا لا تمنح فسحة للطعن في القرار بالنسبة للمتضررين من هذا القرار، والذي قد يكون شخصا معنويا أو طبيعيا، مع تحديد مدة للطعن في القرار والتي لا تتجاوز عادة

ميعاد شهرين إلى 04 أشهر.

ومن هنا نرى ضرورة مراجعة المادة "48" وإعادة النظر في الغرض من نشر القرار المانح لرخصة البناء، وميعاد نشره في مقر المجلس الشعبي البلدي بتقليص مدة النشر إلى شهرين، على غرار المشرع الفرنسي حيث ألزم الإدارة بنشر القرار المتعلق برخصة البناء بعد ثمانية أيام من اتخاذه، على أن تدوم مدة النشر بمقر البلدية شهرين وبذلك تكون مدة النشر معقولة ومنطقية وتبقى الغاية من نشر هذا القرار مبهمة يجب إعادة النظر فيها.

ويمكن للإدارة في حالة قبولها تسليم الرخصة أن تجعلها مصحوبة إما بتحفظات أو التزامات.

قرار منح الإدارة رخصة البناء مصحوبة بتحفظ أو التزام:

يعد هذا القرار استثنائيا ويكون بمنح رخصة إما بالتحفظ أو بالالتزام كما يلي:

منح رخصة البناء بتحفظ:

نصت المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 175/91 في فقرتها الأولى على أن "يمكن رفض رخصة البناء أو منحها مقيدة بأحكام خاصة إذا كانت البنايات والمنشآت المزمع بناؤها تمس بموقعها وحجمها أو مظهرها الخارجي بالطابع أو بأهمية الأماكن المجاورة والمعالم والمناظر الطبيعية أو الحضرية وكذا بالمحافظة على آفاق المعالم الحضرية.

ومن خلال هذه المادة نجد المشرع ذكر كلمة "يمكن" بمعنى يجوز منح رخصة البناء أو رفضها وقد تمنح الرخصة مع التحفظ، ويعتبر قبول مبدئي لانجاز مشروع البناء ولكن مع تعديل جزء له مراعاة لمقتضيات خاصة⁽¹²⁾، وهو ما تطرقت إليه المادة 27 أعلاه، كالبنايات المزمع إنشاؤها وتمس بأهمية المناظر الطبيعية والمعالم الأثرية، ففي هذه الحالة على الإدارة ذكر أوجه التحفظ والتقييد بها.

منح رخصة البناء بالتزام:

نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 175/91 على بعض الالتزامات التي تشترطها الإدارة عند منحها رخصة بناء والتي تكون في حالة ما إذا كان مشروع البناء بحكم طبيعته أو موقعه يحتاج إلى تهيئة خاصة.

فالإدارة تسلم الرخصة لكن مع شروط قيام صاحب الرخصة بأعمال التهيئة المشتركة، بعد توضيح الالتزامات التي تقع على عاتقه، كقيام صاحب العمارة بالطرق وشبكة توزيع المياه.. الخ، وتجدد الإشارة أن ليس للإدارة أن تحمل طالب رخصة البناء على انجاز هذه التجهيزات إذا كانت متوقعة في برامجها بموجب مخطط شغل الأراضي.⁽¹³⁾

كما يمكن رفض منح رخصة البناء بصورة قطعية، وهي حالة تشييد بناية تمس بالتراث الثقافي أو تشكل خطرا عليه، وهذا ما أقرته المادة 69 من قانون رقم 29/90. وعلى كل تعد هاتين الحالتين من الحالات التي يجب فيها رفض منح رخصة البناء وهو ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 على أنه "لا يمكن أن يرخص بالبناء إلا إذا كان المشروع المتعلق به موافقا لأحكام مخطط شغل الأراضي أو مطابقا لوثيقة تحل محل ذلك..."

وللإدارة أن ترفض منح رخصة البناء للطالب كما كان مشروع البناء مخالفا لأحكام مخطط شغل الأراضي أو وثيقة تحل ذلك ويمنح الترخيص بالبناء الذي يشيد على أرض مجزأة إلا إذا كان مطابقا لتوجيهات رخصة التجزئة.

ونجد المشرع منح سلطة تقديرية في اتخاذ قرار الرفض، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 44 على أنه: "يمكن أن يمنع الترخيص بالبناء في البلديات التي لا تملك الوثائق المبنية في المقطع أعلاه، إذا كان مشروع البناء غير مطابق لتوجيهات مخطط التهيئة والتعمير أو للتوجيهات المنصوص عليها طبقا للأحكام المحددة في القواعد العامة للتهيئة والتعمير.

وتعد هذه الحالات من الحالات التي يجوز فيها للإدارة رفض رخصة البناء بمعنى أن للإدارة واسع السلطة التقديرية في اتخاذ القرار الذي تراه مناسباً لمنع البناء في أرض معينة، تراه مخالفاً لتوجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

كما توجد أسباب موضوعية على أساسها تقوم السلطة المختصة برفض طلب رخصة البناء، وهي أسباب تجعل عدم ملائمة موقع البناء المراد تشييده مع محيطه سبب موضوعياً في رفض تسليم رخصة البناء ومن هذه الأسباب⁽¹⁴⁾ نذكر:

- المس بالسلامة والأمن العمومي من جراء موقع البناء.
- الأضرار الناتجة عن موقع البناء التي تخلف عواقب ضارة بالبيئة.
- حالة ما إذا كانت منافذ العمارات المراد تشييدها تشكل خطراً على مستعملي الطرق العمومية.

- إذا كان علو البناء المراد تشييده يفوق معدل علو البنايات المجاورة.
- إذا كانت أهمية المساحات الخضراء الموجودة على موقع العقار المراد إقامة البناء فيه أكيدة وأن الضمانات الممنوحة عليها غير كافية.

هناك من يرى في تطبيق بعض الأسباب المذكورة أعلاه في تسليم رخصة البناء من شأنه تجميد وربما حتى شل قطاع البناء يخفف من تلك الصرامة بالترخيص للإدارة تسليم رخصة البناء على أن تضمنها تحفظات وشروط وذلك ما نصت عليها المادتين 09 و 27 من المرسوم التنفيذي رقم 175/91.

من خلال حالات الرفض التي سبق ذكرها يتجلى لنا دور رخصة البناء في حماية البيئة والممتلكات العقارية والثقافية، بالإضافة إلى المحافظة على الجانب العمراني للمدينة وهذا إذا كانت البنايات المراد إنشاؤها تسبب ضرراً للبيئة أو الممتلكات العامة العقارية، أو تضر بالمنظر الجمالي للمدينة، ومن خلال أيضاً الأحكام الخاصة والالتزامات التي ترد في قرار رخصة البناء، لأن هذه الأحكام والالتزامات متعلقة بما تشترطه القوانين الخاصة سواء المتعلقة بحماية البيئة أو التراث الثقافي.

إذ يجب مراعاة هذه الأحكام والشروط وكل القواعد المنظمة لرخصة البناء وإلا تعرض صاحبها إلى جزاءات وعقوبات تفرضها قوانين التعمير.

كما أن قرار رفض رخصة البناء يجب أن يكون معللا، ويبلغ إلى صاحبه في مدة لم تحددها المادة 62 من القانون 90-29 مع إمكانية الطعن فيه سلميا وقضائيا أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة⁽¹⁵⁾ طبقا لقانون الإجراءات الإدارية والمدنية والقانون العضوي رقم 01/98 المتعلق بمجلس الدولة⁽¹⁶⁾.

قرار الرفض لمنح رخصة البناء:

من القرارات التي تتخذها الإدارة بعد انتهاء مرحلة التحقيق والدراسة هو رفض الطلب ومنه رفض منح رخصة بناء، ولقد نص قانون التعمير الجزائري على حالات الرفض وهي: المساس بالسلامة والأمن العمومي من جراء موقع أو حجم أو استعمال البناية⁽¹⁷⁾.

القرار بتأجيل البت في طلب الرخصة:

نصت المادة 64 من القانون رقم 90/29 على أنه: "يمكن أن يكون طلب رخصة البناء محل تأجيل يفصل فيه خلال سنة على الأكثر من قبل السلطة المكلفة بتسليم رخصة التجزئة أو رخصة البناء عندما تكون أداة التهيئة والتعمير في حالة الإعداد. وعليه قد يكون موقف الإدارة المختصة بمنح رخصة البناء ليس بالموافقة ولا بالرفض وإنما ترى تأجيل اتخاذ القرار المناسب، وهذا التأجيل يرجع إلى أسباب من شأنها تؤجل البت في طلب رخصة البناء، بمعنى أن القرار الصادر من الإدارة والمتضمن التأجيل في البت في طلب الرخصة يجب أن يبنى على حجة أو سبب يبرز هذا التأجيل، مثلا إذا كانت أداة التعمير في طور الأعداد شريطة ألا يتجاوز هذا التأجيل سنة واحدة، وهو ما نصت عليه المادة 64 من القانون 90/29، وهذا تجنبنا لمنح رخصة البناء مخالفة لما تضمنته هذه الأدوات إلى غاية المصادقة عليها لعدم جعل مشاريع البناء عائقا أمام المخططات التي هي في طور الانجاز، وفي هذا الإطار يعتبر تأجيل البت في

طلب رخصة البناء إجراء وقائيا شريطة أن يوازن بين المصلحة العامة والخاصة.

حالة سكوت الإدارة:

إذا لم تصدر الجهة الإدارية المختصة قرارها بمنح رخصة البناء في المدة القانونية المحددة بثلاثة أشهر إذا كان الاختصاص لرئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للبلدية وأربعة أشهر في جميع الحالات الأخرى ابتداء من تاريخ إيداع الطلب حسب المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 فإن في ذلك مجموعة آراء:

01- هناك من يعتبر هذا السكوت قرار ضمينا برفض رخصة البناء وذلك استنادا لنص المادة 63 من القانون 90-29 والتي تنص على أن "يمكن لطالب رخصة البناء أو التجزئة أو الهدم غير المقتنع برفض طلبه أن يقدم طعنا سلميا أو يرفع القضية أمام الجهة القضائية المختصة في حالة سكوت السلطة السلمية أو رفضها له.⁽¹⁸⁾

فطالب الرخصة له أن يقدم الطعن في حالة سكوت السلطة المختصة بإصدار القرار حيث تعتبر هذا الرد في هذه الحالة رفضا ضمينا للطلب.⁽¹⁹⁾

02- أخذت بما اخذ به المشرع الفرنسي وهو اعتبار سكوت الإدارة بعد تقديم طلب رخصة البناء مستوفي الشروط القانونية عن إجابة طالب الرخصة بعد فوات المواعيد القانونية للرد قرار ضمينا بمنح الرخصة.⁽²⁰⁾

وهو ما يراه أصحاب هذا الرأي صائبا لإجبار الإدارة على دراسة الطلبات وإجابة أصحابها في المواعيد القانونية.

من هذا الموقف اخذ أصحاب الرأي الثاني فكرتهم، للقضاء على التهاطل الإداري والبطء في الإجابة على طلبات رخص البناء.

ونؤيد الرأي الثاني لما له من حزم في سد المنافذ على الإدارة للتهرب من الرد على إجابة طالب الرخصة، وإرغامها على الإسراع والحرص على احترام المواعيد القانونية للرد، وعليه نطالب المشرع الجزائري دراسة هذه الحالة والنص عنها في تعديلات لاحقة لقانون التهيئة العمرانية.

الجرائم الواقعة على العقار بسبب رخصة البناء:

تنوعت القوانين في فرض عقوبات على مخالفي قواعد التعمير محاولة بذلك ردع هؤلاء المخالفين وإجبارهم على التقييد بما تنص عليه النصوص القانونية.

ولقد جرمت كل القوانين المتعلقة بالنشاط العقاري التعدي على الملكية العقارية.⁽²¹⁾

قانون الترقية العقارية:

جاء في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتضمن النشاط العقاري حيث أحالت المادة 31 منه على قانون العقوبات دون أن يحدد نوع المخالفات المعاقب عليها ولم ينص على العقوبات المطبقة على المخالفين وإنما اكتفى بإحالة ذلك على قانون العقوبات.

