مجلة إلكترونية شهرية لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد 125 : مارس 2023

❖ مواضيع العدد :

- موت جذع المخ والآثار الفقهية المترتبة.
- التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.
- التطور التكنولوجي وأثره علي الحياة.
- جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر.
- أحكام الطلاق الثلاث في كلمة واحدة.

العدد 125 مارس 2023

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنيت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 125 لشهر مارس 2023

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 125 لشهر مارس 2023 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. موت جذع المخ وآثاره الفقهية : الدكتور فضل سليم فضل عبد الله ، الأستاذ المساعد بكلية العلوم والآداب بالقريات بجامعة الجوف–المملكة العربية السعودية.....06

3. التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية المستحدثة – دراسة تحليلية مقارنة : الدكتور جهاد محمود عبد المبدي ، دكتوراه القانون ، جامعة عين شمس– جمهورية مصر العربية.....26

4. التطور التكنولوجي وأثره علي حرمة الحياة الخاصة – دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري الحسين الزقيم محمد عبد الرحيم ، دكتور القانون العام – جامعة أسيوط ، جمهورية مصر العربية.....44

5. رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر – دراسة وتحقيق : د/ هدى أبوبكر سالم باجبير ، أستاذ الفقه المشارك بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ، جامعة الملك عبد العزيز – جدة.....74

6. الطلاق الثلاث في كلمة واحدة للشيخ أحمد ابن الخياط الزكاري– دراسة وتحقيق : محمد بعكريم ، طالب باحث بسلك الدكتوراه كلية الشريعة أيت ملول، جامعة إبن زهر أكادير– المملكة المغربية.....110

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد 125 لشهر مارس 2023

بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور : صلاح الدين دكداك
Email : Sldg55@gmail.com

بسم اللّه الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ،

نضع بين أيديكم العدد 125 لشهر مارس 2023 من مجلة الفقه و القانون الدولية و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات وجامعات ونخص بالذكر :

- **كلية العلوم والآداب بالقريات جامعة الجوف-المملكة العربية السعودية.**
- **جامعة عين شمس- جمهورية مصر العربية.**
- **كلية الحقوق - جامعة أسيوط ، جمهورية مصر العربية.**
- **كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، جامعة الملك عبد العزيز – جدة.**
- **كلية الشريعة أيت ملول، جامعة إبن زهر أكادير- المملكة المغربية.**

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- موت جذع المخ وآثاره الفقهية .
- التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية المستحدثة "دراسة تحليلية مقارنة " .
- التطور التكنولوجي وأثره علي حرمة الحياة الخاصة – دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري.
- رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر- للامام العالم العلامة محمد بن سليمان الكردي المدني الشافعي رحمه الله (تـ 1194هـ) – دراسة وتحقيق .
- الطلاق الثلاث في كلمة واحدة للشيخ أحمد ابن الخياط الزكاري- دراسة وتحقيق .

ختاما لا تنسونا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615- 2336

https://web.facebook.com/majalahdroit

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

موت جذع المخ وآثاره الفقهية

Brain stem death and its jurisprudential implications

الدكتور فضل سليم فضل عبدالله[1] ، الأستاذ المساعد بكلية العلوم والآداب بالقريات بجامعة الجوف، بالمملكة العربية السعودية

DR- Fadl Sleem Fadl Abd allah , Assistant Professor College of Arts and Sciences in Qurayyat , at Al-Jouf University - Kingdom of Saudi Arabia

الملخص :

يهدف هذا البحث إلى **الوقوف على** حقيقة موت جذع المخ والآثار الفقهية المترتبة على خلاف الفقهاء والأطباء في الحكم بوفاة من مات جذع المخ عنده.

منهج البحث : قد انتهجت في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي.وقد قسمت البحث إلى مقدمة، ومبحثين ، وخاتمة.أما المقدمة فتشتمل على : أهمية الموضوع وسبب اختياره، وإشكالية البحث، والدراسات السابقة، ومنهجي وعملي في البحث. وأما المبحث الأول فيشتمل على ثلاثة مطالب : المطلب الأول: وقد جعلته في تعريف الموت في اللغة والاصطلاح. والمطلب الثاني: جعلته في ذكر علامات الموت عند الفقهاء. والمطلب الثالث : في ذكر علامات الموت عند الأطباء، أو نازلة موت الدماغ. وأما المبحث الثاني: في خلاف الفقهاء والأطباء في الحكم بوفاة من مات جذع المخ عنده. ثم ختمت البحث بأهم النتائج والتوصيات.

- **الكلمات المفتاحية** : موت- الدماغ- جذع- المخ- الآثار الفقهية.

[1] - Email: fsabdalla@ju.edu.sa

Abstract :

The aim of the research: to stand on the truth about the death of the brainstem and the jurisprudential implications of the disagreement of jurists and doctors regarding the ruling on the death of someone whose brainstem has died.

Research Methodology: In this research, I followed the inductive analytical approach. The research was divided into an introduction, two sections, and a conclusion. As for the introduction, it includes: the importance of the topic, the reason for its selection, the problem of the research, previous studies, and the methodology and practice of the research. As for the first topic, it includes three demands: The first requirement: I made it in the definition of death in language and terminology. And the second requirement: I made it mention the signs of death according to the jurists. And the third requirement: I made it mention the signs of death in doctors, or the coming down of brain death. As for the second topic: I made it in the disagreement of jurists and doctors in ruling the death of someone whose brain stem died. Then I concluded the research with the most important findings and recommendations.

• **Keywords** : Death - the brain - the trunk - the brain - jurisprudential effects.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق، سيدنا محمد- ﷺ- وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

إن الموت فرضه الله تعالى على كل نفس قال تعالى: {كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ}، ولا شك في أن محاولة تحديد اللحظة التي تنتهي فيها حياة الإنسان في الدنياتحديدًا دقيقًا من الناحية الشرعية أمر مهم؛ لما يترتب عليه من آثار كثيرة تحتاج إلى دراسة أخرى مستفيضة، ومن المسائل المستحدثة التي ثار حولها الجدل طبيا وفقهيا: حقيقة موت جذع المخ، هل هو موت حقيقي أم لا؟ وفي هذا البحث أحاول أن أقف على حقيقة موت جذع المخ وآثاره الفقهية. واللَّهَ أسأل أن يبصرني بالحق، وأن يجعلني من حزبه وجنوده وأنصاره.

• **أهمية الموضوع وسبب اختياره :**

إذا كانت معرفة حقيقة موت جذع المخ، هل هو موت حقيقي أم لا؟ من تخصص الأطباء، فهم أهل الاختصاص في تحديد وإعلان نهاية حياة إنسان ما؛ فإن دور فقهاء الشريعة لاحق لهم في بيان الأحكام والأثار

التي تترتب على اعتبار موت جذع المخ وفاة حقيقية، كإجراء أحكام الأموات على من مات دماغه، ورفع أجهزة الإنعاش عنه، وإسعافه إذا مرض، وتقديم العناية الطبية له، وغير ذلك من أحكام تركته وورثته وبداية اعتداد زوجته أو زوجاته؛ أو عدم إجراء هذه الأحكام بناء على عدم اعتبار موت جذع المخ وفاة حقيقية، ولذلك اخترت الكتابة حول هذا الموضوع لبيان الأثار الفقهية المترتبة على معرفة حقيقة موت جذع المخ.

- **إشكالية البحث :**

لم تكن هناك قديما صعوبة في تشخيص الموت إلا فيما ندر، وكان تشخيص الوفاة أمرًا غير عسير على الأطباء في غالبية الوفيات، فلا بد أن يتوقف القلب والدورة الدموية والتنفس وما يصحبها من علامات لإعلان الوفاة، وإذا شك الطبيب في سبب الوفاة أحال ذلك إلى الطبيب الشرعي، أما إذا شك في بقاء الحياة استخدم وسائل أخرى للتأكد من حصول الوفاة، ومع التقدم الطبي في نهايات القرن العشرين بدأ استخدام أجهزة الإنعاش يتطور تطورا مذهلا، وأمكن إيقاف القلب لعدة ساعات أثناء عمليات القلب المفتوح، وأن يستبدل القلب والرئتان في هذه المرحلة بمضخة، فإذا ما تمت العملية أعاد الأطباء القلب إلى وظيفته السابقة بعد أن تعاد درجة حرارته بالتدريج (يثلج القلب أثناء العملية حتى يقل استهلاك الطاقة إلى أدنى درجة) كما تمكن الأطباء من إخراج القلب واستبداله بقلب إنسان أو قلب قرد أو قلب صناعي.

ولم يعد مفهوم الموت مرتبطًا بالقلب في كثير من الحالات، وخاصة الحالات التي يصاب فيها الدماغ إصابات بالغة نتيجة الحوادث.

ومن المعروف لدى الأطباء أن موت القلب يتبعه موت الدماغ، ولهذا فإنه إذا لم يكن إنقاذ القلب وإعادته إلى العمل فإن الدماغ سيموت خلال دقائق من توقف عمل القلب، وبالتالي يعتبر مثل ذلك الشخص في عداد الموتى.

ولكن المشكلة تأتي حين يصاب الدماغ إصابات بالغة نتيجة الحوادث (سيارات، ارتطام، إطلاق نار، إلخ) أو نتيجة نزف في الدماغ أو نتيجة ورم بالدماغ، وفي هذه الحالات قد يموت الدماغ وتقوم الأجهزة الحديثة بإنعاش القلب والتنفس وجعلهما يستمران في وظيفتهما؛ وفي هذه الحالة هل يعتبر من مات دماغه قد فارق الحياة ويعتبر في عداد الأموات وتجري عليه أحكام الموتى؟أم لابد من توقف القلب أيضا كي نعتبره ميتا، وتجري عليه أحكام الموتى؟...اختلفت كلمة الأطباء في هذه المسألة؛ مما ترتب على خلافهم خلاف آخر بين الفقهاء المعاصرين في إجراء أحكام الموتى أم لا على من مات دماغه.

- **الدراسات السابقة :**

وجدت بعض الأبحاث والمقالات المعاصرة تناولت الموضوع، لكن وجدت أكثرها توسع في الجانب الطبي، ولم تتوسع في الجانب الفقهي؛ فأردت في هذا البحثالوقوف على حقيقة الخلاف بين الفقهاء والأطباء في موت

جذع المخ، ثم أتبعهبالأثر الفقهي المترتب على كل قول، ومن المراجع والمصادر التي وقفت عليها في هذا الموضوع :

- تهافت موت الدماغ- د وسيم فتح الله.
- موت القلب او موت الدماغ- د محمد علي البار.
- موت الدماغ بين الطب والشريعة- د إلهام عبد الله باجنيد.

منهجي وعملي في البحث :

سلكت في هذا البحث المنهج الآتي :

- منهج الاستقراء، حيث قمت باستقراء بعض الآراء من الفقهاء والأطباء في موت جذع المخ.
- منهج المقارنة، حيث ذكرت أقوال الفقهاء والأطباء في الموضوع محل الخلاف، مع عزو كل قول لقائله، وبيان أدلة وحجة كل قول.
- رجحت القول المختار من خلاف الأطباء في هذه المسألة، مراعيا أسس الاختيار والترجيح، ومقاصد الشريعة.
- عزوت الآيات إلى سورها مع ذكر رقم الآية.
- عزوت الأحاديث إلى مصادرها في كتب السنة النبوية.
- وثقت أقوال الفقهاء بذكر مراجعها في الهامش، وذكرت بيانات المرجع في أول ذكر له.
- أَثبَت في نهاية البحث ثبتاً بالمراجع، يتضمن اسم الكتاب، والمؤلف، ودار النشر، وسنة الطبع.
- وضعت خاتمة للبحث تتضمن نتائج للبحث وتوصيات على هيئة نقاط مختصرة.

- **خطة البحث** :

اشتمل هذا البحث على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.

المقدمة وتشتمل على:

أهمية الموضوع وسبب اختياره.

إشكالية البحث.

الدراسات السابقة.

منهجي وعملي في البحث.

المبحث الأول: المطلب الأول: تعريف الموت وعلاماته عند الفقهاء والأطباء، وفيه مطالب:

المطلب الأول : تعريف الموت في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني : علامات الموت عند الفقهاء.

المطلب الثالث : علامات الموت عند الأطباء، أو نازلة موت الدماغ.

المبحثالثاني: الحكم بوفاة من مات جذع المخ عنده.

خاتمة بأهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول :

تعريف الموت وعلاماته عند الفقهاء والأطباء، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الموت في اللغة والاصطلاح :

الموت في اللغة: ضدُّ الحياة. يقال: ماتَ يموتُ فهو مَيِّت ومَيْت ومن أسمائه: المَنُون، والمَنَا، والمَنِيَّة، والشَّعُوب، والسَّام، والحِمَام، والحَيْن، والرّدى، والهلاك، والثُكل، والوفاة، والخَبَال[1].

وفي معجم مقاييس اللغة: الميم والواو والتّاء أصلٌ صحيحٌ يدلُّ على ذهاب القوّة من الشّيء، ومنه الموت، خلاف الحياة[2].

والموت في الاصطلاح هو: صفة وجودية خلقت ضدًا للحياة[3]

أو هو : مفارقة الروح للجسد[4].

قال الغزالي : ومعنى مفارقتها للجسد انقطاعُ تصرفها عن الجسد، بخروج الجسد عن طاعتها[5].

المطلب الثاني : علامات الموت عند الفقهاء :

نظراً لتعذر إدراك كُنْه الموت، فقد علَّق الفقهاء الأحكام الشّرعيّة المترتِّبة عليه بظهور أمارته في البدن، ولم يرد في ذكر أمارات الموت من النصوص إلا أمارة شُخُوصَ بَصَرِ الْمُحْتَضِرِ على أنها عَلامَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى قَبْضِ

---

[1] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (1/ 266) والمخصص لابن سيده (2/ 72)، فقه اللغة للثعالبي (ط الدار العربية للكتاب) ص 133، 134.

[2] معجم مقاييس اللغة ط دار الفكر (5/ 283).

(3) التعريفات للجرجاني، دار الكتب العلمية (ص: 235).

[4] المجموع شرح المهذب 5 / 105، ومغني المحتاج 1 / 32، وتحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص 94.

[5] إحياء علوم الدين (4/ 494).

رُوحِ المحتضر وَمُفَارَقَتِهَا لِجَسَدِهِ فَقَدْ وَرَدَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، قَالَتْ: دَخَلَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى أَبِي سَلَمَةَ وَقَدْ شَقَّ بَصَرُهُ، فَأَغْمَضَهُ، ثُمَّ قَالَ : «إِنَّ الرُّوحَ إِذَا قُبِضَ تَبِعَهُ الْبَصَرُ»[1]. وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " إِذَا حَضَرْتُمْ مَوْتَاكُمْ فَأَغْمِضُوا الْبَصَرَ فَإِنَّ الْبَصَرَ يَتْبَعُ الرُّوحَ"[2].

ولذلك اجتهد الفقهاء في ذكر علامات للموت، يُعرف بها، حسب ما توصلت إليه المعرفة في زمانهم، ومن ذلك:

قال ابن قدامة: إذا اشتبه أمر الميّت اعتبر بظهور أمارات الموت، من استرخاء رجليه، وانفصال كفَّيه، وميل أنفه، وامتداد جلدة وجهه، وانخساف صدغيه[3].

وجاء في روضة الطّالبين للنووي: تستحبُّ المبادرة إلى غسله وتجهيزه إذ تحقَّق موته، بأن يموت بِعِلَّة، وتظهر أمارات الموت، بأن تسترخي قدماه ولا تنتصبا، أو يميل أنفه، أو ينخسف صدغاه، أو تمتدُّ جلدةُ وجهه، أو ينخلع كفَّاه من ذراعيه، أو تتقلَّص خصيتاه إلى فوق مع تدلّي الجلدة. . إلخ [4].

ويمكن تلخيصها في عشر علامات، وهي :

١. استرخاء القدمين.

٢. اعوجاج الأنف.

٣. انخساف الصدغين.

٤. امتداد جلدة الخصية.

٥. انقطاع النفس.

٦. إحداد بصره.

٧. انفراج شفتيه.

٨. سقوط قدميه.

٩. امتداد جلدة وجهه.

١٠. انفصال كفيه عن ذراعيه.

---

[1] أخرجه مسلم في كتاب الجنائز، باب في إغماض الميت والدعاء له (٩٢٠) (2/ 634).

[2] أخرجه ابن ماجه (1 / 468) من حديث شداد بن أوس رضي الله عنه.

[3] المغني لابن قدامة (3 / 367).

[4] روضة الطالبين للنووي 2 / 98.

وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله هذه الأمارات التي وقفوا عليها من خلال التجربة واستقراء الحوادث، فهي ليست من قبيل القطع واليقين، ولكنها من قبيل الأمور الظاهرة التي تُدرك بالحس والمشاهدة، ولذا نبهوا – رحمهم الله تعالى– على ضرورة التيقن من تحقق الموت، وإلا فالأصل فيه الحياة؛ يقول ابن قدامة رحمه الله: « وإذا تُيقن الموت وُجِّه إلى القبلة، وأُغمضت عيناه»[1].

المطلب الثالث : علامات الموت عند الأطباء، أو نازلة موت الدماغ :

أولا : الأجزاء الرئيسة للدماغ، وكيفية حدوث موت الدماغ.

يتكون الدماغ من ثلاثة أجزاء رئيسة :

الجزء الأول : المخ : ووظيفته تتعلق بالتفكير والذاكرة والإحساس.

الجزء الثاني : المخيخ : ووظيفته تتعلق بتوازن الجسم.

الجزء الثالث: جذع المخ: وهو أهم هذه الأجزاء؛ لأنه هو المركز الأساسي للتنفس، والتحكم في القلب ونبضاته، والتحكم في الدورة الدموية.

فعند أكثر الأطباء، يحصل الموت إذا أُصيب جذع المخ؛ لأنه هو المتحكم في جهاز التنفس والقلب والدورة الدموية، فإذا توقف جذع المخ عن العمل، فهذا يؤدى لا محالة إلى توقف القلب والدورة الدموية والتنفس ولو بعد حين.

أما إذا أُ صيب المخ أو المخيخ، فهذا لا يعني حصول الموت، وإنما يحيى الإنسان حياة يسميها الأطباء حياة جسدية نباتية، يتغذى ويتنفس وقلبه ينبض، وقد يمكث على هذه الحال سنوات؛ لأن وظيفة المخ تتعلق بالذاكرة والإحساس والتفكير، فإذا أصيب فات على الإنسان التفكير والإحساس والذاكرة، لكنه يبقى حياً، وقد وُجد من المرضى من مكث على هذه الحالة عشر سنوات، لكنه فاقد للوعي. وكذا المخيخ لو مات فغايته أن يفقد الإنسان توازن جسمه، وهذا لا أثر له في حدوث الموت [2].

إذاً يبقى جذع المخ هو المؤثر والعلامة الفاصلة من وجهة نظر الأطباء المعاصرين على موت الإنسان، وغالباً ما يكون موت جذع المخ، أو إصابته بسبب الحوادث؛ حوادث السيارات، أو القطارات أو الطائرات، وما يحصل فيها من ارتطام، أو الوقوع من شاهق أو الهدم واصطدام بهذا الجزء بالغ الأهمية من المخ [3].

---

(1) المغني لابن قدامة (307/2).

(2) أجهزة الإنعاش للدكتور محمد على البار ضمن أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي -العدد الثاني ج2 ص440، تهافت موت الدماغ للدكتور وسيم فتح الله ص4، المسائل الطبية المعاصرة (17/2)، فقه النوازل (220/1).

(3) المصادر السابقة.

ثانيا : علامات موت جذع المخ عند الأطباء:

نظراً لأن جذع المخ يُمثِّل الجزء الأهم والرئيس في المخ، وأنَّ تلفه أو إصابته يترتب عليها موت الدماغ وتلفه، فقد ذكر العلماء والأطباء جملةً من العلامات والمواصفات التي يُستدل بها على تلف هذا الجزء المهم، أُجملها فيما يلي:

1-الإغماء الكامل: وعدم الاستجابة لأي مؤثرات لتنبيه المصاب، مها كانت رسائل التنبيه قوية ومؤلمة.

2-عدم الحركة.

3-عدم التنفس لمدة ثلاث أو أربع دقائق بعد إبعاد أجهزة الإنعاش والتنفس.

4-عدم وجود الأفعال المنعكسة من جذع الدماغ، والتي تدل على نشاط الجهاز العصبي مثل:

أ) عدم حركة حدقتي العينين مع الضوء الشديد.

ب) لا يرمش المصاب رغم وضع قطعة من القطن على قرنية العين.

ج) لا تتحرك مُقلة العين رغم إدخال ماء بارد في الأذن.

د) لا يُقطِّب المصاب جبينه رغم الضغط على الجبين بالإبهام.

هـ) عدم التحكم أو الكحة عند لمس الحنك وباطن الحلق بالإبهام.

5-عدم وجود أي نشاط كهربائي في رسم المخ بطريقة معروفة عند الأطباء [1].

فالحاصل: أن هذه العلامات وغيرها يستدل بها الأطباء على موت جذع المخ وبالتالي موت الإنسان.

[1] موت الدماغ للدكتور البار ضمن العدد الثالث من مجلة الفقه الإسلامي ع3، المسائل الطبية المعاصرة (18/2) للدكتور خالد بن علي المشيقح.

المبحث الثاني:

الحكم بوفاة من مات جذع المخ عنده :

تحرير محل النزاع :

أولا: محل الاتفاق: اتفق الفقهاء والأطباء على الحكم بموت الشخص بمفارقة الروح للجسد، وذلك في الحالات التي لم تدخل على أجهزة الإنعاش، كما إذا مات جذع المخ عند الشخص وتوقف قلبه عن النبض وفقد التنفس.

ثانيا: محل الخلاف:في حالة إذا مات جذع المخ، ولكن القلب ينبض سواء كان بفعل أجهزة الإنعاش أو بغيرها،هل يعتبر نهاية للحياة الإنسانية، وتترتب على ذلك الأحكام المتعلقة بالموت؟ أم لا بد من موت القلب أيضاً؟

اختلف العلماء المعاصرون في ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: أنه إذا ثبت طبياً أن جذع المخ قد مات، فإن هذا الشخص يحكم عليه بالموت حقيقة، ولا يشترط توقف القلب عن النبض.

ويُمثِّل هذا الاتجاه : بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين، وقرره المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي [1]. وبهذا أوصت ندوة : (الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها) المنعقدة في الكويت، وأفتت به بعض دور الإفتاء[2]؛ كمصر، ومجمع الفقه الإسلامي، وقررته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت[3].

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في اجتماعه المنعقد في عمان عام 1986م[4] : " يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات، وتترتب عليه جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين :

أولاً : إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

ثانياً : إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل ".

---

[1] ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع3/ج809/2)، أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي (344).

(2) ينظر: الفتاوى الإسلامية (3712/10).

[3] ينظر: مجلة مجمع الفقه لمنظمة المؤتمر الإسلامي (ع3/ج545/2)، جامع الفتاوى الطبية (343) للدكتور. عبد العزيز بن فهد بن عبد المحسن.

[4] ينظر: " مجلة مجمع الفقه الإسلامي" (ع 3، ج809/2).

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة منها :

1- أن المولود إذا لم يصرخ لا يعتبر حيًّا، ولو تنفس أو بال أو تحرك، كذا قال الإمام مالك رحمه الله، فما لم يكن الفعل إراديًّا؛ استجابة لتنظيم الدماغ، لا يُعتبر أمارة حياة. اهـ[1]. .

قالوا: وهذا واقع فيمن مات دماغه، فيأخذ حكم المولود الذي لم يصرخ.

ونوقش ذلك: بأن المسألة مختلف فيها، ثمَّ إنَّ المولود مشكوك في حياته، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فالأصل حياة المريض، فلا ينتقل عن هذا الأصل إلا بيقين.

2- ومنها: أن الأطباء هم أهل الاختصاص والخبرة في هذا الفن، وهم مؤتمنون في هذا المجال، فينبغي تصديقهم، وقبول قولهم فيما يختص بوظيفتهم وقد قال الأطباء: إذا رفض المخ قبول التغذية مات الإنسان[2].

3- أنه لما كان المخ يسيطر على المراكز العصبية العليا في الإنسان وبالتالي إدراكه، وفي تناسق وظائف أعضاء الجسم، فإن الإنسان يفقد بموت مخه كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية، ويُعدُّ في حكم الموتى طبًّا، وليس في مقدور بشر بعد ذلك أن يعيد الحياة الطبيعية إليه»[3].

وقد نوقش هذا: بأن التعلق بدعوى أن الحياة لا يمكن أن تستمر أو تستقر عند من مات دماغه، والاستدلال بذلك على موت من مات دماغه يُشكل عليها أن أعضاء أخرى في الجسم تتعلق بها نفس الدعوى، فموت الكلى أو موت الكبد أو موت القلب لا يمكن أن تستمر معه الحياة، ومع ذلك فإن من ماتت كليتاه وبقي على الغسيل الكلوي لا يطلق عليه بحال أنه ميت، وكذلك من تلف كبده لا يحكم عليه بالموت حتى يموت حقيقة، وقد يبقى على أجهزة صناعية ريثما يزرع له كبد آخر ولا يحكم عليه بالموت في هذه الفترة، وكذلك من ماتت عضلته القلبية ولكن تم علاجه بزرع القلب فلا يطلق عليه أنه ميت (ولا يشوش على هذا أنه حي بقلب آخر لأن مورد النزاع هو تعلق موت الفرد بموت عضو من أعضائه أو جزء من أجزائه)، وهو أثناء عملية القلب المفتوح في غيبوبة دماغية تامة وتعتمد حياته بعد الله تعالى على دورة دموية خارجية صنعية ريثما يُزرع له قلب آخر ومع هذا كله فما من قائل بموته، والشاهد هنا أن مجرد تعلق حياة الفرد بحياة عضو أو جزء من جسده لا يستلزم موت الفرد بموت هذا العضو، وعلى هذا ينتفي لزوم الحكم بالموت على من مات دماغه وإلا لزمه الحكم بالموت على من مات قلبه أو كبده أو كليتاه وليس من قائل بهذا القول فدل على بطلان الملزوم وهو المطلوب[4].

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع2/ج1/483، 498)، جامع الفتاوى الطبية، (241).

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع2/ج1/484، 498، 506).

[3] الأحكام الشرعية للأعمال الطبية (168).

[4] تهافت موت الدماغ (ص: 41) تأليف/ د. وسيم فتح الله- المكتبة الشاملة- الإصدار الثالث.

4 – أن تردد النفس، ونبض القلب لا يصدر من بدن الميت دماغيا طبيعيا، وإنما يصدر بتأثير أجهزة الإنعاش الموصلة ببدنه، وقد ثبت بالتجارب الكثيرة التي أجريت على بدن من مات دماغه توقفه عن التنفس بمجرد فصله عن أجهزة التنفس، وذلك أن موت الدماغ يتبعه تعطل سائر الأعضاء الأخرى على تفاوت بينها في المدة الزمنية، لأنها تعمل بتأثير الأوامر الصادرة من الدماغ، وتستمد منه انتظامها وقيامها بوظائفها، وإذا تعطل فلا يمكنها الاستمرار في القيام بوظائفها، فتبدأ في التحلل التدريجي، ولا يفهم من هذا أن نبض القلب سيستمر ما دام البدن موصلاً بأجهزة التنفس الصناعي، لأن هناك دراسات لحالات كثيرة لم تتوقف فيها أجهزة الإنعاش، ومع ذلك توقف القلب بعد ساعات أو أيام وكان متوسط المدة ثلاثة أيام[1].

وقد نوقش هذا الدليل من قبل بعض الباحثين: بأن هذه العلة وإن كانت مطردة في كل حالات موت الدماغ إلا أنها ليست علة مناسبة لتعليق حكم الموت بها، إذ أنه من المعلوم علماً جازماً في الطب أن كثيراً من الحالات المرضية – غير حالة موت الدماغ– يكون المريض فيها حياً بصورة جازمة لا منازعة فيها، يتوقف فيها قلب وتنفس المريض برفع أجهزة الإنعاش عنه، ومثال ذلك حالات الفشل التنفسي الحاد والمزمن وحالات الفشل القلبي النهائي وغيرها من الحالات التي يكون فيها المريض حياً قولاً واحداً في عرف الأطباء، وهو مع ذلك معتمد – بعد الله تعالى – على هذه الأجهزة، فظهر أن مجرد تعلق مظاهر حياة المريض بهذه الأجهزة لا يعتبر علة مناسبة للحكم بالموت، وهذا واضحٌ من جهة الطب ومن جهة الأصول[2].

الأثار المترتبة على الاتجاه الأول :

أولا: انتهاء الأهلية وانقطاع العمل.

لم يختلف الفقهاء في أن الموت يهدم التكليف؛ لأن الميت لم يعد قادرا على الإتيان بالعبادات أداء ولا قضاء؛ لأنه انتقل من دار العمل ولا حساب إلى دار الحساب ولا عمل. قال ابن نجيم: إن الموت ينافي أحكام الدنيا مما فيه تكليف، لأن التكليف يعتمد القدرة والموت عجز كله[3].

ومع أن الميت لم يعد يعمل، إلا أنه ينتفع بما قدمه في حياته من عمل صالح، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له "[4].

(1) ينظر: موت الدماغ ص (286)، للدكتور سعد الشويرخ، بحث منشور بالعدد الحادي عشر من مجلة الجمعية الفقهية السعودية.

(2) تهافت موت الدماغ (ص: 43).

(3) فتح الغفار شرح المنار 3 / 98.

(4) أخرجه مسلم (3 / 1255).

ثانيا : وقف أجهزة الإنعاش لمن مات جذع المخ عنده :

بناء على رأي أصحاب الاتجاه الأول، وهو أن تشخيص موت جذع المخ يعتبر شهادة وفاة ذلك الشخص؛ فإنه لا حاجة لاستمرار أجهزة الإنعاش عليه، حيث لا يمكن أن يعود للحياة مرة أخرى، فإنها توقف إلا إذا كان المصاب أو ذووه قد وافقوا على التبرع بأعضائه وفي هذه الحالة تستمر أجهزة الإنعاش حتى تستمر الدورة الدموية، وبالتالي تكون الأعضاء التي ستنتزع في أفضل حالاتها.

ولا غضاضة في استمرار أجهزة الإنعاش بعد إعلان الوفاة من أجل الحصول على أعضاء في حالة جيدة، إذ أن الشخص قد مات فعلًا، وهذه التروية بأجهزة الإنعاش ليست إلا إحدى الوسائل المتعددة التي تستخدم لحفظ الأعضاء في حالة تصلح للاستخدام، ومن المعلوم أن الأعضاء بعد انتزاعها من الجثة تحفظ في سائل معين وفي درجة برودة معينة، ويمكن أن تبقى محفوظة لفترة من الزمن كما يمكن نقلها بالطائرة من بلد إلى بلد آخر واستخدامها لإنقاذ شخص آخر يوشك أن يحتضر.

وعليه فإن الاحتفاظ بهذه الأعضاء بواسطة أجهزة الإنعاش لبضع ساعات أمر لا غبار عليه ولا يغير من حقيقة الوفاة شيئًا. [1]

ثالثا : وجوب دية النفس إذا كان الموت بسبب جناية.

والأصل في وجوب الدية قوله تعالى: {وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا }[2]، وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن كتابا فيه الفرائض والسنن والديات ..، وكان في كتابه: إن من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول، وأن في النفس الدية مائة من الإبل. . . ". [3]

رابعا : سقوط الحقوق الشخصية المحضة عن الميت :

الحقوق الشخصية المحضة هي التي تثبت للإنسان باعتبار شخصه وذاته وما يتوفر فيه من صفات ومعان تميزه عن غيره، مثل حق الحضانة، وحق الولاية على النفس والمال، وحق المظاهر في العود، وحق الفيء بعد الإيلاء، وحق أرباب الوظائف في وظائفهم فإنها تسقط بموت ذويها أو أصحابها ولا تورث عنهم.

([1]) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (3/ 160، بترقيم الشاملة آليا).

([2]) سورة النساء / 92.

([3]) أخرجه النسائي (8 / 58 . 59).

خامسا : سقوط الأجل في الديون التي على الميت وحلولها بموته.

إذا مات الشخص المدين بدين مؤجل، فإنه يبطل الأجل ويحل الدين بموته، وتنقلب جميع الديون المؤجلة التي عليه مهما اختلفت آجالها حالة بموته، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار والثوري، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وأحمد في رواية عنه. [1]

قال ابن رشد الحفيد: وحجتهم أن الله تعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين، فالورثة في ذلك أحد أمرين: إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في المواريث إلى محل أجل الدين، فيلزم أن يجعل الدين حالا، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون، فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم[2]، وقال ابن قدامة: ولأنه لا يخلو: إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال، ولا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها، ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموه، ولا رضي صاحب الدين بذممهم، وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه [3].

سادسا : ابتداء عدة زوجته أو زوجاته :

اتفق الفقهاء على وجوب العدة على المرأة عند وفاة زوجها أربعة أشهر وعشرا؛ لقوله تعالى : {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا}[4].

»[5]لَا تُحِدُّ امْرَأَةٌ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا. . "ولحديث

سابعا : وجوب تجهيزه والصلاة عليه ودفنه، وتسديد ديونه وتنفيذ وصاياه في حدود الثلث، وتقسيم تركته.

يبدأ وجوباً بتكفين الميت وتجهيزه بالمعروف بحسب يساره وإعساره؛ لأن ذلك من الأمور الضرورية التي تتعلق بحق الميت ورعاية حرمته وكرامته الإنسانية بمواراته في قبره، ثم بعد التجهيز تقضى ديون الميت من جميع ماله الباقي بعد التجهيز، ثم تنفذ الوصايا من ثلث المال الباقي لا من ثلث أصل المال بعد أداء الحقوق المتقدمة، ثم يقسم الباقي بعد أداء الحقوق المتقدمة على الورثة بحسب مراتبهم.

الاتجاه الثاني : يرى أصحابه أن موت جذع الدماغ للشخص دون قلبه لا يُعدّ موتاً، بل لا بد من توقف قلبه عن النبض أيضاً.

([1]) ينظر: المغني 4 / 486، والمدونة 13 / 233، وحاشية الدسوقي 3 / 239، والأشباه والنظائر للسيوطي ص 356، والمهذب 1 / 327، والأم 3 / 212، وبدائع الصنائع 5 / 213، المبسوط 18 / 187.

([2]) بداية المجتهد 2 / 286.

([3]) المغني 4 / 486.

([4])[البقرة: 234].

([5]) صحيح مسلم (1127/2).

ويُمثّله أكثر الفقهاء المعاصرين، وعليه الفتوى في لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف الكويتية، وهو الذي قرره المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة بمكة المكرمة عام 1408هـ، وقرره أيضاً مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية [1].

فقد جاء في قرار المجمع التابع لرابطة العالم الإسلامي: " المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش: يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه نهائياً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين خبراء، أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً، بفعل الأجهزة المركبة. لكن لا يحكم بموته شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب، توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة ". انتهى[2].

واختار هذا كثير من الباحثين المعاصرين، ومنهم: الطبيب وسيم فتح الله، والشيخ بكر أبو زيد، وعبد الله البسام، ومحمد المختار الشنقيطي في رسالته "أحكام الجراحة الطبية"[3].

واستدلوا على ذلك بأدلة منها :

1. **قاعدة اليقين لا يزول بالشك**[4].

وجه الدلالة: أن المريض المصاب بموت الدماغ الأصل فيه أنه حي، ثم طرأ الشك في حصول الموت، ودليل الشك الفحوصات والاختبارات العديدة وطلب ثلاثة أطباء للحكم بموت الدماغ وإعادة الفحص بعد فترات متفاوتة ومضطربة بين أهل الفن أنفسهم وبين شتى المدارس الطبية، وما إلى ذلك من قيود وشروط لا تطلب في حالات الوفاة العادية مما يدل على وجود الشك في طروء الموت، وإذا ورد الشك رُجع إلى الأصل وهو كونه حياً، ولم يحكم بموته إلا بدليل قطعي.

2. **قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان)**[5].

وجه الدلالة : أن الأصل أن المريض حي فنبقي على هذا الأصل حتى نجزم بزواله.

---

[1] أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي (344)، مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء بالكويت (450/3)، شرح فقه النوازل د. سعد الخثلان (175).

[2] قرارات المجمع الفقهي الإسلامي للرابطة " (ص: 49).

[3] ينظر: تهافت موت الدماغ "فقه النوازل"، للشيخ بكر أبو زيد، (232/1)، "أحكام الجراحة الطبية" للشيخ محمد المختار الشنقيطي، ص(325)، "مجلة المجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي"، العدد3 الجزء2 ص(545).

[4] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص56، الأشباه والنظائر للسيوطي ص50.

[5] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص57، الأشباه والنظائر للسيوطي ص51.

3. الاستصحاب :

ووجهه : أن حالة المريض قبل موت الدماغ متفق على اعتباره حياً، فنحن نستصحب الحكم الموجود فيها إلى هذه الحالة التي اختلفنا فيها، ونقول إنه حيٌّ لبقاء نبضه، وقد تقرر في الأصول أن الاستصحاب من مصادر الشرع المعتبرة إلا إذا قام دليل على خلافه.

أضف إلى ذلك : أن حفظ النفس يعتبر من مقاصد الشريعة الضرورية التي تجب المحافظة عليها، ولا شك أن الحكم باعتبار المريض في هذه الحالة حياً فيه محافظة على النفس، وذلك يتفق مع هذا المقصد العظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، والعكس بالعكس[1].

وقد أضاف بعض الباحثين أدلة أخرى، منها :

قوله تعالى : {اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَى عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} [الزمر: 42]، **ووجه الدلالة**: أن الله تعالى علق حكم الموت على إمساك النفس، وهي الروح كما ذكر الإمام الطبري: " ذكر أن أرواح الأحياء والأموات تلتقي في المنام، فيتعارف ما شاء الله منها، فإذا أراد جميعها الرجوع إلى أجسادها أمسك الله أرواح الأموات عنده وحبسها، وأرسل أرواح الأحياء حتى ترجع إلى أجسادها إلى أجل مسمى وذلك إلى انقضاء مدة حياتها. "[2]، فإذا كان حكم الموت معلق بإمساك الروح كما تقدم فلا عبرة بغير هذا، ولا يلزم من موت عضو من أعضاء الجسم خروج الروح من كامل الجسم، وهذا واضح فيمن أُبينت يده أو رجله فإن الروح تنحاز إلى باقي الجسد، وإن الحكم بموت الإنسان بناء على موت الدماغ الذي هو عضو من أعضاء الإنسان تعليق لحكم الموت بما لم يعلقه الشرع.

فإن قيل: إن موت الدماغ علامة من علامات خروج الروح أو النفس؛ فإن هذا معارَض بالعلامات الأخرى- كنبض القلب والحركة وتحول الغذاء والماء في جسده- الدالة على الحياة عند المريض المحكوم بموته، فإذا عُلم هذا التعارض تبين أن موت الدماغ لم يتمحض دليلاً على مفارقة الروح للجسد فبقي الحكم على الأصل وهو أن المرء لا يزال حياً[3].

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : "اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هُذَيْلٍ، فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ، فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَضَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ

---

[1] تنظر هذه الأدلة في: المسائل الطبية المعاصرة للمشيقح (18/2)؛ أحكام لجراحة الطبية للشنقيطي (346) وما بعدها، الإفادة الشرعية د. وليد السعيدان (67) ما بعدها، شرح فقه النوازل د. سعد الخثلان (174) وما بعدها، حقيقة الموت والحياة لتوفيق لواعي (من بحوث ندوة الحياة الإنسانية ص478)؛ فقه النوازل د. بكر أبو زيد (232/1).

(2) تفسير الطبري = جامع البيان (21/ 298).

[3] تهافت موت الدماغ (ص: 9).

وَسَلَّمَ أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا، وَوَرَّثَهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ، فَقَالَ حَمَلُ بْنُ النَّابِغَةِ الْهُذَلِيُّ: يَا رَسُولَ اللهِ، كَيْفَ أَغْرَمُ مَنْ لَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ، وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَّ، فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ»[1]، والشاهد في الحديث قول أحد العاقلة: (يا رسول الله كَيْفَ أَغْرَمُ مَنْ لَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ، وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَّ، فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ)، فهذا الجنين ليست فيه العديد من علامات الحياة المعتادة ومع ذلك حكم فيه بالدية، فدل على أن حياة الجنين معتبرة مع كونها حياة ناقصة، وأن الاعتداء عليها غير جائز ويوجب الدية، وإذا نظرنا إلى ما بقي من علامات الحياة عند الجنين الذي لم يشرب ولم يأكل ولم ينطق ولم يستهل (أي لم يصرخ)، فليست هذه العلامات إلا دوران الدم في جسده ونبض قلبه، بل إن التنفس المعهود بالرئتين غير موجود أصلاً عند الجنين الغارق في ماء السلى، فإذا نظرنا إلى الميت دماغياً المتعلق بأجهزة التنفس الصناعية وجدنا من علامات الحياة عنده ما لا يقل عن علامات الحياة عند الجنين، بل وجدنا أكثر من ذلك كالتنفس الرئوي والحركة العضلية، وهذا مع مراعاة الفارق المرجح للميت دماغياً، وهو أن موت الدماغ عنده طارئ على شخص كامل الحياة، في حين أن حياة الجنين تحتمل النقصان إن كان الجنين الوارد في الحديث قبل نفخ الروح، فإذا كانت حياة الجنين على أقل حدٍ يحتمله الحديث معتبرة شرعاً، فكيف يقال إن حياة الميت دماغياً غير معتبرة أو يقال إنه ميت، فالحاصل إذاً أن الميت دماغياً لا تزال فيه من علامات الحياة ما يدل على اعتبار حياته شرعاً وعلى بطلان الحكم بموته [2].

الأثر المترتب على الاتجاه الثاني :

بناء على الاتجاه الثاني بعدم الحكم بوفاة من مات جذع المخ عنده؛ فإنه يجب إسعافه واستكمال علاجه، وتقديم العناية الطبية له، وعدم نزع أجهزة الإنعاش عنه، وأن يعامل معاملة الأحياء، فلا تعتد زوجته، ولا تقسم تركته إلى حين يتوقف قلبه وتنفسه نهائيا، ونتيقن من وفاته، كما لا يعتبر موت جذع المخ مبيحاً لنزع أعضائه الحيوية، عند من يرى جواز نزع ذلك من الأموات، دون الأحياء.

الاختيار:

لعل الأقرب – والله أعلم –: أنه لا يحكم بوفاة الميت دماغياً، إلا إذا تيقنا من ذلك بتوقف القلب والتنفس توقفاً تاماً، وكما أن مجرد توقف القلب ليس حقيقة للوفاة، بل هو من علاماته، إذ من الجائز جداً توقف القلب ثم تعود الحياة بواسطة الإنعاش أو بدون بذل أي سبب.

(1) صحيح مسلم (3/ 1309).

(2) تهافت موت الدماغ (ص: 16).

وكذلك يقال أيضاً: إن موت الدماغ علامة وأمارة على الوفاة، وليس هو كل الوفاة، بدليل وجود حالات ووقائع متعددة يقرر الأطباء فيها موت الدماغ، ثم يحيا ذلك الإنسان، فيعود الأمر إذاً إلى ما قرره الفقهاء من أن حقيقة الوفاة هي: مفارقة الروح البدن، وحينئذٍ تأتي كلمة الغزالي المهمة في معرفة ذلك فيقول: (باستعصاء الأعضاء على الروح)، أي: حتى لا يبقى جزء في الإنسان مشتبكة به الروح.

ولأن الحكم بالموت يترتب عليه أمورٌ شرعية: كقسمة تركته، ونكاح امرأته إذا رغبت، وغيرها، ولذلك فلا يجوز الحكم بموته إلا بيقين.

خاتمة :

أولا : أهم النتائج :

1- لا يحكم بوفاة الميت دماغياً، إلا إذا تيقنا من ذلك بتوقف القلب والتنفس توقفاً تاماً، وكما أن مجرد توقف القلب ليس حقيقة للوفاة، بل هو من علاماته.
2- لا يصح أن يُرتب على هذا التشخيص (موت جذع المخ، أو الميت دماغيا) أي من الأحكام المرتبة على الحكم بالموت شرعاً.
3- لا يعتبر موت جذع المخ مبيحاً لنزع أعضائه الحيوية، عند من يرى جواز نزع ذلك من الأموات، دون الأحياء.

ثانيا : أهم التوصيات :

نظرا لأن تشخيص الموت والعلامات الدالة عليه يعتبر في المقام الأول أمرا طبيا، وحيث أن الطب في تطور مستمر لا يتوقف؛ فأوصي الباحثين في الدراسات الطبيةبضرورة إعادة بحث موت جذع المخ ومحاولة استقصاء الحالات التي مات جذع المخ عندها، وهل منها من عاد للحياة بعد ذلك أم لا؟ ليتأتى للباحثين في الفقه المعاصر ترتيب الآثار الفقهية عن بينة ويقين.

هذا والحمد لله أولا وآخرا وأسأل الله تعالى أن ينفع بهذا البحث وأن يجعل عملي كله صالحا ولوجه خالصا، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- أجهزة الإنعاش للدكتور محمد على البار ضمن أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة- العدد الثالث. بترقيم المكتبة الشاملة.
- أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها- لمحمد بن محمد المختار الشنقيطي- الناشر: مكتبة الصحابة، جدة، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م .

- الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ) - ط: دار الكتب العلمية، الأولى 1411هـ- 1991م.
- الأم - لعبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)- الناشر: دار المعرفة – بيروت- سنة النشر: 1410هـ/1990م.
- بداية المجتهد لابن رشد - لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ) الناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1425هـ - 2004.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
- تاج العروس - لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: 1205هـ) - المحقق: مجموعة من المحققين - الناشر: دار الهداية.
- التاج والإكليل لمختصر خليل - لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م.
- تفسير القرآن العظيم (ابن كثير) لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ- المحقق: محمد حسين شمس الدين- الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت- الطبعة: الأولى - 1419 هـ.
- تهافت موت الدماغ للدكتور وسيم فتح الله – دار محمد الأمين للطباعة والنشر- 1427-2006.
- جامع الفتاوى الطبية والأحكام المتعلقة بها / جمع و اعداد عبدالعزيز بن فهد بن عبدالمحسن. دار القاسم.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري- لمحمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري- طبعة دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422ه.
- الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي- لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)- تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش- الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة- الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م.
- الحاوي الكبير - لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ) المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م.

- حقيقة الموت والحياةفي القرآن والأحكام الشرعية- للدكتور توفيق الواعي-ضمن أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة- العدد الثالث. بترقيم المكتبة الشاملة.
- الذخيرة للقرافي - لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م.
- الشرح الكبير على متن المقنع - لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ)- الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع- أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
- شرح فقه النوازل د. سعد الخثلان.
- صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم-لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)- طبعة: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري- لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، ط: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية، الطبعة: الأولى، 1417هـ -1996م.
- الفروع وتصحيح الفروع - لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: 763هـ)- المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى 1424 هـ - 2003 مـ
- فقه النوازل د. بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد (المتوفى : 1429هـ)- الناشر : مؤسسة الرسالة- الطبعة : الأولى - 1416 هـ ، 1996 م
- كشاف القناع عن متن الإقناع- المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتىالحنبلى (المتوفى: 1051هـ)- الناشر: دار الكتب العلمية.
- لسان العرب - لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، الناشر: دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.
- المبسوط للسرخسي - لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)- الناشر: دار المعرفة – بيروت- الطبعة: بدون طبعة- تاريخ النشر: 1414هـ - 1993م.
- مجلة المجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلاميبجدة- العدد الثالث.
- مجمل اللغة لابن فارس - لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)- دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان- دار النشر: مؤسسة الرسالة – بيروت- الطبعة الثانية - 1406 هـ - 1986 م.

