

جامعة ابن زهر
كلية الشريعة
أكادير

مجلة كلية الشريعة أكادير

العدد السابع 2022

مجلة كلية الشريعة أكادير

العدد السابع 2022

ردمد: 2000/112

الناشر: كلية الشريعة أكادير

المطبعة: قرطبة أكادير

الهاتف: 05.28.23.96.96

البريد الإلكتروني: kortoba.pub@gmail.com



© جميع الحقوق محفوظة لكلية الشريعة أكادير

مجلة كلية الشريعة- أكادير
مجلة علمية نصف سنوية محكمة
العدد السابع 2022

المدير المسؤول:

د عبد العزيز بلاوي

مدير التحرير:

د حسن القصاب

اللجنة العلمية للمجلة:

- | | |
|--------------------------|-------------------|
| - د محمد الوردى | - د الحسن مكرز |
| - د عبد العزيز ايت المكي | - د اسماعيل شوكري |
| - د أمينة اليعقوبي | - د محمد الوثيق |
| - د عبد القادر مستور | - د نعيمة عمري |

مراجعة مواد العدد:

- | | |
|--------------------|--------------|
| د محمد الغازي | د الحسن مكرز |
| د. عبد الكريم خلفي | |

الإشراف الرقمي على المجلة:

د عبد الله قاسمي

قواعد النشر بمجلة كلية الشريعة

ترحب مجلة كلية الشريعة بالبحوث والدراسات العلمية المتخصصة التي يسهم بها الأساتذة والباحثون من كل الجامعات ومراكز البحث الوطنية والدولية، بعد التقيد بقواعد النشر الآتية :

✓ أن يندرج البحث ضمن تخصص المجلة وتقبل البحوث المحررة فيه باللغتين الانجليزية والفرنسية.

✓ لا تقبل البحوث المشتركة ولا أن تكون منشورة من قبل ورقيا أو الكترونيا ولا مستتلة من بحث أو دراسة سابقين.

✓ أن يتقيد بضوابط البحث العلمي المتعارف عليها

✓ أن يكون سالما من الأخطاء اللغوية والمطبعية

✓ يوضع للبحث ملخصان؛ أحدهما باللغة العربية والآخر بالانجليزية. ويرفق وجوبا بكلمات مفتاحيه غير متضمنة في العنوان

✓ يرفق عنوان المقال بالاسم الكامل للباحث ويشار في الهامش إلى صفته ودرجته

العلمية

✓ ترسل نبذة مختصرة من السيرة الذاتية للباحث

✓ تتراوح صفحات المقال بين 15 صفحة و 25 صفحة بحجم A4 ونوع الخط

Traditionnel arabic بحجم 16 في المتن و 12 في الهامش من الخط نفسه

✓ تستقل كل صفحة بهوامشها وبتقييمها، و يكتفى في التوثيق بذكر اسم الكتاب

والمؤلف والجزء والصفحة

✓ توثق الآيات في المتن مع الالتزام برواية ورش عن نافع وفق الرسم العثماني

✓ توثق الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية

يكون التوثيق الالكتروني بذكر عنوان المقال واسم المؤلف والرابط الالكتروني وتاريخ
التصفح

✓ يوثق من المجلات والدوريات العلمية بذكر اسم المجلة والعدد والسنة، وعنوان
المقال ومؤلفه

✓ تثبت لائحة المصادر والمراجع في آخر المقال مرتبة بذكر اسم الكتاب، المؤلف،
المحقق، دار النشر، المكان، الطبعة، التاريخ

✓ ترسل المقالات بصيغة word وبصيغة pdf على البريد الالكتروني

للمجلة majalla.chariaa@gmail.com

✓ لا تعبر المقالات المنشورة بمجلة كلية الشريعة إلا عن آراء أصحاب

محتويات العدد

- 13 الفتوى الرقمية وتحولات مرجعية الإفتاء الشرعي
د. عبد العالي المتقي
- التكامل الوظيفي بين مؤسسات المالية الإسلامية: القطاع التكافلي والمصرفية الإسلامية أنموذجا
د. محمد الوردي
- 35 تطبيقات العمل بالسياسة الشرعية بين التراث السياسي الإسلامي والواقع المغربي المعاصر
د. عبد الوهاب محسن
- 63 معالم منهج فهم وتزليل النص عند ابن العربي وفق النظر المقاصدي
د. عبد الله أكرزام
- 81 أصول الفتيا عند المالكية من خلال نوازل ابن هلال السجلماسي (903هـ)
د. الحاج محمد الحفظاوي
- 103 أسرة يحيى بن يحيى الليثي وأثرها في المدرسة الحديثية والفقهية بالمغرب
د. الحسن مكرام
- 129 ممحوات المدونة: حقيقتها، وحكم العمل بها، وأثرها في الفقه المالكي
د. محمد أيت دخيل
- 151 تبرعات ذوات الحياء لقرابتهم في الفقه المالكي والتشريع المغربي مقارنة نوازلية فقهية قانونية.
د. خديجة مبروك
- 171 نزع الملكية للمصلحة العامة في المرحلة القضائية بين الإجراءات والخصوصية
د. عبد القادر مستور
- 185 صياغة النص الجنائي بين الواقع والمأمول
د. مولاي عبد الرحمن قاسمي
- 195

كلمة العدد

تطل مجلة كلية الشريعة من جديد بعددها السابع، بعد ترو في الصدور اقتضته مقتضيات؛ أولها الحرص أن تستمر في أداء رسالتها العلمية والمجتمعية المميزة لها.

وثانيهما الانضباط لرؤية جديدة تتسق والمعايير المتطلبة في المجالات العلمية المتخصصة يبرز من خلالها عطاء المؤسسة التي تنتمي إليها المجلة في مجال البحث العلمي، فضلا عن مواكبة واعية للتطورات السريعة التي يشهدها محيطها.

ومن مظاهر هذه الرؤية سمة التنوع التي وسمت مقالات العدد، فمنها بحوث في علوم الشريعة بمختلف فروعها ومنها أخرى في العلوم القانونية، ومنها ما كتب باللغة العربية ومنها ما قُرب للناطقين بغيرها وإنه لتنوع يعكس طبيعة التكوين بكلية الشريعة والمميز لها عن غيرها وقدرتها على استيعاب التطورات حولها.

ولم يكن الاعتبار في قبول المقالات إلا جدية البحوث وأصالتها والتزامها بالمعايير العلمية المحددة سلفا، وهو ما نتج عنه تنوع آخر محمود وهو تنوع الباحثين صفة وتجربة ونوعا؛ فمنهم الخير المتمرس ومنهم الباحث والباحثة الواعدان اللذان يشقان مسارهما العلمي بشغف وصدق ولقد كان الفضل في ذلك بتوفيق من الله تعالى ومنه لهياة المحكمين بالمجلة، الذين بذلوا جهدا معتبرا وغير متسرع في تقييم المقالات وتقويمها.

ولسنا ندعي أن هذا العدد بما اشتمل عليه من مقالات قد بلغ الغاية المرجوة ولا أنها تخلو من هنات تستكمل، غير أننا نستطيع أن نطمئن إلى أنها استثناف متأن في الصدور وفق أسس واضحة ستظهر ثمراتها بإذن الله بتوالي الأعداد وتراكم الخبرة لذلك ندعو عموم الباحثين ليغنوا مجلتهم ببحوثهم النوعية وفق معايير التحكيم المسطرة.

د. عبد العزيز بلاوي

عميد كلية الشريعة أكادير

الفتوى الرقمية وتحولات مرجعية الإفتاء الشرعي

د. عبد العالي المتقي
كلية الشريعة - جامعة ابن زهر

ملخص

يهدف هذا البحث إلى بيان أثر التحول الرقمي الذي عرفه عالم الإعلام والتواصل على الفتوى، من خلال رصده للتحويلات التي طرأت عليها بانتقالها من الفضاء الواقعي إلى الفضاء الرقمي، ومن عالم الهويات الشخصية إلى عالم الهويات الافتراضية. وما صاحب ذلك التحول من ظهور للفتوى الرقمية بأشكالها المختلفة واتسامها بسمات الفضاء الرقمي، ويبين البحث المشكلات التي تثيرها الفتوى الرقمية.

الكلمات المفتاحية:

الفتوى- الفتوى الرقمية- المفتي - الفضاء الرقمي - شبكة الأنترنت.

Abstract

This research aims at clarifying the effects and impacts of the digital transformation of media and communication on “*fatwa*” (religious verdict). The research traces the changes that *fatwa* witnessed while moving from the real world to the online digital space. It follows the circumstances that led to and fuel the emergence of digital *fatwa* along with its various forms; and the overall issues that it creates. this research will address the problems raised by the digital *fatwa*.

لقد أثر التحول الرقمي الذي عرفه عالم الإعلام والتواصل على كل المجالات، ومنها المجال الديني الذي يتميز بخصوصية خطابه ومؤسساته وآليات اشتغاله.

ومن المؤسسات الدينية التي تأثرت بالتحول الرقمي مؤسسات الفتوى، فقد انتقلت من الفضاء الواقعي إلى الفضاء الرقمي ومن عالم الهويات الشخصية إلى عالم الهويات الافتراضية، ومن منطق طلب الفتوى إلى منطق العرض... لقد تغيرت صيغة الفتوى، ووسائلها واصطبغت بصبغة الفضاء الرقمي.

فما المقصود بالفتوى الرقمية؟ وما أشكالها؟ وما خصائصها؟ وما مشكلاتها؟ هذا ما ستحاول هذه الورقة الإجابة عنه من خلال محورين:

المحور الأول: الفتوى الرقمية المفهوم والأشكال.

المحور الثاني: الفتوى الرقمية: الخصائص والمشكلات.

المحور الأول: الفتوى الرقمية المفهوم والأشكال.

1- الفتوى الرقمية: المفهوم والسياق.

يحيل لفظ الفتوى في اللغة العربية إلى معنى البيان، يقال أَفْتَاهُ فِي الْأَمْرِ: أَبَانَهُ لَهُ. وَأَفْتَى الرَّجُلُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَاسْتَفْتَيْتُهُ فِيهَا فَأَفْتَانِي إِفْتَاءً وَيُقَالُ: أَفْتَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ يُفْتِيهِ إِذَا أَجَابَهُ، وَالْإِسْمُ الْفَتْوَى¹، فالفتوى معناها تبين المشكل من الأحكام، وفي اصطلاح الفقهاء هي الإخبار بحكم الشرع لا على وجه الإلزام².

إن هذا المخبر هو ذلك العالم الذي يعلم أولاً حكم الشرع، ويعلم ثانياً دليل ذلك الحكم، ويعلم ثالثاً النازلة التي يراد معرفة حكم الشرع فيها، ويعلم رابعاً ذلك السائل الذي يسأله عن حكم الشرع في تلك النازلة، ويتوافر هذه الشروط الأربعة، يخبر المفتي ذلك السائل عن حكم الشرع بدليله لتلك النازلة التي نزلت به³.

والأصل في المفتي أن يكون فقيهاً مجتهداً، ولذلك "استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد، فأما غير المجتهد فليس بمفت"⁴. أما المقلد فليس بمفت، وعلى ضوء ذلك لا يشترط فيه شروط

¹ - لسان العرب، لابن منظور مادة فتى، 145/15.

² - منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى لإبراهيم اللقاني، تقديم وتحقيق: عبد الله الهلالي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة فضالة، 1423هـ/2002م، ص231.

³ - صناعة الفتوى المعاصرة، قطب مصطفى سانو، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2013م، ص23

⁴ - فتح القدير لجمال الدين محمد المعروف بابن الهمام (ت861هـ)، دار الفكر، دمشق، دون طبعة ودون تاريخ، 256/7.

الاجتهاد المطلق المذكورة في كتب الأصول.

ثم لما انتهى، أو تقلص عصر الاجتهاد المطلق ظهر المفتون في إطار المذاهب الفقهية¹، وقد درجت عادة الفقهاء على أن يجعلوا المفتين على مراتب ودرجات يحددون بها صلاحيات وحدود كل مرتبة، دفعهم إلى ذلك نشوء سلطة التقليد المذهبي وانقراض الفقهاء المجتهدين حتى قال ابن الصلاح: "ومنذ دهر طويل طوى بساط المفتي المستقل المطلق والمجتهد المستقل، وأفضى أمر الفتوى إلى الفقهاء المنتسبين إلى أئمة المذاهب المتبوعة"².

والعلماء تطورت نظرتهم للمفتي من مجتهد مطلق مستقل إلى مجتهد مذهب أو فتوى، إلى فقيه النفس حافظ متبحر في الاطلاع على الروايات عارف بتخصيص عمومها وتقييد مطلقها، إلى من يكفي بحفظ ذلك من كتاب يوثق به، وهكذا نجد أن الفتاوى تغيرت مرجعيتها من حيث صفة القائم عليها في كونه مجتهدا مطلقا في الصدر الأول إلى مقلد تتفاوت رتبته بحسب الزمان³، ومن التقسيمات المتداولة عند علماء أهل السنة لمراتب المفتي غير المستقل؛ تقسيم ابن الصلاح وبيانه كما يلي:

- المفتي المطلق المنتسب:

وهو الذي جمع الأوصاف والعلوم المشتركة في المفتي المستقل المطلق ولكنه ينتسب إلى إمامه، لكونه سلك طريقه في الاجتهاد⁴ و الفتيا ودعا إلى مذهبه ورتبه وقرره فهو موافق له في مقصده وطريقه معا⁵.

ومن أصحاب هذه المرتبة أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل في المذهب الحنفي، وابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم وابن وهب في المذهب المالكي والمزني وابن سريج وابن المنذر ومحمد بن نصر المروزي في المذهب الشافعي، والخرقي وأبو بكر الخلال في المذهب الحنبلي⁶.

¹ - الاجتهاد والفتوى، علي محي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط1، 2017م، ص319.

² - أدب الفتوى لابن الصلاح الشهرزوري (ت643هـ)، حققه وعلق عليه: رفعت فوزي عبد المطلب، مطبعة المدني، الطبعة الأولى، 1992م، ص40.

³ - صناعة الفتوى وفقه الأقليات لعبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2007م، ص78-79.

⁴ - أدب الفتوى لابن الصلاح الشهرزوري (ت643هـ)، حققه وعلق عليه: رفعت فوزي عبد المطلب، مطبعة المدني، الطبعة الأولى، 1992م، ص40.

⁵ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (ت751هـ)، رتبه وضبطه وخرج آياته محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1425هـ/2004م، ص836.

⁶ - نفسه.

وفتوى الذي ينسب لهذه المرتبة كحكم فتوى المجتهد المستقل المطلق، يعمل بها، ويعتد بها في الإجماع والخلاف.

- المفتي مجتهد المذهب:

وهو المجتهد الذي يستقل بتقرير مذهبه بالدليل، غير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده، وهذا النوع من المجتهدين يتخذ نصوص إمامه أصولاً يستنبط منها نحو ما يفعله المستقل بنصوص الشارع¹.

وينبغي عمل مجتهد هذه المرتبة على عنصرين:

- استخلاص القواعد التي كان يلتزمها الأئمة السابقون، وجميع الضوابط الفقهية العامة التي تتكون من علل الأقيسة التي استخرجها أولئك الأئمة الأعلام.

- استنباط الأحكام التي لم ينص عليها بالبناء على تلك القواعد، وهذه الطبقة هي التي حررت الفقه المذهبي، ووضعت الأسس لنمو هذه المذاهب، والتخريج فيها والبناء عليها، وهي التي وضعت أسس الترجيح والمقايضة بين الآراء لتصحيح بعضها، وإضعاف غيره، وهي التي ميزت الكيان الفقهي لكل مذهب².

- المفتي المرح:

"وهو من لم يبلغ رتبة أئمة المذهب أصحاب الوجوه والطرق غير أنه فقيه النفس، حافظ لمذهب إمامه، عارف بأدلته، قائم بتقريرها وبنصرتها، يصور ويحرر، ويمهد ويقرر، يزيغ ويرجح، لكنه قصر عن درجة من سبقه، إما لكونه لم يبلغ في حفظ المذهب مبلغهم، وإما لكونه لم يرتض في التخريج والاستنباط كارتياضهم"³.

والمفتي المرح لا يستنبط أحكام فروع لم يجتهد فيها السابقون ولم يعرفوا حكمها، كما أنه لا يستنبط أحكام مسائل لا يعرف حكمها، ولكن يرجح بين الآراء المروية بوسائل الترجيح التي ضبطتها له الطبقة السابقة، فله أن يقرر ترجيح بعض الأقوال على بعض بقوة الدليل أو الصلاحية للتطبيق بموافقة أحوال العصر⁴.

¹ - أدب الفتوى، ص 42 وأنظر أصول الفتوى لإبراهيم اللقاني: 199.

² - أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي {د.ت}، ص 394-395.

³ - أدب الفتوى لابن الصلاح، ص 46، منار أصول الفتوى: 200.

⁴ - أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، ص 396.

- المفتي الناقل:

وهو الذي يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه في واضحات المسائل ومشكلاتها، غير أن عنده ضعفا في تقرير أدلته وتحرير أقيسته، فهذا يعتمد نقله وفتواه فيما يحكيه من مسطورات مذهبه من منصوبات إمامه وتفريعات أصحاب المجتهدين في مذهبه وتخريجاتهم¹.

هذا التقسيم لمراتب المفتين لم يعد متداولاً في العصر الحديث؛ بسبب التغير الجذري في واقع الفتوى، فقد أصبح يتقلد الإفتاء في الزمن الحاضر كثير من الدراسين والباحثين في العلوم الشرعية ممن لا تنطبق عليهم الشروط الواردة في المراتب السابقة، وأدت التطورات الحديثة إلى تجاوز التقليد المذهبي والخروج عن التقيد بمذهب واحد كما كان سائداً لقرون خلت، وإلى تجاوز فكرة مراتب المفتين، كما أدى إلى بروز أشكال ونماذج مختلفة من الفقهاء والمفتين لم يكن عامتهم -بالضرورة- أوفياء للتراث الفقهي أو ممتثلين لشروطه ومنطق اشتغاله².

ومع ظهور الأنترنت في العصر الحديث دخلت الفتوى سياقاً جديداً وتحولت من عالم الأشخاص والمفتين إلى العالم الرقمي والتقني، هذا العالم الذي نشأ عقب أربعة تحولات أساسية؛ "يرتبط التحول الأول بالمعالجة المتجانسة لكل معلومة كيفما كانت طبيعتها، والتي تضع حداً للتحديد التقليدي الذي طالما تعايشنا معه، بين نوع المعلومة والدعامة المادية (النص على الورق، والصوت على الأشرطة المغناطيسية، والصور على الأفلام): ففك المعلومة عن دعامتها يشكل إذن ثورة بالغة الأهمية. والتحول الثاني له علاقة بتلك التطورات الحاسمة التي تحققت بفضل الإلكترونيات والبرمجيات وأجهزة البث التي مكنت من خلق آلات أكثر فاعلية. والتحول الثالث يهتم بتطوير علوم جديدة كالإعلاميات ومعالجة الإشارة. أما التحول الأخير فنجدته في غنى التطبيقات الناتجة عن المهارات التي تحققت عقب الابتكار التكنولوجي والصناعي. إن رقمنة المعلومات واستعمال الحساب ساعد على زيادة قوة الآلات، مما أدى إلى تراكم الابتكارات التكنولوجية، ومن ثم تغيير نمط عيشنا وعملنا"³.

وهكذا برزت الفتوى الرقمية كوعاء جديد للفتوى في سياق هذه التحولات يتجاوز الأوعية التقليدية المعروفة، ويمكن صياغة تعريف إجرائي للفتوى الرقمية بأنها: إخبار بحكم شرعي عن طريق أداة

¹ - أدب الفتوى لابن الصلاح، ص 47.

² - الفقيه والدولة في الثورات العربية، معتز الخطيب، مجلة تبين، عدد 9، صيف 2014، ص 64.

³ - الثورة الرقمية، ثورة ثقافية؟ ريمي ريفيل، ترجمة سعيد بلنبخوت، سلسلة عالم المعرفة العدد 462 يوليو 2018، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت، ص 27.

من أدوات التواصل الرقمي: كالمواقع الالكترونية والمننديات وتطبيقات الهواتف الذكية والشبكات الاجتماعية... إلى غير ذلك مما هو موجود الآن أو ما يستجد في مستقبل الأيام.¹

2- أشكال الفتوى الرقمية عبر الفضاء الرقمي:

والفتوى الرقمية تتشكل في الفضاء الرقمي من خلال مجموعة من الأشكال نجملها فيما يلي:

- **المدونات الالكترونية:** وهي عبارة عن مواقع شخصية تنشر كتابات ومقالات وحتى تسجيلات مرئية يملكها غالبا أفراد أو مؤسسات أو هيئات إعلامية وتجارية وثقافية، وهي تنشر مضامينها وترتها ترتيبا كرونولوجيا وفقا لتاريخ إنشائها، ويمكن للقراء التفاعل معها والتعليق والنقد.

ولقد ظهرت مجموعة من المدونات التي تهتم بالشأن الديني وبالقضايا الإسلامية، كما أصبحت تستعمل كمنابر للإفتاء، وهذه المدونات منها من يعرف أشخاصها ومنها من يتم إدارتها من أفراد مجهولي الهوية ويدعون المعرفة والإمام بالعلوم الشرعية.²

- **مواقع بث تسجيلات الفيديو:** أو مواقع تقاسم تسجيلات الفيديو، وهي تعتبر بمثابة خزان يحتوي على أعداد كبيرة من التسجيلات التي ينجزها المستعملون ويثونها ومن أبرز هذه المواقع موقع يوتيوب وموقع vimeo...

وهذه المواقع تضم مجموعة من التسجيلات المرئية الدينية تم إعدادها من طرف أئمة أو علماء أو أفراد عاديين، وقد يكون مضمونها دعويا أو يتناول شعائر أو معلومات عن عبادات معينة، كما قد يتناول فتاوى حول مختلف القضايا، وهذا ما يشكل خطرا على الأفراد المستعملين لهذا المواقع فقد يستهلكون مضامين أو تسجيلات أعدها أفراد لا باع لهم في العلوم الإسلامية.³

- **مواقع الشبكات الاجتماعية:** وهي مواقع للتواصل الاجتماعي بين المستعملين ولإقامة العلاقات الاجتماعية ولإنتاج مضامين قد تكون نصوصا مكتوبة أو تسجيلات مصورة أو مسموعة ومن أشهرها الفاييس بوك وتويتر وأنستغرام... الخ، وقد أقبل الأفراد بشكل غير مسبوق على هذه الصفحات، لاستقاء المعلومات المختلفة بما فيها تلك المتعلقة بالجانب الديني، فهم يزورون صفحات المشايخ والعلماء عبر هذه المواقع، ويستفتونهم بشكل مباشر وتزامني.⁴

وتعد الشبكة الاجتماعية "آسك إف إم" Ask.fm من أهم الشبكات التي تستعمل في طرح الأسئلة إذ هي تتيح للمستخدم إنشاء صفحة يرسل من خلالها الأسئلة للعديد من المستخدمين ويمكن

¹ - الفتوى الإلكترونية تأصيلا وتطبيقا، عبد الحميد بن صالح الكراني الغامدي، مجلة الآداب، العدد 16، شتبر 2020م، ص 268.

² - تكنولوجيا الاتصال الحديثة وتأثيراتها الاجتماعية والثقافية، إبراهيم بعزير، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 2011، ص156.

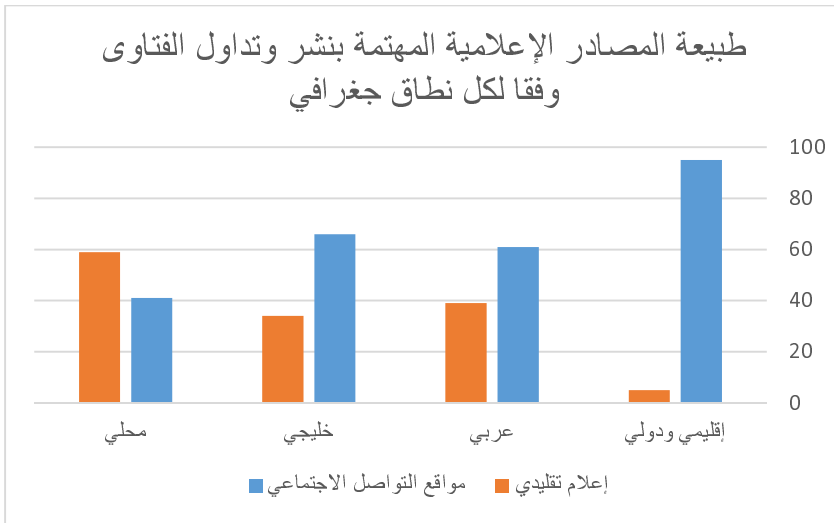
³ - المرجع نفسه.

⁴ - تكنولوجيا الاتصال الحديثة وتأثيراتها الاجتماعية والثقافية، إبراهيم بعزير، ص156.

للمستخدم أيضاً استقبال الأسئلة من الأصدقاء أو من شخص مجهول على حسب الخيارات التي قام باختيارها المستخدم، ويمكن أيضاً إرسال السؤال لعدة أشخاص.

وأتاح موقع "آسك" حرية تامة في التصدر للإفتاء والإجابة عن الأسئلة، إذ لا توجد أي قيود لإنشاء صفحة على الآسك ومباشرة تلقي الأسئلة الشرعية وغيرها والإجابة عنها، كما سمح "آسك" بميزة التخفي للسائل والمستفتي، فهو ليس بحاجة لإدخال معلوماته وبياناته، وهو ما فتح المجال لطرح مختلف القضايا وأكثرها حساسية.

كما أن من خصائص الإجابات في موقع "آسك" أنه صار بإمكان السائل أو المستفتي متابعة أشخاص بعينهم يضمن أنهم سيجيبونه بشكل مباشر بأنفسهم عن أسئلته.¹



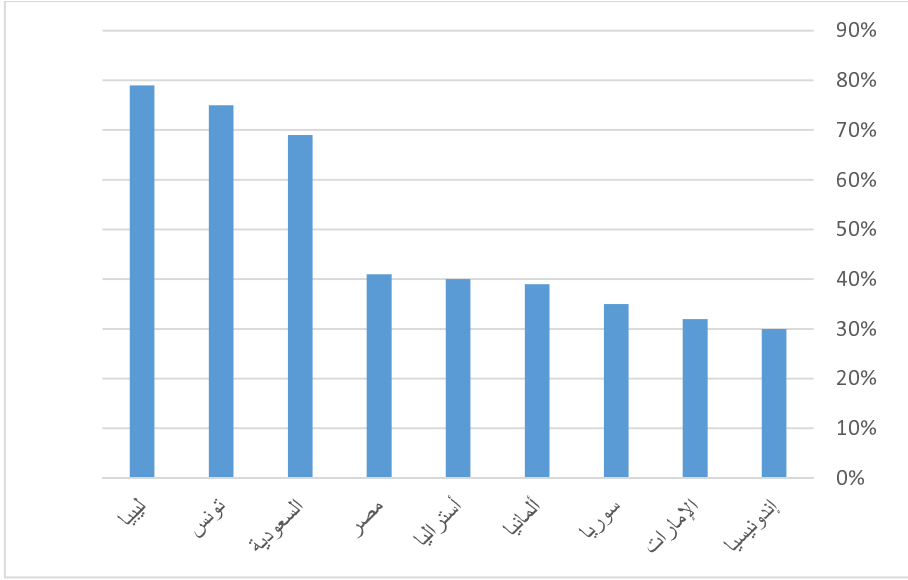
المصدر: المؤشر العالمي للفتوى حول الوسائل الإعلامية الناقلة للفتاوى في العالم.

وتشير الأرقام التي نشرها المؤشر العالمي للفتوى سنة 2019 إلى تنامي اعتماد مواقع التواصل الاجتماعي، فقد استحوذت على نسبة (95%) من إجمالي مصادر نقل الفتوى في النطاق الإقليمي والدولي، وفي العالم العربي نال الإعلام الجديد نسبة (61%) من إجمالي مصادر نقل الفتوى، واستحوذت ليبيا وتونس على النسبة الكبرى من إجمالي الفتاوى المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي في النطاق الإقليمي.²

¹ - الفتوى في زمن التواصل الاجتماعي هل انتهى دور المؤسسات التقليدية، شريف محمد جابر، 2019/06/25

² - المؤشر العالمي للفتوى حول الوسائل الإعلامية الناقلة للفتاوى في العالم، مجلة جسور تصدر عن الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، تاريخ الزيارة 2021/02/21 <https://cutt.us/LHEEz>

العدد 11 رجب 1441هـ، ص 23.



المصدر: المؤشر العالمي حول الوسائل الإعلامية الناقلة للفتوى عبر العالم

وتكشف لنا الأرقام مدى الحضور المتزايد للفتوى في الفضاء الرقمي في العالم ولا بد في هذا السياق من التمثيل ببعض الدول لتتضح الصورة أكثر:

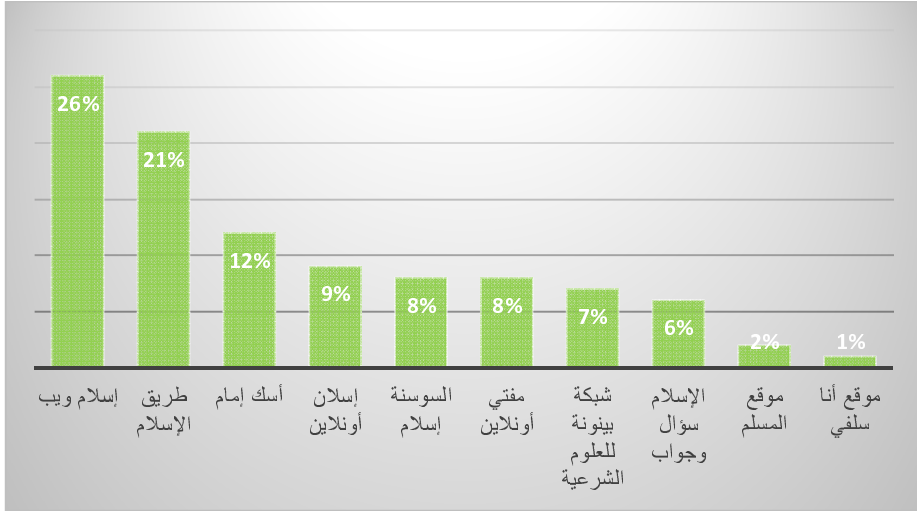
- فقد اعتمدت تونس على الإعلام الجديد في نشر الفتاوى بنسبة (75 %) وذلك لفاعلية الدعاة في نشر الفتاوى عبر حساباتهم الاجتماعية، فضلا عن اهتمام صفحة "قناة الإنسان" عبر فيسبوك بنشر مقاطع لبرامج الفتوى التي يقدمها عدد من الدعاة، وكذلك اهتمام عدد منهم بنشر الفتاوى عبر صفحاتهم الاجتماعية على فيسبوك من بينهم (الشيخ سامي الجندوبي، خميس الماجري، والداعية المقيم في فرنسا بشير بن حسن).

- وفي مصر تم الاعتماد على وسائل التواصل الاجتماعي في نشر الفتاوى بنسبة (41%) نسبة، ويرجع ذلك إلى تنوع صفحات الجهات الرسمية ونشرها للفتاوى بشكل دوري، لا سيما عبر فيسبوك، ومنها (صفحة دار الإفتاء المصرية بجميع لغاتها (عربية وإنجليزية وفرنسية) وصفحات الأزهر الشريف ومجمع البحوث الإسلامية... وغيرها)، هذا فضلا عن صفحات وحسابات العلماء والشيخوخ غير الرسميين عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

- وفي أستراليا تم الاعتماد على مواقع التواصل الاجتماعي في نشر الفتوى بنسبة (40 %) وذلك لاهتمام الشيخ سليم علوان الحسيني أمين عام دار الفتوى بأستراليا بنشر فتاوى الدار من خلال صفحته الرسمية على موقع فيس بوك.¹

- **بوابة الأخبار والفتاوى الدينية:** وهي مواقع شاملة لكل المضامين الدينية بمختلف أشكالها، فقد تكون على شكل نصوص أو تسجيلات سمعية بصرية، وهي تقدم معلومات كثيرة عن العبادات والسيرة والتفسير والفقه والفتاوى.²

- **المواقع المتخصصة في تقديم الفتاوى:** وهي مواقع تقدم فتاوى إما لقضايا كانت في الماضي، أو قضايا معاصرة، وقد تقدم فتاوى لمشايخ وعلماء سابقين أو معاصرين. وقد أصبح الأفراد يقبلون على هذه المواقع للبحث عن فتاوى بشكل سهل ومباشر، فهي تقدم محركات بحث، فيتم البحث إما بالموضوع أو باسم الشيخ والعالم، ليتم الحصول مباشرة على كل الفتاوى حول تلك القضية.



المصدر: المؤشر العالمي للفتوى حول الوسائل الإعلامية الناقلة في الفتوى

فحسب المؤشر العالمي للفتوى سنة 2019، احتل موقع "إسلام ويب" المرتبة الأولى لأكثر المواقع تخصصاً في إصدار الفتاوى بنسبة 26 % وجاء موقع طريق الإسلام في المرتبة الثانية بنسبة 21 % وجاء

¹ - المؤشر العالمي للفتوى حول الوسائل الإعلامية الناقلة للفتاوى في العالم، مجلة جسور تصدر عن الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، العدد 11 رجب 1441هـ ص 27.

² - تكنولوجيا الاتصال الحديثة وتأثيراتها الاجتماعية والثقافية، إبراهيم بعزیز، ص 159.

موقع "أسك إمام" الجنوب أفريقي، الذي أسسه الشيخ "إبراهيم ديساي"، في المرتبة الثالثة بين المواقع الإفتائية المتخصصة، والأول بين المصادر الأجنبية، وذلك بنسبة 12%.¹

- **تطبيقات الهواتف الذكية:** هي برامج صغيرة للهاتف الذي تهدف إلى تعزيز الهاتف المحمول، بحيث يكون أكثر من مجرد جهاز لإرسال الرسائل النصية والاتصال واستخدامه في أوجه أخرى، ويتم تثبيت هذه التطبيقات مسبقاً على الهواتف أثناء التصنيع، ويمكن تنزيلها سواء كان ذلك في مقابل رسوم أو مجاناً، من قبل المستخدمين من متاجر أو منصات توزيع البرامج مثل Apple App Store لتطبيقات أنظمة تشغيل IOS أو متجر Google Play for Android لتطبيق أنظمة تشغيل اندرويد.²

وفي الجدول نماذج من بعض التطبيقات المخصصة للفتوى الموجودة في متجر Google Play.³

for Android

اسم التطبيق	عدد مرات التثبيت في أنظمة تشغيل Android
مركز الأزهر العالمي للفتوى	10.000
الحبيب	100.000
موسوعة فتاوى الشيخ أحمد الخليلي	50.000
موسوعة فتاوى كبار العلماء	50.000
الإسلام سؤال وجواب	100.000
islamweb Fatwa	5.000

هذه بإجمال بعض أشكال الفتوى الرقمية ومن يدري كيف ستكون أشكالها ومآلاتها في المستقبل؟، فالعالم الرقمي لا يتوقف عن الإبداع والتجديد.

¹ - المؤشر العالمي للفتوى حول الوسائل الإعلامية الناقلة للفتاوى في العالم، مجلة جسور تصدر عن الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، العدد 11 رجب 1441هـ، ص 26.

² - تطبيقات الهواتف الذكية والأجهزة المحمولة في مراكز الوثائق والأرشيف دراسة تحليلية، السيد صلاح الصاوي، مجلة دراسات المعلومات والتكنولوجيا، العدد 05 سنة 2019، ص2.

³ - الإحصاءات الواردة في الجدول تم استخراجها من المتجر play.google.com بتاريخ 2021/02/20.

المحور الثاني: الفتوى الرقمية: الخصائص والمشكلات

1- خصائص الفتوى الرقمية

انتقال الفتوى إلى الفضاء الرقمي سيجعلها تصطبغ بخصائص هذا الفضاء، وتتأثر به، ويمكن إجمال هذه الخصائص فيما يلي:

الفتوى السريعة: إن الفضاء الرقمي فضاء السرعة والانتقال السريع للمعلومات، والفتوى الرقمية تستمد سرعتها من سياقها الرقمي، فهي تختلف عن الفتوى المكتوبة أو الفتوى الشفوية التي يكون فيه الاستفتاء مرتبطا بسياق مخصوص ومكان معلوم وزمان محدد ومفت معين ومستفت معلوم، فتكون منضبطة لهذا السياق بأبعاده الزمنية والمكانية والشخصية، أما الفتوى الرقمية فهي فتوى سريعة غير منضبطة للأبعاد السابقة ومن ثم نرى تأثيرا مباشرا وسريعا للفتاوى الرقمية في إحداث تغيرات قد تكون أحيانا ايجابية إذا كانت الفتوى سديدة ورشيدة ومستبصرة، وقد تكون سلبية إذا كانت الفتوى خاطئة أو فيها مصالح فتوية أو طائفية.

ولعلنا هنا نستذكر كثيرا من الفتاوى الرقمية التي تناقلتها وسائل الإعلام، ورأينا بالتالي مدى الانتشار الواسع لها في جمهور المستفتين من المسلمين، بل في بعض الأحيان وجدنا صدق هذه الفتاوى في وسائل الإعلام الغربية.

إن ميزة الانتقال السريع للفتاوى يستلزم مزيدا من التؤدة والأناة ومعرفة المآلات التي قد تنتج عن الفتوى عبر الفضاء الرقمي، خاصة أن تلك الفتوى تكون في متناول ملايين البشر، وقد تسبب أحيانا في إثارة النعرات والحروب داخل المجتمع الواحد، الأمر الذي يعد تحديا للمؤسسات الدينية الرسمية والمرجعيات الشرعية في قدرتهم على مواكبة أسئلة المستفتين والإجابة عنها ومعرفة مآلاتها.¹

أ- الفتوى السائلة: يرى زيجمونت باومان في كتابه "الأخلاق في عصر الحداثة السائلة": أن صلاية المرحلة السابقة ذابت فتداخلت الحدود وتراخت السمات وازدادت ضبابية وتشابها، حتى صار من الممكن أن نتحدث عن سيولة أو ذوبان، سواء أكان ذلك في حدود الدول أو معالم المجتمع أو سمات الهوية الفردية أو خصائص الثقافات²، وقد ساهم في تدشين هذا النمط الفعلي، انتشار وسائل الإعلام التفاعلية، التي شكلت واقعا جديدا، منفلتا من قبضة السلطة، والتي تملك كل المؤسسات الإيديولوجية، لكن اليوم، المرجعيات الوافدة عبر التكنولوجيا الفائقة، تمتلك حظوظا متساوية في سرقة

¹ - فوزى الإفتاء، أسامة عمر الأشقر، دار النفائس، عمان - الأردن، ط1، 2009، ص111-112.

² - الأخلاق في عصر الحداثة السائلة، زيجمونت باومان، ترجمة سعد البزاعي وبثينة إبراهيم، هيئة أبو ظبي للثقافة والسياحة، ط1، 2016،

المواطنين من أوطانهم، والمؤمنين من معابدهم، وبالتالي أصبحت مؤسسات التنشئة الاجتماعية، منفلة من يد السلطة، بل أصبحت هي الأخرى تبحث عن مكان دخل المجتمع السبراني الجديد.¹

وهذه السيولة فسخت العلاقة بين الفرد والمؤسسات الدينية، وطبع الأفراد على اعتناق الدين الفردي السائل²، وفق الطبيعة الاستهلاكية والترويجية للعقائد والقضايا الدينية، الأكثر تحرراً من الرقابة، التي تفضي إلى نقلها بأكثر سرعة والإفراط في التبسيط، إنها تجبر المتلقين على استهلاكها بسلاسة ونعومة، فأبرزت بذلك الانعتاق الفعلي للشباب من الضبط المرجعي للدين.³

لقد أضحت الفتوى في السياق الرقمي فتوى سائلة، إذ يمكن لأي فرد مهما كان مكانه وفي أي زمان أن يتحصل على كم هائل من الفتاوى، بشكل مباشر ومتزامن عبر النقاش الحي، أو بشكل غير مباشر عبر البريد الإلكتروني أو مواقع الفتيا ومواقع بث التسجيلات.

وبدون شك فإن هذا الشكل من الفتاوى قد تكون له مخاطر وآثار سلبية كثيرة على الأفراد، فقد يكون صاحب الموقع غير معروف، أو بالأحرى غير مشهود له بالكفاءة والأهلية لتقديم الفتاوى، ولتفسير قضايا الواقع بمنظور الدين الإسلامي، فكثيراً ما انحرف الشباب عن جادة الصواب بفعل الاستماع لتسجيل صوتي أو قراءة فتوى عبر مختلف هذه المواقع المذكورة، وكثيراً ما التحق الأفراد بجماعات متطرفة خارجة عن الطريق المستقيم، وعن الدين الإسلامي الوسطي السمح. خصوصاً وأن التقارير تشير إلى أن القضايا الدينية تحتل المراتب الأولى من اهتمام الشباب في الفضاء الرقمي في معظم بلدان العالم العربي.⁴

ولقد أثبتت الأحداث المتتالية التي عرفها العالم الإسلامي نجاعة الأسلحة الرقمية اللطيفة، وعلى رأسها مواقع التواصل الاجتماعي، في تفكيك جميع السلط داخل المجتمعات العربية الإسلامية، بما فيها السلطة الدينية، آخر حصن من حصون الدفاع عن أمن المجتمع الروحي والديني وخصوصيته. كان

¹ - الخطاب الديني لمواقع اليوتيوب وأزمة الضبط المرجعي للدين السائل دراسة ميدانية لعينة من الشباب، رقاد الجيلالي، مجلة الدراسات الإعلامية، العدد 5، نوفمبر، 2018، ص33

² - الدين الشبابي بوصفه نمطاً منفلاً من المؤسسة الأيديولوجية، هاني عواد، مجلة عمران للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 2، خريف 2012، ص78.

³ - الخطاب الديني لمواقع اليوتيوب وأزمة الضبط المرجعي للدين السائل دراسة ميدانية لعينة من الشباب، رقاد الجيلالي، مجلة الدراسات الإعلامية، العدد 5، نوفمبر، ص33.

⁴ - قضايا الشباب العربي في الفضاء الرقمي في العام 2010، جمال غيطاس وخالد الغمري، مؤسسة الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 2012م، ص23-27 وينظر التقرير الذي نشره مركز بيركان للأترنت والمجتمع في جامعة هارفارد الأمريكية "خريطة عالم التدوين العربي"، ص5.

المنطلق من تعميم المعلومة الدينية تعميماً تغير معه الوعظ والافتاء الديني، حيث أصبح بمقدور كل فرد، مهما كانت معرفته الدينية متواضعة وضئيلة، أن يمارس الوعظ والافتاء، متحللاً من كل شروط الوعظ والفتوى، سياقاً وزمناً ومكاناً وشروطاً وتأهيلاً. يكفي أن يتوفر المرء على هاتف نقال وأن يستطيع الدخول إلى أحد محركات البحث كي يتحول إلى واعظ رقمي ومفت رقمي، ينتقي من أحاديث غيره من المشايخ والفقهاء والعلماء والوعاظ مادة يعيد ترتيبها بحسب ميوله العقدي والمذهبي وهواه الإيديولوجي، فيحذف ما يشاء ويضيف ما يشاء، قبل أن يدبجها بعنوان من عنده، يحدد به سياق تأثيرها الجديد.¹

ومن ثم تحولت الفتوى الرقمية إلى سلاح بيد الجماعات المتطرفة والإرهابية حسب مجموعة من التقارير الدولية²، فثاماً ألقى السلاح الافتراضي المسافة بين المجال العسكري والمجال الديني، حيث أصبح بمقدور الفرد الواحد أن يحدث من الحسائر ما لا تحدثه الجيوش المنظمة، كذلك ألغت الوسائل الرقمية الحدود بين مؤسسة العلماء بوصفها سلطة منظمة متجانسة وبين أفراد يبشرون بتصورات ومفاهيم وآراء لا تنضبط بضوابط هذه السلطة.

لم يعد القول الفصل بين السلطتين، سلطة الفرد وسلطة الجماعة العالمة، يعتمد على الحجة العلمية وقوة الاستدلال ووفرة الإحالات على المذهب والاحتماء بإطاره المرجعي، بل صار يعتمد على ما يمكن أن يحدثه من "طنين (Buzz)" لم تعد الحقيقة الدينية منوطة برجاحة الرأي المستساغ في سياق مجتمعي بعينه، بل صارت منوطة بقدرة الجهة التي تصوغها على توصيلها إلى أكبر عدد من المتلقين.³

ب- الفتوى المتدفقة: إن الفضاء الرقمي يتميز بالتدفق الهائل للمعلومات والتي لا تتوقف، وهذه المعلومات يصعب التمييز فيها بين الصحيح والكاذب، لذلك عد العصر الرقمي هو عصر ما بعد الحقيقة بامتياز، حيث ممارسة التضليل الإعلامي، ونشر الأخبار الكاذبة (Fake news) في وسائل التواصل الاجتماعي وهي ممارسة تعتمد أساليب متعددة، من خلق حسابات وهمية وآلية تساهم فيها الخوارزميات بدون أساس، فالأخبار الكاذبة تنتشر بسرعة تفوق بمراحل قدرتنا على الترويج للحقيقة فقد كشفت دراسة نشرتها مجلة "ساينس" العلمية مطلع مارس 2018 من خلال كشف تحليلي لأكثر من 126 ألف موضوع تم نشرها على موقع تويتر للتواصل الاجتماعي خلال الفترة ما بين عامي 2006

¹ - الأمن الروحي "الإسلامي في زمن الثقافة الرقمية، خالد حاجي، منتدى الشرق <https://cutt.us/KSxOw> نشر بتاريخ 2019/02/18.

² - الدعاية والإعلام أدوات توغل في يد داعش، ماركو لومباردي ضمن أعمال مؤتمر "سر الجاذبية: داعش الدعاية والتجديد"، تحرير محمد أبو رمان، مؤسسة فريدريش إيبرت، مكتب الأردن، 2016، ص85

³ - الأمن الروحي "الإسلامي في زمن الثقافة الرقمية، خالد حاجي، الشرق للدراسات الاستراتيجية <https://cutt.us/KSxOw> نشر بتاريخ

و2017 أن الأخبار الكاذبة تحظى بفرصة انتشار تفوق نظيرتها الحقيقية بأكثر من 70%، كما تستغرق الأخبار الحقيقية ستة أضعاف الوقت المطلوب لكي تصل إلى العدد ذاته من المتابعين.¹

فالأخبار الكاذبة ومنها الفتاوى المختلفة التي تنتشر عبر منصات التواصل الاجتماعي والتي يسهر عليها جيش التضليل، تتحول إلى أدوات للتضليل ولإثارة الفتن والنعرات الطائفية والصراعات المذهبية.

لقد أنهت الثقافة الرقمية عصر النظريات وأدخلت بذلك الإنسان في عصر المعلومات. ومع هذا الوضع الجديد، جعلت نسقية الخطاب الفقهي تراجع أمام أحكام جاهزة تتدفق بانسيابية كبيرة الشيء الذي ورث المتلقي لهذه الأحكام جهلا كبيرا بحوثيات الصناعة الفقهية وارتباطها بالسياق والمقاصد وبالمآلات، وجراه أن يتحول إلى مفت وواعظ رقمي، لا يتحرج في أن يتلقف المعلومة الدينية أنى كان مصدرها وموردها ليعيد نشرها، خارج إطارها الزمني والمكاني والسياسي والمرجعي.²

2- مشكلات الفتوى الرقمية:

إن الفضاء الرقمي رغم ما يوفره من إمكانيات ومن سبل التواصل السريع والوصول السريع إلى المعلومة إلا أنه فضاء يعج بالمشاكل أيضا، وهي مشاكل انتبه إليها المهتمون بقضايا الفضاء الرقمي وإشكالاته، ولم تسلم الفتوى في السياق الرقمي من مشكلات نجمها في ثلاث مشكلات أساسية:

أولا: غموض الهوية الافتراضية للمفتي والمستفتي.

إن أكبر المشكلات التي تعاني منها الفتاوى الرقمية هي غموض هوية المفتي، ففي أغلب الأحيان لا يستطيع المستفتي التعرف على هوية المفتي في المواقع الإلكترونية، وهذا ما يسبب مشكلة أثناء انتشار هذه الفتاوى في الفضاء الرقمي لشيوخ تجهل هويتهم الافتراضية وأهليتهم العلمية.

"فإن كثيرا من الفتاوى التي يتحصل عليها الأفراد تكون مجهولة المصدر، وحتى المستفتي فإنه مجهول كذلك، أي أن كل من المفتي والمستفتي يعتبران شخصيتان افتراضيتان، فلا يمكن معرفة الهوية الحقيقية لكليهما، ولهذا فإن الحصول على فتاوى من أشخاص بهذه الميزة، يشكل خطرا كبيرا ويسبب حالة من الفوضى في مجال الإفتاء".³

¹ - مستقبل العصر الرقمي: الفرص والمخاطر، خالد ميار الإدريسي، مجلة أفكار، دجنبر 2018، ص 23-24

² - واقع العلم الشرعي وتحديات الثقافة الرقمية، خالد حاجي ضمن أعمال ندوة " أي مستقبل للبحث في العلوم الإسلامية" مطبوعات أكاديمية

المملكة المغربية، 2019، ص 218

³ - تكنولوجيا الاتصال الحديثة وتأثيراتها الاجتماعية والثقافية، إبراهيم بعزير، ص 160.

وهذا المشكل يرتبط بطبيعة المحتوى الرقمي العربي الذي هو محتوى يعاني من مشكلات متعددة ومنها مشكلة عدم معرفة هويته وهذا ما رصدته التقرير التأسيسي للمحتوى الرقمي العربي في أربعة أوجه:

- المجهول الجغرافي أو المحتوى، الذي لا تتوفر بشأنه معلومات تكشف جنسيته من أين أتى؟
- المجهول الزمني أي المحتوى الذي لا يحمل معلومات تدل متى نشأ وانتشر.
- مجهول الملكية، أو المحتوى الذي لا يكشف عن هوية أصحابه ونوعهم ذكورا أم إناثا، ونمطهم أفرادا أم مؤسسات أم حكومات أم هيئات عامة، ومن يكونون؟
- مجهول القيمة، أي المحتوى الذي لا تتوفر معلومات بشأن قيمته السوقية أو عائده السنوي، أو إن كان يضع هذا الأمر في حسابه أم لا.

وبناء على تحليل التقرير فإن 0.48% من المحتوى العربي يقع في المجهول الجغرافي، و1.09% يقع في المجهول الزمني، أما الملكية المجهولة فتصل إلى 62% في المدونات و71% في الفيديو و12% في شبكات الصور وفي تويتر 52% والفيس بوك والشبكات الاجتماعية 49% وفي المواقع 11% وفي المنتديات 2%¹.

إن هذه الأرقام دالة خصوصا ما يتعلق منها بالمحتوى الرقمي المجهول الملكية، مما يستدعي التعامل مع الفتاوى المنشورة في الفضاء الرقمي بحذر وتريث وثبتت.

ثانيا: فقدان الثقة في القيمة العلمية والعملية للفتوى

إن كثرة تداول الفتاوى في الفضاء الرقمي وعدم تقديرها بقدرها؛ من دون افراط ولا تفريط، جعل الفتوى تفقد صورتها الروحية التي عبر عنها بعض العلماء بأنها توقيع عن الله.

وصار التعامل معها كحدث عادي يتم تداوله كل يوم. وثمة عوامل أخرى عمقت تآكل هذه القيمة الروحية، لعل أبرزها ما يمثل في فتاوى الإثارة والفتاوى الشاذة التي يتم ترويجها بكثرة في الفضاء الرقمي وتداولها في شبكات التواصل الاجتماعي من قبيل إرضاع الكبير وغيرها²، بالإضافة إلى سيادة روح المتاجرة عند بعض قنوات اليوتيوب، وسعيها إلى جذب عدد من الجمهور بدون مراعاة ضوابط

¹ - التقرير التأسيسي للمحتوى الرقمي العربي، مؤسسة الفكر العربي، بيروت، ط1، 2013، ص19.

² - المؤسسة الدينية الرسمية والفتوى، وسام فؤاد، ضمن كتاب حراسة الإيمان: المؤسسات الدينية، مجموعة باحثين، مركز المسبار للدراسات والبحوث، دبي- الإمارات، ط2، 2011، ص258.

وشروط المفتي، إذ يتم اختيار المفتي الذي يحقق أعلى نسبة مشاهدة أو يجذب انتباه الناس دون الاهتمام بعلمه وورعه، وكثير منهم ليس مؤهلاً للإفتاء وإنما له حظوة وقبول عند فئة الشباب والمراهقين.¹

إن الأصل في الفتوى أنها تصدر لأجل التطبيق، فهي تنزيل الحكم الشرعي الكلي على واقعة محددة التفاصيل والأطراف. فهي إخبار عن حكم الله تعالى في المسألة المطروحة. فما لم يكن من يتولى الفتوى على درجة من العلم تؤهله للإجابة عن المسألة المطروحة أمامه، ومالم يكن على درجة من التقوى والأمانة، فإن دين الله تعالى وحكمه سيكون عرضة للتضييع والتزييف والتحريف². وهذا المعنى الشرعي قد يغيب أحيانا عن يتصدى للإفتاء في الفضاء الرقمي حين لا يستحضر خصوصية الفتوى العلمية والعملية ومنزلتها الدينية والشرعية.

فتوالي الفتاوى في الفضاء الرقمي وتعدد مصادرها ومواردها والمتصدرين لها، وخروجها أحيانا بدون تمحيص ومن دون تريث، وأحيانا صدورها من هو غير أهل لها، جعل ثمة حالا من فقدان الثقة في الفتاوى الرقمية.³

ثالثا: الفتوى الرقمية وتجاوز المرجعيات التقليدية.

من آثار الثقافة الرقمية في نظر الباحث خالد حاجي: "أنها ربطت الخطاب الديني العلمي بفنون التواصل، ولما أصبح الأمر كذلك انهارت كل السلط الدينية التقليدية التي كانت تستمد شرعيتها من الانتساب إلى منظومة تراثية أصولية وأصيلة، وجعل محل محلها سلط جديدة قادرة على توصيل المعلومة الدينية في فضاء رقمي متحرر من سطوة المكان. وقد نتج عن هذا الاقتران بين الحقيقة العلمية والقدرة على التواصل والتوصيل أن برزت إلى السطح «شعبوية علمية» تقوض كل الأسس التي كانت تقوم عليها المعرفة الدينية، ومن بينها الفتوى فلم تعد تتلقى من المرجعيات الشرعية الأصيلة بل أضحت تتلقى في الفضاء الرقمي بكل ما يموج به من إشكالات والتباسات، وبالتالي أصبح من العسير الظفر بإجماع يقوم عليه أمن المجتمع الروحي. فلم يحصل وأن تباعدت الشقة بين المؤسسة العلمية المتحيزة في المكان وبين المتلقين للخطاب الديني مثلما تباعد اليوم"⁴.

وهذا ما أدى إلى التشكيك في المرجعيات الفقهية المحلية، من خلال خلخلة الثقة في المفتي المحلي، وكذا تجاوز المذهب المتبع إلى مذاهب أخرى توافق أحيانا أو تخالف أعراف البلد، وذلك

¹ - فوضى الفتاوى الإلكترونية، سمحاء عبد المنعم أبو العطاء عطية، مجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد 12، السنة 2020-2021، ص 450.

² - المؤسسة الدينية الرسمية والفتوى، وسام فؤاد، ص 285.

³ - لمزيد من التفصيل، أنظر: تصنيف الثقة بصحة الفتاوى المعاصرة وقنوات نشرها، موسى فيرير، ترجمة محمد سامر الست، ملخص تحليلي لمؤسسة طابة رقم 13، 2013، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ص 12.

⁴ - "الأمن الروحي" الإسلامي في زمن الثقافة الرقمية، خالد حاجي، منتدى الشرق <https://cutt.us/KSxOw> نشر بتاريخ 2019/02/18

عندما يسمع المستفتي أو تأتية فتاوى عبر شبكات التواصل الاجتماعي ومواقع الأترنت وتطبيقات الهواتف الذكية وغيرها، مخالفة لما يسمعه من مفتي بلده، أو اتباع ما يسمعه من فتاوى تدعو لتجاوز المذاهب كلية ترويجا لما يسمى باللامذهبية مما نتج عنه فوضى الفتاوى وشذوذها.

وفي هذا السياق برزت ظاهرة الدعاة الجدد¹ الذين أصبحوا يتمتعون بقدر وافر من النجومية، ليس لارتباط زادهم المعرفي أو العلمي بمنظومة فقهية راسخة، بل لكونهم متقنين لفنون التواصل، حتى صرنا نشهد زمنا صار الناس فيه يأخذون دينهم عن فكاينين، يتحلقون حولهم بالئات ويتابعون تسجيلاتهم بالملايين.²

ولقد حاولت المرجعيات الدينية والمؤسسات الدينية الرسمية مواكبة هذا التحول من خلال نشر وبث ومشاركة فتاويها في الفضاء الرقمي وخلق منصات رقمية خاصة بها تعمل على أن تكون جسرا للتواصل بينها وبين جمهورها وهي خطوة مهمة إلا أن هذا الأمر لن يحد من تدفق الفتاوى والإفتاء الشخصي الفردي الذي يقوده الفاعلون الجدد، لأننا بكل بساطة دخلنا عالما جديدا في علاقة الدين بالتقنية، عنوانه العريض هو التسليع الديني عبر التدخل الفردي والشخصي ممن يمكن أن نطلق عليهم "المفتون الجدد" على شاكلة "الدعاة الجدد"، لأنهم امتلكوا ناصية التقنية ويحظون بثقة الجمهور الديني، ولاستعمالهم مفاهيم جديدة في الفتوى والإفتاء تدفع بإغراء المريدن.³

¹ ظاهرة الدعاة الجدد، وائل لطفي، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2005م.

² - واقع العلم الشرعي وتحديات الثقافة الرقية، خالد حاجي ضمن أعمال ندوة " أي مستقبل للبحث في العلوم الإسلامية" مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، 2019، ص 219.

³ - الدين والإعلام في سوسيولوجيا التحولات الدينية، رشيد جرموني، كتاب الفصل العدد 28، الرياض، 1440هـ، ص 40.

خاتمة:

إن السياق الرقمي يقتضي من المرجعيات والمؤسسات الدينية والهيئات الشرعية تجديد آليات اشتغالها، وتطوير أدواتها بشكل يتيح لها مواكبة التحولات التي تقع في الفضاء الرقمي، إنها تحولات تستدعي التنسيق والتعاون بين هذه المؤسسات، ووضع ميثاق أخلاقي وعلمي يؤطر الممارسة الافتائية داخل الفضاء الرقمي من خلال توثيق الفتاوى الرقمية من جهات علمية متخصصة وضرورة توضيح أسماء المؤلفين ومؤهلاتهم العلمية والشرعية وتخصصاتهم. كما تستدعي من مؤسسات التنشئة الدينية والتربوية اعتماد مناهج تربوية حول التنقيف الديني الرقمي لتمكين الشباب من أدوات تربوية وعلمية تتيح لهم التعامل مع الفضاء الرقمي بوعي وبيقظة، فعلاقتنا بالفضاء الرقمي ومنتجاته لم تخضع لنوع من التنقيف والتوجيه والمصاحبة، بل انخرطنا فيه بدون تقدير واستشراف لأبعاده النفسية والاجتماعية والدينية، ونحن الآن بحاجة إلى إعادة النظر في علاقتنا بالفضاء الرقمي وبالأخص في علاقته بالدين، بما يحقق الأمن الروحي والاطمئنان النفسي والاجتماعي، ويحافظ على مقاصد الشريعة الإسلامية.

لائحة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب.

1. الاجتهاد والفتوى، علي محي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط1، 2017م
2. الأخلاق في عصر الحداثة السائلة، زيجمونت باومان، ترجمة سعد البزاعي وبثينة إبراهيم، هيئة أبو ظبي للثقافة والسياحة، ط1، 2016.
3. أدب الفتوى لابن الصلاح الشهرزوري (ت643هـ)، حققه وعلق عليه: رفعت فوزي عبد المطلب، مطبعة المدني، الطبعة الأولى، 1992م.
4. أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي {د.ت}.
5. إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (ت751هـ)، رتبه وضبطه وخرج آياته محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1425هـ/2004م.
6. تصنيف الثقة بصحة الفتاوى المعاصرة وقنوات نشرها، موسى فيرير، ترجمة محمد سامر الست، ملخص تحليلي لمؤسسة طابة رقم 13، 2013، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة.
7. التقرير التأسيسي للمحتوى الرقمي العربي، مؤسسة الفكر العربي، بيروت، ط1، 2013م.
8. تكنولوجيا الاتصال الحديثة وتأثيراتها الاجتماعية والثقافية، إبراهيم بعزير، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 2011.
9. الثورة الرقمية، ثورة ثقافية؟ ريمي ريفيل، ترجمة سعيد بلبخوت، سلسلة عالم المعرفة العدد 462 يوليو 2018 ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب- الكويت.
10. الدعاية والإعلام أدوات توغل في يد داعش، ماركو لومباردي ضمن أعمال مؤتمر "سر الجاذبية: داعش الدعاية والتجند"، تحرير محمد أبو رمان، مؤسسة فريدريش ايبرت، مكتب الأردن، 2016.
11. الدين والإعلام في سوسيولوجيا التحولات الدينية، رشيد جرموني، كتاب الفيصل العدد 28، الرياض، 1440هـ.
12. صناعة الفتوى المعاصرة، قطب مصطفى سانو، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2013م.
13. صناعة الفتوى وفقه الأقليات لعبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2007م.
14. ظاهرة الدعاة الجدد، وائل لطفي، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2005م.
15. فتح القدير لكال الدين محمد المعروف بابن الهمام (ت861هـ)، دار الفكر، دمشق، دون طبعة ودون تاريخ.

16. فوزى الإفتاء، أسامة عمر الأشقر، دار النفائس، عمان - الأردن، ط1، 2009.
 17. قضايا الشباب العربي في الفضاء الرقمي في العام 2010، جمال غيطاس وخالد الغمري، مؤسسة الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 2012م.
 18. منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى لإبراهيم اللقاني، تقديم وتحقيق: عبد الله الهلالي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة فضالة، 1423هـ/2002م.
 19. المؤسسة الدينية الرسمية والفتوى، وسام فؤاد، ضمن كتاب حراسة الإيمان: المؤسسات الدينية، مجموعة باحثين، مركز المسبار للدراسات والبحوث، دبي- الإمارات، ط 2، 2011.
 20. واقع العلم الشرعي وتحديات الثقافة الرقمية، خالد حاجي ضمن أعمال ندوة " أي مستقبل للبحث في العلوم الإسلامية" مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، 2019.
- ثانياً: المقالات.**
21. التدين الشبابي بوصفه نمطا منفلتا من المؤسسة الأيديولوجية، هاني عواد، مجلة عمران للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 2، خريف 2012.
 22. تطبيقات الهواتف الذكية والأجهزة المحمولة في مراكز الوثائق والأرشيف دراسة تحليلية، السيد صلاح الصاوي، مجلة دراسات المعلومات والتكنولوجيا، العدد 05 سنة 2019.
 23. الخطاب الديني لمواقع اليوتيوب وأزمة الضبط المرجعي للتدين السائل دراسة ميدانية لعينة من الشباب، رقاد الجيلالي، مجلة الدراسات الإعلامية، العدد 5، نوفمبر، 2018.
 24. الفتوى الإلكترونية تأصيلا وتطبيقا، عبد الحميد بن صالح الكراني الغامدي، مجلة الآداب، العدد 16، شتنبر 2020م.
 25. الفقيه والدولة في الثورات العربية، معتز الخطيب، مجلة تبين، عدد 9، صيف 2014.
 26. فوزى الفتاوى الإلكترونية، سمحاء عبد المنعم أبو العطاء عطية، مجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد 12، السنة 2020-2021.
 27. مستقبل العصر الرقمي: الفرص والمخاطر، خالد ميار الإدريسي، مجلة أفكار، دجنبر 2018.
 28. المؤشر العالمي للفتوى حول الوسائل الإعلامية الناقلة للفتاوى في العالم، مجلة جسور تصدر عن الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، العدد 11 رجب 1441هـ.

ثالثاً: المواقع الالكترونية:

- موقع الشرق للأبحاث الاستراتيجية: [/https://research.sharqforum.org](https://research.sharqforum.org)
الأمن الروحي "الإسلامي في زمن الثقافة الرقمية، خالد حاجي، الشرق للأبحاث الاستراتيجية، نشر بتاريخ 2019/02/18 <https://cutt.us/KSxOw> تاريخ الزيارة 2021/02/21.
- موقع الجزيرة: [/ https://www.aljazeera.net](https://www.aljazeera.net)
- الفتوى في زمن التواصل الاجتماعي هل انتهى دور المؤسسات التقليدية، شريف محمد جابر، نشر بتاريخ 2019/06/25 <https://cutt.us/LHEEz> تاريخ الزيارة 2021/02/21.

التكامل الوظيفي بين مؤسسات المالية الإسلامية: القطاع التكافلي والمصرفية الإسلامية أنموذجا

د. محمد الوردي
كلية الشريعة، جامعة ابن زهر

الملخص:

يعتبر تكامل الهيئات والمؤسسات المالية والاقتصادية الإسلامية مطلباً أساسياً ومقصداً عملياً يستجيب لحاجيات الأمة الآنية والمستقبلية، خاصة في ظل الاكراهات التنموية والمتغيرات الاقتصادية القائمة، وما يتطلب ذلك من امتلاك شروط المنافسة ومقومات التدافع الحضاري الذي بات يفرض نفسه أكثر.

ويرتبط التكامل الوظيفي بين القطاع التكافلي - ممثلاً على وجه الخصوص في مؤسستي الوقف والزكاة - وبين قطاع المصرفية الإسلامية بجوانب مختلفة من أهمها تعبئة الموارد واستقطاب أموال الزكاة والوقف لتوفير السيولة الكافية لتمويل المشاريع التكافلية والإنتاجية على مستوى المؤسسة المصرفية. ومن جانب آخر التركيز على المصارف الإسلامية لاستثمار الأصول الزكوية والوقفية بما يخدم مصالح المستحقين ويسهم في تأمين احتياجات المجتمع.

الكلمات المفتاحية: التكامل الوظيفي، الوقف والزكاة، المؤسسة المصرفية، استثمار الأصول الزكوية والوقفية.

Abstract

The integration of Islamic financial and economic organisms and institutions is considered a basic requirement and a practical goal that responds to the nation's immediate and future needs, especially in light of the development constraints and the existing economic variables, and what this requires from possessing the conditions of competition and the elements (components) of the civilizational scramble, which has become more and more imposing. The functional integration between the symbiosis (mutual guarantee) (takaful) sector - represented in particular by the Waqf (endowment) and zakat institutions - and the Islamic banking sector is linked to various aspects, the most important of which is mobilizing resources and attracting zakat and Waqf (endowment) funds to provide sufficient liquidity to finance symbiotic (takafulia) and productive projects at the level of the banking institution. On the other hand, focusing on Islamic banks to invest zakat and Waqf (endowment) assets in a way that serves the interests of the beneficiaries and contributes to securing the needs of society.

المقدمة:

ارتباطا بالمتغيرات الاقتصادية ومواكبة للمستجدات الحاصلة في مجال الأعمال والأموال، تأتي أهمية التفاعل بين المؤسسات المالية الإسلامية والتكامل فيما بينها لزيادة قدرتها التنافسية، وضمان استدامتها وتأهيلها للاستجابة للتحديات التنموية في ظل تعدد الحاجات وتنوعها، وتوسيع قاعدة المشاركة المجتمعية. ومن المعلوم أن أولويات العمل المؤسساتي تقتضي مضاعفة الجهد للرفع من الكفاءة الإنتاجية وتخفيض المخاطر المالية، وتطوير المنتجات المالية في ظل الحكامة.

ويقوم مبدأ تكامل المنظومة المالية الإسلامية على أساس التعاون بين مختلف مكوناتها، وتفعيل مقاصد الشريعة في مجال الاقتصاد والإسهام في تحقيق التنمية المستدامة، خاصة إذا تم الأخذ بعين الاعتبار التنوع الحاصل على مستوى مكونات المنظومة المالية وخصوصية التشريع المالي الإسلامي الذي يجمع بين ثبات الأصول والمرتكزات، ومرونة الأحكام والقواعد الحاكمة للتصرفات المالية، مما يفسح المجال أكثر للاجتهاد والتفاعل الحضاري لاستيعاب المستجدات الحاصلة.

وانطلاقا من خصوصية التكامل الوظيفي بين قطاع الوقف والزكاة من جهة، وقطاع المصرفية الإسلامية من جهة أخرى، والذي يجسد في حقيقة الأمر ذلك الارتباط القائم بين القطاع الخيري والقطاع الربحي، تتساءل عن طبيعة هذا التكامل وأهميته في المجال الاقتصادي، ثم عن تجلياته وآليات تنزيله وتحقيق مخرجاته، خاصة وأن الخبراء في هذا المجال سجلوا ضعف التكامل بين القطاع التكافلي والقطاع الربحي على مستوى الصناعة المالية الإسلامية.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتكامل الوظيفي بين المؤسسات المالية الإسلامية.

إن تحقيق التنمية الاقتصادية وتأمين احتياجات حد الكفاية المجتمعية، رهين بتوافر جملة من المقومات الأساسية والتي على رأسها التكامل الوظيفي بين مؤسسات الاقتصاد الإسلامي بحكم ما تضطلع به كل مؤسسة على حدة من وظائف اجتماعية واقتصادية، وما تقدمه من خدمات تمويلية واستثمارية. فما المقصود بالتكامل الوظيفي بين المؤسسات المالية الإسلامية؟ وما هي أهم المؤسسات المالية والمصرفية الفاعلة في ظل النظام الاقتصادي الإسلامي؟

المطلب الأول: حقيقة التكامل الوظيفي بين المؤسسات المالية الإسلامية وأهميته:

ينطوي مفهوم التكامل الوظيفي بين المؤسسات المالية الإسلامية على جملة من المعاني التي تفيد الارتباط الحاصل بين مكونات المنظومة المالية في إطار التعاون في أداء مهامها، وحاجة بعضها لبعض لتحقيق الأهداف المشتركة في ظل المنهج الاقتصادي الإسلامي وما يقوم عليه من مبادئ شرعية وقيم أخلاقية ومقاصد تنموية.

وقد عرف أحد الباحثين تكامل المؤسسات المالية الإسلامية بأنه "عملية تقارب مرحلية مستمرة تسعى من خلالها مجموعة من المؤسسات المالية الإسلامية إلى التعاون وتكثف علاقتها فيما يخلق الانسجام في التعامل بينها وهذا بغرض تعظيم المنافع لكل هذه المؤسسات والمجتمع معا"¹.

ومن المعلوم أن عملية التكامل الوظيفي تصنف ضمن الأولويات المجتمعية في ظل الاكراهات والتحديات الاقتصادية القائمة، علما أن ثمة مجموعة من المقومات الكفيلة بتحقيق هذا الأمر. فالمؤسسات المالية الإسلامية تستمد فلسفة عملها من المنهج الاقتصادي الإسلامي الذي ينطلق من المرتكزات الشرعية في مجال المعاملات المالية ويجمع بين الثبات والمرونة، ويقوم على مبدأ الواقعية في التنزيل، كما يتميز أيضا بتنوع الصيغ التمويلية والاستثمارية دون الإخلال بمقاصد الشريعة في حفظ المال وتنميته بما يحقق العدالة التعاقدية بعيدا عن كل أشكال الظلم والغرر وأكل أموال الناس بالباطل. فضلا عن ذلك يوفر المنهج الإسلامي في مجال الاقتصاد إمكانية التطوير والابتكار لمختلف أدوات المالية في ظل اقتصاد حقيقي يراعي جانب المصدقية الشرعية ويروم تحقيق الكفاءة الاقتصادية.

واستحضارا للمصالح التي يمكن أن تتحقق في ضوء التكامل بين المؤسسات المالية الإسلامية في بعدها الاجتماعي والتنموي، تأتي ضرورة تفعيل هذا التكامل في إطار دعم النمو الاقتصادي والرفع من مستوى الكفاءة الإنتاجية، وكذا من القدرة التنافسية للمؤسسات المالية، والحرص على تخفيض المخاطر بمختلف أنواعها، وتبني التكنولوجيا المالية وتوفير الشروط المناسبة لضمان استدامة المؤسسات المالية في ظل المنافسة العالمية.

وثمة جملة من الدوافع والمبررات التي تبرز أهمية التفاعل بين مختلف المؤسسات التطبيقية في الاقتصاد الإسلامي نذكر منها²:

- تنامي الضغوط (الاقتصادية والمالية والمجتمعية) الداعمة للتكامل الوظيفي بين مؤسسات الاقتصاد الإسلامي.
- تطور البنية الوظيفية لدور الدولة الحديثة في المجال الاقتصادي، وضرورة انسجام مؤسسات الاقتصاد الإسلامي بهذه البنية الجديدة.
- عدم ملائمة التكوين الإداري والاقتصادي والمالي الراهن لطبيعة وخصائص مؤسسات الاقتصاد الإسلامي.

¹ - الدور التنموي لتكامل المؤسسات المالية الإسلامية، محمد عدنان، ص: 444.

² - أهمية تفعيل التكامل الوظيفي بين مؤسسات الاقتصاد الإسلامي، د. عبد الناصر براني ود. إسمايل مومني. مقال منشور بمجلة الاقتصاد

الصناعي، العدد: 12، مارس السنة: 2018، الصفحة: 41

- ضرورة توظيف التطور الهائل في الفكر الإداري المؤسساتي الحديث في مجال التكامل الوظيفي لمؤسسات الاقتصاد الإسلامي.

المطلب الثاني: المكونات النظامية للصناعة المالية والمصرفية الإسلامية وأهم المؤسسات الداعمة لها:

تشمل المنظومة المؤسسية للمالية الإسلامية مجموعة من المؤسسات الفاعلة، والتي ترتبط بتطبيق المذهبية الاقتصادية الإسلامية، ويتعلق الأمر بالمصارف الإسلامية ومؤسسات الزكاة والوقف والتأمين التكافلي، إلى جانب الأسواق المالية ومؤسسات الرقابة بشقيها الشرعي والمصرفي. وفيما يلي بيان مختصر لهذه المنظومة المؤسسية.

1- المصارف الإسلامية: يقصد بها المؤسسات المالية التي تقدم خدمات مصرفية وتزاول أعمالا استثمارية وفقا للمبادئ والأحكام الشرعية، لتحقيق تنمية اقتصادية وعدالة اجتماعية.

ويمثل العمل المصرفي الإسلامي بمختلف صيغه منها شرعا ومظهرا عمليا يكفل تعبئة المالية وتوظيفها في مشاريع استثمارية من خلال إطار مؤسساتي، يجمع بين تداول الأموال وتحقيق الأرباح والإسهام في تشجيع المبادرات التنموية. ومن أهم خصوصياته اعتماده على أسلوب المشاركة في الربح والخسارة واجتناب التعامل بالفائدة، الشيء الذي يجعله أكثر ارتباطا بالاقتصاد الحقيقي، وأشد تقيدا بالنشاط المولد للثروة، على عكس العمل المصرفي التقليدي الذي يقتصر على أعمال الوساطة النقدية من خلال اعتماد آليات الفوائد والاتجار في الديون. وتعتبر المصارف الإسلامية أكثر المؤسسات المالية الإسلامية انتشارا، حيث تمثل أصولها ما يقرب من 76% من إجمالي أصول الصناعة المالية الإسلامية.¹

2- مؤسسة الزكاة: تعتبر الزكاة فريضة دينية وعبادة مالية تعكس جانبا من جوانب التشريع الاقتصادي الإسلامي ومقاصده الاجتماعية والاقتصادية. فهي تسهم بوصفها مؤسسة مالية في التعبئة الإجبارية للموارد المالية، وتمثل أداة محفزة على الإنتاج ومحاربة الاكتناز، بالإضافة إلى دورها في تحقيق التوزيع التوازني للثروة لضمان حد الكفاية، وتطبيق مبدأ التكافل الاجتماعي.

ومن المقتضيات الكفيلة بتحقيق الفعالية الاجتماعية والاقتصادية للزكاة، وضمان إسهامها الإيجابي في تحقيق متطلبات التنمية، اعتماد رؤية فقهية تجديدية تأخذ بعين الاعتبار القضايا المستجدة في

¹ - أظهرت دراسة حديثة صادرة عن بيت المشورة للاستشارات المالية أن إجمالي قيمة الأصول المالية الكلية للتمويل الإسلامي على مستوى العالم يتجاوز مستوى 2.43 تريليون دولار وفق بيانات لعام 2017، منها 1.72 تريليون دولار أصول للبنوك والصيرفة الإسلامية. وتتوقع الدراسة ارتفاع قيمة الأصول بواقع 56% لتصل مستوى 3.8 تريليون دولار بحلول 2023، منها 2.44 تريليون دولار كأصول للمصارف الإسلامية. ينظر: مجلة الاقتصاد الإسلامي: تحقيق بعنوان: المصارف الإسلامية فرضت نفسها عالميا وحققَت نجاحات كبيرة. العدد: 491. / صفر 1443-شتنبر 2021.

الزكاة، وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية وآليات التنزيل في ظل تنظيم مؤسساتي يتضمن جوانب إدارية ورقابية، ويستحضر مقومات الحكامة للوصول إلى عدالة توزيعية.

3- مؤسسة الوقف: يعتبر الوقف من أهم أدوات التمويل في الاقتصاد الإسلامي، فهو بنيان متين للتضامن الاجتماعي، ومورد اقتصادي ثابت ومستقل يتحقق به بقاء المال ودوام الانتفاع به، وذلك من خلال تحبيس الأصل وتسييل المنفعة.

ومن أهم خصوصيات الوقف من المنظور الاقتصادي، كونه " يجمع بين الادخار والاستثمار، فهو عملية تنموية يتضمن بناء الثروة الإنتاجية من خلال عملية استثمار حاضرة تنظر بعين الإحسان إلى الأجيال القادمة، وتقوم على التضحية الآنية بفرصة استهلاكية مقابل زيادة وتعظيم الثروة الإنتاجية الاجتماعية التي تعود خيراتها على مستقبل حياة المجتمع".¹

وتجمع مختلف الدراسات الخاصة بهذا المجال الشرعي التكافلي على الدور الحضاري والريادي للأوقاف عبر تاريخ الأمة الإسلامية، وعلى إسهامها الفعال في تحقيق الرعاية الاجتماعية والنفسية والصحية، والنهوض بالعملية التعليمية بمختلف أصناف المعارف والعلوم، فضلا عن الدور الاقتصادي الذي تحقق من خلال الاستجابة لجانب مهم من الاحتياجات البشرية عبر التاريخ.

4- مؤسسة التأمين التكافلي: نظرا لكون التأمين التجاري المعمول به على مستوى المؤسسات المالية التقليدية ينطوي على محظورات شرعية مثل الغرر والجهالة والربا، فقد اهتمدى الاجتهاد الفقهي المعاصر إلى أسلوب شرعي للتأمين يستحضر الثوابت الشرعية ويراعي متطلبات المالية الإسلامية، ويتعلق الأمر بالتأمين التكافلي أو الإسلامي.

وقد عرفت المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية التأمين التكافلي بأنه: "اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطاء المؤمن منها، وذلك طبقا للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق".²

¹ - الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تميته. د. منذر تحف. ص: 67

² - المعيار الشرعي رقم 26، الخاص بالتأمين الإسلامي.

وعليه فالأساس في التأمين التكافلي باعتباره من أهم عقود المنظومة المالية الإسلامية هو التعاون فيما بين الأفراد من أجل تعويض الأضرار التي قد تلحق بأحدهم إذا تحقق الخطر المعين، وتتولى شركة التأمين إدارة العمليات التأمينية اكتتاباً وتنفيذاً واستثمار أموال الصندوق وفق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك لصالح المشتركين.

وتكون العلاقة بين صندوق التأمين والجهة المديرة حسب ما يلي: "في حالة إدارة أعمال التأمين، فإن العلاقة تكون وفق عقد الوكالة بأجر، أو بغير أجر. وفي حال الاستثمار، فإن العلاقة تكون وفق عقدي الوكالة أو المضاربة. ففي حال الوكالة إما أن تكون بأجر أو بدون أجر، وفي حال المضاربة فإن الجهة المديرة تستحق نسبة من الربح حسب الاتفاق. أما الخسارة فتكون على رب المال، ما لم يكن هناك تعد أو تقصير أو مخالفة للشروط أو الأنظمة".¹

ورغم أن صناعة التأمين التكافلي تسجل نمواً في الاشتراكات، إلا أنها تعتبر صغيرة وناشئة في العديد من الاقتصادات. وقد بلغ العدد الإجمالي لشركات التكافل سنة 2019م وفقاً لبيان مجلس الخدمات المالية الإسلامية 353 شركة تقدم منتجات التكافل في 33 دولة بما في ذلك شركات التأمين التكافلي، وشركات إعادة التأمين التكافلي، ونوافذ التأمين التكافلي.²

5- السوق المالية الإسلامية: تعتبر السوق المالية الإسلامية إطاراً قانونياً منظماً يتم فيه ضبط عملية التداول الخاصة بالأدوات والأوراق المالية المختلفة، "وترتبط قيمتها بحركة الأموال في المستقبل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وتعتمد على المشاركة في الربح والخسارة".³

وتكمن الأهمية الاقتصادية للسوق المالية في كونها تمثل حلقة وصل بين الادخار والاستثمار، فهي تشكل وعاء استثمارياً لتشغيل الأصول المالية التي تم تجميعها من ادخارات الأفراد. وقد أكد مجمع الفقه الإسلامي على هذه الأهمية ووصفها بأنها "الوعاء الذي يستوعب السيولة المتوافرة في البلاد الإسلامية، ويحقق الأهداف التنموية والتكافل والتوازن والتكامل للدول الإسلامية".⁴ وهذا الأمر يجعلنا نستحضر جانباً من جوانب التكامل الوظيفي الذي يمكن أن يتحقق بين السوق المالية الإسلامية والمؤسسة المصرفية حيث "يمكن أن تؤدي الأسواق المالية دور المؤسسات المساعدة والمتممة للنموذج المصرفي

¹ - مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم: 21/6/ 200. قرار بشأن أحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني. الدورة الحادية والعشرين بمدينة الرياض (المملكة العربية السعودية) من: 15 إلى 19 محرم 1435هـ، الموافق 18-22 (نوفمبر) 2013م،

² - الصناعة التأمينية التكافلية بين العودة إلى الأسس والاستعداد للمستقبل. د. عبد الحليم عمار غربي. مقال منشور بمجلة التمويل والاستثمار والتنمية المستدامة. المجلد 04/ العدد الأول / يونيو 2020. ص: 59.

³ - التنظير الفقهي والتنظيم القانوني للسوق المالية الإسلامية. د. محمد الأمين ولدعلي. ص: 120.

⁴ - قرار رقم 74/8(5) بشأن تطبيقات شرعية لإقامة السوق المالية. ينظر: مجلة الفقه الإسلامي، العدد الثامن ج/2/ص373.

الإسلامي لأنها تقدم أوعية يتم من خلالها تحقيق الاستخدام الأمثل للموارد المالية المتاحة للبنك دون الاختلال بالتوازن المطلوب بين السيولة والربحية.¹

6-مؤسسات الرقابة الشرعية والمصرفية: تشكل الرقابة الشرعية إحدى المقومات الأساسية للعمل المصرفي الإسلامي، فهي تضطلع بمهام أساسية وأدوار متميزة تعكس خصوصية الصيرفة الإسلامية، وذلك من خلال التتبع المستمر والرصد الدائم لسير عمل المؤسسات المالية الإسلامية، والتأكد من مطابقة أعمالها وموافقتها لأحكام الشريعة. كما تمثل الرقابة الشرعية ضمانا أساسيا لشريعة مختلف هذه المعاملات، ومدخلا عمليا لكسب ثقة الناس وطمأنتهم بخصوص طبيعة المسار الذي تسلكه أموالهم على مستوى المعاملات المرتبطة بمجال التمويل والاستثمار.

وتعتبر الرقابة الشرعية ضرورة حضارية وسندا حقيقيا، تكفل استمرار المؤسسات المالية الإسلامية في السير وفق المنهج الشرعي، وتساهم بقوة في ضمان استقرار النظام المالي والمصرفي، خاصة في ظل التنوع، وكذا التعدد الحاصل على مستوى المنتجات والعقود المالية، وكذا ضخامة حجم المؤسسات المالية، ثم التعقيد الذي تعرفه بعض المنتجات التمويلية، وبالأخص تلك المركبة من عقود مختلفة.

أما الرقابة المصرفية فيقصد بها مجموعة من القواعد والإجراءات والأساليب التي تسير عليها أو تتخذها السلطات النقدية والبنوك المركزية والمصارف، بهدف الحفاظ على سلامة المراكز المالية للمصارف توصلا إلى تكوين جهاز مصرفي سليم وقادر، يساهم في التنمية الاقتصادية، ويحافظ على حقوق المودعين والمستثمرين، وبالتالي قدرة الدولة والثقة بأدائها.² وما دامت المصارف الإسلامية تمثل إحدى مكونات الجهاز المصرفي، فقد أوجبت القوانين المنشئة لها ضرورة خضوعها إلى رقابة البنوك المركزية.

وتكمن الغاية من إسناد مهمة الرقابة المصرفية وتنفيذ السياسة النقدية والائتمانية إلى البنوك المركزية في الحفاظ على سلامة الجهاز المصرفي، خاصة وأنه يضطلع بدور أساسي من خلال عمله بأموال الغير، وارتباط عملياته بالنشاط الاقتصادي للدولة، وتصرفه في جزء من ثروة المجتمع التي يتعين الحفاظ عليها.³

ويعتبر البنك المركزي مؤسسة عمومية تمثل أعلى سلطة نقدية في الدولة تختص بالإشراف على النظام المصرفي والنقدي. ويعتمد على مجموعة من الأدوات الرقابية بغية المحافظة على سلامة المراكز

¹ - مدخل لتشخيص المعالم العامة لطبيعة التكامل الوظيفي بين المؤسسات المالية الإسلامية، د. عبد الناصر براني، د. ميلود زكري. ورقة بحث

مقدمة إلى المؤتمر الدولي: التكامل المؤسسي للصناعة المالية والمصرفية الإسلامية: 141. كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير. جامعة

حسبية بن بوعلي بالشلف، الجزائر. 17-18 دجنبر 2019.

² - العمليات المصرفية والسوق المالية، القاضي أنطوان الناشف، ومحافظ الشمال خليل الهندي، 191/1.

³ - أساسيات الاقتصاد الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة. د. محمد الوردى. ص: 243.

المالية للمصارف، وحماية أموال المودعين، وتوجيه النشاط المصرفي والتمويلي في الاتجاه الذي يخدم السياسة الاقتصادية والتنمية للمجتمع.

ويتم تعزيز التكامل بين المؤسسات المالية الإسلامية بمؤسسات داعمة للصناعة المالية والمصرفية الإسلامية، ويتعلق الأمر بكل من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) وهي هيئة مالية ذات شخصية معنوية مستقلة تصدر معايير شرعية وأخرى محاسبية إسلامية. وقد سجلت الهيئة في وزارة التجارة بمملكة البحرين في مارس 1991. كما تم تأسيس الوكالة الإسلامية الدولية للتصنيف الائتماني التي تتولى تقييم أداء وكفاءة المؤسسات المالية الإسلامية وتعزيز الشفافية، وقد صدر عقد تأسيس هذه الوكالة بوصفها شركة مساهمة بحرينية في شهر أكتوبر 2001. وهناك أيضا المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، وهو بمثابة اتحاد مهني للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، ثم مجلس الخدمات المالية الإسلامية وهو هيئة دولية تضع مجموعة من المعايير الرقابية والمبادئ الارشادية لتطوير وتعزيز صناعة الخدمات المالية الإسلامية، وقد صدر قانون سنة 2002 في ماليزيا بإنشائه كمنظمة دولية ذات امتيازات خاصة، وافتتحت أعماله في نوفمبر 2002. بالإضافة إلى ذلك تم تأسيس مركز السيولة المالية الذي يهدف إلى إدارة عمليات استثمار السيولة للمصارف الإسلامية والترويج للإصدارات المالية ودعمها.

المبحث الثاني: التكامل الوظيفي بين مؤسسة الزكاة والمصرفية الإسلامية

تمثل الزكاة إحدى المؤسسات المالية التي تسهم في تحقيق التنمية بمختلف أبعادها. ولضمان فعالية هذه المؤسسة وتحقيق وظيفتها بشكل شمولي، لابد من الاستعانة بالمؤسسة المصرفية التي تضطلع بأدوار أساسية في مجال تداول الأموال واستثمارها في ظل صيغ شرعية متميزة. وفي هذا السياق تتساءل عن دور الزكاة في دعم العمل المصرفي الإسلامي في ظل التكامل الوظيفي؟ ثم عن تجليات إسهام المؤسسة المصرفية في تفعيل الوظيفية التنموية للزكاة؟

المطلب الأول: الوظيفة التنموية للزكاة ودورها في دعم العمل المصرفي الإسلامي:

أولا: مفهوم الزكاة ومقاصدها التنموية:

الزكاة بمعنى الطهارة والنماء والبركة والمدح¹ يقال: زكا الزرع يزكو زكاء أي نما، قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾². كما تطلق الزكاة على الصلاح والتقوى، ومن ذلك قوله تعالى:

¹ - لسان العرب، ابن منظور 358/6، مادة: زكا.

² - سورة التوبة، جزء من الآية: 104.

﴿وَأَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ وَكَانَ تَحْتَهُ كَنْزٌ لَهُمَا وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا﴾¹. وقوله تعالى: ﴿وَلَكِنَّ اللَّهَ يُزَكِّي مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾² أي يصلح من يشاء³.

وسميت الزكاة زكاة لما يكون فيها من رجاء البركات، وتزكية النفوس وتنميتها بالخيرات، وهي مأخوذة من الزكاء وهو النماء والطهارة⁴.