المرسوم التشريعي رقم 07/94

نصت المادة 50 من المرسوم التشريعي 07/94⁽²²⁾ على المخالفات الواردة على العقارات المبنية وهي المادة الوحيدة التي تنص على أنواع المخالفة المتعلقة بالتعمير والتي جاء فيها "دون المساس بالأحكام التشريعية الأخرى المنصوص عليها في هذا المجال يعاين مخالفات التشريع والتنظيم، في ميدان الهندسة المعمارية، و التعمير الأعوان المؤهلون لهذا الغرض أثناء انجاز الأشغال أو بعد اتمامها طبقاً للمادة 51 من نفس المرسوم".

وإذا كان الأصل في منازعات التعمير يكون للقاضي الإداري فإن القاضي الجزائي يكون له الاختصاص في حالة وجود جرائم أو مخالفات واقعة من قبل مالك العقار أو من قبل الغير⁽²³⁾، ومن الجرائم التي نص عليها هذا المرسوم:

مخالفة تشييد بناية دون رخصة:

تكمن أهمية رخصة البناء في كونها آلية من الآليات التي بواسطتها تتمكن الإدارة من بسط رقابتها على المجال العمراني، وكذا المحافظة على الملكية العقارية وبواسطتها تستطيع السلطة المختصة من تنظيم حركة البناء وطريقة استغلال الأراضي ولهذا فقد

نص المشرع على تأثيم صور الاعتداء التي تقع على العقارات والتي من أهمها جريمة البناء دون رخصة وذلك لأهميتها في القضاء على البناءات الفوضوية والاستغلال غير الشرعي للعقارات، ولذا فهي رخصة إجبارية استحدثها المشرع من أجل بسط رقابة الإدارة على العمران.

قانون التهيئة والتعمير رقم 29/90:

لم يحدد المشرع أنواع المخالفات المتعلقة بالبناء في هذا القانون، ولم يذكرها حتى في المراسم التنفيذية اللاحقة له، كل ما في الأمر أنه تكلم عن المتابعات القضائية وفقاً للإجراءات الاستعجالية في حين أن الكل مجتمع عن ثقل هذه الهيئة وعدم فعاليتها في هذا المجال، ذلك أن وصول القضية إليها لا يكون إلا بعد مراحل ومحاضر متعاقبة يكون المخالف قد مضى أشواطاً في إتمام نشاطه. ومن ثمة يستعصى معالجة القضية للزيادة في تعقيدها.

وقد أشار لجرائم التعمير في المواد 76-77-78، حيث أنه بإمكان السلطة الإدارية رفع دعوى في حالة انتهاك الأحكام القانونية والتنظيمية السارية المفعول ونصت المادة 77 على جريمة تنفيذ أشغال دون الالتزام والتقيّد بما تنص عليه القوانين في هذا المجال⁽²⁴⁾، فيعد هذا العمل من قبيل التعدي على الملكية العقارية بل والتعدي على القانون بصفة عامة، لأن أي نشاط يقوم به الشخص إلا وينظمه القانون، وفق أحكام قانونية تنظيمية لهذا النشاط، فالقيام بإشغال البناء تتطلب رخصة بناء من أجل مراقبة هذه الأشغال من طرف الإدارة ومطابقة هذه البناية للشروط الفنية والتقنية للبناء، واحترام أدوات التعمير التنظيمية للنشاط العمراني في المنطقة.

أما المادة 78 فنصت على أن الجهة القضائية المختصة تأمر في إطار أحكام المادتين 76-77 إما بمطابقة الواقع مع رخصة البناء، وإما بهدمها أو إعادة تخصيص الأراضي بقصد إعادة المواقع إلى ما كانت عليه من قبل.

ومن أجل مواجهة الاعتداء على ملكية الدولة وحمايتها من كل صور الاعتداء و

التعرض لها، فقد نصت التشريعات على تجريم صور الاعتداء التي تقع على العقارات العائدة على الدولة.⁽²⁵⁾

ونصت المادة 77 على غرامة تتراوح من 300 دج إلى 300.000 دج سواء كان المعاقب بهذه الغرامة مستعمل الأرض أو المستفيد من الأشغال والمهندس أو المقاول أو الأشخاص المسؤولين عن تنفيذ الأشغال، وفي حالة العود يعاقب المتسبب فيها بالحبس من شهر إلى ستة أشهر.⁽²⁶⁾

كل هذه العقوبات من أجل حماية الملكية الخاصة والعامة، وإلزام الأشخاص على طلب رخصة البناء قبل القيام بأي أشغال لضمان مراقبة إدارية فعالة، وللمحافظة على الملكية العقارية العمومية والخاصة.

أما في القانون رقم 05/04 المعدل والمتمم للقانون 29/90، اقر المشرع نوعين من الجرائم المتعلقة برخصة البناء وهما:

- جريمة البناء بدون رخصة.
- جريمة القيام بأعمال بناء غير مطابقة لمواصفات الترخيص.

- الهوامش:

1. الدكتور محمد الصغير بعلي - تسليم رخصة البناء في القانون الجزائري ص 20.
2. بن لطرش منى - رخصة البناء - رسالة ماجستير جامعة قسنطينة 1998 ص 27.
3. إسحاق إبراهيم منصور - نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية - الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1997.
4. الدكتور عزري الزين - قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها ص 26.
5. المادة 10 من القانون رقم 10/03 المؤرخ في 10 جويلية 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.
6. المادة 05 من قانون 05/04 التي جاءت لتعديل المادة 55 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير والمادة 04 من المرسوم التنفيذي 03/06 الذي جاءت لتعديل وتتمم المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91.
7. المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91.
8. محمد الصغير بعلي - رخصة البناء في القانون الجزائري - ص 28.

تتميز الوصاية الإدارية عن السلطة الرئاسية فيما يلي:

- 1- القاعدة العامة للوصاية لا تكون إلا بنص، بينما ممارسة السلطة الرئاسية مفترضة فالوالي يتدخل في شؤون البلدية وفق ما ينص عليه قانون البلدية بينما يتدخل في شؤون رئيس الدائرة باعتباره مرؤوسا له.
- 2- نظرا لتمتع الهيئات اللامركزية بالشخصية المعنوية وأهلية حق التقاضي من خلال الطعن في قرارات وتصرفات السلطة الوصية في الدفاع عن مصالحها المحلية، وهذا ما نفتقر إليه في حالة السلطات الرئاسية.
- 3- من حيث المسؤولية تبقى جهة السلطة الرئاسية مسؤولة، إلى جانب مسؤولية المرؤوس بينما تتحمل الهيئة اللامركزية وحدها المسؤولية المترتبة على أفعالها.
9. الدكتور: عزري الزين - قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها ص 33
10. حمدي باشا عمر - محررات شهر الحياة - الجزائر دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2005.
11. حسن كيرة الموجز في أحكام القانون المدني، مصر، منشأة المعارف 1995.
12. سبتي محمد - رخصة البناء في القانون الجزائري - مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2005 ص 48.
13. سماعيل شامة - النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري - دراسة وضعية وتحليلية، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2003 ص 218-219.
14. سماعيل شامة - المرجع السابق ص 220.
15. المادة 63 من القانون 29/90.
16. الدكتور محمد الصغير بعلي - رخصة البناء في القانون الجزائري - المرجع السابق ص 33.
17. المادة 02 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 175/91.
18. الدكتور عزري الزين - قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها - المرجع السابق ص 39.
19. كان القانون 82-02 (الملغى) المتعلق برخصة البناء يعتبر سكوت الإدارة المانحة لرخصة البناء بعد فوات المدة المقررة قرار ضمني بالرفض.
20. الدكتور عزري الزين، قرارات العمران الفردية في مجال العمران - المرجع السابق ص 40.
21. حمار الفاضل - الجرائم الواقعة على العقار الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2006 ص 75.
22. المرسوم التشريعي 07/94 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشرط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ج د عدد 32.
23. بن زكري راضية، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة تخصص قانون عقاري 2009-2010 ص 120.
24. المادة 77 من القانون 90-29.

25. نوافل عبد الله صفو الدليمي - الحماية الجزائية للمال العام- الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2005 ص 20
راضية بن زكري المرجع السابق ص 120.

The decision on granting a building permit procedures

Dr. Abdelkader DERRADJI *

ABSTRACT:

Although the laws and regulations that provide for the regulation of urban activity exist, and the body tasked with the application of these laws is the administrative authority, and procedures that apply to the violators in the building and construction field known to them, but the phenomenon of chaotic buildings and seizing illegal, and the illegal seizure of land is a continuous. The problem is not to apply the law on violators, the reality proves improper current status of the situation in this field, by the lack of rigor in the application of laws on violators.

Keywords: urban activity - building permit - administrative authority - chaotic building.

* Maître de conférence A : Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Batna – Algérie.

حماية اليتيم الجانح واليتيم الضحية في القانون الجزائري

بقلم

أ / سامية بلجراف (*)



ملخص

لقد حمى المشرع الطفل في نصوص قانونية كثيرة، غير أن هذه القوانين التي رصدها المشرع لحماية الطفل الجانح والطفل الضحية تتناول بالحماية الطفل في الأوضاع العادية. ومن هنا نتساءل عن مدى تحقيق النصوص المذكورة الحماية الكافية للطفل في الأوضاع الاستثنائية كحالة اليتيم. ثم النظر في الوضع الاستثنائي لليتيم الجانح واليتيم الضحية وما يتطلبه من عناية خاصة من قبل المشرع. الكلمات المفتاحية: اليتيم - الجنوح - الضحية - الحماية - القانون الجزائري.

مقدمة

إن الاستثمار في ميدان الطفولة ذو مردودية عالية على المدى المتوسط والبعيد، لذا وجب على الحكومات تبني برامج جريئة في الميدان، غير أنه ولكون الخطط الاجتماعية والسياسية والاقتصادية تحتاج في نهاية المطاف للدعم والإجبار القانونيين فالعماد الأساسي هو الآلة التشريعية، أي تكريس حقوق الطفل من قبل المشرع، بمعنى أن أول خطوة هي ضرورة تكييف النصوص القانونية مع وضعية الطفل في الظروف غير العادية، من أجل تقريبه من الطفل العادي، وتحقيق تكيفه مع ضوابط المجتمع.

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بسكرة - الجزائر.
droit_alg@live.fr

والاهتمام بالطفولة بشكل عام في القانون الجزائري بشقيه الموضوعي والإجرائي لم يبق مرتكزا على الحدث الجانح فقط بل تعداه إلى الطفل الضحية، وكان ذلك نتيجة لظهور علم جديد يهتم بوضعية الضحية داخل الجريمة والذي حاول لفت انتباه مشرعي الدول إلى المعاناة الكبيرة التي تعيشها وإيجاد السبل الكفيلة لمساعدتها لكون وضعية الحدث جانحا أو ضحية هي وضعية متكاملة في علم الجريمة وليست متعارضة فصغير السن غالبا ما يكون هدفا مثاليا للعديد من الاعتداءات الإجرامية وأكثر استعدادا وقابلية للوقوع ضحية عمل إجرامي بحكم ما يتوفر فيهم من سمات تجعلهم هدفا سهل المنال فيصبحون ضحايا أعمال إجرامية تمس صحتهم النفسية وسلامة أبدانهم فالضعف البدني والنفسي للحدث يجعله في أمس الحاجة إلى الرعاية من أسرته ومن المجتمع في حال غياب الرعاية من أسرته.

وقد حمى المشرع الطفل في نصوص قانونية كثيرة غير أن هذه القوانين التي رصدتها المشرع لحماية الطفل الجانح والطفل الضحية تتناول بالحماية الطفل في الأوضاع العادية فهل تحقق هذه النصوص الحماية الكافية للطفل في الأوضاع الاستثنائية كحالة اليتيم؟ أم أن الوضع الاستثنائي لليتيم الجانح واليتيم الضحية يتطلب عناية خاصة من المشرع؟

أولا: الحماية القانونية لليتيم الجانح في القانون الجزائري

إن المسؤولية الجزائية لا تتحقق إلا بتوفر ركنين، الركن المادي والمتمثل في صدور فعل مادي أو سلوك إجرامي يحظره القانون، وهذا الركن لا يميز بين الأحداث والراشدين، أما الركن الثاني وهو الركن المعنوي والمتمثل في وجود إرادة آثمة توجه السلوك المادي وبدون توفر هذين الركنين لا يمكن الحديث عن توفر المسؤولية الجزائية وبالتالي لا مجال لمعاقبة الجاني. حيث أن الركن المعنوي للمسؤولية الجزائية يقوم على عنصرين أساسيين وبدونهما لا يتحقق.

العنصر الأول:

حرية الاختيار بأن يتمتع الإنسان يقدر من حرية الاختيار في توجيه إرادته إلى عمل

معين أو الامتناع عنه.