- المجموع شرح المهذب – لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)- الناشر: دار الفكر.
- مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء بالكويت
- المدونة – لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م.
- المسائل الطبية المعاصرة – للدكتور خالد بن علي المشيقح.
- مسند الإمام أحمد – لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)- المحقق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد، وآخرون- الناشر: مؤسسة الرسالة- الطبعة: الأولى، 1421 هـ – 2001 م.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت.
- معجم اللغة العربية المعاصرة – للدكتور/ أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ)، الناشر عالم الكتب، ط: الأولى، 1429 هـ 2008 م.
- المعجم الوسيط – لإبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار- الناشر: دار الدعوة- تحقيق: مجمع اللغة العربية.
- معجم مقاييس اللغة – لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ) – المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر= 1399هـ – 1979م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م.
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني – لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)- الناشر: مكتبة القاهرة – تاريخ النشر: 1388هـ – 1968م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي –لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)-الناشر: دار الكتب العلمية.
- موت الدماغ – للدكتور سعد الشويرخ، بحث منشور بالعدد الحادي عشر من مجلة الجمعية الفقهية السعودية.
- موت الدماغ للدكتور البار ضمن العدد الثالث من مجلة الفقه الإسلامي .
- موطأ الإمام مالك – الناشر: مؤسسة الرسالة، 1412 هـ، صحيح ابن حبان (465/9) ط: مؤسسة الرسالة – بيروت، ط: الثانية، 1414 – 1993م.

التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية المستحدثة "دراسة تحليلية مقارنة"

Expressing Willingness by the New Electronic Means "Comparative Analytical study"

الدكتور جهاد محمود عبد المبدي[1]

دكتوراه القانون – جامعة عين شمس

Dr. Gehad Mahmoud AbdElmobdy

PhD of Law, Ain Shams University – Egypt

الملخص:

نصت كثير من قوانين الدول على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون بأي وسيلة من الوسائل، أو باتخاذ أي موقف لا تدع الظروف المحيطة بنا شكًا في دلالته على حقيقة المقصود منه، غاية ما في الأمر أن يتم فهم وإدراك ما ترمي إليه هذه الإرادة. وهذا يعني أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم عن طريق الوسائل التقليدية، أو عن طريق الوسائل الإلكترونية المستجدة والمستحدثة، فهما في ذلك سواء – مع مراعاة خصوصية هذه الوسائل وما تثيره من تحديات ومشكلات قانونية – بحيث ينعقد العقد ويُحدِث آثاره القانونية إن عبَّر

[1]- عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي ، عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع.

- Member of the Egyptian Association for Political Economy, Statistics and for International Law Member of the Egyptian Association;

الطرفان عن إرادتهما؛ بإيجاب يصادفه قبول مطابق له، عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية، مثل مواقع الويب، أو البريد الإلكتروني، أو بغيرهما من الوسائل السمعية أو المرئية التي انتشرت في الآونة الأخيرة.

ولقد اتجهت معظم القوانين نحو منح هذه الوسائل الإلكترونية حجية قانونية كاملة في الإثبات أسوة بغيرها من الوسائل التقليدية، بحيث تنتج آثارًا قانونية لإنشاء إلتزام تعاقدي أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، وينعقد معها العقد صحيحًا، ويصير قابلًا للتنفيذ، دون أن تؤثر هذه الوسائل المستخدمة على صحته ولا على تنفيذه.

• **الكلمات الافتتاحية** : التعبير عن الإرادة إلكترونيًا، قوانين المعاملات والتجارة الإلكترونية، الحجية القانونية للوسائل الإلكترونية.

Abstract :

Many of the laws of countries provide that the expression of willingness can be by any means or by taking any position that the circumstances surrounding no doubt that indicates the truth of what is intended. The objective is to understand and realize what this will aims at.

This means that the expression of the will can be done through traditional means or through modern/new electronic means, both of which are the same, taking into account the privacy of these means and the legal challenges and problems they raise, so that the contract is concluded and its legal effects occur if the two parties express their will with offer and acceptance through the use of electronic meansSuch as websites, e-mail, or other audio or visual means that have spread recently.

Most of the laws have taken to grant these electronic means a full legal binding in proof, similar to other traditional means, so that they have legal effects for creating, transferring, modifying or terminating a contractual obligation, and the relationship with them is valid and becomes enforceable without these used means affecting its validity or the implement it.

• **Key Words :** Expression of willingness electronically, Transactions & E – Commerce Laws. Legal binding of Electronic Means

المقدمة :

تغيرت المفاهيم والأفكار التي ظلت سائدة ومستقرة ردحًا من الزمن في التعاملات المدنية والتجارية، بعد ميلاد التجارة الإلكترونية التي خرجت من رحم هذا الكم الهائل من التطور التقني والمعلوماتي، وتطور وسائل الاتصال الذي ألقى بثقله – في العقود الثلاث المنقضية على وجه الخصوص – على الواقع الذي نعيشه ونحياه، على النحو الذي أصبح معه التعاقد على بيع وشراء السلع والمنتجات وتقديم الخدمات للآخرين يتم عن طريقالوسائل الإلكترونية المستحدثة التي باتت تُستخدم في إجراء المعاملات والتصرفات القانونية وتنفيذ العقود.

وأصبح تبادل الرضاءوإبرام العقود بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، عن طريق وسائل الاتصال المستحدثة يثير اهتمام رجال القانون، ويدفعهم نحو ملاحقة هذا التطور الضخم الذي يزداد في فترة قصيرة لا تساوي في حساب الزمن شيئًا، سواءً باستحداث قواعد وأحكام تستهدف مواجهة التحديات والإشكاليات التي يفرضها التعاقد الإلكتروني، أو حتى بالاستعانة بالقواعد والأحكام العامة أو التقليدية في القانون المدني والتي يمكن أن تؤدي دورًا معقولًا في مواجهة بعض التحديات، أو بتطويعها، إن اقتضى الأمر ذلك، لكي لا تتعارض مع الطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني.

ومن بين المسائل التي تصدت لها تشريعات بعض الدول، وتصدى لها فقهاء القانون ورجالاته؛ مسألة التعبير عن إرادة المتعاقدين وتحقق الرضاء بتبادل الإيجاب والقبول عن طريق الوسائل والقنوات الإلكترونية، وكذلك مسألة مدى تمتع هذه الوسائل المستعملة في التعبير عن الإرادة بالحجية القانونية، وهو ما سنتعرض له في هذه الدراسة الموجزة.

- **مشكلات الدراسة :**

من بين أبرز المشكلات التي أثارها التعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية المستحدثة، مشكلة التعبير عن الإرادة عبر هذه الوسائل، نظرًا لأن التعبير عن الإيجاب والقبول يتم عادة بين طرفين يتواجدان في دول مختلفة، ومدى قدرة هذه الوسائل على نقل إرادة كل متعاقد إلى الآخر، وتحقق الرضاء المتبادل بمقتضاها، ومدى كفاية أو ملائمة النظرية العامة للالتزامات لمواكبة هذه الظاهرة، خاصة في ظل التزام المشرع المصري الصمت وعدم قيامه حتى الآن بسن وإصدار قانون يُعنى بتنظيم المسائل المرتبطة بالمعاملات الإلكترونية، ووضع الحلول للمسائل والإشكاليات التي يمكن أن يثيرها التعاقد الإلكتروني.

- **أهداف الدراسة :**

تستهدف هذه الدراسة التعرف على مدى مشروعية التعبير عن الإيجاب والقبول عن طريق الوسائل الإلكترونية من أجل إجراء التصرفات القانونية، والوقوف على الأحكام القانونية المرتبطة بهذه المسألة

وكيفية تنظيمها في ضوء قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وفيقوانين الكثير من الدول، وفي الفقه القانوني. والتعرف كذلك على مدى إضفاء الحجية القانونية على الوسائل الإلكترونية المستخدمة في إجراء التصرفات القانونية أسوة بنظرائها من الوسائل التقليدية المتعارف عليها.

- **فرضيات الدراسة :**

يثير موضوع هذه الدراسة بعض التساؤلات التي تتطلب جوابًا عنها، وهي على النحو التالي :

1. هل ينتج التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية أثره القانوني بالنسبة لطرفيه، بحيث ينعقد العقد ويصبح ملزمًا للمتعاقدين وقابلًا للتنفيذ؟
2. هل تتمتع الوسائل الإلكترونية المستعملة في إجراء التصرفات القانونية بالحجية القانونية الكاملة في الإثبات المدني مثل نظرائها من وسائل الإثبات التقليدية؟ بالكيفية التي يمكن الاستعانة بها في إقامة الدليل أمام القضاء أو أمام الجهات الرسمية، بوصفها صالحة لأن تكون دليل إثبات متكامل؟
3. ما هو موقف قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية من مسألة التعبير عن الإرادة إلكترونيًا، ومدى تمتعها بقوة قانونية في إثبات التصرفات القانونية، وما هو موقف بعض الاتفاقات الدولية، والقوانين المحلية لبعض الدول من المسألة ذاتها؟

- **منهج الدراسة :**

سوف استعين في هذه الدراسة بالمنهج المقارن التحليلي، عند تناولي لمسألة التعبير عن الإرادة إلكترونيًا، والآثار القانونية المترتبة عليها، وذلك بالمقارنة بين نصوص وأحكام قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية سنة 1996م، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا سنة 1980م)، وبين غيرهما من القوانين الداخلية التي سنتها بعض الدول. ويتضمن ذلك الرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، والرجوع كذلك إلى الآراء والأدلة التي أوردها الفقه القانوني ومقارنتها، وتحليلها، ومناقشتها.

وسوف أتبع أيضًا في تناول هذه الدراسة المنهج الاستقرائي، إذ سأقوم بتتبع وجمع البيانات المتعلقة بموضوع الدراسة من القواعد العامة في القانون المدني ومن القوانين الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ومن المصادر المختلفة، من أجل الاستدلال بالحقائق التي يمكن تعميمها على موضوع هذه الدراسة، والتوصل إلى الرأي الصواب جوابًا على ما تثيره تساؤلت هذه الدراسة .

- **خطة الدراسة :**

سوف أتناول – إن شاء الله تعالى – موضوع هذه الدراسة وفقًا للتقسيم الآتي:

المقدمة.

المطلب الأول: إجازة التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الإلكترونية لإجراء التصرفات القانونية.

المطلب الثاني: إضفاء الحجية القانونية على الوسائل الإلكترونية المستخدمة في إجراء التصرفات القانونية.

الخاتمة.

المطلب الأول

إجازة التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الإلكترونية لإجراء التصرفات القانونية

ركن التراضي هو حجر الأساس في تكوين العقود ونشأة كافة التصرفات القانونية، فبه تتطابق إرادتي طرفي العقد من أجل إحداث أثر قانوني معين، بعد أن يصادف الإيجاب قبول مطابق له، عن طريق التعبير عن هذه الإرادة.

وبالتالي فإن الإرادة لا تُحدث أي أثر قانوني إن ظلت حبيسة في صدر صاحبها، بل يلزم أن تتحرر من عقالها ومن حبسها هذا، بأن يعبَّر صاحبيها عن رغبتهما في ما انصرفت إليه إرادتهما[1]. ووفقًا لذلك فإن التعبير عن الإرادة يعتبر هو العنصر الجوهري لعملية إبرام العقد، ويحدث ويتم عن طريق تبادل الإيجاب والقبول[2].

والتعبير عن الإرادة في نطاق العقود التقليدية لا يختلف في جوهره ومكنونه عن التعبير عنها في إطار العقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية[3]، فالعقود المبرمة عن بُعد يلزم أن تتوفر فيها الأركان والشروط ذاتها التي يجب توفرها في العقود التقليدية، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية التعاقد عن بُعد.

ووفقًا لما رأه بعض الفقه؛ فإن التوجه الحديث انطلق نحو إجازة التعبير عن الإرادة العقدية بغير المتعارف عليه من الوسائل التقليدية، أي إقرار التعبير عنها بواسطة الوسائل والقنوات الإلكترونية، وبهذا التوجه يكون ركن التراضي قد فَرضت عليه التطورات المستحدثة أن يكتسي برداءٍ جديدٍ يتماشى مع التقدم العلمي في مجال المعلوماتية ووسائل الاتصال، على النحو الذي يكون فيه التقاء إرادتي الطرفين عبر الوسائل الإلكترونية كافٍ في حد ذاته لانعقاد العقد، إن توفرت كافة الشروط اللازمة لانعقاده[4].

([1]) في هذا الصدد يرى بعض الفقهاء أن الإرادة عندما تتجه نحو إحداث أي أثر قانوني، هو في حد ذاته مسألة نفسية لا يعتد بها القانون، إلا عند الإعلان عنها، أي بالتعبير عن هذه الإرادة، إيجابًا أو قبولًا، فالتعبير هو مظهر الإرادة الخارجي المحسوس. ينظر عبد المنعم فرج الصدة: التعبير عن الإرادة. بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد (5)، العدد (1)، سنة 1997م، ص: 1.

([2]) عمرو عبد الفتاح علي: جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني. رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2009م، ص: 211.

([3]) Abbas Karimi, MohamadAkbari: Basic Conditions of Validity of Electronic Contracts in Iran and UNCITRAL Model Law. Research published on Journal of History Culture and Art Research. Volume (6).Issue (1), February 2017. P: 398.

MarykeSilalahiNuth : Electronic Contracting in Europe: Benchmarking of National Contract Rules of United Kingdom, Germany, Italy and Norway in Light of the EU E-commerce Directive. 2008. P: 62.

([4]) ينظر أحمد شرف الدين: قواعد تكوين العقود الإلكترونية (وبنود التحكيم). بدون ذكر ناشر، الطبعة الثانية، طبعة 2013م، ص: 14، 15. وينظر:

MoradShnikat, Ali Alnsoor: The Legal Framework of Electronic Contract in the Jordanian Legislation. Research published on Global Journal of Politics and Law Research. Vol (5), Issue (5). September 2017. P: 50.

لهذا لو تناولنا الإيجاب في نطاق العقود التي تبرم بواسطة الوسائل التقنية المستحدثة : وفق ما ورد في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، سنجد أنه قد ورد النص على: "يعتبر إيجابًا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهًا إلى شخص أو عدة أشخاص، وكان محددًا بشكل كاف، وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددًا بشكل كاف إذا عين البضائع، وتضمن صراحةً أو ضمنًا تحديدًا للكمية أو الثمن، أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما" ([1]).

ونصت أيضًا على أنه: "لا يُشترط أن يتم انعقاد عقد البيع إو إثباته كتابةً، ولا يخضع لأي شروط شكلية، ويجوز إثباته بأي وسيلة، بما في ذلك الإثباتبالبينة" ([2]). وهذا يعني أن استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود، بتبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني بين المتعاقدين يدخل تحت مظلة هذا النص، ويتصف بالجواز والمشروعية.

ونص قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996م في المادة (11) منه على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض..." ([3]).

وأوضح القانون المذكور من هو منشئ رسالة البيانات([4]) – الذي يمكن اعتباره موجبًا – حين عرفه بأنه: "الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث، قد تم على يديه أو نيابة عنه، لكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة" ([5]).

([1]) (Article 14/1): "A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price".

([2]) (Article 11): "A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses".

([3]) (Article 11/1): "In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages...".

([4]) رسالة البيانات عرفتها المادة (1/2) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بأنها: "المعلومات التي يتم أنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

(Article 2/1): "Data messag" means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy".

([5]) (Article 2/C): "Originator" of a data message means a person by whom, or on whose behalf, the data message purports to have been sent or generated prior to storage, if any, but it does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message".

وسارت على خطى قانون الأونيسترال النموذجي معظم تشريعات الدول العربية، ومن ذلك ما أورده المشرع الإماراتي في مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، عندما نص على الوقت المحدد الذي يُنسب فيه المستند الإلكتروني (الرسالة الإلكترونية) إلى منشئه، بأن يكون قد جرى إرساله من قِبله، أو من قِبل شخص آخر يمتلك صلاحية التصرف نيابة عنه، عندما يقوم بإرساله باسم المنشئ ولحسابه، بواسطة نظام آلي مبرمج ومؤتمت يعمل بشكل تلقائي دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه العمل أو الاستجابة له([1]).

وبالتالي يمكن استخدام هذه الوسيلة (المستند الإلكتروني) في التعبير عن الإرادة بالإيجاب، ويكون وقت صدور الإيجاب من لحظة إرسال المستند الإلكتروني بالكيفية المذكورة أعلاه. فإن تضمن المستند الإلكتروني تقديم عرض لمنتجات أو سلع معينة أو تقديم إحدى الخدمات لجمهور المستهلكين، وأوضح فيه المرسل أو المنشئ (الموجب) البيانات والمعلومات الجوهرية والخصائص الأساسية المتعلقة بالشيء المبيع، أو بتقديم الخدمة، بطريقة واضحة ودقيقة ومفهومة، صار المستند الإلكتروني في هذه الحال إيجابًا إلكترونيًا، إن صادفه قبول مطابق له من الموجب له؛ انعقد العقد ورتب آثاره القانونية بين المتعاقدين.

والحكم المذكور آنفًا في مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة؛ سبق وأن نص عليه المشرع العمانيفي قانون المعاملات الإلكترونية عندما نص على أن: "1/ تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ في الحالات الآتية :

أ- إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه.

ب- فيما بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا تم إرسالها بواسطة:

1. شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية المعنية.
2. إذا تم إرسالها وفقًا لنظام معلومات آلي مبرمج من قبل المنشئ أو نيابة عنه ليعمل تلقائيًا"([2]).

ويتبين من ذلك أن الإيجاب في نطاق التعاقد الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب في نطاق التعاقد التقليدي، من حيث الجوهر، غاية ما في الأمر أن الاختلاف يرد على الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإيجاب، فهو يتم عبر شبكات الاتصال التي أوجدها التطور العلمي في مجال المعلوماتية، كما تقدم ذكره.

ومن بين الأمور التي تحسن الإشارة إليها ونحن بصدد الحديث عن الإيجاب الإلكتروني؛ أن له صورًا عدة، فقد يوجه عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق برنامج المحادثة أو الشات، إن كان موجهًا إلى أشخاص بذواتهم، أو عن طريق مواقع الويب عبر شبكة الإنترنت، إن كان إيجابًا عامًا موجهًا إلى عدد غير محدد من الأشخاص.

([1]) المادة (12) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة.

([2]) المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2008/69).

ولو انتقلنا للقبول: فإن الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين لا يكفي في حد ذاته، بل يلزم أن يقابله قبول مطابق له من المتعاقد الآخر، حتى ينعقد العقد. والحديث عن القبول الإلكتروني لن يختلف عما ذكرته بخصوص الإيجاب الإلكتروني، فجوهره لا يختلف عن القبول في إطار العقود التقليدية، غاية ما في الأمر اختلاف الوسيلة المستخدمة فقط، إذ إن التعبير عن القبول في العقود الإلكترونية يحدث عادةً بواسطة الضغط على الأيقونة المخصصة للموافقة أو القبول، أو عن طريق غرف المحادثة أو الشات، أو عبر البريد الإلكتروني، وبغير ذلك من الطرق الحديثة الأخرى المخصصة لهذا الغرض، والتي باستخدامهايتحقق معنى القبول وينعقد العقد.

ولقد أجاز قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، التعبير عن القبول عن طريق رسائل البيانات أو الرسائل الإلكترونية، حين نص على ما يلي:

3. في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض، إذا:

أ- طبّق المرسل إليه تطبيقًا سليمًا، من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، إجراءً سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض، أو

ب- كانت رسالة البيانات، كما تسلمها المرسل إليه، ناتجة عن تصرفات شخص تمكّن بحكم علاقته بالمنشئ، أو بأي وكيل للمنشئ، من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه([1]).

ويفهم من المادة المذكورة آنفًا أن رسالة البيانات الصادرة عن المرسل (الموجب) أو عن وكيله، إن كانت تتضمن إيجابًا موجهًا إلى المرسل إليه (القابل)، أو عرضًا مقدمًا إليه، وقام الأخير بقبول هذا الإيجاب، وبالموافقة عليه، انعقد العقد وترتبت سائر آثاره القانونية، بمجرد تسلم المنشئ رسالة بيانات تتضمن قبول المرسل إليه.

وسار على خطى قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية؛ الكثير من تشريعات الدول الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ومن ذلك القانون العماني الذي نص على أن: "2/ للمرسل إليه

([1]) (Article 13/3): As between the originator and the addressee, an addressee is entitled to regard a data message as being that of the originator, and to act on that assumption, if:

(a) in order to ascertain whether the data message was that of the originator, the addressee properly applied a procedure previously agreed to by the originator for that purpose; or

(b) the data message as received by the addressee resulted from the actions of a person whose relationship with the originator or with any agent of the originator enabled that person to gain access to a method used by the originator to identify data messages as its own.

أن يعتبر الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ وأن يتصرف على أساس ذلك الافتراض في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا طبق المرسل إليه بدقة إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لأجل التحقق من أن الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ.

ب- إذا كانت الرسالة الإلكترونية كما تسلمها المرسل إليه، ناتجة عن تصرفات شخص تمكّن بصورة مشروعة بحكم علاقته بالمنشئ، أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ للتعريف بأن الرسالة الإلكترونية تخصه"([1]).

ويتضح من المادة المذكورة أنها تتضمن النص على بعض الأحكام الخاصة باستلام المرسل إليه الرسالة الإلكترونية الصادرة عن المنشئ، والتعامل معها على هذا الأساس. فلو كانت هذه الرسالة متضمنة إيجابًا موجهًا إلى الموجب له، فقام الأخير بقبول فحوى ومضمون هذه الرسالة، وقام بالرد على المنشئ برسالة إلكترونية تتضمن قبوله للإيجاب المعروض عليه، فعندها ينعقد العقد، ويرتب كافة آثاره القانونية بين الطرفين.

مع عدم غض الطرف عن بعض الاستثناءات التي وردت في قانون الأونيسترال النموذجي بشأنالتجارة الإلكترونية، وفي الكثير من قوانين الدول الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، والتي لا يتسع المقام لذكرها والتطرق إليها.

والأحكام المتقدم ذكرها والخاصة بالقبول؛ ورد ذكرها في بعض القوانين الأخرى، مثل النص عليها في المادة (12) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، والمادة (16) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني رقم (40) لسنة 2006م،والمادة (18) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م، وغيرهم الكثير.

ولو رجعنا إلى الأحكام العامة في القانون المدني المصري - نظرًا لعدم وجود تنظيم قانوني للتعاقد الإلكتروني – سنجده ينص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا، ويكون كذلك بإتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكًا فى دلالته على حقيقة المقصود([2]). ونص كذلك على أن صدور الإيجاب يمكن أن يحدث عن طريق التليفون أو باستخدام أية وسيلة أخرى([3]). وعلى حد

([1]) المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2008/69).

([2]) المادة (1/90) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.

([3]) المادة (1/94) من القانون المدني المصري.

تعبير البعض فإنه يمكن أن يفهم من ذلك إجازة التعبير عن الإرادة بأية وسيلة، يستوي في ذلك الوسائل التقليدية والإلكترونية[1].

المطلب الثاني

إضفاء الحجية القانونية على الوسائل الإلكترونية المستخدمة في إجراء التصرفات القانونية

ينشأ العقد في الوقت الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب، فبمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فإن العقد يتم وينعقد بينهما[2]، وإذا كان هذا المبدأ لا يثير أية صعوبات أو إشكالات في معظم التعاقدات التقليدية، إلا أنه يواجه بعض الصعوبات عند تطبيقه في التعاقد الإلكتروني، ومن بين أبرز هذه الإشكالات مسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، لأن طرفي العقد لا يجمعهما مكان واحد لحظة إبرامه، أي لا يكونان حاضرين حضورًا ماديًا في مكانٍ واحد.

ولقد عالجت بعض النظريات هذه الإشكالية، مثل نظرية إعلان القبول، ونظرية تصدير القبول، ونظرية تسلم القبول، ونظرية العلم بالقبول، وتطرق الفقه القانوني إلى هذه المسألة وإلى مسألة مكان انعقاد العقد

([1]) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، طبعة 2011م، ص: 166.

[2] بصدد ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن الإيجاب هو العرض الذى يعبّر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ولا يعتبر التعاقد تامًا وملزمًا إلا بتوافر الدليل على تلاقي إرادتي المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه". محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم (٣٠٢٠)، لسنة (٨٢) قضائية، جلسة 2021/1/18م. نقلًا عن الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: https://www.cc.gov.eg/

وقضت كذلك بأنه: "يكفي لانعقاد العقد مجرد تلاقي الايجاب والقبول متطابقين، ولو أخل أي من المتعاقدين من بعد بالتزاماته الناشئة عنه". محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم (٩٤٩٢)، لسنة (٧٨) قضائية، جلسة 2018/9/23م. نقلًا عن الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: https://www.cc.gov.eg/

وفي الاتجاه نفسه قضت المحكمة التجارية في الرياض بأن العقد لا يمكن أن ينعقد إلا بالتقاء إرادة المتعاقدين، إذ جاء في حكمها النص على أنه: "لم يظهر بعد التأمل حدوث العقد الذي يرتب التزامات على أطرافه، ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، ولأن مبنى العقود على ركن التراضي الواجب توفره، ولأن إرادة الأطراف لم تتلاق على إبرام ذلك العقد؛ فإن الدائرة تنتهي إلى عدم صحة المطالبة". المحكمة التجارية في الرياض، الدائرة الثانية، القضية رقم (12997/ق/1440هـ)، جلسة 1440/11/21هـ، (غير منشور).

ومسألة تلاقي الإيجاب والقبول هي من المسائل التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، بغير معقب عليها من محكمة النقض، متى كان استخلاصها سائغًا. محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم (٦٩٧٤)، لسنة (٧٦) قضائية، جلسة 2007/6/14م. نقلًا عن الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: https://www.cc.gov.eg/

بتوسع واستفاضة، ولا أجد داعيًا للخوض في هذه المسألة[1]، إذ سأكتفي بالتطرق لمسألة صحة إنعقاد العقود عبر الوسائل الإلكترونية، وأن استخدام هذه الوسائل لا يفقد العقد صحته، أو ينال من قوته القانونيةوتنفيذ ما ورد فيه من التزامات متبادلة بين طرفيه.

إذ أضفت القوانين الوطنية للعديد من الدول، ومن قبلهم قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية؛ الحجية القانونية على الوسائل الإلكترونية، ومنحتها الحجية ذاتها المقررة في الإثبات للمحررات العرفية، وأتناول هذه المسألة وفقًا لما يلي:

ورد في المادة (11) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996م النص على أنه: "...وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"[2].

ونصت المادة (12) من القانون ذاته على أنه: "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات"[3].

وورد كذلك في التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 2000م[4]، النص على حث الدول بتضمين أنظمتها القانونية بما يسمح بإجراء العقود بالوسائل الإلكترونية، وأشار هذا التوجيه إلى أن إبرام

---

[1] للاطلاع على الإشكالات التي تثيرها مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقود التقليدية والإلكترونية على حد سواء، وأهمية تحديد هذه المسألة ينظر ما يلي: عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1966م، ص: 80 وما بعدها. /محمد لبيب شنب: دروس في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1977/1976م، ص: 120 وما بعدها./محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2005م، ص: 111 وما بعدها./رضا متولي وهدان: النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي. بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (42)، أكتوبر 2007م، ص: 89 وما بعدها. /علاء الدين محمد عبابنة: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني. بحث منشور بالمجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد (4)، العدد (4)، سنة 2012م، ص: 27 وما بعدها./عباس العبودي: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني. دار الثقافة، الأردن، طبعة 1997م، ص: 154 وما بعدها.

[2] (Article 11/1): "... Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose".

[3] (Article 12/1): "As between the originator and the addressee of a data message, a declaration of will or other statement shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message".

[4] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

العقود بالوسائل الإلكترونية المستحدثة لا يؤدي إلى حرمان العقد من فاعليته وإلزاميته وصلاحيته للتنفيذ[1].

وعلى نهج قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سارت العديد من قوانين الدول العربية الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وضمنت قوانينها الأحكام ذاتها التي تضمنها هذا القانون، ومن ذلك أذكر على سبيل المثال؛ مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، إذ نص على أنه: "1/ لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بشكل إلكتروني. 2/ لا يفقد العقد صحته أو حجيته في الإثبات أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مستند إلكتروني واحد أو أكثر"[2].

والمسألة عينها تم إقرارها والنص عليها في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م[3]، وفي قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم (69) لسنة 2008م[4]، وفي نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/18) وتاريخ 1428/3/8هـ[5]، وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م[6]، وقانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (3) لسنة 2014م[7].

وبالرغم من عدم سن المشرع المصري قانونًا ينظم أحكامالمعاملات والتجارة الإلكترونية، كما سبق ذكره في أكثر من موضع، إلا أنهاعترف في القانون رقم (15) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني؛ بمشروعية وجواز إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية المستحدثة، حين أعطى الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الحجية ذاتها المقررة للمحررات المكتوبة المعدة للإثبات.

إذ نص على أنه: "للكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية

([1]) (Article 9 /1): "Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means."

[2] ينظر المادة (10) من هذا القانون.

[3] ينظر المادة (3)، والمادة (4) من هذا القانون.

[4] ينظر المادة (12) من هذا القانون.

[5] ينظر المادة (5) من هذا النظام.

[6] ينظر المادة (13) من هذا القانون.

[7] ينظر المادة (2)، والمادة (4)، والمادة (5) من هذا القانون.

والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقًا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"[1].

والحكم نفسه (عدم فقدان العقود صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد انعقادها بوسائل إلكترونية) سبق وأن نصت عليه المادة (240) من الفصل (719) من القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية الأمريكي، بحيث لا يفقد العقد صحته أو أثاره القانونية أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه جاء في شكل إلكتروني، أو أُبرم بواسطة استخدام سجل إلكتروني[2].

ومن الناحية القضائية: فلقد سارت المحاكم الفيدرالية الأمريكية في الاتجاه ذاته حين اتجهت صوب الاعتراف بفاعلية القبول لإيجابٍ مطروح عبر شبكات الإنترنت[3]. وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الكتابة يمكن أن تتمثل على أية دعامة طالما أن سلامتها ونسبتها إلى مرسلها قد تحققت دون منازعة[4]. وبالتالي يمكن استخدام الكتابة الإلكترونية في توجيه الإيجاب والموافقة عليه.

وصدر عن القضاء القطري بعض الأحكام القضائية التي تعترف بحجية الوسائل الإلكترونية المستعملة في التعبير عن الإرادة، وبقيمتها القانونية، ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة التمييز بشأن قيام أحد المتعاقدين بإرسال رسالة إلكترونية إلى الطرف الآخر في العقد؛ تضمنت رغبته في إنهاء الرابطة العقدية عند انتهاء مدة عقد الإيجار، وعدم رغبته في تجديد العقد مرة أخرى[5].

وأكدت المحكمة نفسها عند تطرقها لأحد الطعون المتعلقة بإعمال القواعد القانونية ذات الصلة بالعقود التي تُبرم باستخدام الوسائل الإلكترونية المستجدة، على أنه : "للمتعاملين بالوسائل الإلكترونية إبرام تعاقداتهم واتفاقتهم عن طريق تلك الوسائل، سواء تدخل فيها شخص كالبريد الإلكتروني، أو بواسطة

---

[1] ينظر المادة (15) من هذا القانون.

(2) (Article 240): "Legal recognition of electronic records, electronic signatures and electronic contracts.

1. A record or signature may not be denied legal effect or enforceability solely because it is in electronic form.
2. A contract may not be denied legal effect or enforceability solely because an electronic record was used in its formation".

[3] خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص: 167.

[4] Cass com. 21 Dec 1997, D 1998, P: 132.

نقلًا عن عبد العزيز المرسي حمود: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة. بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية. المجلد (11)، العدد (21)، أبريل 2002م، هامش ص: 28.

[5] محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية والتجارية، الطعن رقم (158)، لسنة 2012م. نقلًا عن عبد الله عبد الكريم عبد الله: أثر التغيرات التكنو-قانونية في إبرام العقد، دراسة في القانون القطري وبعض العقود الإلكترونية النموذجية. بحث منشور بمجلة القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، المجلد (6)، العدد (23)، سبتمبر 2018م، ص: 177.

آليات إلكترونية مجهزة مسبقًا لذلك. وللقاضي استخلاص الإيجاب والقبول من خلال تلك الوسائل دون حاجة لأن تكون مفرغة كتابيًا في ورقة موقعة من طرفيها، عدا حالة التوقيع الإلكتروني المعتمد"[1].

وفي خطٍ مواز أوضحت محكمة النقض المصرية في مستهل حديثها عن البريد الإلكتروني بأنه وسيلة يتبادل بها الأشخاص الرسائل الإلكترونية، عن طريق أجهزة الكمبيوتر أو الهواتف النقالة (المحمولة) أو غير ذلك، وأن واقعتي الإيجاب والقبول في العقود التي تبرم بوسائل إلكترونية يمكن استخلاصها من الرسائل الإلكترونية، ولا يقتضي ذلك أن تكون مفرغة كتابيًا فى ورقة موقعة من طرفيها. وأكدت على أن الرسائل الإلكترونية المتبادلة بين المتعاقدين عن طريق البريد الإلكتروني، طالما استوفت الشروط والضوابط اللازمة، فإنها تكتسب حجية فى الإثبات تماثل تلك التي يتم تفريغها ورقيًا وتذيل بتوقيع كتابي، فلا يحول دون قبولها كدليل إثبات أنها جاءت فى شكل إلكتروني[2].

وفي الختام: يتضح من كل ما تقدم أن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية يتمتع بالقوة القانونية والحجية نفسها المقررة للتعبير عن الإرادة بالوسائل التقليدية في الإثبات، وجميع التعاملات والتصرفات القانونية التي تتم بواسطة هذه الوسائل هي تعاملات صحيحة ونافذة بين أطرافها، لأن استعمال هذه الوسائل بات من متطلبات مواكبة التطور الهائل في وسائل الاتصال والمعلومات الذي تخطى الحواجز المكانية والزمانية، ويسّر من إبرام العقود وإنهاء التعاملات في أقصر وقت ممكن وبأقل تكلفة.

الخاتمة :

الحمد لله الذي هداني وأعانني ووفقني لإتمام هذه الدراسة المتواضعة؛ التي أساله سبحانه وتعالى أن تثمر عن علم ينتفع به الناس. فبعد الانتهاء من تناول موضوعها لم يعد يتبقى لى سوى ذكر أهم النتائج التي انتهت إليها هذه الدراسة، واتبعه بذكر بعض التوصيات، وذلك على النحو التالي :

أولًا : التعبير عن الإرادة لا يُشترط له أن يوضع في قالب معين أو أن يأخذ شكلًا محددًا، أو أن يكون بوسيلة بعينها دون الأخرى، فهذه المسألة تتصف بالمرونة والانسيابية والسعة، بحيث يستطيع المتعاقدين التعبير عن إرادتهما بأي وسيلة ممكنة تؤدي إلى تحقيق الغاية المنشودة، سواء كان التعبير عن هذه الإرادة في شكل تقليدي، أو بأي وسيلة من الوسائل الإلكترونية التي بات يكثر استعمالها والاستعانة بها في الآونة الأخيرة.

---

[1] محكمة التمييز القطرية، تمييز مدني ، الطعن رقم (275)، جلسة 2016/11/15م. نقلًا عن المرجع السابق، ص: 177.

[2] ينظر حكم محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم (١٧٦٨٩)، لسنة (٨٩) قضائية، جلسة 2020/3/1م، مكتب فني (سنة ٧١ - قاعدة ٣٦ - صفحة ٣٠٣). نقلًا عن الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: https://www.cc.gov.eg/

ثانيًا: لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي في الأركان العامة اللازمة لانعقاده أو في آثاره، فمضمونه لا يخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة للعقود، لكنهما يختلفان في الوسيلة المستعملة في إبرامه والتي تتميز بخصوصية تتفق مع التطور الهائل في وسائل الاتصال والمعلومات.

ثالثًا: أجاز قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996م التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، واعترف بصحة إبرام العقود التي تجرى عن طريق هذه الوسائل وبما تحدثه من آثار قانونية، وأعطى لهذه الوسائل الحجية القانونية الكاملة في الإثبات التي يتطلبها القانون. وسار على هديه ونهجه الكثير من القوانين الوطنية التي أخذت عنه جل الأحكام التي أرسى دعائمها وركائزها.

التوصيات :

توصي هذه الدراسة بأن يتجه المشرع المصري نحو إعلان تمرده على صمته الذي طال أمده؛ بأن يسن ويصدر قانونًا مستقلًا يعنى بتنظيم الأحكام الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، كما فعل نظرائه من مشرعي الدول العربية وغير العربية، لأنه تأخر كثيرًا في الإقدام على هذه الخطوة المهمة، والتي صارت من متطلبات مواكبة العصر الراهن.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

أولًا : المراجع القانونية العامة والمتخصصة :

- د. أحمد شرف الدين: قواعد تكوين العقود الإلكترونية (وبنود التحكيم). بدون ذكر ناشر، الطبعة الثانية، طبعة 2013م.
- د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، طبعة 2011م.
- د. رضا متولي وهدان: النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي. بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (42)، أكتوبر 2007م.
- د. عباس العبودي: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني. دار الثقافة، الأردن، طبعة 1997م.
- د. عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة،طبعة 1966م.
- د. عبد العزيز المرسي حمود: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة. بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية.

المجلد (11)، العدد (21)، أبريل 2002م.

- د. عبد الله عبد الكريم عبد الله: أثر التغيرات التكنو–قانونية في إبرام العقد، دراسة في القانون القطري وبعض العقود الإلكترونية النموذجية. بحث منشور بمجلة القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، المجلد (6)، العدد (23)، سبتمبر 2018م.
- د. عبد المنعم فرج الصدة: التعبير عن الإرادة. بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد (5)، العدد (1)، سنة 1997م.
- د. علاء الدين محمد عبابنة: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني. بحث منشور بالمجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد (4)، العدد (4)، سنة 2012م.
- د. عمرو عبد الفتاح علي: جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني. رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2009م.
- د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2005م.
- د. محمد لبيب شنب: دروس في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1977/1976م.
- Abbas Karimi, MohamadAkbari: Basic Conditions of Validity of Electronic Contracts in Iran and UNCITRAL Model Law. Research published on Journal of History Culture and Art Research. Volume (6). Issue (1), February 2017.
- MarykeSilalahiNuth : Electronic Contracting in Europe: Benchmarking of National Contract Rules of United Kingdom, Germany, Italy and Norway in Light of the EU E-commerce Directive. 2008.
- MoradShnikat, Ali Alnsoor: The Legal Framework of Electronic Contract in the Jordanian Legislation. Research published on Global Journal of Politics and Law Research. Vol (5), Issue (5). September 2017.

ثانيًا : القوانين والاتفاقات والتوجيهات الأوروبية :

- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.
- القانون المصري رقم (15) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني.
- قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني رقم (40) لسنة 2006م.
- قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م.
- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/18) وتاريخ 1428/3/8هـ.

- قانون المعاملات الإلكترونية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2008/69).
- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012م.
- قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (3) لسنة 2014م.
- مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة.
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980).
- UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996).
- Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce).

التطور التكنولوجي وأثره علي حرمة الحياة الخاصة
" دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري "

Technological development and its impact on the sanctity

of private life "A comparative study between the French and Egyptian systems"

الحسين الزقيم [1] محمد عبد الرحيم ، دكتور القانون

العام - كلية الحقوق - جامعة أسيوط ، جمهورية مصر العربية

Al- Hussein Al- Zeqeim Mohamed Abdul – Raheim

Doctor of Public Law - Faculty of Law – Assiut

UniversityThe Egyptian Arabic Republic

[1] Email : husseinalzeqeim@gmail.com

ملخص :

تعتبر المحادثات الخاصة للأفراد مظهر من مظاهر حرمة حياتهم الخاصة التي يتعين حمايتها لما يمكن أن تنطوي عليه من أسرار وخصوصيات، ولكن التقدم العلمي المذهل في كافة مناحي الحياة أدي إلى انتشار الاعتداءات علي الحق في الخصوصية للأفراد، وجعل من الممكن اقتحام خلوة الإنسان وتجريده من كل أسراره دون أن يشعر ما يجري حوله ويقع عليه ويمس أخص خصوصياته، خاصة بعد ظهور عصر المعلومات والاتصالات وتطور وسائل التجسس والتنصت من الطرق التقليدية إلى الطرق الإلكترونية.

- **الكلمات المفتاحية** : التطور التكنولوجي – الحياة الخاصة – التجسس – التنصت – المحادثات.

Abstract :

The private conversations of individuals are a manifestation of the sanctity of their private lives that must be protected because of the secrets and privacy they may contain, but the amazing scientific progress in all aspects of life has led to the spread of attacks on the right to privacy of individuals, and made it possible to break into a person's privacy and strip him of all his secrets Without realizing what is going on around him and affecting his most intimate privacy, especially after the advent of the era of information and communications and the development of espionage and eavesdropping methods from traditional to electronic methods.

- **Keywords** : Technological development - private life - espionage - eavesdropping – conversations.

مقدمـة :

إن تسجيل المحادثات الهاتفية يشكل في حد ذاته اعتداءًا على حق لا يقبل أي استثناء من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يشكل اعتداءًا على حق الإنسان في الخلوة التي تعد من حقه في أن لا يقتحم عليه أحد إطار خصوصيتة الذي ضربه حول نفسه فهو من الصق الحقوق بشخص الإنسان الذي لا يجوز المساس به مطلقًا(1) أو الاعتداء عليه(2)، فضلاً عن أنه يخالف الشعور الإنساني الذي يقضي بأن يتمتع الفرد بالحرية الكاملة(3)، وبأنه يعد صورة من صور التلصص علي الغير(4).

وذلك لأن التسجيل يتم بطريقة لا عين تري أو أذن تسمع(5) الأمر الذي قد يترتب عليه أن يكون ذلك التسجيل ذريعة للسلطات العامة لإستخدامها في غير غرضها الأصيل والتوصل من خلالها إلى بسط الرقابة على الشخصيات العامة والسياسية، فضلًا عن التنكيل بالمشتبه فيهم(6).

لذا نجد أن هناك حالات تكون فيها بعضًا من المحادثات محمية من المراقبة بموجب حصانات خاصة مستمدة من الدستور أو من القانون العام، ونلاحظ أن أغلب هذه الحالات التي تنظرها المحاكم تتعلق بالحديث بين المحامي وموكله والطبيب مع مرضاه والزوج مع وزوجته حيث أن هذه المحادثات لها حرمة شرعية، مع الأخذ في الاعتبار أنه لا يشترط لغة معينة يجري بها الحديث، كالحديث الذي يتم بلغة أجنبية أو باستعمال الشفرة(7).

أهمية موضوع الدراسة :

تكمن أهمية هذا الموضوع في عده نقاط :-

1) أن الإنسان هو المحور الذي تدور حوله الحقوق والحريات العامة صونًا لذاته وإبقاءً لكيانه.
2) الاهتمام الدولي والداخلي بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية الوارد في المواثيق الدولية والإقليمية والدستورية والقانونية والقضائية في العديد من دول العالم موجود منذ القدم وليس وليد اليوم، أسسته ونظمته الشريعة الإسلامية الغراء منذ بدء الخليقة.
3) أن التطورات التكنولوجية لعبت دورًا كبيرًا في بناء الحضارة الإنسانية الحديثة، وإن كانت قد أسهمت وبشكل جدي في انتهاك الحقوق والحريات العامة للأفراد.

---

(1) د/ أحمد محمد خليفة (مشروعية تسجيل الصوت في التحقيق الجنائي) مجلة الأمن العام، العدد الأول،القاهرة، أبريل1958م،صـ28.

(2) د/ ادوارد غالي الذهبي (التعدي علي سرية المراسلات) بدون طبعة ، عمان ، الأردن ،سنة 1998م، صـ30.

(3) د/حسن صادق المرصفاوي (المحقق الجنائي) الطبعة الثانية، الناشر/ منشأة المعارف ، الإسكندرية ،سنة 1990م، صـ78، 79.

(4) د/ سعد حماد القبائلي (ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي) دراسة مقارنة، الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة،سنة 1998م، صـ319.

(5) د/ محمد إبراهيم زيد (الجوانب التاريخية والعلمية لاستخدام الوسائل الفنية الحديثة) المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث ، المجلد العاشر ، نوفمبر 1967م،صـ116.

(6) د/ عصام عبد العزيز زكريا، (حقوق الإنسان في الضبط القضائي) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ،سنة 1992م،صـ276.

(7) فوزية عبد الستار (شرح قانون العقوبات) القسم الخاص ، الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة،سنة 1982م، صـ 643.

وينظر كذلك:- د/ محمد زكي أبو عامر (شرح قانون العقوبات) القسم الخاص، الناشر/ منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية ،،سنة 1989م،صـ 696.

4) أن التقدم التقني الهائل قد أثر إيجابًا وسلبًا ـ متعمدًا- على الوسائل العلمية الحديثة (أجهزة التنصت والتسجيل الإلكتروني وغيرها).
5) الحماية الدستورية والقضائية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ـ كالحق في الحياة الخاصة ـ بمثابة طوق النجاة في وجه الحكام وتابعيهم.

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى :

1) عرض دراسة تحليلية على المستويين الدولي والداخلي من خلال النصوص الدستورية والقانونية والقضائية في ظل تزايد مخاطر التطور التكنولوجي الذي أسهم بدوره في انتهاك وانتقاص الحق في حرمة الحياة الخاصة وغيرها من باقي الحقوق والحريات العامة وما أنتجه من تقدم تقني وعلمي في أجهزة المراقبة للتنصت والتسجيل الإلكتروني.
2) بيان مظاهر الاعتداء على الحق في(حرمة الحياة الخاصة) للعامل أو الموظف أو المترشح للعمل من قبل صاحب العمل، وموقف النظم الدستورية والقانونية والقضائية منها.
3) كما تهدف هذه الدراسة أيضًا إلى معرفة:
4) أثر التطور التكنولوجي على الوسائل العلمية الحديثة (أجهزة المراقبة المراقبة الإلكترونية) من خلال الوقوف على كشف غموض ارتكاب الجريمة ومدى شرعية النتائج المستخلصة منها.
5) الضمانات الدستورية والقانونية والقضائية التي تكفل حرمة الحياة الخاصة وغيرها من الحقوق للأفراد العادين أو العاملين ومدى بلوغها الحد المأمول لصون الكرامة الإنسانية.

سبب اختيار موضوع الدراسة :

لكل دراسة دوافع وأسباب دفعت الباحث للكتابة عنها الأمر الذي يزيد من قيمتها العلمية، ومن هذه الدوافع والأسباب ما يلي :-

1) أهمية موضوع الدراسة المتضمنة عالمية الحقوق والحريات الإنسانية الطبيعية المكفولة بنصوص الشريعة الإسلامية وكافة الأديان السماوية والمواثيق الدولية والدساتير الداخلية والقوانين الوضعية، والأحكام القضائية لمعظم دول العالم.
2) الاهتمام الدولي والداخلي المتنامي بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية والتوجه نحو توفير المزيد من الضمانات والحماية اللازمة لتلك الحقوق والحريات

3) التطور التكنولوجي للوسائل العلمية الحديثة والمستجدة الخاصة بالمراقبة الإلكترونية، وأجهزة الفحص والتحقيق، التي تتحصل على المعلومات من الأفراد بواسطة وسائل خفية وإختلاسية ونفسية وجسدية.
4) التقنية المعلوماتية الحديثة وتأثيرها علي الحياة الخاصة للأفراد بصفه عامة، والعامل أو الموظف بصفه خاصة وتعرضه للكثير من التهديدات والاعتداءات في وقتنا الحاضر.
5) غياب النصوص القانونية في تشريع العمل المصري التي تعتني بحرمة الحياة الخاصة للعامل أو الموظف، وكذلك انعدام الاجتهادات القضائية وندرة أحكامها.