أما الزكاة شرعا فتطلق على الجزء أو القدر المحدد من المال الذي فرضه الله للمستحقين له، كما تطلق أيضا على نفس فعل الإيتاء، بمعنى أداء ذلك الحق الواجب في المال. وكل ذلك يستفاد من خلال التعريفات التي أوردها فقهاء المذاهب، فقد عرفها المالكية بأنها: "إخراج جزء مخصوص من مال مخصوص بلغ نصابا لمستحقه إن تم الملك وحول غير معدن وحرث"⁵. وعرفها الحنفية بأنها: "تمليك جزء مال مخصوص، عينه الشارع لوجه الله تعالى"⁶.

ومن مدلولات الزكاة على مستوى الشرع الصدقة، وهو ما تبين من خلال مجموعة من النصوص الشرعية، من ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾⁷ وقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁸.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس فيا دون خمسة أوسق صدقة"⁹. ولذلك قال الإمام الماوردي: "الصدقة زكاة، والزكاة صدقة، يفترق الاسم ويتفق المسمى"¹⁰.

والزكاة فريضة دينية وعبادة مالية تعكس خصوصيات التشريع الإسلامي ومقاصده الإنسانية، خاصة في المجال الاجتماعي والاقتصادي. كما تعتبر إحدى الآليات العملية التي يتم اعتمادها لفهم فلسفة

¹ - سورة الكهف، الآية: 81.

² - سورة النور، جزء من الآية: 21.

³ - لسان العرب، ابن منظور، 358/6 مادة: زكا.

⁴ - الحكم الشرعي في زكاة وريوية النقود، القاضي الشيخ عبد الدائم. ص: 18.

⁵ - منح الجليل، شرح على مختصر سيدي خليل، محمد عlish، 3/2.

⁶ - الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي. 1788/3.

⁷ - سورة التوبة، جزء من الآية: 60.

⁸ - سورة التوبة، جزء من الآية: 104.

⁹ - أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب زكاة الورق. رقم الحديث: 1447.

¹⁰ - الأحكام السلطانية، الماوردي، ص: 145.

الإسلام على المستوى المالي، وإحدى الثوابت الأساسية التي تمثل عنوان إسلام المرء، وترجمة عملية للقيم الإسلامية التي تتجلى على وجه الخصوص في تثبيت معاني الأخوة والتعاون والمودة.

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا يَغْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَلَمْ يَخْشَ إِلَّا اللَّهَ فَعَسَىٰ أُوْلَٰئِكَ أَنْ يَكُونُوا مِنَ الْمُتَهْتَدِينَ﴾¹

وتتنطوي الزكاة على جملة من الأسرار النفسية والاجتماعية، وعلى جوانب الإعجاز من الناحية الاقتصادية والمالية. ويتحدد البعد التنموي للزكاة على المستوى النفسي للإنسان من خلال تحقيق التوازن الداخلي وتطهير النفس البشرية من صفة البخل والطمع وندس الشح والجشع. يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ثلاث مهلكات: شح مطاع وهوى متبع وإعجاب المرء بنفسه"². كما تتضمن الزكاة معاني البذل والعطاء وتعمق قيم الحس الاجتماعي في النفس البشرية، وترسخ مبدأ التوازن بين الاهتمام بالمصلحة الفردية واستحضار المصلحة العامة. ومن جانب آخر ففي أداء الزكاة إبعاد لنوازع الشر، وإطفاء نار العداوة والبغضاء وإزالة أسباب الحقد والضغينة، فالمستفيد من الزكاة لا يشعر بالهوان ولا يحس بالمدلة، لأنه يأخذ حقه الذي ضمنه له الرازق والخالق لكل شيء فيتحرر بذلك الفقير من ربة الحاجة ومذلة السؤال. يقول الشيخ يوسف القرضاوي: "إن شعور الفقير أنه ليس ضائعاً في المجتمع وأن مجتمعه يهتم به ويرعاه، كسب كبير لشخصيته، وزكاة لنفسيته، وهذا الشعور نفسه ثروة لا يستهان بها للأمة كلها."³

أما على المستويين الاجتماعي والاقتصادي، فإن الزكاة تعد إحدى الآليات الشرعية العملية لتطبيق مبدأ التكافل الاجتماعي، فالإسلام بتشريعه لهذه الفريضة المالية يروم استئصال شأفة الفقر والتخفيف من حدة الفوارق الاجتماعية، وكفالة مستوى لائق من المعيشة، أو ما يصطلح عليه على مستوى الفكر الاقتصادي الإسلامي بحد الكفاية تمييزاً له عن حد الكفاف الذي هو توفير الحد الأدنى من المعيشة. ويقصد بحد الكفاية "الحد الذي يوفر للفرد متطلباته بالقدر الذي يجعله في مجبوحة من العيش، وغنى عن غيره"⁴. كما تشكل الزكاة لبنة أساسية لبناء صرح الاقتصاد الإسلامي، وتفعيل الأدوات التمويلية التي تعتمد المصارف الإسلامية في إطار اجتناب المعاملات الربوية، كما تساهم في تحقيق التنمية، وبالتالي وضع المال في مساره الإسلامي الصحيح.

¹ - سورة التوبة، الآية: 18

² - كشف الحفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، إسماعيل بن محمد العجلوني، 1/ 386.

³ - فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي، 887/2

⁴ - توظيف أموال الزكاة في العالم الإسلامي، رؤية تنموية. د. عبد الحافظ الصاوي ص: 77.

ثانياً: دور الزكاة في تمويل القطاع المصرفي الإسلامي:

ارتباطاً بالبعد الوظيفي للزكاة، واستحضاراً للدور الاقتصادي والاجتماعي الذي تضطلع به هذه العبادة المالية، والذي يأتي في سياق التكامل المؤسسي لمنظومة المالية الإسلامية، تبرز بشكل جلي فعالية الزكاة وإسهامها العملي في تحقيق التنمية بمفهومها الشمولي. فهي تشكل ركيزة أساسية ومنطلقاً عملياً لتفعيل المنتجات المالية المصرفية، وجعلها أكثر استجابة للمتطلبات الاجتماعية في إطار المسؤولية الاجتماعية المنوطة بالمؤسسات المالية الإسلامية.

وبالنظر إلى فرضية الزكاة وتنوع وعائها، فإن ذلك يحقق استمرارية جزء مهم من الموارد المالية يوفر سيولة مهمة للمصارف الإسلامية يمكن اعتماد نسبة معينة منها مصدراً لتمويل القروض الحسنة وتفعيل مبدأ المسؤولية الاجتماعية. وفضلاً عن ذلك فإن من شأن تفعيل مؤسسة الزكاة أن يؤثر على طبيعة الصيغ التمويلية التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية، حيث سيركز العمل المصرفي الإسلامي وفق الاعتبار السابق على الأنشطة الإنتاجية والاستثمارية عوض تمويل الحاجات الاستهلاكية، والتي من المفروض أن تتم الاستجابة لها في إطار تفعيل الزكاة، وتعميم مصارفها المحددة شرعاً.

ولعل هذا الأمر يتضح أكثر عندما نستحضر الحكمة التشريعية من تقديم تشريع وجوب الزكاة على تحريم الربا. فانطلاقاً من المراحل التي مر بها التشريع الإسلامي في زمن الرسالة، نجد أن فرضية الزكاة تم تقديمها على تحريم الربا، والحكمة من ذلك تتجلى في بيان دور الزكاة ومقاصدها التي تروم معالجة الأسباب الكامنة وراء التعامل بالربا بشكل تدريجي. فالربا كما هو معلوم ينشأ في جهتين: حاجة المقترض إلى المال، وشح وأنانية المقرض الذي يهدف إلى استغلال المدين وفرض الزيادة الربوية عليه. وبالنظر إلى مقاصد تشريع الزكاة نجد أن من بينها توفير حد الكفاية اللازم حتى يستغني به الشخص عن الحاجة والعوز، وبالنسبة للمزكي فهي تعالج في نفسه الشح والبخل وتهذب فيه غريزة التملك حتى يتعود على البذل والعطاء والإنفاق.

وعليه، فإن غياب تفعيل الزكاة بوصفها إحدى المؤسسات المالية الإسلامية يؤدي لاحتالة إلى الانحراف على مستوى الفعل الاجتهادي في شقه التنزيلي المرتبط بمجال العمل المصرفي الإسلامي. وبيان ذلك أن "محاولة إزالة الربا دون تفعيل مؤسسة الزكاة تؤدي إلى خلل جوهري في مسيرة التمويل الإسلامي، سواء على مستوى الفهم والتنظيم، أو على مستوى الممارسة والتطبيق... إن غياب الدور الفاعل لمؤسسة الزكاة يؤدي إلى سلسلة من الأخطاء في الاجتهاد وفي التطبيق، فهو يفرغ التمويل الإسلامي من مضمونه، كما يجعل الحيل الربوية تظهر كأنها ضرورة لا يمكن الفكك منها، مع أنها في واقع الأمر لا تزيد المشكلة إلا سوءاً".¹

¹ - د. سامي السويم، أولويات الاقتصاد الإسلامي. مقال منشور بالموقع التالي: منتدى التمويل الإسلامي. Islamfin.go-forum.net.

ومن جانب آخر يمكن للزكاة أن تسهم في علاج مشكلة الضمانات وصيانة المديونيات ، والتي تشكل إحدى التحديات التي تواجهها المصارف الإسلامية في علاقتها مع العملاء الذين يعجزون عن أداء ما عليهم من ديون والتزامات مالية، فالزكاة تمثل تأمينا اجتماعيا للغارمين الذين اقترضوا ولم يتمكنوا من تسديد ديونهم. فعن قبيصة بن المخارق الهلالي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تحل المسألة إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمّل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة ، اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: قد أصابت فلانا فاقة، فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش ، فما سواهن من المسألة ، يا قبيصة سحت يأكلها صاحبها سحتا".¹

وأخيرا فالزكاة تعتبر أداة فعالة في دعم العمل المصرفي الإسلامي من خلال تفعيل مقصد التداول للنقد ورواجها عوض اكتنازها، أو جعلها خارج الدورة الاقتصادية. فهي تشكل أداة للضغط على أصحاب الثروة النقدية لإيداعها في المصارف الإسلامية التي تتسم بالكفاءة والخبرة على مستوى مواردها البشرية المؤهلة لاستثمار الودائع وفق صيغ شرعية مختلفة سواء ذات طابع تبادلي أو تشاركي.

المطلب الثاني: إسهام المؤسسة المصرفية في تفعيل الدور التنموي للزكاة:

أولا: الضوابط الشرعية لاستثمار أموال الزكاة:

من المداخل الأساسية التي يعول عليها من أجل إسهام الزكاة في تدوير الأموال ورواجها وتحقيق التنمية المستدامة، استثمار أموال الزكاة وتشغيلها في مشاريع اقتصادية مراعاة لمصلحة المستحقين وحفظا لكرامتهم وتوسيع دائرة المستفيدين وتمكينهم اقتصاديا.

ويقصد باستثمار أموال الزكاة "العمل على تنمية أموال الزكاة لأي أجل وبأية طريقة من طرق التنمية المشروعة لتحقيق منافع المستحقين".² ويستفاد من التعريف السابق أن عملية استثمار أموال الزكاة تقوم بالأساس على استخدام المال وتشغيله طلبا للنماء الذي هو ثمرة هذا الاستخدام، تحقيقا لمصالح المستحقين واستجابة لحاجياتهم.

ويعتبر استثمار أموال الزكاة من بين القضايا المالية التي حظيت باهتمام على مستوى الدراسات المعاصرة، كما تناولتها المجاميع الفقهية وأصدرت بشأنها جملة من الاجتهادات الفقهية المهمة تبعا لاختلاف الجهة المعنية بالاستثمار. وبيان ذلك أن استثمار أموال الزكاة إما أن يتم من طرف المستحقين لها بعد قبضها وهو أمر جائز لا إشكال فيه لتحقيق مبدأ التملك. وإما أن يتم استثمارها من قبل المالك للمال -

¹ - أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة، رقم الحديث: 1044.

² - استثمار أموال الزكاة: رؤية فقهية معاصرة" أبحاث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة. محمد عثمان شبير، 2/ 506.

وهو الغني الذي وجبت عليه الزكاة-وهنا تطرح مسألة الفورية، وقد ذهب جمهور الفقهاء بخصوص هذه المسألة الى القول بعدم جواز تأخير إخراج الزكاة بعد وجوبها¹. وإما أن يتم استثمارها من قبل الإمام الذي يشرف على عملية جمع أموال الزكاة، وهذه المسألة تناولها العلماء المعاصرون من خلال اجتهادات فردية وجماعية ويمكن إجمالها في موقفين:

-الأول يقضي بعدم جواز استثمار أموال الزكاة وهو رأي المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر ومجمع الفقه الإسلامي بالهند واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء بالمملكة العربية السعودية، ومجتهم في ذلك هو "الإخلال بواجب فورية إخراج الزكاة وتقويت تمليكها لمستحقيها وقت وجوب إخراجها والمضارة بهم"²، فضلا عن احتمال ضياع أموال المستحقين وتقويت مصلحة الانتفاع بحكم أن عملية الاستثمار تقوم على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة.

- الموقف الثاني يقضي بالجواز ويتعلق الأمر بمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بمجدة والهيئة الشرعية لبيت الزكاة في الكويت وقرار الندوة الثالثة لقضايا الزكاة المعاصرة. كما تبني هذا الرأي عدد من العلماء منهم الشيخ مصطفى الزرقا والشيخ يوسف القرضاوي والدكتور وهبة الزحيلي.

وقد تم تقييد القول بالجواز بضرورة الالتزام بالضوابط الآتية³:

- ✓ مراعاة حاجات المستحقين من الفقراء والمساكين، بحيث لا توجد وجوه صرف عاجلة لتلك الأموال تقتضي الصرف الفوري للأموال كالغذاء والكساء والسكن، فإذا وجدت تلك الحاجات العاجلة فلا يجوز صرف الزكاة بحجة الاستثمار.
- ✓ أن تتحقق من استثمار أموال الزكاة مصلحة حقيقية راجحة للمستحقين، وذلك بأن يكون احتمال انتفاع المستحقين بالأرباح أرجح من احتمال الخسارة. والمرجع في ذلك المختصون في مجال

¹ - جاء في القوانين الفقهية لابن جزي: "وتأخيرها بعد وقتها مع التمكن من إخراجها سبب للضمان والعصيان" ص: 89.

وجاء في الفقه الإسلامي وادلته للدكتور وهبة الزحيلي: "اتفق الفقهاء في المفتى به عند الحنفية على وجوب الزكاة فوراً بعد استيفاء شروطها من ملك النصاب وحولان الحول ونحوهما. فمن وجبت عليه الزكاة وقدر على إخراجها لم يجز له تأخيرها، ويأثم بالتأخير بلا عذر." 1813/3.

² - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، ينظر على سبيل المثال: القرار السادس من قرارات الدورة الخامسة عشرة المنعقدة في رجب 1418/ أكتوبر 1988. ص: 323.

³ - ينظر:

- أبحاث وأعمال الندوة الثالثة لقضايا الزكاة المعاصرة. ص: 323

- مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. مجلة المجمع. العدد: 3. الجزء 1. الصفحة: 383.

- محمد عثمان شبير، المرجع السابق.

الاقتصاد الذين يعتمدون على دراسة الجدوى الاقتصادية ويستحضرون متغيرات السوق وماله علاقة بمخاطر التجارة.

✓ أن تكون مجالات الاستثمار مشروعة كالتجارة والصناعة والزراعة، فلا يجوز استثمار أموال الزكاة في مجالات محرمة كالتمتع بالربا أو الاتجار في الخمر والمخدرات.

✓ أن تتخذ كافة الإجراءات الكفيلة ببقاء تلك الأموال على أصل حكم الزكاة، بحيث لا يصرف ريعها إلا إلى المستحقين.

✓ المبادرة إلى تنضيض هذه الأموال عند وجود حاجة، أي إذا وجدت حاجة عاجلة إلى الفقراء والمساكين فإنه يبادر إلى تنضيض المال، أي بيع هذه الأصول وقلبها إلى أموال تعطى لمستحقها.

✓ أن يتخذ قرار الاستثمار من له ولاية عامة كولي الأمر أو من يقوم مقامه من ذوي الاختصاص، وذلك مراعاة لمبدأ النيابة الشرعية.

✓ أن تكون هناك محاسبة ورقابة مالية دقيقة لئلا يتلاعب بأموال الزكاة، فيتم ذلك تحت إشراف هيئة شرعية للنظر فيما تستثمر فيه الأموال وتكون قراراتها ملزمة وليست استشارية فحسب.

ثانياً: آليات الاستثمار المصرفي لأموال الزكاة:

يكسب الاستثمار الزكوي أهمية كبيرة ويحقق مقاصد مهمة تتجلى في تفعيل دور المؤسسة الزكوية وتحقيق مقصد تداول الأموال وتوسيع القاعدة الإنتاجية وتوفير التمويل اللازم لأصحاب المشاريع الاستثمارية، وبالتالي الاستجابة لجانب مهم من الحاجات الأساسية التي تكفل تماسك المجتمع وتضمن استقراره.

وفي إطار تنزيل هذه الأهداف وأجرائها واقعياً، يركز خبراء الاقتصاد على أهمية اعتماد نهج زكوي في تمويل التنمية ينصرف إلى تعبئة الأموال الواجب تحويلها ممن تجب عليهم الزكاة إلى من تحقق لهم في اتجاه تمكين هؤلاء من مصادر الدخل لا من الدخل، وغايته حفظ كرامة ذوي الحاجة لسبب مستدام أو لسبب عابر بإمداد الصنف الأول بحق في أصول مالية تدر عليهم دخلاً دورياً يكفي لحاجاتهم لطول أعمارهم، وإمداد الصنف الثاني بمقومات النشاط الإنتاجي. وهذا المنهج ينقل الفقراء من وضعية العوز والحاجة إلى قوة منتجة قادرة على توفير متطلباتها بالاعتماد على نفسها واستغلال ما تملكه من مواهب وقدرات بدنية وعقلية ومهارات إبداعية في مجالات مختلفة.¹

¹ ينظر:

- علي يوعلا، النهج الزكوي في تمويل التنمية، مجلة مجلس الصوت، العدد الأول، السنة الأولى، ماي 2010، الصفحة: 44.

- محمد الوردي، أساسيات الاقتصاد الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، الصفحة: 188-189.

وفي هذا السياق تأتي أهمية التكامل الوظيفي بين المؤسسة الزكوية والمؤسسة المصرفية، إذ بإمكان هذه الأخيرة أن تسهم في تفعيل البعد التنموي للزكاة من خلال تبنيها للمسؤولية الاجتماعية. فهي تستطيع تحصيل زكاة أموالها وأموال عملائها، وما يقدم إليها من زكاة المسلمين وتجعل لذلك صناديق خاصة، كما يمكن لها الاسهام في صرف أموال الزكاة المودعة لديها وتوجيه نسبة مهمة من هذه الأموال في إطار مشاريع استثمارية بعد الدراسة المعمقة لهذه المشاريع المراد تمويلها.

أما عن صيغ التمويل المصرفي التي يمكن اعتمادها لاستثمار أموال الزكاة فتتجلى فيما يلي:

- **التمويل عن طريق التأجير:** يقصد به تملك الصندوق لأصول مادية كالآلات مثلاً، ويقوم بتأجيرها للمتمول الفقير ليعمل عليها على أن تكون الحيازة للمتمول والملكية للصندوق. ويمكن تنفيذ ذلك عبر أسلوبين هما: التأجير التشغيلي والتأجير المنتهي بالتمليك.

- **التمويل عن طريق المشاركة:** تتنوع أشكال التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية بالنظر إلى الأهداف المرغوبة، فبالنظر مثلاً إلى طبيعة الأموال الممولة تنقسم إلى مشاركة جارية ومشاركة استثمارية. وباعتبار مبدأ استمرارية ملكية المصرف تنقسم إلى مشاركة ثابتة ومشاركة متناقصة.¹ وبخصوص الأسلوب المعتمد في استثمار أموال الزكاة فيتم ذلك من خلال تمويل الصندوق مشاريع لحرفيين لا يملكون سوى محلاتهم مثل من يملك ورشة لكنها غير مجهزة فيكون شريكاً للصندوق في مشروعه على أساس:

المال من الصندوق.

المحل من الفقير المستحق للتمويل + مهنته أو خبرته أو شهادته.

وتأخذ المشاركة شكلين أساسيين هما:

* المشاركة الدائمة: تدوم ما دام المشروع قائماً.

* المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك: وتنتهي بتملك المتمول الفقير للمشروع بعد فترة محددة، وهذا بعد أن يطفئ مساهمة الصندوق في المشروع، وهذا النوع من المشاركات هو الذي نجده في تمويلات الصندوق، ذلك أنها مبنية على قاعدة التملك للعين المشارك عليها.²

- فاطمة بوعزيز، بحث ماستر بعنوان "مؤسسات التكافل الاجتماعي ودورها في دعم العمل المصرفي الإسلامي" إشراف د. محمد الوردى. السنة

الجامعية 2019-2020. الصفحة: 66

¹ - المالية التشاركية ورهانات التنمية. د. محمد الوردى. ص: 76

² - استراتيجية استثمار أموال الزكاة. فارس مسدور، مجلة شؤون الزكاة، العدد 32، مارس 2013. الصفحة: 47.

- **التمويل عن طريق المضاربة:** تعتبر المضاربة إحدى صيغ التمويل التشاركي التي تعتمد عليها المصارف الإسلامية في إطار توظيف الأموال واستثمارها، والاستجابة لحاجيات الأفراد والمجتمع تحقيقاً للبعد التنموي الذي يشكل إحدى المقاصد الأساسية للعمل المصرفي الإسلامي.

ومن صور اعتماد هذا الأسلوب في مجال استثمار أموال الزكاة أن تتم عملية التمويل من طرف صندوق الزكاة لفئة من أفراد المجتمع ممن يمتلكون مؤهلات مهنية وكفاءات في تخصصات مختلفة تؤهلهم للإنتاج والإبداع، لكنهم يفتقدون المال لتحقيق أعمالهم وابتكاراتهم. وتأخذ المضاربة شكلين أساسيين في التطبيق هما: المضاربة الدائمة والمضاربة المتناقصة.

ومن الصيغ الأخرى يمكن اعتماد صيغة التمويل بالقرض الحسن أو عن طريق السلم، أو تبني أسلوب الشراكة بين صندوق الزكاة وإدارة الأوقاف.

المبحث الثالث: التكامل الوظيفي بين المؤسسة الوقفية والمصرفية الإسلامية.

يشكل الوقف مظهراً من مظاهر العمل الخيري التضامني، فهو ينطوي على مقاصد اجتماعية وتنموية تعكس خصوصية منظومة العمل الخيري وفاعلية التمويلية. ولا شك أن تفعيل هذه القوة التمويلية لنظام الوقف يحتاج إلى آليات لتنزيلها وتثبيت مقوماتها. ومن ثمة تأتي أهمية المصرفية الإسلامية بما تملكه من صيغ تمويلية واستثمارية متنوعة كفيلة بتحقيق أهداف المالية الإسلامية خصوصاً في بعدها الاجتماعي والتنموي.

المطلب الأول: الوقف دعامة أساسية للعمل المصرفي الإسلامي:

أولاً: حقيقة الوقف ومشروعيته:

الوقف لغة بمعنى الحبس والمنع، ومنه وقفت الدابة أقفها وقفاً: إذا منعته وحبستها عن السير¹. وفي الاصطلاح الشرعي عرف الفقهاء الوقف بتعريفات مختلفة بحكم التباين الحاصل بينهم حول طبيعة الملك في الوقف وفي لزومه أو عدم لزومه. وهكذا فقد عرفه الإمام ابن عرفة بقوله: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه، ولو تقديراً"². فالوقف وفقاً للتعريف السابق لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة، وإنما يقطع حق التصرف فيها. بمعنى "أن المالك يحبس العين عن أي تصرف تملكي، ويتبرع بريعها لجهة خيرية تبرعاً لازماً، مع بقاء العين على ملك الواقف مدة معينة من الزمان، فلا يشترط فيه التأييد"³.

¹ - المصباح المنير، الفيومي. 160/2.

² - شرح حدود ابن عرفة للرصاص. ص: 411

³ - عقود التبرع في الفقه المالكي، د. عبد الكريم شهبون. ص: 21.

وعرفه الحنفية بأنه: "حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير"¹. ويستفاد من ذلك أنه لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف، وإنما يصح له الرجوع عنه لأن الأصح عند أبي حنيفة أن الوقف جائز غير لازم كالعارية.

وأخيرا عرفه ابن قدامة بقوله: "تحبس الأصل وتسبيل الثمرة"². ومعنى ذلك أن الوقف في حقيقته هو حبس العين وقطع التصرف فيها، ثم صرف المنفعة للجهة الموقوف عليها. ومن خصوصيات هذا التعريف أنه مقتبس من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها"³.

وارتباطا بالدور الذي يضطلع به الوقف في المجالين الاجتماعي والاقتصادي، أصبح التركيز في ظل الدراسات المعاصرة على بيان وظيفة الوقف وأبعاده التنموية، وهكذا استحضرت بعض التعريفات المضمون الاقتصادي للوقف، من ذلك على سبيل المثال تعريف صالح الصالحي الذي جاء فيه "تحويل لجزء من الدخل والثروات الخاصة إلى موارد تكافلية دائمة تخصص منافعها من سلع وخدمات وعوائد لتلبية احتياجات الجهات الفئات المتعددة المستفيدة، مما يساهم في زيادة القدرات الإنتاجية اللازمة لتكوين ونمو القطاع التكافلي الخيري الذي يعد أساس الاقتصاد الاجتماعي في الاقتصاد الإسلامي"⁴.

وينطوي الوقف على مقومات أساسية تحقق عنصر الفعالية على مستوى الممارسة العملية،⁵ فهو من أجل الأعمال وأفضل الصدقات، تضمن طبيعته بقاء المال ودوام الانتفاع بحكم خاصية الاستمرار، فأصوله تبقى ثابتة لاتباع ولا توهب ولا تورث ويستمر بذلك الانتفاع بثمار الوقف جيلا بعد جيل، وبالتالي يتحقق مبدأ الجريان في الصدقة كما أشار إلى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله "صدقة جارية". وللإشارة فهذا الجريان يكون "بحسب نوع المال الموقوف وطبيعته أو بما تحدده إرادة الواقف ورغبته، ويتميز عن الصدقة البسيطة أو العادية التي تستهلك عينها مرة واحدة فالصدقة تكون جارية ما جرت، أي طالما أن انتفاع الموقوف عليه هو انتفاع متكرر، ولو لعدد صغير من المرات فهو جريان. ويتحدد وقت الجريان وعدد مرات الانتفاع إما بطبيعة المال الموقوف أو بإرادة الواقف"⁶.

¹ - الفقه الاسلامي وأدلتها، وهبة الزحيلي. 7599/10.

² - المغني لابن قدامة 185/6

³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب 197/2 رقم الحديث: 2772

⁴ - المنهج التنموي البديل في الاقتصاد الإسلامي، صالح الصالحي. ص: 638

⁵ - من أهم عناصر هذه الفعالية على مستوى الممارسة الاجتماعية نجد: المؤسسة والاقرار بالشخصية المعنوية للوقف ثم استقلالية الإدارة والتمويل وأخيرا اعتداد أسلوب اللامركزية من الناحية الوظيفية.

⁶ - الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، منذر تحف. ص: 63

أما عن مشروعية الوقف فقد استند العلماء في تأصيلهم لهذه المشروعية إلى أدلة من القرآن والسنة والاجماع.

أما القرآن فقوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾¹ فهذه الآية تدعو إلى الخير والإحسان بشكل عام، والوقف يدخل ضمن أعمال الخير والبر.

كما دلت السنة النبوية على مشروعية الوقف، والندب إليه، فعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"².

وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخير، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟ قال: "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها"، فتصدق بها عمر على أن لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، في الفقراء، وذوي القربى، والرقاب، والضيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقاً غير متمول مالا³.

أما الإجماع فقد صرح غير واحد من أهل العلم بأن إجماع الصحابة منعقد على صحة الوقف، وقد فعله كثير من الصحابة كأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وعائشة وزيد بن ثابت وغيرهم⁴.

ثانياً: ارتباط الوقف بمجال التمويل المصرفي الإسلامي:

لعل من أوجه التكامل الوظيفي بين القطاع الوقفي والقطاع المصرفي تلك القوة التمويلية التي تحظى بها الأوقاف والتي تجد أساسها من مبدأ التقرب إلى الله عز وجل حيث يتم تحويل جزء مهم من المداخل والثروات الخاصة إلى موارد تكافلية إحصانية دائمة تخصص منافعها لتلبية احتياجات مجتمعية.

فالأصول الوقفية تمثل موارد مهمة يستفيد منها القطاع المصرفي في تحقيق جانب من أهدافه ودعم رسالته التنموية وتحمل مسؤوليته الاجتماعية، وتوفير سبل التمكين الاقتصادي. ويعتبر الوقف النقدي نموذجاً عملياً يعكس الدور التمويلي لهذا القطاع، إذ إنه يسمح بجمع تبرعات في شكل مبالغ بسيطة من

¹ - سورة آل عمران، الآية: 92

² - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية - باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته 1255/3-رقم 1631.

³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب 197/2-رقم الحديث: 2772.

⁴ - ينظر الاشراف في مسائل نكت الخلاف، القاضي عبد الوهاب 672/2.

فئة عريضة من الناس تمثل نواة أساسية لتأسيس صناديق وقفية وبنوك وقفية،¹ ويتم توظيف هذه الأوقاف النقدية من خلال مشاريع استثمارية.

وفي السياق ذاته ذكر الدكتور عبد الباري مشعل أنه "بناء على تقرير التمويل الإسلامي العالمي لسنة 2015 هناك حاجة ملحة لتنقيح القانون الحالي لإدارة الوقف في جميع البلدان الإسلامية تقريبا، لتشجيع المزيد من المؤسسين على إنشاء الأوقاف وخاصة الوقف النقدي. كما يمكن للوقف النقدي لعب دورين على الأقل هما: إعادة تنشيط ممتلكات الأوقاف القديمة وتمويل مشاريع اجتماعية اقتصادية أخرى في المجتمعات الإسلامية."²

ومن جانب آخر يمكن للمصارف الإسلامية استثمار فائض الأوقاف للإسهام في حل بعض المشاكل الاجتماعية، وذلك من خلال إنشاء مشروعات إنتاجية واستثمارية لتشغيل الشباب وتوفير فرص عمل لهم وذلك بعد دراسة الجدوى الاقتصادية لهذه المشاريع. وهذا أمر في الواقع ينسجم مع مقاصد الشريعة في مجال الأموال تداولها وإنتاجها. فمقتضى النظر الفقهي المقاصدي أن حكمة تشريع العبادات المالية هي الأخذ بأيدي الناس وحفظ كرامتهم وتمكينهم من مستلزمات العيش الكريم، ليتحولوا من مساكين إلى ماسكين بأسباب الاستغناء وتوفير الحاجيات ومساعدة الآخرين.

المطلب الثاني: دور المصرفية الإسلامية في مجال الاستثمار الوقفي:

أولا: مفهوم الاستثمار الوقفي وضوابطه الشرعية والاقتصادية.

يقصد بالاستثمار الوقفي "الإنفاق على أصول ثابتة من ممتلكات الوقف بغية تحقيق عائد مالي على فترات مختلفة."³ ومعنى ذلك أن مبدأ الاستثمار الوقفي يتغني الحفاظ على الأصول الوقفية وصيانتها-فترك الوقف بلا رعاية وعناية وصيانة يعتبر تفريطا وتضييعا ثم الإشراف على تنميتها بالطرق المشروعة ضمانا لاستمرار المنفعة وتحصيل الغلة والثمرة، وبالتالي استخدام إرادتها لأغراض اجتماعية وتنموية. وقد أشارت مدونة الأوقاف المغربية إلى هذه المسألة من خلال المادة 60 والتي جاء فيها "تجري على الأموال الموقوفة وفقا عاما جميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف. ولهذه الغاية، تكلف إدارة الأوقاف بتدبير هذه

¹ -تقوم فكرة البنك أو المصرف الوقفي على أساس تأسيس شركة مساهمة غير ربحية ينقسم رأسها إلى عدد من الأسهم الوقفية التي تطرح على الاكتتاب العام للجمهور، وتشكل هذه الأموال رأس المال المصرف. وعند تأسيس هذه المصارف الوقفية تعمل على تقديم بعض الخدمات الاجتماعية والمصرفية وكذا الأنشطة التمويلية والخدماتية.

² - د. عبد الباري مشعل، التكامل وتطوير المنتج الوقفي من خلال صناعة المالية الإسلامية. مقال منشور بالمجلة الدولية للمالية الريادية، يناير

2020. الصفحة: 08.

³ - القرار الاستشاري في البنوك الإسلامية، مصطفى كمال السيد: ص: 103

الأموال واستثمارها وفق القواعد المنصوص عليها في هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها". ونصت المادة 137 من المدونة على ما يلي: "تتوزع موارد الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة إلى نوعين: موارد لتغطية نفقات التسيير، وموارد لتمويل عمليات الاستثمار الخاصة بإقامة المشاريع الوقفية وتنمية عائدات الأموال الموقوفة وقفًا عامًا. وتتوزع النفقات إلى نوعين: نفقات للتسيير ونفقات للاستثمار".

والعلاقة بين الوقف والاستثمار¹ علاقة أساسية حيث يشمل الاستثمار أصول الأوقاف وبدل الوقف وريع الوقف وغلته، فالوقف في حقيقته استثمار، حيث يريد صاحبه أن يقف ماله في سبيل أن يحصد نتاجه يوم القيامة، ومن حيث الحفاظ على الأصل، ويكون الاستهلاك للنتاج والثمرة والربح والريع... فالقصد من استثمار الوقف تحقيق أكبر عائد للوقف أو تأمين أعلى ربح أو ريع من الأصل وذلك بالبحث عن أفضل الطرق المشروعة التي تؤمن ذلك.²

وقد استحضرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الاعتبار المتعلق بأهمية استثمار الوقف وتنميته حيث ميزت بين نوعين من الأوقاف، النوع الأول يتعلق بالأصول الموقوفة بأعيانها وهي الأوقاف التي اتجهت فيها نية الواقف إلى تحبيس أصل بعينه مثل وقف العقار ووقف المنافع. والنوع الثاني وهو الأوقاف الاستثمارية، ويقصد بها الأوقاف التي اتجهت فيها نية الواقف لجعلها أصلاً ينمى بالتقليب والاستغلال بحسب مقتضيات التجارية لا إلى تحبيسها بأعيانها، وإنما غرضه استدامة الوقف بتلك الأصول أو ببدايلها كوقف النقود والشركات الوقفية.³

ويمثل استثمار الوقف مدخلا عمليا لتفعيل مقاصده وتحقيق أغراضه، وسبيلا للإسهام في التنمية بمفهومها الشمولي، ذلك أن الوقف الإسلامي يركز بالأساس على تنمية الإنسان بكل أبعاده الروحية والنفسية والعقلية والبدنية باعتبارها التنمية الحقيقية، لذلك فهو يؤمن شروط الاستثمار في الرأس مال البشري وتحقيق الرعاية الاجتماعية وضمان الاستجابة للحاجيات وتوفير مختلف المنافع والخدمات. كما يعتبر الوقف من أنواع التمويل المعروفة في النظام الاقتصادي الإسلامي الذي يشكل أحد الآليات المحددة للمتغيرات الاقتصادية في ظل هذا النظام المالي، فهو يحقق مقصد تداول المال وزيادة الإنتاج،

¹ - لا بد من التمييز في هذا الإطار بين الاستثمار في الوقف واستثمار الوقف، فالاستثمار في الوقف بمعنى إنشاء الوقف والإضافة إليه والمحافظة على قدرته الإنتاجية بإصلاح ما خرب منه (التجديد) أو استبداله بوقف آخر (الاحلال) وهو ما يمكن أن يطلق عليه تنمية الوقف، وهنا يكون الوقف طالبا للتمويل. أما استثمار الوقف فهو بمعنى استخدام مال الوقف للحصول على المنافع أو الغلة التي تصرف في أوجه البر الموقوف عليها وهنا يكون الوقف مولا.

ينظر: الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه. ص: 13. د. عبد الحليم عمر، بحث مقدم الى الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، سلطنة عمان 2004/11/09.

² - استثمار الوقف الإسلامي في فلسطين. د. مهى توفيق شبيطة. المجلة الدولية للمالية العدد الأول 2016. الصفحة 231.

³ - المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ص: 1392. المعيار الشرعي رقم 60.

وفضلا عن ذلك يتحقق البعد التنموي للوقف من خلال تخصيص الأموال الوقفية للإقراض وتمويل المشاريع الصغرى في المجالات الفلاحية والتجارية، مما يسهم في توسيع قاعدة النشاط الاقتصادي وتشجيع القطاعات الاقتصادية والإنتاجية.

أما عن ضوابط استثمار الأموال الوقفية فنميز في هذا السياق بين نوعين هما: الضوابط الشرعية والضوابط الاقتصادية. فأما الضوابط الشرعية فتتلخص فيما يلي:

- مراعاة مبدأ المشروعية عند استثمار الوقف، بمعنى أن تكون مختلف عمليات الاستثمار مطابقة لأحكام الشريعة ومقاصدها، وذلك باجتناب وسائل الكسب المحرمة كالربا والغرر والغش والاحتكار...

- توجيه المشروعات الاستثمارية نحو مجال الطيبات، ومراعاة فقه الأولويات بالنظر إلى حاجيات المجتمع وما يحقق المصلحة الراجحة لأفراده، ودون إغفال حقوق الأجيال القادمة ومصالحهم في الاستفادة من منافع وغللات وعوائد الوقف.

- المحافظة على أصل الوقف واستمراريته وذلك من خلال الحرص على اجتناب مختلف المخاطر التي يمكن أن تحول دون تحقيق ذلك.

- مراعاة مقصد الواقف¹ والعمل بشرطه مادام هذا الشرط لا يخالف مراد الشارع. وقد صاغ الفقهاء قاعدة مهمة في هذا الإطار وهي " شرط الواقف كنص الشارع".²

- توثيق العقود والتصرفات التي تتم على أموال الوقف تجنباً لوقوع الغرر أو الجهالة، ودفعاً للشك والريبة، قال تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾³

¹ - نصت مدونة الأوقاف المغربية على ضرورة مراعاة مقصد الواقف وذلك من خلال الفصول التالية:

المادة 34

يجب التقيد بشروط الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ. فإذا اقترن الوقف بشرط غير مشروع أو استحالة تنفيذه، صح الوقف وبطل الشرط مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 14 أعلاه.

المادة: 35:

إذا كانت ألفاظ عقد الوقف صريحة، وجب التقيد بها. وإذا كانت غامضة، تعين البحث عن قصد الواقف، ويمكن الاستعانة في ذلك بالعرف وبظروف الحال.

المادة: 36:

إذا كانت بنود عقد الوقف متعارضة فيما بينها وأمكن العمل بها جميعاً، وجب الجمع بينها، فإن تعذر ذلك لزم الأخذ بما يحقق المصلحة من الوقف.

² - الأشباه والنظائر، ابن نجيم. ص: 119.

³ - سورة البقرة، الآية: 282.

- مراعاة مبدأ التنمية الإقليمية: ويقصد به "أن توجه الأموال نحو المشروعات الإقليمية البيئية المحيطة بالمؤسسة الوقفية ثم إلى الأقرب فالأقرب، ولا يجوز توجيهها إلى الدول الأجنبية والوطن الإسلامي في حاجة إليها".¹

- التوازن بين العائد الاجتماعي والعائد الاقتصادي ويقصد بذلك " توجيه الاستثمارات نحو المجالات الخيرية والاجتماعية والتي تعتبر المقصد الأساسي من الوقف، وكذلك المجالات الاقتصادية ذات العائد الاقتصادي المرضي والذي يسهم بدوره في تقديم المنافع والخدمات ذات الطابع المالي".²

أما بخصوص الضوابط الاقتصادية الذي ينبغي استحضارها على مستوى الاستثمار الوقفي فتتلخص في ضرورة التحلي بالمهنية في إطار الاستثمار الوقفي، وذلك باختيار مجال الاستثمار الأنسب الذي يؤمن الربح الأفضل مع تنوع الأصول الوقفية وتطوير صيغ جديدة والتركيز على دراسة الجدوى الاقتصادية لتلك المشاريع الاستثمارية. بالإضافة إلى ذلك لا بد من الحرص على " تقليل المخاطر الاستثمارية، وذلك باجتناّب الاستثمارات ذات المخاطر المرتفعة مع تأمين الحصول على الضمانات اللازمة المشروعة من تلك المخاطر، وإجراء التوازن بين العوائد والأمان، قياساً على مال اليتيم، إذ منع من التصرف فيه إلا بما هو أحسن".³

ومن أجل ضمان عوائد إيجابية عند الاستثمار الوقفي، لابد من المتابعة الدقيقة والمراقبة المستمرة لمشاريع الوقفية وتقويم أدائها للتأكد من الالتزام بالضوابط المحددة والسير وفق الخطط والسياسات المحددة سابقاً. وفي هذا السياق تأتي أهمية " تعزيز القطاع الوقفي بهيئات رقابية وشرعية قانونية تقوم مسيرته في الحفاظ على الممتلكات الوقفية وعلى حقوق المستفيدين".⁴

ثانياً: وظيفة المؤسسة المصرفية في الاستثمار الوقفي:

من الثابت أن تحقيق التنمية المستدامة يتوقف على تنوع المشاريع الاستثمارية وضمان استمراريتها ومراعاتها للحاجات الأساسية الخاصة بالأفراد والمؤسسات. ويشكل الاستثمار الوقفي اهم المداخل الأساسية لتحقيق اندماج المؤسسات المالية الإسلامية فيما بينها وتفعيل مقومات التكامل

¹ - مقال بعنوان " منهج وأساليب إدارة أموال المؤسسات الوقفية" د. حسين شحاتة ص: 07

² - استثمار الوقف الإسلامي في فلسطين. د. مهى توفيق شبيطة. المجلة الدولية للمالية العدد الأول 2016. الصفحة 234.

³ - ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلامي، د. حسن السيد حامد خطاب: 25. بحث مقدم لمؤتمر الرابع للأوقاف الذي نظمته الجامعة الإسلامية بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد تحت عنوان " نحو استراتيجية تكاملية للنهوض بالوقف الإسلامي". السنة: 2013/1434.

⁴ - الحاجة الى تحديث المؤسسة الوقفية بما يخدم أغراض التنمية الاقتصادية، د. محمد بوجلال. ص: 25 بحث مقدم لفعاليات المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي المنعقد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية-جامعة أم القرى-محرم 1424 / مارس 2003.

الوظيفي. وفي هذا السياق تأتي أولوية استثمار الأموال الوقفية من قبل مؤسسات مالية مؤهلة للقيام بهذه الوظيفة، وهذا ما أوصى به المعيار الشرعي الخاص بالوقف والذي جاء فيه:

"يجب عند استثمار ريع الوقف أو الأوقاف الاستثمارية اتخاذ جميع الوسائل الكفيلة بتطويره والمحافظة عليه، والاستفادة من الطرق الحديثة المشروعة للاستثمار بمقتضياتها، مع مراعاة أحكام الوقف الشرعية وشروط الواقفين. ينبغي الاستعانة بالخبراء المتخصصين في الاستثمار كمؤسسات المالية الإسلامية".¹

ومن خصوصيات القطاع المصرفي الإسلامي أنه يوفر لمؤسسات القطاع الوقفي فرصا حقيقية لتمويل وتنمية الأصول الوقفية، ومتابعة العملية الاستثمارية للقطاع الوقفي في ظل تنوع الصيغ الاستثمارية وكفاءة الموارد البشرية بما تملكه من خبرات تؤهلها أكثر لدراسة المحيط الاستثماري والتأكد من الجدوى الاقتصادية للمشاريع التنموية، فضلا عن التقليل من حدة المخاطر المرتبطة بمجال الاستثمار.

ومن القواعد المعروفة في المجال الاقتصادي أن قياس وتقييم مخاطر الاستثمار يعتبر "من أهم المتغيرات المؤثرة في قرار الاستثمار والذي يترتب عليه قبول أو تعديل أو رفض المشروع الاستثماري وتقييم الفرصة الاستثمارية المصاحبة للمشروع الاستثماري".²

وتتنوع صيغ استثمار الوقف بشكل عام تبعا لاختلاف طبيعة أموال الوقف، فإذا كانت هذه الأموال عبارة عن عقارات فيتم استثمارها وفق عقود التمويل المصرفية للمشاركة والإجارة والاستصناع، وإذا كانت عبارة عن أراضي زراعية غير مشجرة فيتم استثمارها من خلال صيغ المزارعة والمساقاة والمغارسة، أما إذا كانت الأموال الوقفية نقودا فيتم استثمارها عن طريق المضاربة والمراجحة، وعليه يمكن القول انه على حسب طبيعة مال الوقف يتم اختيار الصيغة المناسبة لاستثماره.

وفي ظل تنوع صيغ الاستثمار الوقفي وتطورها في ظل الهندسة المالية الخاصة بمجال الوقف،³ سيتم التركيز على نماذج مختارة من الصيغ المعاصرة المتعلقة بالمجال المصرفي والتي تسهم في الفعل التنموي وتسعى إلى الرفع من الكفاءة الإنتاجية للملكية الوقفية، ويتعلق الأمر بالصيغ التالية:

¹ - المعيار الشرعي رقم: 60.

² - أساسيات دراسة الجدوى الاقتصادية وقياس مخاطر الاستثمار، د. محمد عثمان إسماعيل. الصفحة: 198.

³ - لأبأس من الإشارة إلى أن بعض الدراسات المعاصرة في مجال الوقف تركز على ضرورة تطوير مجال الاستثمار الوقفي لتفعيل مقومات التنمية، من ذلك على سبيل المثال ما أكد عليه الدكتور صالح النشاط من خلال أطروحته بعنوان "الاستثمار الوقفي وقضايا المعاصرة بالمغرب" من ضرورة توسيع باب الاجتهاد ليسع أوعية جديدة للاستثمار الوقفي حتى تسع مختلف القضايا المعاصرة وذلك من خلال الانفتاح على الصيغ

- **الوكالة بالاستثمار:** من الصيغ الاستثمارية التي يعتمد عليها المصرف الإسلامي، الوكالة بالاستثمار، ويقصد بها "قيام المصرف بدور الوكيل في عمليات استثمارية نيابة عن الافراد او الشركات الراغبة في ذلك".¹ وقد تناول المعيار الشرعي رقم 46 نظام الوكالة بالاستثمار مبيناً الاحكام الخاصة به وسبل تطبيقه.

فالمصارف الإسلامية باعتبارها مؤسسات مالية بإمكانها فتح حسابات وقفية استثمارية أو ادخارية لتشجيع المتبرعين على العمل الخيري التطوعي، بحيث يتم استثمار هذه الأموال في مجالات متنوعة وتنفق عوائدها على عدد من جهات البر بحسب طبيعة الحاجات ومجالاتها، وذلك تحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية للمصرف الإسلامي.

- **المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك:** لا شك أن من أهم العوامل التي تساعد على تحقيق مبدأ الشراكة بين المؤسسة الوقفية والقطاع المصرفي، تملك معظم المؤسسات الوقفية للأصول والعقارات، ثم قدرة المصارف الإسلامية على استقطاب نسبة مهمة من السيولة والتي تمثل مصدر التمويل اللازم لإنجاز مشاريع مشتركة مع القطاع الوقفي. ولذلك يمكن القول إن من أهم مجالات التكامل الوظيفي بين القطاعين المصرفي والوقفي هو مجال الاستثمار العقاري والذي يتم على أساس "إجراء ترتيب منظم لتوفير جزء من الدخل المتحصل ليدفع أقساطاً لسداد قيمة الحصة المتنازل عنها، ليصبح العقار كاملاً للوقف مع الزمن، ويصرف الجزء الباقي من الربح على الموقوف عليهم، فإن تمت الملكية للوقف -بعد انتهاء الأقساط- صار الربح كاملاً للموقوف عليهم".²

وبخصوص كيفية تطبيق أسلوب المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك لمؤسسة الوقف، يمكن لناظر الوقف على سبيل المثال أن يقوم بإشراك جهة ممولة كمصرف إسلامي أو شركة استثمارية بعمارة أرض هذا الوقف أو توسعه العمارة فيها على أن تكون حصة الأوقاف قيمة الاعيان الموقوفة - الأرض وما يلحق بها من بناء- التي يراد استغلالها بإقامة المشروع عليها أو توسعته، وتكون حصة الجهة الممولة الأموال اللازمة لإقامة هذا المشروع وتوزيع الأرباح بينهما وفقاً لما يتفقان عليه على أن يتضمن عقد الشراكة بينهما التزاماً من الجهة الممولة بالتنازل عن حصته للأوقاف خلال فترة زمنية يتم تحديدها حسب قيمة الدفعات المالية التي تقدمها الأوقاف إلى الجهة الممولة. ويقدر ما تدفع مؤسسة الوقف

الاستثمارية الحديثة من قبيل الوقف الإنمائي والوقف النقدي والصكوك والسندات الوقفية ووقف المنافع والحقوق المعنوية ووقف الأرصاد والأوقاف المتحدة والأوقاف الرقبة والعقود الوقفية الذكية وغيرها.

¹ - البنوك الوقفية دراسة فقهية اقتصادية، عبد المنعم زين الدين. 682/2

² - الاستثمار المعاصر للوقف، مقال للدكتور محمد الزحيلي. ص: 19

للجهة المسؤولة لشركة تنقص حصة هذه الجهة من ملكية المشروع وتزيد حصة المؤسسة الوقفية... ثم تنتهي باستهلاك كامل للمشروع المؤسسة الوقفية"¹

-**عقد الاستصناع:** صورة هذا العقد أن تتفق مثلاً مؤسسة الوقف مع جهة تمويلية كمصرف الإسلامي على إنجاز مشروع استثماري على أرض لها، بحيث تتولى الأوقاف تحديد طبيعة المشروع، وصفاته ثم تتولى الجهة الممولة بالإنجاز، وبعد انتهاء المشروع تتسلمه الأوقاف وتقوم بدفع ثمنه إلى الجهة الممولة على شكل أقساط منظمة.

-**سندات الاستثمار:** يمثل الاستثمار في السندات من أهم الصيغ المعاصرة الكفيلة بتحقيق الكفاءة الإنتاجية للأموال الوقفية. وصورة الاستثمار النقدي بهذه السندات "أن يكون ناظر الوقف النقدي نائباً عن حملة الصكوك هو رب المال، ويكون المصرف الإسلامي أو المؤسسة الإسلامية التي ستقوم بالاستثمار هي المضارب، ويكون الربح بين الوقف النقدي وبين العامل على حسب ما يتفقان عليه".²

وخلاصة القول فالتكامل الوظيفي بين مؤسسات المالية الإسلامية، أضحت ضرورة شرعية قائمة في ظل الاكراهات المعاصرة التي أفرزتها المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية إقليمية ودولياً. كما بات من اللازم تطوير الهندسة المالية الإسلامية للاستفادة من جوانب التكامل بين هذه المؤسسات، خصوصاً القطاع الخيري الذي تتقاسم مختلف مكوناته وظيفة تراكمية توزيعية للموارد المالية، والتي تشكل مصدراً أساسياً لتمويل مختلف الأنشطة الخدمية والاستثمارية. ومن جانب آخر تقوية دور المؤسسات المصرفية للإسهام في تحقيق التنمية.

كما ينبغي التأكيد على أولوية صياغة تشريع متكامل ينظم علاقة مؤسستي الزكاة والوقف بالقطاع المصرفي الإسلامي، والذي من شأنه تطوير الاستثمار في الأملاك الوقفية من خلال المصارف الإسلامية، ثم العمل على تجاوز التصور التقليدي للوقف في أفق تعميم مقاصده الاستشرافية في أبعادها الاجتماعية والتنمية، فضلاً عن ذلك ينبغي الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة وما توفره من إمكانيات مهمة كفيلة بتطوير الصناعة المالية الإسلامية، وتأهيلها لتكون في مستوى منافسة المؤسسات المالية التقليدية، ومواكبة المستجدات المالية والاقتصادية خاصة في ظل تحديات العولمة.

¹ - الصيغ الحديثة لاستثمار الوقف، راشد بن أحمد العليوي. ص: 20. بحث منشور بموقع: موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي.

² - المصارف الإسلامية ودورها في رفع الكفاءة الإنتاجية للملكية الوقفية، الطاهر قانة. ص: 136

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.
- الأحكام السلطانية، الماوردي. دار الكتب العلمية، لبنان.
- أساسيات الاقتصاد الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة. د. محمد الوردى. مطبعة طوب بريس، الرباط. السنة: 2011.
- الأشباه والنظائر، ابن نجيم. تحقيق الدكتور محمد الحافظ. دار الفكر، لبنان الطبعة الرابعة، 2005/1426.
- الإشراف في مسائل نكت الخلاف، القاضي عبد الوهاب. تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم. الطبعة الأولى، 1999/1420.
- البنوك الوقفية دراسة فقهية اقتصادية، عبد المنعم زين الدين. أروقة الدراسات والنشر، الأردن. الطبعة الأولى. السنة: 2016/1437.
- التنظيم الفقهي والتنظيم القانوني للسوق المالية الإسلامية. د. محمد الأمين ولدعلي. دار ابن حزم، بيروت. الطبعة الأولى. 2011.
- توظيف أموال الزكاة في العالم الإسلامي، رؤية تنموية. د. عبد الحافظ الصاوي. الطبعة الأولى، السنة: 2012.
- الحكم الشرعي في زكاة وربوية النقود، القاضي الشيخ عبد الدائم. دار البشائر، دمشق. سوريا. الطبعة الأولى، السنة: 2004.
- الدور التنموي لتكامل المؤسسات المالية الإسلامية، بن الضيف محمد عدنان. أطروحة دكتوراه. جامعة محمد خيضر بسكرة. السنة: 2016.
- شرح حدود الإمام الأكبر أبي عبد الله بن عرفة، أبو عبد الله محمد الانصاري. مطبعة فضالة، المغرب. السنة: 1992/1412.
- صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري لجعفي. دار الحديث، القاهرة. السنة: 2004/1425.
- عقود التبرع في الفقه المالكي، د. عبد الكريم شهبون. الطبعة الأولى، السنة: 1992/1413.
- العمليات المصرفية والسوق المالية، القاضي أنطوان الناشف، ومحافظ الشال خليل الهندي. مراجعة نوال شلح مسعود، المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان.
- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي. دار الفكر المعاصر. دمشق، الطبعة الرابعة المعدلة. 2004/1425.
- فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة، يوسف القرضاوي. مكتبة وهبة، القاهرة. الطبعة الخامسة والعشرون. 2006/1427.
- القوانين الفقهية لابن جزي. دار المعرفة. (بدون تاريخ)

- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، إسماعيل بن محمد العجلوني. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية.
- المالية التشاركية ورهانات التنمية. د. محمد الوردی. مطبعة قرطبة، أكادير. الطبعة الأولى، السنة: 2019.
- المصارف الإسلامية ودورها في رفع الكفاءة الإنتاجية للملكية الوقفية، الطاهر قانة. أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الاقتصاد الإسلامي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر. الطبعة الأولى. 2012-2013
- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة والمؤسسات المالية الإسلامية.
- منح الجليل، شرح على مختصر سيدي خليل. محمد عليش. دار الفكر، السنة: 1989/1409
- المنهج التنموي البديل في الاقتصاد الإسلامي، صالح الصالحي، دار الفجر، الطبعة الأولى. السنة: 2006.
- الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته. د. منذر قحف. دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى. 1421.

المجلات:

- استثمار الوقف الإسلامي في فلسطين. د. مهى توفيق شبيطة. المجلة الدولية للمالية العدد الأول 2016. الصفحة 231.
- استثمار الوقف الإسلامي في فلسطين. د. مهى توفيق شبيطة. المجلة الدولية للمالية العدد الأول 2016. الصفحة 234.
- أهمية تفعيل التكامل الوظيفي بين مؤسسات الاقتصاد الإسلامي، د. عبد الناصر براني ود. إسماعيل مومني. مقال منشور بمجلة الاقتصاد الصناعي، العدد: 12. مارس السنة: 2018. الصفحة: 41.
- سامي السويلم، أولويات الاقتصاد الإسلامي. مقال منشور بالموقع التالي: منتدى التمويل الإسلامي. Islamfin.go-forum.net
- الصناعة التأمينية التكافلية بين العودة إلى الأسس والاستعداد للمستقبل. د. عبد الحليم عمار غربي. مقال منشور بمجلة التمويل والاستثمار والتنمية المستدامة. المجلد 04 / العدد الأول / يونيو 2020. ص: 59.
- عبد الباري مشعل، التكامل وتطوير المنتج الوقفي من خلال صناعة المالية الإسلامية. مقال منشور بالمجلة الدولية للمالية الريادية، يناير 2020. الصفحة: 08.
- علي يوعلا، النهج الزكوي في تمويل التنمية، مجلة مجلس الصوت. العدد الأول، السنة الأولى. ماي 2010. الصفحة: 44.
- فارس مسدور، استراتيجية استثمار أموال الزكاة. مجلة شؤون الزكاة، العدد 32، مارس 2013.

المؤتمرات:

- الحاجة إلى تحديث المؤسسة الوقفية بما يخدم أغراض التنمية الاقتصادية، د. محمد بوجلال. ص: 25 بحث مقدم لفعاليات المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي المنعقد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية-جامعة أم القرى- محرم 1424 / مارس 2003.

- ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلامي، د. حسن السيد حامد خطاب: 25. بحث مقدم للمؤتمر الرابع للأوقاف الذي نظّمته الجامعة الإسلامية بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد تحت عنوان "نحو استراتيجية تكاملية للنهوض بالوقف الإسلامي". السنة: 1434/2013.
- مدخل لتشخيص المعالم العامة لطبيعة التكامل الوظيفي بين المؤسسات المالية الإسلامية، د. عبد الناصر براني، د. ميلود زكري. ورقة بحث مقدمة إلى المؤتمر الدولي: التكامل المؤسسي للصناعة المالية والمصرفية الإسلامية: 141 كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير. جامعة حسنية بن بوعلي بالشلف، الجزائر. 17-18 دجنبر 2019.

تطبيقات العمل بالسياسة الشرعية بين التراث السياسي الإسلامي والواقع المغربي المعاصر

د. عبد الوهاب محسن
كلية الشريعة، جامعة ابن زهر.

الملخص:

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على مولانا رسول الله

يعرض هذا البحث لأُمثلة وتطبيقات العمل بالسياسة الشرعية بعيدا عن الأمثلة التقليدية، محاولا التركيز على الحالة المغربية في واقعها المعاصر من خلال مجالات العقيدة والقضاء والجنايات والعبادات والأحوال الشخصية والاقتصاد والمال والإدارة والتنفيذ والتشريع... كما يحرص البحث على إبراز الحضور القوي لهذه التطبيقات في ظل جائحة كورونا، وهو ما ينفذ الغبار عن مصطلح السياسة الشرعية الغائب بلفظه والحاضر بأُمثله وتطبيقاته بما يتناسب وقيام هذه الدولة الشريفة على أسس الشرعية الدينية ممثلة في البيعة الشرعية وإمارة المؤمنين.

الكلمات المفتاحية: -السياسة الشرعية-المغرب-تطبيقات-كورونا-

Abstract

This research presents a series of instances and applications of Shariaa law politics different from traditional examples, trying to Focus on the Moroccan situation in its current reality through the fields of doctrine, the judiciary and crimes, worship, civil status, economy, finance, administration, implementation and legislation... The research also seeks to highlight the strong presence of these applications under the Corona pandemic And that's what dissipates the term "Shariaa law policy," which is present in terms of its examples and applications in proportion to the existence of this « Sherifien » State on the basis of religious legitimacy, represented by the legitimate Bayaaand the Emirate of thebeliever.

مقدمة

يكاد مصطلح السياسة الشرعية يبدو غريبا حتى وسط أهله، غربة جعلت مَنْ عرفه باسمه، يجهل وجوده ودوره وقدرته على حل كثير من إشكالات الناس اليوم بما يحفظ لهم الانفتاح على عالم يطل عليهم كل يوم ومن كل باب دون التفريط في التمسك بشريعة ربهم والاعتصام بسنة نبيه صلى الله عليه وسلم. وبين يدي القارئ في هذا البحث مجموعة من الأمثلة على تطبيقات العمل بالسياسة الشرعية قديما وحديثا في المجالات المختلفة، وهي والله الحمد مجالات واسعة جدا أوجدت لنا رصيда كبيرا من الأمثلة والتطبيقات التي سأوزعها بين مطلبين اثنين، فأجعل الأول لبيان تطبيقات السياسة الشرعية بين الأمس واليوم، بينما أخصص المطلب الثاني لتطبيقات السياسة الشرعية في ظل جائحة كورونا كي يعرف الجميع أن الأمر يتعلق بمصطلح حي له أثر عميق ومباشر على مجالات متعددة في الحياة، وليعلم مدى قدرة العمل بالسياسة الشرعية على تنظيم وحل كثير من الإشكالات المرتبطة بواقع الناس اليوم، مما يجعلها حاضرة على مستوى العمل بها وتطبيق أحكامها وإن غاب اسمها.

المطلب الأول: تطبيقات العمل بالسياسة الشرعية بين الأمس واليوم

أولا: تطبيقات السياسة الشرعية في مجال العقيدة

إن مجال العقيدة - كما لا يخفى - من المجالات التي أحيطت بقدر مهم من النصوص الشرعية التي تضبط أصولها الكبرى، فالقول فيها لصيق بالنص الشرعي، مثلها في ذلك مثل العبادات، إذ معرفة الله كما عبادته لا تكون إلا من جهته، وبالوجه الذي ارتضاه. ومن هذا المنطلق كان دخول السياسة الشرعية مجال العقيدة ضيقا جدا، ويمكن أن نحصره في الأمور التالية:

- نشر العقيدة الصحيحة، وتربية الأمة على صدق الارتباط بربها وحسن التوكل عليه، والحرص ما أمكن على جمع أفراد المجتمع على ذلك حماية له من الفتن والفوضى، فعدم الانتباه لهذا الأمر هو الذي جرّ على الأمة، ويجرّ عليها اليوم ويلات متعددة، ويوقعها في فتن طاحنة.
- تصحيح السلوكات المصادمة للعقيدة الإسلامية، والتي تُجمع الأمة على فسادها وبطلانها.
- حماية المجتمع من العقائد الفاسدة المستوردة، البعيدة عن أفكاره ومعتقداته، والتي تقتحم حماه في جنح الظلام، وتحت مسميات متعددة.

لقد حرص النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء من بعده على نشر العقيدة الإسلامية وتربية الناس عليها وترسيخها في قلوبهم، كما حرصوا على حماية المؤمنين من مزالق الشرك والارتداد إلى الكفر والضلال، ومن ذلك تراجع النبي عليه الصلاة والسلام عن هدم الكعبة وبناءها على قواعد إبراهيم، قائلا لعائشة رضي الله عنها: "لولا حداثة قومك بالكفر، لنقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم عليه

الصلاة والسلام، فإن قريشا استقصرت بناءه وجعلت له خلفاً¹، أي: باباً. ومنه أيضاً قطع عمر رضي الله عنه لشجرة الرضوان التي بوع عندها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد أخرج ابن أبي شيبة في المصنف عن نافع رضي الله عنه قال: "بلغ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن ناساً يأتون الشجرة التي بوع تحتها، فأمر بها فقطعت"². ومنه أيضاً فتوى الإمام مالك رحمه الله للخليفة المهدي بن المنصور بعد أن هم بإعادة بناء الكعبة على ما بناها عليه ابن الزبير رضي الله عنه موافقا لرغبة النبي صلى الله عليه وسلم -وقد كان عبد الملك بن مروان ردها إلى ما كانت عليه لعدم علمه بمحدث عائشة رضي الله عنها- حيث قال له الإمام مالك: "إني أكره أن يتخذها الخلفاء لعبة-يعني يتلاعبون بها بحسب آرائهم- هذا يرى رأي ابن الزبير، وهذا يرى رأي عبد الملك بن مروان، وهذا يرى رأياً آخر"³، وفي ذلك ما فيه من حفظ هبة البيت العتيق.

وقد استمر الأمر على هذا الحال من حفظ الخلفاء والأمراء المخلصين لعقيدة الأمة عبر الأزمان، وقد سجل لنا التاريخ من ذلك المواقف الكثيرة والمشرفة، ومن ذلك ما روي عن الملك المصلح العالم المشارك سليمان بن مولاي محمد العلوي (1238هـ) من محاربة للبدع والعقائد الفاسدة، وخطبته في ذلك معروفة مشهورة، وقد أوفى رحمه الله بما اشترط عليه عند بيعته، فإنه كما يقول الجبرتي في تاريخه عند ترجمته لسيد محمد بن الطالب بن سودة المري الفاسي التاودي (1207هـ)- "لما توفي مولاي محمد سلطان المغرب، ووقع الاختلاف والاضطراب بين أولاده، اجتمع العامة والخاصة على رأي المترجم، فاختر المولى سليمان، وبايعه على الأمر بشرط السير على الخلافة الشرعية والسنن المحمدية، وبايعه الكافة بعده على ذلك، وعلى نصرة الدين، وترك البدع والمظالم والمكوس والمحارم"⁴.

كما يمكن أن نسجل في عصرنا اليوم، حرص المملكة على حفظ الوحدة العقدية للمغاربة، والوقوف في وجه محاولات شق هذه الوحدة، من خلال التصدي للأفراد والمؤسسات والدول التي

¹ - متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج (25)، باب فضل مكة وبنائها (42)، (ج: 1585، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج (15)، باب: نقض الكعبة وبنائها (69)، (ج: 841. انظر اللؤلؤ والمرجان لمحمد عبد الباقي، 57/2.

² - المصنف لابن أبي شيبة، باب في الصلاة عند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وإتيانه (661)، حديث رقم: 7544. تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 152/2. قال ابن حجر مبرزا إحدى روايات زوال تلك الشجرة: "وجدت عند ابن سعد بإسناد صحيح عن نافع: أن قوماً يأتون الشجرة فيصلون عندها فتوعدهم، ثم أمر بها فقطعت" فتح الباري لابن حجر، (ت: محمد كامل قرة بللي وسعيد اللحام، إشراف: شعيب الأرناؤوط وعادل مرشد، الطبعة الأولى، 1442هـ/2013م، دار الرسالة العالمية، دمشق، 348/12، (شرح الأحاديث من 4162 إلى 4165 من كتاب المغازي). وقال الألباني: رجال إسناده ثقات، تخریج أحاديث فضائل الشام ودمشق للربيعي، ومعه مناقب الشام وأهله لابن تيمية، محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الرابعة، 1405هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ص: 49.

³ - البداية والنهاية لابن كثير، 201/8.

⁴ - تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار المعروف بتاريخ الجبرتي، لعبد الرحمن الجبرتي، 107/2.

تسعى إلى نشر المذاهب البعيدة عن ثقافة المغاربة، وهو ما وصل إلى حدّ قطع العلاقات الدبلوماسية مع بعض هذه الدول.

ثانياً: تطبيقات السياسة الشرعية في المجال الجنائي والقضائي

ويدخل في ذلك ما يكون تغليظاً للعقوبة الشرعية كما فعل عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالنسبة لشارب الخمر، أو ما يعزز به الإمام المخالفين من أنواع العقوبات التي يراها مناسبة مما لم يرد بخصوصه نص شرعي، وأمثلة هذا كثيرة جداً.

كما يدخل في ذلك ما يتعلق بتنظيم السلطة القضائية في زماننا، سواء تعلق الأمر بتحديد طرق التقاضي ودرجاته، أو شروط اختيار القاضي ومؤهلاته وعزله وتأديبه، أو إحداث مجلس أعلى للسلطة القضائية يتولى تدبير شؤون القضاة ويضمن استقلالية القضاء، وكذا وضع عقوبات زجرية لكثير من الجرائم والمخالفات التي لم ترد بخصوصها نصوص شرعية. فكثير من هذه الأمور لا تخالف الشريعة في شيء، ولهذا يقول الدكتور يوسف القرضاوي: "سيبقى هذا النظام القضائي باستقلاله المعروف والمتميز، بل سيزيده التوجه الإسلامي قوة على قوة، ويوسع من سلطانه حتى يمكنه أن يحاكم رئيس الدولة نفسه، وستبقى اختصاصات المحاكم من مدنية وجنائية وإدارية، ومظالم ضد ولاية الحكومة أنفسهم، وهو ما يقوم به ما يسمى في مصر (مجلس الدولة).

وستبقى درجات المحاكم من ابتدائية واستئنافية ونقض أو تمييز.

كل ما نحتاج إليه هو تعديل بعض القوانين المخالفة لمحكّمات الشريعة الإسلامية حتى تتوافق معها، وهي أشياء محدودة في القانون المدني، ومعظم المخالفات في القانون الجنائي.¹

ثالثاً: تطبيقات السياسة الشرعية في العبادات

معلوم أنه لا مدخل للسياسة الشرعية في مجال العبادات من حيث الأصل، فالأصل في العبادات التوقف، وقد ضبطت الشريعة أحكامها بنصوص الوحيين التفصيلية الواضحة، وبَيَّنَتْ كيف نعبُدُ ربَّنَا. وكلُّ تدخل فيها بالزيادة أو النقص فتح لباب الابتداع في الدين. لكن كل ذلك لا يمنع من وجود حالات ضيقة يمكن للسياسة الشرعية أن تنظمها في مجال العبادات، ويتعلق الأمر بالحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا فُوض أمر العبادة إلى ولي الأمر:

إنَّ من مجالات العمل برأي ولي الأمر: الأمور التي لا تقام إلا بإذنه، ومن ذلك الجهاد وصلاة الاستسقاء، فمثل هذه الأمثلة تُرك للإمام أمر الإذن بإقامتها والدعوة إليها وتنظيم ما يتعلق بها، دون تغيير

¹ - السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف القرضاوي، ص: 325.

أحكامها وشروطها التفصيلية التي جاءت بها النصوص، وكل تجاوز لأوامر الإمام في مثل هذه الأمثلة اعتداءً على حقّه وسلطته وواجب الامتثال لأمره، وسببٌ من أسباب الفتنة والفساد الكبير.

الحالة الثانية: إذا تعلق الأمر بوسائل العبادات.

"تنقسم الأحكام المتعلقة بالعبادة إلى أحكام مقاصد ووسائل:

فأحكام المقاصد تقصد بذاتها ويتعين الإتيان بها، وهذه لا تدخلها السياسة الشرعية، كصفة الصلاة وأركانها وواجباتها.

وأحكام وسائل: وهي الأحكام التي شرعتها الشريعة الإسلامية للإتيان بالأحكام الأولى، فهذا النوع من الأحكام قد تدخله السياسة الشرعية لأنه متعلق بوسيلة العبادة وليس بذاتها.

ومن الأمثلة على ذلك: فعل عثمان رضي الله عنه، حينما أضاف أذاناً أولاً يوم الجمعة على الزوراء وهو مكان مرتفع في المدينة، حيث إنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما رأى الناس يتكاسلون عن التبكير لصلاة الجمعة، أمر باستحداث أذان أول قبل الأذان المباشر للخطبة في مكان مرتفع في المدينة حتى إذا سمعه الناس تركوا أعمالهم وتجارهم وانصرفوا استعداداً لصلاة الجمعة.¹

ومثله في زماننا ما يتعلق بتنظيم فريضة الحج، من خلال تحديد عدد الحجاج من كل دولة، وتنظيم إجراءات استقبالهم وقيامهم بالشعائر، وغير ذلك من الترتيبات المتعلقة بهذه الفريضة. وكذلك تنظيم كل ما يتعلق بالمساجد من أئمة وخطباء ومؤذنين، ووعاظ ومرشدين، ومنح الأذون والتزيكات المؤهلة لتولي هذه المناصب، وإجراء المباريات، وتنظيم التكوينات وغير ذلك.

رابعاً: تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية.

فتطبيقات السياسة الشرعية في هذا المجال كثيرة، وقد أعدّ الدكتور عبد الفتاح عمرو أطروحته في هذا الموضوع، وذكر جملة من القضايا التي تعتبر نموذجاً لتطبيق أحكام السياسة الشرعية في أبواب الأحوال الشخصية المختلفة من زواج وطلاق وتطليق وحضانة ونفقة ونسب وإرث وغيرها.²

ومعلوم قبل هذا موقف عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في مسألة طلاق الثلاث، وكراهيته لزواج من يقتدى بهم من غير المسلمات، مخافة الإعراض عن المسلمات، خاصة وأنه يحرم على المسامة الزواج بغير المسلم، أو لغيره من الأسباب³، ويمكن أن نلحق بذلك في عصرنا الحالي كثيراً من القضايا المماثلة والتي تطرح

¹ - محاضرات في السياسة الشرعية لعبد الله بن إبراهيم الناصر بموقع جامعة الملك سعود، ص: 97-98.

² - راجع كتاب السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية لعبد الفتاح عمرو، ص: 39 وما بعدها.

³ - ومثله ما تطبقه بعض الدول في زماننا من أنها تمنع رعاياها بشكل عام أو الذين يتقلدون منهم مهام أمنية أو دبلوماسية من الزواج من مواطني دولة أخرى، أو تشترط على الأقل إذاً خاصاً لممارسة هذا الحق الطبيعي والإنساني.

إشكالات اجتماعية بالخصوص، كمسألة توثيق الزواج والطلاق كذلك، وتقييد التعدد، والحكم باستحقاق الزوجة التي تساهم مع زوجها في إنشاء أو تنمية الثروة الأسرية لما يقابل مجهودها ومساهمتها من تلك الثروة.

خامسا: تطبيقات السياسة الشرعية في النظام المالي

"فن السياسة في النظم المالية، ما فرضه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- من ضريبة الخراج على الأرض الزراعية التي فُتحت عُتوة، بدلا من تقسيمها بين الغانمين، الذي يدعو إليه ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾-[الآية]-[سورة الأنفال]-من الآية 41-، وذلك ليكون هذا الخراج موردا دوريا للدولة، يؤدي في كل عام إلى بيت المال للإنفاق منه على المصالح العامة للدولة".¹

ومن الأمثلة على ذلك في زماننا وبلدنا:

إحداث صناديق خاصة بفئات معينة من المجتمع كالأرامل مثلا، وصرف رواتب وإعانات مالية لهذه الفئات، وإحداث منحة "تيسير" الخاصة بدعم التعليم ومحاربة الهدر المدرسي، وخاصة بالمجال القروي. ومن ذلك أيضا ما يعرف بصندوق المقاصة الذي يقوم بدعم ثمن بعض المواد الأساسية كالغاز والسكر، فهذه الأمثلة تدخل كلها في مجال نفقات الدولة ومصارفها، أما فيما يتعلق بالموارد، فهناك العديد من الضرائب التي تحدثها الدولة لتغطية نفقاتها كالضريبة على القيمة المضافة (TVA) والضريبة على الدخل مثلا.

سادسا: تطبيقات السياسة الشرعية في الإدارة

"تُعَدُّ المؤسسة الإدارية أو النظام الإداري الذي أسَّسه عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ النواة الأساسية لكيان الأمة الإسلامية الاجتماعي والسياسي في عهده، وأوَّل أشكال الإدارة العربية الجديدة المتأثرة بالتجربة المتقدِّمة لشعوب البلدان المفتوحة أو المجاورة لها"². وهي النواة "التي ساهمت في خلق إدارة مالية تعمل على تنظيم عائدات الخلافة، وتوزيعها وفق جداول ثابتة على نحو تخرج معه هذه المؤسسة من دائرتها الضيقة إلى الإطار العام والشامل.

¹ - المدخل إلى السياسة الشرعية لعبد العال أحمد عطوة، ص: 33.

² - تاريخ الخلفاء الراشدين- الفتوحات والإنجازات السياسية، محمد سهيل طقوش، ص: 337.

وهكذا ظهر (الديوان)¹ الذي كان أول مظاهر الإدارة العربية الإسلامية، والخطوة التنفيذية المباشرة في مسار بناء الدولة، التي أخذت في النمو والاستقرار التدريجي منذ ذلك الحين².

أما في زماننا فقد تعددت وجوه وتطبيقات السياسة الشرعية في المجال الإداري، وذلك بتنظيم الوظائف تنظيماً محكماً، من خلال ضبط شروط الالتحاق بها، وطرق الترقى في السلم والرتب الإدارية والوظيفية، والعلاقة بين الموظفين والإدارة، وبين الإدارة والمواطن وغير ذلك مما يدخل في مجال القانون الإداري والنظام الأساسي للوظيفة العمومية.

سابعا: تطبيقات السياسة الشرعية في التنفيذ

"ومن السياسة في التنفيذ: ما فعله علي والزبير -رضي الله عنهما- مع المرأة التي حملت كتاب حاطب بن أبي بلتعة (رضي الله عنه) الذي أرسله معها إلى قريش، يخبرهم فيه بما اعتزمه النبي صلى الله عليه وسلم من فتح مكة، فقد هداها بتفتيشها وتجريدها من ثيابها إن لم تخرج لهما الكتاب، فأخرجته من مجزئتها، أو من عقاصها³. فإن المصلحة في استخراج الكتاب اقتضت التهديد لاستخراجه، مع أنه لم يصدر إليهما من النبي صلى الله عليه وسلم نص باستعمال التهديد أو نوعه، ولم يثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم خطأهما، وقد سمي الفقهاء فعل علي والزبير سياسة شرعية، فدل ذلك على أن السياسة تجري في مجال تنفيذ الأوامر والأحكام أيضا"⁴.

ومثله في زماننا ما نطلق عليه تحرير الملك العمومي، وما قد يواجه السلطات العمومية المنفذة لهذا التحرير من مواجهة وتعت تحتاج معه لاتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة في حينها. وكذلك هدم البنايات المخالفة للقوانين المنظمة لمجال التهيئة العمرانية أو التي لا تتوفر على الرخص اللازمة.

ثامنا: تطبيقات السياسة الشرعية في المجال الدستوري

يمكن أن ندرج في تطبيقات هذا المجال: إحداث مؤسسة ولاية العهد في زمن أبي بكر رضي الله عنه لما عهد بذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، وما فعله عمر من جعل أمر الخلافة بين الستة الذين توفي رسول الله وهو عنهم راض، وقيام الحكم على قاعدة الشورى، فقد كان المعصوم رسول الله صلى الله عليه وسلم يستشير أصحابه، وكذلك كان الخلفاء من بعده، كما يمكن أن ندرج في هذا المجال إقرار مبادئ

¹ - انظر لمزيد من التفصيل حول مفهوم كلمة الديوان وأصلها، وأول من وضعه وبعض أحكامه: كتاب الأحكام السلطانية للماوردي، ص: 220 وما بعدها، وكتاب مقدمة ابن خلدون، ص: 268 وما بعدها.

² - ملاح التيارات السياسية في القرن الأول الهجري، ابراهيم بيضون، ص: 89-90.

³ - والحجزة: موضع شد الإزار من الوسط، أما العقاص، فهي الشعور المصفورة. وقد أخرج البخاري هذا الحديث في كتاب الجهاد والسير (56)، باب: إذا اضطر الرجل إلى النظر إلى شعور أهل الذمة والمؤمنات إذا عصين الله وتجريدهن (195)، حديث رقم: 3081.

⁴ - المدخل إلى السياسة الشرعية لعبد الغال أحمد عطوة، م س، ص: 37-38 بتصرف.

دستورية متعددة من قبيل مبدأ المساواة أمام القانون، كما في قول النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها: (إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكَوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَأَيُّمَ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا)¹، ومبدأ العدل ورد المظالم وأخذ حق الضعيف من القوي، كما في خطبة تولية أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين قال: (الضعيف فيكم قوي عندي حتى أريح (أي: أرد) عليه حقه إن شاء الله، والقوي فيكم ضعيف حتى أخذ الحق منه إن شاء الله)²، وفي قول الفاروق عمر: (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا)³، ومبدأ سيادة الأمة من خلال حقها في اختيار الحاكم بالبيعة الشرعية، وحقها في محاسبة المسؤولين، كما في قول أبي بكر: (أيها الناس إني قد وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني، الصدق أمانة، والكذب خيانة)⁴، وفي قول عمر لما قيل له اتق الله فقال: (لا خير فيكم إذا لم تقولوها، ولا خير فينا إذا لم نقبلها منكم)⁵.

ومثله في زماننا وضع أنظمة مختلفة للحكم على ما هو معروف في النظم السياسية والدساتير المختلفة، كالأنظمة الملكية والأميرية أو الرئاسية أو شبه الرئاسية أو البرلمانية أو المركبة⁶، أو التفكير في إحياء مؤسسة الخلافة على أسس فيدرالية كما اقترح عبد الرزاق السنهوري، أو اتحاد يحقق وحدة الأمة على غرار الاتحاد الأوروبي مثلا، مادامت هذه الأشكال جميعها تقوم على مبادئ العدل والشورى وسيادة الأمة وحقها في اختيار من يلي أمرها على قاعدة البيعة الشرعية، واحترام الحقوق والحريات وغيرها من مبادئ الحكم الإسلامي الرشيد، وتنطلق في تشريعاتها ونظمها وقوانينها من أحكام الشريعة السمحة ونصوصها وقواعدها ومقاصدها.

ومن تطبيقات السياسة الشرعية في هذا المجال كذلك: استحداث مؤسسات دستورية مختلفة كؤسسة الحكومة، ومنصب رئاسة الحكومة، والهيئات والمجالس الاستشارية المختلفة، ومجلس الوصاية،

¹ - متفق عليه، رواه البخاري في كتاب أحاديث الأنبياء دون الترجمة للباب (ح: 3475)، ورواه مسلم في كتاب الحدود، باب: قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، (ح: 1688).

² - سيرة ابن هشام، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: فؤاد بن علي حافظ، 186/3، وتاريخ الطبري، (ت): صدقي جميل العطار، دار الفكر، دمشق، 259/2.

³ - مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لابن الجوزي، تحقيق: عاطف حماد، ص: 97.

⁴ - سيرة ابن هشام، م س، 186/3.

⁵ - مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لابن الجوزي، م س، ص: 152.

⁶ - تنص الفقرة الأولى والثانية من الفصل الأول من دستور المملكة لسنة 2011 على أن "نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية ديمقراطية برلمانية اجتماعية".

يقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلطات، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، وربط المسؤولية بالمحاسبة".

وتحديد اختصاصات كل سلطة من سلطات الدولة ضمانا لاستقلاليتها، واعتماد آليات الممارسة السياسية المختلفة مثل الانتخابات والاستفتاءات وغيرها من الأشكال المباشرة وغير المباشرة لممارسة الأمة لسيادتها...

تاسعا: تطبيقات السياسة الشرعية في الجانب التنظيمي والتشريعي

ومن الأمثلة على ذلك:

- القوانين والتشريعات المنصوص على أدلتها وأحكامها وتحتاج إلى التفصيل فيها وضبط آليات تنفيذها، فيقتصر دور القانون على الجانب التنظيمي فقط، كما لو تم تفعيل نظام الزكاة مثلا، فإن آليات جمعها وصرفها تحتاج تنظيما وضبطا، وهو ما فعله المسلمون في الصدر الأول للإسلام بما توفر لديهم من آليات ووسائل، وسهرت بعض الدول الإسلامية في زماننا على تنظيمه بشكل محكم جعل هذه الشعيرة في مستوى الركن الذي وضعها فيه الإسلام، فصارت تشكل دعامة أساسية لاقتصادات هذه الدول.

- القوانين التي تُبنى على اجتهاد ولي الأمر أو تتبني اختيار قول معين عند تعدد الآراء، كما فعل عمر رضي الله حين أمضى بعض الآراء الاجتهادية وألزم الناس بها، وكما هو الحال بالنسبة لاختيارات المشرع المغربي في مدونة الأسرة أو قانون البنوك التشاركية.

- القوانين والتشريعات التي تنظم مجالات لم تتطرق لها النصوص الشرعية باعتبارها أمورا مستحدثة، كقانون السير مثلا، أو اقتضتها المصلحة العامة، مثل وضع القوانين المتعلقة بالجوانب المسطرية كما هو الحال في الغالبية العظمى من نصوص المسطرتين المدنية والجنائية.

المطلب الثاني: تطبيقات السياسة الشرعية في ظل جائحة كورونا

رَبُطاً للقارئ (ة) بالواقع، وبما يعيشه في حياته اليومية، أحب أن أمثل لهذه التطبيقات مجموعة من الأحكام والإجراءات التي اتخذتها الدولة في مجالات عدة بجميع مؤسساتها، التنفيذية والتشريعية والقضائية والإدارية، وعلى رأسها المؤسسة الملكية، من أجل التصدي لجائحة كورونا ما يدخل في صميم ما نتحدث عنه من تطبيقات السياسة الشرعية.

أولا: مجال التشريع

أصدر رئيس الحكومة بعد المداولة في مجلس الحكومة، والاتفاق مع اللجنتين المعنيتين بالأمر بمجلس النواب والمستشارين مرسوما بقانون رقم 2.20.292 يتعلق بسن أحكام خاصة بقانون الطوارئ

الصحية وإجراءات الإعلان عنها¹، تبعه مرسوم آخر في اليوم الموالي يحمل رقم 2.20.293 بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي وباء كورونا كوفيد-19²، وتبعه بعد ذلك إصدار مراسيم ومقررات تنظيمية أخرى.

وقد أشارت المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 2.20.292 أنه "على الرغم من جميع الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، تقوم الحكومة خلال فترة إعلان حالة الطوارئ، باتخاذ جميع التدابير اللازمة التي تقتضيها هذه الحالة، وذلك بموجب مراسيم ومقررات تنظيمية وإدارية، أو بواسطة مناشير وبلاغات..."

ثانياً: مجال التنفيذ

قامت السلطات العمومية بمجموعة من الإجراءات الضامنة لتطبيق حالة الطوارئ الصحية بعد الإعلان عنها بمقتضى المرسوم رقم 2.20.293، بحيث تنص المادة الثالثة منه على أنه "يتخذ ولاية الجهات وعمال العمالات والأقاليم بموجب الصلاحيات المخولة لهم طبقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية، جميع التدابير التنفيذية التي يستلزمها حفظ النظام العام الصحي في ظل حالة الطوارئ المعلنة، سواء كانت هذه التدابير ذات طابع توقيعي أو وقائي أو حمائي، أو كانت ترمي إلى فرض أمر بحجر صحي اختياري أو إجباري، أو فرض قيود مؤقتة على إقامة الأشخاص بمساكنهم، أو الحد من تنقلاتهم، أو منع تجمعهم، أو إغلاق المحلات المفتوحة للعموم، أو إقرار أي تدبير آخر من تدابير الشرطة الإدارية. كما يخول لهم وللسلطات الصحية المعنية، حق اتخاذ أي قرار أو إصدار أي أمر تستلزمه حالة الطوارئ الصحية، كل في حدود اختصاصاته". ومن الإجراءات التنفيذية التي عايشها المغاربة بالفعل: إغلاق الحدود، وإقامة الحواجز على الطرقات، وإغلاق بعض المدن أو الأحياء التي عرفت تفشياً للوباء، وفرض رخص للتنقل داخل المدن أو بينها، وإغلاق المساجد والأسواق والملاعب الرياضية والساحات العمومية، واتخاذ الإجراءات المناسبة لזجر المخالفين...

ثالثاً: مجال الإدارة

اتخذت الإدارة العمومية مجموعة من الإجراءات، لعل أبرزها اعتماد التعليم عن بعد كوسيلة بيداغوجية لتدبير إجراء إغلاق المدارس والمعاهد والجامعات، وكذا اعتماد بروتوكول صحي بهذه

¹ - مرسوم بقانون رقم 2.20.292 بتاريخ: 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بقانون الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، منشور بالجريدة الرسمية عدد: 6867 مكرر، بتاريخ: 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1782.

² - مرسوم بقانون رقم 2.20.293 بتاريخ: 29 رجب 1441 (24 مارس 2020) يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي وباء كورونا-كوفيد-19، منشور بالجريدة الرسمية عدد: 6867 مكرر، بتاريخ: 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1783-1784.

المؤسسات، والتخفيف من عدد الموظفين بالإدارات، واعتماد آليات التواصل الرقمي بدل الورقي التي يتطلب حضور المواطنين إلى مكاتب الإدارات.

رابعاً: المجال المالي

قامت السلطات بمجموعة من الإجراءات المتعلقة بالجانب المالي للدولة، سواء على مستوى الموارد أو الإنفاق، فقد أصدرت الحكومة يوم الثلاثاء 17 مارس 2020 مرسوماً يقضي بإحداث صندوق خاص بتدبير جائحة كورونا "كوفيد-19" جاء فيه:

[تنفيذاً للتعليمات السامية التي تفضل صاحب الجلالة الملك محمد السادس، حفظه الله، بإعطائها للحكومة قصد الإحداث الفوري لصندوق خاص لتدبير ومواجهة وباء فيروس كورونا، بادرت الحكومة، بناءً على هذه التعليمات المولوية السامية، وعملاً بمقتضيات القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، والمادة 29 من قانون المالية للسنة المالية 2020، والمادة 25 من المرسوم 2.15.426 المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية، بإحداث حساب مرصد لأموال خصوصية يحمل اسم "الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19".

وقد أحدث هذا الصندوق بموجب المرسوم رقم 2.20.269 الذي تم نشره بالجريدة الرسمية ليوم الثلاثاء في 22 رجب 1441 (17 مارس 2020)، بعد المصادقة عليه من لدن مجلس استثنائي للحكومة بتاريخ 16 مارس 2020. كما تم إخبار اللجنتين المكلفتين بالمالية بالبرلمان بإحداث هذا الصندوق، وهما لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب، ولجنة المالية والتخطيط والتنمية الاقتصادية بمجلس المستشارين، طبقاً للمقتضيات القانونية.