العنصر الثاني:

وهو الإدراك والتمييز وهو عبارة عن تلك الدرجة من النمو العقلي التي بموجبها يستطيع الفرد أن يميز ويفهم طبيعة الفعل غير المشروع وأن يتوقع الآثار التي قد تترتب عنه، ومن ثمة فلا مجال للحديث عن مسؤولية الحدث مسؤولية جزائية كاملة عن الجريمة باعتبار أن صغر سنه يجعله فاقدا للإدراك والتمييز ومن هنا سنبحث في هذا العرض المقصود بالحدث الجانح كمفهوم عام شامل مع التركيز على حالة اليتيم الجانح وتأثير اليتيم على جنوح الأحداث في المجتمع وكيف عالج المشرع هذه الظاهرة من خلال نصوص القانون.

1. مفهوم اليتيم الجانح

يمكن تعريف الجنوح في اللغة بأنه الميل والانحراف والخروج عن طريقة معينة. أما اصطلاحاً فيعني تصرفات وأفعال الأطفال الخارجة عن القيم والأعراف الاجتماعية وذلك بميلهم وخروجهم عن الخطوط المستقيمة التي وضعها المجتمع في شكل قيم وتقاليد وأعراف.

وتفريق التشريعات عادة بين جريمة الحدث وجنوحه أو انحرافه فإجرام الحدث يعني أنه قد ارتكب سلوكاً يعد جريمة وفقاً لقانون العقوبات أو أي قانون آخر، في حين أن جنوح الحدث أو انحرافه يعني تواجده في حالة تكشف عن انحرافه أو جنوحه وتنبؤ عن احتمال قيامه بارتكاب جريمة في المستقبل.¹

لذلك فإن حالات الانحراف هذه لا تواجه بعقوبات جنائية وإنما بتدابير المهدف منها الاحتراز من خطورة الحدث، وتوقي انحرافه، فالمهدف من هذه التدابير هو التأديب والتهذيب والإصلاح قبل تحقيق الردع الخاص أو العام بوصفه هدفاً، ولذلك أمكن القول أن هذه التدابير ذات أهداف تربوية أو علاجية.²

أما معنى اليتيم شرعاً فهو فقد الولد لأبيه دون البلوغ مع اختلاف بين الفقهاء في

وقت انتفاء حكم اليتيم عن الولد، وذهب بعضهم إلى أن كل من فقد والديه أو أحدهما يسمى يتيماً.

ويتسع مفهوم اليتيم عند البعض ليشمل:

- اليتيم العادي: ويشمل فئة الأطفال متوفي الأب أو الأبوين معاً.
- اليتيم الاجتماعي: ويشمل أبناء الأسر المتصدعة الذين يثبت البحث الاجتماعي استحالة رعايتهم في أسرهم الطبيعية كأبناء السجناء والمرضى النفسيين أو العقليين وأبناء المدمنين (تحت المعالجة) والأطفال الذين لا راعي لهم من ذوي القربى أو المشردين أو المهملين بسبب انفصال الوالدين.
- مجهولو الأب أو الأبوين معاً: والتسمية الأكثر شيوعاً تقتصر على تسمية اللقطاء.
- ويقصد بهم فئة الأطفال الذين لا يعرف آبائهم أو نسبهم ويمكن أن يكون ذلك جزئياً (معلوم الأم مجهول الأب) أو كليهما (مجهول الأبوين).
- ويكتسب اليتيم صفة الجانح حين يخرج عن قيم مجتمعه متأثراً بوضعه الاستثنائي بسبب غياب الرعاية والتوجيه الأسري له.

2. أثر اليتيم على جنوح الأحداث

تعتبر الأسرة من أقوى العوامل التي تسهم في تكوين شخصية الإنسان وتؤثر في توجيه سلوكه وتحديد اتجاهات مستقبله، لذلك كان للأسرة دوراً كبيراً في ميل الحدث أو عزوفه عن السلوك الإجرامي، والتفكك الأسري المؤثر على سلوك الحدث يتخذ شكلين:

التفكك المعنوي للأسرة: بأن تسود الأسرة مع ترابطها المادي. وجود الأبوين معاً. علاقات سيئة.³

التفكك المادي للأسرة: ويرجع إلى عدم وجود الأبوين معاً في نطاق الأسرة بغيابها أو غياب أحدهما لأن ذلك يحرم الطفل من عواطف الأب المتغيب وعنايته وتوجيهه وتهذيبه.⁴

ولقد لقيت علاقة الأبناء بالآباء اهتماما بالغاً من جانب الباحثين في ميدان جنوح الأحداث حيث يؤكدون على أن هناك تأثيراً لعلاقة الطفل بوالديه على السلوك الجانح سواء كان تأثيراً مباشراً لانعكاس العلاقة الأبوية على الطفل نفسه، أو كان تأثيراً غير مباشر لانعكاس العلاقات الأبوية على ضمير الطفل، حيث أن ضمير الطفل ما هو إلا صورة داخلية بديلة لسلطة الوالدين على الطفل وما ينتج عنها من ضبط أطلقت عليه نظريات الجنوح "الضبط الداخلي"، والذي له تأثير قوي على حماية الطفل من الجنوح اقوي في درجته وقوته من الضبط الخارجي، لأن الضبط الخارجي يزول بزوال القائم بعملية الضبط، أما الضبط الداخلي فهو قوة داخلية تشرّبها الطفل وستظل تلازمه طوال حياته.⁵

وكثيراً ما يضعف الارتباط بالوالدين أو يتلاشى في البيوت المحطمة بسبب فقدان الأبوين أو أحدهما بالموت وكل ذلك يؤدي إلى نتائج سيئة تهيئ للانحراف. وهكذا يؤثر غياب الأبوين أو أحدهما على التكيف الانفعالي عند الطفل، ويقف حجر عثرة ضد شعورهم بالأمن وبذلك تصبح نفسية الأطفال مضطربة متوترة مما يهيئهم للانحراف.⁶

ويرى رواد نظرية الضبط الاجتماعي والتي تعتبر من أهم نظريات الجنوح أن الرابطة العاطفية بين الآباء والأطفال تمثل الجسر الذي تعبر عليه توقعات الآباء، فإذا اغترب الطفل عن والديه فلن يشعر بأهمية القوانين ولن يتولد لديه الإحساس بالقيم.⁷ ومن هنا أمكن القول أن رابطة الحب للآباء هي من أهم معوقات الجريمة وكلما كانت هذه الرابطة قوية كلما وضعها الفرد في اعتباره إذا فكر في ارتكاب الفعل الإجرامي، والحدث الذي يفتقد الأسرة يكون معرضاً للجنوح أكثر من غيره حيث يتصف الجانح عادة بعدم الارتباط مادياً أو عاطفياً بالآباء.

ومن هنا فانه يمكننا أن نعتبر أن حالة اليتيم من أهم مسببات وجود الطفل في حالة خطر اجتماعي، بالنظر لما يتمتع به وجود الأبوين من أهمية في توجيه سلوك الطفل سواء

في مرحلة الطفولة أو في مرحلة المراهقة.

3. حماية الحدث الجانح في القانون الجزائري ومكانة الحدث اليتيم من هذه الحماية:

خص المشرع الجزائري الأحداث بأحكام خاصة في قانون الإجراءات الجزائية وتعتبر هذه الأحكام أكبر ضمانات وضعتها المشرع لحماية شريحة الأحداث وصغار السن ومن أهم ما تميزت به ما يلي:⁸

. تخصيص قضاء خاص بالأحداث يتميز بقضاة متخصصين في قضايا الأحداث وبتشكيل خاص وبشروط خاصة راعى فيها المشرع وضع الحدث الجانح. .التنسيق بين قاضي الأحداث وقضاة التحقيق للقيام بالتحريات اللازمة للوصول إلى إظهار الحقيقة والتعرف على شخص الحدث وتقرير الوسائل الكفيلة بتهذيبه. .الأخذ بعين الاعتبار الحالة المادية والأدبية التي عاش فيها الحدث وطبع الحدث وسوابقه ومواظبته على دراسته وسلوكه فيها والظروف التي نشأ وعاش وتربى فيها. .تحديد عقوبات خاصة للحدث الجانح نصت عليها المادة 444 من قانون الإجراءات الجزائية لا تتعدى تدابير الحماية والتهذيب مراعاة لسن الجانح وتمثل في: * تسليمه إلى والديه أو وصيه أو لشخص جدير بالثقة في حال عدم وجود الأبوين كحالة اليتيم.

* تطبيق نظام الإفراج مع وضعه تحت المراقبة. * وضعه في منظمة أو مؤسسة عامة أو خاصة معدة للتهذيب للتكوين المهني مؤهلة لهذا الغرض.

* وضعه في مؤسسة طبية أو تربوية مؤهلة لذلك. * وضعه في مصلحة عمومية مكلفة بالمساعدة. * وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة.

ومن هنا فإن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية لم يخص اليتيم الجانح بأحكام خاصة تميزه عن الحدث في الأوضاع العادية، وإن كان أشار إلى الحدث في

الظروف الاستثنائية أكثر من مرة حيث أشار إلى ذلك في المادة 453 من قانون الإجراءات الجزائية عند حديثه عن التحريات التي يقوم بها قاضي الأحداث بهدف إظهار الحقيقة والتعرف على شخصية الحدث وتقرير الوسائل الكفيلة بتهذيبه، حيث أشار إلى ضرورة القيام ببحث اجتماعي يقوم فيه القاضي بجمع المعلومات عن الحالة المادية والأدبية للأسرة التي عاش فيها الحدث والتعرف على ظروفه، وهو ما يدل على أن على القاضي الأخذ بعين الاعتبار الوضعية الاجتماعية لأسرة الحدث عند تقرير تدبير الحماية والتهذيب المناسب.

ثانيا: حماية الحدث الضحية في القانون الجزائري ومكانة الحدث اليتيم من هذه الحماية

ظلت ضحية الجريمة بعيدا عن اهتمام القوانين ورعايتها بل كثر الاهتمام بحقوق المتهم وطال السهر على حماية حقوقه حتى غدت وكأنها محور القانون الجزائري أما حقوق الضحية بوجه عام فلم تحظ باهتمام مناسب، ويرجع فضل الاهتمام بالضحية إلى ظهور اتجاه جديد في العلوم والدراسات الاجتماعية هو علم الضحية.⁹

بالرجوع إلى النصوص القانونية وبصفة خاصة قانون العقوبات الفرنسي نجد أن الضحية تعرف على أنها: "كل شخص تعرض إلى ضرر" أو هي كل شخص تحمل ضررا ناجما عن جريمة.

فمصطلح الضحية لم يظهر بشكل صريح في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي إلا في الجزء المتعلق بالرقابة القضائية والعقوبة.

أما في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري فقد استخدم المشرع تعبير المضرور للدلالة عن الضحية* كما استعمل أيضا مصطلح المدعي المدني، لكن وبالرجوع إلى بعض القوانين والأوامر والمراسيم التنفيذية نجد المشرع استعمل مصطلح الضحية.¹⁰

وبالرغم من أن المشرع لم يستعمل مصطلح الضحية في قانون الإجراءات الجزائية إلا أن القضاء أكد في العديد من المرات على أن الشخص الذي وقعت عليه الجريمة يطلق

عليه مصطلح الضحية حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 24 فيفري 1981 "الأصل أن رفع الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن الجريمة مقصور على المضرور أي الشخص الذي وقعت عليه الجريمة ويعبر عنه عادة بالضحية".¹¹

ويعتبر الاهتمام بالضحية عموما من بين الإشكالات المطروحة على المشرع الوطني، حيث في الغالب ما نجد الاهتمام التشريعي ينصب على الجاني أو الجاني، في غياب تام للضحية التي تتكبد وحدها الآثار الجانبية للاعتداء دون أي اهتمام طبي أو اجتماعي من شأنه أن يساعد على تحمل تلك الآثار، فكان من اللازم أن يعطى للضحية اهتماما كبيرا في مجال التجريم والعقاب، بتشديد العقوبة التي تظال الجاني من جراء الاعتداء عليها وذلك انطلاقا من المعطيات الذاتية للضحية.

فالضحية حسب القانون الجزائري يمكنها أن تؤثر على معاقبة المجرم، ويأخذ هذا التأثير مظاهر إيجابية بالنسبة للمجرم في حالات متعددة، فيكون ذلك سببا في عذر معف أو مخفف للعقوبة، بل أحيانا يكون تصرف الضحية سببا مبررا، بينما في حالات أخرى تكون صفات الضحية وخصائصها سببا في تشديد العقوبة.