إشكاليات الدراسة :

تعالج هذه الدراسة بعض الإشكاليات التي ظهرت في الآونة الأخيرة المتمثلة في الأحداث العربية والدولية وذلك عن طريق قيام الثورات والانتفاضات التي كانت من أبرز مطالبها تحقيق العدالة الاجتماعية والكرامة الإنسانية والحرية المقدسة، الأمر الذي أعقب خلفه بيئة خصبة لوسائل الانتهاكات المتنوعه والمتعدده، والذي نتج عنه لجوء حكومات الدول لاستخدام كافة الطرق المتمثلة في الوسائل العلمية الحديثة الناتجة عن التطور التكنولوجي لفرض رقابتها وسيطرتها على مواطنيها.

لذلك سوف نلقي الضوء علي عدة إشكاليات هي:-

1) تهديد التطور التكنولوجي للأجهزة الحديثة لخصوصية الفرد، الأمر الذي يدعو إلى وجود حماية أصيلة توفر ضمانات دستورية.
2) محاولة المشرع في إيجاد توازن بين حق الفرد في الحماية الخاصة لخصوصيته وعدم تعرضه للإيذاء، وبين حق المجتمع في المعرفة والحصول على المعلومات.
3) وجود تفاوت بين التشريعات التي تحمي الحقوق اللصيقة للفرد وبين التطبيق العملي لهذه التشريعات على أرض الواقع.
4) عجز النصوص التشريعية عن حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية كالحق في (حرمة الحياة الخاصة) وعن كفالة حق الدولة في الحفاظ علي أمنها واستقرارها وسلامتها الداخلية والخارجية.

تساؤلات وفروض الدراسة :

عندما تطرح هذه الدراسة علي بساط البحث يثار في ذهن الباحث عده تساؤلات:-

هل الوسائل العلمية الحديثة والمستجدة المستخدمة في المراقبة الإلكترونية على حرية الحديث من قبيل الاعتداء على الحق في حرمة الحياة الخاصة أم لا ؟

هل في إمكان المشرع القدرة على تحقيق التوازن بين حماية الحياة الخاصة للإنسان، وحق المجتمع بإمداده بالمعلومات ومعرفة الوقائع والأحداث التي تدور حوله؟ أم أن الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي بالتعديل أو بالإضافة؟ أو أن الوضع التشريعي القائم يكفي لتحقيق مستوي الحماية المأمول ؟!

هل الحماية الدستورية والقانونية والقضائية تعمل على تحقيق مظاهر الديمقراطية في الظروف العادية والاستثنائية؟

منهجية البحث في الدراسة :

اتبعت في هذه الدراسة أسلوب البحث التحليلي وأسلوب البحث المقارن:-

أسلوب البحث التحليلي : وذلك باعتباره أكثر الأساليب العلمية المستخدمة في البحث العلمي، وكذلك لما يتمتع به من مرونة كبيرة وقدرة على دراسة الواقع بشكل كبير، ومن خلال هذا الأسلوب قمت باستعراض المبادئ والنصوص الدستورية التي تنظم حرمة الحياة الخاصة وتحمي الحقوق والحريات العامة للأفراد من الانتهاك.

أسلوب البحث المقارن: وذلك من خلال توضيح موقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والكيفية التي واجه بها المشرع التطور التكنولوجي الذي أثر بدوره على حرمة الحياة الخاصة.

وهذا هو منهجي في بحثي المكون من ثلاث مباحث واليكم خطة بحثي بالتفصيل:-

المبحث الاول:- المحادثات المتصله بسر المهنة.

المبحث الثاني:- المحادثات المتصله بالحياة الزوجية.

المبحث الثالث:- المحادثات المتصله بحياة العامل.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

قائمة المراجع

المبحث الأول

المحادثات المتصلة بسر المهنة

يعد التنصت على الهاتف أو على حرية الحديث من ضمن أخطر الوسائل التي تقررت استثناءًا علي حق الشخص في حرمة حياته الخاصة كتفتيش المنازل وضبط المراسلات والاطلاع عليها، فضلاً عن أن ذلك قد يؤدي إلى امتدادها لأشخاص آخرين أبرياء بمجرد اتصالهم عن طريق الهاتف بالشخص الموضوع تحت المراقبة[1]، على أن نضع في اعتبارنا أنه وإن كان الحق في حرية الحديث من الحقوق المكفولة دوليًا وداخليًا باعتبار أن المرء يترك وشأنه في ممارسة حقوقه وحرياته التي ينبغي أن لا تمس[2]، إلا إن هناك قيدًا عليها حال تعارضها مع قيم أخرى أحيانًا، هنا يضحي بقدر من هذه الحرية لأن الحرية المطلقة ليست من سمات المجتمع المتمدن[3].

لذلك يعرف الحديث بأنه (كل صوت له دلالة التعبير عن مجموعة من الأفكار والمعاني ويستوي أن يكون هذا الحديث مفهوم لدى الجميع أو لدى فئة معينة ولا عبرة باللغة التي يجري بها الحديث)[4]، وبذلك يتضح أنه ينتفي عن الصوت وصف الحديث كما لو كان لحنًا موسيقيًا أو صيحات ليس لها دلالة لغوية[5].

من جماع ما سبق ذكره نجد أن المحادثات المتصلة بسر المهنة هي التي تتمتع بالامتياز فقط، فلا يستطيع أي طرف أن يطالب بامتياز عن أي حديث آخر خارج دائرة الأحاديث المتصلة بسر المهنة، حتى وإن كان هذا الحديث لمحام ولكن خارج مزاولة اختصاصاته المهنية[6].

أولًا:- حديث المحامي مع موكله

في فرنسا ذهبت المادة (5/66) من قانون المحاماة الفرنسي إلى إضفاء الحماية على الأسرار التي تصل إلى المحامي بحكم ممارسته لمهنته بما في ذلك من المراسلات[7] المتبادلة بين المحامي وموكله أو بين المحامي وغيره من المحامين، إلى جانب النشاط المهني للمحامي الخاص بالدفاع عن موكله وما يعلمه من أسرار بمناسبة تقديمه الاستشارات القانونية[8] وصياغة العقود.

---

(1) صفية بشاتن (الحماية القانونية للحياة الخاصة) دراس ة مقارنة ، رسالة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، سنة 2012م، صـ 215.

(2) ينظر قضية:- Griswold V . Connecticut, 381 , U . S , 479 .

(3) ينظر قضية:- Time Inc . V . Hill 385 U . S. 374 , 388 . 1967

(4) د/ محمود نجيب حسنى (شرح قانون العقوبات المصري) الناشر/ دار النهضة، القاهرة،سنة 1979م، صـ 770.

(5) إبراهيم عيد نايل (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاضعة في قانون العقوبات الفرنسي) الناشر / دار النهضة العربية ،القاهرة ، سنة 2000م، صـ 118.

(6) ينظر قضية:- United Nations: E/CN. 4/1116,23 January, 1973 Report of the secretary general, p49.

(7) د/طارق صديق رشيد(حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي)الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2011م،صـ 328 وما بعدها.

(8) د/محمد حاتم البيات(المشورة القانونية كعمل من أعمال المحاماة) بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد23،العدد الأول،2007م،صـ 234.

ينظرأيضًا:- د/عبده جميل غصوب (مسؤولية المحامي المهنية المدنية بين النظرية والتطبيق) بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثاني،القسم الأول،الطبعة الثانية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2004م،صـ 108.

ويتسع النطاق الموضوعي لإلتزام المحامي بعدم الإفشاء ليشمل جميع المعلومات التي علم بها وبأي وسيلة كانت، شفاهة أم كتابة، ففي حكم لمحكمة باريس الصادر في 13 نوفمبر 1979 قررت أن (...المدافع يلتزم بكتمان كل ما علم به أثناء ممارسته لمهنته أو بسببها سواء أفضى له موكله بهذه المعلومات أو علم بها بمقتضي خبرته الفنية أو نتيجة اطلاعه على المستندات التي قدمت إليه..)[1].

كما ذهب القضاء الفرنسي أيضًا إلى أن التزام المحامي بالمحافظة علي السر المهني يشمل بالإضافة إلى ما أسر به العميل إليه المرسلات المتبادلة بينهما في إطار مستلزمات الدفاع، وتعد المكالمات الهاتفية من قبيل المراسلات الشفوية[2].

أيضًا كانت هناك بعض القرارات التي صدرت عن القضاء الفرنسي والتي أكدت على أن التزام المحامي بالحفاظ علي السر المهني مطلق ومتعلق بالنظام العام مؤكدة أن مبدأ الحفاظ علي السر المهني مبدأ مستقر ومكفول[3]، ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى القول بأن التخلي عن عد السر المهني التزامًا مطلقًا لتحويله إلى التزام نسبي يعني فتح الباب لتقديرات تحكمية في حالة إباحة خرقة عند الضرورة وبالتالي التوسع في حالات الإفشاء[4]، إلا إن هذه القرارات لم تسلم من النقد لاسيما وأن مفهوم النظام العام بالنسبة للسر مفهوم مرن ومتطور ومتغير بتغير الظروف[5].

كذلك تنص المبادئ الأساسية على أن حق الاستعانة بمحام يخول لجميع الأشخاص المعتقلين أو المحتجزين أو المسجونين دون تدخل ولا رقابة وبسرية كاملة وعلى أن الاستشارات مع المحامي يجوز أن تتم تحت نظر الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين ولكن ليس تحت سمعهم (المبدأ 8) وأشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم (32) إلى حق المحامي في مقابلة موكليه على إنفراد والاتصال بهم في ظروف تراعي تمامًا مبدأ السرية (Gc ، 32 / CCRR / C ، الفقرة 34) .

ومبدأ السرية يشمل جميع أنواع الاتصالات بين المحامي وموكله، هذا المبدأ يحمي أيضًا المحامين وموكليهم من تفتيش الوثائق المادية والإلكترونية ورسائل البريد الإلكتروني والرسائل النصية وحجزها بصورة غير قانونية، حيث أفيد في بعض الحالات التي عرضت على نظر المقررة الخاصة عن تعرض المحامين للتنصت علي مكالماتهم الهاتفية واعتراض الرسائل الإلكترونية والمعلومات المتبادلة إلكترونيًا[6].

---

(1) paris 13-11-1979,gaz.pal.1980-1-200;paris8-11-1979,gaz.pal.1974.1.p.96 .

(2) trib-corrc-de paris.19-3-1974gaz.pal1971gaz.pal.1974.1.p.275.

- أشار إليه:- د/ رمضان جمال كامل(مسؤولية المحامي المدنية) الطبعة الأولي،المركز القومي للاصدارت القانونية، 2008م،صـ 119.

([3]) كمال أبو العيد(سر المهنة) بحث مقدم إلي المؤتمر الثاني عشر لاتحاد المحامين العرب، بغداد 1974م، صـ 12.

([4]) إياد خلف محمد جويعد (المسؤولية الجزائية عن إفشاء السرية المصرفية) بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، العدد الثالث والعشرون،صـ96.

([5]) رايس محمد(مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري) بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 ، العدد الأول، 2009م، صـ 261.

(6) استقلال القضاة والمحامين ، مذكرة من الأمين العام ، الدورة الحادية والسبعون ، البند 69(ب) من جدول الأعمال المؤقت ، صـ15/ 32.

لذلك أفاد المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير إلي أنه (ينبغي أن ينظر إلي مراقبة الاتصالات كعمل تطفلي بدرجة كبيرة ربما يتعارض مع الحق في حرية التعبير والحق في الخصوصية ويهدد دعائم المجتمع الديمقراطي، ويجب أن تنص التشريعات علي وجوب ألا تقوم الدولة بمراقبة الإنترنت إلا في الظروف الاستثنائية جدًا، وأن يكون ذلك حصرًا تحت إشراف سلطة قضائية مستقلة)[1].

وفي مصر المحاماة[2] ليست ظاهرة كلامية وحاشاها أن تكون، فالكلمة وإن كانت عمادها وروحها وركازها وركازها وسنادها وسلاحها، إلا إن هذه الكلمة ليست محض حروف أو صيغ أو تراكيب، وإنما هي علم ومعرفة وبيان وحجة وبرهان، بيد أن الكلمة – عُدّة المحاماة – تعبير حقيقي عن رسالتها ولب القيام بأمانتها، وهي لن تحقق هذه الغاية إلا إذا كان سنادها العلم والمعرفة، ويبدو أن فنون المرافعات الشفوية والمكتوبة هي التي (أقامت صلة متينة) بين الأدب والمحاماة فجوهر المحاماة أنها رسالة إقناع ...شحنة من الحجج والبراهين، يعرضها المحامي علي قضاته... شفاهة في الأصل وكتابة إذا لزم الأمر...[3].

لذلك اجمع الدستور والقانون على أن أحاديث المحامي مع موكليه من الأحاديث المحمية التي تتمتع بالامتياز، بل إن المشرع قد أحاط مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق بسياج من الضمانات تكفل عدم إهدار الحقوق والحريات الفردية دون مقتضي، سيما مع ظهور بعض التقنيات الحديثة مثل تقنية[4](video conference) كوسيلة للتحقيق والمحاكمة الجنائية، الأمر الذي قد يمثل انتقاصًا لضمانات المتهم وتهديدًا لها، ما لم يتم تطبيق تلك التقنيات علي الوجه الصحيح[5].

وأن اتصال المتهم بمحاميه يعد من الحقوق الأساسية للموكل(....فعند اختيار الشخص لمحام يقدر بنفسه كفاءته على إدارة الدفاع عنه، الأمر الذي توجب معه إحاطته بالحماية التي كفلها الدستور لحق الدفاع، فضلًا عن توفير الحرية للمحامي في إدارة الدفاع، وتوجيهه إلى ما يراه أفضل لخدمة مصالح موكله، كي يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التي يطلبها معتصمًا في بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسمًا فيه أنه الأقدر – لعلمه وخبرته وتخصصه –.... ذلك أنه في نطاق علاقة تقوم علي الثقة المتبادلة بين الشخص ومحاميه فإنه يكون مهيأ أكثر للقبول بالنتائج التي يسفر عنها الحكم في دعواه....هذه الوكالة القائمة على الاختيار الحر والتي يودع من خلالها الموكل بيد محاميه أدق أسراره، وأعمق دخائله اطمئنانًا منه لجانبه ....)[6].

على أن حق الدفاع (ضمانه) من ضمانات وحقوق المتهم قبل سلطة الاتهام، كفالتها من خلال وسائل إجرائية إلزامية في مقدمتها – حق الدفاع – اشتماله على الحق في مشورة المحامي، والحق في دحض أدلة الثبوت، (....حقوق

(1) استقلال القضاة والمحامين ، مرجع سابق ، A/HRC/23/40 الفقرة 81 ، ص32/16.

(2) أ / رجائي عطية (المحاماة كما يجب أن تكون) مجلة المحاماة – نقابة المحامين ، العدد الأول ، إصدار 2021، ص 2،3.

(3) أ / رجائي عطية ، مرجع سابق ، ص 3.

(4) د/ عادل يحيي (التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد) دراسة تأصيلية لتقنية الـ video conference في المجال الجنائي ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، 2006م، ص 5وما بعدها.

(5) د/ خالد محمد علي الحمادي (حقوق وضمانات المتهم في مرحلة مرحلة قبل المحاكمة) دار النهضة العربية ، 2015م، ص 267.

(6) المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم 6 لسنة 13 قضائية دستورية – جلسة 5،16/1992- ج1/5"دستورية"- ص 344 .

الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن الحرية في أبعادها الكاملة لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة، تشويهًا لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها، ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقًا قبل سلطة الاتهام توازنها وتردها إلى حدود منطقية، بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولًا من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها– بل وفي مقدمتها– حق الدفاع بما يشتمل عليه من الحق في الحصول علي مشورة محام، والحق في دحض الأدلة التي تقدمها النيابة العامة إثباتًا للجريمة التي نسبتها إليه، بما في ذلك مواجهته لشهودها، واستدعاؤه لشهوده، وألا يحمل علي الإدلاء بأقوال تشهد عليه)[1].

ولكي تكون مساعدة المحامي ذات فعالية فإنه من الضروري ضمان حق المتهم باتصاله بمحاميه متى شاء وبالوسيلة التي يراها، فمن باب أولي للمتهم الموقوف والذي لا يملك وسيلة تعينه للدفاع عن نفسه أن يسمح له بالاتصال بمحاميه، ولذلك أصبح حق المتهم في هذا الأمر من الحقوق المقررة في التشريعات كافة[2]، فلا يجوز التنصت على المحامي وموكله بأي وسيلة كانت سواء باستراق السمع أم بواسطة أجهزة فنية بل ويحمي هذا الاتصال كحق للمتهم سواء في ذلك الاتصال الشخصي أم الاتصال عن طريق المراسلة، إذ من شأن هذا الاتصال أن يبعث الثقة لدي المتهم ويبث لديه روح الطمأنينة بأنه سيستفيد من حق الدفاع[3]، أيضا عدم السماح للمحامي بلقاء موكله الموقوف يعد إخلالاً بمبدأ المساواة بين المتهمين[4]، حيث أن القانون أعطي الحق للمحامي في مقابلة موكله على انفراد وضمن لهما حرية المراسلات بينهما[5].

ونظرًا للأهمية البالغة لدور المحامي اعتمد مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في هافانا من 27 أغسطس إلي 7 سبتمبر 1990 وثيقة أطلق عليها اسم (مبادئ أساسية بشأن دور المحامين)[6].

وجاء فيها تحت بند (ضمانات أداء المحامين لمهامهم) ما يلي: (..... تكفل الحكومات ما يلي للمحامين:-.....، تكفل الحكومات وتحترم سرية جميع الاتصالات والمشاورات التي تجري بين المحامين وموكليهم في إطار علاقاتهم المهنيـــة)، وفيما يتعلق بالحق في (الاستعانة بالمحامين والحصول على الخدمات القانونية) نصت المبادئ علي أن :-

لكل شخص الحق في طلب المساعدة من محام يختاره بنفسه لحماية حقوقه وإثباتها ، وللدفاع عنه في جميع مراحل الإجراءات الجنائية ..... .

([1]) المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم 49 لسنة 17 قضائية دستورية – جلسة 1996/6/15- ج7"دستورية"- صـ 739.

(2) د/ عبد الحميد الشواربي (ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي) ، الناشر/ منشأة المعارف ،الإسكندرية ،سنة 1988م،صـ183.

(3) د/ سردار علي عزيز (ضمانات المتهم أثناء الاستجواب) الطبعة الأولي ، المكتبة القومية للإصدارات القانونية ، القاهرة ،سنة 2014م،صـ99.

(4) د/ رؤوف عبيد (المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية) الجزء الثاني. ، الناشر/ دار الفكر العربي ، القاهرة ،سنة 1963م، صـ362.

(5) سليمان بن عبد الله بن سليمان العجلان (حق الإنسان في حرمة مراسلاته واتصالاته الهاتفية الخاصة في النظام الجنائي السعودي) رسالة ماجستير ، جامعة نايف للعلوم الأمنية ،سنة 2005م، صـ138 وما بعدها.

(6) انظر النص كاملًا للمبادئ على الموقع الإلكتروني:- http://hrlibrary.umn.edu/arab/ - تاريخ الزيارة 2019/2/5م – الساعة 10 صباحًا.

من جماع ما سبق يتضح أنه لا يجوز الاستماع إلى الحديث المتبادل بين المتهم ومحاميه، خلال مناقشتهما أمورًا تتعلق بالقضية، ولا يجوز استراق أو تسجيل المحادثات بينهما، ولو بأمر أو إذن قضائي، أو بأمر المحكمة التي تنظر القضية، وإن تم ذلك لا يجوز الاعتداد بما أسفر عنه ما لم يكن المحامي ذاته هو محل تحقيق، فلا يعقل بعد أن نص القانون على عدم جواز حضور أحد اللقاء الخاص بين المتهم ومحاميه[1]، ولا جواز الاطلاع على ما لدي المحامي من مستندات أو أوراق، أو أي معلومات سلمت له من متهم يدافع عنه، ولا المراسلات بينهما[2]، فإن لم تترسخ تلك الثقة في نفس المتهم فلن يستطيع البوح بكل ما يدور بخاطره أو توجيه الأسئلة المناسبة لمحاميه وبالتالي لن يتمكن المحامي من تقديم المشورة القانونية السليمة والنافعة للمتهم، ولن يحصل منه على المعلومات الكافية لكي يتمكن من إعداد دفاعه بشكل جيد.

ثانيًا :- حديث الطبيب مع مريضه :

الطب ممارسة فنية أخلاقية هدفها خدمة الإنسان يستحق فيها الطبيب الثقة، فإفشاء المريض لطبيبة بأدق تفاصيل أسراره أو وقوف الطبيب من تلقاء نفسه على الكثير من المعلومات التي تتعلق بالمرض، توجب فرض حماية خاصة للحياة الشخصية للأفراد وهي واجب السر المهني، وهو من بين الالتزامات الملقاة علي عاتق كافة أعوان الدولة، بل إنها من السلوكيات المهنية التي ينبغي عليهم التحلي بها[3]، وذلك لأن الحق في الخصوصية هو حق جوهري للإنسان.

في فرنسا عرف التشريع الفرنسي إلي جانب المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب المسؤولية الإدارية والأخلاقية التي قررها قانون أخلاقيات الطب في فرنسا في أول تشريع وضع سنة 1935 من قبل نقابة الأطباء، حيث تضمن هذا القانون واجبات الطبيب نحو المهنة ونحو زملائه ومرضاه والتزامه بالمساعدة في الحالات الخطرة وإعلام المريض بمرضه والحصول على رضا المريض والمحافظة على سر المهنة وأسرار المرضي، كما نظم شروط ممارسة المهنة ومسؤولية الطبيب عنها[4].

حيث استقر القضاء الفرنسي على تصريح المريض للطبيب بإفشاء السر إذا طلب منه ذلك بواسطة المريض أو من يمثله شرعًا وقانونًا، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن (للمريض الحق إذا كان بالغًا ولوالده إذا كان قاصرًا في أن يطلب من الطيب إفشاء نوع المرض)[5].

وفي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية قررت أن للطيب الحق في كشف السر دفاعًا لمسؤوليته في نطاق حقه في الدفاع عن نفسه لإثبات حسن نيته [6].

([1]) المادة 141 من قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950 المنشور بالعدد 90 من الوقائع المصرية الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1951م.

([2]) المادة 96 من قانون الإجراءات الجنائية المصري .

([3]) سعيد مقدم (أخلاقيات الوظيفة العامة) الطبعة الأولى ، الجزائر، 1997م، صـ69.

([4]) يوسف جمعه يوسف الحداد(المسئولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة 2003م، ص28.

(5) Cass,civ.26—1914 D.1919-1-56.

(6) Cass,crim gaz.pal1974.doct.84.

وفي مصر تضمنت لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة رقم238 لسنة2003 في2003/9/5م في المادة 30 تحت عنوان (واجبات الطبيب نحو المرضي) على أنه (لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضة التي اطلع عليها بحكم مهنته إلا إذا كان ذلك بناء علي قرار قضائي أو في حالة إمكان وقوع ضرر جسيم ومتيقن يصيب الغير أو في الحالات الأخرى التي يحددها القانون).

أيضًا وضع قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 عقوبات تتعلق بإفشاء أسرار المهنة، حيث نصت المادة (310) من القانون سالف الذكر على أنه: كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم، مودعًا إليه بمقتضي صناعته أو وظيفته سر خصوصي اؤتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبلغ ذلك يعاقب بالحبس مده لا تزيد علي 6 أشهر أو بغرامة لا تجاوز 500 جنيه مصري، ولا تسري أحكام هذه المادة إلا في الأحوال التي لم يرخص فيها القانون بإفشاء أمور معينة، كالمقررة في المواد(202،203،204،205) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلًا أو مستندًا تحصل عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان بغير رضا صاحب الشأن، ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد علي 5 سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل الشخص علي القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما قد يكون قد استخدم في الجريمة أو تحصل عنها كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصله عن الجريمة أو إعدامها.

وهناك شبه إجماع فقهي[1] على عدم جواز كشف أو تسجيل الأحاديث التي تجري بين المتهم ومحاميه أو بينه وبين الطبيب أو تلك الواقعة بين الزوجين، وذلك لأن الطبيب والمحامي ملزمان بحفظ أسرار المهنة حتى انتهاء القضية أو انتهاء المعالجة، ولقد ضمن القضاء ذلك بأن قصر قواعد التسجيل علي أضيق الحدود أي أن كثيرًا من المحادثات مع الأطباء يمكن أن يلحقها الامتياز[2]، وبالنسبة للزواج فإن أسرار الزوجية تبقي حتى لو وقع الطلاق[3] فضلًا عن ذلك فإن قاعدة حق الدفاع وحرية الاتصال بين المتهم ومحاميه أو خبيرة الاستشاري[4] يقتضي المحادثة بينهم على انفراد[5] .

(1) د/رمسيس بهنام(الإجراءات الجنائية تحليلًا وتأصيلًا)الناشر/منشأة المعارف،الإسكندرية،سنة1978م، جـ 1 ، صـ241.

أيضاً:- د/ عبد الأمير العكيلي و د/ سليم حربة (أصول المحاكمات الجزائية) المكتبة القانونية ، بغداد لسنة 2008م ، صـ135.

(2) ينظر قضية:- United States v Sisca 361 F supp 745. 744 (S.D.N.Y 1973) .

(3) د/عبد الأمير العكيلي و د/ سليم حربة ، مرجع سابق ، صـ136.

(4) د/سامي النصراوي(دراسة في قانون أصول المحاكمات الجزائية)مطبعة دار السلام ،بغداد ،سنة 1976م، جـ1، صـ439.

(5) د/عمر السعيد رمضان (قانون الإجراءات الجنائية) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة،سنة 1967م، صـ302.

المبحث الثاني

المحادثات المتصلة بالحياة الزوجية

تعد الأحاديث الشخصية والمكالمات الهاتفية أحد عناصر الحياة الخاصة للإنسان، سواء تمت هذه الأحاديث بشكل مباشر أو كانت بواسطة الأسلاك التليفونية أو بالوسائل الإلكترونية، فهذه الأحاديث والمكالمات تستمد حرمتها من حرمة الحياة الخاصة لأصحابها حين يهدأ فيها المتحدث إلى محدثة سواء بطريق مباشر[1] أم بواسطة الهاتف دون حرج أو خوف من تنصت غيره وفي مأمن من فضول استراق السمع، ولا شك أن الإحساس بالأمن الشخصي في الأحاديث الشخصية والمكالمات الهاتفية ضمان مهم لممارسة الحياة الخاصة[2]، إلا أن تطور وسائل التنصت الحديثة جعلت من السهل استراق السمع والنظر إلى خصوصيات شخص آخر، الأمر الذي حمل أغلب التشريعات على تجريم انتهاك سرية المحادثات الخاصة [3].

حيث أنه لكل فرد من أفراد المجتمع له أسراره الشخصية ومشاعره الذاتية وعلاقاته الخاصة وخصائصه المميزة التي لا يمكن أن يتمتع بها إلا في إطار مغلق يحفظها ويهيئ لها سبيل البقاء، الأمر الذي يترتب معه أن يكون للإنسان حق في إخفاء السرية على كافة مظاهر حياته الخاصة[4]، متوجسًا خيفة من استخدام الرقابة الإلكترونية على حرية حديثة عندما يساء استخدامها، ولكن إذ اعترضنا على هذه الرقابة بحجة الخوف من إساءة استعمالها واستخدامها، فيكون ذلك اعتراض زائف مردودًا عليه بأن كل سلطة يجوز أن يساء استخدامها، وإذا أخذنا بهذا الاعتراض فلا يجوز أن تفوض أو تخول الحكومة بأية سلطة، حيث أن وجود بعض الإساءة ليس سببًا في حد ذاته لمنع تخويل الحكومة السلطة[5]، لذلك اهتمت التشريعات المقارنة بمبدأ حماية الحق في حرمة المكالمات والمحادثات الخاصة وسنت قوانين جد فعالة وهامة لضمان حماية هذا الحق.

في فرنسا استند التشريع الفرنسي إلى إعلان حقوق الإنسان الوارد في مقدمة الدستور الفرنسي من جهة، وما حدث من تقدم علمي وتقني منذ النصف الثاني من القرن العشرين في مجال إنتاج أجهزة التنصت والتسجيل من جهة أخري، لذا تدخل المشرع الفرنسي وأصدر قانون 17 يوليو 1970 وأضاف 5 مواد جديدة إلى قانون العقوبات والتي تعاقب على أفعال الاعتداء المتمثلة في التنصت على الأحاديث حال تواجدها في أماكن خاصة[6]،

---

(1) هبه أحمد علي حسانين (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة) رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، سنة2007م، صـ 307.

(2) د/ احمد فتحي سرور (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) دار النهضة العربية ، الطبعة الحادية عشرة (منقحة ومحدثة) القاهرة ، 2020م،رقم 696 ، صـ 1021.

(3) محمد أمين الخرشة ، إبراهيم سليمان القطاونة (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الإماراتي) كلية القانون ، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا العين ، الإمارات العربية المتحدة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد 13 ، العدد الأول ، يونيو 2016م، صـ 69.

(4) I. Foliés, La protection de Lavée prive Université de droit d'économie et des science, (Aix Marseillais, 1999), p. 33.

(5) American Bar association project on minimum standards for criminal justice – Electronic Surveillance , Richard B . Austin, Chairman, June 1968, p. 87 – 88, 92, 93

(6) فضيلة عاقلي (الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة والحياة الخاصة) رسالة دكتوراه ، غير منشورة ،كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوي ، سنة 2011/2010م، صـ 222.

وبناءًا على الملاحظات التي أبداها الفقهاء الفرنسيين على نصوص قانون 1970 ألغى المشرع الفرنسي هذا القانون بمقتضي قانون العقوبات الجديد لسنة 1992 والذي أضاف المواد 226 فقرة أولي، 226 فقرة ثانية، 226 فقرة ثالثة منه ذات الأحكام التي كانت واردة في القانون القديم مع إجراء بعض التعديلات الجوهرية في الأركان التي تقوم عليها الجرائم المنصوص عليها[1].

حيث نص المشرع الفرنسي علي تجريم الاعتداء على الحق في حرمة المكالمات والمحادثات الخاصة بموجب المادة 226 فقرة أولي على أنه (يعاقب بعام حبس وغرامة مالية 45000 يورو كل من اعتدي عمدًا وبأي وسيلة كانت علي آلفه الحياة الخاصة للغير: بالتنصت أو التسجيل أو بالنقل بدون موافقة صاحب الشأن كلام صادر له صفه الخصوصية أو سري)[2].

وفي مصر كان من الطبيعي أن الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور 1923 وحتى دستور 2014[3] الذي أكد في مادته السابعة والخمسون على حرمة المحادثات الخاصة بأن نصت على (للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس، وللمراسلات البريدية والبرقية والإلكترونية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفي الأحوال التي يبينها القانون).

وإن كان المشرع الدستوري قد أناط بالقانون سلطة تحديد الأحوال الجائز فيها مراقبة الاتصالات التليفونية، وتحديد الجهة القضائية التي يجوز لها إصدار الأمر بالمراقبة والتسجيل، لذلك حدد قانون الإجراءات الجنائية الحالات والشروط والضوابط التي يجوز بمقتضاها مراقبة المحادثات التليفونية.

ففيما يتعلق بالتحقيقات بمعرفة قاضي التحقيق فقد نصت المادة (95) من قانون الإجراءات الجنائية علي أن (لقاضي التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدي مكاتب البريد وجميع البرقيات لدي مكاتب البرق وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية اللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد علي ثلاثة أشهر، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء علي أمر مسبب ولمدة لا تزيد علي ثلاثين يومًا قابلة للتجديد لمدة أو مدد آخري مماثلة)، وتضيف أيضًا المادة (95) مكررًا من قانون الإجراءات الجنائية أن (لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة في حالة قيام دلائل قوية علي أن مرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين 166 مكررًا و 308 مكررًا من قانون العقوبات قد استعان في ارتكابها بجهاز تليفوني معين أن يأمر بناء علي تقرير مدير عام مصلحة التلغرافات والتليفونات وشكوى المجني عليه في الجريمة المذكورة بوضع جهاز التليفون المذكور تحت الرقابة للمدة التي يحددها).

([1]) فضيلة عاقلي ، مرجع سابق ، صـ 223 .

([2]) صياغة نص المادة 226 فقرة أولي من قانون العقوبات الفرنسي .

([3]) المادة الحادية عشرة من الدستور المصري لسنة 1923، والمادة الخامسة والأربعون من الدستور المصري لسنة 1971م.

أما فيما يتعلق بالتحقيقات بمعرفة النيابة العامة فأن المادة (206) من قانون الإجراءات الجنائية نصت على أن (لا يجوز للنيابة العامة تفتيش غير المتهم أو منزل غير منزله إلا إذا اتضح من إمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة، ويجوز لها أن تضبط لدى مكاتب البريد جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود ولدى مكاتب البرق جميع البرقيات، وأن تراقب المحادثات السلكية واللاسلكية، وأن تقوم بتسجيلات لمحادثات جرت في مكان خاص، متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد علي ثلاثة أشهر، ويشترط لاتخاذ أي إجراء من الإجراءات السابقة الحصول مقدمًا علي أمر مسبب بذلك من القاضي الجزئي بعد اطلاعه على الأوراق، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الأمر بالضبط أو الاطلاع أو المراقبة لمدة لا تزيد علي ثلاثين يومًا ويجوز للقاضي الجزئي أن يجدد هذا الأمر مدة أو مددًا آخري مماثلة، وللنيابة العامة أن تطلع على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى والتسجيلات المضبوطة، على أن يتم ذلك كلما أمكن ذلك بحضور المتهم والحائز لها أو المرسلة إليه وتدون ملاحظاتهم عليها، ولها حسب ما يظهر من الفحص أن تأمر بضبط الأوراق إلي ملف الدعوي أو بردها إلى من كان حائزًا لها أو من كانت مرسله إليه).

وإذا كانت الضمانات الدستورية وضعت لمواجهة تعسف السلطة العامة وإساءة استخدامها لما لديها من إمكانيات في اختراق حواجز الحياة الخاصة، فقد كان من الضروري أن يضع المشرع ضوابط تضمن عدم تعسف السلطة العامة فوضع جزاءً إجرائيا يتمثل في إهدار الدليل المستمد من المراقبة غير المشروعة، إلا أن هذه القواعد تخاطب رجال السلطة العامة الذين يباشرون إجراء المراقبة والتسجيل، فلم يوضح المشرع المصري ما إذا كانت تلك القواعد تسري أيضًا علي الأفراد العاديين أي ما إذا كانوا مخاطبين بأحكامه أم لا[1]، ومن ثم يثار التساؤل عما إذا كانت الأحكام الواردة في قانون الإجراءات الجنائية بشأن مراقبة وتسجيل المحادثات السلكية واللاسلكية تسري كذلك على التسجيلات التي تتم بواسطة المجني عليهم أنفسهم أم أن لهذه التسجيلات حكمًا خاص؟ ومبعث هذا التساؤل أن وسائل التكنولوجيا الحديثة قد جعلت في متناول الأفراد الإمكانية لتسجيل أي محادثات أو مكالمات من خلال أجهزة التليفون الموجودة معهم.

وفي معرض الإجابة عن هذا التساؤل قضت محكمة النقض المصرية بأن (الزوج في علاقته مع زوجه ليس علي الإطلاق بمثابة الغير في صدد السرية المقررة للمكاتبات، فإن عشرتهما وسكون كل منهما إلى الآخر، وما يفرضه عقد الزواج عليهما من تكاليف لصيانة الآسرة في كيانها وسمعتها – ذلك يخول كل منهما- ما لا يباح للغير من مراقبة زميلة في سلوكه وفي سيره وفي غير ذلك مما يتصل بالحياة الزوجية لكي يكون على بينه من عشيرة، وهذا يسمح له عند الاقتضاء أن يتقصى ما عسى أن يساوره من ظنون أو شكوك لينفيه فيهدأ باله أو ليثبت منه فيقرر فيه ما يرتئيه، فإذا كانت الزوجة قد حامت حولها عند زوجها شبهات قوية فإنه يكون له أن يستولي – ولو خلسة –

([1]) د/ طارق سرور (حق المجني عليه في تسجيل المحادثات التليفونية الماسة بشخصه) دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، رقم 1، القاهرة، 2004م، صـ6.

على ما يعتقد بوجوده من رسائل العشق في حقيبتها الموجودة في بيته وتحت بصره، ثم أن يستشهد بها عليها إذا رأى محاكمتها جنائيًا لإخلالها بعقد الزواج)[1].

وفي حكم آخر حديث نسبيًا قضت محكمة النقض المصرية بأن الإجراءات التي فرضتها المادة 166 مكررًا و 308 مكررًا من قانون العقوبات لا تسري على تسجيل ألفاظ السب والقذف من تليفون المجني عليه الذي يكون له بإرادته وحدها ودون حاجة إلى الحصول على إذن من رئيس المحكمة الابتدائية لتسجيلها، بغير أن يعد ذلك اعتداء علي الحياة الخاصة لأحد)[2].

وتعليقًا على هذا الحكم وعلى حد عبارات بعض الفقه من المقرر أن الإجراءات التي نصت عليها المادتان 166 مكررًا و 308 مكررًا من قانون العقوبات مقرره للمحافظة على الحرية الشخصية للأفراد، فإذا كان تسجيل المحادثات على جهاز التليفون لا يمس هذه الحرية فإنه يكون أمرًا مباحًا[3].

([1]) محكمة النقض المصرية – رقم القضية 697 لسنة 11 القضائية – جلسة 19 مايو 1941م، مجموعه القواعد القانونية ، الجزء الأول ، رقم 259 ، صـ 471 .

([2]) محكمة النقض المصرية – القضية رقم 22340 لسنة 62 القضائية – جلسة 18 مايو 2000م – مجموعة أحكام النقض ، س 51 ، رقم 90 ، صـ 481 .

([3]) د/ عبدالرؤوف مهدي (شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية) دار النهضة العربية ، رقم 6 ، القاهرة 2011م، صـ 21،20.

المبحث الثالث

المحادثات المتصلة بحياة العامل

نظرًا لتطور وتزايد آثار الحاسب الآلي في حياة الفرد يومًا بعد يوم خصوصًا بعد وجود الشبكة الدولية للمعلومات التي أصبحت مدمرة للحياة الخاصة كون تلك الأجهزة لها قدرة فائقة على تخزين المعلومات واسترجاعها التي تمثل خطرًا داهمًا على الحياة الخاصة[1]، بالإضافة إلى ما هو معروف عن تلك الأجهزة من الدقة المتناهية وعدم النسيان جعل الحياة الخاصة قد تنقلب رأسًا على عقب بحيث يخضع جميع الأفراد لنظام رقابي مشدد ويتحول المجتمع بواسطته إلى عالم شفاف تصبح فيه أسرار الأفراد ومعاملتهم وحياتهم العقلية والجسمانية عارية لأي مشاهد[2].

فحينما يتقدم العامل إلى صاحب العمل بغية التعاقد معه والعمل لديه يقوم الأخير بالبحث والتحري عن العامل وذلك باستخدام أحدث وأدق الأجهزة العلمية الحديثة في التحري والمراقبة بهدف اختيار أنسب العناصر البشرية التي ستعمل بمشروعه فيفتش في أسرار حياته الخاصة ويقيد من حريته وذلك باستغلال حاجته إلى الوظيفة .

أولًا :- موقف الفقه :

في الفقه الفرنسي نجده بصفة عامة لا يؤيد اللجوء إلى وسائل خفية لتسجيل أصوات أو صور الأشخاص أو سلوكهم ولا يعتد بتلك التسجيلات كأدلة إثبات مكتوبة، وذلك لأن القاضي لا يتقيد إلا بأدلة الإثبات الصحيحة حيث أن التكنولوجيا الحديثة قد ساهمت باستخداماتها المتعددة في مجال العمل عن بعد إلى حد كبير في ضياع الحدود الفاصلة بين الحياة الخاصة للعامل وحياته المهنية.

فإذا كان من حق صاحب العمل مراقبة عملية الإنتاج كمًا وكيفًا وذلك لحماية مصالحه وزيادة إنتاجه، وذلك باستخدام مراقبة الاتصالات التليفونية للعمال عن بعد داخل مقر أعمالهم للحد من الاتصالات الشخصية التي تتم من تليفون العمل، كجهاز تحويل المكالمات وهو ما يعرف بـ[3]Lautocommutateur الأمر الذي يستطيع من خلاله صاحب العمل أن يقوم بالتجسس على جميع المكالمات الصادرة من العمال سواء المهينة منها أو الشخصية

---

(1) وهذا ما أعلنته أيضاً لجنة حماية الحياة الخاصة في كندا بصدد التهديد الذي يهدد الحياة الخاصة، وينظر أيضًا

S. LEFEBVRG : novellas' technologies et Protection de la vie privee en milieu de travail en France et Québec , presses university Aires D,AIX – MARSEILLE,1998,p28.

(2) Mellar (A) Lapratection de la viel priree Ren , Inter . SOC. Vol. XXIV,1992,No3 p429 Unesco

وأدرك المشرع السويسري منذ فترة طويلة بخطورة استخدام الحاسب الآلي فقام بسن تشريع دخل حيز التنفيذ منذ عام 1974م لحماية الإنسان من مخاطر الحاسب

وينظر لذلك:- Kayser (P) Lapratection de la vie privee , Economicaze edition 1990 , p69.

(3) د/ صلاح محمد أحمد دياب (الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة) الطبعة الأولي ، الناشر/ دار الكتب القانونية ، سنة النشر 2010م، ص129.

فيعلم بمضمون تلك المحادثة، ومن الثابت أن تلك الاتصالات ليست بمنأى عن الحياة الخاصة فهل تكون تلك المحادثات بمنأى عن فضول الغير وتطفلهم عليها ؟[1].

لذلك ذهبت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا إلى ضرورة إخطارها بهذه النظم قبل وضعها موضع التنفيذ[2]، وأن يكون مسبوقًا باستشارة ممثلي العمال طبقاً لقانون العمل، فضلًا عن أنه يجب تنبيه العمال بوجود مثل ذلك الجهاز وإمكانياته وهذا ما قضت به الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية وإلا أصبح صاحب العمل مرتكبًا لجريمة معلوماتية[3].

وفي الفقه المصري أيد الاتجاه الغالب من الفقه المصري التوجه القضائي[4] القائل أن(المكالمات الهاتفية بمثابة الرسائل وهي لا تعدوا أن تكون رسائل شفوية)[5] مما يجعلها خاضعة لأحكام التفتيش وضبط الرسائل، ومن هنا يجوز إجراء البوليس حال قيامه بالمراقبة الإلكترونية على حرية الحديث لاعتباره إجراء من إجراءات التفتيش[6].

حيث يعتبر في حكم الاتصالات التليفونية في مصر البريد الإلكتروني وذلك علي أساس استخدام شبكات الحاسب الآلي للخطوط التليفونية مع الاستعانة بجهاز معدل الموجات حيث يقوم بتحويل الإشارات الرقمية التي يستخدمها الحاسب إلى موجات تناظرية (Analog) تنقل الموجات الصوتية خلال خطوط التليفون ويستخدم في محطة الإرسال والاستقبال وبالتالي توجد أرضية مشتركة بين التنصت والمراقبة الإلكترونية لشبكات الحاسب الآلي وبين مراقبة المحادثات التليفونية وتسجيلها[7].

---

(1) تدخل الاتصالات التليفونية ضمن نطاق الحياة الخاصة وهو ما ذهبت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمواطن وفقاً للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ويشكل التصنت علي الاتصالات تدخلاً في الحياة الخاصة وجريمة بمقتضي المادة 8 / 92 ينظر أيضاً :-
K. ROGGE: La protection de la vie prive et les defies technologiques , R. T. D. H , 1994 , p41.

(2) T. G .I Paris, 5 fer 199, cite par A, mole, Audile de la loi informatique et liberate, Dr. Soc , 1992, No 6 P.608 .

(3) وهذا يمثل جريمة اعتداء علي الحريات وفقاً للمادة (41) من قانون المعلوماتية والحريات الصادر في 6 يناير 1978م.
ينظر:- Cass , crim 23 Mai 1991 , Bull crim 1991 , No218 , p555.

(4) د/ محمود نجيب حسنى (الدستور والقانون الجنائي) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة1992م، صـ 116.
وينظر كذلك:- د/عصام عبد العزيز زكريا(حقوق الإنسان في الضبط القضائي) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ،سنة 2001م،صـ278.
وكذلك:- د/ رؤوف عبيد (مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري) الطبعة التاسعة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ،سنة 1972م، صـ 382 .

(5) ينظر:- نقض مصري في 14 فبراير 1967 مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة عشر ، القرار 42 ، صـ 219.

(6) حيث قضت محكمة النقض المصرية عام 2002 بأن مراقبة المحادثات التليفونية وتسجيلها هو إجراء من إجراءات التفتيش الطعن رقم 8792 - في 2002/9/25م، مشار إليه:- د/ محمد الشهاوى (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة) دار النهضة العربية، القاهرة ،سنة 2005م، صـ 182 ، 183.

(7) د/ هلالي عبد اللاه أحمد (تفتيش نظام الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي) دراسة مقارنة ، طبعة 2000م ، صـ221.

ثانيًا :- موقف القانون :

في القانون الفرنسي نجد أن كافة القوانين في فرنسا تحظر التنصت التليفوني بصفة عامة، ولا تسمح به إلا في نطاق محدود ولأسباب قوية وبإذن من القاضي المختص وما ينطبق على الاتصال التليفوني يشمل كافة الاتصالات بصفة عامة أيًا كانت طبيعة تلك الرسالة(1).

كما أنه لا بد من الإخطار المسبق للعمال بوجود وسائل مراقبة حديثة(2)، حيث يلتزم صاحب العمل قبل إعمال نظام المراقبة الإلكترونية بإخطار لجنة المشروع واستشارتها وهو الأمر الذي يحقق بطريقة غير مباشرة إعلام العمال بقيام صاحب العمل باستخدام وسائل مراقبة تكنولوجية، واختصاص لجنة المشروع في هذه المسألة جاء في البداية مع قانون 28 أكتوبر سنة 1982(3) ثم توسع الاختصاص في ظل قانون 31 ديسمبر سنة 1992م(4)، حيث حرص هذا القانون الأخير على التوفيق بين حقوق العمال وبين حق صاحب العمل في مراقبة تنفيذهم للعمل وأقام نوعًا من التوازن بين هذه الحقوق.

مع الوضع في الاعتبار أنه يجب أن يشعر الموظف أيضًا بالأمن والأمان في العمل بأنه لن يتم الوصول إلى بياناته الشخصية وأن الغرض الرئيسي من المراقبة هو مراقبة المهام المتعلقة بالعمل، فلا ينبغي أن ينظر إلى مراقبة بيانات الموظفين على أنها سبب للتعارض بين صاحب العمل والموظفين فمن شأن ذلك أن يؤدي في نهاية المطاف إلى تحسين حقوق الموظفين فضلاً عن سمعة الشركة لكونها شركة تتعامل مع عمالها وتضعها فوق كل اعتبار بدلاً من مجرد فرضها دون أي توافق ولضمان نجاح العمل بين الطرفين معًا(5)، وبالرجوع إلى ما ورد بالقواعد العامة في ذلك الخصوص نجد أن صاحب العمل قد يلجأ بدافع المحافظة علي سلامة وأمن المشروع إلى مراقبة سلوك العاملين لديه واتصالاتهم التليفونية، مستعينًا في ذلك بوسائل تكنولوجية متطورة تساعده على تحقيق ذلك الغرض، وقد تتم تلك المراقبة دون رضاء من العمال أو تتعارض في بعض الأحيان مع حياتهم الخاصة، وقد يحدث أن يتذمر بعض العمال عن العمل وذلك نتيجة للاعتداء على خصوصيتهم however may blak and complain of invasion of privacy(6)، حيث تسمح كثير من النظم المعلوماتية بمتابعة أداء العامل لعمله وذلك من خلال برمجيات متقدمة

---

(1) تحظر المادة (25) من القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 10 يوليو 1991م اعتراض الاتصالات والتجسس عليها ، علي أي شخص كان بتركيب أجهزة أو معدات بغرض التصنت أو اعتراض أو تحويل أو استعمال أو إذاعة الاتصالات التليفونية ، ويعد ذلك جريمة متى توافر فيها القصد الجنائي .
ينظر:- Loi No 91 – 464 du 10 Juillet 1991 , J.O 13 Juillet 1991 . p2167.