وطبقاً للتعليمات الملكية السامية، سيرصد لهذا الصندوق غلاف مالي يقدر بعشرة ملايين درهم، يخصص أساساً للتكفل بالنفقات المتعلقة بتأهيل الآليات والوسائل الصحية، سواء فيما يتعلق بتوفير البنيات التحتية الملائمة أو المعدات التي يتعين اقتناؤها باستعجال. كما سيسهم في دعم الاقتصاد الوطني من خلال دعم القطاعات الأكثر تأثراً بتداعيات فيروس كورونا والحفاظ على مناصب الشغل والتخفيف من التداعيات الاجتماعية لهذه الجائحة.

كما صادق مجلس الحكومة على مرسوم يقضي بوضع إطار تنظيمي يسمح بمرونة أكبر في تنفيذ النفقات التي يأمر بصرفها وزير الصحة، وذلك بالنظر للطبيعة الاستثنائية لهذا الوباء الدولي¹.

¹ - بلاغ إحداث الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا "كوفيد-19"، انظر: موقع رئيس الحكومة:

كما تم في إطار التضامن بين أفراد الأمة، وخاصة في حالات الكوارث، الاقتطاع من أجور الموظفين بنسبة يوم عمل لمدة ثلاثة أشهر متتالية، كما تضمن قانون المالية لسنة 2021 إحداث مساهمة اجتماعية للتضامن مرتبة على الأرباح والدخول¹.

أما على مستوى الإنفاق، فقد استفاد مجموعة من المواطنين من إعانات شهرية في فترة الحجر الصحي، كما قامت مجموعة من الإدارات بإعفاء المواطنين من أداء بعض الالتزامات المالية، كما هو الشأن بالنسبة لوزارة الأوقاف التي أعفت المكترين للأوقاف التابعة لها من أداء مستحققاتها في تلك الفترة. كما توجهت الدولة إلى دعم القطاعات المرتبطة أساسا بتدبير الجائحة كالصحة والصناعات الطبية والصيدلانية، فصادق مجلس الحكومة -كما رأينا في بلاغها السابق- على مرسوم يقضي بوضع إطار تنظيمي يسمح بمرونة أكبر في تنفيذ النفقات التي يأمر بصرفها وزير الصحة.

خامسا: المجال الجنائي

تمّ تجريم مجموعة من الممارسات التي تخالف أو تعرقل تطبيق حالة الطوارئ الصحية، أو تبخس الجهود التي تقوم بها الدولة لمحاربة الجائحة بأي وسيلة كانت، أو تهدد الصحة العامة للمواطنين كعدم ارتداء الكمامة، وفي هذا السياق نصت المادة الرابعة من القانون رقم 02.20.292 على أنه "يجب على كل شخص يوجد في منطقة من المناطق التي أعلنت فيها حالة الطوارئ الصحية، التقيد بالأوامر والقرارات الصادرة عن السلطات العمومية المشار إليها في المادة الثالثة أعلاه².

يعاقب على مخالفة أحكام الفقرة السابقة بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة تتراوح بين 300 و1300 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك دون الإخلال بالعقوبة الجنائية الأشد.

يعاقب بنفس العقوبة كل من عرقل تنفيذ قرارات السلطات العمومية المتخذة تطبيقا لهذا المرسوم بقانون، عن طريق العنف أو التهديد أو التدليس أو الإكراه. وكل من قام بتحريض الغير على مخالفة القرارات المذكورة في هذه الفقرة، بواسطة الخطب أو الصياح أو التهديدات المفوه بها في الأماكن أو الاجتماعات العمومية، أو بواسطة المكتوبات أو المطبوعات أو الصور أو الأشرطة المبيعة أو الموزعة أو المعروضة للبيع في الأماكن أو الاجتماعات العمومية، أو بواسطة الملصقات المعروضة على أنظار العموم، أو بواسطة مختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية أو الإلكترونية، وأي وسيلة أخرى تستعمل لهذا الغرض دعامة إلكترونية"، وفي السياق ذاته تمت متابعة وتغريم عدد كبير من الأشخاص بسبب مخالفة قانون الطوارئ الصحية.

¹ - انظر: قانون المالية لسنة 2021 الصادر ضمن عدد خاص لمجلة "المالية" الصادرة عن وزارة الاقتصاد والمالية بتاريخ يناير 2021، ص: 48-49.

² - والمقصود بها مجموع الإجراءات والتدابير التي تتخذها الحكومة والسلطات العمومية من أجل التدخل الفوري والعاجل للحيلولة دون تفاقم الحالة الوبائية من خلال ما تصدره من مراسيم ومقررات تنظيمية وإدارية ومناشير وبلاتغات.

سادسا: المجال الدستوري

يمكن أن نشير إلى ما فرضته حالة الطوارئ الصحية من الحد من بعض الحريات الفردية، كحرية التنقل والتجول (الفصل 24)، وحق الاجتماع والتجمع (الفصل 29)، وممارسة بعض الأنشطة التجارية والاقتصادية في فترات محددة، كما يمكن أيضا أن نتحدث عن تفعيل بعض مقتضيات الدستورية، كمبدأ تكافل الأمة الذي ينص عليه الفصل 40 من دستور 2011 بقوله: "على الجميع أن يتحمل بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد".

سابعا: مجال العبادات

لقد تم كذلك اتخاذ مجموعة من الإجراءات التي تدخل في أحكام وسائل العبادات، من إغلاق مؤقت للمساجد في أوقات الصلوات الخمس، وكذا صلاة الجمعة والتراويح، وعدم إقامة صلاة العيدين في المصليات حفظا للصحة العامة للمواطنين، وما تبع ذلك من إجراءات التخفيف التدريجي لهذه التدابير بما يتناسب وتطور الوضع الوبائي بالملكة، مع أخذ الاحتياطات اللازمة، كالتباعد بين المصلين. وقد "أصدرت مديرية المساجد بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (بروتوكول إعادة فتح المساجد)، وهو عبارة عن دليل يفصل الإجراءات التنظيمية المتعلقة بهذا القرار، والإجراءات المتعلقة بإقامة الصلوات الخمس وتبئية المساجد. كما يوضح الدليل الإجراءات المرتبطة بالقيمين الدينيين؛ وكذا الجانب المرتبط بتحسيس المصلين والتواصل معهم"¹.

وجدير بالذكر أن قرار الإغلاق المؤقت للمساجد اتخذ بعد مشاورة المجلس العلمي الأعلى الذي أصدر فتوى في الموضوع هذا نصها:

- بناء على طلب الفتوى الموجه إلى المجلس العلمي الأعلى من أمير المؤمنين، حفظه الله، وهو الذي تشهد الأمة على رعايته لبيوت الله وتعلقه بها وحرصه على الزيادة منها وفتحها للمصلين؛
- ونظرا للضرر الفادح الناجم عن الوباء الذي يحتاج العالم؛
- واعتبارا لما صدر من توجيهات من الجهات المختصة، بما فيها وزارة الصحة، بهدف الحرص على الوقاية من الفيروس بإغلاق أماكن عمومية وخصوصية؛
- واستلهاما من نصوص الشرع التي تؤكد على ضرورة حفظ الأبدان، وعلى تقديم دفع المضرة على جلب المصلحة؛

¹ - بروتوكول إعادة فتح المساجد- الإجراءات الاحترازية والوقائية من فيروس كوفيد 19- انظر موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية:

• وعلمنا بأن من شروط الصلاة، ولاسيما في المساجد، حصول الطمأنينة، وحيث إن الخوف من هذا الوباء ينتفي معه شرط الطمأنينة.

لكل هذه الاعتبارات الشرعية والعقلية الاحترازية؛ فإن الهيئة العلمية للإفتاء بالمجلس العلمي الأعلى تفتي بما يلي:

• ضرورة إغلاق أبواب المساجد سواء بالنسبة للصلوات الخمس أو صلاة الجمعة، ابتداء من هذا اليوم الاثنين 16 مارس عام 2020 الموافق لـ 21 رجب 1441 هـ؛

• طمأنة المواطنين والمواطنات بأن هذا الإجراء لن يستمر. وستعود الأمور إلى نصابها بإقامة الصلاة في المساجد بمجرد قرار السلطات المختصة بعودة الحالة الصحية إلى وضعها الطبيعي؛

• وجوب استمرار رفع الأذان في جميع المساجد.¹

خاتمة:

إذا كان من حسنة مرجوة لهذا البحث، فهو أن يوقف كل قارئ له على المظاهر الجلية والتطبيقات المتعددة لمصطلح السياسة الشرعية، وهو المصطلح الذي يعتقد الكثيرون أن زمنه قد ولى من غير رجعة، بل ولا يُخفي البعض الآخر عدم ارتياحه من هذا المزج بين السياسة والشرعية.

لهؤلاء نبسط هذه التطبيقات مؤكدين أن الفقه السياسي جزء لا يتجزأ من الفقه الإسلامي، وأن بلد إمارة المؤمنين والبيعة الشرعية لا يمكن إلا أن يكون ناطقا بالأمثلة المتعددة لتطبيقات العمل بالسياسة الشرعية، وأن تسميتها بغير اسمها لا يغير من حقيقتها باعتبارها جزءا من نظام الحكم في الإسلام ومنظومته السياسية. كما أنه لا يفوتني في ختام هذا البحث تقديم التوصيات التالية:

- الحرص على تدريس مادة السياسة الشرعية في الكليات والمعاهد الجامعية ذات الارتباط بالعلوم الشرعية والقانونية والسياسية والأمنية والتاريخية لما تحققه من ردّ الناس إلى عدل الإسلام ووسطيته، وتجنبهم إفراط الحاقدين والجاهلين وتفريط الغالين والجامدين، وفي ذلك نسوق كلاما نفيسا لابن القيم رحمه الله يبين فيه ما تعرضت له السياسة من ظلم المُفْرِطِينَ والمُفَرِّطِينَ، حيث يقول: وهذا موضعٌ مزلّةٌ أقدام، ومضلةٌ أفهام، وهو مقام ضنك ومعتكّ صعب، فترط فيه طائفة فعطلّوا الحدود وضيعوا الحقوق، وجزّأوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، مُحتاجة إلى غيرها، وسدّوا على نفوسهم طرقا صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلّوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنها حق مطابق للواقع، ظنا منهم منافاتها لضوابط الشرع.

¹ - فتوى المجلس العلمي الأعلى بإغلاق المساجد مؤقتا سواء بالنسبة للصلوات الخمس أو صلاة الجمعة، انظر موقع وزارة الأوقاف والشؤون

ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم، وإن نافى ما فهموه من شريعته باجتهادهم، والذي أوجب لهم ذلك: نوع تقصير في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع، وتزليل أحدهما على الآخر، فلما رأى ولاية الأمور ذلك، وأن الناس لا يستقيم لهم أمرهم إلا بأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة، أحدثوا من أوضاع سياستهم شرا طويلا، وفسادا عريضا. ففتنوا الأمر، وتعذر استدراكه، وعزّ على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس من ذلك، واستنقاذها من تلك المهالك.

وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة، فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله، وكلا الطائفتين أتيت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله، وأنزل به كتبه، فإن الله أرسل رسوله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل فهي من الدين، وليست مخالفة له.

فلا يقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه¹.

- التحذير من خطورة القول بالفصل بين الشرع والسياسة، خاصة في بلد يقوم نظامه السياسي على أسس شرعية كإمارة المؤمنين والبيعة، وقد تسرب هذا الفكر المختل -مع الأسف الشديد- إلى أسوار المؤسسات المدرسة للعلوم الشرعية، فتجد الطالب مشدودا إلى هذا المصطلح، وهو يحاول فك سِرِّ هذا الارتباط بين مصطلحين قد يراهما يصلان حدّ التناقض كما عبر لي بعض الطلبة، وهي نظرة خطيرة ولاشك يجب أن يُتَبَّه إلى ما تحمله من إشارات ودلالات، وما تمّ التطبيع معه من أفكار وتصورات عن الشريعة وعلاقتها بالحياة بشكل عام والسياسة بشكل خاص.

- الدعوة إلى أن يعتني الباحثون بالربط بين مظاهر الممارسة السياسية والشريعة الإسلامية، وذلك برد كثير من أشكال هذه الممارسات إلى أصولها الشرعية، فكثيرة هي المبادئ والقواعد الدستورية في دستور 2011 على سبيل المثال التي تجد تأصيلها في أحكام الشريعة ومبادئها²، وهو أمر غاية في الأهمية سيقطع الطريق أمام كل متربص بهذه الأمة.

¹ - الطرق الحكيمة لابن القيم، ص: 30-31.

² - راجع على سبيل المثال: "قواعد فقه السياسة الشرعية وتطبيقاتها الدستورية- قاعدة ولاية الأمور وكلاء ونواب وليسوا ملاكا أنموذجا"، عبد الوهاب محسن، مشاركة ضمن كتاب: "القواعد الفقهية وأثرها في القواعد الفقهية والاجتهاد القضائي" الذي ضمّ أعمال الندوة الدولية التي نظمها مختبر التراث الفقهي تأصيل وتجديد بكلية الشريعة أيت ملول جامعة ابن زهر، المملكة المغربية يومي 26-27 فبراير 2020، الطبعة الأولى 1443هـ/2021م، مكتبة قرطبة، أكادير.

- الدعوة إلى ضرورة استشارة الهيئات العلمية الدستورية للمجلس العلمي الأعلى عندما يتعلق الأمر بنوازل تشريعية ذات طبيعة فقهية كالقانون 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، وعرض رأي المجلس بشكل يسمح للباحثين بالاطلاع عليه إذا تمت فعلا هذه الاستشارة.
والحمد لله رب العالمين

لائحة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية الإمام ورش

كتب السنة المشرفة

- صحيح البخاري، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2000/1421.
- صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الفجر للتراث، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004/1425.
- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، محمد فؤاد عبد الباقي، أعد فهارسه: سيد بن إبراهيم بن صادق بن عمران، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1993/1414.
- المصنف لابن أبي شيبه، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الأحكام السلطانية للمأوردي، تحقيق: سمير مصطفى رباب، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 2000/1421.
- البداية والنهاية لابن كثير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1997-1418.
- تاريخ الخلفاء الراشدين-الفتوحات والإنجازات السياسية، محمد سهيل طقوش، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، 2011-1432.
- تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار المعروف بتاريخ الجبرتي، لعبد الرحمن الجبرتي (1237-1866)، تحقيق: إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية لعبد الفتاح عمرو، دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، سنة 1418هـ/ 1998م.
- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، القاهرة.
- سيرة ابن هشام، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: فؤاد بن علي حافظ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1998/1419.

- الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بمكة، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1428هـ.

محاضرات في السياسة الشرعية لعبد الله بن إبراهيم الناصر بموقع جامعة الملك سعود.

- المدخل إلى السياسة الشرعية لعبد العال أحمد عطوة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سلسلة الطريق المستقيم (7)، الطبعة الأولى، 1993/1414.

- مقدمة ابن خلدون، طبعة دار الجليل، بيروت.

- ملامح التيارات السياسية في القرن الأول الهجري، إبراهيم بيضون، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1979.

- مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لابن الجوزي، تحقيق: عاطف حماد، دار الكتب العلمية، بيروت.

قوانين وتشريعات:

- دستور المملكة لسنة 2011

- قانون المالية لسنة 2021.

- مرسوم بقانون رقم 2.20.292 بتاريخ: 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بقانون

الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، منشور بالجريدة الرسمية عدد: 6867 مكرر، بتاريخ: 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1782.

- مرسوم بقانون رقم 2.20.293 بتاريخ: 29 رجب 1441 (24 مارس 2020) يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية

بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي وباء كورونا-كوفيد 19- منشور بالجريدة الرسمية عدد: 6867 مكرر، بتاريخ: 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، ص: 1783-1784.

مواقع إلكترونية:

- موقع رئيس الحكومة: <https://www.cg.gov.ma>

- موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية: <http://www.habous.gov.ma>

معالم منهج فهم وتنزيل النص عند ابن العربي وفق النظر المقاصدي

د. عبد الله أكرزلم
كلية الشريعة، جامعة ابن زهر.

ملخص

تبرز هذه الورقة الاتجاه العام لفقه أحد أعلام المذهب المالكي، وهو أبو بكر بن العربي المعافري، الفقيه، الأصولي، المفسر، المحدث... وتكشف عن المنهج الفقهي في شرحه للحديث، وعن النظر المقاصدي الذي يحكم فهمه للنصوص واجتهاداته فيها، ويوجهها، وافق بها المذهب أم لا، ووقفت عند معالم هذا النظر، وأفردت كل واحد منها بالذكر وبيعت الأمثلة، باعتد كتبه: المسالك، والقبس، وأحكام القرآن. وتناولت مجمل ما يوضح هذا النسق الفكري العام لدى ابن العربي، في علاقته بتطور المذهب المالكي، في المباحث الآتية: - الأول: نظرة عن فقه المقاصد عند المالكية منذ نشأة المذهب، الثاني: أسس وضوابط النظر المقاصدي في اجتهادات المالكية، الثالث: إبراز دور ابن العربي في إغناء التراث المالكي من هذه الناحية، الرابع: بيان معالم النظر المقاصدي في فهمه لنصوص الوحي وأقوال مالك، الخامس: بيان معالم النظر المقاصدي في ترجيحه بين الأقوال، السادس: بيان معالم النظر المقاصدي في تنزيل النصوص. ثم خاتمة البحث التي ضمنها بعض الاستنتاجات والخلاصات.

الكلمات المفتاح: المنهج/المذهب المالكي/ النظر/ الفهم/ الاجتهاد/التنزيل/ المقاصد/ الترجيح

Abstract

The aim of this paper is to address the general trend of Abū Bakr ibn al-ʿArabī's fiqh, who is a notable scholar of the Maliki madhab. To achieve this purpose, I tried to disclose not only the doctrinal trend in Ibn al-Arabi's explanation of the hadith, but also the intended objectives of sharia (Al-Nazar al-maqāsidī) that govern his understanding of the texts as well as his jurisprudential approach. Based on this, several examples were mentioned to illustrate these points depending on ibn al-ʿArabī's books especially: Al-Masālik, Al-Qabas and Ahkām al-Qurʿān. In this respect, I have dealt with the entirety of what explains this general intellectual pattern of Ibn al-Arabi, in its relationship with the development of the Maliki school, in the following sections: The first: a view of the Maliki jurisprudence of purposes since the inception of the doctrine. The second: the foundations and rules of the intentional consideration in the Maliki jurisprudence. The third: the role of Ibn al-Arabi in enriching the Maliki heritage based on the last aspect. The fourth: the features of the intentional consideration in Ibn al-Arabi's understanding of the texts of revelation and the sayings of Malik. The fifth: the explanation of the features of intentional consideration in its preference among other scholar's sayings. The Sixth: The explanation of the features of intentional consideration in applying the sacred texts of shariah. Finally, I concluded this article with some significant results.

ما يميز المذهب المالكي منذ نشأته نزوعه المقاصدي في فهم النصوص وتفسيرها وإعمالها، من خلال توسيع مجال المصلحة، وفهم نصوص الوحي وفقها، من غير تعارض ولا تضارب، ومن خلال الاستحسان وسد الذرائع، وغيرها من آليات الاجتهاد المقاصدي الذي برز فيه أعلام المذهب في مختلف عصوره.

ويعتبر ابن العربي واحداً من حكم النظر المقاصدي في فهم آيات الأحكام، من خلال "أحكام القرآن" وأحاديث الأحكام، من خلال "القبس" و"المسالك" وغيرها من كتبه التي تشهد له بالباع والنفس الطويلين في مناقشة المسائل الفقهية، بعيداً عن التعصب للمذهب، وعن التحكم، فهو مع الدليل، نقلياً، كان أوعقلياً، شرط السلامة من العوارض، بما فيها الموافقة لمقاصد الشريعة، وذلك من خلال نظرة كلية للموضوع، لا تأسره ظواهر النصوص، ولا تقيده قواعد المذهب، ولذا كانت مخالفته لفقهاء المذهب في عصره في كثير من المسائل الفقهية، وكانت ترجيحاته يطغى عليها النظر المقاصدي وهو ما أكسب فقهه هذا التميز تعالى به عن مجازاة فقهاء المذهب مما جعله يوافق الشافعية أحياناً والأحناف أحياناً أخرى متبعاً منهاجاً خاصاً به، وفي فيه لأصول المذهب وقواعده، دون أن تأسره إذا ظهر له الصواب مع غيره، حاملاً شعار "معرفة الرجال بالحق".

ولإبراز معالم هذا المنهج يقتضي المقام:

تحديد عناصر هذا البحث، وهي كما يلي:

- المبحث الأول: نظرة عن فقه المقاصد عند المالكية منذ نشأة المذهب.
- المبحث الثاني: أسس وضوابط النظر المقاصدي في اجتهادات المالكية.
- المبحث الثالث: إبراز دور ابن العربي في إغناء التراث المالكي من هذه الناحية.
- المبحث الرابع: بيان معالم النظر المقاصدي في فهمه لنصوص الوحي وأقوال مالك.
- المبحث الخامس: بيان معالم النظر المقاصدي في ترجيحه بين الأقوال.
- المبحث السادس: بيان معالم النظر المقاصدي في تنزيل النصوص.
- المبحث الأول: نظرة عن فقه المقاصد عند المالكية منذ نشأة المذهب.

لقد ورث الإمام مالك رحمه الله فقه أهل المدينة ذا النزعة المقاصدية في رعاية مصالح الناس فيما لم يرد فيه نص، ولم يتعقد عليه إجماع، بل إن هذا المنهج يؤطر فهم إمام دار الهجرة في فهم نصوص

الكتاب والسنة وفتاوى الخلفاء الراشدين وأقضيته، بل ادعى ابن العربي أنه انفرد بهذا النهج، يقول: "وأما المقاصد والمصالح فهي أيضا مما انفرد بها مالك دون سائر العلماء"¹

ومن استعرض أوجه أعمال الرأي عند الإمام مالك رحمه الله يجدها تلتقي في قاعدة "جلب المصالح ودرء المفاسد" التي عليها مدار مقاصد الشريعة الإسلامية، مهما اختلفت الأسماء، ولذا اتخذ رحمه الله رعاية المصلحة واعتبرها عمدة فقه الرأي عنده، واتخذها أصلا مستقلا للاستنباط.

وحتى القياس الذي يعمل به الإمام مالك أكثر فهو قياس الأصول القائم على المصلحة المرسل.

ومن تتبع الإنتاج الفقهي المالكي، تأليفا وشرحا وإفتاء، منذ تكون مدارسه، بالمدينة والعراق ومصر وإفريقية والأندلس وفاس، يجده مشبعا بالنظر المقاصدي، سواء في البحث عن تعليل الأحكام الجزئية، أو البحث عن الكليات الجامعة، والقواعد العامة، وإبراز الفروق، والأشبه والنظائر، وإعمال منهج الاستقراء، وهي كلها معالم منهج مقاصدي محكم البناء، به ضمنوا للنصوص والأحكام الشرعية العطاء المتجدد يسير واقع الحياة ومصالح الناس المتجددة؛ تحقيقا لاستمرارية أحكام الشريعة الإسلامية وهيمنتها على جميع مجالات الحياة، بما يحقق مصالح العباد في الدارين.

ونسب إلى مالك رحمه الله أن الاستحسان تسعة أعشار العلم²، وقد عرفه فقهاء المذهب، تبعا للأحناف، بأنه "ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس"³ والأخذ بما هو أوفق للناس، هو من صميم مصالحهم، فالاستحسان عندهم كان لدفع الحرج الناشئ من اطراد القياس، فهو طلب الأحسن للاتباع الذي هو مأمور به.

وهذا الاستحسان نوع من المصالح، يقول الشاطبي: "وما ينبني على هذا الأصل -أي المصلحة- قاعدة الإستحسان، وهو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس"⁴.

ومالك رحمه الله لا يعمل الاستحسان إلا إذا كان موجب القياس مؤديا إلى غلو في الحكم وخرج شديد، وعلى هذا فهو أخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، وتشهد له عنده الرخص الواقعة

¹ - القبس: 786/1.

² - الموافقات: 198/5.

³ - أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض بن نامي السلمي، دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 2005م. وهو من تعاريف الأحناف كما في المبسوط للسرخسي: 145/10.

⁴ - الموافقات: 194/5.

في الشريعة، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المال في جلب المصالح ودرء المفاسد على الخصوص، وإن كان الدليل العام يقتضي ذلك.

المبحث الثاني: أسس وضوابط النظر المقاصدي في اجتهادات المالكية.

وأقصد بهذه الأسس والضوابط، ما يمثل ركائز التفكير المقاصدي لفقهاء المذهب، وما يضبطه ويربطه بنصوص الشريعة، ومن أبرزها:

المطلب الأول: تفسير النص بما يوافق المقصد الشرعي:

من ذلك تفسير الإمام مالك لآية مصارف الزكاة في سورة التوبة: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (التوبة: 60) فقسم الصدقات يكون من اجتهاد الوالي، تحقيقاً لمصلحة ذوي الحاجة والخصاص، فأى الأصناف كانت فيه الحاجة والعدد، أوثر ذلك الصنف بقدر ما يرى الوالي، يقول رحمه الله "وليس للعامل على الصدقات فريضة مسماة إلا على قدر ما يرى الإمام".¹

وكذلك مراعاته المقاصد في تحقيق الجنسية في الأموال الربوية²، وهو ما روعي في فقه أئمة المذهب، ففي سهم المؤلفة قلوبهم، يقول ابن عبد البر: "وقد سقط منها حق المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى قد أغنى الإسلام وأهله عن أن يتألف عليه اليوم أحد ولو اضطر الإمام في وقت من الأوقات أن يتألف كافراً يرجى نفعه وتحشى شوكرته جاز أن يعطى من أموال الصدقات ويسقط العاملون لمن فرقها عن نفسه".³

المطلب الثاني: التفسير المصلحي لآثار الصحابة

لا يخفى وزن هذه الآثار في فقه الإمام مالك، فقد روى بسنده عن عمر بن الخطاب قال: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فسها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها.

ثم قال مالك معلقاً على قول عمر: وإنما يكون ذلك غرمًا على وليها وزوجها، إذا كان وليها الذي أنكحها هو أبوها أو أخوها، أو من يرى أنه يعلم ذلك منها، فأما إذا كان وليها الذي أنكحها، ابن عم أو

¹ - الموطأ: كتاب الزكاة، باب أَخَذُ الصَّدَقَةِ، وَمَنْ يَجُوزُ لَهُ أَخْذُهَا (موطأ مالك بتحقيق الأعظمي: 379/2) نشر مؤسسة زايد بالإمارات 2004.

² - المسالك: 48/6

³ - الكافي في فقه المدينة: 325/1

مولى أو من العشيرة، ممن يرى أنه لا يعلم ذلك منها، فليس عليه غرم، وترد تلك المرأة ما أخذته من صداقها، ويترك لها قدر ما تستحل به¹.

فقد فسر الإمام مالك قول عمر فيمن تزوج امرأة بها جنون أو غيره من العيوب التي ذكرها، أن صداقها لزوجها غرم على وليها²؛ تفسيراً مصلحياً مستنبطاً فيه مناط الحكم الوارد في قول عمر، حيث التمييز في الولي بين الأب والأخ وبين ابن العم أو مولى أو من العشيرة، مما يبرز مناط ومحل تطبيق ذلك الحكم وهو العلم وإمكانية الاطلاع على العيب.

وفي هذا الإطار نجد مالكا قال في من طلق زوجته ثلاثاً في مرض موته بتوريثها منه، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الصداق ولها الميراث أيضاً ولا عدة عليها³.

المطلب الثالث: الجمع بين الأحكام الجزئية والقواعد الكلية:

فمن مميزات المذهب المالكي النظر الكلي عند الاجتهاد في الأحكام الفرعية، وقد نبه على ذلك كثير من منظري المذهب.

يقول القرافي في فروقه: "ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاعت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب منها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب. وأجاب الشاسع البعيد وتقارب وحصل طلبته في أقرب الأزمان وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان فيبين المقامين شأو بعيد وبين المنزلتين تفاوت شديد..."⁴ وهي فقرة كافية لإبراز نضج فقه كليات الشريعة عند القرافي وأمثاله، وفهم الجزئيات في إطارها ووفق مقاصدها العامة.

وقد ساروا في نهجهم هذا على نهج الإمام مالك الذي تعرض عليه المسألة، ولا يتسرع بتنزيل حكم النص الأحادي عليها، بل يستقري النصوص، قرآناً وحديثاً، وينظر في الحكم الكلي المستنتج منها، ويفهم المقصد الشرعي منه، فعدم اعتبار الحكم الجزئي، كما قال الشاطبي⁵، لا يعني بالضرورة عدم اعتبار

¹ - الموطأ: باب ما جاء في الصداق والحباء، ح 1922

² - الاستذكار: لابن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1، 2000، (ج 5 ص 419).

³ - المنتقى للباجي، 88/4، وشرح الزرقاني على الموطأ (تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة ط 1، 2003، (297/3).

⁴ - الفروق للقرافي (ط عالم الكتب، بدون تاريخ): 1/3

⁵ - انظر الموافقات: 8/3

مآله، أو مقصده، أو مراد الشارع، فإذا كان مراده لا يتحقق في كل وقت من تطبيق الدليل الجزئي، لزم عند التطبيق أن يعتبر عموم الشرع ليتحقق مراده ومقصده الجزئي بداية عند أول الأمر.

ومن أمثلة هذا المسلك في فقهه؛ تقييد التصرف في استعمال الحق، الذي يمكن التعبير عنه أيضا بمنع التعسف في استعمال الحق المفهوم من جملة نصوص حديثة؛ ومنه منع التعسف في استعمال الحقوق للإضرار بالزوجة.

وانطلاقاً من هذا قال بتوريث المطلقة في مرض الموت، كما سبق الإشارة إليه من قبل.¹

وللفقه المالكي دور في بناء وتأسيس معايير نظرية التعسف في استعمال الحق عند فقهاء المالكية استمدت منه جل التشريعات العربية المعاصرة.

المطلب الرابع: سد الذرائع:

المشهور أن الإمام مالك يقول بسد الذرائع، بل إنه أكثر من العمل به، يقول الشاطبي في ذلك: "وهذا الأصل ينبني عليه قواعد، منها: قاعدة الذرائع التي حكها مالك في أكثر أبواب الفقه"²، جاء في العتبية أن مالكا سئل "عن صلاة النوافل في البيوت أحب إليك أم في المسجد؟ قال: أما في النهار فلم يزل من عمل الناس الصلاة في المسجد يهجون³ ويصلون، وأما الليل ففي البيوت، وقد كان الرسول ﷺ يصلي الليل في بيته، قال محمد بن رشد: استحب مالك صلاة النافلة بالنهار في المسجد على صلاتها في البيت؛ لأن صلاة الرجل في بيته وبين أهله وولده وهم يتصرفون ويتحدثون؛ ذريعة إلى اشتغال باله بأمرهم في صلاته، ولهذا العلة كان السلف يهجون ويصلون في المسجد، فإذا أمن الرجل من هذه العلة فصلاته في بيته أفضل⁴.

بيوع الآجال: وأصل ما بني عليه بيوع الآجال الحكم بالذرائع، ومذهب مالك القضاء بها والمنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحذور، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة دينار إلى أجل ثم يبتاعها بخمسين نقداً، فيكونان قد توصلا بما أظهرهما من البيع الصحيح إلى سلف خمسين دينارا في مائة إلى أجل، وذلك حرام لا يجوز⁵.

¹ - المدونة ، باب طلاق المريض : 86/2

² - الموافقات : 182/5

³ - يذهبون في الهاجرة، وغلب استعماله في التبكير، سواء وقت الهاجرة، أو أي وقت آخر في ساعته الأولى.

⁴ - البيان والتحصيل لابن رشد، تحقيق محمد جعي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان ط2 - 1988 م : 262/1

⁵ - المقدمات الممهدة لابن رشد (الجد) : ج 2 ص 39، الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي 1988/1408.

وقد عقد صاحب الشرح الكبير فصلا خاصا تحت هذا العنوان فقال: فصل في بيع الآجال وهي بيع ظاهرها الجواز، ولكنها تؤدي إلى ممنوع، ثم قال: ومنع عند مالك ومن تبعه للتهمة، أي لأجل ظن قصد ما منع شرعا سدا للذريعة.¹

وهكذا يوازن الفقه المالكي بين ما ينتج عن الفعل المأذون فيه من مصلحة، وما ينتج عنه من مفسدة، فإذا رجحت كفة المفسدة منع الفعل، وأصبح غير مشروع بقطع النظر عن قصد الفاعل ونيتة.

المطلب الخامس: اعتبار المآل:

راعى المالكية هذا الأصل في تفسيرهم للنصوص، ابتعادا عن التطبيق الآلي المفضي إلى نتائج سيئة، والتطبيق السيئ للقواعد والأقيسة، ومناقضة قصد الشارع في تنزيل الأحكام على وقائعها، وكان مفتوهم لا يراعون صورة الخلاف بقدر ما يراعون دليل المخالف² تجنبيا للمكلف نتائج فعله، أو الدفع به إلى مصلحة متيقنة قد تضيع بالتزام دليل المذهب، فيحتاط له بذلك.

والنظر في مآلات الأفعال والتصرفات؛ بما يراعى تحقق مقاصد الشريعة من ورائها بصفة عامة، نظر مالكي بامتياز، ميز فقهاء هذا المذهب في كثير من مسائل الخلاف، والغاية من النظر إلى المآل، هو الوصول إلى ملامسة مراد الشارع ولو على سبيل الظن غير الجازم، ولتحقق الطمأنينة من حصول المصالح ودفع المفاسد.

وقد نص ابن رشد³ على أنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه بيع شيء من ذلك - الزرع وقد أفرك أو الفول وقد امتلأ حبه - حتى يبيس ويستغني عن الماء... إلا أنه إن بيع عندهم بعد أن أفرك وقبل أن يبيس لا يحكمون له بحكم البيع الفاسد؛ مراعاة لقول من يجيز ذلك من أهل العلم.

المطلب السادس: العرف والقرائن:

تميز منهج الإمام مالك رحمه الله باعتاده وتحكيمة للأعراف، وعليه سار فقهاء المذهب، وهو أقرب إلى تحقيق مقاصد الشرع الداعي إلى اعتبار الأعراف الجارية بين الناس في معاملاتهم؛ ومن ثم نجد الباجي⁴ يقرر أنه إن ادعى العامل ما يشبه قراض مثله وادعى صاحب المال ما لا يشبهه، أو ادعى جميعا ما يشبهه، فإن القول قول العامل مع يمينه؛ لأن المال في يده فكان أولى بما يدعيه من ربحه، فإن

¹ - الشرح الكبير للدردير: ج 3 ص 76، وبداية المجتهد ج 2 ص 122.

² - ومراعاة الخلاف قاعدة أخرى مهمة عند المالكية، وفي صور كثيرة من تطبيقها عندهم اعتبار المآل لأفعال المكلفين وتصرفاتهم.

³ - في البيان والتحصيل (بتحقيق ججي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988)، ج 465/7.

⁴ - في المنتقى: 180/5.

ادعى صاحب المال ما يشبهه، دون العامل، فالقول قول صاحب المال؛ لأن الظاهر شهد له، وإن ادعى كل واحد منهما مالا يشبه؛ رد إلى قراض المثل بعد أيماهما.

ولو اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن، فالأصل بقاء الثمن بيد المبتاع، وبقاء المبيع بيد البائع، ولا ينقل ذلك إلا بينة أو عرف، كالسلع التي جرت العادة أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يتبين بها، كاللحم، والخضر، ونحو ذلك، فيحكم في ذلك بالعرف والعادة، ولو اختلف عطار ودباغ في العطر والجلد، أو اختلف فقيه وحداد، في نحو الجبة والكير، كانت لهما عليه يد حكيمية، أو تنازع رجل وامرأة رحما يتجاذبان، فالقول في هذا كله، قول من شهد له العرف والعادة، وقرائن الأحوال. فالقرائن أمارات ظاهرة تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه، والإمام مالك كثيراً ما كان يرجع إليها ويعتمدها في الأحكام حتى عدت من قواعده التي بنى عليها مذهبه، قال في المدونة في الخلاف بين الزوجين حول متاع البيت: "إذا اختلفا وهما زوجان أو عند الطلاق أو الورثة بعد الموت والزوجان حران أو عبدان أو أحدهما، مسلمان أو أحدهما، قضي للمرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال وما يصلح لهما قضي به للرجل لأن البيت بيته في مجرى العادة فهو تحت يده فيقدم لأجل اليد"¹. وما يتصل بأعراف الناس وتنوع بيئاتهم القاعدة الموالية:

المطلب السابع: تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان:

يبين الشاطبي رحمه الله أن العادات والأعراف المتبدلة هي الأعراف التي لم تنشأ الشريعة أصلاً، ولم تتعرض لها إطلاقاً لا بمدح ولا بدم، إنما أنشأها الناس بأنفسهم نتيجة العلاقات الاجتماعية بينهم، فهذه هي التي يؤثر تغييرها في أحكامها الشرعية، فيتغير حكمها تبعاً لتغيرها، وضرب -رحمه الله- الأمثلة على ذلك، أما العادات والأعراف التي تنشأ الشريعة، وتعتبرها من المحاسن، أو تدمها، وتعدّها من القبائح، فهذه لا تتبدل، ولا تتغير، بل هي ثابتة. لا خلاف أن الأحكام إنما ترمي إلى تحقيق مصالح الناس، ومراعاة منافعهم، وما لا ريب فيه أن بعض هذه المصالح والمنافع يتبدل ويتغير بتغير الزمان أو المكان أو الحال، أو لأي عامل من العوامل التي تؤثر في تغير المصالح، ولا خلاف أن النص مقصود منه تحقيق المصلحة للناس ومنفعتهم، فغاية النص الشرعي وهدفه وحكمته هي المصلحة².

وقد عمل بهذه القاعدة منذ عصر الخلفاء الراشدين كما في مسألة ضوال الإبل، فقد ذكر ابن رشد أنه إنما اختلف الحكم في ذلك من عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان لاختلاف الأزمان بفساد الناس، ثم جاء مالك فرأى أن يكون الحكم فيها ببيعها وجعل ثمنها في بيت المال إن كان الإمام عدلاً، وإن كان غير

¹ - الفروق للقرافي: 148/3.

² - انظر تفصيله في الموافقات: 509/2 - 510.

عدل يخشى عليها إن أخذت ردت حيث وجدت¹، وتبع مالكا تلامذته وفقهاء مذهبه، فوسعوا مجال أعمالها، ولم يستثنوا إلا العقائد والعبادات وما لا يتبدل مما علم من الدين بالضرورة.

المطلب الثامن: الاحتكام إلى السياق:

المفسر لكتاب الله تعالى لا تسعفه ألفاظ الآية وحدها للوقوف على مراد الله، بل لا بد أن ينظر بدقة وإمعان في السياق القرآني؛ حتى يعرف قصد المتكلم..

ويكاد العلماء يجمعون على هذه القاعدة وعلى ضرورة أعمالها، وسموها "دلالة السياق"، يقول الزركشي رحمه الله في البحر المحيط:

دلالة السياق أنكرها بعضهم، ومن جهل شيئا أنكره، وقال بعضهم: إنها متفق عليها في مجاري كلام الله تعالى.²

ولما كان السياق رافعا لاحتمالات التي يحتملها النص، فهو، إذن، وسيلة من وسائل إدراك المعاني المرادة من الشارع، واستقراء هذه المعاني هو أساس تحصيل مقاصد الشريعة، ذلك أن السياق يعد "وسيلة من وسائل التوصل إلى مقاصد الشارع، لكونه وسيلة من وسائل إدراك المعاني المرادة من النصوص التي هي مظان تجلي المقاصد، ودلائل كشفها، ومواد استخراجها واستقراءها، وهو المسلك الذي يعرف بمعونة القرائن المقالية والمقامية التي تظهر السوق الأصلي من النص، كما قال الشاطبي، ولذا اعتبر الأوامر والنواهي الابتدائية أول مسالك تحصيل مقاصد الشريعة،³

المبحث الثالث: دور ابن العربي في إغناء التراث المالكي إعمالا للمقاصد وأسسها

يتمثل دور ابن العربي في خدمة مذهب إمام دار الهجرة، وإغناء تراثه، في الأعمال التي قدمها، شرحا للموطأ وتأصيلا لفقه مالك فيه، وفي المدونة، كما في المسالك والقبس، أو إبراذا لأصول مذهب الإمام، كما في محصولة، في أعماله كشف عن منهج الإمام مالك، خصوصا في فقهه المؤسس على النص ومقاصده، ومقومات النظر المقاصدي من استحسان واستصلاح وعرف وسد للذريعة... بيانا وترجيحا.

المطلب الأول: توسيع مجال الاستحسان:

ففي مجال توسيع دائرة الاستحسان الذي قال عنه مالك "تسعة أعشار العلم" يقول ابن العربي في المحصول: "وقد تتبعناه في مذهبنا -أي الاستحسان- وألفيناه أيضا منقسما أقساما فمنه ترك الدليل

¹ - البيان والتحصيل لابن رشد: 360/15

² - ج 8 ص 54.

³ - انظر: الموافقات: 134/3

للمصلحة ومنه ترك الدليل للعرف ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق¹، ليرز هذا الحيز الذي شغله في الفقه، والدرجة التي يحتلها في الاستدلال.

ومن الأمثلة نسوق له هنا:

- إذا اشترى الرجل جهاز الجهاد، ثم منعه أبوه من الخروج في فرض الكفاية، فإن كان غنيا عنده مال ويقدر على الاستبدال به، باعه واستبدل به إذا جاهد إن كان الجهاز ما يخشى فساد، كان لم يخش ذلك، فلا يبيعه، والرخصة في بيعه استحسان².

- إذا تزوج السفية بغير إذن الوصي، كما مر في المثال السابق، فنكاحه موقوف على الفسخ أو الإمضاء، فإن رأى وجهه رشد أمضاه، وإن رأى غبا رده، كالعبد يتزوج بغير إذن سيده، فإن أجازه على ما عقد لزمه، فإن رده قبل البناء فلا شيء عليه من مهر ولا غيره، وكانت طلبة. وإن رده بعد البناء، فقد قال عبد الملك: ترد الزوجة ما قبضت ولا يترك لها شيء. قال ابن العربي: "وقال مالك وأكثر أصحابه: يترك لها، وقول مالك استحسان"³.

وهكذا يبرز أصل قول مالك الاجتهادي، وقد يرجحه به على قول غيره، كما سيأتي في المباحث اللاحقة.

المطلب الثاني: اعتماد المصالح:

ذهب ابن العربي في أحكام القرآن إلى أن المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع، أما أنه يجوز أن يختلف وجود المصالح فيكون في وقت دون وقت، فإذا وجدت فلا بد من اعتبارها⁴ في المعاملات التي يعتبرها قائمة على: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (البقرة: 188)، وقوله ﷺ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة: 275)، وأحاديث الغرر، واعتبار المقاصد والمصالح، وهي واردة في الفروع والجزئيات الفقهية، كما نبه على ذلك⁵.

وغالبا ما يلتفت إلى المصلحة عندما تتعارض عنده ظواهر النصوص، كما في مسألة التسعير التي لخص فيها اختلاف الفقهاء بقوله "ومحمل الحديث على وجهين: أحدهما - إذا لم يكن الزائد متفاوتا،

¹ - المحصول: 1/ 131

² - المسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 11/5

³ - المسالك: 469/5

⁴ - أحكام القرآن: 50/3

⁵ - أحكام القرآن: 97/1

والثاني - إذا لم يكن في ذلك ضرر بأن يترقى منه إلى غيره فإن خرج عن هذين الوجهين لم يجز التسعير أيضا ولكن يقال للذي تولى الزيادة أخرج عن سوقنا كما فعل عمر بن الخطاب بحاطب بن أبي بلتعة هذا إذا كان من أهل السوق.

وأما إن كان الجالب للبيع من غير أهل البلد فذلك الذي يبيع كيف شاء لا يمنع منه ولا يحجر عليه كما قال عمر ولكن "أما جالب جلب على عمود كبده..." الحديث¹ - قال -: وهذا مبني على قاعدة المصلحة، فإن الجالب لو قيل له كما يقال للرجل من أهل السوق: إما أن تبيع بسعرنا وإما أن تقوم عن سوقنا لا تقطع الجلب واستنصر الناس وعلى هذا انبنت مسألة التسعير في أن كل من جلب من المعاهدين إلى بلاد الإسلام أخذ منه العشر إلا أن يجلب إلى مكة فإنه يؤخذ منه نصف العشر مصلحة سببها التحريض والتحضيض على جلب الأقوات إليها وفائدته كثرته فيها ولما لحظ ابن حبيب من أصحابنا هذه المصلحة وفهم المقصود قال إن الجالب للطعام لا يمكن أن يبيع إلا بسعر الناس ما خلا القمح والشعير فإنه يكون فيه بحكم نفسه للحاجة ولتمام المصلحة بهما².

المبحث الرابع: بيان معالم النظر المقاصدي في فهمه لنصوص الوحي وأقوال مالك.

إيماننا من ابن العربي أن على المقاصد انبنت أحكام الشريعة وبالمصالح ارتبطت كما صرح به في القبس³، أدار عليها اجتهاده الفقهي وحكمها في النصوص والترجيح بينها، وفي فهم أقوال إمام المذهب وآرائه...

وصرح بأن الشافعي ومن سواه لا يلحظون الشريعة بعين مالك رحمه الله ولا يلتفتون إلى المصالح، ولا يعتبرون المقاصد، وإنما يلحظون الظواهر وما يستنبطون منه⁴.

المطلب الأول: في فهم نصوص الشرع:

لا أطيل في هذه النقطة، فتصفح كتاب أحكام القرآن يقف على قواعد المصالح والمقاصد مبثوثة بين آيات الأحكام يجلي بها الحكم ويوجه ويربطه بمناطه وقد بين بما لا مزيد عليه تأصيل القرآن الكريم لعدد من القواعد الشرعية في الرخص وأحكام الضرورة، مثل قوله: ﴿بِمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (النحل: 115)، وقوله: ﴿بِمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ

¹ - أخرجه مالك في الموطأ: ح (1898) رواية يحيى.

² - القبس: 838/1

³ - 1037/1

⁴ - أحكام القرآن: 106/2.

مُتَجَانِبٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (المائدة:3) وبين أثره البالغ في قيام القواعد وكيان المقاصد في رفع الحرج عن المضطر وصيانة حياته وحفظها¹.

- تعليل الأحكام:

اهتم رحمه الله واحتفى كثيرا بتعليل الأحكام، سواء في أحكام القرآن، أو في شرحيه للموطأ: المسالك والقبس، ولم يكتف في ذلك بالتعليل، بل عدى أحكام الأصول إلى الفروع بناء على العلل، مثاله تعليل الإجماع المنعقد على تحريم شحم الخنزير قياسا على لحمه المحرم بالنص، بجامع النجاسة والضرر الواجب تجنبهما²، ومن أمثله ما علل به ترك فاصل بين الأكل وطلوع الفجر ليلة الصيام، بعد أن حكى أقوال الفقهاء من الصحابة وغيرهم، ما بين مجيز ومحرم، وحكى الكراهة عن مالك ورجحها وعللها فقال: "والصحيح أنه مكروه، لأن علة تحريمه معروفة، وهي ضعف القوى وإنهاك الأبدان"³.

وفي مسألة ضوال الإبل التي تطور الاجتهاد فيها في عصر الخلفاء الراشدين قال: "وكان السؤال عن من فوق المال وعن النساء سؤالا محتملا، لقصد الحفظ على الغير ولقصد انتفاع الطالب فأما ضالة الإبل، فقد خلصت للطمع لأنه لو تركها لما خاف عليها، والأخذ إنما هو لأجل الخوف"⁴، والتعليل عنده توطئه النظرة الكلية لأحكام الشريعة، ولذا قال عن هذه المسألة في موضع آخر: "والأصل في ذلك الضرورة الداعية إلى ذلك"⁵.

- إعماله لقاعدتي الذرائع والمالات:

اشتهر ابن العربي رحمه الله بتقريره للقول بالذرائع في كثير من المواطن، وهي معنى الشبهة عنده، كقوله في أصل الشبهة من أصول المعاملات المالية في المذهب: "وأما الشبهة: فهي في ألسنة الفقهاء عبارة عن كل فعل أشبه الحرام فلم يكن منه، ويسمى علماؤنا بالذرائع⁶، ومعناه: كل فعل يمكن أن يتذرع به أي يتوصل به إلى ما لا يجوز، وهي مسألة انفرد بها مالك دون سائر العلماء، وقد مهدنا القول عليها في مسائل الخلاف قرآنا وسنة وإجماعا من الأمة، ولم يكن في ذلك إلا الاعتنا ببنينا إسرائيل⁷.

¹ - انظر أحكام القرآن: 54/1، 57.

² - أحكام القرآن: 54/1.

³ - أحكام القرآن: 132/1.

⁴ - القبس: 948/1.

⁵ - القبس: 886/3.

⁶ - القبس: 785/1.

⁷ - 22/6.

ففي قتل الجماعة بالواحد الذي رأى بعض فقهاء المالكية أنه استند إلى المصلحة في حفظ النفوس، يربطه ابن العربي بسد الذرائع، حيث قال: "مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ، ولو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا واحدا، لم يقتلوا لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم، بالاشتراك في قتلهم"¹.

ونص على تغليب سد الذريعة كون الخمر صالحا للبدن، فقال: "إنه لو كان فيها صلاح بدن لكانت فيها ضراوة وذريعة إلى فساد العقل، فتقابل الأمران، فغلب المنع، لما لنا في ذلك من المصلحة المنبه عليها في سورة المائدة"².

وإعمالا للقاعدة عمن النهي عن كل ما يشغل عن صلاة الجمعة، ويصرف المكلف عن الاهتمام بها، فيكون المنع عندئذ سدا للذريعة الاستخفاف بالفريضة، فحكم رحمه الله بفسخ كل العقود المبرمة وقت النداء ردعا لأصحابها"³.

وهكذا تجده لافتا النظر في أمثال هذه المسائل إلى إعطاء الذرائع أحكام مقاصدها سدا لبابها في مظان كل شبهة تعرض للحكم.

- اعتماد الأعراف:

للعرف في اجتهادات ابن العربي حضور قوي، مثل بيع المعاطاة، وامتعة المطلقة، والكفاءة الزوجية، والأيمان، وغيرها...⁴

ويستند في اعتبارها والعمل بمقتضاها، وتحكيم قواعدها، إلى مراعاة الشريعة لها في مسائل العادات والمعاملات، كما في قوله تعالى في نفقة الزوجة: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: 233)، يقول ابن العربي: "وحمل على العرف والعادة في مثل ذلك، ولولا أنه معروف ما أدخله الله في المعروف"⁵، وأن الله تعالى وكل مثل هذه الأمور إلى الاجتهاد الذي من ضروبه العمل بالمصلحة ومراعاة الأعراف.

وكثيرا ما يقرن بين العرف والمصلحة، كما في تعليقه ضرب البهيمة، والأطفال

¹ - أحكام القرآن: 1/ 65.

² - نفسه: 170/1

³ - نفسه: 4/ 226.

⁴ - ينظر: أحكام القرآن: 1/ 216، و 217

⁵ - أحكام القرآن: 1/ 233

يقول: "وقد اتفقت الأمة على اعتبارها في الجملة ولأجلها وضع الله الحدود والزواج في الأرض استصلاحاً للخلق حتى تعدى ذلك إلى البهائم، فتضرب البهيمة استصلاحاً وإن لم تكلف سبباً إلى تحصيل قصد المكلف، وأقرب من ذلك من غرضنا أن الطفل يضرب على التمرن على العبادات لا ضرب تكليف، ولكن ضرب تأنيس وتدريب حتى يأتيه التكليف على عادة فتخف عليه المشقة في العبادة"¹.

ومنها أيضاً مسألة وضع الجوائح، التي أصل لها من العرف والمقاصد، قال: "وهي مسألة انفرد بها مالك دون سائر فقهاء الأمصار، وهي مسألة تنبني عليها القاعدة الخامسة في العرف وعلى القاعدة العاشرة في المقاصد والمصالح، ونحن ننبهكم عليها بعد أن نذكر حكم الثاني المعظم فيها. روى مسلم في الصحيح أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، فإذا ثبت هذا الأصل فالذي ينفي عنه اعتراضات المخالفين وتأويلاتهم مرده إلى قاعدة المقاصد والمصالح والعرف، الجارية عليه الأحكام الشرعية، فنقول من حكم عقد البيع أن يتنزل المشتري منزلة البائع في المبيع ملكاً بملك وحالاً بحال ومنفعة بمنفعة. وإذا اشترى الثمرة بعد بدو صلاحها من صاحبها فذلك محمول على حال البائع فيها، وعلى عرف الناس في العمل بها، وهو أن يقبضها ملكاً بملك وحالاً بحال، ولا يجوز أن يقال إن عليه أن يجدها جملة، لأن البائع لها لما لم يكن حاله كذلك فيها، ولأن المقصود والمعتاد والمصلحة لا تقتضي ذلك فيها، فإذا نزلت الجائحة عليها من غير تفريط من المشتري في اقتضاءها مصيبة نزلت قبل القبض فلا كلام لأحد من المخالفين عليها"².

وفي إشارات مقاصدية علق على وجوب طاعة ولي الأمر، في المنشط والمكره، وتوفيقاً بين النصوص قال: "وأما قوله المنشط والمكره: فيعني به الخروج معه في منافع الإسلام كان الدعاء في حال نشاط أو في حال كسل. وأما قوله: وألا ننازع الأمر أهله. فيعني بقوله أهله: من ملكه لا من يستحقه، فإن الأمر فيمن يملكه أكثر منه فيمن يستحقه، والطاعة واجبة في الجميع لأمر النبي ﷺ بذلك لكل أمير ولو كان عبداً حبشياً، لما في ذلك من مصلحة الخلق فإن الخروج على من لا يستحق الأمر إباحة للدماء وإذهاب الأمن وإفساد ذات البين، فالصبر على ضرره أولى من التعرض لهذا الفساد كله لما خرج ابن الأشعث³ على الحجاج حين ظهر ظلمه وشاع تعديده جاءوا إلى الحسن بن أبي الحسن

¹ - المسالك: 47/6

² - القيس: 813/1

³ - هو عبد الرحمن بن الأشعث بن قيس الكندي أمير من القادة الشجعان، وهو صاحب الوقائع مع الحجاج، وقد لجأ، بعد معركة دير الجماجم مع الحجاج وفشله فيها، إلى رتبيل فحماء مدة ثم قتله وبعث برأسه إلى الحجاج فأرسله الحجاج إلى عبد الملك بالشام وكان ذلك سنة 85 هـ. الأعلام 4/ 98، تاريخ الطبري 8/ 39.

البصري في جماعة من القراء يدعونه إلى الخروج معهم فقال لهم: إن الحجاج عقوبة الله في العباد، وعقوبة الله لا تقابل بالسيف، وإنما تقابل بالتوبة.¹

المطلب الثاني: في تعامله مع نص الموطأ، وفقه المذهب عموماً:

لقد ذكر ابن العربي في أكثر من موضع في كتبه تفرد الإمام مالك في النظر إلى مقاصد الأمور، وما ذلك إلا لشدة إعجابه بفقهه، وتأثره به في مراعاة المعاني، وعدم الوقوع في أسر ظواهر الألفاظ دائماً، ما كان أغوص مالكا على المقاصد، وما كان أعرفه بالمصالح.²

ويقوم تحليل نصوص وأقوال الإمام مالك عند ابن العربي على استحضار أسس منهجه الذي يحتل فيها الالتفات إلى المصالح درجة متقدمة، يقول: "وأما مالك رحمته الله فكان حبر الشريعة، حبر اللغة، لم يخف عليه شيء من هذه الاعتراضات، ولكنه كان حواطاً على الدين ملتفتاً إلى مصالح المسلمين في نهى النبي ﷺ عن التدابر في الحديث المشهور، قال مالك: لا أحسب التدابر إلا إغراضاً عن أخيك بالسلام، فتدبر عنه بوجهك"³، ولأجل هذا كان مذهب مالك - رحمته الله، أشرف المذاهب لتتبعه المعاني إذا وجدها، وإغراضه عن الظاهر، ألا ترى إلى قوله فيمن حلف ألا يأكل الطعام، وألا يلبس هذا الثوب، أنه لا ينتفع بهما في حال، إذا كان المقصود معنى المن أو ما يعم...⁴

وعلق على كلامه في موضوع النهي عن الغضب في الحديث "لا تغضب"⁵ قائلاً: "ما كان أغوص مالكا على المقاصد، وما كان أعرفه بالمصالح. أصل الفساد البغض، فنهى النبي ﷺ عنه، وينشأ عن البغض الإغراض، وهو أول درجات التدابر، ويترتب على الإغراض اختلاف الأهواء، ومروج الأمور، وفسره بالإغراض لهذا المعنى"⁶.

فأمر الشرع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج، وأذن في التحكيم تخفيفاً عنه وعنهم في مشقة الترافع، لتم المصلحتان، وتحصل الفائدةان.

¹ - القيس: 581/1، 582.

² - المسالك: 7271.

³ - القيس: 301/1.

⁴ - القيس: 1118/1.

⁵ - رواه مالك في الموطأ ح 2636.

⁶ - المسالك: 271/7، وقارن بالقيس: 205/1.

وانتقد على الشافعي ميله إلى الظاهرية في الفهم والتفسير، قال: "والشافعي ومن سواه لا يلحظون الشريعة بعين مالك رحمه الله ولا يلتفتون إلى المصالح، ولا يعتبرون المقاصد، وإنما يلحظون الظواهر وما يستنبطون منها"¹.

وفي طلاق المريض، قال: "هذه المسألة من المصالح التي انفرد بها مالك، دون سائر العلماء، فإنه رد طلاق المريض عليه تهمة له في أن يكون قصد الفرار من الميراث، وخالفه سائر الفقهاء والحق له؛ لأن المصلحة أصل، وقطع الحقوق لا يمكن منها بالظنون"².

من ذلك إعجابه بقول مالك بأنه لا يصلى في مسجد واحد بجماعة مرتين، وذلك أصل من أصول الدين، وقال معللاً هذا الحكم بأن الجماعة إنما شرعت في الصلاة لتآلف القلوب، وجمع الكلمة، وإصلاح ذات البين، والتشاور في أمور الإسلام، فلا تكون إلا واحدة، ولو طرق فيها إلى التبعية والتشتيت، لانفسد هذا النظام، وتنافرت القلوب، وافترت الكلمة، وتوصل أهل البدعة والنفاق إلى الانفراد بأرائهم، وإلى الدخلة على أهل الإسلام في دينهم، من تفريق الكلمة وتشتيت الجماعة، حتى لو وقع بين أهل قرية كلام، وأراد رجل أن يستدعي جيرانه لبناء مسجد ينفرد به، لم يجز، ويمنع من ذلك ويهدم عليه ويرد إلى أصحابه؛ ولذلك هدم النبي ﷺ مسجد الضرار³.

فتأمل كيف أصل لهذا المنع بقواعد سد الذرائع، ودرأ المفاسد عن جماعة المسلمين.

المبحث الخامس: بيان معالم النظر المقاصدي في ترجيحه بين الأقوال

في سياق هذا الفهم العام، وتحليل الخطاب الشرعي، وإمعان النظر في فقه مالك الذي يطغى عليه النظر المصلحي، قامت ترجيحات ابن العربي واختياراته الفقهية:
ومن نماذجها:

المطلب الأول: الترجيح بالعلة والمصلحة:

يقول الأصوليون: "يقدم ما كان فيه الإيماء إلى علة الحكم على ما لم يكن كذلك، لأن دلالة المعلل أوضح من دلالة غير المعلل"⁴. وقد وقع اختيار القاضي ابن العربي على بعض المسائل بهذا الاعتبار، ومن أمثلة ذلك اختياره حرمة استقبال القبلة بقضاء الحاجة مطلقاً (سواء في البنين أو

¹ - أحكام القرآن: 106/2.

² - القبس: 749/1.

³ - المسالك: 333/2.

⁴ - البحر المحيط للزركشي، 4/454، إرشاد الفحول، للشوكاني: المرجع السابق: 271/2.

الصحراء)، واعتمد في ذلك على أن علة النهي عن الاستقبال هي حرمة الكعبة، فتبقى علة التحريم قائمة في البنيان وغيره¹.

وحين أورد الآية التي تأمر باعتزال النساء في الحيض: ﴿بَاعْزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَفْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَظْهَرْنَ﴾ (البقرة: 222) ذكر مجموعة من العلل والحكم، هي كون الحيض قدرا، وكونه نجسا، وكونه دما، وكونه مكروها يتأذى منه الإنسان برأحتة، وضرره ونجاسته، قال: والصحيح هذا الرابع باعتبار كونه أوضح العلل وأجمعها².

وفي ترجيحه لوجوب الزكاة في عروض التجارة، قال: "فلو سقطت الزكاة عنهم لكان جزء من الأغنياء يخرجون عن هذه العبادة وتذهب حقوق الفقراء في تلك الجملة، وربما اتخذ ذلك ذريعة إلى إسقاط الزكاة والاستبداد بالأموال دون الفقراء، فاقتضت المصلحة العامة، والأمانة الكلية في حفظ الشريعة ومراعاة الحقوق، أن تؤخذ الزكاة من هذه الأموال إذا قصد بها البناء..."³

ورجح رأي المالكية في النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها وبالطعام... وغيرها من المسائل التي يظهر فيها الالتفات إلى المعاني وما يحقق المصلحة.

المطلب الثاني: الترجيح بالقصد من مشروعية المسألة.

أحيانا يكون ترجيح القاضي ابن العربي ناتجا عن اعتبار الغرض الذي من أجله شرع الحكم، ومن أمثلة ذلك في العارضة: اختياره عدم وجوب تخليل أصابع الرجلين في الوضوء، قال: "لأنها ملاصقة يشق وصول الماء إليها، وتتفرح بموالة الرطوبة عليها"⁴، فتخفيف الحكم فيه مراعاة مقصد التخفيف والتيسير ورفع الحرج، عكس ما لو قال بوجوب تخليلها.

وقد اعتبر هذه النظرة في بعض اختياراته، مثال ذلك: اختياره أجزاء التمضمض بالغاوسل عن السواك، حيث قال: "لأن الغرض إزالة القلح، فبأي وجه حصل جاز"⁵،

كما ربح واختار ما يناسب هذا المنهج باعتبار المآل، ومن أمثلته:

¹ - عارضة الأحوذى 25/1

² - أحكام القرآن: 75/1

³ - القبس: 1 / 465

⁴ - عارضة الأحوذى: 1 / 50,51

⁵ - عارضة الأحوذى: 199/1، والمسالك: 293/2.

اختياره تطهير بول الرجلين بذنوب واحد من ماء - كما لو كان بول رجل واحد- وقال في رده على من قال إنه لا يكفي في ذلك إلا ذنوبان:- "إن هذا يؤدي إلى أن تكون النجاسة الكثيرة تطهر بمقدار لا تطهر به النجاسة القليلة، مثاله: رجل بال بولة كثيرة، أجزأه دلو واحد ويبول اثنان بولتين لا تبلغ نصف تلك البولة، فلا تطهر إلا بدلوين وما أدى إلى هذا كان فاسدا"¹.

المبحث السادس: بيان معالم النظر المقاصدي في تنزيل النصوص.

لا يكلفك ابن العربي رحمه الله -وأنت تبحث عن المقاصد، ومدى استحضارها في فكره وفقهه واستدلالاته- أي عناء، فكل ما صدر عنه من أقوال وآثار وفتاوى وترجيحات تعد مادة علمية وشرعية مهمة في اعتماد المقاصد والعمل بها، فضلا عن أنه يصرح بما لا يدع مجالا للتأويل، أنه ممن يلاحظ المقاصد ويعتبرها في مناسبات مختلفة، من غير أن يحظى ذلك بتدوين وتنظير وتقييد عنده، والتبع والاستقراء في معظم كتبه يفضي إلى نتائج يمكن أن نستخلص منها مواقف القاضي

إزاء المقاصد ورأيه تجاه العمل بها والالتفات إليها، ومعلوم أن هذه الآثار لم تكن في درجة واحدة من حيث التصريح بها والإشارة إليها ومن حيث التعبير ببعض مفرداتها وألفاظها، من ذلك:

اعتماد قاعدة المقاصد في أغلب مسائل القبس، وهي القاعدة العاشرة التي تكررت عنده فيه، يقول مثلا:

القاعدة العاشرة: هي في بسط المقاصد والمصالح... وقد اتفقت الأمة على اعتبارها في الجملة، ولأجلها وضع الله الحدود والزواج في الأرض، استصلاحا للخلق.

وقد مثل لها بضرب الأولاد تهديبا لهم وتدريباً، فقال: "... حتى تعدى ذلك على البهائم فتضرب البهيمة استصلاحاً وإن لم تكلف، سبياً إلى تحصيل قصد المكلف، وأقرب من ذلك من غرضنا أن الطفل يضرب على التمرن على العبادات، لا ضرب تكليف، ولكن ضرب تأنيس وتدريب، حتى يأتيه التكليف على عادة، فتخف عليه المشقة في العبادة..."².

ويرى مثلاً عدم اشتراط أن تكون زكاة الفطر من غالب قوت البلد، بل يكفي أن تكون من غالب قوت المكلف، إذ "النبي ﷺ لما نوع الأنواع، على اختلاف تفاصيلها، وسوى بينها في القدر، وذلك دليل حكمة بديعة، ودليل قوي، وذلك أن زكاة الفطر وجبت في الأموال طهرة للأبدان، ورفعاً للغط الصيام، وكانت في كل أحد على قدر ما عنده، كما كانت الزكاة الأصلية على كل أحد في ماله، لا يكلف

¹ - عارضة الأحوذى شرح سنن الترمذي، لابن العربي، أبواب الطهارة، باب 112، شرح حديث 148، 1/ 199.

² - القبس: 802/1

غيره...وما أراد النبي ﷺ فيما بلغ إلا التوسعة على كل أحد، من غير تكلف ليجمع بين أداء العبادة ورفع الحرج والكلفة¹

فاختياره هذا جاء على نسق روح الشريعة، ومقاصد الإسلام في التيسير، ورفع الحرج عن المكلف، ولأن العبد مخاطب بفرض نفسه، فوجب أن يعتبر قوته هو، ولذا طرد هذه المعاني، بالإضافة إلى روح التضامن في ما يخرج من زكاة الفطر، وقال: "يخرج من عيش كل قوم، من لبن لبننا واللحم لحما، ولو أكلوا ما أكلوا، فساكينهم أشراكهم، لا يتكلفون لهم ما ليس عندهم، ولا يحرمونهم ما بأيديهم² بهذا المنهج أفتى بفساد الصوم بالغيبة وقول الزور عملاً بالحديث" من لم يدع قول الزور والعمل به فليس لله حاجة في أن يدع طعامه وشرابه"³، فقد ضرب ﷺ مثلاً، كما قال ابن العربي، في أن أحدهما إذا ترك ترك الآخر، فقول الزور والعمل به أقوى في التحريم من الطعام والجماع...⁴

ونفس الملاحظ نجده في اختياره الفقهي في مسألة التسوية بين الأولاد في العطية حين نظر إلى المصلحة والظروف المحيطة وحالة كل ولد، فيعطون على قدر مراتبهم، فيقدم الزمن على القوي، والعادل على الغافل، والمستقيم على المعوج...⁵ أي أن الحديث لا تقهم منه التسوية المحضة، كما ذهب إليه الجمهور، ولا التفاضل الذي يراعى في تقسيم الإرث كما ذهب إليه الإمام أحمد ومحمد بن الحسن الشيباني.

وفي اختياره هذا جنوح لتغليب المصلحة بكل فرد، وبما يحققها لكل واحد من غير إفراط ولا تفريط، وهي اعتبارات لا بد من الالتفات إليها عند تنزيل النصوص.

وقد حظي حفظ الضروريات الخمس بعناية ابن العربي عند تنزيل أحكام الشريعة، أمراً أو نهياً، بل ونجده يعتنى عناية خاصة بحفظ نظام الفطرة في الإنسان، بوصفه آدمياً، قبل أن يكون مسلماً، من ذلك قوله، مخالفاً لجمهور الأئمة، بوجوب خصال الفطرة كلها، الواردة في الحديث⁶ قال: "والذي عندي أن جميعها واجب وأن الرجل لو تركها لم يكن من جملة الآدميين، فكيف من جملة المسلمين."⁷

¹ - عارضة الأحوذني: 189/3.

² - المرجع ذاته: 189/3.

³ - أخرجه البخاري في كتاب الصوم ح 1903.

⁴ - القبس: 430/1.

⁵ - عارضة الأحوذني: 34، 35/6.

⁶ - حديث أبي هريرة قال: (خمس من الفطرة تقليم الأظفار وقص الشارب ونتف الإبط وحلق العانة والاختتان) ورواه البخاري في كتاب اللباس باب قص الشارب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ - 7/ 206، ومسلم في الطهارة حديث (257).

⁷ - القبس: 1108/1.

ومن فقهه التنزيلى رحمه الله أنه يترك بعض المستحبات خوفاً التشويش على العامة، تأليفاً للقلوب، وجمعاً للكلمة وهي مقاصد أعظم، ومن ذلك تركه لدعاء الاستفتاح، وإن صح الحديث فيه، وله في ذلك أسوة من الصحابة رضي الله عنهم كعثمان رضي الله عنه، الذي رأى ذلك مفسداً لعقائد العامة، فرأى حفظ ذلك بترك يسير من السنة¹...

خاتمة:

يبدو من خلال هذه الجولة السريعة في فقه ابن العربي، واختياراته منه، وترجيحاته، تسجيل الملاحظات الآتية:

- اعتماده لقواعد المصالح والمقاصد في تفسير آيات الكتاب العزيز، في "أحكام القرآن" وشرح أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم في "المسالك" و"القبس" و"عارضة الأحوذى".

- فهمه الدقيق لفقه مالك المتأسس على مراعاة المصالح، وسد الذرائع، والنظر إلى المآل، وهي كلها قواعد مقاصدية، مكنته من تجلية هذا الفقه وتنوير مسالك المذهب وترسيخ أصوله والتمكين لمنهجه، دون أن يتعصب للإمام.

- فهمه للأحكام الجزئية في إطار الأحكام الكلية وفق نسق روح الشريعة ومقاصدها وخصائصها.

- أخذه بفكر القارئ للاهتمام بالتوفيق بين النصوص، أو الآراء الفقهية المتعارضة في المسألة، مما يعطي قيمة وممتعة، في الوقت ذاته، للاختلاف الفقهي وتعدد الآراء في المسألة، بدل التضجر من ذلك.

- الاطمئنان لترجيحاته متى اعتمد فيها النظر المقاصدي في نسقه الكلي ما يرسخ لدى القارئ وحدة الشريعة في أبوابها المختلفة، وهي سمة العلماء الكبار بوصلة منهجهم النظرة من عل، مهما خاضوا في الجزئيات.

- إسهامه بهذا وذاك في إغناء التراث المالكي، كما ونوعاً، بهذه الشروح، وتلك المصنفات البديعة في بابها، ففيها إضافة نوعية، جعلت ابن العربي أحد أعمدة المذهب شرقاً وغرباً، وبوآته أحد مراجعي الكبار الذين جددوا في الفقه.

¹ - أحكام القرآن: 2/321.

لائحة المراجع:

- أحكام القرآن، لابن العربي، دار الكتب العلمية، ط2003
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني اليمني، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، دمشق - كفر بطنا، ط1، 1999.
- أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض بن نامي السلي، دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 2005م.
- البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله الزركشي، دار الكنتي، ط1، 1994.
- بداية المجتهد لأبي الوليد ابن رشد، دار الحديث - القاهرة، ط: 2004م
- البيان والتحصيل لابن رشد تحقيق محمد ججي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان ط2 - 1988.
- شرح تنقيح الفصول للقرافي، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، نشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة ط1، 1973.
- الفروق، للقرافي (ط عالم الكتب، بدون تاريخ)
- القبس، لابن العربي: تحقيق د. محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1992.
- الاستذكار، لابن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1.
- الشرح الكبير للدردير: ط دار الفكر، د ت.
- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق، محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة ط1، 1422هـ.
- المحصول، لفخر الدين لرازي، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط1997، 3.
- المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة - بيروت، بدون رقم طبعة، 1993م
- المدونة، للإمام مالك، دار الكتب العلمية، ط 1994.
- المقدمات الممهدة لابن رشد (الجد): الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي 1988/1408.
- المسالك لابن العربي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2007.
- الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي، بتحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1997.
- موطأ مالك بتحقيق الأعظمي: نشر مؤسسة زايد بالإمارات
- نيل الأوطار للشوكاني، تحقيق عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1993.

أصول الفتيا عند المالكية من خلال نوازل ابن هلال السجلماسي (903هـ)

د. الحاج محمد الحفظاوي
كلية الشريعة، جامعة ابن زهر.

ملخص البحث:

إن لمنصب الإفتاء في النواز لمنزلة عظيمة، إذ لا يتصدر له إلا من بلغ مرتبة جليلة في الشريعة، فلا يقدم عليه إلا من استجمع شروطه وأركانه، وعلم بالأصول والفروع، وعرف أقوال الفقهاء، وحصل ملكة الاستنباط.

وقد أولى الفقهاء المالكية عناية كبيرة للإفتاء في المسائل، فظهر فقهاء كبار في عصور مختلفة، تحققت فيهم أهلية الاجتهاد، فكانوا يجيبون الناس عن أسئلتهم، وفق منهج منضبط، وأصول راسخة، وقواعد مطردة.

ومن هؤلاء ابن هلال السجلماسي الذي أعمل تلك القواعد في نوازه، وأجاب بناءً عليها، فكان عالماً بأقوال المذهب، عارفاً بمسائله، كما كان يحقق مناط النازلة، ويأخذ بمشهور المذهب، أو بما جرى به العمل، ويعتبر العرف والعوائد إن كان الحكم متوقفاً عليها، وغير ذلك. فجاءت نوازه متضمنة لتلك القواعد الجليلة، والمنهج الرصين، مائعة لقارئها والمطلع عليها.

كلمات المفاتيح:

الأصول- الفتوى- المذهب المالكي- ابن هلال- شروط الاجتهاد- مراتب الاجتهاد- الأهلية- حفظ المسائل- تحقيق المناط- العرف- مشهور المذهب- ما جرى به العمل.

Abstract

The construction of *fatwa* on new and recent issues has a great status in Islamic legislation. This is thanks to the fact that the scholars of *Fatwa* stipulate specific conditions and fundamentals before issuing a *fatwa*. For instance, a *mufti* has to master its principles and branches as well as the sayings of jurists. He should also have the talent for deduction. The Maliki jurists have given immense importance to a specific type of *Fatwa*, namely: *Fatwa* on issues. Thus, great jurists have appeared throughout the ages that fulfilled the conditions of *ijtihad*, and they answered people's questions, according to a systematic methodology, principles and rules. One of the prominent scholars in the field is Ibn Hilal Al-Sijlmasi who applied these rules in his *fatwa*, and responded based on them. He was a scholar of the doctrine's sayings, knowledgeable of its issues, as he was fulfilling the principles of the calamity, adopting the well-known doctrine, or what used to be done, and considering custom and traditions if the judgment depends on them, and so on. Therefore, the work of this scholar included the rules and the methodology in dealing with *fatwas*.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله، وأصحابه، ومن سلك نهجه واتبع سبيله إلى يوم الدين.

وبعد:

فإن للإفتاء في النوازل الفقهية أصولاً متبعة وشروطاً معتبرة، قد ذكرها فقهاء المذاهب على اختلاف فروعهم، وفصلوا القول فيها، واختلفوا في عدّها.

والناظر في تلك الشروط جميعها، المتأمل لما ذكروا، الفاحص لما بينوا؛ يخلص إلى أنها على الإجمال إما أن تكون راجعة إلى أهلية المفتي، وإما راجعة إلى محل الإفتاء. لأن الإفتاء في النوازل لا يقبل إلا حين يكون صادراً من أهله، وصادف الاجتهاد محله. ففي الأول إخراج لكل من لم يبلغ منزلة الاجتهاد، أو لم تكمل له بعد أدواته. وفي الثاني إخراج للفتاوى الشاذة التي صدرت ممن هو أهل للإفتاء، لكن فتواه لم تصادف محلها المناسب، كأن تكون مخالفة لإجماع، أو صادمة لنص من كل وجه. فعمل الفقهاء قدر وسعهم، وبذلوا قدر طاقتهم، لكي تكون فتاويهم صادفت الصواب، أو تحوم حوله على الظن الغالب.

وقد أبدع فقهاء المالكية أيما إبداع في فقه النوازل، حيث كثر التأليف والتصنيف في النوازل الفقهية، خاصة عند مالكية الغرب الإسلامي، إذ من العسير أن تجد عصراً خالياً من مفتٍ، أو صاحب أجوبة ونوازل، حتى أضحي عدّ الكتب المصنفة في هذا الفن أمراً عسيراً.

وكان لهؤلاء المفتين منهج محكم في أجوبتهم، وقواعد ضابطة في نوازلهم. فكانوا- بعد تأهلهم للفتيا وحصول الملكة الفقهية- يجيبون السائلين على وزان فقه الإمام مالك وقواعده في الاجتهاد، وطريقته في الاستنباط. كما يفتون وفق أقوال أئمة المذهب وفقهائه المتقدمين والمتأخرين، بعد تحقيقهم مناط النازلة، ومراعاتهم عرف البلد، والتزامهم بالقول المشهور، وقد يفتون بما جرى به العمل في قطرهم، لمصلحة معتبرة.

وإن كتاب النوازل لابن هلال السجلماسي (903هـ) لجدير بالبحث والدراسة، نظراً لمنزلة صاحبه، إذ عدّ من أشهر فقهاء النوازل بالمغرب في زمانه، وإلحاطته بأقوال المذهب على دقتها، ولكونه قد عمل في نوازله وفق منهج محكم، وأجاب عن المسائل على وزان قواعد منضبطة مطردة، كما سيتبين من خلال المبحثين الآتيين.

المبحث الأول: أهلية الاجتهاد والعلم بمسائل المذهب

ما صار معلوماً لكل مكلف أنه لا ينبغي لأحد أن يُقدم على الفتوى من غير أن يكون أهلاً لها، وإلا غدّ ذلك كذباً على الله وافتراءً عليه، والقول في دينه بغير علم. وما ذاك إلا أن المفتي في المسائل،

القائل في النوازل، بمنزلة المخبر عن الله، والموقع عنه سبحانه. ولذلك عمل الفقهاء قاطبة على تحصين منصب الفتوى بأسوار من الشروط والقواعد، لئلا يلج بابه من ليس أهلاً له، وقد كان للمالكية في ذلك نصيب وافر.

المطلب الأول: شروط أهلية الاجتهاد عند المالكية

إن أول شروط الإفتاء التي وقع عليها الإجماع بين فقهاء المذاهب أن يكون المفتي عدلاً مستقيماً، إذ لا تقبل فتوى صدرت من فاسق مطعون في عدالته¹. ولا يكفي أن يكون كذلك، إذ العامي ليس من أهل هذا الشأن. بل يلزم أن تتحقق الأهلية العلمية، وتحصل عنده الملكة الفقهية الموجبة للاستنباط والترجيح قبل الإقدام على الفتيا. وقد ذكر المالكية، كالباجي، والقرافي وغيرهما²؛ جملة شروط لخصها ونظمها ابن عاصم فقال³:

وما به التكليف شرط المجتهد	والفهم والحفظ وعلم ما اعتمد
أوله الكتاب والحفظ	أهم ما من علمه حصّله
لا سيما ما كان في الأحكام	فإنه أكمل في الإحكام
وليعرف الناسخ والمنسوخا	وما اقتضى في علمه رسوخا
والحفظ للحديث أولى ما اعتمد	ولالأصول فهي للفقهاء عمّد
وللمهم من لسان	وللفروع فهي لب

فجملة ما ذكر الناظم في هذه الأبيات أن المجتهد مفتقر - فضلاً عن شرط التكليف - إلى حفظ القرآن الكريم، والعلم بأحكامه، والعلم بالناسخ والمنسوخ، وما يتبعه من سائر علوم القرآن. ثم حفظ الحديث، والعلم به رواية ودراية. والعلم بأصول الفقه، وما يلحق به من قواعد ضابطة للفروع. وكذا العلم باللسان العربي، والإحاطة بالفروع الفقهية، ومعرفة راجعها ومرجوحها⁴.

أما الإمام الشاطبي فقد نظم شروط الأهلية العلمية على وجه متناسق، وجعلها منتظمة في شرطين عظيمين، تندرج تحتها جملة شروط تفصيلية، فقال رحمه الله: «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين؛

¹ - انظر المستصفى للغزالي: 2 / 383. وأصول الحصاص: 2 / 367. وصفة الفتوى والمفتي والمستفتي لابن حديد الحنبلي، ص: 13.

² - انظر إحكام الفصول: 2 / 728. وشرح تنقيح الفصول، ص: 343-344. وتقريب الوصول، ص: 195-196. وغيرها.

³ - مرتقى الوصول، ص: 135.

⁴ - انظر شرح الأبيات في نيل المنى للولائي، ص: 203-205.

- أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها.

- والثاني: التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها.

فأما الأول فقد مر في كتاب المقاصد أن الشريعة مبنية على اعتبار المصالح، وأن المصالح إنما اعتبرت من حيث وضعها الشارع كذلك، لا من حيث إدراك المكلف... واستقر بالاستقراء التام أن المصالح على ثلاث مراتب، فإذا بلغ الإنسان مبلغاً فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب من أبوابها فقد حصل له وصف هو السبب في تنزله منزلة الخليفة للنبي صلى الله عليه وسلم في التعليم، والفتيا، والحكم بما أراه الله.

وأما الثاني فهو كالخادم للأول؛ فإن التمكن من ذلك إنما هو بواسطة معارف محتاج إليها في فهم الشريعة أولاً، ومن هنا كان خادماً للأول، وفي استنباط الأحكام ثانياً، لكن لا تظهر ثمرة الفهم إلا في الاستنباط، فلذلك جعل شرطاً ثانياً¹.

وإذا كان الشرط الأول واضحاً جلياً، بحيث يلزم المفتي أن يكون عالماً بمقاصد الأحكام الشرعية على التفصيل، مدرّكاً لعللها، لا مجرد حافظ لها، فإن الشرط الثاني- الذي هو بمنزلة المقدمة للأول- يحتاج إلى بيان وتوضيح، إذ العلوم التي يتوقف عليها استنباط الحكم الشرعي كثيرة، لا يمكن ضبطها أو حصرها، وهي تختلف من مسألة فرعية أو نازلة معينة إلى أخرى.

ولذلك عاد الشاطبي لهذا الشرط، وبيّن المقصود به. فقسم العلوم والمعارف الواجبة في حق المجتهد إلى ثلاث مراتب، وهي:

- معارف يكون المفتي عالماً بها، مجتهداً فيها.

- ومعارف يكون حافظاً لها، متمكناً من الاطلاع على مقاصدها.

- ومعارف يكون عالماً بغاياتها².

ثم يذكر- بعد ذلك- أمراً مهماً؛ وهو أن هذه المراتب من المعارف يجب أن يُنظر إليها بحسب المسألة المجتهد فيها أو المسؤول عنها. فإن كانت مما يتوقف الإجابة عنها على العلم بذلك، فيجب- حينئذ- أن يكون المفتي عالماً بذلك العلم، بالغاً منزلة الاجتهاد فيه. وإن لم تكن كذلك فليس بلام. قال رحمه الله: «وقد حصل من هذه الجملة أنه لا يلزم المجتهد في الأحكام الشرعية أن يكون مجتهداً في كل علم يتعلق به الاجتهاد على الجملة، بل الأمر ينقسم: فإن كان ثَمَّ علم لا يمكن أن يحصل وصف الاجتهاد

¹ - الموافقات: 4 / 77-76.

² - انظر الموافقات: 4 / 77.

بكنهه إلا من طريقه فلا بد أن يكون من أهله حقيقة حتى يكون مجتهداً فيه. وما سوى ذلك من العلوم فلا يلزم ذلك فيه»¹.

وخلاصة القول إن شروط المفتي هي بالأساس العلم بمقاصد الشريعة، وإدراك علل أحكامها على التفصيل، ثم العلم - أو العلوم - التي يتوقف عليها استنباط الحكم الشرعي في النازلة الفقهية موضوع الإفتاء.

وقد أشار الشاطبي إلى أن أكثر العلوم التي يتوقف عليها الاجتهاد في النوازل الفقهية، هي علوم اللسان العربي. لأن الشريعة إنما أنزلت بلسان عربي مبين، فلا مدخل لإدراك أسرارها، والتعرف على مقاصدها، واستنباط أحكامها إلا بالعلم بلسان أصحابها، والاعتراف من معين لغتهم، قال رحمه الله: «الشريعة عربية، وإذا كانت عربية فلا يفهمها حق الفهم إلا من فهم اللغة العربية حق الفهم»². وقال قبله الإمام الشافعي رحمه الله: «إنما خاطب الله بكتابه العرب بلسانها، على ما تعرف من معانيها، وكان ما تعرف من معانيها اتساع لسانها. وأن فطرته أن يخاطب بالشيء منه عاماً ظاهراً، يراد به العام ويدخله الخاص، فيستدل على هذا ببعض ما خوطب به فيه. وعاماً ظاهراً يراد به الخاص. وظاهراً يعرف في سياقه أنه يراد به ظاهره»³.

ويذكر الشاطبي أنه بحسب منزلة المرء في علمه بالعربية تكون منزلته في فهم الشريعة: «فإذا فرضنا مبتدئاً في فهم العربية فهو مبتدئ في فهم الشريعة، أو متوسطاً، فهو متوسط في فهم الشريعة، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية، فإن انتهى إلى درجة الغاية في العربية، كان كذلك في الشريعة»⁴.

وإجمالاً فإن الشروط التي ذكرت ههنا متعلقة بجملة المجتهدين، والناس في تحصيلها على مراتب ثلاث، كما يذكر ابن رشد وغيره⁵:

- الأولى: من بلغ الغاية في تحقيقها فرفعته إلى منزلة المجتهد المطلق، كالك، والشافعي، وأبي حنيفة، وأضرابهم. وهذه الرتبة عسر حصولها أو تعذر بعد القرون الثلاثة الأولى.

- والثانية: مجتهد حصل قدر الكفاية منها دون بلوغ الغاية، فهو مجتهد منتسب، قادر على استنباط الأحكام من الكتاب والسنة والترجيح بين الأدلة، ولكن من أصول إمامه وقواعده.

¹ - الموافقات: 4 / 78.

² - الموافقات: 4 / 83.

³ - الرسالة 1 / 51-52.

⁴ - الموافقات: 4 / 83.

⁵ - للتفصيل في بيان مراتب المجتهدين الذين يحق لهم الإفتاء، وتقبل أقوالهم، ويجوز تقليدهم يرجع إلى فتاوى ابن رشد: 3 / 1496-1503. والفروق

للقرافي: 2 / 543-547.

- والثالثة: مجتهد حصل منها قدر معرفته بأقوال أئمة المذهب، مع القدرة على معرفة مأخذ كل واحد، ثم الترجيح بينها، وأكثر الفقهاء المتأخرين من هذا الصنف.

المطلب الثاني: حفظ مسائل المذهب والعلم بأقوال أئمة

إن الشروط المذكورة آنفاً وجب تحققها في كل مفت مجتهد، لقبول قوله في نازلة ما، وإنما الناس متفاوتون في تحصيلها. أما ما ذكره الشيخ ميارة من تساهل بعض المتأخرين في قبول قول الفقيه المقلد برأيه، فينبغي أن يفهم على مراد صاحبه، فهو يقصد الفقيه الذي بلغ درجة من الفقه والعلم بأقوال المذهب على دقتها وجلها، بحيث يمكن أن يرجح بينها، ويعرف قوتها من ضعفها، ومشهورها من شاذها، ويستطيع إلحاق مسألة بنظرائها، كما نص عليه فقهاء المذهب المجتهدون، غير أنه لم يبلغ منزلة أن يقيس النوازل على أصل ثابت بالقرآن أو السنة أو غيرها، فهذه منزلة أخرى من الاجتهاد، لها أهلها. قال في الدر الثمين: «جواز قول الفقيه المقلد برأيه إجراء على القواعد، وهذا ظاهر شائع ذائع كثير في فتوى المتأخرين لا يمكن إنكاره، فانظره مع ما نص عليه غير واحد أن المقلد لا يفتي إلا إن وجد النص في عين النازلة. وقد كنت ذكرت مثل ذلك للناظم رحمه الله فقال لي: العمل على جواز قول المقلد برأيه إجراء على القواعد، وإلا بطلت فتاوى هؤلاء المتأخرين المشحونة بها كتب الأحكام». ثم يورد قولاً لابن مرزوق يبين فيه ما يجوز للفقيه المقلد فعله من ترجيح بين الأقوال بعد إحاطته بها، أو أن يقيس جزئية ويلحقها بنظرائها ما نص عليه المجتهد بعد الاطلاع على مأخذه. أما ما كان من إنشاء حكم في واقعة بالقياس على أصل ثابت بالكتاب أو السنة أو غيرهما فليس له¹.

ولقد كان أبو إسحاق إبراهيم ابن هلال السجاسمي (903هـ) من هذه المنزلة. فالناظر في سيرته، والفاحص لفهرسته؛ يخلص إلى ذلك. فقد اغترف من علوم الشريعة جميعها، وحصلها من أشياخها الذين يرجع إليهم في زمانه، فرسخت قدمه في علوم الآلة وعلوم الغاية على السواء. وأما الفقه فقد عُدَّ أحد فقهاء النوازل المتأخرين بالمغرب الذين قلَّ نظيرهم في العلم بفقه مذهب الإمام مالك، وأقوال فقهاء، والعلم بمسائله، ثم القدرة على الترجيح بين الأقوال والإفتاء وفق قواعد المذهب. قال فيه التنبكي وقد عاصره: «كان آية في النظم والنثر ونوازل الفقه»². وحلاه ابن القاضي المكناسي بقوله: «الفقيه الإمام المفتي الحافظ، له نوازل في الفقه المالكي»³. وذكر ابن عسكر الشفشاوني إجماع

¹ - انظر الدر الثمين، ص: 126.

² - درة الحجال: 1/ 199.