ومن ثمة يظهر أن القانون أولى اهتماما خاصا لشخصية الضحية عند تصديده لبعض الأفعال بالتجريم والعقاب، وذلك من أجل إيجاد أفضل الأساليب التي تؤدي إلى تحقيق الردع.

وقد حاول المشرع حين تنظيمه لعقاب بعض الجرائم أن يأخذ في الاعتبار شخصية الضحية والصفات المتعلقة بحالتها وخصائصها البيولوجية والنفسية والاجتماعية ويظهر لنا هذا الاهتمام رغبة المشرع في ضمان حماية خاصة لبعض الأشخاص والفئات الاجتماعية، وذلك لصفات تتعلق بهم فتجعلهم أكثر عرضة للاعتداءات الإجرامية. فاختيار المجرم لضحيته بعناية يؤدي إلى إضفاء صفة الخطورة على هذا الجاني، وبالتالي يجب التصدي لإجرامه بنوع من الشدة، لأن العدالة الجنائية تقتضي أن يراعي المشرع

وضع اعتبار الضحية في أنظمة قواعد التجريم والعقاب، إذا كان الضحية طفلا، وذلك لكون الجوانب الذاتية المتعلقة بالضحية من المفروض أن تلعب دورا في تقرير المسؤولية، فإذا كان هذا الضحية يتيما فإن على المجتمع أن يعاقب المعتدي عليه طالما أن هذا اليتيم يفتقد الحماية من أسرته وأبويه بسبب غيابهما أو فقدهما. فاليتيم غالبا ما يكون هدفا مثاليا للعديد من الاعتداءات لعدم قدرته على دفع الاعتداء الذي يتعرض له ولأن الأطفال ونظرا لمجموعة من الخصائص الذاتية هم الأكثر عرضة للاعتداءات الإجرامية، وأكثر استعدادا أو قابلية للوقوع ضحية عمل إجرامي بحكم ما يتوافر فيهم من سمات تجعلهم هدفا سهل المنال وأكثر جاذبية للاعتداء عليهم، إذ الاحتمال كبير في أن يصبحوا ضحايا أعمال إجرامية تصيب سلامة أبدانهم أو صحتهم النفسية أو أعراضهم، فالضعف البدني والنفسي الذي يميز الأطفال، يجعلهم في أمس الحاجة إلى رعاية وعناية خاصة من قبل أسرهم وكذا أفراد المجتمع بشكل عام في غياب الأسرة، ووعيا من المشرع بهذا الاعتبار بادر إلى صياغة عدة نصوص تهدف في مجملها إلى حماية حق الطفل في الحياة وفي صحة جيدة وحقه في الاستفادة من وسط أسري ومستوى معيشي ملائم وضروري لاكتمال نضجه النفسي والعقلي والجسدي.

وهي نصوص تعاقب على بعض الجرائم التي لا يمكن أن يكون ضحيتها سوى الأطفال، وأخرى تجعل من صفة الطفل ظرفا مشددا للعقوبة، لذلك تشدد المشرع في عقاب الجاني الذي يأتي فعلا مجرما على ضحية صغير، فتجسد بذلك الاهتمام بالطفل الضحية من خلال الاعتراف بضعفه وعدم نضجه البدني والعقلي وجعل مصلحته محل الاعتبار الأول. فقد ضاعف المشرع العقوبة المخصصة لبعض الجرائم إذا كان الضحية طفلا، كما جعل في جرائم أخرى صفة الضحية ركنا لقيامها، وأفرد عقوبات تطال مرتكبيها، كالحرمان من التغذية أو العناية أو العلاج، تعريض الطفل للاستغلال، والإهمال المادي أو المعنوي، وتحريضه على ممارسة أفعال غير مشروعة، ترك الأطفال أو

تعريضهم للخطر وذلك في المادة 330 من قانون العقوبات وجريمة خطف الطفل وإبعاده عن من له حق المطالبة به أو قيام الجاني بحمل الغير على خطف الطفل أو إبعاده حتى لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف أو تهديد.

وبالتالي سواء تعلق الأمر بصحة الطفل أو حياته أو سلامته البدنية والنفسية، فالمشرع يتدخل لمنح حماية خاصة لهذا الطفل، حماية تركز أساسا على تهديد المجرم بإمكانية تعرضه لعقوبة قاسية إذا قام بالاعتداء على هذا الكائن الذي يعتبر ضعيفا بيولوجيا، وغير مكتمل النضج عقليا.

فالسبب الذي جعل المشرع يتشدد في معاقبة المعتدي على الطفل سواء كان الاعتداء بدنيا أو نفسيا هو كون الطفل ليست له المناعة الكافية لتحمل الاعتداء الموجه إليه، فالطفل ضحية تلك الاعتداءات يشعر دائما بعجز أمام المعتدي ولا يبدي أية مقاومة، إما لعجزه البدني أو لعدم تقديره لخطورة الأفعال المرتكبة ضده، وإدراك مغزاها وعواقبها ولسهولة إصابته باختلالات في وظائف جسمه أو اضطرابات نفسية أو عقلية تؤثر على حياته ونموه السليم وأن هذه الظروف كان من المفروض على المعتدي أن يراعيها ويضع في حسبانها النتيجة المحتملة لفعله.

فيكون بذلك المشرع قد تصدى لحماية حق الطفل في الحياة وضمان سلامته الجسدية والنفسية، كما حاول أفراد معاملة خاصة للضحية صغير السن وتسهيلات كبيرة للمطالبة بحقوقه والعمل على تأهيل الطفل الضحية تأهيلا نفسيا قصد تخطيه للأزمة التي يصاب بها نتيجة أفعال الاعتداء التي مورست عليه.

وقد خص المشرع الأطفال المجني عليهم في جنايات وجنح بحماية خاصة في المادتين 493 و494 من قانون الإجراءات الجزائية متى كان هذا الاعتداء صادرا من والديه أو من وصيه أو حاضنه في حال عدم وجود الأبوين وقرر المشرع ضرورة إيداع الحدث دون 16 سنة إما لدى شخص جدير بالثقة وإما في مؤسسة وإما أن يعهد به

للمصلحة العمومية المكلفة برعاية الطفولة، وبذلك يكون قد حمى الحدث من أي اعتداء يقع عليه من المكلف بحمايته وحمى بالضرورة اليتيم من الجرائم التي قد يرتكبها وصيه أو حاضنه في حقه خاصة وإن الأيتام أكثر تعرضا للإساءة في إطار الأسرة البديلة.¹²

ثالثا: تقييم آليات حماية اليتيم الجانح واليتيم الضحية في القوانين الجزائرية:

وإن كان ذلك على المستوى النظري فحسب وبالرجوع إلى مقتضيات الترسانة الجنائية يمكن القول أن المشرع قد استجاب للالتزامات الدولية بشأن حماية الطفل وخصوصا الاتفاقية الألفية لحقوق الطفل* وركز اهتمامه على حق الحدث في تأهيل اجتماعي ونفسي يساعده على تخطي الآلام التي يعانها.

ورغم ذلك ترسخ الاعتقاد لدى المهتمين بالضحية على أنه يجب الاهتمام بها ليس فقط من الجانب المادي، بتعويضها عن الضرر الذي لحق بها، بل يلحون على ضرورة تنظيم إطار محكم لعلاج الضحية ومساعدتها وتأهيلها نفسيا واجتماعيا لتخطي الآثار النفسية للصدمة والآلام الجسدية التي ألمت بها من جراء الاعتداء والعمل بالموازاة مع ذلك على إيجاد تدابير حماية اجتماعية توفر لها من جديد فرص الاندماج الاجتماعي.

ومن ثمة فإنه من الضرورة العمل على إصدار تشريعات تتضمن نصوصا خاصة بقضايا العنف ضد اليتيم سواء من داخل أسرته أو من خارجها تدعم النصوص الموجودة، مع ضرورة التأكيد على ما يلي:

1- أهمية الأسرة والأسرة البديلة باعتبارها البيئة الأمثل لتربية الأيتام وأن الرعاية والإيواء خارج نطاق الأسرة يجب أن يكونا مؤقتين ومحدودي المدة لحين توفير البيئة الأسرية المناسبة والعمل على إصلاح الأسرة لإعادة دمجهم فيها لاحقا (وهكذا فإن زوال الدوافع لإيواء الأيتام مرتبط بانتفاء وبمعالجة مسببات استضافتهم).

مع ضرورة تقييد نظام الأسرة البديلة بأحكام الشرع المرتكزة أساسا على قوله تعالى:

﴿ وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لأبائهم هو أسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم ﴾ .
حيث يهدف نظام الأسرة البديلة إلى توفير الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية والمهنية للطفل الذي حالت ظروفه دون أن ينشأ في أسرته بهدف تربيته تربية سليمة وذلك عن طريق ما يلي:

أ. وضع وتنفيذ برامج تثقيفية لتوعية الأسر البديلة، وخاصة في مجال الصحة النفسية للطفل، عن طريق الندوات والمحاضرات بهدف تدارس المشكلات والصعوبات التي تعترضهم في العمل وذلك بهدف الارتقاء بمستوى أدائهم.

ب - ضرورة اعتماد معايير محددة يتفق عليها على مستوى المؤسسات العاملة في مجال رعاية الأيتام بهدف توحيد الأسلوب الرعائي المتبع من أجل تحقيق أعلى مستويات الرعاية وقياس مدى نجاح المؤسسات في توفيرها استناداً إلى هذه المعايير.
2. دعم دور الضيافة والإيواء التي تقدم الرعاية للأطفال في حالة تعذر توفر الرعاية الأسرية البديلة لهم وإلى حين توفيرها.

3- التوعية والدمج الاجتماعي هما الآليتان الأكثر ملاءمة لتحقيق أهداف المؤسسات وللوقاية من أسباب اليتيم بأنواعه المختلفة، ورفع مستوى قدرة المجتمع على استيعاب الأيتام، وإعطاءهم فرصاً وخيارات أسوة بالأطفال غير الأيتام والتعامل معهم باعتبارهم عناصر هامة لتحقيق الاندماج الاجتماعي على خلفية تحقيق العدالة الاجتماعية والتي تنصب في خدمة التنمية، وفي هذا الإطار يمكن التركيز على وسائل الإعلام المرئية والمقروءة والمسموعة باعتبارها من أهم وأسرع وسائل التوعية ولها دور فاعل في التعبئة والتغيير، وذلك عبر استخدامها كمنبر عام وإدراج بعض الفقرات الخاصة والمتخصصة لاسيما في برامج الأطفال.

4- تعزيز القيم الاجتماعية التي تحث على رعاية اليتيم والاهتمام به من خلال برامج

تدخل متخصصة تساهم فيها كل الأطر الاجتماعية، وخاصة علماء الدين نظراً للدور الذي يقومون به في توجيه الخطاب الديني لخدمة هذه الشريحة (على مستوى النظرة تجاه اليتيم بشكل عام والتشجيع على احتضان وكفالة الأيتام بشكل خاص).

الخاتمة

إن الحماية التي أقرها المشرع للحدث سواء كان ضحية أو مرتكباً للجريمة تبقى قاصرة عن حماية الطفل في ظروفه الطبيعية وتبقى عاجزة عن الإحاطة بالحالات الاستثنائية كحالة اليتيم الذي يتأثر بظرفه الاستثنائي الذي يجعله يتجه إلى عالم الجريمة أو يجعل منه هدفاً سهلاً لأي فعل إجرامي.

الهوامش:

1. عبد الفتاح بيومي حجازي، المعاملة الجنائية والاجتماعية للأطفال "دراسة متعمقة في قانون الطفل المصري مقارنة بقانون الأحداث الإماراتي"، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2003، ص 25.
2. نفس المرجع ص 26.
3. فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، مصر: دار النهضة العربية، 1985، ط 5، ص 167.
4. نفس المرجع، ص 166.
5. محمد سلامة محمد غباري، أسباب جنوح الأحداث، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، طبعة 1987، ص ص 153 و 154.
6. نفس المرجع، ص 155.
7. نفس المرجع، ص 176.
8. عبيدي الشافعي، قانون الإجراءات الجزائية مزيل باجتهاد القضاء الجنائي، الجزائر: دار الهدى، ص ص 225 و 226.
9. سماتي الطيب، حماية حقوق الضحية خلال الدعوى الجزائية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بقسم الحقوق والعلوم القانونية جامعة بسكرة، 2006. 2007، ص 08.
10. نفس المرجع، ص 09.
11. جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية: الجزء الثاني، طبعة 2003، ص 51.