(2) Rapport CNIL. de Mars 2001, Novellas' technologies' surveillance du salarie, www.cnil.fr.

(3) حيث تنص المادة (L 2–432) من تقنين العمل الفرنسي التي وردت بالقانون (82 - 915) في 1982/10/28 علي أن يتم إخطار لجنة المشروع واستشاراتها مسبقاً بكل إجراء ينطوي علي استخدام تكنولوجيات حديثة من شأنها أن تؤثر علي الوظيفة أو الكفاءة المهنية أو الأجر أو شروط العمل .

(4) نص هذا القانون علي أن يتم إخطار لجنة المشروع واستشاراتها مسبقاً عند اتخاذ قرار باستخدام وسائل أو تكنولوجيات تسمح له بمراقبة العمال ، ينظر المادة (L 432–2 – 1) من تقنين العمل الفرنسي الواردة بالقانون 92-446 في 1992/12/31م.

(5) مقال بعنوان (مراقبة الموظفين من خلال تطبيق مراقبة الموظف) منشور بتاريخ 16 مايو 2015م ، منشور في مدونة ثيونسبي، علي موقع الإنترنت:- https://www.theonespy.com/ar/ - تاريخ الزيارة 2019/5/20 م – الساعة 11 صباحًا.

(6) د/ خالد السيد محمد عبد المجيد موسي (آثار عقد العمل الالكتروني) دراسة مقارنة ، الطبعة الأولي مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، 1432هـ ، 2018م ، صـ 45 .

تراقب العمال أثناء تنفيذهم لأعمالهم ومن ثم فإن تلك الأجهزة تضع سياجًا غير محسوس ولكنه خطير جدًا حيث يضاف إلي المراقبة البشرية ويحل محلها، وهذا ما أكدته اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات (CNIL) في تقريرها السادس عشر عام 1995م[1].

وقد يقوم صاحب العمل بجمع المعلومات الخاصة بالعاملين لديه عن بعد، بواسطة إجراءات آلية أو ما يعرف بـ (telemetrie) ويسمح ذلك النظام بحدوث اتصالاً مباشرًا بين ما يقوم به العامل على أحد أجهزة الحاسب الآلي وبين الوحدة المركزية فيتم عمل تسجيل إحصائي آلي لكل حركات العامل، فيستطيع الحاسب الآلي أن يقوم بإحصاء معدل إنتاج كل عامل في المشروع ، حتى يتمكن صاحب العمل من اتخاذ الإجراءات اللازمة تجاه العمال المتخاذلين[2].

وينبغي التفرقة بين قيام صاحب العمل بمراقبة نشاط العمال لقياس إنتاجيتهم داخل المشروع وقيامه بمراقبة اتصالاتهم التليفونية، حيث إن الأصل العام يعتبر قيام صاحب العمل بمراقبة سلوك عماله علي هذا النحو يعد اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للعامل، وذلك لأن الرقابة المستمرة لتصرفات وأفعال العمال علي ذلك النحو تؤدي إلى ظهور أمور لا تتعلق بالحياة المهنية للعامل بل تتعلق بحياته الخاصة[3]، ومع ذلك يبقي الاستثناء قائمًا وهو جواز المراقبة في حالات وبشروط معينة وذلك لمراقبة نشاط العامل أثناء العمل وقياس إنتاجيته وإن كان يمثل اعتداءًا على حق العامل في صورته ومن ثم في خصوصيته.

لذلك أقر قانون العقوبات الفرنسي حماية الحق في سرية المراسلات، حيث تقرر المادة (187) عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات والغرامة من 500 فرنك إلي 3000 فرنك لكل موظف في الحكومة أو في مصلحة البريد ارتكب أو سهل للغير فعل ذلك ويعاقب بنفس الغرامة وبالحبس من ستة أيام إلى سنة كل من أخفى أو فتح عن سوء قصد رسالة مرسلة إلى شخص ثالث، كما تقرر ذات المادة أيضًا نفس الخطوات السابقة على من يقوم عن قصد بحجز الرسائل أو إخفائها ولو كان ذلك بصفة وقتية [4].

---

(1) 16 eme Rapport d, activite de la CNIL , la Documentation Francoise ,1995, p114.

(2) G, Lyon. CAEN, Leslibertes Publiques et, employ, la documentation Françoise, 1992, p148.

احترام وقت العمل يبدو ميسوراً وذلك في الشركات التي تستخدم كمبيوتر مركزي ، حيث يمكنه أن يسجل بسهولة ويسر جميع اتصالات العامل ، ويحسب كذلك ساعات العمل وأيام الراحات .

Le respect de la duree du travail peut paradoxalementetre plus facile que dans l' enterprise elle–meme , l'ordinateure central pouvant couper toute communication aux heures et jours de repose de facon programme, ou imposer des pauses regulieres, particulierement necessairsenc en casde travail sur ecran.

-Jean – Emmanuel RAY : Avant – propos Nouvelles technologies , nouveau droit du travail?

DROIT SOCIALN "Sebcial : LE DROIT DV TRAVAIL ALEPREVVE DES VOUVELLES TECHNOLOGIES , 21 eme colloque social , 20 mars 1992 , p 527.

(3) M.GREVY:videosurveilance dans L, entre prise : un mode normal de controlee des salaries? , Dr.Soc, 1995, No 4. P 330.

(4) عبد الله لحود وجوزيف مغيزل (حقوق الإنسان الشخصية والسياسية) منشورات عويدات ، بيروت ، باريس ، بدون سنة طبع ، ص45.

- وينظر أيضاً:- د/ ميشال الغريب (الحريات العامة في لبنان والعالم) الناشر/ الاتحاد الوطني لطلاب الجامعة ، الطبعة الأولي ، المجلد الأول ، سنة النشر 1978م ، ص193.

أيضًا امتدت الحماية الجنائية للحق في سرية المراسلات لتشمل المكالمات الهاتفية، إذ أن كل موظف بمصلحة الهاتف والتلغرافات والبريد خاضع للمحافظة على سرية المراسلات والمكالمات ويحلف اليمين بمراعاة مبدأ عدم انتهاك الرسائل والتلغرافات والتليفونات، وتبعًا لذلك فإن موظفي مصلحة الهاتف والتلغراف والبريد الذين يفشون محتويات مكالمة تليفونية أو برقية يقعون تحت طائلة قانون العقوبات الفرنسي لارتكابهم جريمة إفشاء سر المهنة وذلك طبقاً لنص المادة (378) من قانون العقوبات[1].

أيضًا المادة (177) من مجموعة قوانين البريد والهاتف والبرق ساوت بين جريمة إفشاء المكالمات الهاتفية وجريمة الاعتداء على سرية المراسلات الكتابية المنصوص عليه في المادة(187)عقوبات فرنسي سالفة الذكر حيث نصت على أن (تسري أحكام المادة 187 من قانون العقوبات علي إفشاء المكالمات الهاتفية)[2].

وبذلك يكون تجريم التنصت علي الاتصالات التليفونية من جانب صاحب العمل هو القاعدة المعمول بها في فرنسا[3] والاستثناء هو جواز مراقبة الاتصالات التليفونية لأغراض مهنية أو حماية لمصالح صاحب العمل وسنده في ذلك حقه في إدارة المشروع الخاص به، ففي حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية قضت بحق صاحب العمل في فصل أحد العمال الذي قام باستخدام تليفون العمل في أمور خاصة لا تتعلق بطبيعة عمله[4]، بجانب اعتراف المحاكم الفرنسية بحق صاحب العمل في مراقبة عماله من خلال كاميرات تليفزيونية مغلقة متى كانت هناك أسباب موضوعية تجيز له ذلك[5].

وفي القانون المصري بالنظر إلى قواعد قانون العمل المصري نجد أنه لا يوجد نص خاص يحكم تلك المسألة حيث لم تثار أمام القضاء بشكل واضح، وإن كان يجب إعمال المبادئ العامة في القانون من حيث التحلي بالأمانة والإخلاص بين أطراف العقد، فلا يلجأ صاحب العمل إلي ذلك إلا لضرورة ملحة وفي حالة الاستخدام يجب التنويه علي العمال والإعلان في صورة مكتوبة بغرض نظام المراقبة وذلك بغرض المحافظة علي حسن سير المشروع وانتظام العمل[6].

---

(1) تجريم الاعتداء علي الحق في سرية المراسلات للمؤلف محمد قاسم الناصر ، المصدر/ الحق في سرية المراسلات في بعض النظم الدستورية ، صـ105، نشر بتاريخ 2015/10/24م ، علي موقع الانترنت:- http://almerja.com - تاريخ الزيارة 2019/5/29 م – الساعة 6 مساءًا.

(2) الاعتداء علي الحرية الشخصية للفرد وحقه في خصوصياته وأسراره ، ترجمة المستشار/ ياقوت العشماوي والمستشار/ عبد الخالق شهيب ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العدد11 ، السنة الثالثة ، أبريل 1973 ، صـ88 .

(3) Cass crim , 27 Janr . 1981 , J.C.P , 1982 , Ed , G.11 , 19742 , Note D.Becourt – T.G.L saint – Etienne 19 avril 1977 , d , 1978 , J , 123 , Note R. Lindon .

(4)Cass soc , 14 Mars 2000 , sem , soc , lamy , 2001 ,N1015 , p12.

ولقد صدر في فرنسا التعديل الخاص بالتشفير في 26 يوليو 1996م وذلك بتنظيم الاتصال عن بعد ليعيد النظر في قانون 29 ديسمبر 1990 ، وقانون التشفير وحرية الاتصال الصادر 1986م ، وقانون المعلومات والحرية الصادر 1978م.

ينظر:- د/ حسين الماحي (نظرة قانونية في التجارة الإلكترونية من مخاطر الإنترنت) المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعلميات الإلكترونية ، صـ203.

(5) Jean – Bernard Denis, Quelques aspects de L' evolution recent du system des prevue's en droit civil, R.T.D.C , 1977 , p671.

(6) د/ حسام الدين كامل الأهواني (الحق في احترام الحياة الخاصة) الحق في الخصوصية ، دراسة مقارنة ، الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة،سنة 1978م، صـ335.

كما أن الحق في سرية المراسلات هو أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة، والملاحظ على هذا النص الدستوري أنه قد قرر مبدأ التجريم فقط تاركًا لقانون العقوبات تحديد العقوبة تبعًا لدرجة خطورة الاعتداء على هذا الحق وجاء هذا النص عامًا ليشمل تجريم الاعتداء سواء وقع من السلطات العامة أو من الأفراد[1]، وهذا ما أكدته المادة (154) من قانون العقوبات المصري إذ عاقبت على فتح الخطابات بطريقة غير شرعية من قبل موظفي الحكومة أو البوسته أو أحد مأموريها حيث نصت على أنه (إذا فتح أحد موظفي الحكومة أو البوسته أو أحد مأموريها مكتوبًا من المكاتيب المسلمة للبوستة أو سهل ذلك لغيره يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد عن عشرين جنيهًا وبالعزل في الحالتين)[2].

وبالمقارنة بين عقوبة العزل في القانون المصري والقانون الفرنسي نجد أن عقوبة العزل في القانون الفرنسي أشد منها بالمقارنة بمدتها في القانون المصري، إذ جعل المشرع الفرنسي لها حدًا أدنى هو خمس سنوات علي عكس المشرع المصري الذي لم يضع لها حد أدنى مما يسمح للقاضي أن يحدد مدة أقل من خمس سنوات[3].

- **تعقيب الباحث :**

يرى الباحث أنه على الرغم من تفويض المشرع الدستوري للمشرع العادي بتحديد الحالات التي يسمح فيها بالمراقبة الإلكترونية على حرية الحديث والتدخل في الحياة الخاصة، إلا أن عمومية عبارات نصوص قانون الإجراءات الجنائية في شأن مراقبة وتسجيل المحادثات السلكية واللاسلكية وإن كانت لا تجيز استخدام هذه الوسائل إلا بناءًا على أمر قضائي يصدر من قاضي التحقيق أو من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو من القاضي الجزئي حسب الأحوال، وتباعًا لا يجوز بأي حال من الأحوال لمأموري الضبط القضائي من رجال الشرطة أن يقوموا من تلقاء أنفسهم وبدون أمر قضائي القيام بهذا الإجراء، وإن كان ذلك كذلك فمن باب أولي أن يطبق ذلك على الأفراد العاديين حال استخدامهم تلك الوسائل لضمان عدم إساءة استخدامها في غير الأغراض المشروعة والمجددة بقوة القانون.

لذلك أرى ضرورة وسرعة التدخل التشريعي الدستوري والعادي لتوضيح وتحديد نصوص المواد المتعلقة بهذا الشأن للوقوف على ما هو جائز دستورًا وقانونًا من جهة، والمخالف لهما من جهة أخرى حتى تتمكن السلطة التنفيذية من تنفيذ نصوص صريح المواد، والسلطة القضاء من تطبيقها في كل نزاع يطرح عليها ويثار أمامها من حجية الدليل المستمد من هذه الوسائل والطرق الحديثة من عدمه.

(1) د/ سمير الجنزوري ، بحث بعنوان (الضمانات الإجرائية في الدستور الجديد) منشور في المجلة الجنائية القومية ، الجزء 15 ، لسنة 1972م ، ص23.

(2) د/ محمد زكي أبو عامر (الحماية الجنائية للحريات الشخصية) موسوعة الفقه والقضاء، الجزء 27، القسم الثالث، الناشر/الدار العربية للموسوعات، بيروت، ص11.

(3) محمود أحمد طه (التعدي علي حق الإنسان في سرية اتصالاته الشخصية) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية،سنة 1999م، ص98.

الخاتمة :

بحمد الباري ونعمة منه وفضل ورحمة نضع قطراتنا الأخيرة بعد رحلة عبر ثلاث موانئ بين تفكر وتعقل وتساؤل حول " التطور التكنولوجي وأثره علي حرمة الحياة الخاصة ".

ولقد كانت رحلة عناء وجهاد للارتقاء بدرجات العقل ومعراج الأفكار بعد أن تناولت في هذا البحث دور التطور التكنولوجي وتهديده لحرمة الحياة الخاصة للأفراد، لذا قمت بتقسيمه إلي ثلاث مباحث تناولت في المبحث الأول: المحادثات المتعلقة بسرالمهنة من حيث محادثات المحامي مع موكله ومحادثات الطبيب مع مريضه وفي المبحث الثاني: المحادثات المتصلة بالحياة الزوجية وفي المبحث الثالث : المحادثات المتعلقة بحياة العامل وذلك من خلال المقارنة بين النظامين الافرنسي والمصري. وأخيرا اختتمت بحثنا الموسوم بوجهة النظر القانونية من خلال منظور نظري علمي تطبيقي قانوني.

وفي النهاية لا استطيع إلا أن أقول " إن نشدان الكمال جزء من طبيعة الإنسان ولكن الكمال لا يتحقق لعمل بشري مهما كان قدر الجهد المبذول فيه فالكمال لله وحده ".

وفي نهاية دراستي التي تناولت فيها التطور التكنولوجي وأثره علي حرمة الحياة الخاصة، سوف أقوم بتوضيح أهم النتائج التي توصلت إليها وطرح أهم ما يستحق منها من توصيات ومقترحات :- نتائج الدراسة :

1) عدم مشروعية تسجيل المكالمات الخاصة التي تتمتع بالامتياز أو التي تكون أثناء ممارسة الأفراد لمهنتهم كالمكالمات التي تحدث بين الزوج وزجته، المحامي وموكله، الطبيب ومرضاه، وبغض النظر عن محتواها ومضمونها.

2) عدم مشروعية تسجيل المكالمات التي تجري بين الموظفين أو العاملين أثناء فترات العمل الرسمي سواء تم ذلك برضاء صريح أو ضمني أو دون علمهم.

3) عدم شرعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في التنصت والتجسس واستراق السمع وذلك لانتهاكها الحق في الحياة الخاصة للإنسان وتعريضه للإيذاء البدني والنفسي والجسدي، وإن كانت هناك حالات تقتضيها الضرورة تستدعي استخدام مثل هذه الوسائل في ظل وجود الضمانة القانونية والقضائية في الجرائم الماسة بأمن وسلامة الوطن.

4) الملائمة بين مصلحة الفرد فيه حول حقه في الخصوصية وبين مصلحة المجتمع في تحقيق العدالة وظهور الحقيقة وذلك في ظل وجود الضمانات اللازمة التي تمنع المساس بحقه في حرمة حياته الخاصة.

5) العلاقة الوطيدة بين قوي الشعب والحكومة تثبت أنه كلما قل تشبث الدولة بالسيادة كلما زادت مساحة حقوق الإنسان وحرياته وعلت مبادئ التنظيم الدولي على الأنظمة الداخلية لها.

6) عكف الكثير من الدول على توفير الحماية والضمانة اللازمة لحفظ أمنها القومي الداخلي والخارجي عن طريق فرض القيود المختلفة من خلال ما تصدره من تشريعات تعمل على تنظيم كافة الحقوق والحريات.

7) أن الضمانات الدستورية المقررة لحماية الافراد لم تكن وليدة هذا العصر فقط، بل هي مقررة منذ بدء الخليقة التي كست الإنسان بمبدأ فطرة براءته وعصمته إلى أن يوجه إليه اتهام فهو بريء حتى تثبت إدانته بحكم بات.

توصيات ومقترحات الدراسة :

أوصي وأقترح علي المشرع المصري ما يأتي :

الاجتهاد في ذكر بعض الحالات الضرورية التي يجوز فيها استخدام أجهزة المراقبة الإلكترونية من التنصت والتسجيل الإلكتروني وغير ذلك، مع وجوب التفرقة بين صفه مرتكب جريمة التنصت من حيث العقاب والجزاء الذي يختلف من شخص عادي إلى شخص آخر موظف إلى جهة اعتبارية استغلت السلطة الموكلة إليها.

كما أوصي وأقترح علي المشرع المصري ما يأتي:

أن هناك قصورًا تشريعًا وخللًا تنظيمًا يستوجب معه التدخل التشريعي لإزالة القصور وسد الخلل وترميم وترسيم الهيكل القانوني لنظام العاملين المدنيين بالدولة، على أن يصدر على أثره قانون جديد ينص على كافة الحقوق والحريات التي تتعلق بالموظف المصري بشكل واضح ودقيق، أسوة بالدستور الفرنسي الذي تضمن حرمة الحياة الخاصة للعامل، والذي جاء على أثره القانون رقم 13 لسنة 1983(قانون التوظيف) ليترجم ما جاء بالنصوص الدستورية المتعاقبة على فرنسا .

فلابد من التدخل التشريعي على غرار التشريع الفرنسي ليؤكد على حرية الموظفين أو العاملين في اعتناق الآراء السياسية، وأن يحيط هذه الحرية بضمانات واسعة النطاق لممارستها.

وفي نهاية النتائج والتوصيات أرى أنه لا يمكن القول بأني قد وصلت إلى درجة الكمال فإني على يقين تام أن الكمال لله وحده الذي أختص به ذاته العليا، وأن العمل البشري دائمًا ما يعتريه النقص والخلل، فإن كان

في هذه الدراسة من توفيق فهو من عند الله وحده وإن كان فيها من خطأ أو سهو أو نسيان فلي أجر المجتهد، وأسأل الله عز وجل أن يجنبني السهو الخطأ، وأن يجعل هذه الدراسة من العلم النافع الذي يستفيد منه بني البشر والأجيال القادمة من الباحثين وأن أنال بها الثواب في الدار الآخرة.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

أولا:- المراجع باللغة العربية :

الكتب القانونية :

- إبراهيم عيد نايل (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاضعة في قانون العقوبات الفرنسي) الناشر / دار النهضة العربية ،القاهرة ، سنة 2000م.
- احمد فتحي سرور (الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية) دار النهضة العربية ، الطبعة الحادية عشرة (منقحة ومحدثة) القاهرة ، 2020م.
- ادوارد غالي الذهبي (التعدي علي سرية المراسلات) بدون طبعة ، عمان ، الأردن ،سنة 1998م.
- حسام الدين كامل الأهواني (الحق في احترام الحياة الخاصة) الحق في الخصوصية ، دراسة مقارنة ، الناشر/ دار النهضة العربية، القاهرة،سنة 1978م.
- حسن صادق المرصفاوي (المحقق الجنائي) الطبعة الثانية، الناشر/ منشأة المعارف ، الإسكندرية ،سنة 1990م.
- خالد السيد محمد عبد المجيد موسي (آثار عقد العمل الالكتروني) دراسة مقارنة ، الطبعة الأولي مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، 1432هـ ، 2018م .
- خالد محمد علي الحمادي (حقوق وضمانات المتهم في مرحلة مرحلة قبل المحاكمة) دار النهضة العربية ، 2015م.
- رمسيس بهنام(الإجراءات الجنائية تحليلًا وتأصيلًا)الناشر/منشأة المعارف،الإسكندرية،سنة1978م.
- رمضان جمال كامل(مسؤولية المحامي المدنية) الطبعة الأولي،المركز القومي للاصدارت القانونية، 2008م.
- رؤوف عبيد (المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية) الجزء الثاني. ، الناشر/ دار الفكر العربي ، القاهرة ،سنة 1963م.
- رؤوف عبيد (مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري) الطبعة التاسعة ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ،سنة 1972م.
- سامي النصراوي(دراسة في قانون أصول المحاكمات الجزائية)مطبعة دار السلام ،بغداد ،سنة 1976م.
- سردار علي عزيز (ضمانات المتهم أثناء الاستجواب) الطبعة الأولي ، المكتبة القومية للإصدارات القانونية ، القاهرة ،سنة 2014م.
- سعد حماد القبائلي (ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي) دراسة مقارنة، الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة،سنة 1998م.

- سعيد مقدم (أخلاقيات الوظيفة العامة) الطبعة الأولى ، الجزائر، 1997م.
- سليم حربة (أصول المحاكمات الجزائية) المكتبة القانونية ، بغداد لسنة 2008م.
- صلاح محمد أحمد دياب (الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة) الطبعة الأولي ، الناشر/ دار الكتب القانونية ، سنة النشر 2010م.
- طارق سرور (حق المجني عليه في تسجيل المحادثات التليفونية الماسة بشخصه) دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، رقم 1، القاهرة، 2004م.
- طارق صديق رشيد(حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي)الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2011م.
- عادل يحيي (التحقيق والمحاكمة الجنائية عن بعد) دراسة تأصيلية لتقنية الـ video conference في المجال الجنائي ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، 2006م.
- عبد الأمير العكيلي (أصول المحاكمات الجزائية) المكتبة القانونية ، بغداد لسنة 2008م.
- عبد الحميد الشواربي (ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي) ، الناشر/ منشأة المعارف ،الإسكندرية ،سنة 1988م.
- عبدالرؤوف مهدي (شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية) دار النهضة العربية ، رقم 6 ، القاهرة 2011م.
- عصام عبد العزيز زكريا(حقوق الإنسان في الضبط القضائي) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ،سنة 2001م.
- عمر السعيد رمضان (قانون الإجراءات الجنائية) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة،سنة 1967م.
- فوزية عبد الستار (شرح قانون العقوبات) القسم الخاص ، الناشر / دار النهضة العربية، القاهرة،سنة 1982م.
- محمد الشهاوى (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة) دار النهضة العربية، القاهرة ،سنة 2005م.
- محمد زكي أبو عامر (شرح قانون العقوبات) القسم الخاص، الناشر/ منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية ،،سنة 1989م.
- محمود أحمد طه (التعدي علي حق الإنسان في سرية اتصالاته الشخصية) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية،سنة 1999م.
- محمود نجيب حسنى (الدستور والقانون الجنائي) الناشر/ دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة1992م.
- محمود نجيب حسنى (شرح قانون العقوبات المصري) الناشر/ دار النهضة، القاهرة،سنة 1979م.
- ميشال الغريب (الحريات العامة في لبنان والعالم) الناشر/ الاتحاد الوطني لطلاب الجامعة ، الطبعة الأولي ، المجلد الأول ، سنة النشر 1978م.
- هلالي عبد اللاه أحمد (تفتيش نظام الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي) دراسة مقارنة ، طبعة 2000م.
- يوسف جمعه يوسف الحداد(المسئولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة) دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة 2003م.

الرسائل العلمية :

رسائل الماجستير :

-سليمان بن عبد الله بن سليمان العجلان (حق الإنسان في حرمة مراسلاته واتصالاته الهاتفية الخاصة في النظام الجنائي السعودي) رسالة ماجستير ، جامعة نايف للعلوم الأمنية ،سنة 2005م.

رسائل الدكتوراه :

-صفية بشاتن (الحماية القانونية للحياة الخاصة) دراس ة مقارنة ، رسالة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، سنة 2012م.

-فضيلة عاقلي (الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة والحياة الخاصة) رسالة دكتوراه ، غير منشورة ،كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوي ، سنة 2011/2010م.

-هبه أحمد علي حسانين (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة) رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، سنة2007م.

الأبحاث والمقالات والمجلات :

-إبراهيم سليمان القطاونة (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الإماراتي) كلية القانون ، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا العين ، الإمارات العربية المتحدة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد 13 ، العدد الأول ، يونيو 2016م.

-أحمد محمد خليفة (مشروعية تسجيل الصوت في التحقيق الجنائي) مجلة الأمن العام، العدد الأول،القاهرة، أبريل1958م.

-إياد خلف محمد جويعد (المسؤولية الجزائية عن إفشاء السرية المصرفية) بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية ، العدد الثالث والعشرون.

-حسين الملحي (نظرة قانونية في التجارة الإلكترونية من مخاطر الإنترنت) المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعلميات الإلكترونية.

-رايس محمد(مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري) بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 ، العدد الأول، 2009م.

-رجائي عطية (المحاماة كما يجب أن تكون) مجلة المحاماة – نقابة المحامين ، العدد الأول ، إصدار 2021م.

-سمير الجنزوري ، بحث بعنوان (الضمانات الإجرائية في الدستور الجديد) منشور في المجلة الجنائية القومية ، الجزء 15 ، لسنة 1972م.

-عبد الخالق شهيب (الاعتداء علي الحرية الشخصية للفرد وحقه في خصوصياته وأسراره) ،المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العدد11 ، السنة الثالثة ، أبريل 1973م .

-عبد الله لحود وجوزيف مغيزل (حقوق الإنسان الشخصية والسياسية) منشورات عويدات ، بيروت ، باريس ، بدون سنة طبع.
-عبده جميل غصوب (مسؤولية المحامي المهنية المدنية بين النظرية والتطبيق) بحث منشور في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثاني،القسم الأول،الطبعة الثانية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2004م.
-كمال أبو العيد(سر المهنة) بحث مقدم إلي المؤتمر الثاني عشر لاتحاد المحامين العرب، بغداد 1974م.
-محمد إبراهيم زيد (الجوانب التاريخية والعلمية لاستخدام الوسائل الفنية الحديثة) المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث ، المجلد العاشر ، نوفمبر 1967م.
-محمد أمين الخرشة (الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الإماراتي) كلية القانون، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا العين ، الإمارات العربية المتحدة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد 13 ، العدد الأول ، يونيو 2016م.
-محمد حاتم البيات(المشورة القانونية كعمل من أعمال المحاماة) بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد23،العدد الأول،2007م.
-محمد زكي أبو عامر (الحماية الجنائية للحريات الشخصية) موسوعة الفقه والقضاء، الجزء 27، القسم الثالث، الناشر/الدار العربية للموسوعات، بيروت.
-ميشال الغريب (الحريات العامة في لبنان والعالم) الناشر/ الاتحاد الوطني لطلاب الجامعة ، الطبعة الأولي ، المجلد الأول ، سنة النشر 1978م.
-ياقوت العشماوي (الاعتداء علي الحرية الشخصية للفرد وحقه في خصوصياته وأسراره)، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العدد11، السنة الثالثة، أبريل 1973م.

القوانين والمواد والأحكام القضائية

-قانون التشفير وحرية الاتصال الفرنسي الصادر 1986م.
-قانون المعلومات والحرية الفرنسي الصادر 1978م.
-المادة (1 – 2 –L 432) من تقنين العمل الفرنسي الواردة بالقانون 92-446 في 1992/12/31م.
-المادة (25) من القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 10 يوليو 1991م.
-المادة (L 2–432) من تقنين العمل الفرنسي التي وردت بالقانون (82 – 915) في 1982/10/28م.
-المادة 141 من قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950 المنشور بالعدد 90 .
-المادة 226 فقرة أولي من قانون العقوبات الفرنسي.
-المادة 96 من قانون الإجراءات الجنائية المصري .
-المادة الحادية عشرة من الدستور المصري لسنة 1923م.

- المادة الخامسة والأربعون من الدستور المصري لسنة 1971م.
- المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم 49 لسنة 17 قضائية دستورية – جلسة 1996/6/15– ج7"دستورية".
- المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم 6 لسنة 13 قضائية دستورية – جلسة 1992/5،16– ج1/5"دستورية".
- محكمة النقض المصرية – القضية رقم 22340 لسنة 62 القضائية – جلسة 18 مايو 2000م – مجموعة أحكام النقض ، س 51 ، رقم 90.
- محكمة النقض المصرية – رقم القضية 697 لسنة 11 القضائية – جلسة 19 مايو 1941م، مجموعه القواعد القانونية ، الجزء الأول ، رقم 259 .
- نقض مصري في 14 فبراير 1967 مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة عشر ، القرار 42.
- الوقائع المصرية الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1951م.

ثانيًا :- المراجع باللغة الاجنبية :

- 16 eme Rapport d, activite de la CNIL , la Documentation Francoise ,1995.
- American Bar association project on minimum standards for criminal justice – Electronic Surveillance , Richard B . Austin, Chairman, June 1968.
- Cass , crim 23 Mai 1991 , Bull crim 1991.
- Cass crim , 27 Janr . 1981 , J.C.P , 1982 , Ed , G.11 , 19742 , Note D.Becourt
- T.G.L saint – Etienne 19 avril 1977 , d , 1978 , J , 123 , Note R. Lindon .
- Cass soc , 14 Mars 2000 , sem , soc , lamy , 2001 ,N1015.
- Cass,civ.26—1914 D.1919-1-56.
- Cass,crim gaz.pal1974.doct.84.
- DROIT SOCIALN "Sebcial : LE DROIT DV TRAVAIL ALEPREVVE DES VOUVELLES TECHNOLOGIES , 21 eme colloque social , 20 mars 1992.
- G, Lyon. CAEN, Leslibertes Publiques et, employ, la documentation Françoise, 1992.
- Griswold V . Connecticut, 381 , U . S , 479.
- I . Foliés, La protection de Lavée prive Université de droit d'économie et des science, (Aix Marseillais, 1999).
- Jean – Bernard Denis, Quelques aspects de L' evolution recent du system des prevue's en droit civil, R.T.D.C , 1977.
- K. ROGGE: La protection de la vie prive et les defies technologiques , R. T. D. H , 1994 ,.
- Kayser (P) Lapratection de la vie privee , Economicaze edition 1990 ,

- Loi No 91 – 464 du 10 Juillet 1991 , J.O 13 Juillet 1991
- M.GREVY:videosurveilance dans L, entre prise : un mode normal de controlee des salaries? , Dr.Soc, 1995.
- Mellar (A) Lapratection de la viel priree Ren , Inter . SOC. Vol. XXIV,1992
- paris13-11-1979,gaz.pal.1980-1-200;paris8-11-1979,gaz.pal.1974.1.p.96 (7) trib-corrc-de paris.19-3-1974gaz.pal1971gaz.pal.1974.1..
- S. LEFEBVRG : novellas' technologies et Protection de la vie privee en milieu de travail en France et Québec , presses university Aires D,AIX – MARSEILLE,1998.
- T. G .I Paris, 5 fer 199, cite par A, mole, Audile de la loi informatique et liberate, Dr. Soc , 1992.
- Time Inc . V . Hill 385 U . S. 374 , 388 . 1967.
- United Nations: E/CN. 4/1116,23 January, 1973 Report of the secretary general,.
- United States v Sisca 361 F supp 745. 744 (S.D.N.Y 1973)

ثالثًا:- مواقع الانترنت :

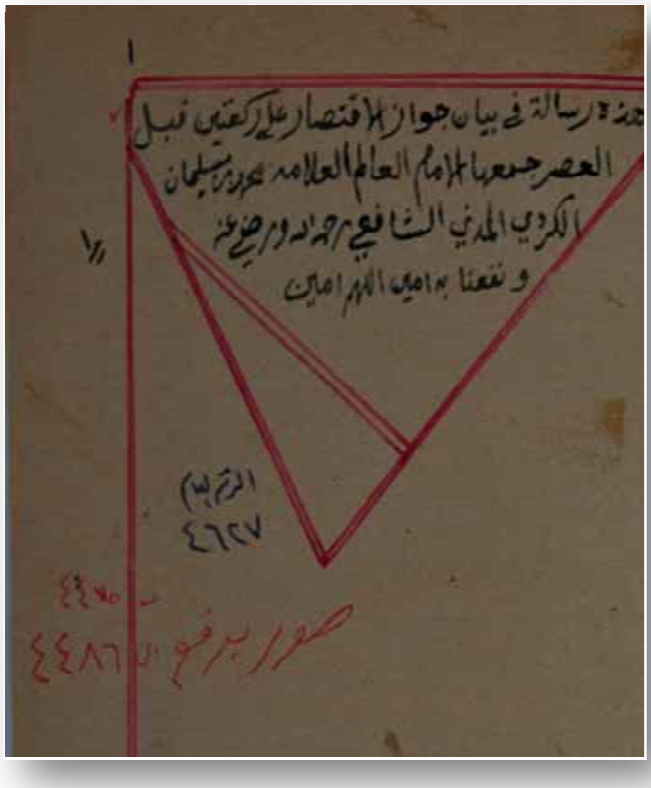
- http://hrlibrary.umn.edu/arab/
- https://www.theonespy.com/ar/
- http://almerja.com

رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر

للإمام العالم العلامة محمد بن سليمان الكردي المدني الشافعي رحمه الله (ت 1194هـ)

The ruling on the sufficiency of praying two rak'ah in Al- Asr sunnah

according to the scholar Mohammad Suliman Al-kurdi Al-Madani Al-Shaf'y



دراسة وتحقيق : د/ هدى أبوبكر سالم باجبير

أستاذ الفقه المشارك بكلية الآداب والعلوم الإنسانية

جامعة الملك عبدالعزيز جدة – المملكة العربية السعودية

Manuscript verification done by : Dr.Huda Abubaker Salem Bajabair ,

Associate Professor of Jurisprudence at the College of Arts and Humanities,

King Abdulaziz University Jeddah - Kingdom of Saudi Arabia

الملخص:

هذه الرسالة المسماة بـ " رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر" للعالم الفقيه الشافعي المدني محمد بن سليمان الكردي (ت1194ه) فقيه الحجاز وعالمها وخاتمة المدققين في المذهب ، وقد ذكر المؤلف في أول الرسالة سبب تأليفها بأنه قد سُئل عن السنة قبل العصر هل لا بد من فعلها أربعاً أم يجوز الاقتصار على ركعتين ؟. وقد تضمنت الرسالة الأدلة التي ساقها المؤلف من أحاديث النبي ' وآثار الصحابة رضوان الله عليهم ، واستشهاد بنصوص أئمة الشافعية من أمهات الكتب في الفقه الشافعي ينقلها المؤلف بكل دقة مع التوثيق باسم المؤلف والكتاب ، وقد خلص إلى جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر وبها يتحصل الأجر ، وأن الأربع قبل العصر هي الأكمل والأفضل .

• **الكلمات المفتاحية** : الكردي ، ركعتين قبل العصر ، راتبة العصر، سنة العصر القبلية .

Abstract :

The ruling on the sufficiency of praying two rak'ah in Al- Asr sunnah according to the scholar Mohammad Suliman Al-kurdi Al-Madani Al-Shaf'y,a faqih of Hijaz are and the last auditor of its school. The thesis contains the question regarding whether praying two raka'ahis equivalent to praying four raka'ah as the Sunnah before Al-Asr and the evidence and argument taken from the prophet's saying and teaching of his followers as well as previous writing by previous Shaf'ya imams and he came to the conclusion that it is permitted to only pray two rak'ah instead of the common four and is equivalent in reward but that praying four rak'ah is better and more complete.

• **Keywords** : Al-Kurdi,TwoRak'ah before Al-Asr,Sunnah before Al-Asr, the voluntary prayer of Asr .

المقدمة :

إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله.

أما بعد:

فالاشتغال بالعلم من أفضل الطاعات ، وبه يرفع الله الدرجات ، وهو أولى ما تصرف فيه الأوقات ، ومن أشرف العلوم وأجلها علم الفقه في الدين ؛ فمن خلاله يعرف الإنسان كيف يعبد ربه كما أمره ويعرف

الحلال والحرام ، وماله من حقوق وما عليه من واجبات . وقد قيض الله للأمة الإسلامية علماء ربانيين ألفوا المصنفات الكثيرة التي لا تعد ولا تحصي مابين مطول منها ومختصر ولا يزال الكثير من تراثهم محبوسا في خزائن المخطوطات في المكتبات في أرجاء المعمورة رغم ما بُذل من جهد لإخراج الكثير ؛ مما يجعل المسئولية على طلبة العلم كبيرة لإخراج جهود علمائهم حتى لا يضيع هذا الميراث العظيم.

وقد سبق أن حققت كتاب " تحرير الفتاوى على التنبيه والمنهاج والحاوي للإمام أبي زرعة أحمد العراقي الشافعي (ت826ه) من أول الطهارة إلى آخر الجنائز لنيل رسالة الدكتوراه ، وأحببت أن أساهم في إبراز بعض تراث علماء الأمة من خلال تحقيق : " رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر" للعالم الفقيه الشافعي المدني محمد بن سليمان الكردي (ت1194ه) فقيه الحجاز وعالمها وخاتمة المدققين في المذهب الشافعي .

خطة التحقيق:

وقد اقتضت طبيعة العمل في تحقيق هذه الرسالة المخطوطة أن أقوم بتقسيمه إلى هذه المقدمة و إلى قسمين :

القسم الأول : الدراسة

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : التعريف بالإمام محمد بن سليمان الكردي وآثاره العلمية .

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: اسمه ونسبه و مولده ونشأته وأسرته ومذهبه.

المبحث الثاني: شيوخه وتلاميذه ومناصبه وثناء العلماء عليه .

المبحث الثالث: وفاته ومؤلفاته.

الفصل الثاني: التعريف بالنص المحقق.

المبحث الأول: عنوان الرسالة ، وسبب تأليفها ، وصحة نسبتها إلى المؤلف ، ومصادرها .

المبحث الثاني: المنهج المتبع في التحقيق، ووصف النسخ المعتمدة ، وصور المخطوط.

القسم الثاني: تحقيق النص :

وفيه أوردت النص المخطوط على قواعد الرسم المتعارف عليه ، ووفق المنهج المذكور في منهج التحقيق .

وختامًا ، فأسأل الله العظيم رب العرش الكريم أن يجعل هذا العمل خالصًا متقبلاً ، ويثقّل به الميزان يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمدلله رب العالمين.

القسم الأول : الدراسة :

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : التعريف بالإمام محمد بن سليمان الكردي وآثاره العلمية .

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: اسمه ونسبه و مولده ونشأته وأسرته ومذهبه.

المبحث الثاني: شيوخه وتلاميذه ومناصبه وثناء العلماء عليه .

المبحث الثالث: وفاته ومؤلفاته.

الفصل الثاني: التعريف بالنص المحقق.

المبحث الأول: عنوان الرسالة ، وسبب تأليفها ، وصحة نسبتها إلى المؤلف ومصادرها .

المبحث الثاني: المنهج المتبع في التحقيق، ووصف النسخ المعتمدة ، وصور المخطوط.

الفصل الأول : التعريف بالإمام محمد بن سليمان الكردي وآثاره العلمية .

المبحث الأول: اسمه ونسبه و مولده ونشأته وأسرته ومذهبه.[1]

أبو عبد الله محمد بن سليمان الكردي الأصل [2] ، الدمشقي المولد ، المدني النشأة والإقامة والوفاة ، الشافعي المذهب .

ولد بدمشق سنة 1127ه [3] ، و قال في ترجمته : رأيت بخط ابنه عبدالله إن ولادته سنة 1429ه [4] ،

وقيل : 1125ه[5] . وحُمل إلى المدينة وهو ابن سنة ونشأ بها وكان من أسرة علم وتقوى وديانة فوالده الشيخ سليمان الكردي كان مباركاً صالحاً ويعلم الصبيان القرآن في رباط السبيل.[6] وفيها حفظ القرآن ، وطلب العلم على يد علمائها حتى برز وأصبح من أعلام فقهاء الشافعية .

المبحث الثاني: شيوخه وتلاميذه ومناصبه وثناء العلماء عليه .

أولاً: شيوخه وتلاميذه [7] :

تلقى ابن الكردي – رحمه الله –العلم في المدينة المنورة على يد والده و العلماء من الحرمين ومختلف الأمصار ممن قدم المدينة مجاوراً ، **ومن شيوخه:**

- والده الشيخ سليمان الكردي .
- الشيخ يوسف الكردي .
- الشيخ أحمد الجوهري المصري (ت 1182ه).
- القطب مصطفى البكري الحنفي (ت1162ه) .
- الشيخ محمد سعيد سنبل مفتي الشافعية بمكة (ت1175ه).

---

[1] انظر ترجمته في: سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر:111/4. ترجمة الإمام محمد بن سليمان الكردي: ص14. علماؤنا في خدمة الدين :ص502. معجم المؤلفين: 54/10. فهرس الفهارس والأثبات :483/1. الفكر السامي :2/ 423. - ثبت ابن عابدين المسمى عقود اللآلي في الأسانيد العوالي :ص128. أبجد العلوم : 1/ 675. عقود اللآل في أسانيد الرجال :ص 155. الأعلام للزركلي: 152/6.معجم أعيان المدينة في القرن 12 الهجري: ص 55 .معجم المعاجم والمشيخات والفهارس والبرامج:158/2.

[2] الكردي -بفتح الكاف - نسبة لعشيرة كردية رحالة تابعة للواء أربيل مشهورة ب(كَه ردِي) ، وأما ضم الكاف في الكردي نسبة إلى الأكراد . انظر : علماؤنا في خدمة الدين : ص502. حاشية الشيرواني مع تحفة المحتاج: 2/ 283.

[3] كذا أرخ الأكثر ، انظر: سلك الدرر:111/4. ثبت ابن عابدين :ص128. الأعلام:152/6.

[4] انظر ترجمة الإمام محمد بن سليمان الكردي: ص14

[5] انظر فهرس الفهارس والأثبات : 1/ 483.

[6] انظر: تحفة المحبين والأصحاب في معرفة ما للمدنيين من أنساب : ص 407.

[7] انظر: سلك الدرر: 111/4. ثبت ابن عابدين : ص128. فهرس الفهارس: 483/1. ترجمة الإمام محمد بن سليمان الكردي: ص14.

- السيد حسين بن عمر العلوي ، وأخوه السيد حامد بن عمر العلوي.
- الشيخ محمد الدمياطي .
- السيد عبدالله المهدلي الزبيدي اليمني.
- عبد الرحمن بن عبد الله بلفقيه.

وتتلمذ علي يده العديد من العلماء البارزين في بلاد الحرمين ، كما ارتحل لدمشق سنة 1172ه واستجازه طلاب العلم فيها ، ومن تلاميذه :

- علي بن عبدالرحمن السمهودي مفتي الشافعية بالمدينة (ت 1196ه).
- أحمد بن عبيد العطار الدمشقي الشافعي محدث الشام (ت1218ه).
- زين العابدين جمل الليل الحسيني المدني (ت1235ه) مفتي المدينة ومسندها.
- محمد سعيد الكوراني (ت1196ه).
- محمد الجفري ابن السيد حسين العلوي المدني الشافعي (ت 1186ه).
- محمد بن عبد الكريم المدني الشافعي الشهير بالسمان(ت 1189ه).

ثانياً : مناصبه وثناء العلماء عليه :

درّس ابن الكردي بالحرم النبوي الشريف لفترة من الزمان، وذاع صيته وكان قبلة القاصدين لطلب العلم ؛ وبلغ شيخ الإسلام بالروم فولاه إفتاء الشافعية بالمدينة المنورة سنة 1189ه ولم يسبق ذلك لأحد من الشافعية إلا لصاحب مكة [1] .

وقد أثنى عليه أهل العلم وتلقوا مصنفاته بالقبول ، ومن أقوالهم في الثناء عليه بما يُفصح عن مكانته العلمية الرفيعة :

- جاء في ترجمته : (الإمام العالم العلاّمة المتبحر فقيه العصر المحدث المقرئ المفسر الأصولي النحوي البياني).[2]
- قال الحجوي: (خاتمة الفقهاء بالحجاز المتضلع من سائر العلوم)[3] .
- قال العلامة الحسيني: (الشيخ الامام العلامة الفقيه خاتمة الفقهاء بالديار الحجازية المتضلع من سائر العلوم النقلية والعقلية).[4]

---

[1] انظر: تحفة المحبين والأصحاب في معرفة ما للمدنيين من أنساب : ص 408.

[2] انظر ترجمة الإمام محمد بن سليمان الكردي: ص14

[3] الفكر السامي: 2/ 423.

[4] سلك الدرر: 111/4. وانظر: ثبت ابن عابدين: ص128.

- قال الكزبري: (فقيه الحجاز ومحدثها وعالمها ذو التآليف النفيسة والتحريرات الشريفة التي لم يسبق إليه).[1]

المبحث الثالث : وفاته ومؤلفاته.

تُوفي رحمه الله بالمدينة ليلة الخميس الرابع عشر من شهر ربيع الأول سنة 1194ه، وصُلي عليه يوم الخميس بالروضة الشريفة ، ودفن ببقيع الغرقد بجانب والده .

تبحر ابن الكردي في دراسة العلوم الشرعية ، والفقه خاصة وصنف المؤلفات النافعة التي كانت محط عناية العلماء وطلاب العلم في الفقه الشافعي ومختلف العلوم ؛ لما حوته من تحريرات للمسائل وتدقيقات للعبارات ، ومنها :

- الفوائد المدنية فيمن يفتى بقوله من أئمة الشافعية : مطبوع
- وعقود الدرر في بيان مصطلحات تحفة ابن حجر: مطبوع
- المواهب المدنية على شرح المقدمة الحضرمية (الحاشية الكبرى): مطبوع
- الحواشي المدنية على شرح المقدمة الحضرمية (الحاشية الوسطى) : مطبوع
- حاشية المسلك العدل على مختصر بأفضل (الحاشية الصغرى) : مطبوع
- الفتاوى : مطبوع
- زهر الربى في بيان أحكام الربا : مخطوط.
- جالية الهم والتوان عن الساعي لقضاء حوائج الانسان : مخطوط.
- الثغر البسام عن معاني الصور التي يزوج فيها الحكام : مطبوع
- شرح فرائض التحفة في نحو أربعين كراساً : مخطوط .

وغيرها من المصنفات المفيدة في شتى العلوم . [2]

---

[1] انتخاب العوالي والشيوخ : ص32.

[2] انظر: سلك الدرر: 111/4-112. ثبت ابن عابدين : ص130. فهرس الفهارس: 484/1. ترجمة الإمام محمد بن سليمان الكردي: ص15. معجم المؤلفين: 54/10.