³ - انظر ترجمته وافية في فهرسته، ونيل الإتهاج، ص: 66-67. وجذوة الاقتباس: 1/ 99-97. ودرة الحجال: 1/ 196-199. وموسوعة أعلام

المغرب: 2/ 811. والنبوغ المغربي: 1/ 217.

وقد ذكروا له من المصنفات- فضلاً عن نوازله- شرحاً على مختصر الشيخ خليل، وشرحاً على صحيح البخاري في أربعة أجزاء- ذكر التنبكي أنه اختصر فيه فتح الباري- وغيرها.

أهل عصره على إمامته في الفقه، فقال: «وذكر لي غير واحد أنه شرح ابن الحاجب، أعني مختصره الفرعي شرحاً عجيباً، إلا أنه لم يوجد، وله أجوبة وقصائد ومقطعات كلها تدل على أدبه وفضله وغزارة علمه، مع إجماع أهل العصر على إمامته وفضله وولايته»¹.

وإن الناظر في أجوبة ابن هلال في نوازه ليدرك لأول وهلة مدى تبحره في مذهب فقهاء المالكية، وإحاطته بالمسائل - وإن كانت دقيقة جليلة - وعلمه بأقوالهم فيها، فهو يورد في النازلة الواحدة أقوالاً كثيرة لأئمة المذهب وفقهائه، سواء المتقدمون منهم أم المتأخرون، ويذكر أدلتها، ثم يرجع بعدها ما يراه راجحاً، أو يناسب النازلة المسؤول عنها. ومن الأمثلة الدالة على علمه الواسع بأقوال المذهب، قوله في إمامة الصالح ديانة الجاهل بما تصح به الصلاة، والفاسق العالم بما تصح به: «إنهما معاً لا تصح أن يتقدما للإمامة. أما الأول فلجهله بما ذكر، والعلم بذلك شرط في الإمامة، صرح بذلك غير واحد. ففي المدونة في الجاهل بالقراءة: قلت: فإن صلى من يحسن القراءة خلف من لا يحسنها، قال: يعيد الإمام والمأموم أبداً. وقد قال مالك: إذا صلى إمام يقوم فترك القراءة انتقضت صلاته وصلاتهم وأعادوا أبداً، وقال ابن القاسم فالذي لا يحسن القراءة أشد من هذا.

ابن يونس: قال ابن المواز: يعيد الإمام والمأموم أبداً، لأن الإمام صلى بغير قراءة، وقد وجد قارئاً يأم به فتركه، يريد: إذا بطلت على الإمام بطلت على المأموم، انتهى.

قلت: وقول ابن المواز: يعيد الإمام والمأموم، لأن الإمام صلى بغير قراءة يقتضي أنه أُمي لا لحن. وعلى ذلك حمل المدونة ابن رشد...

وحمل القاسبي على اللحن وفي نص المدونة والموازية على فساد صلاته من ائمه بجاهل بالقراءة كفاية، فلا نطول بجلب النصوص من غيرهما. وفي تنبيه ابن بشير من ذلك أيضاً... وجعله في المدونة من لا يحسن القراءة أشد من تاركها، وجهه عبد الحق والمازري بأن الأول يشبه المتكلم فالتارك أيسر منه لاختلاف الناس في فساد ناسي القراءة، وقد علمت ما تقدم إعادة الإمام والمأموم أبداً، وحكى عبد الحق عن الشيخ أبي محمد أن الإمام لا يعيد، وعن بعض القرويين أنه لا يعيد إلا إن علم باثتمام من يحسن القراءة به. وعزا صاحب البيان لأشهب في مدونته نفي إعادته مطلقاً².

ثم يورد أقوال اللخمي في المسألة، وما يتفرع عنها إن كان الجهل بفرائض الصلاة، أو سننها المؤكدة، أو بالعقيدة، أو بغيرها، وإن كان الفسق بشرب خمر أو عصره، أو بقتل عمد، أو بغيره ما هو موجب لهذا الوصف. كما يورد أقوال عياض، وابن عبد البر، والمازري، وابن الحاجب، والبرزلي ومتأخري إفريقية وفاس، وغيرهم. ثم يرجع ما تبين له رجحانه من تلك الأقوال كلها.

¹ - دوحة الناشر، ص: 90.

² - نوازل ابن هلال، ص: 108-109.

وهكذا يفعل في سائر نوازلها، والمقام يطول بإيرادها، وفي المسألة السابقة كفاية.

بل إنه أحياناً يورد أقوالاً في النازلة من غير مذهب مالك، إما لكونها تعضد أقوال المالكية في النازلة، وإما لقوتها ورجحانها. ومن ذلك قوله في الولد يرغب في السفر بغير إذن والديه طلباً للعلم: «وأما المسألة الثالثة فالمنصوص في جواهر ابن شاس، ومن قول الغزالي أخذه أنه لا يجوز ذلك إلا ألا يجد في بلده من يعلمه ما يجب عليه في خاصته. وهذا هو الجاري على قواعد المالكية. وفي المدونة: وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء وليس لأبيه منعه. قال ابن محرز: هذا على مقتضى الحكم، ولو سئل على مقتضى البر لقال: له منعه...»¹.

ومثالها أيضاً قوله- بعد إirاده أقوال المالكية بعدم عذر من سب رسول الله صلى عليه وسلم، أو أنكر الألوهية، أو الرسالة وهو سكران:- «قلت: نحو هذا لأبي سليمان الخطابي رحمه الله في شرح سنن أبي داود في كلامه على حديث حمزة قال: وأما الآن فقد حرمت الخمر فصار شاربها مؤاخذاً بأقواله وأفعاله وجناباته. قال: ويوقف إذا ارتد في حال سكره، ليتوب إذا صحا، فلو ارتد صاحياً لاستتيب، فكذلك إذا ارتد سكراناً، انتهى. فهذه نصوص أئمتنا المالكية والشافعية صريحة بأنه لا يعذر بسكره في الكفر»².

وهو أحياناً يورد الأحاديث من الصحاح والسنن وغيرها شاهدة لقول ومعضدة له.

فهذه المسائل- وأمثالها كثير- دالة جميعها على تبحر الإمام ابن هلال بمذهب المالكية، وإحاطته بأقوالهم، وأيضاً اطلاعه على أقوال غيرهم من الفقهاء.

وهو- رحمه الله- لا يكتفي بإيراد الأقوال الواردة في النازلة أو فيما يشبهها، من غير أن يرحح بينها، أو أن يكون له رأي فيها، بل يرحح بينها بما يراه أقوى وأنسب للنازلة.

وله في ذلك منهج واضح بَيّن، فهو يعتمد في الإفتاء في النازلة على مشهور المذهب، أو ما جرى به العمل، ويراعي العرف والعوائد، ويحقق مناط النازلة، حتى إذا أنزل الحكم الشرعي يكون قد صادف محله المناسب.

المبحث الثاني: قواعد تنزيل الحكم على النازلة

لتنزيل الحكم الشرعي على النازلة قواعد شرعية وضوابط علمية يجب على المفتي مراعاتها واعتبارها، كي يكون اجتهاده صائباً، وفتواه قد وافقت محلها المناسب. ومن استقرى أقوال المالكية وتتبع سبيل ابن هلال في نوازلها وجدها كثيرة متشعبة، لكن نذكر ههنا أجلاً وأوضحاً:

¹ - نوازل ابن هلال، ص: 489.

² - نوازل ابن هلال، ص: 495.

المطلب الأول: تحقيق مناط النازلة

يعد تحقيق مناط الحكم الشرعي ركناً أساسياً في الاجتهاد الفقهي، وشرطاً مهماً في إصابة الحق، واجتناب الخطأ والزلل عند الإفتاء في النوازل الفقهية، إذ من خلاله يتعين المحل المناسب لتنزيل الحكم الشرعي على النازلة موضوع النظر والاجتهاد.

وقد عرفه الآمدي فقال: «أما تحقيق المناط فهو النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها»¹. وعرفه القرافي فقال: «هو أن يتفق على علة، ويطلب تحقيقها في صورة النزاع»² وأما الشاطبي فعرفه بقوله: «ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله»³.

وتعريف الشاطبي أوسع، إذ لم يحصره في العلة بخلاف غيره، وهو أوفق لفقهاء النوازل. فهو أن يثبت الحكم الشرعي إما بنص، أو إجماع، أو استنباط صحيح، لكن يبقى النظر والاجتهاد في تعيين المحل المناسب لتنزيله على الأنواع والذوات. أي تبيان تحققه في صورة من صور الواقع؛ إما في صورة من صوره وأنواعه، أو ذات من ذواته وأشخاصه. فهذا النوع من النظر إذاً هو اجتهاد في تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع من خلال التحقق من تطابق علة الحكم أو قاعدته مع صورة من صور الواقع وذواته.

ومثاله في الذوات أن يثبت عندنا- نظرياً- وصف العدالة بضوابط معينة، وأوصاف مخصوصة، مستمدة من نصوص الشريعة والإجماع، لكن يبقى النظر والاجتهاد في تنزيل هذا الوصف على فرد أو أفراد مخصوصين، حتى يتبين أنه تنطبق عليه تلك الضوابط، ليُوصف بالعدل أو لا. ذلك أنه- كما يذكر الشاطبي- «ليس الناس في وصف العدالة على حد سواء، بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً، فإنما إذا تأملنا العدول وجدنا لاتصافهم بها طرفين وواسطة: طرف أعلى في العدالة لا إشكال فيه كأبي بكر الصديق. وطرف آخر وهو أول درجة في الخروج عن مقتضى الوصف، كالمجاور لمرتبة الكفر إلى الحكم بمجرد الإسلام، فضلاً عن مرتكبي الكبائر المحدودين فيها. وبينهما مراتب لا تنحصر. وهذا الوسط غامض، لا بد فيه من بلوغ حد الوسع، وهو الاجتهاد»⁴.

وما يزيد هذا الوسط- الذي ذكره الشاطبي- غموضاً وحاجة إلى إنعام نظر، واعتبار أمور أخر في وصف أعيان الأفراد بالعدالة أو نفيها عنه؛ أن أوصاف العدالة قد يطرأ على بعضها التبدل، بحسب

¹ - الإحكام في أصول الأحكام: 335 / 3.

² - نفائس الأصول: 3230 / 7.

³ - الموافقات: 65 / 4.

⁴ - الموافقات: 65 / 4.

المكان أو الزمان. فحسر الرأس يعد بالمشرق من قواعد العدالة، بخلاف البلاد المغربية. وكذا الأكل في خارج الدور والبيوت كان يعد قاذحاً في عدالة المرء، وهو في زماننا ليس كذلك إذا أحوجت الحاجة الشخص لفعله. وقد يعد من لم يبلغ كال العدالة في الصدر الأول أعدل الناس في غيره زمانه¹. ويدل على أن تلك الأوصاف قد يدخل على بعضها التغير، قوله عليه الصلاة والسلام: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله»². ففيه إشارة خفية إلى ما سبق ذكره، إذ أضاف عدالة الأفراد إلى زمانهم، لعلمه عليه الصلاة والسلام بتفاوت الناس في الأعمال من زمان إلى آخر. ويعضده ما نسب إلى علي بن أبي طالب- وقيل عمر بن الخطاب رضي الله عنهما- في قوله: «الناس بزمانهم أشبه منهم بأبائهم»³.

فالمفتي أو القاضي الناظر في عدالة الأعيان في الشهادات والولايات والاستحقاقات وغيرها، لا بد أن يراعي ذلك كله.

وأما تحقيق المناط في الأنواع فمثاله عند المالكية- كما يذكر القرافي- أن «يتفق على أن القوت المعين- غالباً- هو علة الربا، ويبحث في التين هل هو كذلك أم لا؟»⁴.

ومثاله أيضاً أن ينظر في حكم السارق الثابت بنصوص الوحي هل تحقق في التباش أو لا؟ أو هل تحقق في الأخذ مال غيره بغير إذنه بدعوى ضرورة استنقاذ مهجته أو لا؟

أو ينظر في حكم الربا الثابت بالنص أيضاً، هل تحقق في بيع الآجال، أو لا؟ وهل تحقق في بيع التورق المصرفي المنظم، أو لا؟ وهل تحقق القرض بشرط أو سلف بسلف في القرعة المتضمنة للسلف⁵، أو هي من التعاون والإرفاق؟

أو ينظر في حكم الخمر المنصوص عليه أيضاً، هل هو متحقق في النيذ أو لا؟ وهل ما يدعى في عرف بعض القوم بالصمد⁶ هو عينه النيذ أو لا؟ وهكذا...

فهذا النوع من النظر متوقفة عليه الفتيا، ولا يتحقق الإفتاء في النوازل إلا به.

¹ - المقصود ههنا بالأوصاف المتغيرة ما تعلق بخوارم المروءة والوقوع في بعض المنات، إذ هي خاضعة لأعراف الناس، ومراتب الأعمال. وليس المراد جميع أوصاف العدالة، إذ الأمانة والصدق واجتناب الكبائر وعدم الوقوع في الفواحش أوصاف ثابتة، وأضدادها مسقط للعدالة سواء في الزمن الأول، أو في غيره.

² - أخرجه ابن عبد البر بطرق مختلفة في التمهيد: 1/ 47-48.

³ - انظره في المقاصد الحسنة للسخاوي، ص: 441. وكشف الخفاء للعجلوني: 2/ 382. رقم 2788.

⁴ - نفائس الأصول: 7/ 3231.

⁵ - وهي المعروفة باللسان العامي بدارت.

⁶ - هو- كما أخبرني بعض الفضلاء ممن له علم به ومشاهدة- أكل كالدبس، يعده بعض المغاربة من المدن العتيقة بالشمال، ولعل أصله من البلاد الأندلسية. يصنع من العنب دون اكتمال تخميره، لا يغيب العقل ولا يذهب، ولكن يطربه. ولم أقف على من ذكر حكمه.

وأشد ما يحتاج إليه المجتهد ههنا هو علمه بالأشباه والنظائر، والفروق، والخصائص. فإذا كان ذا علم سابق بهذا الباب، ماهر به، غواص فيه؛ سهل عليه تحقيق المناطات، وإلحاق المسائل بنظائرها وأشباهها، أو الإفتاء بحكم يخصها لخصيصة في ذاتها أو صفاتها.

وتحقيق مناط الأحكام ليس على ضرب واحد، بل هو نوعان: الأول: عام. وهو الذي سبق التنبيه عليه، وهو لازم للمجتهد لا يتحقق الاجتهاد في النوازل إلا به، ولا تحصل الفتيا إلا بعد تحققه. والثاني: تحقيق مناط خاص. وهو أخص وأدق من الأول، وهو متعلق بالأشخاص دون الأنواع. وليس كل المجتهدين يبلغون هذه الدرجة من الاجتهاد، إلا من كان منهم على منزلة رفيعة من التقوى، وبصيرة لا تخطيء، وعلم ببواطن النفوس.

فتحقيق المناط الخاص- كما يذكر الشاطبي- هو «نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان ومداخل الهوى والحظوظ العاجلة، حتى يلقبها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل»¹. وهو أيضاً: «النظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه، بحسب وقت دون وقت، وحال دون حال، وشخص دون شخص، إذ النفوس ليست في قبول الأعمال الخاصة على وزان واحد»².

فهذا النظر من الاجتهاد أدق وأعلى وأسمى من الأول. وهو بمنزلة تحقيق المناط. وهو نظر في كل شخص وما يصلح له، وما لا يصلح له في خاصته، وما يمكن أن يدخل عليه مفسدة خاصة، وما لا يدخل عليه شيئاً، إلى غير ذلك. مثل ما كان يفعله رسول الله مع صحابته الكرام، فهم وإن تساوا في صفة العدالة وما تقتضيه من الأخذ بالشهادات، والانتصاب للولايات العامة والخاصة وغيرها، فإنه عليه الصلاة والسلام كان يؤمر بعضهم، لما يراه فيه من قدرة على تحقيق المصالح، وكان يحجم عن تأمير بعضهم، لما يراه فيه من ضعف مع تحقق العدالة فيه. وكان يقبل من بعض ماله كله، ويقبل من آخر بعضه، ويأمر آخر أن يمسه ماله، والأمثلة الواردة في هذا الباب عن النبي صلى الله عليه وسلم كثيرة³.

ولكن هذا النظر الدقيق غير ملزم لكل المجتهدين والمفتين، لتعلقه بعلم النفوس، وأحوال الناس الخاصة، بخلاف الأول الملزم لكل فقيه ومفتي.

ولقد أدرك الإمام ابن هلال أن أول ما ينبغي أن يقوم به المتأهل للفتوى حين تعرض عليه المسألة أن يحقق مناطها، فيدرك حقيقتها، ويتصور كنهها، ويعرف ملابساتها، فيلحقها بمثيلاتها، أو يميزها عن نظائرها، حتى إذا حصل له ذلك أمكنه أن ينزل الحكم الشرعي الذي يناسبها، وفق أصول الشريعة،

¹ - الموافقات: 70/4.

² - الموافقات: 71/4.

³ - انظر تفصيل الكلام في هذا الضرب من الاجتهاد الدقيق الموافقات: 74-71/4.

وقواعدها، وأقوال الفقهاء في نظائر النازلة. وقد قيل في المنطق إن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وهو كذلك في علم الفقه وأحكام النوازل.

وقد كان دأب ابن هلال في نوازله أن يحجر النازلة ويحقق مناطها، ثم ينزل الحكم الشرعي على وفقها. ومن أمثلة تحقيقاته أنه سئل عمن أقر لزوجته في مرضه أن لها عليه ديناً من جهازها، فأجاب رحمه الله: «إن أقر بذلك في المرض المخوف وتوفي منه، فإن عرف بالميل لها والولوع بها بطل إقراره، وإن عرف بالبغض فيها نفذ إقراره مطلقاً. وإن جهل حاله معها فإن ورث بكلالة بطل إقراره أيضاً، وإن ورث بولد وكان أنثى ففي نفوذ إقراره وبطلانه قولان، إلا إن كانت صغيرة أو صغيراً منها فبطل إقراره اتفاقاً. وإن كان الولد ذكراً جاز إقراره إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كباراً من غيرها فلا يجوز إقراره، وإن صح من مرضه ذلك أو كان غير مخوف جاز إقراره لها مطلقاً»¹.

فالناظر في النازلة يجد أن سؤال السائل إنما ورد مجملًا غير مفصل، في إقرار الزوج لزوجته بدين في جهازها، هل ينفذ لها، أو لا؟ لكن جواب ابن هلال رام تحقيق المسألة حتى يوافق الحكم المحل المناسب، فبيّن فيه بين أحوال وأحوال، وفترّق بين المرض المخوف وغيره، والصغر والكبر، والذكورة والأنوثة، بل جعل للبائع عن الفعل نصيباً في فتواه، فأعطى لكل حال حكماً، ولكل باعث حكماً مخالفاً للآخر. فنظر في تعلقات النازلة، وحرر محل الأحكام، وحقق مناطها. بل إن لتحقيق المناط الخاص في الجواب حظاً لمن تأمله. والقصد عنده أن يتنزل الحكم على المحل المناسب للنازلة المسؤول عنها.

ومن تحقيقاته للمناطات وتحريراته للمحال أيضاً جوابه حينما سئل عن الفسلان المتنازع فيها بين البائع والمشتري؛ أتبع هي لأصل النخل المبيع أم لا؟ فقال في جوابه: «الفسلان المتنازع فيها إذا كانت موجودة يوم البيع فهي للبائع، وإن نبتت بعد زمان فإن كان منبتها من حريم شجر النخل الباقية على ملك البائع فهي للبائع. وقد ذكر اللخمي أن حريم الشجرة ما يرى فيها مصلحتها، ويسأل أهل المعرفة عن ذلك... وأما إن كان نبات الفسلان المذكورة خارجاً عن حريم الشجرة ونبتت في الأرض المشتراة فهي لصاحب الأرض، إلا أن لصاحب الشجر إن نبتت الفسلان من عروقتها أو أصولها قيمتها مقلوعة، وإنما يكون لصاحب شجرة النخل قيمة ما نبت من عروقتها في أرض غيره مقلوعة، إن بلغت الفسلان النابتة مبلغاً يكون لخشبها وحطبها ثمن، ولا تتضرر الشجرة ببقاء تلك الفسلان، ولا شيء له إن لم تبلغ ذلك المبلغ، إذا لم يكن له في فسلان الشجرة نفع في قلعها، ولا ضرر في تركها. وأما إن كان في قلعها نفع كأن يقلعها ليغرسها فله قلعها...»².

¹ - نوازل ابن هلال، ص: 305-306.

² - نوازل ابن هلال، ص: 417-418. بتصرف يسير.

فالناظر في هذه النازلة يلحظ أن السؤال الوارد فيها قد وردا مجملاً، لكنه - رحمه الله - حقق مناط المسألة كما فعل في السابقة، وأجاب بناءً على الاحتمالات التي يمكن أن تكون عليها النازلة في ذاتها، والأحوال التي يمكن أن تكون عليها في خاصتها، دون ما يشابهها أو يقاربها، مع استعانتة بالعرف وما يعلمه أهل الخبرة في بلد السائل، وذلك حتى يصادف الحكم الشرعي محله المناسب.

ومن تحقيقاته أيضاً لمناط النازلة وتحريراته للمسألة تنبيهه في بعضها السائل بكونه قد أجمل في السؤال، ولم يبين، لأنه - رحمه الله - يدرك أن لكل مسألة خصوصيتها التي تخالف بها غيرها، وإن كان لها ماثل ونظير، وقد قيل: ما الفقه إلا معرفة الجمع والفرق¹. فمن تحرياته عندما سأله السائل عمن استأجر أجيراً على عمل، هل يملك منافعه وليس للأجير أن يعمل غير ذلك العمل، وإن لم يشترط عليه ذلك، أو لا يملكها إلا بشرط أن لا يعمل الأجير غير عمله؟ فأجاب رحمه الله: «أما المسألة الأولى فقد أجملت سؤالها فلم تذكروا الشيء الذي استأجره عليه، لأن الحكم يختلف باختلاف ما استؤجر عليه»². ثم يورد احتمالات النازلة وأقوال فقهاء المالكية في كل واحد منها، حتى يوافق الحكم الشرعي محل النازلة المسؤول عنها.

المطلب الثاني: اعتبار العرف والعوائد عند الإفتاء في النازلة

لا يخفى على الدارسين للعلوم الشرعية تلك القاعدة الفقهية التي مفادها أن العادة محكمة، ما لم تخالف نصاً شرعياً.

وهي قاعدة مجمع على الأخذ بها، والعمل على وفقها. فقد ذكرها فقهاء المذاهب على اختلاف فروعهم الفقهية، وبنوا كثيراً من الأحكام الجزئية بالاعتماد عليها، والاستناد إليها. ومن لم يوردها منهم صراحة عمل على وفقها في فروع كثيرة في أبواب الأيمان، والندور، والكفارات، والطلاق، والعق، وسائر أبواب المعاملات.

والقاعدة ثابتة في المذهب المالكي، يُصرح بها في الأصول ويُعمل بها في الفروع. وهي غير خاصة بالمالكية كما ظن بعضهم، بل هي معتبرة في جل المذاهب، قال القرافي في شرح التنقيح: «نقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات، والمصلحة المرسله، وسد الذرائع، وليس كذلك. أما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقراها وجدهم يصرحون بذلك فيها»³.

¹ - انظر المنتور للزركشي: 1 / 69.

² - نوازل ابن هلال، ص: 335.

³ - شرح تنقيح الفصول، ص: 76.

وانظر في اعتبار المذاهب الأخرى للعرف: الأشباه والنظائر لابن نجيم من الحنفية، ص: 101. والأشباه والنظائر للسيوطي من الشافعية، ص: 63. وتقرير القواعد لابن رجب من الحنابلة: 2 / 555-570. وغيرها كثير.

واعتبار العرف أشد تعلقاً بتحقيق مناط الحكم الشرعي للنوازل الفقهية. فهو يخصص العموم، ويقيد المطلق، ويبين المجهل¹.

وعرف الناس وعوائدهم ليست على نوع واحد، بل تنقسم أقساماً عديدة، باعتبارات مختلفة.

فالعرف من جهة مصدره ينقسم إلى نوعين: عرف قولي؛ وهو سائر عند الفقهاء في أحكام الأيمان، والنذور، والطلاق، وغيرها. وعرف فعلي، وهو سائر عندهم في أحكام المعاملات، وغيرها².

والعرف من حيث اعتباره في الشرع، أو عدم اعتباره، ينقسم إلى ثلاثة؛ الأول: عرف غير معتبر، وهو ما تبين مناقضته لنص شرعي، أو إجماع. وحكمه ظاهر، وهو كالمعدوم حساً. والثاني: عرف معتبر، وهو ما ثبت بنص، أو إجماع اعتباراً الشرع له، وهذا أيضاً حكمه ظاهر، إذ هو دليل قائم بذاته. والثالث: ما سكت عنه الشارع، ولم يبين حكمه بالاعتبار أو الإلغاء. إلا أن حقيقة المسكوت عنه إن لم تثبت مناقضته لنص أو إجماع عائد بالاعتبار من جهة الأخذ بالمصالح المرسلة. وكلامنا في اعتبار العرف وما اعتاد عليه الناس عند الإفتاء إنما نعني به هذا، لا غيره ما هو ظاهر الحكم.

والعرف أو العادة من حيث الثبات والتبدل؛ ينقسم إلى قسمين: عرف ثابت لا يتغير بتغير الزمان، ولا يتبدل بتبدل المكان، وهو بمنزلة السبب مع مسببه. وعرف يتبدل من زمان لآخر، ويختلف بحسب البلدان والبقاع. وكلا النوعين - الثابت والمتغير - يجب مراعاته، واعتباره عند الإفتاء والاجتهاد في النوازل الفقهية³.

وقد نبه بعض فقهاء المالكية على الخطأ العظيم الذي قد يقع فيه المفتي إن هو أغفل عن هذا ولم يراعِ اختلاف عوائد الناس وأعرافهم فيما لا يناقض نصاً أو إجماعاً، قال القرافي في الإحكام: «ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مُسْتَفْتٍ، لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا؛ أن لا يفتيه بما عادت يُفتي به، حتى يسأله عن بلده، وهل حَدَّثَ لهم عُرْفٌ في ذلك البلد»⁴. وقال في الفروق منبهاً بعد تفصيله للمسألة: «وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمره، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك. فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل

¹ - انظر الفروق: 307-308. وإيضال السالك في أصول الإمام مالك، ص: 68.

² - راجع حديث الزركشي عن مخصصات العموم في البحر المحيط: 3/ 391.

³ - انظر تفصيل أقسام العرف وأحكامه؛ الفروق: 2/ 307-315. الموافقات: 2/ 215-217.

⁴ - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص: 232.

بمقاصد علماء الإسلام، والسلف الماضيين. وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصراخ، والكنيات...¹.

لقد أدرك فقهاء المالكية قديماً هذه الحقيقة، وعملوا على وفقها. فنجأت كتبهم في النوازل والمسائل والفتاوى والوقائع كلها تعبيراً عن الواقع الذي يعيشونه في مجتمعاتهم، يقول الدكتور محمد رياض: «ومن الفوائد العملية للفتوى معرفة واقع الناس ودراسته والحكم عليه بالنصوص الشرعية. فمن خلال كتب الفتاوى والنوازل يظهر التطبيق العملي لذلك، إذ المفتي ليس غريباً عن مجتمعه الذي يعيش فيه ولا منفصلاً عنه، فهو يحاول أن يفيد ما يضيفي الشرعية الصحيحة على وقائعه الإنسانية الاجتماعية المتعددة»².

وابن هلال من فقهاء النوازل العاملين بما سطر في المذهب من اعتبار العرف والنظر إلى العوائد في فتاويهم. فقد أعمل القاعدة في كثير من نوازل، وبني عليها كثيراً من الأحكام، ورجح من خلاها بعض الأقوال على بعض. فالقاعدة معتبرة عنده في الفتوى، والرجوع إليها أمر محتم، لاسيما في أبواب المعاملات والعقود. وقد نقل عن أبي بكر بن العربي قوله: «العرف إحدى القواعد العشر الذي تركبت عليها أحكام المعاملات في المذهب المالكي»³.

إن الناظر في نوازل ابن هلال ليدرك أن هذا الإمام قد كان على علم بأحوال الناس في زمانه، وبعوادهم وأعرافهم، لعلمه أن الفتيا في النوازل مفتقرة إلى ذلك، بل إن بعضها متوقفة على العلم بالعرف واعتباره قبل تنزيل الحكم على النازلة، ولذلك عمل على هذا الأصل في كثير من المسائل، ولم يكتفِ بإيراد أقوال المذهب فيها، ومن أمثلة ذلك مسألة البيع بشرط الإقالة، فقد أجاب عنها بقوله: «الحمد لله، البيع بشرط الإقالة فاسد لما في صحيح مسلم من حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من النهي عن بيع الثنيا...»

وقد اختلف في علة الفساد، فقال ابن القاسم لأنه تارة يكون بيعاً، وتارة يكون سلفاً. وقال سحنون وابن الماجشون: لأنه سلف جرّ نفعاً، فعلى ما علا به يرد المبتاع للبائع الغلة صرح بذلك الباجي وابن زرقون، وقاله الشيخان القاسمي وابن شبلون في الثنيا المقيدة بأجل. وبه أفتي لتمام الناس في هذه الأزمنة عليها بدرعة والأودية، فهو سلف جرّ نفعاً حقيقة»⁴.

¹ - الفروق: 1 / 314.

² - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ص: 10.

³ - نوازل ابن هلال، ص: 462.

⁴ - نوازل ابن هلال، ص: 427.

فانظر كيف أورد أقوال المذهب في مسألة البيع بشرط الإقالة، وانظر كيف اختار أوفقها بعادة الناس في زمانه، في درعة وأحوازها.

ومن ذلك أيضاً أنه سئل عن الصدقة، هل للمسجد أفضل، أو الشرط، أو المساكين؟ فأجاب: «ففي كل ما ذكرتم خير، والأعمال بالنيات، غير أن هذه البلدة الفاسدة يتعذر فيها إجراء ما حبس على المساكين على وجهه، إذ يزاحمهم من ليس بمسكين ويتزاحمون عليه، إلى غير ذلك»¹.
فهو هنا ينظر في وجوه الصدقة ويختار أكثرها تحقيقاً للمصالح وأوفقها ببلده.

وقد يُعمل في فتاويه قاعدة متفرعة عن اعتبار العرف، وهي قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، خاصة فيما يتعلق بالعقود الحاصلة بين الناس. ومن ذلك مسألة أجرة الإمام المعلم يفرضها أهل الموضع على أصولهم؛ صاحب الكثير يعطي الكثير، وصاحب القليل يعطي القليل، فأجاب: «فالفعل المذكور جائز إن لم يوجد من يؤم في القرية بغير أجرة، غير أنه لا يلزم ذلك إلا من بلغ، ولا يؤخذ ذلك من أصول اليتامى، فقد وقع في نوازل القاضي أبي عبد الله بن الحاج: إن جرى عرف أهل القرية بذلك فإن الأجرة تلزم من لم يلتزمها»². ومثلها أيضاً مسألة من اشترى غلة نخيل الحبس هل له قطع ما يحتاج إليه من الجريد لنشر التمر أم لا؟ فأجاب: «الحمد لله، فما جرى عليه عرف الناس من ذلك عمل عليه، ففي أحكام السيوري فيمن اشترى التين في شجرة هل له أن يأخذ من الورق ما يصلح به السلل؟ فقال: إن جرى عمل الناس على شيء من ذلك فله أخذ ما يصلح لسلله، وليس له ما سوى ذلك»³.

ومن ذلك أيضاً تعليقه على قول الإمام مالك في المدونة: ليس الحتم في قيام رمضان بسنة. قال: «قال مالك في المدونة: وليس الحتم أي في قيام رمضان بسنة.

الأبي: ما لم يكن العرف، فالحتم كالعرف، فالיום لابد منه حتى ولو كان الإمام لم يحفظ استؤجر من يحفظ، لأن العرف كالشرط، وكذلك العرف أيضاً أن يكون بعد صلاة العشاء الآخرة، فلو أراد الإمام أن يقدمه عليها مُنَع»⁴.

ومثل اعتبار العرف والرجوع إليه في الدعاوى وحل الخصومات بين الناس مسألة ادعاء زوجة الهالك الذي له ورثة وخلف مالا أن جميع ذلك لها، وفي ملكها، وقد استظهرت برسم في الحلي دون سواه، فأجاب: «أن ما كان بيدها وفي حوزها، سواء كان ما يعرف للرجال أو النساء فالقول قولها

¹ - نوازل ابن هلال، ص: 295.

² - نوازل ابن هلال، ص: 266.

³ - نوازل ابن هلال، ص: 485.

⁴ - نوازل ابن هلال، ص: 148.

فيه، مع يمينها أنه لها، وملكها وكسبها. وأما إن كان ذلك في البيت ولم يكن في يدها فالحكم في ذلك معروف، وذلك أن ما يعرف للنساء فهو لها مع يمينها، وما يعرف للرجال فلا، وكذا ما يعرف للرجال والنساء معاً فلا يكون لها، لأن البيت بيت الرجل، ولا بد من رأي العادة والعرف في ذلك بحسب البلاد والأزمان، ثم تحلف على ما أنكرت وإن لم تقم بينة عليها به...»¹.

فابن هلال في هذه النوازل- وأمثالها كثير- يعمل وفق قاعدة العرف وعادة الناس، ويرجح به بين الأقوال الواردة في المذهب، حتى يوافق الحكم الشرعي محله ويتنزل موضعه المناسب.

المطلب الثالث: الأخذ بمشهور المذهب

للإفتاء في النوازل عند فقهاء المالكية منهج واضح، وطريقة بيّنة، ومسلك لا عوج فيه ولا اضطراب. فعندما تعرض النازلة على المفتي المتأهل لها يقوم أولاً بتحرير محل الحكم، وتحقيق مناطه، ثم ينظر في الأقوال الواردة بخصوصها، أو في نظائرها، فإذا كانت الأقوال كثيرة، والآراء متشعبة؛ أخذ بالقول المشهور في المذهب وأفتى به، وترك ما دونه وإن كان دليلاً قوياً²، فضلاً عن القول الشاذ. وإنما سلكوا هذا المنهج لثلاث تضطرب الفتاوى، ويتخير في الأقوال أصحاب الهوى، ويتجاسر على الفتيا من ليس أهلاً لها.

وقد كان دأب أعلام المذهب ورؤوسه على هذا المسلك، لا يحيدون عن القول المشهور إلا نادراً، لمصلحة ظهرت لهم في خصوص المسألة دون غيرها. ومن هؤلاء أبو عبد الله المازري- وهو الإمام النظّار المجتهد- فقد ذكر أنه بلغ رتبة الاجتهاد وما أفتى قط بغير المشهور³. وسئل مرة أن يفتي بخلاف المشهور في مسألة فيها أخذ طعام من ثمن طعام بأجل، للضرورة والحاجة إليه. فأبى ولم يحد جوابه عن المشهور وهو المنع سداً للذريعة، ثم قال: «ولست ممن يحمل الناس على غير المشهور من مذهب مالك وأصحابه. لأن الورع قل، بل كاد يعدم. والتحفظ على الديانات كذلك وكثرة الشهوات، وكثر من يدعي العلم ويتجاسر على الفتوى فيه، فلو فتح لهم باب في مخالفة المذهب لاتسع الخرق على الراقع، وهتكوا حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها»⁴.

¹ - نوازل ابن هلال، ص: 332.

² - بناء على القول إن المشهور هو مذهب المدونة، أو هو ما كثر قائله. وانظر تفصيل الخلاف في تعريفه في كشف النقاب الحاجب لابن فرحون، ص: 60-72. وتبصرة الحكم، له أيضاً: 1/ 56-57.

وما ينبغي ذكره هنا أن المشهور ليس مقابلاً دائماً للراجح قوي الدليل، بل قد يجتمع في القول الواحد التشهير والرجحان، وهذا كثير. وقد رأى بعض المالكية أن المشهور هو عينه ما قوي دليله.

³ - انظر تبصرة الحكم لابن فرحون: 1/ 57.

⁴ - أوردها له الشاطبي في الموافقات: 4/ 105-106. والوفثريسي في المعيار: 10/ 436-437.

ووافقه الشاطبي فقال بعد إيراد قوله: «فانظر كيف لم يستجز- وهو المتفق على إمامته- الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما يعرف منه؛ بناء على قاعدة مصلحة ضرورية، إذ قلّ الورع والديانة من كثير ممن ينتصب لبث العلم والفتوى، كما تقدم تمثيله. فلو فتح لهم الباب لانحلت عرى المذهب، بل جميع المذاهب؛ لأن ما وجب للشيء وجب لمثله، وظهر أن تلك الضرورة التي ادعيت في السؤال ليست بضرورة»¹.

وهو المسلك ذاته الذي اتبعه ابن هلال في أجوبته، وهو أمر ظاهر لكل من قلب النظر في مجموع نوازل. فهو بعد تحريره لمحل الحكم يورد جل الأقوال الواردة في النازلة، ثم يأخذ بالمشهور منها، ويفتي به. ولذلك لا تكاد تخلو نازلة من نوازله دون الإشارة إلى مشهور المذهب.

ومن أمثلة ذلك جوابه عن سؤال؛ هل يجوز إعطاء المحتاج للزكاة نصاباً فما فوق؟ فأجاب: «فالمشهور إعطاء الزكاة للمالك النصاب، وصرف اللخمي القول بالإجماع على وجوبها عليه فهو غني...»². ومثلها أيضاً جوابه حين سئل عن الصلاة خلف الفاسق، فأجاب: «فمن صلى خلف فاسق أعاد أبداً، على المشهور من المذهب»³.

ومن ذلك أيضاً أنه سئل عمن زنى بامرأة ثم تزوجها من غير استبراء، فولدت منه. فأجاب: «لا خلاف في فسخ النكاح، وإنما الخلاف في تأييد التحريم، والمشهور من المذهب عدم التأييد، وأنه يجوز له أن يتزوجها بعد استبرائها من مائه الفاسد، ولا يحتاج هنا إلى نكاح غيره، وهو مشهور قولي ابن القاسم، وبه يفتي المفتون. وقد نزلت أيام ابن رشد فأفتى هو وأصحابه أصبغ بن محمد وأبو عبد الله بن الحاج بذلك.

وحكى ابن عبد البر في الاستذكار عن مالك تأييد التحريم، إن نكحها قبل الاستبراء، ووطئها، مقتصرأً عليه كأنه المذهب كله. والعجب لابن زرقون حيث لم يتعقبه. فإذا تقرر هذا، فالرجل المذكور يجب عليه أن يتجنب تلك المرأة، فتذهب وتتنحى عنه، فإذا تيقن أنها حاضت ثلاث حيض، فليخطبها إن شاء. فإذا أجابته عقد عليها نكاحاً صحيحاً، بولي، وصادق، وشاهدين عدلين، على مشهور المذهب الذي به الفتيا كما ذكرنا»⁴.

وقد يغلب القول في بعض المسائل التي تعرض عليه، حين يبلغه أن بعض المفتين لا يأخذون فيها بمشهور المذهب، ويتجاسر على الأخذ بغيره. ومن ذلك أن أحد السائلين سأله عن رجل من فقهاء

¹ - الموافقات: 4 / 106.

² - نوازل ابن هلال، ص: 77.

³ - نوازل ابن هلال، ص: 63.

⁴ - نوازل ابن هلال، ص: 173-174.

بلده يفتي لمن حرم زوجته بأنها طليقة بائة، وأن له تزويجها بنكاح جديد برضاها، هل يقتدى به أو لا؟ وأفتى بأنه لا شيء فيه، ونسبه إلى مسروق. فأجاب: «الحمد لله، لا يجوز لأحد أن يفتي إلا بالمشهور، ولا يعمل إلا بالمشهور. فمن أفتى بغير ذلك لم يقتد به»¹. ومثلها أيضاً جوابه فيمن يفتي الناس أن من طلق زوجته وهي حائض، أو حامل في المغاضبة واللجاج لا يلزمه طلاق ولا حرام، وإن طلقها ألفاً، وأحتج بأحاديث في الباب، فقال: «الحمد لله، وكذلك لا يجوز الاقتداء بمن يفتي أن طلاق الحائض والحامل لا يلزم، ولا يجوز لأحد أن يعمل بذلك. وهذا من الأول. وكل ما نقل عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك فباطل لا يصح»².

وقد يشتد أكثر على المفتي بغير المشهور، لاسيما إذا لم يكن متأهلاً للفتيا ابتداءً، أو لم تكتمل له أدواته، ومن ذلك أنه سئل عن طالب من طلاب العلم أجاز لامرأة عقد زواجها بنفسها، وقد غاب وليها قريباً، واعتمد الطالب في فتواه على أحاديث وردت في الباب. فقال ابن هلال- بعد أن أطال في إيراد النقول من المذهب المالكي والشافعي وغيرهما تنص جميعها على بطلان العقد-: «وإنما النصوص في الثيب كثيرة، ولو وسع المقام لإيراده لأوردناه، فالطالب الآذن لها في ذلك إن لم تكن دنية خالف مشهوراً في المذهب، وليس له مخالفته، لأن الحكم بغير المشهور لا يجوز، بل هو فسق وزندقة، قاله العلماء، لأنه من ناحية اتباع الهوى»³.

وما كانت منه- رحمه الله- هذه الشدة في الجواب والغلظة في القول إلا لكون القول المفتي به ضعيفاً لا يقوى دليله، بل هو أقرب إلى الشذوذ غير المعبر عنه عند فقهاء المذهب قاطبة، وعند غيرهم. وقد علم تحريم تتبع الشواذ من الأقوال، وسقوط منزلة صاحبها.

أما إن كان القول قويّ الدليل وقائلوه من مجتهد المذهب، فإنه يقيم له وزناً، وربما أخذ به، وإن خالف المشهور، إذا كان في إعماله تحصيل مصلحة معتبرة، أو كان يوافق النازلة في خاصتها على وفق ما اقتضاه تحقيق مناطها. فهو لا يبطل مخالفة المشهور بإطلاق، بل قد يأخذ بخلافه، لمصلحة معتبرة في خصوص المسألة. ومثال ذلك السؤال الذي سئل عنه في نفوذ بيع المحبر والمضغوط شرعاً، وما أجاب به الشيخ خليل من أخذه بالمشهور، في قوله: «لا إن أجبر عليه جبراً حراماً»؟ فأجاب ابن هلال وأطال في إيراد الأقوال في المسألة، ثم قال: «ولسحنون في المسألة قول ثالث، أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض للثمن فلا سبيل له إلى ما باع إلا بعد غرم الثمن، وحكاه عن مالك. وبهذا القول أفتى ابن رشد، والعلامة أبو القاسم الغبريني أحد معاصري ابن عرفة.

¹ - نوازل ابن هلال، ص: 179.

² - نوازل ابن هلال، ص: 178-179.

³ - نوازل ابن هلال، ص: 164-165.

أبو إسحاق بن هلال: وبه أفتي، وإذا تقرر هذا فأبو المودة خليل جارٍ على قاعدته من إتيانه بالمشهور، إذ لا يفتي بغيره، وبالمشهور أفتي ابن أبي زيد وغيره، وكذلك ابن الحاج في نوازل. غير أن المفتي المتأهل له الفتيا بغير المشهور على وجه الاجتهاد والاستحسان لموجبه من المصلحة بحسب الوقائع واعتبار النوازل والأشخاص¹.

ويلحظ هنا أن ابن هلال قيّد خروجه عن المشهور في المذهب بثلاثة قيود، وهي:

- **الأول:** أن يكون الآخذ بغير المشهور من أهل الاجتهاد والإفتاء.
- **الثاني:** أن يكون صاحب القول المخالف للمشهور ذا منزلة في المذهب، كسحنون، وابن رشد، ومن تبع قولهما في المسألة السالفة.
- **الثالث:** أن يكون الآخذ بغير المشهور محققاً لمصلحة معتبرة في خصوص النازلة، بعد تحقيق مناطها.

فإذا لم تتحقق هذه الشروط أو أغلبها فالقول بالمشهور لا محيد عنه.

والناظر في هذه الشروط المتأمل فيها يجدها أشبه بما قيّد به بعض المالكية من قيود وما اشترطوه من شروط في الآخذ بأصل مراعاة الخلاف، غير أن تلك في الخلاف العالي، وهذه في الخلاف النازل.

المطلب الرابع: الآخذ بما جرى به العمل

من القواعد المعتمدة في الإفتاء عند المالكية الآخذ بما جرى به العمل، خاصة عند المتأخرين. وذلك حين تكثر الآراء وتتشعب الأقوال في المذهب في مسألة ما، فيطمئن فقهاء أهل بلد إلى قول من تلك الأقوال، ويأخذون به، ويجرون الحكم ذاته على نظائر النازلة، بقطع النظر عن قوة حججه أو ضعفه. ولذلك ظهر في المذهب العمل المطلق، وهو ما عليه العمل في المذهب من غير تقييد بمكان أو بلد. والعمل المقيد، وهي المسائل التي جرى العمل على وفقها في بلد معين، ومن المقيد العمل القرطبي، وعمل القرويين (القيروان)، والعمل الفاسي، ثم السوسي. وقد أفرد بعض المتأخرين كتباً في هذا الشأن، ليسترشد بها الفقهاء، ولتكون عوناً للقضاة، في الفتيا والأقضية².

¹ - نوازل ابن هلال، ص: 281-282.

² - من أجل الكتب المفردة في العمل المطلق كتاب نيل الأمل فيما به بين الأئمة جرى العمل، لأبي العباس ابن القاضي المكناسي (1025هـ)، وهو ما يزال مفقوداً فيما أعلم. ونظم العمل المطلق لابن أبي القاسم السجلماسي (1214هـ)، وشرحه البديع الذي ساهم بفتح الجليل الصمد، وقد حقق في رسالة دكتوراه بكلية الشريعة بفاس سنة 2003م. ومن الكتب المصنفة في العمل المقيد نظم في العمل الفاسي لأبي زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي (1096هـ)، وشرحه أبو القاسم العميري (1178هـ) في الأمليات الفاشية من شرح العمليات الفاسية، وهو ما يزال مخطوطاً فيما أعلم، وشرحه أيضاً ابن أبي القاسم السجلماسي، وقد حقق جزء منه بدار الحديث الحسنية بالرباط في رسالة دكتوراه سنة 2018م، وما يزال الجزء الآخر قيد التحقيق بالمؤسسة ذاتها. وشرحه أيضاً المهدي الوزاني (1342هـ) في شرحين؛ الأول مطول ساهم: الشفاء الذي لا يغادر سقماً ولا بأساً.

وقد يقتزن في بعض المسائل ما جرى به العمل بمشهور المذهب، وقد يفترقان في بعضها. فإذا اتفقا فلا إشكال، ولذلك نجد من يطلق على المشهور ما جرى به العمل، إذ هما لفظان لمعنى واحد عنده، قال التسولي في شرحه نظم ابن عاصم: «وقد يعبرون بالعمل عما حكمت به الأئمة لرجحانه عندهم، لا لعرف، ولا لمصلحة، ومنه قول خليل: "وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل، وفيها الإطلاق وعمل به". وهو كثير في هذا النظم، وفي غيره»¹.

وأما إذا اختلفا فهو محل الإشكال ومعتكز النظر. فبعضهم يتمسك بالمشهور لا يحميد عنه، وبعضهم-خاصة المتأخرين المشتغلين بالتنازل والأقضية- لم يروا بأساً في الأخذ به، ولو كان مأخذه ضعيفاً، إذا كان يحقق مصلحة معتبرة. وهو الاصطلاح الذي صار إليه اللفظ عند أكثرهم. قال ناظم العمل الفاسي:

وما به العمل دون المشهور مقدم في الأخذ غير مهجور

وقد يوجب بعضهم الأخذ بالعمل ويصير عنده راجحاً به، وإن خالف المشهور، إذا كان العمل بخلافه يوصل إلى الاضطراب، خاصة في الأقضية، واستقرار الأحكام القضائية أمر معتبر مقصود شرعاً. يقول ابن أبي القاسم السجلماسي: «وإذا كان القول المعمول به راجحاً بالعمل لم يجز للقاضي ولا للمفتي العدول عنه إلى غيره وإن كان مشهوراً»².

والثاني مختصر ساه تحفة أكياس الناس في عمليات فاس، والأخير مطبوع. وشرحه أيضاً أبو عبد الله عبد الصمد التهامي كنون (1352هـ) في تأليف ساه جني زهر الأس في شرح نظم عمل فاس، وطبع طبعة عتيقة بمصر. ثم نظم في العمل السوسي لأبي زيد عبد الرحمن الجشتيمي (1269هـ)، وشرحه ابن أبي بكر الشابي في كتاب ساه: المنهل العذب السلسيل شرح نظم أبي زيد الجشتيمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم وخليل، وطبع سنة 1980م.

وأما العمل القرطي والقروي فأكثره مبنوث في المصنفات الفقهية المالكية، وقد تشير إلى مسأله الكتب السابقة. وقد يؤلف بعضهم في ما جرى به العمل في مسألة بعينها، كأبي عبد الله محمد العربي الفاسي (1052هـ) الذي ألف فيما جرى به العمل في شهادة اللفي، ثم الشيخ ميارة (1072هـ) الذي ألف في بيع الصفقة رسالة ساهها تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة، وغيرهما.

¹ - البهجة في شرح التحفة: 41/1.

² - فتح الجليل الصمد، لوحة 4. (نسخة مصورة من مخطوط بمكتبة جامعة الملك سعود، قسم المخطوطات).
وقد ذكر قبل أن الحكم الذي قضى به واستمر الأئمة عليه يصير راجحاً لا يجوز الخروج عليه، حتى لا تضطرب الأحكام والأقضية. ثم يعضد قوله بالنقل عن أبي مهدي عيسى بن عبد الرحمن السكتاني، فيقول: «قال سيدي عيسى السكتاني في نوازل بعد أن وجه العمل الجاري في مسألة ذكرها: فإذا اتضح لك توجيه ما جرى به العمل لزم إجراء الأحكام عليه، لأن مخالفة ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير، اهـ». (لوحة 4).
فنأمل قولهما هذا وأثره في استقرار الأحكام القضائية واطرادها وعدم اضطرابها. إذ جعل استمرار القضاء بما جرى به العمل الصادر من الأئمة المتأهلين مخرجاً للحكم من المرجوحية إلى الرجحان، ومن الضعف إلى القوة.

ويذكر الرهوني علة الأخذ بالعمل وإن خالف المشهور فيقول: «يعمل بما جرى به العمل وإن كان مخالفاً للمشهور. وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور»¹.

ففيديو الأخذ بما جرى به العمل المخالف للمشهور بتحقيق شروط، إذ ليس كل عمل يجوز العمل به. وقد عدَّ أبو العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي تلك الشروط فجعلها خمساً، فقال: «فاعلم الآن أنه يشترط لتقديم ما جرى به العمل خمسة أمور:

- أحدها: ثبوت جريان العمل بذلك القول.
 - ثانيهما: معرفة محل جريانه؛ عاماً أو خاصاً بناحية من البلدان.
 - ثالثها: معرفة زمانه.
 - رابعها: معرفة كون من أجرى العمل من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح.
 - خامسها: معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله».
- ثم فصل في هذه الشروط².

والناظر في نوازل ابن هلال يجده قد نهج هذا النهج، وعمل على وفق هذه القاعدة في مسائل كثيرة، فيفتي في المسألة بما جرى به العمل، ويرجح به إذا كثرت الأقوال وتعددت.

وهو في بعض المسائل التي يفتي فيها بما جرى به العمل يذكر أنها أيضاً مشهور المذهب، فيجتمع في النازلة الأمران معاً. ويكون اصطلاحه للعمل حينئذ كاصطلاح خليل وابن عاصم، وغيرهما، كما سبق ذكره. ومن ذلك جوابه عندما سئل عن اختلاف المتبايعين في قلة الثمن وكثرته، فقال: «الحمد لله، المشهور من المذهب الذي جرى به العمل والقضاء، أن اختلاف المتبايعين في قدر الثمن والمبيع قائم لم يفت يوجب التحالف والتفاسخ بينهما مطلقاً، من غير التفات إلى قول مدعي الأشبه، هذا بعد قبض المبتاع المبيع، فكيف إن لم يقبضه كما في مسألتكم؟...»³.

وقد يفصل في النازلة المسؤول عنها، ويورد الأقوال المختلفة فيها، ثم يرجح بما ورد في المدونة وما جرى به العمل، ويفتي على وفقه. ومن ذلك جوابه في مسألة التحبيس على الذكور دون البنات، قال: «أما إن حبس على ذكور ولده وأخرج البنات من تحبيسه، فقد كره ذلك في المدونة وغيرها، والكراهة هي على التنزيه، صرح بذلك الشيخ أبو الحسن الزرويلي رحمه الله، ونص كلامه قال: هنا يكره، فإن نزل مضى، انتهى.

¹ - ذكره في نتائج الأحكام، كما نقله عنه الدكتور الجبدي في العرف والعمل، ص: 379. ولم يتحقق لي بلوغ الأصل.

² - انظر نور البصر، ص: 135-145.

³ - نوازل ابن هلال، ص: 274.

والعمل قديماً وحديثاً إنما هو على قوله في المدونة، وبالنفوذ والإمضاء جرى العمل واستمرت الأحكام وعقد الموثقون فيه وثائق ونصوها»¹.

ثم يقول بعد أن يورد أقوالاً أخرى في المسألة في المذهب ويوجهها: «فإذا تقرر هذا فلا يهولنك ما اقتصر عليه الشيخ أبو المودة خليل رحمه الله في مختصره من البطلان، فإنه اعتمد قولاً في ذلك، وترك مذهب المدونة وما جرى عليه عمل أهل الوثائق...»².

وأحياناً أخرى يكتفي في الإفتاء في النازلة وفق قاعدة ما جرى به العمل من غير أن يشير إلى مشهور المذهب، أو أي قول آخر، وهذا كثير عنده، ومن ذلك قوله في مسألة شهادة غير العدول في الشيء المعين: «شهادة غير العدول في الشيء المعين توجب توقيفه عند أصبغ، وبه جرى العمل»³.

ومثلها قوله في مدعي الغبن: «أفتى ابن لبّ في مدعي غبن أن يكلف البينة أنه ما يجهل مثل هذا ويخدع فيه، فإن أثبتته عمل له بها، قال: وبه كان العمل عند القرطبيين»⁴. وقوله في مسألة خشب المسجد إذا بلي أو انكسر، أبيع ويصرف ثمنه على المسجد؟ فأجاب: «الحمد لله، أما المسألة الأولى فالذي جرى به العمل جواز بيع ذلك وصرف ثمنه في مثله»⁵.

وفي بعض المسائل الأخرى قد يشير إلى اختلاف ما جرى به العمل من بلد إلى آخر، ومن زمان لآخر، ومن ذلك مسألة اختلاف المكري والمكتري في دفع ما مضى من الأشهر، قال: «قال صاحب البيان: العرف عندنا أن القول قول المكتري في دفع كراء ما مضى من الأشهر، والقول قول رب الدار في الشهر الآخر ما لم يطل الأمر بعد انقضائه، انتهى. والعرف بفاس حرسها الله أن القول قول المشتري في سالف المدة ما عدا شهرين من آخرها، فالقول فيهما قول رب الدار»⁶.

وفي الجملة فالأخذ بما جرى به العمل قاعدة معتبرة عند ابن هلال في نوازل، فهو يفتي على وفقها في مسائل كثيرة، فإن اتفق ما جرى به العمل بمشهور المذهب فهو أقوى عنده، وقد يرجح في النازلة بما جرى به العمل وإن كان هناك قول أقوى منه.

وخلاصة القول أن لمنصب الإفتاء في النوازل منزلة عظيمة، ومكانة جليلة، وحُرمة شرعية، لا يتصدر له إلا من بلغ شأواً عظيماً في الدين، ومرتبة جليلة في الشريعة، فلا يقدم عليه إلا من استجمع

¹ - نوازل ابن هلال، ص: 341-342.

² - نوازل ابن هلال، ص: 343.

³ - نوازل ابن هلال، ص: 385.

⁴ - نوازل ابن هلال، ص: 386.

⁵ - نوازل ابن هلال، ص: 223.

⁶ - نوازل ابن هلال، ص: 384.

شروطه وأركانه، وعلم بالأصول والفروع، وعرف أقوال الأئمة والفقهاء، وحصل ملكة الاستدلال والاستنباط. وقد أولى فقهاء المالكية عناية كبيرة بفقه النوازل والإفتاء في المسائل، فظهر فقهاء أجلاء في عصور مختلفة تحققت فيهم أهلية الاجتهاد، فكانوا يفتون الناس في نوازلهم، ويجيبونهم عن أسئلتهم، وفق منهج منضبط، وأصول راسخة، وقواعد مطردة.

وقد أعمل الفقيه النوازي ابن هلال السجلماسي تلك القواعد في نوازه، وأجاب بناءً عليها، فكان عالماً بأقوال المذهب، عارفاً بمسائله وإن دقت، كما كان يحقق مناط النازلة، ويأخذ بمشهور المذهب، أو بما جرى به العمل، ويعتبر العرف والعوائد إن كان الحكم متوقفاً عليها، وغير ذلك. فجاءت نوازه جامعة للقواعد والمسائل، مائعة للقارئ والناظر.

المصادر والمراجع

- إحكام الفصول في أحكام الأصول: لأبي الوليد الباجي. تحقيق: عبد المجيد تركي. دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان. ط: الثانية، سنة 1415هـ/1995م.

- الإحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام، لشهاب الدين القرافي، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة. مطبوعات دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان. ط: الثانية، سنة 1416هـ/1995م.

- الإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين الأمدي. تحقيق: عبد الرزاق عفيفي. دار الصميعي، الرياض- المملكة العربية السعودية. ط: الأولى، سنة 1424هـ/2003م.

- الأشباه والنظائر: لابن نجيم. تحقيق محمد عبد المطيع الحافظ. دار الفكر، دمشق، سنة 1403هـ/1983م.

- الأشباه والنظائر في الفقه الشافعية، للسيوطي. دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1403هـ/1983م.

- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، للدكتور محمد رياض. دار المعارف، الدار البيضاء- المغرب.

- إيصال السالك في أصول الإمام مالك، للعلامة محمد يحيى الولاقي. اعتنى به عبد الكريم مقبول. دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء- المغرب. ط: الثالثة، سنة 2008م.

- البحر المحيط في أصول الفقه: بدر الدين الزركشي (794هـ). تحقيق: عمر سليمان الأشقر. طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت. ط: الثانية، سنة 1413هـ/1992م.

- البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي التسولي (1258هـ). ضبطه محمد عبد القادر شاهين. دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان. ط: الأولى، سنة 1418هـ/1998م.

- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: برهان الدين إبراهيم بن علي ابن فرحون (799هـ). تحقيق جمال مرعشلي. دار عالم الكتب، الرياض- السعودية. سنة 1423هـ/2003م.

- تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس: لأبي عيسى المهدي الوزاني (1342هـ). تحقيق: هاشم العلوي القاسمي. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب. ط: الأولى، سنة 1422هـ/2001م.

- تقريب الوصول إلى علم الأصول: لأبي القاسم محمد ابن جزي الكلي. اعتنى به محمد حسن إسماعيل. دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان. ط: الثانية، سنة 2011م.
- تقرير القواعد وتحرير الفوائد: لابن رجب الحنبلي. تحقيق: مشهور آل سلمان. دار ابن عفان. (د ت).
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: للحافظ ابن عبد البر. تحقيق أسامة بن إبراهيم. الناشر الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة- مصر. ط: الرابعة، سنة 1429هـ/2008م.
- الدر الثمين والمورد المعين: لمحمد بن أحمد ميارة. دار الرشد الحديثة- الدار البيضاء. سنة 1433هـ/2012م.
- دوحة الناشر: محمد بن عسكر الشفشاوني. تحقيق محمد ججي. مطبوعات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، الرباط. ط: الثانية، سنة 1397هـ/1977م.
- شرح تنقيح الفصول، للقرافي. تحقيق طه عبد الرؤوف سعد. مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة. سنة 1393هـ/1973م.
- الرسالة: للإمام محمد بن إدريس الشافعي. تحقيق أحمد شاكر، دار الفكر دمشق-سوريا. (د ت).
- رفع النقاب الحاجب عن اصطلاح ابن الحاجب: الشيخ إبراهيم بن علي بن فرحون (799هـ). تحقيق: حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف. دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان. ط: الأولى، سنة 1990م.
- صفة الفتوى والمفتي والمستفتي: أحمد بن حمدان الحنبلي. علق عليه وخرج أحاديثه ناصر الدين الألباني. مطبوعات المكتب الإسلامي، دمشق، سنة 1380هـ.
- العرف والعمل في المذهب المالكي: د. عمر الجيدي. مطبعة فضالة، المحمدية- المغرب. سنة 1404هـ/1984م.
- فتاوى ابن رشد: لأبي الوليد محمد ابن رشد (520هـ). تحقيق: د. المختار بن الطاهر التليلي. دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان. ط: الأولى، سنة 1407هـ/1987م.
- فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد: لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم السجلماسي. نسخة مصورة من مخطوط بجامعة الملك سعود، قسم المخطوطات، برقم 5133 ف 71048.
- الفروق: للقرافي. تحقيق د. محمد أحمد سراح ود. علي جمعة محمد. دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة- مصر. ط: الأولى، سنة 1421هـ/2001م.
- الفصول في الأصول: لأبي بكر الجصاص. تحقيق: محمد محمد تامر. دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان. ط: الأولى، سنة 1420هـ/2000م.
- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: إسماعيل بن محمد العجلوني (1162هـ). تحقيق: يوسف بن محمود الحاج أحمد. مكتبة العلم الحديث. (د ت).

- مرتقى الوصول في علم الأصول، لابن عاصم الأندلسي. تحقيق محمد بن عمر الجزائري. دار البخاري- المدينة المنورة. سنة 1415هـ/1994م.
- المعيار المعرب: لأبي العباس أحمد الونشريسي. تحقيق جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد ججي. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب. ط: الأولى، سنة 1401هـ/1981م.
- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: لشمس الدين السخاوي (902هـ). تحقيق عبد الله ابن الصديق الغماري. دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان. ط: الأولى، سنة 1399هـ/1979م.
- الموافقات في أصول الشريعة: لأبي إسحاق الشاطبي. تحقيق عبد الله دراز. دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان. ط: السابعة، سنة: 1426هـ/2005م.
- نفائس الأصول في شرح المحصول: للقرافي. تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض. مكتبة العصرية، بيروت- لبنان. ط: الثالثة، سنة: 1420هـ/1999م.
- المنثور في القواعد: للزركشي. تحقيق د: تيسير فائق محمود. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت. سنة 1402هـ/1982م.
- نوازل ابن هلال، لأبي لإسحاق ابن هلال السجلماسي. جمعها علي بن أحمد الجزولي. تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب. طبع مركز نجيبويه، المغرب. ط: الأولى، سنة 1434هـ/2013م.
- نور البصر شرح خطبة المختصر: لأبي العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي. راجعه: محمد محمود ولد محمد الأمين. دار يوسف بن تاشفين، ومكتبة الإمام مالك، موريتانيا. ط: الأولى، سنة 1428هـ/2007م.
- نيل المنى على مرتقى الوصول: للولائي. مطابع دار عالم الكتب- الرياض. سنة 1412هـ/1992م.

أسرة يحيى بن يحيى الليثي وأثرها في المدرسة الحديثية والفقهية بالمغرب

د. الحسن مكرانز
كلية الشريعة جامعة ابن زهر

ملخص البحث

اشتمل البحث على ثلاثة مباحث؛ تناولت في الأول منها التعريف بأسرة يحيى بن يحيى الليثي، وعطاءها العلمي، خاصة عميدها الإمام المحدث الفقيه يحيى بن يحيى الليثي، وأبناءه وأحفاده الذين تسلسل فيهم العلم لاسيما الحديث والفقه.

وفي المبحث الثاني: بينت أثر الأسرة الليثية الأندلسية في المدرسة الحديثية بالمغرب، خاصة اعتماد المغاربة على الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، سماعاً وتدريساً وشرحاً.

وفي المبحث الثالث أثر الأسرة في المدرسة الفقهية بالمغرب، حيث كشف البحث عن جهود الأسرة في خدمة الفقه المالكي، وأثر هذه الجهود في المدرسة المالكية بالمغرب الأقصى خاصة: "عشرة يحيى" و"المبسوطة في اختلاف أصحاب مالك وأقواله" ليحيى بن إسحاق بن يحيى.

وختتمت البحث بملخص تلخيصت أهم النتائج التي تم التوصل إليها.

الكلمات المفتاحية: أسرة يحيى - الأندلس - المغرب - الأثر - الحديث - الفقه.

Abstract

The Maliki school, like other Islamic schools, was famous for the phenomenon of famous families inheriting Islamic sciences. This paper includes three main sections. First, I dealt with the introduction of the family of Yahya bin Yahya Al-Laithi, and its scientific tender, especially its dean, Imam, Al-Muhaddith, Faqih Yahya bin Yahya Al-Laithi and his children and grandchildren, who were known for their Mastery in hadith and Fiqh. Second, I showed the impact of the Andalusian Laythian family on the Hadith school in Morocco, especially the Moroccans' reliance on Al-Muwatta according to the narration of Yahya bin Yahya Al-Laithi, through listening, teaching and explaining. Finally, I dealt with the impact of the family in the Fiqh school in Morocco, where the research revealed the efforts of the family in the service of Maliki Fiqh, and the impact of these efforts in the Maliki school in Morocco, especially: "The Ten Yahya" and "The Happy in the Differences of Malik's Companions and His Sayings" by Yahya bin Ishaq bin Yahya. The paper concluded with a summary of the most important results.

مقدمة:

من الأسر العلمية المالكية التي اشتهرت بالأندلس، أسرة يحيى بن يحيى الليثي المصمودي. هذه الأسرة تسلسل فيها الحديث والفقه، نقله الأبناء والأحفاد خلفاً عن سلف حتى ذاع صيتها في الأندلس، وانتشر علمها في الآفاق خاصة في المغرب الأقصى.

ومن أعمدة هذه الأسرة، عاقل أهل الأندلس المحدث الفقيه يحيى بن يحيى الليثي، وراويته كنبه وعلمه ابنه: مُسْنِدُ الأندلس وفقهه قرطبة عبید الله بن يحيى، ومن طريقه دخل «الموطأ» إلى المغرب، وهو من مرويات القاضي عياض في كتابيه: «الغنية» و«المشارك».

ومن أبرز أحفاد هذه الأسرة: يحيى بن إسحاق بن يحيى بن يحيى الليثي صاحب «المبسوطة» في اختلاف أصحاب مالك وأقواله. وهذا الكتاب اختصره ابن رشد الجدل، ورواه عنه تلميذه القاضي عياض -رحمه الله- واعتمده مع أصله في «تنبيهاته».

وقد اقتضت طبيعة الموضوع تقسيمه إلى ثلاثة مباحث مع المقدمة والخاتمة.

المبحث الأول: التعريف بأسرة يحيى بن يحيى الليثي

المبحث الثاني: أثر الأسرة في المدرسة الحديثية بالمغرب

المبحث الثالث: أثر الأسرة في المدرسة الفقهية بالمغرب

المبحث الأول: التعريف بأسرة يحيى بن يحيى الليثي

أولاً- التعريف بيحيى بن يحيى الليثي:

نسبه: يحيى بن يحيى بن كثير بن وسلاس، وأصله من مصمودة طنجة.¹

يكنى أبا محمد، ويعرف بابن أبي عيسى²، قال الأصيلي: ويحيى أبوه هو المكنى بأبي عيسى.³

رحلاته العلمية:

ليحيى رحلتان من الأندلس، سمع في أولاهما من مالك، والليث، وابن وهب، واقتصر في الأخرى على ابن القاسم، وبه تفقه.⁴

¹ - ترتيب المدارك 379/3

² - الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ص: 105

³ - ترتيب المدارك 379/3

⁴ - ترتيب المدارك 380/3

شيوخه ومنهجه في التلقي:

سمع من عدة شيوخ منهم: زياد بن عبد الرحمن الملقب بشبطون، روى عنه «الموطأ» قبل أن يرحل إلى مالک، ثم رحل فأدرك مالكا فرواه عنه إلا أبوابا في كتاب الاعتكاف شك في سماعها من مالک، فأبقى روايته فيها عن زياد عن مالک.¹

وسمع بمكة: من سفيان بن عيينة، وبمصر: من الليث بن سعد سمعا كثيرا، ومن عبد الله بن وهب، «موطأه» و«جامعه»، وسمع من ابن القاسم «مسائله»، وحمل عنه من رأيه عشرة كتب كبار، أكثرها سؤاله، وسماعه.²

أما منهجه في تلقي العلوم عن شيوخه فبينه بقوله: «كنت آتي عبد الرحمان بن القاسم فيقول لي: من أين يا أبا محمد؟ فأقول له: من عند عبد الله بن وهب. فيقول لي: اتق الله، فإن أكثر هذه الأحاديث ليس عليها العمل، ثم آتي عبد الله بن وهب، فيقول لي: من أين؟ فأقول: من عند ابن القاسم، فيقول لي: اتق الله يا أبا محمد، فإن أكثر هذه المسائل رأي، ثم يرجع يحكي فيقول: رحمهما الله فكلاهما قد أصاب في مقالته، نهاني ابن القاسم عن اتباع ما ليس عليه العمل من الحديث وأصاب، ونهاني ابن وهب عن غلبة الرأي وكثرته، وأمرني بالاتباع، وأصاب. ثم يقول يحكي: اتباع ابن القاسم في رأيه رشد، واتباع ابن وهب في أثره هدى».³

مكانته العلمية:

كان إمام أهل بلده، والمقتدى به فيهم، والمنظور إليه، والمعول عليه، وكان ثقة عاقلا حسن الهدي والسمت، كان يُشَبَّه في ستمته بسمت مالک بن أنس رحمه الله.

وقال أحمد بن خالد: لم يعط أحد من أهل العلم بالأندلس، منذ دخلها الإسلام، من الخُطوة وعِظَم القَدْرِ وجلالة الذكر ما أعطيه يحيى بن يحيى".⁴

وقدم الأندلس بعلم كثير، فعادت فتيا الأندلس بعد عيسى بن دينار إلى رأيه وقوله. وكان يفتي برأي مالک بن أنس، لا يدع ذلك إلا في القنوت في الصبح فإنه تركه لرأي الليث.⁵

قال ابن عبد البر: «وكان فقيها حسن الرأي».¹

¹ - تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي 183/1

² - الانتقاء ص: 106، ترتيب المدارك 381/3

³ - ترتيب المدارك 387/3

⁴ - الانتقاء ص: 109

⁵ - تاريخ علماء الأندلس 176/2

قال محمد بن لبابة مبينا مكانة علماء الأندلس: «فقيه الأندلس عيسى بن دينار، وعالمها ابن حبيب، وعقلها يحيى بن يحيى».²

وقال عنه أبو عبد الملك بن عبد البر: «وبه، وبعيسى بن دينار، انتشر مذهب مالك».³

تلامذته:

سمع منه من طلبة العلم من لا يحصى، ومنهم أسرته، خاصة: ابنه عبيد الله وابنا أخيه: أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن يحيى ت 389هـ، وأخوه أبو عيسى يحيى بن عبد الله بن يحيى ت: 367هـ، تفرد بعلو السند كما سيأتي في ترجمته.

تراثه العلمي:

أذكر بعض رواياته ومؤلفاته التي لها حضور في المدرسة الحنبلية والفقهية في المغرب حسب ما وقفت عليه.

- «روايته للموطأ».
- «سماعه من ابن القاسم»: قال ابن عبد البر: «وكتب سماع ابن القاسم من مالك، ثم انصرف إلى المدينة ليسمعه من مالك ويسأله عنه، فوجد مالكا عليلا، فأقام بالمدينة إلى أن توفي مالك، وحضر جنازته. وسمع من أنس بن عياض».⁴
- جزءان ليحيى بن يحيى في شرح سماع ابن القاسم، وعلق عليه أبو العباس الوليد السرقسطي بقوله: «نكت فقيه حسنة».⁵
- «كتاب عشرة يحيى».
- «وصية الإمام مالك بن أنس لطلبة العلم»⁶، أو «وصية يحيى بن يحيى لطلبة العلم».⁷

¹ - الانتقاء ص: 106

² - تاريخ علماء الأندلس 374/1، ترتيب المدارك 382/3

³ - ترتيب المدارك 381/3

⁴ - الانتقاء ص: 106

⁵ - التسمية والحكايات عن نظراء مالك وأصحابه وأصحاب أصحابه ص: 167.

⁶ - رواها ابن بطل بسنده إلى الإمام مالك، انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطل 134/1.

⁷ - هكذا في «الغنية» أوصلها عياض إلى مالك، وفي المدارك 394/3 قال: «وليحيى وصية لطلبة العلم مشهورة» قال أستاذنا د/ محمد بن الحسن شرجيلي معلقا «فتبين أن هذه الوصية للمالك، وليست ليحيى، وإنما نسبت إلى يحيى؛ لأنها من طريقه رويت، وبسببه اشتهرت». يحيى بن يحيى وروايته للموطأ ص: 54.

وهذه الوصية طبعت تحت عنوان: «وصية الإمام مالك لطلبة العلم قبل موته» مع مجموعة من الرسائل العلمية، تحقيق وتعليق: عادل بن علي أوعاصم، طبعة: دار المحدث، الطبعة الأولى: 1443هـ-2022م.

هذه الوصية وجدت طريقها إلى المدرسة المغربية، وهي من مرويات القاضي عياض عن شيخه أبي إسحاق إبراهيم بن جعفر المعروف بابن الفاسي ت: 513هـ. قال القاضي عياض: قرأت ذلك عليه، وحدثنا عن ابن سهل عن الطرابلسي عن القنازعي عن أبي عيسى عن أبي عثمان ابن فخلون قال: حدثنا أبو المعلى عبد الأعلى بن معلى حدثنا عثمان بن أيوب أخبرنا يحيى بن يحيى قال: قال مالك.¹

- كتاب مسائل سأل عنها أشهب وابن نافع وغيرهما. قال القاضي عياض: «كتبها عنهم، فعرضها على ابن القاسم ليرى فيها مذهبه، فجعل ابن القاسم ينتقص عليهم، فلما رأى يحيى ذلك طوى كتابه، وأدخله في كمه».²

ثانيا: التعريف بأبناء يحيى بن يحيى الليثي:

ذكر القاضي عياض أنه ترك ابنين: ابنه الأصغر عبيد الله، وابن الأكبر إسحاق.³ وزاد ابن الأبار: إسماعيل ومحمد ويحيى، وانفرد ابن مخلوف في «الشجرة» بذكر يحيى.

1- إسماعيل بن يحيى بن يحيى الليثي:

من أهل قرطبة، يكنى: أبا القاسم. روى عن أبيه، وتوفي في حياته. وكان طويلا فائت الطول أديبا شاعرا.⁴

2- إسحاق بن يحيى بن يحيى الليثي: ت: 261هـ

من أهل قرطبة، يكنى: أبا إسماعيل، وأبا يعقوب، سمع من أبيه يحيى بن يحيى، وكان أسن من أخيه عبيد الله. قال ابن حارث: توفي رحمه الله: في شهر ربيع الآخر سنة إحدى وستين ومائتين.⁵

3- عبيد الله بن يحيى بن يحيى الليثي ت: 298هـ

أبو مروان: فقيه قرطبة ومُسْنِدُ الأندلس، وكان ذا حرمة عظيمة وجلالة. روى عن والده «الموطأ»، وحمل عنه بشر كثير.⁶

¹ - الغنية ص: 120

² - ترتيب المدارك 388-387/3

³ - ترتيب المدارك 393/3

⁴ - التكملة لكتاب الصلة 150/1

⁵ - تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي رقم الترجمة: 224، 140/1، جذوة المقتبس للحميدي ص: 269

⁶ - الديباج المذهب 462/1، العبر 436/1

4- يحيى بن يحيى بن يحيى الليثي:

ذكره ضمن أبناء يحيى بن يحيى، ابن مخلوف في «الشجرة»، قال: وعنه أبنائوه عبيد الله وإسحاق ويحيى.¹

وورد أيضا مصرحا بالسماع من أبيه يحيى بن يحيى في أحد أسانيد «الموطأ» عند ابن مخلوف، وفيه: «عن أبي عمر أحمد بن محمد بن عبد الله المعافري الطائفي عن أبي عيسى عن والده عبد الله عن والده يحيى عن والده يحيى بن يحيى بن كثير الليثي».²

5- محمد بن يحيى بن يحيى الليثي:

من أهل قرطبة خرج حاجا، ولقي سحنون بن سعيد بإفريقية، ولقي بمصر رجلا من أصحاب مالك فسمع منهم، وعرف بالفقه، والزهد، وجاور بمكة. توفي هنالك، ولما أتى نعيه إلى أبيه وجد عليه وجدا شديدا.³

ثالثا: التعريف بأحفاد يحيى بن يحيى الليثي

1- أحمد بن يحيى بن يحيى بن يحيى الليثي: ت 297هـ

ثلاثة في نسق، رفيع البيت في العلم والجاه.⁴

من أهل قرطبة، يعرف بالثائر. سمع: من ابن وضاح، وعمه عبيد الله، وغيرهما. وكان في جملة المشاورين بقرطبة..⁵ كان عالما بالفقه، متصرفا في كثير من العلوم.

ذكره الحميدي في «الجدوة»، ووصفه بالمحدث.⁶ كانت وفاته سنة سبع وتسعين ومائتين.⁷

2- يحيى بن إسحاق بن يحيى بن يحيى الليثي 303هـ

من أهل قرطبة؛ ويكنى: أبا إسماعيل الليثي، كما يعرف: بالرقعة. ويروي عن أبيه. وكانت له رحلة، فسمع بإفريقية من يحيى بن عمر، وبمصر من محمد بن أصبغ بن الفرج، وبالعراق من إسماعيل بن إسحاق القاضي. وكان: مشاورا في الأحكام.

¹ - شجرة النور 95/1

² - شجرة النور 654/1

³ - التكملة لكتاب الصلة 285/1 رقم: 977، نفح الطيب 149/2

⁴ - ترتيب المدارك 160/5، الديباج المذهب 154/1، شجرة النور الزكية 115/1

⁵ - تاريخ علماء الأندلس رقم الترجمة: 61، 63/1، ترتيب المدارك 160/5.

⁶ - جذوة المقتبس ص: 149

⁷ - تاريخ علماء الأندلس رقم الترجمة: 61، 63/1، ترتيب المدارك 160/5

ألف كتاب «المبسوطة في اختلاف أصحاب مالك وأقواله»، وهي التي اختصرها محمد، وعبد الله ابنا أبان بن عيسى، ثم اختصر ذلك الاختصار أبو الوليد بن رشد.
توفي في الوباء سنة ثلاث وثلاثمائة.¹

3- يحيى بن عبيد الله بن يحيى بن يحيى ت303هـ
من أهل قرطبة؛ ويكنى: أبا عبد الله. كان يشاور مع أبيه ويستفتى، وكان مبجلاً توفي: سنة ثلاث وثلاثمائة.²

4- عبد الله بن يحيى بن الإمام يحيى بن يحيى الليثي.
من أهل قرطبة، يكنى: أبا محمد. سمع من الحشني، وإبراهيم بن قاسم بن هلال، ومحمد بن وضاح، ومن عمه عبيد الله بن يحيى. حدث عنه ابنه يحيى.³

ظ: التعريف بأبناء أحفاد يحيى بن يحيى الليثي

1- أحمد بن عبد الله بن يحيى بن يحيى بن يحيى [ثلاثاً]⁴ الليثي 324هـ
من أهل قرطبة. روى عن عم أبيه عبيد الله بن يحيى، وهو أخ القاضي محمد، وأبي عيسى. ذكره الرازي، ووصفه بالتقدم في اللغة، وحسن الشعر، والعناية بالعلم. توفي سنة أربع وعشرين وثلاثمائة.⁵

2- محمد بن عبد الله بن يحيى بن يحيى بن يحيى [ثلاثاً]⁶ الليثي: 339هـ
من أهل قرطبة قاضي الجماعة بها، يكنى: أبا عبد الله، ويعرف بابن أبي عيسى، من بيت بني يحيى بن يحيى.

سمع: من [ابن]⁷ عم أبيه عبيد الله بن يحيى، ومن محمد بن عمر بن لبابة، وأحمد بن خالد، وغيرهم. ورحل سنة اثنتي عشرة وثلاثمائة فسمع بمكة: من ابن المنذر، وأبي جعفر العقيلي، وابن الأعرابي.
وسمع بمصر: من ابن زيان، ومحمد بن الصباح الباهلي. وسمع بإفريقية: من محمد بن اللباد، وأحمد بن زياد وجماعة كثيرة.

¹ - تاريخ علماء الأندلس 184/2، ترتيب المدارك 160/5، الديباج المذهب 357/2، تاريخ الإسلام 132/23.

² - تاريخ علماء الأندلس رقم الترجمة: 1570، 910/2، ترتيب المدارك 160/5، تاريخ الإسلام 132/23

³ - تاريخ علماء الأندلس 388/1 رقم: 674

⁴ - شجرة النور 130/1

⁵ - التكملة لكتاب الصلة 15/1

⁶ - الديباج 224/2، شجرة النور 132/1

⁷ - زيادة من: "شجرة النور" 132/1

قال ابن الفرضي: كان حافظاً للرأي، معتنياً بالآثار، جامعاً للسنن، متصرفاً في علم الأدب والإعراب، ومعاني الشعر.

شاوره أحمد بن بقي القاضي. ثم استقضاه الناصر على البيرة، وبجانة، وطليطلة، ثم ولاه بعد ذلك: قضاء الجماعة بقرطبة في شهر ذي الحجة سنة ست وعشرين وثلاث مائة.

مات في شهر ربيع الأول سنة تسع وثلاثين وثلاث مائة.¹

3- يحيى بن عبد الله بن يحيى بن الإمام يحيى بن يحيى الليثي 367هـ

الإمام الجليل المأمون، مُسْنِدُ الأندلس أبو عيسى الفقيه المالكي، راوي «الموطأ» عالياً سمع: من [ابن]² عم أبيه عبيد الله بن يحيى، ومن محمد بن عمر بن لبابة، ومن أبيه عبد الله بن يحيى. وسمع ببجانة من علي بن الحسن المري كتاب: «التفسير ليحيى بن سلام»، وسمع من سعيد بن فخلون: «الواضحة»، وغير ذلك من كتب ابن حبيب.

وكان قاضياً ببجانة. وعُمرَ إلى أن كان آخر من حدث عن عبيد الله وانفرد بالرواية عنه.

طال عمره وَبَعْدَ صَيِّئِهِ، وتفرد بعلو «الموطأ» رحل الناس إليه من جميع الأندلس لرواية «الموطأ»، وكان ما رواه عن عبيد الله: «الموطأ»، و«سماع ابن القاسم»، و«حديث الليث بن سعد»، و«عشرة يحيى بن يحيى الليثي»، و«تفسير عبد الرحمن بن زيد بن أسلم»، و«مشاهد ابن هشام»، و«نُتِفَأَ من حديث الشيوخ».

حكى الطُّبْنِيُّ أن أبا الحسن الدارقطني هَمَّ بالرحلة إلى الأندلس للسمع منه.

قال ابن الفرضي: اختلفت إليه في سماع حديث: «الموطأ» سنة ست وستين وثلاث مائة... وكانت الدَّوْلَةُ فيه في أيام الجُمُع بالغدوات، فَتَمَّ لي سماعُه منه. وسمعت منه كتاب: «التفسير لعبد الله بن نافع»، ولم أشهد بقرطبة مجلساً أكثر بشراً من مجلسنا في «الموطأ».

توفي سنة سبع وستين وثلاث مائة.³

المبحث الثاني: أثر الأسرة في المدرسة الحديثية بالمغرب

يظهر هذا الأثر في رواية موطأ مالك بسند المغاربة إلى أسرة يحيى بن يحيى الليثي، خاصة رواية أبي عيسى يحيى بن عبد الله بن يحيى بن يحيى القرطبي عن عبيد الله بن يحيى عن أبيه عن مالك.

¹ - تاريخ علماء الأندلس 61/2، ترتيب المدارك 96/6 وما بعدها

² - زيادة من: "شجرة النور" 147/1

³ - تاريخ علماء الأندلس 190-189/2، ترتيب المدارك 108/6 وما بعدها، العبر 128/2، سير أعلام النبلاء 299/12، شجرة النور 147/1

سند المغاربة إلى رواية يحيى بن يحيى الليثي

بعد البحث وقفت على الأسانيد الآتية:

1 - سند الأصيلي: أبو محمد عبد الله بن إبراهيم بن محمد ت 392هـ

قال ابن مفرج: أصله من كورة شذونة. وقال ابن الحذاء: أصله من الجزيرة الخضراء. وكان جده من مسالة أهل الذمة، ورحل به إلى أصيلا دخل من بلاد العدو فسكنها. ونشأ أبو محمد بها وطلب العلم بالآفاق. ويقال: بل ولد بأصيلا فيما قاله ابن عائد. قال ابن الفرضي: أخبرني أنه دخل قرطبة سنة اثنتين وأربعين وثلاثمائة.¹

سمع «الموطأ» برواية عبيد الله عن ابن المشاط، وله نسخة من هذا السماع بخط يده، وله رواية أيضا عن ابن وضاح.²

2- سند القاضي عياض السبتي: ت 544هـ

اعتمد رحمه الله في «الموطأ» على رواية أسرة يحيى الليثي، خاصة الرواية العبيدية في كتابه: «مشارك الأنوار على صحاح الآثار» وذكر سنده أيضا إلى رواية يحيى في: «الغنية» فهرسة شيوخه. أما «مشارك الأنوار»، فقليل فيه: «لو وزن بالجواهر، أو كتب بالذهب، لكان قليلا في حقه».

مشارك أنوار تبدت بسببته ومن عجب كون المشارق بالغرب

موضوع الكتاب: في ضبط الألفاظ والرجال، وتفسير غريب حديث «الموطأ»، و«الصحيحين»، والتنبيه على الأوهام والتصحيقات.

قال رحمه الله في مقدمة الكتاب، مبينا سنده المتصل إلى رواية يحيى بن يحيى الليثي عن الإمام مالك رحمه الله: «فأما الكتاب «الموطأ» للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الحميري، ثم الأصبحي النسب القرشي، ثم التيمي بالخلف الحجازي، ثم المدني الدار، والمولد، والنشأة، من رواية الفقيه أبي محمد يحيى بن يحيى الأندلسي، ثم القرطبي الدار، والمولد، والنشأة، العربي، ثم الليثي بالخلف البربري، ثم المصمودي النسب، التي قصدناها من جملة روايات «الموطأ»؛ لاعتماد أهل أفقنا عليها غالبا دون غيرها، إلا الأكثرين ممن اتسعت روايته وكثر سماعه، فإننا قرأنا جميعه وسمعناه على عدة من شيوخننا ببلدنا،

¹ - ترتيب المدارك 136-135/7

² - الغنية ص: 34

وبالأندلس. فحدثنا به الشيخ الفقيه أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن عتاب، ت: 520هـ.¹ والقاضي أبو عبد الله محمد بن علي بن حمدين، ت: 508هـ.² رحمهما الله سماعاً عليهما بقرطبة سنة سبع وخمسمائة عن الفقيه أبي عبد الله محمد بن محمد بن محسن بن عتاب وقرأت جميعه وسمعت مرة أخرى بسببته على الفقيه أبي إسحاق إبراهيم بن جعفر اللواتي، ت: 513هـ.³ وحدثني به عن القاضي أبي الأصبغ عيسى بن سهل وسمعت على القاضي أبي عبد الله محمد بن عيسى التميمي⁴ - ثم ذكر باقي سنده إلى أن قال - كلهم عن عبيد الله بن يحيى عن أبيه يحيى بن يحيى عن مالك بن أنس.

ورد في هذا السند أهم رواية المغاربة للموطأ الذين خدموا رواية يحيى بن يحيى تدريسا، وتفقيها شيخ القاضي عياض الفقيه أبو إسحاق إبراهيم بن جعفر اللواتي المعروف بابن الفاسي.

3- سند ابن أبي الربيع السبتي عبيد الله بن أحمد ت: 688هـ

روى «الموطأ» عن أبي القاسم ابن بقي، عن أبي عبد الله محمد بن عبد الحق الخزرجي، عن أبي عبد الله محمد بن فرج مولى ابن الطلاع، عن أبي الوليد يونس بن مغيث، عن أبي عيسى يحيى بن عبد الله بن أبي عيسى، عن عم أبيه عبيد الله بن يحيى بن يحيى، عن أبيه يحيى بن يحيى، عن مالك.⁵

4- سند القاسم بن يوسف التجيبي السبتي ت: 730هـ

قال رحمه الله: «قرأت طائفة صالحة من هذا الكتاب- «الموطأ»- تفقهًا على العلامة أبي الحسين بن أبي الربيع رحمه الله، وعرضت عليه صدرًا منه عن ظهر قلب، وسمعت عليه أكثره تفقهًا إن لم يكن كمل لي، وقد تقرر لي سماع كثير منه عليه، وقد أجازها لنا معينًا بحق سماعة لبعضه على قاضي الجماعة أبي القاسم بن بقي رحمه الله تعالى. ثم ذكر باقي سند ابن أبي الربيع إلى الإمام مالك».⁶

¹ - قال عنه عياض في الغنية ص: 162 «بقية المشيخة بقرطبة، وأكبر مُسْنِدِيهم.. لقيته بقرطبة، وقرأت عليه: «صحيح البخاري»، و«المُلَخَّص للقباسي»، وقرأت عليه وسمعت جميع «المدونة والمختلطة»، وسمعت عليه: «الموطأ» رواية يحيى بن يحيى الأندلسي».

² - قال عياض في الغنية ص: 46 مترجماً لشيخه: «أجل رجال الأندلس وزعيمها في وقته.. لقيته بقرطبة، وجالسته كثيراً رحمه الله. وسمعت عليه «الموطأ» رواية يحيى بن يحيى الليثي».