12. عبيدي الشافعي، المرجع السابق، ص 242.
* اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25.44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1998 وتاريخ بدأ النفاذ 02 سبتمبر 1990.

Protection of orphan delinquent and orphan victim in criminal law

Samia BELAJRAF *

ABSTRACT

The legislator has provided legal protection for children in many texts, but these laws are observed by the legislature to protect the child delinquent and the child victim dealing with child protection in normal conditions. Therefore, we wonder about the extent to which the texts cited adequate protection of the child in the special situation as a case orphan. The paper deals with the consideration of the exceptional situation of the orphan delinquent and orphan victim, and what it requires of special attention by the legislator.

Keywords: Orphan - the delinquency - the victim - protection - Algerian law.

* Maître-assistant A : Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Biskra – Algérie.

مجلة البحوث والدراسات

العدد (17) - السنة (11) صفر 1435 هـ - يناير (جانفي) 2014 م

محور بحوث العلوم الإنسانية



صفحة بيضاء

الوضع الثقافي في منطقة وادي ريغ خلال النصف الأول من القرن العشرين

بقلم

أ. معاذ عمراني (*)



ملخص

يتناول هذا المقال الوضع الثقافي في منطقة وادي ريغ بالجنوب الشرقي الجزائري خلال النصف الأول من القرن العشرين، ويهدف هذا المقال إلى إبراز مظاهر الحياة الثقافية في المنطقة بمختلف تجلياتها من طرق صوفية ومساجد ومدارس قرآنية ومزارات، مع التركيز على الدور الذي لعبته في حياة الفرد والمجتمع في تلك الفترة. الكلمات المفتاحية: وادي ريغ - الثقافة - التاريخ - القرن العشرين.

مقدمة

تعتبر منطقة وادي ريغ بالجنوب الشرقي الجزائري، جزء لا يتجزأ من الجزائر الفسيحة، وقد أولاه بعض الكتاب والباحثين أهمية خاصة في كتاباتهم وبحوثهم، سواء كتاب المدرسة الاستعمارية الفرنسية أو كتاب المدرسة الجزائرية الحديثة والمعاصرة، إلا أن السمة الغالبة على هذه البحوث هو أنها في مجملها ركزت على الجانب السياسي والعسكري خاصة أثناء الفترة الاستعمارية للجزائر، أما مختلف الجوانب الأخرى، كالثقافية والاجتماعية والدينية وغيرها، فقد كانت الكتابات عنها قليلة جدا إن لم نقل منعدمة، باستثناء ما كتبه مؤرخو المدرسة الاستعمارية الفرنسية، والذين كان هدفهم من

(*) أستاذ مساعد "أ" بقسم العلوم الإنسانية - كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي.

وراء ذلك هو التعرف على المنطقة بأبعادها المختلفة، وهذا تمهيدا لاحتلالها فيما بعد، ثم السيطرة على المجتمع الريغي وإخضاعه بكافة الوسائل والطرق الممكنة. وانطلاقا مما سبق، فإننا في هذا المقال سنسلط الضوء على بعض الجوانب الثقافية في منطقة وادي ريغ أثناء الاستعمار، وهذا من خلال الإشكالية التالية: ما هو الوضع الثقافي الذي كانت تعيشه منطقة وادي ريغ خلال النصف الأول من القرن العشرين؟ وهل أثر هذا الوضع سلبا أم إيجابا على صيرورة الحياة بالمنطقة؟ وقد ركزت في معالجة هذا الموضوع على النقاط الآتية:

-التعريف بمنطقة وادي ريغ.

- الطرق الصوفية بالمنطقة.

- المساجد.

-المدارس القرآنية.

- القباب والمزارات.

- استنتاجات.

أولا- التعريف بمنطقة وادي ريغ:

يقسم الجغرافيون الصحراء الجزائرية الشمالية إلى قسمين، الصحراء المنخفضة (Bas Sahara) والصحراء المرتفعة، وعموما فإن منطقة الدراسة -وادي ريغ- تقع في قلب الصحراء المنخفضة، وهي منطقة ارتوازية غنية بالمياه الجوفية وهي التي كانت مهد نشأة الواحات⁽¹⁾.

ويقع إقليم وادي ريغ موضوع الدراسة في الشمال الشرقي من الصحراء الجزائرية في منخفض مستطيل الشكل، طوله 160 كم، وعرضه يتراوح ما بين 30 و40 كم، يبتدئ شمالا من عين الصفراء قرب بلدة أم الطيور، وينتهي جنوبا بقرية قوق⁽²⁾.

يحد الإقليم من الشمال، الجنوب الغربي لشط ملغيغ، ومن الجنوب ورقلة، ومن الشرق العرق الشرقي الكبير، ومن الغرب منحدر حصوي وهضبة ميزاب⁽³⁾، وأهم ما

يميز منطقة وادي ريغ من الناحية التضاريسية هو البساطة والاستواء، حيث تتميز بانحدار خفيف من الجنوب إلى الشمال، وبارتفاع عن سطح البحر مقداره 35م، مع مرتفعات بسيطة لا تفوق 300م⁽⁴⁾، وقد سمى ياقوت الحموي إقليم وادي ريغ بالزاب الصغير أو ريغ⁽⁵⁾، وسماه ابن خلدون بلاد ريغ أو أرض ريغ⁽⁶⁾، وسماه ابن سعيد أيضا ببلاد ريغة⁽⁷⁾، أما في الوقت الحاضر فيعرف بوادي ريغ كوادي سوف ووادي ميزاب⁽⁸⁾. وحسب ابن خلدون فإن سبب هذه التسمية يعود إلى ريغة أحد بطون مغراوة، وفي هذا الصدد يقول: «وأما بنو ريغة فكانوا أحياء متعددة... ونزل الكثير منهم ما بين قصور⁽⁹⁾ الزاب وواركلا، فاخترطوا قرى كثيرة في عدوة واد ينحصر من الغرب إلى الشرق، ويشتمل على المصر الكبير والقرية المتوسطة، والأطم، وقد رف عليها الشجر ونضدت حوافيها النخيل، وانساحت خلالها المياه، وزهت بينابيعها الصحراء، وكثر في قصورها العمران من ريغة هؤلاء، وبهم تعرف لهذا العهد وهم أكثرها»⁽¹⁰⁾.

ويتكون إقليم وادي ريغ من حوالي 35 مدينة وقرية، ودشرة، تشكل في مجموعها واحات وادي ريغ، ونذكر منها، منطقة المغير التي تضم (أم الطيور، نسيغة، سيدي خليل، البارد، تندلة، والمغير أيضا) ومنطقة جامعة وبها (لغفيان، الزاوية، مازر، تقددين، سيدي عمران، تمرنة، سيدي يحيى، ناهيك عن جامعة) وكذا منطقة تقرت وتشمل (سيدي سليمان، لهريرة، مقر، القصور، غمرة، المقارين، تقرت، تماسين، قوق...)⁽¹¹⁾، وتعتبر مدينة توقرت عاصمة إقليم وادي ريغ⁽¹²⁾، أي العاصمة السياسية والعسكرية، أما العاصمة الدينية، فهي مدينة تماسين⁽¹³⁾ مقر الزاوية التجانية⁽¹⁴⁾.

وإذا انتقلنا إلى المصادر التاريخية التي تحدثت عن هذه المنطقة قبل الفتح الإسلامي، فإنها قليلة جدا إذ ليس لدينا المعلومات الصحيحة التي كانت تشير إلى طبيعة الحياة التي كانت سائدة في هذه الربوع، فالرومان لم يثبت أنهم احتلوا منطقة وادي ريغ، فهم في توسعهم لم يتجاوزوا منطقة الزاب، حيث اكتفوا بإنشاء معقل لهم في وادي جدي عند بسكرة⁽¹⁵⁾، فالصحراء لم تكن مغرية للرومان، فضلا عن كونها مجاهل مخوفة

بالأخطار، وليس فيها من السكان والموارد ما يسوغ المغامرة في رمالها إلى أبعد من حافتها الشمالية⁽¹⁶⁾، وهكذا فعلى الرغم من أن الطبيعة الصحراوية حالت دون تواجد روماني بشري في الواحات، إلا أن هذه الأخيرة كانت تمثل أسواقا هامة للتبادل التجاري مع الشمال الخاضع للسيطرة الرومانية⁽¹⁷⁾.

أما في فترة الفتوحات الإسلامية، فإن الإسلام انتشر في الصحراء عموما نتيجة لعوامل عديدة منها التجارة، وكذلك تيار الهجرة من الشمال إلى الجنوب، ويقصد به هجرة القبائل البربرية كزناته وصنهاجة⁽¹⁸⁾، وبعد دخول الإسلام إلى منطقة وادي ريغ انتشر المذهب الإباضي بقوة في هذه الربوع، خاصة في عهد الدولة الرستمية الإباضية، إذ كان أكثر سكان الجزائر في القرنين الثاني والثالث الهجريين على المذهب الإباضي⁽¹⁹⁾، وبعد أن خضع إقليم وادي ريغ لنفوذ الدولة الرستمية، خضع أيضا لسيطرة عدة دول، كملوك مراکش أو تلمسان، ثم لملوك تونس الحفصيين⁽²⁰⁾.

ثانيا- الطرق الصوفية:

عرف ابن خلدون التصوف بقوله: «أصله العكوف على العبادة، والانقطاع إلى الله تعالى والإعراض عن زخرف الدنيا وزينتها والزهد فيما يقبل عليه الجمهور من لذة ومال وجاه، والانفراد عن الخلق في الخلوة للعبادة وكان ذلك عاما في الصحابة» أما في الفترة الحديثة والمعاصرة، فقد لعبت الطرق الصوفية دورا هاما في تاريخ الجزائر خاصة في بداية القرن العشرين، إذ كان الانضمام إلى أي طريقة كان يضيفي على المرء شيئا من الهيبة⁽²¹⁾، وستعرض في هذا المقام إلى طرق صوفية أربع صنعت الحدث في منطقة وادي ريغ في هذه الفترة، وتتمثل في الطريقة التجانية والطريقة القادرية والطريقة الرحمانية والطريقة الطيبية.

1- الطريقة التجانية: هي طريقة صوفية ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر ميلادي، على يد مؤسسها الشيخ أحمد التجاني⁽²²⁾، والمكنى بأبي العباس أحمد محمد التجاني الشريف، ولد بعين ماضي قرب الأغواط سنة 1150هـ/1737م، وقد انتشرت هذه

الطريقة عبر مختلف مناطق الوطن، حيث أسست لها زوايا، أهمها زاوية عين ماضي بالأغواط، وزاوية تماسين بورقلة، وزاوية قمار بوادي سوف، وذلك بفضل القوافل التجارية الرابطة بين الشمال والجنوب والشرق والغرب، فكثرت أتباعها ومقدموها، وامتد نفوذها إلى خارج الجزائر⁽²³⁾.

وقد كان للحاج علي التماسيني⁽²⁴⁾ دور كبير في نشر الطريقة التجانية بوادي ريغ⁽²⁵⁾، حيث انتشرت في تماسين وتوقرت وأعراش سعيد أولاد عمر والفتايت وأولاد سايح والعباضلية، أي أغلب مناطق وادي ريغ⁽²⁶⁾، وكانت زاوية تماسين هي الزاوية الأم بالإقليم، حيث عرفت شهرة واسعة في القرن العشرين خاصة في عهد الشيخ محمد العيد التجاني.

وخلال النصف الأول من القرن العشرين تطور عدد أتباع ومريدي الطريقة تدريجيا، ففي سنة 1908م بلغ أتباع التجانية بالمنطقة 3500 مريد⁽²⁷⁾، وفي نهاية الثلث الأول من القرن العشرين (1929م) تراوح عدد الأتباع من 5000 إلى 5500 مريد⁽²⁸⁾، وفي منتصف القرن العشرين (1950م) أصبحت التجانية أكثر تنظيما، فقد وصل عدد المريدين إلى 13440 منهم 2100 بتماسين مقر الزاوية التجانية، و8000 من أولاد سايح، و1800 من سعيد أولاد عمر، أما عدد المقدمين فقد وصل إلى 24 مقدم، منهم أربعة في تماسين، وخمسة في توقرت، وخمسة من سعيد أولاد عمر، وأربعة من أولاد سايح، أما عدد النواب فقد بلغ ثلاثة في كل من تماسين وسعيد أولاد عمر ولمقارين، وبلغ عدد الشواش عشرة منهم أربعة في تماسين، ويؤطر هؤلاء جميعا ثلاثة شيوخ في كل من تماسين وسعيد أولاد عمر وأولاد سايح⁽²⁹⁾.