الفصل الثاني : التعريف بالنص المحقق.

المبحث الأول : عنوان الرسالة ، وسبب تأليفها ، وصحة نسبتها إلى المؤلف، ومصادرها :

أولاً: عنوان الرسالة:

اتفقت النسختان اللتان اعتمدنا في تحقيق الرسالة على أن عنوانها " رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر " [1] ، أو " رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين في راتبة العصر كغيرها من الرواتب " [2] ؛ فكلتا النسختين اتفقتا على: "رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين " ثم اختلاف طفيف في العنوان : بذكر" قبل العصر " أو " في راتبة العصر" .

ومما يؤيد أن هذا عنوان الرسالة : ماذكره المؤلف في أول الرسالة : (قد وقع السؤال غير مرة عن سنة العصر: هل يجوز الاقتصار فيها على ركعتين أو لا بد من صلاتها ممن أراد ذلك أربع ركعات) [3] ، وكذا اعتماداً على ماجاء في فهارس المخطوطات من اعتماد هذه التسمية.

ثانياً : سبب تأليفها :

بيّن المؤلف في أول الرسالة أن سبب تأليفها أنه قد سُئل عن سنة العصر أكثر من مرة

هل لا بد من فعلها أربعاً أم يجوز الاقتصار على ركعتين فأجاب عن ذلك بهذه الرسالة ، وقال : (وقد وقع البحث في ذلك مع بعض فضلاء الطلبة في الدرس في الأيام التي كتبت فيها هذه الرسالة ، وذلك البحث هو السبب في كتابتها) [4]

ثالثاً : صحة نسبة الرسالة إلى المؤلف:

لم أقف في ترجمة المؤلف على ذكر هذه الرسالة –محل التحقيق–، وفي كتب التراجم يذكرون بعض مؤلفاته ويقولون : وغيرها من الكتب والرسائل ، ولم أقف على من استقصى جميع مؤلفات الشيخ الكردي ، إلا أن هناك جملة من الأدلة التي تشير لصحة نسبتها إليه، ومنها:

- نصّ المؤلف على اسمه في أول الرسالة فقال : (فيقول أقل الخليقة غبار أقدام

---

[1] نسخة (ح): لوح 1 .

[2] نسخة (أ): لوح 1.

[3] النص المحقق: ص17.

[4] النص المحقق: ص 17.

الداعين له بغفران الذنوب وستر العيوب محمد بن سليمان)[1] ، وقد جرت عادة المؤلف بذكر اسمه في مقدمة كتبه [2] ، كما أن الطابع العام والأسلوب في التأليف يؤكد نسبتها إليه .

- ثبت اسم المؤلف كاملاً" محمد بن سليمان الكردي الشافعي" في المخطوط عند ذكر عنوان الرسالة .
- جاء في فهرس مكتبة الحرم المكي وفهرس مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود نسبة الرسالة لمؤلفها كما سيأتي تفصيله في وصف النسخ المعتمدة في التحقيق.

رابعاً: مصادرها:

- المحرر في فروع الشافعية :لأبي القاسم الرافعي(ت 623).
- منهاج الطالبين :لأبي زكريا يحي النووي (676ه).
- التحقيق :لأبي زكريا يحي النووي (676ه).
- الإيعاب في شرح العباب: لأحمد بن حجر الهيتمي(ت974ه).
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج :لأحمد بن حجر الهيتمي(ت973ه) .
- حاشية السيد عمر البصري على تحفة المحتاج: للسيد عمر البصري (ت 1037ه).
- حاشية العناني على كتاب تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري(ت926ه): لمحمد العناني(ت 1098ه).
- الأنوار لعمل الأبرار : ليوسف بن إبراهيم الأردبيلي(ت 779ه) .
- بسط الأنوار: لعلي الأشموني (ت 918ه) .
- المواهب اللدنية بالمنح المحمدية : لأحمد بن محمد القسطلاني(ت923ه).
- شرح الشمائل للترمذي: لمحمد عبدالرؤوف المناوي(ت1031ه) .
- البدور السافرة في أحوال أهل الآخرة لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي(ت911ه).
- المهمات في شرح الروضة والرافعي : لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي (ت772ه).
- كافي المحتاج في شرح المنهاج لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي (ت772ه).

[1] النص المحقق: ص 17.

[2] انظر: المسلك العدل: ص32. الفوائد المدنية :ص24. الحواشي المدنية : 2/1.

- فتح الباري شرح صحيح البخاري : أحمد بن حجر العسقلاني (ت852ه).
- شرح صحيح مسلم :لأبي زكريا يحي بن شرف النووي(ت676ه).
- قوت القلوب في معاملة المحبوب ووصف طريق المريد إلى مقام التوحيد : لأبي طالب المكي محمد بن عطية المكي (ت386ه).
- إحياء علوم الدين :لأبي حامد محمد الغزالي (505ه).
- طبقات الشافعية الكبرى : لتاج الدين السبكي(ت771ه) .
- طبقات الفقهاء :لأبي عمرو بن الصلاح(ت643ه).
- نفحات العناية بشرح بداية الهداية لأبي حامد الغزالي(ت505ه):لعبدالقادر الفاكهي (982ه) .

المبحث الثاني: المنهج المتبع في التحقيق، ووصف النسخ المعتمدة ، وصور المخطوط

أولاً: المنهج المتبع في التحقيق :

1- بعد الحصول على المصورات من النسختين الخطيتين قمت بالنسخ من النسخة (أ) لوضوح خطها، ثم المقابلة مع النسخة (ح) بطريقة النص المختار ، وأُثبتت الفروق في الحاشية .
2- أشرت إلى نهاية اللوح في النسختين بين معكوفتين [ ] .
3- قمت بتخريج الأحاديث : فما كان في الصحيحين اكتفيت بذلك، وما كان في كتب السنة الأخرى فأذكر التخريج مع بيان درجته بالرجوع إلى الكتب المختصة بذلك .
4- خرجت الآثار الواردة في النص المحقق من مظانها .
5- وثقت النصوص المنقولة بالرجوع إلى مصادرها ماأمكن .
6- وثقت المسائل الفقهية التي ذكرها المؤلف من مصادرها المعتمدة .
7- ترجمت للكتب المذكورة في النص المحقق ، وأما الأعلام فقد ترجمت للأعلام المذكورين باستثناء: الخلفاء الأربعة الراشدين والصحابة المشهورين وأمهات المؤمنين و أئمة المذاهب الفقهية الأربعة ؛ لشهرتهم ، وأيضاً الأعلام المذكورين في القسم الدراسي .
8- وضعت علامات الترقيم في مواضعها بما يخدم النص المحقق.

ثانياً : وصف النسخ المعتمدة :

بعد البحث عن نسخ المخطوط أمكن الوقوف على نسختين خطيتين ، ويسر الله –بفضله ومنته– الحصول على مصورات من النسختين من مركز جمعة الماجد بدولة الإمارات العربية المتحدة ، ووصفهما كالتالي :

- **النسخة الأولى ، ورمزت لها بالرمز (أ) :**

مصدرها: مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

رقمها في المصدر: (7105) – رقم المادة المصورة875644 ورقم الورود35662.

عدد الأسطر في اللوح : 19. عدد الكلمات في السطر: 9–11 تقريباً

عدد الألواح: 6 ، اللوح الأول فيه عنوان الرسالة واسم المؤلف، بينما نص الرسالة من اللوح الثاني إلى السادس.

تمتاز بوضوح الخط وجماله ، وهي خالية من ذكر اسم الناسخ وتاريخ النسخ. وهي النسخة التي نسخت منها ثم قابلتها بالنسخة الأخرى (ح) وأثبتت الفروق في الحاشية .

- **النسخة الثانية ، ورمزت لها بالرمز (ح) :**

مصدرها: مكتبة الحرم المكي . الرقم العام: 4627/ فقه

عدد الأسطر : 19. عدد الكلمات في السطر:8–10 تقريباً

نوع الخط : نسخ .

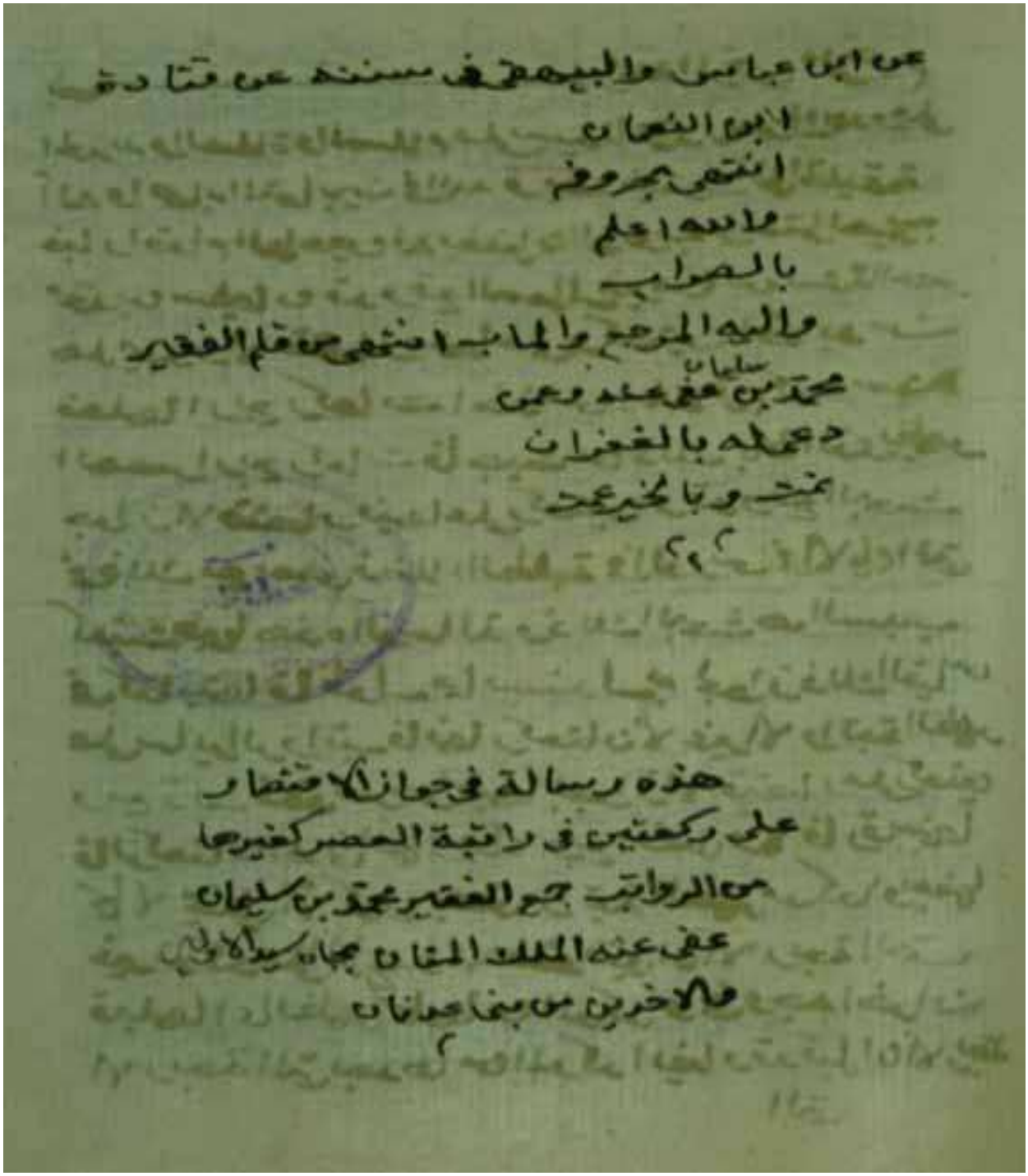
مكتوب في آخر الرسالة بهذه النسخة : تاريخ الفراغ من النسخ: يوم الاثنين ربيع الأول من عام 1351ه ، واسم الناسخ: عبد الحسين بن حميد بن إمبارك بامعيد.

عدد الألواح: 6 ، اللوح الأول فيه عنوان الرسالة واسم المؤلف، بينما نص الرسالة من اللوح الثاني إلى السادس.

ثالثاً : صور المخطوط :

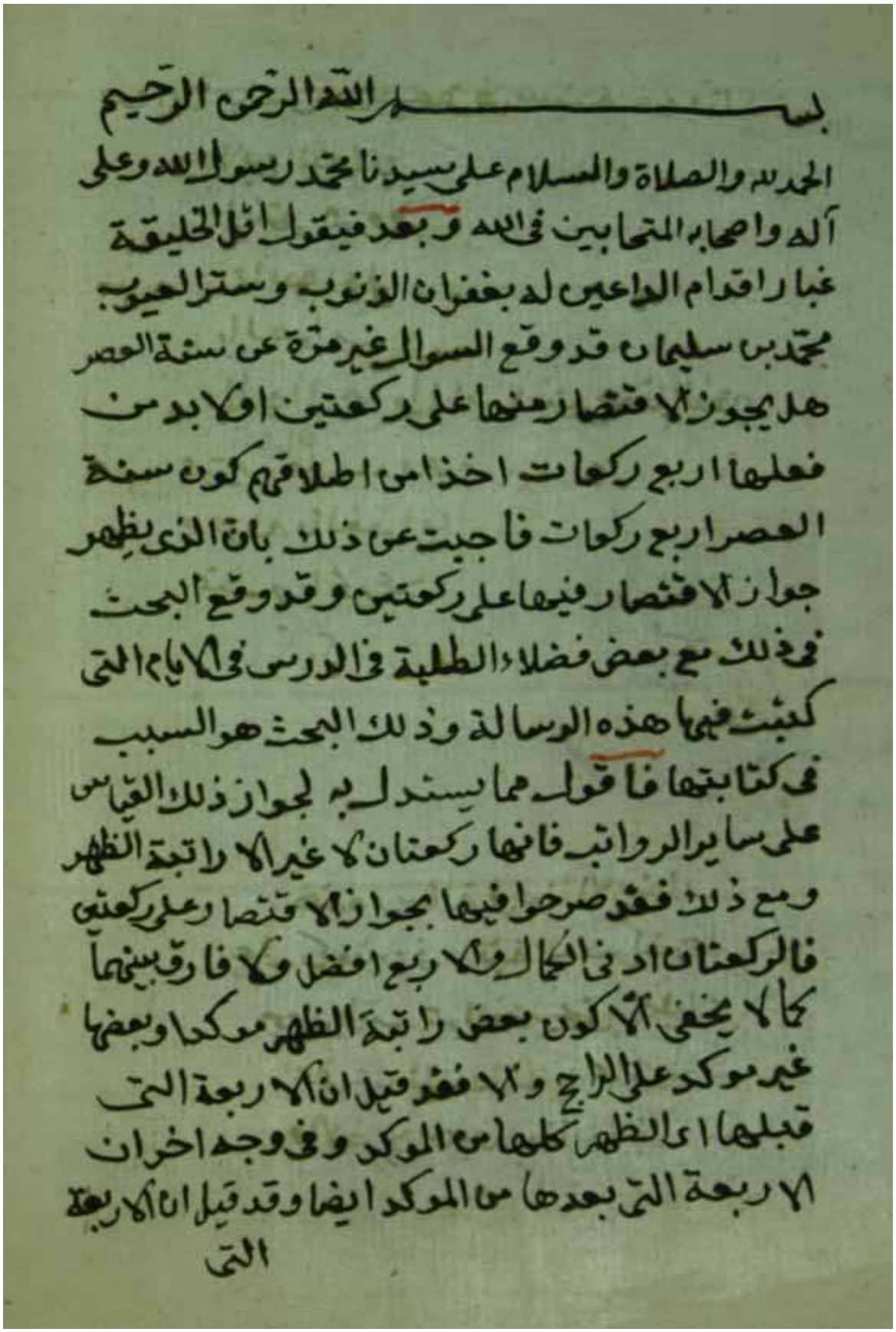
اللوح الأول من النسخة (أ) : هذه رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين في راتبة العصر كغيرها من الرواتب جمع الفقير محمد بن سليمان عفى عنه الملك المنان بجاه سيد الأولين والآخرين من بني عدنان.

الصورة 1 :



اللوح الثاني / أ من النسخة (أ)

الصورة 2



بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله وعلى
آله واصحابه المتحابين في الله وبعد فيقول اقل الخليقة
غبارا اقدام الداعين له بغفران الذنوب وستر العيوب
محمد بن سليمان قد وقع السؤال غير مرة عن سنة العصر
هل يجوز الاقتصار منها على ركعتين او لا بد من
فعلها اربع ركعات اخذا من اطلاقهم كون سنة
العصر اربع ركعات فاجبت عن ذلك بان الذي يظهر
جواز الاقتصار فيها على ركعتين وقد وقع البحث
في ذلك مع بعض فضلاء الطلبة في الدرس في الايام التي
كتبت فيها هذه الرسالة وذلك البحث هو السبب
في كتابتها فاقول مما يستدل به لجواز ذلك القياس
على سائر الرواتب فانها ركعتان لا غير الا راتبة الظهر
ومع ذلك فقد صرحوا فيها بجواز الاقتصار على ركعتين
فالركعتان ادنى الكمال والاربع افضل ولا فارق بينهما
كما لا يخفى الا كون بعض راتبة الظهر موكدا وبعضها
غير موكد على الراجح والا فقد قيل ان الاربعة التي
قبلها اي الظهر كلها من الموكد وفي وجه اخر ان
الاربعة التي بعدها من الموكد ايضا وقد قيل ان الاربعة
التي

اللوح السادس من النسخة (أ)

الصورة 3

بعا في المحتاج ورد عليه المصنف فقال قد نقله في الام في كتاب
اختلاف علي وابن مسعود عن علي ثلث وذكر الحوار زمي
في الكافي مثله فقال الا فضل ركعتين ثم اربعا بسلام واحد
ومدركه الجمع بين الحديث المذكور الآن وحديث ابن عمر المذكور
في اول الباب وساذكره ايضا انتهى كلام الاسنوي بحروفه
والحديث المشار اليه في قوله المذكور الآن هو ما رواه مسلم
عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال اذا صلى احدكم الجمعة فليصل بعدها اربعا و
وحديث ابن عمر المشار اليه في كلامه هو كان ابن عمر رضي الله
تعالى عنهما يصلي بعد الجمعة ركعتين في بيته ويحدث
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك رواه ابو داود
باسناد على شرط الشيخين وصححه ابن حبان وقد ذكر الا
سنوي كما علمت ان مدركه الجمع بين الحديثين وكان
وجهه هنا عدم ذكره في الحديث انه كان يفصل بين الاربع
بالتسليم مخالفا سنة العصر كما قدمته فتامله لكن
يرد على ذلك بعدية العشاء كما قدمتها آنفا وظاهر
كلام الغزالي وغيره ورود السنة عنه صلى الله عليه وسلم
في حالة واحدة وعبارة بداية الهداية لم يصل بعد
الجمعة ركعتين او اربعا او ستا فكل ذلك مروي

في احوال

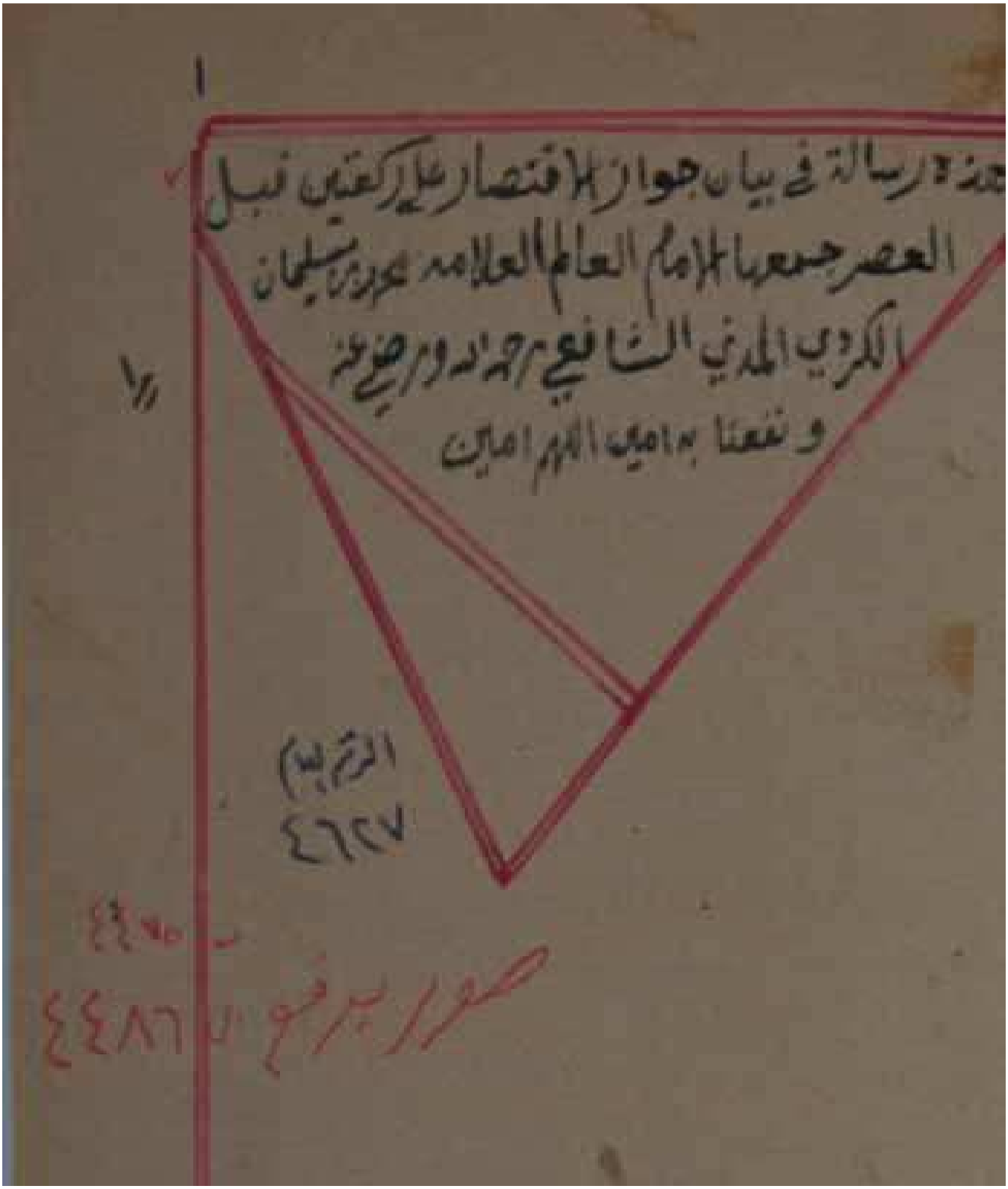
في احوال مختلفة انتهت وقال العلامة عبد القادر القرشي
المكي في شرح بداية الهداية ما نصه رايته في اللمعة لابن
العماد حديثا مرفوعا من رواية علي وعبد الله في الصلاة ستا
وفي الطبقات الكبرى عن النووي عن الشافعي عن علي رضي الله
تعالى عنه مرفوعا من كان مصليا بعد الجمعة فليصل بعدها
ست ركعات ثم روى ذلك عن ابي موسى وعطاء ومجاهد
وسفيان واحمد بن حنبل في رواية عنه وغيرهم انتهى
وفي المواهب اللدنية نقلا عن رواية الترمذي عن عطاء
قال رايت ابن عمر رضي الله تعالى عنهما صلى بعد الجمعة ركعتين
ثم صلى بعد ذلك اربعا انتهى فعلى ما نقلناه عن الغزالي
والقرشي ليس المدرك ما ذكره الاسنوي من الجمع بين
الحديثين بل هو منصوص عليه كما علمته والذي اقتضته عليه
جمهور متاخري ائمتنا الشافعية ندب اربع بعد الجمعة والظهر
لا غير فتنبه له والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

ولتكن هذا اخر ما اردت
ايراده في هذه الاوريقات
وصلى الله على سيدنا
محمد وعلى اله وصحبه وسلم تمت
وبالخير عمت اللهم اغفر لجامعه وكاتبه وجميع المسلمين

اللوح الأول من النسخة (ح) :

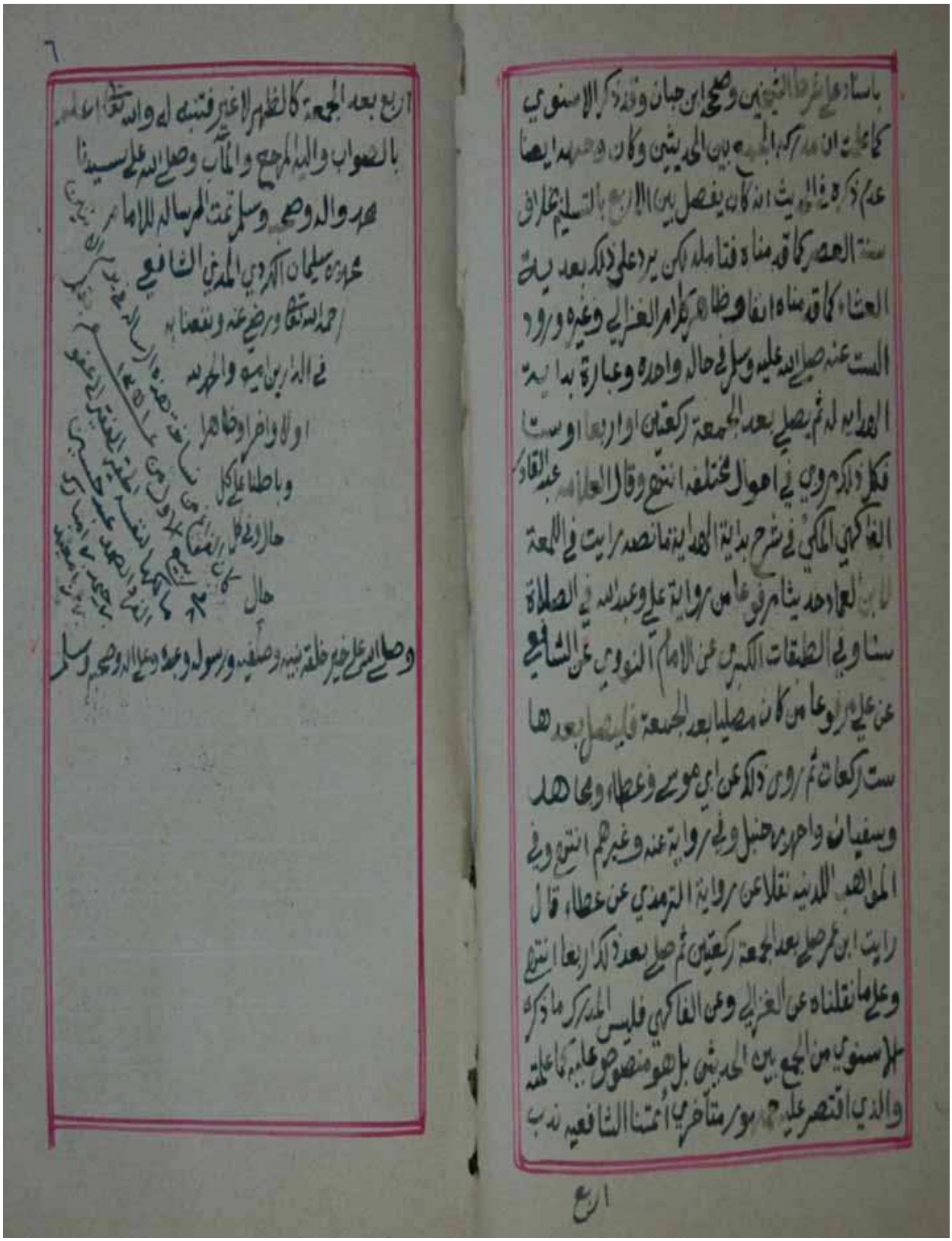
هذه رسالة في جواز الاقتصار على ركعتين قبل العصر جمعها الامام العلامة محمد بن سليمان الكردي المدني الشافعي رحمه الله ورضي عنه ونفعنا به آمين اللهم آمين.

الصورة 4 :



اللوح الأخير من النسخة (ح)

الصورة 5 :



بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وأصحابه[1] المتحابين في الله، وبعد :

فيقول أقل الخليقة غبار أقدام الداعين له بغفران الذنوب[2] وستر العيوب محمد بن سليمان : قد وقع السؤال غير مرة عن سنة العصر: هل يجوز الاقتصار فيها[3] على ركعتين أو لا بد من صلاتها ممن أراد ذلك [4] أربع ركعات ؟ أخذاً من إطلاقهم كون سنة العصر أربع ركعات[5] .

فأجبت عن ذلك بأن الذي يظهر جواز الاقتصار فيها على ركعتين ، وقد وقع البحث في ذلك مع بعض فضلاء الطلبة في الدرس في الأيام التي كتبت فيها هذه الرسالة ، وذلك البحث هو السبب في كتابتها . فأقول : مما يستدل به لجواز ذلك القياس على سائر الرواتب فإنها ركعتان لا غير إلا راتبة الظهر ومع ذلك فقد صرحوا فيها بجواز الاقتصار على ركعتين [6] ، فالركعتان أدنى الكمال والأربع أفضل ولا فارق بينهما كما لا يخفى إلا كون بعض راتبة الظهر مؤكدا وبعضها غير مؤكد على الراجح[7] وإلا فقد قيل : إن الأربع التي قبل الظهر كلها مؤكد ،[8] وفي وجه آخر: إن الأربع[9] التي بعدها من المؤكد أيضا ،وقد قيل : إن الأربع[10] [2/أ من أ] التي قبل العصر من المؤكد أيضا ، وقد حكى هذه الوجوه الرافعي[11] في المحرر[12]

---

(1) في النسخة (ح) : وصحبه .

(2) في النسخة (ح) :بالمغفرة للذنوب.

(3) في النسخة (أ) :منها .

(4) في النسخة (أ) : فعلها.

(5) (أخذا من إطلاقهم كون سنة العصر أربع ركعات)ساقط من النسخة (ح)

(6) انظر: نهاية المطلب للجويني :349/2.الوسيط:208/2.المهذب مع المجموع:7/4.

(7) انظر: نهاية المطلب: 349/2. البيان : 263/2. المهذب والمجموع: 8/4. المنهاج وتحفة المحتاج :222/2.

(8) في النسخة (أ) : إن الأربع التي قبلها أي الظهر كلها من المؤكد.

(9) في النسخة (أ) :الأربعة

(10) في النسخة (أ) : بأن الأربعة

(11) أبو القاسم عبدالكريم بن محمد القزويني الرافعي-نسبة إلى رافعان من أعمال فزوين- ولد سنة 555هـ بقزوين ، وكان إمام عصره ومجتهد زمانه في العلوم الدينية أصولاً وفروعاً ، وله مصنفات كثيرة منها " الشرح الكبير" و" الشرح الصغير" ، مات بقزوين سنة 623هـ. انظر: الوافي بالوفيات :63/19. تهذيب الأسماء واللغات للنووي:264/2. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة : 75/5.

(12) انظر ص:1/ 174.

كتاب المحرر في فروع الشافعية :لأبي القاسم الرافعي مشهور ومعتبر عند الشافعية ، وقد اشتغل به العلماء شرحاً وتلخيصاً وتدريساً ، وهو مقتبس من وجيز الغزالي ، ويُعد العمدة في تحقيق المذهب، وقد التزم مصنفه النص على ماصححه معظم الأصحاب، وللكتاب اختصارات أشهرها " منهاج الطالبين " للإمام النووي. انظر: المذهب عند الشافعية ،د/محمد علي ،ص12. كشف الظنون، حاجي خليفة،1613/2. مصادر الدراسات الفقهية، د/ عبدالوهاب أبو سليمان، 333/1.

وتبعه[1] الإمام النووي[2] على ذلك[3] في المنهاج[4] ، وعليه فلا فرق بين راتبة الظهر والعصر، ولأئمتنا وجه في كون قبلية العصر كقبلية الظهر على الراجح فيها[5] [2/ أ من ح]من أن ركعتين منها مؤكدتان وركعتين غير مؤكدتين [6] ،وعبارة التحقيق[7] للإمام النووي : وأدنى الكمال ركعتان قبل الصبح والظهر وبعدها وبعد المغرب والعشاء ، وحكى سقوط العشاء ،وقيل : وركعتان قبل العصر انتهت[8] . واصطلاحه رحمه الله تعالى في التحقيق أنه إذا قال : وقيل كذا ، يكون مقابل الأصح[9] وعلى هذا ، فالعصر كالظهر لا فرق بينهما

---

[1] في النسخة (ح) :وتابعه.

[2] محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مِرّى النووي الدمشقي، ولد بنوى سنة 631هـ،وحفظ القرآن في صغره ، سكن في المدرسة الرواحية بدمشق واشتغل بالعلم وتفوق على أقرانه ، وتفرغ للعلم والعبادة والتدريس ويُعدّ والرافعي العمدة عند متأخري الشافعية، ومن تلاميذه جمال الدين المزي، ومن مصنفاته " روضة الطالبين" و" المجموع شرح المهذب" مات بنوى سنة 676هـ. انظر: طبقات السبكي:395/8. طبقات الفقهاء لابن كثير: 347/2.شذرات الذهب: 354/5.

[3] في النسخة (ح) :عليه.

[4] انظر 1/ 214-215.

كتاب منهاج الطالبين لأبي زكريا النووي له منزلة عظيمة عند فقهاء الشافعية ، فأكبوا عليه حفظاً وفهماً ، وبالرغم من كونه اختصاراً للمحرر إلا أنه يمتاز عنه بما ضمنه النووي من فوائد وقيود وتنبيه على المواضع التي على خلاف المختار في المذهب ، وتنافس فقهاء الشافعية في خدمته في شرحاً واختصاراً وتصحيحاً ونظماً وبياناً لاصطلاحه .انظر: المنهل العذب للسخاوي:ص77. كشف الظنون:1873/2. الدرر الكامنة لابن حجر: 230/3.

[5] في النسخة (ح) :فيه

[6] انظر: نهاية المطلب: 349/2. الشرح الكبير: 217/4. المنهاج وتحفة المحتاج :222/2.

[7] التحقيق: لأبي زكريا محي الدين يحي النووي(ت676هـ)،ويُعد أصح كتب النووي عند المتأخرين من فقهاء الشافعية ، وصل فيه مؤلفه لكتاب صلاة المسافر ، وذكر فيه الغالب مما في شرح المهذب،و ذكر النووي في مقدمته أنه كان يرجو بتمامه معرفة الصحيح الذي عليه العمل ومالا يجوز العدول عنه في مذهب الشافعي.انظر: كشف الظنون : 379/1. المذهب عند الشافعية: ص16. المهمات للإسنوي:3/أ.

[8] التحقيق: ص224.

[9] انظر: التحقيق: ص 30 .

ومن ثمة قال ابن حجر[1] في شرح العباب[2] : ينبغي أن يقال : إن ركعتين قبلها أي العصر مؤكدتان ؛ لخبر أبي داود[3] بإسناد صحيح:(كان صلى الله عليه وسلم يصلي قبل العصر ركعتين)[4] بناء على أن "كان" في مثل [5]ذلك تفيد الدوام وهو ما عليه جمع ، ثم رأيت ذلك وجهاً في المسألة انتهى كلام شرح العباب.[6] ومن ذلك ما ذكره الشيخ ابن حجر في تحفته[7] من جواز الاقتصار على البعض من الوتر والتراويح ،وعبارته فيها :ولو صلى ما عدا ركعة الوتر فالظاهر أنه يثاب على

ما أتى[8] به ثوابَ كونه من الوتر لأنه يطلق على [2/ب من أ]مجموع الإحدى عشرة[9] وكذا من أتى ببعض التراويح ، وليس هذا كمن أتى ببعض الكفارة خلافا لمن زعمه لأن خصلة من خصالها ليس له أبعاض متمايزة بنيات متعددة يجوز الاقتصار على بعضها بخلاف ما هنا على أنه لا جامع بينهما كما هو واضح .انتهت عبارة تحفته[10][11].وفي موضع آخر منها[12][2/ب من ح] أيضا[13] ما نصه: تنبيه : قضية كلام

---

(1) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ولد بمحلة أبي الهيتم من عمال مصر سنة 909هـ تلقى علومه في الجامع الأزهر ، ثم أجازه أساتذته للإفتاء والتدريس ، وتصدّر لتحرير المشكل على مذهب الإمام الشافعي ، ومن شيوخه ابن حجر العسقلاني وأبو زكريا الأنصاري، تردد على مكة ثم جاور واستقر بها سنة 940هـ حتى مات بها سنة 974هـ، ومن مصنفاته " تحفة المحتاج" و" المنهج القويم" . انظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر:ص259. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة :101/2. شذرات الذهب: 541/10.

(2) الإيعاب في شرح العباب: لأحمد بن حجر الهيتمي(ت974هـ)،شرح فيه كتاب العباب المحيط للشيخ أحمد المذحجي،وذكر فيه نكتاً وفوائد وتحريرات وتنبيهات على أوهام للمصنف، واعتمد ابن حجر في شرحه ذكر الحكم بأدلته ولم يلتزم بذكر الخلاف بين متأخري المذهب ، وعند اختلاف كتب ابن حجر فالإيعاب آخرها ترتيباً عند المتأخرين ؛ لأن مؤلفه قصد فيه الجمع . انظر: الفوائد المدنية ، محمد الكردي : ص .المذهب عند الشافعية :ص21. المذهب الشافعي، محمد بصري،407/1

(3) سليمان بن الأشعث ، أبو داود السجستاني الأزدي، ولد سنة 202هـ، وسمع من خلق كثير بالحجاز ومصر والشام والعراق وخراسان ، منهم ابن راهويه والقعنبي، وعنه روى جماعة منهم الترمذي والنسائي ، كان إمام عصره في الحديث ومن حفاظ أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم ، توفي سنة 275هـ، ومن مؤلفاته" السنن" "والمراسيل" . انظر" وفيات الأعيان 2/ 404. طبقات ابن السبكي: 293/2.البداية والنهاية:58/11.

(4) أخرجه أبوداود في سننه في كتاب الصلاة ، باب الصلاة بعد العصر،ح(1272)،451/2.صححه النووي في شرح صحيح مسلم:8/6 .وقال الأرنؤوط في تحقيقه لسنن أبي داود : حسن بلفظ أربع ركعات وأما رواية الركعتين شاذة انفرد بها حفص عن شعبة، والإمام النووي في شرحه لصحيح مسلم صححها ولم يتفطن لذلك ، وأصحاب شعبة يروون أربع ركعات قبل العصر.

(5) (مثل) ساقطة من النسخة (ح) .

(6) مخطوط الإيعاب شرح العباب :ج2/ 159/أ.

(7) تحفة المحتاج بشرح المنهاج :لأحمد بن حجر الهيتمي(ت973هـ)، وهو من شروح المنهاج المتداولة والمعتمدة عند متأخري الشافعية واستمده من حاشية شيخه عبدالحق على شرح الجلال المحلي ، وقصد مؤلفه الاختصار في ذكر الأدلة والخلاف، وكتاب التحفة مع نهاية المحتاج للرملي العمدة في تقرير المذهب عند المتأخرين ، وعلماء اليمن وحضرموت والشام والأكراد يقدمون مارجحه ابن حجر في تحفته. انظر: المذهب عند الشافعية :ص17-20.المذهب الشافعي:407/1. مصادر الدراسات الفقهية: 339/1.

(8) ف ي النسخة (ح) :يأتي.

(9) ف ي النسخة (ح) :عشر.

(10) ف ي النسخة (ح) :تحفة ابن حجر.

(11) ت حفة المحتاج:522/2

(12) ف ي النسخة (ح) :من التحفة.

(13) (أيضاً)ساقطة من النسخة (ح) .

بعضهم : أنه لا تحصل فضيلة الوتر إلا إذا صلّى آخرته ، وهو متجه إن أراد كمال الفضيلة لا أصلها لما قدمته آنفا .انتهى كلام التحفة[1] .

قال العلامة السيد عمر البصري[2] في حواشي[3] التحفة[4] :ظاهر إطلاق التحفة أنه لا فرق بين أن يقصد الاقتصار ابتداءً على الشفع وبين أن يعنّ له بعد عزمه على الإيتار ،قال :ولو فرق بين الحالين كان له وجه في الجملة فليتأمل و ليحرر. انتهى[5]

وقال العناني [6] في حواشي شرح التحرير[7] لشيخ الإسلام زكريا [8] ما نصه: ولو اقتصر على عشرة حُسِبَت له من الوتر لكن فاته الأفضل[9]انتهى.

وإطلاقه يؤيد إطلاق التحفة السابق ،بل ما بحثه[10] في سنة العصر أولى مما ذكره في التحفة في الوتر والتراويح ؛لأنهم قد شددوا في التراويح بما لم يشددوا به في الرواتب ، حيث منعوا[11] الجمع [3/أ من أ]بين أكثر من ركعتين منها[12] بتسليمة ؛و عللوه بأنها أشبهت الفرائض[13] بطلب الجماعة فيها فلا تغير عما ورد فيها، ومع ذلك فقد جوز في التحفة –كما ترى– الاقتصار على بعضها ، وأما الوتر فصورته متوقفة على وجود الركعة فمع عدمها هو شفع كما لا يخفى، ومع ذلك فقد حكم في التحفة –كما علمته– بأنه يثاب على ذلك ثواب أصل الوتر ، وأيضا فهو يشبه الفرائض من حيث إن أبا حنيفة رضي الله عنه قائل

---

(1) 526/2

(2) السيد عمر بن عبد الرحيم البصري الحسيني الشافعي نزيل مكة المشرفة ،كان فقيها عارفا مربيا عالي القدر ذائع الصيت حسن السيرة كامل الوقار، ومن شيوخه : محمد الرملي والشهاب الهيتمي وغيرهما ، فاق في العلوم وأخذ عنه خلق كثير، منهم :الشيخ عبدالله باقشير والسيد عبدالرحمن السقاف، وتوفي سنة 1037ه بمكة . ومن مؤلفاته حاشية على التحفة وعلى شرح الألفية للسيوطى وله فتاوى مفيدة.انظر خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر:210/2. خلاصة الخبر :ص556.

(3) (حواشي) ساقطة من النسخة (ح) .

(4) حاشية السيد عمر البصري على تحفة المحتاج، جردها الشيخ محمد طاهر الكردي وهي مطبوعة بهامش التحفة بمطابع الوهبية بمصر عام1282ه في أربع مجلدات .

(5) حاشية السيد عمر البصري مطبوعة بهامش التحفة:203/1.

(6) شمس الدين محمد بن داود بن سليمان العناني، نزيل القاهرة ،أخذ عن علي الحلبي وآخرين.ومن مؤلفاته: حاشية على التحرير وحاشية على المنهج وحاشية على عمدة الرابح ،توفي سنة (1098ه). انظر :الأعلام للزركلي:120/6.معجم المؤلفين:285/3.

(7) حاشية العناني على كتاب تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الإمام الشافعي لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري(ت926ه)، وتُعد حاشية العناني من أهم حواشي تحفة الطلاب ولم أقف عليها مطبوعة .

(8) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري القاهري الأزهري الشافعي، ولد سنة 826ه، أشهر فقهاء عصره وإليه انتهت المشيخة، ومن شيوخه ابن حجر العسقلاني والبلقيني ، وممن أخذ عنه ابن حجر الهيتمي ومن تصانيفه: "شرح الروض "و" شرح البهجة"، مات سنة 926. انظر: شذرات الذهب:186/10. نظم العقيقان: 112/1. البدر الطالع:252/1.

(9) في النسخة (ح) :فضل الأكمل .

(10) في النسخة (ح) :بحثناه.

(11) (منعوا) ساقطة من النسخة (ح).

(12) (منها) ساقطة من النسخة (ح)

(13) في النسخة (ح) :أشبه بالفرائض.

بوجوبه ، ومن حيث طلب الجماعة فيه في الجملة[1] فتأمله بإنصاف[2] .[3/أمن ح] وأما وجه تجويزهم[3] فيه أكثر من ركعتين بتسليمة فقد ذكره في التحفة بقوله :ولا يرد الوتر، فإنه وإن جاز [4] جمع أربع منه مثلا بتسليمة مع شبهه لذلك ، لكنه ورد الوصل في جنسه ، بخلاف التراويح انتهى.[5] .

ومن ذلك قول الأنوار[6]–وأقره الأشموني[7] في بسطه[8] –: إذا صلى قبل الظهر أو العصر أربعا فالأفضل عندنا أن يفصل بين كل ركعتين بالتسليم . انتهى بحروفه.[9]

فقوله :إذا صلاها [10] أربعاً يشعر بأنه له أن يصليها غير أربع وهو الركعتان؛ لما لا يخفى أنه لا قائل بالزيادة على الأربع، ولا النقصان من الركعتين ، فتعينتا، ومما وقفت عليه من ذلك من السنة: ما أخرجه أبو داود عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي عنه قال :(كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي قبل العصر ركعتين) وهذا الحديث [3/ب من أ]تقدم[11] من الإيعاب وصدر به القسطلاني[12] الكلام على سنة العصر في المواهب اللدنية[13] .

---

(1) في النسخة (ح) : بالجملة.

(2) انظر: حلية العلماء: 114/2. الهداية : 66/1. تحفة الفقهاء: 103/1. بدائع الصنائع :272/1.

(3) (وجه) ساقط من النسخة (أ) .

(4) (فيه) زيادة في النسخة (أ).

(5) 222/2.

(6) الأنوار لعمل الأبرار في فروع الفقه الشافعي ليوسف بن إبراهيم الأردبيلي الشافعي، فقيه محدث من أهل اردبيل (ت 779 هـ) ، وهو كتاب معتبر ومتداول جمع فيه المسائل المهمة مما تعم به البلوى ، وهومطبوع وعليه حواشي وتعليقات. انظر: معجم المؤلفين:266/12. كشف الظنون :195/1.

(7) نور الدين علي بن محمد الأشموني القاهري الشافعي الفقيه المقرئ الأصولي ، ولد سنة 838هـ، من شيوخه العَلَم البلقيني والمناوي ، وبرع في جميع العلوم وتصدر للتعليم والإقراء، مات سنة 918هـ، ومن مؤلفاته نظمه لجمع الجوامع وعمل حاشية على الأنوار للأردبيلي. انظر: الضوء اللامع :5/6. الكواكب السائرة: 285/1. البدرالطالع:491/1.

(8) في ترجمة الأشموني سماه بعضهم تعليقة ، وآخرون حاشية ، وفي كتب الفقه الشافعي سموه "بسط الأنوار"، ولم أقف عليه مطبوعاً.

(9) الأنوار لأعمال الأبرار:114/1.

(10) في النسخة (أ) :إذا صلى ما ذكر.

(11) انظر: ص 18.

(12) أبو العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر القسطلاني المصري، ولد سنة 851هب مصر وحفظ القرآن وتعلم القراءات والفقه والحديث، ومن شيوخه اليامي والشهاب بن أسد وجلس للوعظ والتعليم والإقراء،ومن مؤلفاته إرشاد الساري على صحيح البخاري و مشارق الأنوار، مات 923هـ. انظر: البدرالطالع: 102/1. النور السافر:ص106. الكواكب السائرة:128/1.

(13) انظر 332/3.

وكتاب المواهب اللدنية بالمنح المحمدية لأحمد بن محمد القسطلاني(ت923هـ)، في السيرة النبوية و هو كتاب جليل القدر كثير النفع مطبوع في أربع مجلدات وعليه شروح كثيرة . انظر: كشف الظنون :1986/2. معجم المؤلفين:85/2

وقال المناوي[1] في شرحه على شمائل الترمذي[2] عند قوله "ويصلي قبل العصر أربعا" ما نصه: لا يعارضه خبر أبي داود عن علي "كان يصلي قبل العصر ركعتين " ؛لاحتمال أنه كان تارة يصلي أربعا وتارة يصلي ركعتين . انتهى كلام المناوي ومنه نقلت.[3] ومن ذلك : ما رأيته في البدور السافرة[4] للإمام السيوطي[5] في باب الأعمال الموجبة لبناء البيوت في الجنة ،منها :ولفظه أخرج [3/ب من ح] مسلم[6] عن أم حبيبة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :(من صلى اثنتي عشرة ركعة تطوعا في يوم وليلة بنى له بهن[7] بيت في الجنة) [8] .