³ - يفتح اللام منسوب للواتي، مخففة الواو، مفتوحة اللام أيضاً، وتاء مثناة من فوق، قبيلة. انظر: أزهار الرياض 158/3. ووصفه عياض في الغنية ص: 119- 120 بقوله: "من أهل الفقه والعلم.. قرأت عليه غير شيء من ذلك: «الموطأ» رواية يحيى بن يحيى الليثي قرأته كله عليه. ونقل ابن بشكوال الترجمة في الصلة ص: 102 وقال: أفادني القاضي أبو الفضل بن عياض...

⁴ - قال عياض في «الغنية»: «أجل شيوخ بلدنا سببته، رحمه الله، ومقدم فقهاءهم، رحل إلى الأندلس... فسمع الجبائي وابن الطلاع.. لازمته كثيراً للمناظرة في المدونة، والموطأ، وسأح المصنفات.. فما سمعت عليه وقرأت، ومنه ما فاتني بعضه فأجازني: موطأ الإمام مالك بن أنس رواية يحيى بن يحيى الليثي».

⁵ - برنامج ابن أبي الربيع ص: 68

⁶ - برنامج التجيبي ص: 53

5- سند محمد بن جابر الوادي آشي ت: 749هـ

روى «الموطأ» برواية يحيى بن يحيى على شيخه الخطيب قاضي الجماعة أبي العباس أحمد بن الغماز. قال: «قرأت أكثره وسمعت باقيه عليه، فكل لي بينهما، وكنت قبل هذه القراءة سمعت عليه أكثره، وأجازني باقيه، وذلك عام تسعين وستائة. حدثني به عن الحافظ أبي الربيع سليمان بن سالم الكلاعي، قراءة على الفقيه ابن عبد الله محمد بن سعيد بن زرقون باشيلية، وحكى به عن أبي عبد الله أحمد بن محمد الخولاني إجازة، قال: سمعت على أبي عمرو عثمان بن أحمد بن محمد بن يوسف المعافري، قال: سمعته على أبي عيسى يحيى بن عبد الله بن يحيى بن يحيى، عن عم أبيه أبي مروان عبيد الله بن يحيى بن يحيى، عن أبيه عن مالك»¹.

6- سند الحسن بن عطية التجاني المكناسي المعروف بالونشريسي ت: 781هـ

قال ابن الأحمر في فهرسته: شيخنا الفقيه المفتي المدرس القاضي أبو علي ابن الشيخ الصالح عطية، توفي عام أحد وثمانين وسبعمائة، أجازني «الموطأ» رواية يحيى بن يحيى، أخذ عن الفقيه الإمام العالم المحصل المتكلم النظار المفتي المدرس البحر أبي عبد الله محمد بن أبي الفضل بن الصباغ الخزرجي المكناسي².

7- سند أبي عبد الله محمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي ثم الفاسي ت: 919هـ:

شيخ الجماعة بها الإمام العلامة البحر الحافظ الحجة المحقق خاتمة علماء المغرب ومحققهم ذو التصانيف المفيدة العجيبة رحل الناس إليه للأخذ عنه، من مؤلفاته: «شفاء الغليل في حل مقفل خليل» من أحسن الموضوعات عليه، و«تكميل التقييد وتحليل التعقيد» كتابان على «المدونة» كل به «تقييد أبي الحسن الصغير» وحل مشكلات ابن عرفة في «مختصره»³.
روى «الموطأ» بسنده إلى أبي عيسى يحيى بن عبد الله عن عم أبيه عبيد الله بن يحيى عن يحيى بن يحيى⁴.

8 - سند أبي عبد الله محمد بن سليمان الروداني ت: 1094هـ

روى «الموطأ» برواية يحيى بن يحيى الليثي بسنده المتصل إلى ابن غازي رحمه⁵.

¹ - برنامج الوادي آشي ص: 186-187

² - نيل الابتهاج ص: 158 رقم 162

³ - شجرة النور ص: 398-399

⁴ - فهرس ابن غازي ص: 43

⁵ - صلة الخلف بوصول السلف ص: 34

9 - سند ابن مخلوف 1360هـ.

قال رحمه الله: «وأما «الموطأ» فأرويهما من عدة طرق منها:

طريق الوزاني عن الحاج صالح المعطي عن محمد بن حمدون ابن الحاج عن والده عن التاودي عن محمد بن عبد السلام بناني عن أحمد بن العربي ابن الحاج عن عبد القادر الفاسي عن عم أبيه أبي زيد الفاسي عن القصار عن رضوان عن سقين عن زكريا الأنصاري عن ابن الفرات عن ابن جماعة عن ابن الزبير عن ابن واجب عرف بابن خليل عن أبي عبد الله بن زرقون المتولد سنة 502 هـ المتوفى سنة 586 هـ عن أبي عبد الله الخولاني عن أبي عمر أحمد الطائفي المتوفى سنة 429 هـ عن أبي عيسى يحيى بن عبد الله بن يحيى ثلاثا المتوفى سنة 367 هـ عن ابن عم أبيه عبيد الله بن يحيى بن يحيى المتوفى سنة 298 هـ عن والده المتوفى سنة 234 هـ عن مالك بن أنس رضي الله عنه»¹

10 - سند أبي زيد التمارقي:

روى «الموطأ» بسنده المتصل إلى مؤلفه يحيى بن يحيى الليثي.²

المبحث الثالث: أثر الأسرة في المدرسة الفقهية بالمغرب

أولا: مؤلفات يحيى بن يحيى الليثي الفقهية:

ومنها على الخصوص: «عشرة يحيى»، و«سماعه من مالك».

قال ابن الفريسي: «سمع من ابن القاسم سماعه من مالك وسأله عن العشرة».³

وقال ابن عبد البر: «وسمع من ابن القاسم «مسائله»، وحمل عنه من رأيه عشرة كتب كبار، أكثرها سؤاله وسماعه».⁴

والكتاب حاضر بقوة في «البيان والتحصيل» لابن رشد. ومن الأمثلة على ذلك: «من سماع أصبغ بن الفرغ من ابن القاسم من كتاب الزكاة والصيام قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول: يؤدي الرجل زكاة الفطر عن خادمين من رقيق امرأته -إذا كان لها شرف وغناء، وإلا فواحدة...»

قال محمد بن رشد: نحو هذا لمالك في «مختصر ابن شعبان»، وفي «المبسوط»، و«المبسوطة»، وفي «العشرة ليحيى» عن ابن القاسم، أنه ليس على الزوج أن ينفق من خدم زوجته على أكثر من

¹ - شجرة النور 653/1

² - الفوائد الجمة في إسناد علوم الأمة ص: 235-236

³ - تاريخ علماء الأندلس 177/2

⁴ - الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء ص: 106

خادم واحدة، ولا يؤدي صدقة الفطر إلا عن التي ينفق عليها، ولو ارتفع قدرها ما عسى أن يرتفع ليس عليه أكثر من ذلك، وهو ظاهر ما في «المدونة»¹.

6- أثر كتاب: «عشرة يحيى» في المدرسة المالكية المغربية

اعتمد عليه القاضي عياض في كتبه خاصة كتاب: «التنبيهات»، ونقل منه نقولا. ومن النماذج على ذلك:

قوله: «وكذلك انظر إذا جعل العموم مقيداً بزمان كقوله: كل امرأة أتزوجها عليك كظهر أمي، فقد اختلف فيها عن ابن القاسم في «السمع» و«العشرة»، والصواب الذي رجع إليه أن عليه ظاهراً واحداً»².

«وقوله في المسألة إلا أن يقول البائع أنا أقبله بالعيب وأرد الثمن كله فله ذلك. كذا روى عيسى عن ابن القاسم وهو قول أشهب، وروى يحيى في العشرة عن ابن القاسم أنه لا خيار للبائع، والخيار للمبتاع، وقاله ابن نافع، وقال: هو قول مالك. والذي قاله عيسى بن دينار من رأيه»³.

والكتاب من مرويات ابن خير الإشبيلي، رواه بسنده المتصل إلى ابن أخي المصنف، أبي عيسى يحيى بن عبد الله عن عم أبيه مروان عبيد الله بن يحيى عن أبيه يحيى بن يحيى الليثي⁴.

سماع يحيى من مالك:

اعتمد على سماع يحيى من مالك:

الركراكي في مناهج التحصيل، فقد نقل نقولا فقهية كثيرة فيها: سماع يحيى عن مالك وإن كان رحمه الله ينقلها بواسطة النوادر لابن أبي زيد، والتبصرة للحمي، والمقدمات والبيان لابن رشد.

ومن النماذج على ذلك:

قوله: وقد اختلف المذهب عندنا، هل يجوز للزوج أن يطلقها عند كل طهر طلاقة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه لا يجوز.

¹ - البيان والتحصيل 509/2-510

² - التنبيهات 836/2، الذي يبدو من خلال هذا النص أن القاضي عياضاً يميز بين سماع يحيى، وبين عشرة يحيى، وهو صنيع شيخه ابن رشد في

"البيان" انظر: 220/15.

³ - التنبيهات 1319/3

⁴ - فهرسة ابن خير ص: 219

والثاني: أنه جائز، وهو قول أشهب، وهو تفسير مالك لقراءة ابن عمر في «الموطأ»: «فطلقوهن قبل عدتهن».

وقال مالك: **فيما رواه يحيى بن يحيى**، وهو أن يطلق في كل طهر طلبة، وقد أنكر هذا على يحيى؛ إذ ليس بمذهب مالك ولم يروه غيره، وطرحه ابن وضاح، وإن ما في موطأ ابن القاسم: فتلك العدة أن يطلق الرجل المرأة في طهر لم يمس فيه.

والمذهب المشهور الذي عليه الجمهور أن: ذلك لا يجوز، لأن الطلقة الثانية والثالثة لا عدة لها. وكل طلاق يتصور في مدخول بها ولم تعقبه العدة فهو بدعة، وعليه ينبغي قول توزيع الطلقات الثلاث على الأقراء الثلاثة.

خلافا لقول ابن مسعود ومن تابعه من أهل المذهب.

وما تقدم هو المذهب الصحيح، وهو مطابق للقرآن: قال الله تعالى: ﴿بَطْلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ أي: في موضع يعتدون منه، فالطلقة الثانية والثالثة لغير عدة.¹

ثانيا: مؤلفات أسرة يحيى بن يحيى الليثي الفقهية

1- المبسوطه ليحيى بن إسحاق بن يحيى بن يحيى الليثي:

هو من أهل قرطبة؛ ويكنى: أبا إسماعيل الليثي، ويعرف: بالريعة. يروي عن أبيه إسحاق، وكان أسن من أخيه عبيد الله. كانت له رحلة إلى المشرق، فسمع بإفريقية من يحيى بن عمر، وبمصر من محمد بن أصبغ، ودخل العراق وسمع هنالك من إسماعيل بن إسحاق، وأحمد بن زهير وغيرهما. وكان مشاورا في الأحكام. وتوفي في الوباء سنة ثلاث وثلاثمائة.²

واسم كتابه: «المبسوطه في اختلاف أصحاب مالك وأقواله».³

2- عناية العلماء بالمبسوطه ليحيى بن إسحاق:

تتجلى هذه العناية في اختصار جماعة من أهل العلم لكتاب «المبسوطه» ليحيى بن إسحاق، ومن النماذج على ذلك:

¹ - مناهج التحصيل 177/4

² - تاريخ علماء الأندلس 184/2، تاريخ الاسلام 132/23

³ - ترتيب المدارك 161/5، وللقاضي إسماعيل ت 282 هـ كتاب: المبسوط.

أ- «اختصار المبسوط» لابني أبان بن عيسى:

- التعريف بابني أبان بن عيسى:

أبو عبد الله محمد، وأبو محمد عبد الله ت: 395 هـ، ابنا أبان بن عيسى بن محمد بن عبد الرحمن بن دينار من جملة فقهاء قرطبة. سمعا أباهما: أبان بن عيسى، ووهب ابن مسرة، وأحمد بن مطرف، وندبهما الحكم إلى اختصار الكتب المبسوط، تأليف يحيى بن إسحاق بن يحيى، فاختصراها وقرباها.¹

- السبب الباعث على تأليف الاختصار:

وقد بينا السبب الباعث على اختصار المبسوط بقولهما: «وإنه أبقاه الله - المستنصر بالله الحكم أمير المؤمنين- رأى مسائل «المبسوط» في اختلاف أصحاب مالك» -رحمهم الله- في الكتب مختلطة، تُتَعَبُ العالم اللبيب، وتُعَيَّ الطالب المبتدئ؛² أحب أن يشفي نفسه الكريمة بتدوينها، فعهد -أيده الله- بذلك إلينا؛ نشرا بعملنا، وإكراما واختصاصا منه لنا، وسلوكا فينا بطرائق سلفه الخلفاء -رضوان الله عليهم- في سلفنا، ورغبة منه في تجديد تلك الأيادي الكريمة عندنا».³

- زمن تأليف الاختصار:

كان ابتداء الاختصار في شهر شعبان من سنة اثنين وستين وثلاثمائة، وتم بعون الله في رجب من سنة ثلاث وستين وثلاثمائة.⁴

ب- «اختصار المبسوط» لابن رشد:

زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، ومقدمهم المعترف له بصحة النظر، وجودة التأليف ودقة الفقه، وكان إليه المفرع في المشكلات، بصيراً بالأصول والفروع، والفرائض والتفنن في العلوم، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية. كثير التصنيف...⁵

اختصر ابن رشد رحمه الله «اختصار المبسوط» لابني أبان بن عيسى، قال عياض رحمه الله: أبو عبد الله محمد، وأبو محمد، عبد الله ابنا أبان بن عيسى بن محمد بن عبد الرحمن بن دينار من جملة فقهاء

¹ - ترتيب المدارك 301/6

² - هذا دليل على أن المبسوط، غير مرتبة.

³ - اختصار المبسوط في اختلاف أصحاب مالك وأقواله محمد وعبد الله ابني أبان بن عيسى واختصر مختصرهما أبو الوليد ابن رشد ص: 85

⁴ - اختصار المبسوط ص: 86

⁵ - الغنية للقاضي عياض ص: 55

قرطبة. ندهما الحكم، إلى «اختصار الكتب المبسوبة»، تأليف يحيى بن إسحاق بن يحيى، فاختصارها وقرباها. واختصر اختصارها بعد هذا، شيخنا قاضي الجماعة: أبو الوليد ابن رشد.¹

قال ابن رشد مبينا منهجه وسبب اختصاره لمختصر محمد، وعبد الله ابني أبان بن عيسى: «فإني لما طالعت «المبسوبة» ليحيى بن إسحاق التي عني بتدوينها محمد وعبد الله ابنا أبان بن عيسى بن دينار بأمر المستنصر بالله الحكم أمير المؤمنين، ووجدت كثيرا من مسائلها منصوصا في «المدونة»، و«العتبية»، و«الواضحة»، و«الموازية»، وغيرها من الدواوين.

فأريت أن أكتبها باختصار ما وقع من ذلك في «المدونة» و«العتبية» إلا ما فيه زيادة لها بيان وتفسير، أو يعقبه قول مخالف قد نُسِق عليه لا يتبين معناه دونه، لتُخْلَص فائدته بذلك لمن حفظ هذين الديوانين؛ اللذين هما عندنا مصحف الدارس ورأس مال الطالب، ويقرب عليه حفظ ما تضمنته من المعاني الحسنة والروايات الغريبة. وذيلت بعض المسائل فيها من قولي؛ بتوجيه، أو تنبيه ظهر لي، أو حفظته من الشيوخ».²

ويظهر من خلال هذه المقدمة أن اختصار ابن رشد ليس كاختصار محمد، وعبد الله ابني أبان، فالأول: تهذيب وتقريب للكتاب، والثاني: اختصار بمعنى آخر، وهو جمع لزوائد «المبسوبة على «المدونة» و«العتبية»، بالإضافة إلى التعليقات التي ضمنها مختصره، وتتجلى في توجيه الأقوال، والتنبيه على الأخطاء، والأوهام التي تقع في الروايات.³

3 - حضور «المبسوبة» ومختصراتها في المدرسة المالكية المغربية

أ- حضور «المبسوبة ليحيى بن إسحاق» في المدرسة المالكية المغربية:

اعتمد كتاب «المبسوبة ليحيى بن إسحاق» فقهاء المغرب الأقصى ومنهم:

- القاضي عياض رحمه الله في كتابه: «التنبيهات» ذكره في مواضع منها قوله:

«وذكر يحيى بن إسحاق في كتابه⁴ عن ابن نافع: لا بأس أن يوتر الرجل بركعة واحدة ليس قبلها شيء، فإن أوتر وصلى شفعا قبل وتره فلا أرى أن يسلم منه، ولا يفصله، وليُصَلَّ ثلاث ركعات لا يسلم

¹ - ترتيب المدارك 301/6-302

² - اختصار المبسوبة ص: 82.

³ - انظر: مقدمة اختصار المبسوبة ص: 28 وما بعدها

⁴ - يقصد: المبسوبة.

بينهن، قال: وكذلك جاء عن الأئمة من أهل العلم، وفعله عمر بن عبد العزيز في إمرته على المدينة والسبعة الفقهاء بها»¹.

قال القاضي: وقع في «كتاب يحيى بن إسحاق» عن ابن القاسم فيمن أبي أن ينفق على امرأته وهو حاضر وله أموال ظاهرة - يأمر الإمام بأخذ ماله فيدفع إليها؟ قال: بل يفرض لها عليه ويأمره بالدفع لها، فإن فعل فذلك، وإن لم يفعل وقف؛ فإذا أنفق وإلا طلقت عليه. وفي «الواضحة»: إن لم يكن له مال حاضر وعرف ملاؤه فرض عليه، وإن عرف عدمه لم يفرض عليه، وهي مخيرة في الصبر بلا نفقة أو تطلق عليه. وكذلك إن جهل ملاؤه من عدمه².

وذكره أيضا في «الشفاء» قال: «ووجدت بخط بعض شيوخي: مذهب مالك: أنه لا يجوز أن يُصلى على أحد من الأنبياء سوى محمد صلى الله عليه وسلم. وهذا غير معروف من مذهبه؛ وقد قال مالك في «المبسوطة» ليحيى بن إسحاق: أكره الصلاة على غير الأنبياء، وما ينبغي لنا أن نتعدى ما أمرنا به.

وقال يحيى بن يحيى: لست آخذ بقوله، ولا بأس بالصلاة على الأنبياء كلهم، وعلى غيرهم؛ واحتج بحديث ابن عمر، وبما جاء في حديث تعليم النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة عليه، وفيه: «وعلى آله، وعلى أزواجه»³.

- الفقيه علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي ت: 719هـ في كتابه: «التقييد على تهذيب المدونة»⁴.

يكنى أبا الحسن، ويعرف بالصُّعَيْر⁵، ذكر لسان الدين بن الخطيب أنه كان قتيبا على «التهذيب للبرادعي»، حفظا وتفقهها... وكان أحد الأقطاب الذين تدور عليهم الفتوى أيام حياته.

قال لسان الدين بن الخطيب: وقّدت عنه بفاس على «التهذيب» وعلى «رسالة ابن أبي زيد»⁶.

والذي يظهر من النقول التي وقفت عليها؛ أنه ينقل من «المبسوطة» بواسطة: «التنبيهات» للقاضي عياض¹.

¹ - التنبيهات للقاضي عياض 343/1

² - التنبيهات 641/2

³ - الشفا بتعريف حقوق المصطفى، ص: 577-578، ونقل كلامه ابن ناجي في شرح الرسالة 19/1.

⁴ - حقق في الجامعة الإسلامية.

⁵ - ضبطه ابن الخطيب في الإحاطة: بضم الصاد وفتح الغين والياء المشددة.

⁶ - الإحاطة في أخبار غرناطة 158/4

ب - حضور اختصار المبسوط لابن رشد في المدرسة المالكية المغربية:

و«اختصار المبسوط» لابن رشد من مرويات القاضي عياض رحمه الله، قال في «الغنية»:

«جالسته كثيرا، وسألته واستفدت منه، وسمعت بعض كتابه في «اختصار المبسوط» من تأليفه يقرأ عليه، وناولني بعضها، وأجازني الكتاب المذكور، وسأثر رواياته»². وهو أيضا من مصادره في كتاب «التنبيهات».

قال عياض: وقوله: «يستبرئها المشتري بحيضتين»³. لفظ مشكل ليس على أصله الذي بينه بعد هذا بقوله: «ولو اشتراها، وقد حاضت بعد طلاقه، حيضة، ثم باعها - يعني: ولم يمسه - فاستبرأها هنا حيضة، ثم تحل له»⁴. وذلك لأنها استبراء، وبها تمت العدة، فهذا تفسير الأولى، وإن معنى المسألة أنها لم تحض عند زوجها، بعد استبرائها إلى أن باعها، وقد وقع خلاف هذا في المبسوط لابن القاسم، فقال: «يستأنف حيضتين من يوم باع، لا من يوم طلق»⁵. وهذا يشير إلى ظاهر ما تقدم، ليس أصلهم، وقد وهم الرواية شيخنا: أبو الوليد ابن رشد، وقال: «الصواب من يوم طلق، وهو معنى ما في المدونة»^{6 7}.

واعتمده أيضا ابن غازي المكناسي في كتابه «شفاء الغليل»⁸. قال ابن غازي رحمه الله:

قوله: «أو رضيع» أشار به لقول ابن الحاجب: «ولو أرضعته بجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام لم يجز»⁹. قال ابن عرفة: «هذه مثل مسألة «المدونة» في تعليم العبد بنصفه، ولا أعرفها بشخصها في الرضاع لأهل المذهب، بل للغزالي في «الوجيز»¹⁰. انتهى.

¹ - انظر هذه النقول في: «التقييد على تهذيب المدونة»، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية المدينة المنورة، كلية الشريعة، دراسة وتحقيقا من بداية كتاب النكاح الثاني إلى نهاية كتاب إرخاء الستور، إعداد: شنت جليل ألب. الموسم الجامعي: 1421هـ.

² - الغنية للقاضي عياض ص: 55

³ - المدونة 375/2

⁴ - المدونة 375/2

⁵ - المبسوط ليجي بن إسحاق ص: 685

⁶ - اختصار المبسوط لابن رشد ص: 685-686 ونص كلامه: «قول ابن القاسم: «حيضتين من يوم باعها»؛ لا يصح، وإنما الصواب أن تكون الحيضتان من يوم طلق، وهو معنى ما في المدونة».

⁷ - التنبيهات 1392/3

⁸ - شفاء الغليل 923/2، وانظر: منح الجليل للشيخ عليش 445/7.

⁹ - جامع الأمهات ص: 434

¹⁰ - المختصر الفقهي لابن عرفة 174/8

قال ابن غازي معقبا على قول ابن عرفة: «وكأنه لم يقف على قول ابن رشد في «مختصر المبسوط»: سئل ابن كنانة عن الرجل يعطي فصيله لمن يغذيه بناقته، ويكون الفصيل بينهما؟ فقال: لا بأس بذلك إذا ابتذله ساعة يدفعه له. وقال ابن القاسم: لا خير فيه»¹.

خاتمة:

إن رواية يحيى بن يحيى الليثي عن مالك بن أنس للموطأ، تناقلتها الأسرة الليثية الأندلسية بالسند المتصل، وانتشرت في الأندلس والمغرب، ولم تعرف إلا في هذا الأقطار، وتميزت بمميزات خاصة منها:

- أن الله جل وعلا كتب لرواتها طول العمر، والذي نتج عنه: العلو النسبي بالقرب من الإمام مالك، خاصة رواية الحديث من أهل القرن الخامس الهجري، مثل: أبي عبد الله ابن الطلاع، ت: 497هـ، الذي لم يكن بينه وبين الإمام مالك سوى أربعة رواة.

- هذه الرواية تمثل الاتجاه الفقهي للمدرسة المالكية الأندلسية والمغربية، على اعتبار أن من خصوصية كتاب: «الموطأ»، أنه كتاب فقه وحديث.

- رجحان رواية يحيى بن يحيى الليثي على سائر الروايات، وذلك لكونها الأخيرة في السماع من الإمام مالك؛ ولأن يحيى من أواخر من روى «الموطأ»، وحمله عنه.

- اعتماد علماء الأندلس والمغرب على رواية يحيى دون غيرها، قال ابن عبد البر: «وإنما اعتمدت على رواية يحيى بن يحيى المذكورة خاصة، لموضعه عند أهل بلدنا من الثقة، والدين، والفضل، والعلم، والفهم، وكثرة استعمالهم لروايته وراثته عن شيوخهم، وعلمائهم، إلا أن يسقط من روايته حديث من أمهات أحاديث الأحكام، أو نحوها، فأذكره من غير روايته إن شاء الله. فكل قوم ينبغي لهم امتثال طريق سلفهم فيما سبق إليهم من الخير، وسلوك منهاجهم فيما احتملوا عليه من البر، وإن كان غيره مباحا مرغوبا فيه»².

هذه أهم النتائج في الجانب الحديثي، أما الجانب الفقهي فخلص إلى ما يأتي:

- إسهام أسرة يحيى بن يحيى الليثي في نشر المذهب المالكي أصولا وفروعا.

- حضور «المبسوط» ليحيى بن إسحاق، ومختصراتها في الدرس الفقهي في المدرسة الأندلسية والمغربية.

- تفرد «المبسوط» بالروايات، والسماعات، عن مالك وأصحابه.

- يعتبر «اختصار المبسوط» لابن رشد من كتب الزوائد على «المدونة»، و«العتبية».

- جهود ابن رشد في خدمة «المبسوط» تتجلى في البيان، والتفسير، والتوضيح، والتعقيب، والتحرير.

¹ - شفاء الغليل 923/2

² - التمهيد لابن عبد البر 10/1

لائحة المصادر والمراجع

- الإحاطة في أخبار غرناطة للسان الدين ابن الخطيب ت: 776هـ، المحقق: يوسف علي طويل الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1424 هـ، سنة النشر: 1424 - 2003.
- اختصار المبسوطة في اختلاف أصحاب مالك وأقواله لمحمد وعبد الله ابني أبان بن عيسى واختصر مختصرهما أبو الوليد ابن رشد، تحقيق: ليامين بن قدور أمكرز، طبعة: دار ابن حزم بيروت لبنان، الطبعة الأولى: 1442هـ - 2020م.
- أزهار الرياض في أخبار القاضي عياض، لشهاب الدين المقرئ التماساني، ت: 1041هـ، المحقق: مصطفى السقا، إبراهيم الإيباري، عبد العظيم شليبي. الناشر: مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - القاهرة، عام النشر: 1358 هـ - 1939 م.
- الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم لأبي عمر يوسف بن عبد البر، ت: 463هـ، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة الناشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى: 1417هـ - 1997م.
- برنامج التجيبي، لقاسم بن يوسف التجيبي السبتي ت: 730هـ، تحقيق وإعداد: عبد الحفيظ منصور، الناشر: الدار العربية للكتاب، ليبيا - تونس، عام النشر: 1981 م.
- برنامج شيوخ ابن أبي الربيع السبتي ت: 688هـ، تخرىج الإمام ابن الشاط السبتي ت: 723هـ، علق عليه: العربي الدائر الفرياطي، طبعة: الرابطة المحمدية للعلماء، الناشر: دار الأمان الرباط، الطبعة الأولى: 1432هـ - 2011م.
- برنامج الوادي آشي، لمحمد بن جابر الوادي آشي الأندلسي، ت: 749هـ، تحقيق: محمد محفوظ، الناشر: دار الغرب الاسلامي، لبنان- بيروت، الطبعة: الثالثة، 1882م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن رشد، ت: 520هـ، تحقيق: د محمد ججي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1408هـ - 1988م.
- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين الذهبي، ت: 748هـ، تحقيق: الدكتور بشار عوَّاد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 2003 م.
- تاريخ علماء الأندلس لأبي الوليد، ابن الفرضي، ت: 403هـ، عني بنشره: وصححه: السيد عزت العطار الحسيني، الناشر: مكتبة الخانجي، القاهرة الطبعة: الثانية، 1408هـ - 1988م.
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك، للقاضي عياض بن موسى اليحصبي تحقيق: ابن تاويت الطنجي، وعبد القادر الصحراوي ومحمد بن شريفة وسعيد أحمد أعراب. الناشر: مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى.

- التسمية والحكايات عن نظراء مالك وأصحابه وأصحاب أصحابه، لأبي العباس الوليد بن بكر السرقسطي، ت: 392هـ، دراسة وتحقيق: رضوان الحصري، طبعة: مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرابطة المحمدية للعلماء.
- التكملة لكتاب الصلة، لابن الأبار، ت: 658هـ، تحقيق: عبد السلام الهراس، الناشر: دار الفكر للطباعة - لبنان، سنة النشر: 1415هـ - 1995م.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: مجموعة من الباحثين. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب عام النشر: 1387 هـ.
- التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، لعياض بن موسى السبتي، ت: 544هـ، تحقيق: الدكتور محمد الوثيق، الدكتور عبد النعيم حميتي، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011م.
- جامع الأمهات، لابن الحاجب، ت: 646هـ، المحقق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، الناشر: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1421هـ - 2000م.
- جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس، للحميدي أبو عبد الله بن أبي نصر، ت: 488هـ، الناشر: الدار المصرية للتأليف والنشر - القاهرة، عام النشر: 1966م.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون، ت: 799هـ، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحدي أبو النور. الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
- سير أعلام النبلاء لشمس الدين الذهبي، ت: 748هـ، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1405 هـ - 1985م.
- شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، لقاسم بن عيسى بن ناجي، ت: 837هـ اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م
- شفاء الغليل في حل مقفل خليل لابن غازي المكناسي، ت: 919هـ، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد نجيب الناشر: مركز نجيبويه لمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة - جمهورية مصر العربية الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008م.
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لابن مخلوف، ت: 1360هـ، علق عليه: عبد المجيد خيالي، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003م.
- الشفا بتعريف حقوق المصطفى، لعياض بن موسى اليحصبي، ت: 544هـ، تحقيق: عبده علي كوشك، الطبعة الأولى: جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم، 1434هـ - 2013م.

- الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، لابن بشكوال ت: 578 هـ، عني بنشره وصححه وراجع أصله: السيد عزت العطار الحسيني، الناشر: مكتبة الخانجي، الطبعة: الثانية، 1374 هـ - 1955 م.
- العبر في خبر من غبر، لشمس الدين الذهبي، ت: 748 هـ، تحقيق: محمد السعيد بن بسيوني زغلول، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
- الغنية فهرست شيوخ القاضي عياض، لعياض بن موسى لسبتي، ت: 544 هـ، تحقيق: ماهر زهير جرار، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى 1402 هـ - 1982 م.
- فهرسة ابن خير الإنشيلي، لمحمد بن خير، ت: 575 هـ، تحقيق: محمد فؤاد منصور الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1419 هـ / 1998 م.
- الفوائد الجمة في إسناد علوم الأمة، لأبي زيد عبد الرحمان التمنارقي، ت: 1060 هـ، تحقيق: الدكتور اليزيد الراضي، تقديم: الفقيه محمد المنوني، طبعة: السنتيسي- الدار البيضاء، الطبعة الأولى: 1420 هـ / 1999 م.
- المدونة: لمالك بن أنس، ت: 179 هـ. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م.
- المختصر الفقهي لابن عرفة لمحمد بن محمد ابن عرفة، ت: 803 هـ، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الحبّور للأعمال الخيرية، الإمارات العربية، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م.
- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها ، لأبي الحسن علي بن سعيد الجرجاني، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 1428 هـ، 2007 م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد عlish، أبو عبد الله المالكي، ت: 1299 هـ، الناشر: دار الفكر - بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1409 هـ / 1989 م
- نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، لشهاب الدين أحمد بن محمد المقرئ التلمساني، ت: 1041 هـ، تحقيق: إحسان عباس، الناشر: دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1968.
- يحيى بن يحيى الليثي وروايته للموطأ، لمحمد بن حسن شريحيلي، منشورات كلية الشريعة بأكادير، رسائل وأطروحات جامعية رقم: 3. سنة الطبع: 1416 هـ - 1995 م.

محوات المدونة: حقيقتها، وحكم العمل بها، وأثرها في الفقه المالكي

د. محمد أيت دجيل
باحث في العلوم الشرعية

ملخص البحث:

إن المطالع للمدونة -وغيرها من كتب الفقه المالكي- يقف على مواضع يأمر فيها الإمام مالك رحمه الله الإمام ابن القاسم بمحو لفظ أو عبارة أو حكم، وهو ما اصطلح عليه فيما بعد بـ: محوات المدونة، وهي أربع مسائل، نروم من خلال هذا البحث بيان حقيقتها، وأسباب أمر مالك بمحوها، ولماذا بقيت في المدونة رغم الأمر بمحوها، وما حكم العمل بها، وأثرها على الفقه المالكي.

كلمات المفاتيح:

النظائر الفقهية- نظائر المحوات- المذهب المالكي.

Abstract

The readers of *Mudawana* and other chief books of Maliki school [Madhab] encounter places where Imam Malik -may Allah have mercy on him- orders Imam Ibn al-Qasim to erase either a word, a phrase, or a rule, and that what was then known as: the *Mudawana* erased expressions. These effaced expressions occurred in four main instances. Our aim in this brief research is to analyze this phenomenon; to show the reasons why Imam Malik has recommended the deletion of those expressions; to explain why still they remain in the *mudawana* despite the order to remove them, and to discover the jurisprudential *hukm* that governs the adoption of these expressions, and its impact on Maliki *fiqh*.

مقدمة:

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وعلى آله وصحبه، ومن اقتفى هديه،
وسلك سبيله، إلى أن يلقي ربه.

وبعد:

فلا شك أن المدونة¹ مكانة سامقة في المذهب المالكي، فقد احتوت أصل علم المالكيين، وهي
مقدمة على غيرها من الدواوين² بعد موطأ مالك - رحمه الله -، ويرى أنه ما بعد كتاب الله كتاب أصح
من موطأ مالك - رحمه الله -، ولا بعد الموطأ ديوان في الفقه أفيد من المدونة، والمدونة عند أهل الفقه
ككتاب سيبويه عند أهل النحو، وككتاب إقليدس عند أهل الحساب، وموضعها من الفقه موضع أم
القرآن من الصلاة، تجزئ من غيرها، ولا يجزئ غيرها منها³.

وأصل المدونة سماع القاضي بالقيروان أسد بن الفرات من عبد الرحمن بن القاسم، وهو أول من
عملها ورواها عنه، وسأله عنها على أسولة أهل العراق، فأجابه عنها ابن القاسم بنص قول مالك ما سمع
منه، أو بلغه، أو قاسه على قوله وأصله، فحُملت عنه بالقيروان، وكتبها عنه سحنون، وكانت تسمى
"الأسدية"، و"كتب أسد"، و"مسائل ابن القاسم"، ثم رحل بها سحنون إلى ابن القاسم فسمعها منه،
وأصلح فيها أشياء كثيرة رجع ابن القاسم عنها، وجاء بها إلى القيروان، وهي في التأليف على رتبة ما
كانت عليه "كتب أسد" مختلطة الأبواب، غير مرتبة المسائل، ولا مرسمة التراجم، وكتب ابن القاسم إلى
أسد ليعرض كتبه عليها، ويصلحها منها، فأنف أسد من ذلك، ثم إن سحنون بن سعيد نظر فيها نظراً
آخر وبوبها، وطرح مسائل منها، وأضاف الشكل إلى شكله - على رتبة التصنيف والدواوين - واحتج
لمسائلها بالآثار من روايته من "موطأ ابن وهب" وغيره، فسميت تلك الكتب المدونة⁴.

والمطلع للمدونة - وغيرها من كتب الفقه المالكي - يجد مواضع يأمر فيها مالك - رحمه الله - ابن
القاسم بمحو لفظ، أو عبارة، أو حكم، وهو ما اصطلاح عليه بعد ذلك بممحوات المدونة، وهي أربع
مسائل، تأتي هذه المقالة لبيان حقيقتها، وأسباب أمر مالك بمحوها، ولماذا بقيت في المدونة رغم الأمر
بمحوها، وما حكم العمل بها، وأثرها على الفقه المالكي، فأقول متوكلاً على الله تعالى:

¹ - ويطلق عليها أيضاً: الكتاب، والأم، ويشار إليها في كتب المذهب بفيها، كما عند خليل رحمه الله.

² - الدواوين سبعة كتب، وهي: المدونة لسحنون، والواضحة لابن حبيب، والمستخرجة (العتبية) للعتبي، والموازية لابن المواز، المختلطة لابن

القاسم، والمجموعة لابن عبدوس، والمبسوطة للقاضي إسماعيل. اصطلاح المذهب عند المالكية لمحمد علي (ص: 141).

³ - المقدمات المهيدات لابن رشد (45/1).

⁴ - التنبيهات المستنبطة للقاضي عياض (18/1).

المبحث الأول: محوات المدونة: حقيقتها، وأسباب وظروف محوها.

قبل الحديث عن أسباب وظروف محوات المدونة وأثرها في الفقه المالكي، لابد أولاً من الوقوف على حقيقتها، وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها.

المطلب الأول: مفهوم محوات المدونة، وتمييزها عن المصطلحات المشابهة.

أولاً: مفهوم محوات المدونة:

المحوات جمع كلمة محو، من محأ، يمحو، محوا، من المحو، وقبل الحديث عن حقيقة المحوات عند المالكية يجمل بنا التوقف مع دلالتها اللغوية، فأقول وبالله التوفيق:

أ- المحو لغة:

استعمل العرب كلمة المحو للدلالة على ذهاب الشيء وأثره، قال الخليل بن أحمد الفراهيدي (170هـ): محو: المحو لكل شيء يذهب أثره. تقول: أنا أمحوه وأمحاه، وطَيَّء تقول: مَحَيْتُهُ مَحْياً وَمَحْواً، وَامْحَى الشَّيْءُ يَمْحِي مَحْماً. وكذلك امتحى إذا ذهب أثره، الأجود امْحَى، والأصل فيه: انمحي. وأما امتحى فلغة رديئة¹. ومثله عند ابن فارس (395هـ) في "المقاييس"، ومن استعملات المحو المجازية:

محت الريح السحاب: ذهب به.

وتسمى الشمال محوة؛ لأنها تمحو السحاب.

ومحوت الكتاب أمحوه محواً. وامحى الشيء: ذهب أثره، كذلك امتحى².

وقال في "جمل اللغة": والمحت الشديد من كل شيء، ويوم محت: شديد الحر³.

وذهب ابن دريد (321هـ) إلى أن المحو هو الطمس⁴، فقال: محوت الشيء أمحوه محواً إذا طمسته، وكل شيء طمسته فقد محوته.

وبه سميت الشمال محوة -معرفة غير مصروفة، ولا تدخلها الألف واللام- لأنها تمحو السحاب... وقال قوم: بل تمحو الآثار⁵.

¹ - العين لأبي عبد الرحمن لخليل بن أحمد الفراهيدي (314/3).

² - مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، مادة (محو) (302/5).

³ - جمل اللغة لابن فارس، مادة (محو) (825/1).

⁴ - طَمَسْتُ الأثر وغيره، مثل المحو وكل شيء غطيته فقد طمسته. جهرة اللغة لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، مادة (طمس).

(837/2).

⁵ - جهرة اللغة لابن دريد الأزدي مادة (محو) (574/1).

وفي هذا المعنى يقول الزمخشري (538هـ): وكتاب محقوق وماح: ذو محوٍ. ومحوته فانمحي، وتقول: وحاه، ثم محاه، ومن المجاز:

محت الريح السحاب، والمطر الجذب، والصبح الليل، والإحسان يحو الإساءة. وهبَّت محوة وهي الشمال؛ لأنها تمحو السحاب، وأصابَت الأرض محوة: مطرة تمحو الجذب. وتركَت الأرض محوةً واحدةً إذا طبَّقها الغيث.

ويقال: تمَحَّ منهم يا فلان تحلَّل، أي: اطلب منهم أن يحو عنك ما جنيت عليهم، وتحلل فلان وتمَحَّى¹.

فدلالة كلمة المحو في اللغة تدور على معنى ذهاب الشيء وأثره، وانظماسه.

ب- المحو اصطلاحاً:

استعمل العلماء مصطلح المحو في علوم مختلفة، فقد جاء في مقدمة ابن الصلاح: إذا وقع في الكتاب ما ليس منه فإنه ينفي عنه بالضرب، أو الحك، أو المحو، أو غير ذلك. والضرب خير من الحك والمحو... وأما المحو: فيقابل الكشط في حكمه الذي تقدم ذكره، وتتنوع طرقه، ومن أغربها -مع أنه أسهلها- ما روي عن سحنون بن سعيد التنوخي الإمام المالكي: أنه كان ربما كتب الشيء ثم لعقه، وإلى هذا يومي ما روينا عن إبراهيم النخعي رحمته الله أنه كان يقول: "من المروءة أن يرى في ثوب الرجل وشفتيه مداد"، والله أعلم.²

قال العراقي رحمه الله:

وما يزيد في الكتاب يبعد **** كشطاً ومحوً وبضرب أجود

قال السخاوي شارحاً البيت: (وما يزيد في الكتاب) أي: يكتب على غير وجهه، (يبعد) عنه بأحد أمور ما سلكه الأئمة: إما كشطاً؛ أي بالكشط -وهو بالكاف والقاف- سلخ القرطاس بالسكين ونحوها، تقول: كشطت البعير كشطاً، نزعت جلده، وكشطت الجُلَّ عن ظهر الفرس، والغطاء عن الشيء، إذا كشفت عنه. وقد يعبر عن الكشط بالبشر تارة، وبالْحك أخرى، إشارة إلى الرفق بالقرطاس.

(و) إما (محو)، أي: بالمحو، وهو الإزالة بدون سلخ حيث أمكن، بأن تكون الكتابة في لوح،

¹ -أساس البلاغة لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله، مادة (م ح) (197/2). وانظر تاج العروس من جواهر القاموس لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني مرتضى الزبيدي، مادة (محو) (510/39).

² -مقدمة ابن الصلاح (ص: 198).

أو رق، أو ورق صقيل جدا في حال طراوة المكتوب، وأمن نفوذ الخبر بحيث يسود القرطاس¹.
فالحو عند المحدثين هو الإزالة المادية للكلمة، أو العبارة الزائدة خطأ، أو على غير وجهها، أو
مكررة، بحيث لا تبقى في الكتاب.

أما في اصطلاح المالكية، فالذى وقفت عليه من تعريفات الحو، ويقصدون به الحو من
المدونة، تعريف ألى الحسن على بن سعيد الجراجي (بعد 633هـ) الذي عرف الحو بأنه: عبارة عن
ترك العمل بما سمع، لا أنه محو من الكتاب².

وعلى منواله تعريف ألى الحسن على بن محمد الصُّغَيْرِ الزرويلي (719هـ) الذي عرف الحو بأنه:
عبارة عن ترك العمل³. فكأنه اختصره من تعريف الجراجي، وكلاهما ينص على أن الحو هو توجيه
مالك رحمه الله ابن القاسم إلى ترك العمل بما سمعه منه في المسألة.

أما تاج الدين بهرام (803) فقد عرف الحو بأنه: الرجوع عن الشيء، وإبطال حكمه⁴.
ويلاحظ على هذا التعريف أنه يرى أن الحو هو ترك العمل بما سمع مع إبطال الحكم المرجوع
عنه.

وقريب منه تعريف أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (914هـ) الذي عرف الحو بأنه:
عبارة عن إزالة القول وإماتته⁵. فالونشريسي عبر بالإزالة والإماتة مبالغة في الترك والهجر للقول
المحوى.

ثانياً: تمييز القول المحوى عن المصطلحات المشابهة لها:

أ- القول المهجور:

القول المهجور من هجر، قال ابن فارس: الهاء والجيم والراء أصلان يدل أحدهما على قطيعة
وقطع، والآخر على شد شيء وربطه، فالأول الهجر: ضد الوصل. وكذلك الهجران، وهاجر القوم من
دار إلى دار: تركوا الأولى للثانية⁶.

¹ - فتح المغيث شرح ألفية الحديث للسخاوي (96/3).

² - مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها لأبي الحسن علي بن سعيد الجراجي، (3/ 269).

³ - التقييد على التهذيب لأبي الحسن علي بن محمد الصُّغَيْرِ الزرويلي، (ص: 789).

⁴ - تحبير المختصر لتاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، (361/5).

⁵ - غنية المعاصر والتالي في شرح فقه وثائق القاضي أبي عبد الله الفشتالي (914هـ)، لأبي العباس أحمد ابن يحيى الونشريسي، (320/1).

⁶ - مقاييس اللغة مادة (هجر) (34/6).

وأما القول المهجور في المذهب فلم أقف على تعريف له، ولعله هو قول مالك الذي هجره أهل المذهب، ومنعوا القول به، لسبب من الأسباب كأنه لم يثبت عن مالك رحمه الله، ومن الأقوال المهجورة في المذهب من ترك القراءة في جميع الصلاة: فالمذهب على قولين:

أحدهما: البطلان، وأن صلاته فاسدة، وهو المشهور الذي عليه الجمهور.

والثاني: أن صلاته جائزة، وهي رواية رواها الواقدي عن مالك، وهي مهجور المذهب.¹

ب- القول الضعيف:

يُعرَّفُ القول الضعيف في اصطلاح الفقهاء بما قابل الراجح²، وعليه يكون القول الضعيف ما ضَعُفَ دليله، أو ما لم يُقَرَّرْ دليله.³

والضعيف نوعان: ضعيف نسبي، وضعيف المدرك:

فالأول: هو ما عارضه ما هو أقوى منه، فيكون ضعيفا بالنسبة لما هو أقوى منه، وإن كان له قوة في نفسه.

والثاني: هو الذي خالف الإجماع، أو القواعد، أو النص، أو القياس الجلي، فيكون ضعيفا في نفسه.⁴

ت- القول الشاذ:

الشاذ من شذ، والشين والذال يدل على الانفراد والمفارقة، شذ الشيء يشذ شذوذاً. وشذاذ الناس: الذين يكونون في القوم وليسوا من قبائلهم ولا منازلهم. وشذان الحصى: المتفرق منه.⁵

والشاذ: المنفرد أو الخارج عن الجماعة، أو ما خالف القاعدة أو القياس، والشاذ من الناس خلاف السوي، وكل شيء منفرد فهو شاذ.⁶

¹ - مناهج التحصيل (256/1).

² - الراجح: ما قوي دليله. نور البصر (ص: 246)، وقال أبو الشتاء الصنهاجي: إن يكن الدليل قد تقوى****فراجح عندهم يسمى. أصول الفتوى والقضاء لمحمد رياض (ص: 474).

³ - قال الهاللي: ومقابل المشهور يسمى الشاذ، والضعيف، ومقابل الراجح. نور البصر (ص: 246)، انظر: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي للخليفي (ص: 172).

⁴ - رفع العتاب للقادري (ص: 17)، والاختلاف الفقهي في المذهب المالكي للخليفي (ص: 172).

⁵ - مقاييس اللغة لابن فارس مادة (شذ) (180/3).

⁶ - لسان العرب لابن منظور مادة (شذذ) (494/3).

ويعرف المالكية القول الشاذ بأنه: القول الذي لم يصدر من جماعة¹، والجماعة ثلاثة فما فوق، وهو المشهور²، فيكون الشاذ مقابلاً للمشهور، والضعيف مقابلاً للراجح الذي قوي دليله³.

المطلب الثاني: محوات المدونة: أسباب وظروف محوها.

أولاً: ظروف وجود المحوات في المدونة:

كان مالك رحمه الله يستأنف سؤال الاجتهاد في القضايا والنوازل، مما يجعله يجدد النظر في آرائه وأقواله واجتهاداته، فيستفرغ وسعه، ويرجع عما يستدعي الرجوع عنه، وما يؤكد هذا ما حكاه أشهب أن مالكا سئل عن مسألة فأجاب فيها، ثم قال مكانه: لا أدري، إن نظن إلا ظناً، إنما هو الرأي وأنا أخطئ وأرجع، وكلما أقول يكتب⁴.

فنبه إلى إمكانية استئناف الاجتهاد، وإعادة النظر في المسألة، والرجوع عن الخطأ إن تبين أن عكس ما قاله صحيح، فنبه تلاميذه الذين يكتبون عنه إلى احتمالية ما يقول، وأنه قد يطرأ ما يدفعه إلى تغيير رأيه، وهو ما حكاه أشهب قائلاً: "ورآني أكتب جوابه في مسألة فقال: لا تكتبها، فإني لا أدري أثبت عليها أم لا"⁵.

وقد نص غير واحد من تلاميذ مالك على رجوعه عن بعض أقواله؛ بل ومحاهما رحمه الله من كتبهم، ومن ذلك قول ابن وهب: آتي مالكا وهو شاب قوي، يأخذ كتابي فيقرأ منه، وربما وجد فيه الخطأ فيأخذ خرقة بين يديه فيبلها في الماء فيمحوه، ويكتب لي الصواب⁶.

وعلى هذا المنهج سار مالك رحمه الله طول حياته، وهكذا صنيعه مع الموطأ، فقد كان في بداية تأليفه أكثر من أربعة آلاف حديث، فصار يهذه، وينقص منه وفق ما يراه أصلح للناس، وأمثلة لدينهم حتى وصل إلينا على هذه الحال، قال سليمان بن بلال: لقد وضع مالك الموطأ وفيه أربعة آلاف حديث أو قال أكثر، فمات وهي ألف حديث ونيف يلخصها عاماً عاماً بقدر ما يرى أنه أصلح للمسلمين، وأمثلة في الدين⁷.

¹ - رفع العتاب للقادي (ص: 17).

² - المشهور: ما كثر قائله، كما يناسب معناه لغة، فالفرق بينه وبين الراجح، مع أن كلا منهما له قوة على مقابله، هو أن الراجح نشأت قوته من الدليل نفسه، من غير نظر إلى القائل، والمشهور نشأت قوته من القائل. نور البصر (ص: 246).

³ - قال الهلالي: ومقابل المشهور يسمى الشاذ، والضعيف، ومقابل الراجح. نور البصر (ص: 246).

⁴ - ترتيب المدارك (190/1).

⁵ - ترتيب المدارك (190/1).

⁶ - ترتيب المدارك (236/3).

⁷ - ترتيب المدارك (73/2).

وعلى هذا النهج سار تلاميذه خاصة ابن القاسم رحمه الله، فبعد أن راجع المدونة مع سحنون، كتب إلى أسد بن الفرات أن اعرض كتبك على كتب سحنون، فإني رجعت عن أشياء مما رويتها عني¹.

ثانياً: أسباب المحو في المدونة:

فمن خلال ما سبق بيانه نستنتج أن منهج مالك وتلاميذه رحمهم الله استدامة النظر والمراجعة في المسائل الاجتهادية، مما يستدعي الثبوت على القول تارة، أو الرجوع عنه تارة أخرى، أو تقييده بشرط أو صورة أو غير ذلك، وعليه فإنه يمكن إجمال أسباب المحو في المدونة في الآتي:

1- كون المحو اجتهداً غير مقطوع به عند مالك.

فأقول الإمام مالك رحمه الله تعالى منها ما هو مقطوع بصحته، مبنى على كتاب الله أو سنة رسول الله، أو عمل أهل المدينة، ومنها ما هو رأى واجتهاد، وقد وضع مالك رحمه الله قاعدة في التعامل مع أقواله، فقال: إنما أنا بشر أخطئ وأصيب، فانظروا رأيي، فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوه، وكل ما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه².

2- كون المحو مرجوحاً.

وكونه مرجوحاً قد يكون لضعف مدركه، أو مخالفتها هو أولى منه كظاهر القرآن الكريم وغيره، وهو ما يفهم من قول سحنون حين سأل ابن القاسم رحمه الله بقوله: قلت: أرايت إن سرق واليمين شلاء؟

قال: عرضناها على مالك فحأها، وأبى أن يجيبنا فيها بشيء، ثم بلغني عن مالك أنه قال: تقطع يده اليسرى، ويبتدأ بها.

وبين ابن القاسم توجيه فعل ملك بقوله: وكأنه ذهب إلى هذه الآية: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾³.

ويظهر من خلال قول ابن القاسم أن مالكا رحمه الله كان يرى أن تقطع رجله اليسرى، ثم رجع عن ذلك مستشهداً بالآية المذكورة بعله أن الأمر فيها بقطع الأيدي لا الأرجل⁴.

¹ - ترتيب المدارك (299/3).

² - ترتيب المدارك (189/1).

³ - سورة المائدة: الآية: 40.

⁴ - سيأتي مزيد تفصيل وبيان عنها عند توثيق ودراسة المحوات في المبحث الثاني إن شاء الله.

3- كون المحو مترددا في حكمه.

فقد يتردد الإمام مالك رحمه الله في حكم المسألة، ويقضي فيها برأي لكنه لا يقطع به، ويتردد فيه، ومن ذلك ما حكاه أشهب قائلا: "ورآني (يعني مالكا) أكتب جوابه في مسألة فقال: لا تكتبها، فإنني لا أدري أثبت عليها أم لا"¹.

المبحث الثاني: محوات المدونة: توثيقها، وسبب بقائها في المدونة:

المطلب الأول: توثيق محوات المدونة، ونظمها:

أولا: توثيق محوات المدونة ودراستها:

عَدَّ المالكية محوات المدونة من النظائر الفقهية² التي تذكر مجموعة عند تطرقهم لواحدة منها، وهي أربع مسائل أمر مالك رحمه الله بحوها، وهي:

الأولى: مسألة: ذبح الأضحية وولدها في كتاب الضحايا.

قال في المدونة: قلت³: رأيت الأضحية إذا ولدت، ما يصنع بولدها في قول مالك؟

قال: كان مرة يقول: إِنَّ ذَبْحَهُ فَحَسَنٌ، وَإِنْ تَرَكَهُ لَمْ أَرِ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَاجِبًا؛ لَأَنْ عَلَيْهِ بَدَلُ أُمِّهِ إِنْ هَلَكَتْ.

فلما عرضته على مالك قال: أُخِّجْ وَاتْرُكْ مِنْهَا: إِنْ ذَبَحَهُ مَعَهَا فَحَسَنٌ.

قال ابن القاسم: ولا أرى ذلك عليه بواجب.⁴

قال البراذعي مذهباً هذه المسألة: قال مالك: وإذا ولدت الأضحية فحسن أن يذبح ولدها معها، وإن تركه لم أر ذلك عليه واجباً، لأن عليه بدل أمه إن هلك.

قال ابن القاسم: ثم عرضتها عليه فقال: أحجها واترك منها إن ذبحه معها فحسن. قال ابن القاسم:

¹ - ترتيب المدارك (190/1).

² - عرفها الخطاب في تحرير المقالة في شرح نظم نظائر الرسالة (ص: 17) بقوله: المراد بالنظائر الماثلة في حكم من الأحكام، ويمكن تعريفها بأنها: الفروع الفقهية التي تشترك فيما بينها، في وجه واحد ولو اختلفت في بقية الوجوه.

³ - القائل هو سخون، والمقول له هو ابن القاسم رحمه الله تعالى.

⁴ - المدونة (547/1)، وتهذيب المدونة (38/2)، والجامع لمسائل المدونة لابن يونس الصقلي (451هـ) (854/5)، والتحرير في نظائر الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس رحمهما الله تعالى لابن بشر، (ص: 71)، والذخيرة في الفقه المالكي لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي (ت 684هـ)، (209/4).

ولا أرى ذلك واجباً عليه.¹

وقال الرجراجي معلقاً عليها: فإذا ترك الاستحسان فكأنه لم يبق إلا الوجوب، ويدل عليه قول ابن القاسم: "وأنا لا أرى ذلك عليه بواجب"، فالذي يدل عليه هذا الظاهر: أن ذبح الولد مع أمه واجب، إلا أنه لم يصر إلى ذلك أحد من أهل المذهب، ولا متقدم ولا متأخر، وقال أشهب في كتاب محمد: "لا أرى أن يضحي به ولا يحل"².

وهو ما حكاه مالك في الموطأ عن ابن عمر قال: إذا نحرقت الناقة، فذكاة ما في بطنها في ذكاتها. إذا كان قد تم خلقه، ونبت شعره. فإذا خرج من بطن أمه، ذبح، حتى يخرج الدم من جوفه، ومثله عن ابن المسيب.

قال الباجي معلقاً عليه: ومعنى ذلك أنه إذا تم خلق الجنين، ونبت شعره فإن ذكاة أمه ذكاة له، وحينئذ هو ما يصح أن يؤكل بالذكاة.³

الثانية: مسألة: من حلف ألا يشتري لامرأته ثوباً؛ فأعطاهها دراهم اشترت بها ثوباً.

قال في المدونة: قلت: رأيت لو أن رجلاً حلف ألا يكسو امرأته، فأعطاهها دراهم اشترت بها ثوباً، أychنت أم لا؟

قال: نعم، يحنث عند مالك، وقد بلغني عن مالك أنه سئل عن رجل حلف ألا يكسو امرأته فافتك لها ثياباً كانت رهناً⁴، قال مالك: أراه حائثاً.

قال ابن القاسم: وقد عرضت هذه المسألة على مالك فأنكرها، وقال المحمها، وأبي أن يوجب فيها بشيء⁵.

فيلاحظ أن مالكا رحمه الله تراجع عن القول الأول الذي هو الحنث، ثم تراجع وأمر بمحوه، وأججم عن الجواب في هذه المسألة.

وقد أجاب عنها ابن القاسم واختار القول الممحو، مخرجاً له على قول مالك، فقال: ورأيي فيها أنه يُنَوَّى⁶، فإن كانت له نية ألا يهب لها ثوباً، ولا يبتاعه لها فلا أرى عليه شيئاً، وإن لم يكن له نية رأيته

¹ - التهذيب (38/2).

² - مناهج التحصيل (268/3).

³ - المنتقى شرح الموطأ (117/3).

⁴ - قال ابن عرفة: الرهن مال قبضه توثق به في دين. شرح حدود ابن عرفة (ص: 304).

⁵ - المدونة (613/1)، وتهذيب المدونة (125/2)، والتحرير في نظائر الفقه (ص: 71)، والذخيرة في الفقه المالكي (209/4).

⁶ - ينوى بمعنى: ينظر إلى نيته ما هي؟

حائثا، وأصل هذا عند مالك إنما هو على وجه المنافع والمنّ.

ولقد قال مالك في الرجل يحلف ألا يهب لفلان دينارا، أو لرجل أجنبي فكساه ثوبا، فقال مالك: أرى هذا حائثا؛ لأنه حين كساه فقد وهب له الدينار¹.

وذهب اللخمي إلى خلاف قول ابن القاسم، فرآه حائثا، ولا يُنظر إلى نيته، فقال: وإن حلف ألا يكسو امرأته، فأعطاهها دراهم اشترت بها ثوبا؛ حنث، ولم يُنَوَّ إن كانت يمينه بما يقضى عليه بها².

الثالثة: مسألة نكاح المريض والمريضة³.

قال في المدونة: قلت: رأيت المرأة تتزوج وهي مريضة، أيجوز تزويجها أم لا؟

قال: لا يجوز تزويجها عند مالك.

قال: فإن تزوجها، ودخل بها الزوج وهي مريضة؟

قال: إن ماتت كان لها الصداق إن كان مَسَّهَا، ولا ميراث له منها، وإن مات هو، وقد مَسَّهَا فلها الصداق، ولا ميراث لها، وإن كان لم يمسه فلا صداق لها ولا ميراث.

قلت: فإن صَحَّحْتُ أثبت النكاح؟

قال: قد اختلف فيه⁴، وأحب قوله إلَيَّ أن يقيم على نكاحه، ولقد كان مالك مرة يقول: يُفسخ، ثم عرضته عليه فقال: المحم⁵.

وقال في التهذيب: قال مالك: وإن بنى بها المريض كان صداقها في ثلثه مبدأ على الوصايا والعق ولا ترثه، قال مالك: وإن صحَّحْتُ ثبت النكاح، دخلا أو لم يدخلا، ولها المسمى، وكان يقول: لا يثبت وإن صحَّحْتُ، ثم عرضته عليه فقال: المحم، وأرى إذا صحَّحْتُ أن يثبت النكاح، وإن فسخ قبل البناء فلا

¹ - المدونة (1/613)، وتهذيب المدونة (2/125)، والتحرير في نظائر الفقه (ص: 71)، والذخيرة في الفقه المالكي (4/209).

² - التبصرة للرخمي (4/1768).

³ - المريض المخوف عليه لا يجوز له أن يتزوج خلافاً لأبي حنيفة والشافعي؛ لأنه محجور عليه في ماله أن يخرج على غير عوض فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة، والنكاح يتضمن هذا المعنى؛ لأنه يوجب المهر والنفقة، ولا حاجة به إلى الوطء فيجب منعه منه، ويدل على ثبوت الحجر أنه ممنوع من الهبة والصدقة وما يفعله من ذلك يوقف على الثلث؛ ولأن طلاقه غير مانع من الميراث؛ لأن فيه إخراج الوارث عن الميراث، وفي تزويجه هذا المعنى. المعونة للقاضي عبد الوهاب (2/787).

⁴ - يعني اختلف فيه قول مالك، المعونة للقاضي عبد الوهاب (2/788).

⁵ - قال ابن القاسم: والذي أخذ به في نكاح المريض والمريضة أنهما إذا صحَّحَا أقرأ على نكاحهما. المدونة (2/170)، وانظر: التهذيب (2/206)، والجامع (9/260).

صداق لها ولا ميراث¹.

وروى ابن الجلاب عن مالك فسخ النكاح ولو صحا، قال رحمه الله: فإن صح قبل الفسخ لم يثبت النكاح عند مالك، وثبت عند ابن القاسم وعبد الملك في روايتهما جميعاً².

وحكى ابن أبي زيد الخلاف في المسألة، فقال: وكذلك نكاح المريض والمريضة، إذ لا يتوارثان؛ لأن من أصحابنا من يفسخ النكاح وإن صحا، وقد كان مالك يقول³.

وسبب الخلاف في الرواية هل أصل فساد في عقده أم لمعنى غير عقده، فإذا كان فساد في عقده لم يصح الثبوت عليه، وإذا قلنا: أن فساد لحق الورثة صح بعد زوال المرض لزوال حقوقهم منه، كنكاح العبد بغير إذن سيده، وهذا اعتلال عبد الملك⁴.

الرابعة: مسألة السارق إذا كان أشل اليد التي يجب قطعها.

قلت: أرايت إن سرق واليمين شلاء؟

قال: عرضناها على مالك فحأها، وأبى أن يجيبنا فيها بشيء، ثم بلغني عن مالك أنه قال: تقطع يده اليسرى، ويبتدأ بها.

قال ابن القاسم: وكأنه ذهب إلى هذه الآية: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁵، قال ابن القاسم: وقوله الأول الذي تركه أحب إلي، وهو الذي أخذ به أنه تقطع رجله اليسرى⁶.

وروى ابن المواز عن ابن وهب عن مالك في الشلل البين أنه تقطع رجله اليسرى، ثم قال لابن القاسم بعد ذلك أمحها ووقف، ثم قال: تقطع يده اليسرى، وأخذ ابن القاسم بأن تقطع رجله اليسرى بعد أن كان قال تقطع يده اليسرى، واختار أصبغ وابن أبي زيد رحمه الله أن تقطع يده اليسرى خلافا لابن القاسم⁷، قال أصبغ: لا يقطع من السارق رجل ما دام له يد لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ

¹ - التهذيب (2/206).

² - التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس لابن الجلاب (1/410)، فابن الجلاب رحمه الله صار إلى القول بالفسخ وهو القول المحو، وكأنه لم يبلغه تراجع مالك عنه، وأمره ابن القاسم بمحوه، واعتبر إثبات النكاح رواية لابن القاسم وعبد الملك عن مالك.

³ - النوادر والزيادات (1/550).

⁴ - المعونة للقاضي عبد الوهاب (2/788).

⁵ - سورة المائدة الآية: 40.

⁶ - المدونة (4/543)، والتهذيب (4/442)، والجامع لابن يونس (22/199)، والتحرير في نظائر الفقه (ص: 71)، والذخيرة في الفقه المالكي

(4/209).

⁷ - النوادر والزيادات (14/442-445).

بِأَفْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ¹ 2. ورفض اللخمي اختيار ابن القاسم، وقال لأن القرآن إنما ورد بالبداية باليد، ولأنه القياس أيضاً؛ لأن اليد هي الجانية فكانت عقوبتها قطعها، ولا تقطع الرجل إلا في الموضع الذي وردت فيه³.

فقول مالك الذي رجع إليه هو أن تقطع يده اليسرى، إلا أن ابن القاسم لم يرتض هذا القول، وأخذ بقوله الأول المحو، وهو أن تقطع رجله اليسرى، فتأكد لنا أن القول المحو سبب من أسباب الخلاف في الفقه المالكي، كما أن القول المحو يجوز المصير إليه والعمل به إن كان العامل به قُرب إلى مرتبة الاجتهاد كابن القاسم مثلاً.

ثانياً: نظم محركات المدونة:

قال الوثريسي رحمه الله: نظم شيخ شيوخنا الشيخ أبو عبد الله سيدي محمد بن أحمد بن مرزوق⁴ رحمه الله مواضعها في المدونة في بيت فقال:

المحو في الأيمان والنكاح وفي كتاب القطع والأضاحي⁵.

ولم يبين الراجح منها، وذيله علي الأجهوري مع زيادة بيان، فقال:

والراجح المحو في اثنتين قطع، وأيمان بغير مين
ثم الذي أثبت في الأضاحي تأكيد ندب ذبحه يا صاح
والمحو في الأيمان حنثه إذا لم ينو شيئاً وهو قول محتذى

ونظمها الشيخ محمد المامي بن البخاري رحمه الله هذه المحركات، وبين الراجح منها مضمناً أبيات الأجهوري رحمه الله بقوله:

للمحركات والحميديات والأشهبليات نظام يأتي

¹ - سورة المائدة الآية: 40.

² - البيان والتحصيل (249/16).

³ - التبصرة للرخمي (6105/13).

⁴ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن مرزوق الحفيد العجيسي التلمساني، زعيم العلماء الفضلاء والشرفاء، أخذ عن: سعيد العقباتي (854هـ)، وأخذ عنه: أبو الحسن القلصادي (891هـ)، له: "اغتنام الفرصة في محادثة عالم قصصة" والمتجر الربيع شرح الجامع الصحيح، وله فتاوي عديدة في المعيار. ترجمته في: البستان (214-201) ونيل الابتهاج (499-510) والضوء الالامع (51-50/7).

⁵ - تكميل التقييد (74/ب): والزرقاني على خليل (68/3) مواهب الجليل (374/4) ومنح الجليل شرح مختصر خليل محمد عليش (294/9).

فللإمام ممحوات أربع	ندب لذبح ولدينتزع
من شاة الاضحية ولما تذبح	والمثبت التأكيد لما ينمح
ثانية فسخ نكاح ذي المرض	من بعد ما صح فحوها عرض
ثالثة حنث بفك رهـن	ثوب لزوجة بغير مين
حلف لا يكون كاسيا لها	ولم يكن ذانية فانتبها
أما إذا ما قد نوى أن لا يهب	ثوبا ولا يبتاعه فما كذب
رابعة قطع لرجل يسرى	لشلل اليد اليمين يدري
والمثبت اليسرى من اليدين	مكان أختها من الرجلين
وقولة الشارح والخطاب	وصاحب التوضيح في ذا الباب
المحو للرجل اليمين ينتمي	فقال الأجهوري: سبق قلم
واعتمدنّ بيته المرسومـا	واعتبر المنطوق والمفهومـا
والراجع المحوفـي اثنتين	قطع وأيمان بغير مين

المطلب الثاني: العمل بالممحوات:

لا شك أن أمر مالك رحمه الله تعالى بمحو هذه الأقوال راجع لضعفها عنده وترجح غيرها، فالممحوات من الأقوال الضعيفة والمرجوحة في المذهب، ومعلوم أن العمل بالضعيف ممنوع باتفاق¹، وللعلماء مبررات في بقائها وحكايتها في المذهب، منها:

1- لجلالة قائلها:

فالممحوات أقوال صادرة عن الإمام مالك، وهو إمام مجتهد، وقد تدعو الحاجة إلى أقواله المرجوحة يوما ما، وإذا صار إليها المفتي فقد صار إلى قول له فيه سلف، قال التتائي: والأمر بمحوها أمر

¹ - ولا ريب أن ذكر الأقوال الضعيفة في كتب الفقه ليس للعمل بها؛ لأن العمل بالضعيف ممنوع باتفاق أهل المذهب وغيرهم، إلا إذا كان العامل به مجتهدا مقيداً ورجح عنده الضعيف، فيعمل به ويفتي بحكم، ولا ينقض حكمه به حينئذ، وفي حالات أخرى. نشر البنود على مراقبي السعود للشنقيطي (175/2).

مبالغة في طرحه، والصواب في القول المرجوع إليه، ووقعت المسامحة في بقاءه مكتوبًا، أي: وعليه صورة شطب؛ لأنه يصلح أن يذهب إليه المجتهد يومًا، وهذا هو الموجب لتدوين الأقاويل التي يرجع المجتهد عنها¹.

2- للعمل بها:

فقد يكون في الحكم بإحدى هذه الممحوات تيسير، ورفع للخرج عن الناس، ورحمة بهم، فقد قال ابن المكي رحمه الله: وما تقرر من أن مخالفة المشهور في الفتوى والحكم لا تجوز لتعين العمل بالراجح، وحكى بعضهم الإجماع عليه ممنوع، وسند المنع ما ثبت عن كثير من فضلاء العلماء المعبرين في الفتوى علما ودينا وعدالة وصلاحا من ارتكابهم المرجوح تسهلا، وإفتاءهم به إزاحة للخرج عن الأمة، وشفقة ورحمة، ودين الله يسر، والله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه².

3- لتحقيق مرتبة التبصر، والترقي في مدارج الاجتهاد:

والتبصر كما نص عليه الإمام زروق رحمه الله هو أخذ القول بدليله الخاص به من غير استبداد بالنظر، ولا إهمال للقول، وهي رتبة مشايخ المذاهب، وأجاويد طلبة العلم³. وهو ما أشار إليه في المراقي:

وذكر ما ضعف ليس للعمل إذ ذاك عن وفاقهم قد انحطل

بل للترقي لمدارج السنا ويحفظ المدرك من له اعتنا

يعني أن ذكر الأقوال الضعيفة في كتب الفقه يكون للترقي لمدارج السنا، أي القرب من رتبة الاجتهاد، حيث يعلم أن هذا القول قد صار إليه مجتهد، ولذا قال بالأقوال التي رجع عنها مالك كثير من أصحابه ومن بعدهم، وليحفظ المدرك، أي الدليل من له اعتناء بحفظه⁴.

4- إثراء المذهب بالأقوال والفروع.

فلا شك أن ثراء المذهب بالأقوال، وتنوعه في الأحكام والفروع ما يؤهله للإجابة عن مستجدات العصر، ويؤهل المتفقه ليكون واسع الاطلاع، عارفا بمدارك الأقوال، فينزل كل قول وفق شروطه وأحواله، قال البناني: فائدة ذكر الأقوال مع امتناع الحكم بغير المشهور أمران: اتساع النظر،

¹ - شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني (68/3).

² - النوازل الكبرى للوزاني (542/7).

³ - تأسيس القواعد والأصول وتحصيل القوائد لذوي الوصول للشيخ زروق (ص: 76).

⁴ - نشر البنود (176/2).

ومعرفة مدارك الأقوال.¹

5- مراعاة الخلاف:

حيث إن المحوات تذكر لتراعى في الخلاف، ومراعاة الخلاف من أصول المذهب المالكي، وإليه أشار في المراقي بقوله:

ولمراعاة الخلاف المشتهر... أو المراعاة لكل ما سطر.

خاتمة:

بعد هذه الدراسة المفصلة لمحوات المدونة نخلص إلى النتائج الآتية:

- 1- أن مفهوم المحو في المدونة هو ترك العمل بما سمع، لا أنه محو من الكتاب.
- 2- أن الأقوال المحو الأربعة من الأقوال الضعيفة والمرجوحة عند الإمام مالك رحمه الله.
- 3- أن ضعف هذه الأقوال لا يمنع من الرجوع إليها والقول بها إذا دعت إليها الحاجة.
- 4- أن لهذه المحوات أثراً في الخلاف الفقهي داخل المذهب.
- 5- أن الذي ترجح من هذه المحوات اثنتان: مسألة القطع، واليمين. والله تعالى أعلم.

لائحة المصادر والمراجع

- (1) الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي: مصطلحاته وأسبابه، لعبد العزيز بن صالح الخليلي، ط/1 سنة 1993م.
- (2) أساس البلاغة لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله، تح: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط/1- 1998م.
- (3) اصطلاح المذهب عند المالكية لمحمد إبراهيم علي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث دبي ط/1-2000م.
- (4) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي لمحمد رياض، الطبعة الثالثة 1423 هـ / 2002 م، مطبعة النجاح الجديدة.
- (5) البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتامسان لأبي عبد الله محمد بن محمد الملقب بابن مريم الملقب بالمديوني، اعتناء: محمد بن أبي شنب، ط/1 سنة 1908م، بالمطبعة الثعالبية بالجزائر.
- (6) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ) تح: د محمد ججي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط/2، 1408 هـ - 1988م.

¹ - النوازل الكبرى (536/2).

- (7) تاج العروس من جواهر القاموس لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني مرتضى الزبيدي (1205هـ) تح: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
- (8) تأسيس القواعد والأصول وتحصيل الفوائد لذوي الوصول في أمور أعمها التصوف وما فيه من وجوه التعرف، لأبي العباس أحمد زروق الفاسي، تح: نزار حمادي، دار المركز العربي للكتاب الشارقة، دون بيانات.
- (9) التبصرة لأبي الحسن علي بن محمد الربيعي اللخمي (ت: 478 هـ) تح: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر. ط/1 سنة 2011.
- (10) تحبير المختصر لتاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، تح: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، د. حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط/1 سنة 2013م.
- (11) تحرير المقالة في شرح نظم نظائر الرسالة لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب (954هـ)، تح: أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط/1 سنة 2007م.
- (12) التحرير في نظائر الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس رَحِمَهُ اللهُ تَحِيَّاتُ لابن بشير، تح: جلال جهاني، دار النور المبين، عمان الأردن، ط/1، سنة 2014م.
- (13) ترتيب المدارك وتقريب المسالك، لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (544هـ)، تح: ابن تاويت الطنجي، 1965 م، عبد القادر الصحراوي، 1966-1970 م، محمد بن شريفة، سعيد أحمد أعراب 1981-1983م، ط/1، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب.
- (14) التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب المالكي (ت: 378هـ) تح: سيد كسروي حسن، ط/1 عن دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان سنة: 1428 هـ - 2007م.
- (15) التقييد على التهذيب لأبي الحسن علي بن محمد الصَّغِيرُ الزرويلي، من كتاب الاعتكاف إلى كتاب الضحايا، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية بالمملكة العربية السعودية.
- (16) التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى ابن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي (544هـ) تح: الدكتور محمد الوثيق، الدكتور عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط/1، 2011 م.
- (17) الجامع لمسائل المدونة لابن يونس الصقلي (451هـ) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 1434 هـ / 2013 م.
- (18) جبهة اللغة لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، تح: رمزي منير بعلبي، دار العلم للملايين بيروت لبنان، ط/1 سنة 1987م.
- (19) الذخيرة في الفقه المالكي لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي (ت 684هـ)، تح: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط/1 سنة 1994م.
- (20) رفع العتاب والملام عن قال: العمل بالضعيف اختياراً حرام، لأبي عبد الله محمد بن قاسم القادري الفاسي (1331هـ)، تح: محمد المعتصم البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط/1، سنة 1985م.
- (21) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني لعبد الباقي بن يوسف بن

- أحمد الزرقاني المصري (ت: 1099هـ)، عبد السلام محمد أمين: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط/1، 1422 هـ - 2002م.
- (22) شرح حدود ابن عرفة لمحمد بن قاسم الأنصاري الرصاع (894هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350هـ
- (23) الضوء اللامع لأهل القرن التاسع لأبي الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي (902هـ)، منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت، ط/1، 2003م.
- (24) العين لأبي عبد الرحمن خليل بن أحمد الفراهيدي، تح: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
- (25) غنية المعاصر والتالي في شرح فقه وثائق القاضي أبي عبد الله الفشتالي (914هـ)، لأبي العباس أحمد ابن يحيى الوشيري، تح: د محمد أيت دخیل، أطروحة دكتوراه في الشريعة، قيد الطبع عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية.
- (26) فتح المغيث بشرح الفية الحديث للعراقي لشمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (المتوفى: 902هـ)، تح: علي حسين علي، مكتبة السنة - مصر، ط/1، 2003م.
- (27) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: 711هـ) دار صادر - بيروت، ط/3، 1414هـ.
- (28) مجمل اللغة لابن فارس، تح: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط/2، 1986م.
- (29) المدونة للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني (ت: 179هـ): دار الكتب العلمية ط/1، 1415هـ - 1994م.
- (30) المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت: 422هـ) تح: حميش عبد الحق، ط/ المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، الطبعة: بدون.
- (31) مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (395هـ)، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م.
- (32) المقدمات الممهّدات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ) تح: الدكتور محمد ججي: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط/1، 1408 هـ - 1988 م.
- (33) مقدمة ابن الصلاح: (معرفة أنواع علوم الحديث) لأبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن، (المتوفى: 643هـ)، تح: نور الدين عتر، دار الفكر - سوريا، دار الفكر المعاصر - بيروت، 1406هـ - 1986م.
- (34) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي، دار ابن حزم، ط/1 سنة 2007م.
- (35) المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي تح: محمد عبد القادر عطا. ط/ دار الكتب العلمية، ط/1-1420-1999.

- (36) منح الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عlish (ت: 1299هـ) دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1989م.
- (37) مواهب الجلي للشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب الرعيني (954هـ) تح: زكريا عميرات: دار عالم الكتب، ط/1- 2003م.
- (38) نشر البنود على مراقي السعود لسيدى عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي (1230هـ)، تح: فادي نصيف، وطارق يحيى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط/2، سنة 2005م.
- (39) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، تح: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، والأستاذ محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي. سنة 1999م.
- (40) النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، لأبي عيسى المهدي الوزاني (1342هـ)، تح: عمر بن عباد، منشورات وزارة الأوقاف المغربية، ط/1، سنة 1996م.
- (41) نور البصر في شرح المختصر لأبي العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي السجلماسي (1175هـ)، تح: أحمد فاضل وآخرون، منشورات المجلس العلمي المحلي لإزكان، دار الأمان الرباط، ط/1 سنة 2014م.
- (42) نيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأبي العباس حمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر بن محمد التكروري التنبكتي السوداني، (1036 هـ)، تح: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، ط/2، سنة 2000م.

تبرعات ذوات الحياء لقربائهن في الفقه المالكي والتشريع المغربي مقاربة نوازلية فقهية قانونية.

د.ة. خديجة مبروك
باحثة في العلوم الشرعية.

ملخص البحث:

يناقش هذا البحث ظاهرة تبرعات ذوات الحياء لقربائهن تحت الإكراه العرفي وما جرى به العمل في القرى والبوادي المغربية، حيث تجبر النساء عموماً على التخلي عن أموالهن أو ميراثهن لإخوانهن أو من له وصاية عليهن مقابل تزويجهن أو رعايتهن أو حمايتهن، فقارب البحث هذه الظاهرة من الناحية الفقهية المالكية مقارنة ذلك مع ما جاء به التشريع المغربي.

كلمات المفاتيح:

التبرعات؛ ذوات الحياء؛ الفقه المالكي؛ التشريع المغربي؛ النوازل الفقهية.

Abstract :

This research discusses the phenomenon of women reluctantly gifting their inheritance to their male relatives under customary compulsion and what commonly happens in Moroccan villages and deserts, where women are generally forced – not explicitly, but out of embarrassment to refuse – to give up their money or inheritance to their brothers or those who have guardianship over them in exchange for their marriage, care, or protection. This study compares Maliki jurisprudence with the Moroccan legislation.

بسم الله الرحمن الرحيم مقدمة

الحمد لله ذي الفضل والنعم، دافع البلاء والنقم، والصلاة والسلام على رسول الله المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله الطاهرين، وصحبه الطيبين، وسلم تسلياً.

وبعد:

فإن الشريعة الإسلامية حضت على التبرع والإحسان في سبيل الله، ورتبت على ذلك الجزاء العظيم في الدنيا والآخرة، قال تعالى:

﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَتَتْ نَبْعًا سَابِغًا مَاءً فِي كُلِّ سُنبُلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ¹﴾، وقال تعالى: ﴿إِجْلَتْ لَكُمْ بِهِيْمَةٌ أَلَا تَنْعَمُ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجْلِى الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَخْكُمُ مَا يُرِيدُ²﴾. وقوله تعالى: ﴿لَسْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ³﴾.

وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: (أصاب عمر بخير أرضا، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء، والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقا غير متمول فيه)⁴.

وعن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة، أنه سمع أنس بن مالك يقول: كان أبو طلحة أكثر أنصاري بالمدينة مالا من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال أنس، فلما أنزلت هذه الآية: ﴿لَسْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ⁵﴾، قام أبو طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿لَسْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ⁶﴾،

¹ - سورة البقرة، (الآية: 260).

² - سورة المائدة، (الآية: 2).

³ - سورة آل عمران، (الآية: 91-92).

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، (رقم الحديث: 2772).

⁵ - سورة آل عمران، (الآية: 91).

⁶ - سورة آل عمران، (الآية: 91).

وإن أحب أموالي إلي يبرء، وإنها صدقة لله أرجو برها، وذخرها عند الله، فضمها يا رسول الله حيث شئت، قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بخ ذلك مال رايح، ذلك مال رايح، وقد سمعت ما قلت فيه، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين»، فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسما أبو طلحة في أقاربه، وبني عمه¹.

غير أن هذا التبرع لابد أن يكون عن طيب خاطر، ودونما إكراه، أو تهديد، أو ابتزاز، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يجل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه"²، والمتأمل في بعض الأعراف المغربية يجد أن بعض الرجال يتهب بعضا من ذوات الحياء من قرابته، أو تحت ولايته، أو وصايته، أو حمايته، من غير طيب خاطر، مستغلين إما عطفهم، أو حياءهم، أو ضعفهم، أو جهلهم، حتى صار ذلك عرفا جاريا وعادة محكمة يستقبح تركها، ويزجر منكرها.

وباعتبار الفقه تنزيل النص الشرعي على الواقع العملي، فسنحاول في هذه المقالة مقارنة هذه الظاهرة من الناحية الفقهية، والنوازية، والقانونية، وذلك من خلال معالجة الإشكالية المركزية الآتية:

هل تعتبر هذه التبرعات صحيحة فقها رغم ما فيها من عيوب الرضا كالإكراه والجهل والاستغلال، علما أن التبرع يشترط فيه أن يكون عن طيب نفس، وما هو تكييفها الفقهي والقانوني؟ وكيف أجاب النوازيون على الوقائع المعروضة عليهم في الموضوع؟

وعالجت الموضوع في محورين، الأول بينت فيه حقيقة التبرع وأنواعه فقها وقانونا، والثاني عالجت فيه تبرعات ذوات الحياء لقرابتهن فقها وقانونا، ثم ختمت البحث بخاتمة ضمنيتها أهم النتائج التي خلصت إليها.

فأقول مستعينة بالله:

المحور الأول: حقيقة التبرع وأنواعه فقها وقانونا.

المطلب الأول: حقيقة التبرع.

التبرع لغة:

مصدر تبرع يتبرع، قال ابن فارس: الباء والراء والعين أصلا: أحدهما التطوع بالشيء من غير وجوب، والآخر التبريز والفضل³.

¹ - أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الصدقة، باب الترغيب في الصدقة، (رقم الحديث: 832).

² - أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع (رقم 2886).

³ - مقاييس اللغة لابن فارس، مادة برع، (221/1).

يقال: برع الرجل وبرع بالضم أيضا، براعة أي فاق أصحابه في العلم وغيره، فهو بارع، وفعلت كذا متبرعا أي: متطوعا¹. وتبرّع بالأمر: فعله غير طالب عوضا².

وتبرّع بالعتاء أعطى من غير سؤال، أو تفضل بما لا يجب عليه. يقال: فعلت ذلك متبرعا أي: متطوعا³.

وأما قولهم في التبرّع بالشيء: قد تطوّع به، أي تكلف استطاعته، لكنه انقاد مع خير أحب أن يفعله، ولا يقال هذا إلا في باب الخير والبر⁴.

وانطلاقا من هذه التعريفات اللغوية يتضح أن التبرع في اللغة: فعل أمر ما تطوعا. والتطوع اسم لما شرع زيادة على الفرض والواجبات⁵.

التبرع فقها:

لم يضع الفقهاء تعريفا للتبرع، وإنما عرفوا أنواعه، كالوصية والوقف والهبة وغيرها، وكل تعريف لنوع من هذه الأنواع يحدد ماهيته فقط.

ومن خلال تعريف الفقهاء لأنواع التبرعات كالهبة والوصية والوقف وغيرها مما يمكن أن نستخلص منه تعريفا للتبرع باعتباره بذل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عوض بقصد البر والمعروف⁶.

التبرع قانونا:

كما هو الحال في الفقه الإسلامي فإن المشرع المغربي لم يعرف التبرع، وإنما عرف أنواعه، كعقد الهبة، وعقد الصدقة، وعقد الوقف، وعقد الوصية، وغيرها من عقود التبرعات، إما في مدونة الوقف بالنسبة لعقد الوقف، أو في مدونة الحقوق العينية كما هو الحال في عقد الهبة والصدقة.

¹ - الصحاح للجوهري، (438/3).

² - المصباح المنير، للفيومي، (51/1).

³ - لسان العرب، لابن منظور، مادة برع.

⁴ - مقاييس اللغة، لابن فارس، (431/3).

⁵ - التعريفات، للجرجاني، (ص:61).

⁶ - الموسوعة الفقهية الكويتية، (65/10). وقد عرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه: عقد يفيد التملك بغير عوض أو مقابل. ضوابط العقود في الفقه

الإسلامي، للدكتور عبد الحميد محمود البعللي، (165/1).

وعليه فإن التبرع في القانون هو تمليك شيء بغير عوض لجهة معينة، سواء كانت شخصا ذاتيا أم معنويا، فإذا كان محل هذا الشيء رقبة أو عينا وصف العقد صدقة أو هبة، أما إذا كان هذا الشيء منفعة وصف العقد حبسا أو عمرى.

وقد نظم القانون المغربي أحكام معظم هذه العقود كالوقف في مدونة الأوقاف، والوصية في مدونة الأسرة، والعمرى والصدقة والهبة في مدونة الحقوق العينية، على اعتبار أن عقود التبرع متعددة وتختلف عن بعضها البعض تبعا لخصائصها وأحكامها.

المطلب الثاني: أنواع التبرعات في الفقه المالكي والتشريع المغربي:

أما أنواع التبرعات، فقد قسمها المالكية إلى قسمين: هبات المنافع، وهبات الرقاب، قال اللخمي: وقد أتت هبات متقاربة اللفظ مختلفة الأحكام، حمل بعضها على هبة الرقاب، وبعضها على هبة المنافع، وهو أن يقول: كسوتك هذا الثوب، وأخدمتك هذا العبد، وحملتك على هذا البعير، أو الفرس، وأسكنتك هذه الدار، أو أعمرتك، فحمل قوله أخدمتك، أو أسكنتك، وأعمرتك على أنها هبة منافع حياة المخدم والمسكن والمعمّر، وقوله: كسوتك هذا الثوب، وحملتك على هذا البعير، أو الفرس على هبة الرقاب،¹ وبيانها كالآتي:

النوع الأول: هبة المنافع:

ويقصد بهبة المنافع تمليك المتبرع منفعة الشيء لا عينه، وهي أنواع منها:

الوقف:

عرفه ابن عرفة بقوله: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديرا². أما المشرع المغربي فقد عرف الوقف في المادة (1) في مدونة الأوقاف بقوله: الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ونلاحظ أن تعريف المشرع المغربي مستفاد من تعريف ابن عرفة، مع اختلاف في الصياغة.

العارية:

عرفها ابن عرفة بقوله: تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض³.

¹ - التبصرة للرخمي (6043/13)، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد (115/4)، القوانين الفقهية (ص: 241).

² - شرح حدود ابن عرفة (ص: 411).

³ - شرح حدود ابن عرفة (ص: 345)، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد (116/4)، القوانين الفقهية (ص: 241).

أما المشرع المغربي فعرفها في الفصل (856) من قانون الالتزامات والعقود بقوله: عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة.

والمشرع المغربي ميز بين عارية الاستعمال وهي المقصودة بالعارية فقها، وبين عارية الاستهلاك وهي القرض الحسن وهو ما أشار إليه المشرع في الفصل (829) العارية نوعان: عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك أو القرض.¹

العمري:

وأما العمري فعرفها ابن عرفة بقوله: تملك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء²، أي أن المستفيد من العمري يستفيد منها ما بقيت حياة الموهوب له، مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار حياته.³

وعرفها المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية، في المادة (105) بمثل التعريف الفقهي، فقال: العمري حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطي له أو المعطي أو لمدة معلومة.

ويلاحظ أن المشرع قصر المنفعة في العقار دون المنقول، بخلاف الفقه الذي جعلها مطلقة، كما أن المشرع جعل إمكانية تحديد مدة الاستفادة إما بحياة المعطي له أو المعطي أو لمدة معلومة.

النوع الثاني: هبة الرقاب:

ويقصد بها تملك الواهب العين والرقبة⁴، وهبة الرقبة أنواع منها:

¹ - وعرف المشرع عارية الاستهلاك في الفصل (856)، بقوله: عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة.

² - شرح حدود ابن عرفة (ص: 419).

³ - بداية المجتهد لابن رشد (116/4)، القوانين الفقهية (ص: 241)

⁴ - بداية المجتهد لابن رشد (115/4).

الصدقة:

عرفها الرصاص بقوله: تملك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض¹، والصدقة لا رجوع فيها أصلا ولا اعتصارا، ولا ينبغي للواهب أن يرتجعها بشراء ولا غيره، وإن كانت شجرة فلا يأكل من ثمرها، وإن كانت دابة فلا يركبها إلا أن ترجع إليه بالميراث².