ومن خلال هذه الإحصاءات نجد أن الطريقة التجانية هي الأكثر شعبية في وادي ريغ، إذ تركز ثقلها في المنطقة الجنوبية منه، وذلك في كل من تماسين وأولاد سايح وسعيد أولاد عمر، وهذا طبيعي إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن الزاوية الأم (تماسين) تتواجد بجنوب الإقليم، وهذا ما يميز هذه الطريقة عن غيرها من الطرق الأخرى

والتي تتواجد زواياها الرئيسية خارج الإقليم.

2- الطريقة القادرية: تنسب الطريقة القادرية إلى الشيخ عبد القادر الجيلاني دفين بغداد (470-562هـ/1078-1167م)، ولقد انتقلت هذه الطريقة من المشرق العربي إلى المغرب العربي عن طريق الشيخ أبي مدين شعيب بي الحسين (500-594هـ/1104-1198م)، ومنها انتشرت أفكارها ومبادئها عبر مختلف بلدان المغرب العربي، ومنها الجزائر عن طريق الشيخ مصطفى بن المختار الغريسي، الذي أسس أول فرع للقادرية سنة 1200م، ثم أسست فروعاً لها في الشرق والغرب والوسط والجنوب، كما كانت لها أوقاف كثيرة ترسل مع الحجاج إلى الزاوية الأم ببغداد⁽³⁰⁾.

وتحتل الطريقة القادرية المرتبة الثانية في وادي ريغ، إذ تنتشر في توقرت ولمقارين وجامعة والمغير، وكان لها زاوية بتوقرت لكنها تتبع الزاوية الأم بعميش (وادي سوف)، ففي مطلع القرن العشرين وصل عدد أتباعها إلى 2000 مريد، أما في أواخر الثلث الأول منه، فقد وصل أتباعها إلى 3500 مريد⁽³¹⁾، وفي منتصف القرن العشرين وصل عدد المريدين إلى 3250 شخص، منهم 1200 في توقرت و980 في لمقارين و500 في جامعة و550 في لمغير، وللقادرية نائب واحد بالمنطقة يقيم بمدينة توقرت، أما عدد المقدمين فقد وصل إلى 20، منهم سبعة بلمقارين وخمسة في توقرت وسبعة في جامعة، أما الشواش فقد وصل عددهم إلى ستة منهم ثلاثة في المقارين⁽³²⁾.

من خلال هذه الإحصاءات نلاحظ أن الطريقة القادرية وإن كان عدد أتباعها أقل من التجانية، إلا أنها الطريقة الوحيدة التي يتوزع ثقلها على كافة مناطق وادي ريغ (شمال، وسط، جنوب) مع أولوية في الانتشار بجنوب الإقليم (تقوت، المقارين) وهذا طبيعي، لأن المسؤول الأول عن هذه الطريقة (النائب) يوجد بمدينة توقرت مقر الزاوية القادرية بالمنطقة.

3- الطريقة الرحمانية: يعود أصل الطريقة الرحمانية إلى الشيخ محمد بن عبد الرحمان الأزهري الزواوي الجرجري المولود حوالي 1720م، من قبيلة آيت إسماعيل، وتوفي

سنة 1793م المعروف يومئذ ببوقبرين⁽³³⁾، وأخذت هذه الطريقة تنتشر في أرجاء البلاد، وكان من بين تلامذته الشيخ محمد بن عزوز البرجي المولود سنة 1756م بواحة البرج قرب طولقة (بسكرة)، فأسس الطريقة بالجنوب وأصبحت الطريقة تنسب إليه، وصار أتباع الرحمانية يعرفون بالعزوزية، وفي سنة 1817م توفي الشيخ محمد بن عزوز البرجي ودفن ببرج طولقة⁽³⁴⁾، أما مقر الطريقة الرحمانية الرئيسي، فهو زاوية الهامل ببوسعادة⁽³⁵⁾

وتحتل الطريقة الرحمانية المرتبة الثالثة في وادي ريغ من حيث الانتشار، إذ تتواجد في توقرت ولقارين وجامعة ووغلانة، وكان لهذه الطريقة ثلاث زوايا بالمنطقة، فالأولى كانت بقرية عريانة قرب بوغلانة (ضواحي جامعة) وهي عبارة عن زاوية صغيرة تتبع مباشرة زاوية الهامل ببوسعادة⁽³⁶⁾، وقد استمرت هذه الزاوية إلى بداية الأربعينيات من القرن العشرين⁽³⁷⁾، أما الزاوية الثانية، فقد كانت موجودة بقرية تقديدين قرب جامعة في أواسط الثلاثينات من القرن العشرين، وكانت تسير من طرف سكان قصر تقديدين⁽³⁸⁾، وأنشأت الزاوية الثالثة في أواسط الأربعينيات من القرن العشرين بقرية تمرنة بالقرب من جامعة، وهي الزاوية الوحيدة للرحمانية التي بقيت بالمنطقة في هذه الفترة، حيث كانت تسير من طرف المسمى مسعود بوخزة⁽³⁹⁾.

في بداية القرن العشرين كان عدد أتباع الرحمانية (العزوزية) بالمنطقة ألف مريد⁽⁴⁰⁾، وفي نهاية الثلث الأول من القرن العشرين تضاعف العدد فوصل إلى ألفي مريد⁽⁴¹⁾، أما في منتصف القرن العشرين فقد وصل العدد إلى 1840 مريد منهم ألف في توقرت و350 في جامعة، كما كان للرحمانية نائب واحد بالمقارين و13 مقدم، منهم خمسة في جامعة وثلاثة في توقرت وأربعة شواش⁽⁴²⁾.

ومما سبق نلاحظ أن الرحمانية هي الطريقة الوحيدة التي كان أصلها جزائري، فقد كانت تنتشر في جنوب ووسط وادي ريغ (توقرت، المقارين، جامعة) وبدرجة أقل في شمال الإقليم، كما نلاحظ أن عدد أتباع الرحمانية لم يتطور كثيرا، وهذا إذا ما قارنا

الإحصائيات في أول القرن العشرين بمنتصفه، وربما يعود هذا إلى تواجد زوايا الرحمانية بوادي ريغ في مناطق نائية، ولا تضم عددا كبيرا من السكان (قرية عربانة، قرية تقددين، قرية تمرنة) وكلها توجد بمنطقة جامعة، أي في وسط الإقليم.

4- الطريقة الطيبية: نشأت الطريقة الطيبية في وزان بالمغرب الأقصى، حيث توجد الزاوية الأم وتدعى دار الضمانة⁽⁴³⁾ وكان مؤسسها هو الشيخ عبد الله الشريف المتوفى سنة 1089هـ، وقد تولى الزاوية من بعده أحفاده وأبنائه، فتولاها ابنه محمد بن عبد الله الشريف، وجاء بعده ابنه الثاني، ثم أخوه الطيب الذي ظل على الزاوية من 1127هـ إلى 1181هـ، وفي عهد هذا الأخير ازدهرت الزاوية ازدهارا عظيما، ومنذ ذلك الحين أصبحت تعرف بالطيبية⁽⁴⁴⁾، وقد أنشأت في الجزائر أول زاوية لهذه الطريقة في مدينة وهران سنة 1868م⁽⁴⁵⁾.

تعتبر الطريقة الطيبية الأقل انتشارا في وادي ريغ، بحيث يقتصر وجودها على مدينة توقرت لوحدها، إذ كانت لها زاوية صغيرة بها، ولم يكن لها عدد كبير من المريدين مقارنة بالطرق الأخرى، ففي بداية القرن العشرين كان عدد أتباعها مائة مريد⁽⁴⁶⁾، وفي نهاية الثلث الأول من القرن وصل العدد إلى 300⁽⁴⁷⁾، وفي منتصف القرن تراجع العدد إلى 175 مريد، مع وجود مقدمين اثنين للطريقة بمدينة توقرت⁽⁴⁸⁾.

وفي نظرنا، فإن قلة أتباع الطريقة الطيبية في وادي ريغ يعود إلى عدة أسباب منها أن الطيبية بقيت محصورة في طائفة واحدة، وهي فرقة المجاهرية، وهؤلاء كان عددهم قليلا مقارنة بغيرهم من الأجناس الأخرى المنتشرة في المنطقة، كما أن وجودهم ظل منحصرًا في مدينة توقرت المدينة دون سواها من المناطق الأخرى.

كما لا ننسى أن الزاوية الأم لهذه الطريقة تتواجد بالمغرب الأقصى، وهي بعيدة جدا عن وادي ريغ، وأقرب زاوية للطيبية تتواجد بالغرب الجزائري، وهذا بخلاف الطرق الصوفية الأخرى⁽⁴⁹⁾.

ثانيا- المساجد والمدارس القرآنية.

1- المساجد: تزخر منطقة وادي ريغ بالعديد من المساجد، والتي كانت منتشرة في مختلف أنحاء الإقليم، إذ لا تخلو قرية أو مدينة من ذلك، ومن أقدم المساجد في المنطقة، المسجد العتيق بتماسين، والذي مر عليه الرحالة العياشي⁽⁵⁰⁾ في شهر جانفي سنة 1663م، حيث وصف منارته، وقال بأن تاريخ بنائه يعود إلى سنة 817هـ/1414م⁽⁵¹⁾، أما في مدينة توقرت فإن أقدم مسجد هو المسجد العتيق الذي بناه السلطان الجلابي إبراهيم بن أحمد بن محمد بن جلاب سنة 1220هـ/1805م تكفيرا عن ذنب اقترفه في حق أخيه⁽⁵²⁾.

واستنادا إلى التقارير الفرنسية، فإن أغلب المساجد بالمنطقة بناها السكان بالاعتماد على أنفسهم، مع استعمال المواد المحلية الصنع في البناء، منها ما بني قبل الاستعمار الفرنسي، بحيث يعود البعض منها للقرن الثامن عشر، ومنها ما بني بعد ذلك، وقد كان تعدادها يزيد من قرن إلى آخر⁽⁵³⁾.

وفي النصف الأول من القرن العشرين اشتهرت منطقة وادي ريغ بكثرة مساجدها، ففي الثلث الأول منه (1927م) وصل عدد المساجد بالمنطقة إلى 93 مسجد، حيث تضم مشيخة توقرت العدد الأكبر منها بـ 32 مسجد، أما مشيخة تماسين -بما فيها بلدة عمر وسيدي راشد-، فتحتوي على 24 مسجد، وتضم مشيخة لمقارين 14 مسجد، بما فيها مقر وسيدي راشد والقصور، وتحتوي مشيخة وغلانة على 14 مسجد، بما فيها جامعة وضواحيها إلى غاية سيدي خليل، أما المغير ففيها ثلاثة مساجد⁽⁵⁴⁾، وبعد عقد من الزمن تقريبا (1936م) ارتفع عدد المساجد بالمنطقة إلى 165 مسجد، نذكر منها مشيخة توقرت التي كانت تضم 37 مسجد، و22 بمشيخة تماسين و67 بمشيخة لمقارين و16 بمشيخة جامعة و13 بمشيخة المغير⁽⁵⁵⁾.

وفي نهاية النصف الأول من القرن العشرين (ت1950م) ارتفع عدد المساجد بالمنطقة ليصل إلى 237 مسجد، منها 107 مسجد تقدم دروسا قرآنية، وقد بقي عدد

المساجد في التجمعات السكنية الكبرى، كلمقارين وجامعة والمغير على حاله باستثناء توقرت التي وصل عدد المساجد بها إلى 97 مع زيادة في عدد المساجد عند بعض القبائل، كسعيد أولاد عمر الذي بلغ عدد المساجد عندهم إلى ثمانية، أما العرب لغرابة، فقد وصل العدد إلى أربعة⁽⁵⁶⁾.