زاد الحاكم [9] : (أربع ركعات قبل الظهر وركعتين[10] بعدها ، وركعتين قبل العصر ، وركعتين بعد المغرب ، وركعتين قبل الصبح) [11] .وأخرج أحمد مثله [12]من حديث أبي موسى ، والنسائي[13] مثله [14] من حديث

---

(1) زين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي المناوي، نسبة إلى قرية منى بمصر، ولد سنة 952 ، من أعلم أهل عصره بالحديث وأكثرهم فيه تصنيفاً ، ومن شيوخه الرملي والنور المقدسي، من مؤلفاته: فيض القدير، ونتيجة الفكر ، مات سنة 1031هـ. انظر: خلاصة الأثر:412/2. البدر الطالع:257/1. الأعلام :204/6.

(2) شرح الشمائل للترمذي: لمحمد عبدالرؤوف المناوي(ت1031هـ) ، مطبوع مع كتاب جمع الوسائل لملا علي القاري

انظر: فهرس الفهارس:562/2. خلاصة الأثر:214/2.

(3) 85/2

(4) البدور السافرة في أحوال أهل الآخرة لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي(ت911هـ) ، في فن الحديث وتعلقاته مطبوع في مجلد . انظر: حسن المحاضرة:240/1. فهرس الفهارس:1016/2.

(5) عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد الخضيري السيوطي الشافعي ويعرف بابن الأسيوطي، ولد سنة 849هـ، نشأ يتيماً وحفظ القرآن وعمره ثمان سنين وأخذ الفقه والفرائض والنحو، ومن شيوخه البلقيني والسخاوي ، وعليه تتلمذ الكثير ، وله مصنفات كثيرة ، منها: "الدر المنثور في التفسير بالمأثور"و"الإتقان في علوم القرآن"، مات سنة 911هـ. انظر: ترجته لنفسه في حسن المحاضرة 335/1. الضوء اللامع:65/4. النور السافر:51/1. الكواكب السائرة :228/1.

(6) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ولد سنة 204هـ،وارتحل في طلبي العلم ومن شيوخه القعنبي وأحمد بن يونس،ومن تلاميذه الترمذي وابن خزيمة ، ألف صحيحه في خمسة عشر سنة من ثلاثمائة ألف حديث مسموعة ، ومن مؤلفاته : "الأسامي والكنى" و"العلل"توفي سنة 261هـ. انظر: تاريخ بغداد: 121/12. سير أعلام النبلاء ط الرسالة : 566/12. تهذيب التهذيب: 10/ 126.

(7) (بهن) ساقطة من النسخة (ح).

(8) صحيح مسلم في كتاب صلاة المسافرين ، باب فضل السنن الراتبة قبل الفرائض وبعدهن ، ح(728)،502/1.

(9) أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري المعروف بابن البيع ، إمام عصره في الحديث ، ولد سنة 321هـ، وارتحل في طلب الحديث وأخذ عنه البيهقي وآخرون ، وتوفي سنة 405هـ، وبلغت مصنفاته قريباً من خمسمائة جزء، منها المستدرك على الصحيحين. انظر: وفيات الأعيان: 280/4. شذرات الذهب: 176/3. طبقات ابن شهبة : 193/1.

(10) في النسخة (ح) : وركعتان.

(11) مستدرك الحاكم :456/1. وقال عن الحديثين :على شرط مسلم ولم يخرجاه .

(12) انظر: مسند الإمام أحمد:481/32، وقال الأرنؤوط في تحقيقه :صحيح لغيره؛ إسناده ثقات غير هارون الكوفي .

(13) أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، نسبة إلى نسأ بخراسان ، ولد سنة 215هـ وأخذ الحديث عن يونس بن عبد الأعلى ، توفي بمكة سنة 303هـ ، ومن مصنفاته: " الخصائص" والسنن الصغرى والكبرى. انظر: وفيات الأعيان: 77/1. طبقات ابن شهبة: 88/1. شذرات الذهب: 239/2.

(14) سنن النسائي في كتاب قيام الليل وتطوع النهار ، باب الاختلاف على إسماعيل بن أبي خالد ح(1811)، 264/3. ضعّفه النسائي ؛ لأن في إسناده محمد بن سليمان ضعيف. وانظر: نصب الراية 138/2.

أبي هريرة انتهى.[1] ومن ذلك ما رأيته في مهمات الإسنوي[2] وكافيه[3] وهو قوله صلى الله عليه وسلم : (ما من صلاة مفروضة إلا وبين يديها ركعتان) رواه الدارقطني[4] وصححه ابن حبان[5] [6]. ورأيت نقل الحديث المذكور في كلام غير[7] الإسنوي ، وهو يفيد جواز الاقتصار على ركعتين في رواتب سائر الفرائض القبلية ، ولا يعارض ذلك[8] ورود الزيادة على الركعتين في بعض [4/أ من أ] الرواتب ؛ لجواز حمل الركعتين في ذلك على أدنى الكمال .[9]

وفي فتح الباري[10] للحافظ ابن حجر[11] :وأقوى ما يتمسك به في مشروعية الركعتين قبل الجمعة عموم ما صحّحه ابن حبان من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعا وذكر الحديث السابق [12].

وفي شرح العباب للشهاب ابن حجر ما نصه :فائدة : قال ابن دقيق العيد[13] : الحق –والله أعلم– أن كل حديث صح و دلّ على عدد أو هيئة أو نافلة، عُمل به ،ثم إن دلّ الدليل على تأكّد لدوام فعله أو كثرته أو

---

[1] ص518.

[2] المهمات في شرح الروضة والرافعي لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي (ت772ه) ، وموضوعه التعليق والتعقيب على الشرح الكبير للرافعي وروضة الطالبين للنووي ؛ إذ هما المعول عليهما في الترجيح في الفقه الشافعي ، وتتضح أهمية الكتاب في كونه تصحيحاً وتنكيتاً لأهم كتابين في المذهب إضافة لكون الإسنوي من محققي المذهب ، والكتاب مطبوع بعدة طبعات . انظر: المذهب الشافعي لمحمد معين: 424/1.

[3] كافي المحتاج في شرح المنهاج لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي (ت772ه) ، شرح فيه منهاج الطالبين للإمام النووي ولم يكمله وصل فيه إلى المساقاة ، ويُعد من أفضل شروح المنهاج وأنفعها . انظر: طبقات الشافعية لابن شهبة :100/2. الدرر الكامنة :148/3. والكتاب تم تحقيقه بالجامعة الإسلامية كرسائل علمية ، ومطبوع مع تكملته .

[4] أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني نسبة لدارقطن ببغداد ، ولد سنة 306ه، ارتحل في طلب الحديث ومن شيوخه ابن حبان والبغوي ،وكان إمام عصره في علل الحديث ومعرفة الرجال، توفي سنة 385ه، ومن مؤلفاته :" علل الحديث" و" سنن الدارقطني" . انظر: تاريخ بغداد : 487/12. سير أعلام النبلاء: 449/16.

[5] أبو حاتم محمد بن أحمد حِبّان التميمي البستي ،ولد في بُست سنة 270ه، ارتحل في طلب الحديث والفقه ، ومن شيوخه النسائي وأبو يعلى الموصلي، وعليه تتلمذ كبار العلماء ،منهم : الحاكم النيسابوري والدارقطني ، توفي سنة 354ه، ومن تصانيفه: كتاب الثقات" و" صحيح ابن حبان" . انظر: طبقات الشافعية الكبرى:131/3. سير أعلام النبلاء: 183/12. كشف الظنون :1075/2.

[6] المهمات : 277/3. كافي المحتاج بتحقيق محمد حسن :ص761. سنن الدارقطني في كتاب الصلاة ، باب الحث على الركوع بين الأذانين ..، ح(1046) 501/1. صحيح ابن حبان بتحقيق الأرنؤوط ،ح(2455)،209/6، وقال الأرنؤوط : إسناده قوي.

[7] (غير) ساقطة من (ح).

[8] (ذلك) ساقطة من النسخة (أ)

[9] انظر: المنهاج ونهاية المحتاج: 109/2. المجموع : 8/4. كفاية النبيه:307/3.

[10] فتح الباري شرح صحيح البخاري أجل تصانيف الحافظ ابن حجر وأنفعها وأشهرها ، ابتدأ في تأليفه سنة 417ه، وانتهى منه سنة 842ه، والكتاب مطبوع ومتداول. انظر: الجواهر والدرر في ترجمة ابن حجر:675/2.

[11] أمير المؤمنين في الحديث شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ، ولد سنة 773 ه في الفسطاط.ارتحل في طلب الحديث ثم درّس في أشهر المدارس في زمانه ، وتولى الإفتاء وكان قاضي قضاة الشافعية ، تنوعت مصنفاته في الفقه والحديث وعلوم القرآن ، ومنها تقريب التهذيب، ولسان الميزان ، توفي سنة 852ه. انظر: الجواهر والدرر في ترجمة ابن حجر:101/2-105. شذرات الذهب: 74/1. الأعلام : 178/1.

[12] انظر: 426/2. وقوله (الحديث السابق) : أي حديث (ما من صلاة مفروضة إلا وبين يديها ركعتان).

[13] أبو الفتح تقي الدين محمد بن علي بن وهب القشيري القوصي المعروف بابن دقيق العيد ، ولد سنة 625ه، حفظ القرآن وسمع الحديث من والده والحافظ المنذري وآخرين ، وعليه تتلمذ الكثير ، منهم علاء الدين القونوي وابن جميل التونسي ومن مصنفاته : الإلمام بأحاديث الأحكام وشرح كتاب التبريزي في الفقه. توفي سنة 702ه. انظر: طبقات الشافعية الكبرى:207/9. فوات الوفيات:442/3. الدرر الكامنة: 348/5.

قوة دلالة اللفظ على تأكدِ حكمٍ به أو عضده حديث آخر علت مرتبته في الاستحباب، فإن لم يصح ، وكان حسناً [4/أ من ح]عُمل به ،إن لم يعارضه صحيح أقوى منه، مع خلوه عن مداومة[1] أو تأكد لفظ في طلبه ،أو ضعيفاً ، ولم يدخل في حيز الموضوع ،فإن أحدث شعاراً في الدين مُنع منه وإلا فكذلك على الأقرب ؛ لأن ما يختص بوقت أو حال أو هيئة أو فعل مخصوص يحتاج إلى دليل خاص . انتهى المقصود منه. وما ذكره آخرا فيه نظر وكلامهم صريح في رده؛ لما مرّ في ندب صلوات[2] وكيفيات ،مع ضعف حديثها ، انتهى ما أردت نقله من شرح العباب.[3]

وقد علمت أن حديث ندب الركعتين أمام العصر وحديث ندبهما أمام كل فريضة[4] صحيحان ؛وحينئذ ، فهما مطلوبتان أمام العصر، ومن ذلك عموم قوله صلى الله عليه وسلم –كما في الصحيحين– : [4/ب من أ](بين كل أذانين صلاة)[5] أي :بين كل أذان وإقامة، وقوله صلاة: يشمل ركعتين، وقد استدلوا بعمومه على ندب ركعتي العشاء القبلية [6] ، ثم وقفت على ما يُصرح بذلك أو هو ظاهر فيه -ولله الحمد[7] على الموافقة– وهو ما رأيته في شرح مسلم للنووي [8] رحمه الله تعالى فإنه ذكر الأحاديث الصحيحة الواردة في الرواتب ، ومنها : حديث علي السابق ، فقال :وليس للعصر ذكر في الصحيحين، وجاء في سنن أبي داود بإسناد صحيح عن علي رضي الله عنه :أ"ن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي قبل العصر ركعتين" ثم ذكر روايات الأربع الركعات ،ثم قال :واستحبوا جميع هذه النوافل المذكورة في الأحاديث[4/ب من ح] السابقة . إلى أن قال: قال أصحابنا وغيرهم : واختلاف الأحاديث في أعدادها محمول على توسعة الأمر فيها ، وأن لها أقل وأكمل، فيحصل[9] أصل السنة بالأقل ولكن الاختيار فعل الأكثر الأكمل إلى آخر ما قاله النووي.[10] وهو[11] –كما تراه –ظاهر ،أوصريح ، فيما ذكرته والله أعلم بالصواب.

---

(1) في النسخة (ح) :مداومته

(2) في النسخة (ح) :صلاة.

(3) المخطوط ج196/2/أ.وانظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام : 199/1.

(4) في النسخة (ح) :فرض.

(5) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب بين كل أذانين صلاة لمن شاء ، ح(627)، 128/1. مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها ، باب بين كل أذانين صلاة ،ح(838)، 573/1.

(6) انظر: المجموع : 9/4. المهمات : 258/3. أسنى المطالب:202/1. تحفة المحتاج: 222/2.

(7) في النسخة (ح) :والحمدلله.

(8) شرح صحيح مسلم لأبي زكريا يحي بن شرف النووي(ت676ه) ،وهو شرح على صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري(ت 261ه) ثاني كتاب في صحيح الحديث بعد صحيح البخاري ، وقد شرحه النووي بشرح متوسط بين المختصرات والمبسوطات مع عنايته ببيان معانيه وضبط مشكلاته والجمع بين الأحاديث وع التنبيه على أحوال الرواة . انظر: مقدمة شرح صحيح مسلم:103/1. كشف الظنون: 1877/2.

(9) في النسخة (ح) :فتحصل.

(10) انظر شرح صحيح مسلم: 9/6.

(11) في النسخة (ح) :فهذا.

خاتمة :

نسأل الله حسن الخاتمة –في بيان أن أئمتنا الشافعية لم يقولوا في الرواتب بالجمع بين الأحاديث –فيما علمته- [1] كما قالوا بذلك في بعض المواضع؛ وإلا لاقتضى ذلك أن يقولوا بندب ست ركعات قبل العصر؛ عملا بحديثي صحيح ابن حبان والنسائي السابقين وبحديث الترمذي[2] [5/أ من أ] –وحسّنه– عن علي كرم الله وجهه: (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي قبل العصر أربع ركعات يفصل بينهن بالتسليم) [3] ، وفي حديث أبي داود والترمذي، وصححه ابن حبان:(رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعاً)[4] .

فإن قلت : وجه ذلك أن الاثنين داخلان في الأربعة ، فيمكن أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي في بعض الأحيان ركعتين وفي بعضها أربعا –كما سبق ذلك– فجعلوا الأربع [5] أكثر سنة العصر؛ لزيادتها على الثنتين. قلت: هذا إن تأتى في العصر لا يتأتى في راتبة العشاء المتأخرة ، فقد قالت عائشة رضي الله عنها وعن أبويها: (ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم[6] العشاء قط فدخل بيتي إلا صلى أربع [5/أ من ح] ركعات أو ست ركعات) رواه أبو داود[7] . وأورده في المواهب اللدنية[8]في راتبة العشاء [9] مع أنهم لم يقولوا بندب غير ركعتين في ذلك، نعم ذكر بعضهم ذلك في سنة الجمعة البعدية و نوزع فيه، وممن جرى على ذلك أبو طالب المكي[10] في قوت القلوب[11]

---

[1] في النسخة (ح) :علمت

[2] أبو عيسى محمد بن عيسى ابن الضحاك السلمي الشهير بالترمذي، ولد سنة 209هـ ، من أئمة الحديث وحفاظه ، ارتحل في طلب الحديث وتتلمذ على البخاري، وكان يُضرب به المثل في الحفظ ، توفي سنة 279هـ.ومن تصانيفه " العلل" و" الجامع الصحيح ". انظر: وفيات الأعيان: 278/4. كشف الظنون: 559/1. تذكرة الحفاظ: 633/2.

[3] أخرجه الترمذي في سننه في أبواب الصلاة، باب ماجاء في الأربع قبل العصر، ح(429)، 555/1.

[4] أخرجه أبوداود في سننه في كتاب الصلاة ، باب الصلاة قبل العصر،ح(1271)، 450/2، وحسنه الأرنؤوط . والترمذي في سننه في أبواب الصلاة باب ماجاء في الأربع قبل العصر،ح(430)، 556/1، وقال الترمذي: حسن غريب. وابن حبان في صحيحه ح(2453)، 206/6، وحسنه الأرنؤوط في تحقيقه. وانظر البدر المنير: 287/4.

[5] في النسخة (أ) :الأربعة هي .

[6] (وسلم) ساقطة من النسخة (أ).

[7] أخرجه أبوداود في سننه في كتاب الصلاة، باب الصلاة بعد العشاء،ح(1303)473/2.، وقال الأرنؤوط في تحقيقه: في إسناده مقاتل بن بشير لم يوثقه غير ابن حبان . وضعف إسناده الألباني في ضعيف أبي داود. انظر:57/2.

[8] (اللدنية) ساقطة من النسخة (ح).

[9] انظر:337/3

[10] أبو طالب المكي محمد بن علي بن عطية المكي، ولد بالعراق ثم هاجر لمكة وفيها نشأ وتلقى علومه ، ومن شيوخه أبوبكر الآجري وابن الأعرابي ، ثم ارتحل لبغداد وجلس فيها للتعليم والوعظ ، وكان صحيح المعتقد عالماً بالكتاب والسنة ، وامتدحه ابن تيمية بأنه أعلم بالحديث والأثر، توفي سنة 386هـ. ومن تصانيفه : مناسك الحج ، وقوت القلوب. انظر: تاريخ بغداد : 151/4. سير أعلام النبلاء: 16/ 537. فتاوى ابن تيمية:86/5.

[11] في النسخة (ح) :القوت. وكتاب قوت القلوب في معاملة المحبوب ووصف طريق المريد إلى مقام التوحيد : لأبي طالب المكي محمد بن عطية المكي (ت386هـ) ، ويُعد من أهم كتب التصوف الإسلامي ، وهو حصيلة الدروس التي كان يلقيها بجامع بغداد وقصد مؤلفه أنه قوت للأرواح بالانشغال بالآخرة وتطهير القلوب ، وقد اعتنى به العلماء شرحاً واختصاراً. انظر: تحقيق قوت القلوب: ص14-19.

و الغزالي[1] في الإحياء [2] وبداية الهداية [3] وحكم عليه التاج السبكي [4] بالغرابة فقال في طبقاته الكبرى[5] : أغرب الخوارزمي[6] حين قال: الأفضل أن يصلي ركعتين ثم أربعا بسلام واحد انتهى.[7]

وأنكره ابن الصلاح[8] أيضا في طبقاته[9] وقال :إنه من شذوذ مصنفها [10] . قال الإسنوي في شرحه على المنهاج ، المسمى[5/ب من أ] بكافي المحتاج :وردّ عليه المصنف، فقال :قد نقله في الأم [11] في كتاب[12] اختلاف علي وابن مسعود عن علي. قلت : وذكر الخوارزمي في الكافي مثله، فقال: الأفضل ركعتين ثم أربعا

---

[1] شيخ الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الطوسي الغزالي الشافعي، ولد بطوس سنة 450هـ، ويعد مجدد القرن الخامس الهجري، وكان عالماً فقيها أصوليا وفيلسوفاً وهو صوفي الطريقة ، ارتحل وطلب العلم ، ثم جلس للتعليم ومن تلاميذه ابن العربي وعبدالقادر الجيلاني ، ولقب في حياته بحجة الإسلام، توفي سنة 505هـ، وله تصانيف نافعة في شتى العلوم ، ومنها: الوجيز، والوسيط في الفقه ، والمستصفى في الأصول. انظر: وفيات الأعيان: 217/4. طبقات الشافعية الكبرى: 191/6. العقد المذهب:116/1.

[2] انظر: 715/1. وكتاب إحياء علوم الدين لأبي حامد محمد الغزالي (505هـ) ، وهو من أنفع الكتب في علل الأحكام ، قسمه مؤلفه إلى أربعة أقسام : ربع للعبادات، وربع للعادات، وربع للمهلكات، وربع للمنجيات. وقد اعتنى به العلماء اختصاراً وتخريجاً لأحاديثه ، ومن المختصرات مختصر ابن جعفر العجلوني (ت812هـ). انظر: وفيات الأعيان : 217/4. كشف الظنون: 24/1.

[3] انظر: ص161. وكتاب بداية الهداية لأبي حامد محمد الغزالي(ت505هـ) في علم التصوف ويعتبر مقدمة لكتابه إحياء علوم الدين ، وقسمه الغزالي لقسمين الأول الطاعات والثاني اجتناب المعاصي، والكتاب على صغر حجمه كثير الفوائد ، وهو محقق ومطبوع. انظر:مقدمة تحقيق بداية الهداية ص7 ومابعد.

[4] تاج الدين عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي ، أبو نصر السبكي، ولد بالقاهرة سنة 727هـ، ومن شيوخه والده وابن النقيب ، ولي القضاء وعزل مراراً، وعاد ودرس بمصر والشام ، وإليه انتهت رئاسة القضاء بالشام ، توفي سنو 771هـ، وله التصانيف النافعة في شتى العلوم ، ومنها: شرح مختصر ابن الحاجب في الأصول ، والقواعد في الأشباه والنظائر. انظر: شذرات الذهب: 221/6. الدرر الكامنة: 63/3. طبقات ابن شهبة : 106/3.

[5] كتاب طبقات الشافعية الكبرى : لتاج الدين السبكي(ت771هـ) في علم التراجم، ويتناول تراجم الفقهاء الشافعيين حسب طبقاتهم ، واعتمد في ترتيبه لكل طبقة على حروف المعجم مبتدئاً بالأحمدين فالمحمدين ، والكتاب مطبوع ومحقق ومتداول. انظر: الأعلام 184/4.

[6] مظهر الدين الخوارزمي محمود بن محمد بن العباس، ولد بخوارزم سنة 492هـ، تفقه بالبغوي وغيره وأقام بخوارزم ينشر العلم، وكان إماماً في الفقه والحديث والتاريخ، توفي سنة 568هـ، ومن تصانيفه: الكافي، وتاريخ خوارزم. انظر: طبقات الشافعية للسبكي: 289/7.طبقات الإسنوي: 183/2. طبقات ابن كثير: 190/2.

[7] 287/6.

[8] أبو عمروا بن الصلاح عثمان بن عبدالرحمن الكردي الشهرزوري ، ولد سنة 577هـ، وكان فقيهاً محدثاً استوطن دمشق ودرّس بمدارسها وتولى مشيخة دار الحديث الأشرفية ، وبه تفقه خلق كثير، توفي سنة 643هـ، ومن تصانيفه: الأمالي والفتاوى. انظر: طبات الشافعية للسبكي: 326/8. طبقات ابن شهبة: 112/2.: 654/5.

[9] طبقات الفقهاء لأبي عمرو بن الصلاح(ت643هـ) جمع فيه التراجم ووافته المنية قبل ترتيبه ،فهذبه ورتبه واستدرك عليه الإمام يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ) ، ثم استدرك عليه ونقحه الإمام يوسف المزي (ت 742هـ). وقد اشتهر الكتاب حتى صار عمدة المصنفين في طبقات الشافعية بعده. والكتاب مطبوع ومتداول. انظر: تهذيب الأسماء للنووي:6/1. مقدمة التحقيق لكتاب طبقات الفقهاء:ص55 ومابعدها.

[10] انظر طبقات الفقهاء لابن الصلاح : ص250 ، والإنكار المذكور في ترجمة الغزالي أنه قال :يصلي ستاً بعد الجمعة.

[11] انظرالأم :164/1. وكتاب الأم لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي(ت204هـ) ، ألفه الشافعي بمصر ويمثل قوله في الجديد، كتبه البويطي ورتبه الربيع وزاد فيه وتصرف. وهو كتاب فقه استدلالي يؤسس للقواعد الأصولية ومنها يبني الفروع ، وهو متميز في عرضه ونقاشه بما ينمي الملكة الفقهية ، كان ولايزال محط عناية العلماء تحقيقاً لمتنه وتخريجاً لأحاديثه وبياناً لمشكله. انظر: منهجية الإمام الشافعي للدكتور عبدالوهاب أبو سليمان:ص33. المدخل إلى الفقه الشافعي للقواسمي:ص218.

[12] (كتاب) ساقطة من النسخة (ح)

بسلام واحد ومدركه الجمع بين الحديث المذكور الآن وحديث ابن عمر المذكور في أول الباب وسأذكره[1] أيضاً.

انتهى كلام الأسنوي بحروفه.[2]

والحديث المشار إليه في قوله المذكور[3] الآن هو :ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(إذا صلى أحدكم الجمعة فليصل بعدها أربعاً) [4] وحديث ابن عمر المشار إليه في كلامه هو : كان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما[5] يصلي بعد الجمعة ركعتين في بيته ويحدث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك، رواه أبو داود[5/ب من ح] بإسناد على شرط الشيخين kوصححه ابن حبان. [6]

وقد ذكر الإسنوي –كما علمت– أن مدركه الجمع بين الحديثين[7] ، وكان وجهه هنا[8] عدم ذكره في الحديث أنه كان يفصل بين الأربع بالتسليم ، بخلاف سنة العصر ، كما قدمته [9] فتأمله .

لكن يرد على ذلك بعدية العشاء ، كما قدمتها[10] آنفا، وظاهر كلام الغزالي وغيره ورود الست عنه صلى الله عليه وسلم في حالة واحدة ، وعبارة بداية الهداية له : ثم يصلي بعد الجمعة ركعتين أو أربعا أو ستا فكل ذلك مروي [6/أ من أ] في أحوال مختلفة. انتهت[11] .

---

[1] في النسخة (ح) :وسأذكرها.

[2] ص 759.

[3] (المذكور) ساقطة من النسخة (ح) .

[4] أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الجمعة ، بابالصلاة بعد الجمعة، ح(881)، 600/2.

[5] (رضي الله تعالى عنهما) ساقطة من النسخة (ح) .

[6] أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الجمعة باب الصلاة بعد الجمعة ، ح(1122) ، 295/1. وصححه الألباني والأرنؤوط. وأخرجه ابن حبان في صحيحه: ح(2479)،229/6، وقال الأرنؤوط إسناده صحيح على شرط مسلم . وانظر: البدر المنير: 684/4. خلاصة الأحكام: 811/2.

[7] انظر كافي المحتاج:ص759.

[8] في النسخة (ح) :وجهه أيضاً .

[9] في النسخة (ح) :قدمناه .

[10] في النسخة (ح) :قدمناه .

[11] ص: 161. وفي النسخة (ح) :انتهى.

وقال العلامة عبد القادر الفاكهي المكي [1] في شرح بداية الهداية[2] ما نصه :رأيت في اللمعة[3] لابن العماد[4] حديثا مرفوعا من رواية علي وعبد الله في الصلاة ستاً، وفي الطبقات الكبرى عن النووي[5] عن الشافعي عن علي رضي الله تعالى عنه مرفوعاً : من كان مصلياً بعد الجمعة فليصل بعدها ست ركعات، ثم روى ذلك عن أبي موسى وعطاء [6] ومجاهد [7] وسفيان[8] و أحمد ابن حنبل في رواية عنه وغيرهم انتهى.[9] وفي المواهب اللدنية نقلا عن رواية الترمذي عن عطاء قال :رأيت ابن عمر رضي الله تعالى عنهما[10] صلى بعد الجمعة ركعتين ثم صلى بعد ذلك أربعا انتهى.[11] فعلى ما نقلته[12] عن الغزالي و الفاكهي[13]

---

(1) أحمد بن علي الفاكهي المكي الشافعي ، ولد سنة 919هـ بمكة ، وطلب العلم في صغره وأخذ الفقه عن ابن حجر ولازمه والشيخ عبدالعزيز الزمزمي وآخرون، وأجازه شيوخه للإفتاء والتدريس، وله مصنفات في شتى العلوم منها: شرحان على بداية الهداية للغرالي وكتاب في زيارة النبي، توفي سنة 982هـ. انظر: خلاصة الخبر :ص542.البدر الطالع للشوكاني:360/1. الأعلام:36/4.

(2) للعلامة عبدالقادر الفاكهي (982هـ) شرحان على بداية الهداية لأبي حامد الغزالي(ت505هـ) هما :الأول: الشرح الكبير على بداية الهداية والمسمى ب" نفحات العناية بشرح بداية الهداية " ولا يزال مخطوطاً ، والثاني: الشرح الصغير واسمه الكفاية بشرح بداية الهداية وهو مطبوع في مجلد واحد . قلت : ولم أجد النقل الذي أورده المؤلف هنا في كتاب الكفاية ؛ فدل على أن المقصود هنا هو الشرح الكبير. انظر: د/ محمد القضماني في تحقيقه لكتاب الكفاية بشرح بداية الهداية ص 48. هدية العارفين:598/1.

(3) اللمعة في فضل يوم الجمعة : لأبي العباس أحمد بن عماد الأفقهسي القاهري (ت808هـ) ، مخطوط بمكتبة الأحقاف باليمن برقم 4931.0. بحثت عنه في ترجمة المؤلف وفهارس المخطوطات ولم أجده إلا في موقع الباحث العلمي. انظر:(bahith.app)

(4) أبو العباس أحمد بن عماد الأفقهسي القاهري الشافعي ويعرف بابن العماد ونسبتهُ إلى مدينة اقفهس بمصر، ولد قبل سنة 750هـ، تلقى العلم على جماعة من العلماء بمصر منهم الإسنوي والبلقيني، ثم درس في مدارسها ، توفي سنة 808هـ، ومن مصنفاته: التبيان في آداب حملة القرآن و التعقبات على المهمات. انظر: طبقات الشافعية لابن شهبة : 15/4. الضوء اللامع: 47/2. البدر الطالع : 93/1.

(5) في النسخة (ح) :الإمام النووي.

(6) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم المكي ، واسم أبي رباح أسلم ، ولد في خلافة عثمان بن عفان ونشأ بمكة وتلقى العلم عن جماعة من الصحابة وحدّث عنهم ، كان ثقة فقيهاً فاضلاً ومن أعلم أهل زمانه ، وفاته على المشهور سنة 114هـ. انظر: تقريب التهذيب: ص391. سير أعلام النبلاء: 5/ 78.

(7) أبو الحجاج مجاهد بن جبر_ ويقال: ابن جبير_ المكى المخزومى مولى عبد الله بن أبى السائب، من أئمة التابعين وعلمائهم ، سمع ابن عمر، وابن عباس وغيرهم ، وعنه روى الكثير ومنهم عكرمة و طاووس ، كان إماماً فى الفقه، والتفسير، والحديث، توفي سنة 101 هـ. انظر: تهذيب الأسماء واللغات: 2/ 83. سير أعلام النبلاء: 449/4.

(8) أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي من تابعى التابعين، ولد سنة 97هـ، سمع من كبار التابعين ومنهم أبوإسحاق السبيعى، وروى عنه خلق كثير منهم مالك، وابن عيينة، اتفق العلماء على إمامته فى العلم بالحديث، والفقه والورع ،توفي بالبصرة سنة 155هـ، وقيل 161هـ . انظر: تهذيب الأسماء واللغات: 1/ 222. طبقات الفقهاء للشيرازي: 84/1. سير أعلام النبلاء: 226/7.

(9) انظر طبقات الشافعية الكبرى: 6/ 287. الأم : 164/1. الإنصاف للمرداوي:405/2.

(10) (رضي الله تعالى عنهما) ساقط من النسخة (ح) .

(11) 329/2. وأخرجه الترمذي في سننه في كتاب الجمعة ، باب ماجاء في الصلاة قبل الجمعة وبعدها ،ح(523)، 1/ 657. ورجاله ثقات فهو صحيح لولا أن فيه عنعنة ابن جريج، إلا أن الألباني نص على أن رواية ابن جريج عن عطاء محمولة على السماع إلا ما تبين تدليسه. انظر: تنبيه القارئ: 85/1. إرواء الغليل:97/3.

(12) في النسخة (ح) :نقلناه .

(13) في النسخة (ح) :وعن الفاكهي .

فليس[1] المدرك ما ذكره الإسنوي من الجمع بين الحديثين بل هو منصوص عليه كما علمته ، والذي اقتصر عليه جمهور متأخري ائمتنا الشافعية ندب [6/أ من ح] أربع بعد الجمعة كالظهر لا غير فتنبه له .[2]

والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب وليكن هذا آخر ما أردت إيراده في هذه الوريقات[3] وصلى الله على سيدنا محمد وعلى[4] آله وصحبه وسلم. تمت [5] وبالخير عمت اللهم اغفر لجامعه وكاتبه وجميع المسلمين[6] . [6/ب من أ و ح]

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- أبجد العلوم ، محمد صديق خان (ت 1207ه) . ط1. 1422ه. بيروت : دار ابن حزم .
- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، ابن دقيق العيد(ت702ه).مصر: مطبعة السنة المحمدية. (د. ط)
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني .إشراف: زهير الشاويش.ط2 .1405ه. بيروت : المكتب الإسلامي.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد الأنصاري (ت: 926هـ). القاهرة: دار الكتاب الإسلامي. (د. ط)
- الأعلام ، خير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي(ت 1396هـ) . ط15. 2002م. بيروت : دار العلم.
- الأم ، محمد بن إدريس الشافعي المطلبي . بيروت :دار المعرفة
- انتخاب العوالي والشيوخ من فهارس شيخنا الامام المسند العطار أحمد بن عبيد الله العطار، عبد الرحمن الكزبري الشافعي (ت 1262هـ)، تحقيق: محمد مطيع . ط1. 1414ه. بيروت : دار الفكر.

---

(1) في النسخة (أ) : ليس .

(2) انظر : المجموع :9/4. المنهاج وتحفة المحتاج: 224/2. المهمات: 276/3. أسنى المطالب:202/1.

(3) (وليكن هذا آخر ما أردت إيراده في هذه الوريقات) ساقط من النسخة (ح)

(4) (وعلى) ساقطة من النسخة (ح) .

(5) في النسخة (ح) :الرسالة للإمام محمد بن سليمان الكردي المدني الشافعي رحمه الله تعالى ورضي عنه ونفعنا به في الدارين آمين والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً على كل حال وفي كل حال وصلى الله على خير خلقه وصفيه ورسوله وعبده وعلى آله وصحبه وسلم . كان الفراغ من نساخة هذه الرسالة في يوم الاثنين في 8 ربيع الأول من عام 1351 بقلم مالكها لنفسه الحقير الفقير إلى عفو الفرد الصمد عبد حسين بن حيمد بن أمبارك بن حسن بامعيد.

(6) (وبالخير عمت اللهم اغفر لجامعه وكاتبه وجميع المسلمين) ساقط من النسخة (ح)

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل، علي المرداوي .تحقيق : محمد الفقي. ط 1 . بيروت : مؤسسة التاريخ العربي.
- الأنوار لعمل الأبرار في فروع الفقه الشافعي ليوسف بن إبراهيم الأردبيلي الشافعي (ت 779 هـ). 1389ه. مصر: المطبعة الأميرية .
- الإيعاب في شرح العباب: لأحمد بن حجر الهيتمي(ت974ه)،نسخة مصورة في جزئين مكتبة جامعة الملك سعود ، رقم 5541 ف1/1160.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي.ط2 . 1406ه . بيروت: دار الكتب العلمية.
- بداية الهداية ، أبو حامد محمد الغزالي(ت505ه) ،تحقيق: د/ محمد زينهم ،ط1. 1413ه.القاهرة: مكتبة مدبولي.
- البداية والنهاية ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير (ت: 774هـ). ط2. 1407ه. بيروت : دار الفكر
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي الشوكاني (ت: 1250هـ). بيروت: دار المعرفة . (د. ط)
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير ، عمر بن علي ابن الملقن الشافعي. تحقيق: مصطفى أبو الغيظ وآخرون . الرياض:دار الهجرة .
- البدور السافرة في أحوال أهل الآخرة ،جلال الدين عبدالرحمن السيوطي(ت911ه)، تحقيق:محمد حسن. ط1. 1416ه. بيروت : دار الكتب العلمية .
- البيان في مذهب الإمام الشافعي ، يحيى بن أبي الخير العمراني اليمني الشافعي . تحقيق: قاسم النوري.ط 1 .1421ه. جدة: دار المنهاج
- تاريخ بغداد، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي (ت: 463هـ)، تحقيق:د/ بشار عواد. ط1. 1422ه. بيروت: دار الغرب الإسلامي .
- تحفة الفقهاء ،محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي .ط2 .1414ه. بيروت: دار الكتب العلمية.
- تحفة المحبين والأصحاب في معرفة ما للمدنيين من أنساب ،عبد الرحمن بن عبد الكريم الحنفي (ت 1195هـ)، تحقيق : محمد العرويسي .ط1 . 1390م. تونس: المكتبة العتيقة.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي. القاهرة : المكتبة التجارية الكبرى
- التحقيق، أبو زكريا يحي النووي(676ه)، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي عوض. ط1. 1413ه بيروت: دار الجيل .

- تذكرة الحفاظ . شمس الدين محمد الذهبي(ت748ه)، نصحيح: عبدالرحمن معلمي. بيروت: دار الفكر. (د. ط) .
- تراجم أعيان المدينة في القرن 12 الهجري ، مؤلف مجهول، تحقيق: د/ محمد التونجي. ط1.1404. جدة: دار الشروق.
- تقريب التهذيب، أحمد بن حجر العسقلاني (852ه) ،تحقيق: محمد عوامة. ط4. 1412ه.حلب: دار الرشيد.
- تنبيه القارئ لتقوية ما ضعفه الألباني ،عبد الله بن محمد بن أحمد الدويش (المتوفى: 1409هـ). ط1. 1411ه. بريدة: دار العليان
- تهذيب التهذيب ، أحمد بن حجر العسقلاني (852ه) . ط1. 1326ه. الهند:مطبعة دائرة المعارف النظامية.
- تهذيب الأسماء واللغات ، أبو زكريا يحي النووي(676ه). بيروت: دار الكتب العلمية . (د. ط)
- ثبت ابن عابدين المسمى عقود اللآلي في الأسانيد العوالي ، محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت1198ه)
- تحقيق : محمد الحسين . ط1 . 1431ه. بيروت: دار البشائر .
- الجواهر والدرر في ترجمة شيخ الإسلام ابن حجر ، شمس الدين محمد السخاوي(903ه) ، تحقيق: إبراهيم باجس. ط1. 1419ه. بيروت: دار ابن حزم .
- حاشية السيد عمر البصري على تحفة المحتاج، جردها الشيخ محمد طاهر الكردي وهي مطبوعة بهامش التحفة بمطابع الوهبية بمصر عام1282ه في أربع مجلدات .
- حاشية الشيرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الإمام عبد الحميد الشرواني، ظبط الشيخ محمد الخالدي. ط1. 1416ه. بيروت: دار الكتب العلمية .
- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، جلال الدين السيوطي (ت911ه)، تحقيق: محمد أبو الفضل. ط1. 1425ه. بيروت: المكتبة العصرية .
- حلية العلماء ، محمد بن أحمد أبو بكر الشاشي القفال. تحقيق: د/ ياسين درادكة. ط1. 1980م. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الحواشي المدنية على شرح ابن حجر الهيتمي على مختصر بافضل، محمد بن سليمان الكردي(ت1194ه). بدون معلومات نشر .
- خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، محمد أمين بن فضل الله الحموي (ت: 1111هـ).بيروت: دار صادر .
- خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الإسلام، يحيى النووي. ط1،1418ه. بيروت: مؤسسة الرسالة.

- خلاصة الخبر عن بعض إعيان القرنين العاشر والحادي عشر، عمر بن علوي الكاف. ط1. 1423ه. جدة: دار المنهاج.
- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)،تحقيق: محمد ضان. ط2. 1392ه. الهند: مجلس دائرة المعارف العثمانية
- سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر . محمد خليل الحسيني (ت1206هـ). ط3. 1408ه. بيروت:
- دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم
- سنن أبي داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ،تحقيق : شعَيب الأرنؤوط و محمد كامل .ط1.
- 1430ه. بيروت: دار الرسالة العالمية.
- سنن الترمذي = جامع الترمذي ، محمد بن عيسى الترمذي . تحقيق: أحمد شاكر. بيروت: دار الفكر.
- سنن الدارقطني ، علي بن أحمد الدارقطني. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. ط1 . 1424ه.بيروت: مؤسسة الرسالة .
- سنن النسائي ، أحمد بن شعيب النسائي. تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة. ط2. 1406ه. حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية .
- سير أعلام النبلاء ،شمس الدين محمد الذهبي (ت : 748هـ)، تحقيق : مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرناؤوط. ط3. 1405ه. بيروت: : مؤسسة الرسالة
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ،عبد الحي ابن العماد الحنبلي(ت: 1089ه)، تحقيق: محمود الأرناؤوط. ط1. 1406ه. دمشق: دار ابن كثير.
- شرح الشمائل للترمذي ، محمد عبدالرؤوف المناوي(ت1031ه) مطبوع بهامش جمع الوسائل في شرح الشمائل لعلي بن سلطان القاري الحنفي. . مصر: مطبعة البابي. (د.ت).
- شرح صحيح مسلم، يحيى بن شرف النووي . بيروت : دار القلم .
- الشرح الكبير = فتح العزيز بشرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني .بيروت : دار الفكر.
- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان مَعْبدَ الدارمي، البُستي . تحقيق: شعيب الأرنؤوط .بيروت: مؤسسة الرسالة
- صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه) ، محمد بن إسماعيل البخاري . 1978 هـ . بيروت : دار المعرفة صحيح مسلم
- ضعيف أبي داود – الأم، محمد الألباني (ت : 1420هـ)،ط1. 1423ه. الكويت: مؤسسة غراس .
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ،شمس الدين محمد السخاوي (ت: 902هـ). بيروت: منشورات دار مكتبة الحياة. (د. ط)

- طبقات الشافعية . جمال الدين الإسنوي(ت772ه)، تحقيق: كمال الحوت. 1422ه. بيروت:دار الكتب العلمية .
- طبقات الشافعية الكبرى ، تاج الدين عبد الوهاب السبكي (ت: 771هـ) ، تحقيق د. محمود الطناحي و د. عبد الفتاح الحلو. ط2. 1412ه. دمشق: هجر للطباعة
- طبقات الشافعية ، تقي الدين أحمد ابن قاضي شهبة(ت851ه)، تحقيق: د/ الحافظ خان. ط1. 1407ه. بيروت: عالم الكتب.
- طبقات الفقهاء الشافعية ، تقي الدين عمرو بن الصلاح(ت643ه) وهذبه واستدرك عليه الإمام النووي(ت676ه) وبيض أصوله ونفحه الإمام المزي(ت742ه). تحقيق: محي الدين علي ، ط1، 1413ه. بيروت: دار البشائر الإسلامية.
- طبقات الشافعية . أبو الفداء عماد الدين ابن كثير(ت774ه) ، تحقيق: أنور الباز. ط1. 1425ه. المنصورة : دار الوفاء .
- طبقات الفقهاء ، أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي (ن476ه) . (د.ط) . بيروت : دار القلم .
- العقد المذهب في طبقات حملة المذهب، أبو حفص عمر الأنصاري المعروف بابن الملقن (804ه) ، تحقيق: أيمن نصر وسيد مهنى . ط1. 1417ه. بيروت : دار الكتب العلمية .
- عقود اللآل في أسانيد الرجال، عيدروس بن عمر الحبشي (1304ه) . د. ت. القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي.
- علماؤنا في خدمة الدين ، عبد الكريم المدرس، عناية ونشر: محمد القره داغي ، ط1. 1403ه، بغداد: دار الحرية .
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية (ت: 728هـ) .ط1 . 1408ه.
- بيروت : دار الكتب العلمية
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العصقلاني . تحقيق : محب الدين الخطيب . ط 1 . 1407 هـ . القاهرة : دار الريان .
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي (ت 1376هـ).ط1 . 1416ه. بيروت: دار الكتب العلمية .
- الفوائد المدنية فيمن يفتى بقوله من أئمة الشافعية ، محمد بن سليمان الكردي(1194ه) ، تحقيق: بسام الجابي. ط1. لبنان : دار نور الصباح.
- فوات الوفيات ، محمد بن شاكر الملقب بصلاح الدين (ت: 764هـ) ، تحقيق: إحسان عباس. ط1
- بيروت : دار صادر .
- فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات، محمد عَبْد الحَيّ ا المعروف بعبد الحي الكتاني (ت 1382هـ)، تحقيق : إحسان عباس . (د. ط) .بيروت: دار الغرب الإسلامي .

- قوت القلوب في معاملة المحبوب ووصف طريق المريد إلى مقام التوحيد، أبوطالب المكي محمد بن عطية(ت386ه) ، تحقيق:د/ محمود إبراهيم. ط1، مصر: مكتبة دار التراث.
- كافي المحتاج في شرح المنهاج من بداية كتاب الصلاة إلى نهاية صلاة المسافر، جمال الدين عبدالرحيم الإسنوي (ت772ه) ، تحقيق: محمد حسن . رسالة دكتوراه بإشراف د/ أحمد العمري. الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .
- كتابة البحث العلمي ومصادر الدراسات الفقهية، د/ عبدالوهاب أبو سليمان .ط1.1413ه. جلة:دار الشروق .
- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون . مصطفى حاجي خليفة . 1413ه. بيروت: دار الكتب العلمية . (د. ط) .
- كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري المعروف بابن الرفعة . تحقيق : مجدي محمد. ط 1 .2009م . بيروت : دار الكتب العلمية
- الكفاية شرح بداية الهداية ، عبدالقادر الفاكهي(ت998ه) ،تحقيق: د/ محمد القضماني . دار الضياء . (د.ط)
- الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة ، نجم الدين محمد الغزي (ت: 1061هـ)، تحقيق: خليل المنصور.ط1. 1418ه. بيروت: دار الكتب العلمية
- المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي . جدة : مكتبة الارشاد .
- المحرر في الفقه الشافعي من أول الكتاب إلى آخر المعاملات، أبو القاسم عبدالكريم الرافعي(ت623ه) تحقيق: محمد عبدالرحيم . رسالة دكتوراه بإشراف د/ رمضان حافظ. جامعة أم القرى : كلية الشريعة . 1419ه.
- مخطوطة ترجمة الإمام محمد بن سليمان الكردي (ت1194ه/1780م) ، مؤلف مجهول، تحقيق: د. رائد أمير. مجلة التربية والعلم: جامعة الموصل . مقبول للنشر 2012/9/4م.
- المدخل إلى الفقه الشافعي د/ أكرم القواسمي. ط1. 1413ه. الرياض: مكتبة التوبة .
- المذهب الشافعي(نشأته ، أطواره، مؤلفاته،خصائصه)، محمد بصري. رسالة دكتوراه بإشراف د/ عبدالعزيز الرومي. جامعة الإمام محمد بالرياض، كلية الشريعة. 1422ه.
- المذهب عند الشافعية ، د. محمد علي . (بحث منشور بدون معلومات نشر) .
- المستدرك على الصحيحين ، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري المعروف بابن البيع . تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا . ط1 . 1411ه . بيروت : دار الكتب العلمية
- المسلك العدل على شرح مختصر بافضل ، محمد بن سليمان الكردي(ت1194ه)، رسالة ماجستير تحقيق: الفضل عبدالله .إشراف: أ.د/خلوف أغا. جامعة العلوم الإسلامية بعمان. قسم الفقه وأصوله. 2017م
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل . طـ 2 . 1398 هـ . بيروت : دار الكتب العلمية .