وعرفها المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية في المادة (290) بقوله: تملك بغير عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى.

وهو نفسه تعريف الرصاص، ونص المشرع المغربي في المادة (291) على أن أحكام الهبة تسري على أحكام الصدقة، مع مراعاة ما يلي:

- لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا.

- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث.

الهبة لا لثواب:

عرفها ابن عرفة بقوله: الهبة لا لثواب تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض³، وهي هبة التودد والمحبة فلا رجوع فيها إلا فيما وهبه الوالد لولده صغيرا كان أو كبيرا فله أن يعتصره، وذلك أن يرجع فيه، وإن قبضه الولد إنما يجوز الاعتصار بخمسة شروط وهي: أن لا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا يحدث دينا لأجل، وأن لا تتغير الهبة عن حالها، وأن لا يحدث الموهوب به فيها حدثا، وأن لا يمرض الواهب أو الموهوب له، فإن وقع شيء من ذلك فيفوت الرجوع⁴.

وعلى نفس المنوال سار المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية في المادة (273) فعرّفها بأنها: تملك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض.

الوصية:

عرفها ابن عرفة بأنها: عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده⁵.

¹ - شرح حدود ابن عرفة (ص: 423).

² - القوانين الفقهية (ص: 241-242).

³ - شرح حدود ابن عرفة (ص: 421).

⁴ - القوانين الفقهية (ص: 241-242).

⁵ - شرح حدود ابن عرفة (ص: 528).

وعلى نفس التعريف درج المشرع المغربي في مدونة الأسرة في المادة (277) حيث قال في تعريفها: الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته.

المحور الثاني: تبرعات ذوات الحياء لقربائهن فقها وقانونا.

اعلم أن الحياء والياء والحرف المعتل أصلان: أحدهما خلاف الموت، والآخر الاستحياء الذي هو ضد الوقاحة، فأما الأول فالحياء والحيوان.... والأصل الآخر: قولهم استحييت منه استحياء¹، والاستحياء: الانقباض والانزواء².

ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "الحياء من الإيمان"³؛ لأن المستحي ينقبض عن المعاصي، وعن كل ما يؤدي كما ينقبض بالإيمان⁴.

ومن المصطلحات المشابهة للحياء الخجل، وهو الاسترخاء من الحياء ويكون من الذل، تقول: رجل نجمل وبه نجمل أي حياء، والخجل: التحير والدهش من الاستحياء. ونجل الرجل نجلا: فعل فعلا فاستحي منه ودهش وتحير، وأنجله ذلك الأمر ونجله⁵.

والفقهاء المالكية رحمهم الله اعتبروا ما تهبه البنات والأخوات والعمات والحالات لقربائهن حياء أو خوفا مردودا إجماعا، قال الكيكي⁶ رحمه الله: اعلم رحماني الله وإياك أن الإجماع من الأئمة المتأخرين على أن هبة بنات القبائل مردودة لعللة الحياء وخوف المعرفة، نص عليه جمع من المتقدمين والمتأخرين⁷.

¹ - مقاييس اللغة لابن فارس (122/2).

² - لسان العرب لابن منظور (219/14).

³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الحياء من الإيمان، (رقم الحديث: 24)، بهذا اللفظ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رجل من الأنصار، وهو يعظ أخاه في الحياء، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «دعه فإن الحياء من الإيمان».

⁴ - غريب الحديث لابن الجوزي (257/1).

⁵ - لسان العرب (200/11).

⁶ - هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الكيكي الفقيه العلامة المدرس، أحد تلامذة الشيخ أبي العباس بن ناصر الدرعي، له: "العنوان أن ليس الخير كالعنان"، و"مواهب ذي الجلال في نوازل البلاد السائبة والجبال"، توفي رحمه الله سنة: 1185هـ. انظر مقدمة تحقيق مواهب ذي الجلال (ص: 7).

⁷ - مواهب ذي الجلال في نوازل البلاد السائبة والجبال، (ص: 65).

ومن ذلك ما جرى به العمل في القرى والبوادي من أن الأخت تكون تحت وصاية أو ولاية أخيها فيعضلها عن الزواج حتى تهب له شطرا من مالها، أو تتنازل له عن ميراثها،¹ فنص الأستاذ أبو سعيد بن لب عمن وهبت له هبة على وجه الحياء والحيازة، هل تطيب للمتصدق عليه أم لا؟

فأجاب: قد قال الفقهاء في الصدقة إذا طلبت من المتصدق، وفهم من حاله أنه أعطاها حياء ونجلا، أو غير طيب النفس؛ أنها لا تحل للمتصدق عليه.²

وأصله قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس".³ فن أجبر بأي وجه من وجوه الإكراه من التبرع بماله أو شيء منه دون طيب نفسه أنه لا يجوز، قال ابن بطال رحمه الله: "ولا يجوز لأحد أن يجبر أحدا على أن يفعل في ملكه ما يضر به، وقد قال عليه السلام: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه".⁴

وفي المعيار: وسئل بعضهم عن هبة بنات القبائل وأخواتهم لقربتهن مع اشتهاار العرف عندهم بعدم توريتهن.

فأجاب: هذا وأمثاله ما ثبت خلافه في الشريعة، فإن كان الأمر كما ذكر فهبة البنات والأخوات والعمات باطلة مردودة، ولهن الرجوع في حياتهن، ولورثتهن القيام بعد ماتهن في ذلك؛ لأن من مات عن حق فلورثته، ولو امتنعن من الهبة لأوجب ذلك انتهاكهن، والغضب عليهن فيما يدعين، ولا فرق بين المتجالات⁵ ذوات الأولاد وغيرهن.⁶

وقال التسولي رحمه الله: من الهبات الباطلة هبات بنات القبائل والأخوات لقربتهن، وقد أجبت على ذلك بجواب طويل أثبتته في نوازل الحجر من نوازلنا فعليك به.⁷

كل هذه النقول وغيرها عن أئمة المذهب تؤكد عدم صحة هذه التبرعات؛ بل حكى الكيكي رحمه الله الإجماع على ذلك كما سبق نقله عنه، وقال الأمير رحمه الله: "من الهبات الباطلة هبات بنات القبائل

¹ - من ذلك قول الشيخ محمد بن بلقاسم بن محمد التاملي (1052هـ) في هبة المرأة لولها عند النكاح: "أجاب بعض الفقهاء بما نصه: وهبة المرأة لأخيها أو غيره من الأولياء عند النكاح مردودة شرعا؛ لما جرى أن الأولياء يعضلونهن من النكاح لصدقة ما لهن، وفي كتاب "عيون الأدلة" و"مختصر التبيين": وصدقة المرأة على ولها عند النكاح غير جائزة، ولزوجها القيام بذلك، وأولى وأحرى إذا تصدقت بميراثها قبل القسمة أنها مردودة. فتاوي البرجي (436/2).

² - المعيار المعرب للونشريسي (154/9).

³ - أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع (رقم 2886).

⁴ - شرح صحيح البخاري لابن بطال (57/6).

⁵ - المتجالة: المرأة لا أرب فيها للرجال. المختصر الفقهي لابن عرفة (204/8).

⁶ - المعيار المعرب للونشريسي (154/9).

⁷ - البهجة في شرح التحفة (404/2).

والأخوات لقربانتهن مع اشتهاار عدم توريتهن فلهن الرجوع في حياتهن ولورثتهن القيام من بعد؛ لأنهن لو امتنعن من الهبات لأوجب ذلك إساءتهن وقطعهن والغضب عليهن، وعدم الانتصار لهن إذا أصابهن شيء من أزواجهن، ولا فرق بين المتجالات ذوات الأولاد وغيرهن¹.

واتهاب المرأة ما عمت به البلوى في سوس، ففي جواب الشيخ محمد بن إبراهيم المزواري رحمه الله (1057هـ) عن نازلة: وهي ما عمت به البلوى، وجعل حكمها ببلادنا لنهاب العلم بأهله، وهي امرأة طُلبت بترك شيء من حقوقها لبعض قرباتها كابنها بصدقة أو هبة أو وصية، ففعلت ما طلبت به ثم قامت أو ورثتها، وزعمت أن ذلك كله منها استحياء وعار، وأن ذلك لا يلزمها في نفس الأمر ولا بالموجب؛ لأنها مقهورة بالطلب أو بوجوه الناس، وزعمت أن ذلك بها استحياء وعار، ولو رشدت أو يفرق بين رشدها وضدها أو يلزمها ذلك برد القبول.

فأجاب: إن المطلوبة لا يلزمها شيء مما طلبت به من صدقة أو هبة أو وصية أو غير ذلك، ولو كانت رشيدة على المنصوص فتى قامت أو ورثتها لاسيما في البلاد السائبة² فلها الرد... فدعواها في ذلك، أو وارثها مقبول شرعا، لاقتران الدعوى بشاهد العرف والحال، وهو كشاهدين عند مالك، وقيل كشاهد.

وأما السفينة والمحجورة كجل نساء بلادنا فتبرعاتهن مردودة حقا وشرعا، وقد نص على ذلك غير واحد من المؤتقين أشهب وابن نافع في امرأة تصدقت على أبيها وأمها، ثم تزوجت فطلبت ذلك منها فلا يلزمها شيء من ذلك فلها الرد... فافهموا النازلة فهي غريبة، وجعل حكمها ببلادنا، وقيده عن جهل واستعجال مسلم على من وقف عليه برسم التذكرة والجواب³.

وحاصل الأمر أن هبات وتبرعات ذوات الحياء لا تصح شرعا، ولهن الرجوع والمطالبة بها وقتما يرتفع عنهن الإكراه، أما المشرع المغربي فلم يعتبر الحياء سببا يخول لذوات الحياء الرجوع في هباتهن إن كن يتمتعن بأهلية الأداء التي نصت عليها المادة (208) من مدونة الأسرة، بقولها أهلية الأداء هي

¹ - ضوء الشموع في شرح المجموع (4/51).

² - البلاد السائبة: البلاد التي تعاني من شغور ناتج عن غياب نواب الأمير القائمين بالأحكام المعززين في تنفيذها، من قضاة وعمال وقواد وشيوخ... ينظر مقدمة تحقيق مواهب ذي الاجلال في نوازل البلاد السائبة والجلال، لمحمد بن عبد الله بن عبد الرحمن الكيكي. للدكتور أحمد التوفيق (ص: 19).

³ - فتاوى البرجي (404/2)، وقال أيضا: فائدة جلية يجب حفظها، فالمنصوص في المرأة المطلوبة بشيء من مالها بوجه صدقة أو هبة أو وصية وغير ذلك أو بترك شيء من مالها، ثم قامت أو وارثها وادعت أنما فعلت ما طلبت به لا يلزمها في نفس الأمر ولا بموجب الشرع، وأن ذلك منها استحياء وجعل وخيل، فدعواها مقبولة شرعا لاقتراق دعواها بشاهد العرف وليان الحال وهو عند مالك كشاهدين وقيل كشاهد واحد ولسان الحال أصدق من لسان المقال، فلا يلزمها شيء ما عملت بالطلب إذا قامت، وتدعي ذلك فلها أو لوارثها القيام بذلك متى وجدت الحق وأنصاره، فسواء جزولة محمولة على الحجر حتى يثبت رشدهن بموجب الثبوت. انتهى. فتاوى البرجي 405/2

صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها.

وتبدأ أهلية الأداء عند الصغير بإتمام سن التمييز، غير أنها تكون عنده ناقصة إلى أن يبلغ سن الرشد فتصبح لديه كاملة.¹

فحسب المادة (210) من مدونة الأسرة فكل شخص بلغ سن الرشد، ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته، أو انعدامها؛ يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته، فله الأهلية لمباشرة حقوقه، والتصرف في أمواله بجميع أنواع التصرفات، كما تخوله تحمل الالتزامات، وذلك دون التوقف على إذن من غيره.²

وعليه فأفعال ذوات الحياء وتبرعاتهن صحيحة ونافذة ما لم يكن هناك مانع أو عيب من عيوب الرضى التي نص عليها قانون الالتزامات والعقود المغربي³ كالإكراه مثلاً، فقد نص الفصل (39) على أنه يكون قابلاً للإبطال الرضى الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه.

ونص الفصل (49) على أن الإكراه يخول إبطال الالتزام وإن لم يباشره المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته.

ونص الفصل (50) على أن الإكراه يخول الإبطال، ولو وقع على شخص يرتبط عن قرب مع المتعاقد بعلاقة الدم.

وكل هذه الفصول وإن كانت تعتبر الإكراه من مبطلات التصرفات القانونية، إلا أن الفصل (51) ينص على أن الخوف الناشئ عن الاحترام لا يخول الإبطال، إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية.

فاشترط لإبطال هذه التصرفات أن ينضاف إليها التهديد الجسيم أو أفعال مادية، وهو ما لا يتوفر فيما يجري به العمل في الأعراف والتقاليد في البوادي والقرى، غير أن الفقهاء المالكية اعتبروا الحياء مبطلا لهذه التصرفات، قال سيدي عبد الله بن يعقوب السملالي رحمه الله: فإن الحياء يغلب عليهن إذا طلبن، وقد قالوا: سيف الحياء أشد من سيف الجوى.⁴

¹ - دليل عملي لمدونة الأسرة ص: 127، وقد حددت المادة 209 من مدونة الأسرة سن الرشد القانوني في 18 سنة شمسية كاملة.

² - دليل عملي لمدونة الأسرة ص: 127.

³ - نص المشرع المغربي على عيوب الرضا في الفصول من 39 إلى 56، من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁴ - أجوبة أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الله بن يعقوب السملالي (ص: 207).

خاتمة:

وفي ختام هذه المقاربة الفقهية القانونية النوازلية لهبات ذوات الحياء لقربتهن، نستنتج النتائج الآتية:

(1) دعوة الإسلام إلى التبرع والإحسان شرط أن يكون عن طيب نفس، وحاول المشرع المغربي تقنين هذه التبرعات.

(2) تنقسم التبرعات إلى قسمين: هبة المنافع وهبة الرقاب.

(3) راعى الفقهاء النوازليون مسألة الحياء واعتبروه مانعا في صحة هبات ذوات الحياء، حيث نظروا إلى واقع المرأة في المجتمعات البدوية، وكيف يتحيل الرجال ويتهبون من أخواتهم وبناتهم وما يكون تحت ولايتهم أو حمايتهم، فحملوا هذه الهبات على البطلان حتى يثبت العكس، بحيث جعل لمن حق الرجوع.

(4) المشرع المغربي ظل جامدا على صورية العقد، فإذا توفرت أركانه وشروطه، وانتفت عيوب الرضا، صارت الهبات لازمة.

(5) أدعو المشرع المغربي إلى مراجعة هذه المسألة، والأخذ بعين الاعتبار واقع المرأة المغربية عموما، والمرأة القروية خصوصا، والانتصار لها في تشريعاته في هذا المجال، تأسيا بما قرره الفقهاء المالكية في هذا الباب.

لائحة المصادر والمراجع:

- (1) القرآن الكريم.
- (2) أجوبة أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الله بن يعقوب السملالي (1122هـ)، دراسة وتحقيق لسان الدين شوقي، رسالة الماجستير تخصص المذهب المالكي تراثه وأصوله وافاق الاجتهاد فيه مرقون بخزانة كلية الشريعة.
- (3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (595هـ)، دار الحديث - القاهرة.
- (4) البهجة في شرح التحفة علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (1258هـ)، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1998م.
- (5) التبصرة لأبي الحسن علي بن محمد الربيعي، المعروف باللمخي (478هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، 1432هـ - 2011م.
- (6) التعريفات لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (816هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م.
- (7) دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات وزارة العدل المغربية.
- (8) سنن الدارقطني لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (385هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2004م.
- (9) شرح حدود ابن عرفة لمحمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (894هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350هـ.
- (10) شرح صحيح البخاري لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطل (449هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، 1423هـ - 2003م.
- (11) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407هـ - 1987م.
- (12) صحيح البخاري الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422هـ.
- (13) ضوء الشموع في شرح المجموع شرح المجموع في الفقه المالكي لمحمد الأمير المالكي، بحاشية: مجازي العدوي المالكي، المحقق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك [موريتانيا- نواكشوط]، الطبعة: الأولى، 1426هـ - 2005م.
- (14) ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، 1989م.

- (15) غريب الحديث لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (597هـ)، الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1405 - 1985م.
- (16) فتاوي البرجي-تحقيق ودراسة، تحقيق الحسن رغبى، أطروحة دكتوراه في الشريعة، مرقونة بخزانة كلية الشريعة جامعة ابن زهر أيت ملول المغرب.
- (17) القوانين الفقهية لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (741هـ).
- (18) لسان العرب لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (711هـ)، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.
- (19) المختصر الفقهي لابن عرفة محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (803 هـ)، المحقق: د.حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م.
- (20) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (770هـ)، المكتبة العلمية - بيروت.
- (21) المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب لأبي العباس أحمد بن يحيى الوشرسي 914هـ، تح: محمد ججي، دار الغرب الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، دار الغرب الإسلامي، 1981م.
- (22) مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (395هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- (23) مواهب ذي الجلال في نوازل البلاد السائبة والجبال لمحمد بن عبد الله الكيكي تحقيق: أحمد التوفيق، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، 1997م.
- (24) الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة: (1404 - 1427 هـ).
- (25) الموطأ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (179هـ)، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004م.

نزع الملكية للمصلحة العامة في المرحلة القضائية بين الإجراءات والخصوصية

د. عبد القادر مستور
كلية الشريعة جامعة ابن زهر

ملخص:

تهدف القاعدة القانونية بشكل عام الى تنظيم المجتمع بشكل يحمي الحقوق ويكرس الواجبات، وفي هذا السياق عمل المشرع المغربي على وضع قوانين الغاية منها حماية الملكية بشكل عام والملكية العقارية بشكل خاص، تجد أساسه القانوني في النص الدستوري بشكل ممرز الهدف منه تكريس دولة الحق والقانون.

وعليه، فإن نزع الملكية للمصلحة العامة تقتضي احترام القانون في مساطره الخاصة في المرحلة الإدارية بصفة اعتيادية، لكن احترام الإجراءات والخصوصية التي تتطلبها المرحلة القضائية بالضرورة بشكل أكبر، لهذه الأهمية تأتي هذه الورقة لتسليط الضوء عن هاته المرحلة وما تكتسبه من أهمية في حماية هذا الحق.

الكلمات المفتاح: نزع، الملكية، العقارية، المصلحة، العامة، الإجراءات، الخصوصية، القضاء، التسوية، التعويض

Abstract:

The legal rule in general aims to organize society in a way that protects rights and dedicates duties, and in this context, the Moroccan legislator worked on developing laws aimed at protecting property in general and real estate property in particular. Accordingly, expropriation for the public interest requires respect for the law in its own procedures in the administrative stage as usual, but respect for the procedures and privacy that the judicial stage necessarily requires more, for this importance comes this paper to shed light on this stage and the importance of protecting this right.

مقدمة:

تمر مسطرة نزع الملكية للمصلحة العامة بمجموعة من الإجراءات والضوابط القانونية التي تجدد أساسها القانوني في دستور المملكة المغربية لسنة 2011. الذي ينص في الفصل 35 في فقرته الأولى والثانية "يضمن القانون حق الملكية". هذا الأساس الدستوري لحماية حق الملكية بالإضافة إلى القوانين الخاصة التي تنظم الملكية العقارية خاصة ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية الذي يجعل من الاستفادة من هذا الوعاء العقاري قصد المصلحة العامة يتطلب من الأشخاص المعنوية العامة التي لها صلاحية ممارسة نزع الملكية في إطار مقتضيات القانون رقم 7-81 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف بتاريخ 6 ماي 1982 سلوك القواعد المسطرية لذلك.

هذا وتمر مسطرة نزع الملكية بمرحلتين أساسيتين يؤدي اللجوء إليهما إلى حصول نازع الملكية على العقار قصد المصلحة العامة.

- فالمرحلة الأولى إدارية² الهدف منها حصول الإدارة نازعة الملكية على العقار المنزوعة ملكيته عن طريق المراضاة التي جعل القانون القديم من سلوكها أمرا إلزاميا، غير أنه أصبح اختيارا مع المستجندات القانونية في هذا المجال.

1- البحث العقاري:

وتتميز المرحلة الإدارية إجرائيا بما يلي:

- الاطلاع على وثائق التعمير للتأكد من الإعلان عن المنفعة العامة بموجب تصميم التهيئة الفصل 28 من قانون التعمير ل يتم بعد ذلك إعداد مقرر التخلي وفق النموذج المحدد في النظام المعلوماتي (نموذج 1) وفي حالة عدم الإعلان عن منفعة العامة يتعين إعداد مشروع مقرر يتضمن الإعلان عن المنفعة العامة ثم التخلي أي تعيين وتحديد الأملاك (نموذج 2).

- ضرورة الحصول على وثائق ملكية العقار وهي:

شهادة عقارية من المحافظة العقارية إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ (وضع بشأنه مطلب التحفيظ) أو سند الملكية من الملاك بالنسبة للعقارات غير المحفظة.

¹ - الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يوليوز 1983 ص 980.

² - أحمد أجمعون " المنازعات المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة " الطبعة الأولى سنة 2017 مطبعة المعاريف الرباط

قرار المجلس الأعلى عدد: 215 بتاريخ 28 مارس 2002 ملفان ادريان عدد 2001/1089 و 2001/1090 وكذا مرجع العربي مياد ، الدليل العملي في قضايا نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، طبعة منقحة 2012 ، مطبعة المعاريف الجديدة بالرباط صفحة 21.

2- البحث الإداري¹ :

تتميز هذه المرحلة الإدارية من خلال تكوين ملف البحث الإداري الذي يتضمن تصميماً تجزيئياً ومشروع مقرر التحلي، يتم توجيهه إلى :

الجماعة المعنية في أربعة نظائر قصد الإعلان بالإيداع ودقتر الملاحظات والتصريحات بفتحه في وجه العموم خلال أجل شهرين ويومين من أجل تلاقي الملاحظات² بشأن عملية نزاع الملكية وشهادة الإيداع والنشر والتعليق ثم إلى وزارة الإتصال قصد النشر في جريدتين مأذون لها بنشر الإعلانات القانونية وكذا المطبعة الرسمية قصد النشر بالجريدة الرسمية³.

- تقييد مشروع مقرر التحلي مرفوقاً بالتصميم التجزيئي من أجل الحصول على شهادة التنفيذ ثم توجيه المقرر إلى المحافظة العقارية من أجل التنفيذ بالرسم العقاري بالنسبة للعقار المحفظ⁴ وتسجيل التعرضات بالنسبة للعقار في طور التحفيظ طبقاً لمقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري في حين يتم إيداع مقرر التحلي بالنسبة للعقارات غير المحفظة بكتابة ضبط المحكمة الإدارية قصد تنفيذه بالسجل الخاص ، الفصل 455 من قانون المسطرة المدنية⁵.

هذا وتنتهي المرحلة الإدارية بعد الحصول على ملف البحث الإداري من الجماعة لإعداد مشروع مقرر التحلي في صيغته النهائية وتوجيه الملف إلى الإدارة المركزية قصد إعداد مذكرة تقديم وإخضاع مشروع مقرر التصميم للتأشير عليه من طرف وزارة المالية والداخلية ثم توجيهه إلى الأمانة العامة للحكومة قصد التوقيع والنشر بالجريدة الرسمية.

وتقوم المندوبية بإنجاز الإشهار التكميلي لهذا المقرر بعد نشره بالجريدة الرسمية (الفصل 8 من قانون نزاع الملكية)، ثم العمل على نشر الإعلان بشأن المقرر في جريدتين وتعليقه بمكاتب الجماعة المعنية (النموذج رقم 3 إلى 23).

3- تحديد الثمن:

- تعمل المندوبية على جمع اللجنة الإدارية للتنفيذ بتاريخ حدود مقرر التحلي (الفصل 42 من قانون نزاع الملكية)، وقد حدد الفصل 7 من المرسوم التطبيقي تشكيلية هذه اللجنة وتتكون من أعضاء دائمين وأعضاء غير دائمين.

¹ - الفصل 10 من نص القانون 81/7.

² - الفصل 10 من قانون المسطرة المدنية.

³ - محمد الكسور: ' نزاع الملكية لأجل المنفعة العامة، طبعة ثانية محينة ومنقحة 2007، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء صفحة 119.

⁴ - الفصل 87 من قانون التحفيظ العقاري " كل حجز أو اندار بحجز عقاري يجب أن يبلغ الى المحافظ على الاملاك العقارية الذي يقيد بالرمز العقاري ...

⁵ - الفقرة الأخيرة من الفصل 12 من قانون المسطرة المدنية

- ونشير إلى أن تعذر الاقتناء بالمرضاة¹ لفائدة الوزارات وبعض المؤسسات العمومية وشبه العمومية من أجل إنجاز منشآت عامة كالمستشفيات والمصالح الإدارية...، يعطي القانون رقم 7/81 والمرسوم التطبيقي المؤرخ في 16 أبريل 1982 (10) الإطار التشريعي المؤطر لمسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت وذلك بالإضافة إلى القوانين الخاصة ذات الصلة ببعض المشاريع والمناطق المتواجدة بها (11).

وعموما فإن مسطرة نزع الملكية العقارية للمصلحة العامة يطرح إشكال الازدواجية بين حماية الملكية الخاصة المكفولة بالدستور والقوانين الخاصة والمنفعة العامة التي تهدف إلى الاستثمار في مختلف المشاريع العامة ذات النفع العام. وفي هذا الإطار جاء:

1- المرسوم التطبيقي رقم 382-82-2 المؤرخ في رجب 1403 الموافق ل 16 أبريل 1983م، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 نونبر 1983، ص 988.

2- نزع الملكية لإعادة إعمار وبناء مدينة أكادير، وبعض المشاريع التنموية الأخرى في المرحلة الإدارية، يمنح لها الحق في سلوك مسطرة نزع الملكية عن طريق القضاء، ذلك ما سيتم تناوله من الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى: الإجراءات القضائية لنزع الملكية.

الفقرة الثانية: خصوصيات القواعد الإجرائية لنزع الملكية.

الفقرة الأولى: الإجراءات القضائية لنزع الملكية

خول المشرع المغربي للسلطة القضائية حماية الملكية الخاصة من جميع الاعتداءات التي قد تتعرض لها من طرف الغير، الذي قد يكون فردا أو سلطة عامة أو شخصا من أشخاص القانون العام، وتراقب المحاكم الإدارية حاليا² من طرف نازعها أو من يقوم مقامه، كما أسند لها المشرع الاختصاص للنطق بالحكم القضائي بنزع الملكية على صاحبها مقابل تعويض عادل.

وإذا كان الفصل الثاني من قانون نزع الملكية قد نص صراحة على أن نزع الملكية لا يتم إلا بحكم قضائي³، فإنه قد نص في الفقرة الأولى من الفصل (24) على أنه "عندما يلتزم نازع الملكية الحيازة لا يجوز لقاضي المستعجلات رفض الإذن في ذلك إلا بسبب بطلان المسطرة".

¹ - قضايا العقود الادارية ونزع الملكية للمنفعة العامة وتنفيذ الأحكام من خلال اجتهادات المجلس الأعلى م، س، ص 138.

² - عبد الكريم الطالب: المختصر في الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية م، س، ص 25.

³ - محمد الكشورم، س، ص 153.

أولاً: دعوى الحيازة

أجاز المشرع المغربي لطالب نزع الملكية للمنفعة العامة الشروع في إنجاز العمل الذي يريد القيام به دون انتظار الحكم القضائي لنزع الملكية عن طريق دعوى الموضوع الذي يستغرق وقت ومساطر وإجراءات خاصة: وذلك عن طريق تقديم طلب إلى قاضي الأمور المستعجلة يرمي منه إلى نقل الحيازة¹ إليه مقابل دفع تعويض احتياطي أو إيداعه لدى صندوق الإيداع والتدبير حسب طبيعة الوعاء العقاري المنزوعة ملكيته ومنه نجد الفصل 19 من قانون نزع الملكية ينص على أنه "يختص قاضي الأمور المستعجلة وحده بالإذن بواسطة أمر في الحيازة مقابل دفع أو إيداع تعويض الذي اقترحه نازع الملكية".

هذا ونجد أن قاضي الأمور المستعجلة قد أناط به المشرع مهمة مراقبة صحة الإجراءات الإدارية التي باشرها نازع الملكية والتي تسبق عادة الإجراءات القضائية حسب مقتضيات الفصل 24 من ق.م. نزع الملكية ومن ذلك إعلان مقرر المنفعة العامة، نشر هذا المقرر، اتخاذ مشروع مقرر التخلي، نشر هذا المقرر ثم إجراء بحث أولي بشأنه وإيداعه لدى المصالح الإدارية المختصة.

ونجد أن الحكم بنقل الحيازة لا يمكن أن يتم من الناحية القانونية إلا إذا تم دفع التعويضات الاحتياطية التي سبق أن حددت من طرف لجنة التقويم الإدارية أو إيداعها ويتم دفع التعويض الاحتياطي للمنزوعة ملكيتهم الذين عرفوا بأنفسهم بكيفية قانونية وإلا تم وضع التعويضات لدى صندوق الإيداع والتدبير².

ونظرا لأهمية التعويض في مجال نزع الملكية للحيازة فإن المشرع قد نص في الفقرة الثانية من الفصل 24 على أن عدم النص في الأمر الاستعجالي على أن التعويض قد تم دفعه أو إيداعه فإن الأمر يصبح معرضا للنقض وبمفهوم المخالفة وجب تضمين عبارة أن التعويض قد تم دفعه أو إيداعه بالأمر الصادر بنقل الحيازة.

ثانياً: دعوى نزع الملكية (دعوى الموضوع)

لا بد من الإشارة بداية إلى أن نازع الملكية بإمكانه اقتناء العقار الذي صدر مقرر التخلي بشأنه عن طريق المراضاة خلال المرحلة الإدارية طبقا لمقتضيات الفصل 42، غير أنه إذا لم يفلح في ذلك فإن تقديم دعوى نقل الملكية قبل انصرام أجل سنتين من نشر مقرر التخلي أو تبليغه هو الخيار الذي بقي لديه وعليه فإن الفصل 17 من قانون نزع الملكية ينص على أنه:

"يحدد الأجل الذي يمكن أن تبقى خلاله الأملاك المعنية في مقرر التخلي خاضعة لنزع الملكية في سنتين ابتداء من تاريخ نشر هذا المقرر في الجريدة الرسمية أو عند الاقتضاء من تاريخ تبليغه، إذا لم

¹ - سهام تابت: دور القضاء في معالجة قضايا نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، المطبعة والوراقة الوطنية لماركش 2018، ص 14.

² - قضايا العقود الادارية م، س. ص 157.

يوقع نازع الملكية خلال الأجل المقال المنصوص عليه في المقطع الأول من الفصل 18 فإنه لا يمكن الحكم بنزع الملكية إلا بموجب إعلان منفعة جديدة.

ونجد أن مقتضيات الفصل 24 أعلاه تنص على احترام آجال السنتين من تاريخ نشر المقرر في الجريدة الرسمية لسلوك الدعوى والمشرع بذلك يقرر جزاء التراخي عن رفع الدعوى برفض الطلب.

ويظهر جليا أن مقتضيات الفصل 17 الأنف الذكر هي قواعد آمرة تتصل بالنظام العام يجب على قاضي الموضوع أن يسهر على حسن تطبيق مقتضياته حتى دون طلب من ذوي المصلحة، وعليه فإن التنصيص على ضرورة إعلان منفعة جديدة مع ما يتطلب ذلك من إجراءات إدارية وقضائية "ما هو إلا جزاء من طرف المشرع لنازع الملكية على التماطل والتهاون في مسطرة لا تقبل ذلك.

ونشير أن دعوى نزع الملكية تخضع من حيث المبدأ للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، لكن ترد على هذا الأمر بعض الاستثناءات اقتضتها الطبيعة الخاصة لهذه الدعوى ومنها ما نص عليه المشرع في الفصل 49 من قف.ن الملكية على أنه "تطبق في قضايا نزع الملكية جميع قواعد الاختصاص والمسطرة المقررة في قانون المسطرة المدنية ما عدا في حالة الإنشاءات المنصوص عليها في هذا القانون".

وتعتبر الفقرة الثانية من الفصل 18 مثالا لذلك حيث تشير إلى أنه "استثناء من أحكام الفصل 32 من قانون المسطرة تقبل الطلبات المذكورة ولو لم ينص فيها على أحد البيانات المقررة المذكور إذا تعذر على نازع الملكية الإدلاء بها¹".

وما يبرر هذا الاستثناء من الناحية القانونية أن إجراءات دعوى نزع الملكية تباشر علما في مواجهة العقارات أو الحقوق العينية المتصلة بها، وليس في مواجهة أصحاب تلك العقارات أو تلك الحقوق نظرا لخصوصية القانون الجديد لنزع الملكية.

ونشير إلى أنه وطبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 42 فإن إجراء الاتفاق أو الصلح يقضي بنقل الملكية إلى نازعها وبتحديد التعويضات الواجب دفعها لأصحاب الحقوق أثناء المرحلة القضائية، يرتب هذا الاتفاق جميع الآثار القانونية للحكم القاضي بنزع الملكية مما يؤدي إلى سحب الدعوى من أن مرجع قضائي كانت عليه. ونشير أخيرا أن مسطرة نزع الملكية خلال المرحلة القضائية تصف بعدة خصوصيات ذلك ما سنحاول مقارنته مع الفقرة الثانية.

¹ - ينص الفصل 32 من القانون 81/7 على أنه " لا يمكن التعرض على القرارين القضائيين المنصوص عليهما في الفصل 24 أعلاه و لا يمكن استئناف الأمر الصادر بالأذن في الحياة... "

الفقرة الثانية: خصوصيات القواعد الإجرائية لنزع الملكية

سبق القول إن مسطرة نزع الملكية تمر من مرحلتين أساسيتين إدارية وقضائية من خلال مجموعة من الإجراءات الإدارية والتقنية التي ألزم القانون الإدارة القيام بها وضرورة احترامها كما تحدثنا عنه سابقا، غير أن المرحلة القضائية التي يهدف المشرع منها حماية حق الملكية الذي يعتبر حق دستوري وذلك من خلال مراقبة مدى احترام نازع الملكية لإجراءات المرحلة الإدارية والحسم في مسألة التعويض.

غير أن المرحلة القضائية تتميز بمجموعة من الخصائص عن باقي المساطر الأخرى.
الخصيصة الأولى: تقديم دعويان في نفس الوقت
أ- دعوى استعجالية رامية إلى الإذن بالحيازة.

ب- دعوى الموضوع الرامية إلى الحكم بنزع الملكية¹.

ويمكن القول هنا أن الحصول على الإذن بالحيازة يخول للإدارة نازعة الملكية القيام بأعمال البناء والتشييد مقيدين في ذلك بضرورة:
- تقييد الأمر بالحيازة إذا كان العقار محظا أو في طور التحفيظ أي تم وضع مطلب التحفيظ بالمحافظة العقارية.

- تقييده بسجل خاص بالتقييدات لدى كتابة الضبط بالمحكمة الإدارية إذا كان العقار غير محظ.

ونشير هنا أن دعوى الأمر بالحيازة لا تقبل طرق الطعن والنقض، ثم ضرورة الإشارة في الأمر إلى إيداع التعويض المقترح من لدن اللجنة الإدارية للخبرة لدى صندوق الإيداع والتدبير، لأن عدم القيام بذلك يؤدي إلى إمكانية اللجوء إلى دعوى الحرمان من الاستغلال من طرف المنزوعة ملكيته.
- الخصيصة الثانية: القضاء الاستعجالي الحديث يذهب إلى كون قاضي الأمور المستعجلة في دعوى الحيازة يراقب صحة الوثائق وبالتالي فإنه يمس جوهر الموضوع طبقا للمادة 253 من قانون المسطرة المدنية.

هذا وإذا كان عنصر الاستعجال لا يطرح أي إشكال لأنه مفترض بنص القانون فإن هناك إشكال متعلق بالاستثناء الوارد في المادة 18 من القانون الذي يقرر المبادرة في هذا النوع من القضايا لنزع الملكية فقط، ثم الاستثناء الوارد في المادة 3 من قانون نزع الملكية التي تنص على أنه: "استثناء من أحكام الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية تقبل الطلبات الرامية إلى الإذن بالحيازة ولو لم ينص فيها على أحد البيانات المقررة في الفصل السابق إذا تعذر على نزاع الملكية الإدلاء بها."

¹ - العربي مياد "نزع الملكية لأجل المنفعة العامة م. س. ص 71

ويذهب جانب من القضاء المغربي¹ إلى أنه يبقى من حق المالك المأذون في حيازة عقاره أن ينازع الإدارة فيما ادعت به من تعذر التعرف إليه قصد ترتيب الآثار القانونية لذلك. وسنده في ذلك عن صواب أن للقضاء بسط رقابته عليه حماية لحق الملكية وصونا لحقوق الدفاع لأن التطور العلمي أتاح الإدارة من الوسائل ما يكفي للتعرف على العقارات ومالكها بدقة.

ت- دعوى الموضوع (نزع الملكية)

- تتميز الدعوى الرامية إلى الحكم بنزع الملكية بما يلي:
- أنها تمر بجميع مراحل التقاضي وبالتالي فإن الدعوى قد تمر بجميع درجات التقاضي، غير أنه تشير أنه تتميز :

بأن قاضي الموضوع غير ملزم بالقيام بفحص صحة الوثائق ومبرر ذلك أن النسخ الأصلية منها تكون بملف الدعوى الاستعجالية. ثم أن المقال الأول للدعوى ينبغي أن يتضمن التعويض الاحتياطي مقابل نزع الملكية.

وتتم المرحلة الابتدائية بمطالبة الطرف نازع الملكية بتحديد التعويض المقترح من طرف اللجنة الإدارية في حين الطرف المنزوعة ملكيته يطالب بخبرة قضائية مع مراعاة مقتضيات المادة 20.

يعني أن مناقشة التعويض هي التي تميز هذه المرحلة.

الخصيصة الثالثة، دعوى التعويض من الطرف المنزوعة ملكيته تكون مجانية والتبليغ يتم بشكل تلقائي من طرف كتابه الضبط.

وينتج عن المرحلة الابتدائية ما يلي :

الحالة الأولى: صدور الحكم الناقل للملكية غيابا فالحكمة هنا تكون ملزمة بالأخذ بالتعويض المقترح من طرف اللجنة الإدارية. وبالتالي فالحكم نهائي والإدارة لا تقوم بأي إجراء.
الحالة الثانية: عدم قبول المنزوعة ملكيتهم للتعويض المقترح وبالتالي إتباع الإجراءات العادية للدعوى.

الخصيصة هنا حالة قبول المنزوعة ملكيتهم للتعويض المقترح أمام قاضي الموضوع يصير الحكم نهائي وبالتالي تقوم الإدارة بتنفيذ الأمر لدى المحافظة العقارية إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ كما يتم تنفيذه لدى كتابة الضبط إذا كان العقار غير محفظ هذا ونشير أن المنزوعة ملكيتهم لاحق لهم في الاستئناف لأن موافقتهم على التعويض تكون مضمنة بما يفيد قبولهم بالعرض المقدم.

¹ - عبد السلام تعناقي "المرحلة القضائية في قضايا المنفعة لأجل المنفعة العامة الاشكالات والحلول" الندوة الجهوية الثالثة "قضايا العقود الادارية ونزع الملكية للمنفعة العامة ولتغيير الأحكام من خلال اجتهادات المجلس الأعلى مطبعة الأمنية الرباط 2007.

- في مرحلة الاستئناف يكون النقاش مرتبط بمبلغ التعويض فإما يؤيد القرار الاستئنافي الحكم الابتدائي الذي يتضمن التعويض المقترح من طرف اللجنة الإدارية أو الناجم على الخبرة، والطرف نازع الملكية ملزم بإيداع التعويض التكميلي لدى صندوق الإيداع والتدبير.

- أما مرحلة النقض فلا توقف التنفيذ وينحصر تدخله في حالة انعدام التعليل أو نقصانه أو خرق القانون.

وتعتبر مرحلة تبليغ وتنفيذ الاحكام أيضا مهمة حيث تقوم الجهة نازعة الملكية بالحصول على القرار القضائي قصد نشر ملخصه بجريدة أو أكثر ثم تعليقه بمقر الجماعة إذا كان العقار محفظا، وتقييده بالرسم العقاري أما إذا كان العقار غير محفظ فيتم وضع مطلب التحفيظ بشأنها من أجل تأسيس رسم عقاري الفصل 37 من قانون نزاع الملكية.

ويتم أداء التعويض الاحتياطي والتكميلي بناء على أمر استعجالي الصادر بالإذن بالحيازة والتعويض التكميلي بناء على حكم أو قرار قضائي 'ومن المهم التذكير أن كيفية الأداء تتم إما بشكل مباشر لفائدة الملاك القانونين إذا كانت الوضعية القانونية للعقار سليمة. من حيث التوفر على الوثائق القانونية للعقار، ثم الإلتزام بالنفقة وفق تكوين ملف مكون من مجموعة من الوثائق (مقرر التخلي، شهادة عقارية تفيد بتقييد الأمر الاستعجالي....) في حين بالنسبة للعقارات غير المحفوظة تتم إضافة وثائق أخرى (أصل الملكية، رسوم الإرث، التوكيلات، الفريضة....)

ويتم الاداء طبق لمقتضيات الفصلين 30 و 35 من قانون نزاع الملكية وفي حالة عدم توفر الوثائق يتم وضع التعويض المحكوم به بصندوق الإيداع والتدبير.

وفي حالة الاتفاق بالمراضاة ونعني بذلك الاتفاق بالتراضي بشأن الحيازة التي تتم عن طريق تنازل المالك للدولة عن الحيازة مقابل التعويض المقترح، وحسب مقتضيات الفصل 41 من قانون نزاع الملكية فأن ذلك يضمن في محضر إتفاق وفق القانون.

صياغة النص الجنائي بين الواقع والمأمول

د. عبد الرحمن قاسمي
كلية الشريعة، جامعة ابن زهر

ملخص:

أثبت الواقع أهمية النص الجنائي في حفظ حريات الأفراد وحقوقهم وحفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه، وبذلك فالمأمول أن يتحقق منه الأمن من حيث صياغته، ليسهل فهمه ويتوحد تطبيقه، ويبرز الخطأ القضائي كوسيلة آمنة للأمان القضائي عامة، ثم الأمان والحماية من تقصير السلطات أو تعسفها أو خطئها أو غلط صادر عن مستخدميها أو مجرد ضرر ناتج عن نشاطاتها، خاصة، كسند معنوي قوي يحمل الناس على القبول بالقانون وطاعته، لذلك ستكون صياغة النص الجنائي محل دراسة في هذه الورقة لكشف بعض الحقائق وطرح بعض التصورات للحلول الممكنة.

الكلمات المفتاحية:

صياغة، النص الجنائي، الأمن القانوني، الخطأ القضائي، السلطة التقديرية.

Abstract:

Reality Proved the importance of the criminal law text in preserving liberty, and individual rights. It is also crucial in maintaining the entity of society and ensuring its progress and prosperity. Thus, it is intended to achieve security in terms of its formulation (law making, drafting of criminal law text). To make it easy to grasp and unify its application, and emerges judicial error as a safe means of judicial security, then safety and protection from the authorities failure, abuse or their wrong doing, or that issued by their users or mere harm resulting from their activities, as a strong moral bond that leads people to accept and obey the law, therefore, the drafting of the criminal text will be the study subject of this paper to reveal some facts and put forward some visions for possible solutions.

مقدمة:

المأمول أن يتغير ويتطور الواقع إلى الأحسن، والمأمول في مجال التشريع أن يعكس التقدم والرقى، ويتجسم فن تحقيق العدالة والإنصاف، بل أن تكون غايته الأساسية في المجتمع المعاصر لا تقف عند هذا الحد، وإنما تتجاوز ذلك إلى توجيه الجهود وتكريسها لتحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي¹؛ لأن الدولة إما أن تسن تشريعا تنمويا، يحرك دواليب الاقتصاد وإما تشريعا معطلا لكل ذلك، فوجب عليها استحضار المقاصد العليا للمجتمع في كل صياغة للتشريع.

والقانون الجنائي من أهم مجالات التشريع التي يجب أن تستحضر فيها تلك المقاصد، والذي يجب أن يحظى بالاهتمام اللائق، وبدوام الإصلاح ليستوعب دوام التغيرات والتطورات المجتمعية؛ وفي المقابل يجب أن تكون الإصلاحات خاضعة لقواعد في الصياغة التشريعية ثابتة ومستقرة ومتفق عليها، وتهمين على الأحكام التفصيلية وتتحكم فيها، وتضمن حكمة وجودة النصوص، في إنشائها أو في إصلاحها، وحتى في تطبيقها.

خاصة وأن النص الجنائي² هو منطلق الأمن والتطور والسلوك الاجتماعي القويم، لأنه يسن بناء على تلك المنطلقات باعتبارها أولوية، وهو ما يربطه بالملاءمة المتجددة مع الواقع المتغير، التي تطبع التشريع بمحتمية التغيير المستمر، إلا أن ذلك قد يتهدد به الأمن القانوني والقضائي، مما يستلزم التقيد بالقواعد والأصول المعتمدة في الصياغة، التي يجب أن تكون عامة وثابتة وملزمة للمشرع؛ من أجل تجويد القاعدة القانونية، وإحكام مبناها ومعناها، بما يحد من الوقوع في الخطأ أو الغلط القضائي، ومن خرق مبادئ الشرعية وفصل السلط.

¹ - نعمان محمد جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، طبعة 1980، ص 13 نقلا عن الأستاذ ادريس الفاخوري، تطور القانون: الأسباب والوسائل، مجلة المرافعة عدد 11 لسنة 2000 ص 60.

² - النص له تعاريف لغوية كثيرة من بينها أنه: "القول المكتفي بذاته، والمكتمل في دلالة" صلاح فضل، بلاغة الخطاب وعلم النص، عالم المعرفة، الكويت، العدد 164 غشت 1992، ص: 232. وله عند الأصوليين تعاريف كثيرة منها: "اللفظ الدال على الحكم دلالة ظاهرة جلية، فما لا يكون كذلك لا يكون نصا" الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر العلواني، الرياض 1400 هـ الجزء الخامس، ص: 193. وقلما نجد تعريفا للنص عند القانونيين ويقصد به عندهم القاعدة القانونية أو المادة التي تعبر عنها، أو أن النص شيء والقاعدة المستخلصة منه هي المعنى وقد تستخلص من أكثر من نص، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى 1999، ص: 217. وعموما هو كل ملفوظ مفهوم المعنى ويلتقي مع القاعدة في أن كليهما لا يحتمل التأويل، غير أن النص أعم من القاعدة، لأن القاعدة تعني أمرا كليا منطبقا على جميع جزئياته التي تشترك في صفة أو عدة صفات، والقاعدة لا تقبل التأويل في الصفة التي تشترك في جزئياتها دون باقي الصفات في حين لا يقبل النص أي تأويل في سائر ألفاظه، ونص القرآن ونص السنة، ما دل ظاهر لفظهما عليه من الأحكام؛ والنص من الكلام: هو ما لا يحتمل إلا معنى واحدا أو لا يحتمل التأويل، أنظر ابن منظور، لسان العرب المجلد الثالث عشر، باب النون، دار صادر، بيروت لبنان، دون سنة نشر، ص: 271؛ ومنجد الطلاب، ضبط فؤاد أفرامالستاني، الطبعة 12، دار المشرق، بيروت لبنان، دون سنة نشر، ص: 797؛ ومجد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية مصر، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ص: 384.

وانطلاقاً من التجربة المغربية، فإن الإصلاحات الجزئية التي عرفتها مجموعة القانون الجنائي المغربي مستمرة منذ صدوره في 26 نونبر 1962¹، إلا أن الملاحظ هو عدم خضوعها لقواعد ثابتة تضمن الجودة في صياغتها، وما يؤكد ذلك، أزمة الأخطاء القضائية، والاختلاف القضائي السليبي بشأن مجموعة من المقتضيات، مما يؤدي إلى خلق أوضاع شاذة غير منصفة بين المتقاضين فيتهدد الأمن القضائي نتيجة غياب الأمن القانوني؛ بالإضافة إلى بروز أشكال جديدة للتقاضي تفرغ كل إصلاح من جدواه، ونبل المقاصد من معناه.

ولإثبات ذلك، سيقصر اهتمامي على مناقشة واقع صياغة النص الجنائي المغربي، كنطلق لعرض بعض الحلول الممكنة لتحقيق المأمول من المقاصد، وذلك من زاوية الصياغة التشريعية، شكلاً ومضموناً، وبما يساهم في الرقي بالمنظومة الجنائية، لتحقيق الأمن القانوني والقضائي؛ مع التركيز على الخطأ القضائي لما له من أثر على تلك المقاصد، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: الواقع والمأمول في صياغة النص الجنائي من حيث الأمن القانوني:

المبحث الثاني: الواقع والمأمول في صياغة النص الجنائي من حيث الأمن القضائي:

¹ - ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص 1253؛ وعدل عدة مرات ومن بين الأمثلة التعديلات ب: - القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.19 بتاريخ 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018) ص 1449؛ والقانون رقم 73.15 القاضي بتغيير وتتميم بعض أحكام مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.104 بتاريخ 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6491 بتاريخ 11 ذو القعدة 1437 (15 أغسطس 2016)، ص 5992؛ - القانون رقم 86.14 القاضي بتغيير وتتميم بعض أحكام مجموعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية المتعلقة بمكافحة الإرهاب، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.53 بتاريخ فاتح شعبان 1436 (20 ماي 2015)؛ الجريدة الرسمية عدد 6365 بتاريخ 13 شعبان 1436 (فاتح يونيو 2015)، ص 5490؛ والقانون رقم 15.14 القاضي بتغيير وتتميم الفصل 475 من مجموعة القانون الجنائي؛ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.06 بتاريخ 20 من ربيع الآخر 1435 (20 فبراير 2014)؛ الجريدة الرسمية عدد 6238 بتاريخ 11 جمادى الأولى 1435 (13 مارس 2014)، ص 3138؛ والقانون رقم 94.13 القاضي بتعديل وتتميم الفرعين الثالث والرابع من الباب الثالث من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي؛ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.73 بتاريخ 18 من رمضان 1434 (27 يوليو 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6177 بتاريخ 4 شوال 1434 (12 أغسطس 2013)، ص 5736؛ والقانون رقم 92.13 القاضي بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي في الفصول 494، 495، 496؛ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.71 بتاريخ 18 من رمضان 1434 (27 يوليو 2013)؛ الجريدة الرسمية عدد 6177 بتاريخ 4 شوال 1434 (12 أغسطس 2013)، ص 5736؛ ...

المبحث الأول: الواقع والمأمول في صياغة النص الجنائي من حيث الأمن القانوني:

لما كان القانون الجنائي المغربي، رغم التعديلات المتتالية، قد وضع في زمن يختلف كثيرا عن زماننا، كما أنه قائم على أسس النظريات التي شهدتها أوربا منذ عصر النهضة، فإنه من اللازم أن تهتم الدراسات بمدى تحقيقه للأمن القانوني¹ الذي يعد أهم مقصد للتشريعات في دولة الحق والقانون، إلا أنني سأقتصر على مناقشة واقع هذا المقصد، ثم المنتظر بعد أعمال قواعد الصياغة التشريعية، والتي ترتبط باللغة التي حرر بها النص الجنائي المغربي (الفقرة الأولى)، والتنظيم الذي اعتمد في تقنينه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: في مصطلح ولغة النص الجنائي:

تستمد اللغة القانونية مفرداتها وكلماتها من اللغة العامة²، غير أنها قد تأخذ دلالة اصطلاحية قانونية، لذلك فن القواعد التي ينبغي أن ينضبط بها التشريع اعتماد المفردات والاصطلاحات³ المتعارف عليها والتي ثبت وضوح معناها⁴، أي إذا كان القانون القائم قد استقرت فيه اصطلاحات معينة، وأصبح لها مدلول محدد ومنضبط، فإنه يحسن بالمرشح الذي يعالج جوانب أخرى من نفس موضوع

¹ - الأمن القانوني لم تعرفه معظم التشريعات، واعتمد الفقه في تحديد مفهومه على مبادئ أهمها: المساواة، وضوح القاعدة القانونية، عدم تناقض النصوص القانونية، استقرار العلاقات التعاقدية، الطابع التوقعي للقانون، احترام الحقوق المكتسبة، احترام المراكز القانونية، عدم رجعية القوانين، احترام مبدأ الثقة المشروعة، وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن القانون يجب أن يكون توقعيا وسهل الولوج، وهو ذات المبدأ الذي أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لسنة 2006، وكذا المجلس الدستوري الفرنسي في قراره بتاريخ 2005.12.29 تحت عدد 99.471DC الذي أعاد التأكيد على أهمية الولوجية والوضوح في القواعد القانونية. ومن أهم المفاهيم التي تتقاطع معه هي: الثقة القانونية، اليقين القانوني، السلم القانوني، انظر: Thomas PIAZZON, La sécurité juridique, édition Alpha, 2010, p: 17 à 73.

² - عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية تشريعا وفقها وقضاء، الطبعة الأولى 1995، مطبعة دار الثقافة للنشر والكتاب عمان الأردن، ص: 104.

³ - عرف البعض المصطلح بأنه "اللفظ الذي يضعه أهل عرف أو اختصاص معين ليدل على معنى معين يتبادر إلى الدهن عند إطلاق ذلك اللفظ" ذ. سعيد بيومي، لغة القانون في ضوء لغة النص، دراسة في التماسك النصي، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة 1، 2010، ص: 23. والمصطلح هو أهم الطرق الموصلة إلى العلم، بل هو مدار كل علم، به يبدأ وإليه ينتهي، أنظر المرحوم فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، سلسلة الرسائل الجامعية، نشر معهد الدراسات المصطلحية باتفاق مع المعهد العالي للفكر الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2004، ص: 11.

⁴ - En ce sens traité de légistique formelle 1982; par les services du premier ministre en Belgique: voy Précis de méthodologie juridique 2eme éd ;2000 ; Avel de thux ;Imre kovolovszky ; et Nicolas Bernart ; Publication des faculté universitaires Saint-Louis ; Bruxelles;;règle 3 ; énonce que: les mêmes notions doivent être exprimées par les mêmes termes. destérmes identiques ne doivent pas être utilisés dans des acceptions différentes.

القانون القائم، أن يلتزم بتلك العبارات الاصطلاحية المستقرة¹؛ كما ينبغي استخدام الكلمة الواحدة للتعبير عن المعنى الواحد، لأن كل كلمة في لغة القانون، وخاصة المادة الجزرية، تعني شيئاً محدداً بالذات، ولا مكان للمشترك اللفظي فيها²، وإلا سيفسر على أساس اختلاف المبنى دليل على اختلاف المعنى.

ف نجد التشريع الجنائي المغربي لا ينضبط بهذه القاعدة، أحياناً، ففي مجموعة القانون الجنائي تستعمل تعابير تثير، التشويش، لأنها مختلفة المبنى وبنفس المعنى، ك: "التشريع الجنائي"³ و "القانون الجنائي"⁴، وعمل فرض أن التعبير الأول يستعمل في إطار القواعد العامة أو أن "مدلوله ينصرف إلى قواعد الشكل والموضوع..."⁵، وأن الثاني في إطار القواعد الخاصة، ويتعلق بقواعد الموضوع، كما يستفاد من سياقات الاستعمال، فإن مجموعة من الأحكام كسبب انقضاء العقوبة (الفصل 49) وتدابير الوقاية (الفصل 93) ووضع حد لها (الفصل 96)... والتي جاءت بالصياغة الثانية، لا تطبق على التشريع الجنائي عامة⁶، بل فقط على القانون الجنائي المسمى مجموعة القانون الجنائي... وهو ما لا يستقيم وإن كانت الصياغة تدل عليه، فتثبت ضرورة توحيد التعابير؛ لأن إزالة الغموض يقتضي التدخل منذ البداية، أي عند صياغة النصوص القانونية ينبغي أن يكون للكلمات المختارة معنى ثابت في الاستعمالات المختلفة، بالانضباط لقواعد الكتابة، أو فرض معنى إجباري واحد حتى في حالة توليد كلمات جديدة⁷.

وأيضاً: كلمتي "الفعل" و "العمل"، التي هي عماد المصطلحات الجنائية لكثرة استعمالها وفي النصوص الحاسمة، فهي تستعمل لأداء نفس المعنى، "رغم أن "الفعل" يشمل كل التصرفات بما فيها ما يتلفظ به اللسان، و "العمل" لا يشمل الألفاظ"⁸؛ والمثال على ذلك: الفصل 3 من مجموعة القانون الجنائي: "لا يسوغ مؤاخذه أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون." والفصل 110 منها: "الجريمة هي عمل أو امتناع مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه بمقتضاه.

¹ - الملف رقم 360 لسنة 1970، جلسة 1971/10/15م، مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من المراجعة التشريعية لقسم التشريع بمجلس الدولة المصري الجزء الثاني، المكتب الفني لقسم التشريع ص: 15.

² - عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، مطبعة زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2017، ص: 230.

³ - تم استخدام خمس مرات في إطار القواعد العامة، لأن التشريع الجنائي أشمل من القانون الجنائي وهو ما يهدد الأمن القانوني.

⁴ - استخدمت عشر مرات في صلب التنظيم الموضوعي.

⁵ - محمد العروصي، المختصر في شرح القانون الجنائي المغربي، الجزء الأول، مطبعة مرجان، الطبعة الثالثة 2017، ص: 7.

⁶ - وقد أشار ظهير المصادقة على المجموعة إلى أنه: "تسري أحكام هذه المجموعة أيضاً على المسائل التي تنظمها قوانين أو نظم خاصة وذلك في كل

ما لم يرد به نص صريح في تلك القوانين أو النظم." (الفصل الرابع)

⁷ - إفو بيترو، المشترك المعنوي في اللغة القانونية، ترجمة محمد همام، مقال منشور بمجلة الرقيب العدد السابع، أبريل 2019، ص: 87 و 88.

⁸ - عادل يوسف الشكري، م س، ص: 230.

وإن اعتبرنا اللغة تقنية، من حيث إن لغة صياغة النص القانوني لغة مستقلة تماما عن اللغة الطبيعية (العادية)،¹ فقد تكون سليمة من حيث الطبيعة، وغير سليمة من حيث الاستعمال القانوني، فنجد مثلا الفصلين 418² و492³ من مجموعة القانون الجنائي يعبر عن المساهمة⁴، أو الفعل الأصلي لجريمة مستقلة، في جريمة الخيانة الزوجية بلفظ المشاركة، رغم أنه من الثابت أن صور المشاركة حددها الفصل 129⁵ وتنفي فيما أتاه الفاعل مع الزوج في هذه الجريمة، أو أن الفاعل يمكن متابعته بجريمة أخرى كالإخلال العلني بالحياة(483)، في حالة البذاءة في الأفعال(تبادل القبل)⁶ بمحضّر شخص أو أكثر شاهدوا ذلك عفواً أو بمحضّر قاصر دون الثامنة عشرة من عمره، أو في مكان قد تتطلع إليه أنظار العموم؛ أو جريمة هتك العرض(484-485)، أو جريمة الفساد (490)، خاصة أن الفاعل قد يستفيد من التنازل أو قد يجهل بزواج الطرف الآخر، ومع ذلك: "يعتبر مشاركا في رأي المشرع المغربي،

¹ - د. محمد شليح، دور الميتودولوجية القانونية في تحسين اللغة القانونية من خلال بعض النماذج الاصطلاحية في القانون المغربي للالتزامات والعقود، مجلة القانون والاقتصاد عدد مزدوج 21، 22، يناير 2006 ص 16. وأضا: Cornu(G): linguistique juridique, paris, 2000, p:23.

² - ونصه: "يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب، إذا ارتكبها أحد الزوجين ضد الزوج الآخر وشريكه عند مفاجأتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية"

³ - ونصه: "تنازل أحد الزوجين عن شكايته يضع حدا لمتابعة الزوج أو الزوجة المشتكى بها عن جريمة الخيانة الزوجية. فإذا وقع التنازل بعد صدور حكم غير قابل للطعن، فإنه يضع حدا لأثار الحكم بالمؤاخذة الصادر ضد الزوج أو الزوجة المحكوم عليها. ولا يستفيد مشارك الزوجة ولا مشاركة الزوج مطلقا من هذا التنازل." (ورغم وضوح النص في عدم إمكانية متابعة المتنازل له عن الخيانة الزوجية، مع إمكانية متابعته بوصف آخر كشريك في خيانة زوجية في حالة كون الطرف الآخر متزوجا، فإن المجلس الأعلى قضى بأن "تنازل الزوجة عن المتابعة يمنع إدانة المتنازل له بوصف آخر" قرار 29/03/2000 تحت عدد 443/4 في الملف عدد 16035/91 منشور بمجلة الملف عدد 11 ص: 289). بخلاف القرار عدد 865/3 بتاريخ 2015/4/8 في الملف الجنائي عدد 2014/3/6/20799 لمحكمة النقض الذي قضى بأن: "التنازل يخص فعل الخيانة الزوجية وليس المشاركة فيها.."

⁴ - يقضي الفصل 128 بأنه: "يعتبر مساهما في الجريمة كل من ارتكب شخصا عملا من أعمال التنفيذ المادي لها".

⁵ - جاء في هذا الفصل أن: "يعتبر مشاركا في الجريمة أو الجناية أو الجنحة من لم يساهم مباشرة في تنفيذها ولكنه أتى أحد الأفعال الآتية:

- 1- أمر بارتكاب الفعل أو حرض على ارتكابه، وذلك بهبة أو وعد أو تهديد أو إساءة استغلال سلطة أو ولاية أو تحايل أو تدليس إجرامي.
- 2- قدم أسلحة أو أدوات أو أية وسيلة أخرى استعملت في ارتكاب الفعل، مع علمه بأنها ستستعمل لذلك.
- 3- ساعد أو أعان الفاعل أو الفاعلين للجريمة في الأعمال التحضيرية أو الأعمال المسهلة لارتكابها، مع علمه بذلك.
- 4- تعود على تقديم مسكن أو ملجأ أو مكان للاجتماع، لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي.

أما المشاركة في المخالفات فلا عقاب عليها مطلقا".

⁶ - رغم أن محكمة النقض في قرارها عدد 1431 في الملف عدد 2017/3/6/21974 بتاريخ 2018/10/17، أيدت إدانة الطاعنة من أجل جنحة الخيانة الزوجية لاعترافها في محضر الشرطة القضائية بتبادل القبل مع شخص أجنبي عنها، فوسعت من الأفعال المكونة لجريمة الخيانة الزوجية عوض تضييقها في حدود الممارسة الجنسية.

وبالتالي فالمحكمة عندما أدانت الطاعن من أجل المشاركة في الخيانة الزوجية، تكون قد طبقت النص القانوني تطبيقاً صحيحاً والوسيلة على غير أساس.¹

كما أنه من بين أصول ومبادئ الصياغة التشريعية أن تستعمل لغة المخاطبين به، لأنها وعاء الفكر ومكون أساسي للهوية، وأن استعمال غيرها يؤدي إلى عدم الدقة² وغياب الوضوح والبيان ومن ثم تعذر تحقيق الصياغة التشريعية لأهدافها، فيكون وجود النص كعدمه؛ واللغة الرسمية المعتمدة في التشريع المغربي هي اللغة العربية³، إلا أن الأمازيغية تعد أيضاً لغة رسمية للدولة، باعتبارها رصيداً مشتركاً لجميع المغاربة بدون استثناء، (الفصل الخامس من الدستور) فوجب اعتمادها أيضاً في الصياغة.

ويبقى الأساس في لغة التشريع الجنائي أن تحقق الفهم والإفهام بحياد واستقلال وبكل دقة تضمن الشرعية وفصل السلط، وقد ترقى إلى لغة التخصص لفئة متخصصة، إلا أنها لا يجب أن تصل إلى حد الغموض عند عامة الناس، بل ينبغي التوفيق بين كونها متميزة بدقتها وصرامتها، وكونها بسيطة يفهمها العموم، دون إمكانية تطويعها والوقوع في التحكم.

فالتحريض، مثلاً، والذي استعمل في مجموعة القانون الجنائي أكثر من ثلاثين مرة، يفهم عند العموم بالحث على الفعل، لكن بهذه البساطة يمكن تطويعه في مختلف الوضعيات من أجل التحكم، كما في جناية الخيانة، والتي يعاقب عليها بالإعدام، إذا ارتكب تحريضاً عسكريين أو جنود البحرية على الانضمام إلى خدمة سلطة أجنبية في وقت الحرب⁴؛ وكما في باب الإرهاب أن كل من قام بأية وسيلة من الوسائل بإقناع الغير بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب أو دفعه إلى القيام

¹ - قرار لمحكمة النقض عدد 2196 تاريخ 11 نونبر 2015، ملف عدد 13152/3/6/2015، قرار منشور في سلسلة "العمل الفقهي والقضائي"، المجتبي من عمل محكمة النقض في المادة الجنائية، تنسيق عبد الرزاق الجباري، الجزء الثاني، مطبعة الأمانة الرباط 2019، ص: 42.

² - يراد بالدقة في الصياغة عامة: ضبط النص باستعمال أقل الكلمات وأوضحها عند المخاطب، لتفادي الغموض والتأويلات.

³ - وقد أورد الأستاذ الطيب بن لمقدم في الكتاب الثاني من القرارات القضائية المتناقضة لمحكمة النقض، الطبعة الأولى 2019، مطبعة الأمانة الرباط، ص: 33، وفي الكتاب الأول ص: 25 و 30، بعض القرارات المتناقضة بشأن لغة النصوص التشريعية، منها التي ترى استعمال اللغة الأجنبية في حالة الضرورة لأن الدستور لا يمنع (قرار عدد 263 بتاريخ 11/11/1983، ملف إداري عدد 6870)، ومنها التي تقضي بأن النصوص التشريعية الصادرة باللغة العربية هي الواجبة التطبيق ولو رغم إمكانية وجود غلط في الترجمة (قرار عدد 321 بتاريخ يناير 1984، ملف جنائي عدد 10615 (وعدد 600 تاريخ 12/3/1984)).

⁴ - جاء في الفصل 182 من مجموعة القانون الجنائي أنه: "يؤخذ بجناية الخيانة، ويعاقب بالإعدام، كل مغربي ارتكب، في وقت الحرب، أحد الأفعال الآتية:

1- حرض العسكريين أو جنود البحرية على الانضمام إلى خدمة سلطة أجنبية أو سهل لهم وسائل ذلك أو قام بعملية التجنيد لحساب سلطة هي في حالة حرب مع المغرب.

بها أو حرّضه على ذلك يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة تتراوح بين 5.000 و10.000 درهم (الفقرة الأولى من الفصل 5-218).

وكي لا يفسر كل فعل (أو قول) ب: "التحريض" أو المشاركة في الجناية أو الجنبنة ينبغي استحضار القيد الوارد في الفصل 129 من المجموعة، وهو أن يكون فعل التحريض مقرونا: بهبة أو وعد أو تهديد أو إساءة استغلال سلطة أو ولاية أو تحايل أو تدليس إجرامي؛ وإن لم يعمم على باقي الوضعيات¹، فإن التفسير الضيق للنص الجنائي يقتضي عدم تجريم التحريض المجرد عن هذا القيد، في انتظار التدخل التشريعي الصريح والواضح لإزالة المشترك المعنوي.

لأن النص الجنائي الذي ينبغي أن يستجيب لما يقتضيه مبدأى الشرعية وفصل السلط تستبعد فيه، ما أمكن، الصياغة المرنة² والمعنوية³ التي تفيد في اختيار المصطلحات والألفاظ التي تغطي وتستوعب كل الفرضيات التي يمكن أن تتوقع، وينطوي تحديدها على كثير من التقدير والتحكم، كالألفاظ المستعملة في فرع انتهاك الآداب والتي يمكن أن تستوعب كل الفروض، فإن لم يكن الفعل هتكا للعرض، (الفصلين 484 و485)، فهو تحرش جنسي (الفصل 1-1-503) أو على الأقل إخلال علني بالحياة بالعري المتعمد أو بالبذاءة في الإشارات أو الأفعال، (الفصل 483)...

والصياغة إن لم تكن في اللغة والشكليات المضبوطة والواضحة، جاءت المعاني متداخلة، وتجعل قارئ النص القانوني والمخاطب به ومطبقه في حيرة كما ينتج عن ذلك الاختلاف السلبي للقضاء، ولا يليق بثبوت ذلك أن تنعت بالصياغة، لأن هذه الأخيرة تعني السبك وترصيف الكلام ثم تهذيبه وتزيينه وتخليصه مما يشينه عند الفصحاء⁴، بل إنه إذا جاءت الصياغة معيبة فقد تحرق مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، ليس من القانون نفسه بل من صياغته⁵؛ لذلك يعد الاعتناء بلغة

¹ - ك: "التحريض على ارتكاب إحدى الجنايات المنصوص عليها في الفصول 181 إلى 185، وكذلك عرض ارتكابها، يعاقب بعقاب الجنائية نفسها". الفصل 186. و: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قام بالتحريض على التمييز أو على الكراهية بين الأشخاص...." الفصل 431-4 و: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من حرّض على الإجهاض ولو لم يؤد هذا التحريض إلى نتيجة ما..." الفصل 455. وغيرها.

² - ويقابلها الصياغة الجامدة التي تعطي حلا ثابتا لا يتغير بتغير الملبسات والظروف، وطبيعة التشريع تقتضي الجمع بين الصياغة المرنة والجامدة، تحقيقا لمزايا كل منهما وتخفيفا من عيوبهما. ثم تحقيق كل من العدل بالجامدة والإنصاف بالمرونة.

³ - الصياغة من حيث الوسيلة القانونية المؤدية إليها: إما مادية في صورتين: كمية أو رقمية، وشكلية، وإما معنوية وتمثل في: القرائن القانونية والحيل القانونية.

⁴ - عبد الحافظ عبد العزيز، الصياغة التشريعية، دار الحيل، بيروت، طبعة 1991، ص: 11.

⁵ - انطوان مسره، استعادة أصول الصياغة التشريعية في لبنان، ضمن عمل أربع ندوات وورقات عمل عقدتها المؤسسة اللبنانية للسلم الأهلي الدائم، منشورات نفس المؤسسة المكتبة الشرقية، 2006 ص 129.

النصوص القانونية عاملا أساسيا في الأنظمة الديمقراطية لما له من تأثير على تطبيق القانون بكيفية سليمة، بعيدا عن كل تأويل أو تعسف أو شطط أو خطأ في استعمال السلطة التقديرية¹؛ ذلك أن المتقاضين يجب أن يكونوا متساوين أمام القانون حسب المادة السادسة من الشريعة الدولية لحقوق الإنسان²، وهو ما يقتضي تساويهم في فهمه وإدراك تطبيقاته، ليكون للمبدأ الروماني: "لا عذر لأحد في جهل القانون" معنى حقوقي، وليس تسلطي قهري.

الفقرة الثانية: في تنظيم وتقنين مقتضيات النص الجنائي:

تقنين codification³ وتنظيم أي تشريع يرتبط بمضمونه، فالتشريع المحكم في شكله جيد في مضمونه، أو يفترض أن يكون كذلك، والعكس صحيح⁴، لذلك يجب الاهتمام ببنية التشريع بقدر الاهتمام بموضوعه، وذلك بالعناية بتقنيات الصياغة عامة والتقسيم والتصنيف خاصة، كأسس للتنظيم والتقنين، بما يضمن الانسجام بين مقتضيات التشريع، ويحقق الدقة والبساطة⁵.

فأما التقسيم فن أولى خطواته تقنية التبويب والتي عرفت منذ ظهور قانون حمورابي، ثم محاولات الروم؛ فكان أن أصدر مجلس الشيوخ قانون الألواح الإثني عشر ثم قانون الشعوب، وقانون جوستينيان، إلا أنها كانت عملية غير ممنهجة وغير منظمة إلى غاية صدور قانون نابليون بونابرت الذي أسس لأول مرة أسلوب التبويب العملي، ثم محاولة الأتراك من خلال مجلة الأحكام العدلية⁶.

والمغرب قد درج على اعتماد هذه التقنية من أول تشريع، ونجده يقسم النص القانوني إلى كتب والكتب إلى أقسام أو أجزاء ثم إلى أبواب والأبواب إلى فروع والفروع إلى مواد مرقمة وكل مادة تقسم إلى فقرات أو بنود، إلا أن بعض القوانين اعتمدت تقسيما مغايرا، كقانون 47.06 المتعلق بجبايات

¹ - ميلود بلقاضي "العناية بالنصوص القانونية تساهم في ديمقراطية المغرب" مقال نشرته هيسبريس يوم 12 أبريل 2014.

² - منشورات الأمم المتحدة سنة 2006، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان ص 2.

³ - هو: "إدماج الأحكام الخاصة بفرع من فروع القانون، بعد أن ترتب وتبويب ويرفع ما قد يكون فيها من تناقض، في مجموعة واحدة (code) تصدر من الهيئة صاحبة التشريع في شكل قانون" عبد الرزاق أحمد السهنوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر القاهرة 1941، ص: 174

⁴ - محمود محمد علي صبرة، - أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، طبعة 2012، ص 122.

⁵ - رافد خلف هاشم البهدالي وعثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصياغة والصناعة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص: 75 وما يليها.

⁶ - مجلة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، دار اكلدونية LMD دون تاريخ، ص 434.

الجماعات المحلية¹، والذي قسم إلى أجزاء عوض كتب؛ والقانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة²، الذي قسم إلى أبواب وفصول ثم العناوين من غير تقسيم إلى كتب وأقسام...

وعموما، فإن التشريع ينبغي تقسيمه حسب ما يتناسب مع حجمه، فالتشريعات الكبرى ينسجم معها التقسيم إلى كتب وتقسيم الكتب إلى أقسام أو أجزاء، وبعدها تبويب هذه الأقسام أو الأجزاء، وفي هذا السياق فإن إدراج مقتضيات القانون رقم 03.03 المتعلقة بمكافحة الإرهاب³ ضمن مجموعة القانون الجنائي يعاب عليه عدم أفرادها بباب مستقل ضمن الكتاب الثالث، عوض الباب الأول المكرر، فقد يستساغ ذلك (صيغة المكرر) في المواد عندما يكون التعديل جزئيا كي يتم المحافظة على الترقيم القديم للمواد الذي قد يفيد في تذكر مضمونها، وتخصيص الجديد منها بوصف المادة المكررة، أما تكرار الباب فيبدو أنه عديم الجدوى.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن الترقيم من الآليات التي تساهم في تنظيم التشريع وتحقيق أهداف التبويب؛ ويقصد به تخصيص كل مادة برقم، وقد درج المشرع المغربي على جعل رقم المادة يتكرر في نفس المجموعة القانونية⁴، والسبب في ذلك وجود تعديل في النص الأصلي، وهو تعديل جزئي وإلا اقتضى الأمر ترقيما جديدا، وهو ما ينبغي في التعديل المنتظر لمجموعة القانون الجنائي.

لأن أفراد المواد بالترقيم يفيد في تسهيل مهمة البحث في التشريع عن المقصود⁵، بالإضافة إلى أن المتعامل مع النصوص القانونية، غالبا ما يستحضر مضمون القانون برقم مادته وهو الأمر الذي يجعل التابع الموضوعي يفرغ في تصاعد الأرقام، كي لا يعاق فهم العلاقة بين السابق واللاحق.

وهو ما ينتفي في تنظيم النص الجنائي المغربي، تقسيما وترقيما، حيث تم البدء بالعقوبات والتدابير الوقائية في الكتاب الأول (الفصول 13 - 109) وقبل الجريمة والمجرم، وفي نفس الكتاب بعض مقتضيات التنفيذ (مثلا الفصل 24) التي هي آخر ما تنتهي به الخصومة...

¹ - الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 01.07.195 بتاريخ 30 نونبر 2007. ج.ر. 5583 بتاريخ 3 دجنبر 2007.

² - الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-00-20 بتاريخ 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000) بتنفيذ القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-05-192 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 05-34. الجريدة الرسمية رقم 4796 الصادرة يوم الخميس 18 ماي 2000 و الجريدة الرسمية رقم 5397 الصادرة يوم الاثنين 20 فبراير 2006. والقانون رقم 79.12 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.14.97 صادر في 20 من رجب 1435 (20 ماي 2014) الجريدة الرسمية عدد 6263 الصادرة بتاريخ 11 شعبان 1435 (9 يونيو 2014).

³ - الجريدة الرسمية عدد 5112 بتاريخ 27 ربيع الأول 1424 (29 ماي 2003)، ص 1755.

⁴ - كما في تكرار الفصل 218 اثنا عشرة مرة، بما فيه تكرار الفصل 218-1 مرة واحدة، والفصل 218-4 مرتين.

⁵ - عجة الجليلي، مس، ص: 436.

وبالإضافة إلى التقسيم والترقيم، فإن العناية بتنظيم مضمون المادة، من بين أصول حسن الصياغة، فعلى عكس الوثائق القديمة، التي كانت لا تجزأ وتستخدم فيها تراكيب نحوية طويلة، بحيث تجري الجملة من الهامش إلى الهامش دون توقف، نتيجة الحاجة إلى ربط العديد من المسندات إلى مسند إليه واحد، أو ربط أكثر من مسند إليه بمسند واحد، أو ربط عبارات تابعة عديدة بعبارة رئيسة واحدة؛ فإن محرري الوثائق القانونية في أوربا حاولوا تجاوز ذلك فعمدوا إلى اعتماد التقسيم، فيقسمون المادة إلى فقرات لتبدوا التراكيب الإسنادية أو غير الإسنادية أكثر جلاء ووضوحاً، وأيضاً لتمييز العبارات الرئيسة التي تتبعها تلك العبارات الفرعية¹.

وفي نفس السياق جاء في توصيات المؤتمر القومي للمفوضين المعني ببحث القوانين الموحدة للولايات الأمريكية، والذي عقد في ساراتوجا عام 1917، ثم في مؤتمر كليفلاند (1918)² أنه: ينبغي تجنب المواد الطويلة؛ وأن كل موضوع يمكن فصله عن غيره يجب أن يوضع في مادة منفصلة؛ وإذا كانت المادة تتضمن عدداً من الاحتمالات أو البدائل أو المتطلبات أو الشروط، فمن الأفضل تجزئتها إلى فقرات أو سطور منفصلة مميزة بأرقام أو حروف.

ذلك لأن بنية الجملة التشريعية تؤثر في فهم مضمونها، سلباً أو إيجاباً، وطولها يرهق القارئ في استنباط الأحكام، وتجاوز هذه السلبية يتحقق بالحرص على أن تقسم الجمل الطويلة، خاصة إذا تضمنت فكرتين منفصلتين أو أكثر؛ أي عندما تتضمن المادة الواحدة أو الفصل أكثر من حكم، فينبغي تقسيمها إلى أجزاء أو فقرات، لتسهل بذلك مهمة القاضي والمتقاضي في فهم النص واستخدامه.

ومن بين ما يسهل ذلك ويحقق الدقة والتبسيط استخدام التبنيذ، لأنه آلية لجمع الأحكام ذات الموضوع الواحد في مكان واحد، أي في بند واحد، حسب هذا السياق، ويستخدم أسلوب التبنيذ لفك تعقد بناء الجملة التشريعية وتلخيصها لتسهيل فهمها؛ وهو من بين العوامل التي تزيد المعاني دقة ووضوحاً، حيث يتم من خلالها التعبير عن المقتضيات ذات الأجزاء المختلفة والمتعددة في شكل بنود مستقلة، بدلاً من التعبير عن هذه المعاني في شكل جملة مطولة وكثيرة العبارات المقيدة للمعاني.

بالإضافة إلى التوحيد consolidation، وهو أسلوب يجنب توزيع الموضوع الواحد على أكثر من فقرة، ويقصد به استخدام التركيبة النحوية المتكررة مرة واحدة فقط وضم كل عناصرها إليها³، وهو ما يجب اعتناؤه في كثير من المواد للتقليل من الاختلاف القضائي بشأنها كدج المادتين 484 و485 بالصيغة التالية:

1 - محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة القانونية، م، س، ص: 51.

2 - محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة القانونية، م، س، ص: 53.

3 - محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة القانونية، م، س، ص: 390.

"أحوال جريمة هتك العرض هي:

- هتك أو محاول هتك عرض قاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو عاجز أو معاق أو شخص معروف بضعف قواه العقلية، سواء كان ذكرا أو أنثى دون عنف، وعقوبته الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

- هتك أو محاول هتك عرض أي شخص ذكرا كان أو أنثى، مع استعمال العنف، وعقوبته السجن من خمس إلى عشر سنوات.

غير أنه إذا كان المجني عليه طفلا تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو كان عاجزا أو معاقا أو معروفا بضعف قواه العقلية، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة."

كما انه من الممكن، في نفس الفرع، جمع مقتضيات المواد باستعمال العقوبة المشتركة بين وضعيات في جرائم متقاربة كالاعتصاب و هتك العرض في الفرع المخصص لانتهاك الآداب؛ مثلا استعمال عبارة:

"يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات من:

- هتك (أو حاول هتك) عرض أي شخص ذكرا كان أو أنثى، مع استعمال العنف؛

- واقع أي شخص ذكرا كان أو أنثى دون رضاه؛(لإدخال حالة الاعتصاب في حالة الشذوذ، دون الاعتصاب بين الأزواج لأن الأصل في الزواج الرضائية، والعنف بينهما منظم بنصوص خاصة¹، وأن الخاص يقيد العام).

¹ - وهو عكس ما ذهب إليه غرفة الجنائيات الاستئنافية بطنجة حيث ذهبت إلى أنه: يعتبر الاعتصاب الزوجي هو إقدام الزوج على معاشرته زوجته بدون رضاها وباستخدام الإكراه، ولا يقصد بالإكراه هنا الإكراه المادي فقط، والمتمثل في استخدام القوة الجسدية من أجل إجبار الزوجة على المعاشره الجنسية، بل أيضا الإكراه المعنوي المتمثل في الابتزاز والتهديد، وكذا ممارسة الجنس بطرق وأساليب من شأنها أن تهين المرأة وتحط من كرامتها.

وحيث إن المشرع المغربي في تعريفه للاغتصاب بأنه واقعة رجل لأمرأة بدون رضاها دون أن يحدد المقصود بالمراة، وعبرة امرأة تطلق على أي امرأة، والمشرع لم يستثن المرأة المتزوجة، وعليه تفهم من ذلك أن المرأة المتزوجة بدورها يسري عليها تطبيق هذا النص وهو ما سار عليه حتى القانون الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي للتشريع المغربي حيث أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت بتاريخ 5 شتنبر 1990 قرارا جاء فيه أن القانون الجنائي الفرنسي يهدف إلى حماية الحرية الجنسية لكل فرد، وبالتالي فإنه لا يستثني من الاعتصاب المعاشره بالإكراه التي تقع بين شخصين تجمعهما علاقة زوجية.

وحيث إنه إذا كانت الزوجة بحكم رابطة الزوجية مدعوة لتمكين زوجها من نفسها، فإن الزوج مدعو بدوره لحماية شريكه حياته من الأفعال الفاحشة الماسية بعورتها التي لا يجوز العبث بحرماتها، لا أن يمارس عليها الفاحشة بدون رضاها، فالرابطة الزوجية يجب أن توفر الحماية للزوجة، ولا ينبغي أن تستعمل كذريعة من طرف الزوج لارتكاب الفاحشة في حقها بطريقة هي غير راضية عنها.

وتضاعف العقوبة إذا:

- كان سن المجني عليه تقل عن ثمان عشرة سنة أو كان عاجزا أو معاقا أو معروفا بضعف قواه العقلية أو حاملا.

- كان الفاعل من أصول الضحية أو ممن لهم سلطة عليه أو وصيا عليه أو خادما بالأجرة عنده أو عند أحد من الأشخاص السالف ذكرهم، أو كان موظفا دينيا أو رئيسا دينيا، وكذلك أي شخص استعان في اعتدائه بشخص أو بعدة أشخاص.

- نتج عن الجريمة افتضاض المجني عليها.

وبخصوص التصنيف والذي يقصد به: فن جمع الأحكام ذات الموضوع الواحد في مكان واحد¹، حيث يسهل الرجوع إلى المدونة أو الكتاب أو القسم أو الباب الذي يوجد فيه الموضوع والمقتضيات ذات الصلة؛ وهو ما يحقق وحدة الموضوع فيزداد وضوح ودقة المقتضيات، لأن اختلاف الأحكام والمواضيع التي يتم إدراجها في موضع واحد، يربك الفهم ويؤدي إلى الغموض واللبس؛ وهو العيب الأكبر في التشريع المغربي فيما يبدو لي، لأن النص الجنائي مشتت حيث لا تستوعبه مجموعة القانون الجنائي، بل متناثر عبر الزمن ومتفرق في عدة قوانين يصعب الاطلاع عليها.

فإذا كان من المبررات أنه من الضروري تعزيز الحماية في كل مجال بالحماية الجنائية، فيمكن الاختصار على التجريم فقط مع الإحالة على العقوبة المقررة في القانون الجنائي، كما هو الأمر مثلا في مدونة الأسرة التي أحوالت ثلاث مرات إليه في المواد 43²، 66¹ و81²؛ وذلك إذا تعذر إدراج الجرائم

وحيث إنه من هذا المنطلق، وأمام اعتراف المتهم في سائر المراحل ومن خلال تصريحات المشتكية ومن خلال الشهادة الطبية بالملف ومعاينة الضابطة القضائية على الضحية الزوجة كون ملابسها ملطخة بالدم ما يجعل المحكمة تقتنع بكون جنائية الاغتصاب الناتج عنه افتضاض قائمة في حقه طبقا للفصلين 486 و488 من القانون الجنائي ويتعين مؤاخذته من أجل ذلك، والقرار المستأنف لما أعاد تكييف الأفعال المدان بها المتهم على أنها تشكل الإيذاء العمدي في حق الزوجة طبقا للفصل 404 ق ج لم يصادف في ذلك الصواب ما ينبغي إلغاؤه والتصریح من جديد بمؤاخذته من أجل الاغتصاب الناتج عنه افتضاض طبقا للفصلين 486 و488 من القانون الجنائي.

وحيث أنه بعد الادانة تداولت المحكمة في منح المتهم ظروف التخفيف فتبت له كونه يستحق تمتيعه بذلك طبقا للفصلين 146 و147 من القانون الجنائي تبعا لدرجة إجرامه ولتنازل الزوجة عن شكائتها استمرارا منها لرابطة الزوجية مع جعل العقوبة المحكوم بها موقوفة التنفيذ في حقه لعدم سوابقه.

قرار غرفة الجنايات الاستئنافية بطنجة رقم 232 الصادر بتاريخ 09/04/2019 في الملف الجنائي رقم 2019/2612/203.

¹ -محمود محمد على صبرة، مس، ص: 147.

² -جاء في الفقرة الأخيرة أنه "إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة."

المنصوص عليها والمعاقب عليها بمقتضى نصوص خاصة ضمن مجموعة القانون الجنائي لتلافي التشتت، الذي يرهق القضاة ورجال القانون ويهدد الأمن القانوني والقضائي.

ومن قواعد التصنيف الحرص على أن يعكس عنوان كل كتاب كل ما تحتويه الأجزاء والأبواب والفروع التي تندرج تحته؛ ثم أن يشمل عنوان كل فرع جوهر ما تتحدث عنه المواد التي يجمعها، وأن تكون فقرات وبنود المواد منسجمة مترابطة.

وهي من القواعد التي لا تحترم في مجموعة القانون الجنائي، حيث إن عنوان الكتاب الثاني، مثلاً، الذي هو "في تطبيق العقوبات والتدابير الوقائية على المجرم" لا يعكس ولا يتناسب مع عناوين الجزأين وهي: "في الجريمة" و"في المجرم"؛ وفي الجزء المتعلق بالمجرم تم إدراج "تفريد العقاب" في الباب الثالث، وكأنه مرتبط بالمجرم فقط، في حين أن القاضي يراعي في تفريد العقاب: "خطورة الجريمة المرتكبة من ناحية، وشخصية المجرم من ناحية أخرى" (الفصل 141)، فكان من الأليق إفراد "تفريد العقاب" بجزء يوازي جزأي الجريمة والمجرم، أو نقله إلى الجزء الأول من الكتاب الأول المتعلق بالعقوبات -وهو الأنسب- ثم عنونة الكتاب الثاني بما يتضمنه، أي "في الجريمة والمجرم"؛ ليكون العنوان يمثل حاصل جمع كل عناوينه الجزئية.

ذلك لأنه مما لا شك فيه أن التبويب والتصنيف يساهم في تحقيق الأمن القانوني، كما يسهل فهم التشريع الكبير الحجم في جزئياته ووكلياته، ويجعل مسألة الإحالة أبسط، واللجوء المباشر إلى المقتضيات المرغوب فيها أسهل، وهو بذلك أداة بيداغوجية لتوصيل المعلومة إلى المعني بها، وغياها يشوش على ذهن المطلع على القانون؛ ويلزمه ببذل كثير من الجهد والمشقة للوصول إلى الحكم المراد إعماله، وبعد الوصول إلى الحكم قد يتعذر استخلاص الإرادة التشريعية منه، ذلك لأن الموضع الطبيعي للنص يوحي إلى هدفه ومعناه.

وارتباطاً بما سبق، فإن التصنيف يسهل الفهم والاستخدام، واستنباط مقاصد المشرع مع إتاحة إمكانية إعمال قواعد التفسير المعروفة "كالخاص يقيد العام" و"السابق ينسخه اللاحق" وفهم ما يراد به الخصوص وما يراد به العموم...

¹ - جاء فيها أن "التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليها في البندين 5 و 6 من المادة السابقة أو التملص منها، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر.

يحول للتدليس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر.

² - نصت الفقرة الأخيرة منها أنه: "إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة."

وخاصة إذا احترمت التدرج في ترتيب المواد حسب أهميتها، بوضع الأهم قبل الأقل أهمية؛ والتدرج في ترتيب المواد حسب عمومية موضوعها، فالمواد التي تأتي بحكم عام تكون سابقة على المواد التي تأتي بحكم خاص؛ أيضا ترتيب المواد حسب مسارها الزمني كما تتسلسل فعلا في الواقع العملي؛ للحرص على ضمان الأمن القانوني لضرورته في تحقيق الأمن القضائي وهو ما سيتبين في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: الواقع والمأمول في صياغة النص الجنائي من حيث الأمن القضائي:

من معايير جودة الصياغة التشريعية، أن يكون التشريع سبيلا لتحقيق الأمن القضائي، الذي شدد عليه جلالة الملك محمد السادس في خطاب العرش ليوم 2007/07/30، كما أنه مفهوم دستوري (دستور 2011 في الفصل 117)¹.

ومن أهم مرتكزاته، ضبط مجال السلطة التقديرية² المخولة للقضاء من جهة (الفقرة الأولى)، ومن جهة أخرى الحرص على عدم الإضرار بالحقوق والحريات ببلورة النموذج القانوني للخطأ القضائي الذي يستحق المتضرر على أساسه التعويض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الواقع والمأمول في ضبط السلطة التقديرية للقضاء.

السلطة التقديرية ترجع في وجودها إلى الصياغة المرنة للقاعدة القانونية، ويتم مباشرتها في نطاق هذه القاعدة، طبقا لمبدأ الشرعية وسيادة القانون³، وعليه فإن مبدأ شرعية التجريم والعقاب يفرض على المشرع صياغة النص الجنائي بدقة ووضوح، ونشره ليعلم به المخاطبون، وأن يسري على المستقبل لتحقيق الأمن القانوني لهؤلاء المخاطبين؛ مع ترك هامش معقول لتقدير السلطة القضائية بما يضمن تحقيق الحكم العادل.

كما أن تطبيق النص الذي يرجع إلى قضاء الموضوع يجب أن يكون على أساس التثبت الدقيق من الوقائع المعروضة عليه ثم ضبط تكييفها، لتساهم رقابة محكمة النقض في الحد من تجاوز حدود السلطة التقديرية⁴، ومن هذه الزاوية يشكل مبدأ شرعية التجريم والعقاب قيدا على القاضي يضمن عدم تعسفه، ومن زاوية أخرى فإن تدخل القضاء لتطبيق القانون الجنائي هو ضمانة أساسية لحرية

¹ - لمزيد من التفصيل يرجع إلى مصطفى بن شريف في مقاله المنشور بهسبرس يوم الجمعة 8 مارس 2013، ثم عبد المجيد غميجة في مقاله مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الحقوق المغربية، العدد السابع 2009، ثم محمد الخضراوي، الأمن القضائي في التجربة المغربية في www.assabah_press.ma السبت 15 أكتوبر 2011.

² - السلطة التقديرية عرفها البعض بأنها: "الوسيلة القانونية التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعاته في البحث عن الحقيقة وإحقاق الحق وتحقيق العدالة" وللتدقيق أكثر يرجى الرجوع إلى الدكتور أحمد الامrani، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة، بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، مطبعة دار القلم، الرباط الطبعة الأولى، 2011. والسلطة التقديرية في المادة الجنائية: "هي الحرية التي خولها المشرع للقاضي الذي يطبق أحكام القانون الجنائي في استعمال إرادته للبحث عن الحقيقة" انظر ادريس لكربي، السلطة التقديرية للقاضي الزجري، الطبعة الأولى المغرب 2004، دون دار الطبع، ص: 73.

³ - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية 1986، ص: 57.

⁴ - مع ضرورة الإشارة إلى أن هذه الرقابة لا تحد من حرية القاضي في تقدير وسائل الإثبات، بقدر ما تضمن التقدير السليم والموضوعي والمبني على النصوص القانونية والمحقق للثقة في القانون والقضاء.

المخاطب بالقانون الجنائي، إذ الجزء الجنائي يجب أن يصرح به قضاء بشروط الاستقلال والحياد والنزاهة، وفي إطار محاكمة عادلة.

إلا أن أزمة التعسفات والاختلافات البينة في الأحكام الصادرة عن نفس المحاكم وفي قضايا متشابهة جداً¹، تستلزم اعتماد القواعد الثابتة في الصياغة القانونية، لتفادي منح الصلاحيات الواسعة للقضاء بالنصوص المرنة، والأحكام العامة، وتفادي العبارات الفضفاضة القابلة لعدة تأويلات وتفسيرات وترتب التحكم القضائي²، كما تقتضي مزيداً من الضبط لمجال السلطة التقديرية للقضاء في المادة الجزرية، ووضع حدود لها، لأن ذلك سيهدد الأمن القضائي، من خلال الإضرار بالاستقرار وبالتوقعات، وإصدار أحكام تعسفية³، وحصرتها لضرورتها في بعض الوضعيات، لأن الاعتراف بسلطة القاضي التقديرية يعني الاعتراف بالتفريد القضائي⁴، الذي يمكن أن يصحح قساوة القانون؛ ولأن حكمها بين الواجب والحق⁵، وبين التكليف والتشريف⁶، أو الحرية النسبية في ممارسة القاضي لمهامه⁷.

لذلك فإن السياسات الجنائية الحديثة⁸ تؤكد على ضرورة منح القاضي السلطة التقديرية، كما تؤكد على ضرورة الحيلولة دون جعل هذه السلطة تحكيمية، وذلك من خلال إلزام القاضي بممارسة هذه السلطة الممنوحة له في حدود الضوابط التي يحددها القانون، وإلا كان تقديره تحكيميا يتعرض للنقض¹.

¹ - لطيفة المهداقي، حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزء، طبع طوب ريس الرباط 2013، ص: 3.

² - أحمد الخليلشي، منهج الفكر القانوني في الفقه الإسلامي، من الدروس الحسنية بالقصر الملكي 1984، ونشر في كتابه: وجهة نظر، الطبعة الأولى 1988، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 89.

³ - غاي بيخور، م.س، ص: 214.

⁴ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص783. يعرف تفريد العقاب في الفقه الإسلامي بتحقيق المناط الخاص.

⁵ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول طبعة 1992، دار الكتاب العربي بيروت، ص: 252.

⁶ - يشو، ميمون، "لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً ولا تشريفاً ولكنها تكليفاً ومسؤولية"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي. - ع. 39، 2005، ص. 49-79. - الرباط: المعهد الوطني للدراسات القضائية، 1979.

⁷ - لطيفة المهداقي، م.س، ص: 199.

⁸ - يرجع تعبير (السياسة الجنائية) إلى الفقيه الألماني أنسلم فون فوريرباخ (A.VonFuehrbach) (1833-1775)، الذي كان أول من استعمله في بداية القرن التاسع عشر، ويقصد بالسياسة الجنائية مجموعة الخطوط العامة التي تتحدد اتجاه المشرع الجنائي والسلطات القائمة على تطبيق التشريع القائم وتنفيذه من أجل تحقيق الدفاع الاجتماعي، وهي تقسم إلى ثلاثة أنواع: سياسة تشريعية، سياسة قضائية، سياسة تنفيذية. د.احمد فتحي سرور، السياسة الجنائية، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة 39، 1969، ص3 وما بعدها.

وقد عبرت عن هذا الاتجاه التوصيات التي تضمنتها قرارات المؤتمرين السابع²، والثامن³ لقانون العقوبات، وأهم تلك التوصيات:

- أن مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات الذي يشكل ضمان جوهري للحرية الفردية لا يمنع منح القاضي سلطة تقديرية.

- لا يجوز اعتبار السلطة الممنوحة سلطة تحكمية، وإنما يجب أن تمارس في نطاق قانوني، طبقاً لمبادئ العامة للقانون وبما يحول دون التحكم.

- لتوفير السلطة المقررة للقاضي يجب أن يضع القانون تحت تصرفه مجموعة متنوعة من العقوبات والتدابير، بغية تمكينه من اختيار العقوبة أو التدابير الأكثر ملاءمة.

- ينبغي مراعاة شخصية المجرم عند تحديد العقوبة أو التدبير، لذا يلزم النص على وجوب بحث هذه الشخصية، بالتعاون مع الاختصاصيين.

وفي ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن السلطة النسبية الممنوحة للقاضي الجنائي هي سلطة تقدير وليست سلطة تحكم، لذلك ينبغي في صياغة النص الجنائي تضييق هامش التحكم كما التقدير باعتماد الدقة والوضوح، إلى جانب النص والتأكيد على ضرورة الالتزام بالتفسير الضيق في التشريع الجنائي المغربي، الذي هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب والتدابير الوقائية حسب الفصل الأول منه.

ومادام التفسير، بشكل أو بآخر، يمكن أن يخرج عن الهدف الحقيقي للنص، فمن اللازم على المشرع، بالإضافة إلى التزام القواعد التي تنضبط بها الصياغة لضبط سلطته التقديرية، وضع مبادئ عامة تحكم عملية التفسير عموماً، والتفسير في المادة الجزائية على وجه الخصوص، لارتباطها بصورة مباشرة بحقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية؛ بما يحمي المخاطب بالقانون من التقلبات والتبدلات المزاجية المضطربة والأهواء، والأمن التشريعي والقضائي.

أيضاً، فإن التشريع الذي منح للقضاء سلطة التقدير والملاءمة في عدة مجالات، وفي كل مراحل الخصومة، وبالنصوص المرنة، هو الذي ينبغي أن يضع وينظم الأساس الذي تعتمده محكمة النقض في

¹ - جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) رقم 260 تاريخ 9 أبريل 1959، وقرار رقم 640 تاريخ 12/5/1960 أنه: "يتعرض للنقض من أجل خرقه للقانون الحكم الذي يقضي على متهم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى أو تتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه في القانون." ادريس بمحجوب الاجتهاد القضائي في مجموعة القانون الجنائي طبعة 1995/2 ص: 77.

² - المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات، عقدت جلساته في أثينا خلال المدة من 26 شتنبر الى 2 أكتوبر سنة 1957، ومن المسائل التي تناولها المؤتمر الرقابة على سلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبات والتدابير الاحترازية.

³ - المؤتمر الدولي الثامن لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة خلال المدة من 21 الى 27 شتنبر 1961.

سلطة الرقابة على ممارسة السلطة التقديرية؛ لضمان مقاصدها النبيلة، لأن الأصل في السلطة التقديرية أن تستمد من النصوص موضوع التطبيق¹.

فبخصوص العقوبات، مثلاً، فإن ما يقلل من قيمة وإيجابيات تفريدها حسب خطورة الجريمة وملابساتها وخطورة المجرم، إطلاق سلطة القضاء في تقديرها، فكان من الأليق تقييد هذه السلطة بوضع معايير منضبطة وواضحة كؤشرات موضوعية مرتبطة بخطورة الجريمة وشخصية المجرم، وقينة بتوحيد العمل القضائي؛ بالإضافة إلى التضييق بين الحدين الأدنى والأقصى، لإتاحة الأساس الموضوعي للرقابة على السلطة التقديرية، كضمانة لسلامة التفريد، بالإضافة إلى عدم السماح بالنزول عن الحد الأدنى الذي يراه المشرع محققاً للردع المبغى.

ذلك لأن القاضي قد يدخل الاعتبارات، وجلها عاطفية، لتعطيل النصوص القانونية، "لتبدو الدولة كأنها فاقدة لسيادتها"²، كما هو ملاحظ في ظروف التخفيف، مثلاً، التي يؤدي الإفراط في استعمالها إلى أن كل العقوبات، تقريباً، تكون مشفوعة بظروف التخفيف فينزل بها عن حدها الأدنى لأن القاضي يميل إلى الرأفة بالمجرم³؛ ويعمل بالعبارات المألوفة والفضفاضة وغير القابلة للرقابة والتقييم، ومنها: "حيث قررت المحكمة بعد تداولها في ذلك تمتيع المتهم بظروف التخفيف نظراً لظروفه العائلية وحالته الاجتماعية ولعدم سوابقه"؛ وهو ما قد يتنافى مع مقاصد التشريع عامة، والعقوبة خاصة، من تحقيق الردع العام والخاص، وإعادة التأهيل والإصلاح ثم الإدماج... وكل وظيفة نفعية ووقائية، بالزواج لدرء المفاصد المتوقعة، والجوارب لاستدراك المصالح الفائتة⁴، فهما رتبت العقوبة من مفسدة على الجاني، فإنها تبقى أقل ضرراً من المفسدة التي شرعت لدرئها، وأقل أهمية من المصالح التي تجلبها.

كما أن حماية حقوق الغير، يستوجب ضبط السلطة التقديرية لكل من المشرع والقضاء، بالتزام قواعد وتقنيات الصياغة، ثم الحرص على شخصية العقوبات، بنفس درجة الحرص على التزام مبدأ الشرعية، وهو ما يقتضي، مثلاً، حذف الحرمان النهائي أو المؤقت من الحق في المعاشات التي تصرفها

¹ - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية 1986، ص: 57.

² - محمد أحداق، مدى نجاعة نظام التجريم والعقاب في محاربة الجريمة العنف الحضري كنموذج، مقال في كتاب: السياسة الجنائية بالمغرب

الواقع والآفاق 2004 - 2018، مؤلف جماعي، مطبعة الأمنية الرباط 2018، ص: 40.

³ - لطيفة المهادي، م س، ص: 73.

⁴ - أحمد الخليلي، منهج الفكر القانوني في الفقه الإسلامي، م س، ص: 109.

الدولة والمؤسسات العمومية، من قائمة العقوبات الإضافية من الفصلين 36 و41 وترك تنظيمه لأنظمة المعاشات¹، لارتباطها بحقوق معاشية للغير حسن النية.

وفي نفس السياق ينبغي إعادة النظر في تعريف المصادرة لتدقيق محلها²، بأن لا تتجاوز الأملاك التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة أو التي تحصلت منها، وكل الأشياء التي لها علاقة بالجريمة أو الأشياء الضارة أو الخطيرة أو المحظور امتلاكها، مع ضرورة الحفاظ على حق الغير حسن النية.

وعموما فالقانون لا ينبغي أن يعطي للقاضي قوة خلاقة، إذ ليس من حقه مسaire افكاره الخاصة في التقدير لتكوين اقتناعه الصميم³، بل يلزم بالحدود والقدر المحقق للغايات والمقاصد التشريعية، ليشكل تجاؤها من صور الخطأ القضائي، وهو موضوع الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: صياغة النموذج القانوني للخطأ القضائي⁴ بين الواقع والمأمول

المشرع المغربي بالإقرار بإمكانية تعويض الدولة لكل متضرر من الخطأ القضائي، لم يعرف⁵ ولم يحدد نوع هذه الأخطاء وطبيعتها، على غرار المشرع الفرنسي¹، حتى يكون وصفها دقيقا بالشكل الذي

¹ - كالقانون رقم 99.15 بإحداث نظام للمعاشات لفائدة فئات المهنيين والعمال المستقلين والأشخاص غير الأجراء الذين يرأولون نشاطا خاصا، الجريدة الرسمية عدد 6632 بتاريخ 2 ربيع الآخر 1436 (21 ديسمبر 2017)، ص 7224؛ والقانون رقم 011.71 بتاريخ 12 ذي القعدة 1391 (30 دجنبر 1971) يحدد بموجب نظام لرواتب التقاعد المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3087 bis بتاريخ 12/12/1971 الصفحة 3396.

² - ورد تعريفها في الفصل 42 من مجموعة القانون الجنائي، ونصه: "المصادرة هي تملك الدولة جزءا من أملاك المحكوم عليه أو بعض أملاك له معينة".

³ - هو مصطلح استعمل مرة واحدة في قانون المسطرة الجنائية في المادة 286 ونصها: "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقا للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده.

إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرح بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته.."

⁴ - بنظرة مقارنة فإن موضوع المناقشة هو الخطأ القضائي وليس الجريمة، وإن كان في غاية الأهمية وضوح النموذج القانوني للأول، فإنه من الواجب وضوحه للثاني التزاما بمبدأ الشرعية، ويعرف النموذج القانوني للجريمة بأنه: "توفير الشكل القانوني للجريمة الذي يضم كل العناصر اللازمة لقيام الجريمة التي لو تخلف أحدها لامتنع قيامها، أو أنها سوف يطبق عليها نص آخر". عبد العظيم مرسى وزير، الشروط المقترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر، ص: 47.

⁵ - تعريف الخطأ القضائي من إشكالات إبراز النموذج القانوني له، انظر عز الدين الماحي، الخطأ القضائي بين مضامين النصوص وإكراهات التنزيل، مقال منشور في القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين: دراسات مهددة تكريما للأستاذ محمد الشافعي: أشغال الندوة التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، ومجموعة الأبحاث والدراسات الجنائية والمرصد الدولي للأبحاث الجنائية والحكمة الأمنية بكلية الحقوق بمراكش يومي 21 و22 أبريل 2017، تقديم يوسف البحري، مراكش: جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2017، المطبعة والوراقة الوطنية، ص: 501، وقد ورد تعريف الخطأ القضائي في حكم المحكمة الإدارية

يمكن القاضي والمتقاضي من معرفة ما له وما عليه، ويبرز الخطأ القضائي في صورة واقعة أنموذجية، لا يوصف العمل القضائي بالخطأ ما لم يطابق الأنموذج القانوني الموصوف؛ خاصة مع سيادة مبدأ حجية الأحكام القضائية وعدم المساءلة عن الأخطاء الناتجة عن ممارسة الأنشطة القضائية، بالإضافة إلى مساعدة العمل القضائي في تكريس ذلك،² إلى جانب سكوت التشريع عن تحديد ذلك الأنموذج.

وفي سياق الدراسة فإن هذا الأنموذج القانوني للخطأ القضائي في المجال الزجري يمكن استنتاجه وإبرازه إذا تحققت الجودة والإحكام في صياغة النص الجنائي، بما يجعله وقائي وصالح لبناء مواطن صالح داخل مجتمع صالح؛ وليس مجرد علاجي يعاقب المنحرفين من الناس، أو يعالج الأخطاء التي قد يقع فيها القضاء بسبب الصياغة، لأن الوقاية دائماً أفضل من العلاج كهدف أسمى للتشريع الأجود.

فكما سبق، يعد الاعتناء بالنصوص القانونية عاملاً أساسياً في الأنظمة الديمقراطية لما له من تأثير على تطبيق القانون بكيفية سليمة، بعيداً عن كل تأويل أو تعسف أو شطط أو خطأ في استعمال السلطة التقديرية، أو ضرر ناتج عن استعمالها؛ وما لذلك من أهمية في تحقيق أهداف التشريع عامة، والأمنين القانوني والقضائي خاصة، وتفادي أسوأ أصناف الطغيان والأخطاء، التي يكون مصدرها الصياغة الرديئة للتشريع.

وإذا ثبت ذلك، فهما يمكن من أمر وسواء قلنا - بصدد التفسير - بالأخذ بفكرة إرادة المشرع عند وضع النص أو البحث في إرادة المصلحة الجماعية الكامنة من وراء وضع النص التشريعي، فإن

بأكادير رقم 27 بتاريخ 2015/11/3، ملف عدد 2015/7112/143، حيث اعتبرت: "أن المقصود بالخطأ الذي تتحمل الدولة، هو ذلك المنسوب إلى مرفق القضاء، والناتج مباشرة عن تفسير المرفق أو عن الأخطاء المصلحية لستخدامه، وبالتالي فالقضاء باعتباره من المرافق العمومية، شأنه في ذلك شأن باقي الإدارات العمومية ليس في منأى عن الخضوع لقواعد المسؤولية الإدارية على فرض ثبوته". وفي حكم آخر لمحكمة الإدارية بفاس رقم 875 ملف عدد 2012/6/32 بتاريخ 2013/12/11: "إن الخطأ القضائي في الميدان الجنائي هو الغلط الذي تقع فيه المحكمة عند تقييمها لإدانة الشخص المتهم...". وبالرجوع إلى مقال الأستاذ عمر الصادق في مقاله: الخطأ القضائي في تشريعات الدول المغربية قراءة في فقه التعريف: المغرب والجزائر نموذجاً، المنشور بمجلة المعرفة القانونية والقضائية، عدد مزدوج 2 و 3، 2018، 45 إلى 63، يلاحظ على مجموعة من التعاريف أنها تعرف الخطأ فقط باعتدال النص العربي، وتعطيه مدلوله المعتاد في القانون المدني، ويقتصر على المجال الجنائي دون غيره للأسبقية التاريخية، فلفظ الخطأ الذي هو "faute" في اللغة الفرنسية تم التعبير عليه في الصيغة الفرنسية للدستور بـ "erreur" الذي هو الغلط الذي يمكن أن تقع فيه أية جهة قضائية فيخالف حكمها الحقيقة الواقعية دون أن تكون مرتكبة لأي خطأ، وبعد إقراره بإشكالية التعريف ميز بين المفاهيم الثلاث التي هي: خطأ القاضي والمرجع فيه هو الفصل 81 من ق ل ع ، وأخطاء القضاء وهي ما قد يرتكبه القضاء من أخطاء وهو يفصل في القضايا المعروضة عليه إما في تقدير الوقائع أو في القانون الواجب التطبيق، وهو ما يتدارك بطرق الطعن، أما الخطأ القضائي فهو شيء آخر: "هو عدم تطابق الحقيقة القضائية مع الواقع في كل حكم نهائي بني على حقيقة واقعية مغلوطة". إلا أن الخطأ القضائي قد يسبق الحكم وقد يتجاوز الواقع ليشمل أيضاً الغلط في القانون أو الإهمال...

¹ - زكرياء لعروسي، الخطأ القضائي في التشريع المغربي دراسة مقارنة، مطبعة الأمنية الرباط، 2016، الجزء الأول، ص: 366.

² - عبد القادر باينة، مبدأ عدم المسؤولية عن أخطاء القضاء، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 138، فبراير 1988، ص: 66.

الأساس الذي ينبغي أن ينطلق منه القضاء في تطبيق وتفسير النصوص التشريعية هو أن المشرع وحده من يملك حق التشريع¹؛ وعليه لا يمكن بأي حال أن يتحول إلى سلطة تشريعية من الدرجة الثانية، فيغير من مقاصد النصوص التشريعية بمناسبة تطبيقها² أو تفسيرها³ تحت طائلة اعتبار ذلك خطأ قضائياً⁴، ولأن ذلك من صور تجاوز السلطة القضائية لاختصاصاتها بتعطيل تنفيذ القانون؛ خاصة في الأحوال التي يرجح الشك الذي هو "الإدانة" على اليقين والأصل الذي هو "البراءة"، لأن اليقين لا يزول بالشك، ولأن الأصل في القانون حماية الحقوق، وأحق الحقوق بحمايته قرينة البراءة؛ بالإضافة إلى أنه حق دستوري⁵ ومبدأ دولي⁶.

كما أنه إذا ضبطت الحدود بالتشريع، فإن كل تجاوز لها مآله الإبطال، وأن من تضرر بذلك يكون محقاً في التعويض على أساس الخطأ القضائي الثابت بتجاوز الحدود المرسومة، في صورته التي منها عدم أداء الخدمة أو سوء الأداء أو بطؤه⁷، عوض تضيق مجال الخطأ القضائي⁸ بناء على نصوص

¹ - ليكون الخطأ هو: "تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها، أو تطبيقها عليها على نحو يؤدي إلى نتائج مخالفة لتلك التي يريدها القانون، أو رفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها، أما الخطأ في تأويل القانون فيوجد عندما يخطئ القاضي في تفسير نص قانوني غامض..." انظر محمد الفاتح إسماعيل، وأحمد إسماعيل عمر، أصول الصياغة والتعبير القانوني، الطبعة الأولى 2017، الدار العلمية للنشر والتوزيع مصر، ص: 103.

² - كما في حفظ النيابة العامة للشكاية للتقدم دون التثبت من ذلك، واعتبرته المحكمة الإدارية بوجدة خطأ قضائياً تتحمل الدولة التعويض عنه، في الملف رقم 14.7112.183، حكم عدد 930 بتاريخ 22.11.2016.

³ - كما جاء في حيثيات قرار استئنافية تازة عدد 478، رقم 2018/443 بتاريخ 2018/10/08؛ الذي جاء فيه أن: "المحكمة المصدرة للحكم المستأنف قد أساءت تفسير القانون ولم تطبق المادة 385 من قانون المسطرة الجنائية تطبيقاً سليماً..." مجلة المعرفة القانونية والقضائية، م س، ص: 53.

⁴ - وقد يكون الخطأ شخصياً ويعاقب القاضي أو ضابط الشرطة على أساس ما جاء في الفصل 237 من مجموعة القانون الجنائي أنه: "يعاقب بالتجريد من الحقوق الوطنية كل من ارتكب من رجال القضاء أو ضباط الشرطة أحد الأفعال الآتية:

1- التدخل في أعمال السلطة التشريعية، وذلك إما بإصدار نظم تشتمل على نصوص تشريعية، وإما بتعطيل أو توقيف تنفيذ قانون أو أكثر.

...

⁵ - حيث نص الفصل 23 من الدستور المغربي على أن: "...قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان...."

⁶ - وقد جاء مثلاً في المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية والأمان على شخصه" وفي المادة 19 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان أنه لكل إنسان ثبتت براءته بموجب حكم بات الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقت به.

⁷ - وقد سبق لمحكمة ابتدائية فرنسية بمدينة MEAUX في حكمها الصادر بتاريخ 22 مارس 2017 تحت عدد 2017/319 أن أدانت الدولة الفرنسية وحكمت عليها بالتعويض على أساس إنكار العدالة القائم على عدم وضع وسائل وأدوات العمل الضرورية أمام العدالة لحسم النزاعات في آجال معقولة.

⁸ - كما هو الأمر في بعض التعاريف: أنظر مثلاً تعريف زكرياء لعروسي، الجزء الأول، م س، ص: 281، عبد الجليل عينوسي، في مقاله "التعويض عن الخطأ القضائي" المنشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 125، ص: 169... ووجهها تحصر الخطأ القضائي في إطار القواعد العامة

قانونية تضيقه وبمساطر استثنائية لا تسعف المتضرر في الحصول على التعويض المخفف من الضرر¹؛ لأن المتضرر عندما يطلب التعويض أو يقوم بالطعن ضد المقررات الصادرة ضده فإنه يدلي بحججه على الخطأ أو الغلط، أو مجرد الضرر اللاحق به، بمناسبة تطبيق نص قانوني أو تفسيره، وبقبول طلبه شكلاً تتأكد مصلحة رفع الضرر، وبلاستجابة لطلبه موضوعاً، وفي أي مرحلة قضائية، يتأكد الخطأ القضائي، مما يستوجب التعويض.

وهو ما يستفاد، أيضاً، وفي حدود ضيقة مرتبطة بخطأ في الوقائع تضرر منه شخص حكم عليه من أجل جنائية أو جنحة، مما جاء في أحكام المراجعة من المسطرة الجنائية؛ حيث تقضي المادة 573 أنه يمكن استناداً إلى المقرر الجديد المترتبة عنه براءة المحكوم عليه، وبناء على طلبه الحكم له بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب الإدانة.

وفي هذا السياق يرى القضاء "أن أساس التعويض ليس الخطأ بل المخاطر²، ومعنى ذلك أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على ركنين فقط هما الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الإدارة ذاته وبين

المدنية والجنائية ولو باستحضار التمييز بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي، كالتعريف الذي سبقت الإشارة إليه للأستاذ عمر الصادق في الهامش رقم 69.

¹ - كالمعلقة بالخاصة حيث جاء في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية أنه:

"يمكن مخاصمة القضاة في الأحوال الآتية:

1- إذا ادعى ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تهيئ القضية أو الحكم فيها أو من طرف قاض من النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه؛

2- إذا قضى نص تشريعي صراحة بمجازاه؛

3- إذا قضى نص تشريعي بمسؤولية القضاة يستحق عنها تعويض؛

4- عند وجود إنكار العدالة."

وفي الفصل 400 أنه:

"تنظر دعوى المخاصمة في الجلسة بناء على مستنتجات المدعي ويبت فيها من طرف غرف محكمة النقض مجتمعة باستثناء الغرفة التي بتت في قبول الطلب.

تكون الدولة مسؤولة مدنياً فيما يخص الأحكام بالتعويضات الصادرة بالنسبة للأفعال التي ترتبت عنها المخاصمة ضد القضاة مع إمكانية رجوعها على هؤلاء."

أو المراجعة وهي موضوع تنظيم في الفصول من 565 إلى 574 من الظهير الشريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315..

² - وفي سياق آخر نجد القضاء يؤكد على أن: "الحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما اعتبر أن مسؤولية المكتب الوطني للفوسفاط هي مسؤولية عن المخاطر لأن معاملته أحدثت أضراراً لأرض المدعي نتيجة الجوار بسبب النفايات والغبار ويكفي لقيام تلك المسؤولية ثبوت الضرر والعلاقة السببية دون الاعتراف بالخطأ وهذا ما أكدته الخبرة المنجزة تكون عندما قضت بالتعويض قد طبقت القانون تطبيقاً سليماً." في قرار محكمة النقض بتاريخ 3 يونيو 2009 في الملف الإداري عدد 2008/2/4/1009.

الضرر الحاصل، بحيث لا يلزم طالب التعويض بإثبات أن صدور الحكم الملغى يرجع إلى خطأ القضاء..."¹

ولتأكيد ذلك، والتوسع فيه، فإن الدستور المغربي لسنة 2011، وفي سياق النص على أن القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة؛ والجميع، أشخاصاً ذاتيين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له (الفصل 6)، أناط بالقاضي واجب حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون (الفصل 117).

وهو ما يعني أن الخطأ القضائي يثبت بكل: "غلط² في الواقع أو تطبيق غير سليم لقاعدة، مكتوبة أو غير مكتوبة مسطرية أو موضوعية، أو إهمالها³، بتطبيق ما لا يجب أو إهمال تطبيق ما يجب، أو سوء التطبيق أو بطؤه في كل ما تشرف عليه السلطة القضائية من أعمال"، واعتبار الخطأ القضائي كذلك ينسجم مع سياق وروده في الدستور ودرجته الدستورية والطبيعة الخاصة لمسؤولية الدولة، التي تتميز عن المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية، ويستوعب القواعد العامة المدنية والجنائية، ويحقق الاحترام اللائق لإرادة الأمة، ويحمي أمنها القضائي.

بالإضافة إلى تحقيق فضيلتي العدل والإنصاف، لأن العدل يؤسس على النص وفي حالة عيب فيه وفي صياغته العامة، يكون من اللازم البحث عن معالجة العيب بالإنصاف، ذلك أن قاضي الإنصاف هو: "الرجل الذي يتصرف بطريقة عملية، وهو ليس رجل العدل المتزمت الذي يميل إلى

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالبضاء رقم 865، تاريخ 2006/11/15، ملف عدد 2006/144، أشار إليه رشيد زيان، م، ص: 17، وأشار إليه زكرياء لعروسي ببيانات مخالفة في المرجع السابق ص: 366.

والإشارة، فإن توسيع مسؤولية الدولة بناء على المخاطر عوض الخطأ، هو اجتهاد مصدره الأول هو مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 28 مارس 1919 في قضية Regnault-Desroziers، عندما استجاب لطلبات التعويض التي تقدم بها المتضررون من انفجار تكتة عسكرية، على أساس المخاطر ودون النظر في وجود أي خطأ، بخلاف المعمول به من ضرورة إثبات الخطأ.

² - فباختلاف الاختلاف بين الخطأ والغلط فإن الأنسب اعتماد الغلط، لأن الأمر يتعلق بما هو شخصي في الخلط بين أمرين، يستنتجه القاضي بناء على سلطته التقديرية، في مقابل الخطأ الذي يكون تقديره مبني على معايير موضوعية يقل معها الاختلاف القضائي، وهي معايير لم يحددها التشريع، ومع ذلك فلا ينال من الآثار الموضوعية استعمال إحدى اللفظتين.

³ - كعدم إحضار النيابة العامة للمشتبه فيه لجلسة المحاكمة، من خلال تقصيرها في الرقابة على الشرطة القضائية وإلزامها بالإحضار، أي إهمال مقرر المحكمة الجزئية بإحضار المتابع لجلسة المحاكمة، ما تسبب في تأخير المحاكمة، نتيجة الخلل في سير مرفق القضاء وعرقلة نشاطه، وهو ما انعكس على مبادئ المحاكمة العادلة كقرينة البراءة والمحاكمة في أجل معقول وجودة الخدمة القضائية، وهي من الحالات التي اعتبرها القضاء الإداري خطأ قضائياً يستوجب التعويض، في أول إقرار قضائي التعويض عن الخطأ القضائي بناء على الفصل 122 من الدستور، للمحكمة الإدارية بالرباط، وهو حكم رقم 2796 ملف عدد 2012/12/613 بتاريخ 2013/07/25، وهو موضوع تعليق للأستاذ يونس الشاخي، بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 131 لشهري نونبر ودجنبر سنة 2016، ص: 191 وما يليها.

الحلول الأقل ملاءمة للآخرين، بل هو مستعد لأن يترك ما يستحق له حتى ولو كان يستطيع أن يتمسك بالقانون لمصلحته"¹.

ذلك لأن حقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة، المنصوص عليها ضمن الباب السابع من الدستور، من الفصل 117 إلى الفصل 128، تقتضي استحضار الإنصاف واحترام كل شروط المحاكمة العادلة، وداخل أجل معقول، كما تقتضي أن "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الملك وطبقا للقانون" (الفصل 124 من الدستور) كما تقتضي أن "تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون". (الفصل 125 من الدستور)، ليكون: "كل تجاوز أو إهمال لتلك الحدود القانونية خطأ قضائياً"، ولكل من تضرر منه أن يحصل على تعويض تحمله الدولة (الفصل 122 من الدستور).

كل ذلك البناء الدستوري قد أبرز النموذج القانوني للخطأ القضائي، إلا أن ضمان التفسير السليم للمبدأ الدستوري يقتضي من السلطة التشريعية تفصيل ما أجمله الدستور، وتوضيح ما يحول دون تفعيل المستجد ويكرس مجرد القواعد العامة لما قبل دستور 2011، لتوسيع فرص القبول والامتنثال الطوعي للتشريع، بما يؤمنه من ضمانات التزام الدولة بالقواعد القانونية المعلنة، وإقرار التعويض في حالة العكس، لمن حصل له الضرر من غير حاجة إلى إثبات الخطأ.

ذلك أن إثبات الخطأ ما ينسجم مع مسؤولية الشخص الطبيعي والعادي، أما الشخص الاعتباري وخاصة الدولة فهي، من غير حاجة لإثبات الخطأ، مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها. (الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود)؛ على أساس المخاطر أو التضامن الاجتماعي... رغم أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية لكنها ضمن سلط الدولة الثلاث، وأعمالها ضمن أعمال الدولة التي يفترض فيها أن تسبب الضرر للغير.

وهو ما نجد له التفعيل الأمثل في الاجتهاد القضائي الذي يؤسس لمسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي بمجرد حصول الضرر من غير حاجة لثبوت الخطأ²، لأنه: "من المعلوم أن تطور المسؤولية بصفة عامة والذي يتجه نحو توسيع مجال المسؤولية استناداً إلى نظرية المخاطر هو نتاج المخاض الذي يسير في اتجاه تطوير المسؤولية نحو مبدأ أنسنة المسؤولية وإيجاد ضامن لكل ضرر حيثما وجد"³؛ ولأن:

¹ - أرسطو، نقلا عن سمير تناغو، جوهر القانون، م س، ص: 57.

² - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 470 بتاريخ 2017.02.15 منشور بمجلة محاكمة عدد 10 السنة الرابعة عشر أبريل يونيو 2019 ص:

260. وقرار محكمة النقض عدد 560 الصادر بتاريخ 09 أكتوبر 2019 في الملف عدد. 683/7112/2018.

³ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش رقم 335، تاريخ 2015/2/19، ملف عدد 2013/1914/1642.

"جعل المسؤولية على أساس الخطأ يتنافى مع طبيعة عمل مرفق القضاء، مما يستلزم ومراعاة لطبيعة المرفق المذكور جعل مسؤوليته قائمة على أساس وجود الضرر وعلاقته بمرفق القضاء."¹ أي المسؤولية بدون خطأ الذي يعتبر من الناحية العملية صعب الإثبات لغياب تنظيمه بنص تشريعي، واختلاف الجهات القضائية التي تبت في النزاعات، فضلا عن أن النيابة العامة وقضاة التحقيق لهما سلطة الملاءمة في القرارات التي يصدرونها، وأن طرق الطعن هي وسيلة تصحيح الأحكام والقرارات من التطبيقات الخاطئة للقانون.

وهو نفس توجه عدة أحكام منها حكم آخر للمحكمة الإدارية بالرباط²، الذي جاء فيه أن التعويض مستحق من غير ضرورة إثبات خطأ قرار الاعتقال الاحتياطي، وقضى بأنه: "لئن كانت سلطة النيابة العامة تقديرية عند اتخاذ قرار الاعتقال الاحتياطي، فإن هذا التقدير لا ينبغي أن يتسم بالتجاوز أو عدم المشروعية، بل ينبغي أن يتقيد بشروط تطبيقه بالشكل الذي يحفظ سلامة المجتمع وأمنه دون الإخلال بقرينة البراءة التي تعتبر مبدأ دستوريا واجب الاحترام..."، بالإضافة إلى التأكيد على أن المسؤولية عن الضرر بسبب الاعتقال الاحتياطي ثابتة بثبوت الخطأ في التقدير بصدور حكم نهائي بالبراءة القطعية وليس تلك المقررة لفائدة الشك، كصورة من صور الأخطاء القضائية الموجبة للتعويض طبقا للفصل 122 من الدستور.

ولأن القانون ما هو إلا مجموعة قواعد اتفق أفراد المجتمع على الالتزام بها وعلى أساس هذا الاتفاق نشأت دولة القانون³؛ والتي هي في الأصل دولة الحق وما القانون إلا آلية لحماية الحق والحريات كوظيفة طبيعية له⁴، وهو نفسه القانون لا يعذر أحد بجهله⁵، القاضي أو المتقاضي، فينبغي أن يكون كل ضرر نتج عن الإهمال أو الغلط أو التطبيق غير السليم له محلا للتعويض من غير حاجة لإثبات الخطأ كما في إطار القواعد العامة، كآلية لضمان المساواة ودولة الحق والقانون، ولخلق مجتمع منظم يجد الأفراد في رحابه الأمن والحماية من شرور أنفسهم، ثم الأمن والحماية من تقصير السلطات أو تعسفها أو خطئها أو غلط صادر عن مستخدميها أو مجرد ضرر ناتج عن نشاطاتها⁶، وهو سند معنوي قوي يحمل الناس على القبول بالقانون وطاعته.

¹ - حكم المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 22-12-2015 في الملف عدد 749-7112-2013، غ م.

² - رقم 2605 بتاريخ 11 يوليوز 2017، ملف عدد 182/7112/2017، غير منشور.

³ - ALLEN car ton kemp: law and orders published by Stevews London 1965 p 27.

⁴ - Robier, Théorie générale de droit paris PUF 1945 p 83.

⁵ - مع الإشارة إلى أن الجهل بالقانون لا يعد دائما خطأ، بل يعد دليلا على حسن النية، أو على أقل تقدير لا يتعارض مع حسن النية.

⁶ - وعلى أسس عدة منها الثابت في العمل القضائي المغربي وهو أساس التضامن الوطني أو الاجتماعي حيث يذهب القضاء إلى أنه: "حيث لئن كانت القاعدة أن مسؤولية الدولة تقوم على أساس الخطأ المرفقي، فإنه يكفي أيضا وفي حالات عديدة أن تقوم تلك المسؤولية دون خطأ...، أي

والتوجه أعلاه هو الذي يمكن أن يفعل جديد دستور 2011، أما عكسه فيبقى على مجرد القواعد العامة لما قبله، كما في عدة أحكام¹ التي تنفي، بمبررات عدة²، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي لانتفاء ركن الخطأ ضمن أركان المسؤولية³، أو انتفاء المسؤولية الجنائية⁴ أو المدنية⁵ أو

حتى ولو كان عملها مشروعاً،... ومن بين هذه الحالات تعويض الضحايا والمتضررين من الأعمال الإرهابية، والتي تسأل عنها الدولة بصرف النظر عن قيام الخطأ من جانبها وذلك في إطار التضامن الوطني، لأن أهم المسؤوليات الملقاة على عاتقها هي بذل أقصى ما في وسعها للحيلولة دون وقوع الجريمة... وهو المنحى الذي أكدته القرار الصادر عن محكمة النقض، المجلس الأعلى سابقاً، بغرفتيه المجتمعتين الإدارية القسم الأول والتجارية القسم الأول تحت عدد 935 المؤرخ في 14-12-2005 في الملف الإداري عدد 2002/1/4/461... " المحكمة الإدارية بمراكش قسم القضاء الشامل موضوع المسؤولية، ملف رقم 911-7112-2020، حكم رقم 649، بتاريخ 16-06-2021، غ م، في القضية المعروفة بشمروش؛ وقبل ذلك ذهب القضاء في أحداث أطلس إسني يوم 24-08-1994 أن: " ثبوت مسؤولية الدولة عن الأضرار اللاحقة بالمدينة لعدم اتحادها للاحتياطات الخاصة لمنع وقوع الأحداث المتسببة في هذه الأضرار يوجب مساءلتها بالتعويض عما لحق المدعية من إصابات جسدية ونفسية." في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط رقم 99/1051 بتاريخ 30-01-2003 أشار إليه يوسف بنبناصر في "الجريمة الإرهابية في التشريع المغربي" ص: 192. سلسلة بنبناصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية.

¹ - كحكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 875 في الملف رقم 1599/7112/2018 بتاريخ 5 مارس 2019. الذي قضى بأن صدور قرار قضائي بتهمة المدعي لا يؤدي بشكل آلي إلى إصباغ قرار الاعتقال الاحتياطي بوصف الخطأ طالما لم يصدر عن قاضي التحقيق الذي أصدره أي انحراف في تطبيق القواعد القانونية ذات الصلة.

والحكم رقم 4238 بتاريخ 30 شتنبر 2015 في الملف رقم 74_7112_2015. الذي اعتبر مبررات مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي في هذه الحالة منعدمة بانتفاء ركن الخطأ، ولا مجال لتطبيق نظرية المخاطر في هذه الحالة لانعدام موجباتها لكون النص الدستوري يتحدث عن الخطأ أو الغلط في تطبيق القانون..

² - للتوسع انظر عبد الله حداد، القضاء الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية، الرباط: منشورات عكاظ، 1994. زكرياء لعروسي، م س، ص: 76 وما بعدها.

³ - جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط رقم 188 بتاريخ 23/1/2013، ملف عدد 50/12/2012 أنه: "لا يمكن تحميل المسؤولية للنيابة العامة لعدم ثبوت أي تقصير من جانبها في تطبيق القانون ما ينعدم معه ركن الخطأ اللازم لانعقاد المسؤولية ويكون مآل الطلب الرفض." وهو ما تؤكدته محكمة النقض ب: "أن إقرار مسؤولية الدولة المغربية عن الخطأ القضائي يقتضي البحث عن أركان المسؤولية وهي ثبوت خطأ من طرف قاضي التحقيق وضرر لحق بالطالب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر.." في قرارها عدد 3/897 الصادر بتاريخ 4/10/2018 في الملف الإداري عدد 2727/3/4/2016.

⁴ - على أساس ما جاء في مجموعة القانون الجنائي كالفصول: 237، 240، 243...

⁵ - كالفصل 81 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه أن: القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه يسأل مدنيا عن هذا الإخلال تجاه الشخص المتضرر في الحالات التي تجوز فيها مخاصمته، وهي المنصوص عليها في الفصل 391 من قانون المسطرة المدنية الذي يتيح إمكانية مخاصمة القضاة في الحالة التي يرتكب القاضي تدليسا أو غشا أو غدرا أثناء تهييب القضية أو الحكم فيها، وكذا تمثل النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه. ويعتمد، أيضا، في إقرار المسؤولية عن الأخطاء القضائية على مقتضيات الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود أي المسؤولية الخطئية المتمثلة في ضرورة تحقق الأركان الثلاث: الخطأ والضرر والعلاقة السببية، والحال أن هذا القانون نفسه أخذ بالمسؤولية المرفقية في كل من الفصلين 79 و 80 ورتب المسؤولية عن الأخطاء المصلحية لمستخدمي الأشخاص العامة وكذلك الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

التأديبية في الأعمال القضائية¹، أو أن القرارات القضائية لا تخضع لولاية القضاء الإداري²، أو أنها تبقى بمنأى عن أي مراقبة.³

وفي الواقع أن المبرر الحقيقي في نفي المسؤولية عن الدولة يرجع إلى سبب تاريخي بحث، حيث ظل المبدأ السائد طوال فترة من الزمن هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها، مع اختلاف الأسس المعتمدة⁴، وهي أسس تم الرد عليها فقها وقضاء، وتطورت نظرية المسؤولية لتشمل الدولة عن كل أعمالها بما فيها القضائية؛ فتبين للقضاء بأن المستجد الدستوري "يعتبر تراجعاً عن هيمنة مبدأ عدم المسؤولية عن النشاط القضائي الذي كان سائداً".⁵ بل حتى قبل هذا المستجد كانت بعض الأحكام قوية في إقرار مسؤولية الدولة على الخطأ القضائي بمجرد ثبوت الضرر وبدون حاجة إلى إثبات الخطأ من جانب الدولة بل استناداً على نظرية المخاطر، وكانت تعتبر اختصاص المحاكم الإدارية ثابت إلى جانب اختصاص الغرفة الجنائية التي تبت في المراجعة في إطار المادة 573 ق م ج⁶، واستقرت المحاكم الإدارية وغرفة الاستئناف بمحكمة النقض بعد ذلك على هذا التوجه.⁷

ذلك أن ما يجب التأكيد عليه هو أن كل من الخطأ الشخصي⁸ والخطأ المرفقي¹ الذي على أساسه تكون الدولة مسؤولة عن النشاط القضائي دون أي حصر كما في التشريع الفرنسي²، ثم الخطأ

¹ - بالرجوع إلى القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.41 بتاريخ 24 مارس 2016 ولاسيما المادة 97 منه، اعتبر المشرع من بين الأخطاء الجسيمة التي تعرض القاضي للتوقيف الفوري الخرق الخطير لقاعدة مسطرية تشكل ضمانة أساسية لحقوق وحرريات الأطراف، وكذا الخرق الخطير لقانون الموضوع. ومن المنطقي أن يستحق المتضرر التعويض على هذا الأساس.

² - حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 691 بتاريخ 2018/9/10 في الملف الإداري عدد 2018/7110/93. وقبلها محكمة النقض في قرارها بتاريخ 26 شتنبر 2013، بعدد 1/836 في الملف الإداري عدد 2013/1/4/2499.

³ - حكم إدارية مراكش في الملف الإداري عدد 2012/1914/432، أشارت إليه بشرى العاصمي، في مقال بعنوان: الخطأ القضائي وخطأ القاضي ومساطر التعويض عن كل منهما، منشور بمجلة المحامي عدد 67، ص: 31.

⁴ - محمد رمزي طه الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس كلية الحقوق، مجلد 18 عدد 2، 1976، ص: 144.

⁵ - قرار محكمة النقض عدد 98 من قرارات الغرفة الإدارية، بتاريخ 28 يناير 2016، ملف إداري 2015-1-4-4152 منشور بمجلة محكمة النقض عدد 81 ص: 133.

⁶ - مثلاً ما أشارت إليه بشرى العاصمي، م س، ص: 33 وهو قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 906، بتاريخ 28-11-2007.

⁷ - بشرى العاصمي، في مقال بعنوان: الخطأ القضائي وخطأ القاضي ومساطر التعويض عن كل منهما، منشور بمجلة المحامي عدد 67، ص: 34.

⁸ - كثرة هي التعريفات الفقهية التي توضح الحدود بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ومنها التي تعتبر الأول هو الذي ينسب للموظف ويسأل عنه شخصياً، والثاني هو الذي ينسب للمرفق بصرف النظر عن العاملين به.

الجسيم³ والخطأ العادي، جميعها موجبة للتعويض، ولو كانت مشروعة، لمن تضرر منها⁴، ولو لم يثبت الخطأ، على أساس نظرية تحمل التبعة (Théorie des risques)، التي هي مسؤولية مبنية لا على أساس خطأ ثابت ولا خطأ مفروض وإنما على أساس مبدأ الغرم بالغرم⁵.

مع التأكيد، أيضا، على أن: "القاضي لا يسأل عن الأخطاء العادية التي يرتكبها عند قيامه بالإجراءات المسطرية أو عند إصداره للأحكام والتي من أجل تصحيحها وجدت درجات التقاضي وطرق الطعن، وهي أخطاء يحق لكل من تضرر منها الحصول على تعويض تتحمله الدولة طبقا للفصل 122 من الدستور"⁶، خاصة أن تشعب النصوص التشريعية، ومنهاج الدراسات القانونية لا يسلم معهما القاضي المحترف من الأخطاء⁷.

وهو ما يقتضي من القضاء أن يستوعب المستجد الدستوري، ليحقق الأمن القضائي للمتقاضي المتضرر من الأخطاء القضائية، جسيمة أو عادية، باعتبار مرفق القضاء: "من المرافق العمومية للدولة شأنه شأن باقي الإدارات العمومية يخضع لقواعد المسؤولية الإدارية على افتراض ثبوتها، ولا يحد من المسؤولية أو يلغيها من حيث المبدأ استقلال القضاء أو خصوصية الأعمال القضائية، لأن السلطة

¹ - ومن صوره ما جاء في حكم إدارية الرباط رقم 3020 بتاريخ 2012/5/27 أن: "عدم إقدام وكيل الملك على تسخير القوة العمومية الكافية واللازمة لإتمام عملية الإفراغ رغم تبليغه من قبل مأمور إجراءات التنفيذ بمحاضر إخبارية ومحاضر عصيان وتمرد يشكل خطأ مرفقيا موجبا للتعويض..."

² - زكرياء لعروسي، م س ص: 363.

³ - في مختلف صوره المهنية أو المدنية أو الجنائية؛ ومن القرارات والأحكام التي تربط المسؤولية بالخطأ الجسيم، قرار محكمة النقض رقم 4/503 ملف إداري رقم 2019/3/4/3668، بتاريخ 2020-10-20، غ م؛ وقد جاء فيه أن: "الخطأ القضائي الموجب للتعويض في إطار المسؤولية الإدارية لمرفق القضاء هو: الخطأ الجسيم غير مغتفر أو الإهمال المفرط الذي يقع فيه القاضي قليل العناية والذي يدل على إخلاله بكيفية فادحة بواجباته المهنية خلال ممارسته لوظيفته القضائية..." وحكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1120 تاريخ 2015/4/7، ملف عدد 2014/7112/814، وفيه أن: "الخطأ القضائي المرتب للتعويض هو الخطأ الجسيم غير المغتفر..." وحكم إدارية مراكش رقم 827 تاريخ 2013/7/25، ملف عدد 13/1914/557 وفيه أنه: "تم جعل تلك المسؤولية رهينة بتوفر الخطأ الجسيم".

⁴ - على أساس نظرية المخاطر، والغرم بالغرم أو مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة أو تقاسم الأعباء العامة، والذي يستبعد فكرة الخطأ ويكتفي بعنصري الضرر والعلاقة السببية بين نشاط الإدارة وهذا الضرر. (وهو ما يستفاد من الفصل 79 من ق ل ع)، محمد الأعرج المنازعات الإدارية والدستورية في تطبيقات القضاء المغربي، سلسلة مواضيع الساعة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 78، 2012، ص: 115.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر القاهرة 1941، ص: 391.

⁶ - من حيثيات قرار المجلس الدستوري رقم 16/992 م د، تاريخ 15 مارس 2016 ملف عدد 16/1474 في شأن مقتضيات المادة 97 من القانون رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، بياناته أعلاه.

⁷ - أحمد الخليلي، الطبيعة القانونية للقضاء الشعبي وموقعه في حقل التنظيم القضائي ودوره وأهميته، وصلته بالمحاكم التي تضم ممثلين عن بعض فئات المواطنين، مقال نشر في كتابه: وجهة نظر، الطبعة الأولى 1988، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 128.

القضائية ليست فوق المحاسبة أو المساءلة...¹؛ وعمله: "من نشاطات أشخاص القانون العام والتي تندرج طلبات التعويض عنها ضمن اختصاص المحاكم الإدارية طبقاً للمادة 8 من القانون المحدث لها."²؛ كتوجه راجح حالياً، في انتظار تنظيم تشريعي للاختصاص في هذه الحالة، يرفع اللبس والاختلاف، ويتجاوز العيوب الموجهة للاتجاه الراجح.³

كما أن السلطة القضائية تمارس صلاحيات متفرعة عن وظائف الدولة وتندرج ضمن البناء المؤسساتي الذي يكونها، مع التأكيد على أن الأمر لا ينال من استقلال السلطة القضائية ولا من اجتهاد السادة القضاة في خدمة العدالة⁴، بل على العكس يعززها بتحميل الدولة مسؤولية الأخطاء القضائية لأنها المسؤولة عن اختيارها لهم⁵، وعن توفير التشريع الواضح والظروف الملائمة للتطبيق السليم له، ما لم يكن الخطأ جسماً والمسؤولية شخصية⁶.

كما أن تعزيز حقوق المتقاضين وثقته بالقضاء وطاعته للقانون وأمر السلطة؛ يقتضي تجاوز مبادئ "تجاوزها الواقع ومن الأمثلة على ذلك موقف هذا الفقه من نظريات التعسف في استعمال الحق، ومضايقات الجوار، وما يسمى تعسفاً بالخطأ المفترض، وكل ذلك إرضاء للنصوص التي تقول لا مسؤولية

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 325 مكرر ملف رقم 170.12.2012 بتاريخ 31.01.2013. أشار إليه زكرياء لعروسي، م س، ص: 364. كذلك بشرى العاصمي م س، ص: 33. وحكم إدارية فاس رقم 483 تاريخ 2015/9/9، ملف عدد 2015/7112/62؛ وهو خلاف توجه المجلس الأعلى قبل دستور 2011، في قراره عدد 344 بتاريخ 30-4-2008 في الملف الإداري عدد 248-4-1-2008، والذي يعتبر أن العمل القضائي لا يندرج ضمن العمل الإداري الخاضع للاختصاص الوارد بالمادة 8 من القانون رقم 41-90.

² - قرار محكمة النقض عدد 986، بتاريخ 10.10.2014/16، ملف إداري (الثاني) عدد 222.4.1.2012. والقرار عدد 98 من قرارات الغرفة الإدارية، بتاريخ 28 يناير 2016، ملف إداري 2015-1-4-4152 منشور بمجلة محكمة النقض عدد 81 ص: 133.

³ - كعدم استساعة تقييم الأخطاء التي يمكن أن تصدر عن محكمة النقض من طرف محكمة أدنى، أو حالة الأخطاء الصادرة عن المحكمة الإدارية في حال اختصاصها بفحص مهمة الخصم والحكم في نفس الوقت...

⁴ - فقد قرر المجلس الأعلى في المجال المدني في ملف عدد 2005-225 قرار عدد 248 بتاريخ 29-07-1991 منشور بمجلة الإشعاع عدد 7 ص: 91، أنه: "لا يجوز مساءلة القاضي ولو أخطأ في تأويل نص".

⁵ - رشيد زيان، المسؤولية عن الأخطاء القضائية، تقديم أحمد أجعون، تصدير حياة البجدياني، الرباط: منشورات مجلة الحقوق: دار نشر المعرفة، 2018، ص: 12.

⁶ - المهنية التأديبية أو الجنائية أو المدنية، مثلاً على أساس ما جاء في المادتين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود أن: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.

وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. وأن: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.

وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.

والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر."

بدون خطأ...¹؛ خاصة أن المستجد الدستوري يبقى عقيماً من غير تطوير أساس المسؤولية ليشمل الضرر المرتبط بكل أوجه التقصير في أداء الواجب، والتي لا تدخل ضمن القواعد العامة للمسؤولية المدنية أو الجنائية أو التأديبية؛ ما دام إقرار المسؤولية عن الخطأ القضائي غايته التعويض وليس العقاب، والجهة المسؤولة والتي تتحملها هي الدولة وليس الموظف أو القاضي.²

وهو ما يتعزز أيضاً بتفعيل تفادي الخطأ التشريعي³، وتقرير المسؤولية على أساسه⁴، لأن الخطأ الشرعي سبيل للخطأ القضائي، كما ينبغي الحث على الامتناع التلقائي للسلطة القضائية عن تطبيق كل قاعدة قانونية تخالف القاعدة الأعلى منها، للوقاية قبل الحديث عن إصلاح الضرر الناتج عن الخطأ القضائي الذي سبقه أو سببه الخطأ التشريعي⁵.

¹ - أحمد الخليلي، كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7 لسنة 1984، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، ص: 16.

² - وفي هذا لا مجال لتصور النيل من اجتهاد السادة القضاة في عملهم كعدم استعمال تدبير الاعتقال في الحالات الضرورية، وهو تصور رئاسة النيابة العامة من خلال ما جاء في كلمة السيد رئيس النيابة العامة بمناسبة انعقاد يوم دراسي منظم من طرف رئاسة النيابة العامة بشراكة مع المجلس الأعلى للسلطة القضائية، حول موضوع الخطأ القضائي في مجال الاعتقال الاحتياطي، في مراكش بتاريخ 12 دجنبر 2019.

³ - في هذا الصدد يرى الفقيه الإيطالي بكاريا أن يطبق القاضي النصوص حرفياً دون تفسير، لأنها كاملة لا نقص فيها، وإلا فتح الباب أمام عدم الثبات والاستقرار القانوني، انظر عادل يوسف الشكري، م س ص: 313.

⁴ - للتوسع انظر العربي محمد مياد، مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية، طبعة 2015، الرباط: مطبعة المعارف الجديدة، سلسلة إعلام وتبصير المستهلك، 24. ومقال زكريا خليل، مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين مقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عدد 56، 2017، ص: 7 إلى 36.

⁵ - وقد مر مجلس الدولة الفرنسي بمرحلتين، الأولى رفض فيها إقرار مسؤولية الدولة عن القوانين، لمبررات كثيرة أهمها أن التشريع هو مظهر من مظاهر السيادة وتتألف المسؤولية مع السيادة، خاصة وأن السلطة التشريعية هي سلطة منتخبة تعبر عن الإرادة العامة، ومبرر آخر هو احترام مبدأ فصل السلطات حيث لا رقابة لسلطة على أخرى، وأن اختصاص المحاكم الإدارية ينحصر في الأعمال الإدارية، خاصة مع تأكيد ذلك بالحضانة البرلمانية، بالإضافة إلى انعدام أركان المسؤولية لاستحالة صدور الخطأ عن السلطة التشريعية، لعمومية القوانين وعمومية ضررها، وإن ثبت ضرر خاص فالمصلحة العامة أولى من الخاصة، وفي مرحلة متقدمة يبحث القضاء في سكوت المشرع عن إقرار المسؤولية للكشف عن إرادته المحتملة في إقرارها؛ وفي المرحلة الثانية تم إقرار مسؤولية الدولة عن فعل القوانين، بعد أن ظهرت نظرية المسؤولية بدون خطأ متى ثبت ضرر أصاب الغير، وعلى أساس أن العيب يتحمل الجميع على قدر المساواة (أمام الأعباء العامة) إذا لم يكن سبباً لذلك، وعلى أساس احترام الاتفاقيات الدولية؛ وفي بلادنا فقد أصبح الاقتناع يتبلور عن عدم قبول أن يتحمل البعض تبعات الأضرار التي تسببها أنشطة الدولة في تحقيق المصلحة العامة، لما يسببه ذلك من مساس بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، واستناداً إلى الفصلين 39 و 40 من الدستور والفصل 79 من ظ ل ع م، كتعويض ضحايا الألقام في مناطق كانت خاضعة للاحتلال، وكذا ضحايا الإرهاب...وفي إطار تأسيس المسؤولية على أساس الخطأ فقد يثبت الخطأ بعدم احترام مقتضيات القانون لمقتضيات الاتفاقيات الدولية التي تسمو عليها، سواء بالنسبة للسلطة التشريعية أو السلطة القضائية، دون ثبوت المسؤولية في حالة النص الصريح بمنع التعويض أو المساءلة، أو حالة كون المصالح التي لحقها الضرر غير مشروعة، أو كون الضرر عاماً أو غير مباشر أو عادياً ومألوفاً، ويجتهد القضاء المغربي لإقرار المسؤولية عن الضرر الناتج عن التشريع كما في قرار لإدارية الدار

وجملة القول إن النموذج القانوني للخطأ القضائي يبرز بالتزام ما سبق ذكره من قواعد الصياغة التشريعية، في تفعيل الأحكام الدستورية ذات الصلة، بتوحيد نظامه التشريعي في قانون خاص يستوعب، أيضاً، القواعد العامة المستمدة من النصوص المدنية والجنائية والمهنية، ويستوعب المقاصد الدستورية، من حيث مفهومه ونطاقه وأساس التعويض عنه، وغيرها، وإلغاء نظامي المخاصمة والمراجعة¹.

ومادامت أهمية النص الجنائي تكمن في حفظ حريات الأفراد وحقوقهم وحفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه فسيظل أهم ما يجب أن يتحقق منه الأمن من حيث صياغته، ليرز الخطأ القضائي، وليكون وسيلة آمنة للأمان القضائي بين المواطنين من ناحية، وبينهم وبين السلطات من ناحية أخرى.

إلا أنه ورغم أهمية الاحتياطات التشريعية، والقضاء المؤهل والمستوعب للتطورات، فإن المعول عليه دائماً هو الإنسان وتربيته وتوعيته، وهو ما لا يتحقق كلياً بالقانون ولا بالقضاء، وهما مجرد مصدر الدعم للمكتسبات الأخلاقية، وهذه المكتسبات يجب تنميتها أكثر في مجتمعنا، لأن بعض الممارسات تؤدي إلى إضعاف مقتضيات القاعدة القانونية وهيبة القضاء، بالأساليب المتلوية، فهي قائمة وتمارس علماً وعملاً، ويجري التفتن في تطويرها وابتكارها، مع كل تفنن وإبداع تشريعي أو قضائي.

البيضاء عدد 928 بتاريخ 17-12-2003، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 54-55، ص: 247، بين شركة صوفرام ووزارة الفلاحة في قرار أصدرته، بأن قرر: "...إن هذا القرار وإن كان يستهدف حماية المواطنين المغاربة، فإن من شأنه أن يرتب مسؤولية السلطة العامة عن الأضرار اللاحقة بالمدينة، إذ لا يمكن تحميل هذه الأخيرة عبئاً خاصاً باسم الصالح العام والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى انكسار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وبالتالي أمام القانون..." وفي إطار رقابة القضاء على التشريع نجد القضاء المصري متقدماً في هذا الصدد حيث سبق لمحكمة النقض المصرية، دائرة الأربعاء (ب) في جلسة علنية منعقدة في مقر المحكمة يوم 28 أبريل سنة 2004، في الطعن المقيّد بمجدول المحكمة برقم 30342 لسنة 70 القضائية، نشره المستشار عماد الوزير في صفحته الرسمية على الفيسبوك واطلع عليه يوم 7/5/2020، أن قررت: "للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبت له في هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغاءه أو القضاء بعدم دستوريته....تحويل المحاكم هذا الحق يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه يمنع السلطة من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً تسنه على خلاف الدستور..."

¹ - وقد سبقت الإشارة إلى بعض النصوص المنظمة لها في هامش رقم 76 صفحة 22/23.

Revue Faculté Chariaa Agadir

Revue de Faculté Chariaa Agadir

Nombre: 7^{ème}

ISSN: 2000/112

Editeur : Faculté Chariaa Agadir

Imprimerie : Kortoba Agadir

Tél : 05.28.23.96.96

Email: kortoba.pub@gmail.com

SOMMAIRE

Connaissance dans les civilisations musulmane et occidentale.	7
Dr. Amina YAAKOUBI	
The establishment of the Maliki Madhab in Andalusia and its impacts on European legal systems	27
Dr Rachid Berrada	
Du Glossaire au Dictionnaire Histoire de l'évolution d'un concept et d'un critère de classification	47
Dr. Mustapha FARHAT	

Connaissance dans les civilisations musulmane et occidentale.

Dr. Amina YAAKOUBI

Faculté Chariaa,
Université Ibn Zohr

Abstract

The major events that change the course of a civilization are linked to internal causes and external factors such as: the geographical location, the era and the time cycle, which interact and affect at the same time the society's culture, lifestyle, customs and traditions... However, this historical reading is not sufficient to understand the changes of societies. To understand the issues of the current era, the history of ideas and the process of intellectual transformations that contributed to its emergence must be questioned.

ملخص

الأحداث الكبرى التي تغير مسار حضارة ما تكون مرتبطة بأسباب داخلية وعوامل خارجية: الموقع الجغرافي، الحقبة والدورة الزمنية، والتي تتفاعل وتؤثر في الوقت نفسه على ثقافة المجتمع، نمط العيش، العادات والتقاليد... ولكن هذه القراءة التاريخية لا تكفي لفهم تغيرات المجتمعات. لفهم قضايا العصر الراهن، يجب مساءلة تاريخ الأفكار وصيرورة التحولات الفكرية التي ساهمت في ظهوره.

الكلمات المفتاحية: المعرفة، الحضارة، الحوار، الإسلام، الغرب.

Les civilisations traditionnelles s'étaient fondées sur la "perspective métaphysique" qui s'exprimait dans les religions et les mythes. Elles avaient reçu ainsi un mode de connaissance qui leur permettait d'appréhender - d'expliquer et de comprendre- les différents niveaux du Réel, en fonction de leurs besoins et de leur environnement, l'adaptation existentielle à leur milieu et la saisie de la signification métaphysique de ce milieu. Le Savoir occidental, qui donna naissance au monde moderne est basé sur un système de pensée éclos dans les Pays Méditerranéens, où la rationalité joue un rôle prééminent. L'Europe est duelle. Dans les régions nordiques, le ciel assombri par les nuages, les pluies et les brumes, enlève aux objets leur contour, et oblige à remodeler et à reconstruire le réel souvent changeant, à imaginer, enfin à intervenir et à adapter la vision aux changements : l'imagination, le rêve, mais aussi la recherche pour reconstituer à partir-de ce qui est perçu, l'effort d'accommodation, le pragmatisme. Au contraire la lumière méditerranéenne souligne les formes avec précision, indique les lignes de forces, les jonctions, les contrastes. Elle impose comme évidentes la beauté, l'harmonie et la logique des ensembles. La vision limitée, mais claire et globale ne s'égare pas dans des perspectives indéfinies où disparaissent les détails lointains, inconnaissables. Elle embrasse, analyse et comprend une totalité immobile dans son équilibre : un système cohérent, invariable et rationnel.

En s'interrogeant sur la Connaissance, sur ce que l'homme connaît de lui-même d'abord, puis du Monde, on peut chercher une explication à la situation particulière qui est celle de la Société Moderne.

1-La Connaissance

1-1- Esquisse d'une définition

Connaître c'est, pour le sujet connaissant, s'approprier, comprendre (com-prendre, prendre avec soi) l'objet connu. L'être s'assimile plus ou moins complètement tout ce dont il prend conscience" (René Guénon).Et pour être totale, la connaissance

implique " l'identification du sujet avec l'objet" (R.G.), connaître c'est alors être.

2-1- Les modes de la connaissance_

- *La connaissance intuitive* : L'intuition est souvent la résultante partielle d'une lente préparation, d'une attente. L'Intuition Intellectuelle, en particulier, nécessite une transformation spirituelle faite de patience, d'oubli de soi, de "discernement" et de "concentration" (Frithjof Schuon). Elle est une vision directe et immédiate d'un "objet ". Elle provoque une conscience d'une évidence.

- L'intuition sensible concerne le corps.
- L'intuition sentimentale ou mentale est en relation avec l'âme.
- L'Intuition Intellectuelle est celle de l'esprit.

- *La connaissance mentale et rationnelle* : Elle est indirecte, médiate et discursive. ¹

- Le réel est appréhendé à partir d'une intuition sensible ou de l'observation réfléchie d'une situation ou d'un phénomène concret.

-Le fait est décrit et analysé. Certains éléments, jugés caractéristiques, sont isolés de leur réalité sensible. Ils fournissent alors des images mentales, des schémas qui, à un niveau plus grand d'abstraction, deviennent des concepts, des idées générales.

- Le langage permet de formuler les concepts puis de les associer dans des combinaisons, des enchaînements, c'est à dire de relever les relations logiques qui les lient.

- La raison est la faculté humaine qui élabore et organise les enchaînements logiques : les raisonnements. Ceux-ci, à condition de s'appuyer à leur point de départ sur une certitude, et de suivre

¹ - Médiate : qui est en relation avec un autre terme (et, spécialement, qui dérive d'un autre terme) par intermédiaire d'un troisième.

- Discursif : une opération de pensée est dite discursive quand elle atteint Le but où elle tend par une série d'opérations intermédiaires.

Laland, André. (1990). *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, réed. P.U.F.

ensuite un processus qui répond rigoureusement aux exigences de la logique conduisent à une certitude inéluctable.

La connaissance rationnelle traduit et explique des réalités matérielles ou psychiques - donc formelles - au moyen de structures mentales elles aussi formelles. C'est dire qu'elle ne peut rendre compte de ce qui dépasse la forme : Le supra formel est par là même supra rationnel. C'est le domaine de l'Intellect Transcendant.

3-1- Les facultés de la connaissance et leurs champs d'application.

La Pensée Traditionnelle voit dans l'homme trois composantes : le corps, l'âme et l'esprit.

- *Le corps* appartient au monde matériel, physique, perçu en partie par les organes des sens.

- *L'âme* relève du monde subtil ou psychique, celui des formes qui ne sont pas matérielles.

* L'âme affective, (sentimentale) éprouve des sentiments d'attrance ou de répulsion, d'éloignement. Ceux-ci interfèrent sur les perceptions sensorielles mais aussi sur l'activité mentale.

* L'âme mentale schématise le réel concret, perçu par les sens, l'exprime en « images », formes subtiles ou psychiques plus ou moins abstraites.

- *L'esprit* ou l'intellect est du domaine de l'intelligible.

Pensée intellective -intuitive -directe	Intellect Esprit	Connaissance -supraformelle -métaphasique -intellectuelle -spirituelle	Evidence	Universel Transcendant Mode Intelligible	Absolu
Pensée rationnelle -discursive -indirecte	Mental : -raison -mémoire imagination	Connaissance -formelle -rationnelle Mentale	Certitude Logique	Individuel Immanent Mode Sensible	Relatif

2- Aperçu sur la pensée grecque

Platon (429 - 437 av .JC)

- Les phénomènes ne sont que les reflets des Idées, les symboles d'une réalité transcendante, surnaturelle.

- L'homme peut connaître la Vérité par la "réminiscence "le souvenir, c'est à dire l'intuition intellectuelle qui fait prendre conscience de la signification de l'apparence phénoménale, des symboles. Platon considère la Réalité comme transcendante. Le monde c'est qu'un. Reflet, une ombre une illusion: .La « réminiscence » est une forme d'intuition intellectuelle qui permet à l'homme de se libérer des apparences pour accéder à la Vérité. La Raison n'intervient que pour exprimer - communiquer - l'expérience spirituelle. **Aristote** (384 - 322 av JC), disciple de Platon et précepteur d'Alexandre le Grand.

- La Réalité est immanente, elle est dans le Monde, et la connaissance part du sensible. La raison en interprète les données concrètes. Elle les classe selon des types fondamentaux, les catégories. Puis elle élabore une schématisation, une formalisation mentale, abstraite, en utilisant le support des mots.

- La logique est la science de la pensée rationnelle. Elle permet de vérifier l'exactitude de la formulation des faits, ou la justesse des enchaînements d'idées, les raisonnements. La vérité est une cohérence logique. Connaître c'est aboutir à la conscience d'une certitude.

La Vision aristotélicienne du Monde.

- L'univers est un ensemble organisé selon un ordre immuable, dont les éléments sont rigoureusement déterminés. Les différents plans de l'Existence sont reliés entre eux, hiérarchisés et animés d'un mouvement vers le Bien, le Beau, la Perfection.

- Aristote a donc une vision statique du Monde. Chaque être occupe la place qui est la sienne, pour laquelle il est créé. Tout désordre cesse par le retour à l'ordre normal, intemporel.

- Mais aussi l'Existence est mouvement. Connaître le monde, c'est connaître ce mouvement et en trouver les causes, les déterminismes. On peut ainsi remonter à la Cause Première, Principe du Mouvement ; Cause sans cause, Moteur immobile c'est la première preuve rationnelle de l'existence de Dieu.

Avec Aristote, la réalité est Immanente: la connaissance du Monde conduit à la Cause Première, c'est à dire au dépassement du multiple. Aristote allait profondément marquer - et donc orienter-les philosophies méditerranéennes. En un sens on peut dire qu'il est à la base de la pensée moderne. En choisissant l'immanence, la connaissance de "l'être en tant qu'être", il privilégie une approche réflexive, indirecte de la Réalité. La raison, la logique, deviennent les instruments prioritaires de la recherche. La connaissance est par conséquent plus théorique et plus spéculative, au détriment de l'expérience et de la réalisation spirituelle.

Le Néoplatonisme.

La Civilisation hellénistique

- **Alexandre le Grand** (356 - 323 av JC).

Alexandre le Grand, par ses conquêtes qui le conduisirent jusqu'aux portes des Indes, avait mis plus étroitement en contact la Grèce, l'Egypte, la Mésopotamie et la Perse, pays d'anciennes cultures. Cela donna naissance à ce qu'on appela la Civilisation hellénistique dont les deux pôles culturels. Furent : Athènes puis Alexandrie. Les conquêtes romaines contrarièrent à la diffusion de la Pensée hellénistique dans l'Occident méditerranéen, et en particulier à Rome, capitale de l'Empire.

Renaissance du Platonisme (IIème Siècle ap. JC).

La Pensée de Platon et à un moindre degré à celle de Pythagore, et aussi d'Aristote, se joignirent des théories orientales. Les Néoplatoniciens font de la connaissance un moyen pour parcourir la voie qui conduit du Multiple à l'Un, de la Manifestation à son Origine, du Monde relatif à l'Absolu.

Plotin. (Alexandrie Rome.- 205 - 270)

Pour Plotin l'Un supreme c'est l'absolu, l'Infini, sans détermination ni distinction. Le multiple procède de l'Un. Il comprend différents degrés ou niveaux de manifestation qui dépendent hiérarchiquement les uns des autres. Les degrés supérieurs sont plus réels parce que plus proches de la Réalité absolue. Le monde intelligible, informel est celui de l'Esprit, de l'Intellect, La connaissance spirituelle s'effectue par l'Intuition Intellectuelle, libre de toute attache rationnelle, affective ou volontaire.

Le monde sensible ou-formel est le corps et l'âme : celle-ci vient de l'intellect. Elle agit sur le Monde sensible pour l'ordonner, grâce à sa faculté de connaissance discursive, la raison. Elle revient à l'intellect par la connaissance métaphysique, pour réaliser le dépassement de l'Humain et la réintégration du Multiple dans l'Un. Le corps en revanche c'est la matière. Si l'âme est attachée au corps, si elle est soumise à ses exigences elle ne pourra suivre sa destinée et revenir vers l'un Suprême¹.

3- Connaissance, philosophie et science de la nature dans la civilisation islamique

1-3 L'héritage de l'antiquité

Les savoirs mésopotamiens égyptiens et grecs s'étaient donc regroupés avec Alexandre le Grand pour donner la Civilisation Hellénistique. Celle-Ci, christianisée se maintint dans les limites de l'Empire Byzantin jusqu'à la fin du XVème Siècle, à la prise de Constantinople par les Turcs. Mais auparavant les connaissances hellénistiques avaient été transmises aux Musulmans grâce aux traductions effectuées par des syriens imprégnés de culture

¹ Notons l'interprétation de la pensée grecque par les philosophes musulmans selon la vision monothéiste « Dans les Principes des opinions des habitants de la cité idéale, Al Farabi envisage une cité dirigée par un chef parfait. "Cet être humain [qui] est au haut échelon de l'humanité et au plus haut degré de la félicité" est censé conduire les hommes vers le bonheur. [...] Comme pour Platon qui envisageait dans sa République une cité idéale dirigée par un philosophe-roi, Al Farabi considère que sa cité idéale doit être gouvernée par un philosophe-législateur, mais, à la différence de Platon, son Prince est un Imâm, un guide spirituel et temporel, ou même un prophète. La figure musulmane de l'Imâm et du Prophète intègre ici la figure philosophico-politique du philosophe-roi de la République de Platon ». Fattal, Michel. (2008). *Aristote et Plotin dans la philosophie arabe*, Paris, L'Hamattan, p. 120.

byzantine. Avec rigueur et méthode, ils mirent au point le lexique arabe afin de pouvoir formuler les concepts philosophiques et scientifiques grecs. Des éléments perses, hindous et chinois s'y adjoignirent pour former un ensemble de connaissances que les savants musulmans, utilisant la langue arabe, organisèrent, interprétèrent et unifièrent en conformité avec les principes de l'Islam.

2-3 La théologie

- Fondements de la pensée théologique :

La Pensée théologique fonde ses raisonnements sur une autorité : Parole Sacrée, Tradition Prophétique reconnue, commentaires inspirés. La raison est «Instrumentale»: elle est le moyen de développer une réflexion correcte qui s'appuie sur une donnée révélée et non sur un concept élaboré mentalement.

-Finalité de la pensée théologique :

Elle ne propose pas de découvrir une "pensée nouvelle" La Vérité n'est pas inventée par l'homme. Elle est - définitivement – révélée mais la pensée théologique, dogmatique, cherche à expliquer et interpréter les données révélées pour en tirer un enseignement théorique qui se réalise dans une "croyance" et une "action".

3-3-La philosophie

Les Philosophes Arabes réalisèrent la synthèse entre les deux courants de pensée représentés par Platon et Aristote, courants d'ailleurs plus complémentaires qu'opposés. Ils se proposaient d'atteindre la Vérité, et de prouver qu'il n'y avait pas contradiction entre la Vert révélée et celle que découvre la Raison.

-La connaissance philosophique

A- s'appuyant sur un concept -dont on est certain - c'est à dire sur l'expression rationnelle d'une réalité formelle- une série de raisonnements logiques conduisent de cette certitude initiale à la conclusion - une certitude finale.

B– La pensée rationnelle n'est pas seulement « l'instrumentale» comme en théologie, mais elle est, de plus, « fondamentale »

puisqu'elle même a posé la base conceptuelle à partir de laquelle s'effectue la réflexion ou le raisonnement.

Mais dès lors que la Philosophie se rendait indépendante de la théologie, il était inévitable que naquit un conflit entre connaissance révélée et connaissance réfléchie, la Foi et la certitude logique, le dogme et le concept mental. La Philosophie provoqua la méfiance des théologiens. (Critique de Ghazali, par exemple).¹

3-4--La connaissance métaphysique

La connaissance métaphysique (gnose) est celle de l'intellect transcendant, la dimension supérieure, supra-rationnelle de l'Intelligence. Elle procède par intuition intellectuelle, «vision directe» prise de conscience immédiate de la réalité profonde des phénomènes, de la face cachée et invisible informelle - de ce qui est, de "l'essence cachée des choses "(Ghazali.) C'est "voir, en toute chose la manifestation du Principe Divin". A la différence de la connaissance mentale elle exige la participation de l'être dans sa totalité. Celui-ci par une pratique rigoureuse de la Religion et par des exercices spirituels réalise en lui-même une transformation fondamentale, et atteint les états supérieurs de l'existence².

3-5-La connaissance scientifique

Dans une civilisation traditionnelle toutes les connaissances, toutes les sciences et, plus largement, tous les éléments de la vie socio-culturelle se réfèrent à des principes métaphysiques. Toute activité humaine est orientée et déterminée par ces principes. Les

¹ - ذكر الغزالي (1058-1111م) في مقدمة كتابه "تهافت الفلاسفة" الأسباب التي دفعته إلى الرد على الفلاسفة، ومن أبرزها: شعوره بالخطر المحدق الذي يتهدد الدين الإسلامي، ومصدر هذا الخطر إنما هو الفلسفة اليونانية. وبمعنى آخر، فقد انتقد الغزالي فلاسفة اليونان ومن سار على نهجهم من فلاسفة المسلمين كونهم جعلوا من العقل المجرد وسيلة لإدراك العلم الإلهي.

² Al Ghazali relate son expérience dans son autobiographie « Erreur et Délivrance » (المنقذ من الضلال). Au sommet de la connaissance théologique, il quitte ses fonctions et entre dans une crise existentielle qui fut celle du doute. Après onze ans de pérégrinations, il écrit une œuvre fondamentale où il concilie religion et ésotérisme.

La revivification des sciences religieuses (أحياء علوم الدين) (1985). trad. A. Massouli, Alger, Entreprise nationale du livre.

Le tabernacle des lumières (مشكاة الأنوار) (1981). trad. R. Ladrière, Paris, Seuil.

Laoust, Henri. (1970). *La politique de Ghazālī*, Paris, Geuthner.

Arnaldez, Roger. (1998). "Ghazālī", in *Dictionnaire des philosophes, Encyclopaedia Universalis*, Paris, Albin Michel.

Siauve, M.-L. (1986). *L'amour de dieu chez Ghazālī. Une philosophie de l'amour à Bagdad au début du XII^e siècle*, Librairie J. Vrin.

Sciences de la nature sont donc des applications secondaires de ces principes. Elles en dépendent. Leur finalité est globale, donc aussi spirituelle. Connaître le Monde ne peut être qu'une étape dans la recherche de Dieu.

4- Influence de la pensée et des sciences arabes sur l'occident

Les Connaissances de l'Antiquité, ainsi recueillies, développées et complétées par les Arabes, parvinrent à l'Occident Chrétien et contribuèrent de manière décisive à l'essor intellectuel du 13^e Siècle, celui de l'apogée du moyen Age chrétien. Les Arabes apportèrent une conception d'un ordre harmonieux de l'Univers, soumis à des règles et à un déterminisme immuable. Les états de l'Existence, reliés hiérarchiquement entre eux - sont rattachés à un Principe Unique dont ils dépendent et d'où ils tiennent leur réalité. Outre des concepts philosophiques et une méthode rationnelle de les utiliser, l'Occident chrétien reçut aussi des Arabes des connaissances théoriques et pratiques dans les sciences les plus diverses telles l'astrologie, l'alchimie, la physique, la médecine...

Les thèmes philosophiques, idées et pratiques exploitées en Occident:

- La notion d'accomplissement de l'Homme par le développement de ses possibilités essentielles.
- Le doute prélude à la réflexion.
- Le pari sur la Destinée humaine.
- La connaissance de soi, première étape de la connaissance.
- La matière, objet d'étude et de mesure.
- Les mathématiques et la méthode expérimentale.

Du II au XVI^e Siècle, l'Andalousie, la Sicile et la Palestine furent les points de rencontre entre la Civilisation Musulmane et l'Occident Chrétien. Celui-ci acquit des Musulmans des connaissances philosophiques, scientifiques, artistiques et techniques. Il est possible que soient transmises certaines connaissances spirituelles (les Templiers, Dante...)

Au XVème Siècle les conquêtes ottomanes d'une part, la perte de l'Andalousie et la politique agressive des Portugais et des Espagnols d'autre part interrompent le courant d'échanges. Ibn Khaldoun ne fut traduit en Europe qu'au XIXème Siècle.

Au XVIIème siècle Descartes en France prônait la suprématie de la raison alors qu'en Angleterres Newton instaure les principes de l'observation et de l'expérience. La connaissance a désormais pour but connaître avait pour but de dominer la nature et améliorer la vie des individus. Ce rationalisme avait des sources arabes à vrai dire puisque au XIVème siècle s'enseignait à Paris Ibn Rochd et Aristote, et en Angleterres des scientifiques arabes, notamment Ibn Haytam ابن الهيثم.

Au XVIIIème siècle avec «la philosophie de lumières» apparaît l'idéologie moderniste: les notions d'«humanisme», «rationalisme », «individualisme», liberté, égalité et progrès. La bourgeoisie commerçante les instaure comme fondement du monde moderne, évinçant l'église et les nobles. Au savoir religieux elle proclame l'existence d'un savoir profane indépendant de la religion. Aux hiérarchies féodales des nobles préconisant la supériorité par la naissance, la richesse, la bourgeoisie institue le modèle sociale basé sur la réussite économique, le travail, l'action le mérite.

Ces mutations culturelles et sociales se poursuivront avec les recherches et les découvertes de la méthode expérimentale et la révolution industrielle. Ces transformations scientifiques ont inéluctablement aboutit à des changements civilisationnelles touchant tous le plan politique, social, et individuel. Une civilisation nouvelle marquée par «la modernité» contraire aux formes et aux valeurs des civilisations traditionnelles.

Présentation de quelques penseurs musulmans qui eurent une influence déterminante sur le Moyen Age Occidental.

Alkindi

Né à Koufa en 716 - Mort en 873

Al Kindi, comme les savants de son époque, connaissait la philosophie, les mathématiques, les sciences naturelles, l'astrologie, la musique...

- Il écrivit 260 ouvrages, Il se réfère à Platon et à Aristote en philosophie. Il donnait une grande importance à la logique et les mathématiques.

- Il distingue entre :

- Science divine (العلم الألهي) révélée au Prophète.

- Science humaine (العلم الإنساني): logique, philosophie et le quadrivium (arithmétique, géométrie, musique, astronomie).

Pour lui la recherche philosophique aboutit à des conclusions qui ne contredisent pas la Révélation.

Alfarabi

Né dans le Turkestan 872 - mort en 950.

- Il maîtrisait les connaissances de son époque. Il commenta Aristote et montra l'accord qui existe entre sa philosophie et celle de Platon.

- Religieux et mystique, il chercha à intégrer la pensée grecque dans la vision islamiques.

- Dans la Réalité, il distingue l'Essence de l'existence, ou l'Etre nécessaire - non déterminé, absolu - et l'être possible déterminé, relatif

- La théorie de la Connaissance : La forme supérieure de l'Intelligence est l'Intellect Transcendant, qui connaît l'Informel - sans l'intermédiaire des sens - par l'intuition intellectuelle.

- La théorie socio – politique : La Cité parfaite, idéale, est une étape vers la Vie Future. Le bonheur terrestre et l'équilibre social dépendent du degré de réalisation spirituelle. La fonction du chef est d'entraîner les membres de la Cité vers le bonheur spirituel.

- Al Farabi écrivit sur la musique et donne une classification des Sciences.

Ibn Sina (Avicenne)

Né près de Boukhara en 980 - Mort en 1037.

-Sa culture était encyclopédique: langue, philosophie, mathématiques, physique, médecine, droit, théologie, musique ... A deux reprises il eut un rôle politique, mais cela n'arrêta pas son activité philosophique. De lui les titres de 242 ouvrages nous sont connus. Ibn Sina dont la pensée est d'inspiration néoplatonicienne veut montrer la concordance qui existe entre Philosophie et Révélation. "Le but de la Philosophie est de comprendre la Vérité (la Réalité) de toute chose, dans la mesure où l'Homme le peut." Mai il dit également "La Philosophie (الحكمة) est le perfectionnement de l'âme humaine par la connaissance des choses".

1-La philosophie spéculative (théorique): connaissance de ce qui ne dépend pas de nous.

-Philosophie de la Nature : science de ce qui est dans "le mouvement et la transformation". C'est le domaine des formes matérielles.

-Philosophie mathématique : science des concepts abstraits donc émanant ou exprimant les formes matérielles. C'est le domaine de la rationalité

-Philosophie Première (métaphasique): science de "ce qui est exempt de la Transformation, c'est à dire de ce qui dépasse les formes (matérielles ou subtiles, mentales).

2- La philosophie pratique : connaissance de la Réalité .qui dépend de nous ainsi que de notre action grâce à la Loi Révélée (الشريعة الإلهية).

- Philosophie politique : connaissance des relations personnelles pour parvenir à l'équilibre social (sécurité, et solidarité).

-Philosophie domestique : l'équilibre et le bonheur familial.

-Philosophie morale : connaissance et pratique des vertus pour purifier l'âme.

La Création: émanation produite par Dieu, Cause Première. De l'Un non déterminé, émane le Multiple qui se manifeste sous la forme d'états hiérarchisés

Les idées d 'Ibn Sina eurent une grande influence en Occident chrétien où ses partisans s'opposaient à ceux d'Ibn Rochd (Averroès). Dans les Facultés de Médecine européennes, on enseigna le « Canon » d'Avicenne jusqu'au XVIIème Siècle.

Ibn Baja

- Ibn Baja (Avempace) vécut en Andalousie et au Maroc. Il est mort. en 1138.

- Il voulut établir un itinéraire de l'âme vers Dieu. Il pensait que l'étude de la philosophie— et des sciences qui en faisaient partie — avaient pour fin la connaissance des essences, donc l'approche de Dieu.

Ibn Tofail

- Ibn Tofail (Abubacer) est né à Cadix et mort au Maroc (1100 — 1185).

Dans un roman philosophique, "Le Vivant fils du Vigilant " (حي بن يقظان) il reprend un récit avicennien, et raconte comment un homme seul réussit, par l'étude et la contemplation, en partant des formes sensibles, à parvenir à la connaissance Spirituelle.

Al Ghazali

Abou Hâmid Al Ghazali est né dans le Khorassan. Il est mort à Tus.(1059-1111).

1- Problème de la Connaissance :

Erreur et Délivrance (1106) (المنقذ من الضلال).

- Insuffisance de la perception sensible pour saisir la Réalité, même la plus extérieure.

- La Raison à ses limites et elle n'est pas à l'abri de l'erreur.

- Nécessité de dépasser le domaine rationnel du formel et d'obtenir, "une nouvelle Vision», (un autre œil) et de voir grâce à une "Lumière que Dieu projette dans le cœur". Il s'agit de l'Intuition Intellectuelle, une connaissance transcendante, directe, immédiate, illuminative.

2- La méthode spirituelle ou les étapes de la Connaissance :

- Elimination de ce qui fait obstacle à la Connaissance comme le doute, le rejet des erreurs et la dénonciation des insuffisances afin de dépasser les modes de connaissance relative et partielle.

- Purification et transformation intérieure .Cela consiste à "nettoyer le cœur de tout ce qui n'est pas Dieu." تطهير القلب بالكلية عما سوى الله تعالى

- La Connaissance absolue est Réalisation Spirituelle. Elle conduit à la connaissance de "la réalité profonde des choses", à la saisie du sens caché sous l'apparence des Formes, إلى درك حقائق الأمور.

- Le cœur est symboliquement "le lieu de la Connaissance de Dieu".

3- Les trois degrés de la Connaissance.

- La Foi est fondée sur la conjoncture: (opinion établie sur l'apparence de la Vérité.)

- La science : elle est "vérification par la preuve " rationnelle.

- La Gustation (الذوق) c'est l'intime connaissance de l'extase.

4- Condamnation de la philosophie. تهافت الفلاسفة

Ghazali a fait une critique rationnelle de la philosophie, c'est à dire de la Dialectique rationaliste dont il a voulu montrer les limites. La Raison ne peut, par ses seuls moyens, parvenir à la Vérité absolue, et Ghazali montre la prééminence de l'Intellect et Transcendant. Il apporte la preuve de sa critique en indiquant les

propositions ou thèses qui sont condamnables (3 pour Hérésie (التكفير) et 17 pour Innovation (التبديع). Après Ghazali, la philosophie ne se manifesterait plus qu'en Orient Perse et en Andalousie. De là elle passerait en Europe.

Ibn Rochd

Abu Walid Mohammed Ibn Rochd (Averroès) est né à Cordoue (1126) dans une famille de juriste. Il eut la faveur du Sultan almohade Abou Yaqoub Youssef dont il était le médecin, et qui le nomma Cadi de Cordoue. Il fut d'abord protégé par le souverain Abou Youssef Yaqoub Al Mansour. Mais après les critiques faites par des Uléma ; il fut disgracié et mourut à Marrakech en 1199/595.¹

Son œuvre est considérable tant par la quantité que par la qualité de ses livres :

- Commentaires d'Aristote dont il voulut restaurer la pensée et la réinterpréter pour la rendre conforme à l'Islam.

- Œuvres de Théologie de Droit et de Physique.

- Œuvres de Médecine (Galien, Ibn Sina).

- Réfutation de Ghazali : (تهافت التهافت)

1- La Connaissance : Finalité et modalité.

- La Philosophie, la vraie connaissance, comme la vie pratique, ont pour base fondamentale la Loi Religieuse (الشريعة). On arrive à la perfection par l'étude, la réflexion et la connaissance rationnelle, non par la méditation et la contemplation comme le veulent les soufis.

- La vérité est une mais peut s'exprimer de manières particulières. Les textes sacrés peuvent avoir différentes interprétations, suivant les capacités de compréhension. Le sens le plus profond, le plus complet, est celui de la philosophie, car grâce à la Raison elle atteint la Vérité.

2- Les trois degrés de compréhension :

¹ Averroès et l'averroïsme, un itinéraire historique du Haut Atlas à Paris et à Padoue. (2005). actes de colloque, presses universitaires de Lyon
Flasch, Kurt. (2008). D'Averroès à Maître Eckhart : les sources arabes de la « mystique » allemande, Paris, Vrin.

- La connaissance pratique au moyen d'arguments faisant appel aux sentiments : Croyance .Foi.

-La connaissance théologique avec les preuves rationnelles qui font aboutir à la science, à la vérité absolue.

- La logique : Ibn Rochd interprète la logique aristotélicienne. La logique n'est pas seulement le moyen d'exprimer correctement la vérité, elle est aussi une méthode pour la découvrir et la comprendre¹.

3-La métaphasique.

Comme pour Aristote, la métaphysique d 'Ibn Rochd est en fait la science "de l'être en tant qu'être", c'est à dire la connaissance de l'aspect substantiel et non essentiel de l'Etre. La Réalité est recherchée dans l'Existant, dans le sensible donc dans les formes individuelles dont l'ensemble constitue le "Général". La réalité intelligible n'est donc plus comme pour Platon celle des Idées, des Archétypes, mais celle du Monde sensible. Ce qui peut être connu, compris, c'est le Formel que l'on peut conceptualiser, exprimer en formes mentales, abstraites et rationnelles. L'analyse du mouvement de l'Etre et de ses transformations permet de remonter à la Cause Première, Cause sans cause, Moteur immobile. C'est la preuve aristotélicienne de l'Existence de Dieu.

Les idées d'Ibn Rochd ne parvinrent pas en Orient musulman, alors que celles d'Ibn Sina s'y maintinrent durablement. L'Occident chrétien dès le XII Siècle connut Ibn Sina. Ses idées s'accordaient avec celles des penseurs chrétiens de tendance néoplatoniciennes et l'on parle d'un "avicennisme latin". Quant à Ibn Rochd, il fut connu de son vivant et traduit au début du XIII Siècle. Une école averroïste se constitua, opposée à. l'école avicenniste. Elle considéra comme

¹ - "فالصواب أن تعلم فرقة من الجمهور التي ترى أن الشريعة مخالفة للحكمة أنها ليست مخالفة لها، وذلك بأن يعرف كل واحد من الفريقين أنه لم يقف على كنههما بالحقيقة. اضطررنا في مناهج الأدلة أن نعرف أصول الشريعة؛ فإن أصولها، إذا وجدت، أشد مطابقة للحكمة مما أول فيها. وكذلك الرأي الذي ظن في الحكمة أنها مخالفة للشريعة، لم يُحط علماً بالحكمة ولا بالشريعة. ولذلك اضطررنا نحن أيضاً إلى وضع قول فصل المقال في موافقة الحكمة للشريعة". ابن رشد، مناهج الأدلة في عقائد الملة، بتحقيق محمود قاسم، 1964، مكتبة الانجلومصرية، القاهرة، ص. 184. "إن الحكمة هي صاحبة الشريعة والأخت الرضعية، مع ما يقع بينهما من العداوة والبغضاء والمشاجرة، وهما المصطحبتان بالطبع، المتحابتان بالجواهر والغريزة" أبو الوليد محمد بن رشد: فصل المقال في تقرير ما بين الحكمة والشريعة من اتصال، تحقيق محمد عبد الواحد العسيري، تقديم محمد عبد الجابري، 2002، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط3 ..

Vérité la doctrine d'Aristote et certains penseurs renoncèrent peu à peu à concilier Philosophie et Théologie.

Conclusion

Dans la civilisation islamique, la Connaissance - son expression, sa forme, comme sa finalité - est totalement intégrée à la perspective intellectuelle de la Révélation coranique : Décrypter et comprendre l'Homme et le Monde ne pouvaient avoir de sens et de buts ultimes - au delà des apparences des utilitaires - que la Transformation Spirituelle.

Si les penseurs musulmans ont réutilisé les acquis des cultures méditerranéennes réunifiés dans la civilisation hellénistique, ce ne fut pas sans les avoir, auparavant, remodelés : ils leur ont donné une forme compatible avec le message coranique. Ils ont transmis à l'Occident chrétien une théorie de la Connaissance, des modes de penser qui furent ceux des anciennes civilisations méditerranéennes. Ils ont donc joué un rôle déterminant dans le renouveau culturel occidental. Mais après avoir suivi un itinéraire conforme à sa tradition et à l'impulsion que lui donnaient les Musulmans, l'Europe s'en écarta à la Renaissance.

Plus fondamental encore, fut la transmission, avec la philosophie arabe, d'une pensée dominée par la raison. La philosophie arabe a voulu démontrer que la raison accède à la vérité révélée et la confirmer. La connaissance rationnelle et ses instruments conceptuels sont au service de la théologie et l'approuvent.

Mais lorsque la pensée d'Ibn Rochd (et donc celle d'Aristote, parvient à l'Occident chrétien, elle est adoptée comme méthode de connaissance soustraite de la pensée religieuse. Les références aux vérités religieuses islamiques ainsi ôtées dans ce mouvement de transmission de la philosophie arabe, l'Occident ne retient que les outils et le mode de pensée islamique. De cette scission, les sciences de la nature et de l'homme ne sont plus considérées selon une approche métaphysique et théologique globalisante mais conçue en tant que discipline se suffisant à elle-même., l'humain ainsi que le milieu naturel et environnemental seront pris comme sujets d'étude

tels qu'ils existent soumis à l'observation directe des constitutions physiques. De cet écart de la pensée théologique est né le monde moderne.

Bibliographie

Arkoun, Mohamed. (1973). *Essai sur la pensée islamique*, Paris, Maisonneuve et Larose.

Arnaldez, Roger. (1998). "Ghazâlî", in *Dictionnaire des philosophes, Encyclopaedia Universalis*, Paris, Albin Michel.

Averroès et l'averroïsme, un itinéraire historique du Haut Atlas à Paris et à Padoue. (2005). actes de colloque, presses universitaires de Lyon,.

Berques, Jacques. (1981). *Bibliographie de la culture arabe contemporaine*, Paris, Sindbad.

Corbin, Henri. (1964). *Histoire de la philosophie islamique*, Paris, N.R.F., 1964.

Fattal, Michel. (2008). *Aristote et Plotin dans la philosophie arabe*, Paris, L'Harmattan, 2008.

Flasch, Kurt. (2008). *D'Averroès à Maître Eckhart : les sources arabes de la « mystique » allemande*, Paris, Vrin.

Guenon, René. (1924). *La crise du monde moderne*, Paris, Folio. (1927). *Orient et Occident*, Paris, véga.

[Laoust](#), Henri. (1970). *La politique de Ghazâlî*, Paris, Geuthner.

Monteuil, Vincen. (1976). *Clefs pour la pensée arabe*, Paris, Ed., Segher.

Robison, Maxime. (1980). *La fascination de l'Islam. Les étapes du regard occidental sur le monde musulman. Les études arabes et islamiques en Europe*, Paris, Maspero.

Siauve, M.-L. (1986). *L'amour de dieu chez Ghazâlî. Une philosophie de l'amour à Bagdad au début du XII^e siècle*, Paris, Librairie J. Vrin.

ابن رشد، 1964، مناهج الأدلة في عقائد الملة، بتحقيق محمود قاسم، مكتبة الانجلومصرية، القاهرة.
أبو الوليد محمد بن رشد، 2020، فصل المقال في تقرير ما بين الحكمة والشريعة من اتصال، تحقيق
محمد عبد الواحد العسيري، تقديم محمد عابد الجابري، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط 3.

The establishment of the Maliki Madhab in Andalusia and its impacts on European legal systems

Dr Rachid Berrada

Chercheur en Etudes
Islamiques

Abstract

The laws or legal rules are not mere facts that arose out of chance in our contemporary legislation, but are rather a reflection of certain economic, social, political, religious and intellectual conditions, that have been developed in light of the time and place of its existence. Therefore, identifying the origins of any law necessarily requires knowledge of the factors that have contributed to its existence and development. In this respect, this article argues that the Islamic law and Maliki doctrine in particular had a great impact on modern European laws which adapted and developed the Maliki jurisprudence, as a result of the great contact that took place after the Muslim conquest of Al-Andalus, Sicily and a large part of France and other European countries that were subject to Islamic rule for a very long time. Indeed, I find out that such long period contributed to the spread of Islamic jurisprudence, the rules of Islamic Shariah as well as the norms of Islamic culture not only in public and private transactions but also in politics, judiciary system, commerce, economy, and all life and worldly matters. Accordingly, this article uses a descriptive method in order to find out how the entry of the Maliki school of thought into Andalusia had a significant impact on European laws and contemporary legislation.

المخلص بالعربية:

إن القوانين أو القواعد القانونية ليست مجرد وقائع نشأت من باب الصدفة في حياة الشعوب أو الأمم، بل هي انعكاس لظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية ودينية وفكرية معينة، ومن ثمة، فإن معرفة أصول أي قانون يتطلب بالضرورة الاطلاع على العوامل التي أسهمت في وجوده وتطوره. ولقد كان للفقهاء المالكي نصيب كبير من التأثير بحكم أنه المذهب السائد في كل الأندلس والمغرب. ولا شك أن ذلك التمدد بالمذهب المالكي في أوقات القوة والضعف قد جعل الكثير من الطلبة الأجانب الوافدين على الأندلس يتأثرون به وينقلون أحكامه لدولهم إما عن طريق نقل قواعده أو عن طريق الأعراف والعادات التي اكتسبوها من تفاعلهم مع فقهاء وعلماء الأندلس، فتحوّلت بعد ذلك إلى قوانين، وهو الأمر الذي ساقط فيه في ثنايا هذه المقالة التي تعالج هذا الموضوع انطلاقاً من فتح الأندلس وتبني المذهب المالكي إلى أثر هذا المذهب في التشريعات الأوروبية، ثم التطرق لبعض التطبيقات العملية لهذا التأثير في بعض القوانين الأجنبية.

الكلمات المفتاحية: المذهب المالكي، الأندلس، القوانين الأوروبية، الشريعة الإسلامية

Introduction:

The Maliki school of jurisprudence (*fiqh*) is one of the most important Islamic schools that combines both a spiritual and a civil system. It includes a comprehensive civil legislation for all legal principles regulating the relationship of people to each other, their relationship to the ruling authority, public security, and the maintenance of freedom and public rights in both its internal and external branches. Because the Maliki jurisprudence is wide in its origins and branches, its impact was evident on contemporary legislation, owing to the fact that its sources vary to include analogy (Qiyas), Public interest (Al-maslahah Al-mursalah), custom, juristic discretion (Istihsan), presumption of continuity (Istishab), blocking the means (Sadd al-Dhara'i) and other sources of discretion that make the Maliki Madhab in a state of continuous growth, and permanent development. Such characteristics allows it to confront the developments of contemporary society within the framework of appropriateness of the spirit of the legislative text as well as the purposes of *Shariah*.

This is what made the Maliki rite (Madhab) universal. It has affected many Arabic and western laws, especially after the conquest of Andalusia (currently Spain) and the translation of the first Maliki jurisprudence books that paved the way for the spread of Malik Ibn Anas' doctrine in Europe, which was at the height of its ignorance. Andalusia at this time became a beacon of knowledge, the fact that made foreigners flock to it in order to learn not only the different sciences, but also Arabic language. Moreover, the conquest of Sicily by Asad Ibn al-Furat represented another way for the spread of the Maliki doctrine in the rest of Europe, chiefly Italy and France.

On the other hand, it should be noted that the translation work accompanying Napoleon's campaign in Egypt had a special focus on Khalil's summary (the Mukhtasar of Khalil), which was translated into French by Dr. "Nicolas Peron" in compliance with the order of the French government. It seems that this manual was the true nucleus of the French Civil Code issued in 1804, where there is a great similarity

between this law and the explanations of Khalil's summary, especially "Sharh al-Dardir".

Based on the foregoing, it is clear that the Maliki jurisprudence has a clear impact on contemporary legislation. In fact, we could mainly notice its effects in countries that adopts the Maliki school like Maghreb countries. For instance, in Moroccan legislation, there are laws that derive their provisions from the Maliki jurisprudence chiefly the laws related to family, real rights and Awqafas well as Moroccan civil law, which is clearly affected by the French civil law.

From that perspective, we can notice the significance of the current theme, as it will focus on the spread of the Maliki school of thought in Andalusia and its impact on contemporary legislation. Thus, it will examine the practical aspects of the Maliki jurisprudence in modern laws, which are mainly affected by the French civil law.

As for the problematic and plan of this presentation, I will start from stating the fact that the Islamic jurisprudence is independent of the rest of the laws, especially the Roman law. It is a flexible jurisprudence and not rigid, as it is valid for every time and place due to the characteristic of development and renewal that distinguishes it. Based on this, I will proceed to show that the Maliki jurisprudence is considered one of the most dynamic, developed and widespread doctrines. Its widespreadness was intensified after the conquest of Andalusia, which adopted the Maliki school of thought. Hence, with the strategic location of Andalusia in Europe, foreigners flocked to it so as to learn different sciences. As a result, they came into contact with the Maliki school, were influenced by it, learned it and translated some of its most important books and then transferred it to their countries of origin. Indeed, there are even Western laws that derive their provisions from the Maliki jurisprudence. The impact of this was clear in several areas, especially in contracts, transactions, eligibility and other provisions that passed to the Europeans and settled among them as customs, and were later turned to become laws.

As a matter of fact, the answer to this problematic drives me to divide this presentation into two major points: First, I will address the conquest of Andalusia and the adoption of the Maliki school of

thought. After that, I will focus on the Maliki Madhab in Andalusia and European laws: effects and practical applications.

1. The conquest of Andalusia and the adoption of the Maliki school of thought

Before addressing the adoption of the Maliki Madhab in Andalusia, it is necessary to talk about the conquest of Andalusia as a great historic event that has a high impact on European civilization. Thus, I will first give a general review about the Muslim conquest of Andalusia. Therefore, I will clarify how the Andalusians adopted the Maliki school of thought.

1.1 The Muslim conquest of Andalusia

There is no doubt that the Islamic conquest of Andalusia¹ is considered one of the greatest historical events that Europe witnessed since the Middle Ages. This is due to the impact of this conquest, which spanned for nearly 800 years, when Muslims established a great civilization in Andalusia until it was considered the “lighthouse of Europe” during that time.² Indeed, it is interesting to note that the conquest of Andalusia took place during a relatively record period,³ which is estimated at three and a half years, namely from 711 to the end of 714, when all of Andalusia was conquered by Muslims under the leadership of “Musa bin Naseer” and “Tariq bin Ziyad.”⁴

¹The Islamic conquest of Andalusia (Latin: *Capta Islamica della Hispania*) also called in some foreign sources the Umayyad conquest of Hispania (Spain) or the Muslim conquest of the Iberian Peninsula, was a military campaign that began in 711 AD. The Iberian Peninsula, known to the Muslims as “Al-Andalus”, was ruled by an army mostly of Berbers from Maghrib led by Tariq ibn Ziyad and his superior wali Musa ibn Nusayr. Tariq ibn Ziyad landed in an area that is now called Gibraltar, then headed north, where he defeated the Gothic king Roderic in a crushing defeat at Wadi Lak. The conquest resulted in the fall of the Visigothic Kingdom and the establishment of the Umayyad Wilayah of Al-Andalus. It marks the westernmost expansion of both the Umayyad Caliphate and Muslim rule into Europe. Muslim’s campaign continued until they seized large areas of contemporary Spain, Portugal and southern France. See: Ahmed Muhammad Abu Shinar, *Athar Al-Masjid Fi Al-Hadarah Al-Insaniah*, (Oman: Dar Al Moataz for Publishing and Distribution, 2019), 1st ed, p. 151.

²Ibid.

³Ibid.

⁴Except for an area at the end of the northwest of Andalusia called the Covadonga, which is also known as “Cradle of Spain” because it was the nucleus of the Christian kingdoms that arose later on, and it had the upper hand in the fall of Andalusia centuries later. See: Ragheb

The Muslims' rapid conquest of Andalusia is due to several reasons. The most important one is the deteriorating conditions of Andalusia due to the brutality and barbarism of the Visigoths¹ descended from the Germanic tribes, who once they entered Andalusia they turned the indigenous people into slaves, in addition to the struggle for power between Roderic² and the sons of Wittiza, which generated the resentment of the Andalusians and their willingness to be ruled over by any authority other than the Visigoths; that's why, they looked to the Muslims in North Africa in order to save them from the arrogance and brutality of the Goths.³ As a fact, they easily accepted Muslims as new conquerors, especially at that time in which the Islamic civilization was characterized by the progress and prosperity in all religious, educational and political fields, beside the tolerance of the Islamic shariah in coexistence with other religion. In contrast, before the Islamic conquest of Andalusia, the Iberian Peninsula and Europe in general passed through dark ages that were prevailed over by bloodshed, injustice, ignorance and abandonment of ethics and values of civilization.⁴

The tolerance of the Islamic religion in Andalusia appeared in the Muslims' recognition of the rights of Christians and Jews in

Al-Sarjani, *Qisat Al'andalus Mina Al-fathi 'ila Al-ssqūt*, (Qairo: Iqraa Institution for Publishing, Distribution and Translation, 2011), 1st ed, p. 74 and 82.

¹ Who had ruled for roughly 300 years. (Hugh N. Kennedy, *Muslim Spain and Portugal: a political history of Al-Andalus*, (London ; New York : Longman, 1996).

² Ludharīq (Roderic) was the last Goth to rule in Andalusia, but not the last Gothic king. His lineage was not true in the Goths, but he acquired the king through usurpation when the king Witiza died after 15 years of reigning over Andalusia. Muhammad bin Abdullah bin Abdul Moneim Al-Himyari, *Sifat Jazirat Al-andalus*, (Beirut : Dar Aljil, 1988), 2nd ed, p.6.

³ See: Tawfiq Sultan Al-Yuzbaki, Al-hadarah Al-Islamiyya Fi Al-Andalus wa Athareha Ala Ūrūbbā, the Journal of Culture for Studies and Research, Baghdad, 2010, vol.5, issue 20, p.12 ; Abu Shinar, *Athar Al-Masjid*, p. 159 et seq.

⁴ This was extended even to the outward appearance of individuals and their social life in that era, according to what was mentioned by the Muslim travelers who roamed those countries at the time. The residents were distinguished by their lack of interest in cleanliness, so they did not bathe once or twice in the whole year, thinking that the accumulation of dirt is healthy for the body. Communication was limited to sign at times, as they had no clear spoken language nor a written one. This extended to their faith, as they believed in some of the beliefs of the Indians and the Majūs, such as burning the deceased and with the body of his wife while she was alive, or burning his slave-girl with him, or the people he loved. See: Ragheb Al-Sirjani, *Qisat Al'andalus*, p. 16-17; Abū 'Ubayd al-Bakrī, *Jughrāfiyat Al-Andalus Wa-Ūrūbbā: min kitāb Al-Masālik wa-Al-mamālik*, (Beirut : Dar Al-Irshad for Printing, Publishing and Distribution, 1968), p.186-187.

performing their religious rituals in return for the payment of “*Jizyah*”.¹ The Goths converted to Islam and blended with the Muslims, which resulted in the multiplicity of human ethnicities that inhabited the Andalusian country. Whereas a process of Arabization affected a bulk of Berbers and some Goths, the Arab-Islamic culture and population absorbed local element as well. As a matter of fact, such fusion between Arabs, Berber and Goths resulted in a new ethnocultural entity not only in all over the Andalusia but also in the Maghrib.² The Goths who remained on Christian religion began to learn the Arabic language so as to become acquainted with the Islamic culture.³

In general, the conquest of Andalusia remains one of the greatest good deeds of the Umayyads. Such conquest took place in 92 A.H., which is approximately the middle of the time of the Umayyad Caliph Al-Walid bin Abdul Malik, who ruled from the year 86 to 96 AH (705-715 AD).

The era of rulers began after the completion of the conquest of Andalusia and the summoning of Musa Ibn Nusayr and Tariq Ibn Ziyad to Damascus by the Umayyad Caliph. The Caliph used to appoint the governor of Andalusia in Damascus. The early years of this era were characterized by the spread of Islam, the abolition of class society and fighting ignorance that were prevalent in Andalusia, in addition to the spread of ideological freedom; The Muslims also took Cordoba as a capital city, and established a strong civil state, militarily and urbanely.

In addition, the inhabitants of Andalusia were imitating Muslims in everything; they even learned the Arabic language spoken by Muslims. Indeed, the Spaniards, Christians and Jews were proud of teaching Arabic in their school⁴..

The era of rulers also coincided with the death of the Umayyad Caliph Suleiman Ibn Abd al-Malik (the year 99 AH - 717 AD), and Umar ibn Abd al-Aziz was nominated after him as caliph. Umar

¹ *Jizyah* is a tax paid by non-Muslim populations to their Muslim rulers in return for protection of life and property and the right to practice their religion.

² Abu Shinar, *Athar Al-Masjid*, p:151-152.

³ Ibid.

⁴ Ibid., p.89

appointed Al-Samh Ibn Abd al-Malik al-Khulani as governor of Andalusia in Ramadan in the year 100 AH, and isolated Andalusia from Ifriqiya,¹ making it directly subordinate to the caliphate due to its importance and the multitude of its affairs.² Al-Samh al-Khulani made big efforts to conquer the southwestern region of France, and he succeeded in that until he was martyred in a city there. After that, the rest of the rulers of Andalusia completed the mission and occupied most of the French lands, especially in the period of Abd al-Rahman al-Ghafiqi, who led the largest campaign inside the French country, the thing that resulted to control completely all of southern France.³

After a stage of stability in Andalusia, a period of political instability took place because of the fall of the Umayyad Caliphate in Damascus in 750 AD (132 AH),⁴ and the emergence of the Abbasid state, which was keen to kill everyone associated with the Umayyads. As for the rest of the survivors, they fled to Andalusia, including Abd al-Rahman Ibn Muawiyah,⁵ who was known as the Saqr of Quraish, and Abd al-Rahman Al-Dakhil, because he was the first to enter Cordoba in the year 753 AD from the Umayyad rulers.⁶ The period that followed his rule was known as the Umayyad Emirate owing to its separation from the Islamic Caliphate, whether in the era of the Abbasid Caliphate or in the following eras until the last fall of Andalusia. The period of his tenure, which lasted for nearly forty years - (755 and 788 AD) was one of the strongest periods of Andalusia, militarily, civilly and scientifically, because of his great interest in spreading science.⁷

1.2 The entry and spread of the Maliki school of thought in Andalusia

After the situation stabilized in Andalusia, Abdul Rahman Al-Dakhil was interested in spreading science and encouraging its

¹ Also known as al-Maghrib al-Adna (the near Maghrib)

² See: Abu Abdullah Muhammad bin Muhammad bin 'Iḡārī Al-Marrakchi, *Kitāb al-bayān al-mughrib fī akhbār al-Andalus wa-al-Maghrib*, (Beirut Dar At-takafa, 1983), 3rd ed, vol.2, p: 26.

³ Ragheb Al-Sirjani, *Qisat Al'andalus*, p: 91 et seq.

⁴ The Umayyad Caliphate began in 41 AH and ended in 132 AH (661-750 AD)

⁵ See for more details in the Wilayah of Abd al-Rahman al-Dakhil: Ragheb Al-Sirjani, *Qisat Al'andalus*, p. 137 et seq.

⁶ Ibid., p.150 et seq.

⁷ Ibid., p. 158 et seq.

learning across all fields. The learning of the Arabic language was spread among non-Muslims who abandoned the Latin language and went to Arab schools to acquire knowledge from different fields of study.¹ As a result, the Arabic language became a source of acquiring knowledge, and Cordoba became a model of urbanization at a global level. Besides, tolerance prevailed between Muslims, Christians and Jews, as some Jews and Christians were students at the hands of Muslim scholars.² The Mozarabs became new messengers of Islamic civilization as a result of their combination of the Arabic and Latin languages, so they transferred Arab and Islamic sciences to the Spaniards and Europeans³.

During the period of Abd al-Rahman Al-Dakhil Andalusia adopted the Awza'i school of thought, but with the accession of his son Hisham to the rule (172 AH-180 AH / 788-796 AD), the Maliki sect was adopted as an official doctrine for the country.⁴ The Maliki school of thought was spread due to the efforts of Malik's students who were traveling to Hijaz to learn about Malik in Medina. Ziyad bin Abdul Rahman Al-Lakhmi, known as Shabtun (died in 193 AH), was the first to introduce the Malik's doctrine to the Andalusian. He was followed by his student Yahya bin Yahya Al-Laithi, who played a major role in spreading the Maliki doctrine because of his legal position as a member of the shura (the advisory board that the emir and judges had to consult).⁵ Also, one of the reasons for the growth of Malik's doctrine in Andalusia was Malik's influence on Andalusian students, especially after Malik praised Hisham bin Abdul Rahman, who, after that, made people embrace the Maliki doctrine and leave Al-Awza'i's school of thought⁶. Other reasons were due to the hostility of the Umayyads to the Abbasids, who embraced the Hanafi doctrine as well as the similarity between the people of Andalusia and Medina

¹ Hassan Hallaq, *Dirasat fi tarikh al-hadarah al-Islamiyah*, (Beirut: Dar Al-Nahda Al-Arabiya for Printing and Publishing, 1999), 2nd ed, p:274 et seq.

² Ibid.

³ Ibid

⁴ Ahmad ibn Muhammad al-Maqqari al-Tilmisani, *Nafh at-tib min Ghusni il-Andalus ar-Ra'ib*, (Beirut: Dar Sader, 1st ed, 1997, vol.1, p: 45.

⁵ During that era, a group of people who were Shabtun's peers, such as Ferghus bin Al Abbas, Issa bin Dinar, Saeed bin Abi Hind and others who went to Hajj during the days of Hisham bin Abdul Rahman. See: Al-Maqri, *Nafh at-tib*, p. 45-46.

⁶ Ibid., vol.3, p. 230.

in matters of simplicity and personality, in addition to other social and geographical reasons.¹ In fact, these reasons make the Maliki doctrine remained firmly established in Andalusia since its entry in the second century AH until its fall. Thus, the Andalusians adhered to it at the time of their strength and weakness.

Indeed, among the last books² written on Maliki school of thought is what was written by the jurist Issa bin Jaber, the judge of Segovia, who wrote in Spanish two books explaining the origins of the doctrine and its rules for those Muslims who were residing in the Christian Kingdom of Castile and who forgot the Arabic language and were no longer able to use it, which led him to compose two books³ in fifteenth century Spanish.⁴

It is noticeable that the Andalusians' fanaticism to a single sect (the Maliki sect) was a policy that affected the Christian kingdoms that were established near Spain. They even became more adherent and fanatical to the papacy of the catholic church more than the Pope himself.⁵

The Islamic culture has spread widely in Al-Andalus, especially with regard to the Maliki jurisprudence, which reached European countries owing to reasons including the continued influx of foreigners to Andalusia seeking knowledge, and the spread of translation works that affected all Islamic heritage, especially Maliki jurisprudence.⁶ In addition, the role of the Spanish Mozarabs was so important because they mastered both the Arabic and Latin languages, which helped

¹ Abd al-Rahman bin Muhammad Ibn Khaldun, *The Muqaddima* (Damascus: Dar Yarob Publishers for Research and Distribution, 2003) 1st ed, vol.2, p:190-192.

² These two books are titled as (Leyes de Moros), meaning (the law of the Muslims), as reported by the great historian Mahmoud Ali Makki.

³ The publication of these two books were found by the Spanish orientalist Pascual de Gaia Ngos in Madrid in 1882 AD.

⁴ See the introduction to the investigation of the book: Muhammad Abd al-Wahhab Khallaf, *Thalath Wathaiq Fi Muharabat Al'ahwa' Wa Al-bida' fi Al'andalus* (Abu al-Asbagh Issa bin Sahl al-Andalusi), presented by Mahmoud Ali Makki, (Egypt: Arab International Center for Media, 1981), 1st ed, p: 6..

⁵ Ahmed Mukhtar Al-Abadi, *Dirasat Fi Tarikh Al-Maghrib Wa Al-Andalus*, (Alexandria: University Youth Foundation, n.d), p. 122125.

⁶ For more details about the impact of Andalusia on European civilizations see: Khalil Ibrahim Al-Samira', Abdul Wahed Dannun Taha, Natiq Saleh Matlub, *Tarikh al-Arab wa Hadaratihim fi al-Andalus*, (Beirut: Dar Al-kitab Al-Jadeed, 2000), 1st ed, p: 476 et seq; Hassan Hallaq, *Dirasat*, p:274 et seq..

them in translating the most important Islamic and scientific works.¹ Because of this, many names emerged in the translation, including the Italian "Gerard of Cremona", who came to Toledo and focused on studying the Arabic language and translating from Arabic to Latin, with the assistance of the Arabs. It was attributed to him the translation of seventy-one books in various sciences.² Moreover, the strategic location of Andalusia contributed to the transfer of the Islamic cultural heritage to European countries, which helped in spreading the rulings of Maliki jurisprudence in Europe.

2. The Maliki Madhab in Andalusia and European laws : effects and practical applications

In this point, I will address the impact of the Maliki Madhab on European laws through Andalusia. After that, I will analyze some practical applications of the Maliki Madhab on European laws.

2.1 The impact of the Maliki Madhab on European laws through Andalusia

Andalusia was considered an essential route for the passage of the Maliki school of thought to Europe, which were influenced by it in all different sciences.³ Later European laws were influenced by Maliki jurisprudence. This is due to the contact of Western students with Islamic schools in Andalusia, where they translated and transferred a set of Islamic jurisprudence and legislative provisions into their languages. Europe at that time was not on just laws. But, with the era of Napoleon in Egypt, the most famous books of Maliki jurisprudence were translated into French; especially Khalil's *Mukhtasar*,⁴ which was the nucleus of French civil law.

¹ Samira' and others, *Tarikh al-Arab*, p:479.

² Samir Orabi, *ulum attib wa al- Jiraha al-adwiya 'inda ulamaa Al-Arab wa al-muslimin*, (Cairo :Dar El Kitab Al Hadith, 1999), 1st ed, p:39.

³ This is in addition to Sicily, where the Maliki Madhab spread after it was conquered by Asad ibn Al-Furat, as well as the French campaign of Napoleon in Egypt, where the most famous books of Maliki jurisprudence were translated into French; especially Khalil's *Mukhtasar*.

⁴ The French orientalist Eugène Amélie Sédillot (1808-1875) indicates that the French government ordered the translation of the books of Maliki jurisprudence, and a famous testimony was quoted from him in this regard, where he said: "It is the Maliki school of thought that stops our attention in particular, because of our links with African Arabs, and the French government asked Dr. Nicolas Peron to translate into French the book of *Al Mukhtasar fi Fiqh*

Based on the above, the Europeans were affected by the Andalusian civilization when it was at its peak. Such influence has not only touched the scientific side, but extended to include European laws as well. These laws derived many rulings from Islamic jurisprudence in general and Maliki jurisprudence in particular as a result of the geographical location of Andalusia in Europe and its proximity to the Europeans. Therefore, it can be said that the Maliki jurisprudence is the first Islamic jurisprudence that accompanied the Europeans who were living in the darkness of ignorance. Also, it is evident that Europeans were influenced by Arabic poetry, philosophy, mathematics, astronomy,¹ chemistry and other sciences.²

As a result, there is no doubt that European laws took their share of influence. To illustrate, many of the jurisprudential rulings that were based on Malik's jurisprudence were passed on to the Europeans through customs and traditions that later became laws.³ The crossing of philosophy and Islamic thought to European thought has also an impact on the philosophy of law, especially with the translation of the works of Ibn Rushd and the transfer of his books from Arabic into Latin.⁴ The University of Paris was the best center that embraced, nurtured and studied the ideas of Ibn Rushd.⁵ In this context, one of the famous scholars who has got influenced by Ibn Rushd's ideas was St. Thomas Aquinas.⁶

Despite the fall of Andalusia, European students who learned from the Muslim scholars were ambassadors of Islamic civilization in their countries of origin. In fact, one of the reasons that helped spread the Maliki doctrine among foreign students was their influence by the

by Khalil bin Ishaq bin Yaqoub, who died in 1422 AD." See: Abdel Salam Ahmed Figo, *Athar fiqh al-Imam malik fi al-kanoun Al-Madani Al-fransi*, Majalat Al- Huqūq, Casablanca, Dar Al Afaq Almaghribia, 2013, Issue 14, p. 20-21.

Mustafa al-Siba'i, *Min Rawayie Hadartina*, (Riyadh :Dar Al-Warraq for Publishing and Distribution, 1999), 1st edition, p: 90.

¹ See for more details on the influence of the Muslims on Western countries in the fields of mathematics and astronomy : Hassan Hallaq, ; Hassan Hallaq, *Dirasat*, p. 22 et seq.

² Ibid., p:88 et seq.

³ The evidence for this is that even after the fall of Andalusia, some of the people of Toledo were still slaughtering sheep on the day of Eid al-Adha, and they were saying that it is a custom that they inherited from their fathers and grandfathers. see in this: Hassan Hallaq, *Dirasat*, p.96.

⁴ Ibid., p:97.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

policy of tolerance followed by Muslims in Andalusia towards non-Muslim minorities of Christians and Jews who were passionately studying Arabic, jurisprudence, philosophy and various sciences, and even abandoned reading their religious books and despised them¹.

Among those who had a great role in transferring Arabic sciences from Andalusia to Europe, especially the Maliki jurisprudence, was " Pope Sylvester II (Sylvestre II) " of French origin, who studied at the Arab Islamic schools in Cordoba, and also the University of Al-Qarawiyyin in Fez. ²He contributed to transfer many sciences from different branches of study such as arithmetic, astronomy and engineering, in addition to the prevailing legal systems in Andalusia.³ As a matter of fact, this was also one of the main preludes to the emergence of modern Western European legislation.⁴

In addition, European kings and heads of state were sending official missions of students to Andalusia to benefit from the manifestations of its civilizational progress, and to quote the Islamic model in Andalusia. At the same time, some countries were recruiting Andalusian scholars to establish schools, spread science and transfer the Andalusian urban model to them.⁵In the ninth century and beyond, the governments of Holland, Saxony and England signed contracts with about ninety Arab professors and experts in Andalusia in various sciences and industries in order to bring them and benefit from their knowledge and expertise.⁶

Undoubtedly, this matter indirectly led to the beginning of a change in the European mentality. This could be later witnessed through the great renaissance in various sciences, especially the fields of law, which experienced a huge development influenced by the provisions of Maliki jurisprudence. Those provisions were transferred to Europe, whether through students coming to learn in

¹ Ibid., p:21.

² Abd Alīlāh Mashūkhī, *Mawqif al-Islām wa-al-Kanīṣah min al-‘ilm*, (, Jordan : Maktabat al-Manār, 1982), 1st ed, p: 56; Gustave Le Bon, *the Civilization of the Arabs*, translated by: Adel Zuaiter, (Cairo : Arab Press Agency Publishers, 2018), p: 840.

³ See: Fawzi Salem Salih Oliti, *Tatawur Al-fiqh Al-Islami wa ta'thiruhu Ala Al-Qawanin Algharbiah Al-mueasirat*, Journal of Sharia and Legal Sciences, Al-Marqab University, Issue 2: 2018, p. 15.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p:479-478.

⁶ Ibid., p:479-478.

Andalusia from the Maliki jurists and returning to their countries to spread knowledge, or through the contact of European foreigners with Muslim professors and experts who were brought from Andalusia to European institutions. Another effective factor is the translation of Maliki *fiqh* books from Arabic to Latin, which facilitated the transfer of jurisprudential rulings to Europe. The influence of these translated books became evident in European laws in various fields, such as transactions, obligations and contracts.

2.2 Practical applications of the Maliki Madhab on European laws

Among the practical applications of the Maliki school's impact on European laws, were its effect on corporate law as well as the economic and commercial laws. In this respect, professor "Octave Bell" confirmed that the concept of companies in Maliki jurisprudence is based on trust agreements, and the same thing was put in practice in French law in the past.¹ Hence, there is no doubt that French law was affected by the rulings of Maliki jurisprudence because of the entry of Muslims into France through Andalusia. Also, the Spanish civil law was influenced by the Maliki jurisprudence to dispense with marriage contracts outside the church.² With regard to transactions, one of the professors of the University of Madrid (1151) found a contract on the subject of sales written in Arabic as a model for the contracts that the Spaniards used in Andalusia³.

The spread of Maliki jurisprudence in Morocco and Andalusia had a profound impact not only on ecclesiastical law but also on Talmud and Jewish jurisprudence since the tenth century in the city of Fez, the era in which the Maliki school of jurisprudence spread in Morocco after a period during which Hanafi, Shafi'i and Ouzai jurisprudences prevailed.⁴ An example of this is that Abu Saeed bin Yusuf al-Fayumi, known as Rabbi Saadia (942 AD), who is considered the founder of Jewish philosophy in the Middle Ages,

¹ See: Awtaf Bell, *Al Sharikah Wa Al kismaa fi Al-madhab al-Maliki*, (Casablanca : Al-matabiea Al-Mottaheda, 1948), p: 24; 'Abd al-'Azīz Bin-'Abd Allāh, *Ma'lamat al-Fiqh al-Maliki*, (Beirut : Dar al-Gharb al-Islami, 1983), 1st ed, p: 42.

² Abd al-'Azīz Bin-'Abd Allāh, *Ma'lamat al-Fiqh*, p:42.

³ Ibid., p:43.

⁴ Ibid., p:44.

compiled an Arabic translation of the Old Testament and completed the Jewish inheritance law with the help of Islamic law. There is also a Moroccan Jewish scholar, Ishaq ibn Ya'qub al-Kuhan (nicknamed al-Fassi),¹ who has a commentary on the Talmud in twenty volumes, which is considered till now one of the most important books of Talmudic legislation.² He also has three hundred and twenty *fatwas*, all written in Arabic, and they were quoted from the Maliki jurisprudence prevailing in Andalusia and Morocco at that time.³

With regard to other fields related to jurisprudence and law, the entry of Maliki fiqh into Andalusia had a strong impact in adapting European traditions and clear its choices,⁴ especially due to the contact and friction of Europeans with the Maliki of Andalusia and Sicily, after it had been conquered by Muslims. This could be noticed in the potential influence of Islam on Western public and international law; Therefore, it is obvious that many of the cultural, philosophical and moral Islamic issues have been included in the European legal codes. This came into effect as a result of the influence of the Maliki jurisprudence in particular and Islamic jurisprudence in general on the European legislative thought, whether in terms of diplomacy, military or civil⁵.

Based on above, the Crusades were not the reason that introduce science to Europe as it is common, but science was introduced to it by Spain, Sicily and Italy, which all adopted the Maliki doctrine. "Gustave Le Bon" emphasized that the Middle Ages did not know the books of the ancient Greek world except by translating them into Arabic, as thanks to the translation, Europeans were acquainted with the contents of the books of Greece.⁶ This can be proved by the fact that an office of translators in Toledo began since its creation to

¹ He was born on 404 AH / 1013 AD in Qalaat bin Ahmed near Fez and died in Lusina in Andalusia in 497 AH / 1103 AD.

² Abd al-'Aziz Bin-'Abd Allāh, *Ma'lamat al-Fiqh*, p:44.

³ Ibid.

⁴ Ibid., p:44-45.

⁵ Ibid., p:45.

⁶ Gustave Le Bon, *the Civilization of the Arabs*, p:848.

translate the books of the Arabs into Latin under the auspices of Bishop "Raymond¹."

Therefore, the renaissance that Europe witnessed in the field of democracy and rights, and the development that occurred in its legislative systems, was influenced by Islamic civilization, especially after the conquest of Andalusia and Sicily and the spread of the Maliki sect among Muslims and non-Muslims. In this regard, "M. Liberi said: "If the Arabs had not appeared on the stage of history, the renaissance of Europe in literature would have been delayed by several centuries."²

The English historian "Wells" also stated that: "Europe owes Islam the greater part of its administrative and financial laws."³ Besides, prince Charles - the Crown Prince of Britain - said in a lecture he delivered at the Oxford Center for Studies: "...Spain during the era of Muslims made important contributions in many fields of human research in sciences, astronomy, law and mathematics... Cordoba was the most civilized city in Europe, and many of the advantages that modern Europe is proud of came originally from Spain during the Islamic rule. Diplomacy, freedom of trade and open borders... all came from that great city."⁴

In fact, the beginnings of the nucleus of international trade law began to emerge from the twelfth century AD through the spread of the principle of freedom of the seas, which was the result of contacts between Muslims and Europeans via Andalusia and Sicily.⁵ These contacts developed with the establishment of the anchorages of Venice, Genoa, and Pisa, where European merchants spent several months in the East in the early autumn and half of spring each year; This was their first contact with Islamic morals and customs,⁶ which reached them through the spread of Maliki jurisprudence in those

¹ Ibid.

² Ibid., p:848-849.

³ Ragheb Al-Sarjani, *madha qaddama al muslimun li al-alam*, (egypt :Iqra Establishment for Publishing, Distribution and Translation,2009), 2nd ed, vol.2, p: 706.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p:45.

⁶ Ibid.

cities. A consulate for the sea was established in Andalusia in 1340 AD, and administrative, maritime and war laws had also developed¹.

Among those influenced by the Maliki jurisprudence was Alfonso IX ((also known as the Wise), King of Castile and Emperor of the West (1272 AD). He was influenced by Islamic civilization in the second half of the thirteenth century and quoted many rulings from a large number of Arab sources;² It was he who renewed the University of Salamanca, which played a major role in creating what led to modern international law. ³Alphonso wrote the first legal code in Europe called “Las SietePartidas” (published with Latin commentaries by Gregorie Lopez) in three volumes (Madrid 1829) and he derived it mainly from the law (states) in Muslim Andalusia dating back to 1280 AD.⁴ Indeed, it was an actual quotation from the Maliki school of thought that dominated Andalusia until its fall, and it is not hidden from specialists who try to theorize between the content of the texts and the date of issuance of these texts, how this Latin book has a big impact on the emergence of European international law in the modern era.⁵

Here ,it should be noted that Morocco, which embraced the Maliki doctrine, had innovations referred to by Professor Caille in the book he wrote about treaties, agreements and decrees during the reign of Sultan Sidi Muhammad bin Abdullah, where he highlighted the creation and creativity of many of the principles that were included in the codes of international public law in Europe.⁶

As a final point, the French civil law, which was the origin of Western laws, is a good example of the manifestations and effects of the Maliki madhabs on foreign legislations. For instance, with regard to the interpretation of contracts, the jurisprudential rule says that “The criterion in (the construction of) contracts is intentions and

¹ Ibid., p:46.

² Ibid., p:46-47.

³ Ibid.

⁴ Ibid., p:47.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., p:48-49.

meanings and not words and form.”¹ This rule was expressed by Al-Wonshari in the book of Nawazil “AL Miayar Al Mouarib” when he said: “If the issue revolves between observing the form and observing the intent, then observing the intent is preferred.”² With the same meaning, article 1188 of the French Civil Code states: “The contract is interpreted according to the common intention of the parties rather than stopping at the literal meaning of its terms. When this intention cannot be detected, the contract is interpreted according to the meaning given to it by a reasonable person placed in the same situation”.³ The Moroccan law has also been influenced by Maliki jurisprudence and French law and expressed the same rule in Chapter 462 of the Law of Obligations and Contracts, which states: “... it is necessary to search for the intention of the contracting parties, without stopping at the literal meaning of the words, nor at the structure of sentences.”

Finally, we must know well that before the time of Napoleon, France did not have a law of its own that stemmed from religion or from other components of the nation. The scholars who drafted the civil law that is associated with the name of Napoleon had benefited greatly from the provisions they had seen, and from what they translated from the books of Maliki jurisprudence in particular, which means that the law of Islam had entered into the Europeans positive laws because it was taken by them as the best and valid Legislation during that time.⁴

Conclusion:

The laws or legal rules are not mere facts that arose out of chance in our contemporary legislation, but are rather a reflection of

¹ See the explanation of the rule at: Ahmed bin Sheikh Muhammad Al-Zarqa, *Sharh al-Qawaid al-Fiqhiyyah*, (Damascus: Dar Al-Qalam, 1989) 2nd ed, p: 55.

² Ahmad ibn Yahya al-Wansharisi, *al-Mi'yār al-Mu'rib wa al-Jāmi'* al-Mughrib 'an Fatāwā Ahl Afrīqiya wa al-Andalus wa al-Maghrib, (Rabat : the ministry of Awkaf and islamic affaris, 1981), vol.4, p :95.

³ Article 1188, code civil français (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016): « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

⁴ Fawzi, Tatawur Al-fiqh Al'islami, p24.

certain economic, social, political, religious and intellectual conditions, that have been developed in light of the time and place of its existence. Therefore, identifying the origins of any law necessarily requires knowledge of the factors that have contributed to its existence and development.

It is true that the ancient societies had known some kind of legal organizations and customs on which the relations among their members were based, or between them and other nations, most of which were not codified, such as the Indian law of Manu (2000 BC), the law of Borkhoris (740 BC), Hammurabi's Law (1728 BC), and Roman Law 450 BC. Beside these laws, there is also the Islamic law or *Shariah* law which has huge effects on many modern legal laws, especially the Maliki jurisprudence, which was the dominant doctrine throughout Andalusia and Morocco.

We have seen in this article how Foreign students from Europe were influenced by the *fiqh* of Malik and the scholars of Maliki Madhab, and thus became its ambassadors in their countries. More than that, many Christians were named by Arab names and imitated their Muslim neighbors in establishing some religious systems in matters like circumcision (Khitan), food and drink. Such effects continued even after the Muslims were expelled from Andalusia.

We have found out that the rules and provisions of the Maliki madhab were transferred to Europe through many other factors like the translation of its books, the customs and also the science trips of students and scholars.

Generally, the importance of the Islamic law and its impacts on other laws is proved by the Hague Conference, which approved in 1937 what had been decided in the Washington Conference in 1935 which declared that the Islamic *Shariah* is a source of law independent of the sources of Greece and the Romans.

References

Abd Allāh Mashūkhī, *Mawqif al-Islām wa-al-Kanṣahmin al-'ilm*, (, Jordan : Maktabat al-Manār, 1982), 1st ed.

Abd al-Rahman bin Muhammad Ibn Khaldun, *The Muqaddima* (Damascus: Dar Yarob Publishers for Research and. Distribution, 2003) 1st ed, vol.2.

Abdel Salam Ahmed Figo, *Athar fiqh al-Imam malik fi al-kanoun Al-Madani Al-fransi*, Majalat Al- Huqūq, Casablanca, Dar Al AfaqAlmaghribia, 2013, Issue 14.

Abū `Ubayd al-Bakrī, *Jughrāfiyyat Al-Andalus Wa-Ūrūbbā: min kitāb Al-Masālik wa-Al-mamālik*, (Beirut : Dar Al-Irshad for Printing, Publishing and Distribution, 1968).

Abu Abdullah Muhammad bin Muhammad bin 'Iḡārī Al-Marrakchi, *Kitāb al-bayān al-mughrib fi akhbār al-Andalus wa-al-Maghrib*, (Beirut Dar At-takafa, 1983), 3rd ed, vol.2.

Aḥmad ibn Muḥammad al-Maqqarī al-Tilmisānī, *Nafḥat-ṭīb min Ghusni il-Andalusar-Raṭīb*, (Beirut : Dar Sader, 1st ed, 1997, vol.1.

Aḥmad ibn Yahya al-Wansharisi, *al-Mi'yār al-Mu'rib wa al-Jāmi' al-Mughrib 'an Fatāwā Ahl Afrīqiyawa al-Andalus wa al-Maghrib*, (Rabat : the ministry of Awkaf and islamicaffaris, 1981), vol.4.

Ahmed bin Sheikh Muhammad Al-Zarqa, *Sharh al-Qawaid al-Fiqhiyyah*, (Damascus: Dar Al-Qalam, 1989) 2nd ed, p: 55.

Ahmed Mukhtar Al-Abadi, *Dirasat Fi Tarikh Al-Maghrib Wa Al-Andalus*, (Alexandria: University Youth Foundation, n.d).

Awtaf Bell, *Al Sharikah Wa Al kismaa fi Al-madhabal-Maliki*, (Casablanca : Al-matabiea Al-Mottaheda, 1948), p: 24; 'Abd al-'Azīz Bin-'Abd Allāh, *Ma'lamatal-Fiqh al-Maliki*, (Beirut : Dar al-Gharb al-Islami, 1983), 1st ed.

Fawzi Salem Salih Oliti, *Tatawur Al-fiqh Al'iislami wata'thiruhu Ala Al-Qawanin Algharbiah Al-mueasirat*, Journal of Sharia and Legal Sciences, Al-Marqab University, Issue 2: 2018, p. 15.

Gustave Le Bon, *the Civilization of the Arabs*, translated by: Adel Zuaiter, (Cairo : Arab Press Agency Publishers, 2018).

Hassan Hallaq, *Dirasat fi tarikh al-hadarah al Islamiyah*, (Beirut: Dar Al-Nahda Al-Arabiya for Printing and Publishing, 1999) , 2nd ed.

Hugh N. Kennedy, *Muslim Spain and Portugal: a political history of Al-Andalus*, (London ; New York : Longman, 1996).

Khalil Ibrahim Al-Samira', Abdul Wahed Dannun Taha, Natiq Saleh Matlub, *Tarikh al-Arab wa Hadaratihim fi al-Andalus*, (Beirut: Dar Al-kitab Al-Jadeed, 2000), 1st ed.

Muhammad Abd al-Wahhab Khallaf, *Thalath Wathayiq Fi Muharabat Al'ahwa' Wa Al-bid'ae fi Al'andalus* (Abu al-Asbagh Issa bin Sahl al-Andalusi), presented by Mahmoud Ali Makki, (Egypt: Arab International Center for Media, 1981), 1st ed.

Muhammad bin Abdullah bin Abdul Moneim Al-Himyari, *Sifat Jazirat Al-andalus*, (Beirut : Dar Aljil, 1988), 2nd ed.

Mustafa al-Siba'i, *Min Rawayie Hadartina*, (Riyadh : Dar Al-Warraq for Publishing and Distribution, 1999), 1st ed.

Ragheb Al-Sarjani, *madhaqaddama al muslimun li al-alam*, (egypt : Iqra Establishment for Publishing, Distribution and Translation, 2009), 2nd ed, vol.2.

Ragheb Al-Sarjani, *Qisat Al'andalus Mina Al-fathi 'ila Al-ssqūt*, (Qairo: Iqraa Institution for Publishing, Distribution and Translation, 2011) , 1st ed.

Samir Orabi, *ulumattibwa al- Jiraha al-adwiya 'indaulamaa Al-Arab wa al-muslimin*, (Cairo : Dar El Kitab Al Hadith, 1999), 1st ed.

Tawfiq Sultan Al-Yuzbaki, *Al-hadarah Al-islamiyya Fi Al-Andalus wa Athareha Ala Ūrūbbā*, the Journal of Culture for Studies and Research, Baghdad, 2010, vol.5, issue 20.

Du Glossaire au Dictionnaire Histoire de l'évolution d'un concept et d'un critère de classification

Dr. Mustapha FARHAT

Faculté Chariaa,
Université Ibn Zohr

ملخص

تناولت في هذا المقال موضوع تاريخ تأليف كتب المعاجم، وبالرغم من أن المعاجم قديمة جدا قدم الحضارة الإنسانية، إلا أن للعرب وللخليل بن أحمد الفراهيدي على الخصوص السبق والريادة في هذا المجال.

وقد عمد هذا العالم العربي المتميز في كتابه: "العين" إلى ترتيب الحروف حسب مخارجها من أعمق نقطة في الحلق وهي العين إلى آخرها وهي الميم، واعتمد أيضا على نظام التقليبات والتأثيرات ونظام ترتيبي داخلي مشكل من أبينة ثنائية وثلاثية ورباعية وخماسية، ويعد هذا المعجم أول معاجم الترتيب الصوتي ونواة للمعاجم التي ستأتي من بعده سواء كانت عربية أو غربية.

وقد أوضحت في هذا المقال أن في العصر القديم وفي العصر الوسيط لم تكن هناك معاجم بالمعنى المعترف عليه حاليا بل مجموعة من قوائم لبعض المصطلحات ما يسمى بـ :

GLOSSAIRES.

كلمة مفتاحية:

تاريخ تأليف- كتب المعاجم- الخليل بن أحمد الفراهيدي

Abstract

In this article, I tried to demonstrate that the Arab lexicographers have largely contributed to establishing the foundations of this discipline. In particular, I presented the genesis of the first dictionary in the history, especially those of the Arab-muslims, like Al Khalil Al Farahidy, Ibn Durayd Al Azdi, Al Farabi, Al Jawhari, Ibn Manzur, Fayrouzabadi, Ibn Faris, or even Zamakhchari. Joseph DICHY(1) published an article in the review of the Oxford University, Journal of Semitic Studies, entitled "Al Khalil conjecture : how the first comprehensive dictionary in history was invented", in which he specifies that this Arab-Muslim lexicographer is one of the first in history and the real one who invented the dictionary such as we know it currently. Alain REY(2) in his "Dictionnaire amoureux des dictionnaires" confirmed that Arab Muslim lexicography left an indelible mark in the history of this linguistic discipline and that the major advances what will this science know during the rebirth and, well after, in occident are largely dependent on this oriental heritage.

Aussi loin que l'on remonte dans le temps, il est très difficile de déterminer avec certitude et exactitude qui des civilisations les plus anciennes de l'histoire, depuis l'invention de l'écriture, a créé le premier dictionnaire ou un de ses avatars, car le concept telle que nous le connaissons aujourd'hui est bien plus récent. En effet, ce n'est que vers 1220 de notre ère que paraît un ouvrage portant ce titre, en version latine, avec Jean de GARLANDE, le *Dictionarius cum commento*. Avant cette date et durant des temps reculés, vers 3300 avant notre ère, les archéologues ont exhumé des fonds d'une des plus anciennes bibliothèques au monde de Sumer, des tablettes d'argile préfigurant des listes lexicales regroupées par thèmes, des noms de métier à ceux de pays, en passant par ceux des pierres, des minerais, des animaux, des arbres, des végétaux, des termes mathématiques et commerciales (...), certainement à visées éducatives car elles étaient destinées aux scribes et aux historiographes. Au début, ces premières énumérations étaient unilingues avant qu'elle ne deviennent par la suite bilingues au contact d'une deuxième civilisation, celle des Akkadiens notamment. Il suffit de consulter l'article de C. BOISSON (1), écrit à ce sujet, pour être au fait de cette grande découverte. Le premier critère d'organisation que ces Sumériens des premières heures ont retenu est purement thématique. Ce type de classement démontre déjà que ceux qui ont inventé l'écriture étaient dotés d'une intelligence peu commune, pas uniquement en mathématiques ou en astronomie où ils ont le plus brillé, mais aussi dans d'autres champs du savoir, tel que celui de la lexicographie, même si certains leur refusent ce titre, bien avant les Grecs, les Musulmans et les Européens qui vont arriver par la suite. Au fur et à mesure que l'on avance dans le temps et que l'homme s'enrichit de connaissances et d'expériences diverses, passés et futurs, ces listes sumériennes organisées thématiquement vont s'amplifier, se diversifier et se complexifier. La somme des connaissances que le savant va devoir assimiler, compiler et expliquer est de plus en plus grande. Il devra alors croiser ce critère de classement thématique avec d'autres pour pouvoir s'y retrouver et répondre pleinement à l'attente de ses éventuels lecteurs. Une tradition ancienne, celle de la glose, a vu le jour en Grèce antique et va perdurer pendant des siècles. Elle préfigure ainsi

les prémisses de la lexicographie, enfin ses premiers balbutiements. La glose est un commentaire linguistique qui tente d'éclaircir le sens d'un mot ancien, obscur ou étranger. Les premiers textes grecs sont ainsi parsemés de gloses, d'ailleurs celles-ci, en rapport à leurs positions, sont dites marginales, linéaires, intercalaires, continues ou « encadrantes ». Ce sont les sophistes grecs qui ont impulsé ce désir de comprendre le sens des mots, enfin ceux d'entre eux qui apparaissent difficilement accessibles à l'esprit. Ces maîtres d'éloquence et de savoir, tels qu'ils aiment à se définir, sont d'ailleurs les premiers enseignants de l'histoire. Il ont le mérite d'avoir amorcé un mouvement de pensée qui va traverser toute la Grèce antique et qui va donner naissance à la philosophie et aux philosophes, leurs ennemis de toujours, SOCRATE, PLATON, XENOPHON ou ARISTOTE. Ce dernier a d'ailleurs écrit un pamphlet à leur sujet. PROTAGORAS, l'expert en droit, GORGIAS, le grand rhéteur ou PRODICOS, un étonnant grammairien et leurs disciples ont développé une réflexion sur le langage, sur le vocabulaire, sur la rhétorique, sur le sens des mots, enfin sur leurs utilités premières. Les premiers recueils de gloses destinés aux élèves, aux enseignants et au public lettré apparaissent juste après. Ce sont des petits lexiques qui fournissent des explications des mots rares ou difficiles. Déjà au cinquième siècle avant notre ère, apparaissent les premiers glossaires. Au départ, très liés aux œuvres des maîtres, ressemblant plus à des appendices, puis petit à petit une sorte d'émancipation s'opère dans l'esprit de leurs auteurs, ne se contentant plus d'une seule œuvre mais de plusieurs, allant parfois des mots jusqu'aux noms propres, comme ce fut le cas d'ARISTOPHANE de Byzance(257 -180) avec son fameux ouvrage *Peri Lexeon* .(2) Pour résumer, l'Antiquité n'a pas eu vraiment de dictionnaire au sens strict du terme, seulement des énumérations organisées de manière thématique, des listes de mots structurées en fonction de la première syllabe, des onomastiques telles que ceux de Ramesseum(1750 av JC) ou d'Aménopé (-1100) trouvées en Egypte ancienne ou encore divers recueils de gloses ou de scholies, le plus souvent prenant la forme d'annotations linguistiques, ni plus ni moins.

Les définitions telle que nous les connaissons actuellement, élaborées de manière logique, chronologique et linguistique n'ont pas, à notre connaissance, encore été produites, par aucun des lexicographes Sumériens, Akkadiens, Egyptiens, Alexandrins ou Grecs. D'après les spécialistes, le premier dictionnaire définitionnel n'apparaît qu'en 1611 avec COVARRUBIAS, l'auteur du Trésor de la langue Castellane et Espagnole. En fait, durant la Grèce antique, des auteurs comme PLATON ou ARISTOTE ont bien traité cette question de la définition dans plusieurs de leurs ouvrages, mais différemment, la reliant avec l'essence des choses, leur nature propre, lui donnant une acception moins linguistique que phénoménologique. La définition est une formule qui indique la signification d'un mot, remplace un terme par un autre plus explicite, détermine et limite son extension sémantique, qu'elle ordonne et classe de manière structurée, le plus souvent d'un point de vue chronologique. Produire une définition exacte des mots, des termes, des concepts ou des choses n'est pas toujours aisé, puisqu'il implique une compréhension totale de la part du lexicographe, si elle est partielle ou partielle, impliquant un jugement ou un parti pris elle devient nulle et non avenu. Reprenons maintenant le cours de l'histoire du dictionnaire, là où nous l'avons laissé, c'est-à-dire avant le début de l'antiquité romaine. Les latins, notamment VARRON et FLACCUS ont rédigé des traités encyclopédiques dignes d'intérêt. Le premier, *De Lingua latina* (Sur La Langue latine) fournit l'étymologie latine de nombreux mots, le second *De Verborum Significatione* (Du Sens des mots) est composé de vingt tomes où sont compilées les gloses antérieures. Verruis FLACCUS s'est intéressé aux mots rares, à leurs nuances, à leurs emplois et à leurs étymologies. Son ouvrage sera organisé de manière alphabétique et constituera une référence pour les lexicographes durant des siècles. Le monde Arabo-musulman n'est pas en reste, et connaîtra à son tour cette vogue des dictionnaires et des encyclopédies, notamment avec Al Khalil IBN AHMED (718-791), qui a écrit « *Kitab Al Ayn* », Le Livre Source(3), qui comporte vingt-six sections, réparties en plusieurs chapitres, selon un mode de classification phonétique assez particulier. (4) Cet ouvrage est très important dans l'histoire de la lexicographie.(5) Il est l'un des premiers dictionnaires normatifs de l'histoire. En effet, son auteur

s'est vite rendu compte de l'intérêt de réaliser un dictionnaire de langue arabe, capable de subsumer ses différentes variétés et d'en extraire l'essence ou la norme pour pouvoir par la suite procéder à un travail d'épuration et de classification linguistique, selon un principe assez novateur pour l'époque et qu'on oublie souvent de signaler, celui des lemmes. La lemmatisation qui consiste à regrouper les mots d'une même famille, à retrouver leur forme canonique, réduite à l'extrême, qu'on désigne par lemme, est une avancée majeure dans le domaine qui nous intéresse, et nous ne pouvons passer sous silence ce procédé révolutionnaire pour cette période. Rien d'étonnant, venant d'un maître en la matière, n'oublions pas qu'Al Khalil Ibn Ahmed AL FARAHIDI est issu d'une famille de lettrés, et qu'il a été tour à tour, philologue, poète, mathématicien, musicien et surtout l'un des premiers « cryptanalystes » de l'histoire, bien avant AL KINDI. Il a d'ailleurs résolu des énigmes linguistiques de son vivant, avant d'écrire une œuvre sur la cryptanalyse, sur l'étymologie des mots, sur la métrique et sur les signes diacritiques de la langue arabe. Durant les premiers siècles suivant l'expansion de l'Islam dans le monde et le brassage culturel qui s'ensuit, et pour éviter que la langue arabe ne se perde au milieu de ce maelstrom humain et linguistique, AL Khalil Ibn Ahmed a conçu son dictionnaire dans un but bien précis. Il a voulu protéger cette langue au maximum des dérives et des déviations qui pèsent sur elles et qui peuvent lui être néfastes. Son livre contient des repères et des références grammaticales susceptibles de la préserver, et d'en faciliter l'usage, enfin le bon. Ce dictionnaire s'inscrit dans cette perspective comme le seront d'autres un peu plus tard, des siècles après, comme Le Dictionnaire de l'Académie française, commanditée par Louis XIV et éditée vers 1694. Après cette première vague de dictionnaires qui s'inscrivent presque tous dans la mouvance d'Al Khalil et de ses disciples, d'autres vont naître, créant à leur tour de nouvelles tendances et écoles dans ce domaine du savoir, à commencer par la tentative d'Ibn Durayd AL AZDI (837-934) qui a écrit un grand dictionnaire de langue arabe, comprenant plusieurs tomes, trois à quatre à ma connaissance, Jamhara Al Lughah. Ce livre a été traduit en français sous le titre de Collection du langage, une interprétation qui me semble très approximative car il s'agit plus de collecte (5)

qu'autre chose, et c'est d'ailleurs le travail que ce grand lexicographe a du accomplir, en élargissant son champ d'investigation linguistique, contrairement à son prédécesseur qui l'a un peu restreint, traitant ainsi des différents dialectes arabes, faisant aussi le tri entre les mots d'origines arabe et ceux qui le sont pas, c'est-à-dire les emprunts perses, assyriens, abyssiniens, latins, grecs, araméens, etc. Le livre d'Ibn Durayd a aussi innové en matière de classement et de disposition des entrées linguistiques dans le dictionnaire. Il a ainsi introduit quelques rectifications sur celle de son devancier Al Khalil, en classant les lemmes d'un point de vue alphabétique, facilitant de cette manière la localisation des mots dans son dictionnaire. Son ouvrage a été autant encensé que critiqué, mais « le plus savant des poètes et le plus poète des savants », tel qu'il était souvent décrit a eu beaucoup de mérite dans le domaine de la lexicographie, surtout en matière de citations, de références, de renvois et d'usages grammaticaux. Un autre courant lexicographique va s'amorcer au début du onzième siècle, avec Abou Nasr AL JAWHARI, le petit fils de l'immense AL FARABI en personne, qui va élaborer deux dictionnaires, le premier Taj Lugha, La Couronne ou le Diadème de la langue arabe et le second, Sihah Lugha, l'Arabe correct. Ils seront traduits en plusieurs langues, dont plusieurs versions en langue latine, celle notamment de SCHEIDUIS et de HARDERWIJK (1676). L'auteur de ces dictionnaires a choisi un mode de classification des lemmes basée sur les finales ou si l'on préfère les terminaisons. Ces dernières sont ensuite organisées selon les principes d'un alphabet régulier, le tout divisé en vingt-huit sections, lesquelles sont, ensuite, réparties en vingt-huit chapitres. Les deux ouvrages constituent dans l'ensemble six volumes et comprennent près de quarante mille entrées. On oublie souvent de dire qu'AL JAWHARI est issu d'une famille de lexicographes car en plus de son célèbre aïeul qui a écrit des anthologies et des encyclopédies, il a eu aussi un oncle maternel, Abou Ibrahim ISHAQ connu pour son ouvrage Diwan Al adab. AL JAWHARI, née en Transoxiane, est d'origine turque. Cette région d'Asie centrale est réputée pour abriter divers ethnies qui parlent plusieurs langues à la fois, du Turc jusqu'au Sogdien, en passant par le Perse, le Latin et aussi l'Arabe qui a une fonction d'idiome polarisant, souvent coupé de la réalité. C'est ainsi que très

tôt, il nourrit le projet de redorer le blason de cette langue, prise en tenaille, à l'intérieur de ce pullulement linguistique et idiolectal qui risque de la pervertir. Il entreprend alors un voyage à Bagdad puis à Coufa pour se ressourcer et étudier des mains d'illustres philologues et grammairiens arabes, comme AL SIRAFI, lui même élève d' IBN DURAYD et de SIBAWAYH, l'auteur de la Somme grammaticale. Cette quête du savoir va le mener bien loin que ses espérances, il entreprend alors de confronter ses connaissances théoriques à la réalité, en allant chez les nomades, réputés pour avoir gardé leur langue intact, une certaine «saliqua», une pureté linguistique, ceux de la steppe euphratéenne, ceux aussi de l'Arabie, du Hedjaz plus spécialement, dans le but de collecter la somme d'information qui lui manque, enfin les éléments restants qui vont lui permettre de finaliser son projet. Ses deux dictionnaires, connus sous le nom de Corrects ou si l'on veut de Valides (Sihah) marquent un tournant dans l'histoire de la lexicographie arabe, car en abandonnant les méthodes de ses prédécesseurs, ceux notamment d'AL KHALIL, celles des métathèses, des reduplications de consonnes, des allongements vocaliques, de l'ordre des signes et en optant pour un arrangement moins contraignant, moins savant, plus approprié, plus simple, celui des terminaisons des racines, classées ensuite par ordre alphabétique il fait franchir à la lexicographie un nouveau cap. Comparé aux dictionnaires de son temps, ceux d'AL JAWHARI se caractérisent par une clarté dans les définitions, une qualité des exemples, qui ont d'ailleurs permis d'illustrer différentes significations de mots, jusque là opaques et le recours aussi, de manière quasi systématique, aux synonymes. La rigueur qui caractérise la totalité de son œuvre et aussi sa démarche qui s'appuie sur les principes de la philologie et des témoignages dignes de foi, recueillies auprès de sources sûres, souvent primaires, lui confèrent un statut particulier au sein de la famille, non pas uniquement des lexicographes arabes mais aussi mondiaux, et il mérite d'ailleurs d'être cité comme faisant partie des meilleurs dans ce domaine. Une lignée de lexicographes arabo-musulmans vont d'ailleurs le prendre pour modèle, signalons le dictionnaire Lissan Al Arab, La Langue des Arabes, d'IBN MANZUR (1233-1311). Ce dernier a écrit un ouvrage encyclopédique qui regroupe en son sein la somme de plusieurs dictionnaires qui l'ont

précédés, comme il l'affirme lui-même dans son introduction : le Tahdib Lugha d'AL AZHARI, le Mouhkam d'IBN SIDA, le Sihah d' AL JAWHARI, le Hachiat Sihah d'IBN BARI et le Nihaya fi Gharib al Hadith d' IBN AL ATHIR. Ce compendium, nous pouvons d'ailleurs l'appeler ainsi parce qu'il est considéré par les spécialistes comme l'un des dictionnaires de la langue arabe les plus complets en la matière, et l'un de ceux aussi qui cite le plus fidèlement ses sources. Il est aussi réputé pour comporter un grand nombre de citations. Un autre nom, non moins célèbre, appartenant à cette mouvance est FAIROUZABADI (1329-1414). Son dictionnaire Quamous Al Mouhit, L'Océan, est une sorte de compilation de plusieurs ouvrages qui l'ont précédés, dont celui ALJAWHARI et d'IBN SIDA. Dans son introduction, l'auteur précise qu'il a suivi le même procédé de classification des lemmes, suivant leurs terminaisons, mais qu'il a tenu à parachever le travail accompli par ses devanciers, certaines matières et significations qu'ils ont occultées et qu'il a tenu à transcrire en rouge pour préciser sa contribution dans ce domaine. FAIROUZABADI, doté d'une grande érudition, a contribué largement à faire avancer ce champ du savoir en proposant une analyse plus détaillée du sens des mots. Son approche sémantique, à la fois synchronique et diachronique, lui a permis d'étendre la gamme possible des emplois, des usages et des acceptions linguistiques. Il a aussi utilisé un certain nombre d'abréviations, de symboles et de signes qui permettent de renseigner le lecteur sur la nature du mot, son origine, sa localisation diatopique, son emploi, sa variété et surtout son usage. Ce dictionnaire sera suivi, des siècles durant, par de nombreux lexicographes.

La densité des informations des dictionnaires de langue arabe
Auteurs Les matières / Les dérivés / Les mots Dictionnaire L'Océan
FAIROUZABADI 11 000 /70 000 /733 000

Dictionnaire L'Océan des océans

EL BOUSTANI 11 200 /84 965 /1 300 000

Dictionnaire La Langue des Arabes

IBN MANZUR 9 393 /158 149 /4 493 934

Une autre école de lexicographie, constituée d'éminents linguistes arabo-musulmans appartenant à différentes époques, aussi bien anciennes que récentes, s'est distinguée dans ce champ du savoir par d'innombrables productions de grande importance qui se veulent plus maniables, plus accessibles au néophytes qui peuvent les consulter sans coup férir, en suivant un agencement et une organisation alphabétiques des plus conventionnelles. Signalons au passage IBN FARIS (941-1004) avec ses Maquayiss Lougha ou si l'on préfère Echelles de mesure de la Langue, un dictionnaire académique dans lequel son auteur a procédé à la normalisation et à la « stemmatisation » des formes graphiques. Il a ainsi regroupé les mots de la même famille et les a décomposé en « stem », ou si l'on préfère en souche, c'est-à-dire une forme de base à l'origine de mots divers, souvent épars et difficile à cerner. Ce procédé, très innovateur à l'époque, permet de passer au crible, au sas, la fameuse échelle de mesure, les mots, de les appareiller, de déterminer leurs filiations, leurs origines et surtout leurs sens. On n'est pas loin des théories structuralistes d'un Ferdinand de SAUSSURE au début du vingtième siècle ou d'une grammaire générative et transformationnelle du langage d'un Noam CHOMSKY, développée juste après. IBN FARIS, dans son dictionnaire, Les Echelles de mesure, a eu le mérite de développer une méthode qui permet de distinguer certaines acceptions linguistiques, qui peuvent prêter à confusion. Il a aussi analysé certains toponymes en déterminant leurs significations et leurs origines. ZAMAKHCHARI (1074-1143) peut être aussi cité comme faisant partie de cette école, dans le sens où il a écrit un ouvrage Assas AL Balagha, organisé de manière commune, selon le même ordonnancement alphabétique. Son dictionnaire donne beaucoup d'importance au contexte dans la mesure où il a compris que le mot pris isolément n'a pas de véritable sens. Ce qui caractérise aussi son œuvre est l'importance qu'il donne au sens figuré car il est l'un des premiers lexicographes arabo-musulmans à l'avoir distingué du sens propre. Le mode d'explication qu'il a choisi s'appuie sur un large éventail de références, des versets coraniques aux hadiths, en passant par la poésie arabe et par les proverbes. N'oublions pas que ZAMAKHCHARI a écrit de nombreux ouvrages dans plusieurs domaines, de l'Exégèse coranique avec son fameux

Al Kachaf, à la littérature avec ses Maquamat, à La géographie avec Le livre des Lieux et des Montagnes, au Hadith avec El faiq, à la parémiologie avec Elmoustaqsi fi Amtal Elarab, à la grammaire où il a écrit le plus de traités, El Moufassal, El Moufrad, El Moualaf, El Anmoudaj .Alain REY dans son Dictionnaire amoureux des dictionnaires(6) a confirmé que la lexicographie arabo-musulmane a marqué d'un sceau indélébile l'histoire de cette discipline, et que les avancées majeures que connaîtra cette science durant la Renaissance et bien après en Occident sont, en grande partie, tributaires de cet héritage orientale. Dès le huitième siècle de notre ère, les musulmans se sont intéressés à la langue du Coran. Les philologues et les grammairiens musulmans ont été très prolifiques à ce sujet dans le sens où ils ont écrit des traités divers sur la nature des vocables arabes qu'ils ont passés au crible, répertoriant ceux d'entre eux qu'ils estiment familiers, indignes de figurer dans un dictionnaire, ceux aussi qui sont vulgaires, populaires, banales, archaïques, sauvages

(Wahchi), rares ou sibyllins. Ces premiers travaux ont permis aux lexicographes qui vont venir par la suite non pas seulement d'inventorier le lexique arabe, comme l'ont fait leurs prédécesseurs durant l'antiquité, de faire des listes, des onomastiques, des nomenclatures, des glossaires, mais surtout de le structurer, de le modéliser et de mieux le définir. Les dictionnaires spécialisés sont nombreux en langue arabe, citons au passage celui des antonymes d'AL ANBARI ou d'ABOU TAYIB, celui aussi IBN ASSIKIT consacré aux synonymes, aux antonymes, aux mots polysémiques et aux dérivés ou encore celui d'Ali ROUMANI relatif aux synonymes. AL BOUSTANI dans son Océan des océans, (Mouhit El mouhit) a intégré les néologismes, élargissant ainsi le fond lexicographique de la langue Arabe. Il existe depuis toujours chez les lettrés arabes une tradition très ancienne et qui consiste à décrire avec le plus de minutie possible, les animaux, les êtres, les choses, les idées, les sciences, enfin différents sujets de la vie, ce qui leur a permis d'élaborer un vocabulaire assez riche à ce sujet. Il suffit de consulter les traités d'AL ASMAI, par exemple, sur les chevaux, les chameaux, les moutons ou les animaux sauvages pour mesurer à sa juste valeur

cette science de la description. Bien avant Carl Von LINNE, les lexicographes et les encyclopédistes arabo-musulmans ont élaboré des règles de classifications, assez stricts, ce qu'on dénomme actuellement par taxons. FARABI, TABARI, RAZI, AVICENNE, ADDINAWARI ou IBN AL BAYTAR, pour ne citer que ces premiers, ont excellé dans ce domaine. En plus de leur savoir encyclopédique, de la somme d'informations et de connaissances qu'ils ont dû répertorier, organiser et définir, ils ont élaboré des systèmes de classement assez judicieux, suivant les objets à catégoriser. Prenons par exemple le dictionnaire de botanique, Le livre des plantes, d'Abou Hanifa ADDINAWARI qui contient le nom de 637 plantes et dans lequel il dresse leur typologie suivant leurs stades d'évolution, de leur naissance à leur mort, suivant aussi leurs usages, odoriférants, médicales, industrielles ou ornementales. Citons aussi l'ouvrage d'IBN AL BAYTAR, Le Livre de la compilation des remèdes et des aliments simples, dans lequel il classe plus de 1400 aliments, allant des remèdes simples et drogues, ceux issus de minerais, d'autres d'animaux à ceux d'origine végétale; chaque élément est accompagné de son nom ou de ses synonymes, traduit en plusieurs langues, dont le Grec, le Berbère et le Latin. Il a aussi décrit la composition de ces médicaments, leurs propriétés, les maladies pour lesquels on les utilise et leurs posologies. L'auteur va même jusqu'à décrire les effets indésirables de certains d'entre eux s'ils sont associés à d'autres composants qui contiennent des principes actifs incompatibles. En Europe, durant la Renaissance, on ne trouve pas toujours de dictionnaires au sens où nous l'entendons. Rien de tel, car si l'on excepte quelques versions lointaines, le plus souvent bilingues ou multilingues (7) d'un Ambrogio CALAPINO, Le Dictionarium Latinum, publié vers 1502, ou d'un Robert ESTIENNE, Le Dictionnaire Français-Latin (1539), ou encore Le Catholicon Breton d'un Jehan LAGDEWC (1564), nous devons encore attendre l'avènement d'une œuvre qui puisse assumer ce rôle et surtout figurer sur la liste des premiers dictionnaires de l'histoire. Ce n'est qu'au dix-septième siècle et surtout au dix-huitième siècle que de véritables ouvrages de lexicographie vont naître en Occident. En 1606, Jean NICOT rédige un très grand dictionnaire, Le Trésor de la langue française tant ancienne que moderne(8), il sera suivi peu

après par celui de COVARRUBIAS (1611), l'un des premiers dictionnaires définitionnels dont nous avons parlé, un peu plus haut. Au seizième siècle et bien après, l'émergence des langues nationales, des langues vernaculaires, le besoin aussi de les mettre en forme, de les normaliser, de les enrichir et de leur donner une certaine envergure, engage les intellectuels du vieux continent dans un débat purement linguistique, qui finit le plus souvent par des querelles, signalons d'ailleurs les plus célèbres d'entre elles, celle de du BELLAY(9), celle «des belles infidèles» (10), celle des Anciens et des Modernes(11), celle d'Homère(12) ou encore celle du poète italien Giacomo LEOPARDI(13), suscitée par son journal « Zibaldone » (1817-1832). Dans son ouvrage, *La Langue mondiale*, Pascale CASANOVA(14) nous décrit cette période et nous explique surtout que l'accès des langues populaires à la légitimité n'a pu se faire que dans la douleur. C'est ainsi qu'au dix-septième siècle apparaissent les dictionnaires de deux grands lexicographes, celui de César-Pierre RICHELET (1680) et le dictionnaire universel d'Antoine FURETIERE (1690), et qui devaient d'ailleurs s'exiler pour pouvoir échapper à la censure et surtout à la mise à l'index. Il faut attendre le siècle des lumières pour que la vogue des dictionnaires prenne son envol sur le continent et plus particulièrement en France. N'oublions pas qu'après la chute de l'empire romain au cinquième siècle, les langues nationales émergent petit à petit, surtout le Français qui entame son ascension en s'émancipant peu à peu du latin et du Galloroman. De dominé, le Français devient dominant, précisément au début du dix-septième jusqu'au milieu du vingtième siècle, surtout dans les domaines diplomatiques, littéraires et scientifiques. Il impose ainsi ses marques, ses normes esthétiques, ses goûts, ses codes aux autres langues et cultures européennes qui vont venir par la suite, mais avant ils vont d'abord s'en imprégner, le prendre pour modèle, l'imiter, le traduire, le réécrire avant de chercher à le supplanter à leur tour, comme ce fut le cas pour l'Anglais, la fameuse «réécriture rhétorique» (15) que Pascale CASANOVA signale dans son livre. Cette langue «so British», comme on a tendance à le dire, est constituée de 60 à 70 % de mots d'origine normande et française, on oublie souvent de l'indiquer. Avant que ne commence l'épopée des encyclopédies qui a duré près d'une vingtaine d'années (1751-1772)

et qui s'intéresse moins à la langue et au vocabulaire qu'aux objets, qu'aux idées, la lexicographie prend une autre tournure, devient moins normative, moins exclusive et surtout moins puriste. Vers la fin du siècle classique, les académiciens qui ont travaillé à la réalisation d'un dictionnaire à l'image de leur institution, édité en 1694, avaient volontairement exclu les mots archaïques et familiers, les néologismes, les termes de métier, d'art et de science, les termes qui blessent la pudeur, qui ne reflètent pas un certain usage, celui de la cour et des nobles. Au début du siècle des lumières, la tendance va s'inverser, ce sont les écrivains qui imposent leur griffe, accroissent le prestige du dictionnaire, devenu alors plus ouvert, plus vivant et surtout plus accessible. Le classement alphabétique est devenu la norme et les termes populaires vont devenir le sujet de plusieurs dictionnaires. Signalons les dictionnaires comiques, satiriques, critiques, burlesque, libres ou proverbiales d'un Ph. LEROUX ou d'un PANCKOUCKE (1749). Le dictionnaire de l'Argot français de GRANDVAL ou Néologique de Pantalon PHOEBUS. L'un des grands dictionnaires qui a marqué le dix-huitième siècle est celui de Samuel JOHNSON, A Dictionary of the English Language (1755), qui comprend plus de 43 500 entrées linguistiques et près de 113 000 citations, balisant l'évolution des sens, des usages et des emplois. Cet ouvrage, bien qu'il soit anglais, marquera tout le siècle, et surtout l'esprit de certains intellectuels français, dont le grand VOLTAIRE en personne, qui rêve d'une œuvre française similaire, un dictionnaire qui comporte les signification des mots, leurs orthographes, leurs prononciations, leurs étymologies, leurs usages et leurs registres d'emploi. Au dix-neuvième comme au vingtième siècle apparaissent en France les noms de grands lexicographes que l'on connaît actuellement et qui n'ont pas arrêté, depuis, de rééditer leurs œuvres. Le dictionnaire de Langue Française d'Emile Littré (1863-1872), considéré par de nombreux spécialistes comme un modèle du genre, en raison de l'extraordinaire richesse de ses exemples, de ses illustrations et de ses classifications de sens. Il y'a eu aussi, Le Grand Dictionnaire Universel du XIX^e siècle de Pierre LAROUSSE (1866-1876), comportant plus de dix-sept volumes. Paul ROBERT, son concurrent direct, a rédigé le Dictionnaire alphabétique et analogique de Langue Française, qui deviendra en 1964, Le Grand Robert de la

langue Française. Depuis cette date, les deux maisons Larousse et Robert ne cesseront de se livrer bataille à coup de publications, d'innovations, sur un marché qui est devenu plus que porteur, générant des gains suffisamment énormes pour en faire une véritable industrie. Actuellement, au tournant du vingt-et-unième siècle, nous parlons plus de dictionnaires électroniques. Nous en distinguons généralement deux types. Le premier est le dictionnaire numérique, c'est-à-dire la version logicielle d'un dictionnaire classique comme celui de Chrétien de TROYES, celui du Moyen Français (1330-1550) ou d'Emile LITTRE. Le deuxième est le dictionnaire en ligne, les fameux « lexilogos », mis à la disposition des usagers d'internet et qui préfigure l'avenir. Un nouvel Age semble se profiler à l'horizon pour le dictionnaire et ses lecteurs, et nous ne pouvons qu'imaginer la suite, une prolifération sur la toile qui offrira aux utilisateurs une panoplie d'informations en temps réel, souvent sous forme d'image, de son ou de reportage. Le dictionnaire sera plus accessible, plus instructif, moins onéreux et moins contraignant, enfin c'est tout ce que nous lui souhaitons.

1- C. BOISSON, «L'Antiquité et la variété des dictionnaires bilingues» in H. BEJOINT et P. THOIRON Les Dictionnaires bilingues, Ed. Duculot, pp. 17-30.

2- Le Glossaire de PROTAGORAS d'Abdère, constitué d'une liste de mots rares chez HOMERE est écrit vers le cinquième avant J. C. D'autres glossaires vont suivre, celui de DEMOCRITE, de TIMEE de Locres, de PHILEMON d'Athènes (361- 262), de PHILETAS de Cos, de ZENODOTE (320-240), d'ERASTHOTENE (276-194), d'ARISTOPHANE de Byzance (257-180) qui a écrit deux ouvrages, l'un consacré aux mots (Peri Lexeon) et un autre aux noms propres.

3- Je trouve que cette traduction en Français dénote d'une ignorance flagrante de la part de son auteur, car Al Khalil Ibn Ahmed AL FARAHIDI a fondé son livre sur le principe du classement phonétique/ phonologique des mots arabes, à commencer par le son « 'AYN » et en terminant par le dernier « Mim ». Le titre de livre 'AYN est plus juste et semble respecter tant la teneur de l'œuvre que l'objectif que lui a assigné son auteur.

4- Ce principe de classification phonétique est un premiers du genre, selon une représentation des phonèmes vocaliques, qui sont groupés et classés en fonction de leur position dans la bouche, de l'arrière vers l'avant, en voici le schéma et le mode operandi d' Al Khalil et qui sera suivi des années après, par d'autres lexicographes arabo-musulman, notamment AL AZHARI... :

5- Joseph DICHY a publié un article dans une revue célèbre de l'Université d'Oxford, *Journal of Semitic studies* , intitulé « Al Halil conjecture: how the first comprehensive dictionary in history was invented » (pp. 39-64), où il précise que ce lexicographe arabo-musulman est l'un des premiers de l'histoire et qu'il est le véritable inventeur du dictionnaire tel qu'on le connaît actuellement.

6- Alain REY, *Dictionnaire amoureux des dictionnaires*, Ed. Plon, 2011.

7- Le *Dictionarium Latinium* était au départ uniquement en latin avant que son auteur ne décide d'en faire une version multilingue comprenant le latin, l'italien, le grec et l'hébreux.

8- Dans ce dictionnaire, Jean NICOT explique le sens des mots, leurs orthographes, leurs genres, leurs étymologies, et fait référence à de nombreuses expressions.

9- Dans son manifeste du BELLAY défend la langue française, clame haut et fort son émancipation par rapport à la langue latine. Depuis l'ordonnance de VILLERS-COTTERETS et la volonté de donner au Français un statut officiel, des résistances s'organisent et font entendre leurs voix un peu partout dans le pays . Les religieux et les nobles sont opposés à ce changement et à l'éviction de la langue latine, considéré jusque là comme une langue de prestige, héritière d'une culture millénaire et dont ils ne veulent pas se séparer, craignant surtout que ce bouleversement hiérarchique, purement linguistique, leur fasse perdre leur place au sein de la société . Ce qui ne tardera pas à survenir.

10- « Les belles infidèles» est une expression inventée par G. MENAGE pour qualifier certaines traductions qui existaient en Europe à une certaine époque, celle surtout des poètes anglais, notamment

Thomas LODGE et Samuel DANIEL, qui reprennent à leur compte les sonnets français de RONSARD et de PETRARQUE.

11- La querelle des Anciens et des Modernes est une polémique d'académiciens français du dix-septième siècle. Elle a opposé les classiques, à leur tête, un certain BOILEAU, qui prônent un retour à l'antiquité gréco-romaine pour s'y ressourcer et s'y complaire, et leurs opposants, guidés par Charles PERRAULT qui sont pour l'innovation, la créativité et non uniquement l'imitation que veulent leurs adversaires.

12- La querelle d'Homère est la deuxième du genre, après celle des anciens et des modernes, elle a eu lieu au dix-huitième siècle. Elle a opposé au début Madame Dacier qui a traduit l'Illiade d'HOMERE et Houdart de la MOTTE qui en a fait une autre version. Les écrivains de l'époque se divisent en deux clans et perpétuent la querelle du dix-septième siècle, mais cette fois-ci avec un net avantage aux modernes.

13- Dans son journal Zibaldone, Giacomo LEOPARDI a critiqué la langue française, lui reprochant d'être inférieure à la langue italienne, qu'il a tenté de défendre contre vents et marées.

14- Pascale CASANOVA, La Langue mondiale. Traduction et domination. Ed. du Seuil, coll. « Liber », 2015. 15- Ibid. p. 93.