ونلاحظ من هذه الإحصاءات أن عدد المساجد بوادي ريغ كان في تزايد مستمر خلال النصف الأول من القرن العشرين، فمن سنة 1927م إلى سنة 1936م زاد العدد ب72 مسجد، ومن سنة 1937م إلى سنة 1950م زاد العدد ب72 مسجد أيضا، وهو عدد معتبر خاصة وأن هذه المساجد بنيت من طرف السكان، في الوقت الذي كانت تخضع فيه المنطقة للمستعمر الفرنسي، ومن جهة أخرى نلاحظ أن هذه المساجد كانت تتواجد في جنوب الإقليم (توقرت، تماسين، لمقارين) بنسبة فاقت الثلثين في بعض الأحيان، مع تواجد العدد الكبير منها في مدينة توقرت عاصمة الإقليم، وهذا طبيعي نظرا للكثافة السكانية المرتفعة بهذه المناطق، ثم أن هذه المساجد كانت في أغلبها مصليات، فقد كانت كل قبيلة وكل حي يتخذ مسجدا أو مصلى خاصا به.

2- المدارس القرآنية:

لم يعرف الإقليم المدارس المهيكلية والمعاهد المنظمة كما عرفها إقليم الزاب ووادي ميزاب، وإنما عرف نظام الكتاتيب القرآنية التي عمل السكان - منذ القديم - على إنجاحها بأموالهم وأفكارهم وجعلوا فرصة التعليم متاحة لجميع الفئات، إذ لا تكاد تخلو قرية أو دشرة من مدرسة قرآنية، هذه الأخيرة كانت بمثابة المدرسة الابتدائية التي يتعلم فيها التلميذ القراءة والكتابة وحفظ القرآن الكريم، بالإضافة إلى بعض المتون المقررة، ويكون المسجد بمثابة الإعدادية أو الثانوية يتلقى فيها الطالب التفسير والشروح على تلك المتون التي حفظها بالكتاب⁽⁵⁷⁾.

كان التعليم القرآني في البداية بسيطا، ويقتصر على بعض المساجد في المنطقة، كالمسجد الكبير (العتيق) بتوقرت⁽⁵⁸⁾، وقد بدأت المدارس القرآنية في الانتشار بداية

من القرن العشرين، إلا أنها عرفت تطورا كبيرا وانتشارا واسعا في الثلث الثاني من القرن العشرين، إذ بلغ عددها في منطقة وادي ريغ 88 مدرسة، منها 26 في توقرت و16 في جامعة و11 في المغير⁽⁵⁹⁾.

ومع منتصف القرن العشرين أصبحت هذه المدارس أكثر عددا وتنظيما، فقد وصل تعدادها إلى 93 مدرسة ويدرس بها 2536 تلميذ، حيث تحتل توقرت المرتبة الأولى ب35 مدرسة و33 معلما و925 تلميذ، تليها جامعة ب20 مدرسة و19 معلما و644 تلميذ، ثم لمقارين ب20 مدرسة و20 معلما و234 تلميذ، أما تماسين، فتضم 12 مدرسة و12 معلما و480 تلميذ، ويوجد بالمغير ست مدارس وستة معلمين و280 تلميذ⁽⁶⁰⁾.

وكان تأثيث هذه المدارس القرآنية بسيطا، حيث يجلس الأطفال على حصائر أو أفرشة محدودة الامتداد في فصل الشتاء ولكل طالب لوح من الخشب⁽⁶¹⁾، بالإضافة إلى الطين الذي يمحى به اللوح بعد حفظ ما به من قرآن، أما أدوات الكتابة فهي بسيطة تحضر محليا وهذه المواد هي الصمغ المحروق مع طحنه ثم توضع كمية منه في قاع دواة مع شيء من الصوف والماء فيصير مدادا للكتابة، ويوضع لذلك قلم مبري من قصب الديس⁽⁶²⁾.

ومن أشهر المعلمين الذين اعتكفوا على التدريس بهذه المدارس خلال النصف الأول من القرن العشرين نذكر الطالب الصالح بالرزوق وخليل بالرزوق بالمغير، واستقدم أهل سيدي خليل الشيخ علي بن الصيفي السوفي والطالب إبراهيم بوسعادة، وبتقديدين اعتكف الطالب محمد بوليفة والطالب عمر العايز والطالب عبد الرحمان قادري يعلمون الناس ردحا من الزمن، وبسيدي يحيى نجد الطالب عبد الله بن المدني والطالب الطيب ابن المدني وغيرهم⁽⁶³⁾.

وفي جامعة اعتكف الشيخ الأخضر دغيش يعلم الأبناء القرآن الكريم، وهو من وضع حجر الأساس للمحاضر القرآنية بها، ثم خلفه الطالب عمر بن صغير والطالب بشير بن يوسف والطالب الأخضر بن ميدة السوفي والطالب أحمد فقيه وغيرهم، وإلى سيدي عمران انتقل الطالب الساسي السوفي فاعتكف يعلم في مسجدها، ثم جاء بعده الطالب علي المروكي والطالب بشير بالرزوق والطالب عمر فقيه وغيرهم، أما سكان

الوضع الثقافي في منطقة وادي ريغ خلال النصف الأول من القرن العشرين ————— أ. معاذ عمراني

سيدي راشد فاستضافوا الشيخ الساسي السوفي، وفي لمقارين اعتكف الطالب أحمد علاوة والطالب الأخضر بالعمودي يعلمان القرآن لأبناء البلدة⁽⁶⁴⁾.

أما في توقرت، فقد انتصب الطالب أحمد بن اعظامو يعلم القرآن، فكان له القسط الأوفر في تكوين عدد من حفاظ القرآن، الذين انتشروا بالمساجد أمثال الطالب بشير بكالة (الطالب بابا) والطالب جلول سواسي والطالب ابراهيم عنانو والطالب إبراهيم الرياحي، وفي الزاوية العابدية نجد الطالب إبراهيم بلحسن، وبحي تبسبت الطالب أحمد بن رزقية عرعار والطالب منصور عبد الجواد، وفي النزلة الطالب الأخضر النيلي وفي تماسين الطالب زيناتي الحاج وفي بلدة عمر الطالب لخضر النايي وفي عرش الفتايت الطالب إبراهيم بن الأكحل، أما عرش أولاد سايح، فنجد الطالب محمد بن الزاوي والتجاني طيباوي ومحمد السايح مكاوي وغيرهم⁽⁶⁵⁾.

ومما سبق نلاحظ أن سكان وادي ريغ قد اهتموا بتعليم القرآن الكريم وتحفيظه لأبنائهم، إذ لا تخلو قرية من القرى ولا دشرة من المداشر من محضرة لتعليم القرآن الكريم، واستقدموا المعلمين من كل المناطق خصوصا منطقة وادي سوف، وحظي معلمو القرآن في هذه المنطقة بعناية فائقة ومنزلة كبيرة، حتى أن الناس كانوا ينادونهم بكلمة «أنعم سيدي» وهي مبالغة في التقدير والاحترام.

ثالثا- المزارات:

كانت زيارة أضرحة الأولياء الذين يعتقد فيهم الولاية والصلاح والتقوى ظاهرة من الظواهر الاجتماعية الشائعة في الإقليم، فلقد اشتهرت منطقة وادي ريغ بكثرة الأضرحة والمزارات، فلا تكاد تخلو منطقة من ذلك، وخلال النصف الأول من القرن العشرين وصل عدد الأضرحة والمزارات بالمنطقة إلى 126 مزارا، منها 45 في منطقة توقرت بما فيها النزلة وتبسست والزاوية العابدية وغيرهم، أما تماسين وبلدة عمر فيضمان 23 مزارا، وتحتوي لمقارين -بما فيها مقر وسيدي سليمان والقصور- على 30 مزارا، كما تضم جامعة وضواحيها 15 مزارا وتضم المغير 13 مزارا، وعرش أولاد سايح مزارا واحدة، نفس الشيء بالنسبة لعرش الفتايت والعباضلية وعرش سعيد أولاد عمر، أما

عرش لغرابة (رحمان وسلمية) فله مزارتان⁽⁶⁶⁾.

وقد تعلق الناس تعلقا كبيرا في منطقة وادي ريغ بالأولياء والرجال الصالحين، فالكثير من القرى والمداشر في الإقليم تحمل اسم ولي أو مرابط، ففي مطلع القرن العشرين كانت هذه القرى والمداشر تتوسط واحات النخيل بين أحضان ولي من الأولياء يعرف بصاحب البلاد أو "مولى البلاد" يعتقدون في بركته اعتقادا مطلقا، فلا يتزوج متزوج إلا بعد زيارته وطلب رضاه، ولا يحلق شعر صبي لأول مرة إلا داخل ضريحه، ولا يختتن إلا بعد التبرك به وطلب الحفظ من الله عنده، ولا يمرض مريض إلا ويرجو الشفاء عنده بدعواته الكامنة⁽⁶⁷⁾.

أما أهم الأضرحة والمزارات التي تشد إليها الرحال والتبرك بها هي قبة سيدي المخفي الموجودة بالورير وسيدي مبارك الصايم دفين المغير، وبجانبه سيدي بوحفص وسيدي سليمان برايح ببادية رحمان، وسيدي خليل بن سالم صاحب الزاوية المشهورة، وسيدي علي بن سلطان دفين البارد (تندلة) ورجال العريانة بوغلانة وسيدي يحيى وسيدي عمران وبقرهما مزار سيدي سعادة، وسيدي راشد بن حامد وسيدي سليمان بن الحاج وسيدي إبراهيم بن داود دفين غمرة، وسيدي علي بن كانون دفين لمقارين وسيدي العابد دفين الزاوية العابدية وسيدي محمد بن يحيى سلطان توقرت الروحي وسيدي فتية بالنزلة وسيدي الحاج علي دفين تاملاحت مؤسس الزاوية التجانية بالمنطقة وسيدي بوحنية وسيدي محمد السايح دفين بلدة عمر⁽⁶⁸⁾.

الخاتمة

لقد أظهرت الدراسة السابقة أن منطقة وادي ريغ عرفت أوضاعا ثقافية متنوعة ساهمت في إثراء الحياة الثقافية بالمنطقة، وتحلى ذلك فيما يلي:

- أعطى سكان المنطقة أهمية كبيرة، وعناية فائقة بالطرق الصوفية المختلفة التي كانت منتشرة في الجزائر وخاصة الطريقة التجانية والقادرية والرحمانية والطيبية، فأغلب فئات المجتمع الريغي آنذاك - إن لم نقل كلها - كانت مهيكلة في إحدى هذه الطرق، ونخص

بالذكر الطريقة التجانية التي عرفت رواجاً كبيراً، وهذا طبيعي إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أنها الطريقة الوحيدة التي تتواجد زاويتها الأم بالمنطقة (مدينة تماسين)، وعموماً فإن الانتماء إلى الطرق الصوفية في تلك الفترة كان يعتبر موضة يتبعها أغلب الناس.

- حاول الاستعمار الفرنسي في الجزائر عرقلة المؤسسات الدينية والقضاء عليها قدر المستطاع، إلا أن سكان المنطقة تحدوا المستعمر، وحملوا على عاتقهم بناء المساجد وتشبيدها بإمكانياتهم المادية البسيطة، على الرغم من الظروف السيئة التي كانت تعيشها المنطقة، وهذا بشهادة وثائق الإدارة الاستعمارية، إذ كان عدد المساجد خلال النصف الأول من القرن العشرين يزداد من عقد لآخر.

- لم يكتف سكان المنطقة بتشبيد المساجد، والتي كان الغرض منها إقامة الشعائر الدينية بالدرجة الأولى، بل ألحقوا بها مدارس قرآنية، فما يقارب نصف عدد المساجد كان بها مدرسة قرآنية، وهذا يدل على مدى اهتمام السكان بالعلم، خاصة وأن المؤسسات التعليمية آنذاك لم تكن في متناول الجميع.

- أراد المستعمر الفرنسي أن ينشر الجهل والبدع والخرافات في المجتمع الريغي، فشجع الناس على إقامة الأضرحة والقباب والمزارات حتى قدر عددها بالعشرات، ونافست المساجد في تعدادها، فكل قرية أو دشرة أو مدينة إلا ولها ولي خاص بها تلجأ إليه وقت الشدائد والمحن، أو تتبرك به في الأفراح المختلفة، ووصل الجهل بالناس أنهم كانوا يتبركون ببعض القباب الفارغة، والتي لم تكن تضم أي رفات بين جنبتها.

الهوامش والإحالات:

¹ Edmont Sergent, **Le Peuplement Humain du Sahara**, Institut Pasteur d'Alger, T.31, Alger, 1953, p.23.

² عبد الحميد قادري، **التعريف بوادي ريغ**، د.ط، منشورات جمعية الوفاء للشهيد، تقرت، د.ت، ص.1.

³ أبو عبد الله محمد الإدريسي، **نزهة المشتاق في اختراق الآفاق**، د.ط، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة،

2002م، مج.1، ص.85، وكذلك:

Bouzid Touati « **les potentialités hydrique et la phoeniciculture dans la vallée de l'oued Righ , Bas-Sahara algérien** » thèse de doctorat de 3eme cycle laboratoire de géographie physique université de Nancy, Février, 1986, P.13.

⁴ Rouvillois Brigol, **Oasis du Sahara Algérien**, Institut géographique National, Paris,

1978, p.09.

⁵ معجم البلدان، ط.1، تحقيق: فريد عبد العزيز جندي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1410هـ / 1990م، ص.129.

⁶ تاريخ بن خلدون، د.ط، بيروت: دار الكتاب اللبناني ومكتبة المدرسة، مج.7، ج.13، ص.98.

⁷ ابن سعيد علي بن موسى، كتاب الجغرافيا، تح: إسماعيل العربي، بيروت: المكتب التجاري للطباعة والنشر، 1970م، ص.190.

⁸ فادري، المرجع السابق، ص.1.

⁹ يختلف مفهوم القصر هنا عن المعنى الشائع وهو البناية الفخمة، فالقصر في المناطق الصحراوية هو عبارة عن قرى محصنة أو بالأحرى هو عبارة عن تكتلات سكنية متراسة ومتلاحمة فيما بينها تقطنها مجموعات بشرية تنتمي إلى أصول عرقية أو طبقات اجتماعية مختلفة، ويحيط بهذه التكتلات أحيانا سور سميك، للمزيد من المعلومات يراجع: علي حملاوي، نماذج من قصور منطقة الأغواط، د.ط، م.و.ف.م، الجزائر، 2006م، ص.18.

¹⁰ تاريخ ابن خلدون، مج.7، ج.13، ص.98.

¹¹ معاذ عمراني "أسرة بني جلاب في منطقة وادي ريغ من بداية القرن التاسع عشر إلى سنة 1962م، دراسة سياسية واجتماعية"، رسالة ماجستير، قسم التاريخ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1422هـ-1423هـ/2002م-2003م، ص.90.

¹² تقع مدينة توقرت في الجنوب الشرقي الجزائري، حيث تبعد عن الجزائر العاصمة بحوالي 620 كم، وقد تعددت الروايات حول تفسير كلمة توقرت، فهناك من ينسبها لامرأة جميلة اسمها البهجة، وهناك من يقول أن معناها هو القمر أو الجوهرة، لكن الراجح أن كلمة توقرت مصطلح أمازيغي ومعناه المنطقة القاسية والتي تصعب فيها الحياة، وللمزيد من المعلومات حول مصطلح توقرت، يراجع: معاذ عمراني، «البعد الأمازيغي في أساء مدن وقرى وادي ريغ ووادي سوف بالجنوب الشرقي الجزائري» أعمال الملتقى الوطني حول التخطيط اللغوي أيام 03 - 04 - 05 ديسمبر 2012م، مخبر الممارسات اللغوية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو.

¹³ تبعد تماسين بحوالي 50 كم جنوب توقرت، وقد تعددت الروايات حول تسمية تماسين، لكن الراجح منها هو أن كلمة تماسين مصطلح أمازيغي ومعناه المنطقة التي تكثر بها المياه الجوفية، للمزيد من المعلومات يراجع: عمراني «البعد الأمازيغي» مرجع سابق.

¹⁴ Zaccane (J) de Batna à Tougourt et au Souf, Paris: librairie militaire, j.dumaine, 1865, p.224

¹⁵ أحمد الشتاوي، إبراهيم زكي خورشيد، عبد الحميد يونس، دائرة المعارف الإسلامية، مراجعة: محمد مهدي علام، دار المعرفة: بيروت، د.ت، مج.10، ص.319.

¹⁶ إسماعيل العربي "مسالك الإسلام والعروبة إلى الصحراء الكبرى" في الثقافة، ع.62، السنة 11، ربيع الثاني، جمادى الأولى والثانية، 1401 هـ / مارس - أبريل 1981م، ص.43.

الوضع الثقافي في منطقة وادي ريغ خلال النصف الأول من القرن العشرين ————— أ. معاذ عمراني

¹⁷ محمد البشير شنيقي "التوسع الروماني نحو الجنوب الجزائري، وآثاره الاقتصادية والاجتماعية" في الأصالة، عدد خاص، ص.24.

¹⁸ المرجع نفسه، ص.43-44.

¹⁹ أحمد توفيق المدني، كتاب الجزائر، ط.2، دار الكتاب، الجزائر، 1382هـ / 1963م، ص.20.

²⁰ مرمول كربخال، إفريقيا، ج.3، تر: محمد حجي وآخرون، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، 1408-1409هـ / 1988-1989م، ص.165.

²¹ Meynier Gilbert, L'Algérie Révélée, lib, Droz, Genève 1981, p.

²² J.Scelles Mille, Contes Sahariens du Souf, Maisonneuve et La Rose, Paris, 1964,p.13

²³ حرازم الفاسي، جواهر المعاني وبلوغ الأمان في فيض سيدي أبي العباس التجاني، ج.1، دار الجيل، بيروت، 1988م، ص.23.

²⁴ ولد الحاج علي التماسيني بتماسين سنة 1180هـ/1767م، حيث نشأ على التصوف، وقد ذهب الحاج علي عدة مرات لزيارة الشيخ أحمد التجاني، مؤسس الطريقة في عين ماضي (الأغواط) ثم في فاس، وفي إحدى المرات ذهب لأخذ الوصية منه ليكون هو حامل البركة بعده في الجزائر، وقد بنى الشيخ علي زاوية تماسين سنة 1220هـ/1805م، في ضاحية تعرف «بتاملاحت» أصبحت فيها بعد قبلة للمريدين والزوار من جهات عديدة (وادي سوف، الجريد التونسي...) وفي سنة 1260هـ/1844م توفي الحاج علي التماسيني بعد بلوغه سن الثمانين، للمزيد من المعلومات، ينظر: سعد الله، ج.4، مرجع سابق، ص.219.

²⁵ Le colonel Nollat, L'Algérie en 1882, librairie militaire, Paris, p.100.

²⁶ Archives d' Outre Mer (A.O.M.) B.N°23H99, Rapport Annuel, 1908.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid, Rapport, 1929.

²⁹ Ibid, Rapport, 1950.

³⁰ سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، ج.4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م، ص.4.

³¹ A.O.M., B.N°23H99, Rapport Annuel, 1929.

³² Ibid, Rapport, 1950

³³ أبو القاسم الحفناوي، تعريف الخلف برجال السلف، ج.2، م.و.ف.م، الجزائر، 1991م، ص.298-302.

³⁴ عبد الحليم صيد "محمد بن عزوز شيخ العلماء والمجاهدين" في الثقافة، ع.115، الجزائر، 1997، ص.97-113، وأغلب الناس في منطقة وادي ريغ كانوا يستعملون اسم العزوزية بدل الرحمانية، وذلك نسبة لسيد محمد بن عزوز.

³⁵ A.O.M., B.N°23H99, Rapport Annuel, 1949.

³⁶ Ibid, Rapport, 1908.

³⁷ Ibid, rapport, 1940

ولقد توقفت التقارير الفرنسية عن ذكر اسم هذه الزاوية بعد سنة 1940، ونعتقد أن هذه الزاوية قد

توقفت عن النشاط نتيجة لهجرة السكان من قرية عريانة مقر هذه الزاوية، وقد كان هناك مثل شائع في المنطقة جاء فيه: «الخلاء لعريانة والعمارة لجامعة ووغلانة» ويقصد به أن قرية عريانة ستصبح خالية على عروشها، أما جامعة ووغلانة، فسوف تعمران بالناس وفعلا كان الأمر كذلك.

³⁸ A.O.M, B.N°23H99, Rapport, 1936.

³⁹ Ibid, Rapport, 1945

ربما تكون زاوية تمرنة قد عوضت الزوايا الرحمانية الأخرى بالمنطقة، والتي اندثرت كزاوية عريانة وزاوية تقدددين.

⁴⁰ Ibid, Rapport, 1908.

⁴¹ Ibid, Rapport, 1929.

⁴² Ibid, Rapport, 1950.

⁴³ P.Passager, **Ouargla Sahara Constantinois**, Institut pasteur d'Algérie, 1957, p.133.
⁴⁴ سعد الله، ج.1، مرجع سابق، ص ص. 515-516.

⁴⁵ بوداوية بلحيا، **التصوف في بلاد المغرب العربي**، ط.1، دار القدس العربي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م، ص.62.

⁴⁷ A.O.M, B.N°23H99, Rapport, 1929.

⁴⁸ Ibid, Rapport, 1950.

⁴⁹ لم يعد لهذه الطرق الصوفية اليوم أي تأثير بمنطقة وادي ريغ، باستثناء التجانية التي مازال لها العديد من الأتباع خاصة في جنوب الإقليم (تماسين وتوقرت) كما ظهرت طريقة أخرى في سبعينيات القرن العشرين تسمى بالهبرية، ولها زاوية بتوقرت ومسجد خاص بها، ومعظم أتباعها من المجاهرية والذين كانوا في السابق يتبعون الطريقة الطيبية.

⁵⁰ هو أبو سالم عبد الله محمد بن بكر بن سعيد العياشي، ولد في شعبان 1037هـ/1628م بإقليم تافلاست جنوب المغرب الأقصى، ونشأ في أسرة علم ووجاهة، فدرس في مدينة فاس حيث تحصل على عدة إجازات، ترك العياشي العديد من التصانيف من بينها رحلته المعروفة «ماء الموائد» هذه الأخيرة التي تعتبر مادة غنية عن المجتمع العربي في القرن السابع عشر ميلادي، توفي العياشي سنة 1090هـ/1681م، للمزيد من المعلومات ينظر: ناصر الدين سعيدوني، **من التراث التاريخي والجغرافي للغرب الإسلامي، تراجم مؤرخين ورحالة جغرافيين**، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م، ص ص. 249-250.

⁵¹ أبو سالم عبد الله العياشي، **ماء الموائد**، ط.1، فاس-المغرب الأقصى، 1316هـ/1898م، ص.49.

⁵² Feraud, «Note historique sur la province de Constantine» **Revue Africaine**, N23, p.296.

⁵³ A.O.M, B.N°16H41.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ A.O.M, B.N°23H99, Rapport 1950.

⁵⁷ قادري، **التعريف بوادي ريغ**، مرجع سابق، ص.50.

⁵⁸ كانت الدراسة بالمسجد الكبير بتوقرت تبدأ من الساعة السابعة إلا ربع إلى غاية الثامنة صباحا وفي

المساء من الساعة الخامسة إلى الساعة السادسة والنصف، مع أخذ عطلة أسبوعية يومي الخميس والجمعة، أما العطلة السنوية، فتبدأ من شهر جوان إلى شهر جويلية، للمزيد من المعلومات حول نظام التدريس بهذا المسجد ينظر: A.O.M, B.N°23H99, Rapport, 1908, 1927, 1932

⁵⁹ Ibid, Rapport, 1936.

⁶⁰ Ibid, Rapport, 1950.

⁶¹ Ahmed Nadjah, *Le souf des Oasis*, Ed de la maison des Livres, Alger, 1971, p.108.

⁶² André Voisin, *Le souf monographie d'une région saharienne*, 1985, p.190.

⁶³ قادري، وادي ريغ تاريخ وأمجاد، ط1، ج1، دار الأوطان للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص 328-329.

⁶⁴ المرجع نفسه، ص 329-331.

⁶⁵ المرجع نفسه، ص 331-335.

⁶⁶ A.O.M, B.N°16H41.

⁶⁷ قادري، وادي ريغ تاريخ وأمجاد، ج1، مرجع سابق، ص 241.

⁶⁸ المرجع نفسه، ص 36.

Cultural situation in oued righ area during the first half of the twentieth century

Mouadh OMRANI *

ABSTRACT:

This research deals with the cultural situation in oued righ area in the southeast of Algeria during the first half of the twentieth century. This article aims to highlight the cultural aspects of life in the region of mystical ways, mosques and koranic schools, with a focus on the role played in the life of the individual and society in that period.

Key words: oued righ - Culture - history - the twentieth century.

- Maître-assistant A : Faculté des sciences sociales et humaines, Université El-oued – Algérie.

صفحة بيضاء

صفحة بيضاء