- معجم أعيان القرن 12 الهجري، مؤلف مجهول، تحقيق: د/ محمد التونجي. ط1. 1404ه. جدة: دار الشروق.
- معجم المعاجم والمشيخات والفهارس والبرامج: د/ يوسف المرعشلي . ط1 . 1423ه. الرياض: مكتبة الرشد.
- معجم المؤلفين ، عمر بن رضا كحالة الدمشقي (ت 1408هـ). (د. ط) . بيروت: مكتبة المثنى .
- المنهاج مع تحفة المحتاج في شرح المنهاج، يحي بن شرف النووي(676ه). القاهرة : المكتبة التجارية الكبرى.
- منهجية الإمام الشافعي في الفقه والأصول ، عبدالوهاب أبو سليمان .ط1. 1420ه. بيروت: دار ابن حزم.
- المنهل العذب الروي في ترجمة قطب الأولياء النووي ،شمس الدين محمد السخاوي (ت: 902هـ) ، تحقيق: حمدي عبدالمجيد. بيروت: دلر الرسالة. (د.ط)
- المهذب في فقة الإمام الشافعي مطبوع مع المجموع للنووي ، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي . جدة : مكتبة الإرشاد
- المهمات في شرح الروضة والرافعي ، جمال الدين الإسنوي(ت772ه) ، عناية : أبو الفضل الدمياطي. ط1. 1430ه. بيروت : دار ابن حزم.
- المواهب اللدنية بالمنح المحمدية ، أحمد بن محمد القسطلاني(ت923ه). القاهرة: المكتبة التوفيقية. (د.ط).
- نصب الراية لأحاديث الهداية ، عبد الله بن يوسف الزيلعي . تحقيق: محمد عوامة . ط1 .1418ه. بيروت : مؤسسة الريان .
- نظم العقيقان في أعيان الأعيان ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت: 911هـ)، تحقيق: فيليب حتي
- بيروت: المكتبة العلمية . (د.ط)
- نهاية المطلب في دراية المذهب ، إمام الحرمين عبدالملك الجويني . تحقيق : د. عبدالعظيم محمود . طـ 1 . 1428 هـ . جدة : دار المنهاج
- النور السافر عن أخبار القرن العاشر،عبد القادر بن شيخ العيدروس (ت: 1038هـ).ط1. 1405ه. بيروت: دار الكتب العلمية .
- الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني.تحقيق: طلال يوسف .بيروت: دار احياء التراث العربي .
- هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين ،إسماعيل البغدادي (ت: 1399هـ). 1951م. بيروت:دار إحياء التراث العربي . (د.ط)

- الوافي بالوفيات ، خليل بن أيبك الصفدي (ت: 764هـ) ،تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى.1420ه .بيروت: دار إحياء التراث.
- الوسيط في المذهب ،محمد بن محمد الغزالي الطوسي . تحقيق: أحمد إبراهيم ، محمد تامر.ط 1 .1417ه .القاهرة: دار السلام.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أحمد بن خلكان . تحقيق : إحسان عباس . بيروت : دار صادر.
- المواقع الالكترونية : موقع الباحث العلمي. bahith.app

الطلاق الثلاث في كلمة واحدة (للشيخ أحمد ابن الخياط الزكاري) ـ دراسة وتحقيق

The three divorces in one word : by Ahmed Ibn Al-Khayyat Al-Zakari - Study and Investigation

محمد بعكريم باحث بسلك الدكتوراه كلية الشريعة أيت ملول ، جامعة إبن زهر أكادير- المملكة المغربية

Mohamed Baakrim : PhD researcher at the Faculty of Sharia Ait Melloul, Ibn Zohr University, Agadir - Kingdom of Morocco

ملخص:

بين أيدينا بحث فقهي في مسألة " الطلاق الثلاث في كلمة واحدة" للشيخ أحمدابن الخياط الزكاري قاضي الجماعة بفاس ، والذي يتحدث عن حكم قول الزوج لزوجته " أنت طالق ثلاثا ". في كلمة واحدة هكذا. وأخذ الشيخ الزكاري رحمه الله بإعتبار الطلاق على هذا النحو ثلاث طلقات لاتحل فيه الزوجة إلامن بعد زواج آخر. وقد بالغ الشيخ رحمه الله في الإنكار على المخالفين واعتبرهم ممن يستحق العقاب والتعزيز حسب مقوله ونقوله.

• **الكلمات المفتاحية** : (الطلاق الثلاث ، كلمة واحدة، المذهب المالكي).

abstract :

In our handsa jurisprudential research on the issue of "triple divorce in one word" by Sheikh Ahmed Ibn Al-Khayyat Al-Zakari, the judge in Fez, who talks about the judgment of the husband saying to his wife, "You are divorced three times." In one word.

Sheikh Al-Zakari, may God have mercy on him, considered divorce in this way as three divorces, in which the wife is not permissible except after another marriage.

The sheikh, may God have mercy on him, exaggerated his denunciation of the violators and considered them to be among those who deserve punishment and reinforcement, according to what he said and what we say.

- Keywords : final divorces- oneword - Maliki School.

مقدمة :

الحمد لله وحده ، و الصلاة و السلام على من لا نبي بعده ، و على آله و صحبه و من سار على نهجه و اقتفى أثره إلى يوم الدين.

أما بعد :

فهذه رسالة طريفة في بابها جمعت شتات الأقوال في أكثر من مذهب، فقربت البعيد و أبانت الصواب على منهج علمي دقيق، وهو منهج المحققين من أهل العلم، إنه الاستقراء، مع مراعاة أصول المذهب في العمل بالاحتياط، خصوصا وأنها في باب الأنكحة ، مراعاة لمقصد الشارع في حفظ الأنساب والذب عنها، فهو مقصد جليل يعتبر أساس حفظ الأواصر .

وتعتبر هذه الرسالة مظهرا من مظاهر التثبت في الفتوى واستشعار مقامها بأنها توقيع عن رب العالمين، وهذا هو حال السلف الصالح من أهل العلم، فلا تكاد تعرض عليهم نازلة مهمة إلا وحرروا فيها رسالة، ولا يستعجلون الإفتاء فيها ـ ... ـ فلا إشكال أن يؤجل المفتي الفتوى حتى يمر عليها قدر من الزمن، يتتبع فيه الأقوال إذا اقتضى السؤال ذلك، وهذا ما يجب أن يكون عليه كل من سئل في حكم شرعي، ووجد في نفسه ما يدعوه إلى ذلك، وإلا كان تقولا على الله ورسوله ولو أصاب فيه.

وقد جاءت الرسالة في المحاور الثلاث التالية :

المحور الأول : التعريف بالمؤلف

المحور الثاني : التعريف بالرسالة

المحور الثالث : النص المحقق

ثم فهرس المصادر والمراجع

المحور الأول : التعريف بالمؤلف

ابن الخياط الزكاري الفاسي سليل النسب الشريف والعلم المنيف[1]

هو أحمد بن محمد بن عمر، بن عبد الهادي، بن العربي، بن مَحمد، ـ فتحاً ـ الزجاري، المدعو الخياط، بن محمد بن الحسن، بن صالح بن محمد، بن علي بن الحسين، بن عمر بن علي، بن عمر بن حسين، بن علي بن محمد، بن أحمد بن أحمد، بن محمد بن أحمد، بن نوح بن الجون، بن يعقوب بن الحسن، بن عمر- عرف بسحنون- بن يوسف المنتصر، بن هرتان بن أحمد، بن محمد بن أبي القاسم، ابن مولانا إدريس، ابن مولانا إدريس، ابن مولانا عبد الله الكامل، ابن مولانا الحسن المثنى، ابن مولانا الحسن السبط ، ابن مولانا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي عنه، ومولاتنا فاطمة الزهراء البتول رضي الله عنها، بنت سيدنا ومولانا رسول الله ـ صلى الله عليه وآله وسلم ـ وشرف وكرم وعظم.

كانت ولادته بفاس عاصمة العلم والعلماء في سادس عشر من شعبان، سنة اثنين وخمسين ومائتين وألف، وفيها نشأ على نهج المغاربة عامة وأهل فاس خاصة، نشأ في دار العلم بين أهله، فحفظ القرآن ومتون العلم، وهذا بعض ما أخذ عن شيوخه[2]؛

أخذ علم التجويد عن الأستاذ الفقيه المجود علي الحسني الداودي الفاسي، الذي أخذ عن العلامة المقرئ أبي العلاء إدريس بن عبد الله الودغيري الإدريسي الحسني، الذي أخذ بسنده إلى أبي يعقوب يوسف بن يسار الأزرق المصري، عن أبي سعيد عثمان بن سعيد المصري الملقب ورشاً، عن إمام المدينة نافع، عن سبعين من التابعين، منهم يزيد بن القعقاع عن أبي هريرة، وابن عباس عن زيد بن ثابت رضي الله عنهم، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن جبريل عليه السلام، عن رب العالمين.

وأخذ صحيح البخاري على يد جملة من الشيوخ، بأسانيد وطرق مختلفة أوردها في فهرسته، ويروي الكتب الستة عن شيخه العلامة أحمد بناني، عن الإمام عبد الغني الهندي المدني بأسانيده المقررة له.

وأخذ الموطأ عن العلامة الحاج صالح ابن المعطي التادلي السوسي، إجازة رواية ودراية وعن غيره أيضاً.

وأخذ شمائل الترمذي، وشفا القاضي عياض عن جملة من الشيوخ.

وعلم المصطلح عن العلامة أحمد بنابي، والعلامة محمد كنون وغيرهما.

ومختصر خليل عن عبد الرحمان الشدادي الحسني، والرسالة عن عبد الملك، ونظم ابن عاشر عن كنون، وتحفة ابن عاصم عن العلامة محمد بن عبد الرحمان السجلماسي، وعلم العقائد والأخلاق والتصوف، وأخذ الزقاقية عن عبد الملك المذكور، والنحو عن شيخه العلامة سيبويه زمانه أحمد المرنيسي وغيره.

---

[1] - من مصادر ترجمته وأخباره: فهرسته الكبرى والصغرى ط، وسل النصال للنضال بالأشياخ وأهل الكمال، لابن سودة (33.32)، والفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي (1/648-649)، ومعجم الشيوخ المسمى رياض الجنة أو المدهش المطرب لعبد الحفيظ الفاسي (99-103)، وفهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات لعبد الحي الكتاني (1/387 - 389)، والأعلام للزركلي (1/250) وغيرها من المصادر.

[2] - انظر فهرسته الكبرى (97. 128).

وتفقه كذالك في علم البيان والمنطق والحساب والعروض وأصول الفقه على يد جملة شيوخ صالحة،وكان راوية للأوراد وحكم ابن عطاء الله وبعض ما يتعلق بها[1].

وأسرته رحمه الله، أسرة إدريسية شريفة تواتر القول بشرفها فقد كان والده رحمه الله من أهل الدين والتقوى وكذلك أخوه الشريف السيد محمد، وله ثلاثة أبناء، محمد وإبراهيم وإسماعيل[2].

تتلمذ على يد جلة من الشيوخ، منهم؛والده محمد بن عمر بن عبد الهادي **بن الخياط الدي** كان من أهل الدين والخير واسع الأخلاق. توفي رحمه الله سنة (1285 هـ)[3].

وعلى يد أبي عبد الله **محمد بن عبد الرحمان الفيلالي السجلماسي الحجرتي**، شيخه وشيخ جل شيوخه، والذي كان عمدته، توفي رحمه الله سنة (1275 هـ).[4]

وعلى يد أبي العباس أحمد المرنيسي، السالم الصدر، السامي في العلوم النقلية والعقلية، صاعقة النحو والعربية،توفي رحمه الله سنة (1275 هـ).[5]

وأبي الحسن علي الداودي الحسني **الفاسي**[6]، أستاذه في علم التجويد، أخذ عن أبي العباس إدريس بن عبد الله الودغيري المقرئ، وعن أبي علي الحسن بن محمد كنبوراللجائي. له "التوضيح والبيان في مقرأ نافع المدني بن عبد الرحما".

وعن أبي عبد الله محمد الصديق بن الهاشمي العلوي المدغري[7]، أخذ عن علماء فاس، كعبد القادر بن شقرون، والرهوني، والطيب بن كيران، والفقيه ابن منصور وغيرهم. توفي رحمه الله سنة (1279هـ).

وعن أبي العباس أحمد بن محمد بن محمد الطيب العلمي الموسوي الشقوري الفلاق، عليه قرأ القرآن، وهو عمدته فيه، توفي رحمه الله سنة (1234هـ). [8]

وعن أبي عبد الله محمد بن المدني كنون ، المستاري الأصل الفاسي الدار والقرار،إمام زمانه ، قال الحجوي ـ" هـذا الشيـخ من أكبـر المتضلعين فـي العـلوم الشرعية الورعين، المعلنين بالأمر بالمـعروف والنهي عن المنكر...". توفي رحمه الله سنة (1302هـ)[9]

وممن أجازه عامة :

- محمد بن عبد الرحمان المدغري. توفي رحمه الله سنة (1299هـ).[10]

---

[1] - الصفحة (113/99) من الفهرسة[الكبرى والصغرى للمترجم].

[2] - انظر مقدمة المحقق للفهرسة (13).

[3] - ترجم له ولده في فهرسته الكبرى(59)، والصغرى (147).

[4] -ترجمته في: وفيات الصقلي (97)، والفكر السامي (359/2).

[5] - ترجمته في الفهرسة الصغرى (161).

[6] - الفهرسة الكبرى (98)، والصغرى (153).

[7] - الفهرسة الصغرى (153).

[8] - الفهرسة الكبرى (63)، والصغرى (152).

[9] - ترجمته في: الفكر السامي (361/2)،والأعلام للزركلي (7. 94)، ومعجم المطبوعات العربية والمعربة(2- 716).

[10] - ترجمته في : الفهرسة الصغرى (160).

ـ أحمد بن أحمد بناني، أبو العباس، المعروف بكلا، توفي رحمه الله سنة (1306هـ).[1]

ـ عبد الملك العلوي الحسنس المعروف بالضرير. وهو شيخه في التصوف خاصة، وصاحبه الذي حكى حبه وشدة قربه له. توفي رحمه الله سنة (1318هـ) .[2]

ـ جعفر الكتاني، أبو المواهب، فقيه متصوف عالم بالتراجم، كثير التصانيف، توفي رحمه الله سنة (1323هـ).[3]

ـ ماء العينين، هو مصطفى أو محمد مصطفى بن محمد فاضل الشنقيطي ، أبو المعارف بعلوم الشريعة، توفي رحمه الله سنة (1328هـ)، بتزنيت ، سوس الأقصى بعد حياة علمية وجهادية حافلة ضد المستعمر.[4]

وأما تلاميذه فمنهمولده عبد العزيز بن أحمد بن محمد ابن الخياط، الذي صار أستاذاً بالقرويين، وعلى ذلك بقي حتى دخول النظام، وكان إماماً بمسجد الأبارين، ولما صدر قانون الوظيفة الواحدة انصرف عن القرويين. صار إلى عفو الله تعالى سنة (1394هـ). [5]

ومنهم محمد بن الحسن الحجوي[6]، صاحب " الفكر السامي" وغيره، وله اجتهادات وآراء، تقلد منصب التدريس بالقرويين، وشغل وظيفة مندوب المعارف، وترأس لجنة المذياع بالمغرب العربي، وكان مكلفاً بالمساجد القرآنية بالمغرب عموماً، ورئاسة المجلس الشرعي الاستينافي الأعلى، توفي رحمه الله سنة (1376هـ).

ومنهم أحمد بن العياشي سكيرج[7]، والذي إستجاز شيخه العلامة ابن الخياط بأبيات شعرية، فأجازه رحمه الله إجازة عامة تامة مطلقة[8]. توفي رحمه الله سنة (1363هـ).

وعبد الله بن عبد السلام الفاسي الفهري[9]، الفقيه العالم الكاتب الشاعر القاضي الوزير الشهير، توفي رحمه الله سنة (1348هـ).

ومنهم عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني[10]، الذي ألف تآليف جيدة منها " فهرس الفهارس " و" اختصار الشمائل " وغيرها. ضمت خزانته بعد الإستقلال إلى الخزانة العامة في الرباط، وتوفي رحمه الله سنة (1382هـ).

---

[1] - ذكره في ثلاثة مواضع من فهرسته: الصفحة (102) من الفهرسة الكبرى و(164)و(168)من الصغرى، والفكر السامي (363/2).

[2] - الفهرسة الصغرى (143).

[3] - الأعلام (122/2)، ومعجم المطبوعات (1545/2).وفهرس الفهارس (186/1و300).

[4] - ترجمته في معجم المطبوعات،(1601/2).والأعلام،(243/7). والمعسول ، (101.83/4).والوسيط في تراجم أدباء شنقيط (365/1) .

[5] - الفهرسة الكبرى (26.21).

[6] - له فهرسة بعنوان "مختصر العروة الوثقى "، وترجمته في الفهرسة الكبرى (35). والأعلام للزركلي (96/6).وفي مقدمة كتابه الفكر السامي، ص9.

[7] - له معجم بعنوان " قدم الرسوخ فيما لمؤلفه من الشيوخ ". وترجم له ابن عزوز في الفهرسة الكبرى (41).

[8] - ونصها في قدم الرسوخ . مخطوط . (ص120). نقلاً عن الدكتور محمد بن عزوز.

[9] - ترجمته في الفهرسة الكبرى (ص48).

[10] - ترجمته في الأعلام (187/6)، وفهرس الفهارس41/1.

وغيرهم كثير ...

وأما مكانته العلمية فقد كانت عالية حتى اعترف له الأكابر بذلك، حيث كان صاحب كرسي الفتوى، ورئيس المجلس العلمي بالقرويين، ويدل لذلك رسالة الحافظ أبو شعيب الدكالي ـ وزير العدلية ـ لإقراره في رياسة المجلس العلمي بالديار الفاسية، قائلاً "محبنا الأعز الأرضى، الفقيه العلامة الأجل، سيدي أحمد ابن الخياط، أمنك الله وسلام عليك ورحمة الله. .."[1]. وعلى كل حال فالناظر في مظان ترجمته، يجد الإجماع على ذلك.

المحنة العارضة :

بعدما أخذ ابن الخياط الطريقة الدرقاوية، ، تزهد في الدنيا ومشاغلها وكل ما يأتي منها، لكنه لبس المرقعة وانقطع عن التدريس، وعن حلقات العلم، فلقي ولله الحمد إنكارا من أشياخه وأقرانه ومحبيه ممن عرفوا فضله وقدره، فقد كانت فترة غبن لطلبة العلم والعلماء الذين يستعينون به في مجامع الشورى والفتوى، وأعظم أشياخه إنكاراً عليه في ذلك الشيخ محمد كنون الذي شدد في الإنكار عليه حتى قاطعه ، ثم عاد بعد ذلك إلى مجالس العلم، يبث العلم في الصدور والسطور.

وكانت وفاته رحمه الله يوم الثلاثاء، ثاني عشر رمضان، عام ثلاثة وأربعين وثلاثمائة وألف، ودفن بزاوية بالرميلة المعروفة بقبيلة الزكاريين، قريبة من زاوية الشيخ علي الجمل.[2]

وخلف الشيخ رحمه الله وراءه تآليف تزيد على المائة أغلبها رسائل وأجوبة ومسائل وتقاييد. وقد كفانا الشيخ رحمه الله تتبعها وسردها هنا لكونه أوردها في آخر فهرسته الصغرى.

[1]- نص الرسالة وجوابها مبثوث بالفهرسة الكبرى لابن الخياط ص (14و15).

[2]- سل النصال ص (30).

المحور الثاني : التعريف بالرسالة

ذكر المؤلف – رحمه الله – رسالته هذه ضمن قائمة كتبه في ملحق فهرسته بعنوان: تقييد في مسألة الطلاق الثلاث في كلمة واحدة، وأنها لا تحل له إلا بعد زوج بإجماع فقهاء الأمصار، وأن المفتي بردها له قبل زوج، ساقط الإمامة والشهادة، وكتب موافقا على ذلك إحدى وعشرون عالما من أعيان علماء فاس، ووزان، وتطوان، والعرائش، وغيرها وقضاتها. وبهذا الدليل نقطع جزما وبدون شك أن هذه الرسالة من تأليفه ،وعلاوة على ذلك فإن الناسخ قد ذكر اسم الشيخ في أول الرسالة.

وأفصح المؤلف رحمه الله عن علة تأليفه لهذه الرسالة، وهو أنه كثر السؤال خصوصا من ناحية الجبال عن الطلاق الثلاث في اللفظة الواحدة، وأنه أفتى بعض المتكلفين في الإفتاء بخلاف أئمة الأمصار، وجعل فيها حق الرجعة.

ومن المعلوم أن مسائل المناكحات، هي محل تضييق واحتياط، خصوصا في الفقه المالكي ، لما لها من أثر مباشر في هتك أواصر أفراد المجتمع، فجاءت رسالة شيخنا رحمة الله عليه ـ رافعة للبس والخلاف، الذي ظهر منذ عهد الصحابة واختلفت الروايات في ذلك عنهم، فكان طلاق الثلاث في كلمة واحدة يُقضى به طلقة واحدة إلى عهد عمر في خلافته، ثم تجاسر الناس على ذلك فأمضاه عليهم ثلاثاً، وخالف في ذلك أيضا بعض الفقهاء، مما جعل بعضهم يؤاخذ بعضاً، ويفتي بحبسه ومنعه من الفتوى حتى اشتد الخلاف وارتفعت الأصوات، فأراد ابن الخياط أن يُظهر الصواب، الذي يراه صوابا، حتى تسد هاته الخلة، ويجتمع الناس على قول واحد.

النسخة المعتمدة في التحقيق :

اعتمدت في تحقيق هذه الرسالة على نسخة واحدة توجد بمكتبة مؤسسة الملك عبد العزيز بالدار البيضاء في إحدى عشرة صفحة، في كل صفحة أربعة وعشرون سطراً غالباً ، وفي الأخيرة ثلاثة أسطر وفي آخرها أنها في ملك أحمد بن عبد الكريم نجيب، ويبدو والله أعلم أنه قد اشتراها من إحدى الخزائن الخاصة بالمغرب ثم أهدى منها نسخة أو لعله باعها للمؤسسة المذكورة سابقاً، وهي بخط المؤلف رحمه الله ،خالية من أي طمس أو سقط إلا أن بعضها يشكل، وفي طرتها بخط مغاير اختصارات لما ورد في النص كذكر إجماع أو اتفاق أو مخالفة أو أقوال العلماء وغيرها.

ورغم عدم حصولي على نسخة أخرى، إلا أنه هناك عامل آخر قد ساعد على ضبط النص، وهو أن الرسالة عبارة عن نقول لأقوال العلماء واجتهاداتهم، فتكون مؤلفاتهم عندها ضابطاً للنص وموضحا لغامضه ولله الحمد.

رسالة في حكم
الطلاق المشروط
في كلمة واحدة

لأبي العباس
أحمد بن محمد بن محمد الخياط
الزجار الحسني

وهي بخطه رحمه الله

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا ومولانا وحبيبنا محمد الأمين وآله
وصحبه وسلم تسليما.

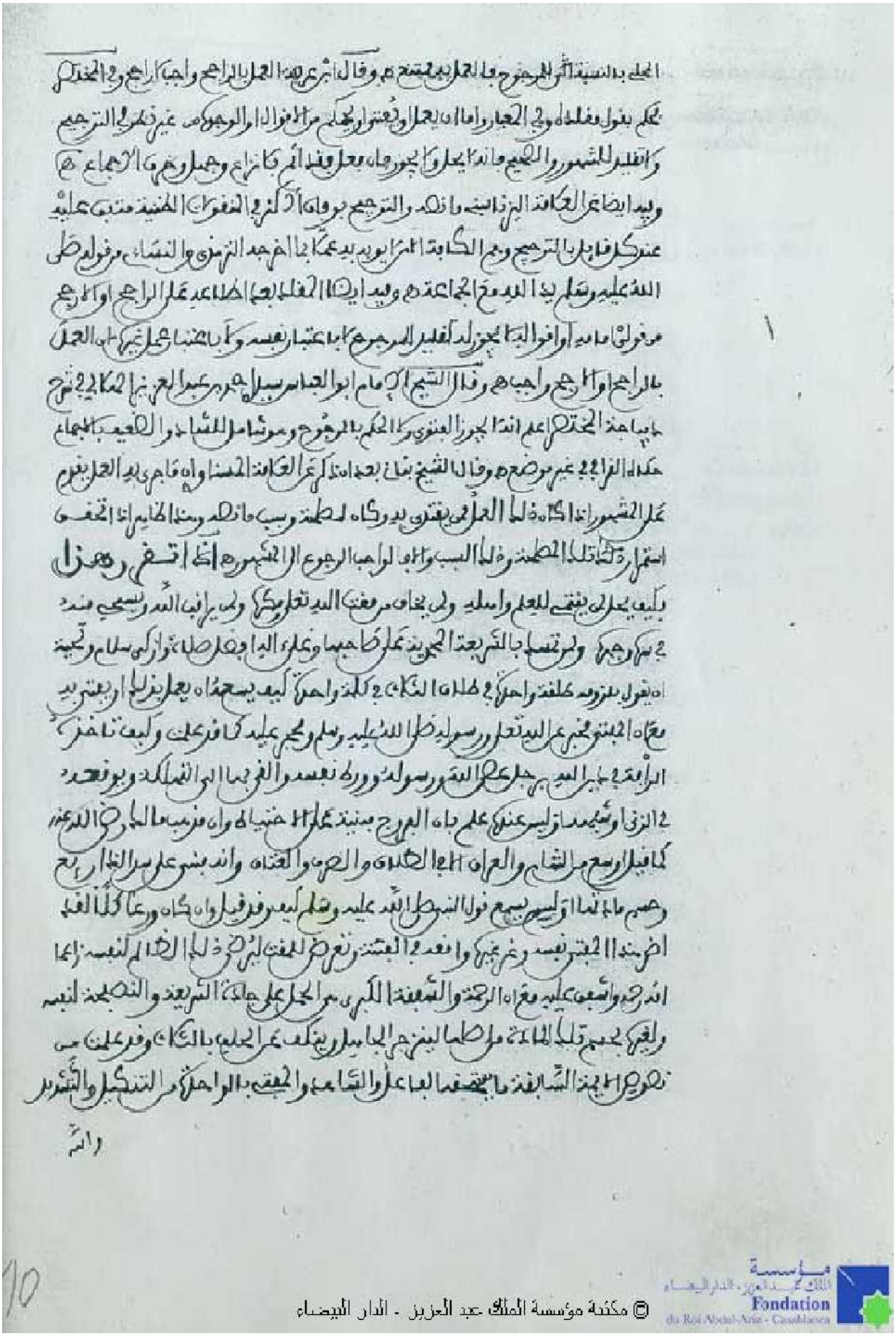
ولشيخنا الحافظ أبي العباس سيدي أحمد بن الخياط أبقاه الله ونفع به

وبعد فقد تكرر السؤال في مدة الأوقات خصوصا في ناحية الجبال عن مسألة
الطلاق الثلاث في كلمة واحدة التي عمت بها البلوى وروج بعض المتسببين للعلم بالطلقة
الواحدة بها الفتوى وربما بلغ ببعض المتعاطين لها بناء بعض الحكام شيء من الجهل في الغرض
الفاني والله العلم بحقيقة ما مناله ومنزلة المسألة وإن كانت مذكورة في بابها الذي عند
المحاصة والعامة فما يحتاج إلى الكلام فيها إلا لكثرة الوقائع والوجوه المذكورة وتعلق
السؤال الجائي إلى التعرض لها وإيراد الكلام الآتي عليها فأقول وبالله أعتصم
من كل ما يشين وهو قال في الدر النثير وسئل أبو الشيخ الفقيه أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الله
الوريلي الشهير بأبي الحسن الصغير رحمه الله تعالى عمن حلف زوجته ثلاثا في كلمة على أن أسقطت
عنه كاليمين ثم خمسة عشر يوما أو نحوها أثر اجتماعهما وبعد كتمه لها مدة ثم تسمية صداقها ثم مرض
فمات وأقر في مرض الذي مات منه أنه سمر لها كذا بالحكم وبرأت منه وأقامت صداقها إلى أن مات منه أيفيد
صغيرة وطول المدة وانتشاره وعدم إنكاره جوابه بما نصه ما يعلم وبه أعمل في الطلاق
الثلاث الذي يقع وجد ما علمناه كان يحمل الحكم فلما مات جاء الحد وأبرأت له ورثته وأبرأ لها
الولد ولها الصداق الداخل لها على النكاح وفداؤه كيف نظر إلى صداقها مثلما مع ما أقر به في
المرض يتناولها أو قل منها فقال مؤلفه الدر النثير على جواب أبي الحسن الصغير وهو الشيخ
الإمام العلامة أبو سالم سيدي إبراهيم بن سعيد العبدلي رحمه الله تعالى قلت
قال أبو عبد الله محمد بن الفاخر أبو الفضل عياض رحمه الله في كتابه الذي جمع فيه نوازل البيد
المترجم بآداب الحكام في نوازل الأحكام رأيت في نوازل الغرويين سئل أبو محمد بن أبي زيد عمن حلف
امرأته ثلاثا على كلام جرى بينهما أو في غير حلف بينهما بالطلاق أنه لا أنام بيد ما عليه مرتهن
الثلاث وأحرى بمثله منذ وكذا بعد لها بتوارث الزوج والزوجة والمرأة الوجه الذي يشبه
بداء حلفها إن كان ثلاثا في كلام جرى بينهما أو في غير حلف بينهما فقال الولد أحق أن
يشبه ويلحق بهما لحلفه إذ بانت بالحلفة الأولى وأما الموارثة بينهم وبين الزوجة فكما ذكر

حكاية أبي الحسن الإجماع
بعدم العلم
بالجهل الواقع

موارثة

مؤسسة الملك عبد العزيز - الدار البيضاء
© مكتبة مؤسسة الملك عبد العزيز - الدار البيضاء



© مكتبة مؤسسة الملك عبد العزيز - الدار البيضاء

المحور الثالث : النص المحقق

الطلاق الثلاث في كلمة واحدة
لأبي العباس أحمد ابن الخياط الزكاري
(ت1343هـ)

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا وحبيبنا محمد الأمين، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

و بعد :

فإنه قد كثر السؤال في هذه الأوقات خصوصاً من ناحية الجبال، عن مسألة الطلاق الثلاث في كلمة واحدة، التي عمت بها البلوى، وروج بعض المنتسبين للعلم بالطلقة الواحدة فيها الفتوى، وربما بلغنا عن بعض المتعاطين للإفتاء بهذه الحضرة شئ من ذلك طمعاً في العرض الفاني، والله أعلم بحقيقة ما هنالك، وهذه المسألة وإن كانت من ضروريات الدين عند الخاصة والعامة فلا يحتاج إلى الكلام فيها، لكن الضرورة الوقتية والروجان المذكور، وتعدد السؤال ألجأت إلى التعرض لها وإيراد كلام الأئمة عليها، فأقول وبالله أعتصم من كل ما يشين ويصم.

قال في الدر النثير[1]: "وسئل أبي الشيخ القاضي أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي، الشهير بأبي الحسن الصغير[2]، رحمه الله تعالى، عمن طلق زوجته ثلاثاً في كلمة، على أن أسقطت عنه كالأها، ثم بقي خمسة عشر يوماً أو نحوها أو راجعها ولم يذكر عند ذلك تسمية صداقه، ثم مرض فمات، وأقر في مرضه الذي مات منه أنه سمى لها كذا ؛ ما الحكم في ميراثها وصداقها مع أن لها منه ابنة[3] صغيرة، ولا ولد له سواها، وله عصبة[4] إخوة ؟

فأجاب؛ الإجماع على منع ما فعله، ولا عبرة بالخلاف الشاذ الذي فيه، ويُحد فاعله إن كان لا يجهل الحكم، فلما مات فات الحد، ولا ميراث لها، ولا يلحق به الولد، ولها الصداق لدخولها على النكاح، ومقداره ينظر إلى صداق مثلها مع ما أقر به ـ أي في المرض ـ فتأخذ الأقل منهما"[5]

---

[1] - الدر النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير لإبراهيم بن هلال السجلماسي(ت 903 هـ) دراسة وتحقيق استاذنا الدكتور مبارك رخيص، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، إشراف أستاذنا الدكتور محمد جميل، كلية الشريعة، أيت ملول، اكادير، جامعة القرويين، السنة الجامعية(1423.1424هـ/2002.2003 م)، والكتاب قد طبع بتحقيق آخر وصدر عن دار ابن حزم.

[2] - هو أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي الشهير بالصغير. مصغراً ومكبرا. ... له ،"التقييد على تهذيب المدونة للبراذعي"، قيده عنه تلميذه عبد العزيزالقروي، وتقييد على الرسالة، توفي رحمه الله سنة (719هـ).ترجمته في: والإحاطة (4/186.187)،والديباج المذهب (2/119 .121)، وجذوة الاقتباس(2/447).

[3] - في الدر النثير: (بنتاً).

[4] - كلمة: (عصبة) ليست في الدر النثير.

[5] - الدر النثير . (192.193).

قال إبراهيم بن هلال السجلماسي[1] رحمه الله تعالى قلت: "قال أبوعبد الله محمد بن القاضي أبي الفضل عياض[2] ـ رحمه الله ـ في كتابه الذي جمع فيه نوازل أبيه المترجم بـ "مذاهب الحكام في نوازل الأحكام" : رأيت في نوازل القرويين ، سئل أبو محمد بن أبي زيد[3] عمن طلق امرأته ثلاثاً على كلام جرى بينهما أو في يمين حلف فيها بطلاقها ثلاثاً، ثم يردها عليه من يرى الثلاث واحدة، فتلد منه أولاداً بعد ذلك ؛ أيتوارث الزوج والأولاد والمرأة في الوجهين ؟ أم كيف به إن طلقها أيضا ثلاثاً في كلام جرى بينهما، أو في يمين حلف بها؟

فقال: "الولد لاحق، لأنه بشبهة، ولا يلحقه فيها طلاق إذ بانت بالطلاق الأول [إلا أن يكون تزوجها بعد زوج ثم طلقها فيلزمه الطلاق][4]، وأما الموارثة بينه وبين الزوجة فلا موارثة بينهما، فإن كان عالماً بالتحريم لا يجهل ذلك فلا يلحق به الولد، ولا موارثة بينه وبين الولد ، ولا بينه وبين الزوجة[5]، وعليه الحد، [وهو الرجم][6]، إلا أن يكون ممن يجهل ذلك ،أو متأولا، فيكون على ما تقدم من الجواب"[7].

ومثله في الفائق عن ابن أبي زيد أيضاً، ثم قال في الدر النثير:

" وسئل؛أي أبو الحسن رضي الله عنه عن رجل يرد المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة أو مفترقات، أتجوز إمامته وشهادته؟

فأجاب : " إن صح ما ذكرتم، فالرجل المذكور ساقط الإمامة والشهادة، مستحق العقوبة بما انتهك من حرمة الشرع، وأباح ما حرمه الأئمة"[8].

قلت: قال ابن رشد[9] في نوازله:" والقول بأن المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة، لا تحل لمطلقها إلا بعد زوج مما اجمع عليه فقهاء الأمصار، ولم يختلفوا فيه، فالكاتب الذي يحلها قبل زوج، ويكتب في ذلك المراجعة،

---

[1] - هو إبراهيم بن هلال بن علي، أبو إسحاق الصنهاجي نسباً، الفلالي السجلماسي، فقيه من علماء المالكية،... له تآليف كثيرة منها كتاب، النوازل . ط . في الفقه المالكي، رتبه علي بن أحمد الجزولي، والدر النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير. ط ، وغيرها، توفي رحمه الله بسجلماسة سنة (903 ه). ترجمته في جذوة الاقتباس (ق 1/99.97). شجرة النور الزكية (121/2)،وفهرس الفهارس(1106/2) ... .

[2] - هو أبو عبد الله محمد بن القاضي عياض صاحب الشفا ، توفي رحمه الله سنة (575ه). ترجمته في الإحاطة،(229/2)، والديباج المذهب (246/2)، وشجرة النور (374/1).

[3] - هو أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان بن أبي زيد القيرواني، مالك الصغير صاحب النوادر والزيادات على المدونة، " ومختصر المدونة " و"الرسالة" و"تهذيب العتبية" توفي رحمه الله سنة (386 ه). ترجمته في: المدارك (4 / 582)، وشجرة النور (1/ 226. 227)، والديباج المذهب (1 /427 . 430) ... .

[4] - زيادة من فتاوى البرزلي.

[5] - جاء في حاشية الأصل: (وزاد في الفائق، وعلى الراجح).

[6] - زيادة من البرزلي.

[7] - مذاهب الحكام (290). والدر النثير (193).

[8] - وفي الدر النثير " الله ". قال المحقق، وفي م: الأمة.

[9] - هو القاضي محمد ابن رشد الجد، الفقيه القاضي أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة صاحب المقدمات الممهدات والبيان والتحصيل ، توفي رحمه الله سنة (520ه).ترجمته في الأعلام (317/5)، وأزهار الرياض (3/ 59 .63)،والديباج المذهب (248/2) ... .

رجل جاهل قليل المعرفة، ضعيف الدين، فعل ما لا يسوغ له بإجماع أهل العلم، إذ ليس من أهل الاجتهاد[1]، فيسوغ له مخالفة ما أجمع عليه فقهاء الأمصار: مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم، وإنما يجب عليه[2] تقليد علماء وقته، فلا يصح أن يخالفهم برأيه، فالواجب[3] أن ينهى عن ذلك، فإن لم ينته عنه، أدب عليه، وكانت جرحة فيه، تسقط إمامته وشهادته ".[4]

وأجاب ابن الحاج[5]: بأنه إن عقد ذلك[6] ،أو ثبت أنه فعله في خاصته وأفتى به غيره فذلك جرحة، لأنه أفتى بقول شاذ، روي عن بعض المبتدعة، وبعض أهل الظاهر، وترك ما عليه جمهور العلماء، من أئمة السلف من الصحابة والتابعين."[7]

وقال ابن سلمون[8] ما نصه: اختلف في هذا الطلاق إذا أوقعه ثلاثاً في كلمة واحدة، فقيل إنما يلزمه طلقة واحدة ،لأن الله تعالى إنما ذكر طلاق الثلاث مفرقاً، فلا يصح إيقاعه إلا لذلك، وهو قول علي، وابن عباس، وجماعة من الصدر الأول، وقال به أهل الظاهر وطائفة من العلماء ، وأخذ به جماعة من شيوخ قرطبة: ابن زنباع[9]، وابن عبد السلام[10]، وأصبغ ابن الحباب[11]،وغيرهم بالأندلس، وقيل يلزمه الثلاث، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، وهو قول الإمام مالك رضي الله عنه، والذي عليه جمهور فقهاء الأمصار، وجل العلماء رحمهم الله[12]."

---

[1] - هو طلب الصواب بالأمارات الدالة عليه ؛ قال الشوكاني؛ قال ابن السمعاني، " وهو أليق بكلام الفقهاء. "وشروط المجتهد خمسة: علم كتاب الله، وعلم سنة رسول الله، وعلم القياس، وعلم اللغة، والعلم بإجماعات السلف واختلافاتهم، وما أضافه المعاصرون من العلم بمقاصد الشريعة، وفقه الواقع، وعلم الإجتماع... فمن لم يكن له من كل ذلك نصيب فلا نصيب له في الاجتهاد، ويكون آثماً إذا قحم نفسه فيه.

[2] - في الدر النثير " وإنما فرضه"

[3] - في الدر النثير " فالجواب ".

[4] مسائل ابن رشد 1242/2، ت: محمد الحبيب التجكاني، ش: دار الجيل، بيروت - دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط: الثانية، 1414 هـ - 1993 م.

[5] - هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خلف بن إبراهيم التجيبي المعروف بابن الحاج، قاضي الجماعة بقرطبة ، ... قتل ظلماً بالمسجد الجامع بقرطبة يوم الجمعة لأربع بقين من صفر وهو ساجد سنة (529 هـ). ترجمته في: أزهار الرياض (3 / 61) وبغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس (51)... .

[6] - في الدر النثير: (إن اعتقد ذلك).

[7] - الدر النثير (200). و فتاوى ابن رشد(1397/2).

[8] - هو أبو محمد عبد الله ابن سلمون الكناني الغرناطي الأصل، ... له" الشافي فيما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافي " و" الوثائق المرتبطة بالأحكام "، و"العقد المنظم للأحكام . خ . في تمكروت .توفي رحمه الله سنة (741 هـ). ترجمته في: جذوة الإقتباس (2/ 434)، ونيل الإبتهاج (1 / 223)، والإحاطة (3 /400)... .

[9] - لم أقف عليه.

[10] - هو محمد بن عبد السلام بن ثعلبة القرطبي الخشني، أبو الحسن: لغوي، من حفاظ الحديث توفي سنة (286هـ). قال ابن حجر في الفتح ج9 ص363. "ونقل الغنوي ذلك (أن الثلاث مجموعة، واحدة) عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بقي بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الخشني وغيرهما. .. ". ترجمته في الأعلام الزركلي(205/6هـ).

[11] - هو أبوالقاسم أصبغ بن خليل القرطبي ... ترجمته في تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي (93/1).

[12] .لم أقف عليه

وسئل ابن رشد رحمه الله في كتاب عقد وثيقة برجعة من الطلاق المذكور دون زوج، فقال:" هو رجل جاهل ضعيف الدين، فعل ما لا يسوغ له بإجماع من أهل العلم. " فذكر تمام جوابه الشافي في كلام الدر النثير[1]، وفي نوازل المعاوضات من المعيار.[2]

وسئل أبو الفضل راشد بن أبي راشد – الفقيه – الوليدي[3]، عن رجل أخذ دابةرجل في الكفاف الذي بين القبائل فحبسها عن ربها مدة شهرين أو أكثر، ثم ردها عليه، فبقيت الدابة [مدة] تقارب السنة فماتت، فزعم ربها أنها ماتت من دبرة حدثت فيها عند الغاصب، وقال الغاصب، إن الدابة كانت على الصفة التي رددتها عليك، وأيضاً لو لم ترضها لرددتها علي من حين بعثتها إليك، فسكوتك عني هذه المدة حتى ماتت الدابة دليل على أنك رضيت بها.

ومسألة أخرى؛ ما الجواب فيمن يفتي العامة برجعة[4] المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة حتى اشتهر ذلك عنه، وتأتيه العامة من كل وجه ومكان، هل تجوز شهادته، أو ربما أن الناس يقولون، يأخذ على ذلك رشوة، وفشا عند العامة من غير معاينة البينة لذلك.

فأجاب عن الأولى أن الغاصب إن[5] ردها بحالها فلا شئ عليه، ودعوى ربها أنه ردها وبها دبرة لم يبين سؤالكم؛ هل كانت حالة الرد دبرة تنقص من ثمنها أم لا؟ فإن كانت لا تنقص من ثمنها، فذلك مما يوجب الخيار بين أن يضمنه قيمتها، أو يأخذها وما نقصها، فلما أخذها فقد عدل عن تضمين القيمة إلى أخذ العين المغصوبة، ويبقى له على الغاصب قيمة النقص خاصة، فله طلبه بها أو تركه، و[أما] ما ادعاه من موتها، بسبب الدبرة القديمة فلا يصدق في ذلك.

وأما سؤالكم عن رجل يفتي العامة برجعة المطلقة ثلاثاً في كلمةٍ واحدة، وذلك دأبه حتى اشتهر ذلك عنه، هل تلك جرحة أم لا ؟ فالذي جرت عليه فتاوى أشياخنا، بسبب ما نقلوه عن أشياخهم، [وأشياخهم عن أشياخهم] ، أن تلك جرحة، وأنها عندهم[من أعظم][6] الكبائر المجمع عليها، وأكثرهم يذهب إلى نقل إجماع عصر من الأعصار المتقدمة على منع ذلك، وأن المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة كما إذا كانت مفترقات، وأنها مسألة إجماع نحواً من ثلاثة أعصار أو أربعة، واتفقت فتواهم على ذلك، وحكوه خلفاً عن سلف، وبعض الناس يقول إنها مسألة خلاف.

---

[1] الدر النثير (200).

[2] - الجزء الخامس من المعيار (120).

[3] - هو أبو الفضل راشد بن أبي راشد الوليدي، ... من تآليفه: حاشية على المدونة، وكتاب "الحلال والحرام ". توفي رحمه الله (675 ه)، من مصادر ترجمته، جذوة الإقتباس (1/ 196)،وشجرة النور (492/1)،ونيل الإبتهاج (180.179)،وكفاية المحتاج (132).

[4] - قال الخرشي على خليل: "قوله . الرجعة . فتح رائها أفصح عند الجوهري،وأنكر غيره الكسر،وكسرها أكثر عند الأزهري وقال ابن عرفة "الرجعة رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها فتخرج المراجعة ".

[5] . في المعيار (لما ردها).

[6] - في المعيار" من إحدى ".

والإجماع المنعقد بعد وقوع الخلاف في الحادثة لا يكون إجماعاً، والقول بما عليه الأكثر أولى وأصح[1] ، [ومن] أشرتم إليه لا يصل إلى هذه الطبقة، ولا يدرك[2] شيئاً من المعاني التي تتعلق بها الأحكام،ولا شك أنه ثابت الجرحة، من حيث إنه أفتى بما ليس له به علم، فجرحة من سألتم عنه ثابتة قائمة، فترد بها شهادته، وتقدح في إمامته[3]، وبعض العلماء، وهم الأكثر، يقولون ولو كانت الحادثة مسألة خلاف عمن رأى ذلك فهو خلاف شاذ، والخلاف الشاذ لا يعد خلافاً، وخلاف الواحد والاثنين من أهل العصر لا يعد خلافاً، ولا حجة في قوله لمن قلده، غير أنها شبهة تدفع الحد خاصة، وتوجب العقوبة على المفتي وبالله التوفيق. "[4]

وذكر في نوازل النكاح[5]، من المعيار أيضاً، جواباً في المسألة لابن الفخار[6]، قال في آخره: "وإن كان هذا المبيح، في العلم مستبحراً، وأحل ذلك لهما على بصيرة، أنه حلال، وذهب إلى المناظرة فيه والحجاج عليه، استتيب فإن تاب وإلا قتل."[7] وتركته بتمامه مع سؤاله لكثرة التصحيف[8].

وفي الفائق، قال ابن المناصف[9]، رحمه الله تعالى: "وكثيرا ما يقع الناس اليوم في التساهل في ذلك، ويطلب الفتوى بأن لا تلزمه إلا واحدة، وهذا من أمرهم أنكر وأشد بلاء من الأول، فينبغي للحاكم حسم ذلك وقطعه بمنع الناس ابتداء، من استعمال لفظ الثلاث، والتشديد على من صدر منه بالأدب الرادع لأمثاله كما قال في الرسالة: ويؤدب من حلف بطلاق أو عتاق، ويلزمه إن وقع[10].

قال:"ولذلك ينبغي عقوبة من أفتى في ذلك بأنها واحدة، أشد وأبلغ في التنكيل والردع الزاجر لأمثاله، لأن هؤلاء أهل الوسوسة والتشغيب على الضعفاء، فواجب تفقد مثل هذا وإزالته من نفوس العوام، فهو اليوم فاش. [11]

---

[1] - جاء في الحاشية: مسألة انعقاد الإجماع بعد وجود الخلاف، فيها تفصيل وخلاف، أشار في جمع الجوامع إلى ذلك بقوله: "وأن اتفاقهم على أحد القولين من قبل استقرار الخلاف جائز ولو من الحادث بعدهم، وأما بعده منهم، فمنعه الإمام،وجوزه الآمديمطلقاً، وقيل إلا أن يكون مستندهم قاطعا، [وموت المخالف قيل كالاتفاق وقيل لا ، وأما من غيرهم فالأصح ممتنع إن طال الزمان. .." جمع الجوامع ص77.

[2] - في المعيار (ولايورد).

[3] - في المعيار (وأمانته) .

[4] - نوازل المعاوضات والبيوع من المعيار، (5/120-121).

[5] - بل في نوازل التمليك والطلاق والعدة والاستبراء، المعيار(4/86).

[6] - هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن يوسف بن بشكوال الإمام الحافظ المعروف بابن الفخار، ... له "اختصار المبسوط "و"التبصرة "، توفي رحمه الله سنة (419 ه) ترجمته في الديباج المذهب (2/235.236)، وشجرة النور (2/23)، والأعلام (6/312).

[7] - المعيار(4/86)

[8] - هذه نهاية فتيا ابن الفخار في المعيار (4/87).

[9] - هو أبو عبد الله محمد المعروف بابن المناصف. له "الأحكام والشروط "و"الإنجاد في الجهاد " وأرجوزة "الدرة السنية ".توفي رحمه الله (620ه).ترجمته في شجرة النور (1/432)،والتكملة لابن الأبار (2/120).

[10] - الرسالة (85).

[11] - انظر (2/702).

ثم قال في الفائق، وفي كتاب الحج من تقييد الشيخ أبي الحسن الصغير عن ابن العربي[1] أنه قال: "ما ذبحت ديكاً قط بيد، ولو وجدت من يرد المطلقة ثلاثاً لذبحته بيد. وهذا منه رحمه الله مبالغة في الزجر عنه[2].

وقال الإمام أبو عبد الله المازري[3] رحمه الله، لما سئل عن ذلك: "مذهب مالك والشافعي والحنفي؛لا تحل له إلا بعد زوج، وهم فقهاء الأقاليم وعلماء الأمصار وهذا الذي أتحقق ولا أشك فيه"[4].

وقال أبو عمر بن عبد البر[5]: "وما أعلم أحداً من أهل السنة قال بغير هذا إلا الحجاج بن أرطأة[6]، ومحمد بن إسحاق[7]، وكلاهما ليس بفقيه ، ولا حجة فيما قاله.

قال:ادعى داود[8] الإجماع في هذه المسألة، وقال ؛ليس الحجاج بن أرطأة، ومن قال بقوله من الرافضة، ممن يعترض به على الإجماع، لأنه ليس من أهل الفقه، حكى ذلك عنه بعض أصحاب داود، وأنكره بعضهم عن داود، ولم يختلفوا عنه في وقوعها مجتمعات "[9].

وقال في الإكمال :"قال بعض أهل الظاهر، هي واحدة، وهو مذهب طاوس ،أخذاً بظاهر الحديث ، وقيل مذهب الحجاج بن أرطاة، ومحمد بن إسحاق، وقد روي عنهما أنه لا يلزمه منها شئ[10]".

وقال ابن رشد "مما أجمع عليه فقهاء الأمصار، ولم يختلفوا فيه، أن المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة ،لا تحل لمطلقها إلا بعد زوج[11].

---

[1] - هو القاضي أبو بكر محمد ابن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، الإمام الحجة الحافظ مفخرة الإسلام، له "عارضة الأحوذي في شرح الترمذي و"أحكام القرآن" و"المحصول في علم الأصول " وغير ذلك من التصانيف النيرة النادرة. توفي رحمه الله (543 ه) بفاس وبها قبره.ترجمته في الصلة لابن بشكوال (558/2)،والأعلام للزركلي (230/6)،وشجرة النور (331/1).

[2] - انظر (705/2).

[3] - هوأبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازَري نسبةً إلى "مازر" فتحاً وكسراً، بليدة بجزيرة صقلية ...بلغ درجة الإجتهاد .. له "المعلم في شرح مسلم" و"شرح التلقين "وغيرها، توفي رحمه الله سنة (536ه).ترجمته في الديباج لابن فرحون (250/2)،وشجرة النور (311/1).

[4] - المعيار(494/1).

[5] - أبو عمر يوسف ابن عبد البر النمري [بفتح النون والميم] الأندلسي القرطبي المالكي صاحب التآليف العديمة النظير ، منهاالتمهيد والإستذكار الإستيعاب وغيرها ،كلها عالية الدقة والتحرير، قال ابن حزم: لا أعلم أحداً في الكلام على فقه الحديث مثله فكيف أحسن منه، توفي رحمه الله سنة (464ه).ترجمته في سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي (153/18) ... .

[6] - هو حجاج بن أرطأة النخعي الكوفي ، حافظ للحديث، راجح ماقيل فيه أنه صدوق يدلس. توفي رحمه الله سنة (145ه). ترجمته في تهذيب التهذيب (196/2) ... .

[7] - محمد بن إسحاق بن يسار صاحب السير والمغازي، أختلف فيه، والتحقيق عند أهل الحديث أنه مدلس مقبول الرواية ما لم يعنعن. توفي رحمه الله سنة (151ه) . ترجمته في تهذيب التهذيب لابن حجر (38/9) ... .

[8] - هو أبو سليمان داود بن علي الظاهري ... هو أول من قال بالأخذ بظاهر النص لا بالتأويل ولا بالرأي ولا بالقياس خلافا لجماهير أهل السنة ولولا ابن حزم لكان مذهبه من المذاهب المندثرة، توفي سنة (270ه). ترجمته في ميزان الإعتدال في نقد الرجال للذهبي (14/2).

[9] - الإستذكار (6/ 8).

[10] - انظر إكمال المعلم(11/5).

[11] - مسائل ابن رشد(498/1).

قيل لأحمد بن نصر الداودي[1]: هل تعرف من يقول أن الثلاث واحدة ؟ قال لا، قيل له، فالحديث الذي يروى عن أبي الصهباء[2] ،عن ابن عباس فقال لم يثبت[3]."

وقال الطحاوي[4]، عن ابن عباس، فيمن طلق امرأته ثلاثا، أنه عصى ربه، وبانت منه امرأته، ولا ينكحها إلا بعد زوج[5]. وروى عنه مثل هذا كثير ؛ رواه عنه سعيد بن جبير، ومجاهد، وعطاء، وعمرو بن دينار، وغيرهم، وروي هذا أيضاً عن عمر، وابنه، وعلي، وعثمان ، وابن مسعود، وأبي هريرة ، وعائشة ، وأنس، وجابر بن عبد الله ، وعبد الله بن مغفل، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وهو المشهور عن ابن عباس ، وسواء عندهم دخل بها أو لم يدخل بها، وبهذا قال جميع التابعين، وفقهاء الأمصار[6] ".

وقال عياض[7] في جواب له: "الذي اتفق عليه علماء المسلمين وأئمتهم المقتدى بهم، إن حلف بالثلاث فهي لازمة له، ولا رخصة له في ذلك "[8]. ثم ذكر في الفائق كلام ابن مغيث في مقنعه ثم قال: "قال بعض الشيوخ رأيت في كلام ابن العربي، أو الإمام المازري، الشك مني: لم يقرعلى خلاف هذا إلا ابن مغيث[9] لا أغاثه الله، لا أغاثه الله، لا أغاثه الله، قالها ثلاثاً، قال: ومن حيث الجملة، إن مذهب المتقدمين، وما وجرى عليه فتاوى المتأخرين ، العمل بالثلاث، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، أن [الثلاث تقع مع معصية الله تعالى][10] ، والمعمول به، فالعدول عنه خلاف وهوى. وقال بعضهم في الدعاء على ابن مغيث نظر، لأنه رحمه الله لم يذكر ما ذكره بالتشهي، بل بما ظهر له من الإجتهاد، فهو مأجور سواء أصاب أو أخطأ[11]."

---

[1] - هو أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي الطرابلسي من أئمة المالكية، يقال أنه لم يتفقه على عالم معين وإنما وصل إلى ذلك بإدراكه، وتفقه به أبو عبد الملك البوني، وأبو بكر بن محمد بن أبي زيد، وغيرهما. له " الواعي في الفقه " وشرح على الموطإ. توفي سنة (402ه). ترجمته في: الديباج المذهب (165/1)، ومعالم الإيمان (186/3)، وشجرة النور (264/1).

[2] - هو أبو الصهباء البكري البصري ويقال المدني، مولى ابن عباس ، مختلف فيه . تهذيب التهذيب لابن حجر(4/ 439).

[3] - قال الألباني في صحيح أبي داود: " وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي، وقد وهما في قولهما: ولم يخرجاه ، فقد أخرجه مسلم". باب طلاق الثلاث رقم (1472) ونصه: أن أبا الصهباء قال لابن عباس: "أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي صلى ليه وسلم وأبي بكر وثلاثاً من إمارة عمر ؟ فقال ابن عباس نعم ". انظر تفصيل طرقه الأخرى عند الألباني في "صحيح أبي داود" باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث رقم (1910). وهناك طرق أخرى فيها ضعف، إلا أن الحديث صحيح ثابت.

[4] - هو أحمد بن محمد بن سلامة بن سلامة الأزدي الطحاوي، أبو جعفر الشافعي ثم الحنفي. له " مشكل الآثار"و "بيان السنة " وغيرها. توفي رحمه الله بالقاهرة سنة (321ه). طبقات الفقهاء للشيرازي (142/1)، ووفيات الأعيان(71/1)، وطبقات الحفاظ(21/3).

[5] - مختصر اختلاف العلماء ، لأبي جعفر الطحاوي ، (463/2-464) رقم(979).

[6] - انظر تفصيل ذلك عند ابن عبد البر - الإستذكار- باب ما جاء في البتة - رقم (1116).

[7] - هو عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي أبو الفضل، صاحب " الشفا بتعريف حقوق المصطفى " و" مشارق الأنوار"و "شرح صحيح مسلم " و "الإلماع إلى معرفة أصول الرواية وتقييد السماع " و "شرح حديث أم زرع "، وغيرها. ألف المقري في سيرته وأخباره " أزهار الرياض في أخبار القاضي عياضر". ترجمته في: الصلة (429/1)، والديباج المذهب (46/2)، وفهرس الفهارس (797/2)، الأعلام (99/5).

[8] - مذاهب الحكام في نوازل الأحكام كتاب الأيمان بالطلاق، (287).

[9] - هو القاضي أبو الوليد يونس بن عبد الله بن محمد بن مغيث، يعرف بابن القصار. له " الموعب في تفسير الموطأ " وتآليف أخرى في الرقائق، قال ابن فرحون : ولم يكن بالبارع في الفقه . توفي رحمه الله سنة (429ه). ترجمته في: ترتيب المدارك (739/4)، و الديباج (2/ 374)، والمرقبة العليا (95/1).

[10] . خرجه ابن عبد البر في الإستذكار (كتاب الطلاق، باب ما جاء في البته (5/6). و عبد الرزاق في المصنف، حديث رقم: (11344)، و الدارقطني في سننه (58/5)، رقم 3975 ، كتاب الطلاق. و ابن أبي شيبة في مصنفه: و نصه "قال بن عمر من طلق امرأته ثلاثا ، فقد عصى ربه و بانت منه امرأته". و زاد في طرق أخرى: " ولا ينكحها إلا بعد زوج"

[11] - انظر (2/719. 720).

ثم قال في الفائق: "حكى الفقيه محمد بن عبد الله، المعروف بابن القوق [1]، بلغه أن ابن مريم [2] يفتي بالرخصة في طلاق الثلاث، فرفعه إلى القاضي، فأنكر ابن مريم ذلك، فأمر به القاضي إلى السجن، فقال له ابن القوق السجن قط، أقتله ودمه في عنقي، ثم توفي القاضي المذكور، وولى بعده غيره، فبعث إلى دار ابن مريم أعواناً، أخذوا جميع كتبه، ثم أتوا بها، فلم يدخلها القاضي داره ،وأمر بها إلى الجامع ،ثم خرج وارتجل في أهل العلم، فرأوا أن يخرج منها موطأ مالك، والمدونة، وأن تقطع كتب الشافعي وغيره، فقال شيخ منهم، بل تقطع كلها على باب المسجد خيفة أن يقول الناس أخذوا ما أحبوا وقطعوا ما لم يحبوا، وذكر أن بعض فقهاء الأندلس أفتى يرخص في الثلاث، وكتب ذلك بخط يده، فبلغ ذلك الكتاب إلى الفقيه أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم [3]، فقال: "لا كثر الله فينا مثل هذا، وكتب يرد عليه ويبين خطأه، وأشار بمنعه من الفتوى ومن الشهادات لأجل ذلك، ولولا تسكين الفقيه أبي إبراهيم عنه هذه النادرة لحل به عظيم البلاء مع أولي الأمر، فخاطب الفقيه أبو محمد الباجي [4]، الفقيه أبا إبراهيم، فعاتبه عليه، وقد بلغه أنه لم يكن منه إنكار غير قوله لا كثر الله فينا مثل هذا، في رسالة طويلة يقول فيها:

"وكان الواجب عليك مع ارتفاع قدرك وموقعك في قلوب العباد أن تقوم إليه بمن معك فتنهاه، فإن القائل بهذا خارج مبتدع في الإسلام بدعة عظيمة، فإذا لم تطفها أنت ومثلك ذهب الناس وصاروا كلهم أولاد زنى، وهذا أمر اجتمع عليه أهل الفتيا والأئمة بالأمصار كلها، لم يختلف منهم فيه مختلف، بل ردوا في ذلك على الرافضة [5]، والخوارج [6]، الذين تجب محاربتهم وقتلهم، فإن الله قد طبع على قلوبهم وجعلهم إخواناً للشياطين، تجب حرابته والخروج عليه ومجانبته من كل الوجوه وخلعه من الديانة، ثم ذكر بعد ذلك الإحتجاج لأهل السنة، ولولا مخافة التطويل لكتبناه.من أجوبة القاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض. كلام الفائق [7].

---

[1]. هو محمد بن عبد الله الباجي، المعروف بابن القوق، ذكره ابن ماكولا في الإكمال(468/1)،ولمحمد هذا ترجمة في تاريخ ابن الفرضي رقم (1177).

[2]- هو نصر بن علي بن محمد أبو عبد الله الشيرازي الفرسي الفسوي، يعرف بابن مريم، كان خطيبا وأديبا وعالما، له تفسير للقرآن، وشرح الإيضاح ، كان حيا في سنة(565).ترجمته في:الوافي بالوفيات(ج48/27).

[3]. لم أقف عليه .

[4]- هو أبو محمد عبد الله بن محمد، المعروف بالباجي، توفي رحمه الله سنة (378هـ). ترجمته في الديباج (203/2)، وترتيب المدارك (37/7)، وشجرة النور (235/1)، وفهرس الفهارس (2/ 751).

[5]- هم قوم أهل أهواء وضلال، ظهروا في جند زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب . رضي الله عنه . لما نهاهم عن سب أبي بكر فوجدوا عليه في ذلك وتركوه حتى لم يبقى معه إلا مائتا فارس، فقال رفضتموني، قالوا نعم. فسموا بالروافض. وتفرقوا فرقاً متعددة كلهم أهل خبال ووبال على الإسلام.

[6]- هم الذين خرجوا عن علي - رضي الله عنه - في معركة صفين، وأظهروا السيف في وجهه، ورفضوا رأيه في قبول التحكيم. وأصلهم من الغوغاء قتالي عمر لعنهم الله. وقد تفرقوا شيعا كل بما لديهم فرحين، وأسماؤهم متعددة، يقال لهم الحرورية، والمارقة، والنواصب، والمُحَكمة، والمكفرة، وأهل النهروان، نسبة إلى مكان معركتهم مع علي، والسبئية، والاباضية. وأ قبحهم الأزارقة نسبة إلى نافع ابن الأزرق. و كفر العلماء منها " الميمونة"، و" البدعية" واختلفوا في غيرها.

[7]- انظر (722/2).

وفي فتح الباري، للحافظ ابن حجر[1]: "وفي الجملة، فالذي وقع في هذه المسألة (أي مسألة الثلاث)، نظير ما وقع في مسألة المتعة، والراجح في الموضعين تحريم المتعة وإيقاع الثلاث، للإجماع الذي وقع في عهد عمر،[2] فالمخالف بعد هذا الإجماع منابذ له، والجمهور على عدم اعتبار من أحدث الاختلاف بعد الاتفاق، والله أعلم ".[3]

وقال الشيخ أبو عبد الله، سيدي العربي الفاسي[4] في جواب له، نقله الشريف العلمي[5] في نوازله: "لا رجعة في الثلاث في كلمة واحدة، فإن الإجماع منعقد على لزومها[6] ".

وقال الشيخ ميارة[7] عند قول التحفة:

وبالثلاث لا تحل إلا من بعد زوج للذي تخلى

وهو لحر منتهى الطلاق وحكمها ينفذ بالإطلاق

هب أنها في كلمة قد جمعت أو طلقة من بعد أخرى وقعت.

ما نصه:" وقوله – وحكمها– أي حكم الثلاث. وحكم الثلاث هو تحريم الزوجة إلا من بعد زوج، والإطلاق يفسره ما في البيت بعده يليه، وهو أنه لا فرق بين أن يطلقها ثلاثاً في كلمة، كقوله أنت طالق ثلاثاً، أو يطلقها ثم يراجعها، ثم يطلقها إلى الثلاث، الحكم واحد، إلا أنه في الثلاث مرات مجمع عليه، وفي كلمة فيه خلاف ضعيف –ابن ناجي – مذهبنا لزوم الثلاث ،وقيل بلزوم طلقة واحدة. انظر تمام كلامه، وانظر الفائق في أحكام الوثائق، لسيدي أحمد الونشريسي[8] فقد أطال في المسألة بنحو ورقتين وذلك قبل ترجمة نوازل الطلاق وفروعه"[9]

وقال الشيخ بناني، على قول المختصر في طلاق السنة وإلا فبدعة، ما نصه:

"ظاهره أن الزائد على الواحدة مكروه مطلقاً، وفيه نظر، لقول اللخمي :

---

[1] - هو شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن حجر الكناني العسقلاني الشافعي. له " فتح الباري" و "الإصابة " و" تهذيب التهذيب " و "بلوغ المرام " وغيرها. توفي رحمه الله سنة (852ه). طبقات الحفاظ للسيوطي (رقم 1190). وفهرس الفهارس (1/ 321).

[2] - ويقتضي النظر خلاف هذا التقرير، كما سلف ذكر الخلاف في انعقاد الإجماع بعد الخلاف ، انظر التحرير و التنوير ، في تفسير سورة البقرة ، الآية (230).

[3] - فتح الباري كتاب الطلاق - باب من جوز الطلاق الثلاث، (365/9).

[4] - هو أبو عبد الله محمد العربي، ابن الشيخ أبي المحاسن يوسف الفاسي، توفي رحمه الله بتطوان سنة (1052ه). ترجمته في شجرة النور (2. 207)، والأعلام (264/6).

[5] - هو أبو الحسن علي بن علي الشريف العلمي، الفقيه المحقق النوازليله تآليف أشهرها المعروف بنوازل العلمي، ترجمته في: شجرة النور (286/2).

[6] - لم أقف عليه .

[7] - هومحمد بن أحمد ميارة الفاسي، أبو عبد الله. توفي رحمه الله سنة (1072ه).ترجمته في الأعلام (11/6)، وشجرة النور (225/2).

[8] - هو أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي التلمساني ثم الفاسي، صاحب المعيار. توفي رحمه الله سنة (914ه) بفاس. ترجمته في، شجرة النور (138/2)، وفهرس الفهارس (2/ 1122).

[9] - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، (1 / 223.222) .

"إيقاع اثنين مكروه وثلاث ممنوع "،ونحوه في المقدمات، واللباب، وعبر في المدونة بالكراهة، لكن قال: الرجراجي[1]: "مراده بالكراهة التحريم ' ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على لزوم الثلاث في حق من أوقعها، وحكى في الإشراف عن بعض المبتدعة، أنه إنما يلزمه واحدة[2].

وفي المعيار:"ومنها (أي من البدع المحدثة) ما كثر الآن وانتشر، حتى عمت به البلوى، وتلاعب قوم فيه بفساد الفتوى كالحلف والعتاق والأيمان اللازمة، وكتطليق الرجل امرأته ثلاثاً في كلمة واحدة، وكله منكر وتحريف للسنة وتغيير لشعائر الدين يجب منعه إذا وقع على كل حال، فأما الحلف بالطلاق والأيمان اللازمة أوعتق، فارتكاب لنهيه صلى الله عليه وسلم إذ قال:

[لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق فإنهما من أيمان الفساق][3]

وقال صلى الله عليه وسلم: [من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت][4].

وفيه مع ذلك التعرض للوقوع في منكر آخر، وهو أن الحالف إذا حنث فقد لزمه الطلاق، قال تعالى:{ يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود} [المائدة الآية 1]، وهذا عقد على نفسه طلاقاً بشرط موجب مع وجوده، فإذا وجب فإنما يقع حين الحنث، وربما كان في حال حيض المرأة، أو دم نفاسها، أو في طهر مس فيه، وهذه الأحوال لا يجوز له ابتداء الطلاق فيها، فينبغي للحاكم حسم ذلك كله بمنع الناس ابتداء من استعمال لفظ الثلاث"[5].

وقال الشيخ سيدي التاودي[6] على قول التحفة :

" هب أنها في كلمة قد جمعت" ولا عبرة بخلاف من خالف في ذلك[7].

وقال الشيخ التسولي[8] ثمة وما ذكره من لزوم الثلاث ولو في كلمة، وهو الذي به القضاء والفتيا كما في المتيطية، بل حكى بعضهم عليه الاتفاق، وبعضهم الإجماع، انظر المعيار فقد أجاد فيه، وانظر ابن سلمون،

---

[1] - هو عمر بن محمد ، أبو علي ، و أبو حفص الرجراجي الفاسي المالكي، الفقيه العالم الصالح إمام جامع الأندلس بفاس.

2- لم أقف عليه في المحل المذكور ، ونقله الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير(362/2)، وفي منح الجليل (35/4).

[3] - ضعيف و لم يرد في كتب الحديث ، قال أحمد العامري في كتابه "الجد الحثيث في بيان ما ليس بحديث" رقم (250) و نازع السخاوي في وروده فضلا عن ثبوته، قال : و لم أقف عليه و أظنه مدرجا ... ".

و في فتاوى الشبكة الاسلامية فتوى رقم (65881) "ولم نقف على دليل صحيح أو حسن ، خاص بالنهي عن الحلف بالطلاق، و إنما هناك بعض الأحاديث و الآثار الضعيفة مثل:"ما حلف بالطلاق مؤمن ولا استحلف به إلا منافق، و مثل : لا تحلفوا بالطلاق و لا بالعتاق..." الحديث.و الله اعلم

[4] - صحيح أخرجه مالك في الموطا من رواية يحيى(1382) كتاب الأيمان والنذور، جامع الأيمان. و البخاري في كتاب الأيمان ، باب لا تحلفوا آبائكم ، رقم، (6270). ومسلم في كتاب الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، رقم(1646).

[5] - المعيار 497/2.

[6] - هو أبو عبد الله محمد بن محمد الطالب بن محمد بن علي، ابن سودة التاودي، المري الفاسي، شيخ الجماعة بفاس. توفي رحمه الله سنة (1209ه). فهرس الفهارس(256/1)، و الأعلام للزركلي (6-170).

[7] - لم أقف عليه.

[8] - هو علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي، توفي رحمه الله سنة (1258ه). ترجمته في الأعلام للزركلي (4/ 299).

والمتيطية، وغيرها وما ذكروا فيه من الخلاف داخل المذهب ضعيف جدا، حتى قالوا، إن حكم الحاكم به ينتقض ولا يكون رافعاً للخلاف، خليل: إن جعل بتة واحدة[1].

وذكر البرزلي[2] في نوازل الأيمان، عن ابن العربي، والمازري، أنهما قالا: لم ينقل القول الشاذ إلا ابن مغيث، لا أغاثه الله، قالها ثلاثاً[3]. وهذا مبالغة في الإنكار قال بعضهم ما ذبحت ديكاً، ولو أدركت من يحلل المطلقة ثلاثاً في كلمة لذبحته بيد.

وقال في العمل المطلق:

ومن يطلق بالثلاث لزمه جميعها هب أنها في كلمة

قال في شرحه، قال في مختصر المتيطية: وأما طلاق الثلاث فيلزم فيه عند مالك وجمهور العلماء ثلاثاً، وبه الفتيا والقضاء، وقال بعض السلف يلزم طلقة واحدة."[4]

وما ذكره من لزوم الثلاث لمن أوقعها في كلمة، حكى بعضهم عليه الاتفاق، وبعضهم الإجماع، ففي الفائق والمعيار قال عياض في جواب له: "الذي اتفق عليه علماء المسلمين وأئمتهم المقتدى بهم أنه إن حلف بالثلاث، فهي له لازمة، ولا رخصة له في غير ذلك[5]. "

وفي شرح [عمليات] فاس، قيل قولنا:

وما به العمل دون المشهور [البيت]، ما نصه:" قال ابن فرحون لا يجوز للمفتي أن يتساهل للفتيا، ومن عرف بذلك، لم يجز أن يستفتى، والتساهل قد يكون بأن لا يثبت، لتوهمه أن الإسراع براعة والإبطاء عجز، وقد يكون بتتبع الحيل والتمسك بالشبه، طلباً للترخيص على من يروم نفعه، والتغليظ على من يريد ضرره،ومن فعل فقد هان عليه دينه. كلام ابن فرحون مختصراً[6].

قلت:"ومن هنا تعلم حال من يفتي برد المطلقة ثلاثاً في كلمة، بأجرة زائدة على ما يأخذه المفتي عادة على الفتوى في غير ذلك، وقد قال البرزلي ما نصه: "ما يفعله المفتي في هذا الوقت من أخذ الجعائل[7] على الفتوى في رد المطلقة ثلاثاً ونحوها من الرخص، كما يفعله كثير من جهلة فقهاء البادية، فلا يجوز ولا يحل بإجماع.[8] وبالله التوفيق من كلام العلامة الرباطي[9].

---

[1] - التسولي على التحفة(547/1).

[2] - هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي- بضم الباء والزاي، المشهور. توفي رحمه الله سنة (844هـ). شجرة النور (61/2)، والأعلام للزركلي (5/ 172).

[3] - جامع مسائل الأحكام (2/ 157) بتصرف.

[4] - لم أقف عليه.

[5] - مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، كتاب الأيمان بالطلاق . ص 287.

[6] - لم أقف عليه.

[7] - الجعل هو أجر العامل بعد إنهاء عمله، فالأجر فيه يكون قيد إنهاء العمل، ولا يستحقه إلا بذلك.

[8] - وقفت عليه أيضا عند الونشريسي في المنهج الفائق ، ص266.

[9] - هو أحمد بن عبد الله الغربي الرباطي ، مسند الرباط بل المغرب في عصره ، وصف بالحافظ، ... محدث سوس و راويته توفي (1178). فهرس الفهارس (119/1).

وفي المعيار جواب للفقيه أبي الفضل راشد قال فيه: "ذهب أكثر الشيوخ إلى أن المطلقة ثلاثاً في كلمة واحدة كما إذا كانت مفترقات وأنها مسألة إجماع لنحو ثلاثة أعصار أو أربعة واتفقت فتواهم على ذلك وحكي خلفاً عن سلف[1].

وكتب القلشاني[2] على قول الرسالة "ويلزم إن وقع "، يعني طلاق الثلاث في كلمة، هذا مما لا يعلم فيه خلاف عند جمهور العلماء[3].

وممن حكى الإجماع في هذه المسألة، الشيخ سيدي عبد القادر الفاسي[4] في نوازله نقله عن شيخه سيدي العربي الفاسي، ونقل غير واحد عن ابن رشد قوله: "مما أجمع عليه فقهاء الأمصار ولم يختلفوا فيه أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لمطلقها إلا بعد زوج[5]."

ونقل في المعيار وغيره مثل هذا المعنى عن جماعة منهم الشيخ أبو محمد بن أبي زيد، وأبو الحسن الصغير وغيرهما.

وقد تحَصلَ مما ترى أن المسألة ذات طرق:

طريقة تحكي الإجماع مطلقاً من غير تقييد بالأعصار المتأخرة، وهي طريقة ابن رشد وأبي محمد الباجي وأبي العباس بن نصر الداودي وأبي الحسن الصغير والطحاوي وأبي الفضل عياض والقلشاني على ما يظهر من عزوه نفي علم الخلاف لجمهور العلماء وسيدي العربي الفاسي وغيرهم، وأهل هذه الطريقة لم يبالوا بمن خالف في ذلك لشدة شذوذه، وليس كل خلاف جاء معتبراً، إلا خلاف له حظ من النظر.

وطريقة تحكي إجماع الأعصار المتأخرة بناء على جواز الإجماع بعد الخلاف، وهي طريقة أبي الفضل سيدي راشد الوليدي.

وطريقة تحكي الاتفاق دون الإجماع، كما في شرح العمل المطلق وغيره.

وطريقة تحكي الخلاف الشاذ أنه لا يعد خلافاً بلزوم الواحدة، كما في جواب أبي الفضل المذكور نقلا عن بعض العلماء.

وطريقة تحكي الخلاف الضعيف.

ومن المقرر المعلوم لدى الخصوص من أهل العلم والعموم، أن خرق الإجماع حرام أصولا وفروعاً إفتاء وعملاً وحكماً ، وكذا مخالفة القول المشهور أو الراجح، وموافقة الضعيف أو الشاذ، إلا ما جرى به العمل من أئمته المتأهلين له، كما قال في نظم عمل فاس.

---

[1] - المعيار 121/5.

[2] - هو أبو العباس، أحمد بن محمد بن عبد الله القلشاني . بكسر القاف . توفي رحمه الله سنة (863 ه). ترجمته في الأعلام (229/1)، وشجرة النور الزنية (96/2).

[3] - تحرير المقالة في شرح الرسالة، القلشاني ، طبع منه قسم العقيدة بتحقيق الحبيب بن الطاهر، وحقق قسم المعاملات في رسالة ماجستير ولم نقف عليه مطبوعا.

[4] - هو أبو محمد عبد القادر بن علي بن يوسف بن محمد الفاسي . لم يشتغل بالتأليف غير تقاييد لبعض أصحابه عنه منها، "الأجوبة الكبرى " و" الأجوبة الصغرى " و" تعليقات على صحيح البخاري " وغيرها. توفي رحمه الله سنة (1091ه). الأعلام (41/4)، و معجم المطبوعات (2/ 1430).

[5] - تقدم توثيقه.

وما به العمل غير مشهور مقدم في الأخذ غير مهجور

وأخرى في منع مخالفة المتفق عليه في المذهب بين أرباب المذهب، وإن لم يكن مجمعاً عليه، لوجود الخلاف فيه خارج المذهب، [فمن أولى بالمنع من مخالفة المشهور والراجح، قال تعالى: {ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً }[النساء، الأية 114]. وفي الحديث: "[من فارق الجماعة قيد شبر مات ميتة جاهلية][1] ".

وفي جمع الجوامع " وخرقه [بالمخالفة]حرام"[2] للتوعد عليه، حيث توعد على اتباع غير سبيل المسلمين في الآية السابقة[3]. وفيه أيضاً: "ويلزم غير المجتهد "[4] قال المحلي[5]: "عاميا كان أو غيره، أي يلزمه التقليد للمجتهد لقوله تعالى: {فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون }[6]." [7] وفيه أيضاً:"فإن حكم بخلاف [...] الذي هو في حقه، لا لالتزامه تقليده كالدليل في حق المجتهد"، وقال الشيخ بناني[8] عليهما: "وقوله حرام أي من الكبائر لأنه توعد عليه بخصوصه في الآية السابقة كما أشار إليه الشارح[9]."

وفي جمع الجوامع أيضاً:"والعمل بالراجح واجب". قال المحلي: "بالنسبة إلى المرجوح فالعمل به ممتنع[10]".

وقال ابن عرفة[11]:

"العمل بالراجح واجب لا راجح[12]".

وفي المختصر: "فحكم بقول مقلده[13] ".

---

[1] من فارق الجماعة قيد شبر فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه ، (الحديث) هكذا وقفت عليه في السنة لابن أبي عاصم، ومعها ظلال الجنة للألباني رقم (892 وهو صحيح، وأخرجه الحاكم (88/1و117)، وقال صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي . وعند مسلم (من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر، فإنه من فارق الجماعة شبراً، فمات، فميتته جاهلية) كتاب الإمارة، باب - الأمر بلزوم الجماعة عند ظهور الفتن (1849)... . وأخرجه البيهقي وغيره أيضاً، ولم أقف عليه بهذه الصيغة التي أوردها المؤلف. أنظر الصحيحة (983). والسنة مع ظلال الجنة (447/9).

[2] - الكتاب الثالث في الإجماع، (78). وما بين معكوفتين للمحلي، شارح جمع الجوامع.

[3] - حاشية البناني على المحلى على جمع الجوامع (197/2).

[4] - جمع الجوامع، الكتاب السابع في الإجتهاد (121).

[5] - هو محمد بن أحمد جلال الدين المحلي الشافعي، الأصولي المفسر، له تفسير لم يتمه، وأتمه السيوطي، فسمي بالجلاين، والبدر الطالع في حل جمع الجوامع، وشرح الورقات، وغيرها. توفي رحمه الله سنة (864ه). ترجمته في الأعلام (333/5).

[6] - سورة النحل، الأية(43). وسورة الأنبياء، الآية (7).

[7] - حاشية البناني، على شرح المحلي، على جمع الجوامع (2/ 393).

[8] - هو عبد الرحمان بن جاد الله البناني المغربي نسبة إلى بنانة، من قرى المنستير بإفريقية، الفقيه الأصولي، قدم مصر وجاور الأزهر. له . حاشية على شرح المحلى. توفي رحمه الله سنة (1197ه). ترجمته في الأعلام (302/3). .

[9] - حاشية البناني على المحلي شارح جمع الجوامع (197/2).

[10] جمع الجوامع (113). وحاشية البناني (361/2).

[11] - هو محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي نسبة إلى قبيلة ورغمة ، أبو عبد الله إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، له المختصر الكبير ، والحدود، وغيرها. توفي رحمه الله سنة (803ه). ترجمته في الأعلام (43/7).

[12] - لم أقف عليه.

[13] - انظر ص (218).

وفي المعيار:"وأما أن يعمل أو يفتي أو يحكم [بما شاء][1] من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح، ولا تقليد للمشهور والصحيح [2]، فإنه لا يحل ولا يجوز، فإن فعل، فقد أثم بلا نزاع ، وجهل وخرق الإجماع[3]. وفيه أيضاً عن العلامة اليزناسني[4] ما نصه: "والترجيح بوفاق الأكثر في المنقولات الظنية متفق عليه عند كل قابل بالترجيح، وهم الكافة إلا من لا يوبه به، عملاً بما أخرجه الترمذي والنسائي من قوله صلى الله عليه وسلم: "يد الله مع الجماعة"[5].

وفيه أيضاً: "المقلد بعد اطلاعه على الراجح أو الأرجح من قولي إمامه أو أقواله، لا يجوز له تقليد المرجوح، لا باعتبار نفسه ولا باعتبار غيره، لأن العمل بالراجح والأرجح واجب. "[6].

وقال الشيخ الإمام أبو العباس سيدي أحمد بن عبد العزيز الهلالي[7] في شرح ديباجة المختصر: "اعلم أنه لا يجوز الفتوى ولا الحكم بالمرجوح، وهو شامل للشاذ والضعيف بالإجماع، حكاه القرافي[8] في غير موضع."

وقال الشيخ بناني بعد أن ذكر عن العلامة المسناوي[9] أن ما جرى به العمل يقوم على المشهور إذا كان ذلك العمل ممن يقتدى به، وكان لمصلحة وسبب ما نصه: "وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور"[10].

إذا تقرر هذا، فكيف يحل لمن ينتمي للعلم وأهله، ولمن يخاف من مقت الله تعالى ومكره، ولمن يراقب الله ويستحيي منه في سره وجهره، ولمن تمسك بالشريعة المحمدية على صاحبها وعلى آله أفضل صلاة وأزكى سلام وتحية، أن يقول بلزومه طلقة واحدة في طلاق الثلاث في كلمة واحدة، كيف يسعه العمل بذلك أو يفتي به، مع أن المفتي مخبر عن الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلمومحجر عليه كما قد علمت، وكيف تأخذه الرأفة في دين الله برجل عصى الله ورسوله وورط نفسه وألقى بها إلى التهلكة، ويوقعه في الزنا أو شبهها، وليس عنده علم بأن الفروج مبنية على الاحتياط، وأن مذهب مالك رضي الله عنه كما قيل أوسع من الشام

---

[1] - المثبت بين المعقوفتين من المعيار.

[2] - في المعيار (ولا تقييد بالمشهور والصحيح).

[3] - في المعيار (وخرق سبيل الإجماع).

[4] - هو أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن عبد الله اليزناسني، قاضي الجماعة بفاس ومفتيها، له فتاوى كثيرة في المعيار وغيره، وشرح لتحفة الحكام. توفي رحمه الله سنة (794هـ). ترجمته في: نيل الإبتهاج (51/50) .

[5] -.أخرجه الترمذي في السنن ت شاكر، أبواب الفتن، باب في لزوم الجماعة، رقم (2166). وقال: حديث غريب لا نعرفه من حديث ابن عباس إلا من هذا الوجه. وقال الألباني صحيح. وابن حبان في كتاب السير، رقم (4577). و ابن حبان في صحيحه باسناد آخر مطولا ، و هو صحيح لغيره ، أي لرواية الترمذي. وأخرجه غيرهما.

[6] - المعيار 27/12.

[77] - هو أحمد بن عبد العزيز الهلالي السجلماسي ، المالكي الشهير بأبي العباس الهلالي، عالم شاعر مشارك ، له ديوان شعر، والمراهم في أحكام فساد الدراهم ، ت 1113 هـ .ترجمته في معجم المؤلفين، (275/1).

[8] .هو أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المصري مولدا وقراراً ووفاة، الإمام المشهور ،. توفي رحمه الله سنة 684هـ . ترجمته في الأعلام (94/1) .

[9] - هو محمد بن محمد مرينو ، الفقيه الحيسوبي الموقت الحاج المسناوي توفي 1207 هـ

[10] - لم أقف عليه.

والعراق إلا في الطلاق [والصرف] والعتاق، وأنه مبني على سد الذرائع وحسم مادتها، أوليس يسمع قول النبي صلى الله عليه وسلم: [كيف وقد قيل..."[1]]

إن كان ورعاً، كلا، لقد أضر هذا المفتي نفسه وغر غيره، وأوقعه في الفتنة وتعرض للمقت، ليرضي ذلك الظالم لنفسه زاعماً أنه رحمه وأشفق عليه مع أن الرحمة والشفقة الكبرى هي الحمل على جادة الشريعة، والنصيحة لنفسه ولغيره، بحسم تلك المادة من أصلها، لينزجر الجاهل، وينكف عن الحلف بالثلاث، وقد علمت من نصوص الأئمة السابقة ما يستحقه الفاعل والشاهد والمفتي بالواحدة من التنكيل والتشديد، والله تعالى يلهمنا رشدنا ويصلح منا القول والعملوينيلنابجوده وكرمه غاية الأمل، ويختم لنا بالسعادة، ويغفر لنا ولجميع المسلمين آمين، والحمد لله رب العالمين. وكتبه مسلماً على من يقف عليه، أفقر الورى إلى عفو ربه ورحمته، أحمد بن محمد بن الخياط الزجار الحسني لطف الله به وبالمسلمين آمين.

[1]. البخاري، كتاب الشهادات، باب إدا شهد شاهد أو شهود ، رقم 2640. ونصه : عن عقبة بن الحارث أنه تزوج ابنة لأبي إهاب بن عزير ،فأتته امرأة فقالة :قد أرضعت عقبة، والتي تزوج، فقال لها عقبة: ما أعلم أنكي أرضعتني، ولا أخبرتني، فأرسل إلى آل أبي إهاب يسألهم ، فالوا :ما علمنا أرضعتك صاحبتنا، فركب إلى النبي صلى الله عليه و سلم بالمدينة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: كيف و قد قيل. ففارقها و نكحت زوجا غيره. و أخرجه الدارمي من كتاب النكاح باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع .

قال ابن الوزير في العواصم و القواصم في الذب عن سنة أبي القاسم: ففيه تنبيه على حسن قبول خبر من أخبر عن تحريم أو وجوب بمجرد القول من غير ظن (علم) على جهة الاحتياط فكيف مع الظن الغالب. (371/2).

❖ لائحة المصادر والمراجع :

– إتحاف المطالع بوفيات أعلام القرن السادس عشر و الرابع لعبدالسلام بن عبد القادر بن سودة ت 1400 هـ ، تنسيق و تحقيق محمد حجي دار الغرب الإسلامي 1417 هـ 1997 م .

– الإحاطة في أخبار غرناطة، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله لسان الدين الخطيب ت 776 هـ دار الكتب العلمية ، بيروت – 144 هـ .

– الاستذكار لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ت 463 هـ ، تحقيق سالم محمد عطا ، محمد علي معوض – دار الكتب العلمية بيروت – 1421 هـ 2000م.

– الأعلام لخير الدين الزركلي ت 1396 هـ - دار العلم للملايين – 2002 م .

– إكمال المعلم لفوائد مسلم ، للإمام الحافظ أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي ت 544 هـ تحقيق الدكتور يحيا إسماعيل دار الوفاء للطباعة و النشر والتوزيع ، 1419 هـ 1998 م .

– الإيصال في تمييز الصحابة لابي الفضل أحمد بن حجر العسقلاني 852 هـ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي أحمد معوض – دار الكتب العلمية ، بروت – 1415هـ.

– بغية الملتمس في تاريخ رجال الأندلس للضبي ت 529 هـ ، تحقيق إبراهيم الأبياري – دار الكتاب المصري – و دار الكتاب اللبناني – 1410هـ - 1989م.

– البهجة في شرح التحفة ، لابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي و بهامشه - حلي المعاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي على تحفة بن عاصم – دار الفكر .

– التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد لابن عبد البر تحقيق محمد بن أحمد العلوي و محمد بن عبد الكبير البكري وزارة عموم الأوقاف و الشؤون الإسلامية – المغرب 1387 هـ .

– تهذيب التهذيب لأبي الفضل أحمد بن حجر العسقلاني مطبعة دائرة المعرف النظامية ، الهند ، 1326 هـ.

– جمع الجوامع في أصول الفقه لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ت 771 هـ ، علق عليه ووضع حواشيه عبد المنعم خليل إبراهيم – دار الكتب العلمية – بيروت ، لبنان – 1424 هـ 2002م.

– الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه ، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري ، تحقيقي محمد زوهير بن ناصر الناصر - دار طوق النجاة 1422هـ.

– جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس لمحمد بن فتوح الحميدي الميورقي ت 477هـ - الدار المصرية للتأليف و النشر القاهرة 1966 م .

– حاشية البناني على شرح جلال شمس الدين محمد المحلي على جمع الجوامع ، لعبد الرحمان بن جاد الله بناني المغربي ت 1197هـ - دار الفكر.

– الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي ، ت 799 هـ - تحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبو النور – دار التراث للطبع و النشر، القاهرة – دون طبعة.

– الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ت 386هـ دار الفكر .

– رفع الالتباس في شركة الخماس لأبي علي الحسن بن رحال المعداني ت 1140هـ ، دراسات و تحقيق رشيد قباظ – دار الأمان للنشر و التوزيع – الرباط 1433 هـ 2012 م .

– سل النصال للنضال بالأشياخ و أهل الكمال ، فهرس الشيوخ ، لعبد السلام بن عبد القادر بن سودة تنسيق و تحقيق محمد حجي دار الغرب الإسلامي 1417 هـ 1997م.

– سلسلة الأحاديث الصحيحة و شيء من فقهها و فوائدها للألباني – مكتبة المعارف للنشر و التوزيع الرياض – 1415هـ 1995 م .

– السنة لابن أبي عاصم (ت287هـ) ، حققه محمد ناصر الدين الألباني – المكتب الاسلامي – بيروت ، الطبعة الأولى 1400 هـ.

– السنة لابن أبي عاصم و معها ظلال الجنة للألباني لأبي بكر بن أبي عاصم (ت287هـ) – المكتب الإسلامي 1400 هـ 1980م.

– السنن الكبرى للنسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب تحقيق عبد المنعم شلبي ، إشراف شعيب الأرناؤوط – مؤسسة الرسالة بيروت – الطبعة الأولى 1421هـ - 2001م.

– سير أعلام النبلاء لأبي عبد الله شمس الدين الذهبي ، ت 748 هـ تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط مؤسسة الرسالة 1405 هـ 1985 م .

– شجرة النور الزكية فب طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف المطبعة السلفية و مكتبتها.

– شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الجحمدلي الدمشقي ت 1079هـ ، إشراف و تخريج عبد القادر الأرناؤوط ومحمود الأرناؤوط في التحقيق و التعليق عليه – دار بن كثير – بيروت – 1414 هـ 1993 م.

– صحيح أبي داود – الأم – لأبي عبد الرحمان محمد ناصر الدين الألباني (ت1420هـ) مؤسسة غراس للنشر و التوزيع ، الكويت – الطبعة الاولى 1423 هـ 2002 م.

– طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ت 771 هـ ، حققه الدكتور محمود محمد الطناحي و الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو.

– طبقات الشافعيين لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي ت 774 هـ تحقيق أنور الباز طبعة دار الوفاء 2004 م.

– فتاوى البرزولي – جامع مسائل الأحكام بما نزل من القضايا بالمفتين والحكام – للإمام الفقيه أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي ت 841 هـ تقديم و تحقيق الأستاذ الدكتور محمد الحبيب الهيلة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة دار الغرب الإسلامي 2002 .

– فتاوى بن رشد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي ت 520 هـ تقديم و تحقيق و تعلي ق الدكتور المختار بن الطاهر التاليدي – دار الغرب الإسلامي 1407 هـ 1987م.

– فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ترقيم فؤاد عبد الباقي إخراج و تصحيح محب الدين الخطيب مع تعليقات العلامة عبد الزير بن عبد الله بن باز – دار المعرفة بيروت 1379 هـ.

– الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ت 1376 هـ – دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان 1416 هـ 1995م .

– فهرس الفهارس و الأثبت و معجم المعاجم و المشيخات و المسلسلات لمحمد بن عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني ت 1382 هـ تحقيق إحسان عباس – دار الغرب الإسلامي ، بيروت – الطبعة الثانية 1982

– الفهرسة الكبرى و الصغرى لأحمد بن الخياط الزكري ، ت 1343 هـ تحقيق و تعليق الدكتور محمد بن عزوز – دار بن حزم بيروت لبنان 1426 هـ 2005 م .

– الكشاف و البيان عن تفسير القرآن ، لأبي إسحاق أحمد الثعلبي ت 427هـ تحقيق الإمام أبي محمد بن عاشور – دار إحياء التراث العربي – بيروت ، لبنان – 1422 هـ 2002 م .

– لسان العرب لمحمد أبو الفضل جمال الدين بن منظور الإفريقي ت 711 هـ دار صادر بيروت 1414 هـ

– مذاهب الحكام في نوازل الأحكام لأبي عبد الله محمد بن القاضي عياض ت 575 هـ ، – جمع فيه فتاوى أبيه القاضي عياض – تقديم و تحقيق و تعليق الدكتور محمد بن شريفة – طبعة دار الغرب الإسلامي بيروت – 1997 م

– المستدرك على الصحيحين ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله أبو الحاكم النيسابوري تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى 1411هـ 1990 م .

– المسند الصحيح المختصر بنقل العدل إلى العدل إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم للإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري – ت 261 ه – التحقيق محمد فؤاد عبد الباقي – دار إحياء التراث العربي – بيروت .

– معجم الشيوخ المسمى المدهش المطرب أو رياض الجنة لعبد الحفيظ بن محمد الطاهر بن عبد الكبير الفاسي ت 1383 هـ صححه و خرج حواشيه و علق عليه عبد المجيد خيالي – دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان 1424 هـ 2003 م

– معجم المطبوعات العربية المعربة ليوسف بن إليان بن موسى سركيس ت 1351هـ – مطبعة سركيس بمصر – 1346 هـ 1928م.

– المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقيا و الأندلس والمغرب ، لأبي العباس أحمد بن يحيا الونشريسي ت 914هـ خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي دار الأوقاف و الشؤون الإسلامية – المغرب 1401 هـ 1981 م.

– المقدمات الممهدات لأبي الوليد بن ارشد القرطبي ت 520 هـ – دار الغرب الإسلامي – 1408 هـ 1988 م.

– موسوعة الفرق المنتسبة للإسلام ، إعداد مجموعة من الباحثين الشيخ علوي بن عبد القادر السقاف الدرر الثنية .

– وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس شمس الدين أحمد بن خلكان ت 681 هـ – تحقيق إحسان عباس ، دار صادر – بيروت.

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615- 2336

https://web.facebook.com/majalahdroit

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك