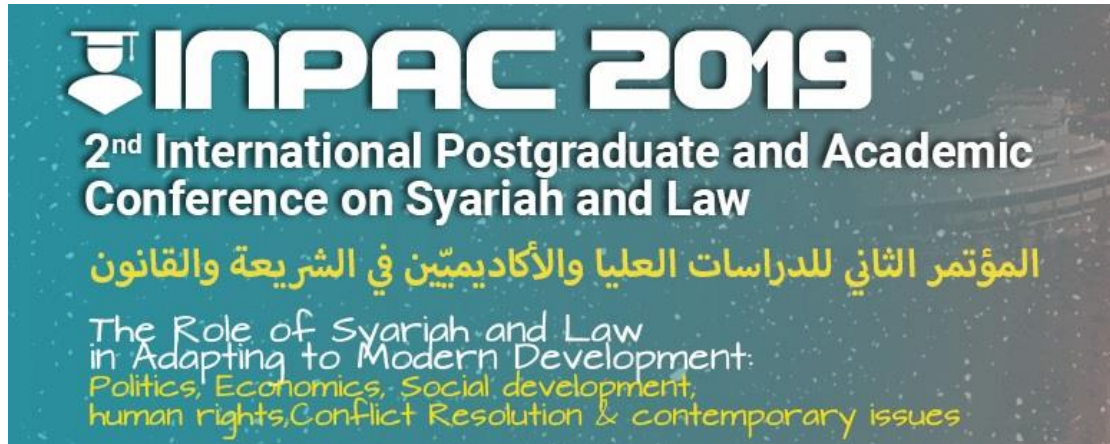


# E-PROCEEDING



## SYARIAH AND LAW DISCOURSE: SPECIAL SERIES

E-Proceeding of the 2<sup>nd</sup> International Conference of the Postgraduate Students and Academics in Syariah and Law  
(INPAC) 2019

### Compiled by:

Dr. Mualimin Mochammad Sahid, Dr. Ahmad Syukran bin Baharuddin, Assoc. Professor Dr. Yasmin Hanani Mohd Safian, Dr. Muneer Ali Abdul Rab, Dr. Muhamad Firdaus Bin Ab Rahman, Dr. Hussein 'Azeemi Abdullah Thaidi, Dr. Setiyawan bin Gunardi, Dr. Baidar Mohammed Mohammed Hasan, Mohamed Faiz Asyraf Bin Razali

eISSN 2710-6462



### Published by:

Faculty of Syariah and Law  
Universiti Sains Islam Malaysia

November 2019

**TABLE OF CONTENTS**

THE ROLES OF OUTER SPACE TREATY 1967 IN PROMOTING INTERNATIONAL PEACE  
**Che Zuhaida Saari, Ph.D** ..... 4

THE APPLICABILITY OF ISLAMIC FAMILY LAW ON NON- CITIZEN  
**Khairunnisah Binti Sayed Ahmad Kabeer** ..... 14

THE IMPACT OF UTILIZING EDUCATIONAL DRAMA ON IMPROVING PALESTINIAN 7TH GRADERS SPEAKING SKILLS  
**Tahani R. K. Bshara, Fariza Behak**..... 20

ISLAMIC EMOTICONS PRODUCTS: TOWARDS HALAL PRODUCT BRANDING BETWEEN INDONESIA AND MALAYSIA  
**Muhamad Ali Mustofa Kamal, Aksamawanti, Mila Fursiana Salma Musfiroh, Ika Setyorini** ..... 27

ISLAMIC ETHICS IN CONTEMPORARY MUSLIM SOCIETIES: WHAT, WHY, AND HOW?  
**Fethi B Jomaa Ahmed**..... 37

AWARENESS AND KNOWLEDGE OF NIGERIAN MUSLIMS TOWARDS THE NATIONAL HEALTH INSURANCE SCHEME (NHIS): AN APPRAISAL  
**Mu'az Yusuf Ahmed, Dina Imam Supaat, Ahmad Zaki Salleh** ..... 52

THE PROPORTIONALITY DOCTRINE AND INDIRECT EXPROPRIATION UNDER INTERNATIONAL LAW  
**Abdalhade Mossa Rshdan, Norfadhilah Mohd Ali** ..... 63

THE UNITED NATIONS' RESPONSIBILITY AND ROLES IN MANAGING ISIS CRISIS IN IRAQ ..... 80  
**Suror Shaba Polus** ..... 80

THE EFFECT OF HRM PRACTICES AND SELF-EFFICACY ON THE PERFORMANCE OF ACADEMIC STAFF: A REVIEW OF THE LITERATURE  
**Dehma Mofleh Qasem Al Maraghi, Kalsom Binti Ali, Mashitah Binti Sulaiman, Mohammad Nashief S. Disomimba**..... 93

JURISDICTION OF COURT IN ONLINE BUSINESS: A MALAYSIA PERSPECTIVE  
**Nur Farahin Afiqah Binti Daud** ..... 105

PROVING *TAKHBIB* CRIMINAL OFFENSE IN SYARIAH COURT THROUGH DIGITAL FORENSIC EVIDENCE AND EXPERT OPINION  
**Muhammad Hazim Ahmad, Ahmad Syukran Baharuddin, Ruqayyah Razak, Nurul Syahirah Saharudin, Hasnizam Hashim** ..... 112

SILENT WITNESS AT CRIME SCENES: THE UNSUNG EVIDENCE  
**Muhammad Hazim Ahmad, Ahmad Syukran Baharuddin, Ruqayyah Razak, Nurul Syahirah Saharudin, Hasnizam Hashim** ..... 127

THE INTERACTION OF FORENSIC DOCUMENT EXAMINATION AND ISLAMIC JURISPRUDENCE  
**Nurul Syahirah Saharudin, Muhammad Hazim Ahmad, Ruqayyah Razak, Wan Abdul Fattah Wan Ismail Ahmad Syukran Baharuddin** ..... 141

PENDEKATAN FIQH JENAYAH DALAM MENANGANI KES JENAYAH BAWAH UMUR  
**Fithriah Wardi**..... 149

FIQH BENCANA ALAM: ISU DAN PENYELESAIANNYA  
**Setiyawan Gunardi**..... 160

MODEL TADBIR URUS INSTITUSI TAHFIZ DAN PONDOK DI MALAYSIA.....  
**Azman Ab Rahman , Muhd Faiz Abd. Shakor, Mohamad Anwar Zakaria & Nurul Syazwani Nordin**..... 167

PELAKSANAAN WAKAF TUNAI DI PERBADANAN WAKAF SELANGOR (PWS): PERMASALAHAN DAN PENAMBAHBAIKKAN <b>Muhd Faiz Abd. Shakor, Zamzuri Zakaria, Azman Ab Rahman, Mohamad Anwar Zakaria, Nurul Syazwani Nordin</b> .....	173
تأصيل الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في باب الإجارة عند ابن نجيم الحنفي <b>Ismail Jalili, Azman Ab. Rahman</b> .....	183
خيار الشرط وخيار المجلس وأثرهما على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون <b>يوسف النقي</b> .....	215
منهج الإمام الرازي في عرض القراءات الشاذة في تفسيره "مفاتيح الغيب" <b>عبد القوي أبو بكر رمضان عبد القوي</b> .....	267
مبدأ التناسب في إطار القانون الدولي الإنساني <b>Abd Al Ghafoor Saleh Mohammed, Yahya Salih Mohammed</b> .....	276
إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية <b>ناصر محمد النويري، مهزان بن عبدالمطلب</b> .....	289
وأثرهما في تسوية المنازعات بين أفراد المجتمع العماني التوفيق والمصالحة <b>Khalifa Bin Marhoon Al Rahbi</b> .....	303
ضعف التشريعات القانونية لحماية الأسرة العراقية من العنف الأسري <b>سعد عبد اللطيف خلف الأعظمي</b> .....	317
أدوار المحامي في إطار القضاء المعاصر في نيجيريا: دراسة نقدية وفقهية <b>يوسف صالح مدح</b> .....	346
واجبات المحامي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية- القانون العماني نموذجاً <b>منتصر بن سلام بن صالح الحراصي</b> .....	361
الرقابة المالية في الشريعة والقانون <b>عباس مفرج فحل</b> .....	375
اللجوء إلى التحكيم التجاري لحسم المنازعات في أسواق الأوراق المالية (دراسة في القانون العراقي والقانونين المصري والإماراتي)) <b>علاء حسين علي، مدحت صالح غايب، فرحان مطر سلوم</b> .....	393
جريمة نشر الأخبار الكاذبة وعقوبتها في القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية من منظور مقاصد الشريعة <b>Fajar Rachmadhani</b> .....	415
دور الشريعة الإسلامية في ترسيخ قواعد المسؤولية الاجتماعية للشركات <b>معمر أحمد الدراوي، عبدالله محمد عايض</b> .....	425

إشكالية تناقل السلطة السياسية في نظام الحكم <b>Bouda Mohamed</b> .....	439
التحكيم في الشقاق بين الزوجين في ضوء الفقه المالكي والقانون الليبي آمنة محمد نويجي.....	457

## THE ROLES OF OUTER SPACE TREATY 1967 IN PROMOTING INTERNATIONAL PEACE

**Che Zuhaida Saari, Ph.D**

Faculty of Syariah and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, Malaysia  
Email: [chezuhaida@usim.edu.my](mailto:chezuhaida@usim.edu.my) or [chezuhaida656@gmail.com](mailto:chezuhaida656@gmail.com)

### ABSTRACT

Promotion and maintenance of international peace is one of the contemporary challenges faced by the international community. Legal rules are among the acknowledged mechanism in attaining such goal. This article discusses the role of Outer Space Treaty 1967 in promoting the international peace. It highlights and elaborates some legal terms prescribed in the Outer Space Treaty 1967 that relevant to the international peace. This is to deliberate the roles and functions of the Treaty in promoting such peace. This article explains as well the legal effects of the terms to the member states. It concludes that the Outer Space Treaty 1967 plays a significant role in the promotion of international peace to the world community.

**Keywords:** *Outer Space Treaty 1967, promotion of international peace, roles of Outer Space Treaty 1967.*

### Introduction

International peace is the major concern of the international community. Thus, most of the countries expect the nation can leave in peace and happily. There are many ways of maintaining peace and harmony applied either nationally or internationally. One of the most commons is via laws and regulations. It is well recognised that legal rules or laws are among the methods used to achieve peace and amity. By having the laws or legal rules, people tend to observe them in their daily life. Hence, this will result to practising of good conducts and avoidance of evil or bad behaviours. Indeed, it will lead to people living in harmony and peace.

This paper discusses the roles of Outer Space Treaty 1967 in regards of promoting the peace and amity internationally. The paper, therefore, highlights and elaborates some of legal terms introduced or prescribed by the Treaty which relevant to the point of international peace. This is done to justify and validate the roles of the Outer Space Treaty 1967 are indeed of promoting the international peace.

Thus, in achieving such goals, the discussion firstly starts with pointing out some of legal terms stipulated in the articles of the Outer Space Treaty 1967. These will be explained and elucidated as to gain their meanings and intentions of having the Treaty. Secondly, the writing explicates the roles and functions of the Treaty that extracted from the earlier discussion of the legal terms, to justify its roles of promoting the peace. Thirdly, the paper expounds on some legal effects of the legal terms that applied to the states if they become parties or members to the Treaty. Lastly, the paper ends with a conclusion that the Outer Space Treaty 1967 as a matter of fact plays a significant role in the promotion of international peace to the world community.

### Some Selected Legal Terminologies

The first terminologies are ‘international peace’ and ‘international cooperation and understanding’. The rule prescribed in the Outer Space Treaty is ‘maintaining international peace and security’. It is prescribed in the Outer Space Treaty 1967 that ‘*States Parties to the Treaty shall carry on activities in the exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, in accordance with international law, including the Charter of the United Nations, in the interest of maintaining international peace and security ...*’ (Article III, Outer Space Treaty 1967).

It is noted that Article III stresses the states parties to fully maintain the international peace and security while carrying on the activities of exploration and use of outer space. The members of the Treaty are strongly encouraged to uphold and preserve the peace and security at the international level while conducting their outer space activities. This means whatever the activities of outer space and its celestial bodies they involve, they should be carried out with the spirit of preserving the international peace and security.

Article III of the Treaty then further mentions ‘... *and promoting international cooperation and understanding*’ (Article III, Outer Space Treaty 1967). Therefore, in conducting the related activities in outer space and celestial bodies, the states are urged to promote and sustain the international cooperation and understanding among themselves in order to achieve the peace and security globally. It is prescribed as well in the Article that those goals of carrying on the activities of exploration and use of outer space, including moon and other celestial bodies, for the sake of maintaining the international peace and security and also promoting the international cooperation and understanding, can be realized via the adherence to the international law. In such circumstances, upholding the international law with respect to outer space activities is a mode to preserve peace and security, as well to foster international cooperation and understanding.

The second terminologies are ‘freedom of exploration’ and ‘equality’. The rule stipulated is ‘freedom of exploration and use by all states without discrimination’. The Outer Space Treaty mentions ‘*Outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States without discrimination of any kind ...*’ (Article I (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). The rule of freedom of exploration and use of outer space and its areas by all states without any discrimination is highlighted by the Treaty. Thus, all states members can freely use and utilise the area and are permitted to explore it without hesitate. The Article also stresses that such exploration and use can be performed without any discrimination of any kind from any state. Whether the state involved is poor or small in scale, it shall get the same treatment with no discrimination.

The Article I then further states, ‘... *on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies*’ (Article I (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). Thus, such rule indeed further confirms that it is in liberty for the States members to freely explore and conduct the activities in outer space by which it should be carried out on the basis of equality and in accordance with the international law. Apart from that, the Treaty stipulates that it should be a free access to all areas of celestial bodies to all states without any discrimination.

The legal rules of freedom of exploration and use by all state without any element of bias, and the rule of the exploration and use should be accomplished on the basis of equality based on the international law, has indeed justified the major aim of the Treaty that is promoting the international peace. It is well agreed that the concept of all states be given the equal opportunity regardless of their status is greatly contributed to the maintaining and preserving the peace and security at the international stage.

The third terminology is ‘non-appropriation’. The rule specified in the Treaty is the principle of non-appropriation that is ‘outer space is not subject to national appropriation’. The Outer Space Treaty prescribes in Article II ‘*Outer Space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means*’ (Article II, Outer Space Treaty 1967). The rule of non-appropriation is applied to the States parties of the Treaty. It prohibits any state to seize or appropriate outer space area or any part of it, including the Moon and other celestial bodies. It

further elaborates the modes of appropriation could be by way of claiming sovereignty over the area, or by use or occupation it. The Treaty also mentions it may as well include any other means which is not stated in the Treaty.

Therefore, it is accomplished that the rule of non-appropriation of outer space is mainly endorsed by the Treaty. From this point, it can be concluded that by having a rule of non-appropriation or forbidding any states of national appropriation with respect to outer space and its celestial bodies by any kind of appropriation, will indeed result to international peace. This argument is based on the justification that the rule of non-appropriation will in fact evade certain countries that have great capacities in exploring the outer space to claim sovereignty and power over areas or certain part of outer space. This, as a matter of fact, will lead to unpeaceful or chaos situation among other states. Thus, by introducing the non-appropriation concept it in fact support the idea of promoting international peace globally.

The fourth terminology is 'benefit and interest'. The rule specified in the Treaty is the principle of 'benefit and interest of all countries'. The Outer Space Treaty in its Article I specifies, '*The exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in interest of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind*' (Article I (paragraph 1), Outer Space Treaty 1967). Thus, the legal rule imposed is the rule of 'benefit and common interest'. This means States members shall explore and use outer space, including the Moon and other celestial bodies, in the way that it will provide benefits to all countries. They also must ensure that all kinds of activities are performed in the interest of all states, regardless of the states' degree of economic or scientific development.

From such statement of regulation introduced by the Treaty to the States parties, it is justified that the idea of promoting international peace is emphasized by the Treaty. This has shown through the rule indicated that the States parties should they conduct any activities in outer space, should be for the benefit and in the interest of all countries. The Treaty also stresses on the point of such regulation must be observed by all irrespective of status of economic of that states or their status of scientific development whether they are excellence or else.

With such circumstances, it is again justified that the Outer Space Treaty 1967 maintains and indorses the concept of international peace and security.

The fifth terminology is 'peaceful purpose'. The rule specified in the Treaty is the concept of 'exclusively for peaceful purpose'. In Article IV, Outer Space Treaty 1967 states '*The Moon and other celestial bodies shall be used by all States Parties to the Treaty exclusively for peaceful purposes*' (Article IV (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). Article IV introduces the states parties to the principle of it should be carried out 'exclusively for peaceful purpose'. This indicates States that participate or involve in activities and exploration of outer space and its celestial bodies must conduct the activities within the spirit of 'peaceful purpose'. As a matter of fact, the use of outer space for peaceful purposes figures prominently throughout the Outer Space Treaty 1967 (Dunk, 2015). It is not only in peaceful purpose, but the Article stresses it must also be conducted 'exclusively or entirely' for such aim.

Thus, the principle of conducting the activities exclusively or wholly for peaceful reason is indeed corresponding and reflecting the role of Outer Space Treaty 1967 that is to promote international peace among the states members.

Article IV of Outer Space Treaty further elaborates the concept of peaceful purpose in outer space activities. In its paragraph 2, it further stipulates '*The establishment of military bases, installations and fortifications, the testing of any type of weapons and the conduct of military manoeuvres on celestial bodies shall be forbidden*' (Article IV (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). The concept of 'exclusively for peaceful purpose' is then further explained by

providing explanations and instances. The Article warns the States parties that it is legally prohibited under the Treaty to establish a military bases on outer space or its celestial bodies, either by installation or fortification, and by testing any types of weapons and conduct of military manoeuvres.

Therefore, the role of Outer Space Treaty 1967 in promoting and maintaining the international peace, is again justified with the above rules and prohibitions, by which the States parties is banned from performing activities that has potential to create chaos, violence and unpeaceful situation.

Apart from the above, Article IV added also 'the use of military personnel for scientific research'. The Outer Space Treaty 1967 mentions '*The use of military personnel for scientific research or for any other peaceful purposes shall not be prohibited*' (Article IV (paragraph 2, Outer Space Treaty 1967). Thus, at this juncture, the rule further stresses on the use of military personnel who involved in the scientific research by which it must be performed with peace and harmony purpose. Thus, again the role of Outer Space Treaty has been justified to endorse promotion of international peace.

Next, the peaceful purpose concept stipulated in Article IV has been further explained by providing instances of 'using equipment or facility in exploring outer space'. Such Article imposes a regulation that '*the use of any equipment or facility necessary for peaceful exploration of the Moon and other celestial bodies shall also not be prohibited*' (Article IV (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). This means the use of any equipment or facility that is necessary for the purpose of exploration of outer space and its celestial bodies must be allowed provided that such usage is inconformity with the aim of peaceful exploration.

Again, the rule of permitting the use of equipment and facility which essential for exploration of outer space and its celestial body, on the condition that they must be used for peaceful purpose, is indeed corresponding to the submission that the role of Outer Space Treaty 1967 is promotion of international peace.

The sixth terminology is 'prohibition of weapons'. The rule mentions in the Treaty is the concept of 'prohibition of nuclear weapons or weapons of mass destruction'. Article IV of Outer Space Treaty recommends '*States Parties to the Treaty undertake not to place in orbit around the Earth any objects carrying nuclear weapons or any other kinds of weapons of mass destruction, install such weapons on celestial bodies, or station such weapons in outer space in any other manner*' (Article IV (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). Article IV orders the states parties not to place in the orbit around the Earth or in outer space and its celestial bodies, any object carrying the nuclear weapons. Not only the Article mentions the word of nuclear weapon, it also highlights the words of 'any other kinds of weapons of mass destruction'. These kinds of objects or weapons if they attached with attribute or characteristic of mass destruction and thus installed or stationed them in orbit around the Earth in any manner, such action is then legally prohibited and banned under the Treaty. Bin Cheng in his book suggested such provision is categorised under partial demilitarization of Earth orbits and of outer space in the wide sense of term (Bin Cheng, 2004).

Conducting activities and exploration in outer space and celestial bodies that accompanied with destruction and devastation in nature of their activities, for instances, the installation of nuclear weapon or any weapon that has the same attribute, is legally forbidden by the Treaty. Such circumstances indeed support and justify the legal aim of the Treaty is to ensure the peaceful nature of outer space activities is sustained.

The seventh terminology is 'scientific investigation and international cooperation'. Article I has specified in the Treaty the concept of 'freedom of scientific investigation and encouragement of international cooperation'. Article I of Outer Space Treaty 1967 rules that



*'There shall be freedom of scientific investigation in outer space, including the Moon and other celestial bodies, and States shall facilitate and encourage international cooperation in such investigation'* (Article I, (paragraph 3), Outer Space Treaty 1967).

Based on the above, the Treaty imposed a rule that there should be a liberty and freedom to all nations in conducting scientific investigation and research in outer space including the Moon and other celestial bodies. It further proposes the states parties to facilitate, assist, and encourage the international cooperation among themselves in such investigation and research. At this point, the rule of freedom of scientific investigation and encouragement of international cooperation among the states could again promote the international peace among the states.

### **The Roles of Outer Space Treaty 1967**

From the earlier discussion, it is noted that there are a lot of legal words or terminologies used or written in the Outer Space Treaty 1967, in supporting the concept of promoting the international peace in performing the activities in outer space. Thus, it is justified that among the role and function of forming the Outer Space Treaty 1967 is indeed to endorse the principle of international peace among the nation. This concept is of paramount important to be upheld among the states, international bodies, or even the private entity as the nature of outer space area is fragile. Thus, it is important for the states to preserve and maintain the area especially for future generation. Such preservation is only realisable with the principle of international peace and cooperation and not through competition.

Promotion of international peace is an imperative agenda, especially at the international level. It should be applied and practised unanimously among the states. The idea of living in peace and harmony among the nations, regardless of where they live, is something of paramount in nature and principle. This is vital especially when the situation involves a place that is belonged to everyone and opened to everybody to explore and use its benefits and advantages. The outer space is indeed categorised within this nature and characteristic.

Based on the earlier topic of discussion, there are 7 legal points that have been pointed out which are relevant to the matter of international peace with respect to the Outer Space Treaty 1967. Among them are the ideas of maintaining the international peace and security stipulated in the Article III of the Outer Space Treaty 1967. Next, it is about promotion and an encouragement of international cooperation and understanding among the outer space users and participants (Article I, Outer Space Treaty 1967). Apart of that, the matter of freedom of exploration and use of outer space without discrimination is highlighted as well in Article I (paragraph 2) of the Outer Space Treaty 1967.

The legal principle of the equality basis and freedom of access to all areas of outer space by the states enshrined in Article I (paragraph 2) of the Outer Space Treaty 1967. Next, the non-appropriation principle whereby outer space and its celestial bodies are not subject is to national appropriation (Article II, Outer Space Treaty 1967). The rule 'for the benefit and in the interest of all countries' has been emphasized by the Outer Space Treaty in its Article I of paragraph 1. Such rules have been further underlined when it attached with the words of irrespective of the state's degree of economic or its scientific development.

Apart from the above, the Outer Space Treaty 1967 introduced the legal concept of the area should be used or explored exclusively for peaceful purpose (Article IV (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). Dealing with matter of activities in outer space, should be exclusively conducted for peaceful purpose, the Treaty also highlights the rules on the establishment of military bases, installations and fortifications, as well as the testing of weapons and the conduct of military manoeuvres must also be forbidden (Article IV (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). It further added that the use of military personnel for scientific research or for any

peaceful purposes must be allowed (Article IV (paragraph 2, Outer Space Treaty 1967). Not only that, the Treaty stresses as well on the point of use of any equipment or facility, if it is necessary for outer space activities, thus, this action must be legally permitted, provided that it is done for peaceful exploration (Article IV (paragraph 2, Outer Space Treaty 1967).

Next is the principle of prohibition of nuclear weapons or weapons of mass destruction. This legal rule enshrines in Article IV of paragraph 2, Outer Space Treaty 1967. It mentions that the states parties must undertake not to place in outer space any kind of object that carrying nuclear weapons or other kinds of weapon of mass destruction. They also must undertake not to install or station such kind of weapons in outer space in any kind of manner (Article IV (paragraph 2), Outer Space Treaty 1967). The concept of peaceful use of outer space is closely related to the rule of prohibition of nuclear weapons or weapons of mass destruction. Indeed, Dunk in his article stressed that it should be a prominent effort made to minimise the risk of nuclear war using outer space (Dunk, 2015).

The rule of freedom of scientific investigation and encouragement of international cooperation in such investigation is another point highlighted in the paper. It has been mentioned in Article I, (paragraph 3), Outer Space Treaty 1967.

Relying on the abovementioned rules and principles that have been discussed and analysed, therefore, the paper firmly proposes one of the roles or functions of establishing the Outer Space Treaty 1967 is the promotion of international peace. Hence, all the related activities, exploration and use of outer space and its celestial bodies must be performed based on the spirit of peace and harmony. The states parties must avoid the intention of competition and race in conducting such activities among the states. As it is afraid that such competition will result to conflict situation and lead to unsatisfactory and disappointing feeling among the states involved which will then lead to disharmony and tension among the states.

This paper indeed recommends the states parties to encourage each other to have international cooperation and understanding, by assisting each other in dealing with scientific research, exploration and use of outer space for the benefit of all nations.

### **Legal Effects to States Members**

The Outer Space Treaty 1967 is the most famous treaty among all five United Nations outer space treaties and conventions.<sup>1</sup> This remark is made based on the number of states signing and ratifying the Treaty. As of 1<sup>st</sup> January 2019, it is noted that there are a total of 109 countries ratify the Treaty and 23 countries signed it. In comparing to other United Nations outer space treaties: The Rescue Agreement 1968 (98 ratifying states; 23 signatory states), The Liability Convention 1972 (96 ratifying states; 19 signatory states), The Registration Convention 1975 (69 ratifying states; 3 signatory states), The Moon Agreement 1979 (18 ratifying states; 4 signatory states) (UNOOSA Document, Latest Depository Notification, 2019).

In respect of the legal effect of the Outer Space Treaty 1967 to the states which become a party to it, it is the best to refer to Vienna Convention on the Law of Treaties. The rule is a treaty will not bind any states unless with the state's consent and agreement. It is justified in the Vienna Convention on the Law of Treaties which affirmed: *'The consent of a state to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession; or by any other means if so agreed'* (Article 11, Vienna Convention on the Law of Treaties). Thus, when a state becomes a party to the Treaty by which it expresses its consent and agreement to be bound by the rules and obligations of a treaty, the state then will have a legal obligation over the treaty. Such expression of consent

---

There are five major United Nations Outer Space Conventions and Treaties. There are the Outer Space<sup>1</sup> Treaty 1967, The Rescue Agreement 1968, The Liability Convention 1972, The Registration Convention 1975, The Moon Agreement 1979.

and agreement could be justified by signature, exchange of instruments, ratification, acceptance, approval or accession or any other means as provided and accepted in the treaty. It should be noted that not only the element of consent is required, such consent must be a free consent therefore it will determine the state's legal obligations of the treaty. In general, with no free consent a state cannot be bound by the treaty to which it has not consented (Alina Kaczorowska-Ireland, 2015).

In matter of Outer Space Treaty 1967, it is noted that the Treaty's signature required or is subjected to ratification. Thus, by signing only, a state does not yet establish consent to be bound by the treaty, for instance in the case of Malaysia. Thus, by signing the Treaty may simply signify the authentication of it's the Treaty's text and therefore does not create a legally binding force (Che Zuhaida Saari, 2014). A good illustration is provided in the case of *North Sea Continental Shelf Cases (1969)*<sup>1</sup>(MacLean, 1992).

However, from the above circumstances, it does not mean a state is free from any related obligations even it has yet ratified the Treaty. As in accordance to Article 18 of the Vienna Convention of the Law of Treaties, it acknowledged that '*A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or, (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.*' (Article 11, Vienna Convention on the Law of Treaties).

Relying on Article 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a state is legally obliged to refrain from any acts that would defeat the objective and purpose of the Outer Space Treaty 1967 when it has signed the Outer Space Treaty 1967 or it has exchanged instruments constituting the Treaty and subject to ratification. Unless the state, to some extent, has made a clear intention that it will not become a party to the Outer Space Treaty 1967. Apart from this, the same thing happens also in the situation where the state has expressed its consent to be bound by the Treaty pending its entry into force.

At this juncture, it is understood that even though a state has yet to ratify the Outer Space Treaty 1967, by only signing the Treaty it can impose certain legal obligations on the states. This happens by which the state is legally obliged to refrain from any actions that could defeat the aims of the Outer Space Treaty 1967 that is promoting the international peace. Thus, any kind of actions that may or can defeat the purpose of Outer Space Treaty 1967 to promote the international peace should be avoided by the signature states.

In the event of the signature states do not observe such situation, they can be regarded as breach of international legal obligations as a signature state.

In Article 26, it highlights '*Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*' (Article 26, Vienna Convention on the Law of Treaties). This Article reflects the principle of *pacta sunt servanda* which means the agreement must be kept. Thus, states when they agreed to become member of the Treaty, they are legally bound by the Treaty. Not only the Treaty is binding upon the states parties, however, it must also be performed by the states with good faith. It is proposed that the application with good faith must be applied throughout the life of the treaty, from the moment of its negotiation, through to its performance and its up to its termination (Alina Kaczorowska-Ireland, 2015).

---

<sup>1</sup> The Federal Republic of Germany was a signatory to the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf, but did not ratify it. The Court held that Article 6 of the Convention was not binding on the Republic because its signature was only a 'preliminary step: it did not ratify the Convention, is not a party to it and therefore cannot be contractually bound by its provisions'.

In matter of the Outer Space Treaty 1967, the situation is similar as when the states become members or parties to the Outer Space Treaty 1967, such states are required to obey the rules and obligations stated in the Treaty. In other words, the Outer Space Treaty 1967 is binding upon the states parties. Thus, all the legal rules and obligations are must be performed by the states members with good faith.

Another point worth to mention is about when a treaty is declaratory of customary law in nature, then the signatory state, even without ratification, as well as the non-party state may be bound by its provisions and rules. This is affirmed in Article 38 of the Vienna Convention on the Law of Treaty which prescribes an exception to the general rule of a treaty as stated in Article 34 of the Vienna Convention, that it does not create rights and obligations without the consent of state or the non-party state unless the treaty becomes part of customary rule of international law and consequently becomes binding upon them<sup>1</sup> (Che Zuhaida Saari, 2014), (Lyal and Paul. 2009). For instance, in the *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*<sup>2</sup> (Alina Kaczorowska-Ireland, 2015).

In such situation, for the Outer Space Treaty 1967, it may be argued that certain rules of the Treaty have passed into rules of customary international law, and it hence becomes binding upon all states. Such rules that relevant to the concept of international peace include, for instance, the free exploration and use of outer space by all (Article I), the exploration and use being for the benefit of all (Article I), outer space not being subject to national appropriation (Article II), and the application of international law in outer space (Article III)<sup>3</sup> (Che Zuhaida Saari, 2014).

Therefore, from the perspective of the customary international law, the legal effect of states' signature of the Outer Space Treaty 1967 is that the country is most probably bound by the provisions of the Treaty even though such states has yet to ratify it.

### **Concluding Remarks**

The paper has successfully justified and proven that there are numbers of legal terminologies or words affirmed in the Treaty by which they are relevant to the principle of international peace. Relying on the above discussion, it is well understood that the aims and purpose of forming the Outer Space Treaty 1967 is in fact to promote the rule of international peace among the states parties.

Thus, it is submitted that the Outer Space Treaty 1967 plays a significant role in upholding the promotion of international peace to the world community. This is crucial based on the fact that outer space is a fragile area which needs further protection and preservation, especially for future generation.

By promoting the concept of international peace and avoiding the conflict and competition between the states, it is believed people can live in harmony and peace. Furthermore, our new

---

The Vienna Convention on the Law of Treaty establishes a general rule of the treaty in its Article 34: <sup>1</sup> *'A treaty does not create either obligations or rights for a third state without its consent'*; However, it also prescribes an exception to the general rule in its Article 38: *'Nothing in Articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognised as such'*.

International Court of Justice ruled that Article 60-62 as reflecting the customary law. <sup>2</sup>

More information on customary rules of international law can be found in Gál, Gyula. 1967. *Space Law*. Trans. Móra. Leiden: A.W. Sijthoff; Matte, Nicolas Mateesco. ed. 1984. *Space Activities and Emerging International Law*. Canada: Centre for Research of Air & Space Law; Vereshchetin, V.S. and Danilenko, Gennady M. 1985. 'Custom as a Source of International Law of Outer Space'. 13 *Journal of Space Law* 22.

generation is moving towards the sophisticated and fastest technological development which most probably could affected the way of living in peace.

This paper then concludes with the discussion of legal effects of the Outer Space Treaty 1967 to the states parties. Such legal effects may indeed vary from one state to another depending on the stage of whether they are signature states, ratification or accession. It also highlights the effect of the Outer Space Treaty 1967 in term of the states' legal obligations when some of the Treaty's rules has been regarded and recognised as international customary law.

In conclusion, the paper again submits that the most significant role and function of the Outer Space Treaty 1967 is promotion of international peace to the world community.

## REFERENCES

### (a) Treaties And Charter

*Outer Space Treaty 1967*: Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of the Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies (1967) (Resolution 2222 (XXI)), adopted on 19 December 1966, opened to signature on 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967. (1967) 610 UNTS 205, 18 UST 2410, TIAS 6347; (1967) 6 ILM 386; (1967) 61 AJIL 644.

*Liability Convention 1972*: Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (1972) (Resolution 2777 (XXVI)), adopted on 29 November 1971, opened to signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972. 24 UST 2389, 961 UNTS 187, TIAS 7762.

*Registration Convention 1975*: Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (1974) (Resolution 3235 (XXIX)), adopted on 12 November 1974, opened to signature on 14 January 1975, entered into force on 15 September 1976. 28 UST 695, 1023 UNTS 15, TIAS 8480.

*Rescue Agreement 1968*: Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (1968) (Resolution 2345 (XXII)), adopted on 19 December 1967, opened to signature on 22 April 1968, entered into force on 3 December 1968. 19 UST 7570, 672 UNTS 119, TIAS 6599.

*Moon Agreement 1979*: Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (1979) (Resolution 34/68), adopted on 5 December 1979, opened to signature on 18 December 1979, entered into force on 11 July 1984. 18 ILM 1434, 1363 UNTS 3.

*Vienna Convention on the Law of Treaties*: Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, adopted on 22 May 1969, opened for signature on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980. 1155 UNTS 331.

### (b) Books, Thesis and Articles

Alina Kaczorowska-Ireland. 2015. *Public International Law. Fifth Edition*. London: Routledge, Taylor & Francis Group.

Che Zuhaida Saari. 2014. *National Space Legislation: Future Perspectives for Malaysian Space Law*. Doctoral Thesis. Leiden: International Institute of Air and Space Law, Leiden University.

MacLean, Robert M., ed., 1992. *Public International Law Textbook. 14th Edition*. London: HLT Publications.

Matte, Nicolas Mateesco. ed. 1984. *Space Activities and Emerging International Law*. Canada: Centre for Research of Air & Space Law.

Vereshchetin, V.S. and Danilenko, Gennady M. 1985. 'Custom as a Source of International Law of Outer Space'. 13 *Journal of Space Law* 22.

- Dunk, Frans von der. 2015. 'International Space Law'. *Handbook of Space Law*. Eds. Dunk, Frans von der, and Tronchetti, Fabio. UK: Edward Elgar Publishing Limited.
- Bin Cheng. 2004. *Studies in International Space Law*. New York: Oxford University Press.
- Dunk, Frans von der, and Tronchetti, Fabio. Eds. 2015. *Handbook of Space Law*. UK: Edward Elgar Publishing Limited.
- Lyal, Francis and Paul B. Larsen. 2009. *Space Law: A Treatise*. Surrey: Asgate.
- Gál, Gyula. 1967. *Space Law*. Trans. Móra. Leiden: A.W. Sijthoff.

(c) Cases

- North Sea Continental Shelf Cases (1969) ICJ Rep. at 3.
- Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia (Judgment)* [1997] ICJ Rep 7.

(d) Website

- United Nations Office for Outer Space Affairs (UNOOSA), [http://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105\\_C2\\_2019\\_CRP03 E.pdf](http://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2019_CRP03_E.pdf) (accessed: 25 October 2019).

## THE APPLICABILITY OF ISLAMIC FAMILY LAW ON NON- CITIZEN

**Khairunnisah Binti Sayed Ahmad Kabeer**

Faculty of Syariah and Law  
Universiti Sains Islam Malaysia, Malaysia  
Email: [khairunnisah94@gmail.com](mailto:khairunnisah94@gmail.com)

### Abstract

Islamic family law refers to law, rules and regulations governing Muslim family relations and matters pertaining to it. The law provides legal protection and rights of parties to marriage or proposed marriage and its applicability on individual Muslim in each state is stated without citizenship qualification. However, the practice relating to marriage registration of non- citizen shows some inconsistencies. Based on qualitative method, this study aims to analyse marriage practices of non- citizens and the registration of marriage and divorce in Malaysia especially the refugees. It also looks at factors influencing the application of Islamic family law enactments on Muslims who are non-citizens. The study finds that, the current marriage practices by Muslim refugees have a harmful effect on women and children. It is suggested that all Muslims regardless of their citizenship status should be bound and protected by the same law and practice without discrimination.

Keywords: Islamic Family Law statutes, Non-citizen marriages, Muslim refugees.

### 1.0 Introduction

Marriage is a requirement for couples between men and women to legalize a bond in a relationship. However, the practice of marriage has a procedure that is not a requirement in Islam and even that it is necessary for the marriage to be recorded in the form of a court system to make it more systematic and orderly in the Islamic family law provisions of each state. The existence of a marriage law procedure can address issues that may arise, especially protecting the rights of both parties in the marriage.

In Malaysia, there are people of all races and religions who can practice their religion well. According to article 3 (1) stated that Islam is the religion of the Federation, but other religions may be practiced in peace and harmony in any part of the Federation. When the religion of Islam is paramount, the rights of Muslims must be safeguarded and appropriately practiced. The existence of Islamic religious councils and the Shariah courts are able in assisting Muslim problems, especially in family matters. Also, including the ninth schedule (legislative list) 4. Stated that civil, criminal law, procedure and the administration of justice, including— (a) Constitution and organization of all courts other than Sharia Courts. Therefore, there is no problem with the registration of marriage and divorce for citizens especially Muslims due to the existence of Islamic family law governing Muslim affairs.

However, for non-citizens who wish to continue living in Malaysia, they are required to apply for a residence where they have the conditions provided under the federal constitution. When they are officially MyPR holders / MyKAD holders / Foreign Citizens, they cannot be fully entitled to citizenship. They have limited access to rights in education, medicine, employment and others.

### 2.0 Research Objectives

- 1) To explain the law provisions and rights of parties to marriage or proposed marriage on individual Muslim in each state without citizenship qualification.

- 2) To discuss the application of Islamic family law enactments on Muslims who are non-citizens.
- 3) To analyse marriage practices of Islamic Family Law on non-citizen applicants especially refugees in Malaysia.

### **3.0 Methodology of Research**

This study aims to analyse the rights of marriage practices of non-citizens and the registration of marriage and divorce in Malaysia specifically the refugees based on qualitative method.

### **4.0 The Right to Marry**

Marriage is a contract to form a social institution that affects part of human life. This can be seen through sharia and the law of family establishment institution by Islam. Thus, Islam respects humanity by protecting their descendants with dignity. Therefore, marriage is a natural demand of man as a servant of God S.W.T. The very existence of the law is intended to protect the rights of marriage and divorce so that their lives are protected from being harmed and neglected. Islamic and international laws are almost identical in terms of fulfilling marital protection rights and also as a guideline for all applicable States irrespective of religion, race and country.

The beginning of the marriage laws that protect the right to marry is Article 12 of the European Convention on Human Rights provides: Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right. Everyone has the right to marry and to raise a harmonious family without any denial of human rights. Then, again, Article 8 of the European Convention on Human Rights provides a right to respect for one's "private and family life, his home and his correspondence", subject to certain restrictions that are "by law" and "necessary in a democratic society". The European Convention on Human Rights (ECHR). This shows that their rights need to be respected and protected by the principles of law to protect the privacy of family life.

Besides, In this case, the law provides legal protection and rights of parties to the marriage or proposed marriage based on Article 16. Universal Declaration Of Human Rights (1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution. (2) Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses. (3) The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. The importance of the right to marry and family can protect the parties when the law can protect them. The marriage must be age-appropriate so that there is no risk of manipulation, abuse, and exploitation of the group. Furthermore, there is no restriction on marrying anyone as long as they are under legal protection and the right to equal rights between men and women in a just cause for marriage or divorce. One of the main important rights of minorities is the protection of their identity. Protection shall be made to their culture, religion, and language, as part of their heritage. Minorities should not be discriminated against and should be treated equally to other persons in the country. Unfortunately, minorities experience direct and indirect discrimination and this should stop in all regions of the world.

However, International law and Islamic law are equally applicable to everyone including refugees. However, only certain parties try to deny their rights because of their status or background without worrying about further issues that may affect the formation of family institutions and even towards the development of society and the progress of a nation.



## **5.0 The Application of Islamic Family Law Statute on Non- Citizens**

Malaysia citizens are free to practice marriage and divorce as long as the Islamic family law statute dictates. However, the presence of non-Muslim Muslims in Malaysia and that they also get married and divorced and can apply to the Islamic Family Law statute to them. But, different towards refugees who are Muslims cannot practice their marriage and divorce under Islamic family law Statute very well.

### **5.1 Federal constitution**

Islam has a special place in the political and legal system in Malaysia. The position of Islam and its laws in the Federal Constitution often begins with the ambiguity of Article 3 of the Federal Constitution. This discussion begins when interpreting Islam as an unofficial religion in the Federal Law that says Islam is a Federal religion. Like the Federal Constitution of Malaysia article 8 (1) states everyone is equally legitimate and entitled to equal protection of law. Unfortunately, this provision is actually limited by clause (2) that is, Except as expressly permitted by this Constitution, there shall be no discrimination against the citizen solely on the grounds of religion, race, offspring, place of birth or gender in any law or in the appointment of any office or occupation under a public authority or in the administration of any law relating to the acquisition, holding or disposal of property or in connection with the establishment or conduct of any business, profession, career or work. So, in short, this provision uses the term "everyone", which includes citizens and non-citizens. In contrast to international law where the rights of refugees are violated as a human being under Article 1 The universal declaration of human rights is that all human beings are born free and equal in dignity and their rights.

In Malaysia, the Federal Constitution is a supreme law that must be obeyed. Then, there is a schedule nine states that the affairs of Muslims must be dealt with under each state. However, Under the Islamic Family Law under the state, marriage and divorce in the Islamic Family Law (Federal Territories) Act 1984 section 4 states that this Act applies to all Muslims living in the Federal Territory and to all Muslims residing in Federal Territory but living outside the Federal Territory. Based on this act, it clearly shows that the law shall applied to all Muslims regardless of their status, especially Muslim refugees.

### **5.2 Marriage Registration of Non- Citizen**

Foreign nationals who are non-citizen and residing in Malaysia may apply for marriage under this act. MyPR Holders / MyKAS Holders with Malaysian Citizens / MyPR Holders / MyKAS Holders / Foreign Citizens. Applicants are required to attend the National Registration Department (NRD) or the Malaysian Representative Office overseas to apply for marriage registration. The place of application is based on the address stated in MyKad or the address of residence in Malaysia (foreign national). This requirement does not apply to marriage in temple and church applications. For a marriage registration application where one or both of them are foreign nationals, they are required to apply at the NRD office. Marriage registration involving foreign nationals is allowed only at the NRD office. If applicable, the license mentioned below must be obtained before the marriage application is submitted unless the license application under JPN.KC01E must be issued after the marriage application is made at the JPN.

Different situation on refugees which is Rohingya muslim marriage and divorce in Malaysia, its implementation is managed by Rohingya itself. They appointed the ustaz / mullah who looked more knowledge (alim) as a "jurunikah" in conducting a solemnization on that day. The Rohingya ethnic is from Hanafi's school of thought have no problem in controlling the matter of marriage. So their marriage is not as sophisticated as the Syafie school but they are strictly in the equal (*equal*) matter. In addition, their divorce method only solves among them without

any involvement from authorities. The Jabatan Kemajuan Islam Malaysia (JAKIM) only gives permission for the Rohingya community to handle their community lives and there is no legal enactment for them in Malaysia especially to access Shariah Court and Religious Department. Two different situations for people of different status for non-citizens register for marriage and divorce in a sharia court in Malaysia. Although both have the authority to authorize marriage, there are disadvantages and a huge impacts on them, especially for Islamic refugees.

### **5.3 The applicability of Islamic Family law Statute on non-citizen marriage**

In addition to constitutional law, there is a state law that is viewed as accessible to non-citizens, namely, marriage and divorce laws. In accordance with the Islamic Family Law under the state, marriage and divorce under the Islamic Family Law (Federal Territories) Act 1984 section 4 states that this Act applies to all Muslims living in the Federal Territory and to all Muslims resident in Federal Territory but lives outside the Federal Territory. According to this Act, it appears to be applicable to all Muslims, including Muslim refugees. However, in contrast to Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights, Marriage and Family Rights state that adult men and women, regardless of race, nationality or religion, have the right to marry and establish a family. They are entitled to equal rights in relation to the marriage, during the marriage and at the dissolution thereof or invasion of his dignity and reputation.

### **6.0 Analysis of Marriage Practices of Non- Citizens**

Marriages that are practiced in Malaysia take many forms including Muslim and non-Muslim marriage practices. Application for non-Muslims as well as non-citizens is very easy to fulfill if it meets the requirements of the NRD.

Marriage between Malaysians and foreigners or between two foreigners is legal in Malaysia. For marriages between Malaysians and foreigners, the procedure to follow is different from same-sex marriage between fellow Malaysians. These different procedures also depend on the circumstances of the population. Generally, when foreigners and Malaysians want to get married, they have to apply for marriage permission from the State Religious Department. If your future spouse/spouse is a permanent resident of this country or holder of a Red Identity Card, other documents must be included.

The way of applying must be following governmental requirements where they must provide a copy of the Red Identity Card and entry permit also Letter of Confirmation from the National Registration Department or confirmation of entry from the Immigration Department. However, the above two situations are for foreigners with social or business inclusion. But different for those who are allowed to work the permit, it is not possible to get married. In the event of a marriage that does not comply with the law, it will have implications for the work of the permit granted to him. Only foreign citizens with social or business qualifications can apply. The same is true of the granting procedure which allows for admission to the Syariah court either as a permanent resident or as a foreigner.

In contrast to the refugee Muslim marriage in Malaysia, their marriage and divorce method only solves among them without any involvement from authorities. They do not have access to register their marriage to the NRD due to non-compliant conditions. Their status as refugees where there is no special law for refugees on immigration matters referred to the Immigration Act 1959/63 (Act 155) where they are still considered 'illegal' immigrants. However, the authorities only allow the refugees to handle their community lives and there is no legal enactment for them in Malaysia especially to access Shariah Court and Religious Department.

### **7.0 The Application of Islamic Family Law Enactments On Muslims Who Are Non-Citizens**

Islamic family law was introduced to deal with several matters, especially matters on Muslims and matters related to them. Besides, Islamic family law is enforced under the state following the provisions of the federal constitution. If we look at article 3 of article 3 (1) states that Islam is a Federal religion, but other religions may be practiced in peace and harmony in any part of the Federation. This shows that Islam is the highest-paid religion compared to other religions. Also, the majority of Malaysians are Muslims and have no problem living in peace.

Subject to Section 4 Exceptions as otherwise expressly provided, this Act applies to all Muslims residing in the Federal Territory and to all Muslims residing in the Federal Territory but living outside the Federal Territory. This shows that this act can apply to all Muslims in general and has no exceptions to citizens and non-citizens. Then, following Section 5 of the Criterion to determine whether a person is a Muslim. If for this Act any question arises as to whether a person is a Muslim, it shall be decided under the criteria of general reputation, without making any attempt to question faith, belief, conduct, temperament, character, deed, or omission that person. Reinforced by this enactment, as long as they hold fast and practice Islam, they can receive the same treatment as other Muslims. Similarly, Section 4 Save as expressly stated, this Enactment shall apply to all Muslims living in the State of Selangor and to all Muslims resident in the State of Selangor living abroad. It shows that the Selangor Islamic family law allows all Muslims of all races and ethnicities to practice and be protected under the same law. Registration and trial of non-Muslims in Islamic Family Law is not an issue as long as they live in Malaysia. According to the guidelines for applying for registration and confirmation of marriage, if the status or document is both non-citizen or Passport or Social Pass or Refugee, 4P Application is allowed provided that the applicant is resident in Malaysia, they must be in Malaysia.

The application of Islamic family law has a huge impact on non-Muslim nationals in maintaining their lineage and lineage to protect and protect the family institution. When a good marriage practice and goodwill can produce a moral society and make progress for a country.

## **8.0 Conclusion**

The application procedure for non-citizens who wish to remain in Malaysia is governed by the requirements of residency outlined in the federal constitution. However, the right to a non-citizen as a citizen of Malaysia is not the same as a citizen. They have limited access and only meet human rights requirements. To become a citizen many of the most important documents of entry into the country in the proper way is a passport, for them no problem as they are a safe country and a stable travel policy. Contrary to the boycotts, they had to enter this country by using illegal means for protection, their native Country factors having unstable politics and frequent wars. According to the Federal Constitution, Article 8 (1) states that all persons are lawful and entitled to the protection of the same law. They have the same characteristics of non-citizens but their different ways of accessing the various services. Reaffirmed According to Article 7 of The Universal Declaration of Human Rights stated that all are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and any incitement to such discrimination.

Islamic law is a state jurisdiction and is governed by each state, and the application of existing Shariah Laws differs from one state to another. In addition, Islamic Family Law was created to provide protection for the parties in the family non-citizens do not have the problem of adopting the Islamic Family Law of each state if they have met the existing resident criteria for each state Different for the dismissal they live in Malaysia is managed by their own people without the power to protect their rights. This is in contravention of the Islamic Family Law (Federal Territories) Act 1984 section 4 stating that this Act applies to all Muslims living in the Federal Territory and to all Muslims living in the Federal Territory but outside the Federal Territory. According to this Act, it is possible for all Muslims including Muslim refugees.

With the analysis, Islamic family law can be practiced for all Muslims regardless of whether they are citizens or non-citizens. Refugees should be able to practice Islamic family law to protect the offspring of Islam and create a peaceful and harmonious society. This is following article 3 (1) states that Islam is a Federal religion, but other religions may be practiced in peace and harmony in any part of the Federation. Refugee status is not an issue to enlarge but it must be resolved and transparent through the cooperation of the authorities to curb the social problems they face while living in Malaysia Likewise, for Muslim dissidents, there is no problem in applying existing laws in Malaysia especially on issues of Muslim family. It is a tribute to Malaysia for being a trusted country to protect and express human rights especially Muslim refugees. In line with under article 3 (1) states that Islam is a Federal religion, but other religions may be practiced in peace and harmony in any part of the Federation. It is suggested that all Muslims regardless of their citizenship status should be bound and protected by the same law and practice without discrimination. Legislative justice services need to be balanced and protected regardless of one's status.

## 9.0 References

- Caitline Wake & Tania Cheung. 2016. "Livelihood strategies of Rohingya Refugees in Malaysia , we want live in dignity". Journal.
- Fatwa Isu-Isu Munakahat : Keputusan Muzakarah Jawatankuasa Fatwa Majlis Kebangsaan Bagi Hal Ehwal Ugama Islam Malaysia. 2013. First Edition. Bahagian Pembangunan Keluarga, Sosial dan Komuniti. Jabatan Kemajuan Islam Malaysia (JAKIM).
- Federal Constitution
- Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984 - Act 303
- Islamic Family Law (State Of Selangor) Enactment 2003 And Rules
- Jabatan Kemajuan Islam Malaysia. Permohonan Perintah Pengesahan Dan Pendaftaran Perkahwinan(Permohonan4P)[http://www.islam.gov.my/images/ePenerbitan/Permohonan\\_4P.pdf](http://www.islam.gov.my/images/ePenerbitan/Permohonan_4P.pdf)
- Jabatan Pendaftaran Negara. <<https://www.jpn.gov.my/Maklumat-Perkahwinan/Pendaftaran-Perkahwinan-Bagi-Pemohon-Bukan-Beragama-Islam/>>
- Jabatan Kehakiman Syariah Selangor Dan Jabatan Kemajuan Islam Malaysia (Jksm & Jakim, 2017 Permohonan Perintah Pengesahan Dan Pendaftaran Perkahwinan, Permohonan 4p)
- Jabatan Kehakiman Syariah Negeri Selangor. <http://www.jakess.gov.my/>
- Laporan Tahunan Suhakam. 2017.<<https://www.parlimen.gov.my/ipms/eps/2018-12-10/ST.14.2018%20-%20ST%2014.pdf>>
- Mohd Zahiruddin Fahmi Bin Ahmad Zakhi. 2015. "Perkahwinan Tidak Mengikut Prosedur: Kajian Di Mahkamah Syariah Wilayah Persekutuan Kuala Lumpur". Jabatan Syariah Dan Undang-Undang Akademi Pengajian Islam Universiti Malaya. Kuala Lumpur.
- N.a . 2014. "The Rights of Forced Migrants in Islam". Islamic Relief Worldwide.
- Universal Declaration Of Human Rights. *Adopted And Proclaimed By General Assembly Resolution 217 A (Iii) Of 10 December 1948.*
- Intan Suria Hamzah, Siti Daud, Nor Azizan Idris (2016). Program of Political Sciences, Department of History, Politic and Strategy, National University of Malaysia. Pelarian Rohingya dan isu-isu kontemporari di Malaysia 16-22.
- Raihanah Abdullah, Soraya Khairuddin, The Malaysian Shari'ah Courts: Polygamy, Divorce and the Administration of Justice. University of Malaya, Malaysia.

## THE IMPACT OF UTILIZING EDUCATIONAL DRAMA ON IMPROVING PALESTINIAN 7TH GRADERS SPEAKING SKILLS

**Tahani R. K. Bshara, Fariza Behak**

Faculty of Major Language Studies, Universiti Sains Islam Malaysia,  
[tahanibsharat@raudah.usim.edu.my](mailto:tahanibsharat@raudah.usim.edu.my)

### ABSTRACT

Students' motivation seems to be one of the key issues in the teaching-learning process nowadays. Students' active participation in the classroom activities is a troublesome question for many teachers, especially those ones who rely on more learner-centered methodology. This paper aims to investigate about how students' speaking skills may be enhanced through the employment of educational drama techniques. Indeed, drama activities are believed to foster students' interest in the subject and, consequently to improve their speaking abilities.

**Key words:** *educational drama, speaking skills.*

### Introduction

When the spirit Gibrael (Peace Be Upon Him) descended from heaven to meet prophet Mohammad (Peace Be Upon Him) in the cave of Hira, and said to him, "read". 'The prophet replied that he couldn't read. Gibrael repeated the same question three times. This is a kind of drama in the era of prophet Mohammed (PBUH).

This is the best evidence of the strong connection between religion and science in the time of prophet Mohammad (PBUH). A big number of battles and conflicts took place between Muslims and pagan at that time. Thus, the educational drama was an integral part in the prophet's approach to direct people to the straightforward way of Islam and spreading it among them. In fact, the prophet Mohammad(PBUH) used to spread love and peace among people as he was the best teacher of humanity.

"Education is not the filling of a pail but the lighting of a fire!" (Sir Butler Yeats) Teaching should be such that it 'sparks' students' interest and inspires them to keep on learning autonomously. It should also help them take pride in their accomplishments. For foreign language teachers, this means motivating and recollecting students by presenting dynamic, creative, meaningful, and enjoyable language classes. When language instruction takes place outside the target country, teachers need to engage the students in the foreign language and culture as much as possible by assigning them tasks that encourage language construction in real and meaningful contexts. In order to accomplish these goals on a consistent basis, teachers need to normally test their teaching practices with regard to effectiveness and student demand. At the same time, they should struggle to develop and implement new procedures that will make student learning even more successful and their own teaching more satisfying. At present-day, English is the language for international communication, science, education, commerce, advertising, diplomacy and transmitting advanced technology.

It has also become a "lingua franca" among speakers of languages that are not mutually intelligible (Donato, 2012). There are over a billion people learning English as a foreign language while over 750 million people have English as a second language (Donato, 2012).

Teacher's aim in practicing oral English is to develop student's ability to communicate spontaneously and freely. To achieve this aim, teachers need to organize activities in pairs and groups, to give students the opportunity to use language in face-to-face interactions. They need to create a situation to teach language in an active and interesting manner because using conventional methods cannot create enough motivation and interest in EFL learners.

Dramatization is an outstanding activity for learning oral skills in a safe environment of the classroom. In this way, students are given specific roles. It gives them the chance to practice the target language before they do conversation in real environment. It provides a realistic environment for language practice that learners are free to take turns, ask questions, and change topics in small groups or pairs. One small action is more powerful than reading hundreds of course books.

Educational Drama makes learning process more enjoyable. Changing a classroom structure from a traditional order can be a positive element which will relax students and thus will change their achievement and perception of the class. Inserting educational drama activities to English classes can help students to learn while having fun, which in the most circumstances means learning without the hard work and obstruction. It introduces problem situation dramatically; it provides opportunity for learners to assume roles of others and thus appreciate another point of view. It allows for exploration of situations and provides opportunity to practice skills.

Through consuming educational drama procedures to teach English, the monotony of a predictable English class can be broken, and the syllabus can be transformed into one which prepares learners to face their immediate world better as competent users of the English language because they get an opportunity to use the language in operation. Using educational drama techniques also fulfills socio-affective requirements of the learners. Role-playing can boost self-esteem, increase classroom morale, encourage participation and create confidence. students who engage in creative learning learn faster, retain more of what they learn, and are more prone to apply their learning outside the classroom. The techniques of role playing afford another approach to involving students in their own learning process toward the clarification of self-concepts, evaluation of behavior, and aligning of that behavior with drama also allows students to work together, to cooperate and to solve problems and to find the right solutions. They may be engaged in creating scenes, producing role-plays, and spontaneously using their imaginations to learn interactively, in context and to use their creativity and imagination. Wilhelm in the introduction to *Imagining to Learn: Inquiry, Ethics, and Integration through Drama*, book coauthored with Edmiston stated that: "Through drama, students became a part of the learning process rather than mere observers or inactive receptacles of the rich experience of learning; in this way, their learning was deeper, more sustained, and infinitely more complex." (Wilhelm, 1998: 3). This technique gives teachers the opportunity to teach students in a more spontaneous, imaginative and attractive way, which would create a love for learning. It provides valuable problem solving, social, and creative skills. Drama embraces the student's imagination and emotions which in many classrooms are neglected. By consuming drama techniques to teach English, the monotony of a conventional English class can be broken and the syllabus can be transformed into one which prepares learners to face their immediate world better as competent users of the English language because they get an opportunity to use the language in operation. Using drama techniques also fulfills socio-affective requirements of the learners.

**LITERATURE REVIEW:** Teaching English Language and Acting Drama is a particular action to make the learning process more active, exciting, communicative and contextual. Acting is a way of learning by experiencing. Drama techniques, also, refer to all those techniques which accompany a dramatic discourse to help a better understanding and better performance of the text. Drama techniques integrate body, mind and emotions and motivate students by allowing them to use their own personalities and experiences as resources for language production (Maley and Duff, 1978, pp.6-7). McGregor, Tate and Robinson (1977), in *Learning through Drama*, stated that "Drama revolves around the process of behavior, through interpersonal response. In acting-out, the individual himself is the prime medium of expression. Acting-out then is the exploration and representation of meaning using the medium of the whole

person” (P.16). Drama forces students to interact because acting-out involves a “negotiation of meaning” (P.17).

**Drama and Teaching English Conversation** There are several factors that interact in the process of acquiring language and learning new conceptual information through drama. One of the more important ones is “learning by doing”. Drama enables students to learn new language and to understand new ideas by participating in different roles through which they use language to make sense of ideas. Another important contribution to understanding the interaction between language acquisition and drama is the principle that learning is situated within interactions, particularly in drama. Richard Donato (2000) in *Sociocultural Contributions to Understanding the Foreign and Second Language Classroom*, stated that: “learning and development, including foreign and second languages, is situated”. Faltis expressed, “classrooms become sites of situated cultural and language practices, with learners joining together, sometimes in conflict, to negotiate new and developing meanings and understandings”.

Drama is useful for teaching and learning of English because it brings to the learner’s knowledge about language and the development of language skills (Stewig & Buege, 1994, p.118). Drama is not only a performance, but it is a final product or output of a whole learning process (Fuentes, 2010, p.321). According to Chauhan (2004), when students act and interact, they are using their own personal store of language in order to communicate in a meaningful manner. So the students have opportunities to improve their linguistic abilities and oral communication. Drama leads to development of learners’ speaking fluency. Hillyard (2016) mentioned that drama provides learners with drilling and use of ‘divided attention’. In doing this, learners’ attention is not only focused on accuracy, but also other physical activities. The aim of teaching English through drama is not to turn learners into professional actors, but to provide learners with an aid to learn and rehearse the language in its given context (Banerjee, 2014).

Moreover, drama promotes a healthy and interactive environment for the learning of English. There are also studies to support the advantages of drama on students’ language skills. Firstly, Banjaree (2014) focused on the results of using drama for teaching and learning language and communication skills in the classroom. The results revealed that using drama in the classroom made learning experiences meaningful and fun. Teaching English through drama is a useful tool to encourage students to learn meaningful communication. In another study, Khosronejad and Parviz (2013) determined the effect of dramatized instruction on the speaking ability of EFL learners. The results of the study showed that dramatized instruction has positive effects on learners’ speaking skills. Drama is seen as a main aid in the acquisition of communicative competence which is an important part of speaking ability. Moreover, drama is beneficial to learners as it encourages students to become more self-confident in their English usage by experiencing the language in operation and real-life situations. Next, Manjooran and Resmi (2013) conducted a comparative study that involved the use of theatrical performance to enhance the communicative skills and confidence of a classroom of English language learners. Moreover, the drama activities can motivate them to use the target language. Drama is a teaching method which gives the opportunity to involve all student’s senses, interaction, feelings and further experiences as well as it broadens and stimulates imagination. Bolton is of the opinion that: “Drama, as an artistic form, increases the scope of life, leading to a wider experience.” (Bolton, 1984: 12) Drama and the theatre have been known since the ancient times. “Most familiar to us in the Western world is the theatre of ancient Greece which developed from celebration and dance into a golden age of theatre (...) Plato, in *The Republic*, advocated play as a way of learning. Aristotle urged education in the arts, distinguishing between activities that were means and those that were ends.” (McCaslin, 2006: 257). The notion of applying drama to teaching is not new because (...) historically, both drama and theatre have long been reorganized as potent means of education and indoctrination” (McCaslin 2006: 257). Firstly, it

was used as a way of entertainment. Nowadays the idea of applying drama in educating young learners is getting more and more popular among teachers who believe that this method based on action with the great use of imagination and creativity can contribute to learning and it helps teaching in a more enthusiastic and successful way

Drama uses the natural human ability to take different roles. The term 'drama' comes from Greek word 'drao' - which means 'to try', 'to act'. Drama is dated on the cusp of the XIX and village teacher Harriet Finlay-Johnson firstly employed XX and it in England. "Harriet Finlay-Johnson, perhaps more than any other pioneer in classroom drama, can claim the right to the title, on the grounds that she appears to have no model to follow or surpass, no tradition to keep or break. She was the first in the field, or at least the first whose classroom drama practice was to be recorded" (Bolton, 1999: 5). She tried to make the school subjects and generally teaching more interesting. Her lessons were getting more and more popular and admired. She is the author of the book *The Dramatic Method of Teaching*. The linguistic goals, which can be reached by using dramatization in the classroom according to Finlay-Johnson are described as follows:

Children will be 'keen to know'. Children teach and learn from each other. Children will become self-reliant and mainly self-taught Children will acquire a habitual 'thoroughness' in approaching knowledge or skills. Children are to see the teacher as 'companion' and 'fellow-worker' (Bolton, 1999: 10-11).

Finlay-Johnson was the pioneer in applying drama techniques and played a significant role in the issue of second language learning, in Cambridge Henry Caldwell Cook create the basic idea that children learn best when they are doing. In the book *The Play Way* he stated that drama is an effective method of teaching. Wessels gave her definition of drama: "Drama is doing. Drama is being. Drama is such a normal thing. It is something that we all engage in daily when faced with difficult situations" and also that "(...) students learn through direct experience." (Wessels, 1987: 7) In other words every person has his or her role to play, everyone is an actor, e.g. a role of a pupil, a teacher, a mother or the role of the customer in a shop. There are plenty of situations where people ought to behave suitable to their position or the situation they are in. It is a part of human life. Bahman is the opinion that: Activities like role-play, scripted drama, presentations and puppet shows an excellent way to build children's emotional intelligence as they allow children to express their feelings and promote empathy. It is often easier for children to express themselves freely under the guise of another character, a puppet or a pretending to be someone else than to express themselves. This is particularly true of older children who may feel it is easier to say certain things through drama than face-to-face. (Bahman, 2008: 81)

Courtney is also of the opinion that people's "life is a drama" (Courtney, 1980: 13) because people always have to act and improvise. Humans do not have any script how to live and behave that is why they have to anticipate in situations that are unplanned and new for them. Also children from the very beginning play house and take the role of parents or they pretend to be teachers, doctors, singers, or simply adults. Koste described the child's behavior: "He looks at the world around him and plays what he sees—going to the office, driving a bus, make-believe stores or parties and on and on. He tries different ways of acting, assumes various roles and challenges himself with all sorts of problems." (Koste, 1995: 2). Drama for Courtney means: "The human process whereby imaginative thought becomes action, drama is based on internal empathy and identification, and leads to external impersonation." (Courtney, 1980: 13). As it is said above, there are many definitions of drama. On the other side, drama used for teaching slightly differs from the theatre performance. Drama in the context of teaching includes real communication that means involving emotions, ideas, feelings appropriateness and adaptability; in other words, an opportunity to use a foreign language in operation that could be absent in a traditional and conventional language class. This kind of activities contributes to the educators' repertoire of pedagogical strategies creating them a wider option of activities which



are learner- centered and more efficient in teaching English. McCaslin presents the educational aims of using drama: 1. Creative and aesthetic development. 2. The ability to think creatively. 3. Social growth and the ability to work cooperatively with others. 4. Improved communication skills. 5. The development of moral and spiritual values. 6. Knowledge of self. 7. Understanding and appreciation of the cultural backgrounds and values of others. (McCaslin,1998: 56)

While there is sufficient and extensive practice in the classroom children are more confident in their language abilities, they develop the awareness of the use of second language and they react more spontaneously, quickly as well as naturally in the real situations. Bolton gives his reasons for applying drama in education:

1. To help students understand themselves and the world they live in. 2. To help students know how and when (and when not) to adapt to the world they live in. 3. To help students gain understanding of and satisfaction from the medium of drama. (Bolton, (cited in McCaslin) 2006: 263)
2. Drama helps to develop the awareness of the use of language in different environment and situations, building self-confidence, creativity, spontaneity, and improvisation and involving emotions of the participants. Drama facilitates an active involvement of learners. Thus, the learners' experience using language in the classroom becomes similar to the real-life experience. The learners' understanding is enhanced, the knowledge deepened and skills necessary for successful reproduction of a language acquired. The use of drama can contribute to build a solid base which second language need to have in order to be more competent and confident user of the foreign language. Notwithstanding, drama activities are an excellent means for practicing correct pronunciation and stress position of language units. Goodwin stated "drama is a particularly effective tool for pronunciation teaching since various components of communicative competence (discourse intonation, pragmatic awareness, nonverbal communications) can be practiced in an integrated way." (Bolton, 2001: 126) Working and practicing proper pronunciation and intonation in a foreign language result in better and more fluent communication.
3. Other creativity and education experts, such as Cogwell and McLauchlan (2014),
4. find that among other various features that make process drama effective as a teaching
5. and learning tool was that it, "allowed students to create and express ideas through art, a
6. communicative experience that enriched both cognitive understanding and affective
7. response" (p. 72). Students often appreciate opportunities to demonstrate creativity. For
8. instance, written student responses to an arts-based intervention study by Pruitt, Ingram,
9. and Weiss (2014) included statements such as: "[Art] helps my brain function right so I
10. can be creative" (p. 14). Another student in Pruitt et al.'s (2013) study spoke of how art
10. allowed for a better visualization of ideas that were then more easily transferred.

The use of drama as a method for teaching is not new. Historically, both drama and theatre have long been recognized as potent means of education. The difference is that they are used in different ways now.

Drama and theatre arts have been around since ancient times. Initially plays were dramatized inside the church, but as time passed they came out of the walls of church. As Moore (2004) believes, drama provides a fun means of learning.

It brings the affective back into the classroom, an institute where emotions and learning are categorically divided. Recent brain research proves that emotions are linked with learning. When students connect to the concept emotionally, they will have a better understanding of it. When the teachers teach using the arts they are linking prior experiences with new stimuli. Teaching using drama brings emotion and teaches together (Moore, 2004). According to Dodson (Dunar, 2012) drama has played small but consistent role in language teaching in Britain and The United States since 1970's. As Dunar (2012) mentioned, the early, most well-known advocates of drama in the L1 classroom were Bolton. He used drama in classes for all

subjects and made it “the center of the curriculum”. Later on, L2 practitioners adapted drama in their practices and drama gained popularity in foreign language teaching.

Drama is useful for teaching and learning of English because it brings to the learners knowledge about language and the development of language skills (Stewig & Buege, 1994, p.118). Drama is not only a performance, but it is a final product or output of a whole learning process (Fuentes, 2010, p.321). According to Chauhan (2004), when students act and interact, they are using their own personal store of language in order to communicate in a meaningful manner. So the students have opportunities to improve their linguistic abilities and oral communication. Drama leads to development of learners’ speaking fluency. Hillyard (2016) mentioned that drama provides learners with drilling and use of ‘divided attention’. In doing this, learners’ attention is not only focused on accuracy, but also other physical activities. The aim of teaching English through drama is not to turn learners into professional actors, but to provide learners with an aid to learn and rehearse the language in its given context (Banerjee, 2014). Moreover, drama promotes a healthy and interactive environment for the learning of English. There are also studies to support the advantages of drama on students’ language skills. Firstly, Banjaree (2014) focused on the results of using drama for teaching and learning language and communication skills in the classroom. The results revealed that using drama in the classroom made learning experiences meaningful and fun. Teaching English through drama is a useful tool to encourage students to learn meaningful communication. In another study, Khosronejad and Parviz (2013) determined the effect of dramatized instruction on the speaking ability of EFL learners. The results of the study showed that dramatized instruction has positive effects on learners’ speaking skills. Drama is seen as a main aid in the acquisition of communicative competence which is an important part of speaking ability. Moreover, drama is beneficial to learners as it encourages students to become more self-confident in their English usage by experiencing the language in operation and real-life situations. Next, Manjooran and Resmi (2013) conducted a comparative study that involved the use of theatrical performance to enhance the communicative skills and confidence of a classroom of English language learners. The study showed that the students who received the instruction through the theatrical performance improved communicative abilities than those students in the control group who did not provide with the theatrical performance. The results suggest that drama activities can be used to enhance learners’ language skills. Moreover, the drama activities can motivate them to use the target language.

### **Conclusion:**

It can be observed that all the researchers mentioned above do not discuss any aspect related to the impact of Utilizing educational Drama on Improving Palestinian 7th Graders speaking skills in Palestine.

### **REFERENCES:**

- Banerjee, S. (2014). Learn and Unlearn: Drama as an Effective Tool in Teaching English Language and Communication. *International Journal of English Language & Translation Studies*, 2(1), 79-91. <http://www.eltsjournal.org>
- Hillyard, S. (2016). *English through Drama*. Innsbruck, Austria: Helbling Languages.
- Manjooran, L. & Resmi, C.B. (2013). Theatre Performance for Oral Communicative Competence. *Social Science & Humanities*, 21(2), 773-782.
- Stewig, J.W. and Carol Buege. (1994). *Dramatizing literature in whole language classrooms*. New York: Teachers College Press.

- Banerjee, S. (2014). Learn and Unlearn: Drama as an Effective Tool in Teaching English Language and Communication. *International Journal of English Language & Translation Studies*, 2(1), 79-91. <http://www.eltsjournal.org>
- Chauhan, V. (2004). Drama techniques for teaching English. *The Internet TESL Journal*, 10(10). <http://www.iteslj.org>
- Khosronejad, S. & Parviz, M. (2013). The Effect of Dramatized Instruction on Speaking Ability of Imam Ali University EFL Learners. *International Journal of Applied Linguistics & English Literature*, 2(5).
- Zyoud, M. (2010). Using drama activities and techniques to foster teaching English as a foreign language: a theoretical perspective. Al Quds Open University.
- Wessels, Charlyn (1987) *Drama* Oxford: OUP
- Bahman, Shahnaz and Helen Maffin (2008) *Developing Children's Emotional Intelligence* London: Bloomsbury Publishing
- Bolton, Gavin (1999) *Acting in Classroom Drama* New York: Calendar Islands Publishers
- Courtney, Richard (1980) *Dramatic Curriculum* London: Heinemann Educational Books Ltd
- Koste, V. Glasgow (1995) *Dramatic Play in Childhood: Rehearsal for Life* Portsmouth NH: Heinemann
- Wilhelm, Jeffrey D. and Brian Edmiston (1998) *Imagining to Learn: Inquiry, Ethics, and Integration through Drama* Canada: Pearson Education
- Wessels, Charlyn (1987) *Drama* Oxford: OUP
- Maley, A., & Duff, A. (1978). *Drama Techniques in Language Learning*: Cambridge University Press.
- Chauhan, V. (2004). Drama Techniques for Teaching English. *The Internet TESL Journal*. Vol. X, No. 10, (3).
- Cogswell, J. K. M., & McLauchlan, D. (2014) Explorations with affective engagement: Combining process drama with the Canadian history curriculum. *Applied Theatre Research*, 2(1), 61-75.
- Bolton, G. 1979. *Towards a Theory of Drama in Education*. Harlow: Longman.
- Maley, A., & Duff, A. (2011). *Drama Techniques in Language Learning*. Cambridge: Cambridge University.
- McCaslin, N. (2006). In a "Supplement to (Interactive and Improvisational Drama: Varieties of Applied Theatre and Performance. Edited by Adam Blatner, M.D. And Daniel Weiner, Ph.D.) Chapters, 8,9,10, and 16. Reflections on Creative Drama, Process Drama-in-Education, Theatre-in-Education, and Drama Therapy. Posted September 28, 2006 [www.interactiveimprovisation.com/mccaslinwb.html](http://www.interactiveimprovisation.com/mccaslinwb.html). Retrieved January 11, 2011.
- Chauhan, V. (2004). Drama Techniques for Teaching English. *The Internet TESL Journal*. Vol. X, No. 10, (3).
- Donato, R. (2000). Sociocultural contributions to understanding the foreign and second language classroom. In Lantolf (ed.) (pp. 27-50).
- Stewig, J. and Buege, C. (1994). *Dramatizing Literature in the Whole Language Classroom*. New York and London: Teachers College Press.
- Robinson, K. (Ed.). (1980). *Exploring theatre and education*. London: Heinemann Educational Books, Ltd.

## ISLAMIC EMOTICONS PRODUCTS: TOWARDS HALAL PRODUCT BRANDING BETWEEN INDONESIA AND MALAYSIA

<sup>1</sup>Muhamad Ali Mustofa Kamal, <sup>2</sup>Aksamawanti, <sup>3</sup>Mila Fursiana Salma Musfiroh, <sup>4</sup>Ika Setyorini

Faculty of Sharia and Law, Sains Al-Qur'an University, Indonesia  
Email: [musthofakamal@unsiq.ac.id](mailto:musthofakamal@unsiq.ac.id); Email: [aksamawanti@unsiq.ac.id](mailto:aksamawanti@unsiq.ac.id);  
Email: [milafursiana@unsiq.ac.id](mailto:milafursiana@unsiq.ac.id); Email: [ikasetyorini@unsiq.ac.id](mailto:ikasetyorini@unsiq.ac.id)

### ABSTRACT

The development of the halal industrial market that is rapidly in the international arena has made the industry as one of the priorities of development in many Muslim countries, including Indonesia and Malaysia. It is characterized by the harmonization of the Law of the Republic of Indonesia No. 33 year 2014 about Halal product guarantee which brings out many Halal Examiner Institute of Halal Center in these areas. In the future, the purpose of this research is to know the effectiveness of the implementation of Islamic emoji products in Indonesia and Malaysia companies that already have label of halal product. On the agenda of the study brought the variable of Islamic emoticons products as a development of the concept of product 'Tayyiban', a product that is based on the provisions of Islamic religious teachings. Emoticons of Islamic product is a product that is halal and 'tayyib' (useful), has the power of Ukhuwah and Barokah (blessing), which is the principle of sharia that is strongly obeyed and applied to products produced by the company of Indonesia and Malaysia through the product process Good halal (Tayyib).

**Key Words:** *emoticons, halal product, tayyib, Indonesia, Malaysia*

### Introduction

The development of today's halal industry is booming, with the world becoming more and more aware of the concept of halal brought by Islam which is universal and comprehensive and not merely religious in nature (Wahab et al., 2015). This was also pushed by the rise of Muslim community awareness to apply the concept of Islamic teachings in their daily lives and was also supported by regulations from the state and government through the Halal Product Guarantee Act. The growth of the halal food industry has been very encouraging and the economic potential of the demand for this industry has led to countries such as Malaysia, Thailand, Indonesia and Brunei striving to boost their halal food production industry (Abdul Hamid et al., 2015). Malaysia and Indonesia with its comprehensive halal ecosystem wants to position itself as the halal hub in the Asian region. The global Halal market estimated to be worth US\$150 billion a year and the Halal food industry pegged to grow at a rate of 2.9% annually (Asia Inc, July/August 2007), businesses should indeed be tapping at this growing market segment (Al-Harran & Low, 2008). The rapid growth of the halal industry has also led to the development of halal law in both countries, Indonesia and Malaysia. The potential market for halal products in Indonesia and Malaysia is huge. Especially now that the Sharia-based industry, including halal products, is experiencing rapid development amid the increasing religious tendencies of people in both countries (Rama, 2014).

---

Dr. Muhamad Ali Mustofa Kamal, AH, S.Th.I, M.S.I is Lecturer and head of Major Quranic Studies, <sup>1</sup> in Faculty Sharia and Law, Sains Al-Qur'an University Indonesia  
Aksamawanti, S.HI, M.H is Lecturer and head of Major Sharia Economic Law, in Faculty Sharia and <sup>2</sup> Law, Sains Al-Qur'an University, Indonesia  
Mila Fursiana Salma Musfiroh, S.HI, M.S.I is Lecturer and head of Major Islamic Banking, in Faculty <sup>3</sup> Sharia and Law, Sains Al-Qur'an University, Indonesia  
Ika Setyorini, S.H, M.H is Lecturer and head of Major Law, in Faculty Sharia and Law, Sains Al-<sup>4</sup> Qur'an University, Indonesia.

The study of consumer behaviour in Malaysia and Indonesia is vital when it comes to marketing of halal products, for applying 4Ps (Price, Product, Promotion and Place) and other strategic options—of Halal products with reference to Halal companies. Halal food also adheres to strict standards in hygiene and sanitation, and is not harmful to health. M. Sabri's research shows that McDonald's in Singapore can be seen as a prime example. This has seen the entry of eight million customers a year after obtaining halal certification. Since being certified halal, KFC, Burger King and Taco Bell have seen a 20% increase in subscribers (Sabri, 2006). Consumers would turn their attention to a well-marketed product that does not have a halal mark but they would read its ingredients, in contrast to purchasing one that has less credibility but sports a halal logo (Al-Harran & Low, 2008). It is therefore worthwhile that we take a closer look at consumer intention to choose halal products that can be used to predict and satisfy customers and company objectives (Lada, Harvey Tanakinjal, & Amin, 2009).

Learning from a number of cases of marketing existing business products, the industrial world and companies view ethics in business as an important instrument that must be placed at the forefront. One important aspect that marks the rise of business ethics among companies (producers) is the rise of food products with the label "halal". The existence of the brand is indicated by the potential buyer when they already have a brand information and will form a particular perception, where a positive perception of brands has an impact on consumers intention to buy the brand from the offered products (Hasibuan, Dharma, Putra, & Anggraini, 2017). The phenomenon of halal product labeling is not only a national and local business trend, but also an international trend. Such as Codex Purity, the Islamic Food and Nutrition Council of America (IFANCA) and the Australian Quarantine and Inspection Service (AQIS) are tangible forms of globalization of the halal product globalization (Muhammad, 2009). Based on the above data, a business phenomenon can be drawn, namely how the implementation of Islamic emoticon products, which can be analyzed or examined through the labeling of halal products that have been running in Indonesia and Malaysia.

## **Result and Discussion**

### **The Rules of Islamic Emoticons Products**

All Muslims are required to eat halal (permissible) food, which is almost everything, but does exclude pork and alcohol and their derivatives. For meat to be considered halal, it must be from an animal which has been killed as the name of Allah is mentioned. Any meat killed without that condition being met, cannot be considered halal. The concept of halal is much more than just an idea relating to meat or halal slaughter, it also relates to purity (tayyib) and considers people, products, and process, in a word pairing mentioned many times in the Qur'an (*Routledge Handb. Halal Hosp. Islam. Tour.*, 2019). Halal food is defined as being "free from any component that Muslims are prohibited from consuming" (Kurniadi & Frediansyah, 2017). Halal food includes milk (from cows, sheep, camels, and goats), honey, fish, legumes, grains, and plants (that do not intoxicate). Haram food includes swine meat, pork-based products and by-products; carrion or dead animals; blood and blood by-products; animals slaughtered or killed without the name of Allah; intoxicants (e.g. alcohol and narcotics); carnivorous animals; birds of prey; and land animals without external ears, e.g. snakes and worms. The Quran states that:

Prohibited to you are dead animals, blood, the flesh of swine, and that which has been dedicated to other than Allah, and (those animals) killed by strangling or by a violent blow or by a head-long fall or by the goring of horns, and those from which a wild animal has eaten, except what you (are able to) slaughter (before its death), and those which are sacrificed on stone altars. (QS. Al-Maidah, 3)

You who believe, eat the good things We have provided for you and be grateful to God, if it is Him that you worship. He has only forbidden you carrion, blood, pig's meat, and

animals over which any name other than God's has been invoked. But if anyone is forced to eat such things by hunger, rather than desire or excess, he commits no sin: God is Most Merciful and Forgiving. (QS. Al-Baqarah, 172–173)

These verse Al-Maidah, 3 indicates what can be eaten and what cannot. Furthermore, halal food must be food that is clean, safe, and healthy to consume, while haram food is any food that could harm humans as forbidden by Allah. These verses Al-Baqarah, 172–173 signify the need to produce halal and tayyib foods that are interpreted as permitted and wholesome. Tayyib is used to refer to a standard that has been revealed in the books of Allah that come prior to the Quran, i.e. the Torah (the Old Testament) and the Injil (the New Testament). Considering Halal as a subject and Tayyib as a process, facilitates Halal certification procedure. The main objective of Tayyib is to produce clean and pure, food and to create a comfortable feeling as a main goal, which can be achieved if food is produced according to Sharia (Islamic principles). Halal labelled food should reflect the concept of Halal and Tayyib, particularly the identification of all ingredients involved in the production, determination of Halal and toxicity status, and removal of repulsive, Najis (ritually unclean) and toxic ingredients (Alzeer, Rieder, & Hadeed, 2018). Tayyib highlights a universal standard of food consumption. This is also supported by the classical definitions of Tayyib, which are as follow: (1) A thing which is not abominable, which is attractive and which a sound mind person considers good for health; (2) Tasty, delicious, wholesome, free from hazards to health; (3) Free from hazards to health, delicious and nourishing; (3) A thing that is medically suitable for consumption (Ur Raheema, 2018).

Islamic emoticonic products are halal and toyyib products (useful). One of the things that cannot be removed from the communication process is the need for emoticon or the use of symbols. Symbols or emoticon are something used to denote something else, based on a group of people. These symbols can be verbal, nonverbal or other objects whose meaning is mutually agreed upon, for example putting up a yellow flag is a sign of grief for some people on the island of Java Indonesia (Keddie, 1963). The emoticons or symbol is very varied and depends on the culture that takes place in one place. There are many moral messages contained in the symbolism. the symbol is said to be islamic or not islamic, the problem is that we lack the will and ability to find the meaning of the message behind the symbols, and we fall into the normative tendency of the substitute in interpreting the arguments, causing confusion in understanding the concept of 'shirk' (Subur, 2017). Due to the fact that the symbol of the Islamic emoticons is when it is not contrary to Islamic law and ethics for business (Stanton, 2018).

Business ethics refers to the ethical rules and principles applied in any business activities, defines Islamic ethics as “the code of moral principles that are prescribed by the Quran and Sunnah”. The basis for Islamic ethics includes: truthfulness, trustworthiness, generosity and leniency, and avoidance of immoral behaviour such as fraud, cheating, and deceit. The ethical values such as honesty, trustworthiness, and care for the poor are similar under Islam, Judaism, and Christianity, and that there is a common approach within the Abrahamic religions. However, with respect to business, Islamic ethical values cover the entire aspect of business practices and include issues of interest (riba), taxation (alms or zakat), and accumulation of wealth. These are similar to other Abrahamic religions but also depend on scriptural interpretation, the nature of institutions, and religiosity (Razak, Hall, & Prayag, 2019).

In the Islamic world and religiosity, the use of emoticon as a medium of communication is not unusual. However limited the knowledge and rigor in interpreting nash / arguments, it is not uncommon for many to deny the existence of emoticon in the process of religious life. Which then categorizes the emoticon of the religious life into superstition or even irresponsibility, namely idolatry. Not only in prayer and worship, the use of emoticon is also common in the educational process. As the caliph Umar bin Abdul Aziz did, when he received a complaint from a Jew who was being mistreated by one of his governors in his constituency, Umar bin

Abdul Aziz took a camel bone and then stabbed the bone with a sword, then ordered The Jew was to bring the bone to his governor. As the bones were brought before the governor, the governor suddenly shook and spat. The Jews were amazed. When asked, the governor replied, "This is a message from the Umar caliph that I should do just as well as the straight line to this bone. If I can't, then the sword will straighten my way. " The governor then apologized for his mistake. Seeing this incident, the Jew bowed to the two men he met, and then firmly uttered two confession sentences. The process of communicating with the emoticon, has played a role in the Jews' conversion to Islam. A symbol in the form of a logo or emoticon is used to convey a message or a marketing message that is easy to understand for consumers (users). In the case of a product, the shape of the logo or its halal symbol is important to know the condition, quality, message of the product, whether or not it is legal.

Halal certification system is vital for the customers who prefer to consume Halal products. Here the definition of Halal is taken through the views of eminent Islamic scholars. Different interpretations of Halal items are being made, whereas many bodies are certifying these as Halal products (Khan & Haleem, 2016). Halal is an Arabic word that means it is legal or that what is permitted and permitted by the lawgiver (Allah), whereas Haram means breaking the law or being prohibited (Qardawi, 1985). The principle of halal and haram in Islam according to Yusuf Qardawi is: (1). All things created by Allah Almighty are lawful, except by some exceptions are specifically prohibited; (2) Halal or haram food is based on the commandments is mentioned in the Quran and the Sunnah; (3) All haram intermediaries are haram; (4). Everyone who is lawful rejects something haram; (5) Prohibiting the haram Against the Illegal The Same as Syrik; (6). About the halal & haram alone is God's right; (7) Stay away from discouragement for fear of engaging in haram activities (Qardawi, 1985). Therefore, usually, when a Muslim wants to buy foods, the first thing to note is the logo of halal. Halal logo forms from different worlds are different, but one thing is the same that is written in Arabic halal.

The halal logo classification can be categorized into the logo identification. Research that supports the identification of this logo is like the detection of a company's logo (Hendrick et al., 2018). When a product is halal certified, symbols are usually printed on the packaging to inform consumers. For example, the Food and Nutrition of the American Islamic Council (IFANCA) uses a crescent moon, the symbol means "good for Muslims" (Anonymous, 2009). There are several other symbols used by halal-certification institutions, such as Arabic letters, Arabic letters for halal words or the actual word "halal". However, the product will be more accepted by Muslim consumers if the logo is from a local or halal authority, in the case of imported products, if it denotes a reputable halal-certified organization. The halal logo is an authoritative, independent and reliable testimony to support halal food claims. In addition, it provides 100% profit from a larger market share: there are no non-Muslim market / client losses. Halal certification increases the selling power of products in Muslim countries and markets and requires small investment costs, compared to some revenue growth. Finally, halal images of products are encouraged to meet varied customer needs. The marketing of the goods with the halal logo contains the mission of fellowship (ukhuwah) and the blessing of each product offered in line with the Quran and the Sunnah and does not have any detrimental effect.

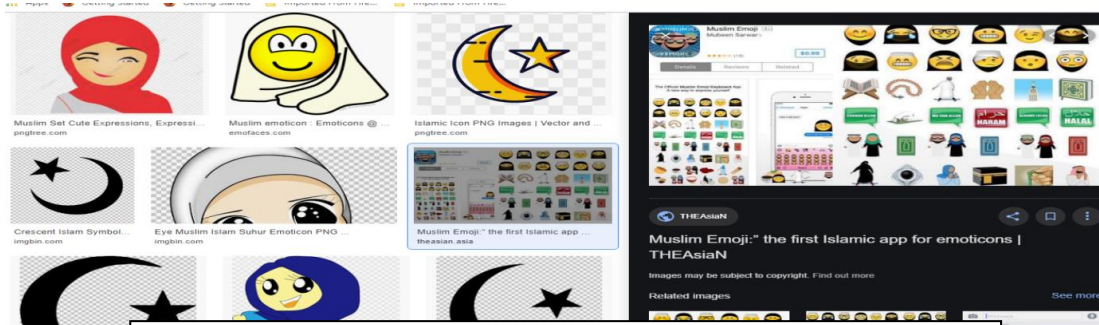
Many consumers use Halal logo as an important cue in their purchasing decision. Thus the question remain on whether consumers really use Halal logo as a cue or the answer given to the researcher is the exactly what the researcher really expected to hear due to a subjective norm (Ismail, Othman, Rahman, Kamarulzaman, & Rahman, 2016). Food ingredients, which can legitimately claim to be "halal", will win the trust of Muslim consumers and become an important part of brand equity. A halal logo on the packaging is a sign of certainty. The history of emoticons on Muslim websites, forums, and chat threads is, or was historically, one of eager adoption. This is an important point: if no site members were adopting and deploying emoticons, there would be little need for users to discuss their appropriateness. Second, although Islamic, text-based emoticons have emerged and been available for more than a

decade, regular, humanoid smileys remain popular. These image-based emoticons, like many new technologies, have and continue to engender anxieties and concerns, in terms of whether they are necessary, whether they are appropriate, and whether they are a positive or negative influence on users and society in general. Among Muslims the questions about emoticons have led both to requests for scholarly rulings and to discussions among ordinary Muslims (Stanton, 2018).

On the agenda of this research is the emoticon product of Islam is a halal product that fulfills Islamic law which is characterized by bile, fellowship and blessing. These products can be viewed from the product packaging available.

Some other examples of Islamic emoticons are creating Arabic expressions in Arabic as such pictorial icons.





Emoticonik Halal Logo: Indonesia and Malaysia



Figure 1: Halal Logo 1



Figure 2: Halal Logo 2



The confusion among the informers between Halal logo are clearly shown and the reason why there are still informers that think that Halal logo 2 is the current Halal Malaysia logo is due to the words “Jabatan Kemajuan Islam Malaysia” used in the previous Halal logo even though this logo is no longer valid. In 2003, the old Halal logo design has been replaced with the new one where the word “Jabatan Kemajuan Islam Malaysia” has been replaced with the word “Malaysia” which offer better security features in order to avoid fraud and confusion among consumers (JAKIM, 2014) .

In the context of Islamic emoticons (Islamic emoticons) "halal" apart from the emotions and icons that are interpreted on each product must be characterized by *toyyib*, *ukhuwah* and *barokah*. Therefore, the formulation of delivering halal product information using Islamic emoticons is easier to understand for the general public. With the intention that the essence and substance of the product can be conveyed perfectly. This research agenda is also strengthened by the results of Abdul Ghani's (2012) research which shows that in general visualization of the use of finance scheme descriptions is more easily recognized and understood by the public (Ghani, 2016).

### **Halal Product Branding Between Indonesia and Malaysia**

The halalness of a product becomes a mandatory requirement for every consumer, especially Muslim consumers. In the international trade system, issues of certification and product marking are getting good attention in order to provide protection to Muslim consumers throughout the world as well as strategies to face the challenges of globalization. Nowadays, there are many foods, drinks, medicines and cosmetics on the market. Consumers often do not know whether the product they use is halal or haram. Halal signs are often misused by business actors to attract consumers' interest in buying a product, even though the product has never been examined by a halal inspection agency and does not have a halal certificate so that consumers feel disadvantaged because illicit goods are given halal marks (Triasih, Heryanti, & Kridasaksana, 2017).

One important aspect that marks the rise of business ethics among companies (producers) is the rise of food products with the label "halal". in a case study in Indonesia, the labeling of halal products mandated by the Law of the Republic of Indonesia (UU) Number 33 year of 2014 concerning halal product guarantee is an innovation that must be done by businesses in Indonesia. Because the JPH Law aims to provide comfort, security, safety, and certainty in the availability of halal products for the public in consuming and using products; and increase added value for business actors to produce and sell halal products (Charity, 2017). Therefore, the importance of the official (original) Halal logo is something that cannot be bargained anymore, because all products that enter, circulate, and trade in the territory of Indonesia must be halal-certified because this is the mandate of the 2014 JPH Law.

For Muslim, the halal logo is important to identify before buying some products (Hendrick et al., 2018). The Halal logo is not the same for every country. Both Halal logo Indonesia and Malaysia are different. Halal Malaysia logo has become an integral part of marketing Halal products and services especially in Malaysia. However, the function of logo is merely as a visual cue that uses to represent something (Ismail et al., 2016). To understand the value of Halal Malaysia Brand is really crucial because as a co-brand to the other product, Halal Malaysia must offer some value to its partner and if there is no significant value offered by Halal Malaysia then there is no point of the synergy because such endeavour does involved cost. If consumers don't really recognize Halal Malaysia Brand as credible Halal assurance cue then there is no reason for co-branding and if the situation persists in future, consumers especially Muslims are the one who will have to pay the price (Ismail et al., 2016).

Based on 2016 Thomson Reuters data, the score of Indonesia's Islamic economic indicators ranks 10th, while Malaysia ranks first. Nevertheless, Indonesia has a highly developed halal sector, namely the food and beverage industry and the fashion industry. While the potential of other industries that deserve to be developed are the financial industry, the pharmaceutical and cosmetics industry, the tourism industry (Barus, 2017) .

According to Difi A. Johansyah, Indonesia still has to catch up with other countries that are developing the halal industry. Call it like Thailand with halal certified food production, Australia exports halal meat, China which exports Muslim clothing to the Middle East, and Korea and Japan which produce a lot of halal cosmetics. Ideally, Indonesia is not just a market, Indonesia's opportunities are huge. According to Perry Warjiyo, Indonesia is the largest halal market in the world. The halal business market in Indonesia is approaching Rp 3,000 trillion in 2015, not including halal clothing and halal tourism. But who is the player, not a Muslim country but a country that is in fact a their religions of non Muslim. Therefore, the halal lifestyle (halal lifestyle) is a new breakthrough in the current Islamic economy (Sholihah, 2017).

The essence of a halal product is a product that has been declared lawful in accordance with Islamic law (JPH Law, 2014), which does not involve the use of illegal (prohibited) materials, labor or environmental exploitation, and is not harmful or intended for harmful use. Every Muslim, individual Islamic organization or institution can issue a halal certificate, but acceptance of the certificate depends on the import country or Muslim community served through that certification. For example, to issue halal certificates for products exported to Malaysia and Indonesia, halal certificates issuing bodies must be listed on an agreed list for each country. Halal Product Guarantee Agency, hereinafter abbreviated as BPJPH, is a body formed by the Government of Indonesia to organize Halal Product Guarantee (JPH). Halal Product Guarantee is the legal certainty of the halal status of a Product as evidenced by a Halal Certificate (Agus, 2017). In Malaysia, halal certification is managed, regulated, and monitored by the Department of Islamic Development Malaysia (JAKIM), established by the Government of Malaysia. Since 1974, JAKIM plays a significant role as accreditation body for halal food and product certification in the country. In 1994, a standardized logo was used for halal-certified products (Saidin & Rahman, 2016). Whereas in Malaysia, the Malaysian Islamic Progress Position (JAKIM) took a list of organizations from 16 to only three approved organizations. About 50% of previously approved and now registered by JAKIM are not even active in issuing halal certificates, according to JAKIM sources. Other registered organizations fail to meet JAKIM guidelines (Aliff et al., 2015).

Malaysia and Indonesia in millennial period has taken a lot of initiatives to promote its halal products such as through halal branding, islamic emoticon product, promotion, e-commerce and distribution. However, it is doubtless that there are a lot of problems and challenges especially in halal certification and legal rights in getting intellectual property protection and public trust. The important aspect of Halal Malaysia and Indonesia brand equity which pointed to a serious issue in relation to the Halal brand. Awareness is the most fundamental part of the brand equity, and its' also provides a clue on the current status of this brand. However, in order to achieve a higher level of equity, first a brand should be easily recognized by consumers. Many previous studies suggested that Halal logo were a main factor that determine consumers' decision, nevertheless this study found that Halal logo is not the only consideration that usually being considered by consumers during any of their Halal decision making process. The attitude toward halal labeling and subjective norm have positive and significant influence on the variable of intention with very significance.

## **Conclusion**

The variable of Islamic emoticons products as a development of the concept of product 'Tayyiban', a product that is based on the provisions of Islamic religious teachings. Emoticons of Islamic product is a product that is halal and tayyib (useful), has the power of Ukhuwah and

Barokah (blessing), which is the principle of sharia that is strongly obeyed and applied to products produced by the company of Indonesia and Malaysia through the product process Good halal (Tayyib). Islamic emoticonic products are a halal and tayyib (beneficial) product, possessing the power of fellowship and barokah (blessing), a highly coherent shariah principle and applied to products produced by companies through the Halal Product Process (PPH) which is a series of activities to guarantee Product specifications include the provision of materials, processing, storage, packing, distribution, sales, and product delivery.

#### REFERENCES:

- Abdul Hamid, D. N. 'Adha, Saidpudin, W., Othman, N., Miskam, S., Syed Ager, S. N., Abdullah, M., ... Abdul Wahab, N. (2015). *World-AR 2015 (04) - Industri Makanan Halal Serantau: Kajian di Malaysia dan Indonesia. Isu dan cabaran pensijilan halal: Satu kajian perbandingan antara Malaysia dan Thailand.*
- Agus, P. A. (2017). KEDUDUKAN SERTIFIKASI HALAL DALAM SISTEM HUKUM NASIONAL SEBAGAI UPAYA PERLINDUNGAN KONSUMEN DALAM HUKUM ISLAM. *Amwaluna: Jurnal Ekonomi Dan Keuangan Syariah.* <https://doi.org/10.29313/amwaluna.v1i1.2172>
- Al-Harran, S., & Low, P. K. C. (2008). Marketing of Halal Products: The Way Forward. *The Halal Journal.*
- Aliff, M., Majid, A., Hafifi, I., Abidin, Z., Adilin, H., Abd, M., & Chik, C. T. (2015). Issues of Halal Food Implementation in Malaysia. *Journal of Applied Environmental and Biological Sciences Wwww.Textroad.Com.*
- Alzeer, J., Rieder, U., & Hadeed, K. A. (2018). Rational and practical aspects of Halal and Tayyib in the context of food safety. *Trends in Food Science and Technology.* <https://doi.org/10.1016/j.tifs.2017.10.020>
- Anonymous. (2009). IFANCA responds to rumors about halal certification at Cargill/Better beef plant.
- Barus, R. (2017). Meningkatkan Perkembangan Industri Halal di Indonesia. Retrieved October 14, 2019, from <https://www.industry.co.id/read/11859/meningkatnya-perkembangan-industri-halal-di-indonesia>
- Charity, M. L. (2017). JAMINAN PRODUK HALAL DI INDONESIA ( HALAL PRODUCTS GUARANTEE IN INDONESIA ). *Legislasi Indonesia.*
- Ghani, A. (2016). KONASI MASYARAKAT TERHADAP PENGGUNAAN ARABIC TERMS DAN DESKRIPSI FINANCE SCHEME DALAM PEMASARAN PRODUK BANK SYARIAH (Analisa Pada Masyarakat Kota Yogyakarta). *JESI (Jurnal Ekonomi Syariah Indonesia).* [https://doi.org/10.21927/jesi.2012.2\(2\).155-166](https://doi.org/10.21927/jesi.2012.2(2).155-166)
- Hasibuan, H. A., Dharmas, M., Putra, T., & Anggraini, F. (2017). The Effect of Halal Label , Halal Awareness and Brand Image on Consumer Intention to Buy. *International Journal for Innovative Research in Multidisciplinary.*
- Hendrick, Wang, C.-M., Aripriharta, Jhe, C.-G., Tsu, P.-C., & Jong, G.-J. (2018). The Halal Logo Classification by Using NVIDIA DIGITS. In *2018 International Conference on Applied Information Technology and Innovation (ICAITI)* (pp. 162–165). IEEE. <https://doi.org/10.1109/ICAITI.2018.8686730>
- Ismail, W. R. B. W., Othman, M., Rahman, R. A., Kamarulzaman, N. H., & Rahman, S. A. (2016). Halal Malaysia Logo or Brand: The Hidden Gap. *Procedia Economics and Finance.* [https://doi.org/10.1016/s2212-5671\(16\)30122-8](https://doi.org/10.1016/s2212-5671(16)30122-8)
- JAKIM. (2014). Manual Procedure for Malaysia Halal Certification (Third Revision) 2014. *Manual Procedure for Malaysia Halal Certification (Third Revision) 2014.* <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Keddie, N. R. (1963). Symbol and Sincerity in Islam. *Studia Islamica.* <https://doi.org/10.2307/1595192>
- Khan, M. I., & Haleem, A. (2016). Understanding “ Halal ” and “ Halal Certification &

- Accreditation System ” - A Brief Review. *Saudi Journal of Business and Management Studies*.
- Kurniadi, M., & Frediansyah, A. (2017). Halal Perspective of Microbial Bioprocess Based-Food Products. *REAKTOR*. <https://doi.org/10.14710/reaktor.16.3.147-160>
- Lada, S., Harvey Tanakinjal, G., & Amin, H. (2009). Predicting intention to choose halal products using theory of reasoned action. *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*. <https://doi.org/10.1108/17538390910946276>
- Muhammad. (2009). LABEL HALAL DAN SPIRITUALITAS BISNIS Interpretasi atas Bisnis Home Industry. *Salam: Jurnal Studi Masyarakat Islam, Volume 12*(2 Juli-Desember 2009), 101–127. Retrieved from [ejournal.umm.ac.id/index.php/salam/article/download/446/453](http://ejournal.umm.ac.id/index.php/salam/article/download/446/453).
- Qardawi, Y. (1985). *al-Halal wa al-Haram fi al-Islam*. Beirut: Maktabah al-Islami.
- Rama, A. (2014). POTENSI PASAR PRODUK HALAL DUNIA. *Fajar*.
- Razak, N. H. A., Hall, C. M., & Prayag, G. (2019). Understanding Halal Hospitality. In *The Routledge Handbook of Halal Hospitality and Islamic Tourism*. <https://doi.org/10.4324/9781315150604-2>
- Saidin, N., & Rahman, F. A. (2016). Halal Feed for Halal Food: An Exploratory Study of the Malaysian Legal and Regulatory Framework on Animal Feed. In *Contemporary Issues and Development in the Global Halal Industry*. [https://doi.org/10.1007/978-981-10-1452-9\\_13](https://doi.org/10.1007/978-981-10-1452-9_13)
- Sholihah, A. V. & B. (2017). Memacu Industri Halal Lewat ISEF 2017. Retrieved October 14, 2019, from <https://www.republika.co.id/berita/ekonomi/syariah-ekonomi/17/11/08/oz3131368-memacu-industri-halal-lewat-isef-2017>
- Stanton, A. L. (2018). Islamic emoticons and religious authority: emerging practices, shifting paradigms. *Contemporary Islam*. <https://doi.org/10.1007/s11562-017-0412-8>
- Subur, S. (2017). Religi Grebeg Sura di Banyumas. *IBDA` : Jurnal Kajian Islam Dan Budaya*. <https://doi.org/10.24090/ibda.v15i1.838>
- The Routledge Handbook of Halal Hospitality and Islamic Tourism*. (2019). *The Routledge Handbook of Halal Hospitality and Islamic Tourism*. <https://doi.org/10.4324/9781315150604>
- Triasih, D., Heryanti, B. R., & Kridasaksana, D. (2017). KAJIAN TENTANG PERLINDUNGAN HUKUMBAGI KONSUMEN TERHADAP PRODUK MAKANAN BERSERTIFIKAT HALAL. *Jurnal Dinamika Sosial Budaya*. <https://doi.org/10.26623/jdsb.v18i2.571>
- Ur Raheema, S. F. (2018). Assuring Tayyib from a food safety perspective in Halal food sector: a conceptual framework. *MOJ Food Processing & Technology*. <https://doi.org/10.15406/mojfpt.2018.06.00161>
- Wahab, N. A., Shahwahid, F. M., Hamid, A. A., Miskam, S., Nazirah, S., Ager, S., ... Saidpudin, W. (2015). WAR 13 UNDANG-UNDANG HALAL MALAYSIA: ISU DAN CABARAN. *World Academic and Research Congress*.

## ISLAMIC ETHICS IN CONTEMPORARY MUSLIM SOCIETIES: WHAT, WHY, AND HOW?

Fethi B Jomaa Ahmed

Research Center for Islamic Legislation and Ethics, College of Islamic Studies, Hamad Bin Khalifa University,  
Doha, Qatar

\*Corresponding author email: [fahmed@hbku.edu.qa](mailto:fahmed@hbku.edu.qa); [fethibja@gmail.com](mailto:fethibja@gmail.com)

### ABSTRACT

The term ‘Contemporary Muslim Societies’ in this research refers to Muslim-majority societies, which are the 57 member states of the Organization of Islamic Cooperation (OIC). These societies suffer from many moral problems such as corruption, negligence, irresponsible behaviour, exploitation, harassment, discrimination, breach of privacy, lying and cheating. These problems could potentially jeopardize any development efforts. Political leaders, social scientists and policy makers obviously tend to focus more on physical as well as technological aspects of development. Models of developments that overlook ethics in general and social ethics in particular most likely will be unsuccessful. Islamic *Shariah* sources of knowledge, especially the Qur’an and *Hadith*, as well as historical evidences show that moral decay is one of the main causes for civilization decay and community chaos. One of the fundamental characteristics of *Shariah* is that it is a blessing for the world (*rahmatan lil alamin*) and one of its main objectives is to accomplish good character. The primary sources of the *Shariah* provide pertinent insights on ethics and morality in general and social ethics in particular. There are more than one thousand verses in the Qur’an and numerous *Hadiths* that deal with ethics. For instance the Qur’anic chapters (*Surahs*) *Al-Hujurat* (Qur’an: 49), *Luqman* (Qur’an: 31) and *Al-Noor* (Qur’an: 24) constitute a solid ground of Islamic ethics study. Besides, Muslim scholarship on the topic particularly the Moral World of the Qur’an by Muhammad Abdulla Draz, the Ethico-Religious Concepts of the Qur’an by Toshihiko Uzutsu, and Ethics of Islam by Yusuf Al-Qaradawi is worth exploring in this context. This paper is an interdisciplinary library study, which attempts to answer the question of what Islamic ethics is all about. It provides an overview on the meaning and scope of Islamic ethics and includes highlights from the Qur’an and *Hadith* as well as discussion of the views of a number of prominent Muslim scholars. Then, it addresses the question of why Islamic ethics is relevant to contemporary Muslim societies. Here, it critically explores the ethical roots of the current major problems and challenges in contemporary Muslim societies. This study concludes by an attempt to answer the ‘how question’ by highlighting the role of *Shariah* scholars, sociologists, ethicists, policy makers, and political leaders in the moral development by enhancing Islamic ethics to maintain community harmony, balance, cohesion, and strength to adapt to modern challenges the local and global levels. In this analysis, the author uses the thematic commentary on the Qur’an (*Tafsir Mawdhue’*) and *Hadith* methodologies, and integrates the methods of sociology and Ethics as a discipline of study.

**Keywords:** *Islam, Shariah, Ethics, Development, Methodology, Muslim societies*

### Introduction

The main sources of *Shariah*; the Qur’an and *Hadith*, provide pertinent insights and numerous teachings on ethics and make ethical behaviour and good character paramount. A cursory survey on the development of Islamic Ethics as an area of research shows that the field suffered from two major problems. On one hand, Western scholarship on ethics from ancient to contemporary times leaves a vacuum in field due to their silence or even negligence of Islamic Ethics. Worse than this, on the other hand, Muslim scholarship has not given enough analysis of Islamic Ethics in a clear and systematic way to avoid confusions. Thinking of the enormous *Fiqh* and *Tafsir* works in comparison with ethics in the Islamic heritage, one could easily

observe that writings on ethics are minimal and most often included in *Sufi* (mysticism) works and tradition, and addressed as manners (*adab*). However, since the middle of the 20<sup>th</sup> century, Islamic ethics has been gaining some momentum as major works on Islamic Ethics in general have been published. These works include *La Morale Du Koran* (the Moral World of the Qur'an) by Draz in 1951, the Ethico-Religious Concepts in the Qur'an by Izutsu in 1966, and most recently Ethics in Islam by Yusuf Al-Qaradawi in 2018.

However, looking at the current situation in contemporary Muslim societies suffer from many moral problems such as corruption, negligence, irresponsible behaviour, exploitation, harassment, discrimination, breach of privacy, lying and cheating. These problems have ethical roots and could potentially jeopardize any development efforts. Political leaders, social scientists and policy makers obviously tend to focus more on physical as well as technological aspects of development. Models of developments that overlook ethics in general and social ethics in particular most likely will be unsuccessful. *Shariah* sources of knowledge, especially the Qur'an and *Hadith*, as well as historical evidences show that moral decay is one of the main causes for civilization decay and community chaos. One of the fundamental characteristics of Islamic *Shariah* is that it is a blessing for the world (*rahmatan lil alamin*) and one of its main objectives is to accomplish good character. The primary sources of the Islamic *Shariah* provide pertinent insights on ethics and morality in general and social ethics in particular. There are more than one thousand verses in the Qur'an and a number of *Hadiths* that deal with ethics. For instance the Qur'anic chapters (*Surahs*) *Al-Hujurat* (Qur'an, 49), *Luqman* (Qur'an, 31) and *Al-Nur* (Qur'an, 24) constitute a solid ground of Islamic social ethics study.

This paper is an interdisciplinary study, which attempts to answer the question of what Islamic ethics is all about to avoid confusions and fill in the theoretical vacuum left by western scholarship. It provides an overview on the meaning and scope of Islamic ethics. It includes highlights from the Qur'an and *Hadith* as well as discussion of the views of prominent Muslim scholars. Then, it addresses the question of why Islamic ethics is relevant to contemporary Muslim societies. Here, it critically explores the ethical roots of the current major problems and challenges in contemporary Muslim societies including corruption, climate change, women empowerment and gender gap, poverty, and dictatorship. This study concludes with an attempt to answer the 'how question' by highlighting the role of elite particularly *Shariah* scholars, sociologists, ethicists, policy makers, and political leaders in the moral development by enhancing Islamic ethics to maintain community harmony, balance, cohesion, and strength to adapt to modern challenges the local and global levels. In this analysis, the researcher uses the thematic commentary on the Qur'an (*Tafsir Mawdhue'*) and *Hadith* methodologies and integrates the methods of sociology and Ethics as a discipline of study.

## **What is Islamic Ethics?**

Ethics as a description of character, judgment on human actions whether good or bad, right or wrong, desirable or undesirable has existed in all human societies in all times. Ethics as an area of study and academic interest existed in almost all religions, philosophy, and intellectual teachings. However, in recent decades ethics in general and Islamic ethics in particular has emerged as an independent discipline. Many contemporary scholars and institutions showed great interest in the field, published books and articles, organized seminars and conferences, and offered academic programs and trainings. The following paragraphs briefly discuss the essential meaning and scope of ethics in general and Islamic ethics in particular.

### **1. The Literal and Technical Meaning of Ethics**

The Arabic noun *Khuluq* plural *Akhlaq* refers to the English word 'ethics'. One of the classic Arabic dictionaries explains that linguistically *Akhlaq* is like creation in terms of origin and

thus they are two words from the same origin or being two sides of the same coin. Creation refers to the physical features that can be perceived visually, meanwhile ethics relates to personal qualities that cannot be perceived with concrete visual abilities but with inner states. (Al-Asfahani 2007, 96-97) The Arabic term '*khuluq*' also means religion, temper and character (Ibn Mandhur 2003, 5:140) However, in the modern Arabic dictionaries ethics means a set of stable personal traits from which good or bad actions proceed without thinking and speculations. (Anis et al. 2004, 1:252) Generally, the term '*Akhlaq*' in the Arabic literature means disposition, character, manner, and temperament, which could be good bad. Technically, ethics as discipline is generally defined as the science that deals with conduct as far as this is considered right or wrong, good or bad. If it is attributed to Islam it basically mean that the science of ethics from the Islamic worldview where the main sources of *Shariah* lay down its foundation and constitute the parameters of moral judgement as the following paragraphs elucidate.

## 2. Ethics in the Qur'an and *Hadith*

The Qur'an and *Hadith* provide pertinent insights on ethics. It is very hard to count all the verses that directly deal with ethics, but in general, there are more than one thousand verses of the Qur'an deal with ethics either directly or indirectly. It is worth mentioning in this regards that the number of what is called '*Ayat al-Ahkam*' (legal verses of the Qur'an) are around five hundred verses and this made them approximately half of the verses related to ethics. Similarly, the so-called '*Ahadith al-Ahkam*' (legal texts of *hadith*) are numerous however the Prophet's *Hadith* is very rich with ethical principles, commandments, and teachings.

The Qur'an was revealed to guide the humanity to what is most right of character (Qur'an, 17:9) in fact the religion of Islam is all about ethics as it was described by Allah as '*khuluq adhim*' a great religion with great moral code (Qur'an, 68:4). Almost everything in the Qur'an relates to ethics including the five pillars of Islam for instance *Iqamat as-Salat* (establishing regular prayers) a day builds strong moral character and a powerful five-time reminder a day that helps prevent evil and indecency acts (Qur'an, 29:45). Another illustrative example is paying *Zakat* (tax alms) as it purifies the soul from greed, selfishness and promotes care for the poor, destitute, and the less advantaged people (Qur'an, 9:60, 103). One of the most indicative commandments for Islamic ethics in the Qur'an is what Allah (Almighty) says "God commands justice, and goodness, and generosity towards relatives and He forbids immorality, and injustice, and oppression. He advises you, so that you may take heed." (Qur'an, 16:90). However, the essence of Islamic ethics in the Qur'an is in the teachings of the verse "Be tolerant, and command decency, and avoid the ignorant." (Qur'an, 7:199) To be tolerant and forgive the offender is the maximum level of tolerance and courage. To command decency is to give to those who prevent you and extend your help to them is the highest level of generosity and does not severe that cut relationship with you is the highest level of goodness. Some prominent scholars including Imam Ibn Al-Qayyim point out that there is no verse in the Qur'an, which is so comprehensive in its connotation to ethics, than this verse. Because 'be tolerant' means accept from people their excuses, pardon them and do not follow their mistakes and dig into their intentions and secrets or indulge in their privacy, 'commend decency' means command anything good, and 'avoid the ignorant' means do not treat him with ignorance or with the same bad character and do not revenge for yourself. (Ibn Al-Qayyim n.d., 2:317) The Qur'an emphasises that the noblest among the believers in the sight of Allah (Almighty) are those who are good in character. (Qur'an, 49:13) It is also important to highlight that unethical behaviour and its negative consequences on the individual, community, state and the universe is from people own selves. (Qur'an, 3:165; 30:41) However, rectifying such unethical behaviour and changing immoral conditions is possible by education, commanding good and preventing evil, exemplary modality and role of elite. (Qur'an, 8:53; 11:116; 13:11; 21:105; 22:40; 92:5-10)



Besides, it is very hard to circumscribe the number of *hadiths* that deal with ethics. However, the actions, sayings and approvals of Prophet Muhammad (pbuh) as well as his biography promote the highest standard of Islamic ethics. The Qur'an declares that the manners and habits of the Prophet (pbuh) as a great and exemplary character and testifies that he is an excellent model to follow. (Qur'an, 33:21; 68:4; 3:159; 9:128) The Prophet (pbuh) stated that the higher objective of his noble message is to accomplish good character and perfect moral acts. (Al-Albani 2019, 14:273) He considered Islamic ethics as paramount, and this was clearly translated in all his sayings, doings and silent approvals. Among his prominent sayings in this regards: "Certainly God looks not at your faces or your wealth, instead he looks at your heart and your deeds." (Ibn Majah 2019, 37:4282; Muslim 45:41) He specifically enjoined people to behave well and commit themselves to good character, as it is valuable and heavy in the scale in the day of judgement. He said, "Nothing is placed on the Scale that is heavier than good character. Indeed the person with good character will have attained the rank of the person of fasting and prayer." (At-Tirmidhi 2019, 27:109) In fact, he declared that perfect ethics make the person a perfect believer. He said, "The most perfect believer in respect of faith is he who is best of them in manners." (Abu Dawud 2019, 42:87) Aisha (the Prophet's wife –may Allah be pleased with her) reported that when Prophet Muhammad (pbuh) received the first revelation of the Qur'an in Cave Hira', he returned home afraid for himself that something may happened to him then his wife; Khadija bint Khuwailid (May Allah be pleased with her), comforted him with few words. These words are perhaps the best description of the high ethical standards of the Prophet (pbuh) before as well as after his assignment to Prophet-hood. She said, "By Allah, Allah will never disgrace you. You keep good relations with your kith and kin, help the poor and the destitute, serve your guests generously and assist the deserving calamity-afflicted ones." (Al-Bukhari 2019, 1:3) The following *hadiths* of Prophet Muhammad (pbuh) could be considered the most comprehensive and essential pertaining to applied Islamic ethics, "Whoever believes in Allah and the Last Day should talk what is good or keep quiet, and whoever believes in Allah and the Last Day should not hurt (or insult) his neighbor; and whoever believes in Allah and the Last Day, should entertain his guest generously." (Al-Bukhari 2019, 81:64) and "Guarantee me six things and I guarantee you Jannah. Whenever you speak, say the truth. Fulfil your promises when you make them. When you are entrusted with something, carry that trust. Safeguard your private parts, lower your gaze and prevent your hands from harming others." (Al-Albani 1995, 3:1470)

### 3. Muslim Scholars Ethical Views

#### 3.1 Abu Ali Ahmad Ibn Muhammad Ibn Miskawayh (d. 421AH/1030AD)

Ibn Miskawayh is a prominent Muslim scholar whose works on ethics were *Tahdhib al-Akhlaq* and *al-Fawz al-Asghar*. The ethical views of Ibn Miskawayh have been derived from his ideas about God, the universe and human soul. His doctrine of the Man encompasses his idea of happiness, his view of morality, and his notion of justice. He defines ethics as a deep disposition, which is a soul related state that causes the issuance of an action from a person without thinking and speculation. He divides disposition into two kinds; natural disposition springs from man's nature and temper, and ordinary disposition, which is, created in the soul because of habit repetition. (Ibn Miskawayh 1985, 25-26)

There are two essential concepts in Ibn Miskawayh's ethical thought happiness (*al-Saadah*) and virtues. In the light of moral teachings, a human being refrains from badness and atrocity, and achieves virtue and happiness to the extent that he or she becomes the companion of the pure and angels, and accept divine bounty. He discussed happiness in his book *Tahdhib al-Akhlaq* (Refinement of Ethics) and devoted to it a separate work entitled "*al-Saadah*". He offered three categories of happiness:

1. Happiness of spirit: Man's happiness lies in the perfection of his soul.
2. Happiness of the spirit and body: Man's happiness is in the perfection of his spirit and body such as wealth, reputation, success, beliefs, and health of body.
3. The ultimate happiness: Man's real happiness, is ensured when he achieves the ultimate goal of human being's creation. This third category is based on a comprehensive view to human being and his existential dimensions. (Ibn Miskawayh 1985, 66-81)

Virtue according to Ibn Miskawayh means keeping a position between deficiency and excess, and between securing the maximum satisfaction of a desire and its total suppression. He discussed the major virtues; wisdom, temperance, courage, and justice, and analysed the virtues under each of these four major virtues. (Ibn Miskawayh 1985, 15-29)

Ibn Miskawayh says that reason is the vicegerent of God in man, and the *Shariah* is His commandments and there is no essential conflict between reason and the *Shariah* as both are from God. He pointed out the role of *Shariah* in character building and society and emphasised on the role of parents in educating and socialising their children to adopt virtues and achieve happiness. He believes that one's morality changes because of education and admonishment and education can transform and change all of human dispositions. (Ibn Miskawayh 1985, 28-29)

However, he views ethics as the noblest sciences and the best discipline concerned with the refinement of Man's character; for the nobility of each science depends upon its subject, and the subject of ethics is Man, who is the noblest of creatures and subjects. (Ibn Miskawayh 1985, 30-33)

### **3.2 Abu Hamid Muhammad Ibn Muhammad Al-Ghazali (d. 505AH/1111AD)**

Imam al-Ghazali mastered various fields of Islamic sciences such as jurisprudence, philosophy, theology and wrote hundreds of books. His moral ideas particularly the meaning and scope of ethics, the different types of virtues and manners such as in eating and sexual relation were expressed clearly in his book *Ihya' Ulum Ad-Din* (the Revival of Religious Sciences). He argued that a person can be described as having good *khalq* (physical appearance) and good *khuluq* (moral character) if both his inner world and outside are pleasant. He defines ethics as a set of engrained personality traits that lead to actions without thinking or speculation. If beautiful and praiseworthy actions that are in conformity with common sense and religion proceed from such disposition, this disposition shall be named good ethics. Conversely, if bad and blameworthy actions that are condemned by common sense and religion proceed from such disposition, it shall be named bad ethics. He also emphasised that only good actions that are done in a consistent pattern could be categorised as good ethics. For instance if someone donates money to a poor once accidentally he should not be considered generous. Besides, he gave the indention behind the action great importance to make it good moral and he gave the examples. An illustrative example could be cited here, is that someone could have the moral trait of generosity although he does not spend or donate money. This is so, because he has no money or there is something that prevents him from such good action. On the contrary, someone could be categorised stingy even though he spends and donates money; this is so, because his behaviour was guided by ostentation or other hidden purposes. In other words, one's moral character should not be judged based on actions that might be motivated by fear, shyness, social pressure, or other external factors. Therefore, Al-Ghazali makes a clear distinction between

moral character and moral acts. In a quite similar manner as Ibn Miskawayh, he pointed out that the main sources of good ethics are four: wisdom, courage, chastity, and justice. He also emphasised on the fact that ethics is changeable and the way to change bad character and habits is by education, training, and purification (Al-Ghazali n.d, 3:52-56).

### **3.3 Ezz Al-Din Ibn Abd Al-Salam (d. 660AH/1262AD)**

Imam Al-Ezz Ibn Abd Al-Salam, also nicknamed *Sultan al-Ulama'* (the Sultan of Scholars), defines ethics as innate instincts that deter people from engaging in questionable behaviour and pushes them to abide by virtues. He asserts that anyone who realizes the nature and status of this life and the hereafter is driven by his innate nature to seek the best ethics and steer away from the evil ones. This helps them in their lives, especially during periods where no prophets are present. He offered four categories of ethics:

1. Noble ethics: moral values that call people to what the *Shariah* call for such as shyness, generosity, courage, mercy, and tenderness. These values help build up the earth and sow the seeds of success in the Hereafter.
2. Evil traits: bad qualities that motivate people to do evil and prevent them from doing good deeds.
3. Beneficial desires: They are basic instincts and desires that should be fulfilled within the realm of *Shariah* as permissible, recommended or obligatory. They are beneficial in this world and in the hereafter, or either one of them.
4. Harmful desires: They are sinful acts, such as not fulfilling one's religious duties or committing forbidden acts. They are harmful in this world and in the hereafter, or in either one of them.

Ibn Abd Al-Salam argued that all these ethical traits could be recognized and acquired by reason. (Ibn Abd Al-Salaam 2000, 1:164-165)

### **3.4 Ibn Qayyim Al-Jawziya (d. 751AH/1350AD)**

Imam Ibn Al-Qayyim adopted a similar approach to his predecessors particularly Al-Ezz Ibn Abd Salaam and Ibn Miskawayh. He supported the idea that good character is founded on four pillars that are patience, chastity, courage, and justice. Besides, he confirmed that evil character is based on four major pillars that are ignorance, injustice, desire and anger. He explained the values that are linked to the four pillars of the good as well as bad character. Ibn Al-Qayyim explains that blameworthy ethics breed blameworthy ethics and praiseworthy ethics breed praiseworthy ethics. He points out that every praiseworthy character is surrounded by two blameworthy characters or falls between two extremes. For instance, humbleness falls between arrogance and disgrace or despicable. Mercy falls between harshness and cowardliness. He offered an understanding that ethics is divided into two parts; one innate and the other acquirable. In this regards, he elucidates the distinction between innate and acquired characters. Ibn Al-Qayyim also believes that bad ethics and immoral characters are changeable through education, training and the process of purification and admitted that changing human character is one of the most difficult tasks. He emphasises on the fact that good character is the religion itself, the essence of faith, and the teachings of Islam. He concludes that Islamic ethics is all about exert good and desist evil. (Ibn Al-Qayyim, n.d., 2:316-330)

### **3.5 Muhammad Abdullah Draz (d. 1378AH/1958AD)**

Draz is one of the greatest modern Muslim scholars who contributed to the development of Islamic thought and Muslim scholarship by writing original and innovative works. His work on

ethics originally written in French under the title '*La Morale Du Koran*' which, was later translated into English as 'The Moral World of the Qur'an', is perhaps the best illustrative example of such original and innovative contribution to the field of Islamic ethics. The work is centred on analysing the theoretical concepts of the science of ethics from the semantics of the Qur'anic texts. However, he did not lose sight on the Muslim legacy on ethics which he categorised them into three types; works that offer some scientific recommendations and enjoin people to follow the virtues, works that describe the human nature and defines virtue mainly by using Greek philosophy approaches, and works that combines the above two methods. He criticised such approach arguing that it is not innovative, too much influenced by the Greek philosophy, and did not explore the Qur'anic insight. Furthermore, Draz criticized the tendency adopted by some classical Muslim scholars in confining the meaning of ethics to the concept of 'inner self'. He points out that the concept 'inner self' has various abilities and functions, such as the ability to perceive, think, imagine, and remember among others. Thus, for instance he considered Abu Hamid Al-Ghazali's definition of ethics as ambiguous and it needs to be reviewed because the concept of 'inner self' is much more than just moral character as it also entails intellectual and emotional mechanism. (Draz 2008, 2-4) Besides, Draz offered a critical approach to the Western scholarship on Islamic ethics arguing that they have purposely overlooked the Qur'anic theory of ethics because they are bias to their Judaeo-Christian heritage which disregards Islam and its civilization. In fact, when they study ethics they survey the Greek and the Judaeo-Christian heritage, and then they skip the Islamic heritage and jump to the modern and contemporary works on ethics in the West particularly in Europe. (Draz 2008, 1-2) Draz's main contribution to Islamic ethics is twofold; the strong methodology in approaching theoretical ethics moral concepts departing from the semantics of the Qu'anic texts and exploring the understandings of the modern ethicists. The other facet of his contribution is his deep analysis of the content of the Qur'anic theory of ethics and elucidating the moral themes and concepts. (Draz 2008, 6-9) He discussed major concepts of ethics including obligation, responsibility, sanction, intention and inclination. He also offered an interesting typology and brief analysis of practical ethics that includes personal ethics, family ethics, social ethics, state ethics, religious ethics and some virtues in the Qur'an. (Draz 2008, 295-345)

### **3.6 Toshihiko Izutsu (d. 1414AH /1993AD)**

Izutsu wrote extensively about many religions including Islam, Hinduism, Buddhism and Taoism. His strong background in philosophy, linguistics and semantics helped him to offer deep understanding of religious traditions concepts and great ability in comparative religion. His ethical ideas are explained in his famous book 'Ethico-religious Concepts in the Qur'an'. Izutsu explains that there are two categories of the ethical terms: one consists the ethical life of the Muslims in the Islamic community (*ummah*), and the other includes terms of ethico-religious nature. He focuses on the second category believing that in Islam human character is religious and ethical at the same time. (Izutsu 1966, 16-23) To build up his argument about Islamic ethics in general and in the Qur'an in particular, Izutsu offers some interesting analysis of the relationship between the moral ideas in ancient Arabia (*Jahiliyah*) and Islam. He argues that pre-Islamic Arabs were endowed with a great sense of morality that enables them to distinguish between right and wrong or good and bad in addition to having many virtues such as nobility, courage, veracity, patience generosity, and sheltering the weak. He however highlights, that these moral abilities lacked theoretical basis and thus in many instances they could be influenced by their tribal affiliation and traditions as in fact the source of their moral virtues is the legacy of their fathers and ancestors that was criticised and reformed by the Qur'an and Islam. The transition from the tribal code to Islamic ethics was laid down by Islam from the early days of it emergence and established upon fear of Allah who is, the Divine Judge and Lord of the Day of Judgement. (Izutsu 1966, 45-104) Finally, Izutsu explains a set of major ethico-religious concepts in the Qur'an by applying the methodological principles that he developed and presented in the first part of the book. In addition to discussing the concept of *Kufr* (disbelief), *Iman* (belief/faith) as well as *Nifaq* (hypocrisy ) and their structure and scope,

he analyses the terms that correspond in meaning to the English words ‘good’ and ‘bad’. These Qur’anic terms include numerous concepts such as *salih* (righteous), *fasad* (all kinds of evil-doing), *khayr* and *sharr* (good and evil), *tayyib* and *khabith* (good and bad, pure and impure). (Izutsu 1966, 119-249)

## Why Islamic Ethics?

Contemporary Muslim societies suffer from many social, economic, political and environmental problems. The major problems in Muslim societies include corruption, dictatorship, disunity, poverty gender gap, and climate change. To address these problems, identify the main reasons, and propose potential solutions, scholars and experts tend to overlook the ethical dimension. It is very important to emphasise that people’s unethical behaviour and acts are among the root causes of all these problems as Allah (Almighty) says, “Corruption has appeared on land and sea, because of what people’s hands have earned, in order to make them taste some of what they have done, so that they might return.” (Qur’an, 30:41) The significance of Islamic ethics for developing countries stems from the opportunity and potentials that it could provide to overcome the unethical roots of the major challenges including, corruption, climate change, women empowerment, political development, freedom of expression, and conflict resolution.

### 1. Corruption

Corruption is widespread in Muslim societies and include many immoral acts such as bribery, nepotism, favouritism, and money politics, and abuse of public offices. Since the launch of the Transparency International Corruption Perceptions Index in 1995 until today, the majority of Muslim countries rank in the bottom of the list, which classifies world countries from highly clean to highly corrupt. (TI 1995-2018) Modern history, especially since 2010, tells us that corruption was the main cause which fuelled the so-called ‘Arab Spring Revolutions’ whether in Tunisia, Egypt, Lydia, Syria, Yemen and most recently in Iraq, Sudan, Algeria, and Lebanon. The demand for political and economic reform, trial of the corrupt leaders and eradication of all types of corrupt affairs has become an obvious slogan across all such revolutions and public unrest in MENA societies. The general people felt the devastation of the impact of corruption on their lives and future generations therefore; they revolted to change the situation peacefully. The response of the regimes was generally violent and in away or in another resulted in loss of lives, uncountable injuries, huge influx of internal displacement and refugees, heavy destruction of towns, villages, and infrastructure. The notorious example in this context is the case of Syria where some reports show that there are between 400 to 570 thousand Syrian who have been killed since 2011, about 10 million Syrian who have been internally displaced, and nearly seven million refugees. The reconstruction of Syria predicted to cost at least US\$250 billion. (HRW 2019; UNHCR 2019) These corrupt acts and problems could be attributes to major unethical qualities especially human greed, love of power, love of wealth, betrayal of trust, bad leadership quality. The high-level corruption practiced by political leaders, is perhaps the worst type of corruption because of the scale of harm it inflicts on the state and society. Moreover, corrupt political leaders set bad moral example to their subjects, which in turn encourage corrupt dealings among civil servants and the people. It was reported that Ali Ibn Abi Talib (RA) told Omar Ibn Al-Khattab (RA) that your people found you a leader with high standard of integrity and transparency that is why they were clean and transparent, should you have been corrupt, for instance by stealing money from the Caliphate treasury, they would also have been corrupt. (Ibn Al-Jawzi 1978, 155)

### 2. Dictatorship

Many Muslim countries are governed by dictatorship, military, totalitarian, and corrupt regimes. These regimes subjugated their people, committed many aggressions against human rights, banned freedoms, ruled with injustice and tyranny, and led their countries to underdevelopment, socio-economic and political crises. It is obvious that the 'Arab Spring Revolutions' occurred as a response to this type of regimes and sought reform. Dictators are generally morally sick and the symptoms of their sickness include their feeling of superiority and arrogance on others, ownership, humiliation, subjugation, and killing their people, rejection of any opinion other than theirs, cruelty and injustice to their people. The Qur'an brought to the attention of humanity the pharaoh as a model of corrupt ruler and a dictator. Pharaoh's unethical behaviour as political ruler was explained in many verses and chapters in the Qur'an but perhaps the striking passages that summarise his unethical acts as a ruler read, "Pharaoh exalted himself in the land, and divided its people into factions. He persecuted a group of them, slaughtering their sons, while sparing their daughters. He was truly a corrupter." and "Pharaoh said, "O nobles, I know of no god for you other than me." (Qur'an, 28:4, 38) besides "He [the Pharaoh] said, "I am your Lord, the most high." (Qur'an, 79:24) The Arab Spring Revolutions disclosed the unethical acts of the dictators such as corruption, nepotism, cronyism, favouritism, abuse of public office and trust for private benefits and the like. As a result, many dictators were removed, their regimes collapsed, and many of them were brought to justice or died. Zein El-Abidin Ben Ali of Tunisia, Muammar Qaddafi of Libya, Ali Abdullah Saleh of Yemen, Hosni Mubarak of Egypt, and Omar El-Bashir of Sudan are just examples. Many other dictators are still in office although they have caused heavy loss of human lives and casualties, and caused almost a total destruction of their countries just to remain in power. The notorious example of the resisting dictators is Bashar Al-Asad of Syria.

Banning or committing aggressions against freedoms, is perhaps the dark facet of dictatorship regimes. Fundamental freedoms namely freedom of conscience and religion, freedom of thought, belief and expression, freedom of peaceful assembly, freedom of association, and freedom of movement and travel are paramount, as they have been preserved by all religious traditions, philosophies of life, human rights convention, and international law. For instance, one of the golden rules in the religion of Islam is freedom as Allah (Almighty) says, "There shall be no compulsion in religion; the right way has become distinct from the wrong way..." (Qur'an, 2:256; 10:99) also "And say, the truth is from your Lord. Whoever wills—let him believe. And whoever wills—let him disbelieve." (Qur'an, 18:29) Besides, article 19 of the Universal Declaration of Human Rights states that "Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers." (UN 1948, 19) Freedom has a great impact on media and is inseparable from democracy. Dictators always try to silence journalists under the slogan 'whoever is not with us is against us'. This means that if someone goes against the regime or the ruler, he/she will face all sorts of punishment such as assassination, imprisonment, dismissal from job, harassment, deprivation from rights of travel, put in black list etc. Reports on freedom of journalism show that hundreds of journalists are being killed each year, many others have been abducted or jailed, and numerous have been sacked from their jobs. The Committee to Protect Journalists (CPJ) confirmed that between 1992 and 2019, about 1357 journalists and media workers have been killed. About 869 (approximately 62%) of them have been murdered and most of them were assassinated in Muslim countries. The savage murdering of Jamal Khashoggi in the Saudi Arabian Consulate in Istanbul in October 2018 by Saudi agents is a striking example (CPJ 2019). Moreover, in its 2018 annual report, the CPJ reported that 252 journalists in the world were jailed (CPJ 2018). History shows that dictatorship environment breeds unethical behaviour, violence, terrorism, anarchy, and all kinds of corruption.

### **3. Disunity**

The *Shariah* calls for all ethical behaviour and dealings among Muslim individuals, groups or nations. These virtues include unity, cooperation, love, and mutual respect. Uncountable texts from the Qur'an including 8:46, 49:10, and 5:2 and hadith such as Al-Bukhari 46:7, Muslim 45:40 that support this tendency. Based on the virtues of the *Shariah* and the principles of Islam, the OIC is the collective voice of the Muslim World and its charter clearly states that its prime role is to unite Muslims and support cooperation and collaborations among the member states. (OIC 2019, 1:1) However, today as well as in the past, there are numerous political problems, conflicts, disputes, economic inequalities among Muslim countries and the OIC failed in resolving these conflicts, disputes, and tensions. The 'Gulf Crisis' caused by the Saudi-led embargo on Qatar, the war in Yemen and Syria, the conflict in Libya and Iraq are just examples. This disunity, disputes and conflicts has weakened the unity of Islamic *Ummah* and contributed to its civilizational decay.

#### 4. Poverty

According to the World Bank there about 736 million people live in extreme poverty worldwide. Half of them live in just five countries and two among which are Muslim countries; i.e. Nigeria and Bangladesh. (WB 2019) furthermore, the United Nations released the list of Least Developed Countries for 2018 and 21 out of 47 least developed countries are OIC Member states (UN 2018). Moreover, more than a half (13 out of 25) of the poorest countries in the world in 2019 is Muslim countries. (World Population Review 2019). Does Islam as a religion or the *Shariah* as code of life cause poverty. Reading the *Shariah* source of knowledge and the writings of well-established Muslim scholars one can easily conclude that they are all against poverty and have great legislations to fight poverty. Prophet (pbuh) sought refuge with Allah from poverty and equated it to *Kufr* (disbelief); he says, "O Allah, I seek refuge with You from *Kufr* and poverty. A man said, "Are they equal?" He said, "Yes." (An-Nasa'i 2019, 50:58). One of the major ethical roots of poverty is the human greed and selfishness of rich people. Many wealthy people love money so much and do not give away a portion of their wealth to poor people. Many of them are also tax evaders and thus the poor do not have a share of their wealth and the government does not have enough financial resources to support the poor to live a dignified life. There are some reports in the Islamic tradition that Imam Ali Ibn Abi Talib said that if poverty was a man I would have killed him also if you find a poor for sure there is a rich person who did not give away his dues to the poor.

#### 5. Women empowerment

There is a paradox that in one hand, Islam calls upon treating women in the best manners but their real conditions in Muslim societies are awkward. Is it so because of the *Shariah* or people's ethical behaviour? The Qur'an guarantees woman the right to live with dignity and prosperity from all aspects as equal as man and to be an integral part of the society. (Qur'an, 2:180-182, 228; 4:1, 32; 9:71; 16:97; 26:37-38; 30:21; 49:13) Moreover, Prophet Muhammad (pbuh) shoed a good model in dealing with women. He said many *hadiths* in this regards including "The most complete of the believers in faith, is the one with the best character among them, and the best of you are those who are best to their wives." (At-Tirmidhi 2019, 1:628). Besides, the Prophet (pbuh) strongly recommended care for women and fear Allah in dealing with them. (Al-Mubarakpuri 2009, 299; Al-Bukhari 2019, 67:120; Muslim 2019, 17:80) However, when we look into the current situation of women in Muslim societies we are convinced that the problem lies in Muslim cultures, practices, and unethical acts. Therefore, much has to be done to empower women, treat them with dignity and justice, and fill in the gender gap between men and women. For instance, the gender gap between men and women in the MENA societies is far bigger than any other region and societies in the world particularly America and Europe. Muslim societies rate worst in the Global Gender Gap Index and it would take some 202 years to close the gap between men and women in many fields including jobs, education, economic

and political participation, access to resources, appointment in public and private sector positions. (World Economic Forum 2018)

## 6. Climate change

Climate change is one of the world problems, which is extremely affecting Muslim countries with high percentage of damage on their environment. With its 57 member states, the OIC is the second largest international organization after the UN. The total population of OIC countries is approximately two billion Muslims, which represent around 24% of the world population. (OIC 2019; WorldData.info 2019) Yet, Muslim societies have been great contributors to environmental degradation and problems of the ecological system because of their unethical acts and unsustainable policies toward the environment. Their unsustainable and unethical behaviour include wastefulness in using Allah's bounties (natural resources), pollution of the air, sea, and land by irresponsible behaviour such as open burning of waste and fossil fuel, dumping into the sea, heavy illegal forest logging, lack or absence of control of carbon dioxide (CO<sub>2</sub>) emission from petrochemical and gas plants. Moreover, Muslim countries are among the lowest contributors to resolve the problem of global greenhouse gas emissions. (Haghamed 2016) This situation points to lack of awareness of the danger of climate change and absence of clear plans to tackle environmental issues despite the fact that the *Shariah* commands Muslims to care for the environment and be responsible in their actions because each one of them supposed to be responsible and considered as *khalifa* (vicegerent) on earth.

### How to promote Islamic Ethics?

The question of 'How' is usually a hard one as it requires the implementation of the theoretical analysis into strategic goals, action plan, legislations, policies, activities and ultimately apply Islamic ethics in real life situations and in the development efforts.

The divine revelation treats Islamic ethics, especially social ethics, seriously to build an ethical community and protect it from all kinds of unethical acts and habits that are harmful to society unity and cohesion. There are numerous commandments and prohibitions as well as reminders and alerts to uphold good character and avoid bad behaviour that effect the social fabric of the society and the international community. These injunctions are scattered in the Qur'an however it is important to bring to lime light the Qur'anic call for global ethics particularly mutual respect, cooperation, upholding justice, avoiding suspicions, propagating fake news, spying on one another, backbiting one another, and spreading slander. (Qur'an, 49:9-13) It is also equally important to emphasise the importance of early childhood ethical education to bring up ethically upright children by teaching them essential ethical values. These values include thankfulness to the Creator and parents, kindness to parents regardless whether they are Muslims or not particularly the mother, responsibility on and accountability for all actions small and big, moderation, patience, modesty, and righteousness. (Qur'an, 31:13-19) In another context the Qur'an, extensively address a wide range of ethical problems and enjoin people to avoid bad ethics like *zina* (adultery), false accusation, false witnessing, spread of slander, advocate immorality and obscenity. Besides, it encourages people to monitor their tongue, be forgiving, help the poor and needy, follow good etiquettes for exchanging visits, and chastity. (Qur'an 24:2-33)

Moreover, the *Shariah* sets out the fundamentals of the straight ethical path by clear legislations among which "Say, come, let me tell you what your Lord has forbidden you: that you associate nothing with Him; that you honor your parents; that you do not kill your children because of poverty—We provide for you and for them; that you do not come near indecencies, whether outward or inward; and that you do not kill the soul which God has sanctified—except in the course of justice. All this He has enjoined upon you, so that you may understand. And do not



come near the property of the orphan, except with the best intentions, until he reaches maturity. And give full weight and full measure, equitably. We do not burden any soul beyond its capacity. And when you speak, be fair, even if it concerns a close relative. And fulfill your covenant with God. All this He has enjoined upon you, so that you may take heed. This is My path, straight, so follow it. And do not follow the other paths, lest they divert you from His path. All this He has enjoined upon you, that you may refrain from wrongdoing. (Qur'an, 6:151-153) and Prophet Muhammad (pbuh) saying, "Beware of suspicion, for suspicion is the worst of false tales. Do not look for other's faults. Do not spy one another, and do not practice Najsh (means to outbid one another for raising the price of an object). Do not be jealous of one another and do not nurse enmity against one another. Do not sever ties with one another. Become the slaves of Allah, and be brothers to one another as He commanded. A Muslim is the brother of a Muslim. He should neither oppress him nor humiliate him. The piety is here! The piety is here!" While saying so he pointed towards his chest. It is enough evil for a Muslim to look down upon his Muslim brother. All things of a Muslim are inviolable for his brother in Faith: his blood, his wealth and his honor. Verily, Allah does not look to your bodies nor to your faces but He looks to your hearts and your deeds." (Muslim 2019, 45:40) Furthermore, the Qur'an emphasizes the significance of the commitment of the elite and people with wisdom that could include political leaders, religious scholars, ethicists, educationists, policy maker, sociologists and others in the reform and development efforts. Allah says, "If only there were, among the generations before you, people with wisdom, who spoke against corruption on earth—except for the few whom We saved. But the wrongdoers pursued the luxuries they were indulged in, and thus became guilty." (Qur'an, 11:116)

In view of the above *Shariah* framework, it is important to put forward the following crucial recommendations to implement Islamic ethics in order to overcome the major socio-economic, political and environmental problems and adapt to modern challenges:

- Reform the education system and change or amend the education philosophy to produce global citizen endowed with strong ethical values. Here, it is incumbent on Muslim governments and communities to include Islamic ethics as a subject in all levels of education with emphasis on professional and applied ethics.
- Work on offering higher education programs on Islamic ethics at the undergraduate and postgraduate levels such as the Master program in Applied Islamic Ethics, which is offered by the College of Islamic Studies in Hamad bin Khalifa University in Qatar.
- Encourage research, publication, collaborative works, seminars, and conferences on Islamic ethics throughout the world particularly in Muslim countries.
- Work on adopting the research outcomes on Islamic ethics in government policies in all sectors and areas.
- Encourage Islamic ethics exemplary models and personalities to play a vital role in the society.
- Enhance the ethical behavior of the youth, professionals, and the general public by awareness campaigns, relevant trainings, and media programs.
- Review all professional and penal codes to consolidate Islamic ethics in all segments of human affairs.

## **Conclusion**

This study brought to lime light the issue of Islamic ethics in contemporary Muslim societies. Therefore, an attempt has been made to address three major questions namely what, why and how is Islamic ethics in contemporary Muslim societies. In answering the first question, the discussion has been centred on exploring the meaning and scope of ethics particularly in the Qur'an, hadith and the views of some prominent classical as well as contemporary Muslim scholars. It was concluded that the two main sources of *Shariah*; the Qur'an and *Hadith*, lay down the foundation of Islamic ethics. Moreover, a critical survey of the views of six Muslim

scholars namely Ibn Miskawayh, Abu Hamid Al-Ghazali, Al-Ezz Ibn Abd As-Salam, Ibn al-Qayyim, Draz, and Izutsu, revealed that although they differ in their approach to Islamic ethics, they mainly draw their moral idea from the Qur'an and *Hadith*. Besides, they consider Islamic ethics essential to human life, and the refinement of ethics, and changing bad character and habits through education, training, and good practice is vital.

In addressing the second question, an attempt has been made to reflect on the importance of Islamic ethics for contemporary Muslim societies in a non-conventional method by analysing the ethical roots of the major socio-economic and political problems and current major challenges. These problems include corruption, dictatorship, disunity, poverty, women empowerment, climate change and environmental damage. It was argued that all these problems and challenges are rooted in unethical behaviour and evil character such as arrogance, human greed, love of wealth and power, selfishness, and irresponsibility. It was also emphasised that there is a gap between the ideals, virtues, and teachings of the *Shariah*, and Muslim reality, which is full of evil and vice.

In responding to the 'how' question, an attempt has been made to provide some guidelines on how to fill in the gap between the great teachings of *Shariah* on Islamic ethics and contemporary Muslim societies' major problems and challenges. An attempt has been made departing from the Qur'an specifically from the moral principles and virtues learned from *surah*/chapter *Al-Hujurat* (The Chambers), *Luqman*, and *An-Nur* (The Light) to emphasize the need for reform. The Qur'an calls for global ethics such as cooperation, mutual respect, avoid of fake news and slander, strengthening the fundamentals of social ethics relating to social cohesion, social relations and social justice, and inculcating the ethical education since early childhood. The great value of engaging the elite as well as the general people in the reform and development process by inculcating Islamic ethics in all segments of life has been highlighted. Political leaders, religious scholars, ethicists, educationists, sociologists, policy makers, and media workers commitment and contribution is vital to see some changes in contemporary Muslim societies to adapt to modern development efforts and address the challenges ahead.

#### REFERENCES:

- Al-Albani, Mohamed Nasir Al-Din. 1995. "Silsilat Al-Ahadith Al-Sahihah". Riyadh: Makatabat al-ma'arif Lil Nashr wa al-Tawzi'.
- Al-Asfahani, Al-Raghib Al-Husain Ibn Mohamed Ibn Fadhl. 2007. "Al-Dharia' Ila Makarim Al-Shariah". Cairo: Dar Al-Salam Li At-Tiba'ah wa An-Nashr wa At-Tawzi' wa At-Tarjamah.
- Al-Bukhari, Mohamed Ibn Ismail . 2019. "Sahih Al-Bukhari". <https://sunnah.com/bukhari>
- Abu Dawud, Sulaiman Ibn Al-Asha'ath. 2019. "Sunan Abi Dawud". <https://sunnah.com/abudawud>
- [Abu Hamid, Alghazali . n.d. "Ihya' Ulum Al-Din". Indonesia: Maktabat wa Matba'at koriyata Putra Samarag.](#)
- Al-Jawziya, Ibn Qayyim .n.d. "Madarij Al-Salikin.". Beirut: Dar Al-Kutub Al-Ilmiya.
- Al-Mubarakpuri, Safiur Rahman. 2009. "The Sealed Nectar." Translated by Issam Diab. Saudi Arabia: Dar As-Salam Publishers.
- Al-Qaradawi, Yusuf. 2018. "Ethics in Islam." Doha: Hamad Bin Khalifa University Press and Research Center for Islamic Legislation and Ethics.
- Anis, Ibrahim, Abdelhalim Muntasar, Atiya Al-Suwalhy, Mohamed Khalfallah Ahmad. 2004. "Al-Mu'jam al-Wasit", 4<sup>th</sup> Edn. Egypt: Majma' al-Lugha al-Arabiya and Dar al-Shuruq al-Duwaliya.
- An-Nasa'i, Abu Abd Rahman Ahmad Ibn Shu'ayb. 2019. "Sunan An-Nasai'." <https://sunnah.com/nasai>

- At-Tirmidhi, Abu Isa Muhammad Ibn Isa. 2019. "Al-Jami' As-Sahih." <https://sunnah.com/tirmidhi>
- Chandra, Krishma, Navneet Kaur Singh, Sandhiya Gounder, Ravnita Verma, Stepheni Swastika  
Committee to Protect Journalists. 2018. "252 Journalists Imprisoned in 2018." Accessed on Sep. 21, 2019 at [https://cpj.org/data/reports.php?status=Imprisoned&start\\_year=2018&end\\_year=2018&group\\_by=location](https://cpj.org/data/reports.php?status=Imprisoned&start_year=2018&end_year=2018&group_by=location)
- Committee to Protect Journalists. 2019. "Journalists killed between 1992 and 2019." Accessed on Sep. 21, 2019 at [https://cpj.org/data/killed/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&type%5B%5D=Journalist&start\\_year=1992&end\\_year=2019&group\\_by=year](https://cpj.org/data/killed/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&type%5B%5D=Journalist&start_year=1992&end_year=2019&group_by=year)
- Draz, Muhammad Abdullah. 2008. "The Moral World of the Qur'an." Translated by Danielle Robinson and Rebecca Masterton. London: I. B. Tauris.
- Haghamed, Naser. 2016. "The Muslim world has to take climate action." Accessed on October 31, 2019 at <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/11/muslim-world-climate-action-161103101248390.html>
- Human Rights Watch. 2019. "World Report." Accessed on October 30, 2019 at <https://www.hrw.org/world-report/2019/country-chapters/syria>
- Ibn Abd Al-Salam, Al-Ezz. 2000. "Qawaed Al-Ahkam fi Islah Al-Anam." Damascus: Dar Al-Qalam.
- Ibn Al-Jawzi, Abu Al-Faraj Abdurrahman Ibn Ali Ibn Mohammed. 1978. "Manaqib Amir Al-Mu'minin Omar Ibn Al-Khattab." Beirut: Dar Al-Kutub Al-Ilmiya.
- Ibn Majah, Abu Abdillah Muhammad Ibn Yazid. 2019. "Sahih Ibn Majah." <https://sunnah.com/ibnmajah>
- Ibn Miskawayh, Ahmad Ibn Muhammad. 1985. "Tahdhib al-Akhlaq". Beirut: Dar al-kutub al-Ilmiya.
- Izutsu, Toshihiko. 1966. "Ethico-Religious Concepts in the Qur'an." Montreal: McGill University
- Mudliar. 2017. "The Unethical Practices on Social Media." *IOSR Journal of Humanities and Social Sciences*, 22(7): 46-54.
- Muslim, Ibn Al-Hajjaj Ibn Muslim. 2019. "Sahih Muslim." <https://sunnah.com/muslim>
- Organization of Islamic Cooperation-OIC. 2019. "History." Accessed on October 30, 2019 at [https://www.oic-oci.org/page/?p\\_id=52&p\\_ref=26&lan=en](https://www.oic-oci.org/page/?p_id=52&p_ref=26&lan=en)
- \_\_\_\_\_. 2019. "Charter." Accessed on October 30, 2019 at [https://www.oic-oci.org/page/?p\\_id=53&p\\_ref=27&lan=en](https://www.oic-oci.org/page/?p_id=53&p_ref=27&lan=en)
- The Qur'an. 2019. <https://www.clearquran.com/>
- Transparency International. 2019. *Corruption Perceptions Index 1995-2018*. Accessed on September 26, 2019 at <https://www.transparency.org/research/cpi>
- UNHCR. 2019. "Figures at a Glance." Accessed on October 30, 2019 at <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>
- United Nations. 2018. Least Developed Countries. Retrieved from <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/Snapshots2018.pdf>
- United Nations. 2015. "Universal Declaration of Human Rights." Retrieved from [https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr\\_booklet\\_en\\_web.pdf](https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf)
- World Bank. 2019. "Poverty." Accessed on October 9, 2019 at <https://www.worldbank.org/en/topic/poverty/overview>
- WorldData.info. 2019. OIC-Organization of Islamic Cooperation. 2019. Accessed on October 30,

2019 at <https://www.worlddata.info/alliances/oic-organization-of-islamic-cooperation.php>  
World Economic Forum. 2019. "Global Gender Gap Report 2018." Accessed on September 26, 2019  
at [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf)  
World Population Review. 2019. "Poorest Countries in the World 2019." Accessed on 2 October  
2019 at <http://worldpopulationreview.com/countries/poorest-countries-in-the-world/>

## AWARENESS AND KNOWLEDGE OF NIGERIAN MUSLIMS TOWARDS THE NATIONAL HEALTH INSURANCE SCHEME (NHIS): AN APPRAISAL

Mu'az Yusuf Ahmed<sup>a,b\*</sup>, Dina Imam Supaat<sup>a</sup>, Ahmad Zaki Salleh<sup>a</sup>

<sup>a</sup> Faculty of Shariah and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai 71800

<sup>b</sup> Institute of Education, Ahmadu Bello University Zaria, Nigeria

\*Corresponding author: [yusufahmed61@gmail.com](mailto:yusufahmed61@gmail.com)

### ABSTRACT

According to the UNDP reports on Nigeria's evaluation of National Health Insurance Scheme (NHIS) performance in 2016, about 4% out of 5% beneficiaries are public servants and only 1% comes from the private sector. The report also revealed that the poor and the unemployed in Nigeria which constitutes over 80% of the country's population are still under 'pay before treatment'. By implication, the implementations of NHIS in Nigeria from inception (2005) to 2017 has only subsidized health services to the gainfully employed public servants and these employed by the private sector against the poor majority and the unemployed. Therefore, the NHIS has not produced the anticipated results in Nigeria in terms of enrolment and manpower. The current study is to assess the level of knowledge and awareness of NHIS among Muslim employees working in the public sector. Survey exploratory research design method was used to meet the research objectives. Purposive sampling technique was used to select a sample of 478 respondents in Kano, Kaduna, Lagos, Oyo, Adamawa and FCT Abuja- Nigeria. A set of structured questionnaire was distributed between April, 2017 to August 2017. The study assumed a quantitative. To test the two null hypotheses. Hypothesis one, tested with the inferential statistics of the Analysis of variance F The decision to accept or reject any of the null hypotheses was based on the 0.05 alpha level of significance, i.e. At 95.0% confidence interval. The respondents knowledge about contribution in the Scheme is very poor, 25.1% believe that the contribution is supposed to be 15% of the total salary, while 36.2% said The contribution is supposed to be 15% of the basic salary, as against 29.3% who confirmed that it is 5% from the employee's salary and 10% from the employer, but only 6 or 1.3% viewed (vice versa) that 10% from the employee's salary and 5% from the employer, and the rest of 8.1% said employee pays only 10% of the total charges for the services provided and the cost of the drugs. The study revealed that majority of Nigerian Muslim employees who are working in the public sector are not aware of the modus operandi of the contribution and operations of the NHIS. This is because the actual contribution in the scheme is based on 5% from the employee's salary and 10% from the employer, then pay additional 10% of the total cost of drugs only after the services provided. Therefore, further information should be obtained by carrying out a study to find ways for educating and in lighting people about the scheme. Also conferences, seminars, should be organized with discussion in media to clarify operations of the Scheme to the people.

**Keywords:** *National Health Insurance Scheme (NHIS), Knowledge & Awareness, Nigerian Muslims.*

### Introduction

Considering the voluntary design of NHIS one can confidently say that the success or otherwise of the scheme depends a lot on the level of awareness and the knowledge of stakeholders particularly employers and employees of the organized formal sector (Akande *et al.* 2012). This is what informed the effort of the NHIS to mobilize and enlighten the general public on the scheme and in effect, to shape their attitude for a successful implementation (Olugbenga & Adebimpe, 2010). The impact of this effort by NHIS especially as it relates to the knowledge and awareness of contributors needs to be evaluated. This study assessed the level of awareness and knowledge about the NHIS among Muslims employee in public sector. To achieve the objectives of the study, a total of 478 respondents of Muslims employees working in public organizations were sampled for their perceived response concerning the NHIS and its operations in Nigeria.

The statistical package version IBM 23 was used for the data analysis. The researchers have used this package because of the popular used in the field of the health sciences and also it's familiar to them. The analysis is presented in sections. The last sections test the two null hypotheses. Hypothesis one, tested with the inferential statistics of the Analysis of variance F distribution statistics since the factor variables of age, has more than two categories. Hypothesis two was tested with the inferential statistics of Independent t test since the factor variable of gender has only two categories. The decision to accept or reject any of the null hypotheses was based on the 0.05 alpha level of significance, i.e. At 95.0% confidence interval. The Summary of major findings and recommendations also were included.

### **How Does Nigerian NHIS Operates and Works?**

The National Health Insurance Scheme (NHIS) is a body corporate established under Act 35 of 1999 Constitution by the Federal Government of Nigeria to improve the health of all Nigerians at an affordable cost through various prepayment systems. The Scheme established under Act 35 of 1999 by the Federal Government of Nigeria, is aimed at providing easy access to healthcare for all Nigerians at an affordable cost. NHIS is totally committed to securing universal coverage and access to adequate and affordable healthcare in order to improve the health status of Nigerians. NHIS is to provide social health insurance in Nigeria where health care services of contributors are paid from the common pool of funds contributed by the participants of the Scheme (Onyedibe *et al.* 2012).

It is a pre-payment plan where participants pay a fixed regular amount. The amount/funds are pooled, allowing the Health Maintenance Organizations (HMOs) to pay for those needing medical attention (Iliyasu,2010). It is primarily a risk sharing arrangement which can improve resource mobilization and equity. It is indeed regarded as the most widely used form of health care financing worldwide.

In order to participate in the scheme contributors will first register with an NHIS approved HMO and thereafter with a primary health care provider of his/her choice (private or public) from an NHIS approved list of providers supplied by his HMO (Muaz, *et al.* 2016). The major player in NHIS is the powerfulness of the HMOs which serve as middlemen between the government and hospital. Supposedly, they represent the interest of the enrollees (Adeniyi&Onajole, 2010). The big question is how many enrollees even know their HMOs? The HMOs have no business with their enrollees, even-though they thrive on their capitation. The usual practice is that a particular institution will be allocated to particular HMOs and therefore all staff therein has to register under the company. Unlike pension scheme, where staff has a chance to interact with their Pension Fund Administrator, HMOs are invisible and too arrogant for that (Akande *et al.*2012). Many of them have only one office in Lagos but their area of jurisdiction covers the entire country.

### **Contribution to the Scheme**

Employed persons shall be required to pay 5% of their gross earnings, while their employers pay 10% on their behalf. Employees who are already enjoying free medical services their employers pay whole contributions for them (Shafiu *et al.*2011). Other contributors (voluntary, self-employed, rural dwellers etc) will pay flat rate contributions quarterly. The end -users registered with any NHIS-accredited hospital through their HMOs and pay additional 10% of charges for services provided. The HMOs claimed the users' bill from NHIS.

### **Benefit package of the Scheme**

Upon registration, contributors are entitled to the following benefit: outpatient attendance, maternity care for up to four (4) live births, consultation with defined range of specialists, hospital care in public or private hospital in a standard ward during a stated duration of stay for physical or mental disorders, eye examination and care, dental care, preventive care including

immunization, family planning, antenatal and postnatal care, availability or prescribed drugs and diagnostic tests, prostheses and rehabilitation.

### Methodology

Survey exploratory research design method was used to meet the research objectives and ascertain the veracity of research hypotheses stated above. Purposive sampling technique was used to select a sample of 478 respondents in Kano, Kaduna, Lagos, Oyo, Adamawa and FCT Abuja- Nigeria. The choice of these states was being the majority people of the states are Muslims. Also due to its nature as a metropolitan cities where most Nigerian ethnic groups are largely represented.

The entire population of the current study is all Nigerian Muslim society representing 36 states and federal capital territory Abuja. Due to inability and difficulties—for the researchers- to cover all the states, the researcher has chosen six (6) states in four zones out of six Nigerian geo political zones that has significant number of Muslim population.

The study assumed a quantitative, cross sectional design with modified sampling approach. Also strict quality control measures were employed to ensure that quality data collected from respondents, including the review of all completed questionnaires,

### Research Instruments

The research instrument contains 14 questions from which four (4) deals with the demographic data. Another ten (10) questions deal with the religious aspect of the Nigerian National Health Insurance Scheme NHIS.

A set of structured questionnaire was distributed to seven hundred (700) selected respondents between April to August-2017, in order to gauge information. But only four hundred and seventy eight (478) were able to be retrieved back which means two hundred and twenty two (222) questionnaires were missing. The seven hundred (700) questionnaires were distributed and retrieved shown in table 1 below:

**Table 1 Sample Distribution and Missing Data**

SN/	STATE	DISTRIBUTION	MISSING	RETRIEVE
1.	Kano	130	37	93
2.	Kaduna	120	33	87
3.	Lagos	105	28	77
4.	Oyo	95	33	62
5.	Adamawa	100	24	76
6.	FCT Abuja	150	67	83
Total		700	222	478

The sample drawn above is representing 83.7%, as defined by the entire population exactly.

### Focus Group

Since the population of the current study is large and far geographically it is impossible for the researchers to study all Nigerian society; therefore the researchers decided to proceed on focus group from the entire population called purposive sample technique procedure then use the results to draw conclusions for the entire population of the study (Neuman, 2011).

The distribution of the questionnaires focused on all categories of Nigerian Muslim senior staff academic and non-academic insured and uninsured from the Federal universities of the states mentioned above regardless of their position and class.

For the other agencies, Ministries and parastatals, also the researchers have chosen senior staff from level 12 and above in Independent National Electoral Commission (INEC), Federal Ministry of Justice and Code of Conduct Bureau.

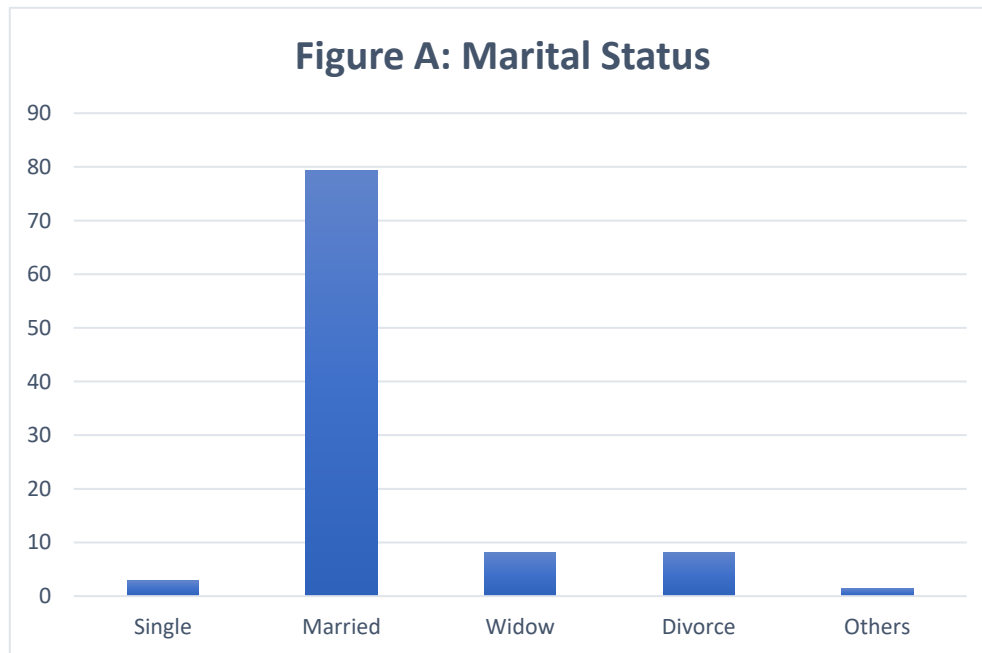
### Hypotheses

For this study, the following hypotheses were developed and tested after collection of the data:

H1: Marital status does not have any effect on Muslim's knowledge/ awareness to the NHIS

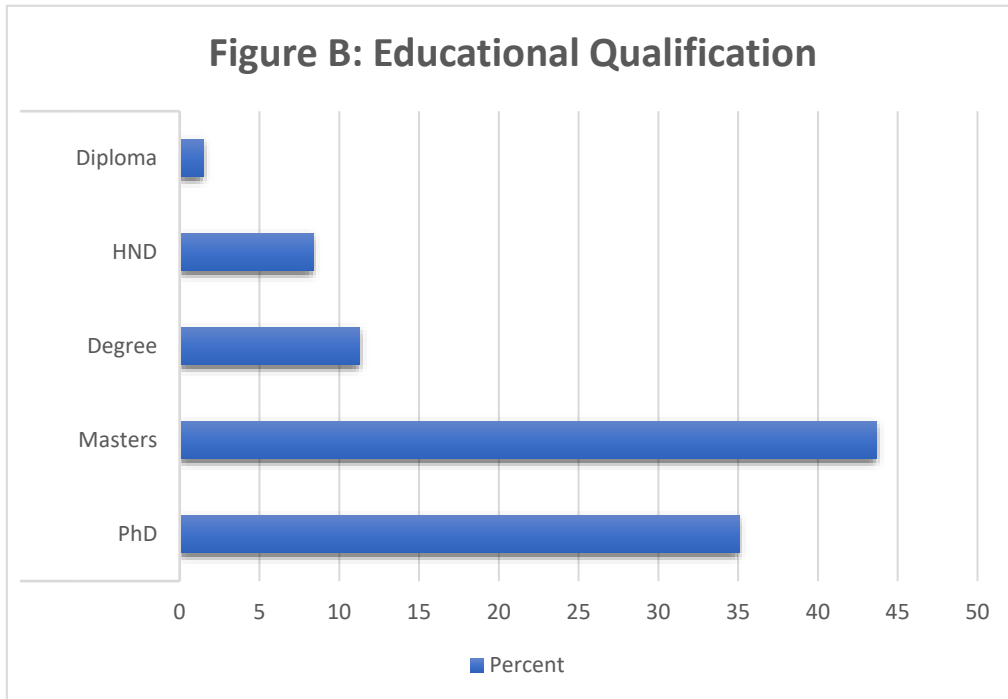
H2: Education status does not have any effect on Muslim's knowledge/ awareness to the NHIS

### Data Analysis, Results and Discussion



On the basis of respondents marital status, Figure A show that 14 or 2.9% are single and 379 or 79.3% are married, as against 39 or 8.2% are widowed while 39 or 8.2% are divorced, the rest 7 or 1.5% are in other marital status. Therefore majority of the respondents in the study, are married.





The educational qualification in Figure B show that 168 or 35.1% possess PhD while 209 or 43.7% possess Masters Degree as against 54 or 11.3% possess first degree, then 40 or 8.4% possess HND and the rest 7 or 1.5% possess Diploma. This shows that the majority of the respondent of the current survey possess either Masters or PhD educational qualification.

**Awareness of the Nigerian NHIS operations**

**Table 2: Number Of People Currently Registered With NHIS**

	Frequency	Percent
Yes	159	33.2
No	319	66.8
Total	478	100.0

In Table 2, a total of 159 or 33.2% are currently registered with the Scheme, while the rest majority of 319 or 66.8% are not currently registered with the scheme. This shows that most of the Nigerian Muslims who are working in the public service are yet to register with the Scheme.

**Table 3: Eligibility Status for NHIS Services**

	Frequency	Percent
Yes	106	22.2
No	372	77.8
Total	478	100.0

On the level of awareness in automatic registration with the Nigerian NHIS a total of 106 or 22.2% are aware with the scheme, while the rest 372 representing 77.8% are not aware with the scheme as shown in the Table above. This shows that majority of the Nigerian Muslims are not aware, that they are automatically eligible for the scheme services, regardless of class, position and nature of the work they belongs to.

**Table 4: Methods Of Preserving and disbursement of the Funds in NHIS**

	Frequency	Percent
--	-----------	---------

	Yes	78	16.3
	No	400	83.7
	Total	478	100.0

In Table 4, a total of 78 or 16.3% of the Nigerian Muslims are aware of the methods of preserving and disbursing the funds in the scheme, while the rest majority of 400 or 83.7% are not aware of the methods of preserving and disbursement of the funds in the Scheme. Therefore, most of the Nigerian Muslims are not aware about the methods of preserving and disbursing of funds in the scheme.

		Frequency	Percent
	The contribution is supposed to be 15% of the total salary	120	25.1
	The contribution is supposed to be 15% of the basic salary	173	36.2
	You are supposed to contribute 5% while your employer contributes 10% of your basic salary	140	29.3
	You are supposed to contribute 10% while your employer contributes 5%	6	1.3
	You pay 10% of the total cost of drug only	39	8.1
	Total	478	100.0

In Table 5, the respondents knowledge about contribution in the Scheme, 120 or 25.1% believe that the contribution is supposed to be 15% of the total salary, while 173 or 36.2% said The contribution is supposed to be 15% of the basic salary, as against 140 or 29.3% confirmed that it is 5% from the employee's salary and 10% from the employer, but only 6 or 1.3% viewed (vise versa) that 10% from the employee's salary and 5% from the employer, and the rest of 39 or 8.1% said employee pays 10% of the total cost of drugs only. Therefore, majority of the Nigerian Muslim who are working in the public sector are not aware even with the methods of contribution in the scheme. This is because the actual contribution in the scheme is based on 5% from the employee's salary and 10% from the employer.

		Frequency	Percent
	Students of tertiary institutions	33	6.9
	Employee, his spouse and four children, irrespective of age	215	45.0
	Retirees/pensioners	32	6.7
	Rural dwellers	99	20.7
	Employee, his spouse and four children under the age of 18 years	99	20.7
	Total	478	100.0

In Table 6, on who is covered by the NHIS: 33 or 6.9% said students of tertiary institution while 215 or 45.0% said employee, his spouse and four children, irrespective of age, while 32 or 6.7% said NHIS is meant only for retirees/pensioners, also 99 or 20.7% said it is for rural dwellers as against 99 or 20.7% who said employee, his spouse and four children under the age of 18 years. Therefore most of the people believe that those covered by NHIS include employee, his spouse and four children, irrespective of age.

This is not correct the actual people covered by NHIS are: employee, his spouse and four children under the age of 18 years.

<b>Table 7: Method of registering with NHIS</b>		
	Frequency	Percent
Your employer chooses and register you with his preferred hospital	122	25.5
NHIS issued employee with ID card	57	11.9
employee have to choose and register with his preferred hospital	231	48.3
There is provision of up to date registration which is paid for	68	14.2
Total	478	100.0

In Table 7, on method of registering with the NHIS, 122 or 25.5% said employer chooses and register employee with his preferred hospital while 57 or 11.9% said NHIS issues employee with ID card meanwhile, 231 or 48.3% said employee have to choose and register with his preferred hospital and the rest 69 or 14.2% said there is provision of up to date registration which is paid for. Most people believe that to register with scheme a patient have to choose and register with his preferred hospital. Which is correct, the way of registration with the scheme is employee had to choose and register with his preferred hospital by himself.

<b>Table 8: Services NOT Offered By The NHIS</b>		
	Frequency	Percent
Maternity care up to four live births	21	4.4
Pharmaceutical services	78	16.3
laboratory services	185	38.7
Admission in the hospital	110	23.0
Immunization	84	17.6
Total	478	100.0

In Table 8, on the services that are not covered by the Nigerian NHIS, 21 or 4.4% said Maternity care up to four live births, while 78 or 16.3% said Pharmaceutical services, while 185 or 38.7% said laboratory services as against 110 or 23.0% that said Admission in the hospital and the rest 84 or 17.6% said immunization. Therefore most people believe that laboratory services and admission in the hospital fees are not covered by the scheme.

This is not correct, the actual services which is not covered by the NHIS is: Immunizations.

<b>Table 9: Co-Payment In NHIS</b>		
	Frequency	Percent

	Co-payment is 10% of the total cost of all treatments	124	25.9
	Co-payment is 10% of total cost of drugs only	152	31.8
	Co-payment is paid at card room	142	29.7
	Co-payment is paid at pharmacy	19	4.0
	Co-payment is not paid for lab and x-ray services	41	8.6
	Total	478	100.0

On respondents views on co-payment in the Nigerian NHIS, 124 or 25.9% said Co-payment is 10% of the total cost of all treatments while 152 or 31.8% believes that Co-payment is 10% of total cost of drugs only as against 142 or 29.7% that viewed it is paid at card room while 19 or 4.0% said it is paid at pharmacy and the rest 41 or 8.6% said Co-payment is not paid for lab and x-ray services. This is shown. In summary Nigerian Muslim agreed co-payment in the scheme is 10% of total cost of drugs only which paid at card room. This is absolutely correct of the answer

		Frequency	Percent
	Friends/colleagues	129	27.0
	radio/Television	92	19.2
	Newspapers/Books	92	19.2
	Workshops/seminars	79	16.5
	Internet	86	18.1
	Total	478	100.0

In Table 10, indicates that the respondent's sources of information about the Scheme are: 129 or 27.0% said friends/colleagues, while 92 or 19.2% said is through radio/television, as against 92 or 19.2% who said it is through newspapers/books, while 79 or 16.5% also said is through workshops/seminars while, 86 or 18.0% said it is through internet. This shows that the main sources of getting information on the scheme are through friends and colleagues.

### Testing of Research Hypotheses

**H1:** Marital status does not have any effect on Muslim's knowledge/ awareness to the NHIS To test this hypothesis, the Analysis of variance F distribution statistics is appropriately used since the factor Marital status has more than two groups of Single, Married, Widow, Divorce and others while the test variable of Mean Muslim awareness to the NHIS is quantified below:

**Table 11: Marital Status on Muslim's Knowledge and Awareness to the NHIS**

	Sum of Squares	df	Mean Square	F ratio	F critical	Sig.
Between Groups	155.851	4	38.963	22.300	3.000	.000
Within Groups	826.442	473	1.747			
Total	982.293	477				

### Descriptive Mean Statistics Of The Mean Awareness Of Muslim (Marital Status)

	N	Mean	Std. Deviation	Std. Error
Single	14	17.5000	1.55662	.41603
Married	379	15.8865	1.36289	.07001
Widow	39	15.8462	.70854	.11346
Divorce	39	14.1795	1.39306	.22307
Others	7	17.0000	.00000	.00000
Total	478	15.8075	1.43503	.06564

According to the outcome of the Analysis of Variance F distribution statistics in above, marital statistics have significant effect on Muslim Perception to the Nigerian NHIS. Reasons being that in the Analysis of Variance statistics calculated p value of 0.000 is lower than the 0.05 alpha level of significance while the computed F value of 22.300 is found to be greater than the F critical value of 3.00. Their computed Mean Muslim awareness to the NHIS on account of their marital status are:

17.5000, 15.8865, 15.8462, 14.1795 and 17.0000 by marital status of single, married, widow, divorce and others respectively. These means knowledge and awareness on the basis of respondents marital status are diverse and statistically different. The Post Hoc homogenous mean comparison of the respondents perception to the NHIS Showed that the divorce had the least mean perception on NHIS placed in subset 1, while Widowed and married had higher mean perception of the scheme placed in higher subset 2, while others and the single had the highest mean perception of the Scheme NHIS placed in the highest subset 3, This implies that their mean perception differs on account of their marital status, implying that marital status has significant effect on Muslims awareness to the NHIS. Therefore the null hypothesis which states that marital status does not have any significant effect on Muslim Perception to the NHIS, is hereby rejected.

**H2:** Education status does not have any effect on Muslim's knowledge/ awareness to the NHIS

To test this hypothesis, the Analysis of variance F distribution statistics is appropriately used since the factor Education status has more than two groups of PhD, Masters, Degree, HND and Diploma while the test variable of Mean Muslim Perception to the NHIS is quantified.

**Table 12: Education Status On Muslim's knowledge and awareness To The Nigerian NHIS**

	Sum of Squares	Df	Mean Square	F ratio	F critical	Sig.
Between Groups	55.825	4	13.956	7.125	3.000	.001
Within Groups	926.468	473	1.959			
Total	982.293	477				

**Post Hoc Scheffe Homogenous Subset Mean Comparison Of Respondents Knowledge and Awareness of NHIS (Education Status)**

Educational Qualification	N	Subset for alpha = 0.05	
		1	2
HND	40	14.8250	
Diploma	7	15.0000	
PhD	168		15.7440
Masters	209		16.0048
Degree	54		16.0741
Sig.		.062	.115

Means for groups in homogeneous subsets are displayed.

According to the outcome of the Analysis of Variance F distribution statistics above, Educational status statistics have significant effect on Muslim Perception to the NHIS. Reasons being that in the Analysis of Variance statistics table the calculated p value of 0.001 are lower than the 0.05 alpha level of significance while the computed F value of 7.125 is found to be greater than the F critical value of 3.00. Their computed Mean Muslim Perception to the NHIs on account of their Educational status are 17.7440, 16.0048, 16.0741, 15.8250 and 15.000 by educational status of PhD, Masters, Degree, HND and Diploma respectively. These means perceptions on the basis of respondents Educational status are diverse and statistically different. The Post Hoc Scheffe homogenous mean comparison of the respondents perception to the Scheme Showed that the HND and Diploma holders had the least mean perception on the scheme as their means were placed in the least subset 1, while the mean perception of PhD, Masters and Degree holders had significantly higher mean perception of the Nigerian NHIS as their means were all placed in the higher subset 2, This implies that their mean perception differs on account of their level of educational status, implying that educational status has significant effect on Muslim's awareness to the scheme. Therefore, the null hypothesis which states that Educational status does not have any significant effect on Muslim Perception to the NHIs, is hereby rejected.

### Conclusion

The study concludes that the Majority of Nigerian Muslims are not aware with the modus operandi of the operations of the NHIS. Obviously, the respondent's knowledge about the Scheme is very poor; this is because 70.7% are in the view of assuming that contribution is based on the 15% of the **total salary** or otherwise, as against 29.3% who confirmed that it is **5% from the employee's salary and 10% from the employer**, which is correct. This is a prove that, majority of them do not even know the methods of contribution and operation of the scheme. Therefore, further information should be obtained by carrying out a study to find ways for educating and in lighting people about the scheme. Also conferences, seminars, should be organized with discussion in media by the Government to clarify operations of the Scheme to the people.

### REFERENCES:

- Adeniyi AA, Onajole AT. (2010) The National Health Insurance Scheme (NHIS): A Survey of Knowledge and Opinion of Nigeria dentists" in Lagos. *Afr J Med Sci; Vol.39, No.1, pp.29-35*
- Agu, M. A. (2016). *Knowledge, Attitude and Practice of National Health Insurance Scheme (NHIS) By Federal Civil Servants (Fcss) in Abuja Municipal Area Council (AMAC) Federal Capital Territory (FCT)* (Doctoral dissertation), Usmanu Danfodiyo University, Sokoto

- Akande, T. M., Salaudeen, A. G., Durowade, K. A., Agbana, B. E., Olomofe, C. O. Albinuomo, A. O. (2012). National Health Insurance Scheme and its effect on staff's financial burden in a Nigerian Tertiary health facility. *International Journal of Asian Social Science*, 2(12), 2175-2185.
- Aliyu, H. (2000). *The Knowledge, Opinion and Attitude of Nigerian Civil Servants Towards the National Health Insurance Scheme (NHIS) the case of Sokoto State* (Doctoral Dissertation) Ahmadu Bello University, Zaria
- Iliyasu Z, Abubakar I.S, Abubakar S., Lawan U.M, Gajida AU. (2010) Patients' satisfaction with services obtained from Aminu Kano Teaching Hospital, Northern Nigeria. *Niger J Clinic Practice; Vol.13, No.4, pp.371-8*
- Muaz, Y.A., Supaat, D. I., & Salleh, A.Z. (2016) Nigerian National Health Insurance Scheme under the Islamic Perspective: A Literature Review. *Journal of Education and Social Sciences, Vol. 6, (February)*
- Neuman W.L. (2011). *Social Research Methods*. Boston: Allyn & Bacon. P. 268.
- Olatunji H. & Tanko, S. (2016) The National Health Insurance Scheme: The Nigeria Experience, Policy Implication and Economic Transformation. *Journal of Research in Humanities and Social Sciences vol.1, No1.*
- Olugbenga B., Adebimpe W. (2010) Knowledge and attitude of civil servants in Osun state Southwestern Nigeria towards the national health insurance. *Niger J Clin Pract; Vol.13, No.4, pp.421-6.*
- Onyedibe K.I, Goyit M.G, Nnadi N.E. (2012) An evaluation of the National Health Insurance Scheme (NHIS) in Jos, a North-central Nigerian city. *Global Advanced Research Journal of Microbiology; Vol.1, No.1, pp.005-012*
- Shafiu M., Mohammed N.S., Hengjin D. (2011) Understanding client satisfaction with health insurance scheme in Nigeria: factors and enrollees experiences. *Health Research Policy and system; 9 : 20*

## THE PROPORTIONALITY DOCTRINE AND INDIRECT EXPROPRIATION UNDER INTERNATIONAL LAW

Abdahlade Mossa Rshdan<sup>1</sup>, Norfadhilah Mohd Ali<sup>2</sup>

Faculty of Syariah and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai  
[Abdalhadi.rashdaan@yahoo.com](mailto:Abdalhadi.rashdaan@yahoo.com)

### ABSTRACT

This descriptive paper discusses establish the criterion for identifying what constitutes indirect expropriation. It suggests that both the purpose of implementing an action and the action's effect on an investment have highly relevant in determination indirect expropriation, so that it is very difficult to identify indirect expropriation based on one and ignore the other. Therefore, proportionality analysis has been employed in some cases in the context of indirect expropriation as a suitable test for resolution of these complex types of conflicts. Despite the importance of the proportionality criterion and its attempt to achieve proportionality between the purpose and effect together, It Still unclear and under criticism because it was first established in public law jurisprudence but was later applied in private law cases. what is the concept of "Proportionality" doctrine, what is the main analytical stages to proportionality, what is the position of BITs and arbitral tribunals from the proportionality doctrine, is there criticisms to the Proportionality doctrine, when, and where to apply this doctrine are important questions should be answered in a sequential methodology manner. Only by figuring out the answers of these important questions and making references to former arbitral tribunals decisions can we understanding the relationship between purposes and effects under international expropriation law. So I explained this doctrine and reached the following conclusions: The proportionality criterion is used to control of government regulatory actions, and to limit their interference with private rights, more importantly it reconciles competing rights or values. it is allowing the comparison of rights or interests whereby one may overweigh another and hence must take precedence, depending on the facts and circumstances of an individual case.

*Keywords: indirect expropriation, regulatory measures, proportionality doctrine.*

### Introduction

It is a challenge for arbitral tribunals to determine whether an indirect expropriation has occurred when the action taken by the government to achieve a public interest affects foreign investment significantly. Especially in investment disputes relevant to indirect expropriation that include economic implications for investor's property on the one hand and environmental or social implications for the public on the other. Where it turned that both the purposes of the regulatory actions and the action's effect on an investment have highly importance in determination of indirect expropriation, so that it is very difficult to identify indirect expropriation based on one and ignore the other. Therefore, proportionality analysis has been employed in some cases<sup>3</sup> in the context of indirect expropriation as a suitable test for resolution of these complex types of conflicts, which are frequent between public and private interests.

---

Ph.D. Candidate Shariah and Judiciary at the Faculty of Shariah and Law (FSU), (USIM) Malaysia.<sup>1</sup>

Senior lecturer at the Faculty of Shariah and Law (FSU), (USIM) Malaysia.<sup>2</sup>

CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (May 12, <sup>3</sup> 2005). This arbitration represents one of the ICSID cases collectively known as the Argentine Gas Cases. In this case, Argentina has argued for a necessity defense - the defense that it should be excused from liability for damages to foreign investments because of the "state of necessity" during its economic crisis. Among other issues, the tribunal examined whether the emergency measures enacted by Argentina to combat its economic crisis can be qualified as necessary to protect its essential security interest according



The proportionality criterion emphasizes that the purpose and the effect of a regulatory action need to be weighed together to determine whether the action is considered an indirect expropriation. This means the fact that an action is being implemented in accordance with public interest cannot in itself determine whether this action is indirect expropriation or not, but it may serve as the basis for the host States to excuse itself from compensation. Also, the fact that an action is being implemented in a way that economically interferes with the investments cannot in itself be used to directly decide that indirect expropriation has occurred, regardless of the severity of the interference and its impact.

Despite the importance of the proportionality criterion and its attempt to achieve proportionality between the purpose and effect together, it is still unclear and under criticism due to it was first established in public law jurisprudence but was later applied in private law cases.<sup>1</sup> How, when, and where to apply this criterion are important questions should be answered in a sequential methodology manner. Only by figuring out the answers of these important questions and making references to former arbitral tribunals decisions can we understanding the relationship between purposes and effects under international expropriation law. So I will explain it as follows.

### **The concept of "Proportionality" doctrine.**

Although there is no clear definition to the Proportionality doctrine, the principle of proportionality can be defined as that of finding a balance between two contradictory interests, in this case the public and the private interests. Its aim is to ensure that, when pursuing a public interest, the harmful effects imposed on private interests is proportionate.<sup>2</sup> The proportionality criterion is used to control of government regulatory actions, and to limit their interference with private rights, more importantly it reconciles competing rights or values.<sup>3</sup> it is allowing the comparison of rights or interests whereby one may outweigh another and hence must take precedence, depending on the facts and circumstances of an individual case.

but we can suggest that proportionality doctrine is a discursive judicial technique or analytical structure for adjudicating disputes concerning regulatory actions intruding on protected rights or interests but pursuing a Public interest or communal objectives.<sup>4</sup> it is a method of legal interpretation, and prominent legal principle in many legal orders.<sup>5</sup> it was first developed in the German constitutional law, then used extensively in the jurisprudence of European Court of Human Rights, and more recently in jurisprudence of the Inter-American of Court Human Rights.<sup>6</sup>

---

to the non-precluded measures clause of 1991 U.S. - Argentina BIT, which, in certain circumstances, limits investor protection.

Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP Catalogue, Oxford<sup>1</sup> University Press.p 144 - 145.

Nikièma, S. H. (2012). P. 15.<sup>2</sup>

Andenas, M., & Zleptnig, S. (2006). *Proportionality: WTO law: in comparative perspective*. *Tex. Int'l*<sup>3</sup> LJ, 42. 384-385.

Henckels, C. (2012). P. 227.<sup>4</sup>

For example, Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice. At least, it constitutes a<sup>5</sup> general principle in administrative and constitutional laws, and in the jurisprudence, of Germany, South America, Central and Eastern Europe, USA, South Africa, New Zealand. It is also seen as part of an emerging set of global administrative law principle.

See Muir, A. T. (2015). P. 17. For more see, Michalowski, S., & Woods, L. (1999). *German<sup>6</sup> Constitutional Law the Protection of Civil Liberties*. Dartmouth Publishing Company.p 328. The German constitution protects the individuals against uncompensated harmful effects that afflict of their property rights, and the federal Constitutional Court has rendered its decision in many disputes, that: " the interference of rights that came into existence under previous law must be justified by public interest's considerations, taking into account the proportionality doctrine."; also Brady, A. D. (2012). *Proportionality and Deference Under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge University Press. p. 24. the U.K. courts applied the proportionality doctrine in a full range of governmental regulatory actions, from administrative law to the primary legislation.

This doctrine also plays an important role in the practice of international arbitral tribunals, it has been argued that it is characterised as a general principle of international law with its foundations in the international legal order.<sup>1</sup> It is perceived as a “convincing and methodologically clear approach when attempting to balance the interests of both the State and the investor fairly”.<sup>2</sup> So it has been proposed in international investment law as the best way for the arbitral tribunals to improve their adjudicative legitimacy because it provides a structural analysis that can be understood and accepted more easily by both parties and also can withstand critical scrutiny.<sup>3</sup> A proportionality doctrine requires that where a range of alternative actions exist, the action that interferes less with the rights or interests should be preferred, and that the greater the restriction on a rights or interests the more compelling, the social need or public interest’s objective should be.<sup>4</sup>

The application of the proportionality doctrine varies from jurisdiction to another jurisdiction and usually the international arbitral tribunals do not always apply this doctrine in its entirety with all of its three elements. It is now employed by many international and supranational courts and tribunals in a variety of contexts, is evolving as the dominant judicial technique for mediating between the competing values of rights protection, and may be emerging as a general principle of international law.<sup>5</sup>

Currently, the proportionality doctrine has been gaining increasing attention in academia.<sup>6</sup> A number of reputable scholars support the proportionality doctrine to determine indirect expropriation and advocate for its application in investor and state disputes. For example, Reinisch confirms that the proportionality doctrine is a “probable development” in ICSID case law.<sup>7</sup> Jasper Krommendijk and John Morijn, consider proportionality doctrine as an effective test which “helps to construe the borders between legitimate government regulatory measures and excessive interference with the rights and interests ....”.<sup>8</sup> Anne Hoffman perceives, that the proportionality doctrine as a “convincing and methodologically clear approach when attempting to balance the interests of both the State and the investor fairly”.<sup>9</sup> As well as Caroline Henckels<sup>10</sup> considered the proportionality doctrine as “transparent analytical structure for decision-making” and “more robust methodological framework”, and suggests that arbitral tribunals “should be more deferential in performing proportionality analysis, mindful of host state authorities’ greater democratic legitimacy and proximity to host state communities, and tribunals’ comparatively weak institutional capacity.”

---

Yoshifumi, T. (2001). Reflections on the Concept of Proportionality in the Law of Maritime<sup>1</sup> Delimitation. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 16(3). P. 433. also Henckels, C. (2012). P. 226; Hilf, M., & Goettsche, G. J. (2003). The relation of economic and non-economic principles in international law. *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*. P. 16-17.

Reinisch, A. (Ed.). (2008). *Standards of investment protection*. Oxford University Press. p. 172-173.<sup>2</sup>  
Muir, A. T. (2015). P. 17.<sup>3</sup>

Alexy, R. (2010). *A theory of constitutional rights*. Oxford University Press, USA. P. 102.<sup>4</sup>  
Henckels, C. (2012). P. 227. For more see, Cohen-Eliya, M., & Porat, I. (2010). American balancing<sup>5</sup> and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2). p. 263-264; Sweet, A. S., & Mathews, J. (2008). Proportionality balancing and global constitutionalism. *Colum. J. Transnat'l L.*, 47. P. 73-75.

Muir, A. T. (2015). P. 17; Henckels, C. (2012). P. 226; Krommendijk, J., & Morijn, J. (2009).<sup>6</sup> ‘Proportional’ by What Measure (s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press (2009). P. 422; Kingsbury, B., & Schill, S. W. (2009). Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*. P. 9-11; Reinisch, A. (Ed.). (2008). P. 172. And Yoshifumi, T. (2001). P. 431-434.

Muchlinski, P., Ortino, F., & Schreuer, C. (Eds.). (2008). *The Oxford handbook of international<sup>7</sup> investment law*. Oxford University Press on Demand. p. 450.  
Krommendijk, J., & Morijn, J. (2009). p. 422<sup>8</sup>  
Reinisch, A. (Ed.). (2008). P. 172.<sup>9</sup>  
Henckels, C. (2012). P. 228.<sup>10</sup>

we can observe from the above that there is no clear definition of the doctrine of proportionality in bilateral and collective agreements and the decisions of arbitral tribunals, as this doctrine is still under development. Although the arbitral tribunals are trending to the application of this doctrine, there is no consensus on the way it should be applied in both jurisprudence and the decisions of arbitral tribunals and bilateral and collective investment treaties. However, when applying this criterion, it has traditionally followed three main tests.

Finally, we can define the proportionality doctrine as a doctrine that seeks to achieve the required balance between protecting the rights of the state to exercising its sovereignty over its territory and seeking to achieve the public interest, protecting the environment on the one hand, and protecting the rights of the investor to making profits and enjoying in their investments on the other hand, through several stages, starting with analyzing the legitimacy of regulatory actions that have harmful effects on the investment and ending with an analysis of the proportionality between the purpose of the action and the harmful impact.

So we will explain the three tests, the position of bilateral and collective investment treaties and arbitral tribunals on the doctrine of proportionality, and their compatibility with sustainable development. This part of the chapter will explain it as follows.

### **The main analytical stages to proportionality**

Although there is no exists consensus on the approach to proportionality analysis, because it is not a standardised legal concept and may has different facets,<sup>1</sup> it was traditionally for arbitral tribunals to preliminary assessment of the legitimacy of the regulatory action's objective,<sup>2</sup> then three main analytical stages : suitability, necessity and proportionality *stricto sensu*.<sup>3</sup>

I will explain these three main analytical stages as follows:

#### **Suitability:**

The first step in the proportionality criterion is to examine the 'suitability' of the action. This step aimed to decide whether the action adopted serves a legitimate public purposes and if it is generally suitable to achieve that purpose.<sup>4</sup> So as to filtering out the illegitimate or impermissible purposes.<sup>5</sup> Of course, illegitimate purposes for example crimes against humanity or any intentionally arbitrary or discriminatory influence associated with the action would not be considered suitable, and thus 'suitable' means *bona fide*.<sup>6</sup> Accordingly, there should be a causal relationship between the adopted a legitimate action and its purpose.<sup>7</sup>

---

Jans, J. H. (2000). Proportionality revisited. *Legal Issues of Economic Integration*, 27(3). P 240-241.<sup>1</sup>  
Sweet, A. S., & Mathews, J. (2008). P. 76. He outline four stages of proportionality analysis, instead <sup>2</sup> of three. According to such approach, first is a "legitimacy" stage in which "the judge confirms that the government is constitutionally – authorized to take such a measure". The next is "suitability" stage in which the judge ensures that "the means adopted by the government are rationally related to the stated policy objectives". The third is a "necessity" stage, which requires the judge to determine whether the objective could have been achieved through the application of less restrictive measure. Final stage requires application of "balancing *stricto sensu*" in which the judge weighs "the benefits of the acts...against the costs incurred by infringement of the right".

Jans, J. H. (2000). P. 241; Andenas, M., & Zleptnig, S. (2006). P. 388- 394; Kingsbury, B., & Schill, <sup>3</sup> S. W. (2009). P 28; Henckels, C. (2012). P. 227.

Xiuli, H. (2006). On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and <sup>4</sup> Gunn, P. 223-243; Proposals to Government of the People's Republic of China. *James Cook UL Rev.*, 13.

T. J. (2005). Deconstructing proportionality in limitations analysis. *Emory Int'l L. Rev.* 19. P. 465-67; Andenas, M., & Zleptnig, S. (2006). P. 388.

For moor see, Rivers, J. (2006). Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law* <sup>5</sup> *Journal*, 65(1). P. 196.

Henckels, C. (2012). P. 247.<sup>6</sup>

Jans, J. H. (2000). P. 240.<sup>7</sup>

Nevertheless, when examining the suitability of the actions, the arbitral tribunal has to depend on the evidence and information available at the time the action was adopted.<sup>1</sup> Any subsequently obtained information has to be excluded when judging whether the actions was adopted suitably.<sup>2</sup> Where the suitability will be more relevant when the action was adopted at a time of crises or in an urgent situation.<sup>3</sup>

Finally, if the regulatory action fails to pass this step, it may be considered an indirect expropriation, but it should be noted that only very few regulatory actions will not pass this step, because the host states usually have a large discretion in this kind of choices.

### **Necessity**

If the regulatory action passes the first step, the arbitral tribunal shall pass to the second step. The second step in proportionality criterion is to test whether the adopted action was necessary. It requires that an action adopted for a public policy objective the least restrictive, In the sense that there is no other possible alternative action which is equally effective, but less restrictive.<sup>4</sup> This requires an arbitral tribunal to determine whether the objectives can be achieved causing less interference with the investor's rights and interest.<sup>5</sup> The underlying objective of this test is that a regulatory action adopted to protect one interest, must be necessary to achieving the expected outcome and must do the least damage to the competing interest.<sup>6</sup>

Through the above we can conclude that the necessity of the action is equally important than the Suitability.<sup>7</sup> Where he performs his turn through by evaluating the relationship of means to ends.<sup>8</sup> so if the regulatory action fails to pass this step, it may be considered an indirect expropriation, Normally, the State has the authority to judge which action is reasonable for completing its public policy objective and the costs of any alternative actions.<sup>9</sup> For this reason, the necessity requirement is manifested within the effectiveness of a State's administrative and legislative system.<sup>10</sup> However, this does not mean that a strict responsibility is imposed on the State to implement an action in the most perfect way to arrive at the expected outcome. The value of the necessity test in this context has been testified to in different arbitral Tribunals and courts, especially where this test was being weighed in reaching a finding on the appropriateness of a host State's action in dealing with complex social problems.<sup>11</sup>

### **Proportionality Stricto Sensu.**

After passing the regulatory action the first and second steps. The final step in the proportionality criterion involves proportionality strictu sensu.

In order to make this analysis, the arbitral tribunal must take into consideration all the relevant factors , such as cost-benefit analysis, the importance of rights affected, the importance of the interest protected, the degree of interference , the length of interference, the availability of less

---

Andenas, M., & Zleptnig, S. (2006). P. 388-389; Emiliou, N. (1996). The principle of proportionality<sup>1</sup> in European law: a comparative study (Vol. 10). Kluwer Law Intl. p. 174.  
Emiliou, N. (1996). p. 174.<sup>2</sup>  
Ibid; Henckels, C. (2012). P. 248.<sup>3</sup>  
Han, X. (2007). The application of the principle of proportionality in Tecmed v. Mexico. Chinese<sup>4</sup> Journal of International Law, 6(3). P. 637.  
If the ECtHR finds the measure was the less invasive one, that conclusion doesn't lead automatically<sup>5</sup> to the conclusion that Article 1 of the Additional Protocol had been violated. see, Muir, A. T. (2015). P. 18; Henckels, C. (2012). P. 227; Rivers, J. (2007). Proportionality, discretion and the second law of balancing. in George Pavlakos, ed, Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford. p 171-176.  
Han, X. (2007). P. 637.<sup>6</sup>  
Muir, A. T. (2015). P. 18<sup>7</sup>  
Alexy, R. (2010). P. 67.<sup>8</sup>  
Henckels, C. (2012). P. 248- 252.<sup>9</sup>  
Elliott, M., Beatson, J., & Matthews, M. (2011). Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law<sup>10</sup> Text and Materials. Oxford University Press.p. 271.  
Henckels, C. (2012). P. 248.<sup>11</sup>

severe measure and any other factors.<sup>1</sup> the arbitral tribunal or court must look at the two competing important interests and then decide whether the action's effects on the investor is proportionate, or too severe relative to the gain that the public policy sought to be realized.<sup>2</sup>

If the action has an excessively harmful effect, and too severe relative to the gain that the public policy seeks to achieve. Arbitral tribunal would most probably be considered it as indirect expropriation in accordance with this strict proportionality analysis. Where, the greater the interference, the more compelling the action's objective should be.<sup>3</sup>

Some scholars note that, this final step of the proportionality criterion is highly important, Where, if the analysis stops at the step of necessity, it would allow the severe restriction of a right in order to protect public interests.<sup>4</sup>

Finally, might be helpful for concluding that proportionality *stricto sensu* should be applied in an indirect expropriation analysis. The rule is that host States are obligated to act in good faith with the purpose of promoting, at least *prima facie*, general public welfare, any expropriatory effect generated from which should be carefully weighed with this purpose to determine whether this effect is 'manifestly disproportionate'.<sup>5</sup>

Through our study and analysis of these three tests, we find that these tests are important in the application of the doctrine of proportionality, therefore, the arbitral tribunals must apply these tests in order to obtain consistent and consistent decisions, which enables both parties to anticipate the decision in the event of a dispute related to indirect expropriation. It must be noted here that some of decision may apply only the third step of the proportionality test, and neglect the considerations of suitability and necessity. where it deals with the legality of the regulatory action only then go directly to a strict proportionality analysis, where the use of methodology that skips some steps of the proportionality analysis decreases the functionality of the test and may result in inconsistent interpretation of indirect expropriation.

### **Proportionality Doctrine in BITs.**

recently, the consideration of proportionality doctrine has been formally established in BITs and FTAs as a compulsory element to distinguishing between a regulatory measures and an indirect expropriation, especially in the modern American investment treaties practice.<sup>6</sup> This recognition of the proportionality doctrine an important step towards the formal consideration of this doctrine as part of international customary law.<sup>7</sup>

Although the objective of proportionality doctrine is achieving the right balance between the foreign investors interests the one hand and the host State on the other, this new doctrine still faces difficulty to negotiating and in reaching agreement, because it will put the foreign investments under more risks greater than the risks in current common practices under current investment treaties. So the host states must start new rounds of BITs and MITs negotiations, if it is seeking for more regulatory space without compensation to foreigner investment. It must include clear and declaratory provisions maintains the host State's regulatory powers in the preamble of the international investment treaties, it shall also include a set of detailed criteria that enable the host states from take the necessary regulatory measures without the need to pay compensation, or clearly indicate to specific types of regulatory measures that cannot be considered an indirect expropriation. however, this does not mean that the host State should be

---

Schill, S. W. (Ed.). (2010). *International investment law and comparative public law*. Oxford University Press. P. 87.<sup>1</sup>

James and others v. The United Kingdom, European Court for Humana Rights, 21 February 1986,<sup>2</sup> series A, no. 98, para. 51; See, Barak, A. (2012). *Proportionality: constitutional rights and their limitations* (No. 2). Cambridge University Press.p. 349-350.

Henckels, C. (2012). P. 252.<sup>3</sup>

Schill, S. W. (Ed.). (2010). p. 87.<sup>4</sup>

Burke-White, W. W., & Von Staden, A. (2010). *Private litigation in a public sphere: the standard of*<sup>5</sup> review in investor-state arbitrations. *Yale J. Int'l L.*, 35. P. 287.

Zhao, S. (2015). 295-296. Han, X. (2007). P. 244<sup>6</sup>

Yoshifumi, T. (2001). p. 433.<sup>7</sup>

given Full freedom to harm the foreign investments as it wishes once justified that these actions were taken for the public interest.

The determination of indirect expropriation should not be left to the arbitral tribunals. So it has appeared new development of the Model BITs to provide detailed provisions to explain of the factors, criteria and instruction of what regulatory actions considered as an indirect expropriation. in the evaluating whether State's action considered as an indirect expropriation, it requires taking into account combination of factors, including effect, reasonable expectation, suitability of the action, necessity of the action and the proportionality *Stricto Sensu*. among other factors. it points out that under specific circumstance, the host State's regulatory actions do not consider as indirect expropriation. for examples The US Model BIT (2012), the new Indian Model BIT (2016),<sup>1</sup> Australia-US FTA, Dominican Republic-Central America-United States FTA (CAFTA-DR)<sup>2</sup> and the FTAs between United States and other countries.<sup>3</sup> There treaties conclude very similar context of provisions<sup>4</sup>: Firstly, is explicitly expresses the exclusion of the "sole-effect" doctrine by making clearly that the State's action has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation had occurred. Secondly, the determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action.<sup>5</sup>

Thirdly, it explicitly points out that except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives,

---

Han, X. (2007). P. 244. It is argued by the author that some of the treaties have in fact incorporated the<sup>1</sup> principle of proportionality into the text but have done so in a contextual way. the provision regulating the determination of indirect expropriation takes the effect of the measure, the purpose of the measure, the character of the measure, and other factors into full account and implies the prerequisite of a fair and reasonable balance between the measure's effect and its purpose. To be more specific, the economic impact, 'standing alone', cannot decide the occurrence of indirect expropriation, and the non-discriminatory measures 'do not constitute indirect expropriation' except in 'rare circumstances'.

Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, August 5 2004. United<sup>2</sup> States signed the CAFTA-DR with five Central American countries (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, and Nicaragua), and the Dominican Republic.

Such as: United States-Chile Free Trade Agreement, Annex 10-D (June 6, 2003); United States-<sup>3</sup> Morocco Free Trade Agreement, Annex 10-B (June 15, 2004).

article 4. of ANNEX 11-B. OF Australia- United States Free Trade Agreement, 18 May, 2004, "4. The<sup>4</sup> second situation addressed by Article 11.7.1 is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and(iii) the character of the government action.(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations."; Annex 10-C. of Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, August 5, 2004; Annex B. of United States Model BIT (2004). Annex B.of United States Model BIT (2012); Article 5.2 of Indian Model BIT (2016). article 4- A. of ANNEX 11-B. of Australia- United States Free Trade Agreement.<sup>5</sup>

such as the protection of public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.<sup>1</sup>

### **Arbitration Practice of the Proportionality doctrine in Indirect Expropriation cases.**

From the above we can see that the function of the proportionality doctrine to a large extent depends upon how it is applied by the arbitral tribunals. Thus, it is necessary first to take a deep look at the practices of investment tribunals using the proportionality doctrine in the Indirect expropriation context. The proportionality doctrine has been extensively applied in diverse fields of law, and by international courts and arbitral tribunals.<sup>2</sup> Tribunals instead of focusing exclusively on the "sole effect doctrine" on the investments, have also often taken into account the purposes and proportionality of the governmental actions to determine whether compensation was due.<sup>3</sup> Also several tribunals have referred to the proportionality doctrine, as a refinement of the blanket "police power doctrine" exception, to determine whether the actions being within the police power of the host state, is nevertheless considered to be an Indirect expropriation.

I will analyze some of cases in which the arbitral tribunals applied the proportionality doctrine as follows.

#### **Tecmed v. Mexico case.**

The proportionality test was applied clearly for the first time in relation to indirect expropriation in Tecmed v. Mexico. this case concerned the operation of a hazardous waste disposal facility in a rapidly expanding urban area of Mexico. The claimant invested in a hazardous industrial waste landfill in 1996 but was unable to renew its license to operate from the Mexican Government two years later. It thus claimed for its investment loss due to the arbitrary and non-substantiated decision of the Mexican Government and sued Mexico for expropriation.

In this case the tribunal analysed in detail the facts of the case and concluded that tecmed indeed was the sufferer of indirect expropriation without compensation from Mexican authorities as the interests of the Investor were seriously affected. The tribunal decided in favor of the claimant and supported its expropriation claim. The tribunal adopted the proportionality test and it has based in its analysis to the European Court of Human Rights' case law,<sup>4</sup> the decision of the ECtHR case of James v United Kingdom,<sup>5</sup> the effect that an action must pursue a legitimate aim in the public interest and be appropriate to achieve its aim; that there must be a reasonable relationship of proportionality between the effect of the measure on the investor and its objective; and that if the claimant bore an 'individual and excessive burden' the measure would be disproportionate.<sup>6</sup> The tribunal in provided that "Although the analysis starts at the due deference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the Arbitral Tribunal, without thereby questioning such due deference, from examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation

---

article 4 - B. of ANNEX 11-B. of Australia- United States Free Trade Agreement.<sup>1</sup>

Tecmed v Mexico; S.D. Myers, Inc. v Government of Canada (S.D. Myers), UNCITRAL Case, Partial<sup>2</sup> Award, 13 November 2000; Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States (Feldman v Mexico), ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, Award, 16 December 2002; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/01, Award, 3 October 2006.

Yannaca-Small, C. (2004). P. 12-13.<sup>3</sup>

European Court of Human Rights, Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal, Judgment of September 16, 1996, 92, p. 19; European Court of Human Rights, Mellacher and Others v. Austria, Judgment of December 19, 1989, 48, p.24; European Court of Human Rights, James and Others, Judgment of February 21, 1986, 50, pp.19-20.

European Court of Human Rights; James and Others, Judgment of February 21, 1986, 50.<sup>5</sup>

Ibid. para p. 19-20.<sup>6</sup>

of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure”.<sup>1</sup>

In the Tribunal’s view, the investor had legitimate grounds to believe that its investment in the landfill would last for a long term (although the permit had to be renewed annually), as well as to expect the estimated return and profits during its entire useful life.<sup>2</sup> These expectations were based on all circumstances of the investment and its objective characteristics which the investor had taken into account when it made the tender offer for acquisition of the landfill.<sup>3</sup>

When the tribunal analyzed the purposes of the refusal to renew the permit to verify whether there was an actual public interests behind the action invoked by the state and whether the adopted action was the only action available to achieve the pursued objective, and the proportionality between the effect of this refusal and the purposes pursued. It found that the refusal was adopted for two purposes: Firstly, to prevent harms to the environment and public health, which were allegedly caused by Cytrar’s infringements of the terms of the Permit and Mexican environmental laws during its operations of the landfill. secondly to respond to the opposition from the local community against the location of the landfill.<sup>4</sup>

For the first purpose, the tribunal has concluded that the breaches of both the permit’s terms and environmental regulations by the investor were generally minor and did not negatively affect public health or protection of the environment.<sup>5</sup> Thus, the denial to renew the permit for the operation of the landfill, which had a substantial and permanent impact on the investment and the investor’s reasonable expectations, was an “extreme measure”. In the Tribunal’s view, such action was not necessary to remedy the infringements that did not compromise the public goods.<sup>6</sup> It recalled that the minor fine that had already been imposed on Cytrar would have been a proportional response.<sup>7</sup> As a result, the tribunal found no true environmental purpose behind the adopted action and so it was unnecessary to apply it.

For the second purpose, the tribunal noted that the decisive determinant of the denial to renew the permit was the community pressure relating to the location, and not the operation, of the landfill.

This pressure nevertheless was not justified by circumstances of social emergency or crisis or disaster; it merely triggers political difficulties.<sup>8</sup> These difficulties lack any degree of seriousness and urgency that required an intervention of such a nature, i.e. the non-renewal of the permit and ultimately the complete termination of the landfill’s operations. Indeed, the community opposition only involved the participation of four hundred people out of one million inhabitants, whilst the actual blockage of the landfill was carried out by only 40 people.<sup>9</sup> Thus, the severity of the interference was not proportionate to the aim pursued by. As the Tribunal

---

Tecmed v Mexico. para 122.<sup>1</sup>

Ibid, Para. 149.<sup>2</sup>

Fietta, S. (2006). Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard. *Journal of International Arbitration*, 23(5). p. 382.

Tecmed v. Mexico, Para. 125.<sup>4</sup>

Ibid, Paras. 124, 127, 130–32.<sup>5</sup>

Ibid, Para. 148.also Para. 100. The Tribunal’s conclusion reflected the statement of Mexico’s Federal Environmental Protection Attorney’s Office (PROFEPA) that “... the infringements committed by the companies involved are not sufficient to immediately cancel, suspend or revoke the permit for carrying out hazardous material and/or waste management activities, not do they have an impact on public health or generate an ecological imbalance”.

Ibid, Para. 124.<sup>7</sup>

Ibid, Paras. 133-147.<sup>8</sup>

Ibid, Para. 144.<sup>9</sup>



opined, this aim could have been achieved by relocating the landfill as proposed by Cytrar and Tecmed.<sup>1</sup>

finally, both purposes were not accepted by the tribunal, the tribunal found that the Environmental Protection Agency's decision to refuse renewal of the permit was a de facto indirect expropriation as the investment was permanently deprived of economic value and could not be exploited, despite the fact that the legal ownership of the assets did not pass to the Mexican government or any third parties. Thus, the tribunal attempted to balance competing interests of both the investor and the host state by applying the principle of proportionality.

from above, we found that the arbitral tribunal examined whether the action adopted serves a legitimate public purposes and if it is generally suitable to achieve that purpose, where it has analyzed the main purposes, also, the tribunal reference to the minor fine that had already been imposed on Cytrar was a proportional response. then analyzed the proportionality between the purpose of the action and its impact.

We can see here that the character of the action played an essential role in the determination of indirect expropriation in the present context. As noted by Professor Viñuales, if the tribunal considered, instead, that had the measure genuinely pursued an environmental objective (e.g. cessation of operations of the investor due to its grave breaches of environmental standards), the expropriation claim could have been decided differently.<sup>2</sup> Another element which the Tribunal also took into consideration was the behavior of the companies involved. The Tribunal implicitly held that the investment would have had to bear the burden of the non-renewal of the permit, had Cytrar and Tecmed behaved improperly. To the contrary, the conduct of these companies was so flawless that it could not even give rise to minor faults.<sup>3</sup> from the beginning on, given the political circumstances after the investment has been made, Cytrar and Tecmed acted in good faith and cooperatively. All in all, the disproportion of the measure and its effect in relation to the aims pursued tipped the expropriation-regulation balance so that the Tribunal found an expropriation under the BIT.

It must be noted here that, some scholars have even viewed this case as a strong precedent established in international investment law regarding regulatory measures and indirect expropriation.<sup>4</sup> and a methodologically sound approach to proportionality analysis in the context of indirect expropriation.<sup>5</sup>

### **Proportionality test endorsed in post-Tecmed cases**

---

Until a few days before the Resolution, and even after the adoption of the Resolution, both Cytrar and Tecmed reaffirmed their commitment to relocate and to bear all the costs involved. Moreover, evidence showed that the relocation possibility should have been feasible.

Viñuales, J. E. (2016). *Foreign investment and the environment in international law* (No. BOOK).<sup>2</sup> Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge. p 314.

Tecmed v. Mexico, Paras. 147-148. It has been proved that the conduct of the investor and its subsidiary<sup>3</sup> has never been the direct cause of any harm to the environment or the determinant of political pressure or demonstrations which led to the deprivation underlying the Resolution.

Weiler, T. (Ed.). (2005). *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID*,<sup>4</sup> NAFTA, bilateral treaties and customary international law. Cameron May. p. 653- 656.

Schill, S. W. (2006). P.10–13; Kingsbury, B., & Schill, S. W. (2009). p. 43- 46; Kingsbury, B., &<sup>5</sup>

Schill, S. (2010). Public law concepts to balance investors' rights with state regulatory actions in the public interest—the concept of proportionality. *International investment law and comparative public law*. p. 91-94; Coe, J., & Rubins, N. (2005). Regulatory expropriation and the Tecmed case: context and contributions. *International investment law and arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*. P. 664- 655.

The approach adopted in Tecmed was endorsed in three subsequent ICSID cases, both with Argentina as the respondent state: *Azurix v. Argentina*,<sup>1</sup> *LG&E v. Argentina*,<sup>2</sup> and *Continental Casualty v. Argentina*.<sup>3</sup>

#### **In the Azurix v. Argentina case.**

The foreign investor claimed that the depriving his investment from the use and enjoyment of the reasonably expected economic benefits of the concession must be considered an indirect expropriation. Such deprivation was the result of a series of actions adopted by Argentina, including the refusal to implement the negotiated tariff regime, the inadequate completion of infrastructural works needed for the performance of the concession and the denial to recover the canon through tariffs. In return, Argentina claimed that its action was within the police power, to draw the attention of the arbitral tribunal to the intent and purpose of the regulatory measures.

Similar to the Tecmed, tribunal in Azurix case did not consider the blanket “police power” exception to be applicable. The tribunal has concluded that, the purpose of a regulatory action is a necessary, but it is not the sole criterion to decide whether the host state has to pay compensation for its regulatory actions.<sup>4</sup> Tribunal found that, it necessary to take both the effect and the purpose of the action into account,<sup>5</sup>. However, before the court begins to analyze proportionality, it had found that the interference with the expected economic benefits of the investment was not sufficiently grave so as to be regarded tantamount to expropriation. In the absence of an essential deprivation there was no need for a further examination of the purpose of the measure.<sup>6</sup>

#### **In the LG&E v. Argentina.<sup>7</sup>**

The case concerned Argentina’s different emergency measures adopted to tackle its economic crisis in 2001-2002. LG&E had a shareholding interest in three Argentine licensed gas distributing companies. In order to encourage investments by these three licensees, Argentina guaranteed to respect the provisions of the licenses and other legal obligations, including the semi-annual tariff adjustment based on the US Producer Price Index (PPI) and the calculation of tariffs in US dollars. However, as Argentina’s economic crisis escalated, Argentina enacted

---

*Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12.<sup>1</sup>  
*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID<sup>2</sup>  
Case No. ARB/02/1).  
*Continental Casualty Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/9).<sup>3</sup>

*Azurix v. Argentina*, Para. 310. held that: What mattered was not “whether the measure concerned is<sup>4</sup> legitimate and serves a public purpose”, but “whether it is a measure that, being legitimate and serving a public purpose, should give rise to a compensation claim”.

*Ibid*, Para. 311, citing ECHR’s case in the case of *James and Others*, sentence of February 21, 1986,<sup>5</sup> paras. 50 and 63, which had been cited by the Tecmed Tribunal. The ECHR held that “a measure depriving a person of his property [must] pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim ‘in the public interest’”, and bear “a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized... The requisite balance will not be found if the person concerned bears “an individual and excessive burden”... A measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto.”

*Ibid*, Para. 322: “...the Tribunal finds that the impact on the investment attributable to the Province’s<sup>6</sup> actions was not to the extent required to find that, in the aggregate, these actions amounted to an expropriation. Azurix did not lose the attributes of ownership, at all times continued to control ABA and its ownership of 90% of the shares was unaffected. No doubt the management of ABA was affected by the Province’s actions, but not sufficiently for the Tribunal to find that Azurix’s investment was expropriated”.

*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*(ICSID<sup>7</sup>  
Case No. ARB/02/1)

and implemented a series of emergency laws.<sup>1</sup> LG&E corporations, claimed that Argentina had expropriated its investment without compensation, which was breach of the treaty between the US and Argentina.

The tribunal has concluded that, in order to establish whether the regulatory action can be considered an indirect expropriation, should take into account besides the effect of an action, also the context in which it was adopted and its purposes.<sup>2</sup> The Tribunal referred to the Tecmed award, emphasising that a balance between the purpose and the effects of an action is one of the main elements to distinguish, from the perspective of an international tribunal, between a regulatory measure, and an indirect expropriation.<sup>3</sup> Accordingly, it held that State generally has the right to adopt the regulatory measures for general welfare purposes without incurring any international liability, except in the cases “where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed”<sup>4</sup>. Nonetheless, like in the Azurix case,<sup>5</sup> since Argentina’s actions did not lead to an essential deprivation or almost complete deprivation of the value of investments. Consequently, no indirect expropriation was found, and hence there was no need for the Tribunal to continue to develop its previous observations on the proportionality in order to see if the deprivation amounts to an expropriation.

#### **in the Continental Casualty v. Argentina case.<sup>6</sup>**

In this case the tribunal referred to the proportionality doctrine in the European Convention on Human Rights, and considered it as an appropriate doctrine to distinguish between regulatory measures and indirect expropriation. The case concerned Continental’s investment in CNA, it is an insurance company incorporated in Argentina, which Continental claimed to wholly own. The investor "Continental Casualty" claimed that the Argentina’s emergency measures, specifically the " specification of dollar-denominated deposits" and the "restructuring of government’s debts", Led to the loss in the value of CNA’s investment and hence it is considered indirect expropriation.

Since the arbitral tribunal had found that the necessity exception was available to the Argentina under Article (11) of the Argentina-US BIT <sup>7</sup>, it Concluded that the actions adopted by Argentina were excluded from the scope of the BIT and therefore did not go further into the claim of indirect expropriation .<sup>8</sup> it mentioned that must distinguish between the indirect expropriation and mere restrictions on a foreign investment which do not entail compensation<sup>9</sup>.

#### **The Main Criticisms to the Proportionality Doctrine.**

Proportionality doctrine has been criticized for different reasons, I will explain it and respond to it as follows:

---

These laws permitted renegotiation of contracts with public service providers, obliged the transfer of <sup>1</sup> private US dollar contracts and deposits into Argentinean pesos on a one-to-one basis (“pesification”), abolished the parity between the US dollars and the Argentine peso and the adjustment of tariffs in line with US inflation indices, and restricted money transfers.

Ibid. Para. 194.<sup>2</sup>

Ibid. Para. 194, citing Tecmed v. Mexico (Para. 115). The tribunal has concluded that emphasising that <sup>3</sup> a balance between the causes and the effects of a measure is “one of the main elements to distinguish, from the perspective of an international tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state’s police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance”

Ibid. Para. 195.<sup>4</sup>

Azurix v. Argentina. Para. 322.<sup>5</sup>

Continental Casualty Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9).<sup>6</sup>

Ibid. Paras. 160 – 236.<sup>7</sup>

Ibid. Para. 275.<sup>8</sup>

Ibid. Para. 276.<sup>9</sup>

**Proportionality has no legal international basis.<sup>1</sup>**

the arbitral tribunals perform the balancing analysis “on a legally unsound basis.”<sup>2</sup> The proportionality test has been applied by the European Court of Human Rights in its application of the European Convention on Human Rights. Especially when it tried to resolve the disputes between the individual rights granted under the convention and the other rules adopted in the public interests of the Member States.<sup>3</sup> But even though the European Union currently considered the most advanced form of regional integration process, it cannot easily transposable into international investment law, which is based on a dense and complex network of bilateral investment treaties and a dispute settlement system that lacks harmony and in which the arbitrators do not enjoy the same legitimacy as the European judges.<sup>4</sup> Also that the issue of how the proportionality doctrine will be employed by the arbitral tribunals ultimately depends on a different factor. One of these factors is the text of convention that establishes the rules to distinguish between indirect expropriation and regulatory measures as well as others Bilateral Investment Treaties applicable between the parties. Any meaningful discussion of what balance or proportionality requires is possible only after the primary norms that need to be balanced have been specified.<sup>5</sup> However, if such norms, like in most traditional BITs, are not clearly articulated in the treaty or simply absent, the tribunal’s reasoning would likely lack a sound basis for balanced determination of indirect expropriation and legal argumentation of the applied method.

Respond to this criticism that proportionality doctrine can be seen as a principle of international law. It is provided by many domestic laws in Europe, America (for instance Canada), Asia (for instance Hong Kong). Furthermore, it is generally applied in international dispute settlements in ECtHr and WTO context. Well as we explained above many Bilateral Investment Treaties and model BITs that provide for these standards, as Australia-US FTA, Dominican Republic-Central America-United States FTA (CAFTA-DR) and the FTAs between United States and other countries, and the US Model BIT (2012), the new Indian Model BIT (2016).

We can conclude that criticism is not directed towards the doctrine of proportionality itself and its criteria, but to the lack in provisions of bilateral investment treaties. To avoid this risk along with the risk of excessive discretion of the tribunals, investment treaties should incorporate provisions and language specifically designed to address indirect expropriation within the framework of proportionality and proper consideration of state’s right to regulate.

**Proportionality gives too much discretion to arbitrators, it might lead to restricts substantially State sovereignty.<sup>6</sup>**

The arbitrators are free to select Their own value system and the relevant criteria to explain why one value is considered more important than another.<sup>7</sup> thus supplants the role of democratically elected or otherwise legitimately deputed decision-makers.<sup>8</sup> Some even consider it as a “highly subjective decision-making that is influenced by tribunals’ own political, ideological and economic beliefs and assumptions.”<sup>9</sup> Also arbitrators may not be familiar with the context of a given policy measure. We can argue that proportionality doctrine

---

Kulick, A. (2012). Global public interest in international investment law (Vol. 90). Cambridge University press. P.172; Leonhardsen, E. M. (2011). Looking for legitimacy: exploring proportionality analysis in investment treaty arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 3(1). p. 119.  
Leonhardsen, E. M. (2011). p. 119.<sup>2</sup>  
Kingsbury, B., & Schill, S. W. (2009). P. 52.<sup>3</sup>  
Nikièma, S. H. (2012). P. 16-17.<sup>4</sup>  
Bonnitcha, J. (2014). Substantive protection under investment treaties (No. 110). Cambridge University Press. P. 48.  
Kulick, A. (2012). P.172; Franck, T. M. (2010). Proportionality in International Law. *Law & Ethics of Human Rights*, 4(2). p.240.  
Franck, T. M. (2010). Proportionality in International Law. *Law & Ethics of Human Rights*, 4(2). p.240.<sup>7</sup>  
Kulick, A. (2012). P.172.<sup>8</sup>  
Henckels, C. (2012). P. 50.<sup>9</sup>

albeit not restoring regulatory autonomy, functions to ensure that the states have sufficient regulatory autonomy which must nevertheless be subject to reasonable limits in order to prevent the abuse of the states' regulatory freedom. so to counter the criticism to the proportionality test consists in adopting interpretative methods and strategies that better suit the task which is assigned to the interpreter – to balance the competing interests.<sup>1</sup> In that sense, clear interpretative guidance for the proportionality analysis may limit the tribunal's discretion in implementing the approach to indirect expropriation which has been intended by the parties. In expanding the interpretation of treaty provisions in the sustainable development context, there may be the need to ensure the balance between environmental, social and economic interests in the adjudication process. In this regard, the exceptions, strong affirmations of non-economic values in preambles and operative provisions of the treaty might leave tribunals room for interpretation that effectively addresses sustainable development concerns.

From this we can conclude that the criticism was not directed to the approach itself, but its application in investor-state arbitration. Considering the above discussion, the proportionality<sup>2</sup> approach seems preferable as a test for determining an indirect expropriation and can be viewed as the most compatible with sustainable development. and it is the only reasonable method of approaching an issue that touches upon both public and private interests.<sup>3</sup>

### **Conclusion**

Despite the importance of the proportionality criterion and its attempt to achieve proportionality between the purpose and effect together, it is still unclear and under criticism and still under development. We can observe that there is no clear definition of the doctrine of proportionality in bilateral and collective agreements and the decisions of arbitral tribunals, However, we can define the proportionality doctrine as a doctrine that seeks to achieve the required balance between protecting the rights of the state to exercising its sovereignty over its territory and seeking to achieve the public interest, protecting the environment on the one hand, and protecting the rights of the investor to making profits and enjoying in their investments on the other hand, through several tests.

There is no consensus on the way it should be applied in both jurisprudence and the decisions of arbitral tribunals and bilateral and collective investment treaties, However, arbitral tribunals can follow three main tests this tests are Suitability, Necessity and Proportionality *Stricto Sensu*, in our analysis of the cases that applied the proportionality doctrine, we found that the arbitral tribunals some time did not apply the three tests or applied it in an unclear way, also found that the arbitral tribunals which applied the proportionality doctrine reached its decision in the early stages of the test and before reaching the stage of Proportionality *Stricto Sensu*, we find that these tests are important in the application of the doctrine of proportionality, therefore, the arbitral tribunals must apply these tests in order to obtain consistent and consistent decisions, which enables both parties to anticipate the decision in the event of a dispute related to indirect expropriation. It must be noted here that some of decision may apply only the third step of the proportionality test, and neglect the considerations of suitability and necessity. where it deals with the legality of the regulatory action only then go directly to a strict

---

Kingsbury, B., & Schill, S. (2010). P. 77-78. argued that it “can be accommodated – and by some<sup>1</sup> tribunals has already been employed - as an interpretation technique.” In the authors' view, the proportionality analysis can be appropriately accommodated within the concept of indirect expropriation as well as other concepts “whenever the restriction of the state's regulatory leeway is at play.” While the test as a legal construct can hardly present an alternative to the customary rules of treaty interpretation, one may agree with the authors that the proportionality may be helpful in informing the exercise of interpreting of a treaty with a view to resolving conflicts in connection with indirect expropriation.

Sweet, A. S. (2010). *Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*. Law & Ethics of<sup>2</sup> Human Rights, 4(1). P. 69; Newton, M., & May, L. (2014). *Proportionality in International Law*. Oxford University Press. P. 51.

Fortier, L. Y., & Drymer, S. L. (2004). Indirect expropriation in the law of international investment: I<sup>3</sup> know it when I see it, or caveat investor. *ICSID Review*, 19(2). P. 326.

proportionality analysis, where the use of methodology that skips some steps of the proportionality analysis decreases the functionality of the test and may result in inconsistent interpretation of indirect expropriation.

Although the doctrine of proportionality has proved to be the most appropriate doctrine to deal with indirect expropriation claims, it has not been spared criticism, we can conclude that criticism is not directed towards the doctrine of proportionality itself and its tests, but to the lack in provisions of bilateral investment treaties, so investment treaties should incorporate provisions and language specifically designed to address indirect expropriation within the framework of proportionality and proper consideration of state's right to regulate. Also the criticism was not directed to the approach itself, but its application in investor-state arbitration. Considering the above discussion, the proportionality approach seems preferable as a test for determining an indirect expropriation and can be viewed as the most compatible with sustainable development. and it is the only reasonable method of approaching an issue that touches upon both public and private interests.

## **REFERENCES:**

### **Legislation and Treaties.**

The Statute of the International Court of Justice.

Australia- United States Free Trade Agreement, (May, 18, 2004).

Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, (August, 5, 2004).

Indian Model BIT (2016).

United States-Chile Free Trade Agreement, (June, 6, 2003).

United States-Morocco Free Trade Agreement, (June, 15, 2004).

United States Model BIT (2004).

United States Model BIT (2012).

### **Cases.**

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12.

Continental Casualty Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9).

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8.

European Court of Human Rights, James and Others, Judgment of February, 21, 1986, 50.

European Court of Human Rights, Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal, Judgment of September, 16, 1996, 92.

European Court of Human Rights, Mellacher and Others v. Austria, Judgment of December 19, 1989, 48.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v Argentine Republic, ICSID

Case No. ARB/02/01, Award, 3 October 2006.

Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States (Feldman v Mexico), ICSID Case No. ARB

(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.

Tecmed v Mexico; S.D. Myers, Inc. v Government of Canada (S.D. Myers), UNCITRAL Case, Partial.Award, 13 November 2000.

### **BOOKS.**

Alexy, R. (2010). *A theory of constitutional rights*. Oxford University Press, USA.

Barak, A. (2012). *Proportionality: constitutional rights and their limitations* (No. 2). Cambridge

- University Press.
- Bonnitca, J. (2014). *Substantive protection under investment treaties* (No. 110). Cambridge University Press.
- Brady, A. D. (2012). *Proportionality and Deference Under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge University Press.
- Elliott, M., Beatson, J., & Matthews, M. (2011). *Beatson, Matthews and Elliott's Administrative Law Text and Materials*. Oxford University Press.
- Emiliou, N. (1996). *The principle of proportionality in European law: a comparative study* (Vol. 10). Kluwer Law Intl.
- Kulick, A. (2012). *Global public interest in international investment law* (Vol. 90). Cambridge University Press.
- Michalowski, S., & Woods, L. (1999). *German Constitutional Law the Protection of Civil Liberties*. Dartmouth Publishing Company.
- Muchlinski, P. Ortino, F. & Schreuer, C. (Eds.). (2008). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford University Press on Demand.
- Newton, M., & May, L. (2014). *Proportionality in International Law*. Oxford University Press.
- Pavlakos, G. (Ed.). (2007). *Law, Rights and Discourse: the legal philosophy of Robert Alexy* (No. 11). Bloomsbury Publishing.
- Reinisch, A. (Ed.). (2008). *Standards of investment protection*. Oxford University Press.
- Schill, S. W. (Ed.). (2010). *International investment law and comparative public law*. Oxford University Press.
- Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP Catalogue, Oxford University Press.
- Weiler, T. (Ed.). (2005). *International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law*. Cameron May.

## ARTICLES.

- Andenas, M., & Zleptnig, S. (2006). Proportionality: WTO law: in comparative perspective. *Tex. Int'l LJ*, 42, 371.
- Cohen-Eliya, M., & Porat, I. (2010). American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 263-286.
- Fortier, L. Y., & Drymer, S. L. (2004). Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or caveat investor. *ICSID Review*, 19(2), 293-327.
- Franck, T. M. (2010). Proportionality in International Law. *Law & Ethics of Human Rights*, 4(2), 231-242.
- Gunn, T. J. (2005). Deconstructing proportionality in limitations analysis. *Emory Int'l L. Rev.*, 19, 465.
- Han, X. (2007). The application of the principle of proportionality in *Tecmed v. Mexico*. *Chinese Journal of International Law*, 6(3), 635-652.
- Henckels, C. (2012). Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration. *Journal of International*

- Economic Law*, 15(1), 223-255.
- Hilf, M., & Goettsche, G. J. (2003). The relation of economic and non-economic principles in international law. *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, 5- 46.
- Jans, J. H. (2000). Proportionality revisited. *Legal Issues of Economic Integration*, 27(3), 239-265.
- Kingsbury, B., & Schill, S. (2010). Public law concepts to balance investors' rights with state regulatory actions in the public interest—the concept of proportionality. *International investment law and comparative public law*, 75, 97.
- Kingsbury, B., & Schill, S. W. (2009). Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, (09-46).
- Krommendijk, J., & Morijn, J. (2009). 'Proportional' by What Measure (s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press (2009), 421-455.
- Leonhardsen, E. M. (2011). Looking for legitimacy: exploring proportionality analysis in investment treaty arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 3(1), 95-136.
- Muir, A. T. (2015). *The use of the Proportionality Principle to Distinguish Compensatory Indirect Expropriation from Regulatory Measures*. Selected Works. Georgetown University Law Center.
- Nikièma, S. H. (2012). *Best Practices: Indirect Expropriation*. International Institute for Sustainable Development.
- Rivers, J. (2006). Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*, 65(1), 174-207.
- Sweet, A. S. (2010). Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier. *Law & Ethics of Human Rights*, 4(1), 48- 76.
- Sweet, A. S., & Mathews, J. (2008). Proportionality balancing and global constitutionalism. *Colum. J. Transnat'l L.*, 47, 72.
- Viñuales, J. E. (2016). *Foreign investment and the environment in international law* (No. BOOK). Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge.
- Xiuli, H. (2006). On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People's Republic of China. *James Cook UL Rev.*, 13, 233.
- Yannaca-Small, C. (2004). " *Indirect Expropriation" and the " right to Regulate" in International Investment Law*. OECD.



## THE UNITED NATIONS' RESPONSIBILITY AND ROLES IN MANAGING ISIS CRISIS IN IRAQ

Suror Shaba Polus (sroramaze@yahoo.com)

Zarina Othman\* (Zarina @ Zarina Othman) zo@ukm.edu.my

Farizal Bin Mohd Razalli (farizal@ukm.edu.my)

### ABSTRACT

The United Nation (UN) was the first organization to become actively involved in managing the crisis in Iraq. The involvement was very relevant because ISIS challenged the most fundamental principles of the UN, which is the maintenance of universal peace and security, the advancement of self-assurance and essential human rights and the assurance of central opportunities. The study argues that an effective UN is indispensable to solve the crisis caused by ISIS. By the same token, shortcomings in the international campaign against ISIS is arguably the result of the non-existent role of the UN. In substantiating these arguments, the study firstly discusses the current role of the UN in addressing ISIS - preventing its expansion. Secondly, the reasons behind shortcomings of the UN's role is analyzed. Consequently, the study suggests the formation of a strategic international campaign driven by the UN to combat ISIS. Such a stronger mandate for the UN especially in employing force is legitimate as ISIS has thus far proven itself to be the single biggest threat to international peace and security. Its inhumane approach to people who oppose its rule and existence; its facilitation as well as promotion of political violence in the name of religion have produced atrocities against innocent lives be they women, children and minorities. An effective UN intervention is badly needed to protect fundamental values of basic human rights and freedom.

**Keywords:** *Islamic State in Iraq and Syria/Levant (ISIS/ISIL), United Nations (UN), Peace and Security, Iraq.*

### Introduction

The United Nations (UN) is the first organisation actively involved in managing the crisis in Iraq. Its involvement is indeed very relevant for the reason that ISIS has challenged the most fundamental principles of the UN.<sup>1</sup> The UN Secretary-General Ban Ki-moon told an extraordinary session of the UN Security Council on 24 September 2014 that "the world is witnessing a dramatic evolution in the nature of the terrorist threat." In addition, he added "Eliminating terrorism requires international solidarity and a multifaceted approach—among the many tools we must use, we must also tackle the underlying conditions that provide violent extremist groups the opportunity to take root." He spoke when the UN and its member states raised their own specific concerns and promised to take comprehensive moves to obstruct the global terrorist threat that has become increasingly portable, flexible, and vicious.<sup>2</sup>

In 2009, a seminal working document was published to describe a study on anti-terrorism legislation in the Arab Gulf states. in The Office on the United Nations in Vienna, This seminar discusses the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, and the role of regional and sub-regional organisations in the Arab Gulf countries in terms of fighting against terrorism. The results of the work indicate that what is stated in the plan of action adopted by the General Assembly of the United Nations on human rights requires the coalition against terrorism to carry out a critical and deep study into the security of the society and human rights guarantees. This study corresponds to the rights of the accused people, victims and witnesses categorized

---

Schaefer. B & Harkness. K. 2014. Q&A: Can the World Count on the U.N. to Fight ISIS <sup>1</sup>  
Terrorists? *The Daily Signal*. [25 June 2016].

Fink, N. C. 2014. *Countering Terrorism and Violent Extremism*. Policy Brief for Global <sup>2</sup>  
Center on Cooperative Security.

by the international instruments and norms of international law and international humanitarian law settled in the light of the judicial precedents.<sup>1</sup>

## MATERIAL AND METHODS

In order to address the objective of this study, the study uses a methodology which is qualitative in nature. It relies on primary and secondary sources involving issues concerning The role of United Nations (UN) in managing crisis ISIS in Iraq Starting up with the primary sources, the researcher will turn to the practical side to conduct a number of interviews through either face to face or the skype with a number of people with high level of education displaced from their cities because of what they had been subjected by ISIS. In addition, interviews are carried out with a number of individuals who are still in areas controlled by ISIS. Secondary sources involving issues concerning the role of United Nations (UN) in managing crisis ISIS in Iraq. The researchers collected data from secondary sources and references such as books, previous researches and analytical studies. These resources should be related to the subject of the current study, either directly or indirectly, which include the emergence of ISIS in Iraq and how the role of United Nations (UN) in managing crisis ISIS in Iraq

According to Marshal and Rossman (2006) data analysis in qualitative research should be based on the preliminary research, research questions, and related literature. In this study, the interviews were record on tape, and then the tapes were transcribe word for word. The transcribed interviews were than encoded according to related topics and headings. After this, the data was encoded manually into smaller subgroups under keywords and themes. The keywords and themes were selected according to the literature review, previous research and research questions. The keywords follow the structure of this thesis; hence the results of data analysis form a collection of citations and quotes<sup>2</sup>.

Data entry uses Word columns after the field note taking. The data entry was within 24 hours of each interview so that no meaning and links in the responses would be lost. At the point of data entry, secondary content analysis was ordered to develop coding, themes and patterns of clustering the collected data. Hence, the data entry columns were determined by the themes that emerged by the end of the data collection. The data entry of the questionnaire responses was purely by coding that ensured the accuracy and readability of the data<sup>3</sup>.

The data entry also applied secondary vertical analysis of the data in order to reduce the bulk of interviews into summary and paraphrasing interview by interview and direct quotations. At the end of the data entry, a screening was performed to match the raw data against the entered data and to check for usefulness of the coding system in describing and enabling understanding of the phenomenon under the investigation. The data entry was done solely by the researcher. The research used content analysis and narrative analysis techniques in the data analysis process. The *data analysis* involved re-examining the entered data in Word files, sorting the data, categorizing the data into the key thematic areas in response to the secondary research questions. The followed steps are consistent with the general literature on data analysis in qualitative research<sup>4</sup>.

---

A working document. 2009. *Anti-terrorism legislation in the Arab Gulf states*. The Office on  
Drugs and Crime in Vienna, the United Nations.

Catherine, M. & Rossman, G. B. 2006. *Designing qualitative research*. London :Sage  
Publication.

Wiersma, W. 1995. *Research Methods in Education: An introduction*. London: Palgrave.<sup>3</sup>

Neuman, W.L. 2011. *Social Research Methods: Qualitative & Quantitative Approaches*.<sup>4</sup>  
London: Palgrave.

Analysis used a thematic approach to re-organize the data. In the thematic content analysis approach, recurring issues were identified to refine and, in other cases, to develop new themes in resonance with the objectives of the research study<sup>1</sup>. In this study, some of the themes had already been generated from the literature review. Another technique that was used in the data analysis for data interpretation preparation is pattern building. This technique was applied more on the data extracted from the questionnaires.

## **RESULTS AND DISCUSSION**

The UN is the first organization actively involved to manage the crisis in Iraq. The involvement is actually very relevant because ISIS has challenged the most fundamental principles of the UN, that is the maintenance of universal peace and security, the advancement of self-assurance and essential human rights, and the insurance of central opportunities. An effective UN intervention is badly needed to protect fundamental values of basic human rights and freedom.

### **The principles and purposes of The United Nations (UN)**

The study argues that the United Nations is the most relevant organisation involved in assisting the fight and management of the crises caused by ISIS because ISIS has arguably challenged the most fundamental purposes and principles of the UN, specifically the the maintenance of universal peace and security, the advancement of self-assurance and essential human rights, and the insurance of central opportunities.<sup>2</sup> In addition, the UN Charter also obliges the organisation to coordinate the action of nations in attaining these UN principles and purposes.

Firstly, ISIS has challenged the UN Purpose of the maintenance of international peace and security. The UN Charter Article 1.1 mentions that the first the purpose of the United Nations is to maintain international peace and security, to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace. In contrast, ISIS action in establishing and maintaining its territory in Iraq and Syria has threatened peace and security because it waged war against the legitimate government in Iraq as well as other countries in which it operates.

Secondly, ISIS acted against the advancement of self-assurance and essential human rights in Iraq. It is stated in the UN Charter Article 1.3. that the UN aims to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social or cultural character, and in promoting and encouraging respect for human rights for all without distinction as to race, sex, language, or religion. However, as discussed in Chapter 2, the acts of ISIS pose threats to human security in all its seven dimensions such as economic, food, health, environmental, personal, community and political security. This has threatened the success of the advancement of self-assurance and essential human rights in Iraq.

Thirdly, the UN should act against ISIS although it is not the member of the organisation. The UN Charter Article 2.6 suggests that the UN should act against any states that operate against UN principles and threaten the maintenance of international peace and security. Thus, it is

---

Taylor, S. J., & Bogdan, R. 1984. *Introduction to qualitative research methods: The search<sup>1</sup> for meanings*. New York: John Wiley & Sons.  
Schaefer. B. & Harkness. K. 2014. Q&A: Can the World Count on the U.N. to Fight ISIS<sup>2</sup> Terrorists? *The Daily Signal*. [25 June 2016].

arguable that the UN has to act firmly against ISIS because ISIS's aim of achieving its goals of controlling and maintaining its occupation has threatened international peace and security.

Finally, it is arguable that UN has the legitimacy to organise the fighting against ISIS and manage the crises it has caused. UN Charter Article 1.4 states that the UN should serve as a centre for harmonising the action of nations in attaining these UN principles and purposes. In addition, UN Principles states (UN Charter Article 2.5) that all members should support the UN to uphold its purposes.

In-depth interviews that the study conducted with several experts and individuals as well as staff working for the UN's projects in Iraq have supported the argument that ISIS has acted against international peace and security as well as the advancement of human rights and development. Mr. Razah Qader, a staff member from the UN-related NGO Kurdistan Save the Children (hereafter, KSC), mentioned that "The United Nations is working to spread peace in all countries of the world, but when it (Iraq) is at war with Daesh, this is my reason to protect the principles and goals of the UN"<sup>1</sup>

The second informant, Ms. Raqqya Tlaat, a Member of the Iraqi Parliament who also serves as an expert to the KSC also shared the same view, elaborating that "Daesh is a terrorist organisation (that) threatens the UN system and laws .... the legal breaches that infiltrated in Syria and Iraq.... (It has been) contrary to the laws of the United Nations and the principles)."<sup>2</sup> She also added that ISIS has threatened international peace and security because it made perception that the laws of the international community is not applicable to ISIS."

Another expert in KSC, Mr. Yassin Barzngge, stressed that ISIS threatens the principles and objectives of the UN. He added that fighting ISIS is in fact, in accordance with the principles and objectives of the UN:

"Yes it suits, because Daesh threatens international peace and security system, so that the responsibility lies on the Security Council by the UN Charter, where the paragraph stipulates the first article number 1 is the (international peace and security save) to take the United Nations collective measures for the prevention and elimination of the wave of threats international peace and security... ISIS threatens international peace and security through an overrun of the principles of human right and force states"<sup>3</sup>

The other informant who serve as an expert in the KSC, R. Azez, also made similar comments related to the issue of ISIS fighting. He elaborated that fighting ISIS is in accordance with the principles and objectives of the UN because they have breached human rights and International Laws.<sup>4</sup>

In conclusion, the UN has a legitimate cause for act in support of the Iraqi fight against ISIS and manage the crises it has caused because the actions and atrocities ISIS has carried out in Iraq and other parts of the world have clearly threatened international peace and security and the advancement of human development and human rights. The UN has the legal foundation

---

Qader. R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview. 8, <sup>1</sup>

May.

.Tlaat. R. 2016. Staff Kurdistan save the Children (KSC). Mosul, Iraq. Interview. 3, March.<sup>2</sup>

Barzngge, Y. 2106. Editor in chief the journal childhood \ Kurdistan Save the Children (KSC). <sup>3</sup>

Kurdistan, Iraq. Interview, 3 May.

Azez, R. 2016. Staff Kurdistan save the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 10 July. <sup>4</sup>

for this because the purposes and principles of UN Foundation as stated in the UN Charter have clearly mentioned it. For these reasons, the UN has an obligation to organise the consortium of nations to help the Iraqi government fight ISIS and manage the crises it has caused.

### **The interests of United Nations (UN) to support in managing ISIS-caused crisis**

The UN clearly has the legitimacy to organise the fighting against ISIS and manage the crises it has caused. UN Charter Article 1.4 states that the UN should serve as a centre for harmonising the action of nations in attaining these UN principles and purposes. ISIS represents an immediate danger to the United Nations of the world and, as ISIS threatens worldwide peace and security, the target of the United Nations must surely be to preserve global peace and security and at elimination ISIS as a psychological oppressor.

To obtain first-hand information about the current conduct of the UN in Iraq, the study conducted interviews with experts in the Iraqi University and in organisations related to the UN in Iraq. Firstly, the study asked the informants about the threat of ISIS to UN interests and values “Does ISIS pose a direct threat to the UN interests and values?” From the interview, many informants (UN) confirmed that ISIS does indeed pose this threat. For example, Yassin Barzng from Kurdistan Save the Children (KSC) answered: “Yes, through the overrun of the general interests of the United Nations”<sup>1</sup> The second informant Razah Qader (KSC) shared the same view with the first informant. He further elaborated that: “Yes, when the United Nations are in the war, this threatens the interests”<sup>2</sup> Another informant Raqqya Tlaat a Member of the Iraqi Parliament commented that, as the UN had failed in eliminating ISIS as a terrorist organisation, it had also failed in its objective to maintain international peace and security, which are directly threatened by Daesh.<sup>3</sup>

From the study, it can be concluded that the UN has to support international peace and security and support humanitarian efforts to protect the victims of the crimes against Iraqi people as well as intervene to impose international sanctions in response to the heinous crimes.

### **Current conducts of The United Nations (UN) to support Iraq in managing the crisis**

The UN should support Iraq in managing the crisis and in working towards finding the most proficient method to eliminate ISIS; it needs to extend its endeavours, particularly since resolutions determined at the 2014 U.N. General Assembly. The U.N. Security Council voted to add ISIS individuals to the Al Qaeda sanctions administration and conjured Chapter VII of the U.N. Contract, underscoring the danger that ISIS poses to global peace and security. This can serve as a valuable premise for organising universal activity to disturb ISIS's financing and other backing. Given the divisions among driving worldwide forces, activity through the United Nations to approve the utilisation of power against ISIS, especially in Syria, would prove problematic. Regardless, engagement through the United Nations can construct political capital and authenticity for multilateral global activity against ISIS, including military strikes if they are deemed necessary. The U.N. Security Council meeting led by President Obama in 2014 offered an interesting chance to activate universal activity on the outside psychological oppressor contender issue. Another U.N. Security Council determination (in the future, UNSCR), could hone nations' instruments to counter radicalisation and to meet their commitments to stifle fear based oppression and avoid psychological oppressor enlistment. President Obama asserted that a further avenue would be to increase cooperation between

---

Barzng, Y. 2106. Editor in chief the journal childhood \ Kurdistan Save the Children (KSC).<sup>1</sup>

Kurdistan, Iraq. Interview, 3 May.

Qader, R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 8<sup>2</sup>

May.

Tlaat, R. 2016. a Member of the Iraqi Parliament and Staff Kurdistan save the Children (KSC).<sup>3</sup>

Mosul, Iraq. Interview, 3 March.

different counter-terrorism and law-enforcement bodies such as INTERPOL thereby helping to track elements of the organisation.<sup>1</sup>

The UN member states, having already agreed that ISIS presents a formidable threat to global peace and security, should now make a concerted effort to see through the resolution to eliminate ISIS altogether through determined action. A recent UN report shows how the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL), as a splinter group of al-Qaeda, is restricted in many of its operations due to external international political constraints. Yet, despite this, ISIS is still able to use its assets and, through very primitive methods, to gain sponsorship and attract new recruits, even from far away international countries. The real and present danger presented by these tactics renders combating this evil almost impossible as well as costly.<sup>2</sup> The UN is in a slightly different position now compared to before the events of September 2001 as threats to international peace and security are clearly more dangerous and significant. As a result, since this time, the UN has allocated greater funds, assets and manpower to addressing the risks from terrorism. However, the UN remains hindered because, although all member states are agreed in principle concerning ISIS, not all members are in agreement as to the means whereby ISIS can be eliminated, nor to the extent of military or other action. The result is inaction, or action that is considerably reduced in its effectiveness. To become effective, all member states need to agree concerning which members should be involved in what capacity, in providing manpower, military support, funding, social welfare, aid and other forms of support.

Resolution 2178 on counter-terrorism specifically focuses on countering offensive radicalism but the UN needs to determine how to effectively execute this resolution. However, with such a large organisation as the US, the bureaucracy and measures required to ensure accountability hinder progress resulting in lack of coordination and duplication of effort. The resolution requires the UN to maintain sufficient assets to meet its counter-terrorism objectives and to adjust them where they are deficient. One of the biggest problems is foreign terrorist fighters who challenge the UN's capacity to provide a coordinated response to terrorism and fulfil the directives of the UN Charter; the world body should embrace a more comprehensive methodology to countering terrorism.<sup>3</sup>

On 14 August 2014, the UN passed Security Council assurance 2170 imposing sanctions against Al-Qaeda but forewarned that member states had an obligation to foresee these sanctions being breached by individuals or groups supporting the terrorist organisation. The sanctions specifically cited the names of six individuals according to Security Council Resolution 2161 (2014). Who were added to the al-Qaeda sanctions list by the UN assurance, two Saudis, two Kuwaitis, one Iraqi, and one Algerian.

Attempts by the UN to enforce sanctions against countries supplying ISIS have not been entirely successful as they have been undermined by nations and supporting forces unofficially working with ISIS. With regards to this, Razha Qader-KSC explained that "Cutting the supplies to Daesh had not been applied realistically because some states are cooperated with the organisation in an informal way"<sup>4</sup> Additionally, another informant shared the same view, as he

---

Katulis, B., Lang, H., & Singh, V. 2014. *Defeating ISIS: An Integrated Strategy to Advance* <sup>1</sup>  
*Middle East Stability*. Washington: Center for American Progress.

Fink, N. C. 2014. *Countering Terrorism and Violent Extremism*. Washington: Policy Brief <sup>2</sup>  
for Global Center on Cooperative Security.

Qader. R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview. 8, <sup>4</sup>  
Ibid<sup>3</sup>

May.

stated that: “The most important decisions taken by the UN against Daesh are the responsibility of the Security Council which are cutting foundations to Daesh”<sup>1</sup>

As regards to certain decisions taken by the UN, some respondents claim not to have had information, such as Rebwar Azez- and Yassin Barzng (KSC). The view of the interviewee, Razha Qader of KSC, was that the Security Council must be prepared to exert military force to reinforce its position. Raqqya Tlaat, a Member of the Iraqi Parliament, also supported this opinion. He reported that: “the UN must increase and support humanitarian efforts to protect the victims of the crimes that are committed against them in Iraq and to impose and enforce the law in order to protect the Iraqi people”<sup>2</sup>

In summary, UN Resolution 2178 on international counter terrorism has become the primary mandate and foundation for the UN’s leading role in fighting ISIS. However, the complex conflict dynamics involving such factors as foreign terrorist fighters has challenged the United Nations’ role and capacity to react successfully and fulfil the resolutions of the UN Charter.

### **The performance of the UN in supporting Iraq to manage the crisis in Iraq**

This study argues that there are some deficiencies in the current conduct of international organisations in fighting ISIS. ISIS has been active in Iraq since 2004, but the success of the international coalitions in fighting it and managing its impact is very limited. The UN has limitations on its ability to fight against ISIS because, unlike NATO, the UN has no air or ground forces to combat ISIS. Having said that, the UN’s role is imperative because it has a legitimate position to coordinate international powers to fight ISIS. Furthermore, ISIS terrorist attacks have occurred not only in Iraq and Syria, but in many other parts of the world, so the UN has increased legitimacy to promote necessary and political cooperation.<sup>3</sup>

The UN has the potential to promote the cooperation between international organisations and actors (NATO, Arab League, EU, the Iraqi army, Russia and Iran) to fight ISIS. However, until recently, the actions considered by the UN were limited owing to fundamental disagreement within the Security Council about what the future of these countries – Iraq and Syria – ought to be. While all five Security Council members were agreed in their opposition to ISIS (with the exception of China which is somewhat indifferent to such affairs), they could not agree on what measures to take to achieve this aim. There is a conflict of interests among the five permanent Security Council members on the conflict in Iraq and Syria. Russia, according to its history, underpins Assad, the Alawite despot, the Syrian government strengths/structure and their Shiite partners in the district, particularly Iran. They need to dispense with ISIS and reestablish the Syrian government, whose force was tested when the Syrian Civil War started in 2011.<sup>4</sup> On the other hand, the US has repeatedly called for Assad to step down and believes that there is a third party in the region with enough military force to defeat ISIS with Western support and a democratic, humanitarian ideal that is in line with Western interest. The UK and France support the US position, but with a qualification - the UK insists that Assad can remain as an interim leader, but cannot remain in the long term.

The UN Secretary-General Ban Ki-moon said “Eliminating terrorism requires international solidarity and a multifaceted approach—among the many tools we must use, we must also

---

Tlaat. R. 2016. a Member of the Iraqi Parliament and Staff Kurdistan save the Children (KSC).<sup>1</sup>  
Mosul, Iraq. Interview. 3, March.

Ibid<sup>2</sup>

*Global Viewpoint Network*. 2015. To solve Syrian crisis, we must overcome the obstacles.<sup>3</sup>

*PORGMUN*. 2016. Resolving the conflict in Syria and Iraq: an international coalition.<sup>4</sup>

tackle the underlying conditions that provide violent extremist groups the opportunity to take root". To obtain first-hand information about the performance of the UN in Iraq, the study conducted interviews. It posed question to the informants about the current conduct of The United Nations in managing the crisis "How do you see the UN reaction facing ISIS? Was the strategy effective in managing the crisis and fighting ISIS?" to which the interviewees responded as follows: Razha, Qater (KSC) stated: "The United Nations were not serious in taking the decision toward Daesh and through the organisation of Daesh as it threatens international peace and security, and the UN did not take steps immediately"<sup>1</sup> Another informant, Raqqya (KSC) reported that: "We can see that the UN is not strong and tough against Daesh"<sup>2</sup> From this interview, it is evident that the UN has failed at fighting ISIS because ISIS influence is continuing to spread worldwide.

Concerning the extent of the UN's failures in combatting ISIS, Rebwar Azez (KSC) elaborated that "The United Nations have not intervened, otherwise there is no failures"<sup>3</sup> a view also held by Raqqya Tlaat, a Member of the Iraqi Parliament who serves as an expert advisor to the KSC, who elaborated commenting: "It is clear that the UN failed in facing ISIS. The existence of Daesh constitutes a major threat to the international community and threatens international peace and security."<sup>4</sup>

Furthermore, in terms of the role of the United Nations in combatting ISIS, Razha. Qader responded that the UN had failed "because everyone knows Daesh has supporters from all over the world"<sup>5</sup> Is the UN "realistic" in dealing with ISIS? Has the UN been successful in realising its objective in dealing with ISIS? How? According to the findings of the interviews, some informants had negative opinions about the role of the UN being realistic in dealing with ISIS. For instance, Raqqya, Tlaat commented that "the United Nations were not realistic in the fight against Daesh because the international coalition led by the United States of America is not really serious in eliminating Daesh".<sup>6</sup>

In summary, although the UN is has a legitimate mandate to fight ISIS because its emergence and action have challenged the most fundamental principles of the UN, all informants agreed that the role of UN in managing the ISIS crisis in Iraq was weak and ineffectual.

### **The United Nation's suitability to be involved to manage ISIS crisis**

In this issue, many of the respondents reported that UN is suitable to be involved to manage ISIS crisis, this has been viewed the first (Raqqya Tlaat-UN) explained that: "The United Nations is best suited to eliminate Daesh"<sup>7</sup> Moreover, another informant (Noaman Ali-NATO) also supported the previous argument. He reported that: "the best that the United Nations and its subsidiary bodies, and if they do not we must create a force capable of ending

---

Qader, R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 8<sup>1</sup> May.

Tlaat, R. 2016. a Member of the Iraqi Parliament and Staff Kurdistan save the Children (KSC).<sup>2</sup> Mosul, Iraq. Interview, 3 March.

Azez, R. 2016. Staff Kurdistan save the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 10 July.<sup>3</sup>

Tlaat, R. 2016. a Member of the Iraqi Parliament and Staff Kurdistan save the Children (KSC).<sup>4</sup> Mosul, Iraq. Interview, 3 March.

Qader, R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 8<sup>5</sup> May.

Tlaat, R. 2016. a Member of the Iraqi Parliament and Staff Kurdistan save the Children (KSC).<sup>6</sup> Mosul, Iraq. Interview, 3 March.

Tlaat. R. 2016. Staff Kurdistan save the Children (KSC). Mosul, Iraq. Interview. 3, March.<sup>7</sup>



this organization”<sup>1</sup> Additionally, another informant shared the same view, as he stated that: “it supposed to be the United Nations is making her decision because it represents the international community”<sup>2</sup>

The second answering about the thinking of international and regional organization for coordinating in to one integrated effort commission. The first interview in NATO organization reported that: “Yes, through the activation of Chapter 5 of the pact of the United Nations”<sup>3</sup> The same view also supported the previous argument (Noaman Ali). He reported that: There is a constant coordination between the international and regional organizations, but did not come out Bakdrart decisive and the good of the crisis Syria guide and control of the organization by not moving as well as static and Iraq in Nineveh and Anba <sup>4</sup> However, UN has another view. For example, (Razha Goran Qader) I do not think and the reason the fear of some international organizations that finance Daesh are hidden so that NATO's projection for the Libyan regime, which poses the risk of a belief by the alliance but did not interfere to help Libya from the grip Daesh <sup>5</sup> Moreover, Furthermore, another informant (Raqqya Tlaat-UN) also shared the same view. He elaborated that: “Yes, I think and activated by supporting the strategy and logistics expertise”<sup>6</sup> Another informant in Arab League (Dr. Salim Abdullah) also shared the same view. He elaborated that: Yes, there must be an integrated international cooperation in management of crisis. Through the coordination and unification of efforts to resolve this crisis away from disagreements interfaces<sup>7</sup>

### **The need of an integrated coalition for managing crisis in Iraq**

This study argues that it is imperative for a stronger coalition of international organisations and actors to manage strategies to fight ISIS and achieve a total solution for the crisis in Iraq and Syria. Currently, military powers from some countries are directly involved in fighting ISIS including the United States, the United Kingdom, Russia and France alongside a few Arab countries and the Kurds. In addition, the international organisations (UN, NATO and The Arab League) have acted in various roles in providing support for the fight, despite criticism from some for their limited involvement. However, given the shortcomings of the current coalitions and the roles of international organisation, there is necessity to rethink the strategies.

Fighting ISIS requires more than just military combat; thus, it is imperative to form a stronger coalition of international organisations to manage strategies to fight ISIS. Subscribing to the neoliberal institutionalist theory, the paper argues that international organisation should play leading roles in encouraging cooperation between states in the cause of fighting against ISIS. International regimes should lead and coordinate the cooperation among states to achieve their common interest to contain and reduce ISIS threats in the Middle East and its spread of terror against the rest of the world. The study argues that the UN is the most legitimate international organisation to lead the fight against ISIS because it was founded in 1945 to maintain peace and security, promote respect for human rights, freedom and security, and to accomplish international co-operation in tackling worldwide issues of a monetary, social, social or humanitarian character (United Nations, 1945). In addition to that, other related international

---

Ali. N. A. 2016. Organization director Kurdistan Save the Children (KSC). Arbil. Iraq. Interview. 18, <sup>1</sup> July.

Qader. R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview. 8, May.<sup>2</sup>

Ali. N. A. 2016. Organization director Kurdistan Save the Children (KSC). Arbil. Iraq. Interview. 18, <sup>3</sup> July.  
ibd<sup>4</sup>

Qader. R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview. 8, May.<sup>5</sup>

Tlaat. R. 2016. Staff Kurdistan save the Children (KSC). Mosul, Iraq. Interview. 3, March.<sup>6</sup>

Abdullah. S. M. 2016. Lecturer Faculty of Political Science at the University of Mosul. Mosul, Iraq. <sup>7</sup> Interview. 30, April.

organisations (NATO, The Arab League) and states related to the conflict should be involved to work together to support the cause of fighting ISIS and promoting peace and security in Iraq and Syria.

Concerning the international community's ability to solve economic, social, cultural and humanitarian issues, opinions among interviewees were diverse. Many informants and experts in the UN commented that the UN could launch an expression of international cooperation economic, social, cultural and humanitarian on a range of international relations through the United Nations Organisation as it is an international global organisation specialised in all of these fields. The United Nations should raise the banner and the purposes and principles that call for increasing cooperation and the need for international cooperation to achieve development.<sup>1</sup> However, Abdulll and Yassin of KSC had no strong opinion on this matter replying that they were unfamiliar with the issue. According to the finding of the interviews, some informants in UN held adverse views about the ability of the UN to achieve the international cooperation to solve this issue. For example, Abdullah, stressed that "The of principles and objectives texts were not activated"<sup>2</sup>

The study admits that achieving a unitary international organization is very difficult now due to the divergence of interests between states. In this case, international regimes should go back to the first purpose of the United Nations and negotiate the interests among conflicting parties and international actors.

### **The UN and objective of the coalition**

The Organization and Objective of the Coalition of International Organizations the aims of the coalition's strategy should be to: Firstly, limit and reduce ISIS threats to national, regional and global security. Most countries consider ISIS to be one of the most dangerous terrorist organisations whose operations have threatened regional, national and international security and peace because of its ability to amass combatants, funding, and territory. In achieving its goals to establish a fundamentalist Islamic state as well as to impose its worldwide view of Islamic extremism, it practices political and military tactics by the use of ruthless force on both Muslim and non-Muslim people alike. Ethnic cleansing carried out by ISIS towards Non-Muslims is a very serious crime and represents a terrorist act which aims to divide Iraq and create a terrorist front in its occupied territories in Iraq. The rapid advance of ISIS in Iraq has completely changed the balance of power in the country. In addition, it threatens not only the integrity of the country, but also leads to redrawing of borders across wider regions.

ISIS unarguably poses a significant threat to the world. As people from different countries become radicalized by ISIS, they join them in their fight. The number of their fighters will increase and their activities will spread, targeting other countries.<sup>3</sup> Cross section of the world has been made in order to overcome terrorists' activities and to defeat ISIS (Payne, 2014). Some of these countries include USA, Russia, UK, Turkey, Syria, Iraq and most countries in Europe. The Islamic State has proved itself able to organise, direct or inspire its supporters to attack its targets in approximately seventeen countries outside its stronghold in Iraq and Syria. The countries which have been attacked include: Afghanistan, Australia, Algeria, Bangladesh, Canada, Denmark, Egypt, France, Indonesia, Kuwait, Lebanon, Libya, Malaysia, Saudi Arabia,

---

Ibid<sup>1</sup>  
Abdullah, A. 2016. Professor of International Law and Political Science at the University of <sup>2</sup>  
Dohuk.  
Lekas, A. 2016. *ISIS: The Largest Threat to World Peace Trending Now*. Emory University <sup>3</sup>  
School of Law.

United States, Tunisia, Yemen, and Turkey<sup>1</sup>. In addition, ISIS has established or claimed territories or *Wilayats* in around seventeen countries as part of its “five year plan” for world conquest. Among these countries are Algeria, Egypt, Nigeria, Somalia, Tunisia, and Yemen.

Secondly, relieve the humanitarian crisis affecting the people in ISIS occupied areas of Iraq and Syria, territory that is set to expand in order to create a launching base to threaten the Kurdistan region in Iraq, Central and Western Region, eventually reaching towards the Kuwaiti and Saudi borders. Despite the suffering in these areas, ISIS continues to gain support from Iraqis and Syrians in exchange for social and welfare services which the Iraqi and Syrian governments are unable to provide at the moment, ironically due to the huge funds consumed by the fight against ISIS.<sup>2</sup>

Thirdly, strengthen government capabilities to provide national peace and human security in what has become one of the most unstable territories in the world. Abdullah Kani Ali argues that it is a national focus of Iraq to have one state attempting to protect its interests at the international level<sup>3</sup>. In the Realist perspective, the two basic concepts of national security and national interest are to be maintained at all cost.

Fourthly, achieve acceptable political solutions to cater for conflicting factions in these countries to adopt democratic systems and promote democratic values such as respect for life, peace, liberty, justice, equality, diversity, truth, human rights, freedom of religion, and rule of laws.

The study argues that the Integrated Strategy to Advance Middle East Stability for Defeating ISIS This has been viewed the first one Dr. Salim Abdullah mentioned that: “This strategy responsible on the Arab regimes to end internal differences and make real reconciliation at the domestic level”<sup>4</sup> Another informant (Faris, Ahmed) supported by the previous informant by starting: When talking about integrated strategies for stability and development in the Middle East, it is necessary to lay the groundwork for ores political, military and economic ties to countries in the region three Bdoairha controller (Arab - regional - international) and based on mutual interests and respect for the sovereignty of states and non-interference in the internal affairs of countries in the region, as well as for creating a new security strategy that includes all the countries of the region to invest collective action in the fight against terrorism and other armed groups outside the framework of the state and law partnerships.<sup>5</sup>

## Conclusion

The UN are aware of the disturbing role and challenges in the regions of Syria and Iraq, again each organisation has denounced the destructions to the economic, social and internal securities making hundreds of several others to seek refuge elsewhere in neighbouring countries like Turkey, Europe and America for those with the means to travel when the conflict began. These international organisations have in one way or the other worsening situations by adding and removing some variable just to gain the upper hand of the ongoing crimes against humanity by

---

Prince, S. 2016. *ISIS Has Attacked 17 Countries Outside of Iraq & Syria*. Heavy.<sup>1</sup>  
<http://heavy.com/news/2016/01/isis-islamic-state-attacked-attacks-seventeen-countries-europe-australia-united-states-terrorism/> [25 June 2016].

Thompson, M. 2014. Putting the ISIS Threat in Perspective. Time Inc.<sup>2</sup>  
<http://time.com/3373928/isis-threat-hagel-kerry-syria-iraq/> [10 Dec 2016]

Ali, A. K. 2010. Security theories. Tehran: Abrar Moaser.<sup>3</sup>

Abdullah, S. M. 2016. Lecturer Faculty of Political Science at the University of Mosul. Mosul,<sup>4</sup>  
Iraq. Interview, 30 April.

Elias, F. M. A. 2016. Lecturer Political science at the University of Mosul. Mosul, Iraq.<sup>5</sup>  
Interview, 2 May.

first air lifting food and medical supplies among others and for each time their adversary gains ground to inflict the pain on innocent victims and villagers in and around where they operate.

I personal vision that, the military powers from some countries are directly involved in fighting ISIS (being United States, United Kingdom, Russia, France). The Arabain Countries may be helping but all looks out for the Arab League to make a bold move to tackle issues which has not happen so well making the efforts of the Kurds even meaningful across board. In Addition, the UN although some observers criticized their limited involvement – also have played their roles in various level by providing supports for the fight which is debatably not enough at all comparing the damage ISIS makes on every location they hit. However, given the shortcoming of the current coalitions and roles of international organisation, there is a need for them to rethink their strategies.

### **References:**

- A working document. 2009. Anti-terrorism legislation in the Arab Gulf states. The Office on Drugs and Crime in Vienna, the United Nations.
- Abdullah, A. 2016. Professor of International Law and Political Science at the University of Dohuk.
- Abdullah, S. M. 2016. Lecturer Faculty of Political Science at the University of Mosul. Mosul, Iraq. Interview, 30 April.
- Ali, A. K. 2010. Security theories. Tehran: Abrar Moaser.
- Ali. N. A. 2016. Organization director Kurdistan Save the Children (KSC). Arbil. Iraq. Interview. 18, July.
- Azez, R. 2016. Staff Kurdistan save the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 10 July.
- Barzngge, Y. 2106. Editor in chief the journal childhood \ Kurdistan Save the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 3 May.
- Catherine, M. & Rossman, G. B. 2006. Designing qualitative research. London :Sage Publication.
- Elias, F. M. A. 2016. Lecturer Political science at the University of Mosul. Mosul, Iraq. Interview, 2 May.
- Fink, N. C. 2014. Countering Terrorism and Violent Extremism. Policy Brief for Global Center on Cooperative Security.
- Global Viewpoint Network. 2015. To solve Syrian crisis, we must overcome the obstacles.
- Katulis, B., Lang, H., & Singh, V. 2014. Defeating ISIS: An Integrated Strategy to Advance Middle East Stability. Washington: Center for American Progress.
- Lekas, A. 2016. ISIS: The Largest Threat to World Peace Trending Now. Emory University School of Law.
- Neuman, W.L. 2011. Social Research Methods: Qualitative & Quantitative Approaches. London: Palgrave.
- PORGMUN. 2016. Resolving the conflict in Syria and Iraq: an international coalition.
- Prince, S. 2016. ISIS Has Attacked 17 Countries Outside of Iraq & Syria. Heavy. <http://heavy.com/news/2016/01/isis-islamic-state-attacked-attacks-seventeen-countries-europe-australia-united-states-terrorism/> [25 June 2016].
- Qader, R. G. 2016. Staff Kurdistan saves the Children (KSC). Kurdistan, Iraq. Interview, 8 May.
- Schaefer. B & Harkness. K. 2014. Q&A: Can the World Count on the U.N. to Fight ISIS Terrorists? The Daily Signal. [25 June 2016].
- Taylor, S. J., & Bogdan, R. 1984. Introduction to qualitative research methods: The search for meanings. New York: John Wiley & Sons.

- Thompson, M. 2014. Putting the ISIS Threat in Perspective. Time Inc:  
<http://time.com/3373928/isis-threat-hagel-kerry-syria-iraq/> [10 Dec 2016]
- Tlaat, R. 2016. a Member of the Iraqi Parliament and Staff Kurdistan save the Children (KSC).  
Mosul, Iraq. Interview, 3 March.
- Wiersma, W. 1995. Research Methods in Education: An introduction. London: Palgrave.

## **THE EFFECT OF HRM PRACTICES AND SELF-EFFICACY ON THE PERFORMANCE OF ACADEMIC STAFF: A REVIEW OF THE LITERATURE**

**Dehma Mofleh Qasem Al Maraghi, Kalsom Binti Ali, Mashitah Binti Sulaiman, Mohammad Nashief S. Disomimba**

Faculty Of Leadership And Managementm Universiti Sains Islam Malaysia

Email: [dehma.hashem@gmail.com](mailto:dehma.hashem@gmail.com)

### **ABSTRACT**

Human resource management (HRM) practices and self-efficacy are important predictors of the performance. However, studies that are related to these variables and their effect on performance in educational institution is limited. The purpose of this study is to review the existing literature related to the effect of the HRM practices and self-efficacy on performance of academic staff. Databases such as Science Direct, Emerald, and Web of Science were searched to find the related articles. Three screening were conducted to refine and select the articles. A total of 30 articles related to the topic were reviewed and information of the articles were presented. The findings indicated that most of the studies focused on developed countries and sample size in previous studies is limited. In addition, the previous studies used the first generation of analysis to analyze the data. Few have used the structural equation modeling for data analysis. Lastly, the previous studies showed that HRM practices are important for the performance of academic staff. In regard to self-efficacy, it is found that this variables is essential to improve the performance of academic staff. Findings were discussed and suggestion for future works were elaborated.

**Keywords:** *HRM practices, Self-efficacy, Job performance, Academic staff*

### **Introduction**

The importance of education has increased due to the need of educated generation that can help in developing the nations. For this reasons, government and policy makers as well as researchers and practitioners have devoted their effort to focus on education. A key players in the process of education in higher level is the academic staff and their capabilities in teaching and researching (Johnson et al., 2016). This is because qualified and active academic staff can help in improving the contribution of the university and its ranking as well as its contribution to the society. Therefore, the performance of academic staff to a large degree determine the contribution and the performance of a university (Abba & Mugizi, 2018; Ofuyatan & Edeki, 2018). This is because academic staff are responsible for creating new knowledge and sharing this knowledge among students and other in the society in the form of public lectures and workshops.

Despite of the importance of the performance of academic staff, majority of previous studies focused on these variables in the context of business organization while in the context of educational institutions in developing countries, there is a lack of studies (Ghabban, Selamat, & Ibrahim, 2018; Muda, Ali, & Jusoh, 2017). In addition, previous studies have focused on factors that are related to appraisal of the performance of academic staff (Hassna et al., 2009; Turk, 2008; Turk, 2010; Masron et al., 2012; Yousif & Shaout, 2018; Abba & Mugizi, 2018) while the studies that investigate the causal effect of certain variables on the performance of academic staff are limited. Most of the study conducted on countries such as USA, Europe, Southeast Asia (Ali & Musah, 2012; Ali, 2012; Nadarajah et al., 2012; Masron et al., 2012; Dhillon et al., 2015; Alfigira et al., 2017) while studies that have investigated the issue of performance of academic staff in developing countries are few.

Meta-analyses on the relationship between human resource management (HRM) practices and performance has yielded mixed results, further fuelling the theoretical debate among HRM scholars (Tzabbar, Tzafirir, & Baruch, 2017). Further, previous studies indicated that the human resource practices such as selection, recruitment and training differs among countries (Li, Samolejová, Čech, & Lampa, 2015). In addition, researchers have no agreement regarding the effect of self-efficacy and its role in explaining the performance of academic staff. For this reason, this study aims to review the literature related to the effect of HRM practices and self-efficacy on the performance of academic staff. The study also aims to provide researchers and decision makers with recommendations that helps in explaining and enhancing the performance of academic staff.

Therefore, this study aims to review the HRM practices and self-efficacy in the context of educational institution. The remaining of this paper discusses the literature review, methodology of this research as well as the findings and limitation, direction of future work and conclusion.

## **Literature Review**

### **Performance of Academic Staff**

The importance of performance is increasing due to its ability to increase the effectiveness and efficiency of organizations. The high job performance enables different organizations to achieve their objectives and ensure that these organizations survive and thrive (Alaaraj, Mohamed, & Ahmad Bustamam, 2018; Alaarj, Mohamed, & Bustamam, 2017b, 2017a). Jamal (2007) defined performance as “a function that an individual can successfully perform within framework of normal constraints and available resources”. Due to the increasing competition among organizations, both educational and services, it has become imperative for the organizations to improve their performance and focus on their human component to ensure excellence and prosperity (Darvishmotevali, Arasli, & Kilic, 2017).

The job performance of employees is important in all organizations, but its importance increases in educational organizations in general and in universities in particular, because the pivotal role played by the academic staff of the universities in creating and nurturing future generations that are capable of advancing the country and the society. Thus, academic staff has important role and contributes to the society in term of teaching and conducting scientific research that increases the efficiency of the university and society (Alaarj, Abidin-Mohamed, & Bustamam, 2016; Alaarj, Zainal, & Bustamam, 2015; Dhillon, Ibrahim, & Selamat, 2015; Ghabban et al., 2018). Given the importance of the performance of academic staff, this study is devoted to discuss and review previous studies in the context of performance of academic staff.

### **Summary of the Reviewed Studies**

Reviewed studies included 22 articles that dealing with the performance of academic staff. Hassna, Lina and Raza (2009) examined the performance of academic staff in Qatar and found that teaching affects service performance while scholarly endeavour did not affect the teaching or service performance. Türk (2008) in Estonia related the performance of academic staff to the appraisal system and the compensation. The findings indicated that compensation and performance appraisal has increase the performance of academic staff. Another study was also conducted by Türk (2010) in Estonia found that performance of staff must be evaluated annually, and quality and quantity of the workload must be assessed as well as the publication in high impact journals. Salau et al. (2018) in Nigeria also examined the effect of talent management practices on the innovation performance of academic staff. The findings indicated that talent management improved the innovation performance of staff which resulted in better organizational performance of universities. In Malaysia, Ali and Musah (2012) related the performance and job satisfaction of academic staff to quality culture. The results of their study

showed that quality culture and its components affect the performance and job satisfaction of academic staff.

Victor and Babatunde (2014) in Nigeria found that motivation affect the performance of academic staff. In Jordan, Masa'daeh et al. (2017) examined the effect of knowledge management (KM) process and KM performance on the performance of academic staff. The findings showed that KM process affect the KM performance which in turn affected the performance of academic staff in Jordan. Ghabban et al. (2018) also examined the effect of knowledge sharing and computer mediated communication on the performance of academic staff in Saudi Arabia. The findings indicated that knowledge sharing, and computer mediated communication significantly enhance research productivity at Saudi universities.

Zhou et al. (2010) discussed the evaluation and measurement of performance of academic staff in China. The finding showed that performance of academic staff can be evaluated using three dimensions that are the teaching, research and social services. Research also examined the effect of certain variables on the performance of academic staff. For example, Dhillon et al. (2015) investigated the effect of personal factors, environmental factors and behavioral factors on the scholarly publication production of academic staff in Malaysia. The findings showed that personal, environmental and behavioral factors have significant effect on scholarly publication production. In Nigeria, Ologunde, Akindele and Akande (2013) investigated the effect of university expansion, moonlighting, welfare, condition of work, attitude, promotion, and infrastructure on the performance of academic staff. The findings showed that the performance of staff who do moonlighting (work for second job) is different from those who do not do moonlighting.

Nadarajah, Kadiresan, Kumar, Kamil, and Yusoff (2012) in Malaysia examined the effect of human resource practices (HR) and career development on the performance of academic staff. The authors proposed that the HR practices are expected to contribute to the job performance and career development of academic staff. LiLin (2018) investigated the effect of leadership style, organizational commitment, and self-efficacy on the job performance of academic staff in China. The findings indicated that Leadership style as well as organizational commitment and self-efficacy has strong effect on job performance of academic staff in China. Job satisfaction was also investigated in few studies. Alfagria et al. (2017) proposed in a conceptual paper that the individual factors which include job satisfaction and work stress as well as the work environment factor which includes salary, rewards, training, university policy, promotion, facilities, work condition will have a significant effect on the performance of academic staff.

Garg (2019) examined the effect of performance work practices on the organizational performance of companies in India including educational institutions. The findings showed that performance work practice has a significant effect on organizational performance. In Jordan, the effect of knowledge management on the knowledge management performance and job performance of academic staff was investigated (Masa'deh, Shannak, Maqableh, & Tarhini, 2017). The findings indicated that KM process affect KM performance which in turn affect the job performance of academic staff. Hamid, Maheen, Cheem and Yaseen (2017) found that the HRM practices has a significant effect on the organizational performance.

Saha (2018) reviewed the literature related to HRM practices and organizational outcome. The findings showed that HRM results in several organizational outcome such as money and market performance, operational performance, and worker perspective and behaviour. Wang, Zhang, Tian and Zhang (2016) proposed that HRM and organizational culture will have significant effect on the organizational performance. Saridakis, Lai and Cooper, (2017) conducted a meta-analysis study on the effect of HRM and high performance work practices on organizational performance. The findings showed that there is a positive correlation between HRM and HPWP as well as organizational performance. Zhang, Edgar, Geare and O'Kane (2016) examined the



entrepreneurial orientation (EO) and capability based HRM on organizational performance of business organizations. The findings showed that the interaction between entrepreneurial orientation and capability based HRM performance is positive. In addition, EO and HRM affected the organizational performance.

Fernández-López, Rodeiro-Pazos, Calvo and Rodríguez-Gulías (2018) examined the effect of knowledge management, human capital acquisition, and organizational design on the organisational performance of Spanish universities. The findings indicated that KM has significant effect on performance through IT solution as a mediator. Sánchez-Barrioluengo Benneworth (2019) examined the organizational performance of UK universities represented by the contribution to knowledge. The findings showed that academic heartland creates more engaged university and improve the regional and entrepreneurial performance of universities. In Colombia, Cricelli, Greco, Grimaldi, and Llanes Dueñas (2017), examined the effect of intellectual capital on the performance of universities in Colombia. Human capital and relational capital as well as structural capital are critical for the performance and innovation of Colombian universities.

Xing (2010) examined the effect of HRM practices such as recruitment and allocation, motivation mechanism, participation, and performance management on the organizational performance of universities in China. The recruitment and allocation, motivation mechanism, participation, and performance management have significant effect on the performance of universities. In Vietnam, the effect of employee participation in decision making on the academic performance of staff was examined. Findings showed that employee participation in decision making has a positive effect on academic staff results. Organizational learning moderates the effect of employee participation on academic performance. The level of HRM practices in universities was examined in the study of (Allui & Sahni, 2016). The findings showed that the level of HRM in Saudi Arabia is low and need more attention.

Shahzad, Bashir and Ramay (2008) investigated the effect of HRM practices on the performance of academic staff. Findings showed that compensation practices and promotion practices has strong relationship with perceived employee performance. Performance evaluation practice has insignificant relationship with the perceived employee performance. Jouda, Ahmad and Dahleez (2016) also examine the effect of HRM practices on employee performance. The findings showed that Recruitment and selection, training and development, compensation and incentives, performance appraisal has significant effect on employee performance.

Few of the previous studies examined self-efficacy in the context of educational institution. Bandura (1998) developed the social cognitive theory and included the self-efficacy as a component of the theory. In later research, Bandura indicated that the source of self-efficacy is mastery experience, vicarious experience, social persuasion, and emotional cue. Haddad and Taleb (2016) examined the self-efficacy and operationalized self-efficacy to be past experience, vicarious experience, verbal persuasion, and emotional cues. The findings showed that past experience, vicarious experience and verbal persuasion have significant effect on organizational performance and clarity.

Self-efficacy as a mediator was examined in the study of Tshuma et al. (2017) between susceptibility, severity, barriers, and perceived benefits. Self-efficacy mediated the effect of susceptibility, severity, barriers, and benefits on behaviour. The effect of self-efficacy on job satisfaction of teacher was examined in the study of Emin Türkoğlu, Cansoy and Parlar (2017). Self-efficacy is important predictor of job satisfaction. Little studies examine the nepotism in the context of educational institutions. The effect of nepotism, HRM, job satisfaction, and quitting intention on word of mouth. The findings showed that nepotism affect HRM, job satisfaction, and quitting intention as well as word of mouth (Arasli, Bavik, & Ekiz, 2006).

## Methodology

This study is quantitative in nature. the models that examined the performance of academic staff are reviewed. To select the related articles, keywords such as HRM practice, performance of academic staff, self-efficacy, and a combination of these words were used to find articles related to the topic of this study. As a results, 409 articles were identified. Duplicated articles and non-English, non-related articles were removed. This has resulted in removing 318 articles. The remaining articles of 91 was reviewed for title and abstract. As a result, 22 articles were excluded because they focused on different scope of this study. A full review of 69 articles was conducted. As a result, 39 articles were excluded. This made the total articles 22. Figure 1 shows the process of refining and selecting the articles of this study.

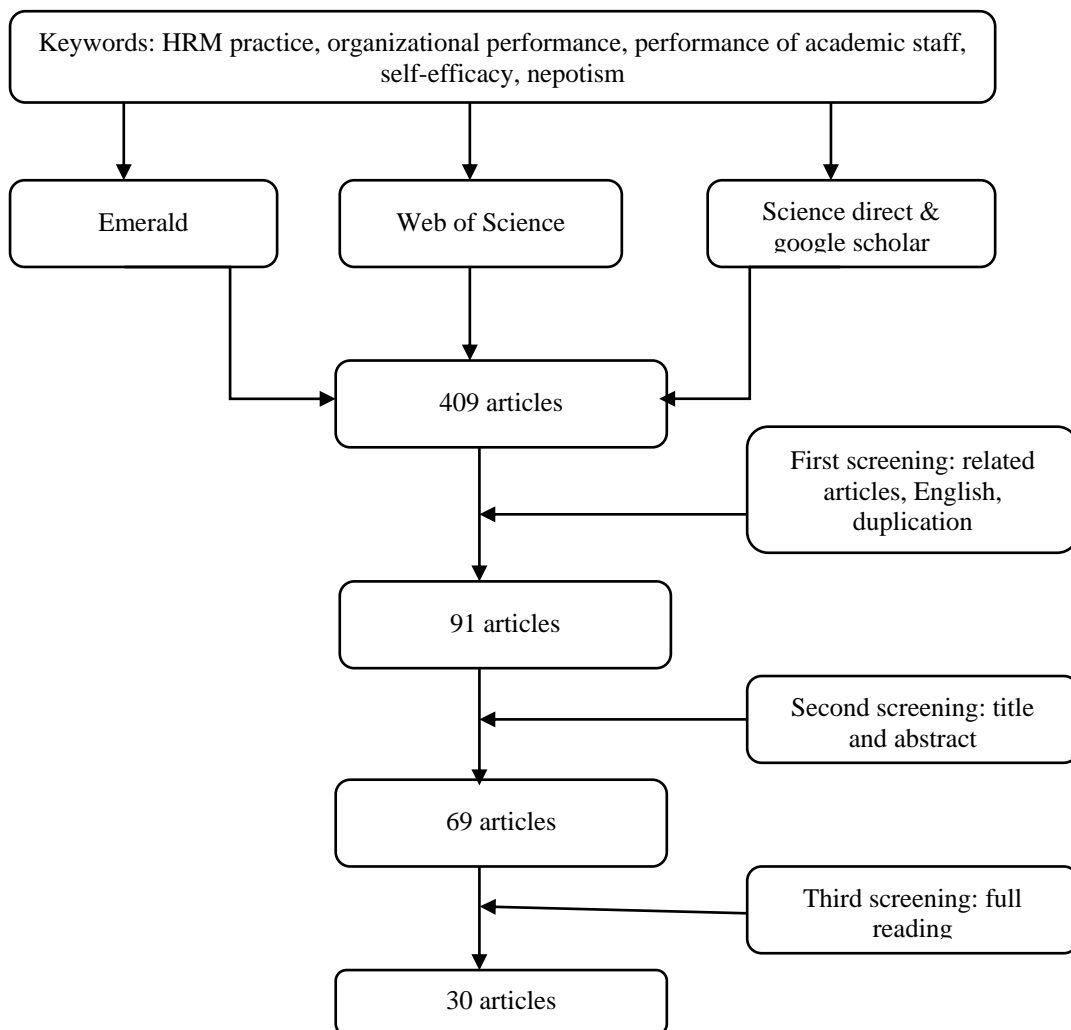


Figure 1: Process of selecting the related articles

## Findings

### Country of the Studies

The reviewed studies were conducted in several countries. Figure 2 shows the distributions of the studies based on the country of origin. It can be seen that the highest number of studies was conducted in China, followed by Malaysia, Nigeria and Saudi Arabia.

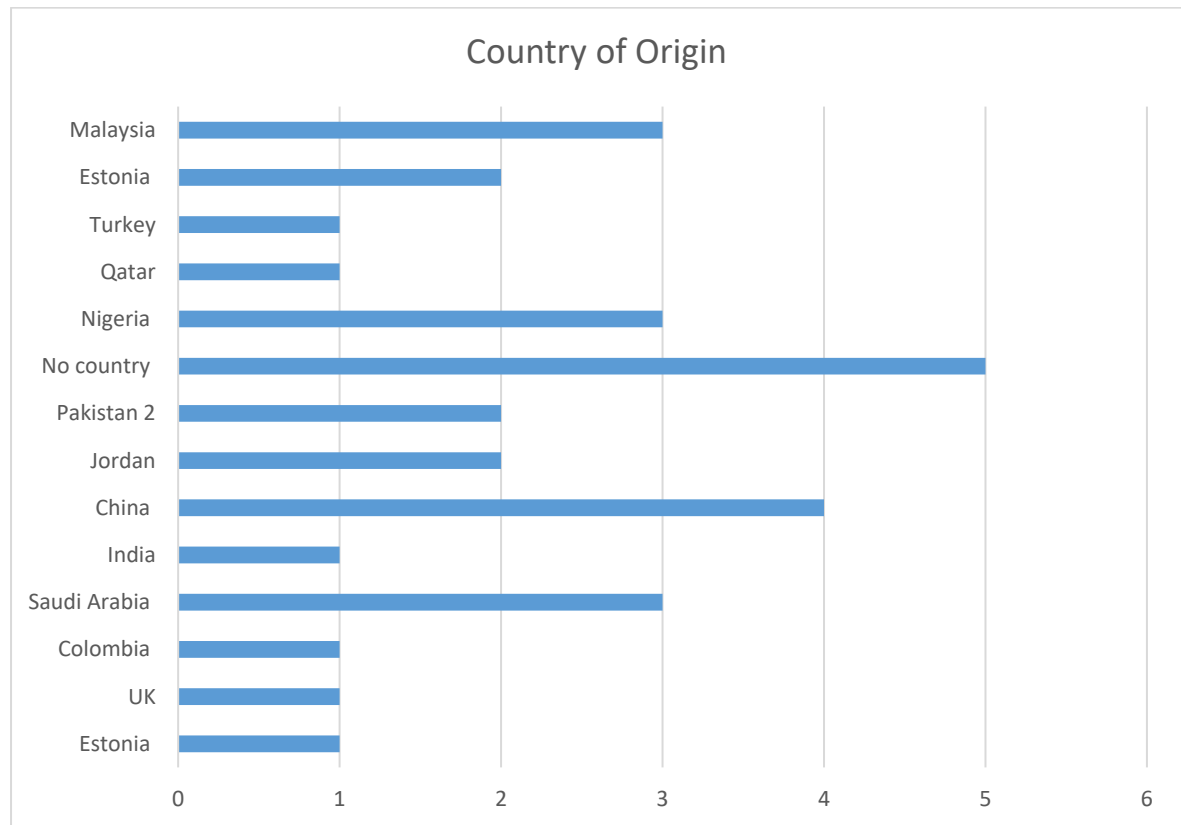


Figure 2: Distributions of studies based on countries

### Nature of the Studies

Majority of 97% of the studies are quantitative while only 3% are qualitative. Figure 3 shows the nature of the studies. Quantitative studies are divided into empirical, review, and conceptual. More than 83% of the reviewed studies are empirically conducted and collected data using a questionnaire. A total of 14% are conceptual paper while 3% are review articles.

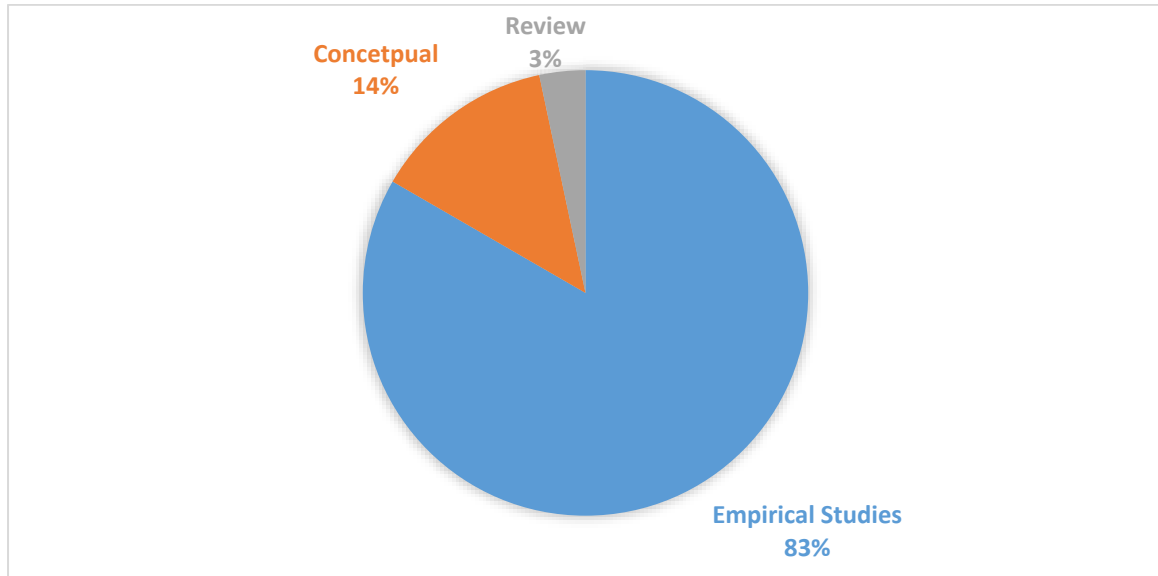
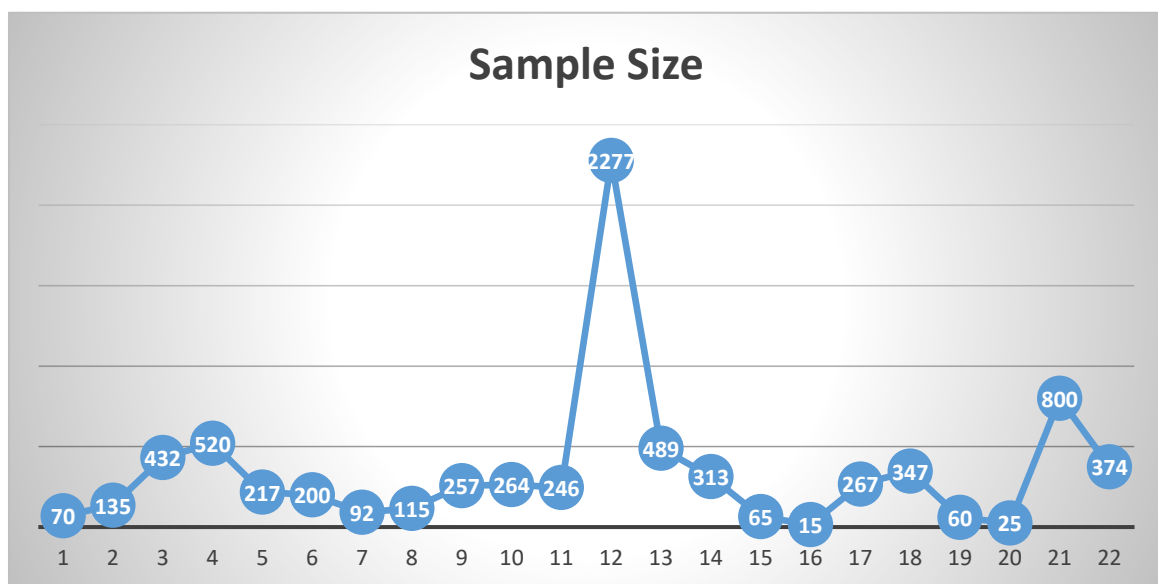


Figure 3: Nature of the Reviewed Articles

### Sample Size

Sample size of the reviewed studies is given in Figure 4. It shows that the highest sample size is 2277 while the lowest sample size accounted for 15 respondents. The mean score of the sample size is 344.



### Data Analysis Tools

The data analysis tools that have been used in previous studies are given in Figure 5. It shows that 60% of the reviewed studies used SPSS as a tool for data analysis. A total of 28% have used AMOS while 8% used smart PLS and 4% used STATA.

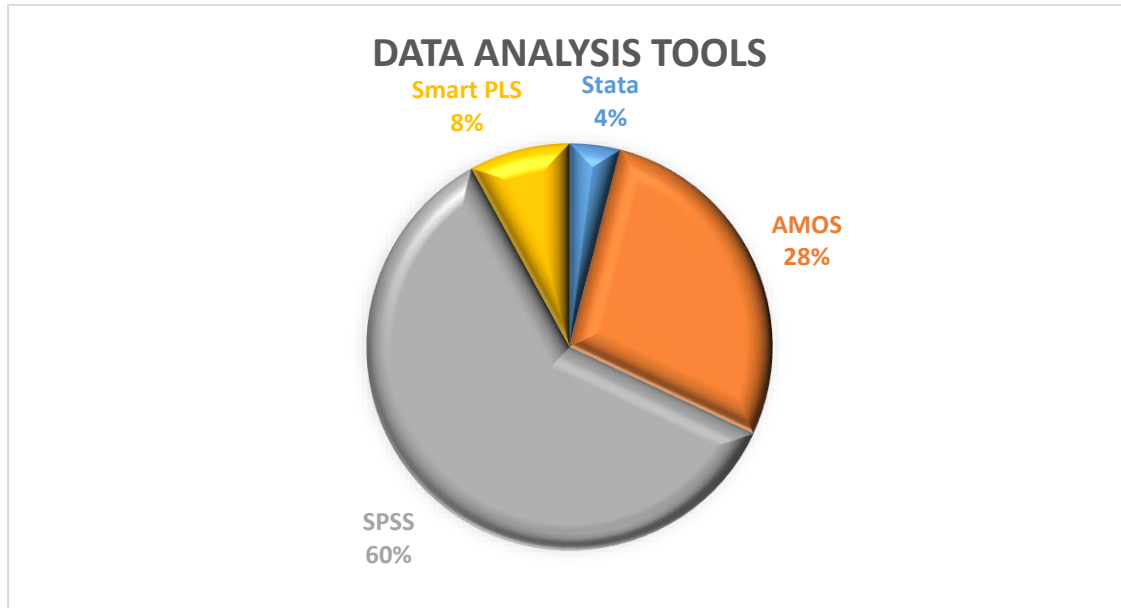


Figure 5: Data Analysis Tools

### **Effect of HRM practices on Performance**

The reviewed studies indicated that HRM practices are essential to improve the performance of academic staff. Leroy et al. (2018) reviewed the literature and examined the effect of HRM practices on employee performance and found that there is a positive effect between the two variables. Turk (2008) and Turk (2010) examined the effect of the components of HRM on job performance of academic staff and found significant effect. Triguero-Sánchez et al., (2013) found that HRM has a significant effect on the organizational performance of universities in Spain. In a meta-analysis study conducted by Saridakis et al. (2017), the findings indicated that HRM has a significant effect on organizational performance. Similalry, Zhang et al. (2016) found a significant effect between HRM and organizational performance. Accordingly, it is concluded in this study that HRM practices has essential effect on the performance of academic staff.

### **Self-efficacy and Performance**

Bandura (1998) defines that employee self-efficacy as a collection of criteria like efforts, intelligent, experience and expertise that lead to improve the performance of employee to achieve the organization goals with productivity and efficiency. Brazeel (2010) reveals that decision makers in any organization focus on employee self-efficacy to encourage employees to achieve organization objectives. Employee self-efficacy determines the level of ability, knowledge and skills that providing required in employee. employee self-efficacy also determines the expectation of the employees in the specific situation (Djabatey, 2012). Self-efficacy has a significant effect on the performance of employees and organizations. Tshuma et al. (2017) found that self-efficacy affect the behaviour of employees. Emin Türkoğlu et al. (2017) found that self-efficacy affect the job satisfaction of teachers in Turkey. LiLin (2018) found that self-efficacy affected the job performance of academic staff in China. Haddad and Taleb (2016), the study found that self-efficacy has a significant effect on the organizational performance of universities. Previous studies indicated that self-efficacy affect positively the performance of organization. In the study of Bilgin (2016) and Kuo (2010) the self-efficacy affected positively the performance of organization.

### **Discussion and Future work**

Based on the above review, It can be seen that the majority of the studies focused on factors that are related to appraisal of the performance of academic staff (Hassna et al., 2009; Turk, 2008; Turk, 2010; Masron et al., 2012; Yousif & Shaout, 2018) while the studies that investigate the causal effect of certain variables on the performance academic staff are limited. Most of previous studies have used the statistical package of social science (SPSS), which considered as the first generation of statistical tools to conduct the data analysis (e.g. Salau et al., 2018; Turk, 2010, 2008; Kiruja, 2013; Ologunde et al., 2013; Victor & Babatunde, 2014; Emin Türkoğlu et al., 2017; Victor & Babatunde, 2014; Dhillon et al., 2015) while the use of advance statistical tools such as Analysis of moment structure (AMOS) or partial least square (PLS) is limited in previous studies (e.g. LiLin, 2018; Ghabban et al., 2018; Tshuma et al., 2017).

The intensive use of SPSS in previous studies indicates that these studies were correlational or descriptive. In other words, the previous studies attempt to find the mean score value of the variables involved in the study without determining the causal effect between the variables. In addition, the correlational studies attempt to find only the relationship between the variables such as in the study of Hamid, Maheen, Cheem and Yaseen (2017) and Shahzad, Bashir, & Ramay (2008). Complex analysis that include the testing of second order variables as well as the moderating variable were limited in previous studies. Furthermore, the focus on self-efficacy and HRM practices and their effects on academic staff performance is limited.

To overcome this limitations, future studies are suggested to examine the factors that affect the performance of academic staff in developing countries. Future studies also are recommended to use qualitative methods because majority of the previous studies were quantitative and has used questionnaire. A focus group approach can be used in future work to identify clearly the factors that affect the performance of academic staff. Further, the effect of certain variables in the literature on performance of academic staff has not been well researched and investigated. Accordingly, it is recommended for future work to examine the effect of HRM practices and self- efficacy on the academic performance of staff.

Lastly, majority of previous studies are empirical and few conducted review studies. It is recommended for future work to review and expand the scope of the review of previous studies and to examine the effect of other variables on the performance of academic staff.

## **Conclusion**

This study reviewed the literature pertaining to HRM practices, self-efficacy, and performance of academic staff. Known databases were searched and related articles to the topic of this study were identified. Information of the articles were extracted. The findings indicated that majority of the studies were conducted on business organization in developed and emerging economies while few focused on developing countries. The study also found that the majority of the studies were quantitative and deployed the SPSS as a tool for data analysis. Further, the study found that the effect of HRM practices and self-efficacy is important in the context of the performance of academic staff. Findings were discussed and the direction of future work were discussed as well.

## **Reference:**

- Abba, H. D., & Mugizi, W. (2018). Performance of academic staff in polytechnics : an analysis of performance levels in North West geo – political zone of Nigeria. *Arts and Humanities Open Access Journal*, 2(3), 187–192. <https://doi.org/10.15406/ahoaj.2018.02.00056>
- Alaaraj, S., Mohamed, Z. A., & Ahmad Bustamam, U. S. (2018). External Growth Strategies

- and Organizational Performance in Emerging Markets: The Mediating Role of Inter-Organizational Trust. *Review of International Business and Strategy*, 28(2), 206–222. <https://doi.org/10.1108/RIBS-09-2017-0079>
- Alaarj, S., Abidin-Mohamed, Z., & Bustamam, U. S. B. A. (2016). Mediating Role of Trust on the Effects of Knowledge Management Capabilities on Organizational Performance. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 235, 729–738. <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2016.11.074>
- Alaarj, S., Mohamed, Z. A., & Bustamam, U. S. A. (2017a). Do Knowledge Management Capabilities Reduce the Negative effect of Environment Uncertainties on Organizational Performance? A Study of Public Listed Companies in Malaysia. *International Journal of Economic Research*, 14(15), 443–456.
- Alaarj, S., Mohamed, Z. A., & Bustamam, U. S. A. (2017b). The Effect of Knowledge Management Capabilities on Performance of Companies : A Study of Service Sector. *International Journal of Economic Research*, 14(15), 457–470.
- Alaarj, S., Zainal, A. M., & Bustamam, U. (2015). The Effect of Knowledge Management Capabilities on the Performance of Malaysian Large-Scale Organizations: An Empirical Study. *Advances in Global Business Research*, 12(1), 1024–1038.
- Allui, A., & Sahni, J. (2016). Strategic Human Resource Management in Higher Education Institutions: Empirical Evidence from Saudi. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 235(October), 361–371. <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2016.11.044>
- Arasli, H., Bavik, A., & Ekiz, E. H. (2006). The effects of nepotism on human resource management: The case of three, four and five star hotels in Northern Cyprus. *International Journal of Sociology and Social Policy*, 26(7–8), 295–308. <https://doi.org/10.1108/01443330610680399>
- Cricelli, L., Greco, M., Grimaldi, M., & Llanes Dueñas, L. P. (2017). Intellectual capital and university performance in emerging countries. *Journal of Intellectual Capital*, 19(1), 71–95. <https://doi.org/10.1108/jic-02-2017-0037>
- Darvishmotevali, M., Arasli, H., & Kilic, H. (2017). Effect of job insecurity on frontline employee's performance. *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, 29(6), 1724–1744. <https://doi.org/10.1108/IJCHM-12-2015-0683>
- Dhillon, S. K., Ibrahim, R., & Selamat, A. (2015). Factors associated with scholarly publication productivity among academic staff: Case of a Malaysian public university. *Technology in Society*, 42, 160–166. <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2015.04.004>
- Emin Türkoğlu, M., Cansoy, R., & Parlar, H. (2017). Examining Relationship between Teachers' Self-efficacy and Job Satisfaction. *Universal Journal of Educational Research*, 5(5), 765–772. <https://doi.org/10.13189/ujer.2017.050509>
- Fernández-López, S., Rodeiro-Pazos, D., Calvo, N., & Rodríguez-Gulías, M. J. (2018). The effect of strategic knowledge management on the universities' performance: an empirical approach. *Journal of Knowledge Management*, 22(3), 567–586. <https://doi.org/10.1108/JKM-08-2017-0376>
- Ghabban, F., Selamat, A., & Ibrahim, R. (2018). New model for encouraging academic staff in Saudi universities to use IT for knowledge sharing to improve scholarly publication performance. *Technology in Society*. <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2018.07.001>
- Haddad, S. I., & Taleb, R. A. (2016). The impact of self-efficacy on performance (An empirical study on business faculty members in Jordanian universities). *Computers in Human Behavior*, 55, 877–887. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2015.10.032>
- Hassna, Lina O. & Raza, S. (2009). An assessment of the relationship between the faculty performance in teaching, scholarly endeavor and service at Qatar University. *Research in Higher Educational Journal Qatar University*, 1–19. Retrieved from <http://scholar.google.com/scholar?hl=en&btnG=Search&q=intitle:An+assessment+of+the+relationship+between+the+faculty+performance+in+teaching,+scholarly+endeavor+and+service+at+Qatar+University#0>

- Jamal, M. (2007). Job stress and job performance controversy revisited: An empirical examination in two countries. *International Journal of Stress Management*, 14(2), 175–187. <https://doi.org/10.1037/1072-5245.14.2.175>
- Johnson, L., Becker, S. A., Cummins, M., Estrada, V., Freeman, A., & Hall, C. (2016). *NMC Horizon Report: 2016 Higher Education Edition*. NMC Horizon Report. [https://doi.org/ISBN 978-0-9883762-6-7](https://doi.org/ISBN%20978-0-9883762-6-7)
- Jouda, A. A., Ahmad, U. N. U., & Dahleez, K. A. (2016). The impact of human resource management practices on employees performance: The case of islamic university of Gaza in palestine. *International Review of Management and Marketing*, 6(4), 1080–1088.
- Leroy, H., Segers, J., van Dierendonck, D., & den Hartog, D. (2018). Managing people in organizations: Integrating the study of HRM and leadership. *Human Resource Management Review*, 28(3), 249–257. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2018.02.002>
- Li, J., Samolejová, A., Čech, M., & Lampa, M. (2015). Comparison of HRM practices between Chinese and Czech companies. *Perspectives in Science*, 7, 2–5. <https://doi.org/10.1016/j.pisc.2015.11.002>
- Masa'deh, R., Shannak, R., Maqableh, M., & Tarhini, A. (2017). The impact of knowledge management on job performance in higher education: The case of the University of Jordan. *Journal of Enterprise Information Management*, 30(2), 244–262. <https://doi.org/10.1108/JEIM-09-2015-0087>
- Muda, H., Ali, M. H., & Jusoh, M. (2017). Measuring Teaching and Learning Performance in Higher Education. *International Journal*, 2(6), 57–70.
- Nadarajah, S., Kadiresan, V., Kumar, R., Kamil, N. N. A., & Yusoff, Y. M. (2012). The Relationship of HR Practices and Job Performance of Academicians towards Career Development in Malaysian Private Higher Institutions. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 57, 102–118. <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2012.09.1163>
- Ofuyatan, O. M., & Edeki, S. O. (2018). Dataset on the durability behavior of palm oil fuel ash self compacting concrete. *Data in Brief*, 19, 853–858. <https://doi.org/10.1016/j.dib.2018.05.121>
- Saha, A. (2018). The Impact of Human Resource Management on Organizational Performance International Research Journal of Management Shri Param Hans Education & Research Foundation Trust. *International Research Journal of Management Science & Technology*, 9(3).
- Sánchez-Barrioluengo, M., & Benneworth, P. (2019). Is the entrepreneurial university also regionally engaged? Analysing the influence of university's structural configuration on third mission performance. *Technological Forecasting and Social Change*, 141(October 2017), 206–218. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2018.10.017>
- Saridakis, G., Lai, Y., & Cooper, C. L. (2017). Exploring the relationship between HRM and firm performance: A meta-analysis of longitudinal studies. *Human Resource Management Review*, 27(1), 87–96. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2016.09.005>
- Shahzad, K., Bashir, S., & Ramay, M. I. (2008). Impact of HR Practices on Perceived Performance of University Teachers in Pakistan. *International Review of Business Research Papers*, 4(2), 302–315. <https://doi.org/10.1177/1038411104048170>.Downloaded
- Tzabbar, D., Tzafrir, S., & Baruch, Y. (2017). A bridge over troubled water: Replication, integration and extension of the relationship between HRM practices and organizational performance using moderating meta-analysis. *Human Resource Management Review*, 27(1), 134–148. <https://doi.org/10.1016/j.hrmr.2016.08.002>
- Wang, T., Zhang, H., Tian, L., & Zhang, L. (2016). The Impact of Human Resource Management on Organizational Effectiveness. *Chemical Engineering Transactions*, 51, 895–900. <https://doi.org/10.3303/CET1651150>
- Xing, Z. (2010). Impact of University's Optimal Human Resource Management Practices on



Organizational Performance. *Systems Engineering - Theory & Practice*, 29(11), 112–122.  
[https://doi.org/10.1016/s1874-8651\(10\)60084-1](https://doi.org/10.1016/s1874-8651(10)60084-1)

Zhang, J. A., Edgar, F., Geare, A., & O’Kane, C. (2016). The interactive effects of entrepreneurial orientation and capability-based HRM on firm performance: The mediating role of innovation ambidexterity. *Industrial Marketing Management*, 59, 131–143. <https://doi.org/10.1016/j.indmarman.2016.02.018>

## **JURISDICTION OF COURT IN ONLINE BUSINESS: A MALAYSIA PERSPECTIVE**

<sup>i</sup> **Nur Farahin Afiqah Binti Daud**

PhD Candidate, Faculty of Syariah and Law  
Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai  
email : farafiq89@gmail.com

### **Abstract**

Electronic Commerce (e-commerce) is a potentially growing business for today's market. The traditional boundaries will soon be replaced with a whole new technology as well as a mechanism and media as a platform for purchasing goods and services via digital approach. However, the borderless nature of online business has brought confusion into determining the issues on conflict of laws, i.e. choice of law, jurisdiction of court and enforcement of foreign judgement. Therefore, by adopting a doctrinal research method, this paper will identify jurisdiction issues concerning online transaction and analyze the extent to which present related e-commerce legislations in Malaysia regards of conflict of law while conducting online business. This article will also further discuss on European Union (herein after referred to as "EU) efforts in dealing with the issue on jurisdiction of court for lessons to be learnt. This paper also concludes with some modifications and recommendations in dealing with the jurisdiction of court issues in near future.

**Keywords:** *Electronic Commerce (e-commerce), Conflict of Laws, Jurisdiction of Court*

### **Introduction**

Electronic commerce (e-commerce) is a new method of business which is considered better and fast response than traditional business. Electronic commerce which commonly known as online business is business at a distance and there is no physical appearance by using ang internet as the most important method to do the online transaction between sellers and buyers (Barkatullah, 2018). A past few decades have witnessed that the electronic commerce transaction keeps booming and flourish. Online sellers and buyers worldwide encountered for 24.3% of the world population of digital buyers in 2015. Now nearly 1.8 billion people are reported engaged in online business (Statista, 2016). This statistic shows that the e-commerce is one of the most potential areas to emerge soon. However, as online business involves transborder commerce, disputes are inevitable and the question of conflict of laws remain arises. As such, adjudicative or personal jurisdiction, choice of law and enforcement of foreign judgment. Conflict of laws is the private law of a country in dealing with cases having a foreign element. Furthermore, conflict of law jurisprudence allowing and identify the application of foreign laws in deciding a case even though certain foreign law may differ from the law of forum court where it is appropriate to do so (Khan, 2017). As an example, when a contract was made in Australia between a Malaysian company and an Australian company and was to be performed in United Kingdom. As the dispute arises, the court will have to use it 'choice of law' rules to choose whether to apply and implement Malaysia, Australia or United Kingdom. If the court chose Malaysia law, the court will than choose Malaysian court to settle the dispute. Consequently, the decision made by the Malaysian court may be enforced only if Australia and United Kingdom do not allow the verdict from Malaysian court to be enforced in their respective jurisdictions. Therefore, it clearly shows that if there is no fully consented from all involved countries of such dispute, the parties will have to restart the process of litigation in Australia and United Kingdom (Wang, 2008).

Currently, Malaysia has enacted numerous laws and legislations to govern online business and ensure electronic commerce activities are conducted in safe and secured environment, however, there has yet to be any legislations enacted which addresses the issues on conflict of laws in cross border electronic commerce transactions (Khan, 2017). Increasingly, it is crucially needed for lawmakers, businessmen and their legal advisors and online consumers to be familiar and firstly adapt with the ever-changing landscape of electronic commerce laws in future. Considering the situation that Malaysia does not have a specific law to cater with the conflict of law issues, this research propounds to use a doctrinal research method in dealing with the issue of jurisdiction of court issue in cross-border online business contracts (Anil, 2001).

## **Methodology**

Adopting the legal approaches to gather, discuss, explore, elaborate, examine, validate, interpret and employed the statutory analysis deliberates on the discovery of the laws on jurisdiction of court and its interpretations from numerous researchers. Also Terry Hutchinson stated *“Research which intensively evaluates the adequacy of existing laws and rules and which recommends changes to any rules found wanting”*.

Meanwhile, doctrinal research is library-based, concerning and focusing on a reading and analysis of the primary and secondary data. The primary data are the actual sources of the law which are the legislation and case law. The secondary data include on the commentary and analysis on the law found in textbooks and other legal journals for example case digests, case citators, and online databases such as ResearchGate, Google Scholar, Scopus and ProQuest are required to index and to gain access to the primary sources.

Subsequent to analysing the laws and regulations instead of the commentators of other researchers, the author propounds suggestions in attempting to solve the problem on jurisdiction of court in electronic commerce transaction.

## **Result Analysis And Discussion**

### **Jurisdiction Of Court In Malaysia**

As discussed by Julian Ding and J Sheela, by referring to Order 11(c) of the Rule of High Court 1980, which is currently known as Rule of Court 2012 (hereinafter referred to as “ROC”) states that :

*“if the defendant is either (i) ordinarily resident within the jurisdiction of the court; or (ii) domiciled within the jurisdiction of the court; or (iii) carrying on business within the jurisdiction of the court, then the courts are thus given the discretionary power to allow for the process of the court to be served outside its territorial jurisdiction.”*

According to this Rule, it shows that the courts in Malaysia will have the jurisdiction to try cases where the defendant is either ordinarily resident within the jurisdiction of the court, or, domiciled within the jurisdiction of the court or, carrying on business within the jurisdiction of the court. However, J Sheela proceed to highlight even though the amendment made to the statutes mentioned, and indicated that, besides order 11 rule 1 (c), reference on jurisdiction shall be made to order 11 rule 1 (f) of the ROC, which states that:

*“if the action begun by the writ is brought against a defendant to enforce, rescind, dissolve, annul or otherwise affect a contract, or to recover damages or obtain other relief in respect of the breach of a contract, being (in either case) a contract which (i) was made within the jurisdiction; (ii) was made by or through an agent trading or residing within the jurisdiction*

*on behalf of a principal trading or residing out of jurisdiction; or (iii) is by its terms, or by implication, governed by the law of Malaysia.”*

Thus, it conclusively allows the courts in Malaysia to assume jurisdiction if, the website is located within a server in Malaysia or, defendant is carrying on business or is a resident in Malaysia. The researcher also opines that, the amendment to the ROC did not consider the trans-border nature of e-commerce contracts.

Julian Ding (1999) in his book further discusses that in Malaysia, *“it cannot be doubted that a court’s jurisdiction is territorial in nature and in this regard, jurisdiction must mean or be related to the territory of Malaysia”*. He reiterated his statement on the law before the repeal of Order 11 rule 1 (c) of the Rules of High Court 1980 by quoting Hickling and Aun in their book entitled ‘Conflict of Laws in Malaysia’, who used the same language of Order 11 but substituted “the jurisdiction” with “Malaysia” which infers jurisdiction to be territorial in nature in Malaysia (Julian Ding, 1999). Ding also opines that Order 11 rule 1 (c) of the Rules of High Court 1980 can accord extra-territorial jurisdiction to the Malaysian courts, only if, the courts were to take a liberal approach and construe “carrying on business within the jurisdiction” to include trans-border contracts constituted via the Internet, as stated in his words, “The courts should be prepared to consider and accept the proposition that if the web site enables the creation of contractual rights and liabilities, then it should be considered as being within jurisdiction since Malaysians are able to access and interact with the web site.” He states that only if the courts in Malaysia were to take a liberal approach, the aggrieved parties will have recourse to the Malaysian courts for relief and remedy (Jayabalan, 2014).

Sadly, to say, the introduction of Rules of Court 2012 does not cater and solve the jurisdiction issues involving the trans-border nature of online business activities. Therefore, an online consumer especially in Malaysia takes a very high risk while conducting online business because in circumstances of a jurisdiction dispute the e-consumer may bring a suit for breach of contract in the jurisdiction of another country.

### **Choice of Law**

The choice of law also known as the proper law (PM North, 1974). A well drafted which has more than one country, will contain a choice of jurisdiction or court clause as provides by the online seller particularly (Wang, 2008). The choice of law will be determined by the contracting parties. In other words, it may be defined as the choice of law should be at the country may be regarded as localized. However, to be noted that in Malaysia the Contracts Act 1950 does not provides any provision to determine the “choice of law” in the dispute of jurisdiction in conducting online business.

On the other hand, the choice of law was also regarded as being the doctrine of freedom of contract since give the privilege to choose the proper law they wish to govern their contract and inclusion of the “choice of law” clause providing that all jurisdiction disputes between the parties must be referred to a named court or the courts of a named country (Deveci, 2006). However, the author notified that the doctrine of freedom of contract is not an absolutely and fully viable in the context of a consumer contract entered through the electronic medium. This would be a highly risk proposition especially in the standard form of contract because such freedom may give a disadvantage of the online consumer as stated by P.North in his book:

*“judged by the standard of common sense, however, it is not so attractive, since it may, if capriciously exercised, subject the parties to law that is unrealistic to the point of absurdity.”*

Therefore, it can be said that an online consumer will be at risk if agreeing to submit the law of another country and will bear the cost of litigation in another country. Thus, there must be a clean and coherence law as a safe guidance for the right and protection of the online consumers in near future. Hence, there is a crucially needed for the new laws which takes the flourish development of online business which in cross-border in nature and the orthodox version on

territorial borders is no longer practical to the modern world to resolve online business problems.

### **Enforcement of Foreign Judgments**

The cross-border nature of online business may require a judgment obtained from another country to be enforced to another country. But there is still a difficulty since every country its own enforcement law. On the other hand, laws which are unenforceable will have two major issues. Firstly, the law will fail to grant any redress or remedy and secondly, the knowledge that the law is unenforceable weakens the normative force of other laws (Jayabalan, 2018).

Section 99 of Reciprocal Enforcement of Judgments Act 1958 (revised 1972) (hereinafter referred to as “REJA”) states;

- i) there is a reciprocal arrangement between Malaysia and the country of the defendant to enforce the judgment in Malaysia i.e. that of the United Kingdom, India, Sri Lanka, Hong Kong, New Zealand and Singapore;
- ii) The judgment given must be that of a superior court; iii) The judgment must be final and conclusive; iv) by virtue of the defendant country’s law, the judgment of the Malaysian courts is enforceable in the defendant’s country; and this judgment must be monetary judgments; AND In Malaysia, provided these requirements are satisfied, the judgment can be registered and enforced as against the defendant as the ‘judgment debtor’ by virtue of the procedure set forth in Order 67 of the Rules of High Court 1980. Order 67 of the Rules of High Court provide;

(1)An application for registration must be supported by an affidavit (a) exhibiting the judgment or a certified or otherwise duly authenticated copy thereof and where the judgment is not in the English language , a translation thereof in that language certified by a notary public or authenticated by affidavit; (b) stating the name, trade or business and the usual or last known place of adapt or business of the judgment creditor and the judgment debtor respectively, so far as known to the deponent ; (c) stating to the best of the information or belief of the deponent, (i) that the judgment creditor is entitled to enforce the judgment; (ii) as the case may require, either that at the date of the application the judgment has not been satisfied, or the amount in respect of which it remains unsatisfied; (iii) where the application is made under the Act, that the judgment does not fall within any of the case in which the judgment may not be ordered to be registered under section 4(2) of the Act; (iv) where the application is made under the Act, that at the date of the application the judgment can be enforced by execution in the country of the original court and that, if it were registered, the registration would not be, or be liable to be, set aside under section 5 of that Act.

The registered judgment shall be set aside if;

- i) the original court had no jurisdiction or ii) the defendant is not given sufficient time to enable him to defend the foreign proceedings; or iii) it was obtained by fraud; or iv) the enforcement is contrary to the public policy in Malaysia; or v) the rights under the judgment are not vested in the person applying for its registration.

For countries which do not fall within the ambit of the Reciprocal Enforcement of Judgments Act 1958 (revised 1972), monetary judgments can only be enforced under common law principles where the plaintiff has to; a) file a new suit; or b) obtain a summary judgment, the procedure as set forth in Order 14 of the Rules Of High Court 1980.

However, the researcher noted that it seems to be accepted once fulfilled the requirement of the physical appearance and presence of the defendant in the jurisdiction is the fundamental element for the judgment to be enforceable. In Malaysia, it provides under Rules of High Court 1980 and the Courts of Judicature Act 1964 requires; i) the cause of action arose within the local jurisdiction of the court; ii) where the relevant facts occurred within that jurisdiction; iii)

where land the ownership of which is disputed is situated within that jurisdiction; and iv) the physical presence of the defendant or defendants place of business should be in Malaysia.

As emphasized in the case of *Denilauler v. Chouchet Freres*, the order is only recognized and could be enforceable only in the circumstance where the defendant had been notified of the said order.

However, REJA only permits the registration and enforcement of foreign money judgments and does not include the judgments of equitable remedies. Thus, it raises the doubt on whether online consumers right and protection effectively be protected if such judgment do not take into account (Jayabalan, 2018).

Therefore, as discuss above, the enforceability of judgment is the main and pertinent issues in solving of jurisdiction issues in an online business activity since it will be waste of time, cost and efforts if it cannot be enforced. As mentioned by the former High Court Judge;

*“I often wonder why countries cannot get together to remedy such a situation so that innocent judgment creditors can obtain the benefit of the court action/s. Can it be national jealousy or lack of interest by the so-called officials?”* (Dato Syed Ahmad Idid, 2002).

Thus, the author notified that countries around the world should unity in enforcing the standard enforcement of judgment as the solely right and protection for online consumers as a common factor worldwide wholly.

### **European Union Efforts on Jurisdiction and Enforcement of Judgment**

As discussed by The Brussels Convention is an effort to produce a uniform law amongst the member of states of European Community specifically in dealing with jurisdiction and enforcement of judgments. The Brussels Convention was amended and recognized as Brussels I Regulation. Article 23(2) of the Brussels I Regulation provides;

*“any communication by electronic means which provides a durable record of, the agreement shall be equivalent to writing”*.

This Article states that the courts will determine jurisdiction of online business according to three main types jurisdiction rules which are general, special and exclusive jurisdiction (Tang & Xu, 2016).

#### **(i) General Jurisdiction**

According to Article 2 of the Brussels I Regulation, elaborates that persons domiciled in a member state, shall be sued in the country of that state regardless of their nationality. However, this article only applies if the trader directs its activities to the Member State which the consumer is domiciled. Therefore, since the online business based on the electronic medium, it is difficult to determine where the party domicile and locate the transaction occurred (Fangfei Wang, 2008).

Meanwhile, Article 59 states;

*“as regards natural persons, in order to determine whether a party is domiciled in a particular member state, the court shall apply the law of that state”*.

Article 60(1) state;

*“a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its statutory seat or, its central administration or, its principal place of business”*.

Nevertheless, the author would like to emphasize that since the nature of online business itself as a cross-border in nature, it might be difficult to ascertain the location of the central administration and the domicile of the parties (Wang, 2008).

## **(ii) Special Jurisdiction**

In accordance with Article 5(1) (a) of the Brussels I Regulation which states that;

*“A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question”.*

In relation of this Article, the main point to be discussed is the ‘place of delivery’ either it should have been delivered or the place where the goods or services should have been provided. How to ascertain the place of performance and obligation is an essential point on how to determine jurisdiction and enforcement of judgment. However, this Article does not clearly express if there is an involvement of multiple places of delivery of goods and services as mentioned by Hill (2005).

On the other hand, Article 5(1)(b) of the Brussels I Regulation states that;

*“the place of delivery of goods or where it should have been delivered or the place where the services were provided or should have been provided”*

In my humble opinion, since the nature of online business is borderless, it will be difficult in determining the place of performance of goods and services, the recipient’s place of business should be considered as a connecting and closest linking factor.

## **(iii) Exclusive Jurisdiction**

Article 23(1) applies when at least the party, one or more of whom, is domiciled in a member state have agreed that the courts of a member state shall to have jurisdiction over disputes arising in connection with a legal relationship. That means the contracting parties may designated the court to settle the dispute and it is enough if contracting parties could choose a court which is not related to their country of domicile as this Article did not mention any requirement there must be a connection between the parties or matter of the dispute and the territory of the court chosen (Wang, 2008).

## **Conclusion and Recommendation**

Electronic commerce is a significant “sunrise industry” in Malaysia. Doing business via online medium intensifies the strain between law and technology. Simply speaking, the need of safeguarding guidance of jurisdiction and enforcement of judgment are central concerns underpinning the current legislative framework. As an essential element, an online consumer needs confidence and security to do online business without worrying of being deprived to access justice and fair enforcement of judgment. Ad hoc approaches on a case to case and mind shift on conflict of law issues is in crucially needed not only because of the borderless nature but for the evolution of a new way of life in the unfolding age of information nowadays.

As a conclusion, the existing laws in Malaysia do not provide proper guidelines on jurisdiction of court in e-commerce transactions. As been discussed above, the author notified that there is still a loophole to define the meaning of carrying on business within jurisdiction in the Rules of Court 2012 since it was not explained and caused confusion as to its application and implementation into cross-border online contracts. Hence, it might be subjected to foreign court’s jurisdiction that will incur highly costs of litigation. In my view, there is still no clear indication of a special jurisdiction rules for electronic commerce activities. It is a process which is time and money consuming since to draft new laws or regulations it would still take time and efforts to come into force. Therefore, the researcher suggests that Malaysia should improve and amend the more comprehensive legislative framework in dealing with the issue of conflict of laws that deals with jurisdiction and enforcement if judgment for the sake and benefit of the online consumers wholly.

## REFERENCES

- Anil, S. (2001). Electronic commerce in asia: The legal, regulatory and policy issues. *International Journal of Law and Information Technology*, 9(2), 93–114. <https://doi.org/10.1093/ijlit/9.2.93>
- Barkatullah, A. H., & Djumadi. (2018). Does self-regulation provide legal protection and security to e-commerce consumers? *Electronic Commerce Research and Applications*, 30(May), 94–101. <https://doi.org/10.1016/j.elerap.2018.05.008>
- Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of judgments in Civil and Commercial Matters 1968
- Dato Syed Ahmad Idid, 2002. Enforcement of foreign judgments and arbitral awards. 3 *Malayan Law Journal* 143
- Denilauler v. Chouchet Freres* [1980] E.C.R 1553; Case 123/79
- Deveci, H. A. (2006) Personal Jurisdiction: Where cyberspace meets the real world – Part II, *Computer Law & Security Report* 22 (2006) 39 – 45.
- Hill, J. (2005) *International Commercial Disputes in English Courts* (Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 3rd Ed. 2005).
- Jayabalan, S. (2014). Cyber paranormal: conflict of law issues in e-commerce consumer contracts. *Journal of Administrative Science*, 11(1), 1–14.
- Julian Ding, *E commerce Law and Practice*, (Sweet & Maxwell Asia Selangor 1999) p 92- 99
- Khan, S. S. (2017). *Jurisdiction of Court in E-Commerce Consumer Contracts : Malaysia , Singapore and. I(2)*, 137–143. <https://doi.org/10.26666/rmp.ijbm.2017.2.21>
- Loh, T. H. (2011). Sustainable Competitive Advantage for Market Leadership Amongst The Private Higher Education Institutes in Malaysia. *Journal of Global Management*, 2(11), 227–252.
- P.M.North. 1974. *Cheshire’s Private International Law*. London. 9th Edn, Butterworth’s.
- Statista, Digital buyer penetration worldwide from 2014 to 2019 (2016) <http://www.statista.com/statistics/261676/digital-buyer-penetration-worldwide/>
- Tang, S., & Xu, L. (2016). Choice-of-Court Agreements in Electronic Consumer Contracts in China. *Pandara’s Box: Law and Technology*, (February), 21–31.
- Wang, F. F. (2008). Obstacles and solutions to internet jurisdiction a comparative analysis of the EU and US laws. *Journal of International Commercial Law and Technology*, 3(4), 233–241.



## PROVING *TAKHBIB* CRIMINAL OFFENSE IN SYARIAH COURT THROUGH DIGITAL FORENSIC EVIDENCE AND EXPERT OPINION

<sup>a,c</sup>Muhammad Hazim Ahmad, <sup>\*a,c</sup>Ahmad Syukran Baharuddin, <sup>b,c</sup>Ruqayyah Razak, <sup>a,c</sup>Nurul Syahirah Saharudin, <sup>a</sup>Hasnizam Hashim

<sup>a</sup>Faculty of Syariah and law, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

<sup>b</sup>Islamic Science Institute, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

<sup>c</sup>Centre of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Islamic Science Institute, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

\*(Corresponding author) email: [ahmadsyukran@usim.edu.my](mailto:ahmadsyukran@usim.edu.my)

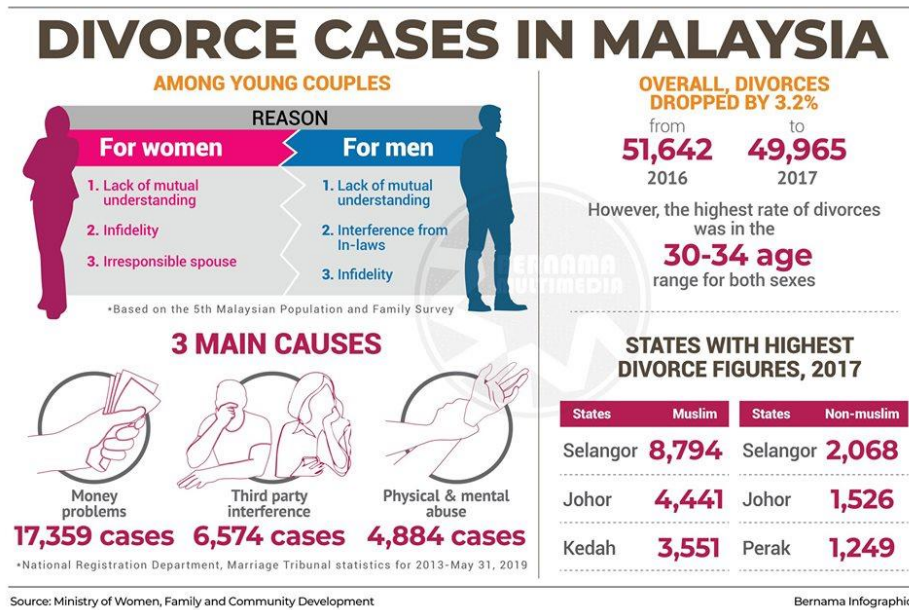
### ABSTRACT

Interference from the third party has become one of the biggest contributors to divorce cases in Malaysia. The third party may come from in-laws or out-laws. This kind of interference is referred to *takhib*. It is a settled law that *takhib* has been considered as criminal offense within the purview of Malaysian criminal law. However, there are difficulties in proving such a criminal offense. In fact, no such cases have been reported in any Syariah law journal that can be used as a reference or case study. This paper proposes means of proving that is feasible and can be implemented in Syaria court to prove *takhib* criminal offense. This qualitative study adopted document analysis as research method in collecting and gathering the appropriate data and related information. These data have been analysed using qualitative content analysis by adopting inductive reasoning. This study found out that there are numbers of difficulties that arise when Syarie Public Prosecutor intended to establish prima facie case; this includes lack of available eye witness as evidence. The interference from the third party typically comes through the use of social media like WhatsApp, Telegram, WeChat, and Facebook Messenger. The use of these social media as means of communication can be brought before the Syariah Court as part of the evidence. The best mechanism to be applied in this situation is through the application of digital forensic and expert opinion. The conversations from those social media will be traced or recorded by the forensic digital examiner, then produced in form of written document. This study provides a significant contribution toward the betterment of Syariah legal system in term of evidencing the commission of *takhib* criminal offense. In conclusion, there is still a way provided by the law to prove the commission of a criminal offense. Instead of suggesting for amendment toward the statutory provisions, the use of statutory provisions should be utilized well by any legal practitioners.

**Keywords:** *Fiqh forensics, takhib, syariah court, digital forensic, expert opinion*

### Introduction

Interference from the third party has become one of the biggest contributors to divorce cases in Malaysia. According to BERNAMA (2019), third party interference has become the second highest main causes to divorce among the civil marriage after the financial problem. This can be seen on the Figure 1 below. Meanwhile, the research conducted by Shabuddin, Johari, Abdullah, and Aziz (2016) elucidated that interference from the third party has become among the main factors of divorce between Muslim spouses in Malaysia. These facts indicate the seriousness of the threat of a third party's interference against the marriage institution in Malaysia.



**Figure 1: Info-graphic on Civil Divorce Cases in Malaysia (BERNAMA, 2019)**

The third party may come from in-laws or out-laws. As for in-laws, it may come from the family members themselves such as father, father-in-law, mother, mother-in-law, sister, sister-in-law, brother, and brother-in-law. In the meantime, out-laws usually comprise of close friends, colleagues, ex-lover, and secret lover. In short, a third party to the marriage means anyone who causes a person's marital disputes. In addition, a person who intends to intervene in the marital affairs of the husband and wife for the good sake is also considered a third party to the marriage (Jusoh & Dimon, 2014).

### Literature Review

It is the fact that not much academic writing that were found related to *takhhbib* or third party interference in marriage. Only a few scholarly literatures managed to be accessed, among other, is written by Jusoh and Dimon (2014). Their article is about review on the legislation that deals with third party interference. The review taken place on the statutory provisions provided under Syariah Criminal Offences (Selangor) Enactment 1995 and Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976. Their study found that both types of law have provisions against third-party interference. Unfortunately, there is no legal implementation against this offense under the said law. This is based on the absence of any cases that have been recorded in Syariah Court and civil court. Their study is focusing on preliminary highlight or an initial review. No in-depth studies have been conducted covering more focused aspects such as criminal elements, methods of evidence, and the types of evidence that can be produced.

Meanwhile, Shabuddin et al. (2016) have conducted a study on the divorce factors among middle-aged couples. They collected the data by using a structured and semi-structured interview among people at aged of 50 years old and above who already divorced by their spouse. Based on the data collected and analysed, their study found out eight main factors that contributed to the increase in divorce rate of older persons. Interestingly, third-party intervention has become one of these main factors. The findings of this study are also supported by data from the Malaysian Syariah Judiciary Department (JKSM) which lists the seven key factors of divorce which among of it is also third-party intervention. This study has indirectly revealed the fact of the harmful effects of third-party intervention in marriage can lead to divorce between married couples.

Based on observations made in previous studies as stated, there are several academic gaps, including a lack of scholarly discussion of the *takhhbib* or third-party intervention. Second, the existing discussions focus more on legal reviews and divorce factors. Third, the public is aware of the dangers of *takhhbib* but they do not know how to respond.

Therefore, this study was conducted to fill in the academic gaps mentioned earlier. This paper proposes means of proving that is feasible and can be implemented in Syariah court to prove *takhhbib* criminal offense. This way, the public can figure out what to do before reporting to the authorities. Whereas the prosecution, they will also be aware of the available evidence to support their claim for the case.

## **Methodology**

This qualitative study applied document analysis as its research methodology. Document analysis is known as systematic procedure for reviewing or evaluating documents, both printed and electronic (Bowen, 2009). This study employed document analysis since it is best suited for qualitative research to elicit meaning, gain understanding, and develop empirical knowledge (Miller & Salinas, 2019). This method can be used either as complementary or stand-alone research methodology (Bowen, 2009; Chinedu & Mohamed, 2017). As for this research, it is utilised as a stand-alone research method for appraising the books written by scholars and academicians. In addition, the same methodology is used to evaluate the findings of recent studies cited in the literatures that are authored in quality and indexed journals. According to Walsh (2014), the primary purpose of document analysis is to educationally evaluate particular written documents either public domain or private. It also can be either primary or secondary documents. As for the purpose of this research, we have evaluated both types of documents.

In this study, we appraised public or primary documents from the Prophetic traditions. This is because no clear injunctions provided in the Quranic verses regarding *takhhbib*. We determined the data from this primary document shall be the primary data as it was from a direct source, reliable and not influenced by any individual view or opinion. Then, the secondary data of this study is the discussion in the classical and contemporary Islamic hermeneutic and jurisprudence around the theme of *takhhbib*, Islamic criminal law, and Islamic law of evidence. Furthermore, secondary data were obtained from the writings in indexed journals mainly Scopus and WOS related to digital forensic. The documents were obtained from the Scopus database, accessed through the Ezproxy portal of the Universiti Sains Islam Malaysia.

Then, the obtained data were analysed by using content and thematic analysis. According to Bowen (2009), document analysis involves skimming (superficial examination), reading (thorough examination), and interpretation. This iterative process combines elements of content and thematic analysis. Since this research is a qualitative in its nature, therefore, the content analysis in this research was applied in an inductive reasoning (Julien, 2008; Safari, Seyedin, & Jahangiri, 2019). This process involved the development of a recursive process of data collection and analysis related to the application of a rule, definition, or procedure to successive results (Hayes, Navarro, Stephens, Ransom, & Dilevski, 2019; Leavy, 2017; Liew, Grisham, & Hayes, 2018).

## **Findings and Discussions**

This study produced numbers of findings, *inter alia*, the Syariah point of view towards the issue of interference from the third party, challenges and difficulties faced by the Syariah legal officers to prove the case before the Syariah Courts, and applying digital forensic and expert opinion as means of proving the existence of interference from the third party and fulfilling the elements of crime. The findings will be discussed thoroughly in this paper.

### 1) Interference from the third party in Syariah point of view

One of the key Islamic concepts is the Syariah. Syariah is not regarded as an expression of the will of the State, but of God's will (Peters, 2002). Furthermore, it is considered as jurists' law because only the jurists have exclusive authority to formulate the rules of Syariah (Peters, 2002). Even though the Syariah comprises of belief, practice and morals, by the passage of time it has become identified with its legal aspect (Karčić, 2019). Thus, Islamic law became the standard translation of the term Syariah. Islamic law refers to juristic interpretations (fiqh) of divine law (Syariah) (Peters, 2002). It also refers to the diverse legal systems that have been and continue to be produced with the objective of being in accord with the Islamic faith (Salaymeh, 2015).

Under Islamic law, interference from the third party to the marriage is considered as *takhbīb*. This term is derived from the word *khab-ba-ba* which literally refers to deceit (*khada'a*), corrupt (*fasād*), malice (*khubth*), and deceives (*ghish*) (al-Fayūmi, 1994; al-Rāzī, 1999; al-Zabīdī, 1987; Ibnu Manzur, 1992). Technically, it means a deceitful man corrupting servants or wives to be unfaithful to his master or her husband (Ibnu Manzur, 1992; Ministry of Awqaf and Islamic Affairs State of Kuwait, 1988). Meanwhile, al-Zahabi (2003) defines it as an act of corrupting woman's heart towards her husband.

Committing this act is shall be liable as committing a grave sin (al-Zahabi, 2003; Ibnu Qayyim al-Jauziyyah, 1997). There are many arguments from Prophetic traditions that prohibit this vicious act. Among them:

Narrated by Abu Hurayrah: The Prophet (p.b.u.h) said: "*Anyone who incites a woman against her husband or a slave against his master is not one of us*". (Sunan Abu Daud, vol. 3, p. 503; Sunan al-Kubra, vol. 8, h. 282; Musnad Ahmad, vol. 15, p. 80)

Word "*khabbab*" in this hadith refers to act of corrupts, deceits, or incites (al-Khatābī, 1932; al-Suyūfī, 2012). Furthermore, Ibnu Ruslān (2016) and al-Sindī (2010) explained whoever commit this act on a woman against her husband or a slave against his master is not been considered as follower of Islam.

In another Prophetic tradition, it is stated that:

Narrated Abu Hurayrah: The Prophet (p.b.u.h.) said: "*If anyone corrupts (instigates) the wife of a man or his slave (against him), he is not from us*". (Sunan Abu Daud, vol. 7, p. 474)

This hadith connotes the similar meaning as the previous above-mentioned hadith. In addition, al-'Azīm Ābādī (1995) and Ibnu 'Ilān (2004) elucidated the act of *takhbīb* refers to the act of a man deceiving, corrupting, or inciting the wife of another to get a divorce from her husband with the intention to marry her or to marry her with other person.

Therefore, based on the abovementioned points, it can be deduced that *takhbīb* refers to the act of persuading or inciting someone's wife to become disloyal toward her husband or instigate her to get divorce from her husband with the intention to marry her or marry her with other person. The offence is only established if the offender committed *takhbīb* against someone else's wife. Accordingly, if it is committed against someone else's husband, the offence will not establish. This is the idea of classical debate around *takhbīb* issues. However, in the context of Malaysian Syariah criminal law, regardless the targeted victim is someone else's wife or husband, the offender shall be liable for committing *takhbīb* criminal offence. This is evident from Section 38 of Syariah Criminal Offense Act 1997 quoted below:

*Section 38. Instigating husband or wife to divorce or to neglect duties.*  
*Any person who instigates, forces or persuades any man or woman to be divorced or to neglect his or her duties and responsibilities as a husband or a wife shall be guilty of an offence and shall on conviction be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to both.*

On the said provision, it is clearly stated that any person committing *takhhbib* against a wife or husband of the other person shall be liable of the said offence, and punishable with fine not more than RM5,000 or imprisonment for not exceeding three years or both (Ismail, 2017). Therefore, Malaysian Syariah criminal law made wider application of *takhhbib* to include crime against a husband of the other.

Moreover, this vicious act is considered as a criminal act under the principle of Islamic criminal law. According to al-Mawardi (2006) and Abu Zahrah (1998), crime is defined as the commission of prohibited act that is punishable either by *hudud*, *qisas* or *ta'zir* punishment. Meanwhile, 'Awdah (2005) enlightened that among the prohibited act is committing the act that is prohibited by Islam. As per discussion above, the act of *takhhbib* is prohibited in Islam. Therefore, committing *takhhbib* shall be liable as committing the *ta'zir* crime and punishable by *ta'zir* punishment. *Ta'zir* punishment here refers to the punishment for offences at the discretion of the judge (*qadi*) or ruler of the state (Hassanein, 2018).

## **2) Challenge and Difficulties in proving the case**

The objective of Islamic law of evidence is to formulate principles which are essentials for proving facts relevant for disposal of a case (Mohamad, 1994; Sayfuddin et al., 1968). The most typical means of proving used in Syariah Courts are witness (*syahādah*) and confession (*iqrār*). These due to the arguments contained in the Quranic verses and Prophetic traditions that mostly refer to testimony and confession. Later, this practice has created a mainstream in the Malaysian Syariah Courts where syariah legal practitioners are more prefer to have evidence from witness and confession.

There are numbers of difficulties that arise when Syarie Public Prosecutor intended to establish *prima facie* for *takhhbib* cases. The difficulty includes availability of eye witness to give testimony in court. The commission of *takhhbib*, particularly the act of instigates, forces, or persuades, is rarely occurred in public. Furthermore, in our age of sophisticated technology, such acts are easier to be performed online through social media communication like WhatsApp, Telegram, WeChat, Facebook, and Twitter. The communication usually is done by private messages, email, and phone calls between two persons. In fact, the conversations thread and calls log can also be deleted in order to avoid being detected by spouse. These factors have led to the prosecution's difficulty in obtaining eye witnesses who could see the *takhhbib* act committed by the accused person.

Besides that, the prosecutors also faced challenge in proving the elements of crime stipulated under Section 38 of the Act. Under this provision, as opined by Ismail (2017), the crime is only established when the husband or wife of the other person is proven divorced or neglected the duty as a husband or wife due to the act of instigates, forces, or persuades done by the accused person. However, with due respect, we disagree with her opinion as it is too stringent and divert from the meaning and context of the provision. If we carefully read the provision, the law only requires the act of the accused person, which is “*instigates, forces, or persuades any man or woman to be divorced or to neglect his or her duties and responsibilities as a husband or a wife*”. It doesn't require the element of effect from such criminal act which either divorce the spouse or neglect duties and responsibilities as husband or wife. Therefore, we are of the

opinion that it is sufficient to establish the criminal liability if the accused person has committed the criminal act as stipulated in the provision. Furthermore, this provision is being part of the *sad al-dharā'i* (prevention) to stop the threat of third-party interference to the marriage from happening today. Such threats have the potential to damage marital relationships and even family institutions. A part from that, this provision is also clearly established to keep Muslim marriages from collapsing and falling apart. If we become overly strict with the requirement that divorce or neglect of responsibility be necessary in order to convict criminal behaviour, then, Syariah law in Malaysia is considered to have failed to protect the marriage. In fact, Syaria law in Malaysia will also become increasingly difficult to be enforced and implemented accordingly.

### 3) Forensic digital and expert opinion as means of proving

The interference from the third party typically comes through the use of social media like WhatsApp, Telegram, WeChat, Facebook, and Twitter. The use of these social media as means of communication can be brought before the Syariah Court as part of the evidence. The best mechanism to be applied in this situation is through the application of digital forensic and expert opinion.

Digital forensics began as an ad hoc, task oriented practice performed by computer professionals with no formal processes, tools or training (Garfinkel, 2010). In recent years there has been an advance within digital forensics towards a more scientifically sound handling of the evidence by enhanced focus on quality management (Page, Horsman, Sarna, & Foster, 2019), error mitigation, tool testing and verification methodologies (Sunde & Dror, 2019). According to Seigfried-Spellar and Leshney (2016), digital forensics is an umbrella term that refers to the analysis of digital evidence, which includes network forensics (Internet traffic), computer forensics, mobile-device forensics (e.g., cell phone), and malware forensics (e.g., viruses). Regarding social media, digital evidence may be found on the physical device or on the network (Brunty & Helenek, 2013). As for this study, focal point shall be on the physical device.

Generally, digital forensic investigation involve numerous process which can be summarized into four main phases (.Johnson, 2014; Pollitt, 2016), first, collecting data from digital devices such as mobile phone. Second, examine the collected data using a combination of automated and manual methods to assess and extract data. Third, results of the examination should be analysed, using well documented methods and techniques (i.e. digital forensic tools), to derive useful information that addresses the questions that were the impetus for the collection and examination. Last, the results of the analysis should be reported.

Daniel and Daniel (2012) further expounded among the common types of digital evidence submitted before the court are deleted data, internet history, e-mail, social media, cell phones, cellular system and call detail records, and peer-to-peer network. This statement is closely related to this study as the evidence for offense of *takhib* may be submitted in form the aforementioned evidence.

A number of digital forensic tools are available to analyse social media artefacts from physical devices, although determining which tool is appropriate depends on the device (mobile phone vs. laptop) and operating system, and in some instances multiple tools may be needed to conduct a complete extraction. A few of the more common digital forensic tools are UFED Physical Analyzer, Magnet Internet Evidence Finder (IEF), XRY, Forensic Tool Kit (FTK<sup>®</sup>), and EnCase<sup>®</sup> (Seigfried-Spellar & Leshney, 2016). However, the digital forensic tools that only available at Digital Forensics' section in Royal Police Malaysia (PDRM) are Magnet IEF, XRY, and EnCase<sup>®</sup>.

Magnet IEF is among the product developed by Magnet Forensics (Magnet Forensics, 2019b). Generally, Magnet Forensics has produced two types of products (Magnet Forensics, 2019a), first is the lab products that are tools to acquire, analyse, and report on digital evidence and cases. Second is the agency product to maximize the efficiency of investigative teams.

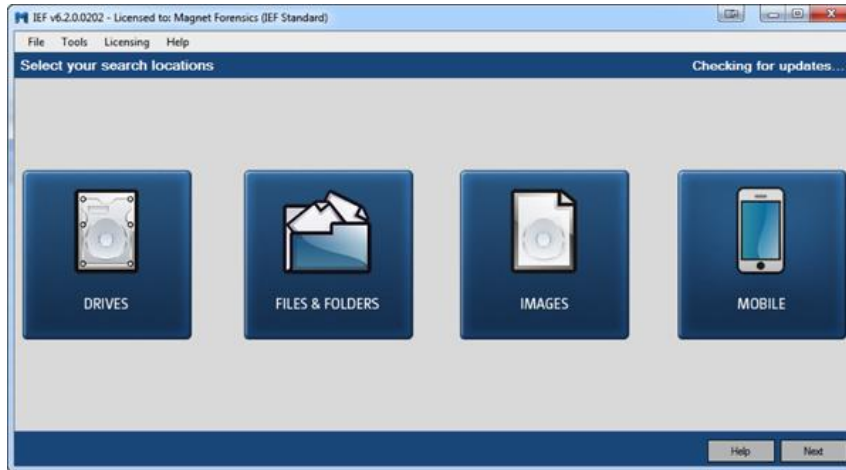


Figure 2: Magnet IEF software (Williams, 2013)

The Magnet IEF is a software programme that categorized under the lab products. It is a popular tool that recovers digital evidence from computers, smartphones, and tablets, including both existing cache and deleted data from Internet-related artefacts, such as web browsers such as Google Chrome, Mozilla Firefox, and Internet Explorer; chat programs such as WhatsApp, AIM, Skype, and Yahoo Messenger; email such as Gmail, Hotmail, and Yahoo Mail; and torrent programs such as Ares, Frostwire, and eMule (Murray, 2013; Seigfried-Spellar & Leshney, 2016). IEF also has a special feature called “chat threading,” which visually recreates the chat dialog as it would appear on the device (Seigfried-Spellar & Leshney, 2016).

As for example, there are key artefacts that need to be found in WhatsApp when investigating WhatsApp. However, it slightly differs between Android and iOS system. The focus for this paper is Android where there are two SQLite databases of value for investigators recovering WhatsApp artefacts: msgstore.db and wa.db. The msgstore.db contains details on any chat conversations between a user and their contacts. Wa.db stores information on all the WhatsApp user’s contacts. Both of these databases can be found under the databases folder at the following locations: /data/data/com.whatsapp/databases/msgstore.db and /data/data/com.whatsapp/databases/wa.db. The msgstore.db is a relatively simple SQLite database with two tables: chat\_list and messages. The messages table contains a listing of all the messages that a user sends or receives from his/ her contacts. Unlike Kik or BBM, where a user is required to have a unique username or PIN, WhatsApp uses the user’s phone number as a unique identifier for both the user and their contacts. This table will include the contact’s phone number, message contents, message status, timestamps, and any details around attachments included in the message. Attachments being sent through WhatsApp have their own table entry and the message contents will contain a null entry with a thumbnail and link to the photo/image being shared. This attachment is stored directly in the msgstore.db file. Additionally, the table may contain latitude and longitude coordinates for messages being sent, allowing the investigator to map out the geolocation details of a user.

_id	key_remote_id	key_from_me	key_id	status	needs_push	data	timestamp
77	164	@s.whatsapp.net	1 1375990877-2	5	0	-	1375990908422
78	164	@s.whatsapp.net	0 1375990895-1	0	0	Hi	1375990927000
79	164	@s.whatsapp.net	0 1375990895-2	0	0	Who's this?	1375990931000
80	164	@s.whatsapp.net	1 1375990877-3	5	0	!@#\$/^&*)(XW@) -:[]> <=	1375990931925
81	164	@s.whatsapp.net	1 1375990877-4	5	0	Alejandro	1375990942506
82	164	@s.whatsapp.net	0 1375990895-3	0	0	Are you doing character testing?	1375990952000
83	164	@s.whatsapp.net	1 1375990877-5	5	0	Whatsapp in general	1375990973065
84	164	@s.whatsapp.net	1 1375990877-6	5	0	Thanks	1375990977394
85	164	@s.whatsapp.net	0 1375990895-4	0	0	Lol	1375990980000
86	164	@s.whatsapp.net	0 1375990895-5	0	0	Ok alejandro	1375990993000
87	151	@s.whatsapp.net	1 1375992780-1	4	0	Hi	1375992832358

Figure 3: WhatsApp Messenger Table (Magnet Forensics, 2014)

The chat\_list table contains a listing of all the phone numbers that a user communicated with; however, this is not a complete listing of the user's contacts. For that we must look at the wa.db. The wa.db contains a complete listing of a WhatsApp user's contacts including phone number, display name, timestamp, and any other information given upon registering with WhatsApp. In order to gain access the msgstore.db and wa.db, an investigator must root or get a physical acquisition of the Android device. Otherwise, WhatsApp also stores a copy of the msgstore.db on the SD card, which is used for backups at the following location: /sdcard/WhatsApp/Databases/msgstore.db.crypt. One caveat with this file is that it is encrypted and must be decrypted prior to analysis. WhatsApp uses several different types of encryption on this database depending on the version of WhatsApp being used. Recovering WhatsApp contacts, messages, and attachments on Android is relatively straightforward once you have access to the appropriate databases.



Figure 4: XRY Mobile Forensics Tool (MSAB, 2019b)

In addition, XRY Mobile Forensics Tool as shown in Figure 3 has the capability to forensically recover deleted data from mobile devices; smart-phones, mobile phones, 3G modems, GPS and Tablet devices (MSAB, 2019a). This software also keeps evidence secure and accounted for at all times, with a full forensic audit trail and protection of the evidence from initial extraction through analysis to reporting and to presentation in court or in other administrative processes (MSAB, 2019b). The XRY comprises XRY Logical and XRY Physical tools. The former product allows the examiner to communicate with the operating system on the device and request information from the system (MSAB, 2019c). Meanwhile, the later product allows the examiner to recover all available raw data stored in the device (MSAB, 2019d). It offers examiner the opportunity to go deeper and recover deleted data from the device. The is also a XRY Complete tools which enable the examiner to perform both logical and physical extractions from a device, giving you the best possible opportunity to recover all the available



data from a mobile device, and allowing you to compare the results between the different recovery methods (The Senator Leahy Center for Digital Investigation (LCDI), 2014). This system is supplied with all the necessary hardware from both the Logical and the Physical systems to ensure you have everything you need to do complete the task.



Figure 5: EnCase® Forensic (OpenText Corp, 2019)

With any digital forensic investigation, EnCase® is the most commonly used tools by law enforcement (Xu, Shi, Cheng, Gong, & Guan, 2018). As shown on Figure 4 above, this software is among the product made by the OpenText Corp which previously known as Guidance Software Inc. EnCase® is a used digital forensic investigation for acquisition, preservation, analysis and presentation of digital evidence (Mohite, Deshmukh, & Gulve, 2016). This tool is also capable of acquiring data from a variety of digital devices, including smartphones/tablets, hard drives, and removable media (Seigfried-Spellar & Leshney, 2016). In addition, EnCase® provides support for social networking sites, including Facebook and Twitter (Cusack & Son, 2012). However, Xu et al. (2018) and Mohammed, Clarke, and Li (2018) were in the opinion that since EnCase® is a manual analysis using mobile forensic toolkits, thus, there is no guarantee on the completeness of such evidence discovery and has have a limited ability to achieve the automation in finding evidence. In fact, it is very time-consuming for the forensic analysts to manually examine and pinpoint the evidence from the mobile device under investigation since it may have installed many different types of apps which contains massive amount of relevant or irrelevant information on them.

These digital forensic tools can be used to trace or record the conversations from the social media such as WhatsApp through physical evidence seized which are laptop and smartphone. The process of tracing or recording shall be done by the forensic digital examiner. Then, he shall record the results of analysis in form of written report. Items to be reported may include the following: (i) a description of the actions employed; (ii) an explanation of how tools and procedures were selected; (iii) a determination of any other actions that should be performed, such as forensic examination of additional data sources, securing identified vulnerabilities, and improving existing security controls; and (iv) recommendations for improvements to policies, guidelines, procedures, tools, and other aspects of the forensic process (Pollitt, 2016). This report can be considered as public documentary evidence that is admissible within the ambit of Section 57(a)(iii) Syariah Court Evidence (Federal Territories) Act 1997.

Meanwhile, Section 33(1) of the same Act provides a crystal clear provision related to evidence from expert opinion. Under the said provision, among the acceptable expert opinion is relating to science. The expression ‘science or art’ under Section 33(1) is elastic enough to be given a liberal interpretation to include the practice of digital forensic examiners. The Syarie judge may require the attendance of digital forensic examiner to explain their report which submitted as

evidence in Syariah Court. When he received subpoena to appear in court, he should provide exhibit that explains how the conclusions reached. Exhibit should containing a picture or copy of the analysis results. He later should demonstrate in court the use of digital forensic tools that have been applied during investigation. When giving his testimony, the examiner shall refer to the digital forensic tools presented before the court so that the court can understand the insights and conclusions reached.

With regard to the probative value of the forensic expert's evidence, this study agrees with the previous studies stated that it considers to be *qarīnah al-qāṭi'ah* (Haneef, 2006, 2007; Muhamad et al., 2015; Mutalib & Ismail, 2012). *Qarīnah al-Qāṭi'ah* is defined as convincing circumstances (Haydar, 1991; Sayfuddin et al., 1968), or clear circumstances to a convincing point (Ibnu 'Abidin, 1992; Ibnu Nujaym, 1997). Although the term used is "*Qarīnah al-Qāṭi'ah*" which means strong or definite *qarīnah*, however, the Islamic jurists refer it only to the level of *ẓan al-ghālib* (beyond reasonable doubt). This is because they find that there are difficulties in any proof including the *qarīnah* to reach the level of *yaqīn* (Bak & Ibrahim, 1985; Dabbūr, 1985; 'Uzayzah, 1990). They even consider that no matter how powerful a method of conviction, it will never be able to go beyond the level of *ẓan al-ghālib* (Mutalib et al., 2018). This type of *qarīnah* shall stand alone and does not require any corroborative evidence (Samrūt, 2007). Moreover, it is also considered as conclusive statement (al-Zuḥaylī, 2002).

This study deduced that forensic expert's evidence considers to be *qarīnah al-qāṭi'ah* based on several factors that can be used as justifications for this study. The paramount justification is due to the advanced research development in forensic science and technology. The evidence or exhibits found and collected during the investigation will be analysed using scientific methods. This is done in order to obtain important information that can be used for the purpose of prosecution or claim. This process of analysis is carried out empirically using modern and scientific tools and technologies. The results of the analysis will be obtained in quantitative form as a percentage of the similarity between the analysed exhibit and the suspect.

## **Conclusion**

In conclusion, this study suggests a means of proving for the commission of *takhib* criminal offense. The suggestion given is by proving the fact using digital forensic and expert opinion. This proposal is made in line with our fully developed era that filled with cutting-edge technological advances. As of today, offenses are often committed through technological advances such as the crime being discussed in this paper. For that reason, the method of proof of such crimes should also be done by using technological advances. From this study also we can see that there is still a way provided by the law to prove the commission of a criminal offense. It may be contrary to the mainstream, but as long as it is not in violation of Islamic law, then, in our opinion, it is possible. Therefore, instead of suggesting for amendment toward the statutory provisions, the use of statutory provisions should be utilized well by any legal practitioners.

## **Acknowledgment**

This study expresses our appreciation for the full funding provided by Research & Innovation Management Centre USIM, through the PPPI/FSU/0118/051000/16818 research grant scheme. Acknowledgments were also expresses to the researchers Center of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Islamic Science Institute, Universiti Sains Islam Malaysia (USIM) and the Malaysian Syariah Judiciary Department (JKSM) for their cooperation.

## References

- .Johnson, L. R. (2014). *Computer Incident Response and Forensics Team Management: Conducting a Successful Incident Response*. Waltham: Syngress.
- Abu Dāud, S. a.-A. a. (2009). *Sunan Abī Dāwud* (S. al-Arnauth & M. Kamil Eds. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 3, 7). Beirut: Dar al-Risalah al-Aliyah.
- Abu Zahrah, M. A. (1998). *al-Jarīmah wa al-'Uqūbah fī al-Fiqh al-Islāmī: al-Jarīmah* (1<sup>st</sup> ed.). Cairo: Dar Al-Fikr Al-'Arabi.
- al-'Azīm Ābādī, M. A. A. (1995). *'Aun al-Ma'būd Sharḥ Sunan Abī Daud* (2<sup>nd</sup> ed. Vol. 6). Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiah.
- al-Fayūmī, A. M. (1994). *al-Miṣbāh al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr* (Vol. 1). Beirut: Dar Al-Kutub Al-'Ilmiah.
- al-Khaṭābī, H. M. (1932). *Ma'ālim al-Sunan wahuwa Sharḥ Sunan Abī Dāud* (1<sup>st</sup> ed. Vol. 4). Halab: al-Matba'ah al-'Ilmiah.
- al-Mawardi, A. M. (2006). *Al-Ahkam Al-Sultaniyyah* (A. Jad Ed. 1<sup>st</sup> ed.). Cairo: Dar Al-Hadith.
- al-Nasa'ī, A. S. (2001). *al-Sunan al-Kubrā* (H. A. M. Syalbi & S. al-Arnauth Eds. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 8). Beirut: Muasasat al-Risalah.
- al-Rāzī, M. A. B. (1999). *Mukhtār al-Ṣiḥḥāh* (Y. S. Muhammad Ed. 5<sup>th</sup> ed.). Beirut: Maktabah al-'Aṣriyyah
- al-Sindī, M. A. H. (2010). *Fath al-Wadūd 'alā Sunan Abī Daud* (M. Z. al-Khawli Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 2). Egypt: Maktabah Liyah.
- al-Suyūṭī, A. R. (2012). *Mirqāt al-Su'ūd ilā Sunan Abī Daud* (M. S. Syarif Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 2). Beirut: Dar Ibnu Hazm.
- al-Zabīdī, M. M. (1987). *Tāj al-'Urūs min Jawāhir al-Qāmūs* (A. Al-Hilali Ed. 2<sup>nd</sup> ed. Vol. 2). Kuwait: Maṭba'ah Hukumah al-Kuwait.
- al-Zahabi, M. A. (2003). *al-Kabā'ir* (A. U. M. H. A. Sulaiman Ed. 2<sup>nd</sup> ed.). Amman: Maktabah al-Furqan.
- al-Zuhaylī, M. M. (2002). *al-Tanzīm al-Qaḍā'ī fī al-Fiqh al-Islāmī Dirāsah Muqāranah bayna al-Madhāhib al-Fiqhiyyah wa al-Anzīmah wa al-Qawānīn fī Sūriyah wa al-Sa'ūdiyyah wa al-Imārāt al-'Arabīyyah* (2<sup>nd</sup> ed.). Damascus: Dar al-Fikr.
- 'Awdah, A. Q. (2005). *al-Tashrī' al-Jinā'i al-Islāmī Muqāranan bi al-Qānūn al-Wadh'ī* (1<sup>st</sup> ed. Vol. 1). Beirut: Dar Al-Kutub Al-'Ilmiah.
- Bak, A. I., & Ibrahim, W. A. A. (1985). *Ṭuruq Al-Ithbāt Al-Shar'iyyah Ma'a Bayān Ikhtilāf Al-Mazāhib Al-Fiqhiyyah Wa Sharḥ Al-Adillat Al-Muwāzanah Bainaha Thumma Muqāranat Bi Al-Qānun Wa Mu'alliqan 'alaih Bi Ahkām Al-Naqd'i*. Kaherah: Maṭba'at al-Qāhirah al-Hadīthah.
- BERNAMA. (2019). [Infographics] Divorce cases in Malaysia. Retrieved from <https://www.facebook.com/bernamaofficial/photos/a.10150341276330555/10157523499010555/?type=3&theater>
- Bowen, G. A. (2009). Document Analysis as a Qualitative Research Method. *Qualitative Research Journal*, 9(2), 27-40. doi:<https://doi.org/10.3316/QRJ0902027>
- Brunty, J., & Helenek, K. (2013). *Social Media Investigation for Law Enforcement* (1<sup>st</sup> ed.). Waltham: Anderson Publishing.
- Chinedu, C. C., & Mohamed, W. A. W. (2017). A document analysis of the visibility of sustainability in TVE teacher education programme: The case of a Malaysian HEI. *Pertanika Journal of Social Sciences and Humanities*, 25, 201-215.

- Cusack, B., & Son, J. (2012). *Evidence Examination Tools for Social Networks*. Paper presented at the 10<sup>th</sup> Australian Digital Forensics Conference, Perth.
- Dabbūr, A. M. Y. (1985). *al-Qarā'in wa Dauruha fi al-Ithbāt fi al-Fiqh al-Jinā'i al-Islāmi*. Kaherah: Dar al-Thaqafah al-'Arabiah.
- Daniel, L. E., & Daniel, L. E. (2012). *Digital Forensics for Legal Professionals: Understanding Digital Evidence From The Warrant To The Courtroom*. Waltham: Syngress.
- Garfinkel, S. L. (2010). Digital forensics research: The next 10 years. *Digital Investigation*, 7, S64-S73. doi:<https://doi.org/10.1016/j.diin.2010.05.009>
- Haneef, S. S. S. (2006). Modern Means of Proof: Legal Basis for Its Accommodation in Islamic Law. *Arab Law Quarterly*, 20(4), 334-364.
- Haneef, S. S. S. (2007). Forensic Evidence: A Comparative Analysis of the General Position in Common Law and Sharī'ah. *Islamic Studies*, 46(2), 199-216.
- Hassanein, A. S. (2018). The Impact of Islamic Criminal Law on the Qatari Penal Code. *Arab Law Quarterly*, 32, 60-79. doi:<https://doi.org/10.1163/15730255-12314037>
- Haydar, A. (1991). *Durar al-Hukkām Syarḥ Majallah al-Ahkām* (1<sup>st</sup> ed. Vol. 4). Beirut: Dar al-Jail.
- Hayes, B. K., Navarro, D. J., Stephens, R. G., Ransom, K., & Dilevski, N. (2019). The diversity effect in inductive reasoning depends on sampling assumptions. *Psychonomic Bulletin & Review*, 26(3), 1043-1050.
- Ibnu 'Abidin, M. A. U. (1992). *Radd al-Muḥtār 'alā al-Dur al-Mukhtār* (2<sup>nd</sup> ed. Vol. 5). Beirut: Dar al-Fikr.
- Ibnu Ḥanbal, A. M. (2001). *Musnad al-Imām Aḥmad bin Ḥanbal* (S. a. al-Arnāwuṭ & Ā. Murshid Eds. 1 ed. Vol. 15). Beirut: Mu'asasah al-Risalah.
- Ibnu 'Ilān, M. A. M. ' . (2004). *Dalīl al-Fāliḥīn li-Ṭuruq Riyād al-Ṣaliḥīn* (K. M. m. Shihan Ed. 4<sup>th</sup> ed. Vol. 8). Beirut: Dar al-Ma'rifah.
- Ibnu Manzur, M. M. (1992). *Lisān al-'Arab* (3<sup>rd</sup> ed. Vol. 1). Beirut: Dar Sadir.
- Ibnu Nujaym, Z. I. (1997). *al-Baḥr al-Rā'iq Sharḥ Kanz al-Daqā'iq* (Z. Umairat Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 7). Beirut: Dar al-Kutub Al-'Ilmiah.
- Ibnu Qayyim al-Jauziyyah, M. A. B. (1997). *al-Jawāb al-Kāfi liman Sa'ala 'an al-Dawā' al-Shāfi' aw al-Dā'i wa al-Dawā'* (1<sup>st</sup> ed.). Morocco: Dar al-Ma'rifah.
- Ibnu Ruslān, A. H. (2016). *Sharḥ Sunan Abī Daud* (K. al-Ribaṭ Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 9). Egypt: Dar al-Falah.
- Ismail, S. Z. (2017). *Undang-undang Kesalahan Jenayah Syariah di Malaysia* (1 ed.). Kuala Lumpur: Penerbit Universiti Malaya.
- Julien, H. (2008). Content Analysis. In L. M. Given (Ed.), *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods* (Vol. 1, pp. 120-122). California: SAGE Publications, Inc.
- Jusoh, Z. Y. M., & Dimon, Z. (2014). *Undang-Undang Menangani Orang Ketiga Dalam Rumahtangga: Satu Sorotan Dalam Undang-Undang Jenayah Syariah Negeri Selangor Dan Undang-Undang Keluarga Sivil*. Paper presented at the International Research Management and Innovation Conference 2014 (IRMIC 2014), Kuala Lumpur.
- Karčić, F. (2019). How Islamic Law is Studied Today: An Overview. *Journal of Muslim Minority Affairs*, 39(1), 129–134. doi:<https://doi.org/10.1080/13602004.2019.1587955>

- Leavy, P. (2017). *Research Design: Quantitative, Qualitative, Mixed Methods, Arts-Based, and Community-Based Participatory Research Approaches*. New York: The Guilford Press.
- Liew, J., Grisham, J. R., & Hayes, B. K. (2018). Inductive and deductive reasoning in obsessive-compulsive disorder. *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, 59, 79-86.
- Magnet Forensics. (2014). The Rise Of Mobile Chat Apps: Recovering Evidence From Kik Messenger, WhatsApp & BBM. Retrieved from <https://www.dfir.training/forensic-artifacts/internet/whatsapp/372-magnet-forensics-the-rise-of-mobile-chat-apps-whitepaper-november-2014/file>
- Magnet Forensics. (2019a). Digital Evidence Solutions for Every Step of the Case. Retrieved from <https://www.magnetforensics.com/products/>
- Magnet Forensics. (2019b). Magnet's Beginning. Retrieved from <https://www.magnetforensics.com/our-story/>
- Miller, A., & Salinas, C., Jr. (2019). A Document Analysis of Student Conduct in Florida's Community Colleges. *Community College Journal of Research and Practice*, 43(10-11), 796-802. doi: <https://doi.org/10.1080/10668926.2019.1600606>
- Ministry of Awqaf and Islamic Affairs State of Kuwait, Kuwait. (1988). Takhbīb. In *Al-Mawsū'ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaytiyyah* (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 11, pp. 18-20). Kuwait: Ministry of Awqaf and Islamic Affairs State of Kuwait.
- Mohamad, M. N. (1994). Islamic Law of Evidence in Confession (Iqrar): Definitions and Conditions. *Islamiyyat-The International Journal of Islamic Studies*, 15, 71-88.
- Mohammed, H., Clarke, N., & Li, F. (2018). *Evidence Identification in Heterogeneous Data Using Clustering*. Paper presented at the 13<sup>th</sup> International Conference on Availability, Reliability and Security (ARES) 2018, Hamburg.
- Mohite, M. P., Deshmukh, J. Y., & Gulve, P. R. (2016). *Qualitative and Quantitative Analysis of Cloud Based Digital Forensic Tool*. Paper presented at the 10<sup>th</sup> International Conference on Intelligent Systems and Control (ISCO) 2016, Coimbatore.
- MSAB. (2019a). About MSAB. Retrieved from <https://www.msab.com/company/>
- MSAB. (2019b). XRY - Extract. Retrieved from <https://www.msab.com/products/xry/>
- MSAB. (2019c). XRY Logical. Retrieved from <https://www.msab.com/products/xry/xry-logical/>
- MSAB. (2019d). XRY Physical. Retrieved from <https://www.msab.com/products/xry/xry-physical/>
- Muhamad, M. M., Shariff, A. A. M., Rajamanickam, R., Rahman, M. A., Zahid, A., & Ismail, N. (2015). Qarinah: Admissibility of Circumstantial Evidence in Hudud and Qisas Cases. *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 6(2), 141-150. doi: <https://doi.org/10.5901/mjss.2015.v6n2p141>
- Murray, N. (2013). *Internet Evidence Finder Report*. Retrieved from Champlain College: <https://www.champlain.edu/Documents/LCDI/archive/Internet-Evidence-finder-ReportPDF.pdf>
- Mutalib, L. A., & Ismail, W. A. F. W. (2012). Al-Qarīnah: antara Kekuatan dan Keperluan dalam Mensabitkan Jenayah (Zina). *International Journal of Islamic Thought*, 2, 1-17. doi: <https://doi.org/10.24035/ijit.2.2012.004>
- Mutalib, L. A., Ismail, W. A. F. W., Mohamed, M. F., Murad, A. H. A., Wafa, K. A. M., & Baharuddin, A. S. (2018). Al-Qarinah (Circumstantial Evidence) dan

- Peranannya Dalam Sabitan Kes Jenayah, Munakahat dan Kehartaan Menurut Islam. In Z. M. Musa, D. I. Supaat, & A. Z. Salleh (Eds.), *Isu-isu Kontemporari SYARIAH & UNDANG-UNDANG* (pp. 97-110). Nilai: Penerbit USIM.
- OpenText Corp. (2019). EnCase® Forensic: The Gold Standard in Forensic Investigations – including Mobile Acquisition. Retrieved from [https://www.guidancesoftware.com/encase-forensic?cmpid=nav\\_r](https://www.guidancesoftware.com/encase-forensic?cmpid=nav_r)
- Page, H., Horsman, G., Sarna, A., & Foster, J. (2019). A review of quality procedures in the UK forensic sciences: What can the field of digital forensics learn? *Science & Justice*, 59(1), 83-92. doi:<https://doi.org/10.1016/j.scijus.2018.09.006>
- Peters, R. (2002). From Jurists' Law to Statute Law or What Happens When the Shari'a is Codified. *Mediterranean Politics*, 7(3), 82-95. doi:<https://doi.org/10.1080/13629390207030007>
- Pollitt, M. (2016). The key to forensic success: examination planning is a key determinant of efficient and effective digital forensics. In J. Sammons (Ed.), *Digital Forensics: Threatscape and Best Practices* (pp. 27-43). Waltham: Syngress.
- Safari, M., Seyedin, H., & Jahangiri, K. (2019). Disaster risk governance in Iran: Document analysis. *Journal of Education and Health Promotion*, 8(1), 142. doi:[https://doi.org/10.4103/jehp.jehp\\_30\\_19](https://doi.org/10.4103/jehp.jehp_30_19)
- Salaymeh, L. (2015). Islamic Law. In J. D. Wright (Ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (2<sup>nd</sup> ed., pp. 746-753). Netherland: Elsevier Ltd.
- Samrūt, W. A. (2007). *al-Qarīnah Wa-Atharuhā fī Ithbāt al-Jarīmah: Dirāsah Fiqhiyyah Muqāranah* (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Manshurāt al-Halabi al-Huqūqiyyah.
- Sayfuddin, Khalīl, a.-S., Jūdat, A., Khalid, A., al-Hilmī, a.-S. A., Khuluṣī, a.-S. A., . . . Hilmī, U. (1968). *Majallah al-Aḥkām al-'Adliyyah* (5<sup>th</sup> ed.). Beirut: Matba'ah Sha'ariku.
- Seigfried-Spellar, K. C., & Leshney, S. C. (2016). The intersection between social media, crime, and digital forensics: #WhoDunIt? In J. Sammons (Ed.), *Digital Forensics: Threatscape and Best Practices* (pp. 59-67). Waltham: Syngress.
- Shabuddin, N. S., Johari, N., Abdullah, N., & Aziz, S. (2016). Perceraian Dalam Kalangan Pasangan Dewasa Pertengahan Di Pejabat Agama Islam Daerah Hulu Langat (PAIDHL): Eksplorasi Faktor. *Jurnal Sains Sosial*, 1, 36-52.
- Sunde, N., & Dror, I. E. (2019). Cognitive and human factors in digital forensics: Problems, challenges, and the way forward. *Digital Investigation*, 29, 101-108. doi:<https://doi.org/10.1016/j.diin.2019.03.011>
- The Senator Leahy Center for Digital Investigation (LCDI). (2014). *XRY Tutorial: Logical Extraction of Data from Windows OS Devices*. Retrieved from The Senator Leahy Center for Digital Investigation (LCDI): [https://www.champlain.edu/Documents/LCDI/Windows\\_OS\\_Tutorial\\_Final\\_PDF.pdf](https://www.champlain.edu/Documents/LCDI/Windows_OS_Tutorial_Final_PDF.pdf)
- 'Uzayzah, A. H. (1990). *Hujjiyyah al-Qarāin fī al-Sharī'ah al-Islāmiyyah: al-Baṣm āt, al-Qiyāfat, Dilālat al-Āthār Tahlīl al-Damm*. 'Amman: Dār 'Ammār li al-Nashr wa al-Tawzī'.
- Walsh, K. (2014). Documentary research and evaluation in medical education. *J Educ Eval Health Prof*, 11, 18. doi:<https://doi.org/10.3352/jeehp.2014.11.18>

- Williams, S. (2013, 25<sup>th</sup> October). Magnet Forensics – Free Tool: IEF Logical Evidence File Creator for EnCase v7. Retrieved from <https://www.forensicfocus.com/News/article/sid=2108/>
- Xu, Z., Shi, C., Cheng, C. C.-C., Gong, N. Z., & Guan, Y. (2018). *A Dynamic Taint Analysis Tool for Android App Forensics*. Paper presented at the IEEE Security and Privacy Workshops (SPW) 2018, San Francisco.

## SILENT WITNESS AT CRIME SCENES: THE UNSUNG EVIDENCE

<sup>a,c</sup>Muhammad Hazim Ahmad, <sup>\*a,c</sup>Ahmad Syukran Baharuddin, <sup>b,c</sup>Ruqayyah Razak, <sup>a,c</sup>Nurul Syahirah Saharudin, <sup>a</sup>Hasnizam Hashim

<sup>a</sup>Faculty of Syariah and law, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

<sup>b</sup>Islamic Science Institute, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

<sup>c</sup>Centre of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Islamic Science Institute, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan, Malaysia

\*(Corresponding author) email: [ahmadsyukran@usim.edu.my](mailto:ahmadsyukran@usim.edu.my)

### ABSTRACT

Traces collected at crime scenes can give hints about ‘what happened?’ and ‘who done it?’. Silent witness is commonly referred to trace evidence. The name of silent witness suggests a role for science making such ‘factual evidence’ speaks. Trace evidence is the core of the forensic science process for historical and epistemological reasons and it constitutes the most basic material or physical information on crime. Objective of this study is to examine the importance of trace evidence at crimes scene and during the crime scene investigation. This qualitative study adopted documentary as well as socio-legal research method in collecting and gathering the appropriate data and related information. These data have been analysed using qualitative content analysis by adopting inductive reasoning. This study found out that trace evidence is consistently incorporated with the Locard exchange principle. It plays an integral part of the forensic investigation as the forensic science begins at the crime scene. There are kinds of trace evidence that may be available at crime scene. Furthermore, from Islamic perspective, there were several occasions occurred during the Prophethood era that demonstrates the used of trace evidence during crime scene investigation. This indirectly signifies the importance of trace evidence in Islamic law of evidence. In Malaysian Syariah legal context, the crime scene investigation is commonly conducted by the religious enforcement officers. The trace evidence transferred between individuals and objects during the commission of a crime, if recovered, often corroborates other evidence developed during the course of an investigation. Therefore, recovering and collecting of such evidence must be done with a proper procedure plus must be handled appropriately. This is important to avoid any unnecessary issues such as tempering evidence, break chain of evidence, and incompetent of forensic analyst. This study contributes to the betterment of crime scene investigation conducted by the religious enforcement officers. This can be done by appreciating the trace evidence and improving the process of recovering, collecting, and handling the physical evidence obtained at crime scene. In conclusion, although trace evidence is referred as silent witness, but the role of such evidence is very significant in investigation development.

**Keywords:** *Fiqh forensics, Locard exchange principle, silent witness, crime scene investigation, syariah court*

### Introduction

Silent witness is commonly referred to trace evidence. The traces collected at crime scenes can give hints about ‘what happened?’ and ‘who done it?’. The name of silent witness itself suggests a role for science making such ‘factual evidence’ speaks (M’charek, 2008). In addition, trace evidence is the core of the forensic science process for historical and epistemological reasons and it constitutes the most basic material or physical information on crime. According to Stoney and Stoney (2016), trace evidence analysis has traditionally been approached in one of two fundamentally different ways: as a generalist practitioner, looking broadly at an assemblage of many different particle types, or as a specialist practitioner, with attention focused on one specific particle type. The importance of trace evidence analysis is exemplified in Locard’s exchange principle which will be elaborated further throughout the discussion.



## Literature Review

It is the fact that not much academic writing that were found related to crime investigation in Syariah legal perspective. Only a few scholarly literatures managed to be accessed, among other, is authored by Shariff and Rahman (2018). Their research studied about the sources and writings regarding investigation and prosecution procedures. Focus is given to the relevance of traditional investigation and prosecution procedures stipulated in Syariah legal sources (Quranic verses and Prophetic traditions) as well as Syariah prominent manuscripts. Their writing, as a whole, touched only on the general principles and the provisions relating to investigation procedures and Syariah criminal prosecution. However, they do not discuss in depth about the management aspect in conducting the investigation.

Another study is conducted by Yahya and Samuri (2019) related to power and jurisdiction of religious enforcement officer and its limitation on the Control and Restrictions of the Propagation of Non-Islamic Religions to Muslim Enactment. The study was reviewing the statutory provisions that have been enacted under the said Enactment. Although this research involved the religious enforcement officers as the subject matter, however, no detailed and clear discussion on the matter of investigation been made by the authors. The focus is on arrests rather than investigate even under the heading "Power of investigating and arresting".

A part from that, Azhar, Badarulzaman, Hussain, and Noor (2018) have produced a research related to parameters of *hisbah* institution under Syariah criminal procedure. *Hisbah* is defined in this article as the implementation of *al-Amr bi al-ma'ruf* (commanding good) when clearly it is abandoned, and *al-Nahy 'An al-Munkar* (preventing evil) when it is committed clearly. They included the religious enforcement officer as being part of *hisbah* institution. The study also linked the prevention of *khalwat* (close proximity) criminal offense as part of the role of religious enforcement officer. Lengthy discussion has been put forward in relation to the legal provisions, power, and jurisdiction of the said officer. Unfortunately, this article does not cover the investigation aspect related to prevention of *khalwat*. Another research that correlated between religious enforcement officer and *hisbah* has been done by Ibrahim, Don, and Asha'ari (2017). Their research was focusing on the jurisdiction aspect. In carrying out their duties as law enforcer, the religious authorities have only the power to carry out their duties under the enactment of state syariah criminal offenses relating to morality (prevention of evil), faith, sanctity of Islam and its institutions, and various offenses. Like the previous article, this study does not discuss on the matter of investigation instead focusing on the current development of religious enforcement officer in Selangor. At the end of the study, they suggested the appropriateness of the continuous and expansion research on religious enforcement officers in the near future for the mutual benefit of transforming the Islamic Affairs Management (PHEI) in Malaysia towards the better, especially in the performance of *hisbah*.

Last but not least, the study of Kamaruddin (2015) that highlighted the concept of investigation in Islam. It is stated that the basis of an investigation is to prevent any wrongdoing. In Islam, investigation is known as *tajassus* (spying). This article explained in detail the concept of *tajassus* and made an interesting relationship with the investigation conducted by the religious enforcement officer. At the end of the study, the author concluded that *tajassus* can be made by the authorities, but not by the public. The public abides by the general law, which prohibits spying that is based on the Quranic verses and Prophetic traditions. The enforcement of the crime of retreat is under the jurisdiction of religious authorities today. Therefore, they must act within the scope provided by law. The enforcement of crime prevention is under the jurisdiction of religious enforcement officer today. Therefore, they must act within the scope provided by law. Although this paper does provide interesting discussion on the concept of investigation in Islam, it does not touch on investigative procedures such as crime scene investigation, the process of obtaining evidence, and the detection of criminals.

Based on observations made in previous studies as stated, there are several academic gaps, including a lack of scholarly discussion of the crime scene investigation from Syariah perspective. Second, the existing discussions are more focusing on legal reviews and preliminary analysis. Therefore, this study was conducted to fill in the academic gaps mentioned earlier. Objective of this study is to examine the importance of trace evidence at crimes scene and during the crime scene investigation.

### **Research Methodology**

This qualitative study integrated two methodologies, documentary research and qualitative content analysis.

Documentary research method is used to appraise the books written by scholars and academicians. In addition, the same methodology is used to evaluate the findings of recent studies cited in the literatures that are authored in quality and indexed journals. Documentary research methods are used to gather and obtain data through studies of the documents, literature and records that have been produced (Neely & Ponshunmugam, 2019; Prior, 2008). Its primary purpose is to educationally evaluate particular written documents either public domain or private (Payne & Payne, 2004; Walsh, 2014). It also can be either primary or secondary documents. For the purpose of this research, we evaluate both types of documents.

In this study, we appraised public or primary documents from the Quranic verses and Prophetic traditions. We determined the data from these primary documents shall be the primary data as these data were from a direct source, reliable and not influenced by any individual view or opinion. Then, the secondary data of this study is the discussion in the classical and contemporary Islamic exegesis and jurisprudence around the theme of forensic science and Islamic law of evidence. Furthermore, secondary data were obtained from the writings in indexed journals mainly Scopus and WOS which were obtained from the Scopus database accessed through the Ezproxy portal of the Universiti Sains Islam Malaysia.

Then, the obtained data were analysed by using content analysis method to understand, comprehend, and extract meaningful interpretations of data that circulate in the documents (Leavy, 2017; Roller & Lavrakas, 2015). Since this research is a qualitative in its nature, therefore, the content analysis in this research was applied in an inductive reasoning (Ahmad, Razak, Saharudin, Nasir, & Baharuddin, 2019; Julien, 2008). This process involved the development of a recursive process of data collection and analysis related to the application of a rule, definition, or procedure to successive results (Hayes, Navarro, Stephens, Ransom, & Dilevski, 2019; Leavy, 2017; Liew, Grisham, & Hayes, 2018).

### **Findings and Discussion**

This study produced numbers of findings, *inter alia*, the relationship between trace evidence and Locard's exchange principle, the practice of trace evidence in convicting the accused person or exonerating the innocent from Islamic perspective, Malaysian Syariah legal context in relation to crime scene investigation, and last but not least, the importance of trace evidence and crime scene management. These findings will be discussed thoroughly in this paper.

#### **1) Trace Evidence and Locard's Exchange Principle**

As stated earlier, the importance of forensic trace evidence analysis is exemplified in Locard's exchange principle (Mistek, Fikiet, Khandasammy, & Lednev, 2018). Locard's exchange principle broadly deals with matter being left behind following contact between objects or

persons. The use of Locard's theory requires samples of trace materials to always be contamination-free and of accurately known origin (Loeve et al., 2013). This principle has enriched to become the basis for the forensic examination and analysis (Palenik, 2013; Saferstein, 2015). The main idea of this principle is whenever two objects come into contact there is always a transfer of material between them (Mistek et al., 2018). That is to say if a perpetrator has left behind some type of materials at a crime scene, on a suspect, or on a victim. Those materials are known as trace evidence.

Trace evidence materials are small quantities of chemical or physical evidence that are found at a crime scene, on a suspect, or on a victim (Mistek et al., 2018). These materials may involve any type of substance; among the most useful in recent years have been biological samples such as blood, saliva, semen or epithelial cells that have enabled DNA profiling and matching to be undertaken (Byard, James, Berketa, & Heath, 2016). If the trace evidence is managed to be recovered, it will often corroborates other evidence developed during the course of an investigation (Saferstein, 2015). According to Mistek et al. (2018), most current forensic practices are based on the comparison between a questioned sample and a reference sample. The comparison process can reveal whether two or more objects could have a common origin. This is mostly the case when physical evidence is recovered from a suspect, victim, or crime scene and is compared to a sample from known source: crime scene or suspect's or victim's belongings. Fibres recovered from a victim's shirt might be compared to fibres collected from suspect's sweatshirt, or a glass fragment recovered from suspect's clothing may be compared to broken glass found at the crime scene. A variety of analytical methods may be used to compare the microscopic properties, examine the composition, and test the physical properties of the materials

## 2) The Practice of Trace Evidence from Islamic Perspective

Appraisal from the Islamic primary scriptures (Quranic verses and Prophetic traditions) showed several practices of trace evidence conducted by our Prophets (p.b.u.h.) in dealing the case before them; especially Prophet Jacob (p.b.u.h.), Prophet Joseph (p.b.u.h.), and our beloved Prophet Muhammad (p.b.u.h.).

As for example, in verses 18, Surah Yusuf, Allah (s.w.t.) mentioned:

*“They stained his shirt with false blood. He said: “Nay, but your minds have made up a tale (that may pass) with you, (for me) patience is most fitting: Against that which ye assert, it is Allah (alone) Whose help can be sought”*

(Surah Yusuf (12): 18)

The brothers of Prophet Joseph (p.b.u.h.) have handed over the garment of Prophet Joseph (p.b.u.h.) to Prophet Jacob (p.b.u.h.). They had put false blood to support their claim that Prophet Joseph (p.b.u.h.) had been eaten by a wolf (Rashīd Riḍā, 1999). Prophet Jacob (p.b.u.h.) performed a comparative analysis of the blood condition on the garment (Baharuddin, 2017b). His analysis showed that the appeared blood is not consistent with the human blood, but it was likely from animal (al-Qurṭubī, 2006) in terms of the features or specifically known as blood morphology. The result is further confirmed by the discovery of additional fact, that there was no wiggle or wolf's bite effect on the said garment (al-Naḥḥās, 1988; al-Shawkānī, 2000; Ibnu Abī Ḥātim, 1998). Based on the analysis of the facts and evidence, Prophet Jacob (p.b.u.h.) refuted the false allegations made by his children regarding the death of the Prophet Joseph (p.b.u.h.) (al-Sa'dī, 2000). In today's forensic science application, the analysis conducted by the Prophet Jacob (p.b.u.h.) is known as bloodstain analysis on the fabric (Dicken, Knock, Carr, & Beckett, 2019; Wu, Michielsen, & Baby, 2019), as well as physical analysis towards textile damage (Sloan, Fergusson, & Robertson, 2019a, 2019b).

The above-mentioned verse explained the Locard's Exchange Principle which stated that every contact will leave a trace (Byard, James, Berketa, & Heath, 2015). This principle plays an integral part in forensic science application particularly on the crime scene investigation. The exchange occurred when the perpetrator of a crime bring something into the crime scene and he will leave with something from it (Mistek et al., 2018). In the above situation, it was claimed that the Prophet Joseph (p.b.u.h.) has been eaten by a wolf, however, there is no wiggle or wolf's bite effect presented on the said garment. Therefore, due to no exchange happened, Prophet Jacob (p.b.u.h.) refuted such claim. This principle also applied in another verse of Surah Yusuf, which is in verse 26 until 29.

*"He said: "It was she that sought to seduce me – from my (true) self." And one of her household saw (this) and bore witness, (thus):- "If it be that his shirt is rent from the front, then is her tale true, and he is a liar! But if it be that his shirt is torn from the back, then is she the liar, and he is telling the truth! So when he saw his shirt, - that it was torn at the back, - (her husband) said: "Behold! It is a snare of you women! Truly, mighty is your snare! "O Joseph, pass this over! (O wife), ask forgiveness for thy sin, for truly thou hast been at fault!"*

(Surah Yusuf (12): 26-29)

In the said verses, the Locard's Exchange Principle has been successfully established as there was an exchange between the perpetrator's action and the trace left by her. The perpetrator was al-'Azīz's wife as she attempted to commit sexual harassment against the Prophet Joseph (p.b.u.h.). The Prophet Joseph (p.b.u.h.) attempted to escape; unfortunately such attempt had resulted in his clothes being torn from the back due to the pull by al-'Azīz's wife. The tear on the clothes of the Prophet Joseph (p.b.u.h.) was from the collar to the bottom of his shirt on the back (al-Ṭabarī, 2000). The effect of the tear was a result from the intentional force made by al-'Azīz's wife to prevent him from escaping (Ibnu Kathir, 1999; Quṭb, 2003). The effect of such a tear is considered to be as trace evidence which is in line with the Locard's Exchange principle.

A part from that, several Prophetic Traditions revealed the application of forensic science in convicting the accused person or proves the claim.

*Abdul Rahman bin 'Auf (r.a.) narrated regarding the story of the killing of Abu Jahal, "...they both (Mu'az bin Amru bin al-Jamuh and Mu'az bin 'Arfa') hastened to him with their swords till they killed him. Afterward, they went to the Prophet (p.b.u.h.) and informed him (of what they had done). The Prophet (p.b.u.h.) asked them, "Which of you killed him? Have you wiped your swords?" They said: "No." The Prophet (p.b.u.h.) then looked at the swords and said, "Both of you killed him." He then ordained the belongings (weapons, shields etc...) of Abu Jahal should go to Mu'az bin Amru al-Jamuh.*

(Hadith narrated by Al-Bukhari. Vol. 3. No. 1752)

It is permissible to rely on circumstantial evidence in the judiciary because the Prophet (p.b.u.h.) inferred the presence of bloodstains on their swords to confirm who killed Abu Jahal ('Azzām, 2009). By inferring to the said swords, the Prophet (p.b.u.h.) found out that Mu'az bin Amru al-Jamuh who cut off Abu Jahal with a fatal blow that eventually killed him (Badr al-Din al-'Ayni, 2001). Among the inferences been made was the deep of swords penetrated into the body of Abu Jahal (Badr al-Din al-'Ayni, 2001). Due to that, the Prophet (p.b.u.h.) ordained the belongings of Abu Jahal to him. Meanwhile, according to al-Nawāwī (1972), the reason why the Prophet (p.b.u.h.) said *"Both of you killed him."* is actually to keep Mu'az bin 'Arfa' at peace as he also contributed to the killing of Abu Jahal. In today's technology, the possible forensic science application to be used in this situation is blood pattern analysis (BPA) on suspected weapon to identify the owner of bloodstains on the said swords (Comiskey, Yarin,

& Attinger, 2019; Williams, Graham, Jermy, Kieser, & Taylor, 2019), and autopsy on dead body to determine the cause of death either caused by slashing or stabbing of objects (Banwari, 2017; Koehler, 2016).

In another tradition, there was an event that can be served as a reference to the forensic analysis of the foot and shoe impression, which is from the folklore of tribe 'Ukl and 'Uraynah.

*From Qatadah, Anas (r.a.) narrated: Some people of the tribe of `Ukl and `Uraynah arrived at Medina to meet the Prophet (p.b.u.h.) and embraced Islam and said, "O Allah's Prophet! We are the owners of milch livestock (i.e. Bedouins) and not farmers (i.e. countrymen)." They found the climate of Medina unsuitable for them. So Allah's Messenger (p.b.u.h.) ordered that they should be provided with some milch camels and a shepherd and ordered them to go out of Medina and to drink the camels' milk and urine (as medicine) So they set out and when they reached Al-Harra, they reverted to Heathenism after embracing Islam, and killed the shepherd of the Prophet and drove away the camels. When this news reached the Prophet, he sent some people in pursuit of them. (So they were caught and brought back to the Prophet (p.b.u.h.). The Prophet (p.b.u.h.) gave his orders in their concern. So their eyes were branded with pieces of iron and their hands and legs were cut off and they were left away in Harra till they died in that state of theirs.*

(Hadith narrated by Al-Bukhari. Vol. 5. No. 4192)

Based on this tradition, al-Qastallānī (1905) expounded that the Prophet sent some men to track down those `Ukl and `Uraynah people who have reverted to Heathenism after embracing Islam, killed the shepherd of the Prophet and drove away the camels. In addition, Ibnu Hajar al-`Asqalani (1960) said that those sent were some twenty Anṣār youth along with an al-qā'if, but did not name the individuals involved in the tracking operation. They managed to track down `Ukl and `Uraynah people based on the foot and shoe impression they left behind on their way home (Ibnu al-Mulaqqin, 2008; Mullā 'Ali al-Qārī, 2002). The forensic analyses of the foot and shoe impression also implied the Locard's exchange principal as discussed earlier. Furthermore, the evidence can be obtained in the form of dynamic and static footprints, foot impressions on the insoles of footwear, such as shoes, on a variety of surfaces, such as soils, sand, or snow (Kanz, 2015; Krishan & Kanchan, 2015).

there are several events occurred during the companion time where they practice scientific evidence to prove the case or exonerate the innocent. Among the notable event is as narrated by Ibnu Qayyim (2011) from Ja'far bin Muhammad:

*A woman was brought to Umar bin al-Khattab (r.a.) and she was in love with a young man from al-Ansar. She was very fond to him, and when he did not obey her, she tricked him. The woman took an egg, threw away its yolk and put the white jelly of the egg on her dress and between her legs. Then she came to Umar (r.a.) shouting that: "This man assaulted and disgraced me among my family and this is the mark of what he did". Umar consulted other women and they said that there is a mark of the sperm on her body and dress. Umar intended to punish the young man, but the man appealed for help and said: "O commander in chief of the faithful, verify (be sure) in my case, by Allah I never committed any sin nor intended to and she was the one who tried to seduce me but I refused." Umar said: "O Abu al-Hassan, what do you think of these two?" Ali looked at what was on the dress (the mark) then he ordered for some boiling water then he poured it on the dress. The white solidified. Then Ali smelled and tasted it and he knew the taste of the egg and scolded the woman so she confessed.*

Saidina Ali (r.a.) used the boiling water (in chemical analysis known as reagents) to test the purity of the evidence (Baharuddin, 2017a). Reagent is a substance or compound added to the system to cause a chemical reaction, or added to test if the reaction takes place. In this situation, possible forensic science application is screening test to detect the presence of semen. Among the widely screening test practiced to detect the semen is acid phosphatase (AP) screening test. This test has been considered as the primary test used in the forensic science community as a presumptive test for the detection of semen stains. This is because semen contained AP. The Brentamine test is used to detect AP activity. The screening test involves the pressing dampened filter or blotting paper onto the surface of the item to transfer a proportion of any seminal fluid present to the paper. The paper is then tested with the chemical reagent (Lewis et al., 2013). The presence of semen can be observed by formation of purple dye resulting from reaction of naphthol (in sodium a-naphthyl phosphate that coupled with brentamine salt) with acid phosphatase in semen stain (Davidson & Jalowiecki, 2012). As for the above case, the result from analysis conducted by Saidina Ali (r.a.) showed no semen found instead the white jelly of the egg. Therefore, the case was dismissed and the innocent person successfully been exonerated from the charge.

A part from that, there was an intoxication case been brought before Abdullah bin Mas'ūd, and he applied the field sobriety test to confirm the allegation.

*Narrated Abū Mājīd al-Ḥanafī, he said: A man came to Abdullah bin Mas'ūd with his nephew drunken, and then he said: I found him drunken. Then Abdullah bin Mas'ūd said: "Move him, shake him hard, and then smell his alveolar breath".*

(Hadith narrated by Al-Ṭabrānī. Vol. 9. No. 8572)

The word “*tartara*” and “*mazmaza*” refers to action of moving and shaking hard of a person to smell his alveolar breath in order to determine whether he is drunk or not (al-Suyūfī, 2004; Ibnu Al-Athir, 1979). These actions are closely related with the current test for intoxication, which is field sobriety test. It has been determined as preliminary tests before ordering the suspect to be tested with evidential breath or blood test. This test typically consist of a series of psychophysical tests (Saferstein, 2015). Examples of these tests are the one-leg-stand test, horizontal gaze nystagmus test, walk-and-turn test, hand-pat test, Romberg test, and tracing of shapes test (Smith, Robinson, Bazdar, & Geller, 2016).

### 3) Malaysian Syariah Legal Context in Relation to Crime Scene Investigation

Investigation is an important aspect that needs to be taken into account before a prosecution is conducted. Investigations are often linked to criminal act and this involves law enforcement agencies including the police and religious enforcement officers (Aman, 2003). Previous studies have suggested the Syariah legal terminology for investigation is *al-tajassus*. However, with due respect, we disagree with the terminology suggested as it is actually refers to “espionage” and not “investigate”. There is clear distinction between the act of espionage and investigating. Espionage is the practice of spying or using spies to obtain information about the plans and activities. While investigate is to observe or study by close examination and systematic inquiry. Therefore, in our respect, the correct terminology for investigation is *al-taftīsh*. The lexicon of *al-taftīsh* (plural: *al-tafātīsh*) refers to investigation or examination on the subject matter to extract or reveal what is hidden from it (Qal'ahjī & Qunaybī, 1988; Wehr, 1976).

In Malaysian Syariah legal context, the crime scene investigation is commonly conducted by the religious enforcement officers. The purpose of investigation is to bring the truth in respect of the crime and furnish the whole truth before the court (Ramlee, 2003).

According to Part IV of Syariah Criminal Procedure (Federal Territories) Act 1997, investigations are usually carried out by religious enforcement officers upon (i) receiving the first information report (Sect. 54); (ii) suspect that an offense has been committed (Sect. 57); or (iii) get order from a Syariah judge (Sect. 75). Without any of these directions, the investigation is seldom to be conducted. The first step to investigate a particular crime is the examination of the crime scene (Aman, 2003; Eeden, Poot, & Koppen, 2016). Crime scene investigation primarily deals with the identification, collection, proper packaging, transport and analysis of evidence material (Mateen & Tariq, 2019).

#### **4) The importance of trace evidence and crime scene management.**

Once the religious enforcement officers received any of the afore-mentioned directions, they will immediately go to the scene to affirm the lodged report, identify the crime committed, and determine the date, time, and place of the crime committed (Aman, 2003). At the same time, they will also act as crime scene investigators. One of the tasks of a crime scene investigator is to reconstruct what may have happened and, based on the reconstruction, to decide which traces are relevant and must be secured. The process of reconstructing a crime usually begins with a walkthrough of the scene. This preliminary round is done to give the investigator a rough idea of what happened, why it happened and how it happened. A preliminary hypothesis should be formulated at the start of the crime scene investigation. The hypothesis should be based on prior information and on the identification of potential evidence. The next step is the determination of the evidence: what evidence is present at the scene and which physical traces need to be secured. Finally, the evidence is secured (Eeden et al., 2016). In short, it involves the following five steps:

- 1) Scene survey and evidence recognition;
- 2) Scene searches;
- 3) Documentation;
- 4) Evidence collection and preservation; and
- 5) Release of the scene (Gaensslen, Harris, & Lee, 2008).

However, not all crime scenes require retrieval of physical evidence from crime scene investigation. Furthermore, limited resources and personnel have forced many investigation officers to restrict their efforts in this area to crimes of a more serious in nature. Within the ambit of Malaysian Syariah criminal offense, the serious crimes shall be determined as seizable offenses punishable with imprisonment for one year or more (Aziz, 2011). Therefore, this study believes that crime scene investigation is pertinent for this type of offense due to the seriousness and severity of the offense.

As discussed earlier, among the duties of crime scene investigator are identification, collection, proper packaging, transport and analysis of evidence material. By applying the Locard's exchange principle, physical traces shall be recognized, preserved, and secured for further action. The trace evidence transferred between individuals and objects during the commission of a crime, if recovered, often corroborates other evidence developed during the course of an investigation. Therefore, recovering and collecting of such evidence must be done with a proper procedure plus must be handled appropriately. This indicates the importance of crimes scene management. Crime scenes which are not managed well would lead to either loss of evidence or poor quality evidence resulting in erroneous exonerations or convictions in a criminal justice system (Edwards, 2005). In fact, there is the difference between a local legal enforcement and trained crime scene investigator, which the latter being aware of sensitivity of crime scene puts serious efforts to identify and collect physical trace evidence from the scene (Mateen & Tariq, 2019). Thus, if schematically searched and properly handled, various tentative evidences found on the crime scene can become effective evidences for court proceeding.

Crime scene management is also important to avoid any unnecessary issues such as tempering evidence, break chain of evidence, and incompetent of forensic analyst. This is evident from the study conducted by Pickrahn et al. (2015) and Eeden et al. (2016) which stated that the main emphasis in most of the handbooks written about crime scene processing is not on how the crime scene should be examined or how to find crime related traces. Instead, the focus of these handbooks is on preventing crime scene contamination and on the last step in the crime scene investigation: how to secure different types of physical evidence in an appropriate manner. Our previous studies found out various problems that may arise as a result of improper and inaccurate practice in managing evidence (Baharuddin, 2017b; Baharuddin, Ismail, Mutalib, Ahmad, Hashim, et al., 2019; Baharuddin, Ismail, Mutalib, Ahmad, Nasir, et al., 2019). As example, dismissal of case to be brought to trial as a result of the expiration of evidence such as liquor seized turns into vinegar when analysed, dismissal of case to be brought to trial due to loss of evidence in body fluids such as alcohol content lost from the blood in the body resulting from the misconduct of the alleged person in the custody of enforcement officers, and non-compliance with the calibration and service schedules for forensic science instruments such as breathalysers used in alcoholic beverages.

In order to overcome this problem, investigators must handle and process physical evidence in a way that prevents any change from taking place between the time the evidence is removed from the crime scene and the time it is received by the crime laboratory. Changes can arise through contamination, breakage, evaporation, accidental scratching or bending, or improper or careless packaging (Saferstein, 2015). The use of latex gloves or disposable forceps when touching evidence often can prevent such problems (Gaensslen et al., 2008). Any equipment that is not disposable should be cleaned and/or sanitized between collecting each piece of evidence. Evidence should remain unmoved until investigators have documented its location and appearance in notes, sketches, and photographs. Evidence best maintains its integrity when kept in its original condition as found at the crime site. Whenever possible, one should submit evidence to the laboratory intact. The investigator normally should not remove blood, hairs, fibres, soil particles, and other types of trace evidence from garments, weapons, or other articles that bear them. Instead, he or she should send the entire object to the laboratory for processing (Gaensslen et al., 2008).

Furthermore, continuity of possession, or the chain of custody, must be established whenever evidence is presented in court as an exhibit. Adherence to standard procedures in recording the location of evidence, marking it for identification, and properly completing evidence submission forms for laboratory analysis is the best guarantee that the evidence will withstand inquiries of what happened to it from the time of its finding to its presentation in court (Saferstein, 2015). This means that every person who handled or examined the evidence must be accounted for. Failure to substantiate the evidence's chain of custody may lead to serious questions regarding the authenticity and integrity of the evidence and examinations of it. A minimum chain-of-custody record would show the collector's initials, location of the evidence, and date of collection. If the evidence is turned over to another individual for care or delivery to the laboratory, this transfer must be recorded in notes and other appropriate forms. In fact, every individual who possesses the evidence must maintain a written record of its acquisition and disposition. Frequently, all of the individuals involved in the collection and transportation of the evidence may be requested to testify in court. Thus, to avoid confusion and to retain complete control of the evidence at all times, the chain of custody should be kept to a minimum.

## **Conclusion**

In a nutshell, this study has elucidated the importance of trace evidence at crimes scene and during the crime scene investigation. It is undeniable that crime scene investigation is more widely known as forensic investigation methods, and mostly applicable in civil cases. However, the principles contained in this crime scene investigation can still be applied by the religious



enforcement officers. This is by applying the well-known Islamic legal maxim “the norm in regard to things is that of permissibility” (*al-Aṣlu fī al-Ashyā’ al-Ibāhāh*). Permissibility in other words is the natural state and will therefore prevail until there is evidence to warrant a departure from that position. In addition, this study contributes to the betterment of crime scene investigation conducted by the religious enforcement officers. This can be done by appreciating the trace evidence and improving the process of recovering, collecting, and handling the physical evidence obtained at crime scene.

As far as this study concern, there are no Islamic injunctions that prohibit the use of principles in crime scene investigation such as trace evidence, crime scene management, and chain of custody. In fact, the Quranic verses and Prophetic traditions afore-mentioned proved the application of trace evidence in convicting the accused and exonerating the innocent. Therefore, this signals the permissibility and encouragement to apply the principles in crimes scene investigation during the investigating process.

In conclusion, although trace evidence is referred as silent witness, but the role of such evidence is very significant in investigation development.

### Acknowledgment

This study expresses our appreciation for the full funding provided by Research & Innovation Management Centre USIM, through the PPPI/FSU/0118/051000/16818 research grant scheme. Acknowledgments were also expresses to the researchers Center of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Islamic Science Institute, Universiti Sains Islam Malaysia (USIM) and the Malaysian Syariah Judiciary Department (JKSM) for their cooperation.

### Reference

- ‘Azzām, Ṭ. Ṣ. Y. (2009). *Athar Aṭ-Ṭibb al-Shar‘ī fī Ithbāt al-Ḥuqūq wa al-Jarāim* (1<sup>st</sup> ed.). Amman: Dar al-Nafa’is.
- Ahmad, M. H., Razak, R., Saharudin, N. S., Nasir, B. M., & Baharuddin, A. S. (2019). Analisis Awal Terhadap Isu-Isu Kebolehterimaan Asid Deoksiribonukleik DNA Sebagai Bahan Bukti di Mahkamah Syariah. *UMRAN - International Journal Of Islamic And Civilizational Studies*, 6(2-2), 165-181. doi:<https://doi.org/10.11113/umran2019.6n2-2.392>
- al-Bukhārī, M. I. (2001). *al-Jāmi’ al-Ṣaḥīḥ al-Musnad al-Mukhtaṣar min Umūri Rasūlillahi ṣallallahu ‘alaihi wasallam wa Sunanihi wa Ayyāmihi*. (M. Z. Nasir Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 2). Cairo: Dar Tawq An-Najah.
- al-Naḥḥās, A. M. (1988). *Ma‘ānī al-Qur’ān* (M. A. Al-Ṣābūnī Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 3). Mecca: Jāmi‘ah Ummu al-Qurā.
- al-Nawāwī, Y. S. (1972). *Al-Minhāj Sharah Ṣaḥīḥ Muslim bin al-Ḥajjāj* (2<sup>nd</sup> ed. Vol. 12). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- al-Qaṣṭallānī, A. M. (1905). *Irshād al-Sārī li-Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (7<sup>th</sup> ed. Vol. 7). Egypt: al-Matba‘ah al-Amiriyyah.
- al-Qurṭubī, M. A. (2006). *al-Jāmi’ li-Aḥkām al-Qur’ān* (A. A. Muhsin & R. Arqaswasi Eds. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 11). Beirut: Mu’asasat al-Risalah.
- al-Sa’dī, A. R. N. (2000). *Taysīr al-Karīm al-Rahman fī Tafsīr Kalām al-Manān* (A. R. M. al-Luwayhiq Ed. 1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Mu’asasat al-Risalah.
- al-Shawkānī, M. A. (2000). *Faṭḥ al-Qadīr al-Jāmi’ Bayna Fannayyi al-Riwāyah wa al-Dirāyah min ‘Ilmi al-Tafsīr* (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar Ibnu Hazm.
- al-Suyūṭī, A. R. A. B. (2004). *al-Hāwī lil-Fatāwī* (Vol. 1). Beirut: Dar al-Fikr.

- al-Ṭabarī, M. b. J. (2000). *Jāmi' al-Bayān fī Ta'wīl al-Qur'ān* (Vol. 15). Egypt: Muassasah al-Risālah.
- al-Ṭabrānī, S. A. (1994). *al-Mu'jam al-Kabīr* (H. A. Majid Ed. 2<sup>nd</sup> ed. Vol. 9). Cairo: Maktabah Ibnu Taimiyah.
- Aman, A. H. (2003). Tatacara Penyiasatan. In A. M. Yaacob & S. S. M. Supi (Eds.), *Pendakwaan dan Penyiasatan: Konsep dan Amalan* (pp. 95-112). Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia.
- Azhar, A., Badarulzaman, M. H., Hussain, M. A., & Noor, F. M. (2018). Hisbah Parameters in Syariah Criminal Legislative Framework in Malaysia: Overview of Prevention of Khalwat (Close Proximity) Criminal Offenses. *International Journal of Law, Government and Communication*, 3(9), 46–56.
- Aziz, S. A. (2011). *Criminal Procedure in the Syariah Courts*. Selangor: Thomson Reuters Malaysia Sdn Bhd.
- Badr al-Din al-'Ayni, M. A. (2001). *'Umdat al-Qārī fī Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (A. M. M. Omar Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 15). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.
- Baharuddin, A. S. (2017a). *Di Sebalik Fiqah Forensik* (1<sup>st</sup> ed.). Kuala Lumpur: Telaga Biru Sdn Bhd.
- Baharuddin, A. S. (2017b). *The Integration of Forensic Science Fundamentals and Al-Qarīnah Towards Achieving Maqasid Al-Shari'ah*. (Doctor of Philosophy), Universiti Teknologi Malaysia, Skudai.
- Baharuddin, A. S., Ismail, W. A. F. W., Mutalib, L. A., Ahmad, M. H., Hashim, H., Harun, M. A. W., & Nor, A. H. M. (2019). Fiqh Forensics Module For Malaysia Shariah Officers: A Preliminary Analysis. *European Proceedings of Social & Behavioural Sciences EpSBS*, 68, 448-457. doi:<https://doi.org/10.15405/epsbs.2019.09.50>
- Baharuddin, A. S., Ismail, W. A. F. W., Mutalib, L. A., Ahmad, M. H., Nasir, B. M., & Harun, M. A. W. (2019). Tinjauan Awal Terhadap Modul Teras Fiqh Forensik Bagi Kegunaan Pegawai-Pegawai Syariah Di Malaysia. *UMRAN - International Journal Of Islamic And Civilizational Studies*, 6(2-2), 195-209. doi:<https://doi.org/10.11113/umran2019.6n2-2.394>
- Banwari, M. (2017). An erroneous opinion on a cause of death in a forensic autopsy: A case report. *African Health Sciences*, 17(4), 1246-1249.
- Byard, R. W., James, H., Berketa, J., & Heath, K. (2015). Locard's Principle of Exchange, Dental Examination and Fragments of Skin. *Journal of Forensic Sciences*, 61(2), 545-547.
- Byard, R. W., James, H., Berketa, J., & Heath, K. (2016). Locard's Principle of Exchange, Dental Examination and Fragments of Skin. *Journal of Forensic Sciences*, 61(2), 545-547. doi:10.1111/1556-4029.1296
- Comiskey, P. M., Yarin, A. L., & Attinger, D. (2019). Implications of two backward blood spatter models based on fluid dynamics for bloodstain pattern analysis. *Forensic Science International*, 301, 299-305.
- Davidson, G., & Jalowiecki, T. B. (2012). Acid phosphatase screening — Wetting test paper or wetting fabric and test paper? *Science and Justice*, 52(2), 106–111.
- Dicken, L., Knock, C., Carr, D. J., & Beckett, S. (2019). The effect of fabric mass per unit area and blood impact velocity on bloodstain morphology. *Forensic Science International*, 301, 12-27.
- Edwards, K. (2005). Ten things about DNA contamination that lawyers should know. *Criminal Law Journal*, 29(2), 71-93.

- Eeden, C. A. J. v. d., Poot, C. J. d., & Koppen, P. J. v. (2016). Forensic expectations: Investigating a crime scene with prior information. *Science & Justice*, 56(6), 475-481. doi:<https://doi.org/10.1016/j.scijus.2016.08.003>
- Gaensslen, R. E., Harris, H. A., & Lee, H. C. (2008). *Introduction to Forensic Science & Criminalistics*. New York: McGraw-Hill.
- Hayes, B. K., Navarro, D. J., Stephens, R. G., Ransom, K., & Dilevski, N. (2019). The diversity effect in inductive reasoning depends on sampling assumptions. *Psychonomic Bulletin & Review*, 26(3), 1043-1050.
- Ibnu Abī Hātim, A. R. M. (1998). *Tafsīr al-Qur'ān al- 'Aẓīm* (A. M. al-Ṭayyib Ed. 3<sup>rd</sup> ed. Vol. 1). Saudi Arabia: Maktabah Nizar Mustafa al-Baz.
- Ibnu Al-Athir, A.-M. M. (1979). *al-Nihāyah fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athār* (T. A. al-Zawi & M. M. al-Tanahi Eds. Vol. 1). Beirut: al-Maktabah al-Ilmiah.
- Ibnu al-Mulaqqin, U. A. (2008). *al-Tawdīh li-Sharḥ al-Jāmi' al-Ṣaḥīḥ* (D. F. I. B. w. T. al-Turāth Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 4). Damascus: Dar al-Nawādir.
- Ibnu Hajar al-'Asqalani, A. A. (1960). *Fath al-Bārī Sharḥ Saḥīḥ al-Bukhārī* (Vol. 1). Beirut: Dar al-Ma'rifah.
- Ibnu Kathir, I. U. (1999). *Tafsīr al-Qur'ān al- 'Aẓīm* (S. M. Salamah Ed. 2<sup>nd</sup> ed. Vol. 4). Riyadh: Dar Thaibah.
- Ibnu Qayyim, M. A. B. (2011). *al-Ṭuruq al-Ḥukmiyyah fī al-Siyāsah al-Shar'īyyah* (N. Ahmad Ed. 1<sup>st</sup> ed. Vol. 1). Mecca: Dar 'Alim al-Fawa'id.
- Ibrahim, A. Q., Don, A. G. H., & Asha'ari, M. F. (2017). Peranan Pegawai Penguatkuasa Agama (PPA) Dalam Melaksanakan Hisbah di Selangor. *Fikiran Masyarakat*, 5(3), 119-125.
- Julien, H. (2008). Content Analysis. In L. M. Given (Ed.), *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods* (Vol. 1, pp. 120-122). California: SAGE Publications, Inc.
- Kamaruddin, N. (2015). Konsep Penyiasatan Menurut Syarak. *Jurnal Pengajian Islam*, 8(2), 98-123.
- Kanz, G. A. (2015). Identification of kidnaped infant accomplished by means of foot impressions. *Journal of Forensic Identification*, 65(4), 389-391.
- Koehler, S. A. (2016). Death Investigation. In M. D. Freeman & M. P. Zeegers (Eds.), *Forensic Epidemiology: Principles and Practice* (pp. 179-199). Netherlands: Elsevier Inc.
- Krishan, K., & Kanchan, T. (2015). Identification: Prints – Footprints. In R. Byard & J. Payne-James (Eds.), *Encyclopedia of Forensic and Legal Medicine* (2<sup>nd</sup> ed., Vol. 3, pp. 81-91). Netherlands: Elsevier Inc.
- Leavy, P. (2017). *Research Design: Quantitative, Qualitative, Mixed Methods, Arts-Based, and Community-Based Participatory Research Approaches*. New York: The Guilford Press.
- Lewis, J., Baird, A., McAlister, C., Siemieniuk, A., Blackmore, L., McCabe, B., . . . Wilson, N. (2013). Improved detection of semen by use of direct acid phosphatase testing. *Science and Justice*, 53(4), 385-394.
- Liew, J., Grisham, J. R., & Hayes, B. K. (2018). Inductive and deductive reasoning in obsessive-compulsive disorder. *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, 59, 79-86.
- Loeve, A. J., Bilo, R. A. C., Emirdag, E., Sharify, M., Jansen, F. W., & Dankelman, J. (2013). In vitro validation of vaginal sampling in rape victims: The problem of Locard's principle. *Forensic science, medicine, and pathology*, 9(2), 154-162. doi:10.1007/s12024-013-9426-6

- M'charek, A. (2008). Silent Witness, Articulate Collective: DNA Evidence and The inference of Visible Traits. *Bioethics*, 22(9), 519–528. doi:10.1111/j.1467-8519.2008.00699.x
- Mateen, R. M., & Tariq, A. (2019). Crime scene investigation in Pakistan: A perspective. *Forensic Science International: Synergy*. doi:<https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2019.06.046>.
- Mistek, E., Fikiet, M. A., Khandasammy, S. R., & Lednev, I. K. (2018). Toward Locard's Exchange Principle: Recent Developments in Forensic Trace Evidence Analysis. *Analytical Chemistry*, 91(1), 637-654.
- Mullā 'Ali al-Qārī, A. S. M. (2002). *Mirqāt al-Mafātīh Sharḥ Mishkāṭ al-Maṣābīḥ* (1<sup>st</sup> ed. Vol. 6). Beirut: Dar al-Fikr.
- Neely, A. H., & Ponshunmugam, A. (2019). A qualitative approach to examining health care access in rural South Africa. *Social Science and Medicine*, 230, 214-221.
- Palenik, S. (2013). *Modern trace evidence analysis and its application to the forensic study of soil, sand and dust*. Paper presented at the 2<sup>nd</sup> International Conference on Engineering Geophysics, United Arab Emirates.
- Payne, G., & Payne, J. (2004). *Key Concepts in Social Research*. London: SAGE Publications Ltd.
- Pickrahn, I., Kreindl, G., Müller, E., Dunkelmann, B., Zahrer, W., Cemper-Kiesslich, J., & Neuhuber, F. (2015). Contamination when collecting trace evidence—An issue more relevant than ever? *Forensic Science International: Genetics Supplement Series*, 5, e603-e604. doi:<https://doi.org/10.1016/j.fsigss.2015.09.238>
- Prior, L. F. (2008). Document Analysis. In L. M. Given (Ed.), *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods* (Vol. 1, pp. 230-231). California: SAGE Publications, Inc.
- Qal'ahjī, M. R., & Qunaybī, H. S. (1988). *Mu'jam Lughah Al-Fuqahā'* (2<sup>nd</sup> ed.). Beirut: Dar Al-Nafa'is.
- Qutb, S. (2003). *Fī Zilāl al-Qur'ān* (32<sup>nd</sup> ed. Vol. 5). Cairo: Dar Syuruq.
- Ramlee, Z. H. (2003). Penyiasatan di dalam Kanun Acara Jenayah Syariah di Malaysia. In A. M. Yaacob & S. S. M. Supi (Eds.), *Pendakwaan dan Penyiasatan: Konsep dan Amalan* (pp. 113-132). Kuala Lumpur: Institut Kefahaman Islam Malaysia.
- Rashīd Riḍā, M. R. A. (1999). *Tafsīr al-Manār* (1<sup>st</sup> ed. Vol. 12). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiah.
- Roller, M. R., & Lavrakas, P. J. (2015). *Applied qualitative research design: a total quality framework approach*. New York: The Guilford Press.
- Saferstein, R. (2015). *Criminalistics: An Introduction to Forensic Science* (11<sup>th</sup> ed.). England: Pearson Education Limited.
- Shariff, A. A. M., & Rahman, M. A. (2018). Prinsip Syariah Berkaitan Prosedur Siasatan dan Pendakwaan: Khazanah Ilmu Yang Memangkin Perkembangan Perundangan Dalam Masyarakat. *Akademika*, 88(3), 127-135. doi:<https://doi.org/10.17576/akad-2018-8803-11>
- Sloan, K., Fergusson, M., & Robertson, J. (2019a). Australian forensic textile damage examinations – Finding a way forward since PCAST. *Science and Justice*, 59(2), 145-152.
- Sloan, K., Fergusson, M., & Robertson, J. (2019b). Textile damage examinations on the cutting edge—an Australian perspective. *Australian Journal of Forensic Sciences*, 50(6), 682-688.

- Smith, R. C., Robinson, Z., Bazdar, A., & Geller, E. S. (2016). Intervening to decrease the probability of alcoholimpaired driving: Impact of novel field sobriety tests. *Journal of Prevention & Intervention in the Community*, 44(3), 199-212.
- Stoney, D. A., & Stoney, P. L. (2016). Critical review of forensic trace evidence analysis and the need for a new approach. *Forensic Science International*, 251, 159-170. doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.forsciint.2015.03.022>
- Walsh, K. (2014). Documentary research and evaluation in medical education. *J Educ Eval Health Prof*, 11, 18. doi:<https://doi.org/10.3352/jeehp.2014.11.18>
- Wehr, H. (1976). taftīsh. In *A Dictionary of Modern Written Arabic*. New York: Spoken Language Services Inc.
- Williams, E. M. P., Graham, E. S., Jermy, M. C., Kieser, D. C., & Taylor, M. C. (2019). The Dynamics of Blood Drop Release from Swinging Objects in the Creation of Cast-off Bloodstain Patterns. *Journal of Forensic Sciences*, 64(2), 413-421.
- Wu, J., Michielsen, S., & Baby, R. (2019). Impact Spatter Bloodstain Patterns on Textiles. *Journal of Forensic Sciences*, 64(3), 702-710.
- Yahya, Z., & Samuri, M. A. A. (2019). Punca Kuasa dan Bidang Kuasa Pegawai Penguatkuasa Agama Islam Berkaitan Enakmen Kawalan Pengembangan Agama Bukan Islam Kepada Orang Islam di Malaysia. *UMRAN - International Journal Of Islamic And Civilizational Studies*, 6(1), 79 - 101. doi:<https://doi.org/10.11113/umran2019.6n1.257>

## THE INTERACTION OF FORENSIC DOCUMENT EXAMINATION AND ISLAMIC JURISPRUDENCE

Nurul Syahirah Saharudin<sup>iii</sup>, Muhammad Hazim Ahmad<sup>iii</sup>, Ruqayyah Razak<sup>iii</sup>, Wan Abdul Fattah Wan Ismail<sup>iii</sup> Ahmad Syukran Baharuddin<sup>iii</sup>

<sup>i</sup>Faculty of Syariah and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan.

<sup>ii</sup>Centre of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Islamic Science Institute, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai, Negeri Sembilan.

<sup>\*</sup>(Corresponding author): ahmadsyukran@usim.edu.my

### Abstract

Islamic jurisprudence is a widely employed legal system in Muslim countries. Meanwhile, forensic evidence today has become one of the most important means of proof in solving both criminal and civil cases. It is crucial to ensure a smooth application of evidential principles which directly related to investigation and prosecution. Nevertheless, how forensic document examination may operate within the Islamic legal system has been largely unexplored. The current paper sets out to explore on the relationship between Islamic jurisprudence and forensic document by examining the Islamic legal concepts of evidence. It is revitalizing to note that there has been positive development in Islamic legal system of Malaysia in terms of its criminal evidence which is practical in nature. However, to what extent forensic document examination is applicable has not been pointed out until recently. Thus, this paper attempts to identify the connection between the concept of *al-kitabah* or documentary evidence and the questioned document examination in forensic science field. Along with the advancement of technology, it is essential to apply the current forensic document practice in Shariah judicial institution by adopting the recent technology to administer the justice. It is suggested that a clear guideline which governs the document tendered in courts based on scientific methods should be provided in order to help the practitioner in court trials.

**Keywords:** Islamic legal system, forensic document, law of evidence, expert opinion, circumstantial evidence

### 1. Introduction

The main distinction between the Islamic legal system and the common law is that Islamic law is derived from the Qur'an and *Sunnah*. Even though it is based on the principle on set texts, it does not disregard the fact that it is a detailed juristic system (Abualfaraj, 2011). It appears that Islamic law has been practiced by substantial number of countries including Afghanistan, Pakistan and Saudi Arabia. Some other countries implement pluralistic or multiple legal systems whereby different laws govern different groups within the same country. For instance, Malaysia operates dual judicial system where Shariah law is only applied to the Muslims.

The comprehensive nature of Islamic jurisprudence governs various human relationships. Despite of the broad application of Islamic legal system, there is not much discussion on the relationship between the forensic document examination and Islamic jurisprudence. With the advancement and increasing development of technology, this is an opportune time to critically examine the association of forensic science particularly in the field of documents examination within the context of Islamic law.

Islam is a *deen* of justice and its sole purpose is to ensure justice in every sphere of life. Islam emphasized the importance of justice and shuns injustice as stipulated in the Qur'an and *Sunnah*. Allah has declared in His Book:

*"Indeed we sent Our Messengers with clear signs and revealed with them the book and the Balance so that they might put people on Justice..."*

(Surah al-

Hadid 57: 25)

This verse implied that the ultimate goal of sending the Prophets and Messengers is to ensure the administration of justice. The significance and necessity of evidence in the administration of justice is certain in Islamic law. One of the judicial principles in Islamic law is to make a decision based on evidence. Allah says in the Quran:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ

*“O ye who believe, if a wicked person comes to you with any news, ascertain the truth, lest ye harm people unwittingly.”*

(Surah al-

Hujurat 49: 6)

In another verse:

إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا

*“We sent down to thee the book in truth that thou mightiest judge between people by that which Allah has shown thee, so be not an advocate for those who betray their trust.”*

(Surah al-

Nisa’ 4: 105)

These verses indicated that ascertainment of the truth or facts in any case are attained only by proof (Arbouna, 1999). It is vital to have systematic and scientific evidential rules to ensure the administration of justice.

In Islamic law of evidence, a crime or a right is generally proved by the following sources namely testimony, admission and confession, circumstantial evidence, documentary evidence, evidence by expert, oath and knowledge of the judge (al-Zuhayli, 1982). Today, documentary evidence or *kitabah* has become one of the frequently used methods of proof. Due to the fragile nature of documents, they can be easily modified, altered and fabricated by anyone through any means. Hence, one of the best ways to deal with this issue is by incorporating the elements of forensic science into Syariah legal system to authenticate any documentary evidence which are classified as questioned document. The idea is to solve any issue relating to the genuineness of documents by conducting scientific examination to verify the questioned document. The field of questioned document examination has developed over time due to the courts’ needs to correctly interpret and resolve the questions relating to documents’ genuineness, authorship and sources (Siegel & Saukko, 2012). A considerable amount of literature has been published on the long-existed connection between science and religion. These studies found that there are many traces of forensic science which could be found in the manuscript of Shariah. Notwithstanding its long historical relevance in Islam, forensic evidence in Shariah courts is not yet treated as convincing forms of evidence. This paper argued that the forensic document examination as part of forensic evidence has significant roles in shaping the Islamic judicial system.

## 2. Methodology

This study is conducted qualitatively from the phase of data collection until the phase of data analysis. This study utilized the data collected through documentary and library research by assessing the rules of evidence from Shariah point of view and analysed the principles applied in forensic document examination to identify their nexus within Islamic legal system.

## 3. Findings and Discussion

Islam recognized expert opinion as one of the important means of proof. In certain circumstances, the evidence adduced involves technicalities that are beyond the knowledge of common men including judges, jury and the lawyers. The judge should inquire from a skilled person when he is faced with a perplexing issue (A. Othman & R. Hisam, 1996). By way of illustration, a forensic document examiner in any document examination is deemed as an expert who can testify in courts.

Apart from that, the interaction of science and religion can be identified through the admissibility of documentary evidence as circumstantial evidence or *qarinah* in Islamic legal system. Although disputed, the majority of the *‘ulama* have accepted *qarinah* as one of the means of proof. They are from the four main schools of thought and their proof for admitting is based on the Qur’an, *Sunnah* and the practice of the Companions. Abdul Karim Zaidan defined *qarinah* in a broad manner where it covers anything which may be used as proof or evidence to establish the existence or non-existence of another (A. Othman & R. Hisam, 1996).

### Islamic jurisprudence and Islamic law of evidence

*Shariah* literally is the path or a body of moral and religious law derived from religious prophecy, as opposed to human legislation (Grey, AlMazrouei, Thomas, & Randall, 2018). It refers to the sacred law of Islam revealed through the Prophet Muhammad (pbuh). In a wider sense, *Shariah* is the totality of God's commands that regulate the relationship of human with Allah, men with one another and also men with the environment. Islamic jurisprudence or *fiqh* deals with a broad range of human actions, including *'ibadah* (rituals or acts of worship), *munakahat* (social interaction), *mu'amalat* (sales transaction) and *jinayat* (crimes, punishments and judiciary).

Basically, this study focused on Islamic law of evidence or *al-bayyinah* as one of the branches of *fiqh jinayat* particularly the role of *kitabah* or documentary evidence.

The duty to uphold justice is clearly outlined in the Qur'an and *Sunnah*. Islam views the giving of evidence as the discharge of trust on behalf of Allah and to be a witness in accordance with His Supreme Will (A. Othman & R. Hisam, 1996). Scholars agreed that evidences are crucial during the course of trial. Nevertheless, some argued that the Islamic rule of evidence is an understudied area of Islamic law.

Evidence is known by the term "*al-bayyinah*" which literally means "*clearness*". *Al-Bayyinah* is an equivalent term to *al-Ithbāt* and the two are often used interchangeably. This word encompasses a thing which clarifies or explains a right or interest. In fact, the renowned saying of the Prophet:

((عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رَجُلٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ")

"On the authority of Ibn Abbas (may Allah be pleased with him), that the Messenger of Allah (peace and blessings of Allah be upon him) said: Were people to be given everything that they claimed, men would [unjustly] claim the wealth and lives of [other] people. But, the onus of proof is upon the claimant, and the taking of an oath is upon him who denies."

(Hasan hadith narrated by al-Baihaqi, Sunan 10/252)

Muslim scholars have several views in understanding the term *bayyinah*. The first view belongs to the *jumhur ulama'* who define *bayyinah* as *shahadah* or witness (al-Zuhayli, 1982). Second, according to Ibn Hazm, *bayyinah* refers to witness and *'ilm al-qadi* (knowledge of the judge) (Ibn Hazm, n.d.). The final view, according to Ibn Qayyim, the definition of *bayyinah* summarizes all forms of evidence in Islam including those types agreed upon by the scholars such as *iqrar*, *yamin* and *shahadah* and also the forms of evidence on which the scholars disagree such as *'ilm al-qadi*, *khabar mutawatir*, *firasah* and others. It is interesting to note that Ibn Qayyim defines *bayyinah* comprehensively as anything which clarifies, explains or proves a position, right or interest which a court or judge may consider in delivering a judgment (Ibn al-Qayyim, n.d.). Based on these views, the third view of Ibn Qayyim is considered as the most relevant definition which suits the current technological advancement (Mutalib, Ismail, & Murad, 2018).

In general, there are seven means of proof recognized by *syara'* namely *shahadah* (witness), *iqrar* (confession), *yamin* (oath), *kitabah* (documentary evidence), *qarinah* (circumstantial evidence), *'ilm al-qadi* (knowledge of a judge), and *muayanah wal khibrah* (expert evidence) (al-Zuhayli, 1982). This study attempts to discuss one of the methods of proof which is *kitabah* or document. It appears that the classical jurists discussed the term *kitabah* as one of the form of judicial evidences in their works. For instance, in the writing of Mahmud Saedon A. Othman, the term *kitabah* is used to refer to the evidences in the form of documents (A. Othman & R. Hisam, 1996). Therefore, in this study the term document will be used interchangeably with *kitabah*. The concept of 'document' can be defined as anything on which the information is written, sketched or copied. It is either in the form of traditional such as using paper, wood, parchment, stone, marble and clay or in modern terms such as the use of diskettes, compact discs and internet (Wan Ismail & Ramlee, 2013). *Al-kitabah* are documents, statements or notes written by someone who may be in the position of authority or a judge or even a layman (A. Othman & R. Hisam, 1996).



Based on a legal maxim, “correspondence by writing is like a speech”. Thus, evidence may be in the form of documents that have probative value. Even though, the Muslim jurists are divided in opinions in regards to the admissibility of *al-kitabah*, the question is only on whether documents may be used as a mean of proof in all cases or only in non-qisas or non-hudud cases such as those relating to property and bequests. The practical significant of document as a mode of proof is too obvious that the scholars never underestimated the need of this form of evidence (Arbouna, 1999). Ahmad Fathi Bahnasi (1989), opined that documentary evidence is only admissible in cases which are not in the *hudud* and *qisas* categories.

In Syariah legal system of Malaysia, documentary evidence has been accepted as one of the means of proof in Syariah courts. By virtue of section 33 of the Syariah Court Evidence (Federal Territories) Act 1997, Act 561 it is provided that the court may call expert witness to form an opinion upon a point of foreign law or of science or art, or as to identity or genuineness of handwriting or finger impressions or relating to determination of *nasab*, the opinions upon that point of persons specially skilled in that foreign law, science or art, or in questions as to identity or genuineness of handwriting or finger impressions or relating to determination of *nasab*. Anwarullah (1999) stated that the concept of judicial evidence in Islam is not exactly different from the practice in common law. Under the common law, evidence is defined as to include all statements which the court permits or requires to be made before it by witnesses in relation to matters of fact under inquiry; such statements are called oral evidence. Evidence also includes all documents produced for the inspection of the Court and such documents are called documentary evidence.

In general, Islamic law recognises written evidence. Writing has been preferred in Islamic law in certain matters to facilitate human affairs. Allah SWT says in Surah Al-Baqarah, verse 282 which means;

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۗ ... 2:282

*O you who have faith! When you contract a loan for a specified term, write it down. Let a writer write between you with honesty, and let not the writer refuse to write as Allah has taught him...*

(Surah Al-Baqarah 2:282)

This verse encourages us to write a note or translate a description of sales, debts, and charges into the form of documents. Allah says in the same verse:

وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۗ ...

“Be not averse to writing down (the contract) whether it be small or great, with (record of) its terms.”

(Surah Al-Baqarah 2:282)

The jurists opined that written evidence is merely recommended and not obligatory. They are prone to rely on oral evidence and consider it safer and more reliable than written evidence (Anwarullah, 1999). Besides, scholars of Islamic law tend to emphasize the role of orality over written documents in jurisprudence and practice (Marglin, 2017). This study argued that the position of documentary evidence in Islam should be reexamined. The vital role of documentary evidence should never be underestimated. As Ibn Farhūn put it, documents are not ontologically different from words: “The eye can perceive them and reason can distinguish them, just as it distinguishes other people and images” (Ibn Farhūn, 1986).

### Expert opinions

Evidence by an expert or *ra'yu al-khabir* is one of the means of proof in Islamic law of evidence. It refers to the testimony given by a person skilled in a certain field (Ibn al-Qayyim, n.d.). Other than that, expert opinion is defined as the opinion, evidence or testimony given by someone who is skilful in a field or issue (Bahnasi, 1989). In certain occasions, the judges are required to ask for the opinion of those who are proficient or are experts in a chosen field. The expert opinions are used to assist the judges in making decision provided that the court satisfied

with the competency of the expert. According to Sayed Sikandar (2007), forensic evidence can be adopted by Islamic law on the grounds that expert opinion is admissible in Islamic law of evidence. The main argument by the scholars who agreed on the admissibility of expert opinion is based on the verse of the Qur'an which mentioned:

وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ

“And before thee also the messengers We sent were but men, to whom we granted inspiration: if ye realise this not, ask those who possess the Message (Wisdom).”

(Surah al-

Nahl 16:43)

Expert opinion is applicable for instance in case where the opinion of a doctor is needed to determine the types of wounds. Besides, in certain situation, the opinion of a veterinarian is required to determine the animal medicine. Some of the *ulama*' even argued that the opinion of the expert binds the court (A. Othman & R. Hisam, 1996).

In accordance with the *ijtihad* of the jurists, the validity of expert opinion is derived from the story of the Prophet Yusuf apart from the *Sunnah* and the practice of the companions. In this story, the Prophet Yusuf struggled to escape from the grip of the wife of al-Aziz resulting in his shirt got torn from the back. In such situation, a wise man said that the shirt's being torn from the back was a sign of the truthfulness of Prophet Yusuf's claim. Based on this story, it can be inferred that the opinion of a skilled person is highly recognised during that time and this is similar to the duty of a forensic expert in our age. His skill resembles a forensic anthropologist of today (Sayed Sikandar, 2007).

### **Documentary Evidence from Forensic Science Perspective**

As discussed earlier, *al-kitabah* is referring to the documentary evidence. Evidence in the form of document is not something new. It has always been associated with forensic science in the form of questioned document examination. Questioned document is simply defined as to any document which has raised some issues or that has become the subject of an investigation (Saferstein, 2015). If there is doubt as to whether the document is authentic or who the author is, then it is a questioned document (Houck & Siegel, 2015).

Meanwhile, questioned document examination is technically referring to a comparative science in which trained examiners examine the characteristic features of two or more sample documents in order to compare and contrast different documents (Chesson, Tipple, Barnette, Cerling, & Ehleringer, 2015). Such examination is carried out by the trained examiners since they are in charge for the technical examination of documents seized by the legal enforcement, authorities, or judiciary (De Alcaraz-Fossoul & Roberts, 2017). The forensic examiner generally looks for answer to some basic questions. These questions include: (a) is the document an original or a copy?; (b) how many technology has been used to prepare the document?; (c) is there any evidence that text has been altered or added?; (d) are there any obvious defects on the page that could lead to the machine being individualized?; and (e) what ink or toner product type has been employed? (Lennard, El-Deftar, & Robertson, 2015)

The documents that are typically examined include checks, wills, business agreements, birth and death certificates, forms and correspondence, ransom notes, tickets, suicide and threat letters, coupons, and voting ballots (Patterson & Fay, 2018).

It is undeniable that various analytical methods may be applied to distinguish between document elements using their physical and optical properties (Lennard et al., 2015). However, for the purpose of this study, only few and related methods will be mentioned throughout the discussion due to the availability of such analytical methods in Malaysian context. Important to note that in Malaysian context, the governmental body that typically deals with the questioned document examination is the Department of Chemistry Malaysia, particularly under the Document Examination Section, Department of Chemistry Malaysia (2018). As showed under the Figure 1 below, there are numbers of analytical methods that available in Malaysia (Ahmad & Yacob, 2003), which are including handwriting examination, typewriting examination, document manipulation, ink examination, and paper comparison.

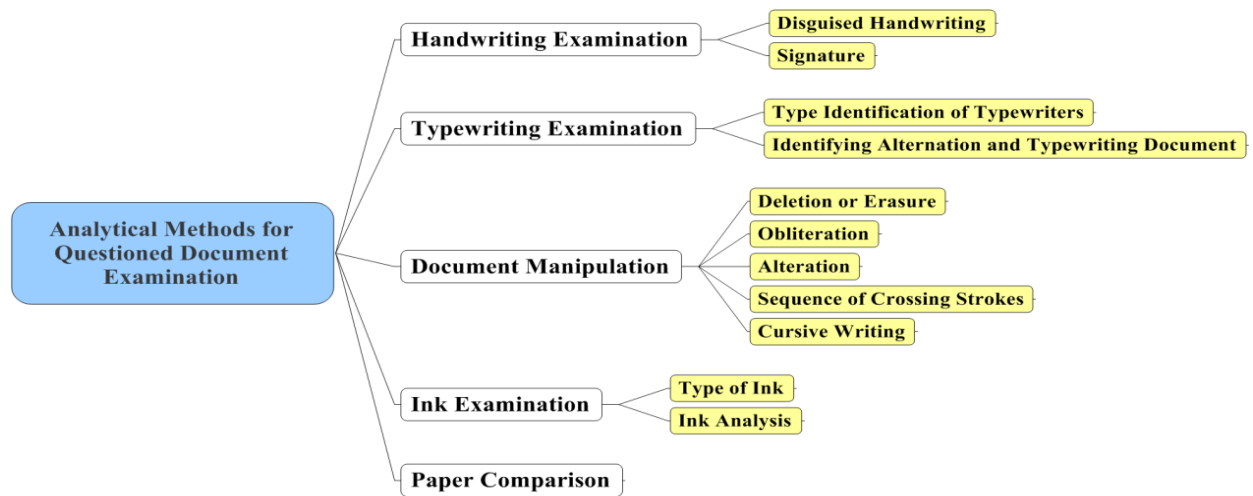


Figure 6: The Analytical Methods for Questioned Document Examination

The result of an examination by a document examiner must be able to be exhibited and displayed in court. The document examiner must provide a court exhibit that can explain how conclusions can be reached. The exhibit contains enlarged images of both the disputed and the original writing. When giving testimony, the document examiner must refer to the accompanying chart so that the court can understand the insights and conclusions reached (Ahmad & Yacob, 2003).

In addition, the forensic document examiner will provide the analysis report once all relevant processes have been completed. The report will then be confirmed by the Head of the Forensic Laboratory Unit before being handed over to the enforcement or prosecution division for further action. In the eyes of law, by virtue of Section 57(a)(iii) of Syariah Court Evidence (Federal Territories) Act 1997, the report provided by the forensic document examiner shall be deemed as a public document forming the acts or records of the acts of public officers. Furthermore, Section 49 of the same Act considered such document to be part of the primary documentary evidence in Syariah Courts. Furthermore, Section 194(1) and (2)(c) of Syariah Criminal Procedure (Federal Territories) Act 1997 elucidated that the court may require the forensic document examiner who produced the report to attend the court proceeding as witness in any case in which a Syariah Prosecutor intends to give such report as evidence. The said forensic document examiner shall attend under the capacity as an expert to give his opinion or testimony towards the said report. His testimony shall be considered as an expert opinion pursuant to Section 33(1) of Syariah Court Evidence (Federal Territories) Act 1997. His opinion shall be considered as *qarinah*, while the facts bearing upon opinions of experts shall also be considered as *qarinah* as provided under Section 34 of the same Act.

#### 4. Conclusion and recommendations

Evidence is regarded as the cornerstone in any trial. Meanwhile, the main purpose of judiciary in any given society is to administer justice in order to ascertain the truth. To achieve such, the trial judges have duty to evaluate the cases in hand until a fair decision could be made. This objective cannot be attained unless the legal practitioners follow the best mediums that are based on the evidential rules outlined by the legal scholars. Documentary evidence or *kitabah* has become part of the law of evidence with which the courts should comply. It is apparent from this study that the application of questioned document examination in Syariah courts would provide a better enforcement of rules of evidence in Syariah courts. However, there are several challenges faced by Shariah judicial institutions which hinder the progress of document examination practice. This paper argued that the Islamic legal jurisdictions, not only lack access to the technologies or have so far not made full use of them, but the academic discussion about

it is also insufficient. Besides, the continuing issue of jurisdiction between civil and Syariah courts may hinder the practice of adducing forensic evidence in Syariah courts. Furthermore, the application of forensic document examination in Syariah courts is impractical in the absence of clear guidelines or standard operating procedure to evaluate the authenticity of documents tendered in Syariah court. Therefore, there is a need to integrate the forensic science elements in proving the genuineness of questioned documents scientifically in order to combat the rising cases of falsified documents. This research suggested that comprehensive guidelines is necessary to deal with the document forgery issue using the proper equipments and eventually improve the reliability of documents as the most common form of evidence tendered in court.

## 5. Acknowledgement

We would like to express our gratitude for the full funding provided by Ministry of Education (MoE) through the USIM/FRGS/FSU/055002/50918 Fundamental Research Grant Scheme (FRGS). Acknowledgments were also expressed to the researchers Center of Research for Fiqh Forensics and Judiciary (CFORSJ), Institut Sains Islam, Universiti Sains Islam Malaysia (USIM).

## References

- A. Othman, M. S., & R. Hisam, R. A. S. (1996). *An Introduction to Islamic Law of Evidence*. Shah Alam, Selangor: HIZBI.
- Abualfaraj, M. (2011). Evidence in Islamic law: reforming the Islamic evidence law based on the federal rules of evidence. *Journal of Islamic Law and Culture*, 13(2-3), 140-165. doi:10.1080/1528817X.2012.733130
- Ahmad, U. K., & Yacob, A. R. (2003). *Pengenalan Sains Forensik*. Skudai: Penerbit Universiti Teknologi Malaysia.
- al-Zuhayli, M. M. (1982). *Wasail al-Ithbat fi al-Shari'ah al-Islamiyyah fi al-Muamalat al-Madaniyyah wa al-Ahwal al-Shakhsiyyah*. Damascus: Maktabah Dar al-Bayan.
- Anwarullah. (1999). *Principles of Evidence in Islam*. Kuala Lumpur: A.S. Noordeen.
- Arbouna, M. B. (1999). *Islamic Law of Evidence: The Function of Official Documents in Evidence : a Comparative Study with Common Law*: Syarikat Nurulhas.
- Baharuddin, A. S., Wan Ismail, W. A. F., Johari, F., & Mas'ad, M. A. M. a. (2018). A Preliminary Framework of Forensic Science Fundamentals Based on its Elements in Shariah Manuscripts. *Journal of Fatwa Management and Research*, 13(1), 10.
- Bahnasi, A. F. (1989). *Nazariyyah al-Ithb at fi al-Fiqh al-Jināie*. Beirut: Dar ash-Shuruq.
- Chesson, L. A., Tipple, B. J., Barnette, J. E., Cerling, T. E., & Ehleringer, J. R. (2015). The potential for application of ink stable isotope analysis in questioned document examination. *Science & Justice*, 55(1), 27-33.
- De Alcaraz-Fossoul, J., & Roberts, K. A. (2017). Forensic intelligence applied to questioned document analysis: A model and its application against organized crime. *Science & Justice*, 57(4), 314-320.
- Grey, I., AlMazrouei, A., Thomas, J., & Randall, P. (2018). Forensic psychology and Islamic jurisprudence. *Mental Health, Religion & Culture*, 21(1), 20-34. doi:10.1080/13674676.2018.1437720
- Houck, M. M., & Siegel, J. A. (2015). Questioned Documents. In *Fundamentals of Forensic Science* (3 ed., pp. 519-544). Netherlands: Elsevier Ltd.
- Ibn al-Qayyim, S. a.-D. M. (n.d.). *al-Turuq al-Hukmiyyah*. Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- Ibn Farhun, I. B. A. B. M. B. (1986). *Tabṣirat al-Ḥukkām fi Uṣūl al-Aqdiyah wa Manāhij al-Aḥkām*. Cairo: Maktabah al-Azhari.
- Ibn Ḥazm, A. M. A. (n.d.). *Al-Muḥallā bi al-Āthār*. Beirut: Dar al-Fikr.
- Lennard, C., El-Deftar, M. M., & Robertson, J. (2015). Forensic application of laser-induced breakdown spectroscopy for the discrimination of questioned documents. *Forensic science international*, 254, 68-79.

- Malaysia, D. o. C. o. (2018). Document Examination. Retrieved from <https://www.kimia.gov.my/v3/about-us/center-of-analysis-for-forensic-science/document.html>
- Marglin, J. M. (2017). Written and Oral in Islamic Law: Documentary Evidence and Non-Muslims in Moroccan Shari'a Courts. *Comparative Studies in Society and History*, 59(4), 884-911. doi:10.1017/S0010417517000317
- Mutalib, L. A., Ismail, W. A. F. W., & Murad, A. H. A. (2018). *Al-Qarinah Dalam Hukum Hudud*. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.
- Patterson, D., & Fay, J. (2018). Managing Investigations. In *Contemporary Security Management* (4 ed., pp. 235-273). Butterworth: Heinemann.
- Saferstein, R. (2015). *Criminalistic: An Introduction to Forensic Science* (11th ed.). England: Pearson Education Limited.
- Sayed Sikandar, S. H. (2007). Forensic Evidence: A Comparative Analysis of the General Position in Common Law and Shari'ah. *Islamic Studies*, 199-216.
- Siegel, J. A., & Saukko, P. J. (2012). *Encyclopedia of Forensic Sciences*: Elsevier Science.
- Wan Ismail, W. A. F., & Ramlee, H. Z. (2013). Keterangan Melalui Kitābah: Menurut Fiqh dan Undang-Undang Semasa di Malaysia. *Jurnal Undang-undang & Masyarakat (Journal of Law & Society)*, 17, 1-11.

## **PENDEKATAN FIQH JENAYAH DALAM MENANGANI KES JENAYAH BAWAH UMUR**

**Fithriah Wardi**

Pensyarah Kanan Universiti Sains Islam Malaysia

[fitriwardi@usim.edu.my](mailto:fitriwardi@usim.edu.my)

HP: 0173195714

### **ABSTRAK**

Fenomena kes jenayah yang dilakukan oleh anak yang berada dalam kategori bawah umur dari hari ke hari semakin membimbangkan. Baik kes jenayah yang melibatkan penghilangan nyawa, pelanggaran kehormatan, penghilangan harta benda, serta kes penderaan yang mengakibatkan kecederaan tubuh. Pada tahun 2017 negara dikejutkan dengan peristiwa kebakaran pusat tahfiz yang menyebabkan nyawa 23 orang pelajar terkorban dalam peristiwa tersebut. Dan menurut siasatan pihak yang berkuasa kebakaran ini terjadi angkara perbuatan 7 orang remaja yang masih berada di bawah umur. Belum lagi dengan peristiwa jenayah lainnya yang lainnya yang juga dilakukan oleh pelaku bawah umur yang menyebabkan kerugian harta benda. Contohnya beberapa kes pecah rumah yang berlaku belakangan ini dan dilakukan oleh kanak-kanak yang berusia 12 tahun. Berbagai kes jenayah yang melibatkan pelaku di bawah umur ini memerlukan penanganan yang sungguh-sungguh dari berbagai pihak. Dalam perundangan islam dibincangkan tentang sanksi yang dikenakan bagi tindakan jenayah yang dilakukan oleh kanak-kanak di bawah umur. Melalui kertas kerja ini penulis akan menghuraikan langkah yang digunakan dalam undang-undang syariah Islam dalam menangani kes-kes jenayah yang dilakukan oleh kanak-kanak di bawah umur melalui pandangan berbagai mazhab fiqh. Baik jenayah yang melibatkan nyawa, ataupun jenayah yang melibatkan kerugian harga benda.

**Kata kunci:** *Fiqh Jenayah, jenayah bawah umur, pandangan fuqaha.*

### **ABSTRACT**

Crime phenomenon done by the underage criminals are becoming more concerning day by day. Whether for crime involving homicide , molestation, property damage ,or physical abuse . On 2017,the whole country was shocked by the news of Tahfiz school fire which resulting in 23 deaths . According to the investigation by the authorities, this incident was done by 7 underage teenagers. Not to mention that the other cases that were also done by the underages which lead to property damage. For example, a few latest cases of house raiding was done by kids aged 12. These crimes done by the underages should be handled seriously by all parties. It was stated in Islamic law regarding punishments given to the underage criminals. Through this workpaper, the writer will explain the ways used in Syariah Islamiah (Islamic law) in handling crimes cases done by underage criminals based on the opinions of various fiqh mazhab, whether for crime involving life, or property damage.

**Keyword:** *Fiqh jenayah, Underage criminals, Fuqaha's opinion*

## Pendahuluan

Allah *subhanahu wa ta'ala* telah memuliakan manusia dengan menjadikannya khalifah di atas muka bumi, sehingga Dia perintahkan para malaikat untuk bersujud di hadapan manusia, Dia jadikan alam beserta isinya tunduk di bawah kekuasaan manusia. Dan Dia juga berikan berbagai hak yang berhak dimiliki manusia dan sekaligus Dia juga tetapkan berbagai kewajiban yang kena dipenuhi oleh manusia. Antara hak yang diberikan oleh Allah *subhanahu wa ta'ala* yang berhak dinikmati oleh semua manusia tanpa mengira umur dan jantina adalah hak untuk hidup, hak untuk mempertahankan kehormatan dan nama baiknya, serta hak untuk mempertahankan harta miliknya. Rasulullah *sallallahu 'alaihi wa sallam* telah memberikan garis panduan tentang beberapa hak manusia yang wajib untuk dihormati oleh orang lain: "sesungguhnya harta kamu, darah kamu, dan kehormatan kamu adalah haram (wajib untuk dijaga dan dipertahankan)" (HR Bukhari, 1987).

Demi menjaga dan mempertahankan berbagai hak yang telah diberikan oleh Allah *subhanahu wa ta'ala* kepada manusia, maka Allah menetapkan berbagai hudud dan hukuman bagi orang yang mencerooh dan melanggar hak-hak tersebut. Bagi orang yang telah merampas hak hidup orang lain maka Allah *subhanahu wa ta'ala* memberikan hukuman yang serupa dengan perbuatannya: "Wahai orang-orang yang beriman diwajibkan kamu menjalankan hukuman Qisas (balasan yang seimbang) dalam perkara orang-orang yang mati dibunuh" (QS al-Baqarah: 178). Bagi orang yang telah mencemarkan kehormatan orang lain (qazaf) akan dikenakan sebatan, bagi orang yang merampas harta orang lain akan dikenakan potong tangan, dan bagi orang yang melakukan pelanggaran terhadap hak orang lain yang tidak ditetapkan sebarang hukuman secara nas akan dikenakan hukuman *takzir* sesuai dengan keputusan yang dijatuhkan oleh qadi.

Semua hukuman yang disebutkan akan dikenakan sekiranya yang melakukan pencerobohan terhadap hak-hak tersebut adalah seorang mukallaf. Sedangkan sekiranya yang melakukan pencerobohan tersebut adalah anak kecil yang berusia di bawah umur dan tidak masuk dalam kategori mukallaf apakah dia akan terbebas dari hukuman perbuatan jenayah yang dia lakukan disebabkan keadaannya yang masih berada di bawah umur? Sehingga orang-orang yang telah dia cerobohi haknya tidak dapat menuntut keadilan? Ataukah ada hukuman yang bersifat khusus untuk pelaku jenayah bawah umur ini?

Penglibatan anak bawah umur dalam berbagai tindakan jenayah telah menjadi satu fenomena dalam masyarakat yang tidak boleh diabaikan begitu saja. Anak bawah umur yang telah melakukan jenayah pada umur awal memerlukan perlindungan, perhatian, dan pendidikan dari keluarga dan masyarakat. Kerana sekiranya mereka dibiarkan begitu saja tanpa ada sebarang tindakan untuk memperbaiki keadaan mereka, dikhawatirkan kecenderungan mereka untuk melakukan jenayah semakin besar seiring bertambahnya umur mereka.

Artikel ini akan menghuraikan tindakan yang dilakukan oleh syari'ah Islam dalam menangani tindakan jenayah yang melibatkan pelaku bawah umur. Apakah pelaku jenayah bawah umur bertanggung jawab sepenuhnya ke atas tindakan jenayah yang mereka lakukan, sehingga mereka berhak untuk menanggung sepenuhnya hukuman yang telah ditetapkan oleh Islam bagi pelaku jenayah?

## Jenis Jenayah Mengikut Jenis Hukuman:

Jenis hukuman bagi tindakan jenayah bergantung kepada bentuk jenayah yang dilakukan. Dalam Islam ada tiga jenis hukuman yang diterapkan bagi berbagai jenayah yang berbeza.

Yang pertama: *hudud*. *Hudud* adalah hukuman yang kadarnya sudah ditetapkan oleh Allah *subhanahu wa ta'ala*, dan menjadi hak Allah (Ibnu al-Humam, 1997). Dinamakan *hudud* kerana batasannya telah ditetapkan (al-Bajirami, 1996). Ia tidak memiliki kadar minimum ataupun kadar maksimum. Dan tidak ada individu ataupun kelompok manusia yang memiliki peluang untuk menggugurkannya kerana hukuman *hudud* ini merupakan hak Allah *subhanahu wa ta'ala* (Oudah, 2003). Segala jenis jenayah yang sekiranya dilakukan akan menimbulkan kemudaratan kepada manusia secara umum, dan penerapan hukuman bagi jenayah tersebut

bertujuan untuk menjaga kemaslahatan manusia secara umum, maka hukuman ini masuk dalam kategori hak Allah *subhanahu wa ta'ala* yang tidak boleh diganggu gugat oleh manusia.

Jenis jenayah yang hukumannya merupakan hak Allah adalah: zina, qazaf (menuduh seseorang melakukan zina), meminum minuman yang memabukkan, mencuri, melakukan perompakan, melakukan kemurtadan, dan melakukan pembelotan terhadap negara. Kerana hukuman bagi kesemua jenayah ini adalah hak Allah, maka manusia tidak memiliki hak untuk memberikan keampunan ataupun kemaafan bagi si pelaku untuk terlepas

dari hukuman ini (Abu Zuhrah, 1998).

Yang kedua: *qisas* dan *diyat*. Dinamakan qisas kerana pelaku dikenakan hukuman serupa dengan perbuatannya (az-Zuhaily, 1989). Sedangkan diyat adalah wang yang dibayarkan kepada korban perbuatan jenayah atau walinya, sebagai ganti hukuman qisas (Abu Jayb, 1988). Hukuman qisas dan diyat juga merupakan hukuman yang telah ditetapkan kadarnya, tanpa ada sebarang kadar minimum dan maksimum. Dan hukuman ini merupakan hak individu. Yang artinya korban bagi tindakan jenayah ini memiliki hak untuk memaafkan si pelaku, sehingga si pelaku dapat terlepas dari hukuman.

Ada lima jenis jenayah yang hukumannya adalah qisas dan diyat: *qatl al-'amd* (membunuh secara sengaja), *qatl syibhu al-'amd* (membunuh secara tidak sengaja), *qatl khata`* (membunuh secara salah), tindakan jenayah yang dilakukan secara sengaja namun tidak sampai tahap menghilangkan nyawa hanya menimbulkan kecederaan tubuh, tindakan jenayah yang dilakukan secara salah dan tidak sampai tahap menghilangkan nyawa dan hanya menimbulkan kecederaan tubuh.

Yang ketiga: *takzir*. Iaitu bentuk hukuman yang berupa pengajaran (*ta`dib*) terhadap suatu perbuatan salah yang tidak memiliki ketetapan hukuman *hudud* (Abu Jayb, 1988)<sup>1</sup>. Hukuman *takzir* memiliki tujuan untuk memberikan pengajaran bagi pelaku jenayah dan sekaligus menjadi pembelajaran bagi masyarakat umum. Hukuman ini diterapkan bagi tindakan jenayah yang tidak masuk dalam kategori jenayah hudud dan qisas, misalnya jenayah pecah amanah, dan rasuah. Kadar serta jenis hukuman takzir ini tidak ditetapkan dalam nas syari'ah, maka ia terpulang kepada keputusan qadi untuk menentukan jenis hukuman yang sesuai untuk dikenakan bagi pelaku tindakan jenayah kategori ini mengikut kepada jenis jenayah dan pengaruhnya terhadap kemaslahatan umum. Sekalipun Islam memberikan kebebasan kepada qadi dan pihak berkuasa untuk menentukan jenis hukuman yang dikenakan bagi tindakan jenayah dalam kategori hukuman takzir, namun dengan syarat bahawa hukuman yang dikenakan memberikan manfaat bagi kemaslahatan umum dan tidak bertentangan dengan syari'ah dan prinsip-prinsip Islam, serta tidak menyalahi ketetapan hukuman yang telah diperakui oleh kerajaan. Serta tidak boleh memberikan hukuman yang melebihi kadar maksimum yang telah ditetapkan undang-undang negara, dan tidak boleh lebih ringan dari kadar minimum yang telah ditetapkan oleh undang-undang negara (Oudah, 2003).

### **Fasa Perkembangan Manusia Dalam Pelaksanaan Hukuman Bagi Tindakan Jenayah.**

Tanggung jawab terhadap tindakan jenayah yang dilakukan oleh seorang manusia dalam pandangan syariah Islam berlandaskan kepada dua elemen utama, yaitu kesadaran serta kefahamannya terhadap perbuatan tersebut, dan kerelaannya untuk melakukan perbuatan tersebut. Dan ketika membicarakan tentang hukuman yang diberlakukan kepada anak kecil yang terlibat dalam perbuatan jenayah, maka ia bergantung kepada fasa perkembangan yang dilalui anak tersebut yang dimulai dari waktu kelahirannya sampai sempurna kesadaran dan kefahamannya serta kerelaannya untuk melakukan suatu perbuatan.

Pertanggung jawaban terhadap suatu tindakan jenayah bergantung kepada fasa perkembangan manusia ketika jenayah itu dilakukan. Ketika seorang manusia berada pada fasa tidak memahami perbuatan yang dia lakukan (*ghayr mumayyaz*) maka tidak ada beban tanggung jawab yang dikenakan ke atasnya atas perbuatannya. Dan ketika jenayah dilakukan

---

<sup>1</sup> Dalam pelaksanaan takzir, digunakan sebatan, maksimum 30 kali sebatan, dan minimum tiga kali sebatan (Abu Jayb, 1988).



ketika dia berada pada fasa tidak sempurna kefahamannya terhadap jenayah tersebut (*mumayyaz*), maka hukuman yang dikenakan ke atasnya dalam bentuk hukuman ta`dib (pengajaran). Dan ketika jenayah dilakukan semasa seseorang telah sampai puncak keahaman dan kedewasaannya (*rusyd*) maka dia akan menanggung beban tanggung jawab penuh terhadap jenayah yang dia lakukan (Saeed, 2010).

### **Kategori Bawah Umur Dalam Fiqh Islam.**

Fasa bawah umur atau anak kecil merupakan fasa yang paling penting dalam kehidupan manusia. Kerana fasa ini adalah yang akan menentukan pembentukan karakter seorang manusia pada masa depan. Para fuqaha juga memberikan perhatian yang sangat besar terhadap fasa bawah umur ini dengan membincangkan hukum-hukum yang berkaitan dengannya.

Menurut al-Kasani yang dimaksud dengan anak kecil adalah "seorang anak dimulai dari saat dia dilahirkan sehingga dia mencapai usia baligh (mendapatkan mimpi)" (1982). Sedangkan Ibnu Hajar mendefinisikan anak bawah umur sebagai "seseorang dikatakan sebagai anak kecil dari mulai dia dilahirkan sampai dia mendapatkan mimpi (baligh)" (2001). Jadi para fuqaha mendefinisikan anak kecil/bawah umur sebagai seseorang yang belum mencapai usia baligh (Abu Jayb, 1988).

Dalam nas al-Qur`an disebutkan bahawa seorang manusia masih dikategorikan sebagai anak bawah umur selagi dia tidak mengalami mimpi (baligh): "Dan apabila kanak-kanak dari kalangan kamu telah baligh, maka hendaklah mereka meminta izin sama seperti cara orang yang-orang (yang telah cukup umur) yang tersebut dahulu". (QS. An-Nur: 59). dan Rasulullah saw juga telah menetapkan kadar kedewasaan seseorang dengan mimpi (baligh): "pena (catatan amal perbuatan) akan diangkat dari tiga orang: dari anak kecil sampai dia mimpi (baligh), dari orang yang tidur sehingga dia terbangun, dan dari orang gila sampai dia tersadar" (HR.al-Bayhaqi, 1344H).

Dalam perkembangan manusia ada tiga fasa yang akan dilalui:

Fasa pertama: *Ghayr mumayyaz*. Fasa ini dimulai dari ketika seseorang dilahirkan sampai ia berumur kurang lebih tujuh tahun. Pada fasa ini seorang anak dianggap tidak memiliki fahaman. Dan dalam fiqh diistilahkan sebagai anak *ghayr mumayyaz*. Sebetulnya tidak ada batasan umur tertentu bagi seorang anak untuk mencapai batasan tamyiz, namun para fuqaha telah menetapkan usia 7 tahun sebagai umur *mumayyaz* seorang anak untuk memudahkan penetapan hukum (Oudah, 2003).

Berdasarkan kepada penetapan umur *tamyiz* yang telah ditetapkan oleh para fuqaha, maka jika seorang anak berusia di bawah tujuh tahun melakukan sebuah tindakan jenayah tidak akan ada sebarang tindakan hukuman yang diberlakukan ke atasnya. Jika dia melakukan tindakan jenayah yang melibatkan hukuman hudud, seperti mencederai orang lain, maka tidak akan ada hukuman hudud yang dikenakan ke atasnya. Namun sekiranya tindakan jenayah yang dia lakukan melibatkan penalti kewangan, dia tidak akan terlepas untuk membayarkan ganti rugi material, sekalipun dia berada pada fasa *ghayr mumayyaz* (Saeed, 2010).

Fasa kedua: *Mumayyaz*. Fasa ini dimulai dari seorang anak berumur tujuh tahun sampai baligh. Dan kebanyakan fuqaha menetapkan fasa ini sampai anak berumur lima belas tahun. dalam rentang masa tujuh tahun sampai lima belas seorang anak dianggap memiliki pemahaman yang belum sempurna. Abu Hanifah dalam satu pandangan menetapkan umur baligh seorang anak 18 tahun sedangkan dalam pandangan yang lain dibezakan antara lelaki dan perempuan. Umur baligh seorang lelaki 18 tahun, dan perempuan 17 tahun (as-Sarakhsi, 2000). Dan mazhab Maliki sependapat dengan mazhab Hanafi untuk menjadikan usia 18 tahun sebagai usia baligh (Ibnu Rusyd, 1988).

Jika seorang anak melakukan tindakan jenayah yang melibatkan kehilangan nyawa pada rentang antara umur 7 tahun sampai 15 tahun, atau 18 tahun (bagi beberapa fuqaha) , ia akan terbebas dari sebarang hukuman qisas. Dan sebagai hukuman ke atas perbuatan jenayahnya, maka ia akan dikenakan hukuman *ta`dib* (pengajaran).

Fasa ketiga: *Baligh*. Ini adalah fasa kedewasaan seorang manusia. Pada fasa ini seorang manusia akan menanggung penuh akibat dari tindakan jenayah yang ia lakukan. Baik yang melibatkan hukuman hudud, qisas, ataupun takzir.

### **Perbuatan Jenayah Yang Dilakukan Anak Ghayr Mumayyaz.**

Mayoriti ulama telah bersepakat untuk menetapkan batas umur anak yang masuk dalam kategori *ghayr mumayyaz* adalah dimulai dari masa kelahiran sampai berumur tujuh tahun. Dengan ditetapkan batas umur ini memudahkan qadi untuk menetapkan keputusan hukum. Jika seorang anak *ghayr mumayyaz* melakukan sebarang tindakan jenayah maka tidak akan dikenakan sebarang hukuman hudud ataupun ta`dib ke atasnya (Oudah, 2003). Kerana tidak dapat dibayangkan bahawa seorang anak yang berada dalam umur *ghayr mumayyaz* dapat melakukan suatu tindakan jenayah dengan secara sengaja dan perancangan yang matang, memandangkan tahap kefahaman yang belum sempurna dalam dirinya.

### **Perbuatan Jenayah Yang Dilakukan Anak Kecil Pada Fasa Mumayyaz.**

Makna *mumayyaz* dalam pengertian fiqh adalah seorang anak yang dapat memahami perkara jual beli. Ia mengerti dan memahami bahawa dengan dilakukannya akad jual beli makankepemilikan barang berpindah dari penjual kepada pembeli. Dan dapat mengetahui kecurangan yang jelas dalam suatu transaksi jual beli (Abu Jayb, 1988). Para fuqaha telah menetapkan kategori umur seorang anak dalam fasa *mumayyaz*. Iaitu ketika ia mencapai usia tujuh tahun sampai dia mencapai usia baligh. Dalam menetapkan batasan umur baligh ada beberapa pandangan ulamak:

Pandangan pertama menyatakan: bahawa seorang anak dikatakan telah mencapai usia baligh jika telah sampai umur lima belas tahun bagi lelaki dan perempuan. Pandangan ini dikemukakan oleh mazhab Syafii, Hanbali (Ibnu Qudamah, 1405).

Pandangan kedua menyatakan: seorang anak dikategorikan telah mencapai usia baligh jika berumur 18 tahun bagi lelaki, dan 17 tahun bagi perempuan. Ini adalah pandangan dari Abu Hanifah (as-Sarakhsi, 2000).

Seorang anak yang berada pada kisaran umur 7 sampai 15 tahun, atau 18 tahun, dikatakan sebagai anak yang berada pada umur *mumayyaz*. Seorang anak yang berada pada umur *mumayyaz* ini dikategorikan sebagai anak yang belum sempurna kefahamannya dan belum dapat membezakan secara sempurna antara perkara yang baik dan jahat. Jika dia melakukan tindakan jenayah baik yang berupa jenayah hudud atau qisas maka dia tidak dapat dikenakan hukuman yang bersesuaian dengan tindakan jenayahnya, disebabkan keadaannya yang berada pada fasa umur yang belum sempurna tahap pemahamannya dan kesadarannya atas perbuatan jenayah yang ia lakukan. Dan jenis hukuman yang dapat dilakukan adalah hukuman *ta`dib* (pengajaran). Dengan tujuan untuk memberikan pengajaran kepadanya, meluruskan perilakunya, dan mencegah terulang kembali perbuatan jenayahnya di masa hadapan demi melindungi keselamatan orang awam (Oudah, 2003). Kerana sekalipun dia telah berada pada umur *mumayyaz*, akan tetapi dia bukan masuk dalam kategori orang yang dapat dipertanggung jawabkan sepenuhnya atas tindakan jenayahnya.

Menurut Imam al-Kasani, syarat bagi diberlakukannya hukuman terhadap tindakan jenayah adalah akal. Setiap orang yang berakal wajib untuk dikenakan hukuman bagi tindakan jenayah yang ia lakukan, tanpa mengira status si pelaku, orang merdeka ataupun hamba sahaya, lelaki ataupun perempuan, muslim ataupun kafir, orang yang baligh ataupun anak kecil selagi dia berakal. Kerana mereka ini semua adalah orang yang memiliki tanggung jawab penuh untuk menanggung perbuatannya, kecuali anak kecil yang berakal (*mumayyaz*). Maka jenis hukuman yang dikenakan ke atasnya adalah hukuman *ta`dib*, kerana dia hanya berkelayakan untuk menerima hukuman *ta`dib* sahaja (1982). Dan Syariah Islam tidak menetapkan jenis hukuman *ta`dib* yang dapat dikenakan ke atas pesalah *mumayyaz*. Qadi memiliki kebebasan untuk menentukan jenis hukuman *ta`dib* yang sesuai berdasarkan kepada undang-undang negara.

Berkenaan dengan tanggung jawab untuk menanggung kerugian materil yang terhasil akibat perbuatannya, maka sekalipun anak *mumayyaz* terlepas dari hukuman hudud dan qisas, namun dia tidak terlepas daripada tanggung jawab sivil. Dia memiliki tanggung jawab untuk menanggung kerugian yang diakibatkan oleh perbuatannya terhadap orang yang menjadi korban perbuatannya. Kerana dalam prinsip Islam darah dan harta manusia terjaga dari sebarang pencerobohan, maka kewajipan untuk menanggung kerugian tidak akan tergugur sekalipun tuntutan hukuman gugur ke atasnya (Oudah, 2003).

### **Perbuatan Jenayah Yang Dilakukan Anak Yang Telah Mencapai Usia Baligh.**

Ketika seorang anak mencapai usia baligh, kefahaman dan kedewasaannya telah terbentuk secara sempurna. Tanda alami yang menandakan seorang anak telah mencapai usia baligh adalah dengan terjadinya mimpi basah bagi anak lelaki, dan datang haid atau terjadinya kehamilan bagi anak perempuan. Sekiranya tidak ada tanda alami yang menunjukkan kematangan seorang anak, maka digunakan kaidah umur untuk menentukan masa baligh seorang anak. Umur 15 tahun dikategorikan sebagai umur baligh seorang anak lelaki dan perempuan menurut pandangan jumhur ulama, sedangkan Abu Hanifah menjadikan umur 18 tahun sebagai had baligh anak lelaki, dan 17 tahun bagi anak perempuan.

Seseorang yang telah berada pada fasa umur baligh jika melakukan tindakan jenayah maka dia akan memikul penuh tanggung jawab terhadap setiap tindakan jenayah yang dilakukannya. Baik tindakan jenayah yang melibatkan hukuman hudud, qisas, ataupun takzir (Oudah, 2003).

### **Jenayah Pembunuhan Yang Dilakukan Anak Bawah Umur Secara Berseorangan.**

Dalam undang undang Islam tindakan jenayah yang menyebabkan kehilangan nyawa terbagi kepada tiga bagian:

Pertama: pembunuhan secara sengaja (*qatlu al-'amd*). Yaitu tindakan menghilangkan nyawa seseorang disertai dengan niat. Dengan menggunakan alat yang dapat menyebabkan kematian. Bagi tindakan jenayah pembunuhan secara sengaja maka hukuman yang dikenakan kepada si pelaku adalah qisas, kecuali jika keluarga korban memaafkan si pelaku, maka hukumannya beralih kepada pembayaran diyat (az-Zuhayli, 1989). Berdasarkan hadith Rasulullah *sallallahu 'alaihi wa sallam*: "hukuman bagi pembunuhan secara sengaja adalah qisas, kecuali wali yang terbunuh memaafkannya" (HR. ad-Daruqutni, 1966).

Kedua: pembunuhan secara salah (*qatlu al-Khata`*). Iaitu pembunuhan yang terjadi tanpa sebarang maksud dari si pelaku. Misalnya, seseorang melemparkan sesuatu benda, kemudian benda tersebut mengenai orang lain dan menyebabkan kematiannya. Dalam kes yang seperti ini tidak ada sebarang hukuman qisas yang dikenakan ke atas si pelaku, dan ia hanya diwajibkan untuk membayar diyat dan kafarah (ar-Ru'ayni, 2003).

Ketiga: pembunuhan yang menyerupai sengaja (*qatlu syibhu al-'amd*). Jenis pembunuhan yang ketiga ini diperakui oleh jumhur ulamak selain mazhab Maliki (Ibnu Qudamah, 1405). Jika seseorang menyerang orang lain dengan suatu alat yang kebiasaannya tidak menyebabkan kematian, namun ternyata menyebabkan kematian orang yang dia serang, misalnya, memukul seseorang menggunakan rotan dan menyebabkan kematian orang yang dipukul. Maka perbuatan ini dinamakan sebagai pembunuhan yang menyerupai sengaja (*qatlu Syibhu al-'amd*). Dalam kes yang sebegini si pelaku tidak dikenakan hukuman qisas dan hanya diwajibkan untuk membayar diyat al-Mughallazah<sup>1</sup> serta kafarah (az-Zuhayli, 1989).

Seorang anak yang berada pada usia bawah umur ketika melakukan suatu tindakan jenayah pembunuhan, maka perbuatannya tersebut masuk dalam kategori pembunuhan yang mana?

---

Diyat Mughallazah: sebanyak 100 unta. 40 dari 100 unta tersebut dalam keadaan hamil. Yang <sup>1</sup> menanggung pembayaran diyat ini adalah 'aqilah, dan pembayaran boleh dilangsaikan dalam masa tiga tahun. (at-Tuwejri, 2009).

Pandangan pertama: pembunuhan yang dilakukan secara sengaja oleh seorang anak kecil dikategorikan sebagai pembunuhan salah (*qatlu al-Khata`*). Ini adalah pandangan jumbuh ulamak yang terdiri dari mazhab Hanafi (as-Sarakhsy, 2000), Maliki (Ibnu Juza, tt), Hanbali (Ibnu Qudamah, 1405), salah satu pandangan Syafii pada anak kecil yang belum *mumayyaz* (asy-Syarbini, 1997). Berdasarkan kepada hadith yang diriwayatkan oleh Aisyah *radiyallahu 'anha* : "catatan (amal perbuatan) diangkat dari tiga orang: orang yang tidur hingga terjaga, anak kecil sampai dia baligh, orang gila sampai dia waras".

Pandangan kedua: mazhab Syafii menyatakan pembunuhan yang dilakukan anak kecil secara sengaja masuk ke dalam kategori pembunuhan sengaja. Maka pembayaran diyat bagi perbuatannya ini kena dia tanggung sendiri dan tidak melibatkan harta keluarganya. Sekiranya anak kecil ini tidak memiliki harta, maka diyat ini menjadi hutang ke atasnya (asy-Syafii, 1393H).

Pandangan ketiga: mazhab az-Zahiri tindakan jenayah yang dilakukan anak kecil tidak memiliki sebarang tuntutan hukum. Perbuatan jenayah yang ia lakukan sama halnya dengan perbuatan yang dilakukan oleh seekor binatang (Ibnu Hazam, tt).

### **Tindakan Jenayah Yang Dilakukan Anak bawah Umur Bersyubhat Dengan Orang Dewasa.**

Seorang anak kecil yang terlibat jenayah pembunuhan secara bersyubhat dengan orang dewasa baik secara langsung, ataupun secara tidak langsung apakah akan dikenakan hukuman yang sama?

Jika penglibatan anak kecil dalam tindakan pembunuhan dilakukan secara langsung, misalnya dia ikut serta menembakkan senjata kepada si korban yang menyebabkan kematiannya, maka fuqaha berpendapat:

Pertama: pandangan dari Maliki (al-Adawy, 1412H) dan Syafii (Asy-Syaafii, 1393H) bahawa sekiranya pembunuhan tersebut dilakukan secara sengaja, maka pelaku dewasa dikenakan hukuman qisas, sedangkan anak kecil diwajibkan membayar setengah diyat, kerana bagi anak kecil tidak ada perbezaan antara pembunuhan secara sengaja (*Qatlu al-'Amd*) dan secara salah (*Qatlu al-Khata`*).

Pandangan kedua: dari Hanafi, Syafii (dalam satu pandangan), Hanbali dalam pandangannya yang masyhur, bagi orang dewasa yang bersyubhat dengan anak kecil dalam tindakan jenayah pembunuhan tidak dikenakan hukuman qisas ke atasnya, ia hanya diwajibkan untuk membayar diyat sahaja (al-Kasani, 1982). Dengan alasan, pembunuhan terjadi akibat perbuatan dua orang. Salah seorang dari keduanya wajib untuk dikenakan hukuman qisas kerana telah mencapai umur dewasa, sedangkan yang seorang lagi tidak dapat dikenakan ke atasnya hukuman qisas kerana masih berada di bawah umur. Dan kematian tidak dapat dipastikan akibat perbuatan mana satu. Jadi qisas tidak dapat dilaksanakan dalam keadaan seperti ini disebabkan terdapat syubhat dalam kes ini (al-Mawardi, tt).

### **Jenayah Yang Dilakukan Anak Bawah Umur Yang menyebabkan Kecacatan Tubuh.**

Dalam Islam diri manusia dijamin keselamatannya dari sebarang pencerobohan. Bagi sesiapa yang melakukan pencerobohan sehingga menyebabkan kehilangan nyawa seseorang ataupun kecacatan anggota tubuh, ataupun kecederaan, maka ada hukuman yang menanti orang yang melakukan pencerobohan tersebut. Bagi tindakan pencerobohan yang dilakukan secara sengaja tanpa ada sebarang kesamaran (syubhat) dalam perbuatan tersebut, Allah telah menentukan jenis hukumannya: "Dan Kami telah tetapkan atas mereka di dalam kitab Taurat itu, bahawa jiwa dibalas dengan jiwa, dan mata dibalas dengan mata, dan hidung dibalas dengan hidung, dan telinga dibalas dengan telinga, dan gigi dibalas dengan gigi, dan luka luka hendaklah dibalas (seimbang)" (QS.al-Ma'idah: 45).

Jenis hukuman yang disebutkan di dalam al-Qur`an ini bagi jenayah yang dilakukan orang dewasa yang sempurna akalnya, dan bagi anak kecil yang melakukan tindakan

penyerangan yang menyebabkan kecacatan pada seseorang apakah jenis hukuman yang dikenakan ke atasnya?

Fuqaha bersepakat sekiranya jenayah yang dilakukan tidak disengajakan, maka kewajiban untuk membayar diyat bagi korban terletak di atas keluarga (Aqilah)<sup>1</sup>(Ibnu Qudamah, 1405H). Sedangkan jika jenayah dilakukan secara sengaja, ada tiga pandangan fuqaha:

Pertama: pandangan Hanafi, Maliki, Syafii (dalam satu pandangan), Hanbali (masyhur), jenayah yang dilakukan anak kecil secara sengaja dan tidak menyebabkan kematian dianggap tindakan jenayah yang tidak sengaja (*al-Qatl al-Khata`*). Maka yang wajib membayar diyat adalah keluarganya (Ibnu Qudamah, 1405H).

Kedua: pandangan yang lain dari Hanbali (Ibnu Muflih, 2003) dan Syafii, anak kecil wajib membayar diyat dari hartanya sendiri pada tindakan jenayah yang ia lakukan secara sengaja dan tidak menyebabkan kehilangan nyawa. Kerana perbuatan jenayah ini ia lakukan secara sengaja, maka berhak untuk dikenakan tindakan *ta`dib* (pengajaran) ke atasnya (an-Nawawi, tt).

Pandangan ketiga: menurut mazhab az-Zahiri, jenayah yang dilakukan anak kecil tidak memiliki makna. Kerana ia bukan masuk ke dalam golongan orang yang dikenakan bebanan hukum agama. Maka tidak ada aspa-apa tindakan dilakukan ke atasnya jika dia melakukan kesalahan (Ibnu Hazam, tt).

### **Tindakan Pencurian Anak Bawah Umur.**

Dalam melindungi harta manusia dari sebarang tindakan pencurian, *Allah subhanahu wa ta'ala* telah menetapkan hukuman yang dikenakan bagi pencuri, tanpa membezakan jantina: "Dan orang lelaki yang mencuri dan orang perempuan yang mencuri maka (hukumnya) potonglah tangan mereka sebagai balasan dengan sebab apa yang mereka telah usahakan, (juga sebagai) suatu hukuman pencegah dari Allah" (al-Maidah: 38). Hukuman ini akan dikenakan kepada pencuri yang telah dewasa jika memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan, dan tanpa ada sebarang syubhat dalam tindakan pencurian ini.

Sedangkan bagi perbuatan mencuri yang melibatkan pelaku kanak-kanak hukuman hudud tidak dapat diberlakukan berdasarkan kesepakatan para fuqaha. Kerana kanak-kanak tidak memiliki kelayakan untuk diberlakukan ke atasnya sebarang tindakan hukuman hudud.

Namun sekiranya kanak-kanak yang melakukan tindakan pencurian telah berada pada tahap umur *mumayyaz*, maka tindakan *ta`dib* dan *takzir* dapat dikenakan ke atasnya. Tindakan ini dilakukan untuk memberikan pengajaran kepadanya dan mendidiknya ke arah kebenaran, sehingga tidak mengulangi kembali perbuatan yang sama di masa hadapan (Abu Zuhrah, 1998).

Sekalipun kanak-kanak yang melakukan perbuatan mencuri terlepas dari hukuman hudud, namun dia tetap memiliki kewajiban untuk mengembalikan harta yang telah dia curi kepada si pemilik. Sekiranya barang yang dia curi masih kekal keberadaannya, dia wajib kembalikan barang tersebut kepada pemiliknya, sedangkan jika barang yang dia curi telah hilang atau lenyap, maka dia wajib untuk mengembalikan nilai barang tersebut kepada si pemilik. Seandainya dia tidak memiliki wang untuk mengganti nilai barang yang dia curi, maka dia wajib untuk mengembalikan nilai tersebut kepada si pemilik pada saat dia telah memiliki wang (al-Kasani, 1982). berdasarkan hadith Rasulullah *sallallahu 'alaihi wa sallam*: "tangan yang mencuri terikat tanggung jawab sampai dia kembalikan (apa yang dia curi)" (HR. Abu Daud, tt).

---

Aqilah adalah sanak kerabat dari pihak ayah. Seperti bapak saudara dari pihak ayah dan anak-anaknya<sup>1</sup> yang lelaki. Juga saudara lelaki seayah dan anak-anaknya yang lelaki. Maka jumlah diyat yang wajib dibayarkan tanggungan pembayarannya diagihkan kepada sanak kerabat dari pihak ayah yang terdekat. Juga kepada saudara lelaki seayah. Sistem Aqilah mengikut kepada sistem asabah dalam pembahagian harta warisan. (al-Mawsu'ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaitiyyah, 1427H).

Dalam tindakan pencurian yang dilakukan anak kecil bekerjasama dengan orang dewasa, ada dua pandangan fuqaha mengenai hukuman yang dikenakan terhadap orang dewasa:

Pertama: menurut pandangan Maliki, Syafii dan Hanbali (dalam satu riwayat) dikenakan hukuman potong tangan bagi orang dewasa yang bekerjasama melakukan pencurian (Ibnu Qudamah, 1405H). Sedangkan sekiranya anak kecil mencuri harta dari simpanan dalam jumlah tertentu, dan kemudian orang dewasa juga mencuri dalam jumlah tertentu, namun jumlah yang dicuri orang dewasa tidak mencapai nisab, maka tidak dikenakan hukuman potong ke atas orang dewasa tersebut (Malik, tt)

Di masa yang sama, Syafii dan Hanbali membezakan antara kanak-kanak *ghayr mumayyaz* dengan kanak-kanak *mumayyaz*. Sekiranya yang diajak bekerjasama oleh orang dewasa adalah kanak-kanak *ghayr mumayyaz*, maka orang dewasa tersebut diberikan hukuman potong tangan. Sedangkan sekiranya yang diajak kerjasama adalah kanak-kanak *mumayyaz*, maka tidak dikenakan hukuman potong tangan terhadap orang dewasa tersebut. Dengan alasan bahawa kanak-kanak *ghayr mumayyaz* yang diperintahkan orang dewasa untuk mencuri harta dari simpanan bagaikan alat yang dikendalikan oleh orang dewasa (Ibnu Qudamah, 1405H). Ia hanya menjalankan apa yang diperintahkan kepadanya tanpa memahami arti perbuatannya tersebut.

Kedua: pandangan Abu Hanifah dan Zufar, orang dewasa yang bekerjasama dengan kanak-kanak dalam melakukan pencurian tidak dikenakan hukuman potong tangan. Dengan alasan, tindakan pencurian adalah satu dan ada syubhat pada perkara tersebut (tidak dapat dipastikan siapa yang mencuri dari tempat penyimpanan). Jadi tidak wajib dilakukan hukuman potong tangan. Kerana boleh jadi pencurian dilakukan oleh orang yang dapat dikenakan hukuman hudud (orang dewasa) atau dilakukan oleh orang yang tidak dapat dikenakan hukuman hudud (kanak-kanak). Maka tidak wajib untuk dilaksanakan pemotongan tangan kepada sesiapa pun (as-Sarakhsy, 2000).

### **Perbuatan Zina Anak Bawah Umur**

Dalam definisi yang diberikan oleh fuqaha, zina adalah: persetubuhan seorang muslim mukallaf dengan seorang manusia secara sengaja dan suka rela tanpa ada hubungan kepemilikan dengannya (al-Maliki, 1412H).

Berdasarkan kepada definisi yang diberikan fuqaha, maka perbuatan zina yang akan mendapatkan hukuman hudud hanya akan diberlakukan kepada pelaku yang telah mencapai usia akil baligh dan berakal.

Sedangkan perbuatan zina yang dilakukan oleh sesama kanak-kanak bawah umur tidak masuk dalam pengertian zina yang diberikan definisinya oleh fuqaha. Dan tidak ada sebarang hukuman hudud yang dikenakan bagi perbuatan zina ini. Berkaitan dengan hal ini Imam Malik menyatakan: " hukuman hudud tidak dapat dikenakan ke atas kanak-kanak perempuan dan lelaki yang melakukan zina sampai datang mimpi ataupun datang haid, ataupun tumbuh rambut, atau mencapai umur dewasa" (Malik, tt). Namun sekiranya kanak-kanak tersebut telah berada pada usia *mumayyaz* maka hukuman *takzir* dan *ta'dib* dapat diberlakukan ke atas mereka sebagai bentuk pengajaran (al-Mardawi, tt). Dalam kes yang seperti ini, mazhab Hanafi mewajibkan ke atas kanak-kanak lelaki untuk memberikan mahar yang dikeluarkan dari hartanya kepada kanak-kanak perempuan, sekalipun kanak-kanak perempuan melakukan perbuatan tersebut secara suka rela (az-Zayla'i, 1313H).

Jika perbuatan zina melibatkan pelaku kanak-kanak lelaki dan perempuan dewasa, maka berdasarkan kesepakatan fuqaha kanak-kanak lelaki tidak dikenakan sebarang hukuman hudud (Ibnu Juza, 1982). Dan jika kanak-kanak lelaki tersebut telah mencapai usia *mumayyaz* maka dikenakan hukuman *takzir* ke atasnya (Oudah, 2003). Sedangkan hukuman bagi pelaku wanita dewasa ada dua pandangan:

Pertama: pandangan Hanafi dan Maliki, bagi wanita baligh dan berakal tersebut tidak dikenakan hudud ke atasnya, dan hanya diberikan hukuman takzir sahaja (Ibnu Juza, 1982). Dan menurut Hanafi jika wanita baligh tersebut melakukannya secara terpaksa, maka kanak-

kanak lelaki tersebut wajib memberikan mahar ke atas wanita baligh tersebut. sedangkan jika si wanita melakukannya secara suka rela maka tidak ada mahar untuknya, kerana kanak-kanak lelaki melakukan perbuatan tersebut atas perintah si wanita (az-Zayla'i, 1313H).

Kedua: pandangan Syafii, Imam Ahmad, dan Zufar, jika wanita baligh dan berakal membuat si kanak-kanak lelaki melakukan perbuatan zina dengannya, maka dikenakan hukum hudud ke atas wanita tersebut (asy-Syarbini, tt). Mazhab Hanbali juga memiliki pandangan bahawa wanita baligh tersebut tidak dikenakan hukuman hudud jika yang melakukan zina dengannya adalah kanak-kanak yang berumur di bawah sepuluh tahun, sedangkan jika kanak-kanak tersebut berumur sepuluh tahun ke atas, maka dikenakan hukuman hudud ke atas wanita baligh tersebut (Ibnu Qudamah, 1405H).

## Penutup

Berkenaan dengan tindakan jenayah yang dilakukan anak yang berada dalam kategori bawah umur para fuqaha telah membahagikan kepada dua fasa. Fasa ghayr mumayyaz dan fasa mumayyaz. Bagi anak yang berada pada fasa ghayr mumayyaz, sebarang tindakan jenayah yang dilakukan tidak akan dikenakan hukuman qisas, hudud, ataupun ta'dib. Namun sekiranya hukuman pada tindakan jenayah tersebut melibatkan konsekwensi kewangan, maka pelaku yang berada pada usia ghayr mumayyaz memiliki tanggung jawab untuk memenuhi kewajiban kewangan tersebut kepada pihak korban.

Sedangkan anak yang telah berada pada fasa umur mumayyaz, sekiranya dia melakukan suatu perbuatan jenayah yang melibatkan hukuman qisas dan hudud, maka jenis hukuman yang dapat dikenakan kepadanya adalah hukuman ta'dib (pengajaran) yang kadar dan jenisnya ditetapkan oleh qadi. Dan dia juga berkewajiban menanggung kerugian materil akibat dari perbuatannya tersebut.

## RUJUKAN:

- Al-Bukhari, Muhammad Bin Ismail Abu Abdullah. (1407H-1987M). *al-Jami' ash-Shahih al-Mukhtasar*. Al-Yamamah, Beirut. Dar Ibnu kathir.
- Oudah, Abdul Qadir. (2003). *At-Tasyri' al-Jina'i al-Islami Muqarinan bil-Qanun al-Wadh'iy*. Kaherah. Dar at-Turath.
- Ibnu al-Humam. (1397H-1977M). *Syarh Fath al-Qadir*. Beirut. Dar al-Fikr.
- Abu Zuhrah, al-Imam Muhammad. (1998). *Al-Jarimah wal-Uqubah Fi al-Fiqh al-Islamy*. Kaherah. Dar al-Fikr al-Arabi.
- Al-Bajirami, Sulaiman bin Muhammad bin Umar. (1417H-1996M). *Tuhfatu al-Habib 'Ala Syarh al-Khatib*. Beirut-Lubnan. Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- Abu Jayb, Sa'dy. (1408H-1988M). *al-Qamus al-Fiqhi Lughatan Wa Istilahan*. Dimsiyiq-Suriah. Dar al-Dikr.
- Az-Zuahily, Wahba. (1409H-1989M). *al-Fiqh al-Islamy Wa Adillatuh*. Dimsiyiq-Suriah. Dar al-Fikr.
- Saeed, Bin Musa. (2010). *Atsar Shighar as-Sinn Fi al-Mas'uliyah al-Jina'iyah*. Tesis PhD Universiti al-Haj lakhdar Batna, al-Jazair.
- Al-Kasani, Ala'Uddin. (1982). *Bada'i' as-Sana'i'*. Beirut. Dar al-Kitab al-Arabi.
- Al-Asqalani, Ahmad Bin Ali Bin Hajar. (2001). *Fath al-Bari Bisyarh as-Shahih al-Bukhari*. Riyad. Maktabah al-Malik Fahd.
- As-Sarakhsi, Shamsuddin Abu Bakar Muhammad Bin Abi Sahl. (2000). *Al-Mabsuth lis-Sarakhsy*. Beirut-Lubnan. Dar al-Fikr.
- Ibnu Rusyd, Abu al-Walid Muhammad bin Ahmad. (1988). *Al-Bayan wat-Tahsil wasy-Syarh wat-Tawjih wat-Ta'il limasa'il al-Mustakhrijah*. Beirut-Lubna. Dar al-Gharb al-Islami.
- Ibnu Qudamah, Abdullah bin Ahmad. (1405H). *al-Mughni Fi Fiqh al-Imam Ahmad bin Hanbal asy-Syaibani*. Beirut. Dar al-Fikr.

- Ad-Daruqutni, Ali bin Umar Abu al-Hasan. (1386H-1966M). *Sunan ad-Daruqutni*. Beirut. Dar al-Ma'rifah.
- Ar-Ru'ayni, Shamsuddin Abu Abdullah Muhammad bin Muhammad bin Abdurrahman at-Tarabulsi. (2003). *Mawahib al-Jalil Li Syarh Mukhtasar al-Khalil*. Dar Alim al-Kutub.
- Ibnu Juza, Muhammad bin Ahmad. (1985). *Qawanin al-Ahkam asy-Syar'iyah*. Kaherah. Alam al-Fikr.
- Asy-Syaffii, Muhammad bin Idris. (1393H). *al-Umm*. Beirut. Dar al-Ma'rifah.
- Ibnu Hazm, Ali bin Ahmad bin Saeed. (tt). *Al-Muhalla*. Beirut. Dar al-Fikr.
- At-Tuweijri, Muhammad bin Ibrahim bin Abdullah. (2009). *Mawsu'ah al-Fiqh al-Islamy*. Bayt al-Afkar ad-Dawliyah.
- Wizarah al-Awqaf Wa asy-Syu'un al-Islamiyyah- Kuwait. (1427H). *al-Mawsu'ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaitiyyah*. Kuwait. Dar as-Salasil.
- Al-Adawy, Ali as-Soeed. (1412H). *Hasyiyatu al-Adawy 'Ala Syarh Kifayat at-Thalib ar-Rabbani*. Beirut. Dar al-Fikr.
- Al-Mawardi, al-Allamah Abul Hasan. (tt). *Al-Hawi al-Kabir*. Beirut. Dar al-Fikr.
- An-Nawawi, Abu Zakaria Muhyiddin Yahya bin Syaraf. (tt). *Al-Majmu Syarh al-Muhazzab*. Jeddah. Maktabah al-Irsyad.
- Ibnu Muflih, Ibrahim bin Muhammad bin Abdullah bin Muhammad. (2003). *Al-Mubda' Syarh al-Muqni'*. Riyadh. Dar Alam al-Kutub.
- Malik, Malik bin Anas bin. (tt). *Al-Mudawwanah al-Kubra*. Lubnan. Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- Al-Maliki, Abu al-Hasan. (1412H). *Kifayah ath-Thalib*. Beirut. Dar al-Fikr.
- Al-Mardawi, Muhammad bin Ahmad. (tt). *Al-Mardawi*. Beirut. Dar Ihya at-Turath al-Arabi.
- Az-Zayla'i, Fakhruddin Uthman bin Ali. (1313H). *Tabyin al-Haqa'iq*. Kaherah. Dar al-Kutub al-Islamy.



## FIQH BENCANA ALAM: ISU DAN PENYELESAIANNYA

\* Setiyawan Gunardi

Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia, Nilai.

\*(Corresponding Author): setiyawan@usim.edu.my

### ABSTRAK

Bencana alam merupakan salah satu fenomena alam yang berlaku di muka bumi ini. Kejadian ini mempunyai kesan memberbahaya yang dapat membinasakan kehidupan dan alam sekitar. Oleh itu, perlu satu pendekatan fiqh dalam menangani bencana alam dari beberapa sudut, sehingga boleh membuktikan bahawa Islam agama syumul yang mampu memainkan peranan penting untuk menyelesaikan masalah ini melalui pendekatan fiqh. Kajian ringkas ini bertujuan untuk mengenalpasti fiqh bencana alam yang menjadi panduan ketika berlangsungnya bencana alam. Juga mendedahkan isu-isu berbangkit semasa bencana alam dan mencari jalan penyelesaiannya untuk membuat persediaan awal. Kaedah kepustakaan dan pemerhatian digunakan untuk melihat bencana alam secara mendalam dari sudut fiqh. Kajian ini mencadangkan satu pendekatan fiqh bencana alam sebagai satu pedoman yang inovatif dan progresif kepada kajian berikutnya.

**Kata Kunci:** *Fiqh Bencana Alam, fenomena alam, kehidupan, alam sekitar, panduan.*

### ABSTRACT

*Natural disasters are one of the natural phenomena that occur on this earth. These incidents have devastating effects on our lives and the environment. Therefore, there is a need for a fiqh approach in dealing with the natural disasters from several angles, thus proving that Islam is a syllable religion that can play an important role in solving this problem through the fiqh approach. This brief study aims to identify the fiqh of natural disasters that is the guiding principle for natural disasters. Also exposes issues arising in the wake of natural disasters and looks for a solution to set up early. Library and observation methods are used to look at natural disasters from the perspective of fiqh. This study proposes a fiqh of natural disasters approach as an innovative and progressive guide to subsequent studies.*

**Keyword (s):** *Fiqh of Disasters, natural phenomena, life, environment, guidance*

### Pendahuluan

Bencana alam adalah fenomena alam atau tanda-tanda kekuasaan Allah yang mengandungi pelbagai tafsiran. Ianya membawa maksud kepada bencana kehidupan, cabaran keimanan, tanda peringatan dan penghapus dosa yang telah dilakukan manusia. Kesan yang boleh memberi satu ajaran yang baik bagi seluruh manusia dalam menjalani kehidupan di muka bumi. Semua peristiwa yang berlaku semestinya ada hikmah, sehingga manusia sebagai hamba Allah dapat melakukan muhasabah diri.

Menangani bencana melalui pendedatan fiqh sebagai satu panduan dan pedoman dalam memahami isu berbangkit seperti pemasalahan ibadah sehingga boleh membuktikan kesyukuran Islam.

Bencana alam perlu dikaji pada masa kejadian sama ada sebelum, ketika berlaku dan setelah berlaku. Kemudian apa yang diperlu diambil tindakan dalam memulihkan peristiwa tersebut. Tidak syak lagi, bahawa konsep memahami bencana alam ini memerlukan pendekatan fiqh, sehingga menghasilkan dapatan yang boleh dijadikan rujukan terhadap bencana alam tersebut.

### Definisi Fiqh

Fiqh menurut Bahasa bermaksud mengetahui sesuatu dan memahamkan. Telah dinyatakan dalam al-Quran, Allah berfirman dalam surah Hud 11: 91, yang bunyinya:

قوله تعالى: ﴿قَالُوا يُشْعَبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ...﴾

Maksudnya:

*Mereka berkata: "Wahai Syuaib,! Kami tidak mengerti kebanyakan dari apa yang engkau katakan itu.*

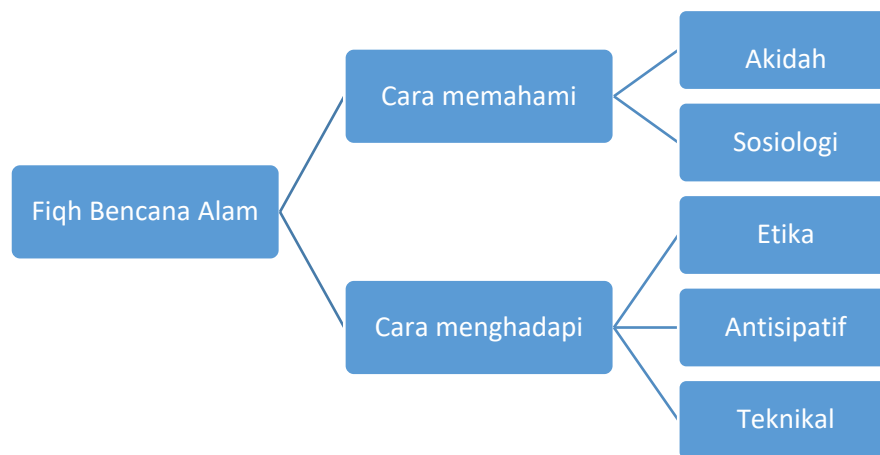
Manakala dari segi istilah, fiqh adalah ilmu yang menerangkan segala hukum syariah yang diamalkan dan diambil dari dalil-dalil al-Quran dan al-Sunnah secara penelitian yang mendalam melalui jalan ijtihad dan *istinbat*.

### **Bencana Alam**

Bencana alam (Natural disaster), adalah suatu peristiwa alam yang mengakibatkan kesan besar terhadap populasi manusia dan kehidupan sehingga membawa kepada kehancuran alam sekitar, seperti gempa bumi, tsunami, angin ribut, banjir, gunung merapi, tanah runtuh.

### **Fiqh Bencana Alam**

Daya usaha untuk memahami, menjelaskan, mengambil satu tindakan dan menghadapi peristiwa-peristiwa bencana alam berdasarkan kepada nilai yang terkandung dalam al-Quran dan al-Sunnah. Ianya dikenali sebagai fiqh bencana alam. Berlakunya bencana alam amat berkait rapat dengan *bi'ah* persekitaraan yang menjadi tempat kehidupan makhluk. Oleh itu, perlu diambil tindakan bersama dalam menangani isu-isu bencana alam dan bagaimana menyelesaikannya dengan profesional melalui kolidor syariah.



### **Cara Memahami Fiqh Bencana Alam Melalui Konsepsional**

Memahami fiqh bencana alam melalui konsep akidah, iaitu mempercayai Allah s.w.t yang maha pengasih, penyayang dan baik, maka apa pun yang diberikan kepada manusia selalu baik dan penuh kasih sayang. Begitu juga sebaliknya, manusia yang memahami dengan baik hakekat sebenar bencana akan menganggap bahawa bencana adalah sebuah kebaikan, menjadi sebab bagi meningkatkan kualiti keimanan. Ramai yang beranggapan bahawa bencana merupakan satu bentuk amaran dan ketidakadilan Allah kepada manusia semata-mata. Sebaliknya bencana merupakan bentuk kebaikan dan kasih sayang Allah kepada manusia. Bencana juga sebagai medium untuk memberi kesedaran terhadap perbuatan manusia yang mendatangkan peristiwa yang merugikan manusia itu sendiri.

Dari konsep sosiologi pula, memahami peranan manusia terhadap alam sekitar dan tempat kehidupan. Manusia dijadikan sebagai khalifah di atas muka bumi ini, agar boleh

mengurustadbir kehidupan dengan baik. Manusia dipertanggungjawabkan untuk menjaga kelestarian alam demi mensejahterakan manusia.

Sudah semestinya, setiap muslim memiliki wawasan yang cukup dan mencukupi keperluan hidup. Wawasan ini boleh dibahagikan kepada dua. Pertama *interspatial vision* yang bermaksud muslim itu harus mengetahui dan memahami apa yang berlaku di tempat lain, sama ada dalam erti perbezaan bandar, negara atau kawasan persekitaran. Dan kedua, *intertemporal vision*, iaitu muslim itu mesti memiliki perencanaan yang kuat terhadap apa yang akan dia lakukan dalam rangka mengumpul bekal untuk hari akan datang.

### **Cara Menghadapi Bencana Alam Melalui Pendekatan Fiqh**

Cara menghadapi bencana alam melalui konsep etika dapat dibahagikan kepada dua iaitu:

- 1) Sabar: sabar dapat dilakukan dengan tiga cara iaitu dengan hati, memahami bahawa seluruh peristiwa adalah atas kehendak Allah SWT. Sabar juga dapat dilakukan dengan lisan iaitu dengan bertarji' dan terakhir sabar dapat dilakukan dengan perbuatan iaitu dengan usaha untuk menuju kebaikan setelah bencana berlaku dan berusaha membuat kebaikan-kebaikan seawal mungkin sebelum musibah keburukan berlaku.
- 2) Syukur: menyingkapi bencana dengan berfikiran positif serta bertindak secara positif akan kebaikan disebalik setiap peristiwa.

Seterusnya cara menghadapi bencana alam melalui konsep antisipatif :

1. Upaya preventif: mitigasi dan kesediaan menghadapi bencana, seperti yang difirman Allah dalam surah Yusuf: 47-49.
2. Tanggap darurat: menyelamatkan kelangsungan kehidupan manusia, mengurangi penderitaan mangsa bencana dan mengurangkan kerugian harta benda, seperti dalam al-Quran, surah al-Maidah 5:32.
3. Pemulihan:
  - 1) Rehabilitasi: perbaikan dan pemulihan semua aspek perkhidmatan awam sampai tahap yang mencukupi.
  - 2) Pembinaan semula : pembangunan semua terhadap kesemua prasarana dan sarana.

Cara teknikal ini meliputi seluruh teknikal yang terkait dengan antisipatif iaitu mitigasi dan kesediaan, tanggap darurat dan pemulihan. Selain itu, cara teknikal juga termasuk dengan memenuhi hak mangsa. Teknikal juga terkait dengan ibadah pada ketika berlakunya bencana serta penanganan penyalahgunaan bantuan (Ustadi Hamdi 2018).

### **Hukum Memberi Zakat kepada Mangsa Bencana Alam**

Mengenai asnaf zakat yang telah diperuntukkan oleh syara' untuk diberikan kepada mereka zakat telah dijelaskan oleh Allah SWT melalui firman-Nya dalam al-Quran, surah al-Taubah 9: 60 bunyinya

قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَفَةَ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرْمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾

Maksudnya:

*Sesungguhnya sedekah-sedekah (zakat) itu hanyalah untuk orang-orang fakir, dan orang-orang miskin, dan amil-amil yang mengurusnya, dan orang-orang muallaf yang dijinakkan hatinya, dan untuk hamba-hamba yang hendak memerdekakan dirinya, dan orang-orang yang berhutang, dan untuk (dibelanjakan pada) jalan Allah, dan orang-orang musafir (yang keputusan) dalam perjalanan. (Ketetapan hukum yang demikian itu ialah) sebagai satu ketetapan (yang datangnya) dari Allah. Dan (ingatlah) Allah Maha Mengetahui, lagi Maha Bijaksana.*

Ayat di atas menunjukkan bahawa telah jelas golongan atau *asnaf* yang berhak menerima zakat menurut ketetapan syarak. Salah satu daripada *asnaf* adalah *al-Gharimin* iaitu orang yang berhutang.

### **Asnaf Al-Gharimin**

*al-Gharimin* adalah kata majmuk bagi *gharim* yang membawa maksud kepada orang yang berhutang. Manakala *al-gharim* pula adalah pemiutang. Asal perkataan *al-Gharm* dari segi bahasa adalah *al-Luzum* iaitu sesuatu yang melazimkannya. Hal ini seperti dalam firman Allah SWT, surah al-Furqan 25: 65 bunyinya

قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا اصْرِفْ عَنَّا عَذَابَ جَهَنَّمَ إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾

Maksudnya:

*Dan orang-orang yang berkata: "Ya Tuhan kami, jauhkan azab jahannam dari kami, sesungguhnya azabnya itu adalah kebinasaan yang kekal".*

Begitulah azab neraka yang pasti akan melazimkan kebinasaan yang kekal. Dengan itu juga dinamakan sebagai *al-Gharim* bagi mereka yang berhutang kerana hutang itu menjadi kelaziman keatasnya manakala *al-Gharim* (pemiutang) pula akan sentiasa melazimi *al-Madin* (penghutang) untuk menuntut hutangnya.

### **Pembahagian Asnaf al-Gharimin**

Terdapat tiga bahagian al-Gharimin yang masyhur menurut mazhab al-Syafi'e, iaitu:

Pertama: Mereka yang berhutang demi kemaslahatan diri sendiri/keluarga.

Terdapat beberapa syarat yang telah ditetapkan untuk diberikan zakat kepada *asnaf* yang berhutang bagi dirinya sendiri, antaranya:

- 1) Orang yang berhutang itu tidak mampu menjelaskan hutangnya. Sekiranya dia berkemampuan untuk melangsaikan hutangnya, maka tidak diberikan zakat kepadanya. Sekiranya dia memiliki harta yang hanya dapat menampung sebahagian daripada hutangnya, maka dia layak menerima bantuan zakat untuk menyelesaikan hutang yang berbaki. Jika individu tersebut mampu membayar hutang setelah dia bekerja dan mampu bekerja, maka dia tetap layak menerima zakat untuk melangsaikan hutangnya kerana dia perlu menyelesaikannya dalam tempoh masa yang mendesak. Ini kerana untuk dia bekerja bagi mendapatkan harta untuk membayar hutang memerlukan tempoh masa yang lebih lama sedangkan keperluan sedia ada buat diri dan juga keluarganya perlu juga diutamakan disamping hutang yang terbeban.

Sifat kaya yang menjadi penghalang bagi kelayakan seseorang yang berhutang daripada menerima zakat adalah apabila dia memiliki wang untuk membayar hutang. Jika dia memiliki tanah, rumah, pakaian, perabot atau pinggan mangkuk tetapi dia tidak mempunyai wang yang mencukupi untuk membayar hutang, dia masih layak menerima zakat. Ini disebabkan dia masih memerlukan asset tersebut untuk meneruskan kehidupan seharian.

- 2) Hutang itu diperlukan untuk perkara yang membawa kepatuhan kepada Allah SWT dan bukan untuk membuat perkara kemaksiatan seperti berhutang untuk meminum arak dan melakukan perzinaan.
- 3) Hutang semasa iaitu hutang yang sedang berjalan atau telah sampai tempoh perlu untuk dilangsaikan. Sekiranya hutang itu ditangguhkan (dibayar dalam masa tempoh yang lama) di sini terdapat tiga pendapat mengenainya :
  - Diberikan juga zakat meskipun hutang itu ditangguhkan. Hal ini berdasarkan dalil umum yang mengatakan bahawa golongan ini pada hakikatnya adalah penghutang.

- Tidak diberikan zakat kepada golongan ini kerana ianya tidak diperlukan pada waktu tersebut.
- Agihan zakat diberikan sekiranya penangguhan hutang itu masih berada pada tahun tersebut. Sekiranya penangguhan hutang itu memasuki tahun yang baru, maka tidak diberikan zakat kepada golongan ini.

Kedua: Mereka yang berhutang demi mencukupi kemaslahatan orang lain.

Mereka yang berhutang demi memenuhi kemaslahatan orang lain adalah golongan yang dimuliakan kerana kesanggupannya untuk berhutang demi kemaslahatan orang lain. Ini sepertimana seseorang yang menjadi orang tengah dalam usaha memperbaiki hubungan di antara dua kaum/kabilah yang bergaduh disebabkan harta ataupun darah (membayar diyat), maka dikeluarkan darinya harta sehingga dia terpaksa berhutang, maka golongan ini berhak juga mendapat zakat untuk melangsaikan hutangnya.

Begitu juga bagi mereka yang yang berhutang demi kemaslahatan orang ramai seperti mengasaskan rumah anak yatim, hospital awam, membina masjid dan juga amal-amal kebajikan yang lain sehingga manfaatnya mengalir kepada orang awam. Maka diberikan zakat berdasarkan apa yang dihutangkan olehnya untuk menutup hutang tersebut meskipun dia seorang yang kaya seperti pendapat sebahagian al-Syafi'iyah.

Ketiga: Individu yang menjamin orang yang berhutang.

Penjamin tersebut layak menerima zakat, sebab digolongkan daripada *asnaf al-Gharimin* dengan syarat:

- Penjamin dan orang berhutang yang dijamin berada dalam keadaan tidak mampu melangsaikan hutang. Penjamin layak menerima zakat untuk menyelesaikan hutang tersebut.
- Jika penjamin tidak mampu untuk membayar hutang, manakala orang berhutang yang dijamin mampu, maka penjamin layak menerima zakat jika dia menjamin tanpa kebenaran orang yang berhutang.
- Jika penjamin mampu membayar hutang, manakala orang berhutang yang dijamin tidak mampu membayarnya, maka orang berhutang itu sahaja yang layak menerima zakat untuk membayar hutang tersebut.

Ini berdasarkan hadith daripada Qabisah bin Mukhariq al-Hilali yang mana menyebutkan:

تَحَمَّلْتُ حَمَالَهٖ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسْأَلُهُ فِيهَا فَقَالَ " أَقِمَّ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا " . قَالَ ثُمَّ قَالَ " يَا قَبِيصَةَ إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةَ رَجُلٍ تَحْمَلُ حَمَالَهٖ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ثُمَّ يُنْسِكُ وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ اجْتَا حَتَّى مَالَهٖ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ - أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ - وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَوْمَ ثَلَاثَةَ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ - أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ - فَمَا سِوَاهُنَّ مِنْ الْمَسْأَلَةِ يَا قَبِيصَةَ سَحْنًا يَأْكُلُهَا صَاحِبُهَا سَحْنًا

Maksudnya:

“Aku telah menanggung bebanan yang banyak kemudian aku pergi mengadu kepada Rasulullah SAW. Maka Baginda bersabda: ‘Tetaplah kamu di sini sehingga datang kepada kami sedekah dan kami akan perintahkan supaya diberi kepadamu’. Kata Qabisah : ‘Kemudian Baginda SAW bersabda: ‘Hai Qabisah! Sesungguhnya memintaminta tidak halal kecuali untuk tiga golongan sahaja. Lelaki yang menanggung bebanan

maka halallah baginya meminta sehingga menyelesaikannya kemudian menyimpannya, lelaki yang ditimpa bencana sehingga binasa hartanya maka halal baginya meminta sehingga mencukupi bagi dirinya dalam meneruskan sisa kehidupan atau menyelesaikan keperluannya, lelaki yang ditimpa kefakiran sehingga datang tiga orang lelaki yang berakal dan bermaruah daripada kaumnya mengiyakannya yang dia telah ditimpa kefakiran maka layaklah untuknya meminta sehingga menyelesaikan keperluan hidupnya. Hai Qabisah! Selain daripada itu, meminta-minta itu dianggap sebagai haram dan memakannya adalah haram.”

(Riwayat Muslim, no1044 & Abu Daud, no:1640)

Terdapat permasalahan berkaitan kelayakan penerima zakat bagi mangsa bencana alam di bawah *asnaf al-Gharimin*. Menurut artikel Irsyad al-Fatwa ke-14 telah mengeluarkan hukum pemberian zakat kepada mangsa bencana alam berdasarkan pendapat Mujahid yang berpandangan bahawa golongan *al-Gharimin* termasuk orang yang hartanya rosak kerana banjir, terbakar dan seseorang yang mempunyai ahli keluarga tetapi dia tidak memiliki harta lalu dia berhutang untuk memberi nafkah kepada ahli keluarganya (Zulkifli Mohamad Al-Bakri 2014).

Beberapa ulama telah memberi fatwa antaranya Dr. Yusuf al-Qaradhawi (1973) yang berkata: “Aku khususnya yang mengenai sifat *al-Gharimin* bagi golongan yang terkena bencana alam sehingga binasa harta bendanya dan terpaksa kepada berhutang maka hukumnya dibolehkan.

### **Syarat-Syarat Hutang Yang Dibenarkan Menerima Bantuan Zakat**

Di Wilayah Persekutuan, pihak Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan (MAIWP) telah menggariskan syarat khusus bagi jenis-jenis hutang yang dibenarkan untuk menerima bantuan zakat seperti berikut:

- 1) Hutang bagi pembiayaan keperluan asasi:
  1. Makanan
  2. Perubatan
  3. Pendidikan
  4. Perlindungan
  5. Pakaian
  6. Pengangkutan
- 2) Hutang perniagaan (mengikut jenis dan keutamaan)
- 3) Keutamaan bantuan menyelesaikan hutang adalah kepada golongan fakir, miskin dan muallaf.

Menurut Pejabat Mufti Wilayah Persekutuan (2018) bahawa definisi *al-Gharimin* dibahaskan secara terperinci oleh para ulama silam dan juga kontemporari. Golongan *al-Gharimin* yang berhak mendapatkan zakat dengan syarat-syarat yang ditetapkan itu terdapat beberapa kategori, iaitu:

- 1) Mereka yang berhutang demi kemaslahatan diri sendiri/keluarga.
- 2) Mereka yang berhutang demi kemaslahatan orang yang lain.
- 3) Individu yang menjamin orang yang berhutang.
- 4) Individu yang ditimpa bencana yang menyebabkan kemusnahan harta benda dan sebagainya.

### **Hikmah Bencana Alam**

Ustadi Hamsah (2018) menjelaskan hikmah berlakunya bencana alam, adalah sebagaimana berikut:

- 1) Manusia akan memperhitungkan faktor-faktor risiko akan terjadinya bencana
- 2) Kearifan dan bijaksana dalam menjalin hubungan dengan manusia lain dan alam.

- 3) Manusia akan mendapat kesan tambahan yang positif setelah terjadinya bencana seperti tanah subur, bangunan kukuh, berfikiran positif terhadap orang lain serta dapat memberi peringatan kepada manusia oleh Pencipta.

### **Penutup**

Daripada perbincangan di atas dapatlah disimpulkan bahawa kesemua agama membahaskan asal usul, perubahan dan destinasi alam semesta dan hubungannya dengan manusia dan Tuhan. Oleh kerana kepercayaan, pemahaman dan kaedah ilmu yang mereka gunakan berbeza-beza menyebabkan kesimpulan yang mereka ambil turut berbeza. Hukum dan peraturan ini dicipta, dipelihara dan dijaga secukupnya oleh Allah Ta'ala tanpa ada sebarang kekurangan atau kecacatan sedikit pun. Andainya hukum dan peraturan ini tidak diketahui atau tidak dipatuhi, maka alamnya akan berlakulah bencana alam.

Kejadian bencana alam seperti tanah runtuh, ribut taufan dan seumpamanya mempunyai kaitan langsung dengan hukum dan peraturan ciptaan Allah Ta'ala. Oleh kerana hukum dan peraturan alam semesta merupakan ciptaan dan ketentuan Allah Ta'ala, maka itulah yang dinamakan suratan takdir. Oleh itu suratan takdir harus difahami sebagai tetapan Allah menerusi hukm dan peraturan alam ciptaanNya yang melibatkan alam ghaib dan alam nyata. Alam ghaib adalah urusan dan ketentuan ilmu Allah, sementara alam nyata dalam ketentuan akal manusia untuk digarap bagi tujuan menyingkap kebesaran kejadian alam semesta ciptaan Allah Ta'ala.

Interaksi manusia dengan alam semesta menerusi wahyu, akal serta pancaindera, pengamatan, pemerhatian dan uji kaji sains boleh mencetuskan pelbagai jenis ilmu untuk dijadikan alat atau kaedah bagi menangani permasalahan yang berkait dengan alam semesta dengan izin Allah Ta'ala. Jika sekiranya kejadian-kejadian itu berlaku di alam nyata, maka ilmu-ilmu yang berkaitan dengan alam nyata seperti ilmu sains bumi, sains fizik, ekologi, sejarah dan geografi perlu dicari dan dipelajari serta ditangani dengan bijaksana bagi mengelakkan kejadian-kejadian yang tidak diinginkan berlaku dan berulang. Jika berlaku juga, maka itu adalah ketentuan ilmu Allah akibat kejahilan, kekufuran, kelemahan dan kealpaan manusia sendiri. Namun begitu, Allah Ta'ala Yang Maha Agung lagi Maha Pemurah sentiasa membuka ruang dan peluang kepada manusia sebagai khalifah di muka bumi ini untuk menerajui, mentadbir dan memakmurkan bumi ini bagi keamanan, kesejahteraan dan kemakmuran sejagat.

### **RUJUKAN**

al-Quran.

Laman Web Rasmi Pejabat Mufti Wilayah Persekutuan. (2018). Irsyad Al-Fatwa Ke-131: Al-Gharimin Di Dalam Asnaf Zakat”, <http://muftiwp.gov.my/ms/artikel/irsyad-fatwa/irsyad-fatwa-umum/1234-irsyad-al-fatwa-ke-131-al-gharimin-di-dalam-asnaf-zakat>

al-Qaradhawi, Yusuf. (1393H1973). *Fiqh al-Zakah*. Jil. 2, hlm. 623. Beirut: Muassasat al-Risalah.

Ustadi Hamsah. (2018). “Perpektif Islam Atas Kebencanaan, Air, & Lingkungan”, [https://pdsi.unisayogya.ac.id/wordpress\\_bpti/wp-content/uploads/2016/04/Fikih-Kebencanaan-Air-Lingkungan\\_Rakernas-Aisyiah\\_Unisa\\_2016.pdf](https://pdsi.unisayogya.ac.id/wordpress_bpti/wp-content/uploads/2016/04/Fikih-Kebencanaan-Air-Lingkungan_Rakernas-Aisyiah_Unisa_2016.pdf)

Zulkifli Mohamad Al-Bakri. (2014). *Irsyad al-Fatwa ke-14: Hukum memberi zakat kepada mangsa bencana alam seperti banjir dan lain.lain*. <https://muftiwp.gov.my/ms/artikel/irsyad-fatwa-umum/2054-14>.

**MODEL TADBIR URUS INSTITUSI TAHFIZ DAN PONDOK DI MALAYSIA**  
**MODEL OF TAHFIZ AND PONDOK INSTITUTIONAL MODELS IN MALAYSIA**  
Azman Ab Rahman<sup>i</sup>, Muhd Faiz Abd. Shakor<sup>ii</sup>, Mohamad Anwar Zakaria<sup>iii</sup> & Nurul Syazwani Nordin<sup>iv</sup>

<sup>i</sup> Timbalan Pengarah, Institut Pengurusan dan Penyelidikan Fatwa Sedunia (INFAD), Universiti Sains Islam Malaysia, [azman@usim.edu.my](mailto:azman@usim.edu.my)

<sup>ii</sup> Pembantu Penyelidik, Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia, [faizshakorkisas@gmail.com](mailto:faizshakorkisas@gmail.com)

<sup>iii</sup> Pembantu Penyelidik, Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia, [anwarzakaria8055@gmail.com](mailto:anwarzakaria8055@gmail.com)

<sup>iv</sup> Pembantu Penyelidik, Fakulti Syariah dan Undang-undang, Universiti Sains Islam Malaysia, [wainnordin.work@gmail.com](mailto:wainnordin.work@gmail.com)

**ABSTRAK**

Institusi pendidikan tahfiz dan pondok semakin berkembang dan mendapat tempat dalam kalangan rakyat Malaysia seiring dengan perkembangan pendidikan arus perdana. Hal ini kerana timbulnya kesedaran masyarakat Islam terhadap kepentingan hidup beragama dan pendidikan tahfiz serta pondok dilihat sebagai salah satu platform untuk mereka menterjemahkan kesedaran Islam tersebut. Walau bagaimanapun, institusi pendidikan tahfiz dan sekolah agama yang disediakan oleh kerajaan tidak mampu untuk menampung permintaan yang banyak seterusnya memberi kesan terhadap perkembangan institusi tahfiz dan pondok swasta. Menurut statistik Jabatan Kemajuan Islam Malaysia (JAKIM), sehingga Jun 2018 terdapat sejumlah 815 maahad tahfiz swasta yang berdaftar terdiri daripada seramai 47,474 pelajar tahfiz dan 5,426 guru tahfiz. Namun, dianggarkan terdapat lebih daripada 300 institusi tahfiz yang masih lagi tidak berdaftar dengan JAKIM. Lambakan institusi-institusi ini memberi kesan terhadap ketidakselarasan dalam pentadbiran, kurikulum, tempoh pengajian, penarafan sijil, dan sebagainya. Ketidakselarasan ini menyukarkan agensi berkaitan untuk membuat pemantauan dan pengawalseliaan serta pengiktirafan terhadap institusi-institusi tersebut. Justeru, objektif utama kajian ini adalah untuk mengenal pasti dan menilai sistem pengurusan institusi tahfiz dan pondok di Malaysia serta mencadangkan model tadbir urus tahfiz dan pondok di Malaysia. Kajian berbentuk kualitatif ini akan menggunakan kaedah pemerhatian dan dokumentasi. Hasil kajian mendapati bahawa keperluan kepada model tadbir urus institusi tahfiz dan pondok yang menterjemahkan integrasi pendidikan tahfiz dan pondok dengan pendidikan nasional sebagai medium bagi menjamin kelestarian pengurusan pendidikan tahfiz dan pondok di Malaysia seiring dengan Dasar Pendidikan Tahfiz Negara (DPTN). Pembinaan model baharu ini diharapkan dapat menjadi rujukan dan garis panduan kepada JAKIM dan Majlis Agama Islam Negeri (MAIN) dalam memperkasa institusi pendidikan tahfiz dan pondok di Malaysia secara langsung dapat melahirkan golongan huffaz profesional.

**Kata Kunci:** Model Tadbir Urus, Institusi Tahfiz, Pondok

**ABSTRACT**

*Tahfiz and pondok educational institutions are growing and gaining a place among Malaysians as the mainstream education progresses. This is because the rise of the Muslim community on the importance of religious life and tahfiz education, as well as pondok are seen as one of the platforms for them to translate the Islamic consciousness. However, tahfiz educational institutions and government-provided religious schools were unable to meet the growing demand and thus affected the development of tahfiz institutions and private pondok. According to the statistics of the Islamic Development Department of Malaysia (JAKIM), as of June 2018 there are a total of 815 individual tahfiz students registered with 47,474 tahfiz students and 5,426 tahfiz teachers. However, it is estimated that there are more than 300 tahfiz institutes that are not yet registered with the judiciary. Disposal of these institutions affects incompatibility in administration, curriculum, period of study, certificate rating, and so on.*



*These inconsistencies make it difficult for relevant agencies to monitor and regulate and recognize these institutions. Therefore, the main objective of this study is to identify and evaluate the system of management of tahfiz institutions and pondok in Malaysia and to propose the governance model of tahfiz and pondok in Malaysia. This qualitative study will use observation and documentation method. The results show that the need for a governance model of tahfiz institutions and halls translates the integration of tahfiz and pondok with national education as a medium to ensure the sustainability of tahfiz and pondok education in Malaysia in line with National Tahfiz Education Policy (DPTN). The construction of the new model is expected to serve as a reference and guide to the JAKIM and Majlis Agama Islam Negeri (MAIN) in strengthening tahfiz educational institutions and pondok in Malaysia to give birth to the professional huffaz.*

**Keywords:** Governance Model, Tahfiz Institution, Pondok

## **Pendahuluan**

Perkembangan institusi pendidikan tahfiz dan pondok di Malaysia telah bermula seawal kedatangan Islam ke Tanah Melayu. Pendidikan tahfiz secara formal pula bermula dengan tertubuhnya program pengajian tahfiz al-Quran di Masjid Negara pada 1 Mac 1966. Manakala, pendidikan pondok pula terus menjadi pilihan alternatif dalam kalangan masyarakat Islam untuk mendapatkan pendidikan Islam secara tradisional. Pendidikan tahfiz dan pondok kemudiannya mengalami perkembangan dengan penubuhan institusi-institusi pengajian tahfiz di peringkat negeri dan pondok-pondok moden. Program pendidikan ini terus berkembang pesat dengan kewujudan institusi-institusi tahfiz dan pondok swasta yang bagai cendawan tumbuh selepas hujan.

Perkembangan institusi pendidikan tahfiz dan pondok di Malaysia telah dipengaruhi oleh faktor kesedaran masyarakat Islam yang semakin meningkat terhadap kepentingan hidup beragama. Justeru, mereka menjadikan institusi tahfiz dan pondok sebagai medium dan platform bagi menterjemahkan kesedaran Islam mereka. Hal ini turut dipengaruhi oleh faktor penarafan dan ketidakupayaan institusi tahfiz dan pondok yang dikawal selia oleh kerajaan untuk menampung jumlah permintaan yang tinggi daripada masyarakat.

Namun begitu, lambakan institusi tahfiz dan pondok ini telah memberi kesan terhadap ketidakselarasan pentadbiran, kurikulum, tempoh pengajian, penarafan sijil, dan sebagainya. Hal ini kerana, setiap institusi menawarkan pendekatan dan kaedah pendidikan yang berbeza dan tersendiri. Matlamat penubuhan dan kaedah pelaksanaannya juga berbeza-beza antara satu sama lain. Kepelbagaian ini merupakan satu cabaran dalam pengurusan institusi pendidikan tahfiz dan pondok disebabkan oleh masalah-masalah yang berbangkit kesan daripada kepelbagaian dan perbezaan tersebut. Perkara ini sekiranya tidak diatasi dan dititikberatkan akan memberi kesan terhadap kebajikan dan masa depan pelajar itu sendiri.

Justeru, model tadbir urus institusi tahfiz dan pondok perlu dibangunkan selaras dengan teras utama Dasar Pendidikan Tahfiz Malaysia (DPTN) dalam usaha untuk memperkasa dan meningkatkan keberkesanan pengajian dan pendidikan Islam di Malaysia.

## **METODOLOGI KAJIAN**

Kajian ini adalah berbentuk kualitatif dengan menerapkan reka bentuk analisis dokumen. Bahan kajian daripada sumber primer dan sekunder seperti rujukan-rujukan sedia ada sama ada majalah, buku, jurnal serta tesis diteliti, dinilai dan dianalisis secara deskriptif.

Kajian ini juga mengambil kira data dan maklumat melalui pembacaan terhadap kajian-kajian lepas mengenai sejarah institusi tahfiz dan pondok di Malaysia, modul pembelajaran yang digunakan oleh pihak institusi tahfiz dan pondok, kepentingan masyarakat serta cadangan

terhadap institusi tahfiz dan pondok yang lebih sistematik dan teratur di Malaysia supaya penyelarasan antara institusi dapat diterjemahkan.

Sumber-sumber lain termasuklah jurnal, laporan dan pelbagai jenis penerbitan yang lain. Menerusi maklumat-maklumat yang telah diperolehi hasil daripada pelbagai sumber rujukan yang telah dinyatakan di atas, kajian yang lebih teliti telah dilaksanakan serta kesemua maklumat yang diperolehi itu dianalisis bagi mencapai suatu cadangan model tadbir urus yang lebih efisien dan sistematik yang dapat digunakan oleh institusi tahfiz dan pondok di Malaysia.

## **CADANGAN MODEL TADBIR URUS TAHFIZ DAN PONDOK**

Tadbir urus didefinisikan sebagai satu sistem di mana organisasi diarah dan dikawal (The Cadbury Report UK 1992). Manakala KSN dalam surat arahan terhadap usaha bagi mempertingkatkan tadbir urus di sektor awam bertarikh 9 Mac 2007 memberikan definisi tadbir urus seperti berikut: “Tadbir urus merangkumi aspek-aspek tatacara ketua eksekutif/ketua jabatan dan para pegawai di semua peringkat pengurusan melaksanakan tanggungjawab secara telus dan berhemah dari segi pengambilan dan penyampaian hasil, struktur termasuk budaya kerja, dasar, strategi serta tatacara mereka berurusan dengan pelbagai pihak yang berkepentingan (*stakeholders*) dan proses di mana agensi awam diurus/diarah, dikawal dan dipertanggungjawabkan untuk melaksanakan objektif yang telah dipersetujui” (Tan Sri Mohd Sidek Hj Hassan 2007).

Tadbir urus merujuk kepada proses, peraturan dan amalan yang menjadikan sesebuah organisasi lebih terarah, terkawal dan bertanggungjawab. Asasnya, prinsip keterbukaan, integriti dan kebertanggungjawaban perlu menjadi teras dalam sesebuah organisasi tadbir urus. Dalam konteks sektor awam, tadbir urus adalah berkaitan struktur dan proses bagi pembuatan keputusan, kebertanggungjawaban, kawalan dan aatau *Good Governance* pula didefinisikan sebagai konsep normatif nilai-nilai ke arah merealisasikan perlakuan tadbir urus dan kaedah yang digunakan oleh sekumpulan faktor sosial yang berinteraksi mengikut konteks sosial tertentu (PIDM 2018). Sesebuah organisasi sosial lazimnya dapat difahami sebagai gabungan antara pihak pemerintah (kepimpinan utama), pihak pelaksana dan masyarakat. Kesemua organisasi atau kumpulan manusia hakikatnya perlu bernaung di bawah satu tadbir urus yang cekap dan bersistematik dalam mencapai misi atau matlamat yang disasarkan.

Islam sebagai agama yang syumul atau lengkap juga telah memperkenalkan tadbir urus yang terperinci berteraskan prinsip dan syariat Islam. Tadbir urus yang berteraskan Islam mesti memperjuangkan hak keadilan, kebebasan hak milik, kebebasan bersuara, kebebasan peribadi, kebebasan beragama dan kebebasan berpolitik (Baharuddin 2013). Pihak JAKIM telah memperkenalkan model tadbir urus yang berteraskan Prinsip Maqasid Syariah. Berdasarkan model tersebut, prinsip utama Maqasid Syariah iaitu pemeliharaan agama, nyawa, akal dan keturunan dan harta perlu dijaga dan diberi perhatian dalam sesebuah tadbir urus. Selain itu, sebuah tadbir urus Islam perlu bijak dalam menyeimbangkan perkara-perkara yang berunsurkan *dhoruriyyat* (kepentingan asas), *hajiyyat* (keperluan) dan *tahsiniyyat* (pelengkap) dalam setiap keputusan yang dilakukan. Tadbir urus yang bercirikan Islamik sangat mementingkan *Maslahah ‘Ammah* yang dapat difahami sebagai kepentingan umum sesebuah masyarakat. Ringkasnya, sesebuah tadbir urus yang dinamik perlulah berorientasikan untuk mencapai kepentingan masyarakat umum dan bukannya berdasarkan kepentingan khas atau individu (JAKIM 2015).

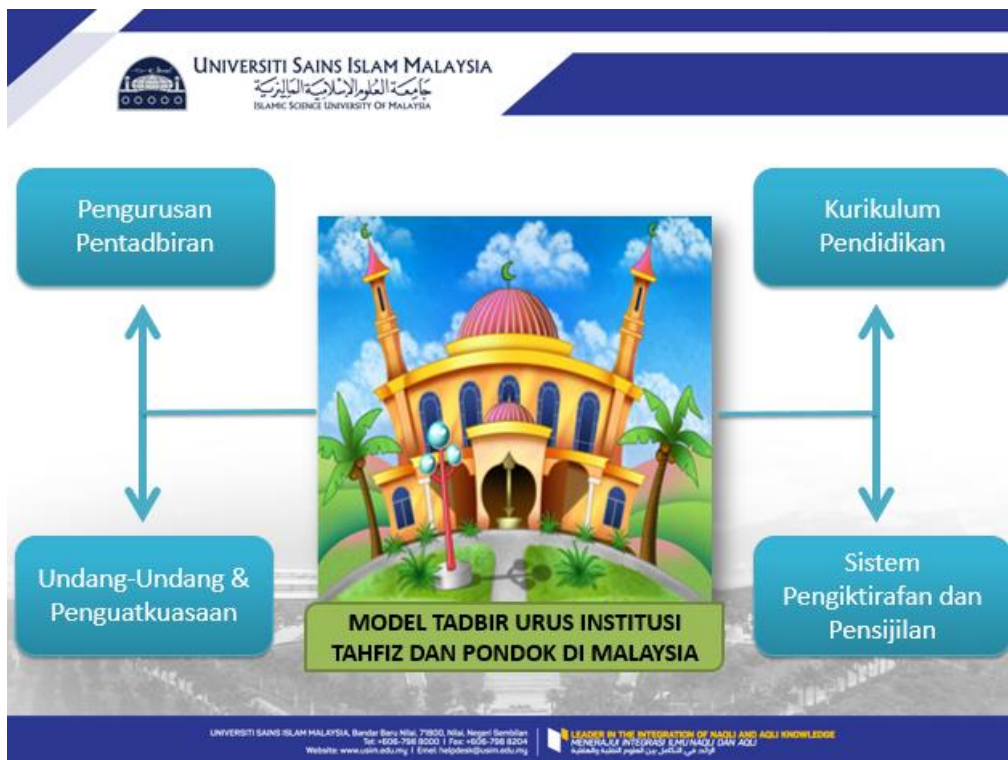
Tadbir urus yang holistik dan efektif merupakan gambaran kepimpinan dan cerminan kejayaan sesebuah organisasi, institusi atau kumpulan dalam jangka masa akan datang. Oleh itu, dalam Islam, Allah SWT telah mengutuskan Rasulullah SAW sebagai contoh terbaik dan panduan manusia dalam segenap perkara termasuklah dalam perihal tadbir urus. Tadbir urus yang terbaik pada zaman Rasulullah SAW dapat dilihat ketika zaman baginda dilantik sebagai ketua masyarakat di Kota Madinah. Menurut Ermy Azziati et.al. (2017) tadbir urus pada zaman Rasulullah SAW amat mementingkan penjagaan hubungan baik terhadap Allah, sesama manusia dan alam sekeliling. Sebuah tadbir urus organisasi yang terancang dan hebat akan

memastikan kesemua hubungan tersebut dijaga tanpa pengabaian kepada mana-mana aspek yang dinyatakan.

Kewujudan model tadbir urus institusi pondok dan tahfiz secara tidak langsung dapat melestarikan pengurusan institusi pendidikan tahfiz dan pondok mengikut kaedah yang betul seiring dengan dasar pendidikan tahfiz negara dan inisiatif pondok moden model Malaysia yang diperkenalkan. Kelestarian secara umumnya membawa maksud pengkekalan sesuatu perkata atau keadaan. Kelestarian mempunyai kaitan dengan usaha mengekalkan serta memelihara keaslian. Walaupun begitu, kelestarian dalam konteks yang lebih luas sewajarnya merangkumi bukan sahaja pengkekalan tetapi turut menambahbaik keadaan sedia ada. Berdasarkan kajian terdahulu, penyelidik mendapati institusi tahfiz dan pondok memainkan peranan yang besar sebagai pusat pengajian pilihan bagi umat Islam. Kesedaran hidup beragama serta permintaan yang tinggi masyarakat terhadap institusi pengajian tahfiz dan pondok memberi kesan terhadap kadar penubuhan institusi tahfiz dan pondok swasta. Namun demikian, kebanyakan institusi tahfiz dan pondok tanpa pemantauan dan pengawalseliaan yang selaras akan memberi kesan jangka panjang terhadap pelajar itu sendiri. Pelbagai usaha yang telah dilakukan bagi memastikan pengajian yang ditawarkan mampu memberi manfaat jangka panjang kepada huffaz itu sendiri secara khususnya dan kepada kerajaan dan masyarakat secara amnya. Namun begitu, masih belum terdapat konsep model institusi tahfiz dan pondok yang dibangunkan di Malaysia bagi memastikan kelestarian pengurusan institusi-institusi tersebut.

Secara praktikalnya, institusi tahfiz dan pondok di Malaysia kini hanya ditadbir urus mengikut kehendak mereka bersesuaian dengan matlamat penubuhan mereka. Institusi tahfiz dan pondok seharusnya menggalas tanggungjawab tadbir urus ini secara berkesan bertepatan dengan fungsi dan kedudukan institusi tersebut di mata masyarakat. Oleh yang demikian, konsep model tadbir urus institusi tahfiz dan pondok di Malaysia adalah kompeten untuk dibangunkan dan dilaksanakan sebagai satu transformasi baharu seiring dengan usaha kerajaan untuk memperkasa dan memartabatkan institusi pendidikan tahfiz dan pondok di Malaysia.

Rajah 1.0: Cadangan Model Tadbir Urus Institusi Tahfiz Dan Pondok Di Malaysia



## **Penerangan Model**

Tadbir urus institusi tahfiz dan pondok di Malaysia adalah berdasarkan empat aspek utama, iaitu pengurusan pentadbiran, undang-undang dan penguatkuasaan, kurikulum pendidikan, dan sistem pengiktirafan dan pensijilan.

### **1. Pengurusan Pentadbiran**

Bahagian pengurusan pentadbiran bertanggungjawab mengendalikan setiap aspek pengurusan pentadbiran institusi tahfiz dan pondok seperti pengurusan dana dan kewangan institusi termasuk juga hal ehwal yang berkaitan dengan kebajikan, pembangunan fizikal dan fasiliti. Bahagian ini juga berfungsi untuk menguruskan hal ehwal kemasukan pelajar serta urusan perjawatan dan pengambilan tenaga pengajar.

### **2. Undang-Undang Dan Penguatkuasaan**

Bahagian undang-undang dan penguatkuasaan bertanggungjawab untuk memastikan setiap institusi tahfiz dan pondok swasta berdaftar di bawah jakim ataupun majlis dan jabatan agama Islam negeri. Bahagian ini juga berperanan untuk memastikan setiap dasar dan pekeliling yang dikeluarkan dipatuhi oleh institusi-institusi tahfiz dan pondok.

### **3. Kurikulum Pendidikan**

Bahagian ini mempunyai fungsi untuk menggubal kurikulum pendidikan bagi kegunaan institusi tahfiz dan pondok. Kurikulum yang digubal akan menggabungkan pengajian dan hafazan al-quran dengan aliran pendidikan arus perdana. Bahagian ini juga perlu memastikan kurikulum yang digubal diselaraskan bagi semua institusi tahfiz dan pondok dalam usaha menjamin kualiti dan kebolehpasaran lepasan dari institusi-institusi tersebut.

### **4. Sistem Pengiktirafan Dan Pensijilan**

Bahagian ini berperanan untuk menyediakan mekanisma pengiktirafan dan pensijilan yang sistematik serta berkesan bagi memastikan setiap lepasan institusi tahfiz dan pondok mempunyai nilai tambah dan perakuan tahap profesional terhadap pencapaian mereka.

## **PENUTUP**

Secara keseluruhannya, kajian mendapati bahawa keperluan kepada model baharu tadbir urus institusi tahfiz dan pondok di Malaysia. Model ini juga amat penting diterjemahkan dalam konteks integrasi pendidikan tahfiz dan pondok dengan pendidikan nasional sebagai medium bagi menjamin kelestarian pengurusan pendidikan tahfiz dan pondok di Malaysia seiring dengan Dasar Pendidikan Tahfiz Negara (DPTN). Pembinaan model baharu ini diharapkan dapat menjadi rujukan dan garis panduan kepada jakim dan Majlis Agama Islam Negeri (MAIN) dalam memperkasa institusi pendidikan tahfiz dan pondok di Malaysia secara langsung dapat melahirkan golongan huffaz profesional.

## **PENGHARGAAN**

Pengkaji mengucapkan jutaan terima kasih dan penghargaan kepada pihak PPPI, USIM yang membiayai geran penyelidikan di bawah skim USIM GRAND CHALLENGE 2019, KOD PENYELIDIKAN: PPPI/UGC\_0119/INFAD/FSU/051000/12819.

## **RUJUKAN**

- Bharuddin Che Pa. (2013). *Islam Dalam Tadbir Urus Negara dan Masyarakat*. Kuala Lumpur: Jabatan Siyasa Syar'iyah Akademi Pengajian Islam Universiti Malaya.
- Cadbury, A. (1992). Report of the committee on the financial aspects of corporate governance (Vol. 1): Gee
- Ermy Azziati, Lukman & Wan Kamal (2015). *Pentadbiran Rasulullah SAW: Model Tadbir Urus Yang Cemerlang*. Bangi: Penerbitan UKM.
- Jabatan Kemajuan Islam Malaysia (JAKIM) (2015). *Indeks Syariah Malaysia: Model Tadbir Urus Berteraskan Maqasid Syariah*. Putrajaya: Jabatan Kemajuan Islam Malaysia.
- Perbadanan Insurans Deposit Malaysia (PIDM). [http://www.pidm.gov.my/downloads/governance\\_framework\\_bm.pdf](http://www.pidm.gov.my/downloads/governance_framework_bm.pdf). Diakses pada 30 Januari 2018.
- Tan Sri Mohd. Sidek Hj. Hassan. (2007). *Surat Arahan Ketua Setiausaha Negara: Usaha Bagi Mempertingkatkan Tadbir Urus Dalam Sektor Awam*. Kuala Lumpur, Malaysia: KSN.

## **Penafian**

*Pandangan yang dinyatakan dalam artikel ini adalah pandangan penulis. Jurnal Pengurusan dan Penyelidikan Fatwa tidak akan bertanggungjawab atas apa-apa kerugian, kerosakan atau lain-lain liabiliti yang disebabkan oleh / timbul daripada penggunaan kandungan artikel ini.*

**PELAKSANAAN WAKAF TUNAI DI PERBADANAN WAKAF SELANGOR (PWS):  
PERMASALAHAN DAN PENAMBAHBAIKKAN**

**Muhd Faiz Abd. Shakor<sup>i</sup>, Zamzuri Zakaria<sup>ii</sup>, Azman Ab Rahman<sup>iii</sup>, Mohamad Anwar Zakaria<sup>iv</sup>, Nurul Syazwani Nordin<sup>v</sup>**

<sup>i</sup> Pembantu Penyelidik, Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia, [faizshakorkisas@gmail.com](mailto:faizshakorkisas@gmail.com)

<sup>ii</sup> Pensyarah Kanan, Pusat Fiqh Kontemporari dan Pematuhan Syariah, Fakulti Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia, [zamz@ukm.edu.my](mailto:zamz@ukm.edu.my)

<sup>iii</sup> Timbalan Pengarah, Institut Pengurusan dan Penyelidikan Fatwa Sedunia (INFAD), Universiti Sains Islam Malaysia, [azman@usim.edu.my](mailto:azman@usim.edu.my)

<sup>iv</sup> Pembantu Penyelidik, Fakulti Syariah dan Undang-Undang, Universiti Sains Islam Malaysia, [anwarzakaria8055@gmail.com](mailto:anwarzakaria8055@gmail.com)

<sup>v</sup> Pembantu Penyelidik, Fakulti Syariah dan Undang-undang, Universiti Sains Islam Malaysia, [wainordin.work@gmail.com](mailto:wainordin.work@gmail.com)

**ABSTRAK**

Wakaf tunai merupakan wakaf kontemporari berpotensi besar dalam membangunkan harta wakaf yang tidak dapat dibangunkan. Majlis Agama Islam Selangor (MAIS) merupakan pemegang amanah tunggal bagi harta wakaf di negeri Selangor dan sebagai ‘stakeholder’ utama dalam pembangunan dan kemajuan harta wakaf. Majlis Agama Islam Selangor (MAIS) telah menubuhkan Perbadanan Wakaf Selangor (PWS) sebagai sebuah organisasi wakaf dalam mengurus dan memperkasakan institusi wakaf di Selangor. Walau bagaimanapun amalan wakaf tunai di Selangor dilihat masih tidak menyeluruh dalam kalangan masyarakat menyebabkan hasil kutipan berada dalam kurang memuaskan. Hal ini boleh memberi kesan kepada pembangunan harta wakaf. Justeru itu, kajian ini dilakukan bagi mengenal pasti konsep wakaf tunai dalam Islam dan mengkaji pelaksanaan dan sumbangan wakaf tunai di PWS. Kajian ini juga bertujuan untuk mengkaji permasalahan dan cadangan penambahbaikkan dalam pengurusan wakaf tunai di PWS. Kajian kualitatif ini menggunakan dua kaedah kajian iaitu kaedah dokumentasi dan temu bual. Hasil kajian mendapati bahawa penambahbaikkan dari aspek promosi perlu digiatkan dan dokumentasi tersusun sangat diperlukan bagi menjamin kelestarian kutipan wakaf tunai di PWS. Diharapkan kajian ini mampu dijadikan rujukan dan panduan kepada pihak yang berautoriti dalam usaha menyelaraskan panduan pelaksanaan wakaf tunai di PWS supaya ia lebih sistematik dan lebih mampan.

**Kata kunci:** *wakaf tunai; permasalahan*

**ABSTRACT**

Cash waqf are great contemporary waqf with great potential in developing undeveloped waqf property. The Selangor Islamic Religious Council (MAIS) is the sole trustee of the waqf property in the state of Selangor and is a crucial stakeholder in the development and development of the waqf property. The Selangor Islamic Religious Council (MAIS) has established the Selangor Waqf Corporation (PWS) as a waqf organization in managing and empowering the waqf institutions in Selangor. However, the practice of cash waqf in Selangor is still not widely accepted in the community, resulting in poor collection. This can affect the development of waqf property. Therefore, this study was conducted to identify the concept of cash waqf in Islam and to study the implementation and contribution of cash waqf in PWS. This study also aims to review issues and suggestions for improvement in cash waqf management at PWS. This qualitative study uses two research methods: the method of documentation and interview. The findings show that increases in the aspects of promotion need to be accelerated and that structured documentation is essential to ensure the sustainability of cash collection at

PWS. It is hoped that this study will serve as a reference and guide to the authorities in coordinating the implementation of cash waqf implementation in PWS so that it is more systematic and more sustainable.

**Keywords:** *cash waqf; problems; improvements*

## **Pendahuluan**

Amalan wakaf telah lama diamalkan dan dipraktikkan oleh masyarakat Islam. Wakaf telah memainkan peranan penting dalam pembangunan dan peningkatan dalam pelbagai institusi keagamaan, pendidikan, ekonomi, sosial dalam Islam (Mohammad Mahyuddin Khalid et al. 2019). Institusi wakaf juga telah berfungsi sebagai sumber pembiayaan dalam pembangunan sosioekonomi serta menjadi pemangkin kepada keharmonian dan kesamarataan sepanjang sejarah pemerintahan Islam. Malah, peranan dan sumbangan institusi wakaf menjadi mercu tanda kehebatan landskap Islam seperti binaan hebat Taj Mahal di India, Jambatan Mostar di Bosnia, Masjid al-Aqsa di Jerussalem, Universiti al-Azhar di Mesir, Hospital Kanak-kanak Shishi di Turki dan Pengairan Air Zubaida di Makkah (Siraj Sait et al. 2006). Ini dibuktikan bahawa institusi ini telah berkembang dan diterima sebagai satu dan diterima sebagai satu daripada sumber pembiayaan penting dalam membangunkan masyarakat, khususnya dalam memberikan akses kepada sumber-sumber asas dan sistem sokongan secara percuma (Razali Othman 2015).

Di Malaysia, wakaf turut dimanfaatkan untuk tujuan ibadah dan kemasyarakatan sekali gus memperlihatkan kesedaran untuk berwakaf. Wakaf berada di bawah bidang kuasa Majlis Agama Islam Negeri (MAIN). Menurut Enakmen Pentadbiran Agama Islam Negeri (EPAIN) di Malaysia, Majlis Agama Islam Negeri (MAIN) adalah pemegang amanah tunggal wakaf dengan ketetapan tiada pihak dibenarkan menguruskan wakaf kecuali dengan kebenaran dan berdaftar di bawah MAIN (Mohd Ali Muhamad Don 2019). Seterusnya, perundangan dan enakmen wakaf bagi setiap negeri adalah berbeza mengikut negeri-negeri. Maka corak tadbir urus bagi setiap negeri adalah berbeza.

Di Selangor, Majlis Agama Islam Selangor (MAIS) merupakan pemegang amanah tunggal bagi harta wakaf di negeri Selangor dan sebagai '*stakeholder*' utama dalam pembangunan dan kemajuan harta wakaf. Dalam memperkasakan institusi wakaf, pihak Majlis Agama Islam Selangor (MAIS) menubuhkan Perbadanan Wakaf Selangor (PWS) sebagai sebuah organisasi wakaf yang mengurus dan mentadbir harta wakaf di Selangor.

Kewujudan produk wakaf kontemporari seperti wakaf tunai pada masa kini, ianya dapat membantu memajukan ekonomi serta mengembangkan lagi institusi wakaf dengan mempelbagaikan produk-produk wakaf yang sedia ada khususnya di Malaysia. Pengamalan sistem wakaf tunai ini berada dalam era kemuncak di mana sistem wakaf zaman Uthmaniyyah memperlihatkan satu sistem agihan pendapatan yang adil dengan matlamat menyediakan segala kemudahan bagi memenuhi keperluan hidup masyarakat melalui kebajikan. Kejayaan sistem wakaf pada zaman kerajaan Uthmaniyah terbukti kerana berjaya meringankan beban dan mengurangkan perbelanjaan kerajaan dalam menyediakan kemudahan dan perkhidmatan kepada masyarakat melalui wakaf tunai (Murat Cizacka 2011).

Pendekatan wakaf tunai merupakan alternatif baharu dalam sistem wakaf di Malaysia. Hal ini disebabkan wakaf tunai berpotensi menjana pendapatan bagi menampung kekurangan dana wakaf dalam usaha membangunkan harta wakaf. Pelaksanaan wakaf tunai telah berjaya membantu Majlis Agama Islam Negeri (MAIN) di negeri-negeri tertentu dalam mendapatkan dana untuk membangun serta memajukan harta-harta wakaf yang sedia ada (Surita Hartini Mat Hassan 2015). Seiring dalam mencapai matlamat tersebut, maka pihak Perbadanan Wakaf Selangor (PWS) telah memperkenalkan produk wakaf tunai dalam memberi peluang kepada masyarakat Islam untuk berwakaf serta usaha untuk membangunkan harta wakaf yang tidak dapat dibangunkan.

Oleh itu, suatu kajian yang perlu dilakukan bagi mengenal pasti konsep wakaf tunai dalam Islam dan mengkaji pelaksanaan dan sumbangan wakaf tunai di PWS. Kajian ini juga bertujuan untuk mengkaji permasalahan dan cadangan penambahbaikan dalam pengurusan wakaf tunai di PWS.

### **Konsep Wakaf Tunai**

Wakaf berasal daripada perkataan bahasa Arab *waqf* iaitu kata terbitan (*masdar*) diambil dari kata kerja *waqafa* yang bermaksud menahan atau menegah (Ibn Munzur 1990). Manakala tunai atau wang berasal daripada perkataan Latin, iaitu *moneta* yang bermaksud syiling atau tempaan wang logam (Dominik 2002). Dalam bahasa Arab, wang disebut dengan kata *nuqud* yang merupakan jamak daripada kata *naqdu* yang bermaksud wang tunai (Atabik Ali t.th.)

Wakaf tunai dari segi istilah iaitu wakaf yang diwujudkan dengan menggunakan wang tunai. Sementara keuntungannya digunakan untuk tujuan kebaikan yang dapat mendekatkan diri kepada Allah S.W.T. Takrifan ini seiring dengan penelitian Hasanuddin Abdul Aziz (2005), iaitu wakaf tunai lazimnya disebut sebagai wakaf wang atau wakaf *an-nuqud*. Ia berlaku apabila modalnya dikekalkan dengan matlamat untuk mendapat keredhaan Allah.

Tujuan wakaf ini dilakukan adalah bagi membolehkan seseorang itu membuat kebaikan dan mendekatkan diri kepada Allah. Ini seiring dengan matlamat wakaf iaitu untuk mendapat pahala yang berpanjangan seperti yang dijanjikan oleh Allah S.W.T. Bezanya dari aspek objek harta yang diwakafkan iaitu objek wakaf tunai adalah dalam bentuk wang tunai.

Menurut definisi wakaf tunai oleh pihak PWS adalah apa-apa sumbangan wang tunai, nilai emas atau yang seumpama dengannya daripada mana-mana orang bagi apa-apa maksud wakaf. Oleh sebab itu, wang tunai yang diwakafkan akan ditukar kepada pembelian aset, pembangunan aset, pelaburan dan perkara lain yang mengikut hukum syarak (Perbadanan Wakaf Selangor 2019).

Wakaf tunai merupakan endowmen kebajikan yang ditubuhkan melalui modal tunai dan berbeza dengan endowmen hartanah yang lain dari segi modal dan strukturnya. Pendapatan yang dijana daripada pelaburan tunai ini kemudiannya akan diagih serta disalurkan dalam aktiviti kebajikan (Murat Cizakca 2004).

Wakaf tunai menjadi kaedah alternatif dalam membasmi kemiskinan khususnya untuk orang Islam. Seperti amalan mewakafkan harta-harta yang lain, wakaf tunai juga menjadikan wang sebagai alat yang boleh diwakafkan. Hasil wang atau dana yang dikumpul akan ditukarkan menjadi barang atau harta atau aset wakaf. Selain itu, wang boleh dijadikan modal pelaburan yang mana modal tersebut boleh dikekalkan dan keuntungan daripada pelaburan akan dimanfaatkan kepada penerima wakaf.

Kaedah wakaf tunai akan melalui tiga proses untuk melengkapkan satu model yang lengkap. Pertama pengumpulan dana. Hasil sumbangan pewakaf atau sumbangan orang awam atas nama wakaf tunai. Kedua ialah proses pengembangan dana. Sesuai dengan sifat wakaf tunai yang bersifat fleksibel, wang tunai hasil sumbangan orang ramai akan dilaburkan kepada sektor-sektor islamik yang boleh membawa kepada keuntungan. Pelaburan ini bertujuan meningkatkan hasil dana wakaf yang sedia ada dan memastikan dana wakaf tunai tidak terdedah kepada risiko kerugian atau projek yang boleh mengakibatkan mudarat kepada dana wakaf. Ketiga ialah proses pengagihan. Setelah dana dilaburkan mencapai tahap yang telah ditetapkan, dana tersebut akan diagihkan kepada golongan sasaran dan diperuntukkan kepada aktiviti-aktiviti yang boleh menjana modal insan (Umar Marzuki et. al. 2011).

### **Pandangan Fuqaha'**

Secara umumnya terdapat perbezaan pendapat dalam kalangan ulama' mengenai kesahan wakaf tunai. Ulama' fiqh berpendapat bahawa harta wakaf hendaklah sesuatu yang bernilai, jelas dan diketahui tentang harta tersebut, dimiliki sepenuhnya oleh pemiliknya sama ada harta



alih (*manqul*) atau harta tak alih (*'aqar*). Ia disebabkan wang tunai secara semula jadi akan menjadi habis apabila digunakan. Elemen berkekalan dalam wang tunai menjadi perbincangan kerana harta wakaf perlu mempunyai elemen kekal dan boleh dimanfaatkan kepada masyarakat umum.

Terdapat dua pandangan berkaitan wakaf tunai iaitu pendapat yang tidak membenarkan wakaf tunai. Pendapat ini dipegang oleh Imam Abu Hanifah, Abu Yusuf, pandangan yang sah dalam mazhab Syafie dan satu pandangan dalam mazhab Hanbali. Imam Abu Hanifah sepertimana yang diketahui sebelum ini tidak membenarkan wakaf harta alih secara mutlak. Oleh itu, wakaf secara tunai adalah lebih kuat untuk dilarang (al-Marghinani 1315). Pandangan yang paling kuat dalam mazhab Syafie ialah tidak membenarkan wakaf tunai sama ada wakaf untuk tujuan perhiasan ataupun perniagaan yang untungnya diberikan kepada orang miskin (al-Syirazi, 1396).

Pandangan yang membenarkan wakaf tunai yang merupakan pandangan mazhab Hanafi, Maliki, pandangan yang lemah dalam mazhab Syafie dan riwayat yang lemah dalam mazhab Hanbali. Pandangan yang kukuh dalam mazhab Hanafi ialah pandangan Muhammad bin al-Hasan iaitu harus wakaf harta alih yang sudah menjadi kebiasaan. Sedangkan wakaf tunai bukan suatu yang biasa pada zamannya tetapi terdapat pandangan dalam mazhab Hanafi kemudiannya iaitu Zufar yang mengharuskan wakaf tunai (Ibn Abidin 1386).

Hukum berwakaf tunai dari sudut fuqaha kontemporari ada menyatakan Akademi Fiqh Islam OIC (Majma' Fiqh Islami) pada persidangannya yang ke 15 di Muscat, Oman pada 6-11 Mac 2004 telah mengeluarkan resolusi yang bernombor 140 tentang keharusan wakaf tunai kerana wujud padanya objektif syarak dalam pensyariatkan wakaf iaitu menahan harta asal dan mengalirkan manfaat yang terhasil daripadanya. Pihak AAOIFI (Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions) dalam Piawaian Syariah ke 33 bernombor 3/4/4/2 turut membenarkan wakaf tunai dengan menggunakan cara yang tidak akan menyebabkan wang itu habis dan berkurangan. Antara cara pengendalian yang dibenarkan adalah melalui pemberian pinjaman (*Qard*) yang patuh Syariah dari wang tunai tersebut atau menyalurkannya kepada pelaburan yang selamat dan patuh Syariah seperti kontrak *mudharabah* dan kemudiannya keuntungan akan dibahagikan kepada peminfaat wakaf (AAOIFI 2010).

Muzakarah Jawatankuasa Fatwa Majlis Kebangsaan Bagi Hal Ehwal Ugama Islam Malaysia Kali ke 77 yang bersidang pada 10-12 April 2007 telah memutuskan bahawa berwakaf dalam bentuk tunai adalah diharuskan dalam Islam.

Selain itu, kebanyakan fatwa negeri-negeri di Malaysia turut membenarkan dan mengharuskan berwakaf dengan wang tunai mengikut metod dan pelaksanaan masing-masing. Sebagai contoh Jawatankuasa Fatwa Negeri Selangor (5 September 2006) dan Jawatankuasa Fatwa Negeri Terengganu (31 Januari 2007). Jawatankuasa Fatwa Kedah dan Majlis Agama Islam Johor (MAIJ) membenarkan wakaf tunai berdasarkan keputusan Muzakarah Jawatankuasa Fatwa Majlis Kebangsaan Bagi Hal Ehwal Ugama Islam Malaysia Kali ke 77 yang bersidang pada 10-12 April 2007.

Secara kesimpulannya, sebahagian ulama' mazhab dan fatwa kontemporari bersepakat mengharuskan wakaf secara tunai kerana wang merupakan harta alih yang bernilai dan boleh memberi manfaat. Oleh itu, wakaf secara wang tunai perlu ditukarkan kepada harta kekal agar manfaat yang diperoleh oleh pewakaf akan berpanjangan dan mencapai matlamat wakaf tersebut.

## Metodologi Kajian

Kajian ini adalah berbentuk kualitatif dengan menggunakan kaedah dokumentasi dan temubual. Kajian perpustakaan berdasarkan rujukan-rujukan sedia ada sama ada majalah, buku, jurnal serta tesis. Di samping itu, temu bual juga telah dilakukan dengan menemu bual pihak-pihak yang berkepentingan dari Majlis Agama Islam Selangor dan Perbadanan Wakaf Selangor sebagai melihat prosedur pelaksanaan wakaf tunai yang telah dilaksanakan.

## Pelaksanaan Wakaf Tunai Di PWS

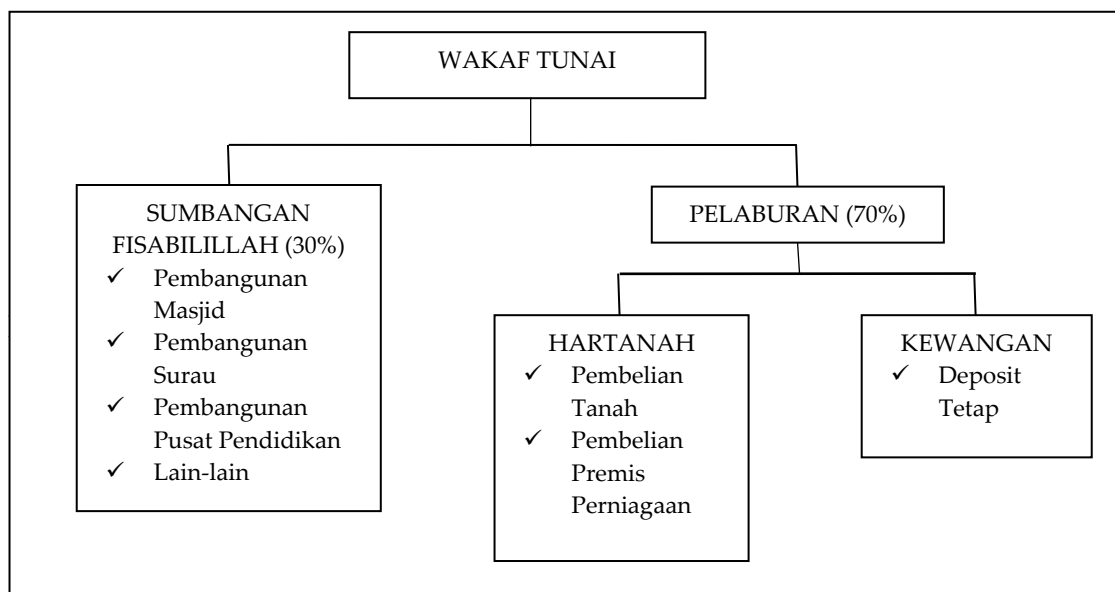
Produk wakaf tunai di PWS telah diperkenalkan pada tahun 2018 setelah mendapat persetujuan Jawatankuasa PWS dan fatwa negeri Selangor dalam mesyuarat jawatankuasa fatwa negeri selangor kali ke-5/2017 yang bersidang pada 17 Oktober 2017 yang mengharuskan wang tunai sebagai harta wakaf. Produk wakaf tunai ini bukanlah produk yang baru dalam PWS kerana dahulu ia dikenali sebagai produk Saham Wakaf Selangor (SWS) yang diperkenalkan pada tahun 2011. Akibat kekeliruan masyarakat berkaitan saham wakaf yang dikaitkan dengan saham wakaf di bursa, maka pihak PWS telah menukar nama produk kepada produk wakaf tunai (Anis Amirah 2019).

Produk wakaf tunai telah dibahagikan kepada dua jenis iaitu wakaf tunai am dan wakaf tunai khas. Wakaf tunai am iaitu wang tunai yang diwakafkan oleh pewakaf dengan tidak menyatakan sesuatu tujuan pewakafannya dan hendaklah dibelanjakan bagi tujuan pembelian aset kekal. Dengan erti kata lain, kutipan wakaf tunai am boleh digunakan untuk memperolehi harta kekal dengan syarat mestilah memenuhi tujuan atau matlamat pewakaf menyertai wakaf tunai di PWS. Pada kebiasaannya, wakaf tunai am akan digunakan untuk membina masjid, surau, sekolah atau binaan kekal yang lain tanpa dikhususkan untuk binaan tertentu (Anis Amirah 2019).

Wakaf tunai khas merupakan wang tunai yang diwakafkan untuk tujuan khusus yang diniatkan oleh pewakaf. Dengan erti kata lain, kutipan wakaf tunai khas digunakan untuk perkara khusus yang telah ditentukan oleh pihak pewakaf yang menyertai wakaf tunai di PWS. Pada kebiasaannya, wakaf tunai khas akan digunakan berdasarkan niat pewakaf seperti pewakaf meniatkan wakaf tunai khas kepada Masjid UKM di Bangi. Maka hasil dana wakaf tunai khas akan disalurkan kepada Masjid UKM sahaja (Anis Amirah 2019).

Pembahagian wakaf tunai di PWS terbahagi kepada dua bahagian iaitu sumbangan fisabilillah dan pelaburan. Sebanyak 30 peratus daripada hasil kutipan wakaf tunai akan digunakan untuk sumbangan fisabilillah iaitu pembangunan masjid dan surau serta pembangunan pusat pendidikan dan lain-lain. Manakala 70 peratus daripada hasil kutipan wakaf tunai akan digunakan untuk pelaburan seperti hartanah iaitu pembelian tanah atau pembelian premis perniagaan dan kewangan iaitu meletakkan wang ke dalam deposit tetap (Anis Amirah 2019).

Rajah 1 Carta Pembahagian Wakaf Tunai di Perbadanan Wakaf Selangor



Sumber: Hasil temu bual dengan Anis Amirah (Pegawai Eksekutif Pemasaran Korporat PWS) 2019

### Sumbangan Wakaf Tunai Di PWS

Hasil kutipan wakaf tunai yang telah diperoleh oleh pihak PWS, maka pihak PWS perlu bertanggungjawab mengagihkan dana wakaf tunai bagi memastikan tujuan dan hasrat pewakaf itu tercapai. Jumlah yang telah diagihkan daripada hasil dana wakaf tunai adalah sebanyak RM 142 juta iaitu jumlah agihan akan dibelanjakan untuk beberapa projek yang dilakukan bagi membangunkan hasil kutipan tersebut. Pihak PWS telah membahagikan agihan dana kepada 5 projek iaitu projek pembangunan masjid, projek pembangunan surau, projek pembangunan pusat pendidikan, projek khas (lain-lain) dan projek am (lain-lain) (Perbadanan Wakaf Selangor 2019).

Projek pembangunan masjid, pihak PWS telah mengagihkan dana wakaf tunai sebanyak RM 57 juta untuk 35 buah masjid. Ia merupakan projek pembinaan masjid seperti Masjid Al-Mustaqim, Taman Nirwana di Ampang sebanyak RM 10 juta dan juga bantuan penyelenggaraan masjid seperti Masjid Al-Hasanah di Bandar Baru Bangi sebanyak RM 45 ribu (Ibid).

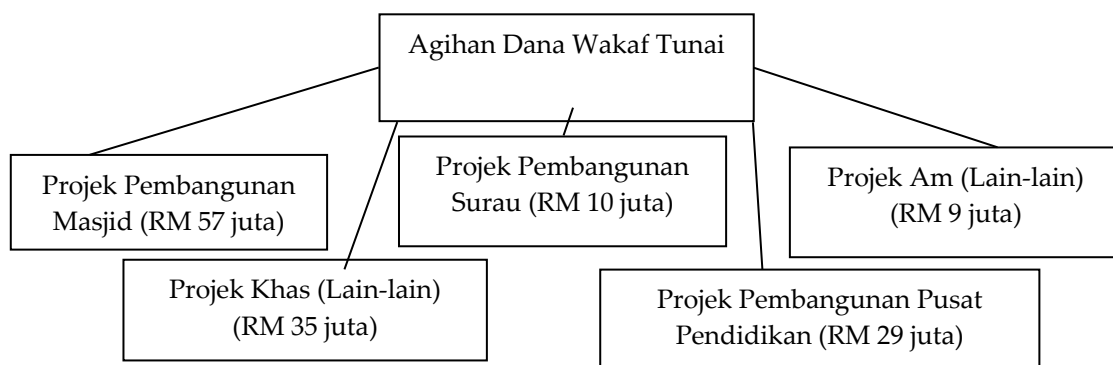
Projek pembangunan surau, pihak PWS telah mengagihkan dana wakaf tunai sebanyak RM 10 juta untuk 53 buah surau. Ia merupakan projek bantuan penyelenggaraan surau seperti Surau Ar-Raudhah, Bandar Bukit Mahkota di Kajang sebanyak RM 15,125.00 (Ibid.).

Projek pembangunan pusat pendidikan, pihak PWS telah mengagihkan dana wakaf tunai sebanyak RM 29 juta untuk 32 buah pusat pendidikan. Ia merupakan projek bantuan penyelenggaraan pusat pendidikan seperti Madrasah An-Nurul Muhammadiyah di Shah Alam sebanyak RM 3,300.00.

Projek khas (lain-lain), pihak PWS telah mengagihkan dana wakaf tunai sebanyak RM 35 juta iaitu beberapa pewakaf telah mewakafkan secara khusus di beberapa buah masjid dan surau atau pusat pendidikan untuk tujuan bantuan penyelenggaraan atau pembinaan. Dalam projek am (lain-lain), pihak PWS telah mengagihkan dana wakaf tunai sebanyak RM 9 juta daripada jumlah perbelanjaan keseluruhan. Pihak PWS mengagihkan dana tersebut seperti pembelian alatan kesihatan di pusat-pusat hemodialisis atau hospital.

Keseluruhannya, pihak PWS telah berjaya mengagihkan hasil dana wakaf tunai mengikut kesesuaian dan keperluan bagi mencapai matlamat pewakaf yang menyertai wakaf tunai. Oleh sebab itu, ia memberi satu kepercayaan oleh masyarakat untuk terus berwakaf melalui PWS seterusnya membangunkan ekonomi ummah secara efisien dan holistik berdasarkan hukum syarak.

Rajah 2 Carta Agihan Dana Wakaf Tunai Sehingga Tahun 2018



Sumber: Hasil temu bual dengan Anis Amirah (Pegawai Eksekutif Pemasaran Korporat PWS) 2019

## **Permasalahan**

Terdapat pelbagai isu yang boleh dikenal pasti daripada wakaf tunai di PWS iaitu:

### **1) Kefahaman Masyarakat**

Kekeliruan dan tahap kefahaman masyarakat yang rendah terhadap wakaf tunai menjadi halangan utama Perbadanan Wakaf Selangor. Hal ini kerana, masyarakat sudah didedahkan dengan perkembangan wakaf semasa. Namun terdapat golongan masyarakat masih lagi kurang memahami konsep wakaf dalam Islam. Mereka menganggap wakaf hanya terikat dengan pemberian harta kekal seperti bangunan dan tanah semata-mata. (Anis Amirah 2019).

Pelbagai program, kempen dan promosi yang telah dijalankan oleh pihak PWS dalam memberi pemahaman berkaitan wakaf tunai walaupun ianya dilihat belum menyeluruh. Walaupun begitu, promosi dan program wakaf perlu dipergiatkan supaya jumlah masyarakat yang celik terhadap ilmu wakaf tunai semakin meningkat.

### **2) Kakitangan Yang Mengendalikan Wakaf Tunai**

Sesebuah organisasi yang ingin berdiri teguh mestilah mempunyai pegawai dan kakitangan yang berkemahiran. Begitu juga institusi-institusi yang mentabir harta wakaf. Kekurangan tenaga mahir merupakan salah satu punca membantutkan kelancaran pelaksanaan wakaf tunai. Pelaksanaan projek wakaf tidak mencapai tahap yang diinginkan akibat kekurangan pegawai yang berkemahiran untuk mengetuai gerak kerja serta pakar dalam selok- belok pelaburan dana wakaf tunai.

Kakitangan bagi Bahagian Pemasaran dan Dakwah di Perbadanan Wakaf Selangor mempunyai kakitangan yang mencukupi namun perlu ada penambahan kakitangan supaya sumbangan atau agihan wakaf tunai dapat ditingkatkan. Hal ini kerana bahagian atau unit tersebut terlibat secara langsung dalam projek wakaf tunai. Apabila ia ditingkatkan pengambilan kakitangan maka ia akan meningkatkan lagi hasil sumbangan serta agihan kepada masyarakat. Maka, hal ini dapat mengembangkan prospek wakaf tunai dalam mencapai kecemerlangan institusi wakaf (Anis Amirah 2019).

### **3) Sistem Dokumentasi**

Sistem dokumentasi yang teratur sangat penting dalam sesebuah organisasi. Kerja merekod, menganalisis data dan penyimpanan data perlu dilakukan dengan betul dan sistematik. Sistem ini akan memastikan maklumat dapat dikumpulkan dengan baik dan mudah untuk membuat rujukan jika diperlukan di samping gerak kerja dapat diatur dengan lebih teliti sekaligus dapat dilaksanakan perancangan dengan baik. Perbadanan Wakaf Selangor (PWS) mempunyai sistem dokumentasi yang baik namun perlu diperkembangkan lagi supaya ia dapat dilihat secara sistematik dan teratur.

## **Cadangan Dan Penambahbaikkan**

Terdapat beberapa cadangan dan penambahbaikkan dalam memajukan wakaf tunai di PWS iaitu:

### **1) Promosi**

Usaha yang boleh dilakukan oleh PWS dalam mempromosikan produk wakaf tunai dilihat sangat baik seperti penyebaran maklumat wakaf tunai di media seperti televisyen, radio dan surat khabar (Anis Amirah 2019). Maka pihak PWS perlu maningkatkan penyebaran maklumat di dalam media sosial seperti di Facebook atau Instagram atau mengiklankan di Youtube berkaitan promosi wakaf tunai. Hal ini kerana penyebaran maklumat di media sosial dilihat lebih efektif dan menyeluruh berbanding medium-medium interaktif yang lain. Oleh itu, dengan penyebaran maklumat berkaitan wakaf tunai secara menyeluruh dapat meningkatkan hasil kutipan wakaf tunai.

### **2) Dokumentasi Tersusun**

Pengemasan dalam sistem dokumentasi yang lebih teratur, dapat menarik masyarakat untuk mendapatkan kepercayaan yang tinggi. Hal ini kerana, masyarakat lebih tertarik untuk melihat kepada hasil pembangunan wakaf. Walau bagaimanapun, pihak PWS telah menjalankan amanah dan tanggungjawab yang sangat baik dengan mengagihkan hasil dana wakaf untuk beberapa pembangunan harta wakaf, tetapi penyebaran maklumat dilihat kurang dipamerkan. Oleh itu, dalam meningkatkan kepercayaan masyarakat, maka penyebaran maklumat perlu diperluaskan supaya entiti institusi wakaf dilihat semakin berkembang dan maju dalam memacu pembangunan harta wakaf terutamanya di negeri Selangor.

### **3) Memperluas Agihan Dana Wakaf**

Sesebuah institusi wakaf diperlihatkan semakin berkembang dan maju, perlu kepada struktur agihan dana wakaf yang lebih berkesan dan mampan kepada ekonomi dan juga aspek sosial. Oleh itu, pengkaji mencadangkan hasil dana yang dijana melalui wakaf tunai berkenaan bukan sahaja dapat memenuhi kehendak agama menerusi pelaksanaan pelbagai aktiviti keagamaan, tetapi dapat mewujudkan peluang pekerjaan untuk membangunkan sosioekonomi masyarakat seluruhnya. Oleh sebab itu, agihan dana wakaf tunai perlu ditingkatkan dari sudut pengagihan kepada masyarakat dalam bentuk pembangunan infrastruktur atau komersil seperti pembinaan kilang di mana ianya dapat memberi peluang pekerjaan kepada masyarakat seterusnya mengurangkan kadar pengangguran.

### **4) Perkemaskan Kerjasama yang Sedia Ada**

Institusi-institusi yang mentadbir wakaf perlu membuka jaringan kerjasama supaya sektor wakaf di Malaysia lebih utuh. Antara cadangannya adalah, mewujudkan kerjasama antara institusi-institusi pentadbiran wakaf dengan badan organisasi belia supaya bagi menambahkan lagi sukarelawan atau melahirkan golongan belia yang turut menyumbang dalam bentuk promosi dan penyebaran maklumat berkaitan wakaf dan juga menjadi sukarelawan dalam program pengagihan harta wakaf.

Kerjasama ini akan membuka mata golongan muda tentang kepentingan wakaf tunai. Hal ini akan menarik minat golongan muda untuk menyertai program wakaf yang dianjurkan. Penglibatan golongan muda ini penting kerana mereka akan menjadi penggerak kepada pembangunan sektor wakaf pada masa hadapan.

## Penutup

Wakaf tunai merupakan satu bentuk wakaf kontemporari yang perlu diberi perhatian dalam usaha membangunkan ekonomi umat Islam dan mengurangkan kadar kemiskinan masyarakat Islam di Malaysia. Penerokaan konsep wakaf kontemporari seperti wakaf tunai mampu menaikkan tahap ekonomi orang Islam.

Pihak Perbadanan Wakaf Selangor (PWS) selaku pemegang amanah tunggal harta wakaf umat Islam khususnya di negeri Selangor dilihat mampu menjalankan amanah dan tanggungjawab tersebut dengan baik. Dengan kekuatan di dalam pengurusan PWS dilihat sebagai suatu langkah proaktif dalam memberi kelancaran serta keberkesanan setiap tugas berkaitan dapat dilakukan. Ini dapat dibuktikan sejak hampir 10 tahun wakaf diperbadankan menjadi PWS, kutipan dan agihan dilihat semakin rancak dan menggalakkan. Namun begitu, amalan wakaf tunai di negeri Selangor dilihat semakin kurang penyertaan menyebabkan hasil kutipan wakaf tunai semakin berkurangan.

Kajian ini dilakukan mengenal pasti beberapa permasalahan seperti kefahaman masyarakat mengenai wakaf tunai serta penglibatan kakitangan PWS dalam pengurusan wakaf tunai. Justeru itu, pengkaji akan memberi beberapa cadangan yang boleh memberi implikasi kepada pihak PWS dalam meningkatkan hasil kutipan wakaf tunai seperti mempergiat promosi yang sedia ada dan dokumentasi yang lebih tersusun dan sistematik. Oleh itu, kajian ini akan memberi implikasi kepada institusi wakaf seperti PWS dalam memajukan sektor wakaf yang merupakan salah satu institusi umat Islam sepenuhnya.

## PENGHARGAAN

Pengkaji mengucapkan jutaan terima kasih dan penghargaan kepada pihak PPPI, USIM yang membiayai geran penyelidikan di bawah skim USIM, KOD PENYELIDIKAN: USIM/FRGS/INFAD/FSU/055002/51117.

## RUJUKAN

- AAOIFI. 2010. *al-Ma'ayir al-Shar'iyah*. al-Manamah: AAOIFI.
- Al-Marginani, 1315. *Al-Hidayah ma'a Fath al-Qadir*. Kaherah: Bulaq.
- Al-Syirazi, 1396. *Al-Muhazzab*. Kaherah: Mustafa al-Halbi.
- Anis Amirah Mohd Kifly. 2019. Perbadanan Wakaf Selangor, Selangor. Temu bual, 2 Julai.
- Atabik Ali Ahmad Zuhdi Muhdlor. T.th. *Kamus Kontemporer Arab-Indonesia*. Yogyakarta, Indonesia: Yayasan Ali Maksum Krpyak.

- Dominik. 2002. *Words and Ideas*. Illinois, USA: Bolchazy-Garducci Publisher, Inc.
- Hasanuddin Abdul Aziz. 2005. Islamic World and Gold Dinar Globalization. *Pemikir*, No. 35.
- Ibn 'Abidin, 1386. *Hasyiah Ibn 'Abidin*. Kaherah: Mustafa al-Halabi.
- Ibnu Munzur. 1990. *Lisan al-'Arab*. Beirut: Dar al-Fikr.
- Mohammad Mahyuddin Khalid, Mohd Ashrof Zaki Yaakob, Azri Bhari & Mohd Afandi Mat Rani. 2017. *Wakaf Kontemporari Strategi Pembangunan Wakaf Pendidikan Tinggi di Malaysia*. Selangor: Penerbit Press Universiti Teknologi Mara.
- Mohd Ali Muhamad Don. 2019. Aplikasi Model Teori Al-Wilayah: Cadangan Penyelesaian Konflik Perundangan Wakaf di Malaysia. *Jurnal Pengurusan dan Penyelidikan Fatwa*. Vol.16.
- Murat Cizacka. 2004. *Ottoman Cash Awqaf Revisited: The Cash of The Bursa 1555-1823*. Foundation for Science Technology. Publication ID: 4062.
- Murat Cizacka. 2011. *Islamic Capitalism and Finance: Origin, Evolution and the Future*. Cheltenham, UK: Edwar Elgar Publishing Ltd.
- Perbadanan Wakaf Selangor MAIS. 2019. Agihan Dana Saham Wakaf. <http://www.wakafselangor.gov.my>. [2 Julai 2019].
- Perbadanan Wakaf Selangor MAIS. 2019. Agihan Dana Saham Wakaf. <http://www.wakafselangor.gov.my>. [2 Julai 2019].
- Razali Othman. 2015. *Wakaf Tunai*. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka.
- Siraj Sait dan Lim, H. 2006. *Land, Law and Islam: Property and Human Right in the Muslim World*. London, UK: Zed Books Ltd.
- Surita Hartini Mat Hassan. 2015. *Potensi Dinar Emas Dalam Wakaf Tunai*. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka
- Umar Marzuki, Shahida Shahimi, Abdul Ghafar Ismail & Zaini Embong. 2012. Tackling poverty: A look at cash waqf. *Prosiding PERKEM IIV 2*: 1611-1623.

تأصيل الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في باب الإجارة عند ابن نجيم الحنفي

Ismail Jalili<sup>1</sup>, Azman Ab. Rahman  
Fakulti Syariah dan Undang-Undang  
Universiti Sains Islam Malaysia

الملخص

لهذا البحث هدفٌ أساسيٌّ إلى تحرير الضوابط الفقهية عند ابن نجيم الحنفي (ت. 970هـ) وتطبيقاتها في بعض قضايا الإجارة. ويتطرق الباحث فيه إلى توضيح معنى الضوابط الفقهية ومباحثها وإمكاناتها في أن تكون دليلاً أو حجةً في الاستدلال والاستنباط. يستخدم الباحث في بحثه المنهج الاستقرائي لتحقيق معنى الضوابط الفقهية ومباحثها وإمكاناتها في الاستدلال والاستنباط، والمنهج الاستنباطي لأخذ الاستنباط أو النتائج من مباحث الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في قضية الإجارة. من نتائج البحث التي يتوصل بها الباحث يظهر أن لابن نجيم دوراً هاماً في نشأة علم القواعد والضوابط الفقهية ونشره، وله أسهامٌ مميزةٌ في إصدار بعض الضوابط الفقهية التي بخاصتها توضح بعض القضايا الفقهية المتعلقة بباب الإجارة.

**الكلمات المفتاحية:** الضوابط الفقهية، استنباط الأحكام الفقهية، المعاملات المالية، وقضايا الإجارة.

Abstract

This article studies the concept of *dhawâbit fiqhiyyah* and its application in *Ijârah* issue according to the view of Ibnu Nujaim al-Hanafi. This study aims to reveal the meaning of the concept of *dhawâbit fiqhiyyah*, and to discuss its possibility to be source of dalil or hujjah in issuing fatwa. The methodology of study in this article is mostly using the deductive and inductive analysis to discuss the classical as well as modern sources regarding the concept of *dhawâbit fiqhiyyah*. The application of some kinds of *dhawâbit fiqhiyyah* is also included in the discussion of this topic. The finding shows that Ibnu Nujaim al-Hanafi had important role to spread this field of knowledge. There are some *dhawâbit fiqhiyyah* produced by him can be applied to clarify some *Ijârah* issues in this modern era.

**Keywords:** *dhawâbit fiqhiyyah*, business transactions, and formulation of Islamic law.

المقدمة

إن من مميزات الشريعة الإسلامية وخزائنها ظهور علم القواعد والضوابط الفقهية. وهو فنٌ عظيمٌ من ضمن علم الفقه وأصوله، من حيث أنه يضبط أحكام الفقه وينسّق علله، ويربط المسائل في الأبواب المختلفة برباطٍ متّحدٍ وحكمٍ واحدٍ. ومن اعتنى بعلم القواعد والضوابط الفقهية الفقيه ابن نجيم المصري الحنفي (ت. 970هـ). وقد أسهم في نشأة هذا الفنّ الجليل عن طريق التدوين والتأليف حتى يستفيد الناس منها كثيراً عند الدراسة عن قضايا القواعد والضوابط الفقهية في طراز المذهب الحنفي. وبجانب ذلك، يكون مجال المعاملات المالية من أهم مجالات البحث والدراسة في علم الفقه. ولاسيما في هذا العصر، كانت قضايا المعاملات المالية تتطور تطوراً باهرًا، وتظهر الوقائع والمشاكل المضطربة تحتاج إلى بيان الأحكام الشرعية من

<sup>1</sup> هو طالب الدكتوراه في كلية الشريعة والقانون بجامعة العلوم الإسلامية الماليزية.



خلال الضوابط الفقهية. وعلى ذلك، يود الباحث أن يتطرق إلى نبذة حياة ابن نجيم وفكرته في الضوابط الفقهية ومباحثها، وصلاحياتها في الاستدلال، وبيان بعض قضايا المعاملات المالية المتعلقة بالضوابط الفقهية المختارة، وعرض نموذجٍ تطبيقيٍّ للضوابط الفقهية في بعض قضايا الإجارة بمراعاة آراء ابن نجيم الحنفي فيها.

## نبذة عن ابن نجيم الحنفي

### أولاً: اسمه ونشأته

إسمه الكامل ابن نجيم إن اسمه الكامل زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد بن بكر الحنفي، الشهير بابن نجيم المصري، وهو اسمٌ منسوبٌ إلى أسماء أجداده من علماء القرن العاشر. وُلِدَ ابن نجيم بالقاهرة سنة 926هـ/1520م.<sup>1</sup> وقد نشأ ابن نجيم في أسرة ذات اهتمام قوية بتعليم أولادها كغيرهم من صبيان القاهرة الذين كانوا يذهبون إلى الكتاتيب والمدارس لحفظ القرآن وتعلُّم شئ من علوم العربية. وكان ابن نجيم يقود طموحه ودكاؤه إلى النبوغ والتفوق، فينكب بهمةٍ ونشاطٍ على دراسة الفقه الحنفي.<sup>2</sup> وقد رحل ولازم بعض الأساتذة في طلب العلم، وتلمذ عليهم في بعض الأمور المتعلقة بالأدب وعلم الفقه وأصوله والتصوف، وغيرها من العلوم الشرعية. ولذلك، ليس من المستغرب إذا كان أساتذة ابن نجيم الحنفي يُقدِّرونه في الذكاء والاجتهاد في معرفة مسائل المذهب الحنفي وأصوله، وفي توجهه إلى التصوف وتميُّزه باستقامة الخلق، فأجازوه في التدريس والإفتاء وهو في بداية سن الشباب.<sup>3</sup> وقد رأى ابن نجيم أن الفقه الحنفي أعظم اهتماماته العلمية درسًا وإفتاءً وتأليفًا، وذلك يتضح من كلامه بأن الفقه كان أول فنونه وطالما سهر الليال في التعلم والدراسة فيه، وبذل جهوده للاستيلاء عليه وللإستقرار على الكتب المتوفرة قديمًا وحديثًا، ولم يزل يسعى في تحصيله حتى أن يلقي ربه.<sup>4</sup> وقد اشتهر ابن نجيم الحنفي بحسن الخلق

<sup>1</sup> ابن العماد، شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العسكري، الحنبلي، الدمشقي. 1993. *شذرات الذهب في أخبار من ذهب*. تحقيق: محمود الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. دمشق: دار ابن كثير. ط1. ج10. ص523. والزركلي، خير الدين. 2002. *الأعلام* - قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين. بيروت: دار العلم للملايين. ط15. ج3. ص64. والغزي، نجم الدين محمد بن محمد. 1997. *الكوكب السائرة بأعيان المائة العاشرة*. تحقيق: خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1. ج3. ص137-138.

<sup>2</sup> سراج، محمد أحمد، ومحمد، علي جمعة. 1999. *رسائل ابن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية*. القاهرة: دار السلام. ط1. ص15.

<sup>3</sup> سراج. 1999. *رسائل ابن نجيم الاقتصادية*. ص16.

<sup>4</sup> ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. 1994. *الفوائد الزينية في مذهب الحنفية*. تحقيق: آل سليمان، أبو عبيدة مشهور بن حسن. دار ابن الجوزي. ص29-30.

والتواضع والمصاحبة بين الناس، لأنه عاصر الصالحين والأولياء. ومن حسن خلقه يظهر بوضوح مما نص به الإمام عبد الوهاب الشعراي<sup>1</sup> لما خرجا معاً للحج سنة 953هـ، وسنه آنذاك عشرون عاماً.

### ثانياً: خلقه ومدح العلماء له

وفضلاً على ذلك، اشتهر ابن نجيم بعلمه، وخلقته الكريم، بحيث مدحه جميع من ترجم له. وقد أشار إلى ذلك ابن العماد في الشذرات أنه الإمام العالم، العلامة البحر الفهامة، وحيد دهره وفريد عصره، وكان عمدة العلماء العاملين، وقدوة الفضلاء الماهرين، وختام المحققين والمفتين.<sup>2</sup> وصرح عبد الوهاب الشعراي عن خلقه الكريم وبين أنه صحبه عشر سنين، ولم ير عليه شيئاً يشينه، وفي يوم من الأيام سافر معه للحج في سنة ثلاث وخمسين وتسعمائة فرآه على خلقٍ عظيمٍ مع جيرانه وغلماانه، ذهاباً وإياباً. ولم يجد أي عيبٍ صغيرٍ من نفسه، مهما كان السفر يتعبه والحال يسيئه كثيراً.<sup>3</sup>

### ثالثاً: تصانيفه

لابن نجيم الحنفي عددٌ كبيرٌ من المصنفات والمؤلفات التي تدل على وسع علمه وثقافته العلمية، منها: كتاب البحر الرائق في شرح كنز الدقائق. هذا الكتاب شرحٌ لكتاب كنز الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي (ت 710هـ).<sup>4</sup> طبع في ثمانية أجزاء وبهامشه: كنز الدقائق، مع تكملة العلامة محمد بن علي الطوري.<sup>5</sup> وكتاب الأشباه والنظائر وجمع المؤلف في هذا الكتاب قواعد المذهب الحنفي وأصوله وربّته ترتيباً مشابهاً لكتاب جلال الدين السيوطي المتوفى عام 911هـ.<sup>6</sup> وكتاب الفوائد الزينية في مذهب الحنيفة. هذا الكتاب ألفه ابن نجيم الحنفي حيث أنه أفنى عمره في النظر في كتب المذهب المعترية من المذهب الحنفي، مع عزو وتوثيق، واستثناء، وتفريع وتعليق.<sup>7</sup> وكتاب الفتاوى الزينية. هذا الكتاب تحتوي على الفتاوى لابن نجيم الحنفي، بحيث تنطوي على أجوبة فقهية عن بعض المسائل الفقهية التي سأل عنها

<sup>1</sup> هو عبد الوهاب بن أحمد بن علي بن أحمد بن علي بن محمد بن زوفا الشعراي الشافعي. كان عالماً، عابداً، زاهداً، فقيهاً، محدثاً، أصولياً، صوفياً ومسلكاً، من ذرية محمد بن الحنفية. ولد في دار جده لأمه بقرية من إقليم القليوبية بمصر، تسمى (قلقشندة). انظر: ابن العماد. 1993. شذرات الذهب. ج 10. ص 544-545.

<sup>2</sup> ابن العماد. 1993. شذرات الذهب. ج 8. ص 358.

<sup>3</sup> ابن نجيم. 1999. الأشباه والنظائر. ط 4. ص 5. وسراج. 1999. رسائل ابن نجيم الاقتصادية. ص 16.

<sup>4</sup> النقيب، أحمد بن محمد نصير الدين. 2001. المذهب الحنفي - مراحل وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، وخصائصه ومؤلفاته. الرياض: مكتبة الرشد. ط 1. ص 572.

<sup>5</sup> هو عبد القادر بن عثمان القاهري الحنفي الطوري، فقيه، أديب، ولي إفتاء الحنفية بمصر، توفي سنة 1026هـ. ألف بعض الكتب منها: شرح على الكنز في فروع الفقه الحنفي، تكملة البحر الرائق وسماه كتاب الفواكه الطورية. البغدادي، إسماعيل باشا. 1955. هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج 1. ص 599-600.

<sup>6</sup> ابن نجيم. 1999. الأشباه والنظائر. ص 24.

<sup>7</sup> ابن نجيم. 1994. الفوائد الزينية. ص 6. والنقيب. 2001. المذهب الحنفي. ص 669.

المجتمع في عصره.<sup>1</sup> وكتاب **فتح الغفار بشرح المنار**. وفي هذا الشرح حاول ابن نجيم حل ألفاظ متن "المنار للنسائي" وبيان معانيه.<sup>2</sup>

### ابن نجيم وموقفه من المذهب الحنفي

إن في المذهب الحنفي، كان الحنفية يلجأون إلى التخريج في المسائل التي لم يجدوا فيها نصاً عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه المجتهدين، وذلك لأن ما استنبطه هؤلاء الأئمة من المسائل وبينوا أحكامها لا يمكن أن يشمل جميع ما يحتاجه الناس على مدى العصور، لا سيما وقد نشأ بعدهم من المعاملات والتصرفات والوقائع ما لم يكن في زمنهم. وهؤلاء العلماء الذين لديهم قدرة على النظر في أصول الأئمة والتفريع على قواعدهم، وعلى إلحاق النظر بالنظر وضم الشبيه إلى الشبيه، يستطيعون استنباط أحكام الفروع المتجددة التي لا نقل فيها عن أئمة المذهب، والقيام بجهود واسعة في هذا المجال لمواجهة الأحداث الجديدة بحلولها وبيان أحكامها.<sup>3</sup> وإذا اطلعنا على عمليتهم الاستنباطية فوجدنا أنه من عملية المخرجين في المذهب الحنفي، وهذا ما أشار إليه أبو زهرة، وذكر أن هؤلاء الفقهاء من أصحاب التخريج الذين يستخرجون أحكاماً لمسائل لم تؤثر لها أحكاماً من أصحاب المذهب الأولين بالبناء على قواعد المذهب.<sup>4</sup>

وفي يومنا الحاضر، فإننا نجد معظم المؤلفات الفقهية مشحوناً بهذا النوع من المسائل والأحكام المخرجة على أصول الأئمة أو فروعهم، كما بينه الدهلوي أنه وجد بعض العلماء زعموا أن ما في هذه الشروح الطويلة وكتب الفتاوى الضخمة كلها أقوال أبي حنيفة وصاحبيه. ومن الأسف أنهم ما فرقوا بين القول المخرج وبين ما هو قول في الحقيقة، ولم يحصّلوا معنى قولهم: (على تخريج الكرخي كذا، وعلى تخريج الطحاوي كذا)، ولم يميزوا بين قولهم: (قال أبو حنيفة كذا)، وبين قولهم: (جواب المسألة على قول أبي حنيفة وعلى أصل أبي حنيفة كذا)، ولم يصغوا إلى ما قاله المحققون من الحنفيين كابن الهمام وابن النجيم في مسألة العشر في العشر، ومسألة اشتراط البعد من الماء ميلاً في التيمم وأمثالهما، وإن ذلك من تخرجات الأصحاب.<sup>5</sup>

وهناك نظر آخر في تعيين الشخص بأن يعد المجتهد أم لا. فيرى مصطفى أحمد الزرقا أنه إذا كان الشخص ذا قدرة علمية في تعرف علل الأحكام المذهبية، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب فهو مجتهد

<sup>1</sup> النقيب. 2001. المذهب الحنفي. ص 611-612.

<sup>2</sup> المرجع نفسه. ص 744.

<sup>3</sup> النقيب. 2001. المذهب الحنفي. ص 129.

<sup>4</sup> أبو زهرة. د.ت. تاريخ المذاهب الإسلامية. ص 387.

<sup>5</sup> الدهلوي، شاه ولي الله ابن عبد الرحيم. 1986. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. بيروت: دار النفائس. ط3. ص 92. والدهلوي، شاه ولي الله ابن عبد الرحيم. حجة الله البالغة. تحقيق سيد سابق، القاهرة: دار الكتب الحديثة. ج 1. ص 336.

في المذهب.<sup>1</sup> وأن المجتهد في المذهب لا بد أن يكون له ملكة الاقتدار على استنباط أحكام الفروع المتجددة التي لا نقل فيها عن صاحب المذهب من الأصول التي مهدها صاحب المذهب. وهو المسمى بالمجتهد في المذهب.<sup>2</sup> وأين موقف ابن نجيم بين هؤلاء الفقهاء المجتهدين السابقين؟ يرى الباحث أن ابن نجيم يدخل في صنف المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب أو أحد من أصحابه. وذلك يظهر من عمله وهو استنبط كما استنبط غيرهم من هؤلاء المجتهدين أحكام غير المنصوص عليه على حسب الأصول المقررة في المذهب، وليس لهم أن يجتهدوا في مسائل قد نصّ عليها إلا في دائرة معينة.<sup>3</sup> ومن الجدير بالذكر أن الدهلوي يرى أن ابن نجيم أحد المجتهدين المتبحرين في المذهب. وذلك، لأنه حافظ لكتب مذهبه، وأنه قد استوفى شروط الاجتهاد، كأن يكون المجتهد صحيح الفهم، عارفاً بالعربية وأساليب الكلام ومراتب الترجيح، متفطناً لمعاني كلامهم لا يخفى عليه غالباً تقييد ما يكون مطلقاً في الظاهر والمراد منه المقيد، وإطلاق ما يكون مقيداً في الظاهر والمراد منه المطلق.<sup>4</sup> ونرى أن ابن نجيم مجتهد في المذهب الحنفي، لأنه ذو قدرة علمية وملكية فقهية تُمكنه من الاجتهاد في القيام بترجيح بعض الآراء في المذهب والاستنباط على المسائل الفقهية وإصدار الأحكام المستنبطة عليها.

### معنى الضابط الفقهي في اللغة والاصطلاح

إن معنى الفقه في اللغة يظهر في بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية منها: قوله تعالى: ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي - يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾<sup>5</sup> هذا دعاء موسى عليه الصلاة والسلام عندما كلفه بالرسالة عند طور سيناء وعندما قام بدعوة قومه إلى شريعة الله راجياً منهم أن يفهوا قوله.

ومعنى آخر للفقه وهو العلم. ويتضح ذلك من قوله تعالى: ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾<sup>6</sup> أي ليطلبوا علوم الدين الإسلامي حتى يتقنوا بعلومهم. ومعنى الفقه العلم أيضاً يتضح من حديث ابن عباس حيث دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم ربه، وفي دعائه يقول: (اللَّهُمَّ فَفِّهْهُ فِي الدِّينِ وَعَلِّمَهُ التَّأْوِيلَ)<sup>7</sup> أي

<sup>1</sup> الزرقا، مصطفى أحمد. 1998. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم. ج. 1. ص 205.

<sup>2</sup> الحاج، ابن أمير. 1996. التقرير والتحريير في علم الأصول. بيروت: دار الفكر. ج. 3. ص 462.

<sup>3</sup> ابن عابدين. 2003. رد المختار على الدر المختار. ص 29-30. وأبو زهرة. 1974. أبو حنيفة - حياته، وعصره، وآراؤه وفقهه. ص 387-388.

<sup>4</sup> الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم الفاروقي. 1404هـ. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. بيروت: دار الفنائس. ط. 2. ص 21.

<sup>5</sup> القرآن. طه 27-28.

<sup>6</sup> القرآن. التوبة 9: 122.

<sup>7</sup> هذا الحديث رواه أحمد. رقم الحديث: 3033. الشيباني، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد. 1999. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. د.م.: مؤسسة الرسالة. ط. 2. ج. 5. ص 160.

كان الرسول يدعو الله تعالى لأن يجعل ابن عباس عالماً وفاهماً بالدين وتأويله. وكان دعاء الرسول مستجاباً وكان ابن عباس من أعلم الناس في زمانه بكتاب الله بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم.<sup>1</sup> ولفظ الفقهي منسوبٌ إلى الفقه، وأصل كلمته مشتقٌّ من فعل: فقه-يفقه. وعرفه أهل اللغة بتعاريف كثيرة منها: العلم. وقد عرف ابن فارس الفقه: ما يدل على إدراك الشيء والعلم به.<sup>2</sup> وقد أشار ابن النجار<sup>3</sup> إلى هذا المعنى، وفي رأيه أن معنى الفقه لا يكتفي بهذا الإدراك والعلم، بل لا بد أن يعرف قصد المتكلم ويعرفه بدقة، لأن كلامه بعيدٌ عن غموض.<sup>4</sup>

ومعنى الفقه في الاصطلاح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية.<sup>5</sup> وعرفه بمثل هذا التعريف بعض العلماء منهم البيضاوي<sup>6</sup>، والزرکشي<sup>7</sup>، وابن السبكي<sup>8</sup> وغيرهم. ومن خلال

<sup>1</sup>الأشقر، عمر سليمان. 2005. المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي مع أسئلة وتمارين للمناقشة. الأردن: دار النفائس. ط 1. ص 31.

<sup>2</sup>ابن فارس، أبو الحسين أحمد. 1979. معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. دار الفكر. ص 791.

<sup>3</sup>هو محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، المعروف بابن النجار، ولد بمصر سنة 898هـ. أخذ الفقه والأصول عن والده، ولازم والده مع الشيخ العلامة شهاب الدين أحمد البهوتي الحنبلي، والشيخ العلامة شهاب الدين أحمد المقدسي الحنبلي. وتولى الإفتاء والتدريس أو انشغل بالتصنيف وفصل الأحكام. وكانت وفاته عصر يوم الجمعة 18 صفر سنة 972هـ. ومن مؤلفاته: الكوكب المنير وشرحه، ومنتهى الإرادات. انظر: النجدي، محمد بن عبد الله بن حميد. 1996. السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة. تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد وعبد الرحمن بن سليمان العثيمين. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط 1. ج 2. 854-855. والفتوح، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي. 1993. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير. تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد. الرياض: مكتبة العبيكان. ج 1. ص 5-6.

<sup>4</sup>الفتوح. 1993. شرح الكوكب المنير. ج 1. ص 41.

<sup>5</sup>الزرکشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي. 1992. البحر المحيط في أصول الفقه. تحرير: عبد القادر عبد الله العاني. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ط 2. ج 1. ص 21. والبيضاوي، عبد الله بن عمر. 2006. منهاج الوصول إلى علم الأصول. تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى. بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. ط 1. ص 17. والسبكي، علي بن عبد الكافي. والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي. 1981. الإجماع في شرح المنهاج للبيضاوي (ت 665هـ). تحقيق: شعبان محمد إسماعيل. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. ط 1. ج 1. ص 28.

<sup>6</sup>هو القاضي الإمام العلامة ناصر الدين عبد الله بن عمر الشيرازي، من مواليد أذربيجان. مات بتريز سنة 685هـ. ومن مصنفاته: المنهاج في أصول الفقه، وشرح التنبيه، والغاية القصوى في دراية الفتوى، وشرح المنتخب والكافية في المنطق، وشرح المخصول وغيرها. وقد أوصى إلى القطب الشيرازي أن يدفن بجانبه بتريز. انظر: ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل. 2015. البداية والنهاية. تحقيق: رياض عبد الحميد مراد ومحمد حسان عبيد. دمشق: دار ابن كثير. ج 15. ص 523.

<sup>7</sup>هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري، الزركشي، الشافعي. ولد سنة 745هـ، وكان فقيهاً، أصولياً، أديباً. ومن تصانيفه: تكملة شرح المنهاج للإسنوي، وخدام الشرح والروضة، والنكت على البخاري والبحر في الأصول، وشرح جمع الجوامع للسبكي، ولقطة العجلان وبلّة الظمان، وغير ذلك. توفي بمصر في رجب سنة 794هـ. انظر: ابن العماد. 1993. شذرات الذهب. ط 1. ج 8. ص 572-573.

<sup>8</sup>هو تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى ابن تمام السبكي الشافعي. ولد بالقاهرة سنة 727هـ. ومن تصانيفه: شرح مختصر ابن الحاجب، وشرح منهاج البيضاوي، والقواعد المشتملة على الأشباه والنظائر، وطبقات الفقهاء

هذا التعريف وبيان عناصره نستخلص بأن الفقه هو العلم الذي نعرف به بعض الأحكام الشرعية، ولا نستطيع أن نعرف جميع الأحكام الشرعية لأننا إناسٌ سوف نعتذر عنها. وبعبارة أخرى نقول: إننا بهذا العلم نعرف فروع الفقه وجزئياته التي تعني الأحكام الفقهية العملية المتعلقة بأفعال المكلفين وليس كلياته. وبالنسبة إلى الأحكام الشرعية فإنها مكتسبة من الأدلة التفصيلية وفي الحق هي ما نسميه الاستدلال والاجتهاد. وذلك، لأن الاجتهاد يكون بالاستدلال واكتساب النظر في الدليل التفصيلي على الأحكام الفقهية.

ومعنى الضابط هو لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء، أو لزوم الشيء وحسبه.<sup>1</sup> ومعنى آخر للضبط الحفظ، كما يظهر في قول أحد: ضبط الشيء أي أحكّمه وحفظه بالحزم.<sup>2</sup> والضبط هو الحبس. ويقال مثلاً: تضبّط الرجل أي أخذه على حبسٍ وقهرٍ.<sup>3</sup> وإذا قيل: من واجب العسكري ضبط البلاد، أي يجب عليه القيام بأمرها قياماً تاماً ويكون العسكري رجلاً ضابطاً وحازماً.<sup>4</sup> ومن هنا نستطيع أن نستخلص بأن معنى الضابط عند أهل اللغة هو اللزوم والحفظ والحبس. ونذكر أن الألفاظ الثلاثة لها معناها الخاص، مثل اللزوم هو أن يجعل بعض الأشياء تقع تحت أمرٍ لا يفارقه، والحفظ هو أن يجمع بعض الأشياء المشتركة في معنى، والحبس هو أن يحصر مجموعة من الأشياء ضمن حدودٍ معيّنة.<sup>5</sup>

ومعنى الضابط في الاصطلاح أن الضابط مرادف للقاعدة وليس هناك فرق بين الضابط والقاعدة أي أطلق الفقهاء معنى الضابط ومفهومه كما يطلقونه على القاعدة. وقد أشار إلى هذا التعريف الكمال

---

الكبرى، وغيرها. وتوفي شهيداً بالطاعون في ذي الحجة 771هـ. انظر: ابن العماد. 1993. *شذرات الذهب*. ط 1. ج 8. ص 378-380.

<sup>1</sup> ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفيريقي المصري. د.ت. *لسان العرب*. بيروت: دار صادر. ج 7. ص 340.  
<sup>2</sup> الرازي، محمد أبي بكر بن عبد القادر. 1986. *مختار الصحاح*. بيروت: مكتبة لبنان. ص. 158. وابن منظور. 1414هـ. *لسان العرب*. ط 3. ج 7. ص 340.

<sup>3</sup> ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل. 2000. *المحکم والمحيط الأعظم*. تحقيق: عبد الحميد هنداوي. ط 1. ج 8. ص 175-176.  
<sup>4</sup> الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ. 1987. *المصباح المنير: معجم عربي-عربي*. بيروت: مكتبة لبنان. ص 135.  
<sup>5</sup> البالحسين، يعقوب بن عبد الوهاب. 1998. *القواعد الفقهية*. الرياض: مكتبة الرشاد. ط 1. ص 58.

بن الهمام<sup>1</sup> في كتابه التحرير، وابن رجب الحنبلي<sup>2</sup> في قواعده، والتهانوي<sup>3</sup> في كشف اصطلاحات الفنون، والفيومي<sup>4</sup> في المصباح المنير، وأبو العباس المنجور<sup>5</sup> في كتابه شرح المنهج المنتخب، والبركتي، ومحمد الزحيلي، وأصحاب المعجم الوسيط.<sup>6</sup>

وقد رأى التهانوي أن القاعدة في اصطلاح العلماء تطلق على معانٍ مرادفةٍ بالأصل، والقانون، والمسألة، والضابط، والمقصد، ولها معنى واحد.<sup>7</sup> وذكر الهاشمي أن معنى الضابط في الاصطلاح القضية الكلية التي يتعرف منها أحكام الجزئيات.<sup>8</sup> وقد أطلق الآخرون معنى الضابط على معنى القاعدة. والضابط

---

<sup>1</sup> هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السبواسي، الإسكندراني، المعروف بابن الهمام، فقيه حنفي أصولي، ولد سنة 790هـ. ومن تصانيفه: شرح الهداية، والتحرير في أصول الفقه، وفتح القدير في الفقه. ومات يوم الجمعة 7 رمضان 861هـ. انظر: السنحاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن. د.ت. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع. بيروت: دار الجيل. ج.8. ص127. وابن العماد. 1993. شذرات الذهب. ط1. ج.9. ص437-438.

<sup>2</sup> هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن بن محمد بن مسعود البغدادي، الدمشقي، الحنبلي، الشهير بابن رجب. وكان ابن رجب إماماً، محدثاً، حافظاً، فقيهاً، أصولياً ومؤرخاً. ولد في بغداد في ربيع الأول سنة 736هـ. ومن مصنفاته: ذيل طبقات الحنابلة، لطائف المعارف في مواضع، استنشاق نسيم الأوس من نفحات رياض القدس، شرح صحيح الترميذ، وتقرير القواعد وتحرير الفوائد في الفقه. ومات رحمه الله ليلة الإثنين في شهر رمضان 795هـ. انظر: ابن العماد. 1993. شذرات الذهب. ط1. ج.8. ص579-580.

<sup>3</sup> التهانوي هو محمد بن علي بن علي بن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي، صاحب كتاب كشف اصطلاحات الفنون، حيث فرغ من تأليفه سنة 1158هـ، وتوفي رحمه الله بعد سنة 1158هـ. والزركلي، خير الدين. 2002. الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين. بيروت: دار العلم للملايين. ط15. ج.6. ص295.

<sup>4</sup> هو العالم أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي. ولفظ الفيومي منسوب إلى فيوم العراق، نزيل مدينة حماة. وهو من علماء القرن الرابع عشر. وكان فقيهاً ولغوياً. وقد اعتمد في تأليفه نحو سبعين مصنفاً ما بين مُطَوَّلٍ ومختصرٍ، مثل: تحذیب الأزهری، ومجمل ابن فارس، وإصلاح المنطق لابن السكيت، وديوان الأدب للفارابي، والصحاح للجوهري، وفصيح ثعلب، وأساس البلاغة للزحشري. توفي سنة 770هـ. انظر: الفيومي. 1987. المصباح المنير. مقدمة الكتاب. وكحالة، عمر رضا. 1993. معجم المؤلفين - تراجم مصنفی الكتب العربية. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط1. ج.2. ص519.

<sup>5</sup> هو أبو العباس أحمد بن علي بن عبد الله المنجور الفاسي، آخر فقهاء وعلماء المغرب المتبحر في كثير من العلوم كالفقه والأصول، والبيان، والقراءة والعربية، والفرائض والحساب، والمنطق والتواريخ والحديث. ولد سنة 926هـ وتوفي في ذي القعدة سنة 995هـ. انظر: التنبكتي، أحمد بابا. 1989. نيل الإبتهاج بتطريز الديباج. تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة. طرابلس: دار الكاتب. ط1. ص143-144. ومخولوف، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم. 2003. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. تحقيق: عبد المجيد خيالي. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1. ج.1. ص415-416.

<sup>6</sup> عماد الصمد، محمد بن عبد الله. 2001. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة. المملكة العربية السعودية: مكتبة دار البيان الحديثة. ط1. ج.1. ص96.

<sup>7</sup> التهانوي، محمد علي. 1996. موسوعة كشف اصطلاحات الفنون والعلوم. تحقيق: علي دحروج. بيروت: مكتبة لبنان. ط1. ج.2. ص1295-1297.

<sup>8</sup> الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التنبكتي. 2006. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الإيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة الملكية. ط1. ص182.

هو الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئياته.<sup>1</sup> وعرفه الحموي كما يوافق آل طه أنه أمرٌ كليٌّ ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه.<sup>2</sup> ورأى الندوي أن إطلاق القاعدة على الضابط في المعنى أمرٌ شائعٌ منتظمٌ في المصادر الفقهية وكتب القواعد الفقهية.<sup>3</sup> ولكن، عقّب الهاشمي على تعليق الندوي وصرح أن استخدام الضابط بمعنى القاعدة قليلٌ من قبيل العلماء المتأخرين، لأنهم وضعوا تعريفاً خاصاً لمعنى الضابط في الاصطلاح.<sup>4</sup> وعند البناني<sup>5</sup> أن القاعدة لا تختص بباب بخلاف الضابط.<sup>6</sup> وقد عرّف الفيومي<sup>7</sup> الضابط بأنه الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته.<sup>8</sup> وعرّف ابن السبكي الضابط بأنه الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم منها أحكامها. ومن هذه الجزئيات جزءٌ لا يختص بباب، مثل: [اليقين لا يرفع بالشك]. ومنها جزءٌ يختص ببابٍ واحدٍ، مثل: [كلُّ كفارةٍ سببها معصيةٌ فهي على الفور]. ولا يسمى الضابط إلا ما يختص ببابٍ واحدٍ.<sup>9</sup>

وفي هذا الصدد، ذهب الأسمري إلى نفس التعريف للضابط وزاد بياناً أن معنى الضابط الفقهي يلتبس بالقاعدة الفقهية، وهذا الالتباس يدل على وجود الفرق بينها بسبب وجود العموم والخصوص فيهما. إذ يكون الضابط أخصّ والقاعدة أعمّ مطلقاً. وفضلاً عن ذلك، أن القاعدة تندرج تحتها مسائلٌ

<sup>1</sup>شوقي ضيف وآخرون. 2004. المعجم الوسيط. مصر: مكتبة الشروق الدولية. ط4. ص533. والتهانوي. 1996. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. ج2. ص1295.

<sup>2</sup>الحموي، أحمد بن محمد الحنفي. 1985. غمز عيون البصائر - شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1. ج2. ص5. وآل طه. 1426هـ. الضوابط الفقهية عند ابن حزم. ص65.

<sup>3</sup>الندوي. 1994. القواعد الفقهية. ص50-51.

<sup>4</sup>الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكتي. 2006. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الأيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ط1. ص181.

<sup>5</sup>هو عبد الرحمن بن جار الله المغربي البناني، نزيل مصر، الفقيه المالكي والأصولي، المتوفى سنة 1198هـ. ومن تصانيفه: حاشية على شرح جلال الدين المحلي على جمع الجوامع. والبغدادي، إسماعيل باشا. 1951. هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج1. ص555.

<sup>6</sup>البناني، عبد الرحمن بن جار الله المغربي. 1982. حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع. بيروت: دار الفكر. ج2. ص356. وآل طه، عبد الله سالم عبد الله سعيد. 1427هـ. الضوابط الفقهية عند ابن حزم من خلال كتابه المحلي. رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه من قسم الدراسات العليا الشرعية بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة أم القرى - المملكة العربية السعودية. ص64.

<sup>7</sup>هو العالم أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، نسبة إلى فيوم العراق لا إلى فيوم مصر، نزيل مدينة حماة. وهو من علماء القرن الرابع عشر، وتوفي سنة 770هـ/1368م. ومن مؤلفاته تهذيب الأزهر، ومجمل ابن فارس والصحاح للجوهري. الفيومي. 1986. المصباح المنير. ص5.

<sup>8</sup>في هذا الصدد، يرى الفيومي أنه لا فرق بين القاعدة والضابط وأن القاعدة تعني الضابط في الاصطلاح، وهو الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته كما تقدم ذكره. انظر: الفيومي. 1986. المصباح المنير. ص195.

<sup>9</sup>ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي. 1991. الأشباه والنظائر. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معرض. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1. ج1. ص11. و الفتوح. 1993. شرح الكوكب المنير. ج1. ص30.



فقهيةً من أبوابٍ كثيرة، ومع أن الضابط تدرج تحته مسائلٌ فقهيةٌ من بابٍ واحدٍ<sup>1</sup> هناك مثال من القواعد والضوابط يوضح ذلك، منها: القاعدة [الْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ] أو [الشَّكُّ يُدْرَأُ بِالْيَقِينِ]، يبدو لنا أن هذه القاعدة تدخل في كل مسألةٍ فقهيةٍ حيث يجتمع فيها شكٌ و يقينٌ، وهي تدخل أيضاً في أبوابٍ كثيرة كالطهارة، والصلاة، والزكاة، وغير ذلك. والقاعدة [كُلُّ مَا يُعْتَبَرُ فِي سُجُودِ الصَّلَاةِ يُعْتَبَرُ فِي سُجُودِ التَّلَاوَةِ]، يبدو لنا أنها ضابطٌ فقهيٌّ، حيث يشمل المسألة الفقهية ويخصُّ الضابط في السجود في باب الصلاة وغيرها.<sup>2</sup>

وعلى ذلك، نستخلص من هذا الاتجاه أن هناك فرقٌ بين الضابط والقاعدة من ناحية الخصوص والعموم أو الشمول. الضابط أخصُّ من القاعدة، والقاعدة أشملٌ من الضابط. والضابط يختص بفروع في باب معين، والقاعدة تعمُّ في أبوابٍ متفرقة. ولكنهما يتفقان في المعنى، بحيث أنهما حكمٌ كليٌّ تدرج تحته فروعٌ فقهيةٌ.<sup>3</sup>

#### أهمية القواعد والضوابط الفقهية وفوائدها

إن الضوابط الفقهية تشترك مع القواعد الفقهية في الأهمية وفي كون كليٍّ منهما عبارةً عن قضيةٍ كليةٍ تدرج تحتها جزئياتٌ فرعيةٌ. وقد بين القرافي أن أهمية الضوابط الفقهية تظهر في أهمية القواعد نفسها. وأشار القرافي إلى أن معظم القواعد والضوابط الفقهية ذو أهمية ومنفعة كبيرة في علم الفقه، لأن كل قاعدة وضابط من الفروع الفقهية تشمل أسرار الشريعة والحكم ما لا يحصى. وينبغي لكل مجتهد أو فقيه أن يقدر على الإحاطة بها، ومن يضبط الفقه بقواعده فلا يحتاج إلى حفظ أكثر الجزئيات لأنها تدرج في الكليات.<sup>4</sup> ومن هذا المقال نعرف أن الجزئيات الفقهية والحوادث والوقائع لا تتناهى، والإحاطة بها معتدرة، مع أن الخلاف الواقع فيها كثيرٌ جدًّا بين الفقهاء. أما القواعد والضوابط فجمعها سهلٌ، وحفظها متيسرٌ، والخلاف فيها في الجملة قليلٌ، خاصة القواعد الكلية الكبرى، والقواعد الدائرة عند أرباب المذاهب من

<sup>1</sup> الأسمري، صالح بن محمد بن حسن. 2000. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصمبيعي. ط1. ص20.

<sup>2</sup> الأسمري. 2000. مجموعة الفوائد البهية. ط1. ص20.

<sup>3</sup> آل طه، عبد الله سالم عبد الله سعيد. 1426هـ. الضوابط الفقهية عند ابن حزم من خلال كتابه المحلى. رسالة الماجستير في الفقه مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى المملكة العربية السعودية. ص64.

<sup>4</sup> القرافي. 2003. الفروع. ط1. ص2.

غير القواعد الكلية الكبرى<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد، بين ابن تيمية<sup>2</sup> رحمه الله أنه لا بد أن يكون للإنسان أصولاً كليةً ترد إليها الجزئيات ليتكلم بعلمٍ وعدلٍ، ويعرف الجزئيات كيف وقعت، وإن لا فيبقى في كذبٍ وجهلٍ في الجزئيات، وجهلٍ وظلمٍ في الكليات<sup>3</sup>. ولذلك ينبغي للمسلم أن يعرف الأصول الكلية التي ترد إليها الجزئيات كي يتعد عن الكذب والجهل في الجزئيات والظلم عن الكليات ويتكلم بعلمٍ وعدلٍ.

ومن أهمية القواعد والضوابط أنها تعين المجتهد والفقهاء والقاضي على استخلاص أحكام الحوادث والنوازل التي لم ينص عليها في الكتاب والسنة صراحةً. وهذا يتضح من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى الأشعري حيث يقول: "الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى"<sup>4</sup>. ومن كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه يتضح لنا أن الاجتهاد مطلوبٌ في معرفة الحكم الذي لم ينص عليه صراحةً في كتاب الله وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، وهذا الاجتهاد مبنيٌّ على معرفة النظر والشبيه والمثيل، لأن الشارع لا يجمع بين المختلفات ولا يفرق بين التماثلات، كما أنه من خلال جمع الأشباه والنظائر يستطيع المجتهد أن يدرك أن هذا الحكم ملائمٌ للشريعة من حيث الموافقة أو الرد<sup>5</sup>.

وعن أهمية القواعد والضوابط الفقهية أيضاً بين القراني أن الفقه وإن كثر تبددت حكمته وقلت طلاوته، وبعدت عن النفوس طلبته. وإذا رُتبت الأحكام مخرجة على قواعد الشرع مبنية على مآخذها، نهضت الهمم حينئذٍ لاقتباسها، وأعجبت غاية الإعجاب بتقمص لباسها<sup>6</sup>. وإن كل فقه لم يخرج على القواعد فليس بشيء<sup>7</sup>. وقد أوضح ابن السبكي أهمية هذا العلم بأنه واجب على طالب التحقيق ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يحكم قواعد الأحكام ويرجع إليها عند الغموض، وينهض

<sup>1</sup> المرجع نفسه. ط. 1. ص. 3.

<sup>2</sup> هو شيخ الإسلام، تقي الدين أبو العباس أحمد بن شهاب الدين أبي المحاسن عبد الحليم بن مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية الحراني الحنبلي. ولد بجران يوم الإثنين 10 ربيع الأول 661هـ. ومن مؤلفاته: الفتاوى، اقتضاء الصراط المستقيم، الجمع بين العقل والنقل. وتوفي رحمه الله سنة 728هـ. انظر: ابن العماد. 1993. *شذرات الذهب*. ج. 7. ص. 142.

<sup>3</sup> ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. 1415هـ. *مجموع الفتاوى*. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد. المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف. ج. 19. ص. 203. وابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. 1986. *منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية*. تحقيق: محمد رشاد سالم. المملكة العربية السعودية: جامعة الإمام بن سعود الإسلامية. ط. 1. ج. 5. ص. 83.

<sup>4</sup> القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين. 2003. *الجامع لأحكام القرآن*. تحقيق: هشام سمير البخاري. الرياض: دار عالم الكتب. ج. 7. ص. 172.

<sup>5</sup> صالح. 2011. *القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها*. ص. 42.

<sup>6</sup> القراني، شهاب الدين أحمد بن إدريس. 1994. *الذخيرة*. تحقيق: محمد حجي. بيروت: دار العرب الإسلامي. ط. 1. ج. 1. ص. 36.

<sup>7</sup> القراني. 1994. *الذخيرة*. ج. 1. ص. 55.

بعبء الاجتهاد أتم نھوض، ويؤكدھا بالاستكثار من حفظ الفروع، لترسخ في الذھن ثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلھا ولا ممنوع.<sup>1</sup>

ومن خلال الاستقراء والتتبع على ما ذكره العلماء والفقهاء عن أهمية القواعد والضوابط الفقهية فيما سبق، نستطيع أن نستخلص بعض الأمور التالية:

- إن القواعد والضوابط الفقهية تسهل الحفظ بالاستغناء عن حفظ الفروع بحفظ القواعد، وضبط الفروع المتناثرة في سلك واحد. وأنها تقوي الحجة عن الاستدلال بالأدلة، ما دامت إضافة القواعد الفقهية إلى الأدلة الشرعية فإنھا تعطیھا قوةً في الاستدلال على الأحكام الشرعية، وتخريج الفروع على الأصول، ومعرفة أحكام الجزئيات لاندراجھا تحت الكليات، وذلك بالقياس علیھا، والرجوع للقواعد الفقهية عند غموض المسائل لحلھا، وبيان أحكام المسائل المستجدة.<sup>2</sup> كما أشار إليه القراني رحمه الله وبين أن من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجھا تحت الكليات.<sup>3</sup>
- وأنها تُعين من أراد أن يتعرف على مقاصد الشريعة وأسرارھا. وذلك كما تشير إليه القاعدة: [المشقة تجلب التيسير]، بحيث تفيد القاعدة معنی أن هناك مقصدًا للشارع وهو التخفيف على المكلفين. والقاعدة: [الضرر يُزال] تفيد أن الشرع يرفع الضرر عن المكلف في أحكامه ويأمر بإزالته ودفعه. والقاعدة: [الشريعةُ جاءت لتحصیل المصالح وتكمیلھا وتعطیل المفاسد وتقلیلھا] تبين أن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.<sup>4</sup> وغيرها من القواعد الفقهية.
- وتُعين الضوابط الفقهية علماء المذهب الفقهي على ضبط مذهبهم. ويتضح ذلك من ملاحظتنا أن من كتب في الضوابط الفقهية فقد اعتنى بالضوابط المتعلقة بالمذهب الفقهي، كما فعله ابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر، والسيوطي في أشباهه أيضاً، وابن رجب الحنبلي في قواعده. وهذا ما تأكد عليه ابن رجب الحنبلي وبين أن الضوابط الفقهية قواعد مهمة وفوائد جمة، لأنها تُضبط للفقهاء أصول المذهب وتُطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تعيَّب، وتُنظِّم له منشور المسائل في سلك واحد، وتُقيِّد له الشوارد، وتُقرِّب عليه كل متباعد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن السبكي. 1991. الأشباه والنظائر. ج 1. ص 10.

<sup>2</sup> الصواط. القواعد والضوابط الفقهية. ج 1. ص 127.

<sup>3</sup> القراني. 2003. الفروق. ط 1. ج 1. ص 3.

<sup>4</sup> المقرئ. د.ت. القواعد. ج 1. ص 113. والباحسين. 1998. القواعد الفقهية. ص 117.

<sup>5</sup> ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي. 1999. القواعد. مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز. ج 1. ص 3. والأسموي، صالح بن محمد بن حسن. 2000. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصميعة للنشر والتوزيع. ط 1. ج 1. ص 32.

### منهجية ابن نجيم الحنفي في صياغة الضوابط الفقهية

يود الباحث أن يتعرف على المنهج الذي سلكه ابن نجيم في وضع القواعد والضوابط الفقهية، ويكون ذلك عن طريق الاستقراء على الكتب التي ألفه ابن نجيم الحنفي عن القواعد والضوابط الفقهية خصوصاً مع مراعاة الكتب الأخرى التي ألفه العلماء والفقهاء الآخرون لتوضيح المعلومات والبيانات عنها. ومن المعلوم، أن جلّ الفقهاء قاموا بتعليل الفروع بالأصول في معظم المصادر الفقهية توجيهاً للمسائل وترجيحاً للأقوال. ثم نشأ بعد ذلك هذا المسلك مع نشوء الفقه الإسلامي وتواكب سيره في جميع مراحل تطوره، وصار من أكبر العوامل والأسباب التي أثرت بها الفقه الإسلامي. وأكد على ذلك الدبوسي<sup>1</sup> وبين أنه لا بد أن يُردّ الفروع إلى الأصول ولم يلتزم السير حسب نظام الفقه، بل قد تكون فروعه من أبواب متعددة<sup>2</sup>. ومن هذا المنطلق نفهم أن هذه الطريقة تدل على سعة الإطلاع وعمق المعرفة من الدبوسي حتى يلحق أي فرع كان من أي باب كان تحت القاعدة، كما أنه لا يعني بتحرير مسائل الأصول أو القاعدة الفقهية من ناحية الاحتجاج لها وتأيد المعنى الذي قامت عليه بل يكفي غالباً بذكر المسألة والقاعدة خالية من ذلك وكأنه يراها من المسلمات.

وأتى ابن نجيم الحنفي ينتهج على هذا المنهج كما يتضح ذلك بمؤلفاته عن علم القواعد والضوابط الفقهية. وقد تميز ابن نجيم الحنفي بمنهجه في هذا العلم، لأنه لم يلتزم السير وراء أبواب الفقه، ولكنه يلحق بالقاعدة فروعاً وإن كانت من أبواب متفرقة فيلحق أي فرع كان من أي باب كان تحت القاعدة ومحوراً لها ومستنداً للقاعدة بالآثار والشواهد من السنة وأقوال الفقهاء الكبار من الصحابة وأتباعهم<sup>3</sup>. ومن ثم يعرض الباحث منهج ابن نجيم الحنفي عرضاً سريعاً في صياغة الضوابط الفقهية وبيانها، كما تلي:

### أولاً - وضع الاستثناءات في معظم الضوابط الفقهية

لما صيغ ابن نجيم الحنفي الضوابط الفقهية فإنه وضع الاستثناءات لبعض المسائل المعنية. وبالرغم على ذلك، فإنه جمعها من كتب الحنفية المعتمدة، وزاد من عنده أشياء عليها، واضطر في بعض الأحيان إلى

1 هو عبد الله بن عمر بن عيسى أبو زيد الدبوسي. ولد سنة 430هـ/1039م. وكان فقيهاً باحثاً، وهو أول من وضع علم الخلاف وأبرزه إلى الوجود. نسبته إلى دبوسية (بين بخارى وممرقند) ووفاته في بخارى، عن 63 سنة من عمره. وله مؤلفات منها: تأسيس النظر في ما اختلف به الفقهاء أبو حنيفة وصحابه ومالك الشافعي، والأسرار في شمسرتي (5150) في الأصول والفروع عند الحنيفة، و تقويم الأدلة في شمسرتي (3343) في الأصول، و الأمد الأقصى في خزنة الرباط (2514). انظر: ابن عماد. 1989. *شذرات الذهب*. ط 1. ج 5. ص 150-151. وأبو الوفاء، محي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله. 1988. *الجواهر المضبية في طبقات الحنفية*. تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلوم. الرياض: دار العلوم. ط 1. ج 2. ص 319 و 499.

2 الزركشي، بدر الدين محمد بن مياور. 1985. *المشور في القواعد*. تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود. الكوت: شركة دار الكوت للصحافة. ط 2. ص 21.

3 الزركشي. 1985. *المشور في القواعد*. ص 21.

مناقشة ما في هذه الكتب وإلى تفريع أحكام مسائل خفية يحتاجها الناس.<sup>1</sup> ونذكر على سبيل المثال:  
(الضابط): التمكن من الانتفاع يوجب الأجر، إلا في مسائل:

- إذا كانت الإجارة فاسدة، فإن الأجر لا يجب إلا بحقيقة الانتفاع.
- إذا استأجر ثوباً كل يوم بدائق فأمسكه سنين بلا استعمال، لا يجب الأجر بعد مدة لو لبسه يتحرف.<sup>2</sup>

#### ثانياً- تكرار الضوابط وتفريعها للتأكيد على معناها

إننا نجد في بعض مؤلفات لابن نجيم الحنفي أنه كرّر بعض الضوابط الفقهية في المواضع المتفرقة، أي نجد مثلاً للضابط الواحد أكثر من صيغة، بل يتكرر في عدة مواضع. ونذكر مثال ذلك:

- كتمان الشهادة كبيرة ولا يجوز الامتناع عنها.<sup>3</sup>
- الشهادة على قضاء القاضي بدون تسميته غير مقبولة.<sup>4</sup> وهكذا كرر ابن نجيم موضوع الشهادة في عدة صحفٍ من الكتاب ولم يرتب في باب واحد أو قسم معين. ولعل ذلك لأجل تحضير المعنى والمقصود بها وتسهيل الفهم منها في ذهن القارئ وتوسيع البيان والمعلومات عنها.

#### ثالثاً - الاعتماد على الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي والتفنن في النقل منها

في صياغة القواعد والضوابط الفقهية وشرحها، كان ابن نجيم يعتمد على الكتب الفقهية في مذهب الحنفية ويتفنن في النقل منها. وعندما يبحث في كثير من المستجدات والنوازل، يُصرّح بأسماء الكتب التي عنده أو يكتفي بالتصريح بأسماء المصنفين من غير ذكر أسماء الكتب.<sup>5</sup> ونذكر المصادر التي راجع ونقل منها ابن نجيم في صياغة الضوابط الفقهية منها: من شُروح الهداية: النهائية، وغاية البيان، والعناية، وغيرها. ومن شُروح القُدوري: السراج، الوهّاج، والجوهرة، وغيرها. ومن شُروح المجمع: شرح الوافي للكافي، وشرح الوقاية والنقاية، وإيضاح الإصلاح، وغيرها. ومن الفتاوى: الخاتمة، والخلاصة، والبرازية، والظهيرية، والولولجية، وغيرها.<sup>6</sup> ثم نعرض بعد ذلك الضابط الفقهي عند ابن نجيم حيث نقل فيه اسم الكتب أو المؤلف له كما يلي:

(الضابط): التحليف على فعل الغير إنما يكون على نفي العلم ولا يكون على البتات.

<sup>1</sup>المرجع نفسه. ص8.

<sup>2</sup>المرجع نفسه. ص41-42.

<sup>3</sup>المرجع نفسه. ص85-86.

<sup>4</sup>المرجع نفسه. ص157.

<sup>5</sup> مرجع نفسه. ص7.

<sup>6</sup>المرجع نفسه. ص9-22. وابن نجيم. 1999. الأشباه والنظائر. ص16. والحموي. 1985. غمز عيون البصائر. ج1. ص4.

هذا الضابط نقله ابن نجيم من كتاب الهداية للمرغيناني. وله استثناءات منها:

- المودع إذا قال أن المودع قبض الوديعة يحلف على البتات مع كون القبض فعل غيره.
- الرد بالعيب. فإن المشتري إذا ادعى أن العبد آبق وأراد تحليف البيع حلف على البتات مع أنه فعل غيره.
- الوكيل بالبيع إذا ادعى قبض الموكل الثمن، فإنه يحلف على البتات. كما ذكره شمس الأئمة الحلواني.<sup>1</sup> ومن هذه الاستثناءات لهذا الضابط يبدو أن ابن نجيم نقل اسم الحلواني، ولعل ابن نجيم يقول على أن هذه الاستثناءات تتمثل من فكرة الحلواني.

#### رابعاً - اتباع منهجية علمية في كتابة الضوابط الفقهية

كان ابن نجيم في وضع الضوابط الفقهية وتكوينها ينتهج منهجاً علمياً ويتمثل ذلك بأن يقرر الضوابط في البداية ويشرحها، ويفرع عليها الفروع، ثم يذكر استثناءات عليها. وعندئذ تكون الضوابط مستقرة ومرتبعة في ذهنه بطريقة علمية. ونعرض على سبيل المثال: (الضابط): الغرور لا يوجب الرجوع.

إن الغرور من الصفات الذميمة التي نهى الله ورسوله عنها. وكلمة الغرور من غرر وغرة: أي غفلة في اليقظة. ومعنى الغرور هو كل ما يغرّر الإنسان من مالٍ وجاهٍ وشهوةٍ وشيطانٍ وغير ذلك.<sup>2</sup> قال تعالى: ﴿وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ﴾.<sup>3</sup> وقد حذر الله تعالى الناس من الغرور بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِاللَّهِ الْغُرُورُ﴾.<sup>4</sup> وبالنسبة إلى الضابط الفقهية السابق، فقد شرح ابن نجيم هذا الضابط بمثال: إذا قال أحدٌ: اسلك هذا الطريق! فإنه آمن، وسلّكه فأخذ اللصوص متاعه. أو كلّ هذا الطعام! فإنه ليس بمسموم، فأكله فمات. لم يضمن فيهما. وكذا لو أخبره رجلٌ أنها حُرّة فتزوجها. ثم ظهر أنها قنة، أو كانت هي المخيرة له، فلا رجوع على المخيرة.<sup>5</sup> وذكر ابن نجيم بعض الاستثناءات من هذا الضابط، منها:

- وأن يكون الغرور في ضمن عقد مفاوضة. والمثال: يرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استحققت بعد الاستيلاد، وبقيمة البناء لو بنى المشتري. ثم استحققت الدار بعد ما سلم الناء له، ولا رجوع للشفيع على من تلقى الملك منه للجبر في أخذها شرعاً.

<sup>1</sup> ابن نجيم. 1994. الفوائد الزينية. ص 59-60.

<sup>2</sup> الأصفهاني، الراغب. 2009. مفردات ألفاظ القرآن. تحقيق: صفوان عدنان داوودي. دمشق: دار القلم. ط 4. ص 603-604.

<sup>3</sup> القرآن. آل عمران. 3: 185.

<sup>4</sup> القرآن. فاطر. 35: 5.

<sup>5</sup> ابن نجيم. 1994. الفوائد الزينية. ص 71.

▪ وأن يكون الغرور في ضمن عقدٍ يرجع نفعه إلى الدافع كالوديعة والإجارة، حتى لو هلكت الوديعة، أو العين المستأجرة، ثم استحقت، فضمن المودع والمستأجر. لأنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه، وكذا لكل من كان بمعناهما، وفي العارية والهبة لا رجوع، لأن القبض كان لنفسه.<sup>1</sup>

وبالتالي، وضع ابن نجيم التنبيه لهذا الضابط، بقوله: "لو جعل المالك نفسه دليلاً فاشتره بناء على قوله، ثم ظهر أن الثمن أزيد من قيمته وقد أتلّف المشتري بعضه؛ فإنه يرد مثل ما أتلّفه ويرجع بالثمن، ولو غرّ البائع المشتري، وقال: قيمة متاعي كذا؛ فاشتره وظهر فيه غبنٌ فاحشٌ؛ فإنه يرده وبه يفتي."<sup>2</sup>

### دليلية القواعد والضوابط الفقهية

إن البحث في كون القواعد الفقهية التي تعتبر حجة أو دليلاً في استنباط الأحكام الفقهية بحثٌ هامٌ في هذه الدراسة. وكنا نجد أن العلماء والفقهاء في القديم والحديث كانوا لم يجدوا بأساً من مثل هذه الصياغة. وقد ألفت مؤلفات عدة، تفتن فيها العلماء والفقهاء القواعد في صياغتها، وخاصةً فيما لم يرد بشأنه نصٌ أو لم يُوافق نصاً من الكتاب والسنة. ولم يُقل أحدٌ من الفقهاء بمنع ذلك، لأنها مما أُلّف فيه ولم يُنكر أحدٌ منهم ذلك. وللقواعد والضوابط الفقهية دورٌ هامٌ في الكشف عن الحكم الشرعي وإلحاق الفروع بالكليات. يرى جمهور العلماء والفقهاء جواز الاستدلال بالقواعد والضوابط الفقهية ومنهم من الفقهاء القدامي: الغزالي، والقرافي، والشاطبي، والسيوطي، والفتوحى وغيرهم. وأما من المعاصرين فهم: البورنو، والباحسين، وأبو اليقظان الجبوري، وعبد الملك السعدي، ومحمد نعيم ياسين، وغيرهم. وكانوا يرون أن الأصل في هذه القضية جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية الكلية ما دام الاستدلال بها لم يعارض أصلاً مقطوعاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع.<sup>3</sup> وعلى سبيل المثال، رأى الغزالي أن كل معنى مناسب للحكم مطردٌ في أحكام الشرع لا يردّه أصلٌ مقطوعٌ به مقدّمٌ عليه من كتاب أو سنة أو إجماع فهو معقول به، وإن لم يشهد له أصلٌ معيّن.<sup>4</sup> وجاء الشاطبي بجواز الاستدلال بها ويرى أن كل أصلٍ شرعيٍّ لم يشهد له نصٌ معيّنٌ، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته، فهو صحيح بينى عليه، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه. ص 72.

<sup>2</sup> المرجع نفسه. ص 73.

<sup>3</sup> شبير. 2007. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية. ص 85.

<sup>4</sup> الغزالي، أبو حامد بن محمد بن محمد بن محمد. 1980. المنحول من تعليقات الأصول. تحقيق: محمد حسن هيتو. دمشق: دار الفكر. ط 2. ص 364.

<sup>5</sup> الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي. 1997. الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان. ط 1. ج 1. ص 32.

وبالجمله نذكر بعض نكتٍ مهمهٍ توضح جواز الاستدلال بها فيما تلي:

1- إذا كانت القاعدة نصًّا من نصوص القرآن الكريم أو الحديث النبوي، فهذه أدلة بذاتها لكونها نصوصاً تشريعيةً، إذ لا خلاف فيها. وعلى سبيل المثال، نذكر قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>1</sup>. ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾<sup>2</sup>. ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ، فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>3</sup>. ونذكر أيضاً قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات)<sup>4</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>5</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم: (العجماء جرحها جباراً)<sup>6</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم: (ليس لعرق ظالم حق)<sup>7</sup>. فهذه النصوص وأمثالها تعد أدلة بذاتها مع كونها تعد أيضاً قواعد فقهية لا خلاف بين العلماء بأنها صالحة لاستنباط الأحكام وتقريرها<sup>8</sup>. وإذا كان بعض القواعد الفقهية نصوصاً من الكتاب والسنة، فهي أدلة شرعية يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام، وإصدار الفتاوى، وإلزام القضاء. إذ يتضح أن النص دليل والقاعدة الفقهية دليل كذلك. وعلى ذلك، بين أصحاب المجلة أن حكام الشرع اجتهدوا واستنبطوا الحكم الفقهي على نقل صريح. ولعل هي القواعد التي في الأصل نصوص شرعية<sup>9</sup>.

2- إن القاعدة الفقهية كلية أي منطقية على جميع جزئياتها ولا يقدر في كليتها وجود استثناءات، وحجية القاعدة وصلاحيتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي تخضت بمعنى تلك القاعدة، فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به، فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة وتكون دلالتها قطعية<sup>10</sup>.

3- إن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ليرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعد واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص. الأمر الذي يبين لنا أن هذه القواعد

<sup>1</sup>القرآن. الحج 22: 78.

<sup>2</sup>القرآن. النحل 16: 106.

<sup>3</sup>القرآن. المائدة 5: 3.

<sup>4</sup>رواه البخاري. رقم الحديث: (1) باب: كتاب بدء الوحي. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل. 2002م. صحيح البخاري. بيروت:

دار ابن كثير. ط 1. ص 7. ورواه البخاري ومسلم. العيد، ابن دقيق. د.ت. شرح الأربعين للنووي. مكة المكرمة: المكتبة الفيصلية. ص 9.

<sup>5</sup>رواه البيهقي. رقم الحديث: (11.167) باب: لا ضرر ولا ضرار. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر. 1994. سنن البيهقي الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز. ج 6. ص 69.

<sup>6</sup>رواه مالك. رقم الحديث: (676). الأصبغي، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبغي. 1991. موطأ الإمام مالك. تحقيق: تقي الدين الندوي. دمشق: دار القلم. ط 1. ج 3. ص 28.

<sup>7</sup>رواه البيهقي. رقم الحديث: (11.318)، باب: ليس لعرق ظالم حق. البيهقي. 1994. سنن البيهقي الكبرى. ج 6. ص 99.

<sup>8</sup>الحريري. 1998. المدخل إلى القواعد الكلية. ص 63.

<sup>9</sup>الباقرين. 1998. القواعد الفقهية. ص 278.

<sup>10</sup>شبير. 2007. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية. ص 85.



راسخةً في أذهان المجتهدين.<sup>1</sup> ونذكر مثلاً منه: صرح جمهور الفقهاء أن الجماعة إذا قتلوا واحداً يقتلون به، وكان مما احتجوا به بالإضافة إلى قول الصحابي والقياس القواعد الكلية، فقال ابن العربي: "فإن الله سبحانه وتعالى إنما قتل من قتل صيانة للأنفس عن القتل، فلو علم الأعداء أنهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوهم في جماعتهم، فحكماً بإيجاب القصاص عليهم ردعاً للأعداء، وحسماً لهذا الداء".<sup>2</sup>

4- كان بعض القواعد قد بُنيت على أدلة واضحة من الكتاب والسنة والإجماع، منها قاعدة: [اليقين لا يزول بالشك].<sup>3</sup> وأمثلة القواعد فهي تشبه الأدلة وقوتها بقوة الأدلة، فلا يمنع من الاحتكام إليها.<sup>4</sup> ويرى الفتوحي أن هذه القاعدة تشمل جملة من قواعد الفقه التي تشبه الأدلة وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصار يقضي بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي، فلما كانت كذلك ناسب ذكرها في باب الاستدلال، إذا تقرر هذا فاعلم أن من أدلة الفقه أنه لا يرفع يقيناً بشك.<sup>5</sup> فالفتوحي، كما نقله الباحثين، قد عدّ القاعدة الفقهية من أدلة الفقه تستنبط منها الأحكام الشرعية. فالقاعدة: [اليقين لا يزول بالشك] مبنية على أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.<sup>6</sup> وبالبناء على دليل من السنة أو الحديث، نستطيع أن نذكره مثل الحديث الذي رُوي عن سعيد وعباد بن تميم عن عمه أنه شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يُخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: "لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً".<sup>7</sup> وبين الإمام النووي أن هذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها.<sup>8</sup> ونفهم من هذا الحديث أنه يحكم في مسألة جزئية حيث أن المصلي إذا تيقن من الوضوء، فلا يضر الشك الطارئ على هذا الوضوء حتى يتيقن أنه فقد وضوءه بصوت أو بالشك، فيستدل بهذا الحديث في هذه المسألة الجزئية الخاصة بموضوع الوضوء والصلاة. والقاعدة التي بنيت على الحديث، فهي أعم منه، وحكمها يعم كل مسألة ثبت فيها الأمر بيقين، فلا يزول هذا اليقين بمجرد الشك الطارئ،

<sup>1</sup> الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم زيد. 2000. قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي. دمشق: دار الفكر. ط 1. ص 108. وشبير. 2007. القواعد الكلية والضوابط الفقهية. ص 85-86.

<sup>2</sup> الكيلاني. 2000. قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي. 109.

<sup>3</sup> السيوطي. 1983. الأشباه والنظائر. ط 1. ص 50.

<sup>4</sup> البورنو. 1997. موسوعة القواعد الفقهية. ج 1. ص 48.

<sup>5</sup> الفتوحي. 1993. شرح الكوكب المنير. ص 439.

<sup>6</sup> الباحثين. 2000. قاعدة اليقين لا يزول بالشك. ص 211-217.

<sup>7</sup> ابن دقيق، العيد تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري. 2005. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام. تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس. د.م.: مؤسسة الرسالة. ط 1. ج 1. ص 56.

<sup>8</sup> النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف. 1994. شرح صحيح مسلم بشرح النووي. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. د.م. مؤسسة قرطبة. ط 2. ج 4. ص 66-67. وأبو الطيب، محمد شمس الحق العظيم آبادي. 1415هـ. عون المعبود شرح سنن أبي داود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط 2. ج 1. ص 206. والباحثين. 2000. قاعدة اليقين لا يزول بالشك. ط 1. ص 214.

ولذلك فهي تنطبق على أبواب كثيرة من الفقه. وإذا كان الاستدلال بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلاة والوضوء، فإنه مما لا يتناقض مع المنطق السليم، ومعقولية النصوص الشرعية، الاستدلال بالقاعدة الفقهية التي بنيت عليه، وتضمنت معناه في أبواب الفقه المختلفة، لأنها أعم من النص الذي يتعلق بمسألة فرعية.<sup>1</sup>

وفي هذا الصدد، يرى مصطفى الزرقا يرى جواز الاستدلال بها، لأن القواعد الكلية تستند إلى أحكام جزئية يستند كل حكم منها إلى دليل، وكلما كانت القاعدة الفقهية الكلية تستند إلى مجموعة من الأحكام الجزئية كلما قوي الاحتجاج بها لاستنادها إلى مجموعة من الأدلة التي تُقوي القاعدة، ثم يقوي الاحتجاج بها.<sup>2</sup> وفي تقديره، أن القواعد الفقهية عبارة عن الضوابط والأصول الكلية التي تدرج تحتها جزئيات وأحكام فقهية، أي هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.<sup>3</sup> فيتضح بذلك أن الأحكام التشريعية العامة، أو الأحكام والجزئيات الخاصة التي تدرج تحت قاعدة ما، لم يصدق عليها الحكم إلا باستنادها إلى دليل شرعي، من نص أو اجتهاد، ثم جاء الفقهاء ليجعلوا لهذه الأحكام الفقهية المتشابهة ضابطاً وقاعدة فقهية يجتمع تحتها المتشابهة والمتناظر من هذه الأحكام، وعليه فإن القاعدة الفقهية تستند إلى أكثر من دليل حسب ما يندرج تحتها من جزئيات وأحكام. وهكذا يقوى الاستدلال بالقاعدة كلما كانت الأحكام التي تتبعها أكثر وأقوى استناداً على الدليل.

#### أمثلة الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في بعض قضايا الإجارة

إن الإجارة في اللغة كلمة مشتقة من الأجر وهو العوض أو البدل، ومنه سمي الثواب أجراً. وسمى الله بدل الرضاع أجراً بقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾<sup>4</sup>، والأجرة هي بدل المنفعة. وسمى المهر في

<sup>1</sup>الباحسين. 2000. قاعدة اليقين لا يزول بالشك. ص 215.

<sup>2</sup>الزرقا. 1998. المدخل الفقهي العام. ج 2. ص 947-950.

<sup>3</sup>الزرقا. 1998. المدخل الفقه العام. ج 2. ص 947.

<sup>4</sup>القرآن. الطلاق. : 6.

باب النكاح أجزاً بقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأَدْنِ أَهْلِهِنَّ وَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾<sup>1</sup> أي مهورهن، لأن المهر بدل منفعة البضع.<sup>2</sup>

والإجارة في الاصطلاح، كما عرفها ابن نجيم، أنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم، أي تملك منفعة بعوض. ومن هذا المنطلق، فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح، لأنه استباحة المنافع بعوض لا تملكها. وكان عقد الإجارة ينقد بإقامة العين مقام المنفعة في حق الانعقاد لا في حق الملك، لأن العقد لا بد له من محل، ولأنه شرط للصحة، لقول الفقهاء: المحل شرط، ومحل العقد هنا المنافع وهي معدومة، والمعدوم لا يصلح محلاً، فجعلت الدار محلاً بإقامتها مقام المنافع. ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز بأن قال: آجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا، وإنما يصح بإضافته إلى العين.<sup>3</sup> ولكن هناك مشاركة الهبة والإجارة في معنى التملك<sup>4</sup>، وفي هذه القضية يرى ابن نجيم أن الهبة تملك عين وأن الإجارة تملك منفعة، فتقدم تلك وتؤخر هذه، لكون العين أقوى. ويزيد بيانه بأن من أركان الإجارة: الإيجاب والقبول، سواء كان بلفظ الإجارة أو بما يدل عليها. كما لو تنقد الإجارة بلفظ العارية، وقال لغيره: آجرتك هذه الدار شهراً بكذا، أو قال: كل شهراً بكذا. وقيل مخاطباً، كانت الإجارة صحيحة، لأنها مأخوذة من التعاور والتداول. ويكون التعاور بعوض إجارة بخلاف العارية حيث لا تنقد بلفظ الإجارة حتى لو قال آجرتك هذه الدار بغير عوض كانت إجارة فاسدة، ولا تكون عارية لأنها عقد خاص لتمليك المنفعة.<sup>5</sup> وقد اتفق جمهور الفقهاء على مشروعية الإجارة. واستدل الجمهور على جواز عقد الإجارة<sup>6</sup> بالقرآن الكريم والسنة والإجماع. نذكرها كما تلي:

<sup>1</sup>القرآن. النساء. 4: 25.

<sup>2</sup>الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي. 2003. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ج 5. ص 517.

<sup>3</sup>ابن نجيم. 1997. البحر الرائق. ط 1. ج 7. ص 506.

<sup>4</sup>كان ابن مودون من الحنفية يذكر نوعين من التملك وهما: تملك عين وتمليك منافع. وتمليك العين نوعان: بعوض وهو البيع، وبغير عوض وهو الهبة والصدقة والوصية. وتمليك المنافع نوعان: بغير عوض، وهو العارية والوصية بالمنافع، وبعوض وهو الإجارة. وسميت بيع المنافع لوجود معنى البيع وهو بدل الأعواض في مقابلة المنفعة وهي على خلاف القياس، لأن المنافع معدومة، وبيع المعدوم لا يجوز، إلا أنا جوزناها لحاجة الناس إليها. انظر: ابن مودود، عبد الله بن محمود. د.ت. الاختيار لتعليل المختار. تحقيق: محمود أبو دقيقة. بيروت: دار الكتب العلمية. ج 2. ص 50.

<sup>5</sup>ابن نجيم. 1997. البحر الرائق. ط 1. ج 7. ص 506.

<sup>6</sup>وهذا الجواز من الأسباب التي يكون بها عمران البلاد ورفاهية العباد، وإننا نجد على سبيل المثال: شركة تنفق أوف الأوف من الجنيتهات في إنشاء السكك الحديدية والسفن، فتسهل بذلك للناس التنقل بين البلاد ونقل أموالهم وأقاربهم بأجرة تأخذها. وإن المؤجر محتاج إلى الإجارة فهو يؤجر أعبانه، ويتنفع بأجرهما، ويستقيها الأجير والمستأجر كلاهما محتاج إلى الإجارة. وما دام الفقير يحتاج للمال، والغني يحتاج للأعمال، فبذلك تثبت الحاجة إلى الإجارة التي هي العقد على منافع العمل فلو لم تجز الإجارة لكان في ذلك على الناس ضيق وخرج. احيدر. 2003. درر الحكام. ص 439.

- 1- قوله تعالى يحكي قول إحدى ابنتي شعيب عليه والسلام: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ. قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَّائِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾<sup>1</sup>.
- 2- ما روي عن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفَّ عرقه واعلمه أجره وهو في عمله)).<sup>2</sup> وروى عن علي رضي الله عنه قال: ((احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمرني أن أُعطي الحَجَّام أجره)).<sup>3</sup>
- 3- وإجماع الصحابة الذي يميز الإجارة ومشروعيتها قبل وجود من منعها، ولحاجة الناس إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان المحسوسة. فلما جاز عقد البيع على الأعيان، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع.<sup>4</sup>

ومن خلال الاستقراء على هذه الأدلة يتضح للباحث أن الإجارة ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، ولكنها مخالفة للقياس، لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة وهي معدومة، فمقتضى القياس عدم جواز الإجارة، ولكن أُجيزت للحاجة. وذلك أن الإنسان محتاج إلى منافع أعيان لا قدرة له على ابتاعها، إذ ليس كل إنسان يستطيع أن يشتري الدار التي يحتاج إلى سكنها، والحمام الذي يحتاج إلى الاغتسال فيه، والدابة التي تحمل ثقله ومتاعه لكن يسهل إليه استئجار ذلك وتحصيل منفعة منه.<sup>5</sup>

ويستخلص الباحث بأن الإجارة تكون صحيحة متى ثبت الملك في المنفعة للمستأجر، وثبت الملك في الأجرة للمؤجر، لأنها عقد معاوضة، وفي نفس الوقت هي بيع المنفعة. وأن عقد الإجارة عقد لازم، لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها، أو ذهاب استيفاء المنفعة، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>6</sup>، فلو أجره شيئاً ومنع المؤجر المستأجر الشيء المؤجر كل المدة أو بعضها، فلا شيء له من الأجرة، لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة فلم يستحق شيئاً.

<sup>1</sup>القرآن. سورة القصص: 26-27.

<sup>2</sup>الحديث رواه البيهقي. رقم الحديث: 11654. باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي. 2003. السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العمية. ج.6. ص.199.

<sup>3</sup>الحديث رواه أحمد. رقم الحديث: (692)، مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنهم. ابن حنبل، أحمد. د.ت. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة. ج.2. ص.104.

<sup>4</sup>الكاساني. 2003. بدائع الصنائع. ط.2. ج.5. ص.515.

<sup>5</sup>حيدر. 2003. درر الحكام. ص.439.

<sup>6</sup>القرآن. المائدة. 5: 1.

## الضابط الأول: الإجارة تنفسخ بالأعذار ولا تنفسخ بغير عذر.<sup>1</sup>

إن معنى العذر في اللغة الحجة التي يعتذر بها. والجمع منه: أعذار. يقال: اعتذر فلان اعتذاراً وعذرة ومعذرة من دينه، فعذرتة وعذره يعذره فيما صنع عذراً وعذرة وعذرى ومعذرة.<sup>2</sup> يقول ابن مازة الحنفي إن الإجارة تنفسخ بالأعذار. وذلك لأن الفسخ في باب الإجارة امتناع عن القبول من وجهٍ وفسخٌ لعقدٍ منعقدٍ من وجهٍ، لأن في حق المعقود عليه المنافع<sup>3</sup> يتجدد انعقادها ساعةً فساعةً على حسب حدوث المنافع، وفي حق الأجرة يعتبر منعقداً في الحال، لأنه لا ضرورة في حق الأجرة، وإنما تأخر وقوع الملك في الأجر لا لعدم انعقاد العقد في حقه للحال، بل ضرورةً بأمر الملك في المنفعة تحقيقاً للتساوي.<sup>4</sup>

وكان الفسخ يتوقف على التراضي أو القضاء، لأن هذا الخيار يثبت بعد تمام العقد، فيشبه الرد بالعيب بعد القبض. وإذا كان العذر ظاهراً فلا حاجة إلى القضاء، وإن كان خفياً كالدين اشترط القضاء. وعند الاختلاف بين المتعاقدين فإن الإجارة تنفسخ بالقضاء. وهذا ما يميل إليه الكاساني.<sup>5</sup> وإذا أصاب إيلٍ المؤجر مرضاً مثلاً، فعليه أن يفسخ إذا كانت الإبل مستأجرة بعينها.<sup>6</sup> ويجوز للمستأجر أن يرد بما يحدث في يده من العيب، لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من عيبٍ في يد البائع جاز بما يحدث من العيب في يد المستأجر.<sup>7</sup>

وعلى الرغم من ذلك، نرى أن البيع يختلف عن الإجارة. كما هو المعلوم أن الإجارة بيعٌ للمنافع والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً، وكل جزء من أجزاء المنافع معقوداً عليه عقداً مبتدأً، فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث بعد العقد وقبل القبض، ويوجب الخيار في بيع العين. فكذا في الإجارة، فلا فرق من حيث المعنى. وفقهاء المذاهب يجمعون على هذا، على الرغم من أن بعض المذاهب ترى أن المنفعة كالعين، وأنه يتم تسليمها عند التعاقد إن لم تكن موصوفةً في الذمة، بل صرح الحنابلة بهذا التعليل. يقول

<sup>1</sup> ابن نجيم. 1994. الفوائد الزينية. ص 130.

<sup>2</sup> ابن منظور. 1414 هـ. لسان العرب. ط 3. ج 4. ص 545.

<sup>3</sup> وينبغي أن تكون المنافع في الإجارة مباحةً ومعتبرةً شرعاً، فلا تصح الإجارة على المحرمات؛ من هو ممنوع، وإعانة على سرقة أو غصبٍ أو عدوانٍ، لأنه لا استئجار على معصيةٍ، والمعصية لا تستحق بالعقد، فلا يلزم تنفيذها، بل يلزم تركها، ولا تستحق الأجر إذا نفذت. الكاساني (ت 587 هـ). 2003. بدائع الصنائع. ج 2. ص 179. وعتر، محمد ماجد. 2005. المفصل في الفقه الحنفي - الأموال والمعاملات المالية. حلب: دار المستقبل. ط 1. ص 306.

<sup>4</sup> ابن مازة. 2004. المحيط البرهاني في الفقه المرجع نفسه. ط 1. ج 7. ص 497.

<sup>5</sup> وزارة الأوقاف. 1983. الموسوعة الفقهية الكويتية. ط 2. ج 1. ص 273.

<sup>6</sup> الكاساني. 2003. بدائع الصنائع. ج 4. ص 199. و البلخي. 1310 هـ. الفتاوى الهندية. ج 4. ص 461.

<sup>7</sup> الشيرازي. 1996. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 1. ص 405.

ابن قدامة: إذا حصل العيب أثناء الانتفاع ثبت للمكثري خيار الفسخ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً.<sup>1</sup>

وفي تقدير الباحث أنه ليس في هذه القضية خلافٌ بين فقهاء المذاهب فيما إذا حدث في المعقود عليه عيبٌ في مدة العقد، لأن هذا العيب يخل بالانتفاع بالمعقود عليه، ويفوت المقصود بالعقد مع بقاء العين، كأنجرح ظهر الدابة المعينة المؤجرة للركوب، فإن ذلك يؤثر على العقد اتفاقاً، ويجعله غير لازم بالنسبة لمن أضر به وجود العيب. فلو اشترى شيئاً فأجره، ثم اطلع على عيب به، يكون له أن يفسخ الإجارة، ويرد المبيع، فحق الرد بالعيب يكون عذراً يحوّل له فسخ الإجارة وإن سبق له الرضا بالعيب لأن المنافع تتجدد.<sup>2</sup>

### القضية المنطبقة على الضابط الفقهي:

#### هل يمكن أن يكون الموت عذراً لانفساخ الإجارة؟

قد بين الحموي أن في هذه الحال إذا أراد المستأجر أن لا تنفسخ بموت المؤجر، يقرّ المؤجر بأنها للمستأجر عشر سنين، ويزرع فيها ما شاء وما خرج فهو له. ويقرّ بأنه أجرها للرجل من المسلمين، أو يقرّ المستأجر بأنه استأجرها للرجل من المسلمين، فلا تبطل بموت أحدهما. وعلى سبيل المثال: لو استأجر أحد أرضاً عشر سنين، وأراد أن لا تنتقض الإجارة بموت أحدهما، فالحيلة فيه أن يقرّ المستأجر أنه استأجرها للرجل من المسلمين أو يقرّ الآخر أنه أجرها للرجل من المسلمين، فلا تبطل بموت أحد العاقدين، لأن الإجارة لا تبطل بموت الوكيل ولا بموت الأجر متى كان المستأجر مجهولاً وكل واحدٍ منهما صادقٌ في إقراره لأنه استأجرها والآجر أجرها للرجل من المسلمين.<sup>3</sup> وينبغي أن ينقض المشتري المبيع ويرده إذا أجر المبيع ووجد به عيباً، وإذا رد المشتري على العين بعيب قبل أن يقضي القاضي عليه بالقيمة فإن ذلك كله يمنع قضاء القاضي بالقيمة، فإن كان ذلك كله بعد قضاء القاضي بالقيمة، فقد تمّ تحويل الحق إلى القيمة فلا يعود في العين بعد ذلك. كما لو أبق المصوب فقضى القاضي بقيمته على الغاصب، ثم عاد وقال: لو كان أجرها فله أن ينقض الإجارة ويردها، لأن الإجارة تنفسخ بالأعدار، وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الأعدار فتتنفسخ الإجارة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن قدامة. 1997. المغني. ط 3. ج 6. ص 30-31.

<sup>2</sup> الشيرازي. 1996. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج 1. ص 405. وابن قدامة. 1997. المغني. ط 3. ج 6. ص 30-31. وحاشية

الدسوقي. ج 4. ص 29. وزعتري، علاء الدين. 2010. فقه المعاملات المالية المقارن. سورية: دار العصماء. ط 1. ص 294.

<sup>3</sup> الحموي. 1985. غمز عيون البصائر. ج 8. ص 39.

<sup>4</sup> السرخسي. 2000. المبسوط. ط 1. ج 13. ص 49.

### الضابط الثاني: التوقيت في الإجارة التي لا تعلم المنفعة فيها إلا ببيان المدة شرط لصحتها.<sup>1</sup>

إن كلمة التوقيت مصدرٌ من فعل (وقت) فهو مَوْقُوتٌ، إذا بَيَّنَّ للفعل وقتاً يفعل فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾، أي مفروضاً في الأوقات. وقد استعير الوقت للمكان، ومنه مواقيت الحج لمواضع الإحرام. والتأقيت في الاصطلاح: تحديد وقت الفعل ابتداءً وانتهاءً. والتأقيت قد يكون من الشارع في العبادات مثلاً، وقد يكون من غيره.<sup>2</sup>

والإجارة يجب أن تُعَقَّدَ على مُدَّةٍ مُوقَّتَةٍ، أي أن التَّوْقِيتَ في الإجارة لَازِمٌ بِعَكْسِ النِّكَاحِ، فَلَا يَجُوزُ فِيهِ التَّوْقِيتُ. والإجارة هي بيع منفعة، وتكون الإجارة فاسدةً مثلاً لو اسْتَأْجَرَ أَحَدٌ بِنَاءً لِيَبْنِيَ لَهُ دَارًا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَوَازِمِ الْبِنَاءِ مِنْهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَيْسَتْ بِبَيْعٍ عَيْنٍ وَإِنَّمَا بَيْعٌ مَنْفَعَةٍ. إذ لا بد أن يكون العلم بالمنفعة تارةً ببيان المُدَّةِ كَمَا فِي اسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَى، وَالْأَرْضِ لِلزَّرْعِ، وَتَارَةً يَكُونُ بِالتَّسْمِيَةِ كَاسْتِئْجَارِ صَبَاغٍ، أَوْ خِيَاطٍ لِصَبْغِ ثَوْبٍ، أَوْ خِيَاطَتِهِ، وَتَارَةً يَكُونُ بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ، وَذَلِكَ كَاسْتِئْجَارِ رَجُلٍ لِنَقْلِ جَمَلٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ الرَّجُلُ إِلَى مَحَلٍّ مُشَارٍ إِلَيْهِ.<sup>3</sup> قال الشيرازي في المهذب: "لا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة القدر، لأننا بيّنا أن الإجارة بيعٌ، والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر، فكذلك الإجارة، ويُعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل أو بتقدير المدة. فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها، كخياطة ثوبٍ وبيع عبدٍ والركوب إلى مكانٍ قدرت بالعمل، لأنها معلومةٌ في نفسها فلا تقدر بغيرها. وإن قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوماً ليخيط له قميصاً فالإجارة باطلة، لأنه يؤدي إلى التعارض، وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم، فإن طولب في بقية اليوم بالعمل أُخِلَّ بشرط العمل وإن لم يطالب أُخِلَّ بشرط المدة."<sup>4</sup>

وما يتعلق بالضابط الفقهي الذي سبق ذكره، كان ابن نجيم الحنفي يشرح أن التوقيت في الإجارة التي لا تعلم المنفعة فيها لا يكون شرطاً لصحة الإجارة إلا إذا كانت مدة التوقيت واضحةً بيّناً. ومع أن الكلام عن التوقيت في الإجارة شيءٌ لازمٌ، كما بيّنه علي حيدر أن الإجارة يجب أن تعقد على مدةٍ موقّتةٍ، أي لا بد أن يكون فيها التوقيت. لأن في التوقيت منفعةً، والمنفعة تشير إلى أنه لو استأجر إنساناً خياطاً ليخيط له من ثوب قباء على أن يكون فُماش الكمين منه فالإجارة فاسدةً. وكذلك لو استأجر إنساناً بناءً ليبني له داراً على أن تكون لوازم البناء منه، لأن الإجارة ليست بيع عينٍ. والعلم بالمنفعة يكون تارةً

<sup>1</sup> ابن نجيم. 1994. الفوائد الزينية. ص 140.

<sup>2</sup> وزارة الأوقاف. 1983. الموسوعة الفقهية الكويتية. ط 2. ج 6. ص 31.

<sup>3</sup> حيدر. 2003. درر الحكم. ج 1. ص 373.

<sup>4</sup> الشيرازي، أبو إسحاق. 1996. المهذب في فقه الإمام الشافعي. تحقيق: محمد الزجيلي. دمشق: دار القلم. ط 1. ج 3. ص 517-518. والنووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف. د.ت. كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي. تحقيق: محمد نجيب المطيعي. جدة: مكتبة الإرشاد. ج 15. ص 260.

بيان المدّة كما في استئجار الدور للسكنى والأراضي للزرع، وتارةً يكون بالتسمية كاستئجار صباغ، أو خياطٍ لصبغ ثوبٍ، أو خياطته. وتارةً يكون بالتعيين والأشارة وذلك كاستئجار رجلٍ لنقل حملٍ يدلّ عليه الرجل إلى محلّ مشارٍ إليه.<sup>1</sup>

### القضية المطبقة على الضابط الفقهي:

الإجارة الواردة على المنفعة يشترط فيها تحديد المدّة بخلاف الإجارة الواردة على العمل.

إن عقد الإجارة يختلف عن عقد البيع بأن البيع تمليك للعين على التأييد، وأما عقد الإجارة فإنه عقدٌ مؤقتٌ، والإجارة فيه تارةً ترد على منفعةٍ، وتارةً ترد على العمل. وعقد الإجارة التي ترد على العمل لا يشترط فيه تحديد المدّة، وينتهي بانتهاء ذلك العمل كاستئجار رجلٍ على خياطة ثوبٍ، أو بناء جدارٍ. وأما ما يرد على المنفعة كسكنى الدار والحوانيت فلا بد فيه من تحديد المدّة. ومن المعلوم أن عدم تحديد المدّة يؤدي إلى الغرر والجهالة المفضية إلى المنازعة، وذلك لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة، فلا بد من العلم بها، ولا يعلم قدر المنفعة إلا ببيان المدّة. فلا يصح أن تقول مثلاً: أسكنتني دارك مدة حياتي أو مدة حياتك، أو إلى أن يقدم زيد، وقدمه غير معلوم. كما أشار إلى ذلك الكاساني بقوله: "لا تصح الإجارة مع جهالة المدّة."<sup>2</sup> ويتخلص الباحث بأن عقد الإجارة عقدٌ مؤقتٌ إما بمدّة معلومة أو بإنجاز العمل المتفق عليه. وهو عقدٌ لازمٌ من حيث يقتضي تمليك المؤجر الأجرة، وتمليك المستأجر المنفعة مدّة مؤقتةً، ولا يحق لأحدٍ منهما فسخه قبل انقضاء عقد الإجارة إلا برضاها. فإذا انتهت مدّة الإجارة أو فرغ المستأجر من إنجاز العمل فقد انتهى عقد الإجارة، وللطرفين الخيار في تجديد العقد أو انقائه، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء.

### الضابط الثالث: لا تصح الإجارة بأقل من أجر المثل.<sup>3</sup>

قد بين ابن نجيم الضابط أن ما صح ثمناً صح أجرة، أي ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة؛ لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع.<sup>4</sup> والأجرة من مقومات عقد الإجارة التي لا يقوم

<sup>1</sup>حيدر. 2003. درر الحكام. ج. 1. ص. 373.

<sup>2</sup>الكاساني. 2003. بدائع الصنائع. ج. 6. ص. 180.

<sup>3</sup>ابن نجيم. 1994. الفوائد الزينية. ص. 66.

<sup>4</sup>ابن نجيم. 1997. البحر الرائق. ج. 7. ص. 298.



العقد إلا بما سواء اعتبرنا الأجرة ركناً من أركان عقد الإجارة كما هو مذهب الجمهور، أو لم نعتبرها ركناً كما هو مذهب الحنفية.<sup>1</sup> قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.<sup>2</sup>

وزاد ابن نجيم بيان أن هذا الضابط يجري على قضية إجارة الوقف. وعلى ذلك يقول: إن إجارة الوقف لا تجوز إلا بأجرة المثل أو أكثر. فلو أجر الناظر بدون أجرة المثل لا تصح الإجارة، ويلزم للمستأجر تمام أجر المثل. والناظر يضمن تمام أجر المثل. وإذا كان متولي الوقف يقول: لو أجر بدون أجر المثل يلزمه تمام أجر المثل.<sup>3</sup> وإذا أجر القِيم داراً بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس حتى لم تجز الإجارة، لو تسلمها المستأجر كان عليه أجر المثل.<sup>4</sup>

وعن إجارة أرض اليتيم إجارةً طويلةً، فبيّن ابن نجيم أن الوصي<sup>5</sup> إذا أجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضاً بمال اليتيم إجارةً طويلةً رسميةً ثلاث سنين لا يجوز ذلك، وكذلك أبو الصغير ومتولي الوقف، لأنّ الرسم في الإجارة الطويلة أن يجعل شيئاً يسيراً من مال الإجارة بمقابلة السنين الأولى. ومعظم المال بمقابلة السنة الأخيرة فإن كانت الإجارة لأرض اليتيم أو الوقف لا تصح الإجارة في السنين الأولى، لأنها تكون بأقل من أجر المثل فلا تصح. وإن استأجر أرضاً لليتيم أو الوقف بمال الوقف ففي السنة الأخيرة يكون الاستحجاز بأكثر من أجر المثل فلا يصح. وإذا فسدت الإجارة في البعض في الوجهين؛ هل يصح فيما كان خيراً لليتيم والوقف على قول من يجعل الإجارة الطويلة عقداً واحداً لا يصح، وعلى قول من يجعلها عقوداً يصح فيما كان خيراً لليتيم، ولا يصح فيما كان شراً له والظاهر هو الفساد في الكل.<sup>6</sup> ومن ثم يرى الباحث أن الناظر لا يجوز له أن يؤجر العين الموقوفة بأقل من أجرة المثل، سواء أكان الناظر هو المستحق أو غيره، لما يؤدي إليه من الضرر بالوقف بسبب الأجرة، إلا إذا كان النقصان عن أجرة المثل يسيراً وهو ما يتغابن الناس فيه عادة أي يقبلونه ولا يعدونه غبناً، أما إذا كان الغبن فاحشاً فلا تجوز الإجارة، واعتبر خيانةً من المتولي إذا كان عالماً بأجرة المثل.<sup>7</sup> والواقف أيضاً إذا أجر بالأقل مما لا يتغابن

<sup>1</sup>الديبان. 1434هـ. المعاملات المالية في الفقه الإسلامي. ج 8. ص 375.

<sup>2</sup>القرآن. الطلاق. 65: 6.

<sup>3</sup>ابن نجيم. 1997. البحر الرائق. ج 20. ص 156.

<sup>4</sup>المرجع نفسه. ج 7. ص 510.

<sup>5</sup>والمراد بالوصي هو من جعل له التصرف بعد موت الموصي فيما كان للموصي التصرف فيه من قضاء ديونه، واقتضائها، ورد الودائع، واستردادها، وتنفيذ وصيته إن كانت هناك وصية، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشدهم، والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم المصلحة فيه. والصلة بين الناظر والموصي أن الناظر: هو الذي يلي أمر الوقف. وأما الوصي فهو الذي يتولى تنفيذ الوصايا ونحوها، فالوصي أعم من الناظر. انظر: وزارة الأوقاف. 1983. الموسوعة الفقهية الكويتية. ط 2. ج 1. ص 59.

<sup>6</sup>ابن نجيم. 1997. البحر الرائق. ج 20. ص 155.

<sup>7</sup>وزارة الأوقاف. 1983. الموسوعة الفقهية الكويتية. ط 2. ج 44. ص 179.

الناس فيه لم تجز، ويطلها القاضي، فإن كان الواقف مأموناً، وفعل ذلك عن طريق السهو والغفلة أقره القاضي في يده، وأمره بالإجارة بالأصلح، وإن كان غير مأمون أخرجها من يده، وجعلها في من يثق بدينه.

### القضية المطبقة على الضابط الفقهي:

إذا استأجر الإنسان حمالاً أو خياطاً أو حلاقاً، ولم يتعرض للأجرة، أو تعرض لها دون أن يذكر مقدارها، كما لو قال: احمل متاعي على ما هو متعارفٌ، أو قال له: احمله وسأرضيك. فهل يصح ذلك؟ أنه من الممكن أن تكون الإجارة جائزة من غير ذكر الأجرة، وذلك لأن المتعاقدين حين تعاقدوا من غير ذكر الأجرة كان لسان حالهما أنهما قد تراضيا في الرجوع إلى أجرة المثل. فإذا تراضيا على ذلك جاز، والأجرة وإن لم تكن مقدرةً هنا لكنها قابلة للتقدير، كما أن الرجوع إلى أجرة المثل أدعى للعدل مما لو تعاقدوا على أجر مسمى، فقد يعين أحدهما الآخر، ولا زال الناس يتعاملون في البيع بمثل ذلك، فيأخذ الرجل حاجته من البقال أو اللحم أو الفاكهة، ولا يتفقان على ثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبه في آخر الشهر مثلاً، وكان هذا البيع صورة من صور بيع المعاطاة، وما جاز في ثمن المبيع جاز في الأجرة. وهذا ما أشار إليه الديبان في كتابه المعاملات المالية في الفقه الإسلامي.<sup>1</sup>

### الخلاصة

هذه هي الضوابط الفقهية عند ابن نجيم الحنفي في المعاملات المالية التي استخرجها الباحث من كتبه، وشرحها ودلّل عليها، وأبرز أهميتها. وقد توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى بعض النتائج منها: يتضح للباحث من خلال الدراسة أن ابن نجيم الحنفي قد أسهم إسهاماً قيماً في علم القواعد والضوابط الفقهية، ويظهر ذلك جلياً من خلال ما استقرأ الباحث على كتبه، ككتاب الأشباه والنظائر، والفوائد الزينية، والبحر الرائق والرسائل الزينية وغيرها التي تتميز بالأصالة، وما استخرج منها بعض الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في القضايا المعاملات المالية التي تتسم بالدقة والشمولية واعتمادها على المصادر والمراجع من الكتاب والسنة ومن الكتب المعتمدة التي عنده. وفي تقدير ابن نجيم أن الضابط الفقهي هو حكم كلي فقهي ينطبق على فروع متعددة ويجمعها من بابٍ واحدٍ، وأما القاعدة فتجمع فروعاً من بابٍ شتى. ويظهر الفرق بينهما أن القاعدة تتضمن حكماً شرعياً ينطبق على فروع كثيرة من أبوابٍ فقهية متعددة، مثل: باب الطهارة، وباب الصلاة، وباب البيع، وباب النكاح وغيرها. ومع أن الضابط يتضمن حكماً شرعياً ينطبق على فروع من بابٍ فقهيٍّ واحدٍ، مثل: باب السلم في البيوع، باب قراءة الفاتحة في الصلاة، وباب غسل اليدين في الوضوء، وغيرها من الأحكام الفقهية. ويرى ابن نجيم جواز الاستدلال بالقواعد والضوابط

الديبان. 1434هـ. المعاملات المالية في الفقه الإسلامي. ج9. ص193

الفقهية لأن لها أصلاً من كتابٍ أو سنةٍ، سواءً أكانت القواعد نصوصاً شرعيةً، أو مبنيةً على نصوص الشرع عن طريق استنباط العلل الجامعة بين هذه النصوص، أو بين الأحكام الشرعية التي استنبطت من هذه النصوص الجزئية. وهي أيضاً تصلح أن تكون دليلاً شرعياً إذا كانت معبرةً عن دليلٍ أصوليٍّ.

## المصادر والمراجع

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. 1415هـ. مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وابنه محمد. المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف. \_\_\_\_\_، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، الحراني، أبو العباس تقي الدين. 1986. منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية. تحقيق: محمد رشاد سالم. المملكة العربية السعودية: جامعة الإمام بن سعود الإسلامية. ط1.

ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي. 1991. الأشباه والنظائر. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معرض. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1.  
الأسمری، صالح بن محمد بن حسن. 2000. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصميعة. ط1.  
ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل. 2015. البداية والنهاية. تحقيق: رياض عبد الحميد مراد ومحمد حسان عبيد. دمشق: دار ابن كثير.

ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصري. د.ت. لسان العرب. بيروت: دار صادر.  
ابن العماد، شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحی بن أحمد بن محمد العكري، الحنبلي، الدمشقي. 1993. شذرات الذهب في أخبار من ذهب. تحقيق: محمود الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. دمشق: دار ابن كثير. ط1.  
ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. 1994. الفوائد الزينية في مذهب الحنفية. تحقيق: آل سليمان، أبو عبيدة مشهور بن حسن. دار ابن الجوزي.

ابن فارس، أبو الحسين أحمد. 1979. معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون. دار الفكر.  
الأسمری، صالح بن محمد بن حسن. 2000. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية. تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد. الرياض: دار الصميعة للنشر والتوزيع. ط1.  
الأشقر، عمر سليمان. 2005. المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي مع أسئلة وتمارين للمناقشة. الأردن: دار النفائس. ط1.

الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب. 1998. القواعد الفقهية. الرياض: مكتبة الرشاد. ط1.  
\_\_\_\_\_، يعقوب عبد الوهاب. 2000. قاعدة اليقين لا يزول بالشك - دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية. الرياض: مكتبة الرشد. ط1.

البغدادي، إسماعيل باشا. 1951. هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

- البناني، عبد الرحمن بن جار الله المغربي. 1982. حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع. بيروت: دار الفكر.
- البغدادي، إسماعيل باشا. 1955. هدية العارفين - أسماء المؤلفين وآثار المصنفين. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- التهانوي، محمد علي. 1996. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. تحقيق: علي دحروج. بيروت: مكتبة لبنان. ط1.
- الدهلوي، شاه ولي الله ابن عبد الرحيم. 1986. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. بيروت: دار النفائس. ط3.
- الزركلي، خير الدين. 2002. الأعلام - قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين. بيروت: دار العلم للملايين. ط15.
- الزركشي، بدر الدين محمد بن بھادر بن عبد الله الشافعي. 1992. البحر المحيط في أصول الفقه. تحرير: عبد القادر عبد الله العاني. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ط2.
- الغزي، نجم الدين محمد بن محمد. 1997. الكوكب السائرة بأعيان المائة العاشرة. تحقيق: خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1.
- سراج، محمد أحمد، ومحمد، علي جمعة. 1999. رسائل ابن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية. القاهرة: دار السلام. ط1.
- النقيب، أحمد بن محمد نصير الدين. 2001. المذهب الحنفي - مراحل وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، وخصائصه ومؤلفاته. الرياض: مكتبة الرشد. ط1.
- الزرقا، مصطفى أحمد. 1998. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم.
- الحاج، ابن أمير. 1996. التقرير والتحرير في علم الأصول. بيروت: دار الفكر.
- الشيبياني، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد. 1999. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. د.م.: مؤسسة الرسالة. ط2.
- النجدي، محمد بن عبد الله بن حميد. 1996. السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة. تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد وعبد الرحمن بن سليمان العثيمين. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط1.
- الفتوح، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي. 1993. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير. تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد. الرياض: مكتبة العبيكان.
- البيضاوي، عبد الله بن عمر. 2006. منهاج الوصول إلى علم الأصول. تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى. بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون. ط1.
- السبكي، علي بن عبد الكافي. والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي. 1981. الإجماع في شرح المنهاج للبيضاوي (ت 665هـ). تحقيق: شعبان محمد إسماعيل. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. ط1.
- الرازي، محمد أبي بكر بن عبد القادر. 1986. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان. ص. 158. وابن منظور. 1414هـ. لسان العرب. ط3.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ. 1987. المصباح المنير: معجم عربي-عربي. بيروت: مكتبة لبنان.

- السنحاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن. د.ت. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع. بيروت: دار الجيل.  
التنبكتي، أحمد بابا. 1989. نيل الإبتهاج بتطيريز الديباج. تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة. طرابلس: دار  
الكاتب. ط1.
- مخولف، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم. 2003. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. تحقيق: عبد المجيد  
خيالي. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1.
- عابد الصمد، محمد بن عبد الله. 2001. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة. المملكة العربية  
السعودية: مكتبة دار البيان الحديثة. ط1.
- الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكتي. 2006. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في  
الأيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ط1.
- شوقي ضيف وآخرون. 2004. المعجم الوسيط. مصر: مكتبة الشروق الدولية. ط4.
- الحموي، أحمد بن محمد الحنفي. 1985. غمز عيون البصائر - شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي.  
بيروت: دار الكتب العلمية. ط1.
- الهاشمي، محمد بن عبد الله بن الحاج التمبكتي. 2006. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في  
الأيمان والنذر. مكة المكرمة: المكتبة المكية. ط1.
- الفتوح. 1993. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير. تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد. الرياض: مكتبة  
العبيكان.
- المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد. د.ت. القواعد. تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد. مكة المكرمة: مركز  
إحياء التراث الإسلامي. ج1.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين. 2003. الجامع الأحكام  
القرآن. تحقيق: هشام سمير البخاري. الرياض: دار عالم الكتب.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. 1994. الذخيرة. تحقيق: محمد حجي. بيروت: دار العرب الإسلامي.  
ط1.
- الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي. 2000. المنشور في القواعد. تحقيق: محمد  
حسن محمد حسن إسماعيل. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1.
- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي. 1999. القواعد. مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز.  
الغزالي، أبو حامد بن محمد بن محمد بن محمد. 1980. المنحول من تعليقات الأصول. تحقيق: محمد حسن هيتو.  
دمشق: دار الفكر. ط2.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي. 1997. الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن  
آل سلمان. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان. ط1.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل. 2002م. صحيح البخاري. بيروت: دار ابن كثير. ط1.
- العبد، ابن دقيق. د.ت. شرح الأربعين للنووي. مكة المكرمة: المكتبة الفيصلية.

- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر. 1994. سنن البيهقي الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز.
- الأصبحي، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي. 1991. موطأ الإمام مالك. تحقيق: تقي الدين الندوي. دمشق: دار القلم. ط1.
- الكيلاي، عبد الرحمن إبراهيم زيد. 2000. قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي. دمشق: دار الفكر. ط1.
- النوي، أبو زكريا يحيى بن شرف. 1994. شرح صحيح مسلم بشرح النووي. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. د.م. مؤسسة قرطبة. ط2.
- أبو الطيب، محمد شمس الحق العظيم آبادي. 1415هـ. عون المعبود شرح سنن أبي داود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط2.
- الجويني، أبو المعالي. 1979. غياث الأمم في التياث الظلم. تحقيق: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم. الإسكندرية: دار الدعوة. ط1.
- مجموعة من العلماء. 1302هـ. مجلة الأحكام العدلية. بيروت: المطبعة الأدبية.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي. 1997. الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان. ط1.
- أبو زهرة، محمد. 1958. أصول الفقه. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض. 2002. الفقه على المذاهب الأربعة. بيروت: دار الكتب العلمية.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله. 2002. صحيح البخاري. بيروت: دار ابن كثير.
- حنبل، ابن أحمد. 1999. مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي. 2003. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط2.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. 1983. الموسوعة الفقهية الكويتية. الكويت: طباعة ذات السلاسل. ط2.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. 1986. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان.
- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، مرتضى، الحسيني. 1965. تاج العروس من جواهر القاموس. تحقيق: عبد الستار أحمد فراج. الكويت: التراث العربي.
- الديان، ديبان بن محمد. 1434هـ. المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة. الرياض: فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية. ط2.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب. 2000. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحداد. 2006. الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية. تحقيق: إلياس قبلان. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1.
- الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد. 1987. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. بيروت: دار العلم للملايين. ط4.

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين (ت 1004هـ). 2003. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الكتب العلمية. ط3.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. 1403هـ. الأشباه والنظائر. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الحججي، عبد الله بن سعيد محمد عبّادي. 1388هـ. إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية. مكة المكرمة: مطبعة المدني.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي. 1314هـ. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية.
- الشيرازي، أبو إسحاق. 1996. المهذب في فقه الإمام الشافعي. تحقيق: محمد الزحيلي. دمشق: دار القلم.

خيار الشرط وخيار المجلس وأثرهما على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون  
يوسف النقبي

ملخص

يتفق الفقه على أن العقد، متى تمت مرحلة إعداده واستوفى شرائط صحته وأركانه قام صحيحاً منتجاً لآثاره، مرتباً المسؤولية بين أطرافه كل في حدود التزاماته وفي إطار واجباته تجاه الآخرين، لكن ومع كل الفرص المتاحة للمتعاقدين كالتزوي والتفكير، في التعبير عن إرادتهما بشكل صحيح، فقد رأى الفقهاء أن هناك من الظروف التي يرجع بعضها إلى العاقدين كعدم الرؤية، أو نقص في الأهلية، لا تعطي النتيجة الكاملة لنفذ العقد وإعطائه اللزوم النهائي. فكان للمتعاقدين في العقود التي تحتل مكانة مهمة لدى المتعاقدين، ورغم تمام العقد بكامل صيغته، أن يكون لأحدهما أو لهما معاً الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، وذلك خلال فترة زمنية محددة، وهذا ما يُسمى بخيار الشرط. فخيار الشرط، خيار تُقرر خلافاً لقاعدة لزوم العقد؛ فالأصل أن العقد إذا استوفى متطلبات صحته ونفاذه، أصبح لازماً لطرفيه، بحيث لا يجوز لأي منهما التحلل منه بإرادته المنفردة، على أن يكون لكليهما أو لأي منهما الحق في فسخ العقد دون تراضي أو تقاضي. ففي هذه الحالة يكون عقداً غير لازماً، وهذا ما قرره المشرع الإماراتي صراحةً في نص المادة (218) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي والتي تنص على أنه: "1- يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراضي أو تقاضي. 2- ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه". إذ بمقتضى هذا النص، فإن حق الفسخ، قد يرجع إلى كون العقد غير لازم بطبيعته لأحد المتعاقدين. من هذا المنطلق، فإن خيار الشرط قد يثبت لأحد المتعاقدين في عقد البيع أو لكليهما، فيكون العقد غير لازم لمن ثبت له الخيار. والخيارات التي تشوب لزوم العقد عرفها الفقه الإسلامي، وأخذها منه قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وهي في حقيقة الأمر تشكل صنعة فقهية راقية جداً، فهي تجيز للمتعاقد فسخ العقد بإرادته المنفردة إذا اختل رضاه، فهي تدخل ضمن الوسائل التي أوجدها الفقه الإسلامي والمشرع الإماراتي لحماية المتعاقد بوجه خاص. أما خيار المجلس فقد ثبت عن طريق الأحاديث النبوية الصريحة في هذا والمؤيدة بفعل رواها، وهو قول تبناه جماهير الصحابة، والسلف الصالح، ثم إن الحاجة داعية لإثبات خيار المجلس، ذلك أن كلاً من المتعاقدين قد يقبلان على البيع بغتة دون غير تزوي، فيحصل لهما الندم على ما عقدها، فلو قلنا بلزوم العقد بمجرد الإيجاب والقبول لتضررا من ذلك، فناسب أن يشرع خيار المجلس لكل منهما؛ دفعاً للضرر. ويظهر جانب المصلحة في الأخذ بخيار المجلس في إعطاء كلا العاقدين فترة من النظر والتزوي في جدوى التعاقد ممتدة إلى تفرق العاقدين بأبدانهما عن مجلس العقد. ولا شك أن هذه الفترة أطول فيما قيل بلزوم العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول، ويستتبع طول هذه الفترة إعطاء كلا العاقدين وقتاً كافياً



لتقليب النظر وإعادة التفكير في جدوى التعاقد، مما يترتب عليه حصول الرغبة الكاملة والرضا التام بهذا العقد، لاسيما وأن العقود شرعت لتحقيق مصالح العباد؛ فيقدم العاقد على العقد وقد استبان له مصلحته وظهرت له حاجته.

## مقدمة

إنه ما من شك في كمال شريعة الإسلام ووفائها بجميع متطلبات كل عصر في كل زمان ومكان، كيف لا وهي منزلة من خالق الكون والخلق - وكل شيء - العليم سبحانه بما يصلح أحوال الناس في معاشهم ومعادهم، وأن ذلك ليظهر جلياً من تتبع أحكام هذه الشريعة المطهرة وتفهم مقاصدها بشيء من التعمق والموضوعية، ومن أبرز تلك الأحكام التي تبرز خاصية الشمول التي اختصت بها هذه الشريعة والتي تؤكد صلاحيتها للتطبيق العملي في كل الأزمنة وعلى مر العصور المختلفة ما شرعه في البيع من إعطاء الخيار للعاقد، ليتروى في أمره وينظر في مصلحته من وراء تلك الصفقة؛ فيقدم على ما يؤمل من ورائه الخير، ويحجم ويتراجع عما لا يراه في مصلحته. فالخيار في البيع معناه طلب خير الأمرين من الإمضاء أو الفسخ(1). سيتم تناول موضوع خيار الشرط وخيار المجلس وأثرهما على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون، من خلال تقسيم هذا البحث إلى فصلين، على النحو التالي:

الفصل الأول: مفهوم خيار الشرط وأثره على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون.

الفصل الثاني: مفهوم خيار المجلس وأثره على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون.

## الفصل الأول

### مفهوم خيار الشرط وأثره على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون

#### تمهيد وتقسيم:

الخيار هو طلبُ حَيِّرِ الأمرَيْنِ مِنَ الإِمْضَاءِ أَوْ الفَسْخِ وَالْإِلْغَاءِ، بمعنى أَنَّ العاقدَ مُحَيَّرٌ بَيْنَ هَذَيْنِ الأمرَيْنِ، ويعد خيار الشرط أحد هذه الخيارات، ومن أجل التعرف على مفهومه وأثره على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون، سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم خيار الشرط ولمن يثبت هذا الخيار.

المبحث الثاني: أثر خيار الشرط في عقود البيع الإلكترونية.

(1) محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله العجلان: خيار الشرط في عقد البيع "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1406هـ - 1407هـ، ص2.

## المبحث الأول

### مفهوم خيار الشرط ولما يثبت هذا الخيار

#### تمهيد وتقسيم:

الخيار لغة: اسم مصدر من اختار، والمصدر الاختيار، وحقيقته الاصطفاة والانتقاء، يقال: اختاره من الرجال، واختاره عليهم، أي: انتقاه واصطفاه(1). وجاء الخيار في الحديث الشريف: "البيعان بالخيار"(2) بهذا المعنى، أي: كلٌّ من المتبايعين له أن يتخير لنفسه ما شاء من إمضاء العقد أو رده، يقول ابن الأثير في النهاية(3): "في معنى كلمة الخيار في الحديث المشار إليه: الخيار اسم من الاختيار وهو: طلب خير الأمرين، إما الإمضاء وإما الفسخ للعقد".

ولا شك أن الفقهاء يريدون من الخيار في العقد هذا المعنى أيضاً، فإن حقيقته في اصطلاحهم أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه وتقريره(4).

وحيث إن المبادلة المالية في الإسلام تقوم على أساس الرضا التام إذ هو المناط الحقيقي لانتقال الأموال بين الناس، كما صرح بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)(1).

ومع احترام الشريعة للعقود وإلزام المتعاقدين الوفاء بها حتى يتحقق الغرض المقصود منها، كما تدل على ذلك آيات كثيرة من الذكر الحكيم منها قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2)، إلا أن هذا ليس على إطلاقه، بل مخصص برعاية المصلحة، ودفع الضرر، ولذا شرع الخيار بأنواعه تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للضرر على العاقدين أو أحدهما(3).

ومن أجل تعريف خيار الشرط لغة، واصطلاحاً فقهيًا وقانونياً، ولما يثبت هذا الخيار وما هي شروطه، سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

#### المطلب الأول: مفهوم خيار الشرط لغة واصطلاحاً فقهيًا وقانونياً.

#### المطلب الثاني: لما يثبت هذا الخيار وما هي شروط ثبوته.

(1) د. سعدي حسين علي جبر: الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي "أحكام إسترداد المال"، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2003م، ص98.

(2) صحيح البخاري: 18/3 كتاب البيوع (34) باب (44).

(3) ج91/2، ط عيسى الحلبي، الطبعة الأولى، 1383هـ. (خير).

(4) البحر الرائق: 2/6، وحاشية ابن عابدين: 565/4، ونهاية المحتاج: 3/4، وشرح منهي الإرادات: 166/2.

(1) سورة النساء، آية: 29.

(2) سورة المائدة، آية: 1.

(3) د. سعدي حسين علي جبر: الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي "أحكام إسترداد المال"، مرجع سبق ذكره، ص99.

## المطلب الأول

### مفهوم خيار الشرط لغةً وإصطلاحاً فقهيًا وقانونياً

خيار الشرط مركب إضافي من كلمتين هما الخيار والشرط، والخيار هو الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين. إما إمضاء البيع أو فسخه والاختيار الاصطفاء وكذلك التخير، وتخير الشيء أي اختاره ولك خيرة هذه الإبل والغنم وخيرها والواحد والجمع في ذلك سواء(4).

وخيار الشرط سُمي بذلك لأنه يرجع إلى اشتراط الطرفين وليس راجعاً إلى حقيقة العقد، فسببه اشتراطهما وليس سببه العقد(5). وسوف نتعرف في هذا المطلب على تعريف خيار الشرط لغةً وإصطلاحاً فقهيًا وقانونياً، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مفهوم الخيار الشرط:

#### 1. مفهوم الخيار في اللغة والاصطلاح:

الخيار لغة: هو الاختيار ومنه يُقال خيار الرؤية، ويُقال الخيار: اسم من تخيرت الشيء مثل الطيره اسم من تطير، وخيرته بين الشيئين فوضت إليه الإختيار فاختر أحدهما(1). والخيار اسم مصدر اختار يختار اختياراً.

قال ابن منظور(2) في لسان العرب(3): والخيار الاسم من الاختيار وخايره فخاره خيراً، كان خيراً منه، وخار الشيء واختاره: انتقاه، وأنت بالخيار وبالْمَخْتار سواء: أي اختر ما شئت... وهو طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع أو فسخه.

والخيار اسم مصدر من الاختيار وخيرته بين الشيئين: أي فوضت إليه الخيار.. وتخير الشيء: اختاره(4). وكلمة الخيار مشتقة من قولهم: "هذا خيار الشيء وهؤلاء خيار الناس واختيارهم وتخيرت هذا الشيء: أخذت خياره وخيرته، وفلان خَيْرٌ (في وزن فيعل)، وابل خيار: أي مختاره. وقولهم أخاير: جمع خير، وقد

(4) لسن العرب، الجزء الرابع، ص266-267.

(5) الشيخ د. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: من فقه المعاملات، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 1422هـ 2001م، ص62.

(1) انظر المصباح المنير: ص185.

(2) هو محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الريفي، الأفريقي، الإمام اللغوي الحجة، ولد بمصر، (وقيل بطرابلس الغرب) عام 630هـ، وتوفي بمصر عام 711هـ، وقد ترك بخطه نحو خمسمائة مجلد، وله عدة مؤلفات أشهرها لسان العرب ومنها مختار الأغاني ومختصر مفردات ابن البيطار وغيرها. انظر الأعلام 108/7.

(3) لسان العرب 108/7.

(4) محمد بن منظور: لسان العرب، الجزء الرابع، ص266، مادة (خير).

سمت العرب خياراً وهو أبو قبيلة منهم وخيران ومختاراً ومختاره(5). ويقولون فلان حسن الخير أي حسن الهيئة والمروءة قال أبو عبيدة، هو فارس معرب(6).

مفهوم الخيار في اصطلاح الفقهاء:

الخيار إصطلاحاً: هو طلب خير الأمرين من: إمضاء العقد، أو فسخه(7).

وعرفه الحنفية: بأنه طلب خير الأمرين أو الأمور. ويريد به الفقهاء أن يكون لأخذ العاقدین أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه(8).

وعرفه الشافعية: بأنه طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه(1).

وعرفه الحنابلة: بأنه خير الأمرين من الامضاء أو الفسخ(2).

2. مفهوم الشرط في اللغة والاصطلاح:

الشرط لغةً: العلاقة ومنه اشراط الساعة أي علاماتها.

(واشروط) فلان بنفسه لأمر كذا أي: أعمها له وأعدّها، قال الأصمعي: ومنه سمي (الشرط) لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، وشرط عليه كذا في باب ضرب ونصر.

والشرط: بإسكان الراء - إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط(3).

مفهوم خيار الشرط عند الفقهاء:

خيار الشرط(4): هو أن يشتري أحد المتبايعين شيئاً على أن له الخيار مدة معلومة، إن شاء أنفذ البيع في هذه المدة، وإن شاء ألغاه، ويجوز لهما معاً أو لأحدهما(5).

(5) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي، ص291.

(6) انظر الاشتقاق لابن دريد، ص89.

(7) محمد الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، (1419هـ - 1998م)، ص59.

(8) انظر أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، ص141.

(1) انظر مغني المحتاج، ج2، ص42.

(2) انظر كشاف القناع، ج3، ص198.

(3) انظر: لسان العرب لابن منظور، ج9، ص202، ومختار الصحاح، ص334.

(4) ويسمى خيار التروي عند المالكية وبعض الفقهاء. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص91. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2، ص237. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3، ص28.

(5) السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الثامنة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987م، ج3، ص145.

وبعبارة أخرى: هو أن يشترط العاقدان، أو أحدهما فسخ العقد، أو إمضائه خلال مدة معلومة(1). وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة، وهي إضافة الخيار إلى سببه، إذ سببه الشرط(6).  
عرفه الحنفية: بأنه خيار يشترطه المتبايعان أو أحدهما لنفسه أو لغيره بأن له الحق في إمضاء العقد أو فسخه(7).

وعرفه المالكية: بأنه خيار تروي - أي نظر وتأمل - في إبرام البيع أو عدمه(1).  
وعرفه الشافعية: بأنه خيار يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما في أنواع البيع(2).  
وعند الحنابلة: هو أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما في العقد أو بعده في زمن الخيارين خيار مدة معلومة(3).

## المطلب الثاني

### لمن يثبت هذا الخيار وما هي شروط ثبوته

شرح خيار الشرط للتروي والنظر والتفكير حتى لا يغبن أحد المتبايعين في البيع، وفي ذلك رفق بهما ودفع للضرر عنهما، حيث أن الإنسان، إذا اشترى سلعة فلربما يغفل عن عيب فيها، ولا يظهر هذا العيب إلا بإمعان النظر أو مشاوراة أهل الخبرة والنصح، وقد يكون المبتاع لا يحسن النظر فيما ابتاعه، فيحتاج إلى الخيار ليتأكد من مدى صلاحيته له وملائمته قيمته، ومن أجل ذلك شرع خيار الشرط تلافياً للضرر بالمتعاقدين؛ حيث منح من شرط له الخيار حق فسخ العقد أو إمضائه في مدة الخيار لأن العقد غير لازم في حق من شرط له الخيار سواء كان أحد المتعاقدين أو كلاهما(4).  
أولاً: لمن يثبت خيار الشرط:

(1) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربية، بيروت، ج2، ص174. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج4، ص565-567. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص264. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج1، ص290. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص46. مرعي الحنبلي، دليل الطالب، ص109. ابن ضويان، منار السبيل، ج1، ص290.  
(6) المصادر السابقة.

(7) انظر حاشية رد المحتار، ج4، ص566، تبين الحقائق للزيلعي، ج4، ص14.

(1) انظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب مالك، ج3، ص133، مواهب الجليل للخطاب، ج4، ص409.

(2) انظر: مغني المحتاج للخطيب، ج2، ص46-47، نهاية المحتاج للرملي، ج2، ص92.

(3) انظر بتصرف: كشاف القناع للبهوتي، ج3، ص202، الروض المربع، ج2، ص246، المقنع للمقدسي، ج2، ص35، الشرح الكبير، ج4، ص65.

(4) انظر: المغني، ج3، ص586. حكمة التشريع وفلسفته للجرجاني، ج2، ص231-232. البناية شرح الهداية، ج6، ص261. اسنى المطالب، ج2، ص46. المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضت رسوم المدونة، ج2، ص231.

يثبت خيار الشرط للمشتري أو للبائع أو لهما جميعاً، ويجوز التفاضل في مدة الخيار، كأن يشترط المشتري مدة، ويشترط البائع أقل منها منها أو أكثر، لأن ذلك حق لهما، فكيفما تراضيا به جاز، لأنه شرع للرفق بهما ورعاية لمصالحهما...، ولا خلاف في ثبوت ذلك عند الفقهاء إذا كان الخيار للعاقدين أو أحدهما، وإنما اختلفوا فيما إذا كان الخيار لأجنبي على قولين(5):

فذهب المالكية والحنفية وإحدى الروايتين عن الحنابلة، والقول المشهور عند الشافعية إلى جواز ذلك، لأن الخيار يدور على شرطهما، ويفوض إليهما، ومتى أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما، فلا يصار إلى الإلغاء مع إمكان التصحيح لقول النبي صلى الله عليه وسلم (المؤمنون على شروطهم).

وقال بعض الأحناف لا يجوز البيع بهذا الشرط لأنه خلاف ما يقتضيه العقد، فإن خيار الشرط من حقوق العقد، وحقوق العقد تثبت للعاقدين، فاشترطه لغير العاقد خلاف مقتضى العقد، وهذا هو أحد القولين عند الشافعية، والرواية الأخرى عند الحنابلة، وبهذا قال القاضي، وعلل ذلك بقوله "لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره، فلا يكون لمن لاحظ له فيه"(2).

والراجح عند الباحث وفي تقديره هو القول بجوازه ولحاجة الناس إليه، لأن الإنسان قد يعلم عن نفسه قصور الرأي والتدبير في البياعات، غير واثق بها، فيعتمد على غيره من عُرف بجودة الرأي وحذق في التدبير، ليستعين به على ما يقدم عليه من الصفقة، وهذا هو المعمول به عند جمهور الفقهاء، ولا عبرة بقول المخالف.

ثانياً: شروط ثبوت خيار الشرط:

خيار الشرط هو الخيار المجعول من قبل المتعاقدين باشرطه في ضمن العقد لكل منهما، أو لأحدهما بعينه دون الآخر، وشروط ثبوت هذا الخيار تتمثل فيما يلي(3):

إذا جعل الخيار لأحد الطرفين، فكما يمكن جعله بنحو يكون هو المباشر للفسخ الصادر عن نظره كذلك يمكن جعله بنحو يقوم شخص آخر في الفسخ عنه، بحيث يصدر الفسخ من الشخص الآخر بنظره بدلاً عنه، وأما جعل حق الخيار للشخص الآخر استقلاً بحيث يكون له، من دون أن يقوم به عن أحد المتعاقدين، بل يكون قهراً عليهما فلا يخلو عن إشكال.

(5) عبد الله بن دخيل الله المطلق: الخيار في البيع في الشريعة الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، رسالة ماجستير، مؤسسة الأنوار للطباعة والترجمة، الرياض، 1991-1992م، ص18.

(2) المغني لابن قدامة، ج3، ص587.

(3) مكتبة علم الفقه على شبكة الإنترنت:

ليس لهذا الخيار مدة معينة، بل لهما أن يشترطا ما شاءا من مدة طويلة أو قصيرة، متصلة بالعقد أو منفصلة عنه، فكما يجوز أن يجعل الخيار إلى سنة من العقد مثلاً لهما أن يجعلاه على رأس سنة من العقد. لا يجوز جعل الخيار مدة مرددة لا تعين لها في الواقع، بل لا بد من تعين المدة، سواء كانت مستمرة باستمرار أثر العقد، أم محددة بحد معلوم كشهر، أم مجهول قابل للضبط، كموسم الحصاد، وأيام نزول المطر، وإلى مجيء الحاج، ووضع المرأة الحمل، ونحو ذلك.

من أفراد هذا الخيار خيار رد الثمن بعينه أو بمثله، بأن يشترط البائع على المشتري أنه له الفسخ متى جاء بالثمن، أو إن جاء به في وقت خاص معلوم المقدار، أو مجهول المقدار قابل للضبط على ما تقدم، بحيث لو جاء الوقت المذكور ولم يأت بالثمن فلا خيار له، ويسمى بيع الخيار. ولعل بيع خيار الشرط بإطلاقه ينصرف إلى ذلك، ولا يعم صورة عدم رد الثمن في الوقت المشروط فيه الخيار إلا بالتنصيص على ذلك. المنصرف من إطلاق البيع مع خيار رد الثمن هو تهيئة البائع للثمن، بحيث لو كان المشتري قابلاً لأخذه وأراد أخذه لأخذه، فالمعيار فيه على الأقدار من جانب البائع ورفع المانع من قبله، لا على فعلية أخذ المشتري للثمن، فلا يخل به امتناع المشتري عن أخذ الثمن، ولا عجزه عن أخذه لمرض أو غيبة، أو عدم سلطنته عليه بجنون أو سفه أو غيرهما، بل يكفي مع امتناعه من قبضه التخلية بينه وبين الثمن، ومع عجزه أو عدم سلطنته يكفي تسليمه لوكيله أو وليه ولو كان هو الحاكم الشرعي. بل لو تعذر قبض الولي حينئذ كان للبائع الفسخ إذا كان قادراً على التسليم. نعم إذا صرحا في عقد البيع بما يخرج عن الإطلاق المذكور كان العمل عليه عملاً بالشرط(1).

المنصرف من إطلاق بيع خيار الشرط للبائع اشتراط بقاء المبيع، وعدم إخراج المشتري له عن ملكه أو إتلافه وعدم تصرفه فيه تصرفاً مغيراً لصورته، كهدم الدار وتقطيع الثوب وكسر المصاغ ونحو ذلك، ومقتضى ذلك عدم نفوذ التصرف المخرج عن الملك، وحرمة الإتلاف والتصرف المغير للصورة، فلو أتلف المشتري المبيع أو غير صورته كان ضامناً له أو للأرض على تقدير أعمال البائع للخيار بفسخ البيع. نعم لو صرحا في عقد البيع بجواز التغيير المذكور فلا حرمة، ولو صرحا بعدم الضمان فلا ضمان، كما أنه لو صرحا فيه بجواز إخراج المشتري له عن ملكه نفذ إخراج له، وكان عليه ضمانه. بالمثل أو القيمة. لو أعمل البائع حق الخيار وفسخ البيع.

لو تلف المبيع أو تغيرت صورته قهراً على المشتري فالظاهر عدم ضمانه، فلا يبقى موضوع للفسخ مع التلف، ولا ضمان مع تغيير الصورة، بل ليس للبائع إلا العين على ما هي عليه من غير أرش، إلا مع التصريح أو قيام القرينة على الضمان حينئذ، فيتعين بقاء الخيار مع الضمان في التلف وتغيير الصورة.

(1) مكتبة علم الفقه على شبكة الإنترنت:

المنصرف من إطلاق بيع خيار الشرط العموم لصورة موت المشروط عليه الخيار، فيقوم وارثه مقامه في جواز رجوع من له الخيار عليه، فإذا اشترط البائع الخيار على المشتري مثلاً فمات المشتري لم يسقط خيار البائع، ويقوم وارث المشتري مقامه في ثبوت الخيار عليه، وأما بالإضافة إلى من له الخيار فلا يقتضي الإطلاق قيام وارثه مقامه، فإذا مات سقط خياره، نعم مع التصريح بخلاف ذلك أو قيام القرينة عليه يتعين العمل على النحو المصرح به، أو الذي اقتضته القرينة.

يجوز اشتراط الفسخ بالإضافة إلى خصوص بعض المبيع إذا كان ورود البيع على الأبعاض بنحو الانحلال عرفاً، كما لو تضمن العقد مقابلة كل جزء من المبيع بجزء من الثمن، كما لو باعه مثلاً في عقد واحد الثوب بدينار والحصير بدينار، أو باعه الثوبين كل منهما بدينار. وأما إذا كان ورود البيع على تمام المبيع بنحو المجموعية ففي صحة اشتراط الخيار في البعض إشكال.

يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد، وإقرار العقد والرضا به، ولو بفعل ما يدل على ذلك، نظير ما تقدم في خيار المجلس.

يصح اشتراط الخيار في جميع العقود اللازمة عدا النكاح، وكذا الصدقة على الأحوط وجوباً. والظاهر صحة اشتراطه في الهبة اللازمة، وكذا في عقد الضمان إن كان برضا المدين. ولا يصح اشتراطه في العقود الجائزة، ولا في الإيقاعات حتى الوقف، ويبطل الوقف باشتراطه فيه. وأما بقية الإيقاعات ففي بطلانها باشتراطه إشكال، فاللازم الاحتياط بإعادتها من دون شرط(1).

## المبحث الثاني

### أثر خيار الشرط في عقود البيع الإلكترونية

#### تمهيد وتقسيم:

يكون خيار الشرط في البيع للمتعاقدين أو الوكيلين أو وكيل أحدهما مع الآخر لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم)، ولم ينص على أحد دون الآخر، فكيفما ورد بالوجهة الصحيحة جاز(1).

(1) مكتبة علم الفقه على شبكة الإنترنت:

<http://www.alkadhum.org/other/hawza/doros/fqh/mnhag02/009.htm>

(1) الغني، ج3، ص586.



قال الوزير(2): اتفقوا على أنه يجوز شرط الخيار للمتعاقدين ولأحدهما بانفراده إذا شرطه(3). وللتعرف على آراء العلماء في خيار الشرط، وحكمه، وأثره على عقود البيع الإلكترونية، وموقف القانون الإماراتي منه، سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: حكم خيار الشرط.

المطلب الثاني: أثر خيار الشرط على عقود البيع الإلكترونية، وموقف القانون الإماراتي منه.

## المطلب الأول

### حكم خيار الشرط

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة ربانية تقوم على العدل، والعدل فيها أساس قوي لجميع أحكام المعاملات المالية، قال تعالى: (وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) [النساء: 58]. وذلك لتحقيق العدل بين المتعاقدين في جلب النفع لها ودفع الضرر عنهما، وإقامة العقد على الرضا منهما، وإدامة الرضا عندهما، لما في الخيار من تحقيق التريث والموازنة بني حجم النفع وحجم الضرر في(4).

(2) الوزير هو: يحيى بن (هبيرة بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، من كبار الوزراء في الدولة العباسية، عالم بالفقه والادب، وله نظم جيد، ولد في قرية من أعمال دجيل (بالعراق) سنة 499هـ، استوزر المقتفي سنة 544هـ ونعته بالوزير العالم العادل ثم المستنجد بعد وفاة المقتفي إلى أن توفي ببغداد سنة 560هـ وصنف كتباً منها: الإيضاح والتبيين في اختلاف الأئمة المجتهدين، والمقتصد في النحو، والعبادات في الفقه على مذهب أحمد وغيره انظر الأعلام، 175/8.

(3) حاشية بن القاسم، ج4، ص420.

(4) وهناك جملة من الحكم والفوائد من تشريع الخيارات على مختلف أنواعها، نذكر منها:

1- عدم الغش، والخداع، والخيانة، في البيوع، وسائر المعاملات المالية، لئلا تؤكل أموال النسا بالباطل قال تعالى: (يأبها الذين إمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) [النساء: 29]، وقال "صلى الله عليه وسلم: "من غشنا فليس منا". رواه مسلم، صحسح مسلم، ج1، ص99، حديث رقم "102". ورواه الحاكم، محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق مصطفى عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م، ج2، ص12، حديث رقم "2156". ورواه ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ج2، ص749، حديث رقم "2225". انظر، سميرة سيد بيومي، خيار العيب في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 1989م، ص31.

2- دفع الضرر عن المشتري في حالة ظهور عيب في محل العقد. انظر، أحمد بن المختار الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986م، ج3، ص296.

3- ضمان رضا المتعاقدين، وتأكد كل واحد منهما أن العقد يحقق رغبته ومصالحته، بل الخيار وسيلة إلى كمال الرضا بالعقد، والتأكد من سلامته وابتناؤه على أساس صحصح. انظر، عبدالعزيز الخياط، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، 1994م، ص160.

4- منح أصحاب الحقوق حقوهم، ومنع أصحاب المطامع عن مطامعهم، فجعل للمشتري فرصة بأن ينظر إلى السلعة، ويقبلها، ويوازنها مع ثمنها؛ ليكون المتبايعان على بينة من أمرهما. انظر، عبد الله ابن محمد الطيار، خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1400هـ، ص42.

أولاً: آراء العلماء في خيار الشرط:

استدل الجمهور بمشروعية خيار الشرط بالأدلة النقلية والعقلية، وذلك على النحو التالي:  
1. السنة:

عن عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر يقول ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من بايعت فقل لا خلافة، فكان إذا بايع، يقول لا خلافة).  
وجه الدلالة: أن هذا الحديث صرح بمشروعية خيار الشرط.

وعن أنس بن مالك أن رجلاً كان في عقده ضعف وكان يبايع، وأن أهله أتوا النبي صلى الله عليه وسلم، فقالوا: يا رسول الله! احجر عليه، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه فقال يا رسول الله! إني لا أصبر عن البيع، فقال: "إذا بايعت فقل هاء هاء، لا خلافة". قال نافع: "وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه".

وفي رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار، واستدل الجمهور أيضاً بالأحاديث التي تدل على اعتبار الشروط في العقود بما يلي: عن عائشة رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: المسلمون على شرائطهم والصلح جائز بين المسلمون.  
ويستدل من كل هذه الأحاديث التي أوردها الفقهاء أن الشريعة الإسلامية قد أثبتت مشروعية خيار الشرط.

2. الإجماع :

ادعى النووي أن هذا الشرط قد نقل فيه الإجماع.

أما ابن حزم يرحمه الله تعالى، فقد خالف الجمهور وقال بعدم مشروعية خيار الشرط وجادل الجمهور جداً عنيفاً نورد فيما يلي أهم حججه(1):

أقر ابن حزم بصحة حديث (لا خلافة) بيد أنه وقف عند ظاهر الحديث فأدعى بأن الذي يقول لا خلافة يكون بالخيار ثلاثة أيام أما من يأتي بلفظ آخر وهو قادر على التلفظ بلا خلافة، فلا يثبت له الخيار. ولا جرم بأن هذا الجمود هو أحد الأسباب التي أدت إلى انقراض المذهب الظاهري الذي يتمسك بظواهر النصوص التي قد تحتل أكثر من حكم ومعنى، فما الحكمة من الوقوف على لفظ لا خلافة وجعله لفظاً

5- أن لا يقع المشتري في الحسرة والندم بعد لزوم البيع. انظر، عبد الله الطيار، خيار المجلس والعيب، ص42.

6- إتاحة الفرصة للعاقدة في عرض المبيع على خبير؛ لأنه ربما يكون معيباً يعيب يحتاج كشفه إلى دقة وخبرة ذلك الخبير، وقد يكون المشتري بحاجة إلى استشارة أهل الخبرة وهم غير موجودين، ويتعذر وجودهم وقت الشراء ويخشى فوات الصفقة عليه إذا لم يتم التعاقد. انظر، سميرة بيومي، خيار العيب في الشريعة الإسلامية، ص: 32، 33.

(1) مسلم اليوسف: الخيارات "الأساليب الوقائية والعلاجية للغبن في الفقه"، <http://saaid.net/Doat/moslem>

لا يصح تغييره أو تبديله فما الفرق أن نشترط عدم الخلافة، أو عدم الغبن أليست النتيجة واحدة وهي عدم وجود خديعة أو غبن أو غير ذلك من الخدع التي تؤثر على عقد المتعاقدين.

احتج ابن حزم بأن الصحابة لم يرد عنهم أي خبر يثبت مشروعية خيار الشرط.

ثم جاء ابن حزم بحجة ثالثة، فقال: إنما شروط المسلمين الشروط التي جاء القرآن والسنة بإباحتها فقط، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل).

ولعل من خير من رد على اجتهاد ابن حزم وأثبت شرعية الشروط التي لا تخالف حكماً نص عليه كتاب الله وسنة رسوله شيخ الإسلام ابن تيمية يرحمه الله تعالى حين قال: "وتصح الشروط التي لم تخالف الشرع في جميع العقود"<sup>(1)</sup>.

وقال في مكان آخر: "فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط، والمواثيق، بأداء الأمانة ورعاية ذلك والنهي عن الغدر ونقض العهود، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجوز أن يؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً".

وقال في موضع آخر: "أن المشتراط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله فإن شرطه يكون حينئذٍ إبطالاً لكلام الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله تعالى، وإنما المشتراط له أن يوجب بالشرط ما لم تكن واجباً بدونه". وقال أيضاً: "أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم بقوله تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)<sup>(2)</sup>.

وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة وأيضاً، فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه.

فشيخ الإسلام ابن تيمية يثبت مشروعية الشروط التي لا تخالف حكم في كتاب الله أو سنة رسوله، وهذه الشروط صحيحة في كل العقود سواء أكانت منصبية على بيع أو شراء أو نكاح أو غيرها.

والبيان الإلهي يأمر المتعاقدين في كثير من الآيات أن يوفوا بالعهود التي تعاهدوا عليها برضا، وطبعاً يدخل ضمن إطار الآيات الشروط التي لا تخالف كتاباً ولا سنة، ويحذر الخالق العظيم من نقض تلك العهود والمواثيق<sup>(3)</sup>.

ويرى الباحث أنه إذا كان الأصل في العادات الإباحة فلا جرم بأن عقود المسلمين وشروطهم صحيحة ولا يطالب الذهاب إلى صحتها بدليل يدل على ذلك وإنما الذي يطالب بدليل هو من يبطل هذا الشرط.

(1) مسلم اليوسف: الخيارات "الأساليب الوقائية والعلاجية للغبن في الفقه"، <http://saaid.net/Doat/moslem>

(2) سورة الأنعام، آية: 119.

(3) مسلم اليوسف: الخيارات "الأساليب الوقائية والعلاجية للغبن في الفقه"، <http://saaid.net/Doat/moslem>

ثانياً: حكم خيار الشرط:

اختلف الفقهاء في حكم خيار الشرط على مذهبين:

المذهب الأول: يصح خيار الشرط للبائع والمشتري معاً، أو لأحدهما، وبه قال: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإباضية، والإمامية، وابن المنذر، والحسن بن صالح، والعنبري، وابن أبي ليلى، وإسحاق، وأبو ثور، والفقهاء السبعة، والثوري، وابن شبرمة في القول الأول(1). وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة "177" فنصت على: "أن العقود اللازمة التي تحتل الفسخ يجوز لأحد العاقدين، أو لهما، أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه، أو لغيره المدة التي يتفقان عليها".

المذهب الثاني: لا يصح خيار الشرط، به قال: الثوري، وابن شبرمة في القول الثاني، وابن حزم الظاهري(2).

أدلة أصحاب المذهب الأول القائلين بصحة خيار الشرط:

استدلوا على ذلك بأدلة عدة، وهي على النحو الآتي:

1. من الكتاب الكريم، واستدلوا بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(3).

وجه الدلالة: أن هذا أمر بالمحافظة على الشرط والعقد الذي وافق عليه البائع أو المشتري، شريطة أن يكون هذا الشرط موافقاً للكتاب والسنة وليس مخالفاً لهما(4).

2. من السنة النبوية الشريفة، واستدلوا بما يأتي:

قوله "صلى الله عليه وسلم" "المسلمون عند شروطهم"(5).

---

(1) علي بن الحسين السغدري، التنف في الفتاوى، تحقيق صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة ودار الفرقان، بيروت وعمان، 1404هـ، ج1، ص447. محمد بن علي الملقب بالحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1386هـ، ج4، ص571. محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، 1372هـ، ج1، ص264. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص12. المرغيناني، بداية مبتدي، ص132.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص157. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج7، ص270.

(3) سورة المائدة، الآية: 1.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص: 32، 33. محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج6، ص48، 49.

(5) رواه البخاري، صحيح البخاري مع شرح فتح الباري لابن حجر، ج4، ص451. وهو من معلقات البخاري. ورواه أبو داود، سنن أبي داود، ج3، ص304، حديث رقم "3594". ورواه الترمذي، سنن الترمذي، ج2، ص403، حديث رقم "1363"، ولفظ الترمذي "والمسلمون على شروطهم إلا شراطص حرم حلالاً أو أحل حراماً"، وقال عنه: حديث حسن صحيح. والحديث موصول من طرق أخرى، ابن حجر، فتح الباري، ج4، ص451.

وجه الدلالة: أن المسلم يجب عليه أن يحافظ على شرطه ما دام أن هذا الشرط لا يخالف شرع الله تعالى، حيث لم يحل الحرام، أو يحرم الحلال، والخيار من الأمور المشروعة في الدين(1).

حديث حبان بن منقذ، حيث كان يخدع في البيوع، فشكا ذلك إلى رسول الله "صلى الله عليه وسلم"، فقال له: "إذ بايعت فقل: لا خلافة(2)، ولي الخيار ثلاثة أيام"(3). والقياس أن البيع لا يجوز مع خيار الشرط، لكن السنة جوزت ذلك للحاجة، باعتبار أن الخيار دخل على الحكم دون السبب، والحكم يحتمل التأخير عن السبب(4).

أجيب: أن هذا الحديث خاص بحبان؛ لأنه شكا إلى النبي "صلى الله عليه وسلم" أنه كان يخدع في البيوع(5).

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي "صلى الله عليه وسلم" قال: "البيعان لكل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"(6).

وجه الدلالة: قوله: "إلا بيع الخيار"، ومعنى ذلك: أن العقد يصبح لازماً إذا تفرق المتبايعان بالأقوال إلا بيع الخيار، فإن المتبادر منه إن معناه إلا بيعاً شرط فيه الخيار، فلا ينقضي الخيار بالمفارقة، بل يبقى بيد من جعل له إلى تمام المدة المشترطة ولو تفرقا(7).

من المعقول، واستدلوا بما يأتي:

إن الإنسان محتاج إلى التأمل، والتفكير، والتروي، في الأشياء التي يشتريها، أو يبيعها ليندفع الغبن، ومن أجل ذلك شرع هذا الخيار(1).

(1) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموعة فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن النجدي، مكتبة ابن تيمية، الرياض، ج29، ص147، 148.

(2) لا خلافة، أي: لا غبن ولا خديعة. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3، ص28. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج1، ص291. الشربيني، الإقناع، ج2، ص284. الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص36.

(3) رواه البخاري، صحيح البخاري مع شرح فتح الباري، ج4، ص337، حديث رقم "2117". ورواه مسلم، صحيح مسلم، ج3، ص1165، حديث رقم "1533".

(4) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص264.

(5) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص67. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص157.

(6) رواه البخاري، صحيح البخاري مع شرح فتح الباري، ج4، ص328، حديث رقم "2111". وراه مسلم، صحيح مسلم، ج3، ص1163، حديث رقم "1531".

(7) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص83. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص158.

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص27. علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص290. ابن مفلح المبدع، ج4، ص67. عز الدين بن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص126.

أجيب: لا يصح تقديرها بالحاجة؛ لأنه لا يمكن ضبط الحكم بها لخفائها(2).  
لأنه حق مقدر يعتمد الشرط، فيرجع في تقديره إلى مشروطه كالأجل، أو مدة ملحقة بالعقد، فجاز ما  
اتفقا عليه كالأجل(3).

أدلة أصحاب المذهب الثاني القائلين بعدم صحة خيار الشرط:

استدلوا على ذلك بأدلة عدة، وهي على النحو الآتي:

1. من السنة النبوية الشريفة، واستدلوا بما يأتي: قوله "صلى الله عليه وسلم" "ما بال أقوام يشترطون شروطاً  
ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترطه مائة مرة، كتاب الله  
أحق، وشرط الله أوثق"(4).

وجه الدلالة: قال ابن حزم: وهذا الخيار ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله "صلى الله عليه وسلم"  
فوجب بطلانه(5).

قال رسول الله "صلى الله عليه وسلم" "لا يتفرق بيعان إلا عن تراض"(6).

من المعقول، واستدلوا بما يأتي:

إنه غرر، والأصل لزوم البيع، إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله، أو سنة ثابتة،  
أو إجماع(1).

الرجيح: الراجح ما ذهب إليه الجمهور القائلين بصحة خيار الشرط، للأسباب الآتية:

إن الأدلة التي استدلوا بها صحيحة، وقوية، وواضحة في دلالتها، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

(2) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص67.

(3) المصدر السابق. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص202. ابن قدامة، المغني، ج4، ص19.

(4) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج7، ص270. رواه البخارين صحيح البخاري مع شرح فتح الباري، ج5، ص187، 188، حديث رقم  
"2561". ورواه مسلم، صحيح مسلم، ج2، ص1141، 1142، حديث رقم "1504".

(5) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج7، ص270.

(6) رواه الترمذي، سنن الترمذي، ج2، ص361، حديث رقم "1266". ورواه عن أبي هريرة، ولفظه: "لا يتفرق عن بيع إلا عن تراض"  
وقال عنه: حديث غريب، ومدار السند عندهم هو يحيى ابن أيوب البجلي، وقد اختلف فيه، فقد وثقه أبو داود، وابن حبان، والبراز،  
واختلف قول ابن معين فيه، وقال يعقوب بن سفيان: لا بأس به. ابن حجر، تهذيب التهذيب ج11، ص164. وقال ابن حجر: ورجاله  
ثقات. ابن حجر، فتح الباري، ج4، ص289. رواه البيهقي، أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عطا، مكتبة دار الباز،  
مكة المكرمة، 1994م، ج5، ص271، حديث رقم "10227". ورواه عبد الرزاق، عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق،  
تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ، ج8، ص51، حديث رقم "14268".

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص157.

أن الناس محتاجون لهذا النوع من الخيار، من أجل التزوي فيما يتعاقدون عليه، حتى لا يصيبهم الندم، خاصة فيما لا خير لهم فيه. وفي هذا الزمان الذي ابتعد فيه التجار عن أحكام البيع الشرعية ترى ما يكتب في داخل المحلات التجارية من عبارات تمنع الإنسان من إعادة ما اشتراه مثل (البضاعة التي تباع لا ترد ولا تستبدل) وهذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

مدة خيار الشرط:

المقصود بمدة خيار الشرط، هي المدة التي يصح أن يشترطها العاقدان، لإعطاء رأبهما بالمعقود عليه.

اختلف الفقهاء في مدة هذا الخيار، على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن المدة المشروعة لخيار الشرط، هي ثلاثة أيام فما دون، وبه ال: أبو حنيفة، وزفر، والشافعية، والزيدية(2).

المذهب الثاني: يجوز اشتراط أي مدة، بشرط أن تكون معلومة، وبه قال: الحنابلة، والإباضية، والإمامية، والصاحبان، وابن المنذر، والحسن بن صالح، والعنبري، وابن أبي ليلى، وأبو ثور، وإسحاق، والأوزاعي، وعمر، وابن عمر، وسفيان الثوري، وابن شبرمة، إلا أنهما قالوا: إذا كان الخيار للمشتري، فيجوز لأكثر من ثلاثة أيام، وإلا فلا(1).

وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة "177" السالفة الذكر.

المذهب الثالث: أن المدة تقدر بقدر الحاجة، وحسب نوع المشروط له الخيار، ففي البيوت، والأرض شهر، وفي الدواب ثلاثة أيام، وفي الفواكه ساعة، وبه قال: المالكية(2).

أدلة المذهب الأول القائلين بأن مدة الخيار ثلاثة أيام فما دون:

- 
- (2) السغددي، التنف في الفتاوى، ج1، ص446. السمر قندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص66. ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج4، ص565. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص27. المرغيناني، بداية المبتدي، ج1، ص132. أبو بكر بن علي الحداد العبادي، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، المطبعة العامرة، القاهرة، 1316هـ، ج1، ص246. الشيرازي، المهذب، ج1، ص258. الغزالي، الوسيط، ج3، ص108. الجاوي، نهاية الزين، ص232. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص65. السياغي، الروض النضير، ج3، ص255.
- (1) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص67. ابن ضويان، منار السبيل، ج1، ص298. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص72. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج2، ص45. البهوتي، كشف القناع، ج3، ص202. أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج9، ص253. جعفر بن الحسن الحلبي، شرائع الإسلام في سماء الحلال والحرام، دار الزهراء، بيروت، ج3، ص49. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص27. المرغيناني، بداية المبتدي، ج1، ص132. ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج4، ص565. الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج3، ص51. ابن حجر، فتح الباري، ج4، ص328. الموصلي، الإختبار لتعليل المختار، ج2، ص12. السمر قندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص66. ابن حجر، فتح الباري، ج4، ص327. الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج3، ص51.
- (2) الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج3، ص51. النفاوي، الفواكه الدواني، ج2، ص83. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص158. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص91، 92. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص180. ابن حجر، فتح الباري، ج4، ص326، 327.

استدلوا على ذلك بأدلة عدة، وهي على النحو الآتي:

أولاً: من السنة النبوية الشريفة، واستدلوا بما يأتي:

عن أنس رضي الله عنه، أن رجلاً اشترى من جرل بغيرا، وشرط عليه أربعة أيام، فأبطل رسول الله "صلى الله عليه وسلم" العقد، وقال: "الخيار ثلاثة أيام"(3).

حديث المصرة، قال "صلى الله عليه وسلم": "من اشترى شاة مصرة فهو بالخيار ثلاثة أيام..."(4).

وجه الدلالة: أن هذه الأحاديث حددت الخيار بثلاثة أيام، فلا تجوز الزيادة على ذلك(1).

ثانياً: من المعقول، واستدلوا بما يأتي:

الأصل أن الخيار لا يجوز، فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص، وهو الوارد في حديث حبان بن منقذ، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل: استثناء العريا من المزبنة(2)، وغير ذلك؛ لأن الخيار ثبت على خلاف القياس لحاجة دفع الغبن(3).

إن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ثلاثة أيام في الغالب(4).

أدلة المذهب الثاني القائمين بجواز اشتراط أي مدة يشترط أن تكون معلومة:

استدلوا بأدلة عدة، وهي على النحو الآتي:

أولاً: من السنة النبوية الشريفة، واستدلوا بما يأتي:

---

(3) أحمد بن علي بجحر حجر العسقلاني، تلخيص الخبر، تحقيق السيد المدنين المدينة المنورة، 1964م، ج3، ص21، حديث رقم "1187". وفيه إبان بن أبي عياش، لا يحتج بحديثه، مع أنه كان رجلاً صالحاً. عبدالله بن يوسف الزبلي، نصب الراية لأحاديث الهداية، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ج4، ص8. قال ابن حجر: وفي إسناد إبان وهو متروك، ورفع ابن عمر، وإسناده واه أيضاً. أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخریج أحاديث الهداية، تحقيق السيد المدني، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص148، حديث رقم "766".

(4) تقدم تخریجه في صفحة (26).

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص158.

(2) العرايا: هي أن يباع رطب النخلة بخرصها تمرأ يأكلها أهلها رطباص. المزبنة: هي بيع الرطب في رؤوس النخل بتمر مجذوذ كيالاً. ابن الهام، شرح فتح القدير، ج6، ص415. يوسف بن عبدالله ابن عبد البر، التمهيد لابن عبد البر، تحقيق مصطفى العلوي، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ، ج2، ص314. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، تحقيق يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، ج2، ص223. محمد بن إدريس الشافعي السنن المأثورة، تحقيق عبد المعطي قلعي، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ، ص253. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، تحقيق عبد الله العبدلي، مكتبة الطرفين الطائف، ص48. أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحارثي، فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن النجدي، مكتبة ابن تيمية، الرياض، ج29، ص58.

(3) السمر قندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص66. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص27. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص158.

الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص65. الغزالي، الوسيط، ج3، ص108.

(4) النووي، المجموع، ج9، ص181.



قوله "صلى الله عليه وسلم" "المسلمون عند شروطهم" (5).  
وجه الدلالة: أن عموم هذا الحديث يدل على صحة اشتراط المدة، ولو زادت على ثلاثة أيام (6).  
حديث عبدالله بن عمر رضى الله عنه: أنه أجاز الخيار إلى شهرين (7).  
ثانياً: من المعقول، واستدلوا بما يأتي: لأن الخيار شرع نظراً للمتعاقدين، للاحتراز عن الغبن، والظلامة، وقد لا يحصل ذلك في الثلاث فيكون مفوضاً إلى رأيه (1).  
أدلة المذهب الثالث القائلين بأن المدة تقدر بقدر الحاجة:  
من المعقول: إن المفهوم من الخيار، هو اختيار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك، وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمن إمكان اختيار المبيع، وذلك يختلف بحسب المبيع، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى، وهو من باب الخاص أريد به العام (2).  
الترجيح: الراجح في مدة خيار الشرط هو ما ذهب إليه القائلون بجواز اشتراط المدة التي يتفق عليها المتعاقدان طالبت هذه المدة أو قصرت، على أن تكون معلومة، وذلك لما يأتي:  
للأدلة التي استدل بها أصحاب هذا المذهب.  
أن الخيار شرع للتفكر والتأمل حتى يتبين المتعاقد أن التعاقد كان في صالحه أو لا، وهذا قد لا يتحقق في ثلاثة أيام.  
أن بعض الأشخاص قد تكفية ثلاثة أيام، إما لخبراته هو، أو لوجود شخص يثق به، أما غيره فقد يحتاج إلى أكثر من ذلك.  
رابعاً: ملكية المبيع في زمن خيار الشرط:  
ملكية المبيع في زمن الخيار لمن تكون؟ هل هي للبائع، أم للمشتري، أم أن العقد موقوف؟  
اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

---

(5) تقدم تخرجه في صفحة (164).

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص202.

(7) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص27. قال الزيلعي: الحديث غريب جداً. الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص8.

(1) الموصلي، الاختيار، ج2، ص12. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3، ص27.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص158.

المذهب الأول: أن ملكية المبيعي تنتقل إلى المشتري بنفس العقد في مدة الخيار، والثمن يكون ملكاً للبائع، وبه قال: المالكية في قول، والشافعية في قول، والحنابلة في الرواية الأصح، والصاحبان(3).

وحجتهم:

قوله "صلى الله عليه وسلم" "من ابتاع عبدا وله مال، فما له للذي باعهن إلا أن يشترط المبتاع"(1).

وجه الدلالة: أنه جعل المال للمبتاع باشرطه، وهو عام في كل بيع، فيدخل فيه بيع الخيار(2).

لأنه بيع صحيح، فنتقل الملك عقبيه مباشرة، كما لو لم يشترطه(3).

ولأن البيع تمليك، بدليل: أنه يصح بقوله: "ملكك" فيثبت فيه كالمطلق(4).

ولأنه عقد معاوضة يوجب الملك، فانتقل الملك فيه بنفس العقد، كالنكاح(5).

المذهب الثاني: أن ملكية المبيع لا تنتقل إلا بانقضاء مدة الخيار، وبفس العقد، ويكون المبيع على ملك البائع، والثمن على ملك المشتري، وبه قال: المالكية في المعتمد، والشافعية في القول الثاني، والحنابلة في الرواية الثانية، والزيدية في قول، والإباضية في قول(6).

وبه أخذ القانون المدني الأردني في المادة "178" ونصها: "إذا شرط الخيار لكل من العاقدين في عقود المعاوضات المالية، فلا يخرج البدلان عن ملكهما".

وحجتهم:

لأنه لا يملك التصرف إلى بالعقد، وانقضاء الخيار، فدل على أنه لا يملك إلا بهما(7).

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص103. النووي، المجموع، ج9، ص199-201. الشريبي، مغنى المحتاج، ج2، ص48. ابن مفلح، المبدع، ج4، ص71. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص75. السرخسي، المبسوط، ج13، ص64. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص76-77. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص270.

(1) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ج5، ص49، حديث رقم "2379". ورواه مسلم، صحيح مسلم، ج3، ص1173، حديث رقم "80".

(2) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص71. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص75.

(3) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص71. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص75.

(4) المصادر السابقة.

(5) النووي، المجموع، ج9، ص199.

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص103. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص84. النووي، المجموع، ج9، ص199-201. الشريبي، مغنى المحتاج، ج2، ص48. ابن مفلح، المبدع، ج4، ص71. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص75. ابن المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص349. الشماخي، كتاب الإيضاح، ج6، ص175-176. وفي القول الثاني: أن الملك يكون لمن اشترط الخيار، فإن كان البائع فهو باق على ملكه، وإن كان المشتري، فالمبيع على ملكه.

(7) النووي، المجموع، ج9، ص199.

لأنه عقد قاصر لا يفيد التصرف، ولا يلزم، أشبه بالهبة قبل القبض(8).  
يرد عليه: أن دعوى القصور فيه ممنوعة، وجواز فسخه لا يوجب قصوره، ولا يمنع نقل الملك فيه كالمعيب،  
وامتناع التصرف لأجل حق الغير، لا يمنع ثبوت الملك، كالمرهون(1).  
المذهب الثالث: أنه إن كان الخيار للبائع فملك المبيع له، وإن كان للمشتري فله، وإن كان لهما فموقوف،  
فإن تم البيع بان أنه للمشتري من حين العقد، وإلا فللبائع، وبه قال: أبو حنيفة، والشافعية في الأظهر،  
والزيدية في قول(2).

وحجتهم:

لأن خيار الشرط شرع لدفع الغبن، لحديث حبان بن منقذ المتقدم، وذلك لا يحصل إلا بما ذكرنا(3).  
لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد؛ لأنه لو ملك بالعقد ملك التصرف، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار؛ لأن  
انقضاء الخيار لا يوجب الملك، فثبت أنه موقوف مراعى(4).  
الترجيح: الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث لأنه يمثل قولاً وسطاً بين هذه الأقوال، ولأن أدلة  
المذهبين الآخرين تصلح للاستدلال له.

## المطلب الثاني

### أثر خيار الشرط على عقود البيع الإلكترونية وموقف القانون الإماراتي منه

مع التطور المتزايد والمتسارع في سوق المعاملات التجارية، ونظراً لحاجز المسافة والزمن بين طرفي المعاملة،  
كان لا بد أن يزود الأفراد بوسائل تعاقد حديثة؛ تعمل على الاقتصاد في النفقات، وتسريع التعامل، وإبرام  
العقود في ثوان أو دقائق معدودات.

ولقد شهد العالم، جراء هذا التطور السريع في عالم الاتصالات، ظهور الوسائل الإلكترونية واستخدامها في  
كافة المجالات، حتى أصبحت وسائل لا يمكن الاستغناء عنها لكل فرد في المجتمع الحديث، وفرضت نفسها  
على نطاق واسع، وصارت كثير من الإجراءات التعاقدية تتم من خلال الأنظمة الإلكترونية المحوسبة، بوصفها  
البديل العصري للتعاقد عن طريق المراسلة والبرقيات العادية، وذلك لانتسائها بالسرعة والدقة في إجراء

(8) ابن مفلح، المبدع، ج4، ص71. البهوتي، الروض المربع، ج2، ص75.

(1) المصادر السابقة.

(2) السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص76. السرخسي، المبسوط، ج13، ص64-65. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص270.

الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص48. ابن المرتضى، البحر الزخار، ج3، ص349.

(3) السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص76.

(4) النووي، المجموع، ج9، ص199.

العقود، وسهولة إثباتها بالطرق الإلكترونية؛ كالأدلة الإلكترونية؛ ولقد كان من نتائج هذا التقدم في مجال تكنولوجيا الاتصالات ظهور التجارة الإلكترونية.

أولاً: التكييف الفقهي للتجارة الإلكترونية:

تقدم أن التجارة الإلكترونية عقد يتم إبرامه بين طرفين، وأي عقد من العقود التي يتم إبرامها من قبل طرفيها لابد له من تكييف، وإيجاد التكييف الفقهي المناسب لآبء من التطرف لتعريف التجارة الإلكترونية، لنتمكن من خلال التعريف تحديد عقدها، أهو من العقود المسماة، التي أقر التشريع لها أسماءً وأحكاماً خاصة؟ أم غير المسماة، وهي التي لم تسم باسم خاص يميزها، ولم يرتب لها التشريع أحكاماً خاصة بها؟ وإن من الأهمية بمكان محاولة تكييف التجارة الإلكترونية في إطار العقود المسماة، والتي يمكن بمرونتها أن تتسع لتشمل جل العقود الإلكترونية رغم حداثتها، لأن ذلك يضعنا في ساحة الأمان؛ لوجود الحل المناسب دائماً من خلال القواعد الشرعية العامة في العقد.

ويمكننا أن نعرف التجارة الإلكترونية بما سبق تقريره بأنها: "عقد معاوضة بين طرفين باستخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات كلياً أو جزئياً، تحصيلاً للأرباح"، وهذا التعريف يتلائم بل يتوافق إلى حد قريب مع تعريفات الفقهاء للتجارة، المذكورة سابقاً، ولا يختلف عنها إلا ن حيث إضافة الوسيلة الألكترونية إلى أفراد التعريف.

وبعد أن قمنا بتعريف التجارة الإلكترونية فإنه يتوجب علينا تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين؛ لكون الإرادة بمن أن يفهم منها تكييف العقد الذي تم إبرامه، ويكون للإرادة الدور الساسي في تحديد مضمون العقد وطبيعته؛ فإذا انصرفت إرادة كل من طرفي العقد لنقل ملكية سلعة ما مقابل مردود مادي، فإن إرادة الأطراف اتجهت إلى القيام بعملية بيع، وفي الآونة الأخيرة قد شاع استخدام "البيع الإلكتروني"؛ والمقصود هو أن العقد الذي ينطبق على عقد التجارة الإلكترونية هو عقد البيع(1).

أما إذا اتجهت الإرادة لنقل ملكية منفعة عين معينة لمدة معينة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين، وبمقابل مالي يتم دفعه للمالك، فإنه يمكن تكييف ذلك العقد بأنه عقد إيجار.

وهكذا يمكن تحديد التكييف الفقهي للتجارة الإلكترونية وفقاً لما تتجه إليه ارادة المتعاقدين، فيكون بيعاً أو إجارة حسب إرادة الأطراف، ويتم تطبيق قواعد وأحكام العقد المسمى الذي تم ملاءمته، مع العقد الذي تم إبرامه.

(1) البيع في حق البديلين ينقسم إلى أربعة اقسام: بيع العين بالعين: وهو بيع السلع بالسلع؛ ويسمى بيع المقايضة، وبيع العين بالدين: وهو بيع السلع بالأثمان المطلقة؛ وهي الدراهم والدنانير، وبيع الدين بالعين: وهو السلم، وبيع الدين بالدين: وهو بيع الثمن المطلق؛ وهو الصرف. أوبكر بن مسعود الكاساني: (ت587هـ)، بدائع الصنائع، دار النهضة العلمية، بيروت 1418هـ - 1997م، 6/532.

ثانياً: أثر خيار الشرط على عقود البيع الإلكترونية:

يُعرف العقد الإلكتروني بأنه "التقاء إيجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كليهما على شبكة للاتصالات بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق، وتحقيقاً لعملية معينة يرغب الطرفان في إنجازها، وهي في العادة مبادلة القيم أو الأموال(1).

وعرفه أسامة مجاهد بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعدن وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقبال"(2).

وعرف جانب من التشريع العقد الإلكتروني بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"(3)، والذي يظهر أن التعريف القانوني للعقد الإلكتروني غير مانع، ولا يمكن أن تكون تلك التعريفات جامعة مانعة دون ربطها بتعريف العقد بوجه عام حسب ما ورد سابقاً؛ ذلك أنه ليس كل اتفاق يشكل عقداً من الناحية الفقهية، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق، فالإيجاب والقبول هما اللذان صدرًا من المتعاقد ولا تتحرك إحداها نحو الأخرى بالإيجاب والقبول، فلا يكون عقد كما في حالة الوعد(4). بيع أو رهن أو قرض، فالتعريف القانوني يشمل الوعد أيضاً لوجود اتفاق الإرادتين مع أنه ليس بعقد.

وقد جاء التعريف القانوني خلوًا من قيد "على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"، وهو قيد تجب إضافته إلى أفراد التعريف؛ ذلك أن العقد لا ينشأ بمجرد اتفاق الإرادتين وتعبيرهما عن الرضا، إنما يلزم إلى جانب ذلك وجود محل لهذا الاتفاق، واعتراف الشارع بترتب الآثار الملزمة لهذا الاتفاق، ولذا فإن مجرد الاتفاق بين زيد وعمرو على التلاقي في مكان معين أو قضاء نزهة أو سهرة معاً يشكل اتفاقاً، وينشئ رابطة شخصية بحيث يصبح كل واحد منهما مسؤولاً أمام الآخر عن مثل هذا الوعد، غير أنه إذا اتفق الاثنان على بيع منزل أحدهما للآخر لقاء مبلغ من المال، فإن هذا الاتفاق يثبت في محل العقد وهو المنزل أثراً معيناً، وهو

(1) بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن، 1425هـ-2004م، ص24.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، "التعاقد عبر الإنترنت"، دار الكتب القانونية، مصر، 2002م، ص39.

(3) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ص2.

(4) الوعد: هو الأمانة التي يعطيها شخص لآخر؛ وهو على نوعين:

وعد لا يترتب على الخلف به ضرر بالموعد، فهذا إن كان في نية الواعد الوفاء به، ولكنه لم يتيسر له ذلك، فلا إثم عليه في عدم الوفاء بوعده، وإن كان في نيته عدم الوفاء به، فعليه إثم الخلف بالوعد.

وعد يترتب على الإخلاف به ضرر بالموعد، فهذا يجب الوفاء به ديانة وقضاء، ويجبر الواعد على ذلك وإلا ضمن الضرر الذي نزل بالموعد؛ لأن الضرر وقع بسببه، والمتسبب ضامن. محمد رواس قلعجي: الموسوعة الفقهية الميسرة، الطبعة الأولى، دار النفائس، 1421هـ - 2000م.

الحكم بنقل ملكية المنزل من البائع إلى المشتري في مقابل الحكم بنقل الثمن من المشتري إلى البائع، فإغفال هذا القيد في التعريف يدخل العقد الباطل فيه(1).

التعريف المقترح(2): من دراستي للتعريفات الفقهية والقانونية، واعتماداً على ما اخترته منها، يمكن تعريف عقد التجارة الإلكترونية بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه يظهر أثره في المعقود عليه، دون حضور مادي لطرفيه، وذلك باستخدام وسيلة إلكترونية للاتصال عن بعد، كلياً أو جزئياً".

فمتى حصل الارتباط بين القبول والإيجاب، وكان هذا الارتباط موافقاً للقواعد الشرعية، مستوفياً لشروط التي لا بد منها للارتباط، وجرى الارتباط بين طرفيه بوسيلة إلكترونية، سمي ذلك عقداً إلكترونياً.

ومن دراستي لطبيعة هذا العقد وتعريفه يمكن استخلاص خصائصه التي تعتبر هذا العقد نوعاً من العقود التي تجري عن بعد؛ أي إنه عقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يجتمع الطرفان فيه وجهاً لوجهن إذ تمثل الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها أهم وجه لخصوصيته، وعدا هذا فلا يختلف عقد التجارة الإلكترونية عن أي عقد تجاري، فمحله السلع والخدمات والمنافع طالما أنها مباحة شرعاً، وأما عن أطرافه فهم أنفسهم في أي تجارة أخرى: بائعون ومشترون، ومؤجرون ومستأجرون(3).

ويراد من غيراد عبارة "كلياً أو جزئياً" ضمن أفراد التعريف التفرقة بين ما إذا كانت السلعة ذات طابع إلكتروني، يسمح بانتقالها وتسليمها عبر الخط مباشرة من خلال شبكة الإنترنت كبرامج الكمبيوتر مثلاً، وهذا معنى "كلياً"، وبين ما لو أبرم العقد بين طرفيه عبر شبكة الإنترنت، وتم استلام المعقود عليه من خلال الوسائل التقليدية في التسليم كالبريد العادي مثلاً، وهذا معنى "جزئياً".

وفيما يتعلق بأثر خيار الشرط على عقود البيع الإلكترونية

فبعد أن تحدثنا عن بعض المسائل الفقهية المتعلقة بخيار الشرط، نتطرق في هذه المسألة لتطبيق هذا الخيار في التعاقد الإلكتروني.

وخيار الشرط في التعاقد الإلكتروني يمكن أن يبرز في الصور التالية(1):

- 
- (1) السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ص 27. الزرقاء المدخل الفقهي العام، 294/1، 295.
  - (2) يعرف الفقهاء التجارة بأنها: عقد معاوضة بقصد الربح...، ثم يعرفون العقد بأنه: ارتباط إيجاب بقبول... كما تقدم، وتماشياً مع هذا المنهج يعرف الباحث هنا عقد التجارة الإلكترونية بعد أن عرف التجارة الإلكترونية في أوائل الفصل الأول.
  - (3) محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ص 59. فاروق علي الحفناوي، عقود الكمبيوتر، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني، الجزء الأول، دار النشر، وتاريخ الطبع غير مذكور، ص 40. أسامة مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، ص 39.
- (1) سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1428هـ، ص 173-174.

أن ينص صراحة على اشتراط خيار الشرط في العقود التي تبرم عبر الوسائط الإلكترونية، وذلك باتفاق بين الطرفين وسواء كان الخيار لهما جميعاً أو لأحدهما أو لأجنبي ثالث. ويشترط فيه على ما ذكرنا في الرأي الراجح أن تكون المدة معلومة طالت أم قصرت. البيع بشرط التجربة: تسمح بعض المواقع الإلكترونية بتجربة المبيع قبل شراؤه، وتمكن المشتري من تحميل البرنامج - إذا كان المبيع سلعة إلكترونية - على جهاز المشتري لمدة معينة. وهناك مواقع تقدم خدمة تجربة المبيع (2) قبل شرائه، وفي بعض الأحيان قد تكون السلعة عينية حيث يسمح البائع بتجربتها لمدة متفق عليها بين الطرفين. والعينات المقدمة في البيع بشرط التجربة، إما أن تكون مجانية، وتأخذ في هذه الحالة حكم الهبة، لأنها غالباً ما تقدم للعملاء بدون مقابل.

وإما أن تكون التجربة مشروطة بمدة معينة، وتطبق في هذه الحالة أحكام خيار الشرط(3). وقد تطرقت بعض الأنظمة للبيع بشرط التجربة، مثل قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات، وكذلك المشروع النهائي لنظام المعاملات الإلكترونية السعودي والتونسي، حيث نجد أن المادة رقم (494) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصت على (1) - يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة. 2- ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة(1). وقد أعطت هذه المادة الحق للمشتري من تجربة السلعة، من أجل التأكد من مدى صلاحيتها وخلوها من العيوب.

ويرى الباحث أنه إذا كان خيار الشرط هو أن يكون لأحد العاقدين أو لهما معاً، أو لمن ينييه كل منهما الحق في إجازة العقد أو فسخه باشتراط ذلك في العقد، ولذلك سمي خيار الشرط، إذ لا يكون إلا باشتراطه في العقد صراحة بأي لفظ يدل على عدم الإلتزام بالعقد مدة معينة، فيقول البائع: بعث على أن يكون لي الخيار أو إن رضي فلان، أو يقول المشتري ذلك، أو يشترط أحدهما ذلك لآخر له خبرة في موضوع

(2) التسوق عبر الإنترنت، ص 228-229، www.hotfiles.com، وموقع www.microsoft.com

(3) سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ص 174.

(1) المادة رقم (494) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

التعاقد، أو صاحب شأن بأن كان العاقد وكيلاً أو فضولياً، فإن العقد يصبح غير لازم بالنسبة لمن شرط له الخيار(2).

ونفس الشيء ينطبق على عقود البيع في التجارة الإلكترونية، فإذا اتفق البائع والمشتري على هذا الخيار، فإنه يجب تنفيذه، ولكن واقع الحال يشير إلى أن البائع عبر شبكة الإنترنت يقوم بعرض سلعته وخصائصها وصور متنوعة لها ذات أبعاد ثلاثية، من أجل إحاطة المشتري علماً بكافة تفاصيل السلعة، وبالتالي، فإن ذلك يضيق الخناق على خيار الشرط، نظراً لطبيعة التجارة الإلكترونية، حيث أنها من العقود التي تتم عن بعد، وتكون للمشتري الفرصة وهو جالس في مكانه التأكد من السلعة أو موضوع العقد قبل توقيع عقد الشراء.

ثانياً: موقف القانون الإماراتي من خيار الشرط

نظراً لحرص المشرع على حماية المشتري في عقود البيع الإلكترونية، فقد نصت بعض مواد القانون الإماراتي على إمكانية البيع بشرط التجربة، ونجد ذلك واضحاً في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات العربية المتحدة، حيث نصت بعض موادها على ذلك، فنجد أن:

المادة رقم 494 نصت على أنه: (1- يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة.

2- ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة(1).

ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع قد أعطى للمشتري الحق في تجربة السلعة قبل شرائها، وأوجبت على البائع تمكين المشتري من القيام بالتجربة من أجل التأكد من صلاحية السلعة وخلوها من العيوب.

كما نصت المادة (495) على أنه: (1- يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع. 2- وإذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً ولزم البيع(2).

ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع قد أعطى للمشتري الحق في رفض شراء السلعة، ولكن يجب على المشتري في هذه الحالة إعلام البائع برفضه شراء السلعة، وإذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري بالرغم من تمكنه من تجربة السلعة، فإن ذلك السكون يعتبر قبولاً لشراء السلعة.

(2) حاشية ابن عابدين: 565/4، ومواهب الجليل: 409/4، وحاشية إعانة الطالبين 28/3، وشرح منهي الإرادات: 168/2، والمغني: 587-586/3.

(1) المادة رقم (494) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

(2) المادة رقم (495) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.



ونصت المادة (496) على أنه: (إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع وإذا هلك قبل التسليم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضموناً على البائع)(3).

وهذا يوضح لنا أن المشتري إذا قام بتجربة السلعة واقتنع بها، وقام بشرائها، فإذا هلك في يده في هذه الحالة هو ملزم بدفع ثمنها للبائع، لأن الفرصة كانت عنده للتجربة والتأكد من مدى صلاحية السلعة، ولكن إذا هلك السلعة في يد البائع، فإنه في هذه الحالة يكون ملتزماً وبها، ولا يترتب على ذلك أي إلتزام على المشتري.

ونصت المادة (497) على أنه: (يسري حكم البيع بعد التجربة والرضى بالمبيع من تاريخ البيع)(4). ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع قد حدد تاريخاً معلوماً للبيع حيث يبدأ بعد إنقضاء فترة التجربة المتفق عليها بين البائع والمشتري.

كما نصت المادة (499) على أنه: (إذا مات المشتري قبل اختياره وكان له دائن أحاط دينه بماله انتقل حق التجربة له وإلا انتقل هذا الحق إلى الورثة فإن اتفقوا على إجازة البيع أو رده لزم ما اتفقوا عليه وإن أجاز البعض ورد الآخر لزم الرد)(1).

ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن في حالة هلاك أو موت المشتري، فإن حق تجربة السلعة تنتقل إلى الورثة من أجل القيام بالتجربة، ويكون لهم كامل الحق في رفض أو شراء السلعة.

ونصت المادة (500) على أنه: (لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه فإن زاد في الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع)(2).

ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع قصد أيضاً مصلحة البائع، فلا يجوز على المشتري أن يقوم بتجربة السلعة في غير الأغراض المخصصة لها، وذلك لأن استخدام السلعة في أي غرض آخر غير الغرض الذي خصصت من أجله سوف يؤدي إلى إتلاف السلعة وتعريض البائع للخسارة.

ونصت المادة (501) على أنه: (تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق إلا أن خيار المذاق لا يورث ويعتبر البيع باتاً)(3).

(3) المادة رقم (496) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

(4) المادة رقم (497) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

(1) المادة رقم (499) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

(2) المادة رقم (500) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

(3) المادة رقم (501) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

ونصت المادة (502) على أنه: (غلة المبيع في مدة التجربة للبائع ونفقته عليه إلا أن تكون الغلة كجزء منه فتكون للمشتري أن تم له الشراء)(4).

## الفصل الثاني

### مفهوم خيار المجلس وأثره على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون

#### تمهيد وتقسيم:

لما كان التعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى المعاملات، لكونها ضرورة اجتماعية لا غنى عنها، فقد جعل الشرع الأصل فيها الحلّ والإباحة فلا يمنع منها إلا ما حرّمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلّم على حسب ما تقرّر في علم الأصول، فيكون البيع والإجارة وغيرهما من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كأكل والشرب، واللباس منها.

فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف يشاؤون ما لم تحرم الشريعة، وكذا في الأكل والشرب، إلا أنّ البيع قد يقع خاليًا من المنهيات التي تحرم القاعدة فيكون حلالاً لكن قد يكون سبباً للإيقاع في الندم. والندم يوجب إلى النظر ومن هنا شرعت الخيارات في العقود اللازمة فتصبح قابلة للفسخ بتراضي الطرفين.

سوف نتناول في هذا الفصل مفهوم خيار المجلس وأثره على عقود البيع الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم خيار المجلس ولمن يثبت هذا الخيار.

المبحث الثاني: أثر خيار المجلس على عقود البيع الإلكترونية.

## المبحث الأول

### مفهوم خيار المجلس ولمن يثبت هذا الخيار

#### تمهيد وتقسيم:

إن الحكمة في مشروعية الخيارات تكمن في المحافظة على مصلحة المتعاقدين وضمان رضاها ودفع الضرر الذي يلحق بأحدهما أو بهما ولذلك جعل الشارع للعقاد فرصة يحتاط فيها لنفسه لاستدراك ندم يشتركان فيه، فوجب إمّا بالشرع كخيار المجلس وإمّا بالشرط كخيار الشرط إذا كان الخيار للمتعاقدين جميعاً.

والخيارات في الشريعة الإسلامية أنواع متعدّدة حتى أوصلها بعضهم إلى سبعة عشر خياراً كما هي مبسّطة في كتب الفقه للمذاهب السنيّة كخيار المجلس، والشرط، والعين، والعيب، والتدليس، والنجش، وحاضر

(4) المادة رقم (502) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م.

لياد، وتلقي الركبان، وخيار القبول، وخيار اختلاف المتبايعين، والتعيين، والرؤية، والنقد، والوصف، والحيانة، والتعدية... إلخ.

إلا أنّ جميعها ترجع إلى خيارات أربع: مجلس، وشرط، وغبن، وعيب، وعليه فنقتصر في هذا المبحث على دراسة خيار المجلس من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم خيار المجلس.

المطلب الثاني: لمن يثبت هذا الخيار وما هي شروط ثبوته.

## المطلب الأول

### مفهوم خيار المجلس

نظراً لأن عقد البيع قد يقع بغتة من غير ترو ولا تفكير ومن دون تأمل ولا نظر في القيمة، فينجم عن ذلك ندم وتحسر من كلا البيعين، ولهذا فقد اقتضت محاسن الشريعة الإسلامية أن تجعل لهذا العقد فترة زمنية يتروى فيها المتبايعان ويعيدان النظر والتأمل، ليكون المتبايعان على بينة من أمرهما ولئلا يحصل لهما الندم والحسرة بعد لزوم البيع وليحصل تمام الرضى الذي شرطه تعالى بقوله: (يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)(1).

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف خيار المجلس لغةً، وإصطلاحاً فقهيّاً وقانونياً، على النحو التالي:

أولاً: تعريف خيار المجلس لغوياً:

خيار المجلس بكسر اللام، وأصله مكان الجلوس، والمراد هنا مكان التتابع على أي حال كان، فيثبت خيار المجلس عند الشافعية(2) والحنابلة(3) ولو لم يشترطه العاقد في البيع لقوله - صلى الله عليه وسلم: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) أو يقول أحدهما لصاحبه اختر وربما قال أو يكون بيع خيار(4).

وقد أضيف هذا النوع من الخيار إلى المجلس لاختصاص هذا الخيار بمجلس العقد عند القائلين به(5).

(1) سورة النساء، آية: 29.

(2) انظر المجموع، ج9، ص161.

(3) انظر شرح منتهى الإرادات: ج2، ص167.

(4) صحيح البخاري: ج3، ص18، وصحيح مسلم: ج3، ص1163.

(5) د. فضل الرحيم محمد عثمان: أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية، الطبعة الأولى، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 1427هـ - 2006م، ص124.

وذهب الحنفية(1) والمالكية(2) إلى عدم مشروعيته، وتأولوا الحديث بعدة تأويلات ستأتي.

ثانياً: مفهوم خيار المجلس إصطلاحاً:

خيار المجلس هو حق كل من المتعاقدين في فسخ العقد أو إمضائه ما دام مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبداهما(3).

3- خيار المجلس : وهو أن يكون لكل من الموجب والقابل الحق في فسخ العقد بعد صدور الإيجاب والقبول منهما ما دام في مجلس العقد.

وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء(4) رحمهم الله مستدلين بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع(5)".

وذهب الحنفية والمالكية(6) إلى عدم القول بخيار المجلس وأن العقد يكون لازماً بمجرد الإيجاب والقبول إذا توفرت شروطه وليس لأحد العاقدين الفسخ إلا إذا اشترط الخيار وحملوا التفرق الوارد في الحديث على التفرق بالأقوال دون الأبدان.

والذي يظهر للباحث هو قول جمهور الفقهاء رحمهم الله لوضوح النص من الحديث الدال على ثبوت خيار المجلس ما دام المتعاقدان لم يتفرقا " ما لم يتفرقا وكانا جميعاً" . ولكن هذا التفرق لم يرد تفسيره في الشرع وليس له حد معين في اللغة فيرجع فيه إلى العرف، جاء في المغني لابن قدامة "المرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدون تفرقاً، لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس كالتقبض والإحراز .. فالمفارقة أن يفارق من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة"(7).

(1) حاشية ابن عابدين: ج4، ص528.

(2) المدونة الكبرى: ج4، ص188.

(3) عبد الله بن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، الجزء الثالث، 1414هـ، ص399.

(4) انظر: المراجع السابقة .

(5) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع- برقم 1967، كما أخرجه من طريق حكيم بن حزام في باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا- برقم 1968، وأخرجه مسلم واللفظ له في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين برقم 2822.

(6) انظر: فتح القدير 78/5 ، وبدائع الصنائع 134/5 ، والشرح الكبير على مختصر خليل 81/3 .

(7) انظر المجموع شرح المهذب 180/9 .

فإذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين، وتوفرت شروط صحة العقد، ولم يكن ثمة مانع من الصحة، فهل يملك أحد العاقدين الرجوع عن العقد دون رضا الطرف الآخر؟

في المسألة خلاف، ويمكننا تحرير محل النزاع على النحو التالي:

إذا قال البائع للمشتري: بعتك هذه السيارة بعشرة آلاف درهم سعودي، فالمشتري بالخيار بين القبول والرد مادام العاقدان في مجلس العقد، ولم يتفرقا بأبدانهما، أو لم يأخذا في عمل آخر، وهذا بالإجماع، نقل الإجماع على ذلك الماوردي(1).

وذلك لأنه لو سقط خيار المشتري ببذل البائع، للزم البيع من غير اختيار المشتري جبراً عليه، بعد أن شرع البيع عن اختيار وتراض(2) ولدخل المبيع في ملك المشتري، وهذا ليس في قدرة الموجب - وهو البائع - ولأفضى الأمر إلى ضرر وفساد(3).

كذلك يملك البائع الخيار في الرجوع عن قوله (بعث بكذا) قبل قبول المشتري في مجلس العقد بالإجماع. قال الشوكاني(4) - بعد ذكره الخلاف في خيار المجلس - : "وهذا الخلاف إنما بعد التفرق بالأقوال، وأما قبله، فالخيار ثابت إجماعاً كما في البحر"(5).

## المطلب الثاني

### لمن يثبت هذا الخيار وما هي شروط ثبوته

خيار المجلس هو أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد، أو إمضائه ما دام في مجلس العقد، فإن افترقا لم يكن، لأي منهما حق فسخ العقد بعد ذلك. أولاً: لمن يثبت خيار المجلس:

(1) انظر الحاوي الكبير 33/5، ونيل الأوتار للشوكاني 291/5.

الماوردي: هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي (364-450) ولد بالبصرة، وتلقى العلم بها وببغداد، ودرس بالبصرة وبغداد سنين كثيرة، من مصنفاته: الإقناع في الفقه والحواوي الكبير والأحكام السلطانية، توفي ببغداد، وبها دفن. انظر: طبقات الشافعية للأسنوي 388/2، 387 وطبقات الشافعية للسبكي 267/5-269 ومقدمة الإقناع لحضر محمد ص(7-9-14-15).

(2) استناداً إلى قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) سورة النساء، آية 19.

(3) انظر: الهداية للمرغيناني 21/3، وتبيين الحقائق للزيلعي 3/4، والحواوي للماوردي 33/5.

(4) هو محمد بن علي بن محمد الشوكاني ثم الصنعاني، ولد بشوكان سنة 1173هـ، ونشأ وتعلم بصنعاء، وصل إلى درجة الاجتهاد، وترك التقليد، له مصنفات كثيرة منها نيل الأوطار وفتح القدير، توفي بصنعاء - وهو حاكم - سنة 1250هـ. انظر: البدر الطالع للشوكاني 214/2-224، ونيل الأوطار لمحمد الصنعاني 297/2-299-302.

(5) نيل الأوطار 291/5.

يثبت هذا الخيار لعموم أنواع المعاوضات كالبيع والشراء والإجازة ونحو ذلك، أما النكاح، والعناق، فإنه لا يثبت فيها خيار المجلس. ويثبت خيار المجلس لكلا المتعاقدين، البائع والمشتري(1).

كما ثبت في البيع والصلح بمعناه، وإجازة، والصرف، والسلم، دون سائر العقود  
1. يثبت في البيع أي: للبائع والمشتري.

ودليل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"(2). وقوله: "إذا تباع الرجلان فكل واحد منها بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع"(3)، "ما" مصدرية ظرفية يعني مدة عدم تفرقهما، وقوله: "وكانا جميعاً" تأكيد لعدم التفرق، وفيها فائدة وهي ما إذا تباع رجلان بالهاتف فإنه في هذه الحال لا خيار، بمجرد ما يقول أحد: بعث والثاني يقول: اشتريت وجب البيع.

وقد أخذ بالحديث الأئمة الثلاثة، وأنه يثبت خيار المجلس، وقال مالك: إن المراد به التفرق بالأقوال، وأنه إذا تم العقد فلا خيار في المجلس؛ لأن التفرق بالأقوال يحصل بالقبول بعد الإيجاب، والبيع من العقود اللازمة التي تلزم من حينها ولكن قوله . رحمه الله . ضعيف جداً، لأن حمله على التفرق بالأقوال يناقض الحديث؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: "إذا تباع الرجلان"، والتبايع يتم بالإيجاب والقبول، ثم قوله: "ما لم يتفرقا وكانا جميعاً"، المراد في المجلس.

فالصواب ما عليه الجمهور أن خيار المجلس ثابت ما دام المتعاقدان في المجلس. والحكمة من خيار المجلس هي أن الإنسان قد يتعجل في بيع الشيء أو شرائه ويقع ذلك منه من غير تروء، فيحتاج إلى أن يعطى هذه الفسحة، وإنما أعطي هذه الفسحة لأنه إذا وقع الشيء في ملك الإنسان فإن الرغبة التي كانت عنده قبل أن يتملكه تقل فجعل الشارع له الخيار، وهذا من حكمة الشارع، ولم يكن طويلاً لانتفاء الضرر.

2. يثبت في الصلح:

أي: يثبت الخيار في الصلح الذي بمعنى البيع، فالضمير في قوله: "بمعناه" يعود على البيع، وذلك أن الصلح قسمان، كما سيأتي في بابه، أحد القسمين ما كان بمعنى البيع، مثل أن يقر الإنسان لشخص بمائة صاع

(1) مسلم اليوسف: الخيارات "الأساليب الوقائية والعلاجية للغبن في الفقه"، <http://saaid.net/Doat/moslem>

(2) أخرجه البخاري في البيوع/ باب إذا بين البيعان ولم يكتما (2079)؛ ومسلم في البيوع/ باب الصدق في البيع (1532) عن حكيم بن حزام . رضي الله عنه ..

(3) أخرجه البخاري في البيوع/ باب إذا خير أحدهما صاحبه (2112)، ومسلم في البيوع/ باب ثبوت خيار المجلس (1531) (44) عن ابن عمر . رضي الله عنه ..

من البر، ثم يصلح له المقر له على هذه الأصواع بمائة درهم، فهذه مصالحة بمعنى البيع؛ لأنها معاوضة واضحة  
فيثبت به الخيار قياساً على البيع.

3. يثبت في الإجارة:

أي: وكذلك يثبت في الإجارة؛ لأن الإجارة بيع منافع، فالرجل إذا أجر آخر بيتاً سنة بمائة، فقد باع عليه  
منافع هذا البيت، والدليل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إذا تبايع الرجلان" (1) ووجه دلالة على ذلك أن  
نقول: إن الإجارة إما أن تدخل في الحديث بالشمول اللفظي، أو تدخل في الحديث بالشمول المعنوي،  
فإن كانت الإجارة بيعاً فهي داخلة في الشمول اللفظي، وإن كانت بمعنى البيع وليست بيعاً فهي داخلة  
في العموم المعنوي، لأنه لا فرق بينها وبين البيع، كلاهما عقد معاوضة.

4. يثبت في الصرف:

قوله: "والصرف" أي: ويثبت. أيضاً. في الصرف؛ لأن الصرف بيع، لكنه بيع خاص بالنقود، فبيع ذهب  
بفضة صرف، وبيع ذهب بجديد ليس بصرف، والعلماء - رحمهم الله - خصوا الصرف بباب وأحكام؛ لأنه  
يختلف عن غيره من أنواع المبيعات، ولذلك نصوا عليه بخصوصه، وإلا فهو من البيع، لقول النبي صَلَّى اللهُ  
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء" (2).

5. يثبت في السلم:

قوله: "والسلم" السلم يثبت به خيار المجلس، والسلم أن يسلم الإنسان إلى البائع دراهم مع تأجيل السلعة،  
مثل أن يقول: الرجل للفلاح أريد أن أشتري منك ثمراً بعد سنة أو سنتين بألف درهم، وهذه ألف الدرهم،  
هذا يسمى سلماً، ويسمى سلفاً، وكلاهما صحيح، أما تسميته سلماً؛ فلأن المشتري أسلم الثمن، وأما  
تسميته سلفاً؛ فلأنه قدم، والسلف بمعنى المقدم، ومنه قولنا: السلف الصالح؛ لأنهم متقدمون، فالسلم يثبت  
فيه خيار المجلس، لأنه بيع، وإن كان له أحكام خاصة فيدخل في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إذا تبايع  
الرجلان"، فكل واحد منهما بالخيار.

6. دون سائر العقود:

وذلك لأن الأصل أن العقد بمجرد انعقاده يترتب عليه مقتضاه، خولف في البيع لورود النص فيه فيبقى ما  
عده على الأصل، مثل: الرهن، والوقف، والهبة، والمساقاة، والحوالة، والعتق، والنكاح، وما أشبه ذلك،  
فهذه ليس فيها خيار مجلس؛ وذلك لأن هذه العقود لا تخلو من حالين:

(1) سبق تحريجه.

(2) أخرجه البخاري في البيوع/ باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة (2134) ومسلم في البيوع/ باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً  
(1586) عن عمر - رضي الله عنه ..

الأولى: أن تكون من العقود الجائزة، فهذه جوازها يغني عن قولنا إن فيها الخيار؛ لأن العقد الجائز يجوز فسخه حتى بعد التفرق، سواء في مجلس العقد أو بعده.

الثانية: أن تكون من العقود النافذة، التي لقوة نفوذها لا يمكن أن يكون فيها خيار، مثل العتق والوقف. أما المساقاة: فقيل إنها عقد جائز، وعلى هذا فلا خيار فيها؛ لأن المتساقين كل منهما له أن يفسخ.

والمساقاة أن يدفع الإنسان بستانه لشخص فلاح عامل، ويقول: خذ هذا اعمل فيه ولك نصف ثمره، فالمشهور من المذهب أنها عقد جائز، فللعامل أن يفسخ، ولصاحب البستان أن يفسخ، إذ لا حاجة أن نقول: له خيار مجلس؛ لأن الخيار ثابت، سواء كانوا في مجلس العقد أو بعده، وعلى هذا يمكن أن تأخذ من ذلك قاعدة وهي أن كل عقد جائز فليس فيه خيار المجلس، لأنه يستغنى بجوازه عن الخيار، ما دام أن الإنسان يملك أن يفسخ هذا العقد ولو بعد التفرق فلا حاجة أن نقول: فيه خيار مجلس.

والرهن وهو عقد لازم من أحد الطرفين، وجائز من أحد الطرفين، فمن له الحق، فهو في حقه جائز، ومن عليه الحق فهو في حقه لازم.

مثاله: استقرضت من شخص مالاً فطلب مني رهناً فأعطيته كتاباً، فهذا الرهن من قبلي أنا لازم، ومن قبل صاحب الحق جائز؛ لأن له أن يفسخ الرهن، ويقول: خذ كتابك، ويبقى الدين في ذمتي ديناً مرسلاً.

العتق: لو أعتق الإنسان عبده ثم أراد فسخه في نفس المجلس لم يصح؛ لقوة نفوذه، ومثله الوقف؛ لأن الوقف أخرجه الإنسان لله فلا خيار فيه، ومثله الهبة إذا قبضت لا خيار فيها؛ لأنها ليست عقد معاوضة. وَلِكُلِّ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ الْخِيَارُ مَا لَمْ يَتَّفَقَا عَرَفًا بِأَبْدَانِهِمَا وَإِنْ نَفْيَاهُ أَوْ أَسْقَطَاهُ سَقَطَ وَإِنْ أَسْقَطَهُ أَحَدُهُمَا بَقِيَ خِيَارُ الْآخَرِ، .....

قوله: "ولكل من المتبايعين"، وهما البائع والمشتري، سُمِّيَا متبايعين؛ لأن كل واحد منهما يمد باعه إلى الآخر لتسليم ما انتقل عنه، فالبايع يمد يده لتسليم المثل، والمشتري يمد يده لتسليم الثمن واستلام ما آل إليه.

قوله: "الخيار ما لم يتفرقا عرفاً بأبدانهما" أي: لكل منهما الخيار ما لم يتفرقا، والدليل حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -: "إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا(1)، فإن تفرقا فلا خيار، ولكن بماذا يكون التفرق، هل هو محدود شرعاً؟

الجواب: يقول العلماء: إنه محدود عرفاً؛ لأن الشرع لم يحدده، وكل شيء يأتي به الشرع من غير تحديد، فإنه يرجع فيه إلى العرف، كما قال الناظم:

وكل ما أتى ولم يحدد بالشرع كالحرز فبالعرف احدد(2).

(1) سبق تحريجه.

(2) منظومة أصول الفقه وقواعده، ص3.



ولهذا قال المؤلف: «ما لم يتفرقا عرفاً بأبداهما» .

ولكن كيف التفرق عرفاً؟.

الجواب: ننظر، فإذا كانا يمشيان من الجامع إلى المعهد العلمي فباعه عند الجامع، وجعلا يمشيان إلى المعهد العلمي، وهذا المشي يستغرق ثلث ساعة على الأقل، فهذان الرجلان لهما الخيار حتى يتفرقا عند المعهد، فما دام يمشيان جميعاً مصطحبين فلهما الخيار.

وإذا كانا في حجرة وتباعا، ثم خرج أحدهما من الحجرة إلى الحمام لقضاء الحاجة فقد تفرقا؛ لأن المجلس الأول انتهى.

وإذا كانا في الطيارة متجهين إلى محل بعيد، مقداره ثلاث عشرة ساعة وتباعا عند إقلاعها، ولا تمبط إلا بعد ثلاث عشرة ساعة، فتكون مدة الخيار ثلاث عشرة ساعة ما دام لم يتفرقا، وحل هذه المشكلة أن يتباعا على أن لا خيار، ولهذا قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الحديث: «فإن خير أحدهما الآخر فتباعا على ذلك فقد وجب البيع»، ومعنى ذلك أن يسقط الخيار، فيتباعا على أن لا خيار، وأنه بمجرد الإيجاب والقبول يلزم البيع ولا خيار.

مسألة: فإن لم ينفياه في العقد، وبعد مضي عشر دقائق، قال: يا فلان فلنقطع الخيار؛ لأنه خاف أن يفسخ صاحبه البيع فقطعاه صح؛ لأن الحق لهما وقد أسقطاه، فإن أبي أحدهما لم يصح، لكن هل يسقط خيار الآخر الذي قال: سنسقط الخيار؟

الجواب: في الحديث «أو يخير أحدهما الآخر»، فإن خير أحدهما الآخر، أي: جعل الخيار له وحده، سقط خيار الذي أسقط خياره، والظاهر أن طلب إسقاط الخيار ليس إسقاطاً للخيار.  
مسألة: لو أنه خاف أن يفسخ البيع، فهل يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله؟

الجواب: في مفارقه المكان إسقاط لحق أخيه الذي جعله الشرع له، فيكون هذا كالتحليل على إسقاط الشفعة في الشقص المبيع، وما أشبه ذلك، وعلى كل حال هو تحيل على إسقاط حق أخيه.  
فإن قال قائل: الحديث عام ما لم يتفرقا وليس فيه تفصيل.

قلنا: المراد التفرق الذي لم يقصد به إسقاط حق الآخر، فإن قصد به إسقاط حق الآخر فالأعمال بالنيات، ولهذا جاء في الحديث: «ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله»(1).

(1) أخرجه الإمام أحمد (183/2)؛ وأبو داود في البيوع/ باب في خيار المتبايعين (3456)؛ والترمذي في البيوع/ باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (1247)؛ والنسائي في البيوع/ باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبداهما (252/7)؛ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وحسنه الترمذي، وفي «الإرواء» (155/5): (حسن).

قوله: "وإن نفياه" أي: نفي الخيار قبل ثبوته، وكيفية النفي أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما، فيقول: أنا سأبيع عليك، لكن لا خيار بيننا، فقال: لا بأس، فيسقط الخيار، ويقع العقد لازماً بمجرد الإيجاب والقبول. قوله: "أو أسقطاه سقط" بعد ثبوته، أي: بعد أن تم العقد ومضى دقيقة أو دقيقتان أو عشر دقائق، اتفقا على إسقاط الخيار فإنه يسقط، والتعليل أن الحق لهما، فإذا رضيا بإسقاطه سقط. فإن قال قائل: إن هذا الشرط يحرم ما أحل الله؛ لأن الله أحل لكل منهما الفسخ، فإذا شرطاً أن لا خيار أو أسقطاه، فهذا تحريم ما أحل الله.

قلنا: هذا التحريم ليس لحق الله، بل لحق الآدمي، وحق الآدمي الأمر فيه إليه، فإذا أسقطاه بعد العقد أو نفياه مع العقد فلا بأس.

قوله: "وإن أسقطه أحدهما بقي خيار الآخر" أي: إذا تم العقد، وقال: أحدهما أسقطت خياري، أو طلب منه الآخر أن يسقط خياره فأسقطه، بقي خيار صاحبه، ويدل لذلك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - : "فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع". فدل ذلك على أنه يصح أن يسقط أحدهما الخيار عنه لصاحبه.

وَإِذَا مَضَتْ مُدَّتُهُ لَزِمَ الْبَيْعُ

قوله: «وإذا مضت مدته لزم البيع» عبارة المؤلف توهم أن خيار المجلس له مدة معينة إذا مضت بطل، ولكن هذا ليس مراداً للمؤلف، بل مراده إذا كان التفرق، وإذا تفرقا لزم البيع، لكان أولى لموافقة الحديث لقوله: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع».

وقوله: "لزم البيع" أي: وقع لازماً، ليس لأحدهما فسخه إلا بسبب، وهذه المسألة مجمع عليها، ومستند الإجماع، قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فقد وجب البيع»، والالتزام هنا من الطرفين، أي: يلزم من جهة المشتري، ومن جهة البائع، وبهذا عرفنا أن البيع من العقود اللازمة.

والعقود ثلاثة أقسام: الأول: لازمة من الطرفين، الثاني: جائزة منهما، الثالث: لازمة من أحدهما دون الآخر.

فاللازمة من الطرفين لا يمكن فسخها إلا برضاها، أو بسبب شرعي آخر، مثل: البيع والإجارة.

والجائزة من الطرفين يجوز فسخها برضاها أو بغير رضاها، كالوكالة.

والجائزة من طرف واحد كالرهن، فهو جائز من قبل المرتهن، لازم من قبل الراهن؛ لأن الراهن لا يمكنه أن يفسخ الرهن، أما المرتهن فله أن يفسخه.

مسألة ذكرها العلماء: قالوا: إذا تولى واحد طرفي العقد فمتى يكون الخيار؟

يقولون: ليس فيه خيار؛ لأننا لو قلنا له الخيار بقي البيع جائزاً؛ لأنه لا يمكن أن يفارق الشخص نفسه.

مثاله: وكتلتك أن تشتري لي كتاباً ووكلتك آخر أن تبعه له، فقلت: اشتريت الكتاب من فلان لفلان، فهنا تولى الوكيل طرفي العقد، والصحيح أن تولى طرفي العقد فيه الخيار ويكون المدار على مفارقة هذا الرجل للمكان الذي أمضى فيه البيع، فإذا قال الوكيل: اشتريت هذا الكتاب من فلان لفلان، ثم قام ومشى فالآن لزم البيع.

رابعاً: شروط ثبوت خيار المجلس:

لقد تضافرت الروايات فيما يتعلق بشروط ثبوت خيار المجلس، نذكر منها ما يلي:  
روى محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام" (1).  
روى أيضاً، عن أبي جعفر رضي الله عنه قال: سمعته يقول: "بايعت رجلاً فلماً بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا" (1).  
روى زارة، عن أبي عبد الله رضي الله عنه: سمعته يقول: "البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان ثلاث... (يريد ثلاثة أيام) (2).  
وعن طرق أهل السنة، روى نافع عن ابن عمر، أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار" (3).

## المبحث الثاني

### أثر خيار المجلس على عقود البيع الإلكترونية

#### تمهيد وتقسيم:

معنى خيار المجلس، أنه إذا بيعت سلعة، فإن للبائع والمشتري حق فسخ العقد مادام في المجلس، حتى يفترقا، فإن أراد المتبايعان أن يمضيا العقد على الفور، فهناك طريقتان لإنهاء خيار المجلس: الأولى: أن يفترقا بالأجساد عن بعضهما فيخرج أحدهما من المجلس. والثانية: إسقاط شرط الخيار في العقد، فيقول أحدهما تباعنا ولا خيار، فإن رضي الآخر سقط الخيار، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا تباع الرجلان

(1) الوسائل: ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(1) الوسائل: ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(2) الوسائل: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

(3) سنن ابن ماجه: ٧٣٦/٢، حديث ٢١٨٢؛ مسند أحمد: ٩/٢؛ سنن الترمذي: ٥٤٧/٣، الحديث ١٢٤٥. وقد مرّ تفسير «بيع الخيار» في «خيار الشرط».

فكل واحد منهما بالخيار، ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع) متفق عليه ، وهذا يعني أنهما إن اتفقا على إسقاط خيار المجلس سقط. وللتعرف على آراء العلماء في خيار المجلس، وحكمه، ومسقطاته، وإثره، وأثره على عقود البيع الإلكترونية، وموقف القانون الإماراتي منه، سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: حكم خيار المجلس مسقطاته.

المطلب الثاني: أثر خيار المجلس على عقود البيع الإلكترونية، وموقف القانون الإماراتي منه.

## المطلب الأول

### حكم خيار المجلس ومسقطاته

إنّ تسلّط كلّ من المتبايعين على فسخ البيع ما لم يتفرّقا عن مجلسه، هو المسمّى بخيار المجلس؛ وإضافته إلى المجلس إمّا من باب إضافة الحالّ إلى المحلّ، والمراد من المجلس مطلق مكان العقد وإن كانا قائمين فيه، أو من باب إضافة المسبّب إلى السبب لكون المجلس سبباً للخيار، كخيار الغبن والعيب لكونهما سببين له. وهذا الخيار من ضروريات فقه الإمامية، ووافقهم في ذلك لفيف من الصحابة، منهم: عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وأبو هريرة وأبو بزة الأسلمي، ومن التابعين: الحسن البصري وسعيد بن مسيب والزهري وعطاء، ومن الفقهاء: الأوزاعي وأحمد بن حنبل والشافعي.

أولاً: آراء العلماء في خيار المجلس:

اختلف الفقهاء رحمهم الله في إثبات خيار المجلس أو نفيه، وفيما يلي أذكر نصوصاً من الكتب المعتمدة توضح آرائهم في خيار المجلس، سوف نتعرف على شروطه، وذلك على النحو التالي:

1. رأي فقهاء الحنفية:

قال فيه شرح العناية "وإذا حصل الإيجاب والقبول ثم البيع ولزم وليس لواحد من المتعاقدين الخيار إلا من عيب أو عدم رؤية"

وقال في شرح فتح القدير: "وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية"(1).

(1) انظر شرح فتح القدير: ج5، ص81.

2. وقال أبو جعفر:

"وإذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما لا خيار اشترطه فيه واحد منهما، فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك تفرقاً بأبداهما عن موطن البيع أو لم يتفرقا"(2).

3. رأي فقهاء المالكية:

قال سخنون في المدونة قلت لابن القاسم هل يكون البائع بالخيار ما لم يفترقا في قول مالك (قال) قال مالك لا خيار لهما وإن لم يتفرقا (قال) مالك البيع كلام فإذا أوجبا البيع بالكلام وجب البيع ولم يكن لأحدهما أن يمتنع مما قد لزمه(1).

4. وقال في مواهب الجليل:

"إنما الخيار بشرط ... ما نصه ونبه المصنف بأداة الحصر على أن خيار التروي إنما يكون بالشرط أي بأن يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما لا بالمجلس"(2).

5. وقال في الكافي:

"وخيار المجلس عند مالك باطل، وعقد البيع بالقول عنده لازم"(3).

6. رأي فقهاء الشافعية: قال الإمام الشافعي في الأم بعد ذكر النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس ما نصه "وبهذا نأخذ وهو قول الأكثر من أهل الحجاز والأكثر من أهل الآثار بالبلدان، وقال وكل متبايعين في سلف إلى أجل أو دين أو عين أو صرف أو غيره تبايعاً وتراضياً ولم يتفرقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي تبايعا فيه، فلكل واحد منهما فسخ البيع"(4).

7. قال في نهاية المحتاج:

ويثبت خيار المجلس في أنواع البيع(5).

8. قال في روضة الطالبين:

باب خيار المجلس والشرط والسبب الأول "كؤهما مجتمعين في مجلس العقد فلكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما لم يتفرقا أو يتخايرا"(6).

---

(2) انظر كتاب مختصر الطحاوي: ص74.

(1) المدونة الكبرى: ج3، ص234.

(2) انظر مواهب الجليل: ج4، ص409.

(3) الكافي: ج2، ص71.

(4) انظر الإمام الشافعي: ج3، ص4.

(5) انظر نهاية المحتاج: ج4، ص2-3. وزاد المحتاج: ج2، ص47.

(6) انظر روضة الطالبين: ج3، ص433.

9. رأي فقهاء الحنابلة:

قال في الشرح الكبير "وجملته أن خيار المجلس يثبت في البيع بمعنى أن يقع جائزاً ولكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخه مادام مجتمعين لم يتفرقا"(1).

10. وقال صاحب الإقناع:

والخيار على سبعة أقسام أحدها خيار المجلس، فيثبت ولو لم يشترطه في البيع(2).

11. وقال في الفروع:

لا يثبت خيار المجلس إلا في بيع(3).

وقال ابن حزم من الظاهرية مسألة. وكل متبايعين صرفاً أو غيره فلا يصح البيع بينهما أبداً وإن تقابضا السلعة والتمن، ما لم يتفرقا بأبدانهما من المكان الذي تعاقدا فيه البيع، ولكل واحد منهما إبطال ذلك العقد إذا أحب الآخر أم كره ولو بقيا كذلك دهرهما إلا أن يقول أحدهما للآخر لا تبال ايهما كان القائل بعد تمام العقد، اختر أن تمضي البيع أو أن تبطله فإن قال قد أمضيته فقد تم البيع بينهما. تفرقا أو لم يتفرقا وليس لهما ولا لأحدهما فسخه إلا بعيب(4).

ثانياً: حكم خيار المجلس:

لقد اختلف العلماء في مشروعية خيار المجلس؛ هل هو ثابت شرعاً أم لا؟

1. سبب الاختلاف:

الفقهاء مختلفون في مشروعية خيار المجلس، فمنهم من قل بمشروعيته، ومن قال بعدمها.

ويمكن رد اختلافهم في ذلك إلى الأسباب التالية:

الاختلاف في المراد بالتفرق الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار حتى يتفرقا". هل هو التفرق بالأبدان، أم التفرق بالأقوال؟ فمن قال: إن المراد بالتفرق التفرق بالأبدان، قال بمشروعية خيار المجلس، فأثبت لكل من المتعاقدين الحق في إمضاء العقد أو فسخه بعد قيام العقد ما لم يتفرقا بأبدانهما. ومن قال إن المراد بالتفرق التفرق بالأقوال، لم يقل بمشروعية خيار المجلس، وقضى بلزوم البيع متى تفرقا بأقوالهم، وذلك بصدور الإيجاب والقبول منهما.

(1) الشرح الكبير: ج2، ص356.

(2) الإقناع: ج2، ص84.

(3) الفروع لابن مفلح، ج4، ص81.

(4) المحلى لابن حزم: ج9، ص295.

تعرض النصوص - في ظاهرها - : فمن ذلك قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ) (1). فالآية توجب الوفاء بالعقود، والعقد يحصل بمجرد الإيجاب والقبول، فيكون الوفاء به حينئذ واجباً. وهذا يتعارض - في ظاهره - مع الاحاديث المثبتة لخيار المجلس من مثل: "البيعان بالخيار حتى يتفرقا" (2). حيث توجب لكلا المتعاقدين الحق في فسخ العقد الذي تم بالإيجاب والقبول ما لم يتفرقا بأبدانهما. فمن الفقهاء من تمسك بالنصوص الأولى، وأجاب عن الأخرى، ومنهم من تمسك بالثانية وأجاب عن الأولى.

الختلاف في القواعد الأصولية: ذلك أن خيار المجلس ثابت بأخبار آحاد، وقد تعارضت مع عمل أهل المدينة القاضي بعدم مشروعيته. فمن قال: إن خبر الآحاد يقدم على عمل أهل المدينة عند التعارض، قال بإثبات خيار المجلس. ومن قال بتقديم عمل أهل المدينة، لم يقل بخيار المجلس (3).

## 2. مذاهب الفقهاء:

اختلف الفقهاء في مشروعية خيار المجلس على قولين:

القول الأول: خيار المجلس مشروع، وثابت لكلا المتعاقدين، فلكل منهما فسخ العقد أو إمضائه ما دام في المجلس لم يتفرقا بأبدانهما. وقد روي هذا عن عثمان وعلي وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر وأبي بزة الأنصاري - رضي الله عنهم -، وشريح وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والحسن البصري والشعبي والزهري والأوزاعي وإسحاق بن راهويه وأبي ثور وأبي عبيد وسفيان بن عيينه وابن المبارك (4). وهو مذهب الشافعية (5)،

والحنابلة (1)، وابن حزم (2). ووافقهم من المالكية: ابن حبيب، والسيوري، وعبد الحميد بن الصائغ (3).

(1) سورة المائدة، آية: 1.

(2) مطلوب تخريج الحديث

(3) تجدر الإشارة إلى أن هذا السبب هو سبب للاختلاف بين القائلين بمشروعية خيار المجلس من جهة، وبين من قال بعدم مشروعيته من المالكية فقط الذين يقولون بعمل أهل المدينة. أما الحنفية فإنهم لا يقولون بعمل أهل المدينة، وإن كانوا يوافقون المالكية فيما ذهبوا إليه من عدم مشروعية خيار المجلس.

(4) علي الماوردي: الحاوي الكبير، الجزء الخامس، 1414هـ، ص30. ويحيى النووي: شرح صحيح مسلم، الجزء العاشر، 1414هـ، ص134.

(5) الحسين البغوي: التهذيب، الجزء الثالث، 1418هـ، ص290. عبد الكريم الرفاعي: العزيز شرح الوجيز، الجزء الرابع، 1417هـ، ص169. يحيى النووي: منهاج الطالبين، الجزء الثاني، 1419هـ، ص60. إسماعيل بن المقرئ: روض الطالب، الجزء الرابع، 1422هـ، ص116.

(1) عمر الخرقى: مختصر الخرقى، الجزء الثالث، 1414هـ، ص399.

(2) علي بن حزم: المحلى بالآثار، الجزء السابع، ص233.

(3) محمد الخرشى: حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل، الجزء الخامس، 1417هـ، ص1997م، ص454.

القول الثاني: خيار المجلس غير مشروع، والعقد لازم بمجرد حصول الإيجاب والقبول، وقد روى هذا عن إبراهيم النخعي، وربيع بن أبي عبد الرحمن والثوري(4)، وهو مذهب الحنفية(5)، والمالكية في المعتمد(6). أدلة الفريق الأول المثبت لخيار المجلس:

استدل المثبتون لخيار المجلس بالأدلة التالية:

1. قال صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"(7).

وفي رواية: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"(8).

وفي رواية: "إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع"(9).

وفي رواية: "كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار"(1).

وفي رواية: "البيعان بالخيار حتى يتفرقا"(2).

---

(4) محمود العيني: البناية شرح الهداية، 1420هـ، الجزء الثامن، ص13. يوسف عبد البر: الاستذكار، الجزء السابع، 1423هـ، ص1423هـ.

(5) علي المرغياني: الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء السادس، 1415هـ، ص238. عبد الله النسفي: كنز الدقائق، الجزء الرابع، 1420هـ، ص276. إبراهيم الحلبي: ملقى الأبحر، الجزء الثالث، 1419هـ، ص11.

(6) محمد المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل، الجزء السادس، 1416هـ، ص301. عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، الجزء الخامس، 1422هـ، ص198. علي العدوي: حاشية العدوي على الخراشي، الجزء الخامس، 1417هـ، ص454.

(7) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث (2110)، ص339. ومسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث (3858)، ص665.

(8) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث (2111)، ص339. ومسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث (3853)، ص664. والمراد بقوله (إلا بيع الخيار): التخيير بعد تمام العقد قبل مفارقة المجلس، فيكون تقدير الحديث على هذا: يثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخيرا في المجلس، ويختارا إمضاء البيع، فيلزم البيع بنفس التخيير، ولا يدوم إلى المفارقة. (9) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، حديث (2112)، ص339. ومسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث (3855)، ص664.

(1) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع؟، حديث (2113)، ص339. ومسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث (3857)، ص665.

(2) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع؟، حديث (2114)، ص339.



وجه الدلالة: تدل هذه الاحاديث بمنطوقها على أن لكل من المتبايعين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه بعد تبايعهما ما لم يتفرقا بأبدانهما(3). ولا معنى لخيار المجلس إلا هذا، فيكون مشروعاً.

2. ما روي أن ابن عمر: "كان إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يقيله قام فمشى هُنَيْهَةً، ثم رجع إليه"(4).

وجه الدلالة: يدل الأثر بمنطوقه على أن ابن عمر - رضي الله عنهما - وهو أحد رواة حديث: "البيعان بالخيار... - كان إذا بايع وأراد لزوم هذا البيع، وعدم فسخه، فارق صاحبه ببدنه: وذلك بقيامه، ومشيه. وهذا دليل أن العقد لا يلزم إلا بالمفارقة، وأن المفارقة المقصودة هنا هي المفارقة بالأبدان، كما دلّ على ذلك راوي الحديث نفسه(5).

ما ذكره البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: "بعت من أمير المؤمنين عثمان مالاً بالوادي بمالٍ له بخير، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته؛ خشية أن يرادني البيع، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا"(6).

وجه الدلالة: أن ابن عمر - رضي الله عنهما - وهو أحد رواة حديث: "البيعان بالخيار... - أراد أن يجب له البيع، وأن يبطل خيار عثمان - رضي الله عنه - في فسخه بمفارقتة له ببدنه، وذلك حين خرج من بيت عثمان - رضي الله عنه - (7). وهذا دليل أن لكل من المتعاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه بعد البيع وقبل المفارقة بالأبدان دون ما بعدها، كما دلّ على ذلك راوي الحديث بفعله.

4. ما روي عن أبي أبي الوضيء عباد بن نسيب قال: "غزونا غزوة، فنزلنا منزلاً، فباع صاحب لنا فرساً لغلام، ثم أقاما يومهما وليلتهما، فلما أصبحا في الغد، حضر الرحيل، فقام إلى فرسه يسرجه، وندم، وأتى الرجل، وأخذته بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال: بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي صلى الله عليه وسلم، فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالوا له القصة، فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول

(3) المقصود بالفرقة هنا الفرقة بالأبدان.

(4) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، حديث (2107)، ص338. ومسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث (3856)، ص665.

(5) يحيى النووي: شرح صحيح مسلم، الجزء العاشر، 1414هـ، ص136. أحمد بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الخامس، 1418هـ، ص54.

(6) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم يُنكر البائع على المشتري أو اشترى عبداً فأعتقه، حديث (2116)، ص340.

(7) أحمد بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء الخامس، 1418هـ، ص66.

الله - صلى الله عليه وسلم - قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا".  
وفي رواية قال: "ما أراكما افترتما" (1).

وجه الدلالة: يدل الأثر بمنطوقه على أن أبا برزة - رضي الله عنه - وهو أحد رواة حديث: "البيعان بالخيار... - لم يقض بين المتبايعين بلزوم البيع بمجرد صدور الإيجاب والقبول منهما، بل جعل لهما الخيار، ولم ير في قيامهم بقية يومهم ومبيتهم معاً تفرقاً. وهذا دليل أن العقد لا يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، بل يكون لكل من العاقدين الخيار في إمضائه أو فسخه بأبدانهما، كما طبق ذلك راوي الحديث نفسه في الواقعة التي عرضت عليه.

5. القياس على الهبة: فالهبة غير لازمة بالغيجاب والقبول، بل تفتقر في لزومها إلى القبض، فقياس عليها كل عقد معاوضة يثبت فيه خيار المجلس، فيكون غير لازم بمجرد الإيجاب والقبول، بجامع أن كلاهما عقد يراد به تملك المال (2).

6. القياس على الصرف: فالصرف لا يلزم إلا بالتقباض والافتراق، فقياس عليه البيع، وكل عقد يثبت فيه خيار المجلس، بجامع أن كلاهما عقد معاوضة محضة (3).

7. القياس على خيار الشرط: فإن خيار الشرط يحوّل صاحبه الحق في إمضاء العقد أو فسخه بعد حصول الغيجاب والقبول إلى إنتهاء مدته، فقياس عليه خيار المجلس (4).

أدلة الفريق الثاني لخيار المجلس:

استدل النافون لخيار المجلس بالادلة التالية:

1. قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (1).

وجه الدلالة: تدل الآية بمنطوقها على أن الامر بوفاء العقود، والعقد يتم بالإيجاب والقبول، فلو كان خيار المجلس ثابتاً لم يكن الوفاء بالعقد لازماً، وهذا خلاف النص؛ لأن خيار المجلس يبيح لكلا العاقدين الرجوع في العقد بعدما تم ما لم يفترقا (2).

(1) رواه أبو داود، كتاب الإجارة، باب في خيار المتبايعين، حديث (3457)، ص500. والدرقطني، كتاب البيوع، حديث (2785)، الجزء الثالث، ص6.

(2) علي الماوردي: الحاوي الكبير، الجزء الخامس، 1414هـ، ص36.

(3) المصدر نفسه، الجزء الخامس، ص36.

(4) المصدر نفسه، ص35.

(1) سورة المائدة من الآية: 1.

(2) محمود العيني: البناية في شرح الهداية: الجزء الثامن، 1420هـ، ص11. محمد بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، 1415هـ، ص137.

2. قال تعالى: (أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)(3). وجه الدلالة: تدل الآية بمنطوقها على إباحة أكل المال بالتجارة عن تراضٍ، وإذا حصل الإيجاب والقبول يصدق أنه تجارة عن تراضٍ، فيباح الأكل من مال الآخر، وإذا كان خيار المجلس ثابتاً لما أبيع الأكل، وذلك في حال إذا فسخ أحدهم العقد بعد وجوده وقبل التفرق، وهذا خلاف ما يقضي به ظاهر النص(4). قال تعالى: (وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ)(5).

وجه الدلالة: ندبت الآية الكريمة إلى الإشهاد عند البيع؛ دفعاً لوقوع التجاحد، والبيع يصدق بالإيجاب والقبول، فيكون الإشهاد عند حصولهما، ولو كان لأحدهما الفسخ بعد العقد المشهود عليه بمقتضى خيار المجلس – لبطلت فائدة الإشهاد، ولما كان للأمر به معنى(6).

4. قال صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن تستقيله"(7).

وجه الدلالة: في قوله: "ولا يحل أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله". فقد نهي كلاً من العاقدين عن مفارقة صاحبه مخافة أن يستقيله: أي يسأله الإقالة(1)، وهذا يدل على نفي خيار المجلس من وجهين(2): الأول: لو كان خيار المجلس ثابتاً لكلا العاقدين لما احتاج كل منهما أن يسأل صاحبه الإقالة، بل كان له أن يفسخ مطلقاً بمقتضى الخيار الثابت له.

الآخر: أن الإقالة لا تكون إلا بعد صحة العقد وحصول ملك كل واحد منهما فيما عدا عقد عليه، فدل أن العقد قد تم ولزم بمجرد الإيجاب والقبول قبل الافتراق.

5. قال صلى الله عليه وسلم: (إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه)(3).

(3) سورة النساء، من الآية 29.

(4) ابن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، 1420هـ، ص370. محمد بن الهمام: شرح فتح القدير، الجزء السادس، 1415هـ، ص239.

(5) سورة البقرة، من الآية 282.

(6) محمود العيني: البناء في شرح الهداية، 1420هـ، الجزء الثامن، ص12. محمد أمين بن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء السابع، 1420هـ، ص46.

(7) رواه الترمذي: كتاب البيوع، باب ما جاء: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، حديث (1247)، ص304. وأبو داود، كتاب الإجارة، باب في خيار المتبايعين، حديث (3456)، ص500. وقال الترمذي: "حديث حسن".

(1) المراد بالإقالة: رفع العقد بعد قيامه ووجوده. تنظر: شمس الدين التمرناشي: تنوير الأبصار، الجزء السابع، 1420هـ، ص228.

(2) أحمد الجصاص: أحكام القرآن، الجزء الثالث، ص139.

(3) رواه مسلم: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث (3850)، ص664.

- وجه الدلالة: يدل الحديث بمنطوقه على أن من اشترى طعاماً فلا يحل له بيعه حتى يستوفيه. ويدل بمفهومه المخالف أنه إذا استوفاه جاز له بيعه، فأجاز بيعه مطلقاً، ولم يقيده بالتفرق من المجلس، فدل على ثبوت الملك للمشتري ولو لم يتفرق؛ إذ البيع لا يكون إلا بعد ثبوت الملك(4).
6. قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (أبما يبعين تبايعا فالقول ما قال البائع، أو يترددان)(5). وجه الدلالة: أن المتبايعين قد يختلفان قبل الافتراق، فلو كان لكل منهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه لم تجب على البائع يمين ولا تراد؛ لأن التراد إنما يكون فيما تم من العقود(6).
7. واختص المالكية بالاستدلال بعمل أهل المدينة: فإنه قد جرى على عدم العمل بخيار المجلس، وهو حجة عندهم(7).
8. القياس على النكاح: فالنكاح يلزم بالإيجاب والقبول دون خيار المجلس، فيقاس عليه البيع، وكل عقد تثبتون فيه خيار المجلس؛ بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة(8).
9. ولأن خيار المجلس خيار مجهول؛ لأن مدة المجلس مجهولة: قد تطور، وقد تقصر، فلم يجز، كما لو شرط العاقدان خياراً مجهولاً؛ كأن يتاعا، ويشترط الخيار لهما بمقدار جلوس فلان في مجلسه، فإن البيع هنا يكون باطلاً؛ لجهالة مدة الخيار فكذلك ههنا(1).
10. ولأن العقد صدر من العاقدين مطلقاً عن شرط خيار المجلس، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فإذا فسخ أحدهما يكون قد تصرف في العقد الثابت بتراضيهما بالفسخ من غير رضا الآخر، وهذا لا يجوز، ولهذا لم ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ والإفالة بعد الافتراق، بل لا بد من رضا الآخر فكذلك ههنا(2).
11. ولأن المعهود في الشرع أن الفرقة بالأبدان تؤثر في فسخ العقد لا في لزومه كما هو الحال في الصرف: فإنه إذا تصارف المتعاقدان، ثم افترقا قبل القبض، بطل الصرف. ومن هنا يكون القول بلزوم العقد بتفرق العاقدين خلاف المعهود شرعاً(3).

---

(4) عثمان الزبيلي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع، 1420هـ، ص287.

(5) رواه مالك: الموطأ، كتاب البيوع، باب الخيار، حديث (80)، الجزء الثاني، ص671.

(6) يوسف بن عبد البر: الاستدكار، الجزء السابع، 1423هـ، ص334.

(7) محمد بن رشد الحفيد: بداية المجتهد، الجزء الثاني، 1415هـ، ص137. أحمد الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الرابع، 1417هـ، ص149.

(8) محمد أمين بن عابدين: رد المختار على الدر المختار، الجزء السابع، 1420هـ، ص46.

(1) أحمد الجصاص: أحكام القرآن، الجزء الثالث، ص136-137.

(2) ابن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، 1420هـ، ص370.

(3) أحمد الجصاص: أحكام القرآن، الجزء الثالث، ص135-136.

## المطلب الثاني

### أثر خيار المجلس على عقود البيع الإلكترونية، وموقف القانون الإماراتي منه

من أجل التعرف على أثر خيار المجلس على عقود البيع الإلكترونية وموقف القانون الإماراتي منه، يرى الباحث ضرورة التعرف على المبحث الثالث: واقع التجارة الإلكترونية، ومخاطرها، ومعوقاتها، ومن ثم التعرف على أثر هذا الخيار على عقود البيع الإلكترونية، ثم نعرض لموقف القانون الإماراتي منه، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أثر خيار المجلس على عقود البيع الإلكترونية:

يختلف مجلس العقد في التعاقد عبر الإنترنت ومن ثم الخيارات الواردة فيه حسب الطريقة التي تم بها هذا التعاقد.

#### 1. أثر خيار المجلس في التعاقد عبر شبكة المواقع Web:

ففي التعاقد عبر شبكة المواقع (Web) يبدأ مجلس العقد من دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع الصادر فيه الإيجاب وبدايته في التفاوض والاختيار ويستمر مجلس العقد حتى خروج القابل من الموقع.

#### 2. أثر خيار المجلس في التعاقد عبر البريد الإلكتروني:

وفي التعاقد عبر البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع.

أما إذا كان التعاقد لم يتم مباشرة فإن مجلس العقد يتبدئ من حين اطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إذا وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف.

#### 3. أثر خيار المجلس في التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة:

وفي حال التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يتبدئ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة.

وتكون الخيارات في مجلس العقد حسب التالي:

يكون من حق الطرف الموجب أن يتراجع عن إيجابه قبل اقتترانه بالقبول (خيار الرجوع عن الإيجاب) إلا في حالة تحديده بمدة فإنه يكون ملزماً بالبقاء عليها.

من حق الطرف الراغب في التعاقد أن يتأمل الأمر المعروض عليه وليس ملزماً بأن يختار العقد مباشرة (خيار القبول).

بعد التعاقد من قبل الطرفين يكون من حقهما جميعاً أن يتراجع أحدهما عن العقد بدون رضا الآخر وذلك مادام الاتصال بالموقع المخصص للتعاقد لازال قائماً (خيار المجلس) إلا في حالة وجود شرط عدم الخيار فإن العقد يكون باتاً وليس من حق أحدهما التراجع إلا في حال رضا الطرف الآخر (الإقالة). وهذا عند جمهور العلماء القائلين بخيار المجلس، أما على قول الحنفية والمالكية فإن العقد يكون لازماً بعد توافق الإيجاب والقبول ولا يشترط الانتهاء من المحادثة أو الخروج من الموقع(1).

ثانياً: موقف القانون الإماراتي من خيار المجلس:

إن التعاقد عن طريق الإنترنت يعتبر من العقود التي تتم عن بعد، وقد تناول القانون الإماراتي ما يتضمن إمكانية إتمام العقد في الزمان وامكان عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مثل الهاتف أو أي طريقة مماثلة، وبالطبع، فإن الإنترنت تدخل في هذا النطاق، نظراً لأنها تماثل الهاتف باعتبارها وسيلة من وسائل الاتصال. وفي ذلك، نجد أن المادة (143) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات قد نصت على أنه: (يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس)(1).

ونصت المادة (136) من نفس القانون على أنه: (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ويبطل الإيجاب إذا رجع الموجب عنه بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك)(2).

كما نصت المادة (137) على أنه: (الاشتغال في مجلس العقد بغير المقصود أعراض عن المقصود)(3). ونصت المادة (138) من نفس القانون على أنه: (تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتد فيه بالإيجاب الأخير)(4).

كما نصت المادة (139) على أنه: (1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على أيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. 2- وقد يستخلص الميعاد من ظرف الحال أو من طبيعة المعاملة)(5).

(1) سعد غالب ياسين: بشير العلاق: التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص159.

(1) المادة (143) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات.

(2) المادة (136) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات.

(3) المادة (137) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات.

(4) المادة (138) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات.

(5) المادة (139) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات.

ونصت المادة (140) من القانون على أنه: (1- يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب. 2- وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد به أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً)(6).

ونصت المادة (141) من القانون على أنه: (1- لا ينعقد العقد إلا باتفاق الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية. 2- وإذا اتفق الطرفان على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان القاضي يحكم فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولإحكام القانون)(7).

ونصت المادة (142) من القانون على أنه: (1- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك).

#### الخاتمة

بات من المعلوم أن التعامل المالي عبر الوسائل الالكترونية ضرورة من ضرورات النشاط الاقتصادي، وأصبح العزوف عنه متعذراً لم يثبته ذلك من مشاكل قد لا يمكن تجاوزها، خاصة في نطاق العمل المصرفي والتجارة الالكترونية. وإنّ العقد الالكتروني هو من طائفة العقود التي يكون التعاقد فيها عن بُعد، وهو ما يوجب البحث في تحديد هوية المتعاقدين، وأهليتهما، والتوقيع الالكتروني، والإثبات، ولحظة انعقاد العقد، ومكان انعقاده، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بنظر النزاع. وللبحث نتائج أوردتها في الآتي:

#### أولاً: نتائج الدراسة:

عقد البيع الالكتروني تحكمه القواعد العامة التي تحكم العقود عادة، والقواعد الخاصة التي هي في تقديرنا تفسير تشريعي لقواعد التعامل عن بُعد، وموجب تشريعها يعود إلى خصوصية هذه الوسائل وانتشار التعامل بواسطتها عالمياً، بحيث صدق القول على التعامل الالكتروني بأنه مظهر من مظاهر العولمة.

(6) المادة (140) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات.

(7) المادة (141) من قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985م لدولة الإمارات.

من صور حماية المستهلك الإلكتروني الخيارات التي أعطيت له لتدارك أمره في ميدان التعامل الإلكتروني، ومنها خيار الرؤية محل البحث. وقد ورد حكم خيار الرؤية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، وفيه أخذ المشرع الإماراتي باتجاه المذهب الحنفي في خيار الرؤية. وفيه أنه يثبت في العقود التي تختمل الفسخ إذا كان المعقود عليه فيها معيّناً بالتعيين، ولم يره المستهلك وقت التعاقد.

لم يقيد المشرع الإماراتي نص المادة 226 بهذه العقود، فأطلق العبارة بأن خيار الرؤية يثبت في العقود التي تختمل الفسخ إذا وردت على محل معين بالذات لم يره المتصرف إليه وقت التعاقد. وقد رجحنا هذا الإطلاق ودعونا له، على خلاف ما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، تحسباً لما يستجد من عقود بسيطة أو مركبة في نطاق المعاملات والتجارة الإلكترونية تصدق عليها علة الحكم بخيار الرؤية، وهو نطاق واسع وحركة التطور فيه متسارعة ودائمة.

أن الشريعة الإسلامية جعلت الرضا هو الأساس في انعقاد العقود من دون تحديد لفظ معين أو شكل محدد مما جعل أحكام الشريعة تستوعب ما استجد من طرق وأشكال لانعقاد العقود، ومن ذلك "التعاقد عن طريق الإلكترونيات".

العقد في الشريعة الإسلامية ينعقد بكل ما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة من كلا العاقدين أو من أحدهما .

يشترط في صيغة العقد (الإيجاب والقبول) أن يكونا واضحين ودالين على إرادة التعاقد، وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب ومتصلاً به وهذه الشروط يلزم تحقيقها في التعاقد بطريق الإنترنت حتى يكون صحيحاً ومعتبراً.

يبدأ مجلس العقد في التعاقد بطريقة الإنترنت من بداية دخول الراغب في التعاقد إلى موقع الشركة العارضة عبر شبكة المواقع (web) ويستمر حتى خروجه من الموقع.

إذا اتفق المتعاقدان على تحديد قانون معين يحكم العقد فإن الاتفاق صحيح ويعمل به شريطة أن يكون هذا القانون مستمداً من الشريعة الإسلامية، لا فرق في ذلك بين أن يكون أطراف التعاقد جميعهم مسلمين أو بعضهم مسلم والآخر غير مسلم، فإن لم يكن القانون مستمداً من الشريعة فإن الاتفاق باطل ولا يعمل به .

من الحلول المقترحة عن تحكيم القوانين الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية اعتماد نص صريح في العقد بتحكيم الشريعة الإسلامية والإلحاح في طلب ذلك، وكذلك الدعوة إلى إيجاد مؤسسات تحكيم شرعية عالمية لها مواقع ثابتة في شبكة المواقع (web) تتميز بالنظام الواضح ووجود هيئة رقابة شرعية وتأهيل أعضائها التأهيل الشرعي المناسب .



خيار المجلس هو: أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما دام في مجلس العقد، ولم يتفرقا بأبدانها ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد.

اختلف الفقهاء في إثبات خيار المجلس على رأيين وقد رجحنا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والصحابة والتابعين من إثبات خيار المجلس للعاقدين ما دام في مجلس العقد ولم يتفرقا.

ينتهي خيار المجلس في التعاقد الإلكتروني المباشر باختيار لزوم العقد، بالتفرق بحسب ما يقتضيه العرف كإنتهاء زمن الاتصال، أو الانصراف من مجلس العقد بعد تمامه.

ثانياً: التوصيات:

أن يدرج الخيارات التي تمنح للمستهلك الإلكتروني وشروط إعمالها والاستثناءات الواردة بشأنها، ومدة استعمال الخيار، وكذلك قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق في ميدان التعامل الإلكتروني، في القوانين الخاصة ذات الصلة، أسوة بما جاء في التوجيه الأوربي الصادر في 2 مايو 1997م، والخاص بحماية المستهلكين في مجال التعاقد وبصفة خاصة في التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية، والاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيننا 1980م)، وتقنين المستهلك "الفرنسي".

أن يعمم مفهوم السلعة لتشمل المال غير المنقول بالإضافة إلى المال المنقول، لورود المعاملات والتجارة الإلكترونية على النوعين على السواء.

يجب على المشرع أن يراعي التقدم الحادث في وسائل الاتصال الإلكترونية، ومن ثم سن التشريعات المناسبة التي تتناسب مع هذه التقنيات الحديثة.

يجب على الدول محاولة التوصل إلى اتفاقية نموذجية تهدف إلى حماية المستهلك الإلكتروني من تعسف بعض التجار.

يجب أن تتوافق كل التشريعات القانونية مع الشريعة الإسلامية ولا تختلف معها.

### قائمة المصادر والمراجع

ابن عابدين، حاشية رد المحتار.

ابن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، 1420هـ.

أحمد بن المختار الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986م،

ج3.

أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموعة فتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن النجدي، مكتبة ابن تيمية، الرياض، ج29، ص147.

سعدى حسين علي جبر: الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي "أحكام إسترداد المال"، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2003م.

سميرة بيومي، خيار العيب في الشريعة الإسلامية.

سميرة سيد بيومي، خيار العيب في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 1989م.

السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الثامنة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987م، ج3.

الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب مالك، ج3، ص133، مواهب الجليل للحطاب، ج4.

صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان: من فقه المعاملات، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 1422هـ - 2001م.

عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربية، بيروت، ج2.

عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ، ج8.

عبد الله ابن محمد الطيار، خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1400هـ.

عبد العزيز الحياض، نظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، 1994م.

علي بن الحسين السعدي، التنف في الفتاوى، تحقيق صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة ودار الفرقان، بيروت وعمان، 1404هـ، ج1.

فضل الرحيم محمد عثمان: أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية، الطبعة الأولى، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 1427هـ - 2006م.

الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص264. زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ج1.

محمد الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، (1419هـ - 1998م).

محمد أمين بن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، الجزء السابع، 1420هـ.

محمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفعاني، دار المعرفة، بيروت، 1372هـ، ج1.

- محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج6.
- محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله العجلان: خيار الشرط في عقد البيع "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1406هـ - 1407هـ.
- محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق مصطفی عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م، ج2.
- محمد بن علي الملقب بالحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1386هـ، ج4.
- محمد بن منظور: لسان العرب، الجزء الرابع.
- محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقیق محمد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ج2.

منهج الإمام الرازي في عرض القراءات الشاذة في تفسيره "مفاتيح الغيب"

عبد القوي أبو بكر رمضان عبد القوي

[Malakabdelkawy75@gmail.com](mailto:Malakabdelkawy75@gmail.com)

د/ محمد فتحي عبد الجليل

[mfathy@uniswa.edu.my](mailto:mfathy@uniswa.edu.my)

جامعة السلطان زين العابدين/ كلية الدراسات الإسلامية المعاصرة  
ماليزيا

### ملخص البحث

ما لا شك فيه أن كتاب الإمام الرازي المسمى بـ "مفاتيح الغيب" قد احتوى على مادة علمية قيمة في القراءات الشاذة، وهو يعد من أكبر الكتب المؤلفة تفسيراً بالرأي والمعقول، إذ يعد هذا التفسير موسوعة علمية متخصصة في مجال الدين الإسلامي عامة، وعلم التفسير على وجه الخصوص، كما يعد هذا الكتاب من أطول التفاسير القديمة والحديثة، وأكثرها مناقشة للمعتقدات والمذاهب المختلفة. وقد اعتمد هذا الكتاب على ذكر القراءات المتواترة والشاذة معاً بحيث لا يتعرض لأن ينبه على الشذوذ بل يكتفي بسرد القراءات خدمة للتفسير، علماً بأن رأي الرازي رحمه الله في القراءة الشاذة أنها لا يمكن اعتبارها من القرآن؛ لأن تصحيحها يقدر في كون القرآن متواتراً، وهذه كلها آراء تحتاج إلى تحليل وتدقيق. ومن هذا المنطلق فقد قام الباحث بتسليط الضوء على المكانة العلمية للإمام الرازي، وإبراز جهوده في عرض القراءات الشاذة في ثنايا تفسيره، وإظهار العلاقة بين القراءات الشاذة والتفسير. وقد اقتضت طبيعة البحث استخدام المنهج الاستقرائي مع المنهج المقارن والتحليلي، من أجل قراءة كتاب "مفاتيح الغيب" كاملاً وتتبع مواضع القراءات الشاذة فيه، ثم المقارنة بين منهج الرازي وغيره من علماء التفسير في طريقة العرض، ثم المنهج التحليلي من أجل تحليل ما تم جمعه من معلومات خلال الاستقراء وتتبع بعض الجزئيات والملاحظة، وقد أسفرت هذه الرسالة عن عدة نتائج منها: أن الإمام الرازي رحمه الله حرص على عرض وبيان القراءات الشاذة في جُل مواضعها من آيات القرآن، كما أنه اتخذ لذلك منهجاً واضحاً لإبراز قيمة القراءة الشاذة في التفسير والمعاني، ويعد كتاب مفاتيح الغيب مرجعاً من مراجع القراءات الشاذة وليس في اللغة والتفسير وحسب، كما أن شكل وطريقة عرض القراءات الشاذة في ثنايا التفسير والمسائل لفت الأنظار إلى أهميتها وأثرى الكتاب بمزيد من الفوائد والإشراقات.

### 1,1 التمهيد

اشتمل كتاب "مفاتيح الغيب" للإمام الرازي على كم كبير من القراءات الشاذة، وقد تعددت طرقه في عرض القراءات الشاذة، من حيث أسلوب سردها ونسبتها إلى صاحبها وتوجيهها والترجيح بينها، وهذا ما سيتناوله الباحث بالدراسة في هذا الباب.

## 1.2 طريقة الرازي في سرد القراءات الشاذة في تفسيره

لم ينتهج الرازي نهجاً ثابتاً في سرد القراءات الشاذة خلال تفسيره، فكان له في ذلك طرق مختلفة يعرض من خلالها للقراءات الشاذة، ولقد تتبع الباحث تلك الطرق والتي جاءت بشكل مطرد في كلام الرازي، وبياناها كالتالي:

**1.2.1 ما وضعه تحت عنوان " القراءة " أو " فيه قراءات ":** فكان رحمه الله أحياناً قبل ذكر تفسير الآية، كان يضع عنواناً فرعياً ويقول: (القراءة) أو (فيه قراءات) ثم يذكر ما بها من قراءات متواترة أو شاذة، وهذا منهج خاص للإمام الرازي دون غيره من أئمة التفاسير. ومن أمثلة ذلك ما يلي:

في قوله تعالى: ﴿ وَكَثِيرٌ حَقَّ عَلَيْهِ الْعَذَابُ وَمَنْ يُهِنِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ مُكْرِمٍ إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ ﴾ (سورة الحج: 18).

قال الرازي بعد إيراد الآية مباشرة وقبل التعرض لتفسيرها: "الْقِرَاءَةُ: قُرِئَ حَقٌّ بِالضَّمِّ وَقُرِئَ (حَقًّا) أَي حَقٌّ عَلَيْهِ الْعَذَابُ حَقًّا وَقُرِئَ مُكْرِمٌ بفتح الراء بمعنى الإكرام". (الرازي، 23، 212/1420). ومعلوم أن قراءة " حق " بضم الحاء ، وكذا " مكرم " بفتح الراء كلاهما من الشواذ، بدون أن ينسبها الرازي لقارئها، فذكرها الثعلبي في كتابه ونسبها لإبراهيم بن أبي عبلة (فما له من مكرم) بفتح الراء، أي: إكرام (الثعلبي، 18، 317/2015). فتصح شاهدا على منهج الرازي في ذكره القراءة الشاذة عقب إيراد الآية مباشرة وتحت عنوان (القراءة).

ومن ذلك بعد إيراد قول الله تعالى: ﴿ كَهَيْعَتِ ۙ ذِكْرُ رَحْمَتِ رَبِّكَ عَبْدَهُ زَكَرِيَّا ۙ ﴾ (سورة مريم: 1، 2)

قدم الرازي لهذه الآية الكريمة بثلاث مقدمات عامة عدها ضرورية قبل ذكر القراءات ثم قال: " إِذَا عَرَفْتَ هَذَا فَتَقُولُ: فِيهِ قِرَاءَاتٌ... " وعددها ست قراءات، منهما اثنتان شاذتان وهما: قِرَاءَةُ الْحَسَنِ وَهِيَ ضَمُّ الْهَاءِ وَفَتْحُ الْيَاءِ، وَعَنْهُ أَيْضًا فَتْحُ الْهَاءِ وَضَمُّ الْيَاءِ، وَرَوَى صَاحِبُ (الْكَشَافِ) عَنِ الْحَسَنِ بِضَمِّهِمَا، فَقِيلَ لَهُ لَمْ تَتَّبِعْ هَذِهِ الرَّوَايَةَ عَنِ الْحَسَنِ لِأَنَّهُ أورد ابن جني في كتاب (المكتسب) أَنَّ قِرَاءَةَ الْحَسَنِ ضَمُّ أَحَدِهِمَا وَفَتْحُ الْآخَرِ لَا عَلَى التَّعْيِينِ... إلى أن قال: وَسَادِسُهَا، وَهِيَ الْقِرَاءَةُ الْآخَرَى: هَا يَا بِإِشْمَامِهِمَا شَيْئًا مِنَ الضَّمَّة". (الرازي، 21، 506/1420).

وهذا أيضا مما يوضح منهج الرازي في وضع القراءة الشاذة تحت عنوان "فيه قراءات" خلال سرد القراءات الشاذة في تفسيره، حيث أوضح أن هذه الآية القرآنية يوجد فيها قراءتان شاذتان، القراءة الأولى وهي منسوبة للإمام الحسن البصري عند قوله تعالى " كَهَيْعَتِ ۙ " بالفتح في الهاء وضم الياء، وقيل بضم الهاء وفتح الياء بدلاً من فتحهما، والقراءة الثانية: بالإشمام فيهما بدلاً من فتحهما أيضاً، وهاتان القراءتان في

حالة الإفراد، أما على الجملة فإن الإمالة والتفخيم في حروف المعجم ضرب من الاتساع، وقيل هما ضربان من ضروب التصرف.

ومنها عند قوله تعالى: ﴿كَأَنَّهُ جُمِلَتِ صُفْرٌ ۝٣٣﴾ (سورة: المرسلات: 33).  
قال: "القراءة الثانية: جِمَالَةٌ بِكَسْرِ الْجِيمِ هِيَ جَمْعُ جَمَلٍ مِثْلُ حَجْرٍ وَحِجَارَةٍ، قَالَ أَبُو عَلِيٍّ: وَالتَّاءُ إِنَّمَا لَحِقَتْ جِمَالًا لِتَأْنِيثِ الْجَمْعِ، كَمَا لَحِقَتْ فِي فَحْلٍ وَفَحَالَةٍ.  
الْقِرَاءَةُ الرَّابِعَةُ: جُمْلَةٌ بِضَمِّ الْجِيمِ وَهِيَ الْقُلْسُ، وَقِيلَ: صُفْرٌ لِإِزَادَةِ الْجِنْسِ ... (الرازي، 1420، 775/30).  
وهذا أيضا مما يوضح نفس المنهج للإمام الرازي في سرد القراءات الشاذة في تفسيره، ويوجد فيها تشبيهه بالقصر وهو الحصن تشبيها من جهتين: من جهة العظم، ومن جهة الطول في الهواء، و التشبيه الآخر بالجمع " جمالات " وهي القلوس فالتشبيه من جهة العظم والطول ، والصفرة الفاقعة وقيل : صفر بمعنى سود، وذكر الرازي أن هذه الآية القرآنية وهي " جملة " بضم الجيم بدلاً من كسرهما مع السكون في الميم وهذه قراءة شاذة لم ينسبها الرازي لصاحبها، ولكن عزاها أبو حيان في كتابه "البحر المحيط" لابن جبير والحسن. (أبو حيان، 1420، 377/10).

### 1.3 ذكر القراءات الشاذة ضمن مسائل الآية.

ومن طرق سرد الإمام الرازي للقراءات الشاذة أيضاً، ذكره للقراءات ضمن مسائل الآية فيقول: "فيه مسائل " أو " مباحث " أو " أبحاث " على حد تعبيره، ثم يذكر من مسائل التفسير ويورد بينها مسألة خاصة بالقراءات ومنها الشاذة، وهذا أيضا له فيه طرق ثلاث.

#### 1.3.1 ذكر القراءة الشاذة المسألة الأولى: قد تكون المسألة الخاصة بالقراءة الشاذة هي المسألة الأولى

من مسائل الآية، ثم يسرد بعدها باقي مسائل الآية، كقوله عند قول الله تعالى: ﴿إِنْ يَعْزِرِ اللَّهُ فِي قُلُوبِكُمْ خَيْرًا يُؤْتِكُمْ خَيْرًا مِّمَّا أَخَذَ مِنْكُمْ وَيَعْرِفَ لَكُمْ﴾ (سورة الأنفال: 70)  
يقول: " أَمَا قَوْلُهُ: يُؤْتِكُمْ خَيْرًا مِّمَّا أَخَذَ مِنْكُمْ وَيَعْرِفَ لَكُمْ فَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

المَسْأَلَةُ الْأُولَى: قَالَ صَاحِبُ (الْكَشَافِ): قَرَأَ الْحَسَنُ: مِمَّا أَخَذَ مِنْكُمْ عَلَى الْبِنَاءِ لِلْفَاعِلِ ". (الرازي، 514/1420، 15).

يظهر هنا أن الرازي رحمه الله ذكر القراءة الشاذة مسألة أولى من ضمن مسألتين اثنتين للآية، وهي قراءة الحسن البصري (أَخَذَ مِنْكُمْ) بدلاً من (أَخَذَ مِنْكُمْ).

#### 1.3.2 ذكر القراءة الشاذة وسط مسائل الآية:

قد تكون القراءة الشاذة وسط المسائل ثانياً أو الثالثة أو ما شاء ، ومن ذلك: عند قوله تعالى: ﴿أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيْحَزِي الْقَلْبِقِينَ ۝﴾ (سورة الحشر: 5).

قال: "فيه مسائل:..." ثم ذكر مسألتين متعلقتين بالتفسير وجعل الثالثة خاصة بالقراءات؛ إذ قال:  
"الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: قال صاحب (الكشاف): قُرِئَ قَوْمًا عَلَى أَصْلِهَا، وَفِيهِ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ جَمَعَ أَصْلَ  
كَرْهِنٍ وَرُهْنٍ، وَاکْتَفَى فِيهِ بِالضَّمَّةِ عَنِ الْوَاوِ، وَقُرِئَ قَائِمًا عَلَى أَصُولٍ، ذَهَابًا إِلَى لَفْظِ مَا". (الرازي،  
1420، 505/29).

ذكر الإمام الرازي هنا القراءات الشاذة أيضاً وسط مسائل الآية، ألا وهي "قوماً على أصلها"،  
وقرئ "قائماً على أصول"، بدون أن ينسبها الرازي لقارئها، إلا أن السمين الحلبي نسبها كما في كتابه  
"الدر المصون في علوم الكتاب المكنون" لعبد الله والأعمش وزيد بن علي (قوماً) على وزن ضرب؛ جمع  
(قائم) مراعاةً لمعنى (ما) فإنه جمع. (الحلبي، د.ت، 281/10) حيث أورد الإمام الرازي هذه القراءة وكان  
يسبقها قراءات متواترة، ويعقبها قراءات متواترة أيضاً متعلقة بتفسير كلام الله عز وجل، وأنه لم يفرق  
بينهما.

ثم ذكر بعدها باقي مسائل الآية إلى المسألة السادسة.

ومنها عند قول الله تعالى: ﴿أَجْعَلِ الْأَلِهَةَ إِلَهًا وَاحِدًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عُجَابٌ﴾ (سورة ص: 5).

شرح في بيان تفسير الآية ثم قال: "بقي هاهنا أبحاث:

البحث الأول: أَنَّ الْعُجَابَ هُوَ الْعَجِيبُ إِلَّا أَنَّهُ أُبْلِغَ مِنَ الْعَجِيبِ كَقَوْلِهِمْ طَوِيلٌ وَطَوَالٌ وَعَرِيضٌ  
وَعَرَاضٌ وَكَبِيرٌ وَكُبَارٌ وَقَدْ يُشَدَّدُ لِلْمُبَالَغَةِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: وَمَكَرُوا مَكَرًا كُبْرًا [نوح: 22].

الثاني: قَالَ صَاحِبُ (الْكَشَافِ) قُرِئَ عُجَابٌ بِالتَّخْفِيفِ وَالتَّشْدِيدِ فَقَالَ وَالتَّشْدِيدُ أُبْلِغَ مِنَ التَّخْفِيفِ  
كَقَوْلِهِ تَعَالَى: مَكَرًا كُبْرًا.

ذكر الرازي رحمه الله تعالى هذه الآية القرآنية والتي بها قراءات شاذة وهي كلمة "عجاب" وبين أنها  
تقرأ بالتشديد والتخفيف إلا أن قراءة التشديد أبلغ وهي الشاذة، ولكنه لم ينسبها لقارئ، حيث نسبها  
الطبرسي في كتابه المسمى "مجمع البيان في تفسير القرآن" لعيسى بن عمر وعبد الرحمن السلمي. (الطبرسي،  
1988، 724/8). ووضع في هذه القراءة عدة أبحاث، ووضع هذه القراءة وسط عدة مسائل متواترة،  
ولم يفرق بينهما.

ثم أورد الآية التي تليها وهي قوله تعالى: ﴿وَأَنْطَلِقَ الْمَلَأُ مِنْهُمْ أَنْ آمَشُوا وَأَصْبِرُوا عَلَى آتِ الْهَتِكِ إِنَّ  
هَذَا لَشَيْءٌ يُرَادُ﴾ (سورة ص: 6). فتكلم عن شيء من تفسيرها، ثم قال: "وفيه مباحث: البحث  
الأول: الْقِرَاءَةُ الْمَشْهُورَةُ (أَنْ آمَشُوا) وَقَرَأَ ابْنُ أَبِي عِبْلَةَ آمَشُوا بِحَذْفِ أَنْ... وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: وَأَنْطَلِقَ الْمَلَأُ  
مِنْهُمْ يَمْشُونَ. (الرازي، 1420، 368/26).

أورد الإمام الرازي هذا النموذج هنا وذكر فيه عدة مباحث تتعلق بتفسير كلام الله تعالى والأخرى  
تتعلق بالقراءات الشاذة، ومنها قوله "آمشوا" قرأها ابن أبي عبلَةَ بِحَذْفِ أَنْ، وأيضاً قوله "الملأ منهم

يمشون " لابن عباس بدلاً من امشوا، وهي أيضاً من ضمن القراءات الشاذة التي ذكرت وسط مسائل الآية القرآنية.

وبعدها ذكر مبحثاً آخر في معنى الآية، فأورد الكلام عن القراءات الشاذة وسط مسائل متنوعة لتفسير الآية الكريمة.

### 1.3.3 ذكر القراءة الشاذة آخر مسائل الآية:

وقد تكون هذه المسألة آخر مسائل الآية، مثلما فعل عند قوله تعالى: ﴿وَلَا تَمَنَّ أَنْ تَمُنَّ نَسْتَكْتَرُ﴾ ﴿٦﴾ (سورة: المدثر: 6).

ذكر في الآية مسألتين اثنتين، الأولى في ذكر القراءات المتواترة والتفسير، والأخرى في القراءات الشاذة خاصة.

يقول: "المسألة الثانية: قرأ الحسن: تَسْتَكْتَرُ بِالْجُزْمِ وَأَكْثَرُ الْمُحَقِّقِينَ أَبَوْ هَذِهِ الْقِرَاءَةَ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَبَلَهَا ... وَقَرَأَ الْأَعْمَشُ: تَسْتَكْتَرُ بِالنَّصْبِ بِإِضْمَارٍ أَنْ كَقَوْلِهِ: أَلَا أَيُّهَذَا الرَّاجِرِيُّ أَحْضَرَ الْوَعَى ... (وَأَنْ أَشْهَدَ اللَّذَاتِ هَلْ أَنْتَ مُحَمَّدِي) وَيُؤَيِّدُهُ قِرَاءَةُ ابْنِ مَسْعُودٍ: وَلَا تَمَنَّ أَنْ تَمُنَّ أَنْ تَمُنَّ أَنْ تَمُنَّ". (الرازي، 30، 700/1420).

فهنا المسألة الثانية والأخيرة في الآية جعلها الرازي رحمه الله لبيان القراءات الشاذة فيها، وهن ثلاث قراءات في ﴿تَسْتَكْتَرُ﴾ قراءة الحسن بالجزم، وقراءة الأعمش بالنصب، وقراءة ابن مسعود بزيادة أن الناصبة، والأخيرة شاهد لصحة الثانية.

### 1.4 الاستعانة بالقراءات كمدخل للتفسير:

وأيضاً من طرق سرده للقراءات الشاذة، أن يبدأ ببيان القراءات المتعلقة بالآية موضع التفسير مباشرة دون أن يجعلها في مسائل أو يضع لها عنواناً، فيذكر الآية ثم يقول: قرئ كذا، أو قال صاحب الكشاف: قرأ فلان كذا، وبعد بيان القراءات يشرع في بيان معانيها وتفسيرها، فكأنه جعل القراءات مدخلاً للتفسير.

وظهر ذلك من خلال مواضع مطردة في تفسيره، منها عند قوله تعالى: ﴿يَوْمَ نَبْطِشُ الْبَطْشَةَ الْكُبْرَى﴾ (سورة الدخان: 16).

قال "يَوْمَ نَبْطِشُ الْبَطْشَةَ الْكُبْرَى إِنَّا مُنْتَقِمُونَ قَالَ صَاحِبُ (الْكَشَّافِ) : وَفُرِيَ نَبْطِشُ بِضَمِّ الطَّاءِ، وَقَرَأَ الْحَسَنُ نَبْطِشُ بِضَمِّ النُّونِ كَأَنَّهُ تَعَالَى يَا مُرُّ الْمَلَائِكَةِ بِأَنْ يَبْطِشُوا بِهِمْ وَالْبَطْشُ الْأَخْذُ بِشِدَّةٍ، وَأَكْثَرُ مَا يَكُونُ يَوْعُ الضَّرْبِ الْمُتَّبَعِ ثُمَّ صَارَ بِحَيْثُ يُسْتَعْمَلُ فِي إِيْصَالِ الْأَلَامِ الْمُتَّبَعَةِ". (الرازي، 1420، 658/27).



فقراءة "نبطش" بضم الطاء شاذة ولم ينسبها الرازي لقارئها، بل نسبها الحنبلي لأبو جعفر في كتابه فتح الرحمن في تفسير القرآن. (الحنبلي، 2009، 247/6). "، وأيضاً قوله "نبطش" بضم النون وهي قراءة الحسن البصري، فالرازي رحمه الله تعالى قام بذكر القراءات الواردة في هذه الآية القرآنية أولاً ثم عقب بعد ذلك وأخذ يشرح في بيان المعنى والتفسير، ومن هذا تبين أن الإمام الرازي في هذا النموذج جعل فيه القراءات القرآنية كمدخلٍ للتفسير.

ومنها عند قوله تعالى: ﴿قُلْ أَعْيَرَ اللَّهُ أَخِيذُ وَلِيًّا فَاطِرِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ (الأنعام: 14) قال الرازي: "ثم قال: فاطرِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وقرىء فاطرِ السَّمَوَاتِ بِالْجَرِّ صِفَةً لِلَّهِ وَبِالرَّفْعِ عَلَى إِضْمَارِ (هُوَ) وَالنَّصْبِ عَلَى الْمَدْحِ. وَقَرَأَ الرَّهْرِيُّ: فَطَرَ السَّمَاوَاتِ، وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: مَا عَرَفْتُ فَاطِرِ السَّمَاوَاتِ حَتَّى أَتَانِي أَعْرَابِيَانِ يَخْتَصِمَانِ فِي بَيْتٍ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: أَنَا فَطَرْتُهَا أَيِ ابْتَدَأْتُهَا وَقَالَ ابْنُ الْأَنْبَارِيِّ: أَصْلُ الْفَطْرِ شَقُّ الشَّيْءِ عِنْدَ ابْتِدَائِهِ...". (الرازي، 12، 491 / 1320).

فقراءة "فَطَرَ" هنا شاذة، حيث نسبها الرعيبي في كتابه "تحفة الأقران" بالرفع لأبي عبلة، وبالنصب لابي حيان (الرعيبي، 1428، 90/1) بدلاً من قوله "فاطر السماوات بالجر، فذكر الرازي هنا في مطلع تفسيره لهذه الآية القرآنية القراءات الواردة فيها أولاً، ثم عقب بعدها مباشرة بتفسيرها والمعنى المنوط بها، فكانت عنده بمثابة مدخلٍ لتفسير كلام الله عز وجل.

حيث تبين للباحث أن الإمام الرازي رحمه الله بعد وروده للآية القرآنية وذكر ما بها من قراءات جعلها كمدخلٍ للتفسير.

#### 1.4.1 الاستدلال بالقراءة الشاذة على صحة معنى المتواترة.

ومن طرق سرد الإمام "الرازي" للقراءات الشاذة في تفسيره أيضاً، أنه يستدل بها على صحة القراءة المتواترة، أي يذكر القراءة المتواترة أولاً ثم يقول: ويؤيد هذا أو يقوي هذا الوجه قراءة كذا من القراءات الشاذة.

ومن ذلك ما جاء عند تفسير قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنِّي لَا أَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا رَشَدًا﴾ (سورة الجن: 21).

قال: "إِذَا أَنْ يُفَسِّرَ الرَّشْدُ بِالنَّفْعِ حَتَّى يَكُونَ تَقْدِيرُ الْكَلَامِ: لَا أَمْلِكُ لَكُمْ غِيًّا وَلَا رَشَدًا، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قِرَاءَةُ أَبِي (غِيًّا وَلَا رَشَدًا)". (الرازي، 675/301420).

فاستدل الرازي هنا بقراءة أبي (غِيًّا وَلَا رَشَدًا) على صحة المعنى الوارد في القراءة المتواترة لكلمة "ضرا" على أن معناها "غِيًّا".

ومن ذلك كذلك: عند قول الله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (سورة يوسف: 27).

قال: "قَالَ صَاحِبُ «الْكَشَافِ»: «فُرِيَ صُوعٌ وَصَوَاعٌ وَصُوعٌ بِفَتْحِ الصَّادِ وَضَمِّهَا، وَالْعَيْنُ مُعْجَمَةٌ وَعَبْرٌ مُعْجَمَةٌ. قَالَ بَعْضُهُمْ جَمَعَ صُوعٌ صِيعَانٌ، كَغُرَابٍ وَغُرَابَانٍ، وَجَمَعَ صَاعٌ أَصْوَاعٌ، كَبَابٍ وَأَبْوَابٍ. وَقَالَ آخَرُونَ: لَا فَرْقَ بَيْنَ الصَّاعِ وَالصُّوعِ، وَالذَّلِيلُ عَلَيْهِ قِرَاءَةٌ أَبِي هُرَيْرَةَ: قَالُوا نَفَقْدُ صَاعَ الْمَلِكِ...". (الرازي، 1420، 487/18).

فالرازي هنا في هذه الآية القرآنية بدأ حديثه بذكر القراءات المتواترة وما فيها من معاني، ثم استدل على صحة هذه القراءة على نسق هذا المعنى أيضاً بذكر القراءة الشاذة وهي "نفقد صاع الملك" المنسوبة لسيدنا أبي هريرة رضي الله عنه، وهذا دليل على صحة المعنى في القراءة المتواترة.

وتلك الطرق التي بينها الباحث للإمام الرازي في سرد القراءات الشاذة في تفسيره هي الطرق التي رآها مطردة ويمكن اعتبارها منهجا للرازي في هذا الشأن، ولهذا اكتفى الباحث بذكرها، وإن شذ عنها مثال في التفسير فلأنه ليس مطردا عند الإمام الرازي؛ إذ إن الطريقة لا بد أن يتبعها صاحبها كسنة لديه بشكل متكرر وإلا فهي ليست من طرقه في العرض.

#### 1.4.2 الاستدلال بالقراءة المتواترة على القراءة الشاذة:

بمعنى أنه يذكر القراءة الشاذة ثم يأتي بشاهد لها من اللفظ القرآني المتواتر من موضع آخر في كتاب الله، ومن ذلك: عند قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا فُتِحَتْ يَأْجُوجُ وَمَأْجُوجُ وَهُمْ مِّن كُلِّ حَدَبٍ يَنْسِلُونَ﴾ (سورة الأنبياء: 96).

قال: " وَقَرَأَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مِنْ كُلِّ جَدَثٍ يَنْسِلُونَ، اعْتِبَارًا بِقَوْلِهِ: فَإِذَا هُمْ مِنَ الْأَجْدَاثِ إِلَى رَبِّهِمْ يَنْسِلُونَ "يس: 51... (الرازي، 1420، 186/22).

فاستدل على قراءة ابن عباس الشاذة " من كل جدث"، بآية سورة يس وفيها " الأجداث"، فالرازي هنا في هذه الآية القرآنية بدأ حديثه بتفسير الآية وبيان ما فيها من معاني، ثم استدل على صحة هذه القراءة وعلى نفس المعنى أيضاً بذكر القراءة المتواترة وهي "من الأجداث"، وعلى هذا فمن خلال التتبع والاستقراء في كتاب الرازي وغيره من كتب التفاسير الأخرى تبين للباحث أن الإمام الرازي رحمه الله ليس هو الوحيد ولكن يعد من الذين تميزوا بهذا البحث وهو: الاستدلال بالقراءة المتواترة على القراءة الشاذة دون غيره من العلماء، وهذا نادراً ما يحدث مع غيره من علماء التفسير.

ومنه أيضاً عند قوله تعالى: ﴿وَتَأْتِيهِمُ اللَّيْلُ لَا يَكِيدَنَ أَصْنَمَكُمْ بَعْدَ أَنْ تُولُوا مَدْيَنَ﴾ (سورة الأنبياء: 57).

قال: "قَالَ صَاحِبُ (الْكَشَافِ) : قَرَأَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَبِاللَّهِ، وَفُرِيءَ تَوَلَّوْا بِمَعْنَى تَتَوَلَّوْا وَيُقَوِّمُهَا قَوْلُهُ: فَتَوَلَّوْا عَنْهُ مُدْبِرِينَ فَإِنْ قُلْتُمْ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْبَاءِ وَالْتَاءِ؟ قُلْتُمْ: إِنَّ الْبَاءَ هِيَ الْأَصْلُ وَالْتَاءُ بَدَلٌ مِنَ الْوَاوِ الْمُتَبَدِّلِ مِنْهَا وَالْتَاءُ فِيهَا زِيَادَةٌ مَعْنَى وَهُوَ التَّعَجُّبُ، كَأَنَّهُ تَعَجَّبَ مِنْ تَسْهِيلِ الْكَيْدِ عَلَى يَدِهِ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ أَمْرًا مَفْنُونًا مِنْهُ لِصُغُوبَتِهِ". (الرازي، 1420، 153/22).

فاستدل الرازي في هذه الآية القرآنية بالقراءة "تَوَلَّوْا" بِمَعْنَى تَتَوَلَّوْا فِي الْأَنْبِيَاءِ - وهي شاذة، ولم يعزها لصاحبها، بل عزها أبو حيان في كتابه "البحر المحيط" لعيسى بن عمر. (أبو حيان، 1420، 445/7). ويقوي هذه القراءة بآية سورة الصافات المتواترة (فتولوا عنه مدبرين)، وهذا الأمر يعد فريدا من فرائد الإمام الرازي رحمه الله، بأن يدل على صحة قراءة شاذة لغوية بوجود قراءة متواترة تعضدها.

## المصادر والمراجع

\_ القرآن الكريم.

مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن. (د. ت). المسند الصحيح المختصر. تح: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت. دار إحياء التراث العربي.

البخاري، محمد بن اسماعيل أبو عبد الله. (1422هـ). الجامع المسند الصحيح المختصر. تح: محمد زهير بن ناصر. دمشق. دار طوق النجاة.

الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين. مفاتيح الغيب. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ط3. الثعلبي، أبو اسحاق أحمد بن إبراهيم. (2015). الكشف والبيان عن تفسير القرآن. جدة: دار التفسير. المملكة العربية السعودية.

الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو. (1407). الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل. بيروت. دار الكتاب العربي. ط4.

ابن جني، أبو الفتح عثمان بن جني. (1999). المحتسب في تبين وجوه شواذ القراءات والإيضاح عنها. المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، وزارة الأوقاف. ج2.

أبو حيان. أبو حيان محمد بن يوسف. (1420). البحر المحيط في التفسير. تح: صدقي محمد جميل. بيروت: دار الفكر.

الخللي، أبو العباس شهاب الدين. (د. ت). الدر المصون في الكتاب المكنون. تح: أحمد محمد الخراط. دمشق: دار القلم.

الطبرسي، الفضل بن الحسن. (1988). مجمع البيان في تفسير القرآن. تح: السيد هاشم، وآخرون. دار المعرفة.

الحنبلي، مجد الدين بن محمد. (2009). فتح الرحمن في تفسير القرآن. تح: نور الدين طالب. دار النوادر. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

الرعي، أبي جعفر أحمد. (1428). الكافي في القراءات السبع. تح: علي حسين البواب. كنوز أشبلييا.

مبدأ التناسب في إطار القانون الدولي الإنساني

*Proportionality Framework International Humanitarian Law*

<sup>i</sup> Dr. Abd Al Ghafoor Saleh Mohammed, <sup>ii</sup> Dr. Yahya Salih Mohammed

<sup>i</sup> Graduate ,Faculty of Syariah and Law ,University Sains Islam Malaysia

<sup>ii</sup>(Corresponding Author) Senior Lecturer, Faculty of Islamic Sains, University Bartin Turkiye

الملخص

مبدأ التناسب من المبادئ الجوهرية في القوانين الوطنية بشكل عام، والقانون الدولي بشكل خاص، يستعمل لربط الوسائل بالغايات، يتوجب تطبيقه في النزاعات المسلحة للحكم على شرعية الهجمات المسلحة من عدمها، تهدف هذه الدراسة إلى بيان الأساس القانوني لمبدأ التناسب، وتطبيقاته، وآثره في حماية الأفراد والأعيان المدنية من التدمير. فمن خلاله يمكن إقامة التوازن بين المفاهيم العدائية كمصلحة الطرف المحارب في القيام بأعمال حربية من جهة، وبين مصلحة المدنيين الذين يمكن أن يكونوا ضحايا رغم احتمال عدم صلتهم بهذا السلوك العدواني أو تدخلهم فيه. فهو يضع حلاً وسطاً بين اعتبارين متناقضين على أساس قواعده. تكمن أهمية البحث بأنه يتحرى تطبيق هذا المبدأ في وقت استثنائي حرج وهو وقت اندلاع المعارك في الميدان، وقد أغلق الباب أمام حوار العقل والمنطق والسلام وفتح باب الحرب بمنطقها المدمر، بالرغم من إن الاتفاقيات الدولية تحرم الأساليب والوسائل التي تلحق إصابات وآلاماً غير مبررة بالمدنيين، إلا أن ذلك الوعي يضعف تجاه المبررات العسكرية والعقائدية والفكرية في أذهان الطرفين المتنازعين. وتيسيراً لتحقيق أهداف الدراسة، يتمثل منهجها في استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، وتحليلها بعد ذلك. بغية الوصول لنتائج تتمثل أهمها. بأن مبدأ التناسب مبدأ عربي ملزم لجميع أطراف النزاع المسلح سواء كانوا جماعات مسلحة أو دول، بالتالي لا يمكنهم الدفع بعدم المصادقة على الاتفاقيات كمسوغ لعدم التقيد به، بالنتيجة يترتب على خرق هذا المبدأ عد الفعل جريمة حرب تتحقق بموجبها المسؤولية الجنائية الدولية.

الكلمات المفتاحية: التناسب، القانون، الدولي، الإنساني.

**ABSTRACT**

The principle of proportionality is of the core principles into national law in general, and international law in particular, used distinguish between the means and the ends, where it must be apply it in the armed conflicts, to judge the legitimacy of armed attacks or not, this study objective to demonstrate the legal basis for the principle of proportionality, and its applications, and its effects, in the protection of individuals and Civil Property from destruction. Where proportionality works on Investigation balance between the fighter's interests in the of Practice military actions, And between The interest of civilians who could be victims despite they are not their involvement to the battles,the importance of examining the principle of proportionality lies in the fact that it is applied at an exceptional time,it is a time of fighting on the battlefield the, It closed the door to dialogue of reason, logic and peace and opened the door to war with its destructive logic, Although international conventions criminalize the methods and means that inflict injuries and suffering unjustified civilians, However, this awareness is weakened by

the military, ideological and intellectual justifications in the minds of the disputing parties. To achieve the goals of the study, this can be accomplished throughout an extrapolation of the legal texts of the related topic and analyses them. this study found To the most important results, The principle of proportionality is among the core principles of customary, it is binding on all parties to armed conflict, States or by non-governmental armed groups, therefore, states cannot pleading the failure to ratify the convention, as an excuse for the lack adherence to the principle of proportionality, the repudiation of principle to regard the act committed is designated as war crime, whereby be achieved International criminal responsibility.

**Keywords:** *proportionality, Law, International, Humanitarian.*

## المقدمة:

يعد مصطلح القانون الدولي الإنساني حديث نسبياً، تم تناوله لأول مرة في "المؤتمر الدبلوماسي للتطوير وتأكيد القانون الدولي الإنساني في الاعوام 1974 – 1977"، تبناه بعد ذلك فقهاء القانون الدولي، إذا كان يسمى بقانون الحرب أو قانون النزاعات المسلحة، ويعرف بأنه "مجموعة الأعراف والمواثيق الدولية التي تطبق في أثناء النزاع المسلح، تهدف إلى تقييد أطراف النزاع في استعمال أساليب وسائل القتال لحماية المتضررين من النزاعات وتخفيف آثار النزاعات عنهم، وذلك حفاظاً على وكرامة الإنسان وحقوقهم". يستند القانون الدولي الإنساني على مجموعة مبادئ أساسية، تهدف إلى الحد من الألم والأضرار غير المبررة التي تلحق بالمدنيين والأعيان المدنية الناجمة عن العمليات العسكرية، من هذه المبادئ مبدأ التناسب.

يعد هذا المبدأ واحداً من أهم المبادئ الأساسية التي أثارت جدلاً كبيراً بشأن أساسه القانوني وتطبيقاته والقيود التي يفرضها على العمليات العسكرية، وكذلك المجال الذي ينبغي أن يترك في العمليات الحربية. بسبب إن هذا المبدأ يتيح إمكانية تصنيف بعض أشكال المعاناة على أنها غير ضرورية، ولا يعني ذلك أن إيقاع أنواع أخرى من الأذى أمراً مقبولاً. بالتالي يعكس هذى المبدأ الحقيقة التي أكدها القانون الدولي الإنساني وهي أنه يحظر المعاناة التي لا تنجم عن الصلة المباشرة بفائدة عسكرية ملموسة. وبمعنى آخر يهدف مبدأ التناسب إلى تحقيق التوازن بين الهدف من الأعمال العسكرية المراد تحقيقها في العمليات الحربية، وبين الأضرار غير المبررة التي تلحق بالطرف الأخر. فمبدأ التناسب يتمثل في حق الدفاع بالقدر الضروري والمناسب لدفع الخطر. وما زاد عن ذلك فلا ضرورة ولا مبرر لإباحته. بالتالي فأن عدم التزام الأطراف النزاع المسلح بقواعد وسلوكيات الحرب "التناسب"، ستكون نتائجه حتماً، حصد أرواح الكثير من البشر، وبالنتيجة تحقق المسؤولية الدولية عن الفعل المرتكب.

## مفهوم مبدأ التناسب في إطار القانون الدولي الإنساني

تعد المبادئ التي يتضمنها القانون الدولي الإنساني منها مبدأ التناسب، على درجة عالية من الأهمية، يرجع ذلك إلى خطورة المجالات التي يديرها والأهداف التي يسعى لتحقيقها، إذ يوجب على

الأطراف في النزاعات المسلحة تطبيقه وعدم انتهاكه، لأنه يهدف بالدرجة الأساس إلى تنظيم استعمال القوة من قبل أطراف النزاعات المسلحة، حماية للمدنيين وصيانة للأعيان المدنية من التدمير.

### مبدأ التناسب في اللغة والاصطلاح القانوني

لمعرفة حقيقة أي مصطلح فلا بد من التطرق بشيء من الإيجاز إلى تطوره التاريخي، للوقوف على فكرته أولاً، وما يحمله هذا المصطلح من قواعد ومعاني مهمة ثانياً، سواء على مستوى النزاعات المسلحة ودوره في حماية الأعيان المدنية أو في إطار تحقق المسؤولية الدولية. تضرب جذور مبدأ التناسب عميقاً في التاريخ، كانت التشريعات الصينية في القرن السابع قبل الميلاد تقوم على المبدأ القائل بأن الهدف من الحرب ليس إلحاق ضرر ومعاناة مفرطة بالعدو. في المقابل حرمت ملحمة راميانا الهندية استخدام السلاح الأسطوري الذي بإمكانه سحق دولة معادية بالكامل (بسيوني، 2005). مما يعني وجوب تحقق التوازن بين الفعل والنتائج المترتبة عنه.

لقد كان للوحي أثر كبير في أكمل ما اعترى فهم الناس من نقص أخلاقي وتشريعي وقانوني فيما يتعلق بالنزاعات بمختلف أنواعها، فكانت فكرة التناسب في ظل الشريعة الإسلامية واضحة الأبعاد والمعالم، جسدها النبي محمد "صل الله عليه الصلاة والسلام" حية على أرض الواقع عندما قال "أنا نبي المرحة أنا نبي الملحمة" (الطبراني، 1995). في هذا الحديث نجد مبدأ التناسب واضح بشكل دقيق من حيث الربط بين الملحمة والمرحة، حتى يستقر في ذهن المقاتل المسلم أنه يداً للعدل وليس سيف للنذالة. تم تناول مبدأ التناسب لأول مرة بعد ذلك في إعلان سان بيترسبورغ في عام 1868، ليؤصله كقاعدة مهمة على الصعيد النزاعات المسلحة الدولية، فنص على أن الهدف المشروع الوحيد الذي ينبغي أن تسعى إليه الدول في حروبها، هو إضعاف قوات العدو العسكرية، من ثم فإن إقصاء أكبر عدد من قوات العدو يكفي لتحقيق هذا الغرض، لأن تجاوز هذه الحد من شأنه أن يزيد وبلا مبرر معاناة الأشخاص الذين أصبحوا غير قادرين أو عاجزين عن مواصلة القتال (سولنييه، 2005). أو أن تجعل من موتهم أمر محتوماً، وهذا مخالفاً للقوانين الإنسانية.

يشير المعنى اللغوي للتناسب إلى أنه يعني المقاربة أو التقارب بين أمرين (جعفر، 2011). أما التعريف الاصطلاحي لمبدأ التناسب، فبالرغم من عدم وجود نص صريح يعرف هذا المبدأ إلا إن هناك محاولات كثيرة لمقاربة تعريفه لما له من أهمية كبيرة في قانون النزاعات المسلحة بشكل خاص والقانون الدولي بشكل خاص. عرف الفقيه بيترو فيري مبدأ التناسب بأنه "مبدأ يهدف إلى الحد من الضرر الناجم عن العمليات العسكرية، بحيث يقضي بأن تكون آثار وسائل وأساليب الحرب المستخدمة متناسبة مع الميزة العسكرية المنشودة" (فيري، 2006). وعرف أسامة دمج التناسب بأنه "كيفية التعاطي مع الهدف المراد مهاجمته بعد تحديد شرعية هذا الهجوم بفضل مبدأ التمييز، ويحدد مبدأ التناسب الوسيلة ومستوى التدخل

لتحقيق التوازن ما بين الضرورة العسكرية والإنسانية، وإن أي خلل في تطبيق هذا المبدأ إنما يعرض مرتكبه لواقع انتهاك القانون تحت عنوان الاستخدام المفرط للقوة (دمج، 2005). وهناك من اطلق على مبدأ التناسب بمبدأ النسبية والمراد بهذه التسمية هو مراعاة التناسب بين الأضرار التي قد تلحق بغير المقاتلين والمزايا العسكرية الممكن استخدامها لتحقيق الأهداف أثناء سريان العمليات الحربية (جعفر، 2011). يلاحظ على التعاريف أعلاه أنها أصل مبدئين، الأول يهدف إلى التقليل من الأضرار العسكرية إلى أقصى حد من خلال تطبيق مبدأ مهم وهو التناسب بين استعمال القوة وبين تحقيق الأهداف المتوخاة من استعمال الوسائل العسكرية، والأصل الثاني إضافة إلى ما تقدم ينبغي على جهتي الصراع اتخاذ التدابير الاحتياطية اللازمة لتفادي للأضرار بالسكان والأشخاص المدنيين والأعيان المدنية، والامتناع عن القيام بأي هجوم يمكن أن يسبب عرضيا خسائر بشرية في صفوف المدنيين والأعيان المدنية، أو أن تجتمع الخسائر والأضرار وتكون مفرطة بما لا يتناسب مع الأهداف المباشرة المراد تحقيقها، من خلال استخدام وسائل وأساليب قتالية يكون هدفها إرهاب العدو وتجنيد المدنيين والأعيان المدنية الأضرار والخسائر. وضرورة مراعات الاعتبارات الإنسانية التي نصت عليها لائحة لاهاي في عام 1907 بنص المادة (21) والتي نصت على أنه "ليس هناك حق مطلق للمتحاربين في استخدام الوسائل التي تلحق الضرر بالعدو في جميع العمليات الحربية وتسبب معاناة للمدنيين لا ضرورة لها".

### الأساس القانوني لمبدأ التناسب

إن الجذور الأولى لمبدأ التناسب وجدت في الصراعات والحروب القديمة، من خلال الصفات الأخلاقية التي يحملها ويؤمن بها المحارب، بفعل الأفكار والمبادئ الفلسفية والأديان التي كانت الشعوب تؤمن بها؛ إلا أن هذا المبدأ لم يكن قاعدة أساسية في التعامل بين الشعوب، فمن شواهد التأريخ نجد أن هناك شعوبا تجردت من هذه المفاهيم ولم يكن لمبدأ التناسب ولا لغيره من المبادئ الأخرى محلا أو قيمة عندها. بمعنى آخر أن مبدأ التناسب لم يكن يتصف بالإلزامية كون أن بعده أخلاقي فقط ولا يترتب على مخالفته إلا عقوبة أخلاقية من جنسه (محييس، 2010). وهو جزاء ضعيف لا يوفر الردع الكافي لمخالفته.

ثم عاد التناسب بقوة إلى الواجهة في ظل الشريعة الإسلامية من خلال قواعد شرعية كثيرة، كجزاء من جنس العمل فلا يتعداه إلى الانتقام أو المتلة، كما برز في سلوك النبي محمد عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين من بعده، فبالرغم من تمسكهم الشديد بمصالح المسلمين وحرصهم عليها إلا أنهم لم يبيحوا لجيوش المسلمين خوض معاركهم دون قيود أو ضوابط، ومن يخرج عن هذه الضوابط يترتب عليه جزاءين، الأول جزاء أخروي والثاني جزاء دنيوي، ومن ثم أصبح العقاب على خرق مبدأ التناسب من



الجزء الأخلاقي إلى جزء تشريعي قانوني. بناءً على ما تقدم تناول الأساس القانوني للتناسب من خلال محورين عربي واتفقي على النحو التالي:

أولاً: الأساس العربي لمبدأ التناسب: يرى معظم فقهاء القانون الدولي إن مبدأ التناسب يمثل معياراً عرفياً، قبل أن يتم النص عليه في البروتوكول الأول من عام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1949. وقد نصت اللجنة الدولية للصليب الأحمر على هذه الحقيقة أيضاً في تقريرها المتعلق بالقواعد العرفية في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية؛ وبينت في هذا التقرير أن مبدأ التناسب هو من القواعد العرفية، كما وأشار هذا التقرير إلى أن العديد من كتيبات الدليل العسكري للدول، قد نصت على قاعدة التناسب في الهجوم وهو ما يؤكد تلك الطبيعة، أي انطباقها على النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

في ذات السياق أكدت فتوى محكمة العدل الدولية الصادرة بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها في عام 1996، على الطابع العربي لمبدأ التناسب. وإن كان من الغريب أن الفتوى لم تنص بشكل مباشر إلى مبدأ التناسب، لكن القضاة أكدوا على طابعه العربي، فقد أستند كل من القضاة "غيوم، شفيل، هينغنز"، في آرائهم إلى مبدأ التناسب بقولهم، أن للأسلحة النووية آثاراً قد تكون مفرطة في بعض الحالات، في حين اتسمت آراء القاضية "هينغنز" والقاضي "غيوم" بتقييد أكبر في هذا الموضوع، فقالا إن الأضرار التي تنتج عن استخدام الأسلحة النووية كبيرة لدرجة أن الآثار الجانبية تكون غير مفرطة فقط في الأحوال القصوى التي يكون فيها الهدف العسكري على نحو شديد الأهمية (الحاجم، 2018).

يضاف إلى ذلك إن القاعدة رقم (14) من قائمة القواعد العرفية في القانون الدولي الإنساني أكدت على الطابع العربي لمبدأ التناسب تلميحاً وليس تصريحاً، حيث نصت على أنه "يحضر كل هجوم يتوقع منه أن يسبب بصورة عارضة خسائر في أرواح المدنيين أو إصابات بينهم، أو أضرار بالأعيان المدنية، أو مجموعة من هذه الخسائر والأضرار، ويكون مفرطاً في تجاوز ما ينتظر أن يسفر عنه من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة" (هنكونس، 2007).

بناءً على ما تقدم يمكن القول إن العرف مصدر من أهم مصادر القانون الدولي الإنساني؛ فهو الذي أوجد معظم قواعده، وأن المعاهدات غالباً ما تكون تعبيراً لما استقر عليه العرف قبل أن يتم إبرام هذه المعاهدات. بالتالي يتفوق العرف على المعاهدات بحكم أن قواعده عامة وشاملة، بمعنى أنها ملزمة للدول جميعاً في حين أن المعاهدات تقتصر قوتها الإلزامية على الدول المتعاقدة (محبس، 2010). إن الغاية من تبيان أن مبدأ التناسب مكرس في العرف الدولي وهو الوصول إلى نتيجة مفادها، أن أطراف النزاعات المسلحة حتى في حالة عدم مصادقتهم على المعاهدات واتفاقيات القانون الدولي الإنساني، فهم

ملزمون باحترام مبدأ التناسب وتطبيقه كونه قاعدة عرفية ملزمة، بالتالي لا يمكن لأطراف النزاع المسلح جماعات مسلحة كانت أو دول الدفع بعدم مصادقتهم على الاتفاقيات كمسوغ لعدم التقيد بهذا المبدأ. ثانياً: الأساس الاتفاقي لمبدأ التناسب: الظهور الاتفاقي الأول لهذا المبدأ كما أشرنا سابقاً كان في إعلان سان بطرسبرغ لعام 1868 الذي أكد على "تحفظ الإطراق المتعاقدة والمنظمة لهذا الإعلان بحق التفاهم فيما بعد كلما تم تقديم اقتراح دقيق يقضي بإدخال تحسينات على تسليح الجيوش بفضل التقدم العلمي لصيانة المبادئ التي وضعها والتوفيق بين الضرورات الحربية وقوانين الإنسانية" (اسود، 2007). فمن خلال هذا النص يتبين إن الغاية من مبدأ التناسب هو تحقيق التوازن ما بين مصلحتين متعارضتين وهي الضرورة الحربية والإنسانية.

كما نجد إن لائحة لاهاي المتعلقة بأعراف وقوانين الحرب البرية العام 1907، قد نصت على هذا المبدأ في المادة (22)، بقولها "ليس للمتحاربين حق مطلق في اختيار وسائل إلحاق الضرر بالعدو" (الدليمي، 2015). ونص عليه البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977 في المادة (57)، وفي المادة (51) الفقرة الخامسة منها حيث نصت على إن "أ-الهجوم قصفاً بالقنابل، آيا كانت الطريقة والوسائل، والذي يعالج عدداً من الأهداف العسكرية الواضحة التباعد والتمييز بعضها عن البعض الآخر والواقعة في مدينة أو بلدة أو قرية أو منطقة أخرى تضم عدد من المدنيين والأعيان المدنية على انه هدف عسكري واضح، ب-والهجوم الذي يمكن إن يتوقع منه، إن يسبب خسارة في أرواح المدنيين أو إصابة بهم أو الإضرار بالأعيان المدنية أو إن يحدث خلط في الخسائر والإضرار مما يفوق ما ينتظر من ذلك الهجوم من ميزة عسكرية مباشرة وملموسة" (الفتلاوي و وريع، 2007). بالرغم من إن هذا النص أعلاه لا يمنع الإضرار بالسكان المدنيين والأعيان المدنية لتحقيق ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة، ولكن إعمال هذا النص من شأنه توفير قدر ممكن من حماية للسكان المدنيين.

وأخيراً ورد مبدأ التناسب كمبدأ اتفاقي بشكل صريح في دليل سان ريمو الخاص بتطبيق القانون الدولي في المنازعات المسلحة في البحار لعام 1994، حيث نص على أنه "تخضع ممارسة حق الدفاع الشرعي الفردي والجماعي عن النفس والمعتزف به في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة للشروط الواردة في هذا الميثاق ... بما في ذلك مبدأ الضرورة والتناسب" (الإنساني، 1994). وأشارت المحكمة الجنائية الدولية في نظامها الأساسي لعام 1998، على هذا المبدأ في المادة 8 منه حيث نص على أن "تعمد شن الهجوم مع العلم بان مثل هذا الهجوم يسبب خسائر عرضية في أرواح المدنيين أو إصابات بين صفوفهم أو إضرار بالأعيان المدنية... ويكون الإفراط واضحاً بالقياس إلى مجمل الميزة العسكرية الملموسة والمباشرة يشكل جريمة حرب في النزاعات المسلحة الدولية".

## تطبيقات مبدأ التناسب والآثار المترتبة عليه

بالرغم من أن مبدأ التناسب من المبادئ العرفية، إلا أنه يعد من المبادئ الأساسية الواجبة التطبيق أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، من حيث الوسائل والأساليب المستخدمة في النزاع، نتناولها على النحو التالي:

أولاً: تطبيقات مبدأ التناسب فيما يتعلق بأساليب ووسائل الحرب: يترتب على التناسب بوصفه أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي الإنساني حظر أنواع عديدة من أساليب الحرب والهجمات التي كانت تعد سائدة في مدد معينة من النزاعات بوصفها لا تستوفي التناسب من ضمن عدة معايير أخرى لا تخرج عن إطاره وتعد تطبيقات له (الدليمي، 2015). يعرف فيترو فيري أساليب الحرب بأنه "التكتيكات أو الاستراتيجيات المستخدمة في الأعمال العدائية لإلحاق الهزيمة بالعدو باستخدام المعلومات المتاحة بشأنه مقترنة بالأسلحة والحركات المفاجأة (فيري، 2006). وتبرز أهمية وفاعلية مبدأ التناسب وفي ما يتعلق بأساليب القتال وتقييدها ليحكم هذه الحالة، حيث حظرت المادة (5/51) من البروتوكول الإضافي الأول، الهجمات العشوائية وحددت أنواعها إذ نصت الفقرة (أ) على إن "الهجوم قصفاً بالقنابل آيا كانت الطرق والوسائل الذي يعالج عددا من الأهداف العسكرية الواضحة التباعد والتمييز عن بعضها البعض الآخر والواقعة في مدينة أو بلدة أو قرية أو منطقة أخرى تضم تجمعاً مماثلاً للمدنيين أو الأعيان المدنية على أنها هدف عسكري واحد"، ونص الفقرة (ب) "الهجوم الذي يمكن أن يتوقع منه، أن يسبب خسارة في أرواح المدنيين أو إصابة بهم أو إضراراً بالأعيان المدنية، أو أن يحدث خلطاً من هذه الخسائر والأضرار يفرض في تجاوز ما ينتظر إن يسفر عنه ذلك الهجوم من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة". أن هذه المادة بفقرتها تشير بوجود مراعاة التناسب بين مجموع الأضرار المدنية وما ينتج عن الهجوم من ميزة عسكرية والإخلال بالتناسب بصورة مفرطة يمثل أحد أنواع الهجوم العشوائي المحظور (محييس، 2010).

ثانياً: تطبيقات مبدأ التناسب فيما يتعلق بوسائل القتال: ارتبط حظر استخدام بعض الأسلحة أو تقييدها، بما يعرف بشرط مارتنز، سمي هذا الشرط نسبة إلى الأستاذ فريدريك مارتنز المندوب الروسي في مؤتمر السلام المنعقد في لاهاي عام 1899، والذي نص على إن "أن كل مالا يكون محظوراً صراحة بموجب اتفاقية ما، لا يكون مع ذلك مسموحاً به إذا كان ينافي المبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام". وهذا هو التفسير الضيق لمضمون هذا المبدأ، أما التفسير الواسع فيبدو في علاقة هذا المبدأ بالقانون الدولي الإنساني القائم على أن شرعية استخدام سلاح ما لا ينبغي الحكم عليه تبعاً للاتفاقيات فقط وإنما أيضاً تبعاً لمبادئ القانون الدولي الإنساني وما يمليه الضمير العام الذي يشير إليه هذا الشرط (مرشد و الفتلاوي، 2002). بالنتيجة نصت المادتين (22،23) من اللائحة المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية في لاهاي سنة 1907 على منع استخدام الأسلحة والقذائف والمواد التي من شأنها إحداث إصابات والألم لا مبرر

لها. ثم تم تأكيد ذلك في البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977، في المادة (35) فنصت على "إن حق أطراف النزاع المسلح في اختيار أساليب ووسائل القتال ليس حقا لا تقيده قيود، يحظر استخدام الأسلحة والقذائف والمواد ووسائل القتال التي من شأنها إحداث إصابات أو الألم لا مبرر لها، يحظر استخدام وسائل وأساليب يقصد بها أو يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضرارا بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد". ويلاحظ على نص هذه المادة أنها جمعت بين طياتها أساليب القتال ووسائله ويعود السبب في ذلك إلى التكامل بينهما حيث تعد أساليب القتال سابقةً على استخدام وسائله وبالتالي تحقق هدف القتال.

ورغم كل النصوص القانونية المتعلقة بحظر أنواع معينة من وسائل القتال. إلا أن هناك مشكلة فيما يتعلق باستخدام الأسلحة النووية. فقد نصت محكمة العدل الدولية الذي على أن "ثمة ما يدعو المحكمة إلى ملاحظة أنها لا تستطيع الوصول إلى استنتاج حاسم فيما يتعلق بمشروعية أو عدم مشروعية استخدام دولة ما للأسلحة النووية في ظرف أقصى من ظروف الدفاع عن النفس حيث يكون بقاؤها بالذات معرضاً للخطر" (الأحمر، 2016). هذا الرأي الإفتائي لمحكمة العدل الدولية يثير تساؤل فيما إذا كان حق الدول بالحرب يسمو على قانون الحرب وبالتالي أمكانية عدم التزام الدول بقانون الحرب؟

ويمكن الاستنتاج أن ما توصلت إليه المحكمة يعطي للدول الحق باستخدام السلاح النووي في ظروف الدفاع عن النفس خاصة عندما يتعلق الأمر ببقاء الدولة، لا شك أن هذا الأمر يعد مدعاة للتشكيك في تجريم سلاح هائل الأضرار وينتهك العديد من قواعد القانون المطبقة في النزاعات المسلحة من قبيل مبدأ التناسب والتمييز بين المدنيين والمقاتلين وغيرها. ويجد بعض قضاة محكمة العدل الدولية أن تلك الأسلحة تلغي كل معنى للتناسب" أن المرء لا يسعه أن يقيس إلا ما هو قابل للقياس، وفي الحرب النووية، تنتفي صفة القابلية للقياس بالدمار الشامل لا يقبل أي مقياس، ونحن هنا في مقام يصبح فيه مبدأ التناسب فاقداً لكل معنى" (محييس، 2010).

من جانب آخر ترى الجمعية العامة للأمم المتحدة أن استعمال الأسلحة النووية يشكل خطراً يهدد أمن وسلامة وبقاء البشرية. حيث تم النص على أن "التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مخالف بصورة عامة لقواعد القانون الدولي الإنساني". نستنتج من كل ما سبق أن استخدام الأسلحة النووية يمكن تبريره فقط في حالة "الدفاع عن النفس حيث يكون بقاؤها بالذات معرضاً للخطر".

### الآثار المترتبة على خرق مبدأ التناسب

يلقي مبدأ التناسب باعتباره من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الإنساني، على عاتق القادة العسكريين بأن يأخذوا بالاعتبار نتائج الهجوم مقارنة بالميزة العسكرية المتوقعة في الحرب، فهو يجرم الهجمات التي توقع خسائر عرضية في حياة المدنيين أو ضرراً بالأعيان المدنية، مقارنة بميزة الهجوم العسكري المباشرة المحددة المتوقعة، حيث يمثل الخروج على هذا المبدأ خرقاً للقواعد القانون باعتبارها جريمة حرب (نبيه،

2011). وتعرف جرائم الحرب على أنها "تلك الجرائم التي ترتكب ضد قوانين وعادات وأعراف الحرب سواء صدرت عن المتحاربين أم من غيرهم" (شبل، 2011). أما فقهاء القانون الدولي فيعرفونها بأنها "تلك الأفعال التي تقع بالمخالفة لميثاق الحرب كما حددته قوانين الحرب وعاداتها والمعاهدات الدولية (القهوجي، 2001). فيما عرف النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية جرائم الحرب بأنها الانتهاكات الخطيرة للقوانين والأعراف السارية على النزعات غير ذات الطابع الدولي (الأمم المتحدة، 1998). ورغم التباين في التعاريف فإن جرائم الحرب تضم قائمة طويلة من الجرائم المتعلقة بانتهاكات قواعد الحرب، أي بالقواعد التي تفرض قيوداً على كيفية استخدام القوة في العلاقات الدولية، وتضم كذلك مجموعة أخرى من الجرائم المتمثلة بالانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني التي تعرف عادة باسم "مدونة جنيف" (المجذوب و المجذوب، 2009).

لقد تناول قانون المحكمة الدولية الجنائية الذي تم اعتماده في 17 تموز لعام 1998 والذي دخل حيز التنفيذ في عام 2002 جرائم الحرب من بين الجرائم الدولية في المادة الخامسة منه، فنصت على أنه "تعتمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل وشديد على البيئة يكون إفراطه" واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية الملموسة المباشرة" (المجذوب و المجذوب، 2009). فيما عدت المادة الثامنة منه الأفعال التي تقع فيها هذه الجرائم، وهي "1 - الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، وهي الأفعال التي ترتكب ضد الأشخاص والممتلكات التي تحميها اتفاقية جنيف، 2 - الانتهاكات الخطيرة للقوانين والأعراف الواجبة التطبيق في النزاعات المسلحة الدولية (الأمم المتحدة، 1998). ولعل من أبرز الأمثلة الصارخة على خرق مبدأ التناسب. وعدم التزام أطراف النزاع بقواعد حصر الهجمات على الأهداف العسكرية، أو تعليق أي هجوم عسكري إذا ما تبين أن الهدف المراد مهاجمته ليس عسكرياً أو قد ينتج عنه بصورة عرضية خسائر بشرية أو مادية. هو قصف الولايات المتحدة الأمريكية للملجأ العامرية في بغداد عام 1991. واستخدام الأسلحة الكيميائية من قبل روسيا والنظام الحاكم في سوريا ضد المدنيين والمقاتلين في خان شيخون والأكثر من مره. من المهم بمكان الإشارة إلى أن نص المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية قد جاء مشتملاً على انتهاكات القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة غير الدولية، وكان من المواضيع المهمة التي أثارت نقاشاً وخلافاً، هو ما طالبت به وفود الدول العربية ودول عدم الانحياز بشأن إدراج نص يقضي بتجريم أسلحة الدمار الشامل بمختلف أنواعها، الأمر الذي دعى الولايات المتحدة ومعها الدول التي تملك الأسلحة النووية إلى التحفظ عليه، إلا أنه تم التوصل في النهاية إلى تسوية قضت بتجريم كافة أسلحة الدمار الشامل، بشرط أن تكون قد جرمتها اتفاقية دولية متعددة الأطراف، ومن ثم تستطيع الدول النووية التذرع بامتلاكها لهذا السلاح لعدم وجود هكذا اتفاقية. ورغم هذا التحفظ إلا أن نص المادة الثامنة

يعد من المكاسب التي استطاعت الوفود العربية تحقيقها في نظام روما، إضافة إلى نجاحها في إدراج الانتهاكات المتعلقة باتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والمتعلقة بحماية المدنيين في الأراضي المحتلة، والتي يمكن أن تكون السبب الرئيسي في عدم موافقة الكيان الإسرائيلي على النظام الأساسي.

## الخاتمة

من أهم القيم التي يحرص مبدأ التناسب على حمايتها بإزاء المخاطر التي يخلفها واقع النزاع المسلح هي الحياة. فالحياة جوهر الوجود الإنساني وبقية القيم تابعة لها، فإذا لم توجد الحياة كان الحديث عن القيم الأخرى لغواً. بناءً على ذلك حظرت اتفاقات جنيف الأربعة لعام 1949 والبروتوكولات الملحقمة بها قتل المدنيين وتدمير الأعيان المدنية. ومن خلال هذا البحث برزت نتائج مهمة تمثلت، في إن مبدأ التناسب يعد مبدأ عرفي ملزم يعمل على إقامة التوازن بين المفاهيم العدائية كمصلحة الطرف المحارب في القيام بأعمال حربية من جهة، وبين مصلحة المدنيين من جهة أخرى. وقد منحت الطبيعة العرفية للتناسب سعة في التطبيق، حيث شمل النزاعات المسلحة غير الدولية التي لم تشملها اغلب قواعد القانون الدولي الإنساني التي اقتصر في العديد من اتفاقاته على النزاعات المسلحة الدولية. يعمل هذا المبدأ على حظر أنواع عديدة من وسائل وأساليب الحرب باعتبارها لا تستوفي الشروط التي تتطلبها مبدأ التناسب. واستناداً لكل ما تقدم فقد عد النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية لعام 1998، عدم تطبيق مبدأ التناسب في النزاعات المسلحة والالتزام به، يشكل جريمة حرب تستدعي ملاحقة ومحكمة المتهمين. وأخيراً توصي هذه الدراسة على إلا يقتصر تطبيق مبدأ التناسب على حالة الهجوم العسكري، وأن كان يمثل الصورة الأبرز والأظهر، وأن يشمل إجراءات الدفاع حيث شاهدنا خرق الولايات المتحدة الأمريكية لهذا المبدأ بشكل واضح في حربها ضد العراق وأفغانستان بدعوى الدفاع الشرعي. التأكيد في المؤتمرات الدولية على ضرورة تدريس ونشر القانون الدولي الإنساني والتوسع بدراسة مبادئه خصوصاً للجهات ذات العلاقة نظراً لأهميته وما يحققه الاعتقاد بضرورته في تسهيل تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني واحترامها.

## المراجع

- 1- الدليمي، عامر علي سمير. 2015. الضرورة العسكرية في النزاعات المسلحة الدولية والداخلية. ط 1. عمان: الأكاديميون للنشر والتوزيع.
- 2- الطبراني، أبي القاسم سليمان بن أحمد. 1995. المعجم الأوسط. ت طارق بن عوص الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني. ج 4. ط 2. القاهرة: دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع.

- 3- أبو الوفا، احمد. 2006. النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية.
- 4- القهوجي، علي عبد القادر. 2001. القانون الدولي الجنائي. ط 1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- 5- الحاجم، عبد الغفور صالح محمد. 2018. الضرورة والتناسب وتطبيقهما المعاصر: دراسة تحليلية في القانون الدولي الجنائي. أطروحة دكتوراه. كلية الشريعة والقانون. جامعة العلوم الإسلامية الماليزية.
- 6- اسود، أميد محمد. 2007. الحماية الدولية للنساء أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير. جامعة صلاح الدين.
- 7- الفتلاوي سهيل حسين وربع. عماد محمد. 2007. القانون الدولي الإنساني. ط 1. عمان: دار الثقافة.
- 8- بسويوني، محمود شريف. 2005. مدخل لدراسة القانون الإنساني الدولي. ط1. العراق: وزارة حقوق الإنسان.
- 9- جعفر، أمزيان. 2011. مبدأ التناسب والأضرار الجوارية في النزاعات المسلحة. (رسالة ماجستير). جامعة مولود معمري. كلية الحقوق. تيزي وزو. الجزائر.
- 10- دمج، أسامة. 2005. الأسلحة المحرمة في القانون الدولي الإنساني. منشور. المؤتمر العلمي حول القانون الدولي الإنساني أفاق وتحديات. كلية الحقوق. ط1. جامعة بيروت العربية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- 11- سولنييه، فرانسوا بوشيه. 2005. القاموس العملي للقانون الإنساني. ترجمة محمد مسعود. ط1. بيروت: دار العلم للملايين.
- 12- شبل، بدر الدين محمد. 2011. القانون الدولي الجنائي الموضوعي، دراسة في بنية القاعدة الدولية الجنائية الموضوعية، الجريمة الدولية والجزاء الدولي الجنائي. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 13- فيري، بيترو. 2006. قاموس القانون الدولي للنزاعات المسلحة دليل الأوساط الأكاديمية. ترجمة منار وفا. ك 3. القاهرة: اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
- 14- محيبس، احمد كاظم. 2010. مبدأ التناسب في القانون الدولي الإنساني: دراسة نظرية. (رسالة ماجستير). الجامعة المستنصرية. كلية القانون. بغداد. العراق.
- 15- مرشد احمد السيد واحمد الفتلاوي. 2002. الالغام الارضية المضادة للإفراد. ط 1. عمان: منشورات دار الثقافة.

16- محمد المجذوب وطارق المجذوب. 2009. القانون الدولي الإنساني. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

17- نبيه، نسرین عبد الحمید. 2011. جرائم الحرب. ط 1. مصر: المكتب الجامعي الحديث.

18- هنكونس، جون ماري. 2007. دراسة حول القانون الدولي الإنساني العربي إسهام في فهم واحترام حكم القانون في النزاع المسلح. ترجمة محسن الحمل. ط 3. القاهرة: اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

### الاتفاقيات الدولية

1- الأمم المتحدة. 1998. "مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية". النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وثيقة الأمم المتحدة 183/9. A/ CONF. روما. إيطاليا.

### المواقع الإلكترونية

1- اللجنة الدولية للصليب الأحمر. 2016. "القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها". من خلال الموقع الإلكتروني: -

<https://www.icrc.org/ar/publication/Ihl-advisory-opinion-icj->

2- دليل سان ريمون. 1994. القانون الدولي المطبق في النزاعات المسلحة في البحار. المادة. (3). ليفورن: المعهد الدولي للقانون الإنساني، من خلال الموقع الإلكتروني:

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/5qzknh.ht>

### References

Al-Dalimiu, Eamir Eali Samir. (2015), *Al-Darurat Al-Easkariat fi Al-nizaeat Al\_musalahat Al-Duwalat waldaakhiliati*, Eamaana: Al-ukadimiunw Llnashr wa Al-tawzie ed 1.

Al-Tubrani , 'Abi Al-qasim Sulayman Bin 'Ahmad.( 1995), *Al-maejam Al-'Awsat*, Tariq Bin Eaws Allah Bin Muhamad wa Eabd Al-muhasin Bin 'Ibrahim Al-husini, Al-Qahrt: Dar Al-haramayn lil Tabaeat wa Lnashr wa Ltawzie ed 2.

Abu Al-Wfa, Ahmd.( 2006), *Al-nazariat Al-Eamat Lilqanun Al-duwalii Al-Iinsanii fi Al-Qanun Al-duwalii wafi Al-shryet Al-Iislamia*, Al-Qahrt: Dar Al-Nahdat Al-Earabia ed 1.

Al-Quhuaaju, Eali Eabd Al-Qadir. (2001). *Al-Qanun Al-Duwalii Al-janayiy*, Bayrut: Manshurat Al-hilbii Al-huquqiat ed 1.

Al-hajim , Eabd Al-ghafur Salih Muhamad .(2018), *Al-ddrwrt wa Lttnasb wa Tatbiqahuma Al-mear: Dirasat Thlylyt fi Al-Qanun Al-Dwly Al-janayiy*, 'Atrawhat Dukturah, Kuliyyat Al-Shryet w Al-Qanun, Jamieat Al-Eulum Al-Iislati Al-maliziati.

Assad, Amid Muhmid. (2007), *Al-himayat Al-duwaliat Lilnisa 'Athna' Al-nizaeat Al-musalahat* , Risalat Majstayr. Jamieat Salah Al-diyn.

Al-fatlawiu Sahil Husayn wa Rabie. Eimad Mahmud. (2007). *Al-Qanun Al-Duwalii Al-'Iinsani*, Eaman: Dar Al-thaqafat ed 1.

Basyuni , Mahmud Sharif .(2005), *Madkhal Lidirasat Al-Qanun Al-Iinsanii Al-duwli*, Al-erag: Wizarat Huquq Al-Iinsan ed 1.

Jefar , Amzian. (2011). *Mabda Al-Tanasub wa Iadrar Al-jawariat fi Al-nizaeat Al-maslihati*, Rsaalat Majstayra, Jamieat Mawlud Maemari, Kuliyyat Al-hqwq, Tayzi Wazu, Al-Jazayir.



Damj, Asamat. (2005), *Al-Aslihat Al-muharamat fi Al-Qanun Al-Duwalii Al-Iinsani*, Munshur, Al-Mutamar Al-Eilmii Hawl Al-Qanun Al-Duwalii Al-Iinsanii Afaq wa Tahdiati, Kuliyyat Al-Huquq, Jamieat Bayrut Al-Earabiat , Bayrut: Manshurat Al-Hhilbii Al-Huquqiat ed 1.

Sulnyih , Fransuu Bushih. (2005), *Al-Qamus Al-eEamaliat Lilqanun Al-Iinsanii, Tarjamat Muhammad Maseawd*, Biuruta: Dar Al-Eilm Lilmalayin ed 1.

Shbal , Badr Al-Diyn Muhammad .(2011), *Al-Qanun Al-Duwalii Al-Jinayiyu Al-Mawdueiu , Dirasatan fi Binyat Al-Qaeidat Al-Duwalii Al-Jinayiyat Al-Mawdueiat , Al-Jarimat Al-Duwalii Walqute Al-Duwalii Al-Janayiy Eaman*: Dar Al-Thaqafat Lilnashr wa Ltawzie ed 1.

Firi , Bitru.( 2006), *Qamus Al-Qanun Al-Duwalii Lilnizaeat Al-Musalahat*, Tarjamat Manar Wafa, Al-Qahrt: Al-Lajnat Al-Duwalii Lilsalib Al-Ahmar ed 1.

Muhibis , Ahmad Kazim .(2010), *Mabda Al-Tanasub fi Al-Qanun Al-Duwalii Al-Iinsani: Dirasat Nazariata*, Rsalat Majstayra, Al-Jamieat Al-Mustansariata, Kuliyyat Al-Qanun, Bighadadi. Al-Eiraq.

Murshid Ahmad Al-Syd wa Ahmad Al-Fatlawi. (2002), *Al-Algham Al-Ardiat Al-Mudadat Lil'ifrad*, Eaman: Manshuirat Dar Al-Thaqafat ed 1.

Muhamad Al-Majdhub wa Tariq Al-Majdhub. (2009), *Al-Qanun Al-Duwalii Al-Iinsani*, Birut: Manshurat Al-Hilbii Al-Huquqiat ed 1.

Nabih, Nasrin Eabd Al-Hamid. (2011), *Jarayim Al-Harb*, Masra: Al-maktab Al-Jamieii Al-Hadith ed 1.

Hankuns , Jun Mari .(2007), *Dirasatan Hawl Al-Qanun Al-Duwalii Al-Iinsanii*, Tarjamat Muhsin Al-Huml, Al-Qahrt: Al-Lajnat Al-Duwalii Lilsalib Al-Ahmar ed 3.

#### **International Documents**

United Nations. (1998)," The United Nations' Diplomatic Conference of Representative that Responsible on the Establishment of the International Criminal Court", the Fundamental System of the International Criminal Court. United Nation's Document No. A/CONF. 183/9. Rome. Italy.

#### **Websites**

Al-Janat Al-Duwalii. (2016), "Al-Qanun Al-Duwalii Al-Linsania wa Fatwaa Mahkamat Al-Eadl Al-Duwalii Bishan Mashrueiat Al-Tahdid Bi Al-Aslihat alnawawiat aw Tstkhdm",

< <https://www.icrc.org/ar/publication/Ihl-advisory-opinion-icj-> >

Dalil San Rymwn. (1994), *Al-Qanun Al-Duwalii Al-Mutbaq fi Al-Nizaeat Al-Musalahat fi Al-Bahari*. Al-Madata, (3), Lifurn: Al-Maehad Al-Duwalii Lilqanun Al-Iinsanii,

< <https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/5qzknh.ht> >

إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية

ناصر محمد النويري

أ.د. مهزان بن عبدالمطلب

كلية القيادة والإدارة - جامعة العلوم الإسلامية الماليزية (USIM) نيلاي

كلية الاقتصاد والعلوم السياسية - جامعة طرابلس ليبيا

مقدمة:

يتميز العمل المصرفي الإسلامي بخصائص ذاتية نابعة من طبيعة عمله تجعله قادرا على مواجهة المخاطر والميل إلى الاستقرار كون أساليب عمله تقوم على الأصول الحقيقية لا الوهمية ، إلا إن تطور الصناعة المصرفية عموما والصناعة المصرفية الإسلامية خصوصا فرض على هذه المصارف العديد من المخاطر الجديدة، وفي ظل تقدم المصارف الإسلامية وانضباطها بالمبادئ الشرعية التي تحكم وتنظم طبيعة عملها فإن دراسة القضايا المتعلقة بإدارة المخاطر في الصناعة المالية الإسلامية أمرا مهما وشائكا يتطلب من إدارة هذه المصارف الانتباه له ودراسة الأثر البالغ على مستقبلها وكيف يمكن لها إدارة مثل هذه المخاطر.

إن وجود كفاءات بشرية قادرة على إدارة النشاط المصرفي الإسلامي يستلزم وجود فئة خاصة من القياديين مدربة على أساليب القيادة بالعمل المصرفي الإسلامي ومزودة بما يلزم من القواعد الشرعية اللازمة للمعاملات المصرفية وناضجة بالنسبة للأهداف الاقتصادية والاجتماعية وملتزمة ببذل أقصى جهد في سبيل تحقيق هذه الأهداف لان طبيعة الاستثمارات التي تقوم بها المصارف الإسلامية تشكل مصدرا من مصادر المخاطر التي تواجهها وهي تتميز بطبيعة خاصة تتطلب توافر نوعية مميزة من الموارد البشرية القيادية القادرة على دراسة وتقييم عمل المستثمر وتحديد مدى صلاحيته وملائمته للمشاركة معه من قبل المصرف الإسلامي. تعاضمت المخاطر المحدقة بالبنوك الإسلامية و تغيرت طبيعتها في ظل تطورات التحرر المالي و تنامي استخدام أدوات مالية جديدة، و دخول عامل التكنولوجيا بقوة، مما أكسب إدارة المخاطر أهمية متزايدة لدى المصارف، حيث أدرجتها لجنة بازل كأحد المحاور الهامة لتحديد الملاءة المصرفية. لذلك سعت البنوك الإسلامية للبحث عن أساليب و طرق تحوطية تختلف عن النموذج التقليدي الذي لا يخدم طبيعة عملها.

تركز هذه الدراسة على معرفة ما مدى وجود كفاءات بشرية قادرة على إدارة حجم المخاطر المصاحبة للنشاط المصرفي الإسلامي ومزودة بما يلزم من القواعد الشرعية اللازمة لإدارتها، كما جاءت هذه الدراسة للاطلاع على ما جاءت به بعض الدراسات العلمية الميدانية والتي أشارت إلى أن غالبية المصارف الإسلامية مازالت تواجه مجموعة من المخاطر المتنوعة، فقد أشارت إحدى الدراسات إلى إن المصارف

الإسلامية لم تتأثر بشكل مباشر بالأزمة المالية العالمية ( أزمة الرهن العقاري) والتي بدأت تعصف بالمؤسسات المالية العالمية إلا إن المصارف الإسلامية لم تكن بمعزل عن تداعياتها وهذا ما أدى إلى ضرورة قيام مجلس الخدمات المالية الإسلامية بوضع مبادئ ومعايير خاصة بإدارة المخاطر في المصارف الإسلامية والتي سيتم التطرق إليها من خلال موضوعات هذه الورقة، حيث تركز هذه الدراسة في مرحلة أولى على مفهوم إدارة المخاطر وأنواعها، وأهم الاختصاصات المناطة بإدارة المخاطر، أما في مرحلة ثانية فتتركز الدراسة على التطرق لأنواع المخاطر التي تواجه عمل المصارف الإسلامية وطبيعتها، ومعايير والضوابط الخاصة بمواجهة هذه المخاطر وكيفية التعامل معها بما يكفل لهذه المصارف الاستمرار والبقاء في ظل شدة المنافسة في العمل المصرفي .

### - مفهوم المصرف الإسلامي وإدارة المخاطر بها:

يعرف النجار المصرف الإسلامي بأنه ( مؤسسة مالية مصرفية لتجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية بما يخدم بناء مجتمع التكامل الإسلامي، وتحقيق عدالة التوزيع، ووضع المال في المسار الإسلامي) ويعرفه الكفراوي ( بأنه مؤسسة مالية تقوم بالمعاملات المصرفية، وغيره في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية بهدف المحافظة على القيم والأخلاق الإسلامية وتحقيق أقصى عائد اقتصادي واجتماعي لتحقيق الحياة الطيبة الكريمة للأمة الإسلامية).

وللصيرفة الإسلامية خصوصية تميزها عن الصيرفة التقليدية ومن ذلك (أنها تقوم على أساس إيديولوجي أو مذهبي وهو الأساس العقدي القائم على حقيقة الاستخلاف ويترب على هذا الأساس إن الخلافة تستوجب الأعمار والإنتاج والاستثمار شكل من هذا الأعمار، بالإضافة إلى إن المستخلف (الوكيل) يجب إن يتصرف بما وكل به وفقا لأوامر ونواهي المستخلف (الموكل) كأن يراعي مبدأي الحلال والحرام في استخدام الأموال وان يلتزم بالضوابط والأحكام الشرعية المتعلقة بالمآل (رانية زيدان، 2008)

تعرف المخاطر بأنها احتمال تعرض المصرف لخسائر غير متوقعة وغير مخطط لها، فتؤثر على حجم العائد المتوقع لاستثمار معين، وتعرف أيضا المخاطر بأنها ظواهر وأحداث تهدد إنجاز الأهداف وقد تؤثر سلبا على استمرارية المؤسسة الهادفة إلى تحقيق رسالتها.

وباعتبار إدارة المخاطر كعلم : فهي تعتمد على التحليل الواقعي لهيكلية المخاطر والاستعانة بالنماذج القياسية والحسابية، وتتطلب اختيار النموذج المناسب ومحاولة تعميمه بنجاح وفاعليته في المؤسسة، مع اعتبار الحيلة والحذر بما يجعل إدارة المخاطر من الفنون القائمة على المعرفة الحقيقية للبيئة المصرفية والمكتسبة من خلال الكفاءة المهنية والخبرة.

وبغض النظر عن الأطر القانونية والمعيارية، والتي أصبحت ملزمة من قبل الهيئات الرقابية في معظم البلدان الإسلامية، لم تعد أهمية اكتشاف المصارف لمخاطر عملها بهدف تجنب هذه المخاطر، بل للعمل على احتوائها لتعظيم العائد على الاستثمارات الذي هو في النهاية المقياس الحقيقي للنجاح، فالمصارف الإسلامية هي مؤسسات مالية تهدف إلى الربح وليست جمعيات خيرية وإن كان الفرق بينهما وبين المصارف التقليدية بأن أرباح المصارف الإسلامية هي أرباح مباحة شرعا تبعا لقواعد الدين الإسلامي.

#### - فوائد إدارة الخطر في المصارف: تساعد إدارة المخاطر في:

- قياس المخاطر.
  - رسم السياسة المستقبلية.
  - تطوير الميزة التنافسية للبنك عن طريق التحكم في التكاليف الحالية والمستقبلية.
  - تقدير المخاطر والتحوط ضدها بما لا يؤثر على ربحية البنك.
  - المساعدة في اتخاذ قرارات التسعير.
  - تطوير إدارة محافظ الأوراق المالية والعمل على تنويع تلك الأوراق، من خلال تحسين الموازنة بين المخاطر والربحية.
  - مساعدة البنك على احتساب معدل كفاية رأس المال وفقا للمقترحات الجديدة للجنة بازل.
- ويجب على مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية أن تتبع إجراءات شاملة لإدارة المخاطر وإعداد التقارير عنها، بما في ذلك الرقابة الملائمة من قبل مجلس الإدارة والإدارة العليا من أجل تحديد وقياس ومتابعة ومراقبة فئات المخاطر ذات الصلة وإعداد تقارير عنها، والاحتفاظ برأسمال كافٍ للوقاية من هذه المخاطر. و تأخذ هذه الإجراءات في الاعتبار الخطوات الملائمة للالتزام بالشرعية، والتأكد من كفاية التقارير التي ترفع إلى السلطات الإشرافية للإبلاغ عن المخاطر.

#### - المراحل الرئيسية لإدارة الخطر في المصارف الإسلامية:

- إن حسن إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، يشمل المرور بأربع مراحل أساسية :
1. تعريف المخاطر التي يتعرض لها نشاط الصيرفة الإسلامية.
  2. القدرة على قياس تلك المخاطر بصفة مستمرة من خلال نظم معلومات ملائمة.
  3. اختيار المخاطر التي يرغب المصرف في التعرض لها، والتي يمكن لرأس المال تحملها.
  4. مراقبة الإدارة لتلك المخاطر وقياسها بمعايير مناسبة واتخاذ القرارات الصحيحة في الوقت المناسب لتعظيم العائد مقابل تخفيض انعكاسات المخاطر.

وغالبا ما تقوم المصارف الإسلامية بدراسة وتقييم المخاطر التي تتضمنها المشروعات التي تطلب التمويل بنفس الأساليب التي تقوم بها المصارف التقليدية، سواء فيما يتعلق بمخاطر العميل أو مخاطر البلد (سياسياً واقتصادياً) أو مخاطر العملة، وهذا رغم الاختلاف النوعي في عملية التمويل. فالمصارف الإسلامية، لمشاركتها في خسائر بعض العمليات تبعا لنوع العقود، فهي تقوم بالدور الذي تحجم عنه البنوك التقليدية في تقديم رأس المال للمخاطر. فإدارة المخاطر على حساسية عالية في المصارف الإسلامية، فعليها أن تتابع من ناحية نوعية تطور النشاطات والقطاعات الاقتصادية، وبالتالي لها دور موجه في شكلية الاقتصاد ومرادف له، وبالتالي فإن دراسة وتقييم المخاطر التي تتضمنها المشروعات التي تطلب التمويل بالأساليب نفسها التي تقوم بها المصارف التقليدية، سواء فيما يتعلق بمخاطر العميل أو مخاطر البلد (سياسياً واقتصادياً) أو مخاطر العملة ولكن الاختلاف النوعي في عملية التمويل. (شهاب احمد، 2011)

**1- مخاطر متعلقة بالمستفيدين:** بالإضافة إلى هذه النقاط العامة التي ينبغي بحثها عند تقييم مخاطر الائتمان في البنوك الإسلامية، هناك عدد من المخاطر متعلقة بالمستفيدين من تمويل البنوك الإسلامية والمتصلة باستعمال صيغ التمويل الإسلامية.

ففي حالة صيغة المراجعة، يرى بعض الفقهاء بما فيهم مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، أن عقد المراجعة ملزم على البائع فقط وليس على المشتري، وهناك بعض الفقهاء الآخرون ممن يرون أنه ملزم للطرفين، وتأخذ معظم المصارف الإسلامية بالرأي الثاني في معاملاتها، على أن مجمع الفقه يعتبر الطرف المعسر مسئولاً تماماً عن تعويض الطرف المتضرر عما تحمله من خسارة.

أما فيما يخص عقد السلم أيضاً، فثمة عدد من المخاطر من طرف الزبون ابتداء من عدم تسليم السلعة المشتري في حينه أو حتى عدم تسليمها من أصلها، أو عدم تسليم ما اتفق عليه كما و كيفاً. ثم إن المخاطر في بيع السلم لا تقوم فقط على عوامل خاضعة لسيطرة المورد بل على عوامل خارجة عن إرادته، كالكوارث الطبيعية وأسباب مناخية وغيرها، لذلك نجد أن مخاطر الائتمان في تمويل السلم كبيرة أيضاً.

كذلك عند دخول البنك الإسلامي في عقد استصناع، فهو يقوم بدور من يتكفل بالبناء والمقاول والصانع والمورد، ولما كان البنك غير متخصص في هذه المجالات كلها فهو يعتمد على مقاولين من الباطن، وهذا يعرض البنك الإسلامي إلى مخاطر التخلف عن السداد من عميل البنك من جهة، إضافة إلى خطر عجز المقاول من الباطن عن الوفاء بالتزاماته في الوقت المحدد من جهة أخرى.

ومما زاد الطين بلة اعتماد البنوك الإسلامية على المراجعة كصيغة وحيدة تقريبا لتوظيف أموالها، حيث تصل المراجحات إلى ما يزيد عن 90% من العمليات في عدد من البنوك الإسلامية. وحتى تلك التي نجحت في استخدام صيغ أخرى، نجد أنها تركز على الصيغ المولدة للديون مثل الاستصناع.

وقد أدى التركيز على المراجحات إلى حرمان هذه البنوك الاستفادة من الفرص التي تتيحها صيغ المضاربة وأنواع العقود القائمة على المشاركة و التأجير. و لعل أحد أهم أسباب ذلك هو أن البنوك الإسلامية تنافس في أسواقها البنوك التقليدية.

**2- مخاطر أخلاقية:** مما لا ريب فيه أن المضاربة و المشاركة بأنواعها تحمل في طياتها معدلا أعلى من المخاطر الأخلاقية. ذلك أن هذه الصيغ تعتمد في جانب منها على قرارات و أمانة عميل البنك. لذلك إذا كان المستوى الأخلاقي لذلك العميل هو دون المستوى المطلوب بحيث أصبح الوصول إلى الأهداف المرجوة من الاستثمار غير ممكن.

فعلى المصارف الإسلامية عند تحديد مستوى المخاطر المقبولة للأطراف التي تتعامل معها أن تتأكد من:

- أن المعدل المتوقع للعائد على العمليات يتناسب مع مخاطرها.
- تجنب مخاطر الائتمان المفرطة سواء على مستوى كل عملية أو على مستوى المحافظة ككل.

كما يشير العديد من الباحثين إلى الخطر الأخلاقي الكامن في عملية المضاربة التي قد يتصرف الوكيل فيها (صاحب المشروع الممول من قبل المصرف الإسلامي) في غير صالح الأصيل، أو قد يلجأ الوكيل إلى إخفاء بعض المعلومات بقصد الحصول على ما لا يستحقه من المنافع.

و لمعالجة هذا الخطر أكد الباحثون على:

- الدور الذي يلعبه الخلق الإسلامي الرشيد و التوعية الإسلامية و التقاليد الحسنة في المجتمع الإسلامي .
- التدقيق في كل مشروع قبل أن يدخل البنك الإسلامي في تمويله. وذلك يحتاج إلى جهاز كفء لدى البنك الإسلامي لتقويم المشروعات تقويما فنيا.
- الاحتفاظ بالسلع تحت رقابة البنك: و هو إجراء تؤمن به البنوك الإسلامية حسن تسيير المشروع.
- ضرورة مراقبة المشروع للقضاء على فرص الخيانة من قبل العامل، وإذا كان الاهتمام الأول يقتضي بيئة إسلامية حكومية و شعبا، فليس في مقدور المصارف الإسلامية العاملة في البلدان التي يسود فيها النظام المصرفي الربوي، إلا أن تضيف شرط مراقبة البنك لسير المشروع في العقد كشرط يتفق عليه المتعاقدين.

**3- مخاطر السوق:** تتمثل مخاطر السوق تقليديا في أسعار الصرف و أسعار الفائدة و تقلب أسعار

السوق، فتشير مخاطر السوق إلى الآثار المحتملة على القيمة الاقتصادية للموجودات نتيجة للتقلبات السلبية في الأسعار مثل أسعار صرف العملات الأجنبية وأسعار الأسهم وأسعار السلع.

و تسمى مخاطر السوق كذلك بالمخاطر التجارية، وهي لا تقتصر على تغير أسعار الموجودات بل تشمل أيضا خطر هلاك الموجود. و تتجلى وسائل التقليل من مخاطر السوق فيما يخص تلك المتعلقة بتغير أسعار الموجودات التي تمتلكها المؤسسة المصرفية عن طريق أساليب التمويل الإسلامي .

ف نجد أن الفقه الإسلامي طور هذه العقود بحيث خففت من مخاطر تغير الأسعار الكامنة في العقود الأصلية كالمراجحة و السلم والاستصناع والإجارة، فوجدت المراجحة للأمر بالشراء، والسلم الموازي، والاستصناع الموازي والإجارة المنتهية بالتملك.

و فيما يخص مخاطر السوق المتعلقة بتغير أسعار السلع وأسعار الأسهم وأسعار الصرف وأسعار الفائدة، فهناك أسلوبين رئيسيين للتعامل مع هذا الخطر في المعاملات المالية المعاصرة وهي طريقة مواءمة الأصول والخصوم، وطريقة الاحتماء. وأما مخاطر السوق المتعلقة بخطر هلاك الموجود، فمن أهم أساليب مواجهتها التأمين.

**4- مخاطر السيولة:** تحدث هذه المخاطر عند وقوع انخفاض غير متوقع في صافي التدفق النقدي للبنك، وعدم مقدرة البنك على تعبئة موارد بتكلفة معقولة سواء ببيع أصوله أو بالاقتراض من خلال إصدار أدوات مالية جديدة. الأمر الذي يجعل البنك عاجزا عن الوفاء بالتزاماته عند استحقاقها أو تمويل فرص جديدة لأعمال مربحة. لذلك فالإدارة السليمة للسيولة ذات أهمية للبنوك إذا أرادت أن تتجنب الانزلاق إلى مشكلات سيولة خطيرة.

وتختلف حالة البنوك الإسلامية اختلافا جذريا عن البنوك الربوية في أنها لا تقدم الأموال قروضا لآجال محددة، بل تقوم بتمويل مشروعات حقيقية يصعب في معظم الأحيان انضباط مواعيد تصفيتها وتحصيل نتاجها مهما كانت تنبؤات دراسات الجدوى وبرامج التنفيذ، مما يترتب عنه صعوبة إيجاد السيولة اللازمة في الوقت المناسب لرد الودائع عند مواعيد استحقاقها.

ويبدو أن مخاطر السيولة بالنسبة للبنوك الإسلامية منخفضة حاليا بسبب ما يمكن تسميته بأعراض السيولة المفرطة التي تواجهها نتيجة لعدم توفر فرص استثمار كافية تتفق مع أحكام الشريعة، لكن هناك عدة أسباب قد تؤدي إلى مخاطر سيولة في المستقبل يمكن تلخيصها في الآتي:

- اعتماد معظم البنوك الإسلامية على الحسابات الجارية بدرجة كبيرة. وهذه قابلة للسحب تحت الطلب.
- وجود قيود شرعية على بيع الديون والتي تمثل جزءا كبيرا من أصول المصارف الإسلامية.

• عدم قدرة البنوك الإسلامية على تعبئة الموارد المالية من الأسواق في زمن قصير نظرا للبطء في تطوير أدوات مالية إسلامية. و تزداد صعوبة هذه المشكلة نتيجة لعدم وجود سوق مصرفية مشتركة بين المصارف الإسلامية.

• عدم توفر تسهيلات مالية من البنوك المركزية عن طريق وظيفتها كمقرض في الملاذ الأخير, إلا بفائدة.

ومع ذلك لم تواجه البنوك الإسلامية حتى الآن أية مشكلة في السيولة. وهذا سلاح ذو حدين لأنه بينما أنقذ هذه البنوك من أزمات سيولة، فقد أدى إلى عدم تطوير أدوات رسمية لإدارة السيولة. وهذه المشكلات يمكن التغلب عليها وليست مستعصية، فيمكن إيجاد حل مع مرور الوقت و ذلك بالتعاون بين البنوك الإسلامية والفقهاء والبنوك المركزية.

**5- مخاطر التشغيل:** تعرف مخاطر التشغيل بأنها مخاطر الخسارة الناجمة عن عدم كفاية أو فشل الإجراءات الداخلية، أو العنصر البشري، و هي تشمل أيضا مخاطر عدم الالتزام بالشرعية، والمخاطر القانونية ومخاطر السمعة.

- مخاطر عدم الالتزام بالشرعية: تعد مخاطر عدم الالتزام بالشرعية نوعا من مخاطر التشغيل التي تواجهها البنوك الإسلامية ، والتي يمكن أن تؤدي إلى عدم الاعتراف بالدخل و إلى قيام مقدمي الأموال بسحب أموالهم أو فسخ العقود مما يؤدي إلى تشويه السمعة والحد من فرص الأعمال.

- المخاطر القانونية: تقع هذه المخاطر في حالة انتهاك القوانين أو القواعد أو الضوابط المقررة خاصة تلك المتعلقة بمكافحة عمليات غسل الأموال، أو نتيجة عدم التحديد الواضح للحقوق والالتزامات القانونية الناتجة عن العمليات المصرفية.

- مخاطر السمعة: وتنشأ مخاطر السمعة في حالة شيوع رأى عام سلبي تجاه المصرف نتيجة عدم قدرته على تلبية سحوبات أصحاب الحسابات الجارية مثلا، أو بسبب عدم تقديمه خدمات الكترونية بمعايير أمان وسرية ودقة كافية، أو نتيجة الإخفاق في ضبط الإدارة الداخلية، و استراتيجيات أعمالها و إجراءاتها.

وتؤدي الدعاية السلبية حول كيفية ممارسة تلك المؤسسات لأعمالها على الأخص فيما يتعلق بعدم مطابقة منتجاتها وخدماتها للشرعية، إلى التأثير على مركزها في السوق وأرباحها وسيولتها.

- مخاطر الصيرفة الإلكترونية: أدى النمو الكبير في أنشطة الصيرفة الإلكترونية إلى خلق تحديات جديدة أمام المصارف والجهات الرقابية في ضوء افتقار الإدارة والعاملين بالمصارف إلى الخبرة الكافية



لملاحقة التطورات المتسارعة في تكنولوجيا الاتصالات، إضافة إلى تزايد إمكانيات الاحتيال والغش على الشبكات المفتوحة مثل الإنترنت، نتيجة لغياب الممارسات التقليدية والتي كان يتم من خلالها التأكد من هوية العميل وشرعيته. مما يرتب على المصارف وضع السياسات والإجراءات إلى تتيح إدارة مخاطر العمل المصرفي الإلكتروني لتقييمها ورقابتها ومتابعتها.

وتتعرض الصيرفة الالكترونية إلى أخطاء تشغيلية إذا كانت أنظمتها غير متكاملة كالحالات التالية:  
- اختراق أنظمة المصرف الإسلامي للاطلاع على معلومات العملاء، سواء تم ذلك من خارج المصرف أو من داخله.

- عدم كفاءة النظم، كبطء الأداء لمواجهة متطلبات المستخدمين، وعدم صيانة النظم بسرعة.

إجمالاً يتعين على البنوك الإسلامية أن تتوخى جانب الحذر الشديد في تعرضها لمثل هذه المخاطر و وضع نظم لتحديدتها والتحكم بها وإدارتها. من هنا يصبح وضع ثقافة و علم لإدارة المخاطر في البنوك جزءاً لا يتجزأ من مسؤولية المراقبين و المشرفين. لذلك لابد لمراقبي المصارف الإسلامية أن يصبحوا على بيئة تامة بطبيعة المخاطر، وإنشاء إدارة كفؤة للمخاطر في مؤسساتهم.

وكننتيجة، فإن معرفة المخاطر وإدارتها وتقييمها تعتبر من عوامل نجاح المصارف و المؤسسات المالية الإسلامية و ازدهارها و تحقيقها لأهدافها. و تعتمد اتجاهات النمو في الصناعة المالية الإسلامية على الطريقة التي ستتعامل بها تلك المؤسسات مع المخاطر، وستحظى هذه المؤسسات بقبول أكثر في الأسواق الدولية فيما لو طبقت معايير الرقابة الدولية، كما سيساعد في تحسين قدراتها التنافسية. لكن هذه الصناعة مازالت تعاني من نقص في مجال إدارة المخاطر، فهي مثلاً تعاني من:

- ضعف أدوات القياس.

- ضعف وسائل الرقابة الداخلية على المخاطر.

- عدم امتلاكها لأدوات إدارة المخاطر بشكل كاف.

ولعل السنوات القادمة تحفل بتطوير هذه الأدوات بسبب تطور الهندسة المالية الإسلامية من جهة و ازدياد القبول العالمي لها من جهة أخرى.

وفي إطار تعريف المخاطر، وللتعرف عليها، يمكن الانطلاق من نوعية النشاط المصرفي عبر دراسة تفصيلية للبيئة الداخلية والخارجية، وذلك عبر تجزئة النشاط إلى خطوط إنتاج، وهذا في إطار الأهداف العامة الموضوعية من قبل مجلس الإدارة، والتي أصبح متعارف على تقسيمها، وباعتبار الخصوصية الإسلامية، التي تتخطى مخاطر الائتمان المتعارف عليها في التسمية، تبعاً لما يلي :

مخاطر الاستثمار، مخاطر السوق، مخاطر السيولة، مخاطر معدل العائد، مخاطر التشغيل، مخاطر السمعة.

ويفترض من ناحية إدارية وضع إجراءات تضمن تدرج إقرار هذه الخطوط، كما في أي سياسة يعتمدها المصرف.

وباعتبار الأطر المصرفية فهناك طبعا المعايير الدولية وبالأخص معايير بازل والتي اتخذت صفة قانونية في كثير من البلدان التي تود تسهيل الدخول لمصارفها إلى السوق الدولية في خضم العولمة، فأصبحت أكثر المصارف مضطرة لإتباعها، وفي خصوصية المصارف الإسلامية لا بد من اعتبار معيار آخر ملزم وهي الأحكام الشرعية، كما أن هناك ارتباط عضوي بين المخاطر وبين تحقيق النتائج، فكلما قبلت شركة أن تتعرض لقدرة أكبر من المخاطر، نفترض تحقيق جانب أكبر من النتائج، ومع احتمال أن تكون النتائج خسائر في حال عدم درايتها الفعلية بحدود الخطر، وكون عمل المخاطر هو تقييم حجم الخسائر في حال حدوث الخطر، ما يعني ارتباط المخاطر بكفاية رأس المال.

وتبعا لمعايير بازل 2 يمكن تفعيل عمل اللجان لضمان الحوكمة الإدارية وفصل الملكية عن القرار التنفيذي، وربما إنشاء لجنة إدارة الموجودات والمطلوبات، لتضم إليها المدير العام والمدراء المساعدين، ومدراء كافة الأقسام الرئيسية ومسؤولي كافة اللجان وكل من يعينه مجلس الإدارة، وبالتالي تقوم هذه اللجنة من ناحية آلية إقرار الأهداف، والاستراتيجيات، والإجراءات، بدراسة المقترحات، ليتم تقديمها للموافقة على مجلس الإدارة، حيث على مجلس الإدارة وتبعا لإرشادات بازل 2، أن يقوم بالموافقة على السياسات المتعلقة بإدارة المخاطر على مستوى المصرف ككل، وبالتالي إخطار المجلس بصفة منتظمة عن المخاطر التي يتعرض لها المصرف.

### - الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية وطبيعة مخاطرها:

تعد الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، اطر العمل التي تحتوي على المخاطر، وهي الواجهة الرئيسية للمتعاملين مع المصرف، ووسيلة هامة لجذب المتعاملين الجدد، والحفاظة على المتعاملين الحاليين. فهي بوابة العبور للتعامل في أنشطة المصرف المختلفة.

ويقدم المصرف الإسلامي كافة الخدمات المصرفية التي يقدمها البنك التقليدي فيما عدا الخدمات المصرفية التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية والتي تستخدم أسعار الفائدة في تنفيذ تلك الخدمات وتنقسم الخدمات المصرفية المقدمة بالمصارف الإسلامية إلى نوعين هما:

1 - خدمات مصرفية تتضمن عمليات استثمارية

2 - خدمات مصرفية لا تتضمن عمليات استثمارية.

فالخدمات المصرفية التي تتضمن عمليات استثمارية، مخاطرها متنوعة تبعا لنوع، وتشغيل، وعملة، وبلد، وقطاع الاستثمار، وتفترض لإقرارها القيام بدراسات جدوى اقتصادية، من قبل أخصائيين لهم صفة الاستقلالية والحيادية، ويتم متابعتها من قبل مستشارين.

أما الخدمات المصرفية التي لا تتضمن عمليات استثمارية فيتم تنفيذها كخدمة مصرفية يتم أخذ عمولة أجز مقابل تقديم الخدمة، ومخاطرها تتركز على العامل التشغيلي. وما يشجع المستثمرون في القطاع المصرفي، إلى أن الإيرادات الناشئة عن نشاط المصارف الإسلامية، هي نشاط فعلي، ولا يرتبط بالعمليات المالية الوهمية وبالمضاربة، ولتأكيد الوضع تقوم بعض المصارف الإسلامية في استثمار مواردها عبر إنشاء شركات تابعة متخصصة في مختلف قطاعات الاقتصاد من تجارة داخلية وخارجية وإسكان ومقاولات وصناعات، وتكون رؤوس أموال هذه الشركات إما مملوكة 100% للمصرف أو يملك المصرف نسبة عالية في رأسمالها.

#### - عوائق قد تنشأ من جراء تمويل رأس المال:

**أولها:** أن هذه الشركات، وكونها تابعة للمصرف، يتابع المصرف بدعمها حتى وإن لم تحقق العوائد المطلوب منها، وربما في بعض الأحيان لعدم إعطاء صورة عن فشل المشروع، مما ينعكس على ثقة المودعين، وتندعم بالتالي الموضوعية والاستقلالية والحياد في اخذ القرار، فالشركة هي شركة تابعة، وحتى وإن خسرت ويتم تعويمها، لإعطائها فرصة جديدة، مما يتعارض مع التشغيل المصرفي، والذي في حال الشعور بان أعمال احد عملائه قد تصبح متعثرة، فيتوقف تمويل العميل تبعاً لمعايير بازل، حيث يفضل للمصرف أن يخسر إصبع على أن يخسر الرأس في حال تابع تمويل الاستثمار.

**ثانيها:** إن رأس المال هو المقياس الذي عبره يمكن الحكم على قدرة المؤسسة على احتمال المخاطر، وهو العنصر الأخير الممكن استرداده قانونياً في حال توقفت المؤسسة عن العمل، أو تخلفت عن الدفع أو في حال تصفية الشركة.

**ثالثها:** إن المسؤولية المعنوية التي تقع على المصرف، كونه صاحب رأس المال، في حال تعثر المؤسسة، تنعكس سلباً على سمعة المصرف، كاستثماري، مما يؤثر على حجم الأموال المودعة. وقد قدمت بعض المصارف الإسلامية صيغاً تعتبر فيها التمويل المقدم إلى الشركة التابعة قرصاً حسناً، ما يشبه الأسهم التفضيلية بضمان بعض الأصول الموجودة في المؤسسة، مع الاكتفاء بالريح العائد على الأسهم.

وبما يتعلق بموضوع المساهمات في الشركات، وشراء الأسهم، فيمكن المصرف الإسلامي، وبعد دراسة نشاط الشركة وديانته حيث تحرم بعض المدارس الإسلامية التعامل مع غير المسلم، وإذا كان النشاط حالاً، والتوقعات الربحية، بهدف تقديم خدمات استشارية لعملائه، مقابل عمولات، مع تقديم شروحات حول حدود الشرع في التعاطي مع شكلية هذه الأنواع من الاستثمارات، وهنا تأتي نية المستثمر لتفاعل الالتزام المعياري والديني، حيث إذا كانت نية الاستثمار هي فعلياً المشاركة في رأسمال الشركة، والحصول على الأرباح، فلا حرج في ذلك، أما إذا كانت النية هي في المضاربة، وبيع السهم عند ارتفاع قيمته، فهنا

نكون قد بعدنا عن العامل الاستثماري، ودخلنا في اقتصاد المغامرة، والتي تحوي إشكالية دينية، ومعيارية، والسؤال هو، هل سيمتنع المصرف في حال علم مسبقاً أن عميله بنية العميل في المضاربة، في إتمام الصفقة، علماً أن العميل يمكنه الحصول على هذه الأسهم عبر البورصة، وبالتالي يخسر المصرف وساطته، وما هي الإشكالات الشرعية في ذلك.

والموضوع لا يرتبط بالأدوات المالية القصيرة الأجل، حيث نوعية التعامل في الاقتصاد الإسلامي تفترض اكتمال دورة تجارية، وبالتالي لا يمكن تقديم وعد لأي مودع بأنه يمكن الحصول على عوائد في فترة شهر إلا في حالات استثنائية، حيث يكون فترة دوران المخزون سريعة، مما يعني ضرورة إعلام المودع أن عوائد الاستثمار لا يمكن أن تمنح لمودعين تقل فترة إيداعاتهم عن ستة أشهر على الأقل، وهنا المفارقة مع المصارف التقليدية، حيث في المصرف التقليدي يفترض حد أدنى من القيم ليتمكن المودع من الحصول على فوائد، وفي المصارف الإسلامية يفترض وضع حد أدنى من الفترات لتصبح الأموال منتجة للأرباح. ويمكن أن تكون هذه المادة جاذباً لصغار المودعين، والتي تؤمن عامل تجزئة للودائع، وبدل أن يكون مودع واحد بمبالغ كبيرة، يصبح لدينا ودائع قليلة موزعة على أعداد كبيرة من المودعين، مما يعني مخاطر أقل للمصرف.

وتبقى الرقابة المعتمدة في أسسها على المصدقية، والتوقع، والتنسيق، وبأشكالها القانونية، والشرعية، المدعومة بحكومة إدارية تضمن احترام معادلة الضمان والسيولة والربحية هي العامل المؤثر في حماية الودائع على دعامة أساسية هي تقليل المخاطر إلى أقل درجة ممكنة.

#### - الآثار المترتبة على ارتفاع مستوى المخاطر في المصارف الإسلامية في الواقع العملي:

- 1- انحرافها عن الأساس أو النموذج النظري الذي قامت عليه في بدايتها، فقد ابتعدت عن الأساليب الاستثمارية التي تعتمد مبدأ المشاركة في المخاطرة، وفضل غالبيتها الأساليب الاستثمارية التي تتميز بارتفاع عامل الضمان وانخفاض درجة المخاطرة مثل: عملية المراجعة للأمر بالشراء وذلك لسهولة إجراء التطبيق وأكثر ملائمة للخبرة المتوفرة لدى الموارد البشرية المتاحة للمصرف الإسلامي، ومقدار الربح محدد سلفاً ومعلوم مقداراً بعكس الأساليب الأخرى مثل المشاركة والمضاربة، وإمكانية الاعتماد على الضمانات التقليدية العينية والشخصية للسيطرة على مخاطر السداد.
- 2- اعتماد المصارف الإسلامية على الاستثمارات قصيرة الأجل، وإهمال الاستثمارات طويلة الأجل بالمصرف الإسلامي، مما يؤدي إلى عدم قدرتها على تحقيق الغايات التنموية التي أنشأت من أجلها.

3- اعتماد المصارف الإسلامية على الضمانات التقليدية بصورة أساسية، لعدم توافر الضمانات التي تناسب العمل المصرفي الإسلامي، مثل وجود نظم عمل مناسبة وعملاء أكفاء أخلاقياً مما أثر على ملاءة المصرف المالية واقتصر نشاط التمويل بها على الأغنياء وأصحاب رؤوس الأموال دون غيرهم وفقدان قدرتها على تحقيق الآثار الاقتصادية مثل معالجة البطالة ومشكلة الفقر. (رانية زيدان، 2008)

ويمكن لنا استناداً على ما ورد بورقة العمل المقدمة في اجتماع لجنة الرقابة المصرفية العربية التابعة لمجلس محافظي المصارف المركزية، و مؤسسات النقد العربية تحت عنوان «مبادئ إدارة المخاطر» بيان أهم مبادئ إدارة المخاطر بما يلي: (محمد سليم وهبة، مجلة المستثمرون)

1- تقع مسؤولية إدارة المخاطر بشكل أساسي على عاتق مجلس الإدارة لكل مصرف، وهو مسئول أمام المساهمين عن أعمال المصرف، وهو ما يستوجب فهم المخاطر التي يواجهها المصرف والتأكد من أنها تدار بأسلوب فعال وكفء.

2- إقرار إستراتيجية إدارة المخاطر، وتشجيع القائمين على الإدارة على قبول و أخذ المخاطر بعقلانية في إطار هذه السياسات، والعمل على تجنب المخاطر التي يصعب عليهم تقييمها.  
3- إقرار سقف إجمالي حجم مخاطر التمويل والاستثمار لتفادي تركيز المخاطر، كما عليه التأكد من أن لدى مؤسسة الخدمات المالية الإسلامية رأس مال كاف لتغطية هذه المخاطر.  
4- القيام بصورة دورية بمراجعة مدى فاعلية أعمال إدارة المخاطر، وإجراء التعديلات المناسبة عليها عند اللزوم.

واستناداً على هذه التوصيات يمكن لنا أن نحدد بعضاً من النقاط الواردة في اجتماع لجنة الرقابة المصرفية العربية والتي يجب على الإدارة العليا بالمصارف الإسلامية الأخذ بها لوضع إستراتيجية مناسبة تساعد على مجابهة مجموع الأخطار التي تواجهها وتمثل في الآتي :

1- أن تقوم الإدارة العليا بالمصرف بشكل مستمر بتنفيذ التوجهات الإستراتيجية إلى أقرها مجلس الإدارة، كتحديد خطوط واضحة للصلاحيات والمسؤوليات المتعلقة بإدارة ومراقبة المخاطر و التقرير عنها ، التحقق من عدم تجاوز أنشطة التمويل والاستثمار للسقف المعتمدة و أن تحصل على موافقة مجلس الإدارة

2- التأكد من استقلال القسم المكلف بإدارة المخاطر عن الأنشطة التي تؤدي إلى نشوء المخاطر، وأنه يتبع مباشرة لمجلس الإدارة أو لإدارة عليا خارج نطاق الإدارة المكلفة بالأنشطة التي تؤدي إلى نشوء المخاطر.

3- أن تكون لدى كل مصرف لجنة مستقلة تسمى «لجنة إدارة المخاطر» تشمل في عضويتها بعض

المسؤولين التنفيذيين بالمصرف، يناط بهذه اللجنة مسؤولية تحديد ووضع سياسات إدارة المخاطر استناداً إلى إستراتيجية المخاطر والإستراتيجية العامة للمصرف التي يضعها مجلس الإدارة، مع الأخذ في الاعتبار أسلوب الحيلة والحذر وعدم التركيز على نوع واحد من المخاطر. 4- إنشاء إدارة متخصصة تتولى تطبيق سياسات إدارة المخاطر، وتقع على عاتقها المسؤولية اليومية لمراقبة وقياس المخاطر للتأكد من أن أنشطة المصرف تتم وفق السياسات و الحدود المعتمدة، وتكون تلك الإدارة مسؤولة أمام لجنة إدارة المخاطر.

5- تعيين مسئول مخاطر لكل نوع من المخاطر الرئيسية التي يواجهها البنك، و خاصة مخاطر الائتمان والسوق والسيولة. ويشترط أن تكون لدى كل منهم الدراية الكافية والخبرة الشرعية في مجال عمله. 6- لا بد من تقييم أصول كل مصرف وخاصة الاستثمارية منها على أساس القيمة العادلة، بسعر السوق، أو السعر الذي يتم تحديده باستقلالية عن المتعاملين في حالة عدم توافر سعر السوق كمبدأ أساسي لقياس المخاطر والربحية.

7- ضرورة استخدام أنظمة معلومات حديثة لإدارة المخاطر، توفر بشكل دوري وفي الوقت المناسب معلومات مالية تفصيلية و شاملة و دقيقة عن المخاطر التي يواجهها المصرف.

8 - ضرورة وجود وحدة مراجعة شرعية داخلية مستقلة بالمصارف تتبع مجلس الإدارة مباشرة، و تقوم بالمراجعة على جميع أعمال وأنشطة المصرف بما فيها إدارة المخاطر.

9- وضع ضوابط أمان لجميع الأنظمة المعلوماتية الرئيسية لكل مصرف من أجل الحفاظ على صحة وسلامة وسرية المعلومات. ولمزيد من الأمان يتعين مراجعة جميع الأنظمة الرئيسية من قبل أطراف أخرى خارجية من ذوى الاختصاص.

10- وضع خطط للطوارئ معززة بإجراءات وقائية ضد الأزمات، يتم الموافقة عليها من قبل المسؤولين ذوي العلاقة، وذلك للتأكد من أن المصرف قادر على تحمل أي أزمة أو تعطل في الأنظمة أو أجهزة الاتصالات، على أن تخضع هذه الخطط للاختبار بشكل دوري.

ختاماً يتطلب الأمر العمل على اختيار أفضل الكفاءات عند تأسيس أي مصرف إسلامي، وضرورة مضاعفة جهود المصارف الإسلامية المتعلقة بتأهيل وتدريب الموارد البشرية، على أن يكون ذلك في العلوم الشرعية والعلوم الاقتصادية معاً، وكذلك من المهم والمؤكد أن المصارف الإسلامية في اشد الحاجة إلى تدعيم الاستثمار في رأسمالها البشري، بحيث يمثل توافر الموارد البشرية الملائمة احد المتطلبات اللازمة لتطبيق الاستثمارات القائمة على المشاركة في الربح والخسارة ، وان عدم توافرها يمثل مصدراً من مصادر المخاطر التي تواجه تلك الاستثمارات.

## المراجع:

- عبداحمد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامية، كلية التجارة جامعة أسيوط، (2010)
- رانية زيدان شحادة، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، 2008، عماد الدين للنشر ، الأردن
- شهاب احمد سعيد العززي، إدارة البنوك الإسلامية، 2011، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن
- محمد سليم وهبة، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية. مجلة المستثمرين 2010
- ناصر محمد، (أساليب القيادة لدى مدراء المصرف الإسلامي وعلاقتها بكفاءة الأداء)، 2017.

التوفيق والمصالحة وأثرهما في تسوية المنازعات بين أفراد المجتمع العماني  
**Conciliation and Reconciliation And Their Impact On The Settlement Of Disputes  
Between Members Of The Omani Society**

**1\* Khalifa bin Marhoon Al Rahbi**

PhD student (USIM)

A certified lawyer and arbitrator in the Sultanate of Oman

Visiting faculty member at Sultan Qaboos University

\*(Corresponding author) email: rahbi.lawyers@gmail.com

### ملخص البحث

تعتبر سلطنة عمان من الدول الإسلامية القلائل التي آمنت بالصلح مبدأ إسلامي أصيل لتسوية الخلافات بين أفراد المجتمع، حيث صدر المرسوم السلطاني السامي رقم: ٢٠٠٥/٩٨م بشأن إصدار قانون التوفيق والمصالحة الذي رسم الطريق لتسوية المنازعات بالوسائل الودية بين أطراف النزاع. منذ بدء تطبيق السلطنة لهذه التجربة القضائية في حسم الخلافات بين أفراد المجتمع، لم تظهر أية دراسات تبحث مدى نجاحها وجدواها من عدمه، لذلك حاول الباحث من خلال بحثه هذا إبراز النتائج التي حققتها لجان التوفيق والمصالحة على أرض الواقع. علماً بأن الباحث أتبع في بحثه هذا المنهجين الاستقرائي والوصفي التحليلي، ليلقي الضوء على حقيقة التجربة العمانية في هذا الشأن، حيث تطرق الباحث إلى عدة محاور منها: تشكيل هذه اللجان وآلية عملها وحجية اتفاقيات الصلح التي تبرمها بين الأطراف وطرق تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ثم النتائج والتوصيات. هذا وقد توصل الباحث إلى نجاح هذه التجربة العمانية المتفردة، وتزايد الاقبال عليها لحسم الخلافات بشكل مضطرد سنويا، بالإضافة لارتفاع نسبة عدد القضايا التي يتم حسمها بشكل سنوي عبر هذه اللجان دون الوصول للمحاكم.

**الكلمات المفتاحية:** التوفيق، المصالحة، تسوية، المنازعات، المجتمع العماني

### ABSTRACT

Sultanate of Oman is one of the few Islamic countries that believed in reconciliation as an authentic Islamic principle to settle disputes between members of society, where the Supreme Royal Decree No. 98/2005 was issued on the promulgation of the Law of Reconciliation and Reconciliation, which paved the way for the amicable settlement of disputes between the parties to the conflict. Since the sultanate's introduction of this judicial experiment in resolving differences among members of society, no studies have shown any success and feasibility, so the researcher tried through his research to highlight the results achieved by the conciliation and reconciliation committees on the ground. Note that the researcher followed



in his research these inductive and descriptive analytical approaches, to shed light on the reality of the Omani experience in this regard, where the researcher touched on several topics, including: the formation of these committees and the mechanism of their work and the highest of reconciliation agreements concluded between the parties and ways of implementing what was agreed upon and then This has reached the success of this unique Omani experience, and the increased demand for it to resolve disputes steadily annually, in addition to the high percentage of cases resolved annually through these committees without access to the courts.

Keywords: *Conciliation, Reconciliation, Settlement, Disputes, Oman society*

## مقدمة

لجان التوفيق والمصالحة ليست بمجديدة عهد على المجتمع العماني فقد عُرف عن العمانيين نزعتهم وحبهم للسلم بفطرته، فهي في حقيقتها قديمة قدم التاريخ العماني، ولذلك شواهد عديدة سطرها التاريخ لا يسع المجال هنا لذكرها.

لقد مر القضاء في سلطنة عمان بمراحل عديدة قبل صدور قانون السلطة القضائية، حيث كانت المحاكم قبل النهضة العمانية التي قادها جلالة السلطان قابوس بن سعيد المعظم في عام ١٩٧٠م تتم في البرزة، وهي عبارة عن مجلس عام يقام في القلعة يضم فيها كل من الوالي والقاضي الشرعي والوجهاء والاعيان والعسكر، فكان المتنازعان يأتیان إلى البرزة ويعرضان منازعتهم أمامهم ويتم حلها غالباً بالطرق الودية أو بحكم قطعي يصدر في حينها (Johns & Redot, 2015).

وتشير الدراسات إلى أن اول تنظيم قضائي في سلطنة عمان كان في عام ١٩٢٠م إذ تم انشاء محكمتين احدهما تجارية والأخرى مدنية في كلاً من مسقط ومطرح (Al Rubeye, 2018)، واستمرت الإنجازات القضائية في التطور التدريجي إلى أن توجت بصدور النظام الأساسي للدولة في عام ١٩٩٦م. ثم صدور قانون السلطة القضائية في عام ١٩٩٩م حيث اتسم بعدها القضاء العماني بالوحدة والاستقلالية التامة (Oman law of judicial authority, 1999).

ومواكبة لهذا التطور الحاصل في القضاء لم يغفل المشرع العماني موضوع المحافظة على الموروث الحضاري الذي تميزت به السلطنة فجاءت فكرة إنشاء لجان التوفيق والمصالحة لتكون إضافة مهمة لصرح القضاء، فصدر المرسوم السلطاني السامي رقم (2005/98) الخاص بقانون التوفيق والمصالحة (Low of conciliation and reconciliation, 2005)، وخروجاً عن النمط المعتاد في إجراءات المحاكم، وتقصيراً لأمد التقاضي فقد اضفى عليها المشرع الطابع القانوني الرسمي، فأصبح الاتفاق على أمر ما مُنهيّاً للخصومة ومُلزماً للطرفين ما لم يخالف الشريعة أو القانون أو النظام العام.

## مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث من خلال مناقشته لموضوع لم تبحث نتائجه على أرض الواقع بشكل مفصل منذ صدور المرسوم السلطاني السامي رقم (2005/98) الخاص بإصدار قانون التوفيق والمصالحة (Low of conciliation and reconciliation, 2005) ، حيث جاء هذا البحث من أجل الوقوف على مدى نجاح هذه التجربة القضائية العمانية المتفردة في مساعدة القضاء لتسوية المنازعات بشكل ودي بين أفراد المجتمع.

## أهداف البحث

هدف هذا البحث إلى بيان النتائج الإيجابية التي حققتها لجان التوفيق والمصالحة المنتشرة في كل ولايات ومحافظات سلطنة عمان وإظهار ذلك على هيئة ارقام ورسوم بيانية تكون واضحة لمتخذي القرار وللباحثين في هذه التجربة الثرية.

## منهج البحث

استخدم الباحث في بحثه هذا الأسلوب الاستقرائي والوصفي التحليلي، حيث إستمد الباحث مصادره من التشريعات المحلية وبعض المنشورات التي تبثها وزارة العدل، وكذلك بعض المقابلات التي قام بها الباحث مع بعض المختصين في وزارة العدل. وبعد جمع الحقائق والبيانات والمعلومات عن موضوع البحث عمد الباحث إلى تفسير وتحليل تلك المعلومات والحقائق بطريقة تحقق النتائج المرجوة من البحث.

## الدراسات السابقة

لم يجد الكاتب في المكتبة العمانية سوى دراسة واحدة تناولت موضوعا له علاقة بلجان التوفيق والمصالحة وهي دراسة أجريت في عام (٢٠١٣) بعنوان العوامل المسهمة في سوء التوافق الزوجي كما يدركها القائمون على لجان التوفيق والمصالحة وبعض المترددين عليها في محافظة مسقط (AI Hinai,2013). حيث توصلت نتائج الدراسة إلى أن ترتيب العوامل المسهمة في سوء التوافق الزوجي كما قدرها أعضاء لجان التوفيق والمصالحة بمحافظة مسقط كالتالي: (الشخصي - العاطفي - التنظيمي - الجنسي)

وكان ترتيب العوامل المسهمة في سوء التوافق الزوجي كما قدرها بعض الأزواج المترددين على لجان التوفيق والمصالحة بمحافظة مسقط (العاطفي - التنظيمي - الشخصي - الجنسي) هذا وبالرغم من أن هذه الدراسة قد أدخلت أعضاء التوفيق والمصالحة بمحافظة مسقط ضمن أدوات الدراسة الا ان البحث الحالي

هذا يختلف من حيث أنه يبحث في النتائج التي حققتها لجان التوفيق والمصالحة من حيث تزايد اعداد هذه اللجان وتزايد عدد القضايا التي يتم النظر فيها سنويا والنجاحات التي حققتها خلال الخمس سنوات الماضية.

### لجان التوفيق والمصالحة

ذكرنا في بداية هذا البحث أن لجان التوفيق والمصالحة أنشئت بموجب المرسوم السلطاني السامي رقم (2005/98) والذي صدر بموجبه قانون التوفيق والمصالحة (Low of conciliation and reconciliation, 2005).

والناظر إلى قانون التوفيق والمصالحة يجده بسيطاً في مضمونه وعدد مواده فقد جاء في تسع عشرة مادة فقط، والمتتبع لتلك المواد لا يجد فيها شيئاً من التعقيد بل جاء سهلاً ومفهوماً، وخالصة ما جاء فيه هو وضع ضوابط لاختيار الأعضاء، ثم نجده قائماً على القاعدة القانونية (من ألزم نفسه شيئاً ألزمناه إياه). ولقد بدأ العمل الفعلي في لجان التوفيق والمصالحة في عام 2006م بإنشاء اثنين وعشرين لجنة موزعة على مختلف ولايات السلطنة، كما صدرت القرارات الوزارية الخاصة بالموظفين العاملين فيها والقرارات الوزارية المنظمة لعملها. ونتيجة للإقبال الكبير على طلب الصلح قامت وزارة العدل بدراسة إمكانية إنشاء لجان جديدة للتوفيق والمصالحة في ولايات أخرى من ولايات السلطنة، وذلك اعتماداً على إحصاءات عدد السكان وعدد الدعاوى المقامة في محاكم تلك الولايات، فتم في عام 2008م إضافة أحد عشر لجنة جديدة.

وبعد أربع سنوات ونتيجة للنجاح الذي أفرزته تجربة اللجان في العملية التصالحية بين أفراد المجتمع وانتهاء الخصومات صلحاً واستحواذ اللجان على ما يزيد عن 35% من عدد الدعاوى المسجلة في كامل السلطنة - (الأحوال الشخصية - المدنية - التجارية) فقد قررت وزارة العدل في سلطنة عمان إنشاء لجان جديدة للتوفيق والمصالحة، وتم في عام 2012م إنشاء تسع عشرة لجنة جديدة للتوفيق والمصالحة، ثم في عام 2013م تم إضافة لجنة جديدة واحدة، ليصبح بذلك مجموع اللجان 52 اثنين وخمسين لجنة للتوفيق والمصالحة بعد نقل مخصصات لجنة واحدة إلى ولاية أخرى (Al Aghbari, 2019).

### اختصاص لجان التوفيق والمصالحة

نصّت المادة (4) من قانون التوفيق والمصالحة على الآتي: (تختص اللجان بتسوية أي نزاع . قبل إقامة دعوى بشأنه إلى القضاء . بطريق الصلح بين أطرافه سواء كان موضوع النزاع مدنياً أو تجارياً أو متعلقاً بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية) (Low of conciliation and reconciliation, 2005). فنفهم من هذه المادة أن دور اللجان هو التقريب بين وجهات نظر أطراف الخلاف. ومحاولة إيجاد حلول ترضي

هذه الأطراف سواء كان هذا الخلاف في أمور مدنية أو تجارية أو مسألة من مسائل الأحوال الشخصية. على أن يتم اللجوء إلى هذه اللجان في مسائل لم تقم فيها دعاوى قضائية. كما نفهم من هذه المادة أن لجان التوفيق والمصالحة لا تختص بالنظر في الدعاوى الجزائية أو العمالية أو المنازعات المتعلقة بملكية نقل الأراضي أو الخصومات الإدارية التي تتعلق بمحكمة القضاء الإداري.

**خطوات اجراء التوفيق والمصالحة بين الأطراف (Al Hoqani, 2014) :**

- يمكن تلخيص خطوات إجراء التوفيق والمصالحة بين الأطراف على النحو التالي :-
- استقبال الطلب من طالب المصالحة بعد التأكد من شخصيته وعلاقته بالموضوع.
  - فتح ملف للطلب وتحديد موعد للجلسة في أقرب موعد بدون رسوم مالية.
  - إعلان الخصم في النزاع بالطريقة التي يراها رئيس اللجنة مناسبة دون التقييد بقانون الإجراءات المدنية والتجارية، مثل الإعلان في غير الأوقات التي حددها القانون السابق، أو الإعلان هاتفياً، أو بأي طريقة يراها مناسبة وتحقق الغاية المرجوة.
  - في موعد الجلسة يتم عرض الموضوع كاملاً من قبل رئيس الجلسة وإتاحة الفرصة للأطراف في الحديث بجرية لأجل التوصل لتسوية يحل بها النزاع، على أن اللجنة تقف موقف الحياد من كل طرف وتعرض الحلول على كل الأطراف بشفافية وبحياد تام فإن قبلها الأطراف تتم كتابة محضر للصلح يكون له قوة الحكم القضائي وإن لم تتوصل اللجنة لتسوية الموضوع بعد ان تستنفذ جهدها فإنها تصدر قراراً بعد إتمام الصلح.

### كيفية اختيار أعضاء لجان التوفيق والمصالحة

لم يُنْتِجَ المشرّع العماني عند وضع قانون التوفيق والمصالحة أن ميدان عمل لجان التوفيق والمصالحة هو المجتمع المدني. وأنه - أي المجتمع المدني - هو حجر الزاوية في هذه اللجان. وهو المعوّل عليه في إنجاح أداءها. وقد أثبتت التجربة على مدى الأعوام الماضية نجاح هذه الرؤية لدى المشرع العماني. وقد عمدت وزارة العدل إلى التنسيق مع الجهات الحكومية الأكثر دراية بأفراد المجتمع المدني لوضع تصور لاختيار أفراد مؤهلين وقادرين على الاضطلاع بمهمة الصلح. بحيث تتوفر فيهم مواصفات تؤهلهم للقيام بالصلح والتسديد وتقريب وجهات النظر بين طالبي الصلح. فكان التنسيق مع وزارة الداخلية (أصحاب السعادة محافظي المحافظات وولاة الولايات) ومكتب وزير الدولة ومحافظ مسقط، ومكتب وزير الدولة ومحافظ ظفار (Al Hoqani, 2014). بحكم أن هذه الجهات هي الأقدر على معرفة وانتقاء الأفراد المؤهلين لعضوية لجان التوفيق والمصالحة. ولم تدخر هذه الجهات الجهد في اختيار ذوي الرأي والحصافة والكياسة والمكانة

الاجتماعية التي تؤهلهم بالقيام بالصلح والتوفيق بين الخصوم. ويمكن القول بكل ثقة أن هذه الآلية لاختيار أعضاء لجان التوفيق والمصالحة قد آتت أكلها. ويتجلى لنا ذلك من المؤشرات الإحصائية الدالة على تنامي الإقبال وارتفاع نسبة الصلح في الطلبات المحسومة في هذه اللجان. وقد اضطلع أعضاء اللجان بمهمة التوعية وحث الناس على اللجوء إلى لجان التوفيق والمصالحة بدلاً من الاتجاه إلى المحاكم في المواضيع التي يتيح قانون التوفيق والمصالحة النظر فيها.

### آلية عمل لجان التوفيق والمصالحة

نصت المادة (10) من قانون التوفيق والمصالحة على قبول طلبات النزاع لديها بدون رسوم. وكذلك بدون التقيد بأحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية أو قانون المحاماة (Law of conciliation and reconciliation, 2005). من ذلك فإن طالب الصلح يجد مميزات حصرية في تقديمه لطلب الصلح. فلا توجد رسوم لتسجيل طلبه. ولا يُلزم بتوكيل محامٍ ولا غير ذلك من الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والتجارية. هذا فيما يخص إجراءات الترافع.

أما فيما يتعلق بإجراءات التداول. فقد أتاحت المادة (11) من المرونة في تحديد رئيس اللجنة موعد الجلسة لحل النزاع المقدم من طالب الصلح (Low of conciliation and reconciliation, 2005). ولأجل تلافى بُعد المواعيد فقد حددت المادة ذاتها أن يكون موعد النظر للنزاع خلال سبعة أيام من تاريخ تقديم طلب الصلح. كما حددت المادة (13) من القانون ذاته أن تنهي اللجنة إجراءات التسوية خلال ستين يوماً على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب. ويجوز تمديد هذا الأجل بما لا يتجاوز ثلاثين يوماً أخرى بناء على اتفاق الأطراف أو موافقتهم على ذلك أمام اللجنة

. (Low of conciliation and reconciliation, 2005)

### حجية محضر التسوية

نصت المادة (15) من قانون التوفيق والمصالحة أن محضر التسوية بعد توقيعه من أطراف النزاع وكذلك توقيعه من رئيس اللجنة ومن حضر من الأعضاء يعتبر سنداً تنفيذياً يجري تنفيذه بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام القضائية النهائية (Low of conciliation and reconciliation, 2005). كما نصت المادة ذاتها أنه في حالة عدم تنفيذ ما تضمنه الصلح اختياراً يجري تنفيذه جبراً وفقاً لأحكام قانون الإجراءات

المدنية والتجارية. وذلك بعد الحصول على صورة من المحضر تختم بخاتم اللجنة وتوقع من أمين السر بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية.

### مميزات الصلح عبر لجان التوفيق والمصالحة:

تناولنا الإحصاءات المشرفة التي وصلت إليها لجان التوفيق والمصالحة، وما كانت تلك اللجان لتصل إلى تلك الإحصاءات لولا وجود جملة من الإيجابيات التي منحها لها قانون التوفيق والمصالحة، ومن أبرز تلك الإيجابيات (Al Hoqani, 2014):-

- تقديم طلب المصالحة في لجان التوفيق والمصالحة يتم بدون رسوم (مجاني)، مهما كان السقف المالي للدعوى، وفي جميع الأصناف التي تختص اللجان بنظرها.
- وجود المحامي ليس شرطاً في لجان التوفيق والمصالحة، وهي بذلك تمتاز عن بعض الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم التي تشترط فيها وجود محام وإلا اعتبرت الدعوى باطلة لمخالفتها قانون المحاماة.
- عامل الوقت مهم جداً، فنجد في بعض لجان التوفيق والمصالحة أن أول جلسة تنعقد في اليوم التالي من تقديم الطلب، حيث يتم إعلان الطرف الآخر عن طريق الهاتف، وفي العادة لا يتجاوز الموعد الأول مدة أسبوع من تاريخ قيد الطلب، حيث إن القانون أعطى اللجنة مرونة في كيفية إعلان الخصوم بالطريقة التي يراها رئيس اللجنة مناسبة، ولا يشترط وصول محضر الإعلان إلى منزل المطلوب للمصالحة.
- كذلك أعطى القانون مرونة كبيرة في وقت ومكان انعقاد جلسات اللجنة فقد تعقد اللجنة جلساتها في منزل أحد الخصوم، وقد يكون في منزل أطراف النزاع، وقد يكون خارج ساعات العمل الرسمي، أي في فترة المساء، أو في أوقات الإجازة الأسبوعية، وكل ذلك مما أجازته قانون التوفيق والمصالحة في سبيل تحقيق الصلح.
- بالنسبة لمحضر الصلح الصادر من اللجان، فإنه بعد توقيعه من أطراف النزاع ومن رئيس اللجنة ومن حضر من الأعضاء يعتبر نهائياً وواجب التنفيذ ولا يجوز الطعن فيه أمام المحاكم الأعلى، وعادة ما يستلم أطراف النزاع محضر الصلح في نفس اليوم الذي يبرم فيه.
- عرض الصلح في لجان التوفيق والمصالحة يتم في جو يسوده المودة، ولا توجد في لجان التوفيق والمصالحة قاعات كقاعات المحاكم، وإنما تم تهيئتها لتكون بسيطة وبعيدة عن التكلف وإبعاداً للهيبة والرهبنة التي قد تصيب بعض الخصوم كما هو ملاحظ في قاعات المحاكم.

- الحق في إقامة دعوى أمام القاضي الطبيعي مكفول لكل من لم يتوصل إلى صلح يرضيه من الأطراف، في أي وقت شاء.
- سرية الجلسات مطلب أساسي ومهم لكل من المدعي والمدعى عليه في جميع القضايا، وهذا ما يمكن تحقيقه حال اللجوء إلى لجان التوفيق والمصالحة حيث يتم نظر كل طلب على حدة، وبخصوصية تامة.

### نظرة على إحصاءات لجان التوفيق والمصالحة :

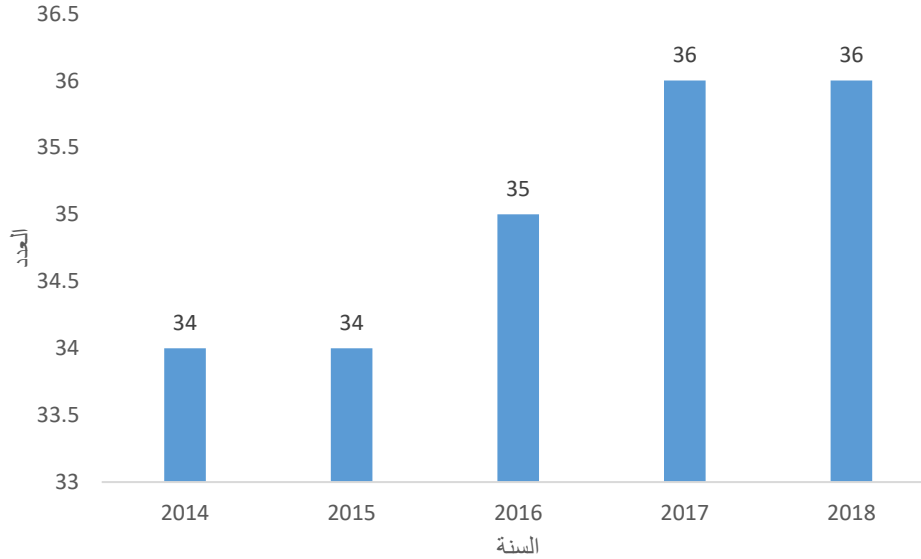
وبما أن بحثنا تركز حول نتائج لجان التوفيق والمصالحة، فإن الإحصاءات التفصيلية التي ترد في الكتاب السنوي لإحصاءات العدل تُفصح عن إنجاز تلك اللجنة. وقد حاول الباحث تفرغ تلك النتائج حسب الجداول والرسومات التالية:

المجموع مع المرحل	مجموع الوارد	الوارد			مرحل 2013	عدد اللجان	العام
		تجارية	مدنية	أحوال شخصية			
19408	18592	7659	8142	2791	816	34	2014
18773	18047	7444	7929	2674	726	34	2015
19691	18934	7330	8650	2954	757	45	2016
21680	20874	7260	10470	3144	806	46	2017
24373	23338	7540	12567	3231	1035	46	2018
103925	99785	37233	47758	14794	4140		المجموع

جدول 1: طلبات الصلح الواردة (Ministry of justice, 2016-2018)

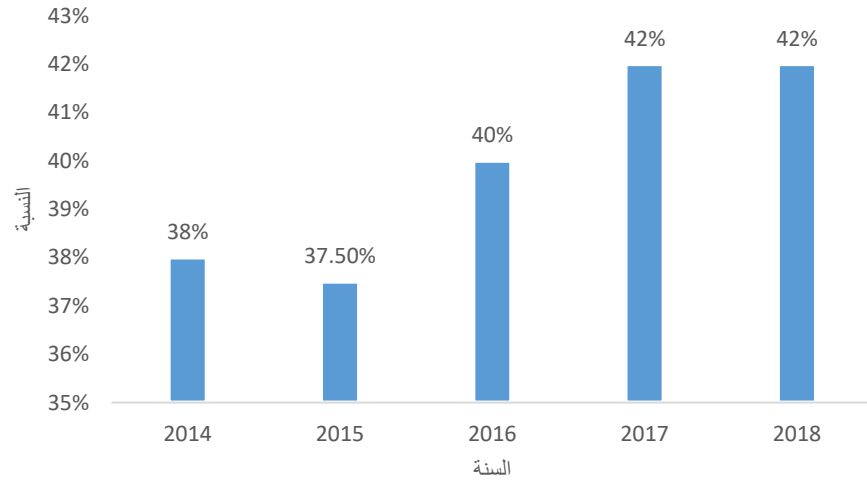
الباقي قيد النظر	مجموع المحسوم	نسبة الصلح من مجموع المحسوم	مجموع ما تم فيه الصلح	ما تم فيه الصلح			مرحل	عدد اللجان	العام
				تجارية	مدنية	أحوال شخصية			
726	18682	38%	7180	2465	3330	1385	816	34	2014
758	18015	37.5%	6749	2261	3169	1319	726	34	2015
813	18878	40%	7612	2461	3718	1433	757	45	2016
1035	20645	42%	8650	2345	4669	1636	806	46	2017
1069	23304	42%	9869	2527	5658	1684	1035	46	2018
4401	99524	39.9%	40060	12059	20544	7457	4140		المجموع

جدول 1: طلبات الصلح المحسومة (2014-2018). Ministry of Justice.

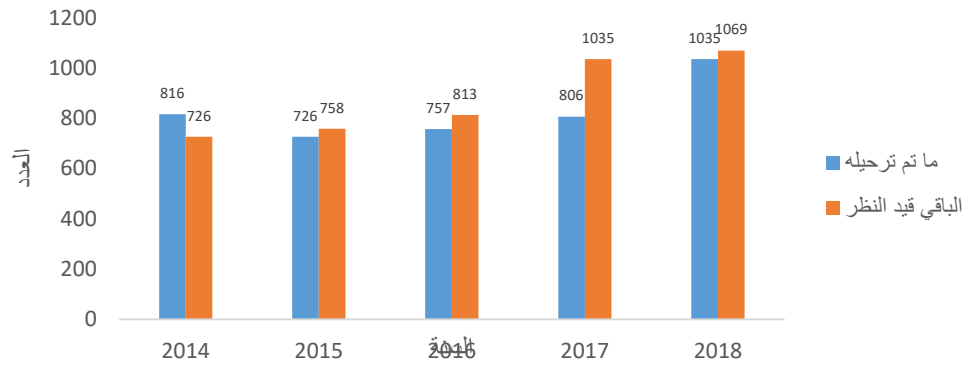


رسم توضيحي 1: عدد اللجان في سلطنة عمان (2014-2018). Ministry of Justice.

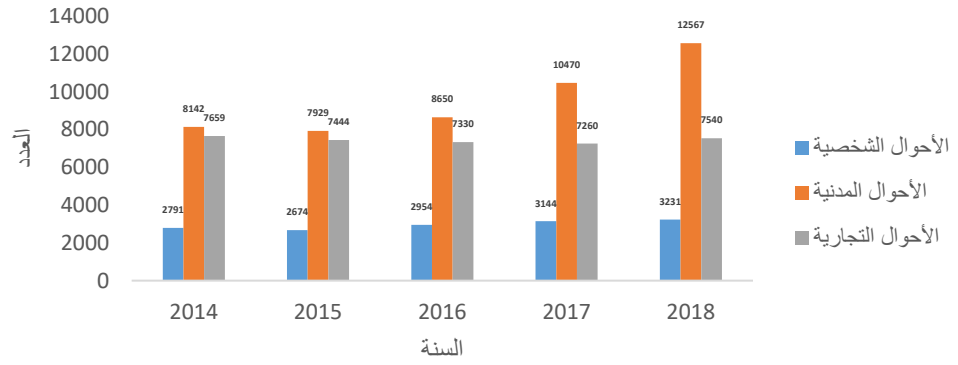




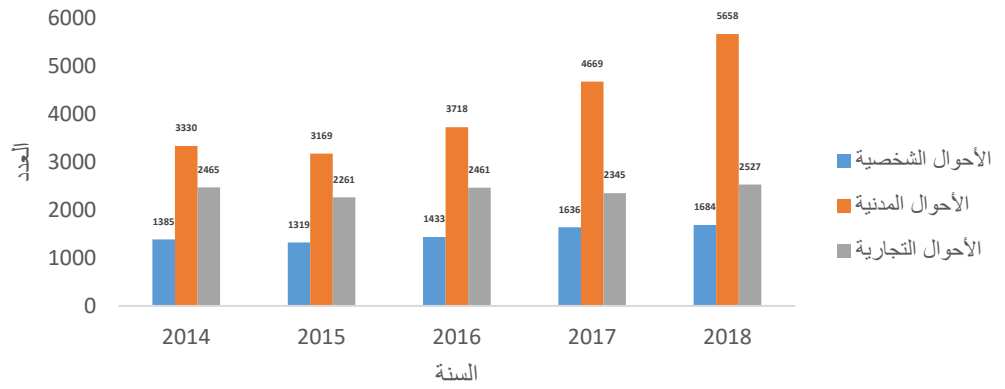
رسم توضيحي 2: نسبة الصلح من مجموع المحسوم من الطلبات (2014-2018) Ministry of Justice.



رسم توضيحي 3: مقارنة بين الطلبات التي تم ترحيلها والطلبات قيد النظر (2014-2018) Ministry of Justice.



رسم توضيحي 4: عدد القضايا التي وردت الى لجان التوفيق والمصالحة (2014-2018) Ministry of Justice.<sup>1</sup>



رسم توضيحي 5: عدد القضايا التي وردت الى لجان التوفيق والمصالحة (2014-2018) Ministry of Justice.<sup>2</sup>

## النتائج والتوصيات

### أولاً: النتائج

وبقراءة الإحصاءات الصادرة عن اللجان يمكن القول بأن تلك الإحصاءات تعتبر شهادة نجاح لدورها الفعال في رأب الصدع في المجتمع. وقبل أن نعرض بعضاً من تلك الإحصاءات لا بد من وضع مفاتيح قراءتها قراءة صحيحة ومفهومة. فقرارات اللجان تنقسم إلى قسمين مهمين جداً وهما (قرارات الصلح - قرارات عدم الصلح). أما القسم الأول (قرارات الصلح) فمعروف ومفهوم. والقسم الثاني

(قرارات عدم الصلح) ينقسم في حقيقته إلى حالات ستة ويمكن شرحها على النحو التالي، مع الوضع في الحسبان أن جميع الحالات المذكورة يصدر بحقها قرار بعدم الصلح:

### تقسيم الطلبات التي لم يتم فيها الصلح إلى حالات ستة:

- عدم اتفاق الأطراف، وفي هذا الصنف فقط يكون أطراف النزاع قد حضروا ولم يتم الصلح.
- ترك الطلب، ويقصد به أن طالب المصالحة ترك الطلب بطلبه ذلك شفاهة أو كتابة أو ضمنا بعدم حضوره.
- تم الصلح خارج اللجنة، ويقصد به أن طالب المصالحة أفاد اللجنة بتمام الصلح بينه وبين المصالح معه بعد استلام المصالح معه إعلان طلب الصلح الصادر من اللجنة.
- عدم حضور الخصم في النزاع، ويقصد به عدم رغبة المصالح معه اللجوء إلى اللجنة.
- عدم الاختصاص، ويقصد به أنه أثناء تداول الطلب تبين أن طلبات طالب الصلح ليست من اختصاص اللجنة أو أن موضوع النزاع ليس من الاختصاص المكاني للجنة.
- انتهاء المدة القانونية، ويقصد به أن المدة القانونية الواردة بالمادة (13) من قانون التوفيق والمصالحة المخصصة لنظر طلب الصلح قد انتهت.

وعليه إذا وضعنا إحصائية وقلنا فيها عند حضور الأطراف فإنه يقصد بذلك (طلبات الصلح التي حضر فيها أطراف النزاع) وتنقسم إلى قسمين من حيث قرارات اللجنة: -

- القسم الأول: قرارات الصلح، حيث لا تصدر تلك القرارات إلا عند حضور الأطراف أو من يمثلهم تمثيلا صحيحا، وعرضت اللجنة عليهم الصلح واجتهدت في وضع الحلول المناسبة وانتهت صلحا.
- القسم الثاني: قرارات عدم اتفاق الأطراف، ولا تصدر هذه القرارات كذلك إلا عند حضور أطراف النزاع أو من يمثلهم تمثيلا صحيحا، وعرضت اللجنة عليهم الصلح واجتهدت في وضع الحلول المناسبة وانتهت بعدم اتفاق الأطراف أو أحدهم على الصلح المعروض.

وهذا الصنف (حضور الأطراف هو المهم لقياس نجاح كل لجنة من لجان التوفيق والمصالحة).

وإذا قلنا في الإحصائية كلمة (المحسوم) يقصد به مجموع الطلبات التي صدر بحقها قرار من اللجان سواء كان صلحا أم عدم صلح مشتملاً على حالاته الست. وكما هو واضح من خلال الإحصاءات فقد وردت إلى لجان التوفيق والمصالحة خلال الخمس السنوات الأخيرة عدد 99785 طلبا للصلح، تم حسم

99524 طلبا منها . حيث بلغت نسبة القضايا المحسومة خلال الخمس سنوات الماضية %99.7 من اجمالي الطلبات المنظورة.

وكما هو واضح من خلال الإحصاءات فان أكثر القضايا الواردة أمام هذه اللجان كانت القضايا المدنية حيث بلغت 47758 طلبا. ثم القضايا التجارية والتي بلغت 37233 طلبا، وأخيرا قضايا الأحوال الشخصية وبلغت 14794.

اما مجموع القضايا التي تم الصلح فيها خلال السنوات الخمس الماضية (من ٢٠١٤ الى ٢٠١٨) فقد بلغت وفقا للإحصائيات الرسمية الصادرة من وزارة العدل 40060 طلبا. كان نصيب القضايا المدنية منها 20544 بتلوها القضايا التجارية وبلغت 12059 طلبا. وأخيرا قضايا الأحوال الشخصية وبلغت 7457 طلبا.

ومن خلال قراءة تلك الإحصاءات وجد الباحث بأن التجربة المتفردة التي طبقتها سلطنة عمان بشأن حسم المنازعات التجارية والمدنية والشرعية عبر لجان التوفيق والمصالحة قبل الذهاب إلى القضاء نجحت بامتياز، حيث يزداد الوعي المجتمعي بأهمية التصالح قبل التقاضي بشكل سنوي وهذا واضح جدا من خلال التزايد المضطرد في عدد القضايا التي ترد للجان التوفيق والمصالحة.

### ثانياً: التوصيات

في نهاية هذا البحث يوصي الباحث بما يلي:

#### على المستوى المحلي:

أولاً: المزيد من التأهيل لموظفي هذه اللجان عبر تنسيبهم في برامج تدريبية في مجال تسوية المنازعات وحل الخلافات الأسرية بهدف تحقيق الاستفادة القصوى من وجود هذه اللجان.  
ثانياً: تنفيذ المزيد من البرامج التوعوية والتعريفية بهذه اللجان لأفراد المجتمع ودورها المتميز من خلال المحاضرات واللقاءات والمنشورات في مختلف محافظات وولايات السلطنة وكذلك عبر اللقاءات الصحفية والاذاعية والتلفزيونية وبرامج التواصل الاجتماعي.

#### على المستوى العالمي:

النظر في تعميم هذه التجربة العمانية على الدول التي يكون التشريع الإسلامي فيها أساسا للتشريع ومصدرا رئيسا من مصادر القانون.

## REFERENCES

Al Aghbari A. Ministry of justice. Oman. March 2014. Interview

Jones J., Redout N. (2015). A history of modern Oman. 1<sup>st</sup> edition. Cambridge. Uk.

Al Hinai M. (2013). Contributing factors to marital maladjustment as perceived by reconciliation officials & spouses in Muscat governorate. Unpublished thesis. Oman. College of Science and Art.

Al Hoqani B. (2014). Dispute resolution through conciliation and reconciliation committees (Oman experience). Un published research paper.

Al Rubeye H. (2018). Conciliation and reconciliation committees. Un published research paper presented on Singapore -Oman lawyers meeting.

Law of conciliation and reconciliation. (2005). Ministry of justice. Sultanate of Oman.

Law of the judicial authority. (1999). Sultanate of Oman.

Statute of the state. (1996) Sultanate of Oman

Ministry of Justice. (2015). A yearbook of justice statistics. Ministry of justice. Al Khuwair. Sultanate of Oman.

Ministry of Justice. (2016). A yearbook of justice statistics. Ministry of justice. Al Khuwair. Sultanate of Oman.

Ministry of Justice. (2017). A yearbook of justice statistics. Ministry of justice. Al Khuwair. Sultanate of Oman.

Ministry of Justice. (2018). A yearbook of justice statistics. Ministry of justice. Al Khuwair. Sultanate of Oman.

Noah MK. (2016). Reconciliation as means of resolving disputes. International journal of law. Qatar.

## ضعف التشريعات القانونية لحماية الأسرة العراقية من العنف الأسري

الدكتور. سعد عبد اللطيف خلف الأعظمي

شركة العالي للاستشارات الهندسية، العراق

### الخلاصة

تعتبر ظاهرة العنف العائلي او الاسري من الظواهر القديمة في المجتمعات الانسانية فهي قديمة قدم الانسان الذي ارتبط وما زال يرتبط بروابط اجتماعية مع الوسط الذي فيه يؤثر و به يتأثر الا ان مظاهره و اشكاله تطورت وتنوعت منها العنف الاسري ضد المرأة و العنف ضد الاطفال و العنف ضد المسنين ولغرض التعريف بالعنف الاسري لابد من التعريف بمفهوم الاسرة و التعريف بالعنف الاسري. يستهل الباحث بحثه بأنواع العنف الاسري في العراق بشكل واقعي استند على أوراق قانونية وأضاف الى أسباب عدم صدور قانون في قانون العقوبات المدنية لغاية وقتنا الحاضر. عرض تقيمي لحال الاسرة العراقية وتوصيات بشأن وضع الحماية لها وفق المعايير الدولية.

الكلمات المفتاحية: جرائم العنف الأسري، الأعراف العشائرية، الألعاب الالكترونية

### مقدمة

تعتبر الأسرة المؤسسة الاجتماعية الناتجة عن الارتباط المقدس بين الرجل والمرأة برابطة الزواج والتي تهدف الى انشاء الحياة المشتركة وديمومة النسل ويرتبط اطرافها برابطة المودة والرحمة ويقوم كيانها على اساس الارتباط الوشائجي برابطة العاطفة المحددة بالشخص والمكان.

فتمتد ارتباط تكميلي بين الاسرة كأفراد بحيث يظهر ذلك من خلال المساهمة في بناء المجتمع وبالمنتج من هذه العلاقة وهم الأولاد ومهما كان شكل الاسرة كبيرا ضمن مساحة التعايش المكاني او صغيرا فان هناك علاقات اجتماعية ونمط من السلوك مصحوبا بهذه العلاقات ايجابياً او سلبياً، والعنف احد هذه الانماط السلوكية والذي هو استخدام القوة المادية او المعنوية لإلحاق الاذى بأخر استخداما غير مشروع ويسمى هذا الاعتداء الناتج عن العلاقات الاجتماعية داخل الاسرة بالعنف الاسري او العائلي، ويرتبط الكثير منه في مجتمعاتنا بالتنشئة الاجتماعية التي تعتبر استخدام العنف من قبل صاحب السلطة العائلية او الولاية الجبرية او العمرية مشرعناً وسلوكاً تربوي غايته ادخال الاولاد ضمن سقوف الرؤية السلطوية للعائلة المنطلقة من رؤى اجتماعية مستندة الى الاعراف والتقاليد الاجتماعية او الرؤية الدينية وهو ما تماهى معه القانون وترجمه في نص المادة (41) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل والذي نص

على اباحة استخدام العنف فجاء بالنص (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمال لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق تأديب الزوج زوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن في حكمهما الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً او عرفاً، فاستعمال العنف ضد الاولاد القاصرين وقبله الزوجة استعمال لحق حيث اعتبره المشرع العراقي مباحاً كونه حقاً للزوج والاب والمعلم و(من في حكمهما) وهذه العبارة تدخل الكثير من الفئات الاخرى في ممارسة هذا الحق كي تقوم باستعمال العنف طريقاً للتأديب ولا يعتبر فعله مجزماً وفق ما يحدده العرف او الشرع او القانون ولنا ان نتصور ما تحمله الرؤية القانونية او الشرعية والاكثر العرفية من نوع العنف المستخدم والداخل ضمن إطار التأديب كحق.

### 1- القانون العراقي وموقفه من العنف الاسري

لا يملك العراق حتى الآن أيّ قانون يحمي المرأة والطفل من العنف الأسري، على الرغم من حوادث تقع بين حين وآخر، لا سيما ما يتعلق بمقتل عشرات النساء في جنوب البلاد من جرّاء التعنيف. ويأتي ذلك تحت مسميات وتبريرات عدّة، منها جرائم الشرف والموت المفاجئ وغيرهما للإفلات من العقوبات القضائية. في الدورات البرلمانية السابقة في العراق،

لا تجرّم القوانين العراقية العنف الأسري، وغالباً لا يتمّ التبليغ عن هذه القضايا بسبب العادات القبلية السائدة. وفي حال التبليغ لا يجري إيقاع أي عقوبة بحق الجاني. فضلاً عن أنّ ضعف التدريب لدى الشرطة والقضاة على التعامل مع هذه القضايا يحدّ من الوصول إلى العدالة.

لم ينظم المشرع العراقي جريمة العنف الاسري في قانون موحد وان الجرائم المتعلقة بالأسرة والطفولة منصوص عليها في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل و قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 مع وجود قانون مناهضة العنف الاسري بالرقم 2011 في اقليم كردستانورغم ايجابية خطوة المشرع في اصدار هذا القانون باعتباره اول قانون من نوعه لحماية افراد الاسرة داخل اطار الاسرة ذاتها والذي جاء متماشيا مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة، الا انه وعلى ما يبدو لم يكن موفقا في تنظيم المواجهة التشريعية لجرائم العنف الاسري فقد جاء هذا القانون بمواد قليلة ولكن باخطاء ونواقص كثيرة سواء على مستوى الصياغة القانونية ام اللغوية(2)

ولقد بذلت جهود من قبل وزارة الدولة لشؤون المرأة لإعداد مسودة قانون الحماية من العنف الاسري التشريعات النافذة لا تتماشى مع التطور الكبير في مجال حماية الأسرة خاصة وأن الشريعة الاسلامية لا يمكن أن تكون عقبة أمام أي تطور حقيقي ومشروع فأساسها المودة و الرحمة والاحترام في احترام الوالدين والزوجة والابناء وهذا يساهم في بناء الاسرة السليمة و بناء مجتمع متماسك وآمن. ونلاحظ أن جرائم

العنف الاسري متعددة و منها ما يعتبر من الجنح كالتهديد العائلي و السب و الشتم والضرب ومنها ما يكون جسيما ويشكل جناية مثل الضرب الذي يؤدي الى احداث عاهة مستديمة او الى الضرب المودي الى الموت وكذلك الجرائم الجنسية كالزنا بالمحارم ، مما أدى الى تخصيص قاضي لنظرها ضمن توجهات مجلس القضاء الاعلى لحماية الاسرة والطفولة ، كما تم تخصيص مديرية في وزارة الداخلية ومراكز شرطة مختصة بجرائم العنف الاسري (1)

كما ان هناك مسودة لقانون مناهضة العنف الاسري لسنة 2019 لم ير النور لحد الآن لعد وجود موافقة من البرلمان العراقي عليه وتضمن قانون مناهضة العنف الاسري المرفوع لمجلس النواب لغرض المصادقة في مجمله أمور جيدة اجتماعيا لكنها تحتاج عناصر أساسية للنجاح. اما تجريم الاعتداء الواقع على الأولاد من قبل ذويهم فلم يتم التطرق إليه من قبل المشرع الجنائي بشكل مستقل وإنما يرجع بذلك الى المبادئ العامة في تجريم الفعل فقد منح القانون الحماية الجنائية لحياة الانسان وسلامة بدنه وبضمنهم القاصرون في الباب الاول بفصول ثلاثة كان الفصل الاول يختص بتجريم القتل العمد ونص في المواد القانونية (405،406،407،409) والفصل الثاني نص على تجريم الضرب المفضي الى الموت والقتل الخطأ في المواد القانونية (410،411) وفي الفصل الثالث جرم الجرح والضرب والايذاء العمد في المواد القانونية (412،413،415،416) من القانون والذي تناول الايذاء والجرح والضرب الذي احدث عاهة مستديمة بقصد عمدي او دون قصد عمدي والايذاء الشديد والايذاء الخفيف والايذاء والاعتداء الناتج عن اهمال أو عونة أو عدم انتباه أو مراعاة للأنظمة والقوانين.(1)

محكمة التحقيق المختصة بقضايا العنف الأسري تنظر الجرائم ضمن الأسرة الواحدة، وما ينشعب من خلاف بين الأب واولاده أو الزوجة وزوجها وتتبع شأنها شأن بقية المحاكم الإجراءات ذاتها وتخضع للقواعد والقوانين العامة. وارتأت رئاسة مجلس القضاء الأعلى أن تكون في كل رئاسة استئناف محكمة مختصة بالعنف الأسري بعد أن شكلت مديرية في وزارة الداخلية مختصة بالعنف الاسري. ويقول قاضي التحقيق المختص بقضايا حماية الأسرة والطفل القاضي صباح صالح علي ان "أكثر المشتكين الذي يراجعون المحكمة من الزوجات حيث يطلبن الشكوى ضد أزواجهن بسبب التعنيف مع إبراز التقارير الطبية، لكن الغرض من شكوى المرأة ليس الاعتداء او حماية نفسها بل الغرض يكون غالبا لإقامة دعوى التفريق بالضرر في محاكم الأحوال الشخصية والتي تشترط وجود دعوى جزائية تثبت حالة الاعتداء."(3)



وعن القوانين التي تنظر المحكمة عبرها الدعاوى تابع القاضي "نحن نطبق قوانين العقوبات ما يخص الجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصر وتعريض الصغار والعجزة للخطر حيث ينص على قوانين عقابية متعلقة بالأسرة وهي قوانين رصينة حيث لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، ونحن نحاول ان نكيف القوانين على ضوء الواقع الموجود لتواكب التطور التكنولوجي الحديث من ناحية مشاكل العصر ودخول الانترنت والموبايل وغيرها من وسائل التواصل الاجتماعي"، لافتا إلى ان "أكثر الدعاوى ممن هم في مقتبل العمر ومن لم يمض على زواجهم سنوات قليلة." (4)

## 2- الأعراف العشائرية و تأثيرها على الاسرة العراقية

يمثل الموروث الاجتماعي من التقاليد والأعراف التي تمارس في ظل العلاقات الاجتماعية والتي تتحكم في بنية المجتمع وقراراته وتتميز بالثبات والقبول عند اغلب أبناء المجتمع وليس من السهولة بمكان محاولة تغييرها أو تبديلها، وهي ما يطلق عليها بالمجتمعات المحافظة التي لا تتأثر بالحدائث والتغيرات الجارية في دول أخرى. والمجتمع العراقي هو واحدا من تلك المجتمعات المتمسكة بشده بالتقاليد والأعراف العشائرية. ولقد كان للأعراف العشائرية ولايزال دورا كبيرا في حياة المجتمع العراقي وخاصة في مجال العلاقات القانونية بين الافراد فللاعراف العشائرية تاثير كبير في مجال الافلات من العقوبة او فرض الزواج بالاكراه او اعتبار الزواج بالاكراه وسيلة لحل الخلافات . ولقد فطن المشرع الدستوري العراقي لهذا الدور المهم للعشائر في العراق فاكد على النهوض بدورها الايجابي ولكنه في الوقت نفسه اكد على وجوب احترامها للمبادئ العليا الاساسية التي تقوم عليها المجتمعات الانسانية المتحضرة الا وهي الدين والقانون وحقوق الانسان . لذا جاء هذا البحث محاولة بسيطة للتعرف على الاشكالية القائمة في المجتمع العراقي حول وجود اعراف عشائرية لها تاثير كبير على الافراد وخاصة علاقتهم القانونية مع بيان دور القانون والدستور في ضبط هذه الاعراف والنهوض بها في مصلحة الافراد والمجتمع , لذا اثرتنا البحث في هذا الموضوع في ثلاثة مباحث:

### المبحث الاول : الاعراف العشائرية في دستور العراق 2005

لم يرد ذكر الاعراف العشائرية في دساتير العراق المتعاقبة منذ دستور العراق 1925 وحتى دستور العراق النافذ 2005 , ولكن عندما كان العراق تحت الاحتلال البريطاني أصدر القائد البريطاني للحملة العسكرية لاحتلال العراق نظام دعاوى العشائر لسنة 1918 - باللغة الانجليزية، والمترجم إلى العربية ترجمة غير دقيقة - الذي بموجبه تم تحويل الأعراف والعادات العشائرية المتعلقة بالمنازعات إلى قواعد قانونية، وخوّل وزير الداخلية آنذاك تطبيقه، واكتسبت نصوصه صفة القانون بموجب المادة 114 من القانون الأساسي العراقي الصادر سنة 1925، التي تنص على: (جميع البيانات والنظامات والقوانين التي اصدرها القائد العام

للقوات البريطانية في العراق .... التي مضت بين اليوم الخامس من تشرين الثاني سنة 1914 وتاريخ تنفيذ هذا القانون تعتبر صحيحة من تاريخ تنفيذها...) وقد قسم النظام الدعاوى العشائرية أي النزاعات والخصومات التي تحدث بين أبناء العشائر الى ثلاثة اقسام (5)

القسم الاول ينعقد فيها الاختصاص للقضاء حيث تتولى المحاكم الفصل فيها.  
القسم الثاني يتولى الحاكم البريطاني ومعاونوه سلطة الفصل فيها..  
اما القسم الثالث والآخر فهي يتم النظر فيها من قبل المجلس العشائري وهذا يعني ان المجلس يختص بالقليل من دعاوى العشائر.

المبحث الثاني: اثر الاعراف العشائرية على قانون العقوبات والقضاء الجنائي العراقي  
المبحث الثالث: الاكراه على الزواج بين الشريعة والقانون والاعراف

واذا كان اول تشريع انتخابي طبق في العراق الصادر سنة 1908 لم يذكر العشائر فان نظام الانتخابات لسنة 1922 اعطى العشائر عدداً من المقاعد الانتخابية بين مقعد الى مقعدين لكل محافظة فانه تم الغاء ذلك بصدور قانون الانتخاب لسنة 1924 وان كان هنالك عرف دستوري جرى طوال الحكم الملكي بتعيين عدد من شيوخ العشائر في مجلس الاعيان حتى 1958 حيث تم الغاء النظام الملكي. هذا المجلس الذي يشكل مع مجلس النواب السلطة التشريعية وان كانت المادة 88 من الدستور الملكي لسنة 1925 قضت بتشكيل محاكم للفصل في قضايا العشائر الجزائية والمدنية بحسب عاداتهم المألوفة لكن هذه المحاكم لم يتم تأسيسها في النظام القضائي لانه اشترط صدور قانون خاص وهو ما لم يصدر.

إلا أن حركة المجتمع وتطوره المستندة إلى العمل الدؤوب للشعب العراقي، دفعت المشرع إلى إصاق الكثير من الذبول في النظام المذكور. والذيل في المصطلح القانوني آنذاك يعني التعديل. فيقال ذيل القانون أي تعديله. ومن تلك الذبول المهمة هو ما صدر سنة 1933 الذي حصر تطبيقه خارج حدود البلديات، أما داخل حدود البلديات فتتولاها المحاكم النظامية. واستمرت مواده بالسقوط الواحدة تلو الأخرى حتى جاءت ثورة 14 تموز 1958 وقضت على البقية المتبقية من أحكامه. انسجاماً مع المطالبات المستمرة، وزيادة وعي المواطنين، وشعور الدولة بأن هذا النظام لا ينسجم مع الادعاء بأن الدولة تنزع نحو التقدم والحضارة، وعلى اعتبار ان النظام المذكور قد سُنّ في ظروف استثنائية تتعلق بالاحتلال البريطاني ورؤيته السياسية.

اما في دستور العراق النافذ دستور 2005 فقد نصت المادة (45) ثانياً (: تحرص الدولة على النهوض بالقبائل والعشائر العراقية وتهتم بشؤونها بما ينسجم مع الدين والقانون وتعزز قيمها الانسانية النبيلة وبما

يساهم في تطوير المجتمع وتمنع الاعراف العشائرية التي تتنافى مع حقوق الانسان). ومن خلال هذا النص الدستوري نجد ان المشرع الدستوري العراقي يؤكد على مجموعة من الامور المهمة ومنها ان اهتمام الدولة بشؤون العشائر والقبائل لا بد ان ينسجم مع المبادئ العليا الاساسية وهي الدين والقانون وحقوق الانسان وبالتالي ليس للعشيرة او القبيلة اقتراف كل فعل يشكل مخالفة للدين والقانون وحقوق الانسان.(5)

#### 4- الاحزاب الدينية ومعارضتها لإصدار قانون العنف الاسري

لا يملك العراق حتى الآن أيّ قانون يحمي المرأة والطفل من العنف الأسري، على الرغم من حوادث تقع بين حين وآخر، لا سيّما ما يتعلق بمقتل عشرات النساء في جنوب البلاد من جزاء التعنيف. ويأتي ذلك تحت مسميات وتبريرات عدّة، منها جرائم الشرف والموت المفاجئ وغيرها للإفلات من العقوبات القضائية. في الدورات البرلمانية السابقة في العراق، لم تنجح جهود القوى المدنية الشعبية ولا أصوات النواب العلمانيين الذين لم يتخطّ عددهم الخمسة طوال الأعوام الماضية، في تمرير قانون "الحماية من العنف الأسري" بسبب الكتل الإسلامية ومنها التابعة لـ "حزب الدعوة الإسلامية العراقي" و "حزب الفضيلة الإسلامية العراقي" اللذين يجدان في القانون تعارضاً مع مبادئ الإسلام في تربية الزوجة والأولاد. مجدداً، أثير "قانون الحماية من العنف الأسري" عبر لجنة المرأة والأسرة والطفولة في البرلمان، لكنّه ما إن طُرح للقراءة الأولى حتى تمّ تأجيل المناقشة فيه، علماً أنّ القانون معتمد من قبل حكومة إقليم كردستان العراق. وخلف طرح القانون مجدداً سلسلة ردود فعل في بغداد، منها مؤيدة وهي الأضعف، ومنها معارضة وهي الأقوى إذ إنّها الأكثر. ومن نماذج رفض مشروع القانون، البيان الأخير لرئيس "كتلة النهج الوطني" عمار طعمة، الذي أشار فيه إلى أنّ المشروع يحوي "مضامين خطيرة على استقرار العائلة المسلمة العراقية ويستنسخ تجارب غريبة لتطبيقها، وأنّ رعاية الأولاد وحمائتهم يترتب عليه فصل الابن أو البنت القاصرين من مسكن أبويهما ونقلهما إلى مركز إيواء بعيداً عن متابعة ورعاية والديهما، ويجعلهما في معرض خطر سيطرة الغرباء وأخطار الانخراط في علاقات مريبة مع ذوي الشذوذ الأخلاقي ومدمني المخدرات ومرتادي أماكن الرذيلة". أضاف طعمة في بيانه أنّ "القانون يدعو إلى أنّ أيّ خلاف أو إشكال يقع بين أفراد العائلة يتحوّل إلى موضوع في المحكمة، وهل تستقر العائلة المبنية علاقتها على المودة والتراحم إذا استبدلت مساعي الصلح والإصلاح الأسري بشكاوى ومراكز الشرطة".

من جهتها، تقول هيفاء الأمين وهي عضوة في لجنة المرأة والأسرة والطفولة في البرلمان العراقي، لـ "العربي الجديد"، إنّ "التأجيل الأخير لقراءة مشروع قانون الحماية من العنف الأسري جاء بطلب رسمي من اللجنة، لأنّ ما عُرض في البرلمان كان النسخة القديمة من مشروع القانون التي أعدت في عام 2015. وقد أدخلت

تعديلات من دائرة تمكين المرأة العراقية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء، من أجل تدعيم القرارات وأُرسلت إلى مجلس القضاء الأعلى". تضيف الأمين أنّ "ثمة سوء فهم لمشروع القانون من قبل إسلاميين يرون أنّه يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وهذا أمر غير منطقي. ومجلس القضاء الأعلى، بحد ذاته، أقرّ بأنّ القانون لا يتعارض مع أيّ نص ديني". وتتابع الأمين أنّ "العمل مستمرّ من أجل تمرير مشروع القانون، مع علمنا بأنّ اعتراضات كثيرة سوف تواجهنا من قبل الإسلاميين. لكنّ ثمة دعماً كبيراً للقانون من قبل رئاسة مجلس النواب وكتل كبيرة في البرلمان، بالإضافة إلى دعم رئاستي الجمهورية والوزراء وبعض المرجعيات الدينية التي ترفض العنف في داخل الأسرة، فالقانون لا يقتصر على المرأة فقط إنّما يشمل الحماية من العنف ضدّ الطفل والأشخاص ذوي الإعاقة".

في السياق، يؤكد عضو في مفوضية حقوق الإنسان (هيئة حكومية) فضّل عدم الكشف عن هويته لـ"العربي الجديد"، أنّ "العنف موجود بشكل كبير في المجتمع العراقي، وإقرار هذا القانون سوف ينظم أحكام قضايا العنف في المحاكم، إذ إنّ المحاكم العراقية لا تعرف كيف تتعامل مع ضحايا العنف الأسري ومرتكبيه على حدّ سواء". ويوضح أنّ "سبب التأخير هو الاعتراضات البرلمانية من قبل الإسلاميين الذين يصنّفونه قراراً غريباً كُفرياً، وهذا أمر غير صحيح، مع الإشارة إلى أنّ قوانين جرائم المعلوماتية والإلكترونيات هي قوانين غريبة إلا أنّها لا تشهد أيّ اعتراض عليها". يضيف المصدر نفسه أنّ "أكثر ما يقلق منظمات المجتمع المدني والمنظمات الحقوقية وحتى منظمة حقوق الإنسان، هو عدم امتلاكها إحصاءات رسمية لعدد المعتنقين من قبل أسرهم. فوزارتنا الداخلية والعدل تُداران من قبل إسلاميين يظنّون أنّ ضرب الزوجة وتعنيف الأولاد أمور صالحة وجزء من التربية. لكنّنا حصلنا معلومات تفيد بأنّ فرداً واحداً أو اثنين من بين خمسة أفراد في الأسرة العراقية يتعرّضان للعنف". (6)

أمّا الحقوقية العراقية رواء الموسوي، فتقول لـ"العربي الجديد" إنّ "البرلمان كان يعتمد إلى تأجيل مناقشة القانون في خلال الأعوام والدورات الماضية بسبب المعارضين الذين يتحرّكون بناءً على خلفياتهم الدينية والمؤمنين بالسلطة الذكورية، مع العلم بأنّ بلداناً عربية عدّة تعتمد مثل هذا القانون وكذلك الحال في إقليم كردستان العراق. ولو طبّق القانون فإنّه سوف يكون رادعاً للرجال العنيفين مع زوجاتهم وأخواتهم، والأمر ينطبق على الأطفال كذلك". تضيف الموسوي أنّ "في حال إقرار القانون، فإنّ الحكومة سوف تُجبر على توفير دور إيواء للنساء المعنفات وإنقاذ الضحايا ومحاسبة المتورّطين، خصوصاً أنّ التعنيف في العراق وصل إلى مراحل متفاقمة. في جنوب البلاد على سبيل المثال، تُسجّل حوادث تُؤدّي إلى الوفاة، لكن سرعان ما يتمّ تدارك الأمر والقول إنّها جرائم شرف". وتلفت الموسوي إلى أنّ "تطبيق القانون وإقراره لا يعينان انتهاء العنف الأسري، إلا أنّ نتائجه سوف تظهر على المدى البعيد وسوف تُرفَع قضايا أمام المحاكم من قبل أطفال

ونساء وحتى رجال في بعض المناطق". وتوضح أنّ "القانون سوف يدعم المحاكم بقوانين مختصة بمثل تلك الحوادث لتنظيم عملها، لأنّها حالياً تعتمد على قوانين العقوبات العامة".

أعرب بعض نواب البرلمان عن قلقهم من احتمال أن يكون مشروع القانون ضد مبادئ إسلامية. لكن منظمات حقوق المرأة وبعض النواب الآخرين اجتمعوا في فبراير/شباط 2017 مع رجال دين بارزين في النجف، جنوب بغداد، وتوصلوا لعدم وجود اعتراضات على المشروع. كما أن معظم الدول ذات الأغلبية المسلمة خارج الشرق الأوسط وشمال أفريقيا اعتمدت تشريعات مماثلة. بالنسبة إلى الناشط مصطفى الصوفي، فإنّ "مشكلات القوانين العراقية متعلقة بالتطبيق والتزام المجتمع بها وتقديم الأفراد الشكاوى واعتمادهم على القضاء". ويشير لـ"العربي الجديد" إلى أنّ "الحقوقيين يرون أنّ مسائل العنف الأسري قابلة للمعالجة بالقوانين الحالية عبر تفسير المحاكم، لكنّهم لا يخفون أنّ عدم اللجوء إلى القضاء حالة سائدة في المجتمع العراقي الذي يميل إلى حلّ المشكلات عشائرياً". يضيف الصوفي أنّ "وضع قانون مفصل حول العنف سوف يكون إيجابياً في اتجاه حماية الأفراد من العنف الأسري، لكنّ المشكلة تتمثل بكيفية كسر الأعراف والتقاليد التي تمنح صلاحيات مطلقة لأولياء الأمور بضرب أبنائهم أو الزوج بضرب زوجته، بالإضافة إلى التحدي الاجتماعي المتعلق بتقديم شكاوى قضائية ضدّ الزوج أو الأب أو الأم كون هذا الأمر مخالفاً للأعراف والأخلاقيات الاجتماعية في العراق". (8)

يعرف العنف الأسري بأنه الإساءة الأسرية وهو شكل من أشكال التصرفات المسيئة الصادرة من قبل أحد أو كلا الشريكين في العلاقة الزوجية أو الاسرية. وله عدة أشكال منها الاعتداء الجسدي (كالضرب، والركل، والعض، والصفع. والرمي بالأشياء وغيرها). أو التهديد النفسي كالاعتداء الجنسي أو الاعتداء العاطفي، السيطرة أو الاستبداد أو التخويف، أو الملاحقة والمطاردة. أو الاعتداء السلبي الخفي كالإهمال، أو الحرمان الاقتصادي، وقد يصاحب العنف الأسري حالات مرضية كإدمان الكحول والأمراض العقلية. لا يقتصر العنف الأسري على الإساءات الجسدية الظاهرة بل يتعداها ليشمل أموراً أخرى كالتهديد للخطر أو الإكراه على الإجرام أو الاختطاف أو الحبس غير القانوني أو التسلل أو الملاحقة والمضايقة. وتكمن خطورة العنف الأسري لما قد يترتب على العنف المنزلي من ردود أفعال مختلفة لدى الضحايا، وتشمل العواقب الرئيسية لتجريم العنف المنزلي قضايا الصحة البدنية مثل كسور العظام، إصابات الرأس، تمزقات، ونزيف داخلي هذه بعض التأثيرات الحادة التي تحدث وتطلب العناية الطبية والنفسية والعقلية ومشاكل صحية جسدية مزمنة وإن افتقار الضحية الكامل للموارد المالية يؤدي به إلى الوقوع في براثن الفقر والتشرد وغيرها من الآثار التي لا تعد ولا تحصى.

ومن المرجح أن يواجه الأطفال الذين نشأوا في أسر ينتشر فيها العنف طائفة من الاضطرابات السلوكية والعاطفية يمكن أن تؤدي بهم إلى اقتراف ذلك العنف أو الوقوع ضحية له في مرحلة لاحقة من حياتهم. وتم الكشف أيضاً عن وجود علاقة بين العنف الممارس من قبل الشريك المعاشر وارتفاع معدلات وفيات الاطفال الرضع وزادت معدلات إصابتهم بالأمراض (مثل أمراض الإسهال وحالات سوء التغذية). وتكمن أهمية تناول الموضوع بسبب شيوع العنف في المجتمع العراقي حيث تشير نتائج الاحصائيات والتي سنذكرها لاحقاً إلى انتشار العنف في الأسرة بأشكاله ومستوياته لدرجة يقال معها ان الأسرة العراقية أصبحت من أكثر مؤسسات العنف في المجتمع. هذا من جانب ومن جانب اخر سهولة ارتكاب العنف في الأسرة وصعوبة اكتشافه بسبب حساسية الموضوع مما يترتب عليه انخفاض معدلات الإبلاغ وإنكار حدوث العنف.

والتساؤل الذي يثار هنا هل يتمتع (المعنف) بأي حماية دستورية وقانونية للحماية من التعرض للعنف مجدداً؟

خصص دستور العراق النافذ المادة (29) للأسرة :

أولاً. أ. الأسرة اساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والاخلاقية والوطنية .  
ب . تكفل الدولة حماية الامومة والطفولة والشيخوخة، وترعى النشئ والشباب وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم .

ثانياً. للأولاد حقُّ على والديهم في التربية والرعاية والتعليم، وللوالدين حق على اولادهم في الاحترام والرعاية، ولاسيما في حالات العوز والعجز والشيخوخة .

ثالثاً. يحظر الاستغلال الاقتصادي للأطفال بصورة كافية، وتتخذ الدولة الاجراء الكفيل بحمايتهم .  
رابعاً. تُمنع كل اشكال العنف والتعسف في الاسرة والمدرسة والمجتمع).

إنطلاقاً من نص المادة (29) من الدستور يثار التساؤل الاتي : أين حقوق المرأة والطفل داخل الأسرة العراقية ؟

بحسب مسح صحة الأسرة العراقية للمدة 2007-2016 (IFHS) ذكرت بأن واحدة من كل 5 نساء عراقيات تتعرض للعنف الأسري البدني، وتوصلت دراسة لوزارة التخطيط صدرت عام 2012 الى أن 36 بالمئة على الأقل من النساء المتزوجات أبلغن بالتعرض لشكل من أشكال الأذى النفسي من الأزواج، وأبلغت 23 بالمئة بالتعرض لإساءات لفظية، وأبلغت 6 بالمئة بالتعرض للعنف البدني، و 9 بالمئة للعنف الجنسي. وفي حين لا تتوفر دراسات وطنية أحدث، تستمر منظمات حقوق المرأة في الكشف عن معدلات عالية للعنف الأسري. إضافة إلى حالات الاعتداء التي لاتعد ولاتحصى على الاطفال من قبل أحد الابوين

داخل الاسرة العراقية والتي دونت في سجلات محاكم الأحوال الشخصية والجنايئة الأمر الذي ولد مخاوف من تفاقم الظاهرة في ظل غياب القوانين الرادعة.

لابد من الإشارة إن العنف لايعني فقط الضرب والاعتداء الجسدي، وإنما أيضاً العنف (النفسي، الجنسي، الاجتماعي، الاقتصادي والمادي)، فالعنف الجسدي: هو العنف الأكثر شيوعاً، لأن دلالاته واضحة، ولكن بالتأكيد هناك أنواع أخرى من العنف لا تقل تأثيراً عنه، مثل العنف النفسي: الذي يشمل كل المحاولات لإحباط الآخر والإقلال من أهميته وإهانته المتكررة، أما العنف الجنسي: فقد تداخلت فيه الكثير من الأمور مثل: المهجر وعدم التقرب، الإزدراء والتهكم على التغيرات الفسيولوجية واستغلالها للحظ من قدر الشريك، والعنف هنا يكمن بالإمتناع والإبتعاد، أو الإجبار على الفعل الجنسي رغم عدم توفر الرغبة لدى الآخر، ويأتي بعده العنف الاجتماعي: الذي تقوم به المجموعة من عزل واضطهاد وازدراء اجتماعي، وأخيراً العنف الاقتصادي والمادي: وهو العنف الذي يمارس ضمن إطار العائلة. استناداً إلى هذه المعطيات كان لابد على المشرع العراقي أن يأخذ الموضوع على محمل الجدية والأهتمام والأسراع في وضع تشريع يحد من العنف الأسري. وفعلاً تم طرح مشروع قانون الحماية من العنف الأسري من قبل لجنة المرأة والاسرة والطفولة البرلمانية عام 2015 على مجلس النواب وتم قراءته للمرة الأولى والثانية في جلسته الاعتيادية الرابعة للفصل التشريعي الثاني من السنة التشريعية الثالثة للدورة النيابية الثالثة التي عقدت برئاسة الدكتور سليم الجبوري رئيس المجلس وبحضور 222 نائباً اليوم الأثنين 2017/1/16، ونحن نناشد مجلس النواب للأسراع في تشريع هذا القانون لضرورته الملحة والحد من هذه الجرائم بحق الاسرة العراقية. إلا إن هذا المشروع أختص بحماية المرأة فقط داخل الاسرة ولم يشر إلى الطفل داخل الاسرة وكان من الاجدر أن يشمل القانون المرأة والطفل كون الطفل يحتاج إلى الحماية أكثر من المرأة فهو كائن لا حول له ولا قوة.

## 5- دور الدولة العراقية في حماية الاسرة من العنف الاسري

إن الأسرة تساهم مساهمة فعالة في تحقيق الأمن للمجتمع خاصة إذا كانت قائمة على أسس متينة فأثراً ستؤثر تأثيراً فاعلاً في ترسخ مقومات الأمن الاجتماعي ومن ثم استقرار الحياة الاجتماعية وازدهارها وهي خط الدفاع الأول وصمام الأمان للمجتمعات المتحضرة وان إي تهديد يواجه الأسرة من خلال العنف الأسري بالنهاية يؤدي الى تهديد المجتمع بأكمله. إن الروابط الأسرية الصحيحة بين أفراد الأسرة وخاصة بين الزوج وزوجته لا يمكن إن تجرد سندها إلا فيما انزله الله سبحانه وتعالى من الشرائع الضابطة للمسار الصحيح الذي يصلح حال الشعوب إضافة الى مدى الإمكانية الثقافية والاقتصادية والاجتماعية لتلك

الشعوب وان العنف الاسري هو اشهر أنواع العنف البشري انتشاراً. وانطلاقاً من دور وزارة الداخلية في تكريس الأمن بمفهومه الاجتماعي الشامل بما فيه حماية الاسرة وخاصة المرأة والطفل من كافة اشكال العنف الاسري قامت باستحداث مديرية حماية الاسرة والطفل من العنف الاسري وأقسامها المنتشرة في بغداد والمحافظات لتمارس دورها الإنساني والاجتماعي للحد من العنف الاسري من خلال تشخيص المشكلة بشكل علمي وإيجاد الحلول المناسبة لها واتخاذ الإجراءات القانونية وفق القانون حيث يتولى ذلك ضباط متخصصون حاصلون على شهادات في علوم النفس والاجتماع والقانون والعلوم الأخرى ذات الصلة بالأسرة ومن كلا الجنسين. ان منتسبي هذه المديرية يعاهدون عوائلنا العراقية بأنهم سيبذلون كل جهودهم في سبيل الحد من العنف الاسري ومد يد العون لاعادة العوائل التي تعاني من هذه الظاهرة الى مسارها الصحيح

### استحداث مديرية حماية الأسرة والطفل من العنف الأسري

انسجماً مع حقوق الأسرة وخاصة المرأة والطفل التي كفلها الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 في المواد (14,15, 29,30) والمواد الأخرى والتي تعتبر الأسرة أساس المجتمع وتحافظ الدولة على كيانها وقيمتها الدينية والأخلاقية وتعطي الفرد الحق في الحياة والأمن والحرية وتمنع كافة إشكال العنف والتعسف والتمييز بكل إشكاله وتماشياً مع المعاهدات والاتفاقات التي انظم العراق إليها والتي تتعلق بهذا الشأن ولخصوصية الأسرة والمرأة والطفل وبما يتلائم مع حقوق الإنسان والمعايير والمواثيق الدولية بهذا الخصوص . قامت وزارة الداخلية وبناءً على توصية اللجنة العليا لحماية الاسرة المشكله بموجب الامر الديواني (80) لسنة 2009 باستحداث مديرية حماية الاسرة والطفل من العنف الاسري حيث اصبحت هذه الدائرة احدى مؤسسات وزارة الداخلية وتضم حالياً مقر المديرية و(16) قسم اثنان في بغداد الكرخ والرصافة وقسم في كل محافظة وتختص هذه المديرية بقضايا العنف الاسري وهو الاعتداء الجسدي او الجنسي او النفسي او الفكري او الاقتصادي الذي يرتكب او يهدد بأرتكابه من اي فرد من افراد الاسرة ضد الاخر ويكون اما (جنحة او جناية او مخالفة) وفقاً للقانون .

### أهداف مديرية حماية الأسرة والطفل من العنف الأسري

1. حماية افراد الاسرة وخاصة النساء والاطفال من كافة اشكال العنف الاسري بما يضمن للفرد الحياة والأمن والحرية.
2. التعاون مع الوزارات والأجهزة الرسمية ومنظمات المجتمع المدني للحد من ظاهرة العنف الاسري والوصول الى مجتمع امن وخال قدر الامكان من العنف الاسري.



3. إنشاء قاعدة بيانات مركزية لإدخال وتحليل وإعداد التقارير الخاصة بالعنف الاسري حيث تشكل هذه البيانات مؤشرات واقعية للاستفادة منها في بناء وتطوير السياسة العامة للحد من العنف الاسري.
4. تأسيس شبكة اتصالات مع المؤسسات الحكومية ومنظمات المجتمع المدني التي تعنى بهذا المجال لتبادل الخبرات وتقديم البحوث والدراسات بهذا الخصوص.
5. التواصل مع الدول المتقدمة في هذا المجال من خلال الزيارات الميدانية والورش التدريبية لاكتساب الخبرة والتعرف على افضل الوسائل العلمية الحديثة في الحد من ظاهرة العنف الاسري بما يتلائم مع طبيعة المجتمع العراقي.
6. توعية افراد المجتمع عبر وسائل الاعلام حول ضرورة حماية الاسرة وخاصة النساء والاطفال من كافة اشكال العنف الاسري وبيان مخاطره على امن المجتمع.
- . النسب المئوية التي تخص أنواع القضايا التحقيقية مصنفة حسب نوع الاعتداء داخل الأسرة والتي سجلت في أقسام حماية الأسرة والطفل من العنف الأسري في بغداد والمحافظات لعام 2014

ت	نوع الاعتداء	النسبة المئوية
1	اعتداء الزوج على الزوجة	54%
2	اعتداء الزوجة على الزوج	7%
3	الاعتداء ما بين الإخوان والأخوات	5%
4	اعتداء الأبناء على الأب والام	6%
5	اعتداء الأب والام على الأبناء	12%
6	أخرى تذكر	16%
7	المجموع الكلي	100%

نوع الاعتداء والنسب المئوية لعام 2014 ولكل الأقسام %  
الاستراتيجيات والاتفاقات الدولية والقوانين ذات الصلة بالاسرة  
أقرّ مجلس الوزراء بجلسته الثامنة الاعتيادية الإستراتيجية الوطنية لمناهضة العنف ضد المرأة في العراق "2013  
2017". "إقرار هذه الإستراتيجية يعتبر خطوة مهمة للحكومة العراقية فيما يتعلق بمواجهة العنف ضد  
المرأة، وهي توفر المعطيات الكافية لصانعي القرار لغرض تأمين الشفافية وتصويب المسار عند تطبيق كل  
ما يتعلق بقضايا وحقوق المرأة في العراق ورفع الأذى عنها عبر تنفيذ الإستراتيجية على المدى القريب  
وتتكون من أربعة فصول، يتناول الفصل الأول مقومات بناء إستراتيجية لمناهضة التمييز السلبى والعنف

ضد المرأة، ويركز الفصل الثاني على واقع التمييز السليبي والعنف ضد المرأة في العراق وأشكالهما وأسباب العنف ضد المرأة والضوابط المجتمعية المشجعة على التمييز السليبي، ويعرض الفصل الثالث منظور إستراتيجية التمييز السليبي والعنف في العراق من خلال مراجعة الإطار القانوني والتشريعي و الفصل الرابع يركز على الإطار والآليات المؤسساتية لتنفيذ الإستراتيجية المناهضة للتمييز السليبي والعنف ضد المرأة ودور المؤسسات الحكومية والمجالس المنتخبة على المستوى الوطني والمحلي ، ودور المجتمع المدني ووسائل الإعلام، وأخيرا الخاتمة التي تمحورت حول إطار عام للتدخل من اجل التغيير ومحور للتعاون والتنسيق والالتزام". واعتمدت الإستراتيجية على وثائق وطنية مهمة منها الخطة الوطنية الخمسية للتنمية (2010-2014) وكذلك الإستراتيجية الوطنية للتخفيف من الفقر (2010-2014) والخطة الوطنية لحقوق الإنسان (2011) والمسح الاجتماعي والصحي للمرأة العراقية (2011) كما تركز أيضا على التزامات العراق الدولية في إطار عضوية الدولة العراقية في الأمم المتحدة، كإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق والمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان التي صادق العراق عليها بما في ذلك اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) فضلا عن خطط عمل المؤتمرات الدولية ( فينا 1993، القاهرة 1994 وبيجينغ 1995)

#### اتفاقية (سيداو)

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) (The Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman)

هي معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة وتم عرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 180/34 في 18 ديسمبر 1979. وتوصف بأنها وثيقة حقوق دولية للنساء. ودخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1981 وتتكون الاتفاقية من 5 أجزاء تحوي في مجملها 30 بنداً. وتعرف الاتفاقية مصطلح التمييز ضد المرأة بما يلي (أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من إثارة أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر ، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها ، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل. ومن الجدير بالذكر ان العراق صادق على اتفاقية سيداو و انضم اليها حسب قانون (66) عام 1986، وقبل مصادقة العراق على الاتفاقية وضع تحفظاته عليها . ان المصادقة على أي اتفاقية دولية تعني أن أحكام الاتفاقية أصبحت جزءا من التشريع الوطني وهذا يعني أنه على أي دولة أن تراجع قوانينها الوطنية قبل المصادقة على الاتفاقية الدولية، كي تتأكد أن القوانين الوطنية متوافقة مع المبادئ والأحكام التي تنص عليها الاتفاقية، حتى لا تؤدي المصادقة إلى تنازع القوانين على المستوى الداخلي للدولة المصادقة. و تجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي أعطى الحق للدول بالتحفظ على مواد

معينة لا تتوافق مع المفاهيم العامة أو السياسة العامة للدولة المصادقة لكن التحفظ لا يجوز أن يمسّ في أي حال من الأحوال الغرض الأساسي الذي وضعت الاتفاقية من أجله، أو روحية الاتفاقية التي تتمثل بالمبادئ العامة للاتفاقية. وفيما يخصّ العراق، فقد تم التحفظ قبل المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على المادة 2 (الفقرتين و ، ز)، والمادة 9 ، والمادة 16. و لحد الان لم يصادق على البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية الذي يعطي حق الشكوى الى الجمعية العامة للأمم المتحدة.

يعتبر قانون الأحوال الشخصية من القوانين المهمة التي لها مساس مباشر بالأسرة وخاصة المرأة والطفل ويضع القواعد القانونية التي تنظم الزواج والطلاق والنفقة والعدة والحضانة والنسب وغيرها من الأمور التي لها علاقة بالأسرة إن المشرع العراقي بذل جهد كبير في تشريع قانون الأحوال الشخصية النافذ المرقم 188 في 1959 لضمان صيغة دقيقة ومحكمة بعيداً من النقص والخلل والغموض وقد نجح في ذلك إلى حد كبير بالرغم من وجود بعض الملاحظات التي أشرت من بعض المتخصصين في هذا المجال . نرى إن يكون أفراد الأسرة على دراية وعلم لبعض النصوص التي لها أهمية كبيرة في حياتهم الخاصة وهي إحكام الزواج والخطبة وأركان العقد وشروطه واهلية الزواج وتسجيل عقد الزواج وإثباته و الحقوق الزوجية وأحكامها و نفقة الزوجة و انحلال عقد الزواج والطلاق والتفريق القضائي والتفريق الإختياري (الخلع) واحكام العدة واحكام الرضاع والحضانة ونفقة الفروع والأصول والأقارب وسيتم التطرق اليها بالتفصيل في وقت لاحق

### قانون العقوبات العراقي

لغرض رفع الوعي القانوني للأسرة وخاصة المرأة وتنشيط دورها ومشاركتها في تعميق الأمن والسلام لابد من التعريف بمواد قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969 المعدل وخاصة بما يتعلق بالعنف القائم على أساس النوع الاجتماعي والحماية منة لذا نرى إن الرجل والمرأة يجب إن يكونا على دراية بسيطة ببعض المواد القانونية التي جاءت في القانون أعلاه التي لها علاقة وطيدة بالأسرة والتي تؤمن حماية وضمانة قانونية للرجل والمرأة على حد سواء وتلك المواد هي الجرائم التي تمس الأسرة والإجهاض والجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصرين والجرائم الماسة بحياة الإنسان وسلامة بدنه والمخللة بالأخلاق والآداب العامة وغيرها من المواد القانونية وسيتم تناولها بالتفصيل في وقت لاحق .

### قانون رعاية الأحداث العراقي المرقم 76 لسنة 1983 المعدل

يهدف قانون رعاية الأحداث المرقم 76 لسنة 1983 المعدل الى الحد من ظاهرة جنوح الاحداث من خلال وقاية الحدث من الجنوح وتكليفه اجتماعيا وفق القيم والقواعد الاخلاقية للمجتمع . يعتمد القانون على

الأسس الرئيسية لتحقيق أهدافه والتي تتمثل الاكتشاف المبكر للإحداث المعرضين للجنوح وكذلك مسؤولية الأولياء في حالة الإخلال بواجباته اتجاه الأبناء ومساهمة المنظمات مع الجهات المختصة في وضع الخطط ومتابعتها لرعاية الاحداث كما نصت المادة 2 منه .

يعتبر الصغير من لم يتم التاسعة من عمره والحدث الذي أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة مشردا إذا تسول أو تصنع الإصابة أو العاهة أو استعمل الغش أو مارس مهنة تعرضه للجنوح أو لم يكن له محل إقامة أو اتخذ الأماكن العامة مأوى له أو ليس له وسيلة مشروعة للتعيش وليس له ولي أو مرب أو ترك منزل وليه بدون عذر أو الصغير الذي يعمل مع غير ذويه. وهناك حالات يعتبر فيها الحدث والصغير منحرف السلوك إذا قام بإعمال في أماكن الدعارة أو القمار أو شرب الخمر. أو خالط المشردين أو الذين اشتهر عنهم سوء السلوك. أو كان مارقا على سلطة. وفي تلك الحالات المذكورة يقوم قاضي التحقيق باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة 26 منه. وقد حدد القانون مسؤولية الأولياء وفرض عليهم عقوبات بالغرامة أو الحبس في حالة ارتكابهم إهمالا أدى الى تشرد أو انحراف سلوك الحدث أو الطفل. وللمحكمة ان تقرر سلب الولاية على الصغير أو الحدث اذا حكم على الولي بجرمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة أو بإحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة البغاء وكان الصغير أو الحدث هو المجنى عليه في جميع هذه الجرائم . اما فيما يخص الضم للزوجين ان يتقدما بطلب مشترك الى محكمة الاحداث لضم صغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب إليهما. وعلى محكمة الاحداث قبل ان تصدر قرارها بالضم ان تتحقق من شروط وضعت لهذا الغرض .

ويعتمد القانون لتحقيق أهدافه الأسس الآتية :-

- أولا - الاكتشاف المبكر للحدث المعرض للجنوح لمعالجته قبل إن ينجح .
- ثانيا - مسؤولية الولي عن إخلاله بواجباته تجاه الصغير أو الحدث في حالة تعرضه للجنوح. ثالثا - انتزاع السلطة الأبوية إذا اقتضت ذلك مصلحة الصغير أو الحدث والمجتمع .
- رابعا - معالجة الحدث الجانح وفق أسس علمية ومن منظور أنساني.
- خامسا - الرعاية اللاحقة للحدث كوسيلة للاندماج في المجتمع والوقاية من العود .
- سادسا - مساهمة المنظمات الجماهيرية مع الجهات المختصة في وضع ومتابعة تنفيذ الخطة العامة لرعاية الإحداث. وسيتم شرح المواد أعلاه في وقت اخر.

### اللجنة العليا لحماية الاسرة والطفل من العنف الاسري.

شكلت هذه اللجنة بموجب الامر الديواني رقم 80 لسنة 2009 برئاسة وزير الدولة لشؤون المرأة وعضوية ممثلين عن الامانة العامة لمجلس الوزراء ووزارات الداخلية والعدل والصحة والعمل والتربية والتعليم وممثلين

عن منظمات المجتمع المدني . تعتبر هذه اللجنة هي الجهة المسؤولة عن السياسة العامة التي تخص الاسرة  
ورصد كافة الظواهر التي تخصها ووضع الحلول والتوصيات بشأنها وقد انبثقت مديرية حماية الأسرة والطفل  
من العنف الأسري بإحدى توصيات هذه اللجنة .

وتجدر الإشارة إلى أنّ المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ترتب على الدول  
المصادقة إرسال تقارير دورية عن مدى التزام الدولة المصادقة تنفيذ البنود التي تنص عليها الاتفاقية، وهذا  
ما يعرف بنظام متابعة تنفيذ الاتفاقية من اللجنة الدولية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد  
المرأة، والتي تضم 23 خبيراً دولياً ترشحهم دولهم، وتنتخبهم الجمعية العمومية للأمم المتحدة، وبعد انتخابهم  
يتوجب عليهم أن يعملوا كخبراء مستقلين، وبعد مناقشة الخبراء للتقرير الذي تكون الدولة المصادقة قد  
أرسلته إلى اللجنة الدولية، تصدر اللجنة ملاحظاتها الختامية التي تبدي فيها ترحيبها بالأمر الإيجابي،  
وقلقها من الأمور السلبية، وتدرج مكامن القلق لديها، وتوصياتها بشأن الأمور المتعلقة بتنفيذ الاتفاقية  
بنحوٍ فعال. و من الجدير بالذكر أنّ اللجنة لا تكتفي بالتقارير التي ترسلها الحكومات فقط، بل تتلقى  
وتدرس أيضاً تقارير ترسل من منظمات المجتمع المدني؛ وهذه التقارير تسمى بتقارير الظل، أو التقارير  
الموازية .

و تجدر الإشارة إلى أنّ العراق رفع إلى الأمم المتحدة بعد مصادقته على اتفاقية السيداو (صادق العراق  
عام 1986) أول تقرير عام، أي التقرير الأساسي أو الأولي عام 1990، ثم رفع تقرير إلى اللجنة الدولية  
لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عام 1998، وتم مراجعته من اللجنة في دورتها الثالثة  
والعشرين عام 2000، وهو تقرير جمع بين التقريرين الثاني والثالث. وتم رفع آخر التقارير المقدمة من العراق  
إلى اللجنة المعنية بالاتفاقية هو التقرير الجامع (الرابع والخامس والسادس) في شباط عام 2004.

### قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959

يعتبر قانون الأحوال الشخصية من القوانين المهمة التي لها مساس مباشر بالأسرة وخاصة المرأة والطفل  
ويضع القواعد القانونية التي تنظم الزواج والطلاق والنفقة والعدة والحضانة والنسب وغيرها من الأمور التي  
لها علاقة بالأسرة إن المشرع العراقي بذل جهد كبير في تشريع قانون الأحوال الشخصية النافذ المرقم 188  
في 1959 لضمان صيغة دقيقة ومحكمة بعيداً من النقص والخلل والغموض وقد نجح في ذلك إلى حد  
كبير بالرغم من وجود بعض الملاحظات التي أشرت من بعض المتخصصين في هذا المجال . نرى إن يكون  
إفراد الأسرة على دراية وعلم لبعض النصوص التي لها أهمية كبيرة في حياتهم الخاصة وهي إحكام الزواج  
والخطبة وأركان العقد وشروطه واهلية الزواج وتسجيل عقد الزواج وإثباته و الحقوق الزوجية وأحكامها و

نفقة الزوجة و انحلال عقد الزواج والطلاق والتفريق القضائي والتفريق الإختياري (الخلع) واحكام العدة واحكام الرضاع والحضانة ونفقة الفروع والأصول والأقارب وسيتم التطرق اليها بالتفصيل في وقت لاحق .

### مجلس النواب

وكان قدّم مجلس البرلمان العراقي مسودة لقانون العنف الأسري في عام 2015، إلا أن بعض الكتل السياسية العراقية اعترضت على عدد من فقرات القانون فأجلت التصويت عليه وطالبت بإدخال تعديلات جوهرية قبل تبني القانون وتمريه.

وفي تصريحات سابقة أكّدت النائبة السابقة ومقررة لجنة المرأة والأسرة والطفولة في مجلس النواب بدورته السابقة، ريزان الشيخ، ضعف الجانب التشريعي في موضوع حماية الأسرة من العنف. وقالت إنّ المسؤول الأول عن واقع ملف العنف الأسري هي السلطة التشريعية وخاصة لجنة المرأة والأسرة والطفولة. “لدينا محكمة العنف الأسري وجهاز الشرطة المجتمعية لكنها لا تمتلك قوانين تعمل على أساسها.”

واهتمت “كتلا سياسية دينية بعرقلة مسودة القانون لتشريعته.”

وتنص المادة 410: من اعتدى عمدا على آخر بالضرب أو بالجرح أو بالعنف أو بإعطاء مادة ضارة أو بارتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه أفضى إلى موته، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على 15 سنة.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشرين سنة إذا ارتكبت الجريمة مع سبق الإصرار أو كان المجني عليه من أصول الجاني.

إن قضية تربية الاطفال والاهتمام بهم قضية مهمة وتحمل عدة محاور منها إعداد اب وأم قادرين وعلى اطلاق واسع في معنى الطفولة وكيفية التعامل معهم وكيفية تربيتهم بالصورة الأمثل، والمحور الآخر هو مساعدة المجتمع للأسرة بالوصول إلى هذه النتيجة ولربما محور مهم هو واجبات الدولة تجاه الطفولة بما يخدمهم وتكون النتيجة جيل متعلم متحضر عاش حياة الطفولة بكل استحقاقاتها.

في مجتمعنا مع الأسف نفتقد إلى أغلب المحاور فمحور كيفية التعامل مع الطفل مفقود وكل شخص تجده يتعامل على وفق معايير عديدة كمزاج الشخص وحالته النفسية ومدى ثقافته وانعكاس تعامل الاهل معه وغيرها وتجند المجتمع لا يساعد على ذلك فظروف المعيشة وكثرة الأولاد والمشكلات الأسرية والمجتمعية وغياب العنصر الرادع سواء كان أخلاقياً ودينياً وقانونياً له أثر كبير في زيادة الحالات وانتشارها ، وحقيقة لدينا العنف ضد الأطفال هو ظاهرة متفشية تبدأ من التجاوز وعدم توفير الحقوق إلى الضرب القاسي

ليصل إلى القتل وعلاج هذه الظاهرة هو بالعمل على المحاور التي ذكرتها وانشاء جيل متعلم مثقف له القدرة على التعامل الأمثل مع الأطفال.(9)

ان الامم المتحدة ترى ان ثروتها البشرية لا تقل أهمية عن ثروتها المادية، وحتى تستطيع ان تحقق اهدافها، تضع على رأس اولوياتها رعاية الاطفال وابعادهم عن جو المشكلات التي تهدد نموهم وتكيفهم مع البيئة. ولكن للأسف فأن اوسع شريحة تعرضت للإهمال هي شريحة الاطفال وهو ما يشكل كارثة على مستقبل اي مجتمع. وقد عرف الفصل الاول من مشروع قانون العنف الاسري بأنه كل فعل او قول او تهديد او امتناع عن فعل يرتكب على اساس النوع الاجتماعي من أحد افراد الاسرة ضد اي فرد منها ويترتب عليه اذى وضرر جسدي او نفسي او جنسي او اقتصادي، ولكن للأسف فان هذا المشروع بقى لدى مجلس النواب وفي ادراجه منذ 2012 بالرغم من تأكيد الناشطين والمنظمات المدنية على أهميته، فضلاً عن الحاجة الماسة لقانون كهذا. وزاد الناشط المدني: ان مشروع القانون هذا أتخذ شرعيته استناداً الى المادة 29 من الدستور التي ركزت على اهمية ايجاد قانون محدد لمواجهة العنف الاسري، مشيراً الى الاتفاقيات الدولية التي وقع عليها العراق كاتفاقية سيداو، اضافة الى القوانين المحلية التي تركز على هذا الجانب.

وأضاف جبر : ان مكافحة جريمة العنف الاسري والوقاية منها والحد من انتشارها ومعاينة مرتكبيها ووضع آلية لمساعدة الضحايا الذين تقع عليهم جريمة العنف الاسري وتأهيلهم والرعاية اللاحقة لهم، تعد خطوة مهمة تلك التي قامت بها وزارة الداخلية بالتعاون مع لجنة مكافحة العنف الاسري في وزارة الدولة لشؤون المرأة في العام 2012، باستحداثها خطأ ساخناً لتلقي الشكاوى التي تخص العنف الاسري والقضايا التي تدخل ضمن العنف الاسري هي اعتداء الزوج على زوجته بالضرب والاعتداء الجنسي على الاطفال من داخل الاسرة او خارجها والاعتداء على الاطفال بالضرب من قبل الاب والام. لكن للأسف بقت هذه الخطوة المهمة بعيدة عن التداول الإعلامي.

اذ ان خطوة كهذه لا يمكن ان تأتي ثمارها الا من خلال حملة اعلامية ثقافية تقوم بها الجهات المعنية، فضلاً عن منظمات المجتمع المدني، خاصة المنظمات النسوية بصفتها الجهة المستفيدة والمستهدفة في ان معاً. كما يحتاج تنفيذ هذه الخطوة الى ملاك من الشرطة متدرب على حقوق الانسان.

يبقى من المهم التأكيد على انتاج اطر قانونية تحمي الاطفال وتوفير بيئة ملائمة لحياتهم وتربيتهم وتنشئتهم، وهنا يجب التأكيد على السلطة التشريعية في التصدي لمسؤوليتها في تشريع هذا القانون. واقصد به قانون العنف الاسري الذي مضى عليه أكثر من 7 سنوات في ادراج مجلس النواب.

في العراق يتعرض الطفل للإهمال وعدم الاهتمام، يتعرض للعنف في الأسرة والمدرسة والمجتمع. اهمال الطفل يعني ضياع مستقبل أية أمة لا تحتم بأطفالها لأنهم مستقبل هذه الأمة. وقد يكون هذا المستقبل مشرقاً او

مظلماً .. مستقبل الأمة يتعلق بمدى الاهتمام بالطفل بتربيته وتعليمه واستقراره النفسي حتى يكون انسانا سويا. فماذا قدمنا لأطفالنا؟ ما هو الواقع الذي يعيشه الطفل في ظل أوضاع سياسية واقتصادية مرتدية؟ أطفال معنفون . أطفال محرومون من التعليم .. أطفال مشردون ونازحون وايتام وفقراء وأطفال ضائعون في تقاطعات الشوارع. في ظل هذا المشهد المرعب ماذا سيكون مستقبلنا؟ أنه التسارع وحث الخطى نحو الانهيار. إننا نضع لبنة على طريق الخراب وليس البناء.

وأشار الناشط المدني الى أي أردت ان أقرع أجراس التحذير من مستقبل خطير لعل مؤسسات الدولة ومنها المؤسسة التربوية تتصدى لمسؤوليتها. لعل منظمات المجتمع المدني المعنية بالطفل تنتبه للكارثة التي تنتظرنا... جهات كثيرة عليها ان تلتفت للواقع المير لأطفال العراق.

يعتزم مجلس النواب العراقي طرح مشاريع قوانين عدة في الفصل التشريعي الثاني المقبل، منها مشروع قانون الحماية من العنف الأسري والذي لاقى ترحيباً واسعاً من فئة كبيرة داخل المجتمع، فيما أعربت جهات سياسية دينية اعتراضها على نصوص القانون.

وفي حديثها لـ (باسنيوز) قالت الصحفية العراقية حنين الخليلي، إن عدداً كبيراً من النساء في العراق يبادرون الآن للضغط باتجاه تشريع هذا القانون، مرحبة بالخطوات الأولية لمجلس النواب وطرحه للقراءة والتصويت خلال الأسابيع المقبلة.

وأضافت الخليلي، أن «المرأة التي لا تستطيع أن تفعل شيئاً لنفسها بحاجة للوقوف بجانبها، وإذا لم يتم تشريع قانون يوقف التعنيف فإنه سيستفحل أكثر، وإن لم تكن هذه وقفة جادة للإسراع في تشريع هذا القانون، سنفقد أمهات وزوجات وبنات وأخوات أخريات، غير اللواتي فقدناهن سابقاً».

ولم يحظ مشروع القانون بمقبولية لدى بعض الأحزاب التي تتسم بالصبغة الدينية، فأعربت عن اعتراضها الشديد لما جاء في متن القانون من نصوص «خطيرة» تهدد استقرار «العائلة المسلمة العراقية».

وذكرت كتلة النهج الوطني، أن «إيداع الشباب والبنات في مراكز إيواء كما ينص القانون يعرضهم للخطر والابتزاز والتحرش، ويمنع الوالدين من السيطرة على أبنائهم في قضية إنشاء علاقات غير أخلاقية، وهذه جريمة يحاسب عليها القانون».

وقال رئيس الكتلة عمار طعمة في بيان، إن «القانون يسلب حق تربية وتأديب الوالدين لأولادهم وهو ما كفله الدستور العراقي في المادة 29 في ظل تكاثر وتنوع تحديات التربية التي يعيشها عالم اليوم المتعدد عن القيم والأخلاق وأنحاده نحو قيم الاستغلال والانتهازية وتجاوز حقوق الآخرين».

وتنص المادة 29 من الدستور العراقي على أن الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمتها الدينية والأخلاقية والوطنية، كما تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة، وترعى النشء والشباب وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم. إضافة إلى ذلك، فإن للأولاد حق على والديهم في



التربية والرعاية والتعليم، وللوالدين حق على أولادهم في الاحترام والرعاية، ولا سيما في حالات العوز والعجز والشيخوخة، ويحظر الدستور الاستغلال الاقتصادي للأطفال بصورة كافية، وتتخذ الدولة الإجراءات الكفيلة بحمايتهم، ويمنع كل أشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع.

حماية الأطفال وفق رؤية المجتمع

وتقترح الجهات المعارضة إدراج فقرة حاکمة في التعاريف تنص على عدم اعتبار الإجراءات التي يتخذها الوالدان لضمان حسن تربية أولادهم وتأديبهم عنفاً أسرياً.

وترى كتلة النهج الوطني أن القانون يعتبر «رعاية الأولاد وحمايتهم من الوقوع في مستنقع الانحراف الأخلاقي جريمة يترتب عليها فصل الابن أو البنت القاصرين من مسكن أبويهم، ونقلهم إلى مركز إيواء بعيداً عن متابعة ورعاية والديهم».

وتقول الكتلة إن «هذا الإجراء يجعلهم في معرض خطر سيطرة الغرباء وأخطار الانحراف في علاقات مريبة مع ذوي الشذوذ الأخلاقي ومدمني المخدرات ومرتادي أماكن الرذيلة»، مشيرة إلى «تجارب دور الإيواء التي شهدت ممارسات ابتزاز للنزليات وتحرش وهذا ظلم إضافي يضاف للضحية».

وتخشى الجهات المعارضة من أن يسهم القانون في تحويل الخلافات العائلية إلى قضايا في المحاكم؛ ما «يحول طبيعة علاقة الأسرة المبنية على المودة والتراحم إلى علاقة تصارع ونزاع وخصومات».

وترى أن آلية الإصلاح الأسري التي تبني على تداخل الأقارب والأرحام والداعم للصلح هي الوسيلة الأفضل نتيجة والأقل مضاعفات في معالجة خلافات الأسرة الداخلية.

غياب العقوبة للفاعل

أثار غياب العقوبة للمتسبب بالعنف الأسري اعتراض كتلة النهج الوطني ومن أيدها، إضافة إلى القصور الذي أصاب القانون في تحديد الجرائم وتوصيفها.

ويقول طعمة إن «القانون يحكم بعزل الابن أو البنت في مركز إيواء ويبقي الوالد الظالم لهما طليق اليد ليكرر ظلمه على باقي أفراد العائلة». وأضاف «يجب على القانون تحديد الجرائم بالتوصيف الواضح وفرق بينها وبين موارد التربية والتأديب وجعل العقوبة واضحة ومحددة تجاه الجريمة ويحفظ الضحية في بيت الأسرة ويعاقب مرتكب الجريمة بنفسه».

واقترح تعريف الجرائم وتحديد العقوبة المقابلة لكل جريمة، كجريمة التعذيب الجسدي والحرق، وإدمان الكحول والمخدرات، وحرمان المرأة من حقها في الإرث، والنهوض العشائرية، والامتناع عن تسديد النفقة الواجبة للزوجة أو أحد الأصول أو الفروع، إضافة إلى الإكراه في الزواج، وإجبار الأطفال على التسول وترك الدراسة، والإجهاض، والضرب الشديد.

وتتهم كتلة النهج الوطني مروجي أفكار القانون باستخدام «عناوين مضللة للرأي العام»، مشيرة إلى أن «متبني هذه الأفكار يرفعون عنوان مناهضة العنف ويقصدون بالواقع استهداف دور الوالدين في التربية والرعاية والولاية على أولادهم القاصرين ليجعلهم في معرض أجواء الانحراف والسلوكيات الشاذة بعيدا عن إرشاد وتوجيه الوالدين وصيانتهم من الانزلاق للشذوذ والانحراف الأخلاقي والسلوكي». وفسّرت كتلة النهج التعريف المتضمن في مشروع القانون الذي ينص على «منع الاعتداء الجسدي أو النفسي أو الفكري أو الاقتصادي الذي يهدد بارتكابه أو يرتكب»، بأنها محاولة لمنع الوالدين من تربية أولادهم؛ فإذا أراد أحدهم «منع ابنه من مصاحبة أشخاص منحرفين فهو يرتكب جريمة وفق هذا التعريف».

شارك الدكتور بشير حداد نائب رئيس مجلس النواب العراقي في ورشة العمل الخاصة بمناقشة مسودة قانون مناهضة العنف الأسري في العراق، الذي عقد اليوم في دار ضيافة رئاسة الجمهورية برعاية وحضور فخامة رئيس الجمهورية الدكتور برهم صالح، وبالتعاون مع دائرة تمكين المرأة العراقية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء، ومجلس القضاء الأعلى والمنسق المقيم للأمم المتحدة السيدة مارتا رويدس، وبحضور السادة النواب وسفراء الدول وممثلي عن المنظمات المدنية والمسؤولين في الحكومة، وأشار الحداد في كلمة له الى أهمية ودور القوانين والتشريعات في إستقرار المجتمعات المتحضرة التي تسعى الى تأمين حماية الأفراد والوصول الى حالة من الاستقرار الدائم، وتعتبر القوانين الرصينة أدوات نافذة ومنظمة تؤدي إلى تأسيس أرضية مهيئة للتنمية البشرية المستدامة المتوافقة والمتلائمة مع متطلبات الناس وحياتهم اليومية.

وأضاف نائب رئيس المجلس في سياق الحديث: "أن مسودة قانون مناهضة العنف الأسري أثار جدلاً واسعاً في الوسط السياسي والإعلامي والثقافي، وهذا الاختلاف هو حالة صحية وتعبير عن حرية الرأي في اجواء ديمقراطية"، مشيراً سيادته بان الحديث عن العنف الأسري والحالات المشخصة وهي كثيرة للأسف من عنف وانتهاكات ضد أفراد الأسرة تعد ظاهرة اجتماعية سلبية أدت الى مشاكل كبيرة وتبعات اجتماعية، ومسودة القانون قد أثار قلقاً لدى المشرع العراقي في الآونة الأخيرة، في حين أن الدستور العراقي قد منع كل أشكال العنف الجسدي والتعسف في الأسرة، فيما أكد الحداد على ان مسودة القانون بحاجة الى عقد ندوات موسعة و ورش عمل لاغنائها بالأراء والدراسات والمناقشات المستفضية من شرائح مختلفة من المجتمع، لان القضية ليست مجرد تشريع قانون كسائر القوانين والتشريعات، هذا القانون حساس جداً وينبغي افساح الوقت الكافي للمشرع لانضاجه قبل اقراره، وبما ينسجم مع القيم العليا وثقافتنا وخصوصية المجتمع العراقي مستوفياً لكل الشروط والمعايير المجتمعية للحيلولة دون وقوع اي ضرر ومنع العنف والانتهاكات والتعامل معها بالقانون والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.(12)

## 7- الألعاب الالكترونية وتأثيرها كعامل في العنف الاسري

الإسلام رسم الصورة المثلى للأسرة وحدد العلاقات بين أفراد هذه الأسرة وحدد أيضاً نمطية التفاعل بين هذه الأفراد، وحدد حقوق الأفراد هذه الأسرة، فهناك حقوق للأبناء على آباءهم وهناك حقوق للآباء على أبنائهم، وهناك طبعاً بالمقابل واجبات لكلٍ منهم، وهماي تربية الأولاد هي مسؤولية ورسالة يجب أن يؤديها الأهل بكل أمانة تجاه أبنائهم، وهم مسؤولون صحيح عن هذا، فكلنا نذكر قول الرسول -صلى الله عليه وسلم- "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالرجل راع في بيته وهو مسؤول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن رعيته" الصورة هذه اللي هي يعني مفاهيمية بنيوية وظيفية شاملة لمفهوم الأسرة تتعدى الصورة الجزئية لها أيضاً يعني تأخذ الصورة الكلية، الكلية هنا بمعنى أن الكل لا يساوي فقط مجموعة الأجزاء أي أن الأسرة هي ليست عبارة عن مجموعة من الأفراد فحسب يعيشون تحت سقف واحد وإنما يجب أن تكون هناك علاقات منظمة تضمن سلامة هذه الأسرة وتماسك نسيجها الاجتماعي وتؤمن مقومات ..

هذا يتطلب التوعية بمقومات وثقافة وقيم المجتمع الذي يعيش فيه الفرد، فلا بد.. يعني في المجتمعات العربية الإسلامية لها قيم.. قيم أصيلة الحقيقة، فيه خصوصية لهذه الأسرة، وهذه الخصوصية الحقيقة والميزة لا نجدتها في المجتمعات غير العربية والمسلمة، الخصوصية هذه يجب أن يعني تستمر، ويجب أن تعزز ويجب على الأبناء أن يعوا خصوصية مجتمعاتنا العربية وقيمنا، وتقاليدنا وثقافتنا.. لا أدعو بذلك إلى انغلاق الأولاد والأبناء على ثقافتنا وقيمنا، يعني أنا مع الحقيقة انفتاح الأبناء على ما يحدث الآن في المجتمع كونهم الآن هم موجودين في مجتمع يتميز بالتفجر المعرفي والمعلوماتي

السؤال هو فعلاً: إلى أي مدى ساهمت التكنولوجيا الحديثة في توسيع الفجوة بين الآباء والأبناء، بين جيلي الآباء والأبناء، التكنولوجيا. الإنترنت الهواتف النقالة، الألعاب الالكترونية وغيرها؟ وهل سؤال آخر: هل يمكن أن تعيش الأجيال القادمة فعلاً في عزلة نفسية؟

دور الصداقة.. الصداقة بين الأبوين، كيف يتعود الابن أو الابنة على مكاشفة الأبوين بكل شيء، وبالتالي أقدر كأب أو أم أوضح لهم إيجابيات وسائل الاتصال، لأن ما فيش شك إن وسائل الاتصال كلها يعني فيها إيجابيات كثيرة، لا نتحدث عن السلبيات فقط، إيجابياتها كثيرة: انفتاحهم على العالم الخارجي وإدراكهم لما يدور حولهم، فنتحاور في هذا الموضوع، نوضح لهم، يكون هناك مجال للنقاش فيما هو جيد وما هو غير جيد، وبالتالي يمكن للأبناء الاستفادة من الإيجابيات وتجنب السلبيات على هذا النحو، موضوع الفجوة بين الأجيال أو صراع الأجيال، وأؤكد دائماً موجود، يعني لم ينقطع الصراع بين.. إذا كنا ندعوه صراع، هي فجوة بين الأجيال بشكل مستمر، ربما تكون التكنولوجيا الحديثة وسائل الاتصال قد

زادت من هذه الفجوة، وخاصة أن جيل الآباء علمهم محدود بالتكنولوجيا الحديثة، فبالتالي الفجوة يعني كبيرة، ولكن حتى بدون علمهم لهذه الأمور ممكن التفاهم مع الأبناء بحيث أنهم يبقى فيه الرقابة - كما ذكرت - بشكل غير مباشر .

كما اثار الباحث عباس سبتي بدراسته ( دراسة صعوبة السيطرة على سلوكيات الأبناء في عصر انتشار أجهزة التكنولوجيا) خطورة الاشعاعات من الأجهزة الالكترونية ففي مايو 2011 صنفت منظمة الصحة العالمية الهواتف المحمولة والأجهزة الأخرى من فئة ( B2 ) المسبب لمرض السرطان بسبب انبعاث الإشعاع ، وفي أكتوبر لعام 2011 أصدرت وزارة الصحة الكندية تحذيراً يقول: الأطفال أكثر حساسية لمجموعة متنوعة من الكبار لضعف أدمغتهم وهي في حال النمو لذا لا يمكن القول أن الخطر يصيب الطفل الكبير كما يصيب الطفل الصغير ، وفي ديسمبر لعام 2013 توصي الدكتورة Anthony Miller من جامعة Toronto أن الترددات اللاسلكية المنبعثة من أجهزة التكنولوجيا يجب أن تصنف إلى فئة ( BA ) وليس فئة ( B2 ) المسبب لمرض السرطان ، وأفادت الأكاديمية الأمريكية لطب الأطفال أن التعرض إلى إشعاع EMF من أجهزة التكنولوجيا يسبب إصابة الأطفال بالسرطان ( 11 )

اضافة الى التأثير الاجتماعي للألعاب الإلكترونية كلعبة بوجي اسمها الكامل هو (Player Unknown's Battlegrounds) أو كما تعرف اختصاراً (PUBG) العربية غالباً ما تسمى (بيجي أو ببجي أو باتل جراوند). وهي لعبة من نمط (Battle Royale) الذي بات مشهوراً للغاية اليوم. باختصار فاللعبة هي عبارة عن معارك متعددة يشارك فيها لاعبون مختلفون من مختلف أنحاء العالم عبر الإنترنت، وفي كل مباراة يهبط 100 لاعب إلى خريطة مملوءة بالأدوات والأسلحة المختلفة ومن ثم يقاتلون بعضهم البعض حتى يموت الجميع وينجو شخص واحد أو فريق واحد متكون من (4-2) ونلاحظ أن مبدأ اللعبة يعتمد على فن القتال والقتل والاستمتاع به، والبحث عن الأسلحة والأعداء وأدوات الإسعاف الطبية، ويجبرك على الهروب من عالمك الواقعي إلى عالم افتراضي خيالي خطير. ومن خلال سير اللعبة ينقلك إلى ساحة المعركة خلال دقائق قليلة تندمج مع اللعبة ويبدأ القتال والقتل والدفاع عن النفس في ساحة المعركة والقتال داخل الأبنية ومحاوله الصمود لأطول فترة ممكنة. لعلنا نحاول البحث عن مخاطر للعبة على الشباب والمراهقين؟ فمن أهم مخاطر اللعبة على الشباب بصورة خاصة وعلى الأفراد بصورة عامة، اللعبة توهم الشباب الذين يلعبونها بأن أسلوب العنف هو أفضل طريقة للدفاع عن النفس، وأن العنف هو الوسيلة المنشودة للوصول إلى الهدف، مع إلغاء مبادئ كثيرة من فكرهم كالتفاهم واللين والود والحوار.

فترى الأغلبية يتحولون إلى شخص سيئ المزاج عصبي، وكما يصبح منطوياً معزولاً عن المجتمع، وتراهم يتفاعلون مع الأسلحة والأعداء التي يعثرون عليها. فعند اللعب لساعات طويلة وهو المبدأ القائم عليه

اللعبة، فهذا يؤثر على الطلبة وانخفاض مستواهم الدراسي، وكذلك بالنسبة للموظفين فلعبها يؤثر سلباً على إنتاجهم وأدائهم في العمل، وبهذا يصبح مدمناً على اللعبة، ويتحول اللاعب إلى محاكاة اللعبة في أرض الواقع، وتشجيع نفسه على استخدام السلاح في الحياة الاجتماعية بسبب الإدمان عليها. وكما نلاحظ أن من أسباب الانغماس بلعبة (PUBG) هو: أولاً التسلية والمرح ومن ثم يتحول ذلك إلى إدمان وهروب من أرض الواقع إلى عالم افتراضي. فمهما كثرت النظريات والشروحات حول لعبة (PUBG) سيبقى الواقع المؤلم وهو:.

وهذا قسم من الحوادث على سبيل المثال لا الحصر: أعلنت مديرية شرطة سوران في أربيل، عن مقتل شاب أثناء محاولته تقليد لعبة (PUBG) مع أصدقائه في المحافظة. وأكد المتحدث باسم شرطة سوران الرائد سعدون نبي في بيان أن: «الشاب أ. أ.م تعرض للقتل أثناء عودته من رحلة سياحية مع أربعة من أصدقائه»، مشيراً إلى أن ذلك جاء بعدما طلب الشاب من أصدقائه تقليد لعبة (PUBG) لكي يوثق الرحلة بفيديو، دون علمه بأن السلاح الذي كان يحملهم أحدهم محشو بالرصاص، وفقاً لقناة (K24) الكوردية.

وأفاد مصدر أمني في محافظة كركوك، بأن مديناً قتل على أثر شجار مسلح اندلع بين صديقين بسبب لعبة (PUBG) جنوبي المحافظة. وتحديث تقارير صحفية في وقت سابق عن تأثير ألعاب الموبايل، وأبرزها لعبة (PUBG) التي وصلت ببعض الأزواج إلى ساحات إحدى محاكم بغداد طلباً للطلاق. وتشير التقارير إلى أن الآثار السلبية للعبة تنعكس بشكل مباشر على العلاقات العاطفية، وتسبب بمشاكل كبيرة بين العشاق تؤدي إلى إنهاء العلاقات بشكل كامل، والفئة الأكبر التي تضررت هي بالتأكيد من الشباب. وسيبقى السؤال مطروحاً هل ستتحوّل اللعبة إلى آفة اجتماعية خطيرة على مستقبل الشباب؟ وأخيراً بعد تسببها بحالات قتل

(PUBG)، مؤكداً أن المحاكم العراقية فيها عشرات حالات الطلاق والقتل بسبب تلك اللعبة. وقال خلال خطبة الجمعة: اذهبوا إلى المحاكم وشاهدوا السجلات التي فيها حالات طلاق وقتل بسبب لعبة (PUBG)، متسائلاً عن دور الرقابة الإلكترونية تجاه هذه اللعبة. وكما شدد إمام وخطيب جامع كوجينه في قضاء عقرة في إقليم كردستان العراق (الدكتور ميكائيل الزبياري)، على مدى خطورة وتأثير اللعبة على الشباب والمراهقين وضرورة حظر اللعبة كما فعلت بعض الدول، لأنها تبث روح العنف والعدوان وكما تشجع على وطلاق في العراق..

وكشف الشيخ عبد الوهاب السامرائي، إمام وخطيب جامع أبي حنيفة النعمان، عن وجود مضار كبيرة للعبة أعمال العنف في المجتمعات. وأيد الفتوى التي صدرت من قبل لجنة فتوى الإقليم حول تحريمها. لجنة الفتوى في السليمانية، تحريم لعبة (PUBG)، التي يلعبها الملايين عبر العالم، وقال رئيس اللجنة عرفان رشيد في تصريح يوم 24 أكتوبر/تشرين الأول 2018، إن اللجنة عقدت اجتماعاً بشأن اتخاذ قرار من

اللعبة بعد شكوى رفعت بهذا الصدد، وأعلنت «تحریم» اللعبة بشكل مشروط. وعللت اللجنة قرارها، بأن اللعبة في حال ممارستها موظف وأثرت سلباً على خدمات المواطنين ستكون «حراماً»، إذ ما مارسها طالب وأثرت على دراسته ستكون «حراماً» أيضاً. وأصدرت اللجنة العليا للإفتاء في الإقليم فتوى بتحريم لعبة (PUBG) وجاء في نص الفتوى: «لأنها تسبب الإدمان خاصة لدى الشباب.»

الموجهون التربويون والجهات المعنية بدراسة تأثير ظاهرة لعبة البوحي على المجتمع ووضع التوصيات لمحاصرة أخطارها.

### موقف المجتمع والجهات الرسمية من لعبة البوحي

أ- أوضح شاب لبناني عشريني ولاعب بوحي ناشط، في حديث لـ "النهار" بتاريخ 1-11-2017، انه يمضي نحو 10 ساعات من يومه تقريباً، مقسمة على فترات، في اللعب. وقال: "ما أشعر به تحديداً هو ارتفاع نسبة الأدرينالين في جسمي، أتمس لا شعورياً وكأني انتقلت فعلاً إلى ساحة المعركة وحياتي في خطر".

ب- في العراق وبتاريخ 22-4-2019 أصدر مجلس محافظة الأنبار غربي العراق، قراراً منع بموجبه لعبة البوحي الإلكترونية في الدوائر الحكومية، وأثناء الدوام الرسمي.

ج- وفي العراق مؤخراً دعا عدد من رجال الدين، المواطنين إلى تجنب الإدمان على اللعبة، في حال شكلت سبباً في تحويل ممارستها إلى "عدوانيين"، في وقت أصدرت فيه لجنة الفتوى في السليمانية قراراً بتحريم اللعبة، إذا كانت سبباً لإضاعة الوقت وخلق المشاكل وعرقلة العمل.

د- عممت مديرية الأمن العام بالإضافة لدائرة السير في الأردن بمنع استخدام أو تنزيل لعبة البوحي من قبل كادر الأمن العام.. وحذرت المواطنين من استخدام هذه اللعبة الخطيرة لأنها تشجع على العنف والإدمان السلبي وتشكيل العصابات الإجرامية وقد تقود إلى استسهال القتل أثناء المشاجرات.

هـ- أكد مركز الأزهر، أنه لخطورة الموقف، وانطلاقاً من دور مركز الأزهر العالمي للفتوى الإلكترونية الرائد في إرشاد الناس إلى ما فيه خيرهم، وتحذيرهم مما فيه ضررهم، يحذر من خطورة هذه الألعاب ويهيب بالعلماء والدعاة والمعلمين بضرورة نشر الوعي العام بخطورة هذه الألعاب على الفرد والمجتمع، وتأكيداً على حُرمة هذا النوع من الألعاب، لخطورته على الفرد والمجتمع يجرم مركز الأزهر للفتوى هذا النوع من الألعاب ويهيب بأولياء الأمور وكل الفاعلين في المجتمع والجهات المختصة إلى منع هذا النوع من الألعاب. بعد أن صدق مجلس النواب العراقي على مقترح يحظر بعض الألعاب الإلكترونية صدرت ردود فعل ساخرة، وأثار ذلك غضباً لدى قطاع من العراقيين رأى أن ذلك يمثل "خللاً في أولويات أعضاء مجلس النواب". كان البرلمان العراقي قد قرر بالإجماع، أمس الأربعاء، حظر بعض ألعاب الفيديو الشهيرة، وأبرزها لعبة "بجي" (أو

بوجي)، ولعبة "فورتنايت" مشيراً إلى تأثيرها "السلي" على الشباب، في بلد يعاني منذ فترة طويلة من نزاعات دموية على أرض الواقع، كما حظر البرلمان أيضاً المعاملات المالية المرتبطة بتلك الألعاب.

## الاستنتاجات

- 1- متابعة المنظمات الدولية قالت "هيومن رايتس ووتش" في رسالة ومذكرة أرسلتهما إلى رئيس البرلمان العراقي، إن على البرلمان تحديد عقوبات خاصة بجرائم العنف الأسري، وإلغاء البنود التي تقدم الصلح على العدالة، مع تعزيز تدابير الحماية الخاصة بالضحايا في مشروع قانون مناهضة العنف الأسري.
- 2- من مخاطر الألعاب الالكترونية أن الجيل الحالي مهدد بالضيق من خلال محو الثقافة العامة فكرياً واجتماعياً وزرع ثقافة السلاح والعنف من قتال وقتل واستمتاع بنشوة الانتصار. إذاً لعبة (PUBG) بصورة مختصرة سرقت وخطفت عقول الشباب والمراهقين وسيطرت على حياتهم الواقعية الشخصية؟ ليس هذا فقط بل وتستولي على قسم من أموالهم.
- 3- وفيما يخص لعبة PUBG إن الحروب التي عاشها العراق خلال العقود الماضية، عسكرت المجتمع العراقي من صغيره حتى كبيره، هذا التجيش النفسي يضاف له النزعة البشرية للقتال والانتصار في الحروب، ساهمت في إدمان الكثير من الشباب العراقي على هذه اللعبة.
- 4- مع تفشي إدمان الشباب العراقي على لعبة الفيديو الشهيرة PUBG، أشرت محاكم عديدة في محافظات العراق حالات طلاق بين الأزواج بسبب هذه اللعبة حيث سجلت المحاكم العراقية في بغداد والمحافظات أكثر من 14 حالة طلاق خلال الشهرين الماضيين بسبب لعبة PUBG.
- 5- أن إدمان الشباب العراقي على هذه اللعبة يعود لأسباب عدة، أهمها الفراغ الذي يعاني منه الشباب العراقي، إذ أنه ومع تفشي البطالة وسوء الأوضاع المعيشية، بات الشباب يلجأ إلى أي شيء يمكن له أن يمضي وقته فيه خلق حيل قتالي نؤمن بالعنف وغير متسامح.
- 6- يسبب الاستماع إلى ضجيج إطلاق الرصاص وصرخات الموت والتصايح المباشر بين اللاعبين للمخدرات الرقمية، حيث أن طنين هذا الضجيج يظل مصاحباً للاعب حتى بعد الانتهاء من اللعب، ويظل متواصلاً معها نفسياً.. وهذا يشعره برجفة وتشنجات بالجسم حتى يعاود اللعب من جديد.
- 7- ان المجتمع في العراق هو مجتمع عشائري تعلق فيه العشيرة دوراً مهماً وفي جميع المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.... الخ.
- 8- ان التنظيم القانوني للأعراف العشائرية بدأ مع الاحتلال البريطاني للعراق وهنا يلاحظ رغبة من المحتل في تعزيز دور الاعراف العشائرية على حساب القضاء الذي يمثل الدولة والقانون.

- 9- نلاحظ سعي المشرع العراقي وخاصة في الدستور على تأكيد دور العشائر في المجتمع مع التأكيد في الوقت نفسه على وجوب احترام الاعراف العشائرية للدين والقانون وحقوق الانسان.
- 10- ان القانون الجنائي العراقي والذي يشمل قانون العقوبات وقانون اصول المحاكمات الجزائية حاول الحد من تأثير الاعراف العشائرية كوسيلة لفرض العقوبة او الاعفاء منها ولكن لم ينجح في ذلك بشكل كبير.
- 11- وكان قانون الاحوال الشخصية صارما في تعامله مع الاعراف العشائرية وخاصة في الزواج حيث تضمنت نصوصه اشارة الى احكام جزائية لمن يفرض هذه الاعراف في الزواج.

### التوصيات

- 1- قانون العنف الاسري معلق في مجلس النواب منذ 2015 وتشريعه بات اكثر من ضرورة وللحد من العنف الاسري وتجنب آثاره لابد من المعالجات الآتية:
- توعية أفراد المجتمع حول مدى انتشار العنف الأسري وأسبابه والآثار المترتبة عنه.
  - بيان السبل الكفيلة لتحكم الفرد في تصرفاته العنيفة، وكيفية تجنب المواقف الصعبة بالأسلوب العلمي.
  - تعريف النساء بحقوقهن وكيفية حماية أنفسهن إذا تعرضن لأي عنف أسري.
  - نشر الوعي الثقافي باتجاه تصحيح العادات والتقاليد والفهم الخاطئ للدين.
  - إنشاء مؤسسة متخصصة بمعالجة مرتكبي العنف الأسري.
  - تفعيل القوانين الرادعة لمرتكبي العنف الأسري والحد من تصرفاتهم.
- 2- فيما يخص الاعراف العشائرية :
- التأكيد على الدور الاجتماعي للعشائر فقط واعطاءها دور بسيط في التوصل للحل للنزاعات بين الافراد خاصة في المناطق التي تكون بعيدة عن المدن ويكون للوصول فيها للمؤسسات القضائية صعبا جدا.
  - استبعاد أي نص قانوني يتيح للاعراف العشائرية التدخل لحل النزاعات القانونية بين الافراد.
  - التأكيد دائما على روح المواطنة وتقديمها على أي انتماء اخر وخاصة الانتماء القبلي والعشائري.
  - اشاعة ثقافة حقوق الانسان التي يؤكد عليها الدستور والمواثيق الدولية وتعزيزها بين كافة افراد المجتمع لتعريفهم بحقوقهم وحررياتهم التي لاتستطيع أي جهة ان تسلبها منهم.



- 3- معالجة الإدمان الإلكتروني من خلال أفضل الإرشادات التي يمكنها المساعدة في معالجة المصابين بالإدمان الإلكتروني والحد من ظاهرة المخدرات الرقمية، وهي كما يلي:
- الانخراط في معسكرات تدريب رياضية قاسية ذات صبغة عسكرية حيث يتم مراقبة المدمنين على مثل هذه الألعاب من خلال عملية إعادة تأهيل قاسية يخضعون فيها لفحوصات نفسية وتدريبات بدنية مكثفة لفترات قد تصل لستة أشهر.
  - حملة لدعوة أولياء الأمور والطالبات لقضاء يوم محدد كامل بدون فتح أي من الشاشات (هاتف - تلفاز أو حاسب آلي) بهدف توطيد العلاقات الاجتماعية واستعادة الجو الأسري الدافئ. ويمكن أن يتم تنفيذ الفاعلية على مستوى الأسرة الممتدة أو الأسرة النووية (الصغيرة) ولا تحتاج إلا لبعض الابتكار في التفكير في بدائل مسلية ومرحة تجذب الأبناء
  - قضاء أسبوع في الصحراء أو الجبل مع الأسرة، كما في الولايات المتحدة، بعيداً عن كل أدوات التكنولوجيا.
  - الذهاب إلى المستشفى، كما في كوريا الجنوبية، حيث تتدخل الحكومة بقوة وتقوم بتمويل نحو مائة مستشفى لعلاج هذا الإدمان الذي تتعدى نسبته 90% ويعتبر مشكلة قومية.
  - 4 - متابعة الأبناء بصفة مستمرة وعلى مدار الساعة.
  - 5 - مراقبة تطبيقات الهاتف بالنسبة إلى الأبناء، وعدم ترك الهواتف بين أيديهم لفترات طويلة.
  - 6 - شغل أوقات فراغ الأبناء بما ينفعهم من تحصيل العلوم النافعة والأنشطة الرياضية المختلفة.
  - 7 - التأكيد على أهمية الوقت بالنسبة إلى الشباب من خلال برامج تدريبية تتبناها وزارة التربية والتعليم في بلادنا.
  - 8 - مشاركة الأبناء في جميع جوانب حياتهم مع توجيه النصح وتقديم القدوة الصالحة لهم.
  - 9 - تنمية مهارات الأبناء، وتوظيف هذه المهارات في ما ينفعهم والاستفادة من إبداعاتهم.
  - 10 - التشجيع الدائم للشباب على ما يقدمونه من أعمال إيجابية ولو كانت بسيطة من وجهة نظر الآباء.
  - 11 - منح الأبناء مساحة لتحقيق الذات وتعزيز القدرات وكسب الثقة.
  - 12 - تدريب الأبناء على تحديد أهدافهم، واختيار الأفضل لرسم مستقبلهم، والحث على المشاركة الفاعلة والواقعية في محيط الأسرة والمجتمع.
  - 13 - تخيير الرفقة الصالحة للأبناء ومتابعتهم في الدراسة من خلال التواصل المستمر مع المعلمين وإدارة المدرسة.

14 - التنبيه على مخاطر استخدام الآلات الحادة التي يمكن أن تصيب الإنسان بأي ضرر جسدي، له وللآخرين، وصونه عن كل ما يؤذيه؛ وذلك لما روي عن فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالْمُؤْمِنِ؟ مَنْ أَمِنَهُ النَّاسُ عَلَى أَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ، وَالْمُسْلِمُ: مَنْ سَلِمَ النَّاسُ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِهِ، وَالْمُجَاهِدُ: مَنْ جَاهَدَ نَفْسَهُ فِي طَاعَةِ اللَّهِ، وَالْمُهَاجِرُ: مَنْ هَجَرَ الْخَطَايَا وَالذُّنُوبَ» رواه أحمد.

## المصادر

- 1- الموقف القانوني من العنف الأسري- القاضي ناصر عمران
- 2- المواجهة التشريعية لجرائم العنف الأسري في إقليم كردستان- العراق القانون رقم 8 لسنة 2011 دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون رقم 8 لسنة 2011- أ.م.د. وعدي سليمان المزوري- مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية جامعة بابل -
- 3- محاكم العنف الأسري: أغلب الدعاوى تحرك من الزوجات بسبب التعنيف - بغداد / غسان مرزة.
- 4- لقاءات قانونية
- 5- الاعراف العشائرية في ظل الدستور والقوانين العراقية أ.م.د. بكر علي عباس, أ.م.د. احمد فاضل حسين, م عبدا لباسط عبدا لرقيم عباس - كلية القانون والعلوم السياسية. جامعة ديالى
- 6- العراق: قانون العنف الأسري ينتظر موافقة الأحزاب الدينية - بغداد - زيد سالم
- 7- العنف الأسري في العراق.. الأسباب والمعالجات العنف الأسري في العراق.. الأسباب والمعالجات الطالبة: زينب عبد الإله كاظم- كلية القانون \_ جامعة كربلاء
- 8- من يحميهنّ في غياب القانون؟ (زيد العبيدي/ فرانس برس)
- 9- العنف الأسري في العراق بين تقبل المجتمع وغياب القانون - د. روافد الطيار
- 10- قانون الحماية من العنف الأسري بين القبول والرفض ما هي أبرز نقاط الاعتراض عليه؟ ... يمان العيسى
- 11- دراسة صعوبة السيطرة على سلوكيات الأبناء في عصر انتشار أجهزة التكنولوجيا أسباب ... علاج دراسة ميدانية الباحث/ عباس سبتي يونيو 2014
- 12- د. بشير حداد : مسودة قانون مناهضة العنف الأسري أثار جدلاً واسعاً في الوسط السياسي والإعلامي والثقافي، وهذا الاختلاف هو حالة صحية وتعبير عن حرية الرأي في اجواء ديمقراطية... 2019/05/05

أدوار المحامي في إطار القضاء المعاصر في نيجيريا: دراسة نقدية وفقهية

## The Roles of Legal Practitioner in the Contemporary Judicial System in Nigeria: A Critical and Juristic Study

يوسف صالح مدح

Department of Islamic Studies, Federal University of Lafia, Nigeria

### ملخص البحث:

يهدف البحث إلى إلقاء الضوء حول الأدوار التي يقوم بها المحامي النيجيري في المحاكم والهيئات القضائية النيجيرية لأداء مهنته أمام القضاء النيجيري المعاصر، ووضع تلك الأدوار التي يقوم بها المحامي على الميزان الشرعي، ذلك لأن الأدوار التي يقوم بها المحامي النيجيري بعضها موافقة للشريعة الإسلامية، وبعضها الآخر من بقايا القوانين الموروثة من المستعمر الإنجليزي، وقد سلك الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي لإعداد البحث، فقام الباحث هنا بالدراسة النقدية لهذه الأدوار، ووضعها على الميزان الشرعي العدل، لبيان ما له وما عليه في ضوء الشريعة الإسلامية الغراء، ولتحقيق هذا الهدف، أتى الباحث بثلاثة نماذج من أدوار المحامي في محكمات ولاياتٍ مختلفة من المحكمات والولايات النيجيرية، وقد وصل الباحث إلى نتائج، منها: 1- أن الاستعانة بالمحامي النيجيري المسلم تلعب دورا كبيرا في مساعدة القضاة على إيصال الحقوق إلى أصحابها، وخاصة لمن لا قدرة له على التعبير أمام المحكمة، 2- وأن عدم الاستعانة به قد يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق، 3- وأن المحامين والقضاة الذين لا معرفة لهم بالفقه الإسلامي قد يقعون في أخطاء جسيمة عند التقاضي. وأخيرا، اختتم الباحث كلامه ببعض التوصيات لتعم الفائدة.

يحتوي البحث على ثلاثة نماذج، ونتائج وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

النموذج الأول: في محكمة دِكُوَا الشرعية في ولاية بورنو.

النموذج الثاني: في محكمة إقليمية بولاية بلاتيو النيجيرية.

النموذج الثالث: محاكمة في ولاية صكوتو النيجيرية.

وفيما يلي بيانها بشيء من التفصيل:

النموذج الأول: في محكمة دِكُوَا الشرعية في ولاية بُورُنُو<sup>1</sup>:

هذه محاكمة في قضية بين الزوج المسمى: أبًا موسى (وهو المدعي)، وزوجته المسماة: جُونُغُطُو (وهي المدعى عليها).

<sup>1</sup> - *Sharia Law reports of Nigria*, Vol. 1, (1961-1989), First Published 1993 Mahmood, Yahaya: - by Spectrum Law Publishing, a division of Spectrum Books Limited, Sunshine House, 1, Case No: SCA/CV/59/61. Oluyole Industrial Estate, PMB 5612, Ibadan, Nigeria, p. 4.

اشتكى الزوج إلى محكمة دِكُؤَا الشرعية في ولاية بُؤزُؤو النيجيرية، حيث ادعى أمام المحكمة أن زوجته تركت بيته بدون إذنه لمدة ستة أشهر.<sup>1</sup>

أصدرت المحكمة بعد أسئلة موجهة إلى الزوجة (المدعى عليها) قراراً بأنه يجب على الزوج (المدعى) أن يدفع لزوجته نفقة لِمَا كان من هذه الفترة -المدة التي غابت-، وأن يدفع لها خمس شِلِينَات (five shillings) وعشرة أمداد من الذرة (ten measures of corn) أسبوعياً.

لكن رفض الزوج (المدعى) أن يقبل قرار المحكمة، وقال إنه ليس بوسعه أن يدفع هذا المقدار من المبلغ والذرة، ولكنه بوسعه أن يدفع شلنين وخمسة أمداد فحسب (two shillings and five measures) أسبوعياً، وذلك على حسب ما كان يدفع لباقي زوجاته الثلاثة.

وعندما رفض الزوج أن يقبل قرار المحكمة قرر القاضي إنهاء العلاقة الزوجية بينهما! بحجة أن الزوج أبي وعجز أن ينفق على زوجته ما يكفيها!

ولكن لم يوافق الزوج على هذا القرار، بل استأنف القضية بواسطة المحامي في المحكمة الشرعية الاستئنافية لشمال نيجيريا، وذلك في يوم 26/أكتوبر/1961م، وكان عدد القضاة في هذه الجلسة ثلاثاً، وهم:

- 1- مالم أبوبكر غومي، ممثل قاض القضاة (ممثل القاضي الأعلى).
- 2- مالم أبوبكر صديق، ممثل نائب قاضي القضاة (ممثل نائب القاضي الأعلى).
- 3- مالم أبوبكر زاكي (القاضي).

وعندما استأنف الزوج هذه القضية ادعى أنه لم يوافق قرار المحكمة الابتدائية الشرعية بفصل العلاقة الزوجية بينه وبين امرأته، واستدل المحامي بأدلة ثلاثة، وذلك على النحو التالي:

1- إنه لا يدري لماذا يفسخ زواجه على أساس عجزه عن النفقة على امرأته، وفي نفس الوقت يملك من الطعام في بيته ما يكفيهِ للإففاق على جميع زوجاته الأربعة لمدة ست سنوات!؟

2- إنه -الزوج- هو أول من اشتكى ضدها (الزوجة) أمام المحكمة الابتدائية بأنها

تركت بيته طوال هذه المدة بدون إذنه! فكيف يتأتى للقاضي أن يتخذ مثل هذا القرار!؟

3- إنه إنما رفض أن يدفع لزوجته خمس شِلِينَات (five shillings) وعشرة أمداد من الذرة (ten measures of corns) أسبوعياً -كما طلب القاضي-، وقال إن الذي بوسعه أن يدفع هو شيلينين وخمسة أمداد من الذرة ((two shillings and five measures of corns)، إنما اختار هذا المقدار

<sup>1</sup> - لم يبين المصدر بالتحديد تاريخ وقوع الشكوى في هذه المحكمة، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن مصدر هذه القضية قد جاء عن طريق المحكمة الشرعية الاستئنافية لشمال نيجيريا، فاكتفت بذكر تاريخ الاستئناف، علماً بأنه لم يكن هناك توكيل أي محام في أول المحاكمة إلا في مرحلة الاستئناف. راجع المصدر السابق، بنفس الصفحة.

لأنه هو القدر المتعارف عليه بينه وبين زوجته طوال المعاشرة حينما كانت في بيته، فلا يعقل أن تأخذ الآن ضعف ما كانت تأخذ بعد خروجها من بيته بدون إذنه!

نظرت المحكمة الشرعية الاستئنافية ( Shari'a Court of Appeal ) إلى هذه القضية، وراجعتها بدقة، فكتشفت أن المحكمة الابتدائية تقاصرت أن تبحث عن الوضع الاقتصادي الذي كان يعيش عليه الزوج المستأنف (the Appellant)، فأسرعت بكل بساطة وقررت التفريق بينهما!

قالت المحكمة الشرعية الاستئنافية: "وهذا القرار مخالف للشرعية الإسلامية، اعتماداً على ما جاء في كتاب حاشية الدسوقي على مختصر الخليل، ج2، باب النفقة".

وقد أثبت المحامي لدى المحكمة الشرعية الاستئنافية أنه عندما تركت الزوجة (المدعى عليهما Respondent) بيت زوجها المستأنف (Appellant) بدون إذنه أن الزوج كان يبعث إليها وكيلا له يأمرها بالرجوع إلى بيته، ولكنها أبت! ورفع أمرها إلى المحكمة ومع ذلك باء بفشل، ومعلوم أن الزوجة إذا خرجت من بيت زوجها بدون إذنه لا يجب عليه الإنفاق عليها حتى تعود، ولذلك، فإجبار الزوج على الإنفاق على زوجته في حالة غيابها كان خطأ!

وأما عن التفريق بين الزوجين بسبب إنفاق الزوج على زوجته ما لا يكفيها، أو بسبب عدم إنفاقه البتة، فإنه أمر اختلف فيه العلماء بين جواز التفريق بين بينهما، وإجبار الزوج على الإنفاق على زوجته كما هو موضح في كتاب البهجة، شرح التحفة، ج1، باب الطلاق بسبب العجز على الإنفاق.

لذلك، فإن قرار السيد القاضي بإبطال هذا الزواج يعتبر ملغياً! وإن هذه الزوجة لا تزال زوجة لهذا الزوج المستأنف.

وقد أشير إلى هذا القاضي بأنه يجب عليه أن يعيد النظر على حسب ما تقرر في الشريعة الإسلامية فيما يخص قضية طلب المرأة الإنفاق عليها من قبل زوجها.

### أدوار المحامي في هذه القضية ومدى موافقتها أو مخالفتها للشريعة الإسلامية:

واضح في هذه القضية أن هذه المحكمة لم يكن فيها توكيل أي محامٍ في أول الأمر، حيث أن الزوج (المدعي) هو الذي اشتكى ضد امرأته أمام المحكمة الشرعية بأنها غابت عنه، بل تركت بيته لمدة ستة أشهر! وأرسل إليها أن تعود إليه فأبت!

ومن الطبيعي ألا يكون الزوج قد أنفق عليها خلال هذه الفترة. فلما رفع الأمر إلى المحكمة الشرعية، وعرف القاضي -بعد أسئلة- أن المدعي (الزوج) لم ينفق على المدعى عليها (الزوجة) طوال فترة الغياب، حكم على الزوج بأن عليه أن ينفق على امرأته فوق قدرته وطاقته، - كما سبق بيانه بالتفصيل - وانتهى الأمر بالتفريق بين الزوجين بقرار المحكمة!

وهنا يقول الباحث: هذا خطأ من القاضي الأول، لأنه أراد أن يكلف الزوج بما لا طاقة له به، وهذا مخالف لما جاء في القرآن الكريم، حيث يقول الحق تبارك وتعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا)،<sup>1</sup> وقوله: (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ).<sup>2</sup> وهنا يأتي دور المحامي في هذه القضية! لم يوافق الزوج (المدعي) على قرار المحكمة بشأن التفريق بينه وبين امرأته على أساس عجزه عن الإنفاق على زوجته، فاستأنف القضية في المحكمة الشرعية الاستئنافية لشمال نيجيريا.

ولما استأنف القضية استعان بالمحامي على استخراج حقوقه، وفعلا قد لعب هذا المحامي دورا لا بأس به، حيث شرح للمحكمة الاستئنافية حقيقة الوضع الذي كان عليه الزوج مع امرأته، ومن أهم ما بين للمحكمة ما يلي:

- 1- أن الزوجة قد خرجت من بيت زوجها بدون إذنه لمدة ستة أشهر، وهذا نشوز.
- 2- عندما تركت المرأة بيت زوجها كان يرسل إليها وكيلا يأمرها بالرجوع إلى بيته فأبت، وهذا هو عين النشوز!
- 3- أنه لا سبيل إلى القول بأن الزوج قد عجز عن الإنفاق على امرأته والحال أن لديه (الزوج) ما يكفي للإنفاق على زوجاته الأربعة لمد لا تقل عن ست سنوات.
- 4- أن الزوج إنما رفض أن يدفع المقدار الذي أجبره القاضي الأول عليه من النقود والطعام لأن هذا المقدار كان ضعف المقدار المتعارف عليه بينه وبين باقي زوجاته الثلاثة. فكأن القاضي الأول أراد إجباره على تفضيل بعض زوجاته على بعض، وهذا ما لا يجوز شرعا.

1 - سورة البقرة، الآية رقم: 286.

2 - سورة الحج، الآية رقم 78.

5- أن إجبار الزوج على الإنفاق على امرأته خلال فترة غيابها عن بيته بدون إذنه كان خطأ من القاضي، لأن غيابها بدون رضاه نشوز، ومعلوم في الفقه الإسلامي أن الزوج لا يجب عليه الإنفاق على زوجته في حالة نشوزها حتى تتوب.<sup>1</sup>

6- بين للمحكمة الاستئنافية أن المحكمة الابتدائية لم تبحث عن الوضع الاقتصادي الذي كان يعيش عليه الزوج، ولكن بكل بساطة قرر القاضي التفريق بينهما! وهذا يخالف قوانين الشريعة الإسلامية، واستشهد على تحقيق دعواه بما ورد في كتاب حاشية الدسوقي على المختصر، ج 2، في باب النفقة ص 285.<sup>2</sup>

7- بين المحامي أن التفريق على أساس عدم الإنفاق على الزوجة - حتى لو افترض أن الزوج رفض الأنفاق عليها - فإنه محل اختلاف بين الفقهاء، فمنهم من يقول يجوز التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، ومنهم من يقول بإجبار القاضي للزوج على الإنفاق على امرأته، واستشهد على ما قال بما ذكر في كتاب البهجة شرح التحفة ج 1، باب الطلاق بسبب عدم النفقة.

وفيما سبق يتبين للقارئ الكريم أن المحامي في هذه القضية قد لعب دورا لا بأس به، لأن حق المدعي (الزوج) كاد أن يضيع، بل إنه قد ضاع في أول المحاكمة، ولكن عندما استعان المدعي بالمحامي في المرحلة الثانية (مرحلة الاستئناف) بذل المحامي ما لديه من وسع، فشرح المسألة للمحكمة الشرعية الاستئنافية حقيقة القضية، في صورة عجز المدعي (الزوج) أن يشرح بنفسه، فاستعان المحامي بما لديه من علم بالفقه الإسلامي وفصاحة التعبير، حتى استطاع أن يقنع المحكمة الشرعية الاستئنافية بأن المحكمة الابتدائية قد أخطأت في اتخاذ قرارها بإنهاء العلاقة الزوجية بين المدعي والمدعى عليها (الزوجين)، وفعلا اقتنعت، فأبطلت هذا القرار، لأنه قرار على الخطأ، فلا يجوز التماس عليه.

<sup>1</sup> - راجع: عزام، عبد العزيز محمد: الطلاق في الإسلام، المطبوع مع: الأحوال الشخصية للمسلمين، إعداد لجنة من أساتذة قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، دار جاد للطباعة والتجليد، القاهرة، سنة 14 24هـ- 2003م، ص 386-396.

<sup>2</sup> - وهو قوله: "يجبُ أي يجب على الزوج البالغ لزوجته المَطْبِقَةُ المُمَكَّنَةُ ما تَأْكَلُهُ (وإدام وكسوة ومسكنٌ بِالْعَادَةِ) في الأربعة فلا يجاب لأنقص منها إن قدرَ ولا تُجَابُ هي لأزِيدَ من عادة أمثالها إن طَلَبْتُ ذلك إلا إذا كان غنيا وحاله أعلى من حالها فطَلَبْتُ حالةً أعلى من حالها فُجَابُ لذلك لكن لا إلى مساواة حاله بل لِحَالِهِ وَسَطِي كما نَصُّوا عَلَيْهِ، وكذا إذا كان حالها أعلى من حاله ولكن لا قدرة على حالها، وإنما له قدرة على حالةٍ فوق حاله وُدُونِ حالها وجب عليه أن يرفعها عن حاله إلى ما قدر عليه، وهاتان الصورتان تَحْمَلُ قول المصنف (بقدر وسعه وحالها) .

والحاصل أن قوله: بالعادة المراد بما عادةً أمثالها فإن تساويا فالأمر ظاهرٌ وإن كان فقيراً لا قدرة له إلا على أدنى كفاية من الأربعة فالعبارة بوسعها فقط".

فلو لم يكن المحامي خبيراً وعالماً بالفقه الإسلامي ما كان له أن يستشهد بما ورد عن الفقهاء المسلمين فيما استنبطوه من الكتاب والسنة.

كما أن قضاة المحكمة الاستئنافية الشرعية قد بحثوا عن هذه القضية بالدقة، واستخدموا ما لديهم من فقه وخبرة، حتى وصلوا في النهاية إلى القرار العادل، القائل بإبطال قرار المحكمة الأولى، وإثبات العلاقة الزوجية بين الزوجين، وأن هذه المرأة (المدعى عليها) لا تزال زوجة للمدعى (الزوج). وهذا مما يؤكد لك أن المحامي يعتبر من مساعدي الهيئة القضائية في تحقيق العدالة، وإيصال الحقوق إلى أصحابها.

ويرى الباحث أن المحامي في هذه المسألة يعتبر أنه قد سلك الطريق اللائق للوصول إلى الحقيقة والصواب في الحكم، وبالتالي فإن أدواره في هذه القضية موافقة للشريعة الإسلامية، لأنه من باب التعاون على البر والتقوى، قال الله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ).<sup>1</sup> والله أعلى وأعلم.

النموذج الثاني: في محكمة إقليمية بولاية بلاتو النيجيرية (Plateau State Of Nigeria):

المدعى (The Plaintiff): طُنْ لامي مِي دكا.

المدعى عليه (The Dependant): سَمِيلا طُنْ تنكو.

المحكمة: المحكمة الإقليمية العليا (Upper area Court)

القضية: حول بيع الدار.

التاريخ: 1971/10/7م.

تفاصيل القضية<sup>2</sup>:

اشتكى المدعى (طُنْ لامي مِي دكا) إلى المحكمة الإقليمية العليا ضد المدعى عليه (سميلا طن تنكو) بأن المدعى قد اتفق مع المدعى عليه بأنه سيبيع له داراً بمبلغ قدره ثلاثمائة (300) جنيه إسترليني، إلا أن المدعى عليه قد خالف هذا الوعد، فباع الدار لرجل آخر يسمى: الحاج غرب بمبلغ قدره أربعمائة (400) جنيه إسترليني، إلا أن المدعى (طن لامي مي دكا) ادعى أنه أحق بشراء هذه الدار من الحاج غرب الذي اشتراها بأربعمائة جنيه إسترليني.

<sup>1</sup> - سورة المائدة، الآية رقم: 2.

<sup>2</sup> Sharia Law reports of Mahmood, Yahaya: in: - Suit No. MD/26A/1971, as Reported 2 Nigria, Vol. 1, (1961-1989), First Published 1993 by Spectrum Law Publishing, a division of Spectrum Books Limited, Sunshine House, 1, Oluyole Industrial Estate, PMB 5612, Ibadan, Nigeria, pp.33-34.



نظرت المحكمة في هذه القضية، وبعد السماع من كلا الطرفين، اكتشفت حقيقة الأمر، فأجبرت المحكمة صاحب الدار (المدعى عليه) أن ينجز وعده الذي وعد المدعى واتفقا عليه، على أن يبيع له (المدعى) الدار بمبلغ قدره أربعمائة جنيه إسترليني (400).

لم يوافق صاحب الدار على قرار المحكمة الإقليمية الأولى، فاستأنف القضية - بواسطة المحامي - في المحكمة العليا لمدينة بنوي، بولاية بلاتيو (High Court, Benue, Plateau State)، وكان القضاة ثلاثة، وهم:

1- باقي، إيس. بي. جي (Bate S.P.J).

2- إمام، دي. جي. كي (Imam D.G.K).

3- كاؤ جي (Kawu J).

والمستأنف هو: سمبلا طن تنكو.

والمدعى عليه هو: طن لامي مي دكا.

استأنف القضية بواسطة المحامي على أساس أن المحكمة الأولى قد أخطأت في إجبارها إياه على أن يبيع هذه الدار لطن لامي مي دكا (المشتري الأول).

ادعى المحامي (وكيل المستأنف) أن قرار المحكمة الأولى كان مخالفا للشرعية الإسلامية... ثم قال: "وحتى لو افترض أنه جائز في الشرعية الإسلامية - على حد قوله - فإنه يكون مخالفا لقانون العدالة والإنصاف والعقل السليم".

نظرت المحكمة العليا في ما ادعاه هذا المحامي، فأصدرت قرارها كالاتي:

قالت المحكمة العليا للمحامي: "نحن لا نوافقك في شيء مما كنت تدعي، بل إننا نجد أن قرار المحكمة الأولى كان موافقا للشرعية الإسلامية، وقد أشار إلينا أحد قضاة المحكمة الشرعية الاستئنافية الذي كان عضوا في هذه المحكمة قائلا: في الشرعية الإسلامية إذا اتفق شخص مع آخر، على أن يبيع له سلعة، فإذا خالف الشخص هذا الاتفاق فباع السلعة لشخص آخر، فإن البائع يجبر على الإيفاء بهذا الوعد المتفق عليه. ويكون ذلك بإبطال العقد الثاني وإثبات العقد الأول، على حسب الاتفاقية.

لذلك نحن لا نرى أي خطأ في قرار المحكمة الأولى، اللهم إلا في إجبار المشتري الأول على الشراء بأربع مائة جنيه إسترليني، وهذا هو الخطأ الذي وقعت عليه المحكمة الأولى، لأن اتفاقية العقد كانت على ثلاثمائة، وهذا المبلغ هو الذي يجب الوفاء به، ولا يجوز للمحكمة الأولى أن تغير هذه الاتفاقية. ونحن لا نرى شيئا في هذه المسألة يخالف قانون العدالة.

وأخيراً، أصدرت هذه المحكمة قرارها النهائي، بإبطال العقد الثاني الذي كان بين صاحب الدار والحاج غرب، وإثبات العقد الأول الذي كان بين مالك الدار وطن لامي مي دكا، على نفس المبلغ المتفق عليه في أول العقد، وهو 300 جنيه إسترليني، وأن يسلم إليه جميع الأوراق اللازمة لهذه الدار بمجرد دفع هذا المبلغ.

### أدوار المحامي في هذه القضية ومدى موافقتها أو مخالفتها للشريعة الإسلامية:

بالنظر إلى ما سبق ذكره يتبين للقارئ أن هذه القضية لم يكن فيها توكيل أي محام في أول المحاكمة إلا في المرحلة الثانية، وهي مرحلة الاستئناف، وذلك عندما استأنف سميلاً طن تنكو - مالك الدار - القضية ضد قرار المحكمة الإقليمية العليا، بشأن بيع الدار للحاج غرب بدلاً من طن لامي مي دكا. فقد حاول هذا المحامي أن يغير بعض الحقائق الثابتة لدى المحكمة العليا. فقد ادعى أن الإسلام قد أجاز ما صنعه مالك الدار! مع أن ما صنعه هذا المالك هو مخالفة الوعد!! فإنه قد وعد أولاً أن يبيع هذه الدار لطن لامي مي دكا بثلاثمائة جنيه إسترليني، فلما رأى أن الحاج غرب مستعد لأن يدفع 400 جنيه إسترليني خالف هذا الوعد.

وهنا يأتي سؤال: هل الإسلام يجيز مخالفة الوعد؟ الجواب: لا، بل إن الإسلام قد حرم مخالفة الوعد، وأمر بالإيفاء بالعهود. قال الله تعالى: (وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ).<sup>1</sup> وَطُ طُ (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).<sup>2</sup> فإذا كان الأمر كذلك، فكيف يتأتى لهذا المحامي القول بأن ذلك جائز في الشريعة الإسلامية الغراء؟

فإن هذا المحامي - في وجهة نظره - يرى أن مالك الدار حر، له أن يتصرف في داره كيف شاء، بغض النظر عن التراضي والاتفاقية التي كانت بينه وبين المشتري الأول (طن لامي مي دكا). نعم، فإن له الحرية الكاملة في أن يتصرف في ممتلكاته، ولكن ذلك لا يمكن أن يكون على إطلاقه، بل إنما يكون في حدود الشريعة الإسلامية، فإذا وعد المسلم وجب عليه الوفاء به.

من الواضح في هذه المسألة أن هذا المحامي لا معرفة له بالشريعة الإسلامية، بل وأكبر شاهد على ذلك قوله السابق: "وحتى لو افترض أنه جائز في الشريعة الإسلامية - على حد قوله - فإنه يكون مخالفاً لقانون العدالة والإنصاف والعقل السليم".

وهذا الكلام يدل على أن هذا المحامي لا معرفة له بمبادئ الدين الإسلامي الحنيف، حيث يزعم أن هناك شيئاً في دين الله ليس موقفاً للعقل السليم!! بل هذا الزعم كفر، فلو عرف منه التعمد لذلك لوجب

1 - سورة النحل، الآية رقم 91.

2 - سورة المائدة، الآية رقم 1.

الحكم عليه بالردة، لكن لجهله لا يحكم عليه بذلك حتى يقرر بذلك، ويطالب بالتوبة والرجوع إلى الحق إن كان مسلماً.

وهنا يقول الباحث: سبحان الله! بل إن العقل السليم يجب عليه أن يكون موافقاً لقواعد الإسلام وتابعا لها. وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا المعنى، حيث يقول الحق تبارك وتعالى: (أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْتَغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ).<sup>1</sup>

ولذلك فإنه من الخطأ الجسيم أن يزعم هذا المحامي أن قرار المحكمة الإقليمية العليا خطأ. بل إن قرارها صحيح إلا في زيادة مائة جنيه إسترليني (100) على المبلغ المتفق عليه كما سبق.

ومن الواضح، أن أدوار المحامي في هذه المسألة كانت من الناحية السلبية، وبالتالي غير موافقة للشريعة الإسلامية، لأنه كان يخوض في ما لا معرفة له به، وهذا لا يجوز شرعاً، لقوله تعالى: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا).<sup>2</sup>

ومن ناحية أخرى، فإن بعض قضاة المحكمة العليا الثلاثة، يبدو أنه قد بذل جهده في سبيل الوصول إلى الحق كما هو واضح في هذه المسألة، ولم يغتر بأقاويل هذا المحامي، لأنه كان عضواً في المحكمة الشرعية الاستثنائية، وفعلاً قد وُفق في ذلك، مستعيناً بما لديه من علوم الشريعة الإسلامية.

### النموذج الثالث: محاكمة في ولاية صكتو النيجيرية.

المدعي: حواء إيتر يروغا.

المدعى عليه: مَمْن سَمْبُو أَلْمَاجِرِي.

المحكمة: محكمة إقليم كلغو بولاية صكتو.<sup>3</sup>

القضية: ادعاء الهبة والميراث.

### تفاصيل القضية:<sup>4</sup>

اشتكت حواء إيتر يروغا إلى محكمة إقليم كلغو لتقسيم تركة زوجها المتوفي (ليمن عمر)، وهو أخو محمد سمبو أَلْمَاجِرِي (المدعى عليه). وهذه التركة عبارة عن: سبع عشرة بقرة ومزرتين إحداهما في موقع مرتفع والأخرى في موقع منخفض، ونسختين من القرآن الكريم.

1 - سورة المائدة، الآية رقم 50.

2 - سورة الإسراء، الآية رقم: 36.

3 - حين ذاك، والآن في ولاية كيب.

4 - *Sharia Law reports of* As reported in: Mahmood, Yahaya: Suit No. FCA/K/14S/83. - 4 *Nigeria*, Vol. 1, (1961-1989), First Published 1993 by Spectrum Law Publishing, a division of Spectrum Books Limited, Sunshine House, 1, Oluyole Industrial Estate, PMB 5612, Ibadan, Nigeria, pp. 86-87.

قسم قاضي المحكمة (محمد بُوثُوو) تسع بقرات فقط للورثة، ولم يقسم ثمان بقرات والمزرعتين والنسختين من المصحف بعد. وبعد ذلك وصلت إلى قاضي المحكمة رسالةً برقم INS/BK/56 of 3/12/77 من مراقب المحاكم الإقليمية لِبرُنْ كَبِّ، بأمر من أمين السجل الأعلى للمحكمة العليا لولاية سكوَتو، مفادها أن هذه القضية قد تم تحويلها من هذه المحكمة إلى المحكمة العليا الإقليمية في برُنْ كَبِّ، أمام القاضي عبد الله مِطُّو.

نظر القاضي في بيانات هذه القضية المحولة إليه، فتبين له أن القاضي الأول محمد بوتورو قد قسم بعض التركة - على النحو السابق - قبل تحويل القضية إليه. أما ثمان بقرات الباقية، فقد تضاعف عددها إلى تسع عشرة بقرة قبل نهاية القضية.

ادعت حواء يَزُّوَعَا (المدعية) بأن تسعة عشر بقرة وباقي التركة كانت ملكا لزوجها (ليمن عمر) قبل وفاته، لذلك كانت تطالب المحكمة بتقسيم هذه التركة للورثة. وأما المدعى عليه (مَمَّنْ سَمْبُو الماجري) فإنه كان يدعي أن ثمان بقرات التي تضاعفت إلى تسعة عشر بقرة ليست من ضمن التركة، لأن ليمن عمر (زوج المدعية) قد أهداها قبل وفاته لابنه عمر. والآن قد توفي الابن المهدي له أيضا!! لذلك كان يطالب المحكمة بتسليم تسعة عشر بقرة إليه.

طالبت المحكمة كلا من الطرفين أن يأتي ببينته، وبعد السماع من بينة كلا الجانبين تبين للمحكمة أن ادعاء هبة تسعة عشر بقرة لم يثبت، وأن تلك البقرات ما زالت ملكا للورثة، وبالتالي قررت المحكمة تقسيمها بين الورثة. وقد صدر ذلك القرار في يوم 1978/10/2م.

لم يقتنع مَمَّنْ سَمْبُو الماجري بقرار هذه المحكمة. فاستأنف القضية بواسطة المحامي إلى المحكمة الشرعية الاستئنافية في برُنْ كَبِّ، وقد ترأس هذه الجلسة القاضي الأكبر لولاية سكوَتو (Grand Kadi) الحاج خضر بِنْجِي. وفي اثناء الجلسة تبين لهذه المحكمة أن المحكمة الإقليمية العليا لم تجد دليلا قاطعا على الهبة التي كان يدعيها ممن سمبو الماجري، إلا أنها - أي المحكمة الإقليمية العليا - لم تقسم المزرعتين والنسختين من المصحف للورثة. إن هذه المحكمة طلبت من المحامي أن يأتي بالبينة القاطعة ولم يستطع، وأما الطرف الآخر فقد أتوا بالبينة. من أجل ذلك، فإن المحكمة الشرعية الاستئنافية أمرت المحكمة الإقليمية العليا أن تقسم باقي المزرعتين والنسختين من المصحف بين الورثة.

وأخيرا فإن هذه المحكمة قد أقرت بما قضت به المحكمة الإقليمية، وألغت هذا الاستئناف. وقد تم إصدار هذا القرار في يوم 1979/02/24م.

وتنفيذا لأمر المحكمة الشرعية الاستئنافية، فإن المحكمة الإقليمية العليا قد نادى الورثة مرة ثانية، فقومت المزرعتين والنسختين من المصحف، وقسمتها للورثة. وقد تم هذا التقسيم في يوم 1980/02/02م.

لم يقنع من سمبو الماجري أيضا بقرار المحكمة الشرعية الاستئنافية، فأعاد الاستئناف إليها مرة ثانية بواسطة المحام. وفي أثناء مجادلته أمام المحكمة الشرعية، حاول المحامي أن يرجع إلى الحديث عن قضية هبة تسع عشرة بقرة، والتي من أجلها استأنف القضية، ولكنه عجز أن يقنع المحكمة بأدله أيضا. وأخيرا، ألغت المحكمة هذا الاستئناف أيضا.

لم يوافق من سمبو الماجري أيضا بقرار المحكمة الشرعية الاستئنافية، فاستأنف القضية أيضا بواسطة المحامي إلى محكمة الاستئناف الفدرالية في ولاية كدونا. استأنف القضية ضد قرار المحكمة الشرعية الاستئنافية بشأن قضية الهبة التي كان يدعيها، وهي هبة تسع عشرة بقرة. بين هذا المحامي للمحكمة أنه لا شأن له بقضية المزرعتين ولا بالنسختين من المصحف، وأنه موافق بأن الأشياء المذكورة داخلة ضمن تركة الميت، وأنها ملك للورثة. وأما الذي يعنيه هنا هو قضية هبة تسع عشرة بقرة فحسب!

ومن ناحية أخرى، فإن المدعى عليها (حواء ير يروغا) قد بينت لهذه المحكمة أن المستأنف (من سمبو الماجري) قد منع أولادها أن يأخذوا نصيبهم من المزرعتين التين سبق تقسيمهما بين الورثة.

#### قرار المحكمة:

بعد النظر في هذه القضية قررت محكمة الاستئناف الفدرالية ما يلي:

أولا: إن المحكمة الشرعية الاستئنافية قد أصدرت قرارها في هذه القضية في يوم 24/02/1979م، ومعنى هذا أن هذا القرار قد صدر قبل تعديل الدستور النيجيري الذي يسمح باستئناف القضايا من المحاكم الشرعية الاستئنافية إلى محكمة الاستئناف الفدرالية، والآن قد حصل التعديل. وبموجب هذا، فإن محكمة الاستئناف الفدرالية ليس لديها السلطان القضائي (jurisdiction) لاستقبال أي استئناف حول قرار المحكمة الشرعية الاستئنافية الصادرة قبل 01/10/1979م.

ثانيا: مما لا شك فيه أن المستأنف كان لا ينكر أن المزرعتين والنسختين من المصحف ملك للورثة كما أقر بذلك بنفسه، وبالتالي فإن الاستئناف فيما يتعلق بذلك ملغي.

ثالثا: إنه من الثابت لدى هذه المحكمة أن بعض التركة التي قسمتها المحكمة الإقليمية العليا لم يصل إلى جميع الورثة، لذلك -قال القاضي أبوبكر بشير الوالي وهو أحد قضاة المحكمة - فأنا أمر تلك المحكمة الإقليمية العليا ليرزّن كِبَ أيضا أن تنفذ قرارها، وأن تتأكد من أن كل واحد من الورثة قد أخذ نصيبه. وأخيرا، قررت هذه المحكمة بأن هذا الاستئناف ملغي لصالح حواء ير يروغا (المدعى عليها).

### أدوار المحامي في هذه القضية ومدى موافقتها أو مخالفتها للشريعة الإسلامية:

يبدو واضحاً في هذه القضية أنها قد مرت بخمس مراحل: ذلك أن المحاكمة ابتدأت في محكمة كلغو الإقليمية في سكوتو، حيث ابتدأت القضية هنالك. ثم حولت القضية إلى المحكمة الإقليمية العليا في برنن كتي حيث تم تقسيم التركة هناك. ثم استؤنفت القضية إلى المحكمة الشرعية الاستئنافية مرتين. ثم أخيراً استأنفت القضية إلى محكمة الاستئناف الفدرالية.

بالنظر إلى ما سبق ذكره يتبين للقارئ أن هذه القضية لم يكن فيها توكيل أي محام في أول المحاكمة إلا في المرحلة الثالثة، وهي مرحلة الاستئناف، وذلك عندما استأنف ممن سمبو المأجري القضية - مرتين - إلى المحكمة الشرعية الاستئنافية ضد قرار المحكمة الإقليمية العليا في برنن كتي بشأن دعوى هبة تسع عشرة بقره.

إن المستأنف (المأجري) قد طلبت منه محكمة برنن كتي أن يأتي بالبينة على إثبات دعواه ولكنه عجز أن يأتي بالبينة التي تقنع المحكمة. لذلك حاول أن يستعين بالمحامي على تحقيق هذه الدعوى، حيث استأنف القضية إلى المحكمة الشرعية الاستئنافية في برنن كتي، فلما نظرت هذه المحكمة في هذه القضية طلبت البينة من المستأنف، ولكن البينة لم تقنع المحكمة أن ليمن عمر (زوج الطرف الآخر المتوفي) قد أهدى ابنه المتوفي شيئاً من ثمان بقرات التي تضاعفت إلى تسع عشرة بقره، فلما اكتشفت المحكمة عجز المستأنف عن الإتيان بالبينة قررت إلغاء القضية مرتين كما مر.

ثم استأنف القضية أخيراً إلى محكمة الاستئناف الفدرالية ضد قرار المحكمة الشرعية الاستئنافية بشأن هدية تسع عشرة بقره، وباء أيضاً بفشل، وذلك لأن قرار المحكمة المشار إليها كان قبل تعديل الدستور النيجيري بشأن استئناف القضايا من المحاكم الشرعية الاستئنافية إلى محكمة الاستئناف الفدرالية، لذلك تم إلغاء هذا الاستئناف كما سبق التفصيل في ذلك.

هنا يقول الباحث: إن مدار هذه القضية حول البينة. وصدق الرسول صلى الله عليه وآله وسلم حين يقول: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه). وهو حديث صحيح أخرجه الإمام مسلم في صحيحه.<sup>1</sup>

ليت هذا المحامي قبل أن يقبل التوكيل في هذه القضية تأكد من أن لمؤكّله بينة قاطعة تؤيده على صدق دعواه! الذي كان ينبغي أن يعلمه هذا المحامي هو: أن موكله المستأنف (ممن سمبو المأجري) لم يكن ينكر أن كلا من البقرات والمزرعتين والنسختين من المصحف الشريف كانت ملكاً لزوج حواء

<sup>1</sup> - أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق المرحوم الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: عيسى الحلبي، القاهرة، (بلا تاريخ)، ج 1، ص: 300.

إَيْرُ يَرْوُغَا الْمَتُوفِي، وَلَكِنَّهُ كَانَ يَدْعِي أَنَّهُ قَدْ أَهْدَى ابْنَهُ الَّذِي تُوْفِي (عَمْر)، وَهَذَا يَعْنِي ثُبُوتَ الْمَلِكِيَّةِ لَهُ قَبْلَ وَفَاتِهِ بِاعْتِرَافٍ مِنَ الْخَصْمِ!

وَأَمَّا ادِّعَاءُ أَنَّ بَعْضَ هَذِهِ التَّرَكَّةِ قَدْ أَهْدَاهُ لِشَخْصٍ فَأَمْرٌ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ قَاطِعٍ، وَلَمْ يَوْجَدْ! وَمِنْ هُنَا كَانَ يَنْبَغِي لِهَذَا الْمَحَامِي أَنْ يَنْسَحِبَ مِنْ هَذَا التَّوَكِيلِ، لَكِنَّهُ لِلْأَسْفِ قَدْ قَبِلَ التَّوَكِيلَ فِي مِثْلِ هَذَا الْوَضْعِ، وَهَذَا خَطَأٌ مِنْهُ، لِأَنَّ قَبُولَ التَّوَكِيلِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ خِيَانَةٌ وَتَعَاوُنٌ عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ الَّذِي حَذَرَ مِنْهُ الْمَوْلَى عَزَّ وَجَلَّ فِي قَوْلِهِ: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ).<sup>1</sup>

بَلْ إِنْ قَبُولَ التَّوَكِيلِ وَالْحَالَةَ هَذِهِ ظَلَمٌ وَمُخَالَفَةٌ لِمَا نَهَى اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عَنْهُ، حَيْثُ يَقُولُ الْمَوْلَى عَزَّ وَجَلَّ فِي كِتَابِهِ الْعَرِيزِ: (وَلَا تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَتُونَ أَنْفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ حَوَّانًا أَثِيمًا) (107) يَسْتَحْفُونَ مِنَ النَّاسِ وَلَا يَسْتَحْفُونَ مِنَ اللَّهِ وَهُوَ مَعَهُمْ إِذْ يُبَيِّنُونَ مَا لَا يَرْضَى مِنَ الْقَوْلِ وَكَانَ اللَّهُ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطًا (108) هَا أَنْتُمْ هَؤُلَاءِ جَادَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَادِلُ اللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكَيْلًا (109).<sup>2</sup> فِي هَذِهِ الْآيَاتِ يَحْذَرُ الْمَوْلَى عَزَّ وَجَلَّ عِبَادَةَ مَنْ الدَّفَاعِ عَنِ الْخَائِنِينَ الظَّالِمِينَ فِي الْخُصُومَاتِ وَفِي الْأُمُورِ كُلِّهَا كَمَا تَرَى!

مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِأَنَّ أَدْوَارَ الْمَحَامِي فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ قَدْ كَانَتْ مِنَ النَّاحِيَةِ السَّلْبِيَّةِ، وَبِالتَّالِيِ غَيْرِ مُوَافِقَةً لِلشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ الْغَرَاءِ، الَّتِي تَأْمُرُ بِإِيصَالِ الْحَقُوقِ إِلَى أَصْحَابِهَا. قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) (58).<sup>3</sup> وَاللَّهُ أَعْلَى وَأَعْلَمُ.

## نتائج البحث:

وقد وصل الباحث إلى نتائج، من أهمها ما يلي: 1- أهمية الاستعانة بالمحامي عند التقاضي في المحكمات والهيئات القضائية. 2- أن الاستعانة بالمحامي المسلم تلعب دورا كبيرا في مساعدة القضاة على إيصال الحقوق إلى أصحابها، وخاصة لمن لا قدرة له على التعبير أمام المحكمة، 3- وأن عدم الاستعانة به قد يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق، 4- وأن المحامين والقضاة الذين لا معرفة لهم بالفقه الإسلامي قد يقعون في أخطاء جسيمة عند التقاضي. 5- قد تضيع الحقوق في أول التقاضي قبل الاستعانة بالمحامي، ثم ترد الحقوق إلى أصحابها بعد الاستعانة به. 6- إن المحامي -إذا كان صالحا

<sup>1</sup> - سورة المائدة، الآية رقم: 2.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآيات رقم: 107-109.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية رقم: 58.

فقيها- من أهم مساعدي الهيئات القضائية في تحقيق العدالة وإيصال الحقوق إلى أصحابها. 7- كثير من المتقاضين النيجيريين لا يستعينون بالمحامي في أول المحاكمة إلا في المراحل الاستثنائية. 8- قد تكون أدوار المحامي من الناحية السلبية إذا كان المحامي أميناً، ومن الناحية السلبية إذا كان خائناً.

#### الخاتمة:

هذا ما تيسر للباحث إعداده حول أدوار المحامي في القضاء النيجيري المعاصر وموقف الإسلام منها، وهنا يود الباحث أن يحتتم مقالته ببعض التوصيات، وذلك على النحو التالي: 1- على المحامي أن يعلم بأن هذه المهنة أمانة ومسؤول عنها 2- على المحامي أن يتقي الله في معاملاته مع عملائه. 3- لا يجوز للمحامي أن يدافع عن الظالم في حالة كونه عالماً بظلم عميله، وعليه أن يتخلى عن التوكيل فوراً بمجرد اكتشافه بأن عميله خائن أو ظالم! 4- على المحامي أن يكون يقظاً فقيهاً أميناً. 5- على القضاة أيتنبهوا، وأن يعلموا أن هذه المهنة أمانة وأنهم مسؤولون عنها، وأن يكونوا على حذر عند التقاضي، وألا يستعجلوا في القضايا المعروضة أمامهم، وعليهم أن يكونوا فقهاء أمناء من باب أولى، وأن يكون هدف الجميع هو الوصول إلى الحق، عن طريق البينة والأدلة القاطنة، هذا، والله أعلم. وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحاب وسلم تسليماً كثيراً، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

#### المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.
- أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق المرحوم الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: عيسى الحلبي، القاهرة، (بلا تاريخ).
- الحسيني، الشيخ الشريف إبراهيم صالح: مفهوم السيادة في نظام الدولة الإسلامية، مكتبة الجندي، ميدان الحسين - القاهرة، 2003م.
- عزام، عبد العزيز محمد: الطلاق في الإسلام، المطبوع مع: الأحوال الشخصية للمسلمين، إعداد لجنة من أساتذة قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، دار جاد للطباعة والتجليد، القاهرة، سنة 1424هـ - 2003م.
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (ت 825هـ): فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت. (بلا تاريخ).
- الماوردي، علي بن محمد (ت 450هـ): أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، سنة 1392هـ - 1972م، تحقيق محيي هلال السرحان.



Federal Republic of Nigeria, (1999), *Constitution of the Federal Republic of Nigeria*, Federal Government Press, Mobil Road, Apapa, Lagos, Nigeria.

Mahmood, Yahaya: *Sharia Law reports of Nigria*, Vol. 1, (1961-1989), First Published 1993 by Spectrum Law Publishing, a division of Spectrum Books Limited, Sunshine House, 1, Oluyole Industrial Estate, PMB 5612, Ibadan, Nigeria, p. 4. Case No: SCA/CV/59/61.

Olakanmi, J. (2009), *Legal Ethics, Lawyers Handbook*, Third Edition, Panaf Press House, Plots 196/197, Dawaki Rockville, Behind News Engineering Company, Gwarinpa, Abija.

Olakanmi, J. (2008), *The Rules of High Courts*, Panaf Press, Panaf House, Dawaki Rockville, Opp.CITEC, Villas, F.C.T, Abuja.

Rules of Professional Conduct for Legal Practitioners, 2007.

Shari'a Court of Appeal, Kaduna State of Nigeria. (2010), *the Shari 'a Courts (Civil Procedure) Rules 2010*, Printed by Government Printer, Kaduna State.

Yahaya, M. (1961-1989), *Sharia Law reports of Nigria*, Vol. 1, First Published 1993 by Spectrum Law Publishing, a division of Spectrum Books Limited, Sunshine House, 1, Oluyole Industrial Estate, PMB 5612, Ibadan, Nigeria.

واجبات المحامي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (القانون العماني نموذجاً)

منتصر بن سلام بن صالح الحراسي

باحث دكتوراة في الفلسفة والشريعة والقضاء

كلية الشريعة والقانون

جامعة العلوم الإسلامية-ماليزيا

مقدمة

إن مهنة المحاماة مهنة نبيلة يجب أن يتمتع صاحبها بصفات تبعد عنه الشبهات غير السوية، كونه يمثل الحق أمام القضاء وقد أوضحت لنا الشريعة الغراء أهمية وجود المحامي بالغ العلم وفصيح اللسان في المطالبة بالحقوق والسند القويم أمام الباطل، فقد بين القرآن الكريم ذلك عندما أرسل الله سبحانه وتعالى موسى عليه الصلاة والسلام إلى قومه الظالمين حيث قال: " (قال رب إني أخاف أن يكذبون (12) وَيَصِيْقُ صَدْرِي وَلَا يَنْطَلِقُ لِسَانِي فَأَرْسِلْ إِلَيَّ هَارُونَ (13))،

إن أهمية هذه الورقة تكمن في ضرورة معرفة المحامي للواجبات التي يجب ان يتمتع بها ليست فقط تلك الواردة في نصوص القوانين الوضعية وإنما أصل تلك الواجبات التي بينتها الشريعة الإسلامية التي لا بد للمحامي أن يلتزم بها، وفي مقابل ذلك ضرورة معرفة الموكل واجبات المحامي الذي يريد توكيله وتمثيله أمام القضاء وإتيان الحجة والبينة ضد خصومه.

وتهدف من هذه الورقة إلى بيان مفهوم المحامي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ومعرفة أخلاقيات هذه المهنة النبيلة والمسؤوليات التي تقع على عاتق المحامي أمام ربه وأمام القضاء والموكل، ودلائل ذلك في الشرع وفي القانون.

وتكمن المشكلة التي تتعرض لها هذه الورقة فيما نراه اليوم من ارتفاع عدد المحامين المسجلين في شتى بقاع الأرض والذين يبنون عملهم وفق النظام القانوني المتبع كل في دولته وغياب المعرفة حول واجبات المحامي في الشريعة الغراء، الأمر الذي نرى فيه سبباً لبعض المحامين لتولي قضايا يغلب عليها الباطل مطالبين القضاء بحق يبدو في شكله القانونية حقاً وهو في الأصل باطل الأمر الذي نطرح معه هذه الأسئلة:

هل يتعارض القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية في تبيان واجبات وأخلاقيات مهنة المحاماة، وهل هناك أي رابط بينهما في هذا الجانب، وهل من الممكن فصل الشريعة الإسلامية فصلاً نهائياً عن إبراز دور المحامي وخصائصه وهل هي قادرة بالفعل على مواكبة التطور المدني في عمل المحاماة، أم ان القوانين الوضعية هي الناقصة غير القادرة على تغطية ومعالجة كافة أوجه الاحتيال والغش وعدم الأمانة في عمل المحاماة.

وعلى ذلك يتطلب منا تقسيم ورقة العمل إلى مبحثين اثنين:

**أولاً:** مفهوم المحاماة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

**ثانياً:** واجبات المحامي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

ونصل مع هذه الورقة إلى استخلاص مجموعة من النتائج نذكر بعضها:

- 1- إن معرفة واجبات المحامي لا ترتبط فقط بالمحامي نفسه وإنما لزام على الموكل معرفة ذلك حتى يستطيع أن يساند المجتمع المدني نحو إصلاح مهنة المحاماة إذا حادت عن طريقها.
- 2- أن المحاماة ليست مجرد مهنة لكسب الرزق وإنما عمل أخلاقي رفيع المستوى تفرض الحق امام الباطل وترجع الحقوق لأصحابها.
- 3- الإخلاص في عمل المحامي ركيزة أساسية لنجاح عمله أم الله وأمام القضاء والمجتمع. وانتهينا ببعض التوصيات منها:

1- ضرورة الاستمرار في توعية المحامي بواجباته من قبل نقابة المحامين دائماً وأبداً، كي لا يدخل الطمع في قلبه وينحاز في قضاياها فقط لأجل المال دون النظر إلى الاخلاقيات تفرضها له مهنة المحاماة.

2- أهمية توعية الموكل في كل ما يخص أخلاقيات المحامي والتأكد من تلك الصفات عن طريق الاطلاع للموكلين الاخرين ومعرفة تعامل المحامي مع قضاياهم ولاطلاع على المبادئ الإسلامي في المحاماة والقوانين والأنظمة التي تعنى بالمحامين.

3- الحض على تعزيز القيم الإسلامية في مهنة المحاماة.

4- ضرورة وجود تعاون مشترك بين القضاء والمحاماة لنصرة الحق وعدم اعتبار كل واحد منهم ضد الاخر، وإنما هم فريق واحد مهمته إرساء قواعد العدل. هذا والله ولي التوفيق،

### المبحث الأول: مفهوم المحاماة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

سأتناول في هذا القسم تعريف المحاماة لغة ومفهوم الوكالة بالخصومة في الشريعة الإسلامية وتعريف المحامي في القانون في ثلاث مطالب مستقلة:

#### المطلب الأول: المحاماة في اللغة:

المحاماة لغة كلمة مشتقة من حَمَى وحَمِي وحامي وحماية، وحَمَى المكان من الناس (حمية) (حمياً) منعه عنهم، ومنه الحماية.

(وأحميته) بالألف جعلته (حمى) (وحميت) القوم (حمية): نصرتهم. (المقرئ، 1999، صفحة 82)

وورد في القاموس المحيط: (حمى الشيء حمية حمياً وحمياً، بالكسر منعه، وحمى المريض ما يضره: منعه إياه، فاحتسى وتحمى: امتنع)، والحامية: الرجل يحمي أصحابه، والجماعة أيضاً، وهو حامى الحمى: حمى حوزة ما وليه.

وحامت عنه: محامة: وحماء: منعت عنه، وتحاماه الناس: تَوَقَّوه، واجتنبوه. (الفيروزآبادي، 1413 هـ، صفحة 157)

### المطلب الثاني: مفهوم الوكالة بالخصومة في الشريعة الإسلامية

عُرفت المحاماة في صورتها التي نعرفها اليوم في كتب الفقهاء المتقدمين بمسمى الوكالة بالخصومة أو وكلاء الدعاوى وفي الواقع أنها مرادفة للمحاماة وقد تناولها الفقهاء بهذا المسمى في كتبهم (عارف، 2004، صفحة 43).

ومن منطلق ذلك وحتى نخرج إلى مفهوم الوكالة بالخصومة بشكل خاص من اللازم بمكان معرفة معنى الوكالة في صورتها العامة، وقد اختلف الفقهاء في تعريف الوكالة، فقد ذهب الشافعية إلى تعريفها على أنها: (تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة) (الرملي، 1938، صفحة 14) والمقصود بقوله: النيابة: أي الوكالة عن الموكل، ويتضح من هذا التعريف شموليته فقد احتوى على أركان الوكالة بل واستبعد الوكالات المحظورة كالتوكيل في معصية الخالق أو ارتكاب جريمة ما.

أما الحنفية فقد عرفوها على أنها: (تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل) وعرفها بأنها: (تفويض التصرف إلى الغير)، ويلاحظ على هذه التعريفات بعكس تعريف الشافعية الاختصار وسهولة المعنى إلا أنها افتقدت إلى بيان أركان الوكالة ودون منع دخول الوكالة غير الجائزة شرعاً. (الكاساني، 1981، صفحة 15) وقد ذهب المالكية إلى تعريف الوكالة على أنها: (عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود وليست من العقود اللازمة؛ بل الجائزة) أو أنه: (نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة غير مشروطة بموته) (القرطبي، 2014، صفحة 245)

وذهب الحنابلة إلى تعريف الوكالة على أنه: (استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة) (الحجاوي، 232)، ونجد هذا التعريف يشير إلى الوكالة بكلمة استنابة بمعنى طلب الإنابة، هذا التعريف فاق تعريف الشافعية شمولية بحيث منع ما يحظر شرعاً في الوكالة بل وزاد عليه في تحديد الوكيل بالقول: (جائر التصرف) وعليه يخرج عنه المريض والمجنون والصبي غير المميز الممنوعين من التصرف. تنتهي من ذلك الخلاف هو ان تعريف الوكالة بالخصومة هو أن ينوب شخص عن غيره في المطالبة بحقوقه أمام القضاء ونحوه.

### المطلب الثالث: مفهوم المحاماة في القانون

يعرف المحامون بأنهم "طائفة من رجال القانون غير الموظفين، يقومون بمساعدة المتقاضين بإبداء النصح إليهم ومباشرة إجراءات الخصومة عنهم أمام المحاكم بطريقة الوكالة" (الوفا، 1975، صفحة 102). ويعرف المحامون كذلك بأنهم: " طائفة خاصة يشترط فيهم القانون شروطا تتعلق بالعلم والكفاية والخبرة وحسن السمعة، ووظيفتهم الوكالة عن المتقاضين أمام المحاكم للدفاع عن موكلهم وبسط أدلتهم وأسانيدهم أمام القضاء تأييدا لما يدعونه، أو لما يردون على دعوى المدعي" (الشرقاوي و فتحي، 1977، صفحة 190).

كما ورد في تعريف مهنة المحاماة في نصوص قانون المحاماة الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي في مادته الأولى على أن: " المحاماة مهنة حرة تشارك في تحقيق رسالة العدالة وتأكيد سيادة القانون وكفالة حق الدفاع عن الحقوق والحريات "

ويلاحظ في هذا التعريف أنه يشير لأهداف المحاماة أكثر من كونه تعريفا محدد للمحاماة، ولم يخرج المشرع العماني في تعريف المحاماة بعيدا عن هذا التعريف حين عرف المحاماة بأنها: " مهنة حرة تشارك في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون وذلك بكفالة حق الدفاع عن المتقاضين ويمارس المحامون مهنتهم مستقلين لا يخضعون إلا لضمايرهم وأحكام القانون "

ويلاحظ أن التعريف رغم ذكره لأهداف المهنة وواجبات المحامي إلا أنه أضاف وظيفته الفعلية بقوله: " وذلك بكفالة حق الدفاع عن المتقاضين " ونفهم منه أن المحامي هو الشخص الذي يكفل حق الدفاع عن المتقاضين في الخصومة.

### المبحث الثاني: المحامي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

يمثل المحامي الدفاع عن الحق وإظهاره أمام القضاء ليساهم في تحقيق مبدأ العدل، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا التزم المحامي بجملة من الصفات والأخلاق والواجبات التي تقيم خصائص المحامي وتعيّنه للحق ودرء الباطل. نتناول هذ المبحث في مطلبين اثنين:

المطلب الأول: واجبات المحامي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: واجبات المحامي في القوانين الوضعية.

### المطلب الأول: واجبات المحامي في الشريعة الإسلامية

يرد مسمى الوكيل بالخصومة في مفاهيم الوكالة لدى الفقهاء المسلمين كما سبق ذكره، ولذا نذكر هذا المصطلح كثيرا عن تناولنا هذا المطلب، وهي كالتالي:

### أولاً: الإخلاص لله تعالى وتحري الصدق والحق

إن الإخلاص لله في أي عمل صالح كان واجب كل مسلم إتجاه ربه، فإذا أخلص المحامي في عمله ابتغاء مرضاة الله بذل ما بوسع له ليدافع عن الحق بقلب سليم ولا يكون خصيماً للخائنين كما قال حق من قائل: "إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً" (سورة النساء).

قال أبو جعفر: "يعني جل ثناؤه بقوله: "إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله"، "إنا أنزلنا إليك" يا محمد" الكتاب"، يعني: القرآن" لتحكم بين الناس"، لتقضي بين الناس فتفصل بينهم" بما أراك الله"، يعني: بما أنزل الله إليك من كتابه" ولا تكن للخائنين خصيماً"، يقول: ولا تكن لمن خان مسلماً أو معاهداً في نفسه أو ماله" خصيماً" تخاصم عنه، وتدفع عنه من طالبه بحقه الذي خانه فيه (الطبري، 20011994، الصفحات 549-550).

ونهى الله كذلك عن المجادلة عن الذين يختانون أنفسهم في قوله تعالى: "وَلَا تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا" (سورة النساء).

### ثانياً: الالتزام بحدود الوكالة

على الوكيل بالخصومة أو المحامي عدم تجاوز ما قرره الوكالة من حدود فلا يمكن أن يعمل خارج ما أذن له الموكل فيه، يقول الشيرازي عن الوكيل: "ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو جهة العرف" (الشيرازي، 1992، صفحة 165).

وهو ما يتفق مع الخطاب بقوله: "الوكالة على الخصام فقط لا تشمل صلحا ولا إقرارا ولا يصح من الوكيل أحدهما إلا بنص" (الخطاب، 1992، صفحة 18).

لذا وجب على الوكيل أو المحامي عدم تجاوز حدود وكالته، ومن الأمانة ان لا يتعداها، لأنه ذلك يدخل من قبيل الخيانة مصداقاً لقوله تعالى، "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ" (الأنفال: 27).

### ثالثاً: حفظ سر الخصومة

إن من واجبات المحامي عد إفشاء أسرار موكله حتى بعد انتهاء الوكالة، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن

فَرَّجَ عَنْ مُسْلِمٍ كَرِيهٍ اللَّهُ عَنْهُ كَرِيهَةً مِنْ كَرِيهَاتِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ" (رواه البخاري في كتاب المظالم: باب قصاص المظالم (5/97)).

فألستر على الموكل وعدم إلحاق الضرر بموكله أمر ملزم به، إلا ان ذلك يجب أن يكون في إطار الحق، لأن الله يأمرنا بعدم كتمان الشهادة في قوله: "وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۚ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ" (سورة البقرة)، فإذا كان عدم إفشاء سرا من موكله واجب أخلاقي على المحامي إلا أن واجب الشهادة قدسي وعليه أن يكون أميناً أمام ربه وأمام المجتمع، ولا استثناء في أمر الشهادة إلا في حالة واحدة وهي الشهادة على الحدود وذلك من باب "درء الحدود بالشبهات" و"الدفع عن المسلمين" يستدل ذلك فيما أخرج الترمذي عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: ( قال رسول الله صلي الله عليه وسلم: ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام ان يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة) (الترمذي، 1987، صفحة 25). وخلاف ذلك فإن الموكل المحامي ملتزم بحفظ أسرار موكله طالما لا يضيع حق ولا يخرج عن ضوابط الشهادة.

#### رابعا: عدم قبول الوكالة ضد موكله

أي أن المحامي لا يجوز له ان يتوكل على خصومة ضد موكله، يقول الشيرازي في هذا الشأن: "إن وكله الموكل في خصومة رجل، ووكله ذلك الرجل في خصومته، ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأنه توكيل في أمر يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح، والثاني: يصح لأنه لا يتهم في إقامة الحجة لكل واحد منها مع حضور الحاكم" (الشيرازي، 1992) ويرى السرخسي أن: "التوكيل بالشيء لا يتضمن ضده" كمبدأ عام (السرخسي، 1993، صفحة 4).

أما ابن فرحون فأتجه عكس ذلك بقوله: "من عزل وكيله فأراد الوكيل أن يتوكل لخصمه إن شاء أن يوكله، يعني أن وكل وكيلاً ثم عزله حيث يجوز، فأراد خصمه أن يوكل ذلك الوكيل المعزول، فإن ذلك له، ولا حجة لمن عزله أن يقول إنه اطلع على خصومتي وعلم كنه حجتي فلا يتوكل علي".

وأرى أنه لا يستقيم الضدان في الخصومة فكيف تستقيم الوكالة مع الخصم بعد معرفة حجة الموكل السابق والاطلاع على أسرارهم ففي ذلك ما يشجع على الاحتيال لمعرفة نقاط الضعف ثم نقلها لخصم آخر لتقوية حجته، هذا من جهة ومن جهة أخرى ليس من الأدب أن تقف مع شخص ثم لأي سبب كان تأتي ضده فهذا فيه ما يصنع البغضاء في قلوب الناس وإظهار المحامي في صورة غير لائقة بمقام المحاماة كرجل يتبع مصالحه الشخصية أينما تكون دون مراعاة للأخلاق.

### خامسا: المجادلة بالتي هي أحسن

يقول الله تعالى: "وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ" (سورة النحل)، قال ابن جرير: " (وجادلهم بالتي هي أحسن) أي: من احتاج منهم إلى مناظرة وجدال ، فليكن بالوجه الحسن برفق ولين وحسن خطاب" (الطبري، 20011994) ، كما أمر الله موسى وهارون- عليهما السلام - حين بعثهما على فرعون فقال: "فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّهُ لِيَبَّا لَعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَى" (سورة طه) وفي هذه الآية وبالرغم من عتو واستكبار فرعون إلا أن الله عزوجل يأمر موسى وهارون عليهما السلام باللين واللين واللفظ في مجادلته. نفهم من ذلك أن المجادلة وعرض الدعوى والحجة أمام القضاء لا تكون بالفحش في الكلام وإنما بالكلام المعقول اللين الذي يدخل العقل ولا يحتال عليه.

### سادسا: عدم توكيل وكيل آخر دون رضی الموكل

يقول الشافعي: "إذا وكل الرجل الرجل بوكالة، فليس للوكيل أن يوكل غيره سواء مرض الوكيل أو أراد الغيبة لأن الموكل رضی بوكالته ولم يرضى بوكالة غيره، وإن قال (أي الموكل) وله أن يوكل من رأى، كان له برضى الموكل" (الشافعي، 1990، صفحة 237). ويؤكد ذلك السرخسي بقوله: "ليس للوكيل أن يوكل غيره، لأن الناس يتفاوتون في الخصومة... والموكل إنما رضی برأيه فلا يكون له أن يوكل غيره بدون رضاه" (السرخسي، 1993، صفحة 12)، ويقول الحجاوي: "ليس لوكيل توكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن موكله، أو يقول له اصنع ما شئت، أو تصرف كيف شئت فيجوز" (الحجاوي، 1994، صفحة 232). ونجد هنا اتفاقا في جواز توكيل آخر بشرط رضا الموكل أي أن عقد الوكالة هو ما يحكم هذا الأمر، فإن أجاز له ذلك أو سكت عنه بالنص في العقد جاز للوكيل أن يوكل في الخصومة وكيلًا آخر وإن جاء النص بالمنع امتنع الموكل عن ذلك.

### سابعا: عدم ترك الوكالة بالإضرار

إن ترك الموكل ما وكل به في وقت يضار بها الموكل أو حتى الغير يخالف الحديق الشريف: (لا ضرر ولا ضرار) (السيوطي، صفحة 585). ولذا فإن الضرر هو مقياس ما يعتبر تحل مخالف للوكالة فإن لم يقع الضرر فلا مانع، ويقول الشريين: "ولو قال الوكيل (عزلت نفسي أو رددت الوكالة) أو فسختها أو خرجت منها أو نحو ذلك كأبطلتها، انعزل لدلالة ذلك عليه لا فرق بين أن يكون الموكل غائبا أو حاضرا.. فينبغي أن يلزمه البقاء على الوكالة إلى حضور موكله أو أمينه على المال" (الشرييني، 2000، صفحة 316).



أما النسفي فيقول: "إن الوكيل إذا عزل نفسه في غيبة الموكل، فهو على وكالته حتى يعلم الموكل، فإذا علم انعزل" (النسفي، صفحة 817)، نفهم من أقوال الفقهاء أن للوكيل أن يترك وكالته في حال لا يقع الضرر على موكله ولا تتصل الوكالة بحق الغير.

### المطلب الثاني: واجبات المحامي في القوانين الوضعية

تتفق أغلب القوانين في واجبات المحامي وتختلف في بعض جزئياتها، وإذ نعرض في هذا المطلب القانون العماني كنموذج، فإنه لا بد من النظر في القوانين الأخرى المنظمة للمحاماة وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: الشرف والنزاهة في سلوك المحامي الشخصي والمهني

نص قانون المحاماة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (96/108) صراحة هذا الواجب في مقدمة واجبات المحامي في المادة (34)، وخير ما فعل ذلك لأن النزاهة هي من تحقق العدل وإعطاء لكل ذي حق حقه وليس مجرد تبرئة الخصم أو العون له فيما يقع فيه الظلم والفحش، ونجد ان القانون السعودي كذلك أورد مثل هذا النص في مقدمة واجبات المحامي، ويرى البعض أن المحامي ليست مهمته في براءة موكله بأي ثمن، وإنما عليه أن يتعاون مع السلك القضائي من أجل كشف الحقيقة للوصول إلى سلامة تكييفها والحكم بنزاهة وعدل (النجار، 1997، صفحة 161)

المشرع العماني لم يخرج كثيراً عما ورد في قانون المحاماة المصري بل يكاد يكون مطابقاً له فقد أشاراً نصاً إلى واجب النزاهة والاستقامة والشرف في سلوك المحامي الشخصي والمهني في حين أن القانون السعودي استند في تحديد هذه النزاهة على الأصول الشرعية. ونرى لا اختلاف في المعنى فالنظام الأساسي للدولة يشير إلى أن أحد مصادر القانون هو الشريعة الإسلامية والذي يستقي منها الكثير من المبادئ ومنها النزاهة والشرف عند التعامل سواء بين المحامين أو مع عملائهم أو أمام المجتمع.

#### ثانياً: تقديم المساعدة القضائية لغير القادرين

معظم القوانين المتعلقة بإجراءات القضاء والمحاكم تورد نصاً بتعيين المحكمة محامين لبعض الحالات ولأسباب معينة، ويأتي قانون المحامي العماني ليلزم المحامي بتقديم المساعدة القضائية لتلك الحالات التي ينص عليها القانون بكل جهد وعناية، كما لا يجوز له التنحي عن مواصلة لواجبه إلا بعد أن تقبل المحكمة تنحيه وتندب غيرهن وقلمنا نجد القوانين ترد مثل هذا النص.

ويثور التساؤل مدى أهمية النص على ذلك كون أن هذه الواجب ينص عليه قانون الإجراءات المدنية والجزائية بصورة أو بأخرى، ولا نرى له داع ذكره في قانون المحاماة.

### ثالثا: الامتناع عن الإدلاء بأية معلومات أو بيانات علم بها بحكم مهنته

ورد هذا الواجب في المادة (36) من قانون المحاماة العماني وذلك بناء على المرسوم السلطاني رقم (2008/78) بتعديل قانون المحاماة، وجاء النص باستثناء القصد من الإدلاء بتلك المعلومات منع ارتكاب جريمة، فإذا لم يكن كذلك بات على المحامي ألا يفشي شيئا مما علمه بحكم مهنته. كما أورد نظام المحاماة السعودي في المادة (23) هذا الواجب إلا أن لائحته التنفيذية حصرت ما يعد سرا لا يجوز افشاؤه في الفقرة (أ) من المادة 1/23 على القضايا الجنائية وهو أمر نختلف معه إذ أن الحكمة من عدم الادلاء بالمعلومات والاسرار هو الحفاظ على ما أوتمن عليه من قبل موكله أيا كان موضوع ونوع تلك المعلومات ولا تقتصر على فقد على تلك التي تمس القضايا الجنائية وبالتالي نرى أن المشرع العماني أحسن عندما استثنى من ذلك الواجب إذا قصد منع ارتكاب جريمة، وهو يتماشى مع قانون المحاماة الموحد في المادة (33) منه.

كما أن قانون المحاماة المصري ذكر أشار إلى هذا الواجب في المادة (79): "على المحامي أن يحتفظ بما يفضي إليه موكله من معلومات، ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه في الدعوى" وهذا النص حصر المعلومات في تلك التي يحصل عليها المحامي من موكله دون ما يتحصل عليه بحكم مهنته وهذا قصور على المشرع تلافيه.

### رابعا: الاحترام والتوقير للمحكمة وسلطات التحقيق

أورد قانون المحاماة العماني في المادة (39) النص التالي: (على المحامي أن يولي المحكمة وسلطات التحقيق الاحترام والتوقير الواجبين وان يتجنب كل ما يؤخر حسم الدعوى أو يخل بسير العدالة وأنه يلتزم في معاملة زملائه ما تقضي به قواعد اللياقة وتقاليد المهنة).

إن ورود النص على احترام المحكمة وسلطات التحقيق من قبيل التأكيد لأن الاحترام يجب أن يكون حاضرا أمام الجميع وهو منم بديهيات الأمور، خاصة وأن معظم قوانين الإجراءات المدنية والجزائية تمنح للقاضي سلطة فرض عقوبة لمن لا يحترم الهيئة القضائية أو يخالف نظام الجلسات، ونجد أن نظام المحاماة السعودي لم يشر إلى مثل هذا النص وكذلك قوانين المحاماة في الكويت وسوريا، ونجد النص على هذا الواجب في قانون المحاماة المصري في المادة (67) حيث تنص على أنه: (يراعي المحامي في مخاطبته المحاكم عند انعقادها بالتوقير اللازم، وأن يعمل على أن تكون علاقته بأعضاء الهيئات القضائية قائمة على التعاون والاحترام المتبادل)، وجاء قانون المحاماة الأردني بنص مماثل في المادة (56) على أنه: (على المحامي أن يسلك اتجاه المحكمة مسلكا يتفق وكرامة المحاماة وأن يتجنب كل إجراء أو قول يحول دون سير العدالة).

### خامسا: عدم قبول الوكالة ضد زميل

في المادة (39) من قانون المحاماة العماني في الفقرة الثانية نص على أنه: (.. ولا يجوز للمحامي أن يقبل الوكالة في دعوى ضد زميل له قبل الحصول على إذن من لجنة قبول المحامين، وإذا لم تصدر اللجنة الإذن خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب فله حق قبول الوكالة).

ولم أجد نصا مشابها لهذا النص في قوانين المحاماة في دول مجلس التعاون الخليجي، وورد ذات الواجب في قانون المحاماة المصري في المادة (68) الذي اشترط لمقاضاة المحامي زميله أخذ الإذن من مجلس النقابة الفرعية، ويتفق قانون المحاماة الأردني في مادته (62) وقانون المحاماة السوري في مادته (68) على نص هذا الواجب.

#### سادسا: ارتداء الزي الخاص بالمحاماة

نص قانون المحاماة العماني في المادة (41) على وجوب حضور المحامي أمام جميع المحاكم بالرداء الخاص بالمحاماة الذي تحدده لجنة قبول المحامين، ونجد أن قانون المحاماة الموحد أورد في المادة (38) نص يلزم المحامي بالرداء الخاص بالمحاماة عند حضورهم أمام المحاكم، وكذلك جاء النص في قانون المحاماة المصري في المادة (73) منه، وأورد قانون المحاماة الكويتي هذا الواجب في مادته (16).

#### سابعا: عدم قبول وكالة ضد موكله

أورد قانون المحاماة العماني في المادة (44) منه في الفقرة الثانية نصا يحظر فيه على المحامي ابداء أية مساعدة ولو من قبيل المشورة لخصم موكله في ذات النزاع أو نزاع مرتبط به، ثم جاء بنص عام يمنع المحامي من تمثيل مصالح متعارضة، ونجد هنا أن المشرع ربط هذا الواجب بأن يكون في ذات النزاع أو نزاع مرتبط به فإذا لم يكن كذلك رفع هذا الحظر، ويختلف نظام المحاماة السعودي في هذا الواجب من حيث تحديد مدة انقضاء تسمح للمحامي بعد مضيها الحق في قبول الوكالة ضد موكله، وذلك في المادة (14) منه، حيث يقرر مبدأ عدم جواز قبول المحامي التوكيل ضد موكله أو إعطاء استشارة ضده إلا بعد مضي فترة خمس سنوات في حالة التوكيل عن الجهات، وثلاث سنوات في حالة التوكيل عن الأفراد.

ونص قانون نقابة المحامين النظاميين بالأردن هذا الواجب في المادة 2/61, 3 على أنه: (لا يجوز للمحامي تحت طائلة المسؤولية أن يقبل الوكالة: 2- ضد موكله بوكالة عامة، إذا كان يتقاضى عن هذه الوكالة اتعابا شهرية أو سنوية)، وفي كل الأحوال فالنص على هذا الواجب تعزيز للأخلاق الحميدة التي يجب أن يتحلى بها المحامي فليس من المقبول أخلاقيا أن تقاضي شخصا كنت تدافع عنه في السابق.

#### ثامنا: اتخاذ مكتب لائق

يوجب قانون المحاماة العماني في المادة (42) على المحامي اتخاذ مكتب لائق وأن يلتزم بالإشراف على العاملين به ومراقبة سلوكهم والتحقق من أنهم يؤدون ما يكلفون به بكفاءة وصدق. وجاء نظام المحاماة السعودي بنص مشابه في المادة (21) التي تنص على أنه: (على كل محام أن يتخذ له مقرا أو أكثر لمباشرة القضايا الموكل عليها).  
ونلاحظ أن النظام السعودي سمح بتعدد الفروع لمقر المحامي، ولم يذكر المشرع العماني ذلك، وهذا الأمر لا يمنع من تعدد أفرع المقر طالما سكت عنه مما يعني أنه مباح.

### تاسعا: عدم التوكيل عن الجهة التي يعمل بها سابقا

ينص قانون المحاماة العماني في المادة (38) على أنه: (لا يجوز لمن تولى وظيفة عامة أو خاصة وانتهت علاقته بها واشتغل في المحاماة أن يقبل الوكالة في دعوى ضد الجهة التي كان يعمل بها وذلك خلال السنوات الثلاث التالية لانتهاء علاقته بها، كما لا يجوز لمن زاول المحاماة بعد تركه القضاء أن يقبل الوكالة بنفسه أو بواسطة محام يعمل لحسابه في دعوى كانت معروضة عليه)، أن نظام المحاماة السعودي أورد نص في المادة (14) بعدم جواز قبول المحامي التوكيل ضد موكله الفرد إلا بعد مضي ثلاث سنوات مشترطة أن تكون الوكالة قائمة بموجب عقد.

### الخاتمة

وفي خاتمة هذه الورقة أورد النتائج والتوصيات فيما يلي:

### أولا: النتائج

- 1- لم تخرج قوانين المحاماة العربية عن قواعد الشريعة الإسلامية إلا أنها توسعت فيه.
- 2- ركزت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على أهمية تحلي المحامي بالأخلاق والأدب والأمانة.
- 3- الاشتغال بالمحاماة مباح في الشريعة الإسلامية طالما يهدف بها إحقاق الحق وإبطال الباطل بما يتفق والشرع.
- 4- إن كثرة تناول الفقهاء المسلمين موضوع الوكالة بالخصومة دليل على أن المسلمين عرفوا أسلوب المحاماة في وقت متقدم.
- 5- إن الوكالة بالخصومة وفقا للمفهوم الإسلامي تعتبر متطورة ويمكن اعتمادها في القوانين الوضعية كمرجع أساسي.

### ثانيا: التوصيات

- 1- ضرورة الاستمرار في توعية المحامي بواجباته من قبل نقابة المحامين دائما وأبدا، كي لا يدخل الطمع في قلبه وينحاز في قضاياها فقط لأجل المال دون النظر إلى الاخلاقيات التي تفرضها له مهنة المحاماة.
- 2- أهمية توعية الموكل في كل ما يخص أخلاقيات المحامي والتأكد من تلك الصفات عن طريق الاطلاع للموكلين الاخرين ومعرفة تعامل المحامي مع قضاياهم ولاطلاع على المبادئ الإسلامية في المحاماة والقوانين والأنظمة التي تعنى بالمحامين.
- 3- الحض على تعزيز القيم الإسلامية في مهنة المحاماة.
- 4- ضرورة وجود تعاون مشترك بين القضاء والمحاماة لنصرة الحق وعدم اعتبار كل واحد منهم ضد الاخر، وإنما هم فريق واحد مهمته إرساء قواعد العدل.

### المراجع

- 1- أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي. (1992). المهذب في فقه الإمام الشافعي-الجزء الثاني. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 2- أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن عيسى بن سالم المقدسي الحجاوي. (بلا تاريخ). الإقناع في فقه أحمد بن حنبل (ج2). بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر.
- 3- أحمد أبو الوفا. (1975). المرافعات المدنية والتجارية. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- 4- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ. (1999). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. بيروت: المكتبة العصرية.
- 5- جلال الدين بن أبي بكر السيوطي. (بلا تاريخ). الصغیر یفی أحادیث البشیر النذیر، رقم 9899. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 6- شمس الدين محمد بن أبي عباس الرملي. (1938). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (ج5). القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- 7- عارف علي عارف. (2004). الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة. *Journal of Fiqh*, 43-70.
- 8- عبدالله بن أحمد بن محمود النسفي. (بلا تاريخ). كنز الدقائق المجلد السابع. بيروت: دار الفكر.
- 9- عبد المنعم الشرفاوي، و أحمد فتحي. (1977). المرافعات المدنية والتجارية. القاهرة: دار النهضة العربية.

- 10- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. (1981). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دار الكتاب العربي.
- 11- عماد عبد الحميد النجار. (1997). الادعاء العام والمحكمة الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. الرياض: الادرة العامة للبحوث بمعهد الإدارة العامة.
- 12- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. (1413 هـ). القاموس المحيط. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 13- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. (1993). المبسوط - المجلد 19. بيروت: دار المعرفة.
- 14- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. (2014). داية المجتهد ونهاية المقتصد. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- 15- محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي. (1990). الأم، المجلد الثالث. بيروت: دار المعرفة.
- 16- محمد بن جرير بن يزيد الطبري. (20011994). جامع البيان عن تأويل آي القرآن - المجلد الثاني. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- 17- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي. (1987). الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، الطبعة الأولى، كتاب الحدود باب ماجاء في درء الحدود ج4، رقم الحديث 1424. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 18- محمد بن محمد الخطيب الشربيني. (2000). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - المجلد الثاني. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 19- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الخطاب. (1992). مواهب الجليل - الجزء السابع. نواكشوط: دار الرضوان.
- 20- موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجواوي. (1994). الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل - المجلد الثاني. بيروت: دار المعرفة.

#### المراجع

- 1- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ. (1999). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. بيروت: المكتبة العصرية.
- 2- الترمذي، م. ب. (1987). الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، الطبعة الأولى، كتاب الحدود باب ماجاء في درء الحدود ج4، رقم الحديث 1424. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 3- الحجواوي، م. ب. (1994). الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل - المجلد الثاني. بيروت: دار المعرفة.

- 4- الخطاب, م. ب. (1992). مواهب الجليل-الجزء السابع. نواكشوط: دار الرضوان.
- 5- الرملي, ش. ا. (1938). نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج (ج5). القاهرة: مطبعة مصطفى الباي الحلبي.
- 6- السرخسي, م. ب. (1993). المبسوط - المجلد 19. بيروت: دار المعرفة.
- 7- السيوطي, ج. ا. (بدون تاريخ). الصغیر یفی أحادیث البشیر النذیر، رقم 9899. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 8- الشافعي, م. ب. (1990). الأم، المجلد الثالث. بيروت: دار المعرفة.
- 9- الشرفاوي, ع. & فتحی, أ. (1977). المرافعات المدنية والتجارية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- 10- الشرييني, م. ب. (2000). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - المجلد الثاني. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 11- الشيرازي, أ. ا. (1992). المهذب في فقه الإمام الشافعي-الجزء الثاني. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 12- الطبري, م. ب. (20011994). جامع البيان عن تأويل آي القرآن - المجلد الثاني. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- 13- الفيروزآبادي, م. ا. (1413). هـ. (القاموس المحيط. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 14- القرطبي, م. ب. (2014). داية المجتهد ونهاية المقتصد. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- 15- الكاساني, ع. ا. (1981). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دار الكتاب العربي.
- 16- النجار, ع. ع. (1997). الادعاء العام والمحكمة الجنائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. الرياض: الادرة العامة للبحوث بمعهد الإدارة العامة.
- 17- النسفي, ع. ب. (بدون تاريخ). كنز الدقائق المجلد السابع. بيروت: دار الفكر.
- 18- الوفا, أ. أ. (1975). المرافعات المدنية والتجارية. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- 19- عارف, ع. ع. (2004). الضوابط الشرعية لممارسة مهنة المحاماة, *Journal of Fiqh*. 43-70.

الرقابة المالية في الشريعة والقانون  
أ.م.د. عباس مفرج فحل

جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية

University of Anbar – college of Law and political science

[Dr.abbasmfrg63@gmail.com](mailto:Dr.abbasmfrg63@gmail.com)

### ملخص البحث:

الرقابة هي أداة المحافظة على المال العام فمن خلالها يتم التأكيد من حسن إدارة الاموال العامة , ومدى التزام الإدارة المالية بتطبيق القوانين والأنظمة والتعليمات المالية او ما يطلق عليه فقهاء المالية العامة بالرقابة على المشروعية وفي الاردن تتعدد انواع الرقابة المالية فمن رقابة ادارة تمارسها السلطة التنفيذية وهي رقابة ذاتية تقوم بها السلطة التنفيذية بالرقابة على اعمالها الى رقابة تشريعية يتولاها مجلس ألامه ثم الرقابة المستقلة التي يتولاها ديوان المحاسبة , وكذلك البرلمان العراقي يؤدي ذات الدور الذي يؤديه مجلس الامة الاردني في الرقابة المالية الا ان الكفاءة في الاداء اقل بكثير في ظل عدم وجود قوانين مالية متكاملة. وهذه الرقابة مستوحاة من الشريعة الاسلامية حيث هي في الاصل كانت الاشراف والفحص والمراجعة من جانب سلطة اعلى لهذا الحق للتعرف على كيفية سير العمل والتأكد من صلاحية استخدام الاموال العامة في الاغراض المخصصة لها وفقاً للتعليمات والقوانين التي شرعت لها وسلامة النتائج المتميزة من هذه الاعمال. ويروم الباحث من دراسة الرقابة في الشريعة والقانون في الوقوف على مدى فاعلية الرقابة المالية في العراق ودورها في تحقيق اهدافها في ظل عدم وجود قوانين مالية متكاملة في العراق وافتقارها الى نصوص ترسم بشكل واضح اطاراً تنظيمياً للرقابة المالية مقارنة بالاردن , من هنا لا بد من ابراز اهمية هذه الرقابة مع ربطها بالرقابة في الشريعة الاسلامية. اعتمد الباحث منهجاً بحثياً متكاملاً لبحث الرقابة المالية من خلال اعتماد المنهجين الوصفي والتحليلي فضلاً عن اعتماد منهج المقارنة مع القوانين لبعض الدول التي اتيح لنا الاطلاع على نظام الرقابة في قوانينها منطلقين من مبدأ الرقابة المالية في الشريعة الاسلامية .

### أهمية البحث:

تنطلق أهمية الرقابة المالية في الشريعة والقانون من دورها الاساسي في مكافحة الغش والسرقة والتهرب والتلاعب بأموال الدولة , فمن خلال ما تمارسه الادارة من وسائل هذه الرقابة يمكن التحقيق بشفافية من موقف الافراد والادارة تجاه اموال الدولة , فالنظام الرقابي في الاردن يتولاه مجلس الامة والاجهزة الرقابية المستقلة التي تلزم الافراد والادارة بالحفاظ على اموال الدولة, اما النظام الرقابي في العراق في ظل غياب لأغلب القوانين المالية وافتقاره لنصوص رقابية مالية مقارنة بالاردن بيد ان الفرد العراقي بالإضافة الى الشخص المسؤول لم يصل الدرجة من الوعي القانوني والوطني ليبادر الى الحفاظ على الاموال العامة , ومن



هنا يبرز دور الرقابة المالية من خلال وسائل رقابية معينة تمكنها تحقيق الشفافية من موقف المواطن والمسؤولين في الدولة, وبالتالي تعد الرقابة المالية الفاعلة علامة بارزة في تطور نظام وقوانين الدولة.

### اشكالات البحث :

يشير موضوع الرقابة المالية حملة من الاشكالات البحثية تتمثل بالاتي :

- 1- تحديد مفهوم الرقابة المالية ضمن اطار قانوني محدد يحفظ للدولة كل المتطلبات المالية ازاء وسائل هذه الرقابة .
- 2- تحديد صور هذه الرقابة وانواعها بوصفها ميزة قانونية بيد الدولة .
- 3- تحديد الاجهزة الادارية التي تتولى مهام الرقابة المالية .
- 4- رسم الاطار القانوني للرقابة المالية في دولة العراق والوقوف على الاطار التشريعي لهذه الرقابة في العراق .
- 5- تحديد وسائل الرقابة المالية في مضمونها واستجلاء الدور الذي تؤديه في الحفاظ على اموال الدولة .
- 6- الوقوف على مدى فاعلية قوانين الرقابة المالية في العراق بمقارنته بالقوانين الاخرى , حيث يفتقر العراق الى وجود قوانين متكاملة .

### اهداف البحث :

يروم الباحث من دراسة الرقابة المالية الى الوقوف على مدى فاعلية قوانين الرقابة في العراق ودورها في تحقيق اهدافها في ظل عدم وجود قوانين رقابية متكاملة في العراق وافتقارها الى نصوص ترسم بشكل واضح اطاراً قانونياً للرقابة من هذا لا بد من ابراز اهمية هذه الرقابة ودورها في مكافحة الغش والسرقة والتهرب والتلاعب بأموال الدولة من كل ذلك يهدف البحث الى رسم اطار تشريعي متكامل للرقابة المالية في القانون العراقي يحدد مفهومها وانواعها ووسائلها واجهزتها التنظيمية .

### منهجية البحث :

اعتمد الباحث منهجا بحثيا متكاملا لبحث الرقابة المالية ودورها في تحقيق اهدافها المشار اليها اعلاه من خلال اعتماد المنهج الوصفي والتحليلي لدراسة هذا الموضوع فضلاً عن اعتماد منهج المقارنة مع بعض الدول التي اتيح لنا الاطلاع على قانون الرقابة في قوانينها .

## خطة البحث :

سنحاول بحث الرقابة المالية في الشريعة والقانون وفق خطة من ثلاث مباحث وكما يأتي :

المبحث الاول / مفهوم الرقابة المالية في الشريعة والقانون

المطلب الاول / تعريف الرقابة المالية ونشأتها

المطلب الثاني / اهمية الرقابة المالية

المطلب الثالث / اهداف الرقابة المالية

المبحث الثاني / الانواع الرئيسية للرقابة المالية

المطلب الاول / الرقابة المالية من حيث السلطة

المطلب الثاني / الرقابة المالية من حيث الاثار والزمن

المطلب الثالث / الرقابة المالية من حيث القانون والمحاسبية

المبحث الثالث / الخصائص الرئيسية للرقابة المالية وتطبيقاتها

المطلب الاول / الخصائص الرئيسية للنظام الرقابي الفعال

المطلب الثاني / تطبيقات من هيئات المالية المستقلة

الخاتمة

## المبحث الاول

### مفهوم الرقابة المالية في الشريعة والقانون

سنحاول في هذا المبحث الى تعريف الرقابة المالية ونشأتها واهميتها وتحديد اهدافها وبيان اشكالها القانونية

في المطالب الثلاثة الاتية

### المطلب الاول

#### تعريف الرقابة المالية ونشأتها

سنحاول في هذا المطلب التطرق الى تعريف الرقابة المالية ونشأتها

#### الفرع الاول

#### تعريف الرقابة المالية

الرقابة لغةً :هي المحافظة والانتظار, فالرقيب هو الحافظ المتعهد للشيء والحارس والمسيطر<sup>(1)</sup>. اما فقهاء

الامة الاسلامية المفسرين فقد استخدموا الرقابة بمعناها اللغوي عند تفسيرهم الآيات القرآنية التي ذكر فيها

الرقيب من ذلك قوله تعالى (فخرج فيها خائفاً يترقب)<sup>(2)</sup> وقوله تعالى ( ان الله كان عليكم رقيباً)<sup>(3)</sup> وقوله

(لا يرقبون في مؤمن الا ولا ذمه)<sup>(4)</sup> وقوله ( أنا مرسلوا الناقة فتنة لهم فارتقبهم واصطبر)<sup>(5)</sup> وعند ملاحظة

كلام المفسرين نجد ان كل الآيات قد فسرت بمعنى الحفظ والرعاية والانتظار وهذا التفسير عند تفسير  
البيضاوي للأمام ناصر الدين ابي سعيد عبدالله الشيرازي البيضاوي المتوفي سنة 791 هـ (6).

---

(1) لسان العرب 425/1 , مختار الصحاح للجوهري , ص252

(2) سورة القصص , الآية 21

(3) سورة النساء , الآية 1

(4) سورة التوبة , الآية 10

(5) سورة القمر , الآية 17

(6) تفسير الكشاف وتفسير القرطبي 1 / 199 و 396 وعند القرطبي 5 / 7 و 8 / 79 دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان الطبعة الاولى  
1408 هـ , 1988 م

أما علماء المالية فقد عرفوها بانها ( التحقق مما اذا كان كل شيء يسير وفقاً للخطة الموضوعية والتعليمات الصارمة والقواعد المقررة لتبيان  
نواحي الضعف و الخطأ من أجل تقويمها ومنع تكررها)(1) وعرفت ( هي المحافظة على الاموال العامة وحمايتها من العبث ) (2) وكما تعرف  
ان المال مال الله والمستخلف عليه هو الانسان , ومن اخذ منه شيء بدون حق فإنما اخذ قطعة من النار .

## الفرع الثاني

### نشأة الرقابة المالية العامة

اي نظام اداري او مالي يعتبر نظاماً ناقصاً اذا لم تتوفر فيه رقابة صحيحة فعالة ومنظمة , لأنها تمثل الضوابط لكل عمل او اجراء تتعدى نتائجه الى الغير , وعبر المراحل التاريخ مرت المجتمعات بكوارت مختلفة نتيجة تجاوز الحاكم او المسؤول لسلطاته او تجاوز المحكوم لحقوقه نتج عن ذلك ظهور مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث التشريعية واخرى تنفيذية وثالثة قضائية ومع ظهور هذا التنظيم وجدت مختلف انواع الرقابة لتنسيق وترتبط ممارسات هذه السلطات الثلاث لاختصاصاتها وتكون لها دور المميز في تحقيق المساواة والعدالة في المجتمع الواحد. ان الرقابة المالية هي احدى انواع هذه الرقابات وكان لها الدور البارز في تنظيم مؤسسات المجتمعات ومن اوائل من عرفها المصريون القدماء والاغريق , والعرب مارس هذا النوع من الرقابة منذ بداية نشوء الحضارة الاسلامية وللتأريخ الاسلامي سجل حافل بالرقابة المالية التي اتخذت انواع مختلفة حيث اخذت طابع رقابة مالية قبل الصرف او بعده وكان الرئيس الاعلى هو من يقوم بها او مجلس شوري او قضاة او المحتسبون. (3)

---

(1) محمد قاسم القريوني , مهدي حسين رديف , المفاهيم الحديثة للرئاسة , دار النهضة العربية , القاهرة

(2) الرقابة المالية في الاسلام للدكتور عوف محمود الكفراوي : ص 17 , مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية 1983 .

(3) د. محمود حسين الوادي , مبادئ المالية العامة , دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة الاردن , عمان , ص 172

وإذا كان المال مال الله والانسان مستخلف عليه , ومن اخذ منه شيئاً بدون حق فقد اخذ قطعة من النار , ومن هنا انعكست تلك الرقابة الذاتية عند الخلافة الاسلامية<sup>(1)</sup> وكان من أكثر المتشددين بهذه الرقابة هو الخليفة الثاني عمر بن الخطاب (رض) بحيث حافظ وصان اموال المسلمين ليحفظها من الاختلاس والتلاعب والضياع والسرقة , مبتدئاً تلك الرقابة بذاته هو واهل بيته , ويبين ما يحل له من مال المسلمين فقال : الا اخبركم بما استحل من مال الله<sup>(2)</sup> ؟ حلتين : حلة في الشتاء وحلة في القيظ , وما احج عليه واعتمر من الظهر وقوت اهلي كرجل من قریش ليس باغنهم ولا افقرهم ثم ان ارجل من المسلمين يصيبني ما يصيبهم

احكام وضوابط التي تتمثل بالرقابة المالية لتحقيق التنمية القومية وتوفير الرخاء لمجتمعها . وعرفت الرقابة المالية في أوروبا منذ نشوء مجتمعاتها وبدء التنزع السلطات التشريعية والتنفيذية وكانت اول ظهور لهذه الرقابة في سنة 1256 التي تمثلت بغرفة محاسبة باريس<sup>(3)</sup> والتي تولت الحسابات واصدار الحكام التي كانت لها صيغة جزائية بحيث تطورت بعد الثورة الفرنسية سنة 1789 لتصبح الرقابة حقاً مكتسباً وممثلي الشعب لكي يتم مناقشة النفقات العامة قبل ظهور الموازنة وحسابتها الختامية وبعد ذلك حصل التطور والوعي الجماهيري وظهور الدول المدنية رأيت ان الحل اسلم لحل المشاكل الاضافية يتطلب الاعتماد على التخطيط الاقتصادي واستغلال الموارد وترشيد الانفاق مما يتطلب الى

## المطلب الثاني

### اهمية الرقابة المالية

تعتبر الرقابة المالية العامة هي الجزء الرئيسي من الادارة المالية والتي بواسطتها تستطيع الادارة من اكتشاف اية انحرافات عن المسار الموضوع لها تمهيداً لتشخيص المسؤولية وتصحيح الاخطاء وتجنبها مستقبلاً . وهي احد الاركان للإدارة المالية في عملية متابعة وتنفيذ الخطط والقياس والتحليل بالمقارنة مع ما تضمنته من اجراءات او اهداف , وتتجاوز عملية الرقابة الكشف فقط وانما تشمل تقييم الاثار وتحسين الاداء الفردي والتنظيمي بحيث يصل سير الاعمال الى حد الكفاية والتطور والرقابة المالية هي صمام امان للإدارة العليا من اجل سير الخطة المرسومة ان كانت ضمن الموازنة او غيرها بصورة جيدة وعن طريقها يتم اكتشاف اصحاب القدرات والكفاءات المتميزة في مجال مهامهم وتحفيزهم ومكافئتهم وتنمية تطوير الاداء<sup>(4)</sup>.

(1) د. عوف محمود الكفراوي , الرقابة المالية في الاسلام , مؤسسة الشباب الجامعة , مصر الاسكندرية 1983 , ص 17

(2) مصنف عبد الرزاق 104/11

(3) عبد الجواد نايف , اقتصاديات المالية العامة والسياسة , مطبعة الجامعة , بغداد , 1983 , ص 107

(4) د. محمود حسين الوادي , مبادئ المالية العامة , مصدر سابق , ص 171

وعند استقرار وقائع الرقابة في الشريعة الاسلامية نجد ان الرقابة عند الخلفاء<sup>(1)</sup> تبدء على اهلهم وانفسهم وهي القاعدة الاساسية التي انطلقوا منها الى رقابة العمال والولاة وسائر افراد الرعية مما يعكس مسؤوليه ولي الامر وتحمله عبء المسؤولية في اداء الامانة التي حملها الله لهم في انفسهم واهلهم ورعيتهم من اجل الحفاظ وصيانة للأموال المسلمين

وعند الانتقال الى امثلة للرقابة المالية في التشريعات الحديثة مثلا في الأردن<sup>(2)</sup> , السلطة التشريعية تراقب كل اعمال الاجهزة ادارية بما فيها مجلس الوزراء ووزير المالية والهيئة العامة للضرائب بمعرفة مدى نجاحهم في اعمالهم مما يجعل هذه الرقابة هي رقابة سياسية . اما في العراق فقد يمارس مجلس النواب رقابة برلمانية على اداء السلطة التنفيذية في مجال سياستها الاقتصادية والمالية وتشكل هذه الرقابة ايضا نوعا من الرقابة السياسية التي كفلها الدستور للسلطة التشريعية على مجلس الوزراء والوزراء ومن هم تحت مسؤوليتهم<sup>(3)</sup> وقد تؤدي هذه الرقابة المالية اكتشاف اية انحرافات عن الخطط الموضوعة تمهيدا لتوحيد المسؤولية واتخاذ الإجراءات الضرورية لتصحيحها وتجنب الاخطاء مستقبلا<sup>(4)</sup> وتؤدي دورا هاما في تحقيق اهداف الإدارة العليا بما تقدمه من خدمات ومعلومات

- 
- (1) د. كامل صكر القيسي , عبقرية عمر بن الخطاب في الادارة المالية , دائرة الشؤون الاسلامية والعمل الخيري , دبي , الامارات العربية المتحدة , سنة 2007 , ص 347
- (2) د. نواف كنعان , مبادئ القانون الدستوري ونظام الدستوري في الاردن , دار اثناء للنشر والتوزيع , عمان الاردن , سنة 2013 , ص 213
- (3) د. عباس مفرج الفحل , الضمانات الدستورية للمكلف في المجال الضريبي , دراسة قانونية مقارنة , منشورات زين الحقوقية , لبنان , 2106 , ص 37
- (4) د. محمود حسين الوادي , مبادئ المالية العامة , مصدر سابق , ص 171

## المطلب الثالث

### اهداف الرقابة المالية

هناك كثير من الاهداف عند استعمال الخلفاء الراشدين الرقابة المالية وعلى رأسهم الخليفة عمر بن الخطاب (رض) في رقابة عماله , مما يبدو لنا مدى حرص الخليفة على اداء مهمة الوالي آنذاك وتحمل المسؤولية الملقاة على كاهله , فهي تعطي لولي الامر الحق في استخدام الوسائل التي يراها مناسبة في الحفاظ على اموال الدولة<sup>(1)</sup> وايضا الحفاظ على اموال الرعية وتحقيق الحياة الهادئة لهم وبالتالي يكون المصدر القوي ضد العابثين وضعفاء النفوس في استغلال سلطاتهم ووظائفهم والتلاعب بمقدرات الناس .

اما في التشريعات الحديثة فقد اصبح من اهم الاهداف الرقابة على اعمال السلطة وهي من الضمانات الاساسية التي تحرص الدساتير على تنظيمها حيث ترى ان الرقابة تحقق الاهداف التالية<sup>(2)</sup>

### اولا - الهدف القانوني

يمكن للإدارة من خلال ممارسته من وسائل الرقابة للتأكيد عن التزام المواطن والادارة بالقوانين والانظمة وما يقع عليهم من التزام مالي بكل الجوانب المالية وعى هذا فمنجت هذه القوانين والانظمة حق فرض العقوبات لمحاسبة المخالفين وعلى ارتكاب اي مخالفة يمارسونها للتحايل على القانون

### ثانيا - الهدف الاداري

تستطيع الادارة من خلال ما تمارس من رقابة جباية كشف الاخطاء والتجاوزات ومعرفة الحقائق والاحصائيات المالية عند النفقات والايادات للدولة وتشمل الاهداف الادارية الجوانب التالية

1- الرقابة تساعد على التخطيط المنظم وزيادة فعاليته لتحسب للمستقبل بتوقعات مشاكلات واهداف بالإضافة الى كشف عيوب التخطيط .

2- تعمل الرقابة على تصحيح وتصويب الانحرافات البسيطة ومنع تفاقمها .

3- تساعد الرقابة متخذي القرار على اتخاذ القرارات المناسبة من خلال تشخيص الانحرافات البسيطة ومعالجة اي مشكلة تحدث عن ذلك .

ومن خلال الرقابة ممكن للإدارة تقييم اداء العاملين وبالتالي تقييم الوضع العام للمؤسسة وتحديد المركز المالي والاقتصادي والاداري لها

(1) د. كامل صكر القيسي , عبقرية عمر بن الخطاب في الادارة المالية , مصدر سابق , ص 358

(2) د. عباس مفرج الفحل , الرقابة الضريبية ودورها في التحصيل الضريبي (دراسة في التشريعات الضريبية)

## رابعاً – الهدف الاجتماعي

من خلال الرقابة يمكن محاربة التصرفات السلبية للفرد او المسؤول كالغش والتهريب والتزوير والسرقة والاهمال , وبهذا يمكن تحقيق العدالة بين افراد المجتمع من جهة والمسؤولين من جهة اخرى .

## المبحث الثاني

### الانواع الرئيسية للرقابة المالية

سنحاول في هذا المبحث التطرق الى الانواع الرئيسية للرقابة المالية من حيث السلطة والاثر والزمن وغيرها من الانواع الاخرى وحسب المطالب التالية :

## المطلب الاول

### الرقابة المالية من حيث السلطة

تتنوع الرقابة وفقاً لسلطة الرقابة فهناك رقابة تشريعية وتنفيذية وقضائية وكما يلي :

## الفرع الاول

### الرقابة التشريعية

بداية عند التطرق الى الرقابة عند الخلفاء المسلمين كانوا يحرصون اموال الوالي او الامير عند ارساله لولايته ويكتب ذلك ولا يسمح له بالتجارة , لئلا تكون نزاهته موضع شبهة إذا ما زادت امواله بحيث لم تكن اموالاً طبيعية , فقد ارسل الخليفة عمر بن الخطاب (رض) الى بعض عماله ومنهم سعد وابو هريرة فشاطرهم اموالهم<sup>(1)</sup>. وارسل محمد بن مسيلمة الى عمر بن العاص في مصر فقاسمه ماله ايضاً ثم رجع<sup>(2)</sup> وهكذا الامثلة كثيرة لاجمال لذكرها لكن وددنا ان نشير الى امثلة بسيطة عن الرقابة المالية في الشريعة الاسلامية عن الحكام , وتأكيدهم على ان استغلال السلطة لجمع المال طريق غير مشروع ومحاولتهم لاسترجاع الحق الى اهله<sup>(3)</sup>. وكذلك تطبيق القصاص يكون على الرعية اللذين يتجاوزون حقوقهم .

(1) ابو عبيد , ص 283 , مصعب عبد الرزاق 323/11 , طبقات ابن سعد 382/3 و 307

(2) كنز العمال 14550

(3) منهج عمر في التشريع , ص 409



اما الرقابة للسلطة التشريعية في القوانين الحديثة<sup>(1)</sup> لها سلطات مالية واسعة وهدفها تمكين ممثلي الشعب من مراقبة الاداء المالي للحكومة وتصحيح وتوجيه اية انحرافات عن الاهداف والخطط والطموحات السخية والحفاظ على الاموال العامة من سوء الاستعمال او الضياع. ومن الصلاحيات الممنوحة للسلطة التشريعية في مجال الرقابة المالية وذلك من خلال الموازنة العامة , تستطيع<sup>(2)</sup>

- 1- توجيه الاوليات العامة
- 2- تخصيص المصادر المالية
- 3- ضبط النفقات والواردات
- 4- المشاركة الفعالة في مختلف القرارات المالية العامة
- 5- تقوم السلطة التشريعية بالتحقيقات والمسائلة والمحاسبة القانونية والاشراف من خلال جهاز رقابي ففي العراق اسمه ديوان الرقابة المالية اما في الاردن اسمه ديوان المحاسبة
- 6- الحسابات الختامية للموازنة فالسلطة التشريعية تقوم بأجراء حسابات ختامية , تدقق وتحاسب المقصرين في السلطة التنفيذية في نهاية كل عام عن كل النفقات والايادات المثبتة في الموازنة العامة

## الفرع الثاني

### الرقابة التنفيذية

وهنا تعني الرقابة المالية من قبل السلطة التنفيذية, فقد تحدثنا سابقاً في الرقابة التشريعية عن الرقابة في الشريعة الاسلامية التي مثلت الرقابة بموجب الشريعة الاسلامية ايضا ممكن اعتبارها رقابة تنفيذية لان كان الخليفة هو من يمثل السلطة التنفيذية والتشريعية , اما رقابة السلطة التنفيذية حالياً فتشمل<sup>(3)</sup> رقابة الجهات السياسية والادارية العليا مثل رئيس الدولة ايأ كان نظام الحكم ملكي او جمهوري او رئاسي ومجلس الوزراء وكبار المسؤولين الاداريين في الدولة بحيث تقوم هذه الجهات بوضع السياسة المالية للدولة , وتضع الخطط او الانظمة والاهداف التي بموجبها يجب اتباعها من كافة الافراد والادارات العامة والمالية , وتمثل الرقابة من خلال التسلسل الهرمي للادارة الحكومية وذلك عن طريق وزارة المالية والاجهزة المتخصصة المرتبطة بالادارة والتي بموجبها اتخاذ القرارات المناسبة من خلال تحديد الانحرافات عن الخطط والمعايير ومواجهة المشكلات التي تنجم عن ذلك

(1) طارق الحاج , المالية العامة , دار صفاء للنشر والتوزيع , عمان , 1999 , ص101

(2) زكريا حمود بيوجي , مبادئ المالية , القاهرة مطبعة القاهرة , 1978 , ص163

(3)د. عبد الكريم صادق بركات واخرون , المالية العامة , الدار الجامعية الاسكندرية , 1986 , ص203

## الفرع الثالث

### الرقابة القضائية

تحتل الرقابة القضائية مكانة متميزة في مجال الرقابة المالية العامة , فقد كان الخلفاء المسلمون ومنهم الخليفة عمر بن الخطاب (رض) عندما يولي قاضي او مسؤول اشترط عند تولية اشهد عليه رهطاً من الانصار وغيرهم واشترط عليه اربعة شروط لقانون الرقابة اولا على القاضي وهي<sup>(1)</sup>

1- ان لا يركب برذوناً اي ان لا تكون ركوبته فاخرة

2- ولا يلبس ثوباً رقيقاً ولا يأكل نقيماً

3- ولا يغلق باباً دون حوائج المسلمين

4- ولا يتخذ حاجباً

وإذا وافق على هذه الشروط كتب ماله وما يملك ثم تأتي المرحلة التالية ليكون هو القاضي والرقيب على اموال المسلمين

اما في التشريعات الحديثة تتولى المحاكم الادارية<sup>(2)</sup> النظر في القضايا والمنازعات والمخالفات الادارية المالية التي تكون الدولة او احد مؤسساتها طرفاً فيها , ومن خلال الرقابة القضائية يتم التأكيد على تطبيق القوانين ومراقبة تنفيذ القوانين المالية واتخاذ الاجراءات لتصحيح اية انحرافات عنها اما المحاكم الجنائية فقد تتولى النظر في المخالفات الجنائية من سرقة واختلاس وتهريب لاموال الدولة

## المطلب الثاني

### الرقابة المالية من حيث الاثار والزمن

ينقسم هذا النوع من الرقابة الى نوعين الاول هو رقابة التصدي والحماية والعلاج اما النوع الثاني هو رقابة من حيث الزمن

### الفرع الاول: الرقابة المالية من حيث الاثار

اولاً / رقابة الحماية ( وقائية )

تركز هذه الرقابة على الايرادات الحاصلة للدولة او اي جهة تابعة لها وتراقب استخدامها بالشكل السليم والصحيح بحيث نوجه الادارة او المسؤول عن الصرف باستخدام هذه المدخلات بالشكل الملائم من اجل بلوغ الاهداف بفاعلية وكفاية والحصول على مخرجات صحيحة

(1) الخراج لأي يوسف : ص116 , عبد الرزاق 324/11 طبقات ابن سعد 307/3 كنز العمال 11421

(2) يونس البطريق , المالية العامة , الدار الجامعية , الاسكندرية , 1958 , ص140

### ثانياً / الرقابة العلاجية

هذا النوع من الرقابة يركز على اكتشاف الأخطاء والانحرافات اينما حصلت ومن ثم اتخاذ الخطوات الصحيحة لإيقاف حصولها لاحقاً وعدم تكرارها او تفاقمها عند اكتشاف هذه الأخطاء او الانحرافات

## الفرع الثاني

### الرقابة المالية من حيث الزمن

تقسم الرقابة المالية من حيث الزمن وهي<sup>(1)</sup>

اولاً / الرقابة السابقة :

هي ايضاً رقابة وقائية من حيث الاثر الا انها تؤكد على اتخاذ الاستعدادات لتجنب وقوع اي مشكلة

ثانياً / الرقابة الانية :

وهي الرقابة الموازنة والمستمرة مع كل مراحل الاداء بحيث تعالج اي انحراف يحصل خلال تنفيذ الاعمال ومنع استفحائها ووضع العلاج للمستقبل

ثالثاً / الرقابة اللاحقة :

وهذا النوع من الرقابة يركز على تحديد اسباب الانحرافات وطرق معالجتها ووضع العلاج للمستقبل

## المطلب الثالث

### الرقابة المالية من حيث القانون والمحاسبية

## الفرع الاول

### الرقابة المالية من حيث القانون

تتجلى هذه الرقابة بمطابقة التصرفات المالية والادارية مع احكام القانون الذي يمتد من القواعد الدستورية نزولاً الى ادنى تعليمات و انظمة , والرقابة هنا تبحث في مشروعية الشخص الذي يقوم بالصرف والجبائية , ومدى اهليته وصل تصرفه مطابقاً للقانون , وهل هو مفوضاً بهذا التصرف ام انتهى تفويضه ونجد المشرع العراقي مثلاً قد نص في قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم 31 لسنة 2011 المعدل على الاخذ بهذا النوع من الرقابة المالية , بحيث ان خرق هذه القوانين والانظمة والتعليمات يشكل احد المخالفات المالية التي يهدف الديوان الى منع وقوعها<sup>(2)</sup>

(1)د. محمد حسين الوادي , مبادئ المالية العامة , مصدر سابق , ص 177

(2)البند (اولاً) المادة (2) , قانون ديوان الرقابة المالي الاتحادي رقم (31) لسنة 2011

وايضاً نص قانون ديوان المحاسبة الاردني رقم 28 لسنة 1952<sup>(1)</sup> بموجبه يقدم ديوان المحاسبة الى مجلس النواب تقريراً عاماً يتضمن المخالفات المرتكبة والمسؤوليات المترتبة عليها

## الفرع الثاني

### الرقابة المالية من حيث المحاسبية

تنصب هذه الرقابة على الجوانب الفنية للحسابات الحكومية وما يرتبط بالدفاتر الخاصة بالإنفاق والتحصيل<sup>(2)</sup> , وهذا ما اخذ به المشرع المالي العراقي بالرقابة المحاسبية فليديوان الرقابة المالية الاتحادي صلاحية ابداء الرأي في القوائم والبيانات المالية المتصلة بنتائج الاعمال والاوزاع المالية وتبين في اذا كانت منظمة وفقاً للمتطلبات القانونية والمعايير المحاسبية المتعارف عليها<sup>(3)</sup>. وايضاً في المملكة الاردنية الهاشمية يوجد قانون ديوان المحاسبة<sup>(4)</sup> الذي هو عمله الرقابة المحاسبية في يخص القوائم والبيانات المالية .

## المبحث الثالث

### الخصائص الرئيسية للرقابة المالية وتطبيقاتها

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين وكما يلي :

#### المطلب الاول

#### الخصائص الرئيسية للنظام الرقابي الفعال

نعتقد ان هناك خصائص رئيسية فعالة للنظام الرقابي سواء كان في الشريعة او في القانون يمكن ان نوصي بها ونعتقد من الضروري تطبيقها ويمكن ان نلخصها بالاتي<sup>(5)</sup>

- 1- يجب ان تكون اجهزة الرقابة المالية مستقلة عن السلطة التنفيذية كي لا يصبح الخصم هو القاضي
- 2- الاختبار الدقيق للعناصر الكفوءه في اجهزة الرقابة المالية من كل الجوانب
- 3- يجب ان يتم مبدأ الفصل بين الوظائف الادارية والحسابية في الاجهزة العامة

(1) د. محمد حسين الوادي , مبادئ المالية العامة , مصدر نسخة , ص185

(2)مي عبد المطلب محرز , الرقابة على تنفيذ النفقات العامة , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق جامعة دمشق , 2002 , ص 68

(3)علي عبد العباس منعم , الدور الرقابي لهيئات الرقابة المالية المستقلة , مصدر سابق ص 221

(4)قانون ديوان المحاسبة رقم (28) لسنة 1952 صدر بموجب المادة 119 في الدستور الاردني

(5) هذه الخصائص من جهد الباحث

- 4- يجب ان تستمر الرقابة في كل مرحلة من مراحل تنفيذ الموازنة لكافة التصرفات المالية وتقييمها وتصحيح الازخاء باستمرار
- 5- يجب ان نستفاد من الخبرات والمعلومات السابقة لتغذية النظام الرقابي الحالي وتحسين ادائه
- 6- من الضروري ان تتطور الرقابة المالية من مجرد التدقيق الحسابي والشكلي الى مراقبة الازخاء والنتائج وكيفية استخدام الاموال العامة
- 7- يجب ان تعزز الثقة بين الاجهزة الرقابية والاجهزة الادارية والتنفيذية
- 8- ضرورة التكامل في اساليب الرقابة بحيث تكشف الثغرات الموجودة في النظام الرقابي نفسه او في العمليات الادارية الاخرى
- 9- ضرورة قيام مبدأ المشاركة بين المسؤولين ومن هم بمعينه في مختلف الوسائل مثل التخطيط وتحديد الاهداف بدقة وايجاد الظروف الملائمة وتدعيم الثقة بين الرؤساء والمرؤوسين
- 10- ضرورة ايجاد نظام رقابي يتوقع المشكلات قبل حدوثها وتصور الاجراءات والحلول الفورية لها وعدم السماح بتعقيدها .

### المطلب الثاني: تطبيقات من هيئات الرقابة المالية المستقلة

الرقابة المالية لم تكن وليدة الصدفة او تنظيم عابر بينما جاء نتيجة تطور مر به نظام الحكم , وسنحاول هنا ان نعرف القارئ الى الاجهزة الرقابية المالية المستقلة في بلدي العراق وشقيقة الاردن للاطلاع والمقارنة بينهما وكما مبين في الفرعين التاليين

#### الفرع الاول: هيئة الرقابة المالية المستقلة في العراق

انشئ ديوان الرقابة المالية الاتحادي مع صدور اول دستور عراقي لسنة 1925 م بمسمى ( دائرة تدقيق الحسابات العامة )<sup>(1)</sup> وكانت اول دائرة رقابية مالية مستقلة انذاك وبذلك يكون العراق اول الدول العربية التي شرعت الرقابة المالية العليا المستقلة , ومن ثم صدر قانون دائرة تدقيق الحسابات العامة الذي حمل الرقم (17) لسنة 1927 , وكانت من حيث التنظيم القانوني غير مرتبطة بسلطة بعينها<sup>(2)</sup>

(1) د. عبدالله مصطفى النقشبدي , الرقابة المالية , ومشروع مجلس الاشراف والتنظيم , ط1 مطبعة العاني بغداد , 1964 ص 22  
(2) علي عبد العباس نعيم , الدور الرقابي لهيئات الرقابة المالية المستقلة , دراسة مقارنة , مكتبة الهاشمي للكتاب الجامعي , بغداد , العراق , 2016 , ص 41

وبالرغم من التغييرات والتبدلات الدستورية والسياسة بعد انهيار النظام الملكي والتحول الى النظام الجمهوري , الا ان دائرة التدقيق الحسابات العامة ظلت تمارس اعمالها الى ان جاء دستور 1968 م وصدر قانون

ديوان الرقابة المالية رقم (42) لسنة 1968<sup>(1)</sup>م وجعل هذا القانون بمثابة النائب والوكيل عن السلطة التشريعية , ومن ثم اورد المشرع العراقي لأول مرة اصطلاح الرقابة المالية العليا في قانون ديوان الرقابة المالية المستقلة في العراق استنادا لقانون رقم 194 لسنة 1980<sup>(2)</sup> وحمل في صدره المادة الاولى التي اشارت بكل وضوح بتبعية ديوان الرقابة المالية الى مجلس قيادة الثورة المنحل حاليا , وبذلك هدم لركن الاستقلالية ومن ثم استناداً الى المادة (46) من الدستور العراقي لسنة 1970 الملغي , صدر قانون ديوان الرقابة المالية بموجب القانون رقم (6) لسنة 1990 وقد تعرض لتعديلات عدة واخرها التي حصلت على ابد الحاكم المدني الامريكى بريمير في العراق<sup>(3)</sup>, ومن هذه التعديلات رسم الية تعاون مع جهات رقابية جديدة مستحدثة مثل مفوضية النزاهة ومكتب المفتش العام وبصدور دستور العراق النافذ حالياً لسنة 2005م , شهد النظام الرقابي ناقده جديدة بحيث عد ديوان الرقابة المالية الاتحادي هيئة مستقلة مالياً وادارياً ويصدر بها قانون ينظم عملها<sup>(4)</sup> واصدر المشرع العراقي بيان واضح يربط ديوان الرقابة المالية الاتحادي بالسلطة التشريعية ( مجلس النواب )<sup>(5)</sup> وجعله مستقلا عن , بحيث وحسناً فعل المشرع منح الديوان مكنه الرقابة الشاملة , واتاح له مناخ من الاستقلالية

لكن عند متابعة مسيرة التطورات على هذا القانون نجد الامور لا تسر اذ تعرضت احد مواده الى الطعن بعدم الدستورية مما ادى بنتيجة ذلك اذ اسندت تبعية الديوان الى السلطة التشريعية مع اشراف السلطة التنفيذية وبهذا ازيلت عن صفة الاستقلالية ولم تقف التعديلات عند هذا وانما تم تعديل تسمية ديوان الرقابة المالية بإضافة كلمة الاتحادي ليكون ديوان الرقابة المالية الاتحادي مع علم المشرع بوجود ديوان اخر للرقابة المالية , حيث انشئ ديوان الرقابة المالية لإقليم كردستان في سنة 2000 وبهذا نجد هناك ضعف واضح للرقابة المالية في العراق اضافة الى انتشار الفساد الإداري والمالي المعروف حالياً وهذا كله جاء بسبب الضعف في الرقابة المالية<sup>0</sup>

من خلال هذه الدراسة يوصي الباحث المشرع العراقي ان يسن القوانين الرقابية الفعالة من اجل اصلاح الجهاز الرقابي الذي بالتالي ينم اصلاح النظام المالي من حيث الجباية والنفقة ليصل العراق الى ما هو موجود في البلدان الاخرى الملتزمة بالقوانين

(1)المادة (5) قانون ديوان الرقابة المالية رقم (42) لسنة 1968 الملغي

(2)د. ماهر موسى العبيدي , مبادئ الرقابة المالية , ط3 مطبعة المعارف , بغداد , 1991 , ص 26

(3)امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم 177 لسنة 2004 , الوقائع العراقية العدد 3983 في 2004/4/25

(4)المادة (103) , دستور العراق لسنة 2005 النافذ

(5) البنود (اولا , ثانيا) المادة 103 , دستور العراق لسنة 2005 النافذ

## الفرع الثاني: الرقابة المالية في الاردن

تنطلق الرقابة المالية العامة في الاردن من خصوصية المالية العامة في الاردن وعلى راسها محدودية المصادر والاعتماد على المساعدات الخارجية حيث تحاول الأجهزة الرقابية متابعة تنفيذ الخطط والمعايير والقوانين والكشف عن الانحرافات حيث تمارس السلطة التشريعية دورها وذلك من خلال ديوان المحاسبة حيث صدر قانون ديوان المحاسبة رقم 28 لسنة 1952 استنادا لأحكام المادة 119 من الدستور الاردني<sup>(1)</sup> والذي اشتمل على ما يلي .

- 1- يراقب ديوان المحاسبة ايراد الدولة ونفقاتها وطرق صرفها.
- 2- يقدم ديوان المحاسبة تقريرا عاما الى مجلس النواب يتضمن اراء وملاحظات وبيان المخالفات المرتكبة في بداية كل دورة عادية او كلما طلب مجلس النواب .
- 3- تقديم تقارير مباشرة الى مجلس النواب عن اي اخطاء مالية لبحثها واتخاذ الاجراءات القانونية بحقها.
- 4- التأكد من سلامات السجلات المالية شكلا وموضوعا من خضوعها للقيود.
- 5- الرقابة المستمرة على كافة لجان العطاءات والمشتريات ولجان الاستلام او تسليم اللوازم.
- 6- الرقابة المستمرة على كافة لجان العطاءات والمشتريات وكافة لجان استلام او تسليم اللوازم .
- 7- يمنح رئيس ديوان المحاسبة حصانة وصلاحيه وزير في الدولة.

وان ديوان المحاسبة يبدوا انه على شكل طابع قضائي بحيث يألف مبدئياً من عدة غرف لها رؤساء ومستشارين فهو يشبه محاكم الاستئناف والتمييز ويرأس هيئة الديوان رئيس اول ويمثل الحكومة لديه الادعاء العام ويتبع بالديوان مراقبون ماليون 00 ويرى الباحث ان ديوان المحاسبة في الاردن هو افضل بكثير مقارنة بديوان الرقابة المالية بالعراق من حيث الوقاية ومعالجة الانحرافات اضافة الى الحزم في الردع في محاسبة المقصرين المنحرفين داعيا المشرع العراقي للاستفادة من هذا المثال في وضع الحلول والمعالجات.

(1) نائل عوامه , الإدارة المالية العامة في نظرية والتطبيق , مؤسسة زهران للنشر والطباعة والتوزيع , عمان 1990 ص 185

## الخلاصة

من خلال دراسة موضوع الرقابة المالية في الشريعة والقانون توصلنا الى النتائج والتوصيات الآتية:

### اولاً : النتائج

- 1\_ مارس الاسلام الرقابة المالية منذ النشأة الاولى للحضارة الاسلامية ولها سجل حافل بالرقابة التي اتخذت انماطاً متنوعة , تراوحت بين رقابة مالية قبل الصرف او بعدة ويقوم به الرئيس الاعلى او مجلس شورى او القضاة والمحتسبون
- 2\_ اي نظام اداري او مالي لا تتوفر فيه رقابة صحيحة فعالة ومنظمة يعتبر نظاماً ناقصاً يفتخر الى المقومات المتكاملة
- 3\_ تكتسب عملية الرقابة المالية اهمية كبيرة في اكتشاف اية انحرافات وتؤدي الدور العلاجي والوقائي معاً وتساهم في الوقاية من عمليات الاحتيال والاختلاس , ومعالجة كل الاخطاء
- 4\_ عدم فاعلية نظام الرقابة المالية في العراق مقارنة بالدول الاخرى , فالرقابة المالية في العراق بسيطة الامكانيات ضعيفة الاسس لأسباب متعددة من الناحية التشريعية لم تستمر في القانون العراقي نصوص تشريعية واضحة ترسم الاطار التنظيمي لهذه الرقابة فلم تفرد لها نصوص ضمن ابواب مستقلة قياساً بالتشريعات كالقانون الاردني والجزائري , هذا من ناحية ومن الناحية الفنية والادارية لا تمتلك في العراق مؤسسات وهيئات خاصة بالرقابة المالية سوى ضمن تشكيلات وزارة المالية او هيئات مستقلة للرقابة على غرار ما هو موجود في الدول الاخرى .

### ثانياً : التوصيات

#### 1- من الناحية الادارية :

- أ\_ استحداث اجهزة وتشكيلات خاصة بالرقابة المالية سواء كانت تشكيلات مستقلة خارج وزارة المالية او ضمن تشكيلات هذه الوزارة تكون مختصة تعمل الوقاية المالية كأن تكون هيئة او مؤسسة
- ب\_ وضع قسم خاص بالتحقيق المحاسبي في كل الادارات على ان تجرد مهامه في التدقيق الرقابي على كافة الصرف والجبابة
- ج\_ اصدار ميثاق المراقبين والمحققين او المفتشين حسب الحاجة والاختصاص لتعريف الموظفين العاملين في السلك الرقابي بطبيعة عمله واجراءاته



- د\_ نشر الوعي الوقائي سواء لدى الموظفين العاملين ليتشكّلان الرقابة او المواطن لتعرفهم بأهمية الرقابة وبواجباتهم من خلال اقامة الدورات الخاصة او اصدار نشرات التوعية الرقابية
- 2-من الناحية التشريعية
- أ\_ النص صراحة على انواع الرقابة سواء التي تم خارج محل النشاط الاداري او داخلة بكل تفرعاتها واجراءاتها
- ب\_ النص على رقابة التفتيش وتحديد اجراءاته وضوابطه واصدار الانظمة الخاصة به وبعمل المفتشين الجبائين
- ج\_ النص على التزام الموظف او المواطن في المجال الرقابي بما يسهم بنجاح عملية الرقابة المالية
- د\_ النص صراحة على ضمانات الموظف والمواطن التي تحفظ حقوقه ازاء وسائل الرقابة المالية واجراءاتها .

اللجوء إلى التحكيم التجاري لحسم المنازعات في أسواق الأوراق المالية  
(دراسة في القانون العراقي والقانونين المصري والإماراتي)

## Resorting to Commercial Arbitration To Resolve Securities Market Disputes

أ.د. علاء حسين علي، أ.م.د. مدحت صالح غايب، أ.م.د. فرحان مطر سلوم

جامعة الانبار - كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة تكريت - كلية الحقوق، جامعة تكريت - كلية

الحقوق

Email: dr.alaa.ali83@gmail.com

### الملخص

تعد أسواق المال من القوى الاقتصادية المؤثرة في النمو الاقتصادي في أغلب بلدان العالم لما لها من دور كبير في تحويل المدخرات السلبية إلى مدخرات ايجابية يستفيد منها الاقتصاد الوطني والمستثمر المالك لرأس المال على حد سواء. حيث يقوم الأشخاص سواء كانوا أفراداً أو شركات مستثمرة بشراء أسهم الشركات المقيدة في سوق الأوراق المالية بشكل رسمي وحسب القوانين والنظم واللوائح الناظمة لعمل السوق، ومن ثم تستثمر هذه الشركات الحصيلة النقدية المتحصلة من عمليات بيع أسهمها في مشاريع صناعية أو خدمية في داخل البلد لتدر أرباحاً طائلة لهذه الشركات. وبهذا يتم تداول الأوراق المالية في السوق بيعة وشراءً بين المشتريين والبائعين. وعلى أساس هذا التعامل المالي فأن من المتوقع حدوث منازعات متنوعة بين المتعاملين في سوق الأوراق المالية (البورصة) مردها عوامل عدة أبرزها الاختلاف في التعامل ومخالفة الأصول والضوابط المرعية للبيع والشراء في السوق، وإذا كان القضاء هو الطريق الأساس لحسم هذه المنازعات إلا أن الأطراف قد يلجئون إلى أساليب بديلة لحسمها ومن بين هذه الحلول هو اللجوء إلى التحكيم التجاري في أسواق المال عبر هيئة تحكيمية مشكلة لهذا الغرض تنظر في الدعوى التحكيمية المرفوعة إليها من ذوي العلاقة. وعلى هذا الأساس تتناول هذه الدراسة التحكيم التجاري في أسواق المال لحسم المنازعات الناشئة فيها وذلك من خلال عرض إطار مفاهيمي لهذا النوع من التحكيم ثم عرض إطاره الشكلي متمثلاً بإجراءاته الشكلية وإطاره الموضوعي متمثلاً بقواعده الموضوعية.

**الكلمات المفتاحية:** أسواق المال، التحكيم التجاري، طلب التحكيم، هيئة التحكيم، الدعوى التحكيمية.

## ABSTRACT

Capital markets are the main drivers of economic growth in any country because they have great importance in converting negative savings into positive savings that benefit both the local economy and the capitalist. Whereat The individual buys shares of joint stock companies formally registered under the laws in force in the stock market, and these companies invest those funds in industrial or service projects in the country. Therefor These Dealings may be lead to the disputes between dealers in Securities Market, If it was the judiciary is the main way to resolve these disputes, but the parties may resort to alternative methods to resolve them. Among these solutions is to resort to Commercial arbitration in the financial markets by arbitral mien. This study deals with Commercial arbitration in the capital markets to resolve disputes arising through the presentation of a conceptual framework for this type of arbitration and then presented its formal framework of formal procedures, and substantive framework of its substantive rules.

**Key words:** Financial markets, Commercial arbitration, Arbitration application, Arbitral Mien, Arbitral proceedings.

### المقدمة:

تعد أسواق المال من القوى الاقتصادية المؤثرة في النمو الاقتصادي في أغلب بلدان العالم لما لها من دور كبير في تحويل المدخرات السلبية إلى مدخرات ايجابية يستفيد منها الاقتصاد الوطني والمستثمر المالك لرأس المال على حد سواء. حيث يقوم الأشخاص سواء كانوا أفراداً أو شركات مستثمرة بشراء أسهم الشركات المقيدة في سوق الأوراق المالية بشكل رسمي وحسب القوانين والنظم واللوائح الناظمة لعمل السوق، ومن ثم تستثمر هذه الشركات الحصيلة النقدية المتحصلة من عمليات بيع أسهمها في مشاريع متنوعة داخل البلد لتدر أرباحاً طائلة لهذه الشركات. وبهذا يتم تداول الأوراق المالية في السوق بيعة وشراءً بين المشتريين والبائعين.

وعلى أساس هذا التعامل المالي فإن من المتوقع حدوث منازعات بين المتعاملين في سوق الأوراق المالية ( البورصة) وذلك للاختلاف في التعامل، وإذا كان القضاء هو الطريق الأساس لحسم هذه المنازعات الا أن الأطراف قد يلجئون الى أساليب بديلة لحسمها ومن بين هذه الحلول هو اللجوء الى التحكيم التجاري في أسواق المال عبر هيئة تحكيمية مشكلة لهذا الغرض تنظر في الدعوى التحكيمية المرفوعة إليها من ذوي العلاقة. حيث نصت الفقرة (الأولى) من القسم 14 من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي على انه ( قد تتخذ السوق ضوابط تخص الهيئة في تفويضها السلطة للقيام بالتحكيم في الخلافات بين الأعضاء وبين الأعضاء وزبائنهم الذين يقبلون بالتحكيم و قد يفوض سوق الأوراق المالية سلطة التحكيم لمؤسسة مخولة من قبل الهيئة شريطة أن تكون كل قواعد التحكيم خاضعة للمصادقة، والإضافة والإلغاء من قبل الهيئة).

وعلى هذا سنتناول في هذه الدراسة التحكيم التجاري في أسواق المال لحسم المنازعات الناشئة فيها وذلك من ثلاثة محاور موزعة على ثلاثة مباحث، نعرض في المحور الأول للإطار المفاهيمي لهذا النوع من التحكيم من خلال الوقوف على مفهوم سوق المال وصور المنازعات المحتمل نشوبها فيه، والوقوف على مفهوم التحكيم التجاري في أسواق المال. ومن ثم نعرض في المحور الثاني الإطار الإجرائي للتحكيم التجاري في أسواق المال من حيث طلب التحكيم وتشكيل الهيئة التحكيمية. بينما نعرض في المحور الثالث إطاره الموضوعي متمثلاً بقواعده الموضوعية الخاصة بالبت في الدعوى التحكيمية.

### المبحث الاول: الإطار المفاهيمي للتحكيم في سوق الأوراق المالية

سنتناول مفهوم سوق الأوراق المالية وصورة المنازعات التي تجري فيها ومفهوم التحكيم التجاري في أسواق المال وكما يأتي.

#### المطلب الاول: مفهوم سوق الأوراق المالية

تعرف السوق ببساطة بأنها المكان الذي يتم فيه البيع والشراء بين المتبايعين، أي أن السوق هو المكان الذي يلتقي فيه البائع والمشتري لتبادل سلعة أو خدمة معينة. وعلى أساس هذا المفهوم التقليدي للسوق ينصرف مفهوم سوق الأوراق المالية إلى المكان الذي يتم فيه تداول الأوراق المالية بأشكالها المختلفة كالأسهم والسندات، والذي تنظمه قوانين وأنظمة ولوائح خاصة تضمن سرعة وشفافية ونزاهة عمليات البيع والشراء داخل السوق<sup>1</sup>. إذاً سوق الأوراق المالية هي السوق التي يجري فيها التعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً أو هي سوق الأوراق المالية (الأسهم، والسندات بكافة أنواعها وأشكالها)<sup>2</sup>. وعلى هذا نصت المادة (3/ب/ب) من مشروع قانون الأوراق المالية العراقي لسنة 2008 على: (سوق الأوراق المالية: الشخص الذي يقدم نفسه كبورصة لتداول أوراق مالية، أو أي سوق أوي أي وسيلة اتصالات يجمع عدة مشترين وبائعين للأوراق المالية ويوفر آلية للتداول في الأوراق المالية).

(1) نايف عبد العزيز حمد العنزي، الإفصاح وفق قانون هيئة الأوراق المالية الكويتي والأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص 14.

2 - د. احمد أبو أوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 1983، ص 150. وسيم وائل أيوب زعرب، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن التعامل بالأوراق المالية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2017، ص 13.

ويعود ظهور سوق المال أو ما صار يعرف بالبورصة إلى القرن الثامن عشر أثناء مواسم وفرة رؤوس الأموال في تلك الحقبة مما دفع أصحاب هذه الأموال إلى ابتكار أساليب جديدة لاستثمارها تمثل في عمليات المضاربة بها في البورصة، وعلى هذا مكن التعامل بالأوراق المالية من تحصيل ثروات كبيرة لدى المضاربين في السوق المالية (البورصة)<sup>1</sup>.

ورغم تطور نشاط البورصة لكن ظل نشاطها محدودة وظلت خطوات هذا التطور وئيدة حيث كان التعامل في البورصة في بداية الأمر محصوراً بالسندات والقروض الحكومية العامة، لكن مع ظهور الشركات المساهمة وتطورها في أواخر القرن التاسع عشر تنامي دور أسواق المال؛ حيث ارتبط تطور التعامل بسوق الأوراق المالية بتزايد إصدار الأوراق المالية من قبل الشركات المساهمة<sup>2</sup>.

أن تطور التعامل بالأوراق المالية في أسواق المال، وتزايد عمليات بيعها وشرائها وتطور هذه العمليات، واشتعال روح المنافسة لدى المضاربين في السوق، فضلاً عن تأثير عمليات البيع والشراء في السوق بالأوضاع الاقتصادية للشركات وللدولة الراعية لهذه السوق؛ كانت كلها عوامل بارزة في تلقيب أسعار الشراء والبيع في هذه السوق مما تتسبب في تكديس ثروات هائلة لدى بعض المضاربين وانهميار المراكز المالية لمضاربين آخرين وتنتج ذلك في بعض الأحيان بسبب الإخلال بأصول التعامل في السوق<sup>3</sup>. مما نشأ عنه منازعات كثيرة وبصور متعددة تتعلق بهذا التعامل.

### المطلب الثاني: صور المنازعات في أسواق المال

تتعدد صور المنازعات التي تقع داخل السوق وتتنوع؛ لذا يكون من العصي حصرها وتقنينها؛ وعلى هذا نرى أن القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية النافذ لم يحدد على سبيل الحصر صور هذه المنازعات التي قد تقع نتيجة تداول الأوراق المالية. وهذا ما نستحسنه على المشرع العراقي؛ نظراً لتعدد صور المنازعات وتشعبها وتجددها بين فترة وأخرى فمن الصعوبة حصر كل أشكالها. إلا أن هذه القاعدة لم تمنع النظام الداخلي للسوق الصادر عام 2008 ذكر جملة من صور المنازعات التي يمكن أن تقع، حيث لم ير هذا النظام مندوحة من ذكر صور منها على سبيل المثال لا الحصر؛ وذلك رغبة منه لتعريف ذوي

<sup>1</sup> د. محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 33.

<sup>2</sup> مصطفى منقذ يوسف، رقابة هيئة الأوراق المالية على الشركات المساهمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، 2017، ص 29 وما بعدها.

<sup>3</sup> د. عبد الباسط كريم مولود، تداول الأوراق المالية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 279.

الشأن بأتماط وقوع هذه المنازعات، حيث نصت المادة (12-1-2) من النظام الداخلي على: (أن النزاعات تحدث بين عضوين أو أكثر أو بين الاعضاء والزبائن والتي: أ- تتعلق بتداول الاوراق المالية في السوق، ب- الأوراق المالية الخاضعة لعمليات المقاصة والتسوية عن طريق مركز الإيداع، ج- أية امور اخرى في السوق تختص لجنة السوق تحسم منازعاتها بطريق التحكيم). فنلاحظ أن هذا النص عدد بعض صور المنازعات التي شاع وقوعها في سوق الأوراق المالية وفتح الباب ولم يغلقه لأدراج صور أخرى من المنازعات يمتل وقوعها في السوق. ومن أبرز صور المنازعات التي شاع نشوبها في أسواق الأوراق المالية العالمية وتعلق بعمليات تداول الأوراق المالية الإخلال بمبدأ الإفصاح والشفافية في سوق الأوراق المالية<sup>1</sup>. وإخلال المستشار المالي في سوق الأوراق المالية بتقديم المشور والنصح للمتعامل في السوق<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: مفهوم التحكيم التجاري في أسواق المال

عرف التحكيم بصورة عامة بأنه تولية طرفي النزاع حكماً يفصل في النزاع الدائر بينهما أي اختيار ذوي العلاقة المتنازع فيها شخصاً أو أكثر لإصدار حكم يحسم النزاع الذي نشب بينهما. وعرف أيضاً بأنه نظام تعاقدى يلجأ اليه المتنازعون لحل الخلافات الناشبة بينهما بواسطة شخص أو أكثر من غير القضاة<sup>3</sup>.

وقد عرف مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام 2015 التحكيم التجاري في المادة (1/اولا) منه حيث نصت على: (التحكيم نظام قانوني يتفق بموجبه اطراف النزاع في علاقة قانونية ذات طابع تجاري على احالة النزاع الى هيئة التحكيم بدلا من اللجوء الى القضاء). وعرفه قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل والنافذ في المادة (4) بانه: (ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرف النزاع بإرادتهما الحرة سواء أكانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى الطرفين مركزاً دائماً للتحكيم ام لم تكن كذلك).

وقد عرف التحكيم التجاري في أسواق المال بأنه: (اللجوء إلى جهة مختصة لفض المنازعات المتعلقة بالتعامل في سوق الأوراق المالية من قبل الأفراد والمؤسسات الاستثمارية المتعاملة في السوق سواء كانت

<sup>1</sup> نايف عبد العزيز حمد العنزي، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها.

<sup>2</sup> د. سماح حسين علي، الالتزام بتقديم المشورة في سوق الأوراق المالية، مجلة المحقق الخلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثالث، السنة الثامنة، 2016، ص 648.

<sup>3</sup> يراجع في هذه التعريفات محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، دار الجامعيين، القاهرة، 2005، ص 194.

الجهة القائمة على فض المنازعات المفروضة من قبل المشرع أو تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف المتنازعين)<sup>1</sup>.

وفي نفس السياق عرف التحكيم التجاري في سوق الأوراق المالية بأنه: (اتفاق الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون سوق الأوراق المالية من خلال اختيار محكم أو أكثر أو جهات ومراكز تحكيمية متخصصة في فض منازعات اسواق الأوراق المالية، ويملكون الخبرة المالية والمهنية والكفاءة العالية فيه، لحسم ما نشأ أو سينشأ بين الطرفين بحكم تحكيمي فاصل ومنهي للمنازعة، بعيدا عن سلطان القضاء العادي)<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: الإطار الإجرائي للتحكيم في سوق الاوراق المالية

ان إجراءات التحكيم في سوق الاوراق المالية بوصفه نوعا من التحكيم التجاري تتم عبر اجراءات تبدأ من تقديم الطلب وانتهاءً بصدور قرار التحكيم عبر تشكيل هيئة التحكيم وهذا ما سنتطرق اليه وفق المطالب الآتية.

#### المطلب الاول: طلب التحكيم في سوق الاوراق المالية

نقصد بتقديم طلب التحكيم هو ذلك الطلب الذي يوجهه احد الاطراف المتعاملين بالأوراق المالية من اجل اللجوء للتحكيم على ان يتضمن الاتفاق المبرم بين الطرفين شرطا تحكيميا ينص على حل جميع المنازعات الناشئة عن التداول في سوق الاوراق المالية بها وفقا لأحكام تعليمات حل المنازعات في سوق الاوراق المالية بواسطة محكم فرد أو أكثر وفقا لاتفاق الطرفين ، واذا اتفق الطرفان بعد نشوء النزاع على حله وفقا لتعليمات السوق في حال عدم وجود شرط تحكيمي. وبناءً على ما تم ذكره اذا توافرت احدى الحالتين فعلى الطرف الذي يرغب بالمبادرة بالسير بإجراءات التحكيم في سوق الاوراق المالية ، فعليه ان يقوم بالإجراءات الآتية.

#### اولا : تقديم طلب التحكيم في سوق الاوراق المالية

ان طلب التحكيم هو العمل الذي يقوم به المحتكم رغبةً منه بفصل النزاع مع المحتكم ضده عن طريق التحكيم في سوق الاوراق المالية فالأصل، ان يتم تقديم هذا الطلب الى المحتكم ضده كون التحكيم هنا يعتبر تحكيميا حرا وليس تحكيميا مؤسسيا<sup>(3)</sup>.

المرجع السابق، ص 151-155. نقلا عن مصطفى منقذ يوسف،<sup>1</sup>

<sup>2</sup> د. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الاوراق المالية في البورصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص 492.

<sup>(3)</sup> د . فتحى والى ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006 ، ص 318.

ويلاحظ ان المشرع العراقي اغفل التطرق الى الجهة المختصة بتقديم الطلب اليها وإلى المدة التي يتم فيها البت بالطلب الذي قدمه المدعي على المدعي عليه في القانون المؤقت للسوق و النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية حتى أنه لم يحدد بوضوح طبيعة اللجوء إلى هذا التحكيم<sup>1</sup>. لكن ما يجري عليه العمل فعليا أن القسم (11) من القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية نص على تشكيل لجنة انضباطية سمها بلجنة إدارة الأعمال والتي تشكل داخل السوق برئاسة منظم السوق أو من يخوله وتتألف من أعضاء عموميين ومن الصناعة وبالتالي هي لجنة انضباطية إدارية لكنها تلعب دور تحكيمي تختص بحسم المنازعات الناشئة عن التعاملات العادية داخل السوق وأن لم تكن هيئة تحكيمية مستقلة والتي قصد المشرع تشكيلها في القسم (14) من هذا القانون. وعليه يكون للمدعي سواء كان طرفاً واحداً أو أكثر ان يطلب البدء بإجراءات التحكيم وفقاً لقواعد اجراءات التحكيم، ويكون تقديم الطلب بإجراءات التحكيم في سوق العراق للأوراق المالية عن طريق ادارة سوق الاوراق المالية ( المدير التنفيذي لسوق الاوراق المالية) حيث يقوم المدير بإحالة الطلب إلى لجنة الاستماع المكونة من عضو من قسم الرقابة القانونية و عضو من مركز العناية الواجبة وعضو من رقابة التداول وتبدأ لجنة الاستماع باستدعاء المدعي و المدعي عليه ويكون البت في الطلب خلال يوم واحد من تاريخ تقديم الطلب.

اما عن تقديم طلب التحكيم في بورصة الاوراق المالية المصرية فأن بدء هذه الاجراءات وفقاً لقواعد قانون البورصة رقم 8 لسنة 2014 وبعد ايداع اخطار التحكيم لدى القطاع القانوني في البورصة وفقاً لنص الفقرة الاولى من نص المادة الثامنة من قواعد البورصة والتي نصت على انه: (يودع الطرف الذي يطلب البدء في اجراءات التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم في البورصة ( ويعرف في ما يلي ' المدعى ' سواء اكان طرفاً واحداً ام أكثر ) لدى القطاع القانوني بالبورصة .....). ويتم تسليم الاخطار و ايداعه بأي وسيلة اتصال تمتلك سجلاً يفيد ارساله او تسمح بوجود سجل لأرساله وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة الاولى من نص المادة السابعة من قواعد البورصة المصرية : (يجوز تسليم الاخطار او ما يعد في حكمه مثل رسالة او خطاب او اقتراح بأي وسيلة اتصال تمتلك سجلاً يفيد ارساله او تسمح بوجود سجل لأرساله .....). ولا بد من تسليم اخطار التحكيم و المستندات بخمس نسخ عند تعيين محكم مفرد ومن سبع نسخ عندما تتشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين ومن تسع نسخ عند تشكيل هيئة التحكيم من خمسة محكمين وهذا ايضا حسب ما نصت عليه الفقرة اولاً ( أ ) من نص المادة الثامنة من القواعد: (اخطار التحكيم و

---

تسوية منازعات عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية، مجلة المحقق الحلبي د. أبراهيم أسماعيل أبراهيم، حيدر فاضل حمد الدهان،<sup>1</sup> للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني السنة الرابعة، جامعة بابل، 2012، ص12.



المستندات من خمس نسخ في حالة المحكم الفرد ومن سبع نسخ في حالة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاث محكمين ومن تسع نسخ في حالة تشكيل هيئة تحكيم من خمسة محكمين). ولقد عدت قواعد التحكيم في البورصة المصرية هذا الاخطار بمثابة بيان دعوى بشرط استيفائه لجملة من الشروط كوجود اسماء الاطراف واية معلومات تتعلق بشخصياتهم وموطنهم و الوقائع المؤيدة للدعوى وموضوع النزاع وطلبات المدعي و الاسانيد و الحجج القانونية المؤيدة لدعواه وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة الثامنة من القواعد . ويقوم بعد ذلك القطاع القانوني بأخطار المدعى عليه بصورة مما قدمه المدعي من اوراق و مستندات و غيرها وعلى المدعى عليه بعد استلام الاخطار وخلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه الاخطار ان يقدم رداً للقطاع القانوني في البورصة مبيناً فيه دفاعه وضرورة ابلاغ المدعي بكل ما يقدمه المدعى عليه من اوراق و مستندات وذلك حسب ما نصت عليه الفقرة الاولى ( أ - ب ) من نص المادة التاسعة من القواعد التي نصت على انه: (يودع الطرف الذي تم ارسال اخطار التحكيم اليه خلال ثلاثون يوما من تاريخ استلام اخطار التحكيم ، رداً على ذلك الاخطار لدى القطاع القانوني بالبورصة : أ-دفاعه المبدئي و المستندات المؤيدة لهذا الدفاع من خمس نسخ في حالة المحكم الفرد و من سبع نسخ في حالة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين ومن تسع نسخ في حالة تشكيل هيئة تحكيم من خمسة محكمين. ب- ويتولى القطاع القانوني اخطار المدعي بصورة من كل ما يقدمه المدعى عليه من اوراق و مستندات....)<sup>1</sup>.

اما بالنسبة للمشرع الاماراتي فإن سوق الاوراق المالية الاماراتي قد ظهر حديثا عام 2000 م على وفق قانون هيئة الاوراق المالية و السلع رقم 4 لسنة 2000 . وإن هذا السوق قد اجتاز عقبات كثيرة وانتقل بين تطورات كثيرة محاولا على مدار السنوات على تطوير عملياته وادائه وتحديث انظمتها القانونية بشكل عام ليصل الى مصاف الاسواق العالمية الدولية ولا بد هنا ان نشير الى ما نصت عليه المادة (4) من القانون المذكور بشأن هيئة الامارات للأوراق و السلع على جواز اللجوء للتحكيم في المنازعات المتعلقة بسوق الاوراق المالية و بالفعل صدر قرار رئيس مجلس ادارة الهيئة في 5\2\2001 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن التداول بالأوراق المالية و السلع حيث نصت المادة (2) من القرار على: (يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون في ما بين المتعاملين في مجال الاوراق المالية و السلع عن طريق التحكيم دون غيره وتطبق في هذا الشأن احكام هذا النظام ويعد التعامل في السوق اقرارا بقبول التحكيم والتزاما بتنفيذ حكم المحكمين و تنازلا عن طرق الطعن فيما عدا ما هو مقرر بهذا النظام)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> د. فتحي محمد أنور ، أحكام ومبادئ القانون للمنازعات الاستثمارية والتجارية والتكنولوجية إمام المحاكم الاقتصادية ، الطبعة الأولى دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 884 .

<sup>2</sup> نبيل عبد الرحمن حيوي ، مبادئ التحكيم ، العاتك للنشر ، القاهرة ، 2002 ، ص 154 .

ونلاحظ ان النص السابق لا يعد إلا تحكيما اجباريا فبمجرد التعامل في سوق الاوراق المالية فإن اي نزاع يحال الى التحكيم الاجباري، وان المشرع العراقي قد سار على نفس ما سار عليه المشرع الاماراتي. وان بدء إجراءات التحكيم في سوق الاوراق المالية الاماراتي تكون من خلال تقديم طلب تحكيم للهيئة متضمنا اسم المدعي و المدعى عليه و محل اقامتهما وموضوع النزاع والطلبات والاسانيد مع جميع المستندات المؤيدة مع سداد رسوم التحكيم وهذا حسب ما نصت عليه المادة ( 6 ) من قرار رقم 7 لسنة 2000 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الاوراق المالية والسلع الاماراتي والتي نصت على انه: (يقدم طلب التحكيم للهيئة متضمنا اسم كل من المدعي و المدعى عليه و محل اقامة كل منهما و عرضا لموضوع النزاع و الطلبات المتعلقة به و اسانيدها و التعويض المطلوب وترفق بالطلب صور من جميع المستندات المؤيدة له مع مذكرة شارحة للنزاع وما يفيد سداد رسوم التحكيم). وعند ورود طلبات للهيئة يتم تسجيلها و بأرقام متسلسلة ولا بد من اخطار المدعى عليه لتقديم دفاعه خلال 15 يوما من تاريخ اخطاره وهذا حسب ما نصت عليه المادتان ( 7 – 8 ) من قرار رقم 7 لسنة 2000 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الاوراق المالية و السلع الاماراتي والتي نصت المادة السابعة على انه: (تفيد طلبات التحكيم فور ورودها للهيئة في سجل خاص بأرقام متسلسلة في بداية السنة الميلادية وتنتهي بأرقام تلك السنة، ويودع اصل الطلب وإيصال سداد الرسوم في ملف خاص). و المادة الثامنة التي نصت على انه: (يخطر المدعى عليه على النحو المبين في المادة ( 4 ) من هذا النظام ، و عندما يلتزم بتقديم دفاعه بالنسبة لطلبات المدعي خلال ( 15 ) يوما من تاريخ اخطاره.....).

#### ثانيا: اثر تقديم طلب التحكيم في سوق الاوراق المالية

على العكس من اتفاق التحكيم الذي لا اثر له على تقادم الدعوى، فإن قيام المحكم بتقديم طلب التحكيم في سوق الاوراق المالية الى ادارة السوق للأوراق المالية يترتب عليه قطع التقادم بالمطالبة بالحق موضوع الطلب خصوصا اذا نتج تقديم الطلب عن مشاركة تحكيم مبرمة بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهم ، مما يعد مانعا قانونيا يحول دون الالتجاء الى القضاء ويعتبر بمثابة مطالبة بالحق بالنسبة الى الدائن<sup>(1)</sup>. لا سيما وإن مشاركة التحكيم توجب تحديد مقومات موضوع النزاع تحديدا دقيقا امام هيئة التحكيم<sup>(2)</sup> اما بالنسبة لاتفاق التحكيم او شرط التحكيم الوارد بين الطرفين فالاتفاق المبرم بينهم وقبل نشوء النزاع فان الاصل ان لا يتم قطع التقادم بموجبه ما لم يكن هنالك نزاعا فعليا بين الطرفين ولا يتصور قطع التقادم الا بأجراء

(1) د . فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، مصدر سابق ، ص 319 .

(2) د . احمد ابو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1990 ، ص 145 .

يتمثل بتقديم طلب التحكيم من قبل المحتكم الى ادارة السوق مما يعتبر معه والحال كذلك تحريك لعملية التحكيم، وتجدر الاشارة الى ان تقديم طلب التحكيم يرتب اثره في قطع التقادم ولو قضت هيئة التحكيم بعدم الاختصاص بنظر النزاع المعروض امامها وبظل التقادم منقطعاً طيلة فترة نظر الدعوى التحكيمية لحين صدور حكم منهي للخصومة من قبل الهيئة<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الرد على طلب التحكيم في سوق الاوراق المالية من قبل المدعى عليه

جرى العمل في أسواق المال أنه عندما يقوم المحتكم بتقديم طلب التحكيم الى ادارة السوق و وفقاً لما تضمنه من معلومات وطلبات ، فتقوم ادارة السوق بتزويد المدعى عليه بنسخه من الطلب ومرفقاته في اليوم التالي من استكمال الوثائق المقدمة من قبل المدعي<sup>(2)</sup> ، وتقوم ادارة السوق بتقديم الطلب الى لجنة الاستماع ومن ثم تقوم لجنة الاستماع بتقديم الطلب الى لجنة الانضباط التي سمها القانون بلجنة إدارة الأعمال والتي تشكل داخل السوق برئاسة منظم السوق أو من يخوله وبالتالي هي لجنة انضباطية إدارية لكنها تلعب دور تحكيمي كما سبقت الإشارة إلى ذلك. وهذه اللجنة تقوم بالنظر الى هذا الطلب وتكون امام خيارين اما ان تقوم بقبول رد طلب التحكيم او تقوم برفض الرد على طلب التحكيم.

فاذا تسلم المدعى عليه الطلب فعليه الرد خلال خمسة ايام من تاريخ تسلمه ليبادر بتقديم رده الى ادارة السوق ويجب ان يتضمن الرد رأي المدعى عليه حول طبيعة النزاع وجوابه على ما ورد من طلب المدعي وبياناته التي يستند اليها في جوابه وكذلك بيان رأيه حول مقترحات عدد المحكمين واختيارهم ( لجنة النظر بالطلب ) بالإضافة الى اي معلومات ذات صلة بموضوع النزاع<sup>(3)</sup>.

وكما يجوز للمدعي عليه في حال عدم وجود الوثائق التي ستند اليها او التي اشار اليها في رده تحت يده عند تقديم طلب الرد فعليه ان يشير اليها و ان يقدمها خلال نظر الدعوى وفي حال عدم تقديم هذه المستندات فيرد الطلب<sup>(4)</sup>.

وفي حال قيام المدعى عليه بأرفاق لائحة الادعاء المتقابل مع لائحة رده على طلب التحكيم فيقوم بتقديمها الى لجنة الانضباط للنظر فيها.

(1) د . فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، مرجع سابق ، ص 322 .

(2) وسيم وائل ايوب زعرب ، المرجع السابق، ص 84 .

(3) وسيم وائل ايوب زعرب ، المرجع سابق ، ص 84 .

(4) وسيم وائل ايوب زعرب ، المرجع نفسه، ص 85 .

بيد أنه يلاحظ بالنسبة للمشرع العراقي أنه اغفل النص على رد المحكم في القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية و النظام الداخلي للسوق ، وبذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة المذكورة في قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969 المعدل في نص المادة (93)<sup>1</sup>.

اما في ما يخص المشرع المصري في قواعد تحكيم البورصة المصرية لعام 2014 النافذ فيقوم القطاع القانوني في البورصة بأخطار المدعي عليه بصورة بما قدمه المدعي كالأوراق والمستندات ، ومن الضروري تسديد اية مصاريف ورسوم كمصاريف ادارية وأتعاب المحكمين وفقا لأحكام الباب الخامس من القواعد الواردة في نص المواد ( 47- 51 ) وعلى المدعى عليه بعد استلامه الاخطار وخلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه الاخطار ان يقدم ردا للقطاع القانوني في البورصة مبينا فيه في دفاعه وضرورة ابلاغ المدعي بكل ما يقدمه المدعى عليه من مستندات و اوراق وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من نص المادة التاسعة من القواعد والتي تم ذكرها سابقاً .

اما بالنسبة للمشرع الاماراتي فان لا يجوز لطرفي النزاع ان يقوم برد المحكم الا في حالات تثير شكوك لها ما يبررها بالنسبة لحيدة المحكم و استقلاله كالقراءة او النيابة القانونية او الارتباط المصلحي ، وان طلب الرد يقدم لهيئة التحكيم مكتوباً و مشفوعاً بالمستندات خلال (15) يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل اللجنة او من تاريخ علمه بالأحوال التي تستوجب الرد ، و ان طلب الرد لا يقبل بعد صدور حكم اللجنة او اقفال باب المرافعة ، وان طالب الرد يجوز ان يتظلم للمجلس خلال ( 15 ) يوما من تاريخ تسلمه اشعاراً بقرار رفض طلب الرد وان قرار المجلس نهائياً وغير قابل الطعن في حال رفض طلبه ، وان تقديم طلب الرد لا يترتب عليه وقف اجراءات التحكيم ويجوز للجنة التحكيم ومن فيها المحكم المطلوب رده مواصلة الاجراءات واصدار قرار التحكيم قبل البت في طلب الرد، وان المحكم يستبدل بمحكم اخر في حالة الوفاة او الرد او التنحي او اقتناع الهيئة بتعذر قيام المحكم بمهمته بحكم القانون او الواقع وهذا حسب ما نصت عليه المواد ( 12 - 15 ) من قرار رقم 7 لسنة 2000 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الاوراق المالية و السلع الاماراتي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - نص المادة ( 93 ) من قانون المرافعات المدنية العراقية التي نصت على انه : (يجوز رد القاضي لأحد الاسباب الاتية : 1- اذا كان احد الطرفين مستخدماً عنده . . . . . 2- اذا كان بينهم و بين احد الطرفين عداوة او صداقة . . . . . 3- اذا كان قد ابدى رأياً فيها قبل الاوان).

<sup>2</sup> عبد الفتاح سليمان، منازعات الاوراق المالية في المملكة العربية السعودية ، مطابع العبور الحديث، القاهرة، 2010 ، ص 191 .

## المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم في سوق الاوراق المالية

من مبادئ التحكيم هي ترك الحرية للمتنازعين لاختيار الاشخاص الذين سوف يتولون مهمة الفصل في النزاع، وهي من اهم الضمانات التي يتمتع بها المتنازعين و التي تدفعهم لقبول اللجوء للتحكيم.

ويقصد بتشكيل هيئة التحكيم هي عدد المحكمين الذي ينتدبون للتحكيم<sup>(1)</sup>، فهي ركن جوهرى في التحكيم لا يتصور قيامه بدون<sup>(2)</sup>، اذ ان فكرة التحكيم تقوم اساسا على الثقة وان هذه الثقة ليست من احد المتعاقدين وانما هي ثقة المتعاقدين معا في هيئة التحكيم من حيث حيادها وخبرتها ومن ثم قدرتها على تسوية النزاع تسوية قانونية عادلة و سريعة<sup>(3)</sup> ومن الممكن ان تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد او اكثر ويكون متوقف على اتفاق المحكمين، وان تشكيل هيئة التحكيم باتفاق المحكمين هو الطريق الاكثر تماشيا مع روح التحكيم والفلسفة التي يقوم عليها و التي تحقق اهم الضمانات للأطراف المتنازعين في اختيار اشخاص المحكمين . كما يحقق هذا الطريق للمتنازعين اهم سمات التحكيم من المحافظة على سرية النزاع وسرية اجراءاته وما تم تبادلته من مستندات و وثائق يحرص المحكمين على اخفائها<sup>(4)</sup> وقد اشترطت غالبية التشريعات ان يكون عدد هؤلاء المحكمين وتراً اي كانت الطريقة التي يتم بها تعيين المحكمين سواء كان ذلك باتفاق المحكمين او في اتفاق مستقل او تم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة او عن طريق مركز او هيئة او مؤسسة تحكيمية وذلك لتلافي الحالة التي يؤول اليها التحكيم في حالة اختلاف المحكمين الاثنين ليصدر القرار بترجيح ثالث.

اما بالنسبة لتشكيل هيئات التحكيم في سوق الاوراق المالية في العراق فأن القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية رقم 72 لسنة 2004 ونظامه الداخلي لسنة 2008 لم يتطرقا إلى تشكيل هيئة التحكيم ولا إلى ذكر الشروط الواجب توفرها في المحكم او تحديد الاشخاص الذين يتمتع عليهم ممارسة دور المحكم، ولم تحدد اية شروط توجب توفرها في المحكم كخبرة كافية او غير ذلك والذي يتم اختيار المحكم عن طريقها للنظر في المنازعات المتعلقة في مجال الاوراق المالية وتداولها. أو حتى وضع قواعد للسلوك المهني للمحكم

(1) د . مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية و الاجنبية و الاتفاقيات و المراكز الدولية ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 ، ص 77 .

(2) د . مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، بند ، 396 ، مصدر سابق ، ص 574 .

(3) د . مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، بند ، 397 ، مصدر سابق ، ص 575 .

(4) د . مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 78 .

بشكل خاص مما يترك المجال لتقدير رئيس الهيئة في اختيار المحكم دون بيان المعايير الموضوعية التي تم على اساسها هذا الاختيار<sup>1</sup>. بل أن حل النزاعات نظرا لعدم وضع قواعد التحكيم يكون عن طريق موظفي السوق او اعضاء مخولين يعملون في قاعة التداول وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة سادسا من نص المادة ( 12 ) من النظام الداخلي للسوق لسنة 2008 التي نصت على انه: (حتى قيام السوق بإصدار قواعد التحكيم وتشكيل لجنة التحكيم، تحل النزاعات بواسطة موظفي السوق او اعضاء مخولين يعملون في قاعة التداول، على ان يقدم الاعتراض الى مجلس المحافظين خلال ثلاثين يوم. وان لم يتم التوصل الى تسوية مقنعة لجميع الاطراف، يحال احد الاطراف او كليهما الى المحاكم العراقية).

اما بالنسبة للقانونين المصري والإماراتي فنجد ان قانون سوق المال المصري رقم 95 لسنة 1992 قد نص بشكل صريح على تشكيل هيئة التحكيم بتسوية المنازعات في سوق الاوراق المالية في المادة ( 52 ) من الباب الخامس والتي نصت على انه: (يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون في ما بين المتعاملين في مجال الاوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره. وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة احد نواب رؤساء محاكم الاستئناف و عضوية محكم عن كل من طرفي النزاع و اذا تعدد احد طرفي النزاع وجب عليهم اختيار محكم واحد .....). ونصت الفقرة الاولى من نص المادة ( 11 ) من قواعد تحكيم البورصة المصرية رقم 8 لسنة 2014 والتي نصت على أنه: (تشكل هيئة التحكيم من ثلاث محكمين ، اذا لم يتفق الاطراف مسبقا على عدد المحكمين ، ولم يتفقوا خلال ( 30 ) يوما من تاريخ تسلم المدعى عليه اخطار التحكيم على ان يعين محكم واحد فقط).

أما بالنسبة للمشرع الاماراتي فقد نص على تشكيل هيئة التحكيم في نص المادة ( 10 ) من قرار رقم 7 لسنة 2000 والتي نصت على انه: (تشكل بقرار من رئيس المجلس لجنة او لجان تحكيم تتولى مهمة الفصل في المنازعات الناشئة بين المتعاملين في السوق ، و تكون برئاسة احد رجال القضاء يرشحه وزير العدل او رئيس دوائر العدل -حسب الاحوال- وعضوية اثنين يرشح احدهما مدير عام السوق المعنية بينما يرشح الاخر رئيس المجلس).

د. أبراهيم أسماعيل أبراهيم، حيدر فاضل حمد الدهان، المرجع السابق، ص12-13. <sup>1</sup>

### المبحث الثالث : الإطار الموضوعي للتحكيم في سوق الأوراق المالية

بعد أن تطرقنا في المبحث الثاني للإطار الاجرائي او الشكلي للتحكيم في سوق الاوراق المالية كان لزاماً علينا أن نبحث الاطار الموضوعي للتحكيم والذي تتحدد بموجبه قواعد الدعوى التحكيمية المنازعات من حيث انعقاد جلسة التحكيم ولغة التحكيم وكيفية اصدار حكم التحكيم وجوهر الموضوع التحكيمي ونطاقه<sup>1</sup>. وسنعرض هذا الإطار الموضوعي للتحكيم في القانون العراقي والقانونين المصري والإماراتي.

#### المطلب الاول: الاطار الموضوعي للتحكيم في سوق الأوراق المالية حسب القانون العراقي

أن القانون العراقي لم يضع قواعد للتحكيم موضوعية تحكم عمل هيئات التحكيم المستقلة التي تشكل لهذا الغرض. لكن وكما سبق الإشارة فأن القسم (11) من القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية نص على تشكيل لجنة انضباطية داخل السوق تلعب دور تحكيمي حيث تقوم اللجنة بعد تسلمها ملف النزاع بوضع جدول زمني لسير اجراءات التحكيم على ان لجنة الانضباط في سوق العراق للأوراق المالية تقوم بتبليغ الاطراف بذلك. اما بخصوص جلسات التحكيم فنجد ان للجنة الانضباط ان تعقد جلسة اجرائية أولى دون حضور الاطراف لوضع جدول زمني لفض النزاع وما ينتج عن هذه الجلسة يبلغ للأطراف عن طريق لجنة الانضباط، وان هذه الجلسة تعتبر مخالفة للثوابت والاسس في التحكيم والتي تؤكد على انعقاد الجلسة الاولى بحضور الاطراف المتنازعين للاتفاق على موعد زمني محدد لفض النزاع وتكون بداية الاجراءات بعد ان يتسلم المدعى عليه طلباً بإحالة النزاع للتحكيم وتخضع هذه الاجراءات لأحكام هذا النظام من حيث بيانات الادعاء والادلة والاسانيد ومن الضروري قيام اللجنة بمعاملة كلا طرفي النزاع بشكل متساو<sup>2</sup>، وان الاصل ان يتم تحديد مكان التحكيم وفقاً لما يرغبه اطراف النزاع بأن يكون مكاناً ملائماً لهما.

أما فيما يتعلق بلغة التحكيم فأن النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لم يحدد لغة التحكيم الا ان الدارج في السوق حدد اللغة العربية وهي المعتمدة في الاجراءات مع جواز ان تؤمر لجنة الانضباط بأي ترجمة متعلقة بأي مستندات او وثائق غير عربية ، ويجوز الاستعانة بمترجم عندما يكون احد اطراف النزاع اجنبي، وهذا لم يحدد بنص قانوني لا في القانون المؤقت رقم 74 لسنة 2004 لسوق العراق للأوراق المالية ولا في النظام الداخلي للسوق لسنة 2008، الا أن ذلك يتقرر وفق قانون الحفاظ على سلامة اللغة العربية العراقي رقم 64 لسنة 1977 حيث أُلزم هذا القانون في المادة الرابعة/أولاً منه أن تكون جميع

<sup>1</sup> د. أسامة احمد شوقي المليجي، التنفيذ الجبري على الاوراق المالية التي تصدرها الشركة المساهمة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2004 ، ص 214.

<sup>2</sup> أسامة احمد شوقي المليجي ، مصدر سابق، ص 214 .

الوثائق والمكاتبات والمحرمات في الدوائر الرسمية وشبه الرسمية باللغة العربية. كما ان جلسات التحكيم لا يمكن ان تجري الا بعد حضور اطراف النزاع ولكل طرف الاطلاع على مستندات الاخر و على لجنة الانضباط النظر في النزاع على وجه السرعة<sup>1</sup>، ويجوز للجنة الانضباط ان تقرر ما اذا كانت ستعقد جلسات اخرى او تكتفي بالأدلة و المستندات المقدمة اليها من الاطراف ولو تخلف المدعى عليه عند تقديم دفاعه او عدم حضور احد الطرفين او امتنع عن تقديم اسانيده فأن لجنة الانضباط تقوم بإنذار وكتابة قبول مع تعهد للتطبيق ومن ثم غرامة مالية وكذلك ايقاف الوسيط، مندوب الوسيط عن العمل لفترة من الزمن اي وقف التداول وهذا وفق ما نصت عليه الفقرات ( أ - ب - ج - د - هـ) من نص المادة الخامسة من القسم ( 11 ) من القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية رقم 74 لسنة 2004 والتي نصت على انه: (قد تقوم لجنة إدارة الاعمال بالتحقيق في قضايا تخصها....او التهم الاساسية وفرض عقوبات مناسبة. يضاف فرض العقوبات من قبل اللجنة الى قواعد السوق وتشمل: أ-الانذار. ب - كتاب قبول مع تعهد بالتطبيق. ج-غرامة مالية، اعادة او التخلي عن الارباح. د- ايقاف الوسيط مندوب الوسيط او الشخص المشترك عن العمل لفترة من الزمن. هـ- تعليق او توقيف التعامل بالسندات لفترة من الزمن). وكذلك نص ( أ - ب - ج - د ) الفقرة الخامسة من نص المادة ( 11 ) من النظام الداخلي لسوق العراق للأوراق المالية لسنة 2008 على انه: (أ-التنبيه. ب-الانذار. ج- الغرامات المالية او التعويض او تحليه عن الفوائد. د-تعليق العضوية او الوكالة او التخويل لفترة من الزمن).

وفي ما يخص الفقرة ( د - هـ ) من نفس المادة من القانون المؤقت ونص الفقرة ( د ) من النظام الداخلي للسوق، فأن مدة التوقف عن التداول في سوق العراق للأوراق المالية هي (10) ايام غير قابلة للتجديد مع العلم انه لا يوجد نص يقضي بهذا التوقف ولكن هذا الاجراء يكون من صلاحيات لجنة الانضباط.

وللجنة الانضباط الاستعانة بالخبراء والفنيين اذا اقتضت الحاجة لذلك ونؤكد على حاجة لجنة الانضباط في سوق العراق للأوراق المالية بالاستعانة بالخبراء<sup>2</sup> والفنيين وذلك بسبب طبيعة تشكيلة هذه اللجنة. وتفصل اللجنة بالنزاع وفقا للقواعد والانظمة والقرارات الصادرة تنفيذاً له وعلى اللجنة الفصل في النزاع خلال مدة معينة ومما نلاحظه على القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية انه لم يحدد مدة للفصل في النزاع.

1 د . مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 78.

2 د . مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 99.



ونلاحظ هناك قصور تشريعي للمشرع العراقي في قانون المؤقت رقم 74 لسنة 2004 و النظام الداخلي لسوق الاوراق المالية لسنة 2008 من حيث لغة التحكيم ومدة توقف التداول ومدة الفصل في النزاع في سوق العراق للأوراق المالية.

المطلب الثاني: الاطار الموضوعي للتحكيم في سوق الأوراق المالية حسب القانونين المصري والإماراتي  
قرر المشرع المصري في قانون سوق رأس المال أن يتم النظر في النزاع المعروض امام هيئة التحكيم وذلك بعد اكمال الاجراءات المتعلقة بنظر الدعوى من مستندات و اوراق اخرى حيث تقوم الهيئة في سماع الشهود وندب الخبراء ان وجدوا وعقد جلسات الاستماع التحكيمية الشفوية بين الاطراف المتنازعة مع ضرورة تبادل الاوراق<sup>1</sup> و المستندات بين الاطراف و لهيئة التحكيم رفض و قبول اي دليل يقدم من احد الاطراف وهذا ما نصت عليه المادة (32) من القواعد والتي نصت على انه: (1- يقع على عاتق كل طرف عبء اثبات الوقائع التي يستند اليها في تأييد دعواه او دفاعه . 2- يجوز لهيئة التحكيم سماع الشهادة من اي شخص ، حتى وان كان طرفا في التحكيم او تربطه صلة ما بأحد الاطراف، بمن فيهم الشهود الخبراء الذين يقدمهم الاطراف للأدلاء بشهادة امام هيئة التحكيم في اي مسألة تتصل بالوقائع او الخبرة الفنية . ويجوز للشهود ان يدلوا بأقوالهم ..... 3- يجوز لهيئة التحكيم ان تطلب من الاطراف في اي وقت اثناء اجراءات التحكيم ان يقدموا خلال المدة التي حددها واثاق او مستندات او اي ادلة اخرى . 4- تقرر هيئة التحكيم قبول الادلة المقدمة او رفضها ، و وجود صلة بينها وبين موضوع الدعوى او انتفاء هذه الصلة و اهمية الدليل المقدم ). وتعد جلسات التحكيم في البورصة المصرية سرية وهذه هي ميزة التحكيم التجاري وحتى المداولات بسبب ما قد تحتويه اجراءات حسم المنازعات من بيانات ذات اهمية او اسرار تجارية او اي معلومات تؤثر على سمعة الشركة او العميل المستثمر في السوق ، الا انه قد اجازت هذه القواعد رفع السرية عن بعض المعلومات و البيانات العامة للناس ومنها الاخطار بالتحكيم وبياني الدعوى والدفاع واية بيانات كتابية او ادلة اخرى مقدمة من اي طرف من اطراف النزاع وان لهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ التدابير الوقائية و المستعجلة وغير الفاصلة بموضوع الحق المتنازع عليه بناءً على طلب احد الاطراف<sup>2</sup>، وهذا ما نصت الفقرة الاولى و الثانية من نص المادة (31) من القواعد والتي نصت على انه: (ا- يجوز لهيئة التحكيم ان تصدر تدابير مؤقتة بناءً على طلب احد الاطراف . 2- تصدر هيئة التحكيم امر لأحد الاطراف الذي ينفذ التدبير الوقائي ، وذلك الامر في اي وقت يسبق اصدار حكم التحكيم الذي يفصل

<sup>1</sup> المصدر نفسه.

<sup>2</sup> د. أحمد إبراهيم عبد النواب, طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات العربية المتحدة، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة الإمارات بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، 2008، ص55.

في المنازعة نهائياً .....)، وهو اختصاص اصيل لهيئة التحكيم ، وللأطراف حرية كبيرة في هذه القواعد بتحديد مكان التحكيم و الجلسات التي تعقد فيها وهذا حسب ما نصت عليه المادة ( 22 ) من القواعد والتي نصت على انه: (1- تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف القضية ما لم يتفق على المكان مسبقاً من الاطراف . ويعد حكم التحكيم صادراً من مكان التحكيم . 2- يجوز لهيئة التحكيم ان تجتمع للمداولة في اي مكان تراه مناسباً . ويجوز لها ايضا ان تجتمع في اي مكان تراه مناسباً لأي غرض اخر ، بما في ذلك جلسات المرافعة ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك) واللغة التي تتم فيها الاجراءات حسب نص المادة ( 23 ) من القواعد و التي نصت على انه: (1- تحدد هيئة التحكيم بعد تشكيلها اللغة او اللغات التي تستخدم في الاجراءات ما لم يتفق الاطراف عليها مسبقاً . ويسري هذا التحديد على بيان الدعوى و بيان الدفاع واي بيان مكتوب اخر كما تحدد ايضا اللغة او اللغات التي تستخدم في جلسات سماع المرافعات الشفهية التي قد يتطلب انعقادها . 2- ..... ترجمة الى اللغة او اللغات التي اتفق عليها الاطراف او حددتها هيئة التحكيم) فضلا عن اختيار القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع او تحديد اي قانون لحسم موضوع النزاع فهذه حرية واسعة ممنوحة للهيئة حسب ما نصت عليه الفقرة الاولى من نص المادة ( 41 ) من القواعد و التي نصت على انه: (تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يتفق الاطراف على تطبيقها على موضوع النزاع، وتطبق هيئة التحكيم وفقا لما تراه القانون الذي يتفق مع موضوع النزاع في حالة عدم اتفاق الاطراف على تلك القواعد). ومن الممكن الاستعانة بالوسائل الحديثة في اجراء المحادثات و الاستماع لإفادات الشهود او تقارير الخبراء في صحة وثائق معينة او التأكد من توابع واردة عليها ومناقشتهم بذلك<sup>(1)</sup>.

اما بالنسبة لسوق الاوراق المالية الاماراتي فبعد ان تتسلم لجنة التحكيم ملف الدعوى تقوم بوضع جدول زمني لسير اجراءات التحكيم على ان تبلغ هيئة الاوراق المالية و السلع و الاطراف بذلك حسب نص المادة (21) من نظام التحكيم رقم 7 لسنة الاماراتي 2000 و التي نصت على انه: (هيئة ملف النزاع بمجرد الانتهاء من اعداده ..... وتقم اللجنة بمجرد تسلمها الملف بتحديد مهمتها بوضع جدول زمني لسير اجراءات التحكيم على ان تزود الهيئة و طرفي النزاع بصورة منه و ان تقوم بإبلاغ كل من الهيئة و الاطراف عن اي تعديلات تجريها في هذا الشأن). اما بخصوص جلسات التحكيم فأن للجنة ان تعقد جلسة اجرائية اولى دون حضور اطراف النزاع لغرض وضع جدول زمني لحسم النزاع وما ينتج عن هذه الجلسة يبلغ الاطراف بها وهذه مخالفة لأسس التحكيم التي تؤكد على ان تكون الجلسة الاولى بحضور كل

(1) د . مصطفى ناطق صالح مطلوب ، نظام التحكيم التجاري في المؤسسات المالية المصرفية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2018 ،ص 176.

الاطراف لغرض وضع جدول زمني محدد للنظر بالنزاع<sup>(1)</sup> وهذا حسب ما نصت عليه المادة ( 21 ) من قرار رقم 7 لسنة 2000 والتي نصت على انه: (هيئة ملف النزاع للجنة بمجرد الانتهاء من اعداده ..... بوضع جدول زمني لسير اجراءات التحكيم على ان تزود الهيئة وطرفي النزاع بصورة منه .....). ومن الضروري قيام اللجنة بمعاملة الاطراف على حد سواء ومنحهم الحق الكامل في الدفاع وفق نص المادة ( 23 ) من القرار المذكور اعلاه و التي نصت على انه: (تلتزم اللجنة بمعاملة طرفي النزاع على قدم المساواة وبتهيئة الفرصة الكاملة لكل منهما لعرض قضيته). وان مكان التحكيم هو مقر السوق حسب نص المادة ( 24 ) من القرار المذكور و التي نصت على انه: (الاصل ان يجري التحكيم في مقر السوق المعنية بالنزاع ، و مع ذلك يجوز للجنة ان تجتمع في اي مكان تراه مناسباً .....). واما عن لغة التحكيم فقد حدد هذا النظام اللغة العربية حسب نص المادة ( 25 ) من القرار المذكور و التي نصت على أنه: (اللغة العربية هي المعتمدة في اجراءات التحكيم ..... وللجنة ان تؤمر بأن يرفق اي دليل مستندي بغير اللغة العربية بترجمة قانونية معتمده لذلك الدليل الى اللغة العربية ....). وللهيئة الاستعانة بالخبراء و الفنيين اذا اقتضت الحاجة لذلك وفقا لنص المادة ( 30 ) من القرار المذكور والتي نصت على أنه: (للجنة ان تعين خبيراً او اكثر لتقديم تقرير اليها بشأن مسائل معينة تحددتها. ويلتزم طرفي النزاع بموافاة الخبير بأية معلومات ذات صلة بموضوع النزاع و بتمكينه من الاطلاع على المستندات ذات الصلة). وعلى اللجنة الفصل في النزاع المعروض امامها خلال مدة لا تتجاوز ستين يوماً من تاريخ وضع الجدول الزمني للجلسات حسب نص المادة ( 38 ) من القرار المذكور والتي نصت على أنه: (تفصل اللجنة في النزاع وفقاً لقواعد القانون والانظمة و القرارات الصادرة تنفيذا له و الا فوفقاً للقواعد القانونية العامة النافذة في الدولة ، وذلك خلال مدة لا تتجاوز ( 60 ) يوماً من تاريخ بدء الجدول الزمني الذي وضعته للسير في اجراءات التحكيم ، و يجوز لها مد هذه المهلة عند الاقتضاء على ان يكون قرار المد مسبباً .....).

#### الخاتمة

أن دراستنا لموضوع اللجوء إلى التحكيم التجاري لحسم المنازعات في أسواق المال حسب القانون العراقي والقانونين المصري والإماراتي أفضت إلى النتائج والمقترحات الآتية:

#### أولاً : النتائج

1. حسنا فعل المشرع العراقي إذ لم يحدد صور المنازعات في سوق المال على سبيل الحصر وإنما أورد أمثلة لها؛ حيث أن هذه المنازعات متنوعة وهي متغيرة مرهونة بتطور عمل السوق.

(1) د . مصطفى ناطق صالح مطلوب، المصدر نفسه، ص 186.

2. أن المشرع العراقي وأن أقر التحكيم التجاري كطريق لحسم المنازعات التي تنشأ في سوق المال الا أنه ناقض نفسه في تحديد طبيعة اللجوء لهذا التحكيم فبينما جاءت صياغة القسم (14/الفقرة1) من القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية بما يوحي أن التحكيم التجاري في سوق العراق للأوراق المالية هو تحكيم اختياري يتم اللجوء إليه أن قبل طرفي النزاع به طريقا لفض نزاعهم. جاءت صياغة القسم (14/الفقرة1/ب/2) من ذات القانون لتقرر أن اللجوء إلى التحكيم التجاري لحسم منازعات سوق المال يكون إجباريا؛ فما دام أن الطرفين قد ارتضيا التعامل في سوق المال فليس لهم سوى التحكيم طريقا لحسم نزاعهم. وهذا يشكل عيبا في الصياغة القانونية كان المشرع العراقي في مندوحة عنه. ويبدو أن السبب وراء هذا التناقض أن هذا القانون كتب في ظل الاحتلال الأمريكي للعراق من قبل سلطة الائتلاف المؤقتة التي شكلها القانون إلى احتلال لإدارة البلد. حتى أن الصياغة القانونية للقانون جاءت على غرار الفن الأمريكي حيث قسم (أقسام) وليس مواد.

3. شاب القانون العراق المنظم لعمل السوق المالية قصورا كبيرا بخصوص رسم الإطار الإجرائي للتحكيم التجاري فهو لم يضع قواعد خاصة بتشكيل هيئة التحكيم وطبيعة أعضائها وكيفية اختيارهم. ولم يضع قواعد خاصة بإجراءات طلب التحكيم من حيث تقديم الطلب والرد عليه وآثاره القانونية.

4. أن التحكيم التجاري في سوق الأوراق المالية حسب القانون العراقي ليس من الناحية العملية الفعلية ألا مجرد خيال تشريعي تجسد في حبر على ورق. حيث لا تتوفر أرضية صالحة لأعماله في السوق المالية؛ لذا لم يلق نصيبا في التطبيق العملي. حيث يلجأ المتخاصمان ماليا في السوق إلى القضاء العادي لحسم نزاعهم ما دام أن أرض التحكيم جزر لما تستتبت غراسها بعد، ولا زالت في طور تهيئة بذوره تشريعيا ليس ألا. وحتى بذور التحكيم التجاري في العراق لم تهيئ بشكل صحيح حتى يطيب غراسها ويأتي أكله.

5. أن الفصل في منازعات سوق الأوراق المالية في العراق لا يتم فعليا من خلال لجنة تحكيمية مستقلة وإنما ما يجري عليه العمل فعليا أن القسم (11) من القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية نص على تشكيل لجنة انضباطية سمها بلجنة إدارة الأعمال والتي تشكل داخل السوق برئاسة منظم السوق أو من يخوله وتتألف من أعضاء عموميين ومن الصناعة وبالتالي هي لجنة انضباطية إدارية لكنها تلعب دور تحكيمي وأن لم تكن هيئة تحكيمية مستقلة التي قصد المشرع تشكيلها في القسم (14) من هذا القانون. لكن لا يمكن لهذه اللجنة أن تكون بديلا لهيئة التحكيم المستقلة ولا يمكن عدها بذاتها هيئة تحكيمية تنطبق عليها مواصفات هيئات التحكيم.

## ثانيا: المقترحات

ندعو المشرع العراقي إلى معالجة مواطن الخلل والتناقض والقصور في التشريع الناظم لعمل سوق الأوراق المالية، وأن يمهد لتفعيل آلية التحكيم التجاري كوسيلة لحسم المنازعات في سوق الأوراق المالية أسوة بالقانونين المصري والإماراتي. ونقترح عليه في هذا المضمّر لتحقيق هذه الغاية أمرين لا غنى له عن تبيينهما لتصحيح مسار السياسة القانونية في تنظيم عمل السوق ومنها آلية التحكيم وكما يأتي:

**الأمر الأول:** إلغاء القانون المؤقت لسوق الأوراق المالية وبتبعه إلغاء نظامه الداخلي؛ لأنه شرع في ظروف احتلال وبلغة ركيكة مترجمة عن لغة الاحتلال وبصياغة شكلية غريبة عن جنس الصياغة القانونية العراقية. وأن يستبدل هذا القانون بالقانون الدائم لسوق الأوراق المالية الذي تعسرت ولادته إلى الآن.

**الأمر الثاني:** الإسراع بإصدار قانون التحكيم التجاري العراقي الذي لازال في مهده على رفوف الحكومة ولم يبلغ بعد سن القانون. حيث أن إصدار هذا القانون يسهم في سد النقص الذي يعاني منه القانون العراقي في قواعد التحكيم ويسهم في تفعيله في كل المجالات ومنها القطاع المالي وأسواق الأوراق المالية.

وعلى المشرع العراقي عند تحقيق هذين الأمرين أو الأمر الأول على الأقل وهو إصدار القانون الدائم لسوق الأوراق المالية أن يحقق أيضا في إطار موضوع التحكيم التجاري في سوق الأوراق المالية ما يأتي:

1. أن يجعل اللجوء إلى التحكيم التجاري في سوق الأوراق المالية لحسم منازعاتها إجباريا أسوة بالقانون الإماراتي؛ ذلك أن المنازعات في هذه السوق هي على غاية كبيرة من الخصوصية الفنية فيكون من الناجع لحسمها إحالتها لهيئة تحكيمية تضم متخصصين فنيين بهذه السوق ومنازعاتها. مما يسهم في ضمان العدالة الفاعلة في حسم منازعات السوق بشكل لا يتوفر فيما لو ترك للأطراف حرية اللجوء إلى القضاء العادي.

2. على المشرع أن يرسم الاطار الإجرائي العام للتحكيم في سوق الأوراق المالية بالنص على كيفية تشكل هيئة التحكيم وعدد المحكمين فيها وصفاتهم، وأشراك متخصصين فنيين في عمل السوق ومنازعاتها من ضمن تشكيلة هيئة التحكيم وإسناد رئاستها لقاض ذي خبرة بأسواق المال لإضفاء الصبغة القضائية على أحكام التحكيم. والنص أيضا على شكل وإجراءات وشروط طلب التحكيم وكيفية تقديمه والأثار التي تترتب عليه وكيفية التجاوب مع هذا الطلب.

3. على المشرع أن يرسم الاطار الموضوعي العام للتحكيم في سوق الأوراق المالية بالنص على القواعد الموضوعية للدعوى التحكيمية المنظورة أمام هيئة التحكيم وذلك بتحديد مواعيد جلسات التحكيم ومكان انعقادها وكيفية إعلام وحضور طرفي الدعوى التحكيمية وكيفية نظر الهيئة التحكيمية والكيفية التي يصدر فيها حكم الهيئة وكيفية أنفاذه والظعن فيه وتنفيذه.

## المصادر

1. إبراهيم أسماعيل إبراهيم، حيدر فاضل حمد الدهان، تسوية منازعات عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية، مجلة المحقق الخلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الرابعة، 2012.
2. أحمد إبراهيم عبد التواب، طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات العربية المتحدة، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة الإمارات بعنوان: التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨.
3. احمد أبو ألوف ، التحكيم الاختياري و الإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الرابعة ، 1983 .
4. احمد ابو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1990.
5. أسامة احمد شوقي المليجي ، التنفيذ الجبري على الاوراق المالية التي تصدرها الشركة المساهمة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.
6. سماح حسين علي، الالتزام بتقديم المشورة في سوق الأوراق المالية، مجلة المحقق الخلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثالث، السنة الثامنة، 2016.
7. طاهر شوقي مؤمن، عقد بيع الاوراق المالية في البورصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2007.
8. عبد الباسط كريم مولود، تداول الاوراق المالية ، منشورات الخلي الحقوقية ، بيروت ، 2009.
9. فتحي محمد أنور، أحكام ومبادئ القانون للمنازعات الاستثمارية والتجارية والتكنولوجية إمام المحاكم الاقتصادية ، الطبعة الأولى دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010.
10. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006.
11. محمود السيد عمر التحيوي، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001.
12. مصطفى منقذ يوسف، رقابة هيئة الأوراق المالية على الشركات المساهمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، بغداد، 2017.
13. عبد الفتاح سليمان ، منازعات الاوراق المالية في المملكة العربية السعودية ، مطابع العبور الحديث، القاهرة ، 2010.

14. محمد علي سكيكر ، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية ، دار الجامعيين ، القاهرة ، 2005.
15. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
16. د. مصطفى ناطق صالح مطلوب ، نظام التحكيم التجاري في المؤسسات المالية المصرفية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2018
17. مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية و الاجنبية و الاتفاقيات و المراكز الدولية ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2005.
18. نايف عبد العزيز حمد العنزي، الإفصاح وفق قانون هيئة الأوراق المالية الكويتي والأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012.
19. نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، العاتك للنشر ، القاهرة ، 2002 .
20. وسيم وائل ايوب زعرب ، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة عن التعامل بالأوراق المالية ، رسالة قدمت الى جامعة الشرق الاوسط لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط الاردن ، 2017.

## جريمة نشر الأخبار الكاذبة وعقوبتها في القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية من منظور مقاصد الشريعة

Fajar Rachmadhani

Universitas Muhammadiyah Yogyakarta  
fajarrachmadhani@umy.ac.id

### الملخص

يهدف البحث بعنوان "جريمة نشر الأخبار الكاذبة وعقوبتها في القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية من منظور مقاصد الشريعة" إلى تحليل القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية بشأن العقوبات الجنائية في نشر الأخبار الكاذبة وعلاقتها بمقاصد الشريعة الإسلامية، بناء على ظاهرة انتشار الأخبار الكاذبة عبر وسائل الإعلام والتواصل الاجتماعي لما يترتب منها آثار سلبية في الحياة الإنسانية والاجتماعية، حيث أن الشريعة الإسلامية لها دور مهم في حل هذه المشاكل وهي جاءت جلبا وتحقيقا لمصالح العباد في دينهم وأنفسهم وأموالهم وأعراضهم وعقولهم. يرجو الباحث أن تأتي هذه الدراسة بفوائد عظيمة وأهمية كبيرة نظرية كانت أو تطبيقية تسهم به إسهاما فكريا عمليا في التقدم الديني والتطوّر الفقهي. هذا البحث هو البحث النوعي الاستقرائي، مصادره الأساسية هي القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية مادة 28 رقم 1، كما أن مصادرها الثانوية هي كتب أصول الفقه ومقاصد الشريعة والمعلومات الواردة في المجالات والمواقع الإلكترونية وغيرها. يستخدم هذا البحث المنهج التحليلي، بحيث أنه يستخدم لإبراز خصائص الرسائل التي يتم تنفيذها بشكل موضوعي ومنهجي.

**الكلمات المفتاحية :** جريمة نشر الأخبار الكاذبة، القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية، مقاصد الشريعة

### المقدمة

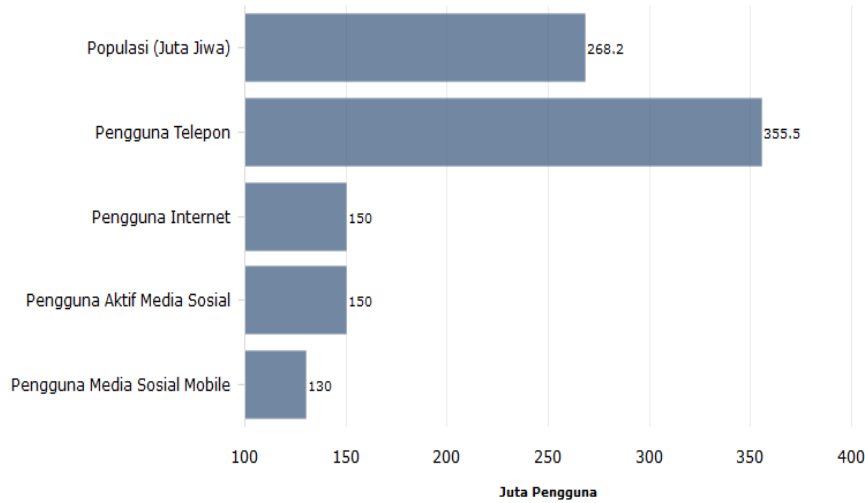
تتطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات اليوم بسرعة فائقة، إلى جانب مستخدميها الذين يتم توزيعهم بالتساوي من جميع الأعمار والمهن. استنادًا إلى البيانات التي تم الحصول عليها من العديد من المواقع الإلكترونية، بلغ عدد مستخدمي الإنترنت في عام 2016 إلى 132.7 مليون شخص في إندونيسيا، منهم 40% من مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي النشطين من إجمالي 256.2 مليون شخص في المجموع. زاد هذا الرقم بنسبة 51.8% عن عام 2014 حيث كان هناك 88 مليون شخص فقط كانوا متصلين بالإنترنت أو كمستخدمين لوسائل التواصل الاجتماعي. استنادًا إلى استبيان Brandwatch لعام 2016، تم الحصول على الحقائق والإحصاءات المتعلقة بالوسائط الاجتماعية من



7.3 مليار من سكان العالم حتى يوليو 2015 سجلت النتائج "التي تصل إلى 3.7 مليار مستخدم للإنترنت ، 2.3 مليار مستخدم نشط لوسائل التواصل الاجتماعي مع مستخدم إنترنت متوسط لديه 5 ارتفعت حسابات مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي في عام 2016 إلى 176 مليون مستخدم ، وفي كل يوم يوجد مليون مستخدم لمستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي ، أي ما يعادل 12 شخصًا. (Marwan, 2016).

#### Data Pengguna Telepon, Internet, Media Sosial Indonesia Menurut Wearesosial (2019)

Sumber : We Are Social, Jan 2019



إن سرعة تطور عملية نشر المعلومات يجعل كل شخص قادرًا على الحصول على المعلومات وإنتاجها بالإضافة إلى أن يكون له تأثير إيجابي على الحياة الإنسانية، كما أنه له تأثير سلبي، خاصة في تلقي المعلومات والرد عليها وإدارتها. وسائل التواصل الاجتماعي التي يجب استخدامها للتواصل والتفاعل من خلال نشر المحتوى الإيجابي، لسوء الحظ تستخدمه بعض الأطراف لنشر المعلومات التي تحتوي على الأشياء السلبية. والمعلومات التي تحتوي على محتوى سلبي هي معلومات كاذبة ذات عنوان استفزازي للغاية يقود القراء والمستفيدين إلى الآراء السلبية. يمكن أن تؤدي معلومات كاذبة إلى الكراهية والغضب والنزاع والانقسام بين الجمهور وغير ذلك من المفاصد الظاهرة. ومنتشرو الكراهية التي ترد وتهاجم الأطراف أو تجعل الناس يخافون، ويهددون ويمكن أن يضررو الطرف المبلغ عنه بحيث يمكن أن يضر بالسمعة الطيبة ويمكن أن يتسبب في خسائر مادية. (Juliani, 2017).

دور الحكومة الإندونيسية في مواجهة الأخبار والمعلومات الكاذبة واردة في كتاب القانون الجنائي الإندونيسي (KUHP)، منها : القانون رقم 11 لعام 2008 بشأن المعلومات والمعاملات الإلكترونية (ITE)، القانون رقم 40 لعام 2008 بشأن القضاء على التمييز العرق والعرق. وإن الشريعة الإسلامية

تتميز بخصائص التي ترفعها إلى أرقى درجة من العظمة والكمال لا يرقى إليها أي قانون وضعي، ومن هذه الخصائص هي الشمول، ويقصد بالشمول فإن الشريعة الإسلامية جاءت أحكامها وتعاليمها ومضامينها كاملاً وشاملاً لكل نواحي الحياة، وجميع شؤون الخلق الدينية والدينية، وهي صالحة لكل زمان ومكان، كما أنها تنظم علاقة البشر مع ربه وهي أيضاً تنظم علاقتهم ببعض من اجتماع واقتصاد وسياسة وقضاء وتعليم وحرب وسلام، ولاسيما في كيفية إدارة المعلومات المنتشرة في وسائل الإعلام المتنوعة.

### مفهوم مقاصد الشريعة وأقسامها من حيث الضرورة وعدمها

كلمة مقاصد الشريعة مركب إضافي يتكون من كلمة (مقاصد) وكلمة (الشريعة)، فالمقاصد لغة جمع مقصد، والمقصد مصدر ميمي مأخوذ من الفعل (قصد) يقال قصد يقصد قصداً ومقصداً، فالقصد والمقصد بمعنى واحد. علماء اللغة ذكروا أن القصد يأتي في اللغة لمعان : منها : الاعتماد وإتيان الشيء والتوجه، وقد يكون بمعنى استقامة الطريق كقوله تعالى (وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ وَمِنْهَا جَائِزٌ)، وقد يكون بمعنى العدل، والتوسط وعدم الإفراط كقوله تعالى (وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ).

وأما الشريعة في اللغة بمعنى الدين، والملة، والمنهاج، والطريقة، والسنة، أصلها في لغة العرب تطلق على مورد الشاربه. وأما الشريعة في الاصطلاح فإنها تطلق على الأحكام التكليفية العملية، ومن ذلك يتبين بأن الشريعة يقصد بها الأحكام التي شرعها الله تعالى لهداية البشر وإصلاح أحوالهم في الدنيا والآخرة. لقد عرف بن تيمية الشريعة بأنها اسم ينتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأعمال وهي طاعة الله ورسوله وأولي الأمر منا. (Ibn Taimiyah, 2004)

فمقاصد الشريعة في الاصطلاح، لقد وردت تعريفات كثيرة تبين عن مفهومها، وذلك كما يلي:

1. تعريف محمد الطاهر بن عاشور في كتابه "مقاصد الشريعة"، بأنه عرف مقاصد الشريعة بتعريفين مختلفين، لأنه قسم مقاصد الشريعة إلى قسمين هما : المقاصد العامة والمقاصد الخاصة، أما المقاصد الشريعة العامة فهي : المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معاني من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام؛ ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة. وأما مقاصد الشريعة الخاصة فيعرفها بأنها : الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة، كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة، إبطالا عن غفلة، أو عن استئلال هوى، ويدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس. (Ibn 'Āsyūr, 2007)

2. تعريف مقاصد الشريعة عند علال الفاسي في كتابه "مقاصد الشريعة ومكارمها"، حيث قال: "المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها". هذا التعريف يشتمل على مصطلحتين وهما المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهذا التعريف شبيه بالتعريف الذي ذكره الريسوني. (Al-Fāsī, 2011)

3. وعرفها الريسوني بأنها الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد. (Ar-Raysūni, 2013)

4. وعرف الزحيلي المقاصد الشريعة بأنها المعاني والأهداف الملحوظة في جميع أحكامها أو معظمها أو هي الغاية من الشريعة والأسرار التي وضع الشارع عند كل حكم من أحكامها.

فمن التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص لمقاصد الشريعة بتعريف جامع ومانع وهي أن مقاصد الشريعة هي المعاني والحكم ونحوها التي رعاها الشارع في التشريع عموماً وخصوصاً من أجل تحقيق مصالح العباد.

إذا لاحظنا التعريفات عن مقاصد الشريعة، نجد بأن الشريعة الإسلامية قد راعت مصالح العباد، وأولتها اهتماماً كبيراً. فإذا نظرنا إلى الأحكام التي تضمنتها النصوص الشرعية، نجد أن الشارع يهدف من خلالها إلى تحقيق مصالح الناس، ودفع المفساد عنهم. فإذا استقرينا نصوص الشريعة استبان لنا أن المقصد العام من التشريع فيها هو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاحه بصالح المهيمن عليه، وهو نوع الإنسان، ويشمل صلاحه عقله وعمله، وصلاح ما بين يديه، من موجودات العالم الذي يعيش فيه.

ولابن القيم في ذلك كلاماً رائعاً حيث قال " إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكيم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ". (Ibn al-Qayyim, 2003)

يقول الشاطبي في الموافقات أن التكليف مشروعة لمصالح العباد، ومصالح العباد إما دنيوية وإما أخروية، أما الأخروية، فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم، وأما الدنيوية، فإن الأعمال - إذا تأملتها - مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات. (As-Shāthibī, 2005)

يقول عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام بأن الشريعة كلها مصالح إما تدرأ مفسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله يقول: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا }، فتأمل وصيته بعد نداءه، فلا تجد إلا خيراً يحثك

عليه أو شرا يزعجك عنه، أو جمعا بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد حثا على اجتناب المفاسد وما في بعض الأحكام من المصالح حثا على إتيان المصالح. (Abd as-Salām, 1991)

من خلال كلام أئمة الفقه والأصول سابقا، نعلم أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لمصالح العباد في دنياهم وأخراهم، كما قال الإمام الغزالي في كتابه المستصفى من علم الأصول "ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة". (Al-Ghazālī, 1997)

ولقد قسم الأصوليون مقاصد الشريعة الإسلامية باعتبار الضرورة وعدمها إلى ثلاثة أقسام:

- 1- المقاصد الضرورية، وهي المقاصد اللازمة التي لا بد من تحصيلها كي يقوم صلاح الدين والدنيا من أجل إسعاد الخلق في الدنيا والآخرة، وهي خمسة: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال.
- 2- المقاصد الحاجية، وهي المصالح التي يحتاج إليها الناس لرفع الحرج والمشقة عنهم، وليس بفوات ضروري لهم، ولكن يقع بفواتها العسر والضيق بما يشق على المكلف احتمالها.
- 3- المقاصد التحسينية، وهي المقاصد المتمثلة في الأخذ بمحاسن العادات والأخلاق وتجنب مساوئها.

نماذج تطبيقية في تقسيم مقاصد الشريعة باعتبار الضرورة وعدمها (Thahir, 2015)

رقم	مقاصد الشريعة	المقاصد الضرورية	المقاصد الحاجية	المقاصد التحسينية
1	حفظ الدين	أداء الواجبات الدينية كالصلوات الخمس وغيرها	رفع المشقة والحرج في أداء الواجبات الدينية كقصر الصلاة وجمع الصلاة للمسافرين والمرضى	لبس أفضل الملابس، نظافة الملابس والأبدان
2	حفظ النفس	مشروعية القصاص والحدود والتعزير	جواز الصيد وتناول المأكولات والمشروبات، رفع المشقة والحرج في جواز تناول المحرمات عند الضرورة	آداب الأكل والشرب
3	حفظ العقل	تحريم الخمر والمخدرات، مشروعية حد شارب الخمر والمخدرات	الحث على طلب العلم، والابتعاد عن مجالس اللهو واللعب، جواز تناول المحرمات عند الضرورة	مجالسة العلماء، المشاركة في مجالس العلم
4	حفظ النسل	مشروعية النكاح، تحريم الزنا، تحريم الخلو، وحد الزنا	مشروعية المهر للزوج، مشروعية الطلاق والخلع	مشروعية الخطبة ووليمة العرش
5	حفظ المال	مشروعية العمل وكسب الرزق، تحريم أخذ المال بالباطل كالسرقة والغصب، والرشوة والربا وغير ذلك، حد السرقة	جواز بيع السلم والاستصناع	الابتعاد عن المعاملات المعاصرة ذات الشبهات

## جريمة نشر الأخبار الكاذبة وعقوبتها في القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية.

نص القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية بشأن جريمة نشر الأخبار الكاذبة مادة 28 رقم 1 و 2 عام 2016 بأن :

1. أي شخص يقوم عمدا ودون حقوق بنشر أخبار كاذبة ومضللة يؤدي إلى خسائر المستهلك في المعاملات الإلكترونية.

2. أي شخص يقوم عمدا ودون حقوق في نشر المعلومات التي تهدف إلى التحريض على الكراهية أو العداوة لبعض الأفراد و / أو مجموعات من الأشخاص على أساس العرق والدين والعرق والطبقة (SARA).

في القانون رقم 11 لعام 2008 والذي تم تحديثه الآن إلى القانون رقم 19 لعام 2016 بشأن المعلومات والمعاملات الإلكترونية ، فقد تم تنظيمه فيما يتعلق بالأعمال الإجرامية التي تعتمد في نشر الأخبار الكاذبة التي تسبب إلى خسائر للمستهلكين في المعاملات الإلكترونية والتحريض على الكراهية أو العداوة، ذكر في ذلك بأن :

1. يعاقب كل شخص يقوم عمدا ودون حقوق بنشر أخبار كاذبة ومضللة يؤدي إلى خسائر المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، بالسجن قدرها 6 (ستة) سنواتو / أو غرامة قصوى قدرها 1,000,000,000,000 روبية (مليار واحد روبية).

2. يعاقب كل شخص يقوم عمدا ودون حقوق في نشر المعلومات التي تهدف إلى التحريض على الكراهية أو العداوة لبعض الأفراد و / أو مجموعات من الأشخاص على أساس العرق والدين والعرق والطبقة (SARA) بالسجن قدرها 6 (ستة) سنواتو / أو غرامة قصوى قدرها 1,000,000,000,000 روبية (مليار واحد روبية).

## تحليل مقاصد الشريعة حول جريمة نشر الأخبار الكاذبة وعقوبتها في القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية.

مما ذكر سابقا علمنا بأن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق مصالح العباد في دنياهم وأخراهم، ولرفع الحرج والمفاسد منهم. فالشريعة تحاول أن تجلب كل ما يتضمن مصلحة للناس وتسعى أن تزيل كل ما يتضمن صعوبة ومفسدة لهم. وأكد الإمام الغزالي في كتابه المستصفى من علم الأصول بقوله "ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، وما لهم، فكل ما يتضمن

حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يُفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة ".  
(Al-Ghazālī, 1997)

وإذا تأملنا القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية بشأن جريمة نشر الأخبار الكاذبة وعقوبته، فإنه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ومقاصدها بل إنه يتوافق مع الشريعة الإسلامية ومقاصدها في المحافظة على الكليات الخمسة :

1. حفظ الدين : إن الأخبار الكاذبة لها آثار سلبية في الحياة الدينية، بحيث أنها تسبب إلى النزاعات والصراعات والاختلافات بين المسلمين والعصبيّة المذهبية والحركية، وقد حاول كل فريق من المسلمين أن يؤيدوا آراءهم ويسبوا غيرهم بما وصل إليهم من الأخبار الكاذبة، فهذه النزاعات والاختلافات بلا شك أنها تضعف وحدة المسلمين.

2. حفظ النفس : وإن الأخبار الكاذبة المنتشرة في وسائل التواصل والإعلام قد يؤدي إلى فقدان العديد من الأرواح، فنضرب مثالا لذلك، كما حدث في الهند عام 2018 ، أُلقت الشرطة الهندية القبض على 10 أشخاص لأنهم قتلوا رجلا متهما باختطاف أطفال في خدعة تنتشر عبر WhatsApp.

3. حفظ المال : الأخبار الكاذبة كثيرا ما تؤدي إلى الخسارة المادية، كما حدث في المملكة المتحدة البريطانية، كلف خدعة الهاتف في عام 2017 المستشفى 2.465 جنيه إسترليني (44.11 مليون ريال). هذه هي التكلفة المتكبدة لإرسال سيارة إسعاف في حالة الخداع. كما يواجه مطار مانشستر أيضًا تكاليف كبيرة أخرى بسبب الأخبار المزيفة. في عام 2014 ، ظهرت خدعة على القنبلة على الخطوط الجوية القطرية

4. حفظ العقل : بالإضافة إلى ذلك، إن الأخبار الكاذبة مضرّة بالصحة العقلية، كما ذكر في إحدى الدراسات، وافق علماء النفس على أن الأخبار الكاذبة يمكن أن يكون لها تأثير سلبي على الصحة العقلية، مثل متلازمة الإجهاد اللاحق للصدمة (PTSD)، التي تسبب القلق، للعنف. ليس ذلك فحسب، كما يعتقد علماء النفس، أن الأشخاص الذين يتعرضون لأخبار الكاذبة يمكن أن يحتاجوا أيضًا إلى علاج، لأنه يكتنفه القلق والضغط والشعور بالوحدة بسبب الأخبار الكاذبة.

5. حفظ العرض : لا شك بأن الأخبار الكاذبة تهدف إلى تشويه سمعة الإنسان، وإلى سقوط بعض الأطراف، سيجد الطرف المصاب صعوبة في التوضيح. تُظهر الأبحاث التي أجرتها هانت ألكوت (Hunt Allcott) بأن البالغين الأمريكيين يقرؤون ويتذكرون واحدًا أو عدة مقالات إخبارية خاطئة خلال فترة الحملة. تحولت الأخبار الكاذبة إلى تأثير كبير في الانتخابات وتمكنت من التأثير على الأصوات التي حصل عليها المرشحون للرئاسة.

والعقوبة التي قررتها الحكومة لمنشري الأخبار الكاذبة في القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية وهو بالسجن قدرها 6 (ستة) سنوات و / أو غرامة قصوى قدرها 1,000,000,000,000 روبية (مليار واحد روبية)، أيضا أنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، إذ أن العقوبة في الشريعة لا تقتصر على القصاص والحدود، بل فيها تعزير وهو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأبها عقوبات معية محدودة، وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب. إن الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير ولم يحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام، وتركت لأول الأمر في الأمة أن يجرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بمصالح الجماعة أو منها أو نظامها، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ويعاقبوا على مخالفتها، والقسم الذي ترك لأول الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة وحددته، ولكن الشريعة لم تترك لأول الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يجرمون بل أوجبت أن يكون ذلك مفا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية. (Audah, 2009)

وإن العقوبات في الشريعة الإسلامية إنما شرعت لمقاصد عديدة، منها :

1. حفظ نظام الحياة والمصالح الكبرى للمجتمع، وهذا إنما يكون بتشريع العقوبات الخاصة لحفظ الضروريات الخمس التي عليها مدار الحياة، ودونها لا تجري الحياة على استقامة بل على هرج ومرج وفوت الحياة، وتسمى المقاصد الكبرى والمصالح العليا وهي مدار إجماع كل ملل الأرض بغض النظر عن طبيعة المعتقد والدين والقيم. والعقوبة إنما شرعت بوصفها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بمصالحها ونظامها، وهذا يتحقق بإغلاق أبواب الشر والفساد والفتن والتعدي وتشريع أحكام صارمة رادعة للجنة ولزوم تنفيذها، فالعقوبة بهذا ضرورة اجتماعية لا بد منها، والضرورة تقدر بقدرها فلا تكون أعظم مما ينبغي ولا أقل مما يجب، لتصبح الآثار المرجوة في حماية الأمة ونظامها واقعا ملموسا، فليس القصد نكايه لأن الأحكام الشرعية إنما تدور حول إصلاح حال الأمة في سائر أحوالها.

2. الزجر والردع للحد من انتشار الجريمة والفساد، هدف العقوبة ومقصدها فضلا عن حفظ نظام الحياة الذي يمس مجموع الأمة، ردع نفس الجاني عن معاودة تكرار الجريمة وتغيير نمط سلوكه وعدم الانجرار وراء الشهوات وزجر غيره من التفكير في ارتكابها، فهناك ردع خاص وردع عام، فالعقوبات في الإسلام زواجر تمنع المذنب من العودة في الجريمة مرة أخرى، ولغيره من التفكير في اقترافها وهذا يظهر في اشتراط إشهار العقاب وإعلانه بين الناس قال تعالى " وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمْ طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ".

3. العدل والرحمة، الشريعة الإسلامية عدل ورحمة كلها، والجريمة عدوان وظلم على هذه العدالة والرحمة التي يسعى الإسلام لتحقيقها عند تطبيقه للعقوبات على الجرائم المرتكبة، فلا يجزى المتعدي إلا بمثل ما اعتدى، فلا تعني العدالة والرحمة التهاون والرقعة بالمجرمين والأشرار، بل عدم مجاوزة الحد في العقوبة وعدم الظلم، فليس المقصود الانتقام وإنما تذكيره بسوء عمله ومعاقبة عليه. (علي، 2011)

### الخاتمة

فبناء على ما ذكر في هذا البحث، يتبين لنا بأن القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية بشأن جريمة نشر الأخبار الكاذبة وعقوبته، فإنه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ومقاصدها بل إنه يتوافق مع الشريعة الإسلامية ومقاصدها في المحافظة على الضروريات الخمس، وهي حفظ الدين والنفس والمال والعقل والعرض. والعقوبة التي قررتها الحكومة لمنشري الأخبار الكاذبة في القانون الإندونيسي للإعلام والمعاملات الإلكترونية وهو بالسجن قدرها 6 (ستة) سنوات و / أو غرامة قصوى قدرها 1,000,000,000,000 روبية (مليار واحد روبية)، أيضا أنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية، إذ أن العقوبة في الشريعة لا تقتصر على القصاص والحدود، بل فيها تعزير وهو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأبها عقوبات معينة محدودة ويرجع مقدارها على حسب اجتهاد الإمام أو القاضي.

### المراجع

- 'Abd as-Salām, 'Izzu ad-Dīn Ibn 'Abd al-'Azīz. (1991). *Qawā'id al-Ahkām Fī Maṣāliḥ al-Anām*. Kairo: Maktabah al-Kulliyāt al-Azhariyah.
- Al-Fāsī, M. 'Alal I. 'Abd al-Wāhid. (2011). *Maqāṣid as-Syarī'ah al-Islāmiyah Wa Makārimuhā Wa Difā' 'an as-Syarī'ah*. Kairo: Dār as-Salām.
- Al-Ghazālī, A. H. (1997). *Al-Mustasyfā Min 'Ilmi al-Uṣūl*. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- Ar-Raysūni, M. (2013). *Maqāṣid as-Syarī'ah*. Beirut: as-Shabakhah al-'Ārabiyyah.
- As-Shāhibī, A. I. (2005). *Al-Muwāfaqāt Fī Uṣūl as-Syarī'ah*. Beirut: Dār al-Fikr.
- 'Audah, A. Q. (2009). *At-Tasyrī' Al-Jināi Al-Islāmī Muqārīnan Bi Al-Qānūn Al-Wadhī*. Kairo: Dār Al-Hadīs.
- Ibn al-Qayyim, S. A. 'Abdillāh M. I. 'Abī B. (2003). *I'lām al-Muwaqqi'īn 'an Rabbi al-'Ālamīn*. Beirut: Dār al-Fikr li at-Tibā'ah wa an-Nasyr wa at-Tauzī'.
- Ibn 'Āsyūr, M. at-Thāhir. (2007). *Maqāṣid as-Syarī'ah al-Islāmiyah*. Tunisia: Dār Sukhūn li an-Nasyr wa at-Tauzī'.



- Ibn Taimiyah, T. A. al-'Abbās. (2004). *Majmū' al-Fatāwā*. Saudi Arabia: Wizārah as-Syu'ūn al-Islāmiyah wa ad-Da'wah wa al-Irsyād as-Sa'ūdiyyah.
- Juliani, R. (2017). Media Sosial Ramah Sosial Vs Hoax. *At-Tanzir: Jurnal Ilmiah Prodi Komunikasi Penyiaran Islam*, 136–149.
- Marwan, M. R. (2016). Analisis Penyebaran Berita Hoax di Indonesia. *Universitas Gunadarma: Depok*.
- Thahir, H. (2015). *Ijtihād Maqāṣidī Rekonstruksi Hukum Islam Berbasis Interkoneksi Masalah*. Yogyakarta: : LKiS Printing Cemerlang.
- = Intentions of Punishment in the *علي, ع. (2011). مقاصد العقوبة في الشريعة الإسلامية*  
Islamic Discipline. *Academic Journal of Social and Human Studies*, 115(482), 1–23.

دور الشريعة الإسلامية في ترسيخ قواعد المسؤولية الاجتماعية للشركات  
أ. معمر أحمد الدراوي، أ.د. عبدالله محمد عايض  
ii,i  
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

### الملخص

صاحبت الثورة الصناعية في القرن الثامن عشر تطورات اقتصادية كبيرة كان من نتائجها ظهور الشركات المساهمة والتي أصبحت تمثل كيانات اقتصادية ضخمة تتحكم بالموارد البيئية، والبشرية، كما أفرزت العديد من الآثار السلبية على البيئة، والإنسان معاً من أبرزها التلوث البيئي ونفاذ المصادر الطبيعية، وبالتالي الإضرار بالمجتمع ككل. هذا التحول الخطير كان سبباً في ظهور ما يعرف الآن بمفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات والذي يتضمن أفكاراً وآراءً جديدة ومتغيرة بين الفينة والأخرى بفعل تغير ظروف الزمان والمكان وأحوال الناس وأعرافهم. ومن جانب آخر نجد أن الشريعة الإسلامية، قد عززت من مكانة المسؤولية الاجتماعية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، وقد كان لمفهوم المسؤولية الاجتماعية أشكالاً متعددة في الإسلام، والالتزام بها هو مبدأ من مبادئ وقواعد الاقتصاد الإسلامي والتصور الإسلامي للكون والمال والحياة. وهي مقصد من مقاصد الإسلام، التي لا تقبل التغيير بتغير الزمان والمكان والظروف والعادات، فالتزام الشركات والأفراد بها ليس نتيجة لمطالبات المجتمع أو بسبب التطور والتقدم، بل مصدره القبول والافتناع بالإسلام ديناً ومنهجاً، فالقيام بها هو نوع من أنواع العبادة التي تقرب الإنسان لربه. تهدف الدراسة إلى التعرف على مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات في الإسلام و التعرف على نظرية المقاصد الشرعية المتعلقة المسؤولية الاجتماعية والأحكام الشرعية الخاصة بها من خلال استقراء الجهود المبذولة لعلماء الإسلام في هذا الصدد، وأخيراً اقتراح بعض التوصيات التي تساهم في إثراء هذا الموضوع.

الكلمات الدلالية: الشريعة الإسلامية، قواعد، المسؤولية الاجتماعية للشركات، مقاصد الشريعة.

### 1.1 المقدمة

إنّ تحلّي الحكومات في كثير من دول العالم عن دورها المجتمعي وتبني سياسة خصخصة الشركات، زاد من أهمية قيام الشركات بدورها الاجتماعي والأخلاقي للمسؤولية الاجتماعية، على الرغم من إنّ البدايات الأولى للمسؤولية الاجتماعية تشكلت مع نشأة المجتمعات وتطور الحضارات؛ وقد عززت من مكانتها الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً وهي أصل من أصول الدين الإسلامي الحنيف الذي يقوم على التعاون والتكافل والذي يهتم بالجانب الروحي والأخلاقي دون أن يهمل الجانب المادي فهي مقصد من مقاصد الشريعة السمحاء. ومن الخطأ القول أن مفهوم المسؤولية الاجتماعية في الإسلام

هو مجرد القيام بأعمال خيرية، بل مفهوم المسؤولية الاجتماعية في الإسلام أكثر شمولاً من ذلك، لحكمة المشرع الإلهي في رعاية المصالح العامة والخاصة للمجتمعات البشرية من خلال التعاليم والقيم الإسلامية التي أنزلها على خاتم الأنبياء والمرسلين. بالرغم من ذلك، لم تأخذ المسؤولية الاجتماعية من منظور إسلامي حظها الوافر من التأصيل والدراسة وهي تحتاج إلى إثراء وبحث، وهذا ما هو منتظر من الفقهاء والاقتصاديين المسلمين الذين يدركون أن نصوص الشريعة الإسلامية لا تخل من القيم الاجتماعية المثالية لأن الشريعة الخالدة متوافقة مع متطلبات الحياة الإنسانية في جميع مراحلها وتطوراتها، وهي متوافقة حتمًا مع حاجيات الحياة الإنسانية في هذا العصر، مصداقًا لقول الله عز وجل ﴿وكل شيء فصلناه تفصيلاً﴾، [سورة الإسراء، الآية 12] (مقدم & وهيبة، 2011). بناء على ما سبق يمكن صياغة الإشكالات التالية:

**ما الدور الذي لعبته الشريعة الإسلامية من أجل ترسيخ قواعد المسؤولية الاجتماعية للشركات؟**

نحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال التطرق للعناصر التالية:

أولاً: مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات .

ثانياً: المسؤولية الاجتماعية في الإسلام.

## 1.2 هدف البحث

يهدف البحث إلى إبراز الدور الريادي الذي لعبته الشريعة الإسلامية من أجل ترسيخ قواعد المسؤولية الاجتماعية للشركات وتوضيح مدى شمولية مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات من المنظور الإسلامي، مقارنة مع الأفكار الوضعية الأخرى. كذلك إبراز نظرية المقاصد الشرعية المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية للتمييز بين ما هو طوعي وما هو ملزم القيام به.

## 1.3 الأهمية والمساهمة العلمية

تعتبر المسؤولية الاجتماعية للشركة ذات طبيعة متغيرة باستمرار وفقاً للمستجدات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وقد شهد هذا الموضوع في الفترة الأخيرة انتشاراً واسعاً، واهتماماً كبيراً من طرف كتاب الإدارة والاقتصاد والمحاسبة ومن طرف رجال الأعمال على حد سواء. ويعتبر هذا البحث مساهمة لإثراء الموضوع خصوصاً أنه يتناول دور الشريعة الإسلامية في ترسيخ قواعد المسؤولية الاجتماعية للشركات. كما أنه يدحض الرأي الذي يتهم الشريعة بالجمود والقصور وعدم الوفاء بمتطلبات العصر وحاجات الناس، من خلال إبراز مقاصد الشريعة، وبذلك يثبت صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان .

## 1.4 منهجية البحث

تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي، بغرض وصف الظاهرة وصفاً دقيقاً و الإلمام بكل الجوانب المتعلقة بها، حيث تم جمع المعلومات المتعلقة بموضوع الدراسة، تحليلها للتوصل إلى نتائج قابلة للتعميم.

## 1.5 مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات

لقد تطور مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات عبر الزمن ومر بالعديد من المراحل إلى أن تحددت ملامحه، وجذور مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات كما هو معروف اليوم له تاريخ طويل، مما يدل على الاهتمام المتزايد بمخاوف المجتمع (Carroll, 2004). وفيما يلي شرح لمفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات:

### 1.5.1 ظهور مصطلح المسؤولية الاجتماعية

يعتبر الاقتصادي الأمريكي جون موريس كلارك، من أوائل من كتب في المسؤولية الاجتماعية للشركات عندما صدر له مقال في عام (1916)، يحمل عنوان "التغيرات الجوهرية في المسؤولية الاقتصادية"؛ حيث اقترح توسعة نطاق مسؤولية المؤسسة لكي تشمل البعد الاجتماعي. وقد تلاه من يعتبر بمثابة الأب المؤسس لفكرة المسؤولية الاجتماعية للشركات، الاقتصادي هوارد بوان من خلال بحث قدمه تحت عنوان: "المسؤولية الاجتماعية لرجل الأعمال". ومن ثم أتى بيتر دروكر؛ حيث شكل تعريفه للمسؤولية الاجتماعية للشركات مرتكزاً للعديد من الدراسات التي طورت في مفهوم هذه المسؤولية. (عرفان, 2015). وفيما يلي أهم مراحل نشأة المسؤولية الاجتماعية في العالم الغربي:

أولاً: مرحلة إدارة تعظيم الأرباح (1800-1920):

في هذه المرحلة كانت المسؤولية الأساسية للأعمال هي تعظيم الأرباح و التوجه نحو المصلحة الذاتية الصرفة، و رفع شعار "ما هو جيد لي جيد للبلد".

ثانياً: مرحلة إدارة الوصاية، من أواخر العشرينات حتى بداية الستينات:

خلال هذه الفترة كانت مسؤولية الأعمال الأساسية هي تحقيق الربح الملائم الذي يحقق المصلحة الذاتية و مصالح الأطراف الأخرى مثل المساهمين و العاملين، أما الشعار خلال هذه الفترة فهو "ما هو جيد للشركات جيد للبلد".

ثالثاً: مرحلة إدارة نوعية الحياة للفترة من أواخر الستينات حتى الوقت الحاضر:

تقوم المسؤولية الأساسية للأعمال على أن الربح ضروري و لكن الأفراد أهم من النقود، و هذا يحقق المصلحة الخاصة للشركة و مصالح المساهمين و المجتمع ككل، الشعار هو "ما هو جيد للمجتمع هو جيد للبلد".

بالرغم من ذلك تبقى المسؤولية الاجتماعية في الفكر الغربي المعاصر هي محاولة للتفاف حول صورة الشركة و تحسينها و جعلها خيرة و إنسانية، و هذا من باب السعي إلى الربح من دون أي عراقيل، فهي نظرة نسبية و متغيرة، و هي متجذرة في الملاحظة التجريبية و النظريات البنائية المرتبطة بها، فهي إذن نظرة مادية أكثر منها أخلاقية (Dusuki, 2008). ومنذ ظهور هذا المفهوم قامت العديد من المنظمات والباحثين بمحاولات عدة للوصول الى تعريف محدد للمسؤولية الاجتماعية للشركات .

## 1.5.2 تعريف المسؤولية الاجتماعية للشركات

تعتبر المسؤولية الاجتماعية للشركة ذات طبيعة متغيرة باستمرار وفقاً للمستجدات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية ووفقاً لما تملكه الشركة من موارد، و حسب ما تؤمن به الشركة ووحسب قدرتها على المساهمة في التنمية المستدامة لها و للمجتمع الذي تعمل فيه، ممّا عقّد من مهمة تحديد مفهوم دقيق و شامل للمسؤولية الاجتماعية للشركات. فالصعوبة تكمن في وجود العديد من أصحاب المصالح ذوي الأهداف المتباينة و المتناقضة أحياناً، إضافة إلى وجود فجوة بين ما يتوقعه المجتمع من الشركة وبين ما تقدّره الشركة لما يجب عليها تقديمه للمجتمع وفقاً لإمكانياتها.

وعلى الرغم من الجهود المبذولة حول هذا الموضوع، فلا يزال مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات في طور النمو وفقاً لمجموعة متنوعة من الأفكار والممارسات فقد وصفه البعض بأنه مفهوم مبهم (Fischer, 2004) و غامض (Williamson, Lynch-Wood, & Ramsay, 2006)، وغير موضوعي (Frederick, 1986) وغير واضح (McWilliams & Siegel, 2001)، وغير متبلور (Margolis & Walsh, 2001)، وحدوده غير واضحة المعالم ومسألة الإلتزام بها لا تزال محل جدل (Lantos, 2001). وعلى هذا النحو لا يوجد تعريف موحد ليكون أساساً لإجراءات صارمة (Van Marrewijk & Werre, 2003). بل إنّ المصطلح نفسه لم يتم الإتفاق عليه على الرغم من أن العديد منها يدور في فلك المسؤولية الاجتماعية للشركات.

ومن المصطلحات الأكثر شعبية التي أصبحت مرادفاً لمفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات هي: أخلاقيات الأعمال التجارية، مواطنة الشركات، والإستدامة أو التنمية المستدامة والإدارة البيئية للشركات، والأعمال التجارية والمجتمع، والأعمال التجارية والإدارة، الأعمال التجارية والعمولة وإدارة أصحاب المصلحة (Carroll, 1999)، (Garriga & Melé, 2004)، كما أنّ جهود الأكاديميين والممارسين للوصول إلى تعريف موحد فشلت وليس هناك تعريف متفق عليه حتى الآن. فمن المستحيل وجود حل واحد يناسب الجميع"

لتعريف المسؤولية الاجتماعية للشركات CSR" لذلك تبني كل شركة على حدة تعريفاً مختلفاً بناءً على التنمية ومستويات الوعي لديها وطموح الشركة (Van Marrewijk, 2003).

وفيما يلي بعض الإجهادات لتقديم مفهوم للمسؤولية الاجتماعية، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: فقد عرفها مجلس الأعمال العالمي للتنمية المستدامة على أنها الإلتزام المستمر من قبل مؤسسات الأعمال بالتصرف أخلاقياً والمساهمة في تحقيق التنمية الإقتصادية والعمل على تحسين نوعية الظروف المعيشية للقوى العاملة وعائلاتهم إضافة إلى المجتمع المحلي والمجتمع ككل (Van Marrewijk, 2003).

بينما يرى البنك الدولي للمسؤولية الاجتماعية على أنها إلتزام أصحاب النشاطات التجارية بالمساهمة في التنمية المستدامة من خلال العمل مع موظفيهم وعائلاتهم والمجتمع المحلي والمجتمع ككل لتحسين مستوى معيشة الناس بأسلوب يخدم التجارة ويخدم التنمية في آن واحد (Mazurkiewicz & Crown, 2005).

وعرفها الإتحاد الأوروبي (2002) على أنها الإندماج الإقتصادي للشركات و الإهتمامات البيئية في عملياتها التجارية وتفاعلها مع أصحاب المصلحة على أساس طوعي (Silberhorn & Warren, 2007).

كما عرّفها اتحاد الصناعة البريطاني 2001 "بأنها اعتراف الشركات بمسؤولياتها علناً ليس فقط عن أدائها المالي ولكن أيضا عن سجلها الاجتماعي والبيئي، كما ينبغي على الشركات تعزيز حقوق الإنسان، وأهداف الديمقراطية، وتحسين وضع المجتمع والتنمية المستدامة (Hemingway & Maclagan, 2004). وعرّفها كثير من الباحثين، منهم:

• Carroll (1979) يقول أن الشركات لا ينبغي إلا أن يُحکم عليهم من خلال النجاح الإقتصادي فقط ولكن أيضا من خلال معايير غير اقتصادية ومدى تحقيقها لدور المواطنة الجيدة للشركات وأن تفي الشركة بما عليها من المسؤوليات (Doukakis, Kapardis, & Katsioloudes, 2005).

• ويضيف (Robbins) أنها الأنشطة التي تقوم الشركة بتنفيذها اختيارياً دون ضغوط خارجية والتي تحقق منافع للمجتمع، وهي بذلك تستند إلى اعتبارات أخلاقية مركزة على الأهداف بشكل التزامات بعيدة الأمد و آخذة في الاعتبار مبادرات منظمة الأعمال الحقيقية للوفاء بهذه الإلتزامات وبما يعزز صورتها في المجتمع (Kahreh, Babania, Tive, & Mirmehdi, 2014).

• ويضيف Cannon-1992 بأن الدور الأساسي للشركة هو انتاج السلع والخدمات التي يرغبها ويحتاجها المجتمع ولكن تعتمد هذه العلاقة بين الشركة والمجتمع على توفر بيئة مستقرة وقوى عاملة متعلمة (Moir, 2001).

• ويضيف Freeman (1984) " أن الشركة ليست مسؤولة عن مساهميتها فقط لذا ينبغي أيضا تحقيق التوازن بين مصالح أصحاب المصلحة وأهداف الشركة" (van Marrewijk, 2002).

يلاحظ مما سبق أنه ما من اتفاق على تعريف واضح ومحدد لمفهوم المسؤولية الاجتماعية، حيث تختلف التعريفات باختلاف الزاوية التي ينظر منها لهذه المسؤولية من جهة والنظرة إلى طبيعة هذه المسؤولية من جهة أخرى. والافتقاد، أو عدم الجرأة، لوضع تعريف يتناول الجانب القانوني لهذه المسؤولية، حيث غلبت مختلف التعاريف الجانب التطوعي الاختياري على الجانب الإلزامي، بالرغم من اعتماد الجميع مصطلح المسؤولية للتدليل على هذا الالتزام الذي يجب على الشركات القيام به؛ مما حمل المصطلح أكثر مما يمكنه أن يحتمل، وجعله مفهوماً مربكاً للكثيرين، الذين رأوا فيه صورة تجميلية، يمكن للشركات أن تستند إليها، دون أن تكون ملزمة باحترامها، إلا طواعية (Rosé, 2006). يمكن القول أن المسؤولية الاجتماعية للشركات عبارة عن "أنشطة تقوم بها الشركة، لضمان تطورها معاً، بواسطة أدوات عديدة لإثبات المواطنة الصالحة للشركة. إلا أنّ على كل شركة أن تختار بنفسها نهجاً ملائماً بشأن ممارسات المسؤولية الاجتماعية للشركات، يتماشى مع مجموعة القيم والمعتقدات الثقافية الراسخة في المنظمة وتشكل أساساً لسياساتها".

مما سبق يمكن التفريق بين اتجاهين لمفهوم المسؤولية الاجتماعية: اتجاه يرى أن المسؤولية الاجتماعية نشاط تطوعي لا يحتاج إلى سن قوانين أو ضوابط تنظيمية أو قواعد محددة تلزم الشركات بمسؤولياتها تجاه المجتمع كون المسؤولية طوعية. والاتجاه الثاني يرى ضرورة وجود إطار تنظيمي للمسؤولية الاجتماعية وإلزام الشركات بضوابط تنظيمية من قبل الدولة من خلال تعليمات ومواثيق.

### 1.5.3 الجهود الدولية لرعاية المسؤولية الاجتماعية للشركات

ظل موضوع المسؤولية الاجتماعية للشركات يشغل المهتمين بعالم الاقتصاد والإدارة في الولايات المتحدة الأمريكية حتى بداية الثمانينيات من القرن الماضي، ومع ادخال هذا الموضوع ضمن الاهتمامات الأوروبية في بداية التسعينيات من ذات القرن، بدأ الحديث بشكل فعلي عن ضرورة الاهتمام بالجانب القانوني لهذه المسؤولية (Amselek, 1982)، (Déjean & Gond, 2004). ويعتبر الميثاق العالمي للأمم المتحدة أهم الجهود التي اهتمت بالمسؤولية الاجتماعية، وصف بأنه أكبر عمل تطوعي في العالم لحماية ورعاية المسؤولية الاجتماعية، ويضم في عضويته ما يقارب تسعة آلاف شركة من أكثر من 130 دولة حول العالم (Bitanga & Bridwell, 2010). يهدف الميثاق العالمي إلى تحقيق هدفين رئيسيين هما: تعميم المبادئ العشرة للميثاق فيما يتعلق بالأنشطة التجارية حول العالم. وتحفيز الإجراءات لدعم الأهداف العالمية للأمم المتحدة بما فيها الأهداف الإنمائية للألفية. تتوزع الأهداف العشرة على أربعة محاور تشمل: حقوق الإنسان، العمل، البيئة، ومكافحة الفساد. يحث الميثاق العالمي للأمم المتحدة UNGC الشركات على تبني وتفعيل ودعم مجموعة من المبادئ والقيم الأصيلة في مجالات: حقوق الإنسان، معايير العمل، البيئة، ومكافحة الفساد. وتغطي

هذه المبادئ بتوافق عالمي. وجاءت المبادئ على النحو التالي: في مجال حقوق الإنسان، يأتي المبدأ الأول والثاني، كأكثر المبادئ أهمية، وينصّان على التالي:

- 1- على الشركات أن تدعم وتحترم حقوق الإنسان المتفق عليها دولياً.
- 2- التأكيد من أن الشركات ليست ضالعة في انتهاكات لحقوق الإنسان.
- وفي مجال معايير العمل، تأتي المبادئ من الثالث إلى السادس، وتهتم بما يلي:
- 3- يجب أن تحترم الشركات حقوق تكوين الجمعيات والاعتراف بحق المفاوضة الجماعية للعاملين.
- 4- القضاء على جميع أشكال العمل القسري والإلزامي.
- 5- إلغاء جميع أشكال عمل الأطفال والقاصرين.
- 6- القضاء على التمييز بناء على الوظائف والمهن.
- أما موضوعات البيئة فقد نُثِّمَت بالمبادئ من السابع حتى التاسع، على النحو التالي:
- 7- على الشركات اتخاذ منهج وقائي وحذر تجاه المخاطر البيئية المحيطة.
- 8- دعم وتفعيل المبادرات لضمان المسؤولية تجاه البيئة.
- 9- التشجيع على تطوير ونشر تكنولوجيا صديقة للبيئة.
- المحور الرابع وضع للحديث عن مكافحة الفساد في مبدأ وحيد، ينص على أن:
- 10- على الشركات مكافحة جميع أشكال الفساد، بما في ذلك الابتزاز والرشوة.

على الرغم من ذلك، فإن الأمم المتحدة لديها قدرة دولية محدودة لفرض عقوبات فعالة على أعضاء الأعمال الذين ينتهكون مبادئها بخلاف حذفها من الاتفاق. نتيجة لذلك، يعد الميثاق العالمي حالياً مجهوداً طوعياً (Bitanga & Bridwell, 2010). ربما تكون آلية الامتثال الرئيسة هي المراقبة النشطة لممارسات الشركات من قبل منظمات المجتمع المدني ووسائل الإعلام مع اقتراح حوافز إيجابية لتعزيز المسؤولية الاجتماعية للشركات الدولية. وكغيرها من المبادرات، ظلت مقتصرة على الجانب الإداري أو المؤسسي وأغفلت الجانب الإلزامي لهذه المسؤولية، وركزت على الجانب التحفيزي.

إن هذه الحقيقة جعلت البعض يرى في ذلك امتهاً لقضية حقوق الإنسان وحرياته، بتحويلها لمجرد قضية تفاوضية، يمكن أن توضع على نقاش البحث والمساومة مع الشركات، وكأن لهذه الأخيرة الحق أو الخيار في الالتزام بها من عدمه!. موقف اعتبره الكثيرون ينطوي على تناقض فاضح للفكر الفلسفي والقانوني الذي قامت عليه المنظمة الأممية؛ ذلك أن الأخذ بهذه المبادئ يجب أن يسجل التزاماً كاملاً من الشركات؛ رغبت في ذلك أم لم ترغب، كونها مستمدة من المبادئ العليا للإنسانية جمعاء (عرفان, 2015).



## 1.6 المسؤولية الاجتماعية في الإسلام

إنّ البدايات الأولى للمسؤولية الاجتماعية تشكلت مع نشأة المجتمعات وتطور الحضارات؛ وقد عززت من مكانتها الديانات السماوية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً وهي أصل من أصول الدين الإسلامي الحنيف الذي يقوم على التعاون والتكافل والذي يهتم بالجانب الروحي والأخلاقي دون أن يهمل الجانب المادي فهي مقصد من مقاصد الشريعة السمحاء. فقد جاء الإسلام برسالته العالمية التي انطلقت تحت عنوانها العريض والحصري، بقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾، [الأنبياء: 107]، فهذه رحمة شاملة للبشرية جمعاء أوجبها الباري على النبي وعلى أمته من بعده (الجميل، 2014).

فمنذ أن أحسّ علماء المسلمين بعد الصدر الأول بوقوع الفصام بين تعاليم الإسلام وقواعده ومبادئه وبين واقع المسلمين وممارساتهم الحياتية، وجهود أولئك العلماء متصلة لرأب الصدع وإعادة الإتصال الوثيق بين الإسلام والمسلمين، ذلك الإتصال الذي جعل من مسلمي الصدر الأول مصاحف تمشي على الأرض بخلق القرآن وسلوك القرآن وتعامل القرآن. ولقد كان أهم وأبرز وسائل العلماء في تحقيق ذلك بيان علل الأحكام وغايات الإسلام ومقاصد الشريعة وأهدافها، فبينوا أن لكل حكم من أحكام الإسلام وظيفة يؤديها، وغاية يحققها، وعلّة ظاهرة أو كامنة يعمل لإيجادها، ومقصداً وهدفاً يقصده ويستهدفه لتحقيق مصلحة للإنسان أو دفع مفسدة ومضرة عنه (الريسوني، 1995). الأمر الذي أسس لظهور علم المقاصد كعلم مستقل له أسسه ومناهجه التي يستند عليها، ويبين كيف وظّف العلماء المقاصد في الدعوة وربطها بالأحكام من خلال تنزيلها على واقع الحياة ومستجداتها (Albaraka & Mokhtar, 2016) فظهرت لأول مرة نظرية المقاصد الشرعية للإمام الشاطبي.

### 1.6.1 المقاصد الشرعية في الإسلام

أوضح العلماء أن هذه المقاصد والغايات والعلل قد تشتمل عليها نصوص الكتاب والسنة أحياناً، وقد يصل إليها العلماء ويكشفون عنها بالاجتهاد في فهم الكتاب والسنة وسائر أدلة الأحكام التي بُنيت عليهما اجتهاداً شمولياً كاملاً يؤدي إلى استخراج مناط الحكم وتنقيحه وتحقيقه لتتضح المصالح التي تتحقق من كل حكم، والمفاسد التي تدرأ به. كذلك حدد العلماء المسالك الموصلة إلى الكشف عن تلك المقاصد وفهم وبيان تلك المصالح وتحديد العلل. من المقاصد العامة للشريعة "حفظ النظام وجلب المصالح ودرء المفاسد وإقامة المساواة بين الناس وجعل الشريعة مهابة مطاعة نافذة وجعل الأمة قوية مرهوبة الجانب مطمئنة البال"، ومن المقاصد الخاصة للشريعة "الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، وألحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة (الريسوني، 1995).

وعند التأمل في مظاهر المسؤولية الاجتماعية المختلفة نجد أنها مما ورد في التشريع الإسلامي تحت مسميات مختلفة وأحد مقاصدها (Elasrag, 2012). فكثير من الدلائل القرآنية تبين أن الإسلام أعطى أولوية للعمل الخيري والمسؤولية الاجتماعية ابتغاء لمرضاة الله وليس لأي غرض دنيوي، فضلاً عما يمكن أن يناله المتطوع في الحياة من بركة وسكينة نفسية وسعادة لا تقدر بثمن، فمن الآيات القرآنية قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾، [سورة المائدة، الآية 2]، وقال ﴿فَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ﴾، [سورة البقرة، الآية 184]، وقال أيضاً ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾، [سورة آل عمران، الآية 92]، وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾، [سورة الحجرات، الآية 71]، وقوله ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلْسَائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾، [سورة الداريات، الآية 19]، وقال ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ \* وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾، [الزلزلة، الآية 7]. وهناك نصوص كثيرة كلها تدل على أن الشريعة جاءت بالإصلاح والصلاح، لا بالفساد، قال تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾، [الأعراف، الآية 56]، ومن ذلك إلحاق الأذية والضرر بالآخرين.

إضافة إلى ما تحمله السنة المشرفة من موروث حول المسؤولية الاجتماعية كقوله صلى الله عليه وسلم: {المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً}، (رواه البخاري ومسلم وزاد البخاري {وشبك بين أصابعه}). وقوله: {مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم، مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى}، (رواه البخاري ومسلم واللفظ له)، كما قال: {لا ضرر ولا ضرار} رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في "الموطأ". و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {كل سلامى من الناس عليه صدقة كل يوم تطلع فيه الشمس؛ تعدل بين اثنين صدقة، وتعين الرجل في دابته فتحمله عليها، أو ترفع له عليها متاعه صدقة، والكلمة الطيبة صدقة، وبكل خطوة تمشيها إلى الصلاة صدقة، وتطيأ الأذى عن الطريق صدقة}، (رواه البخاري ومسلم). تأسيساً لما سبق يمكن القول أن المسؤولية الاجتماعية شكل من أشكال التعاون على البر، والتكافل الاجتماعي، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وباب من أبواب الإنفاق في سبيل الله، كما تندرج المسؤولية الاجتماعية في إطار سد الذرائع، وهو النهي عن كل فعل و إن كان مباحاً في الأصل إذا كان يؤدي إلى محذور أو يخشى منه أن يؤدي إلى ذلك، فقيام الشركات مثلاً بالإنفاق على المشاريع الاجتماعية تسد ذريعة كراهية بعض الأوساط الاجتماعية للشركات و بدلاً عن ذلك فإن قيام الشركات ببعض الأنشطة الاجتماعية المستديمة يوجد فيما بين الشركات و المجتمع علاقات الود و الحب.

كما إن المسؤولية الاجتماعية للشركات تندرج تحت قاعدة درء المفسد أولى من جلب النعم ، أي أن المفسدة إذا اجتمعت مع المنفعة فالأولى أن يقوم المكلف بدء المفسدة، لأن المفسد تنتشر و تستفحل،

فالأولى درء المفسد و لو ترتب على ذلك حرمان بعض الأشخاص من المنافع أو تأخير الحصول عليها، فإذا كان الإضرار بالبيئة أو بالمستهلك و غيره مفسدة، فإن هذه المفسدة تدرأ و إن ترتب على ذلك حرمان الشركة من بعض الأرباح. و تندرج تحت قاعدة "الضرر يُدفع بقدر الإمكان"، فهذه القاعدة تُعبّر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل، و وردت هذه القاعدة في قول رسول الله: "لا ضرر و لا ضرار"، تنطبق هذه القاعدة على التدابير الوقائية التي تتخذها الشركات للحيلولة دون الإضرار بالبيئة أو تلويثها. كما إن المسؤولية الاجتماعية تعني الضرر يزال، أي وُجوب رفع الضرر بعد وقوعه. كما تعني تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، و تعني هذه القاعدة أن نطاق الضرر الخاص ضيّق لا يتعدى مجموعة من الأشخاص أو الشركات و لذلك على هذه الشركات تحمل هذا الضرر إذا كان ذلك لدفع ضرر عام(Elasrag, 2012).

أيضاً المسؤولية الاجتماعية تندرج تحت قاعدة الغرم بالغنم، و تعني أن من يجني الأرباح من نشاط ما، فإنّ عليه أن يتحمل تعويض الأضرار التي تحدث من جراء ذلك التصرف، و ألا ينسى فضل المجتمع الذي كان سبباً في كسبه.

كما إن المسؤولية الاجتماعية شكل من أشكال طاعة و لي الأمر، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، [سورة النساء، الآية 59]. كما لا يمكن حصر الأعمال الداخلة في نطاق المسؤولية الاجتماعية وإن أمكن فرزها في مجالات، إذ كل المصالح التي حث عليها الشرع (إيجاباً أو استحباباً) داخلة في نطاق هذه الشركات وقدراتها وأحوالها(Elasrag, 2012).

## 1.6.2 دور الإسلام في تبني المسؤولية الاجتماعية للشركات

إن المسؤولية الاجتماعية للشركات يمكن أن يكون نتيجة دعم من قبل عدد قليل من مديري، بسبب قيمهم الشخصية ومعتقداتهم، على الرغم من المخاطر والنتائج اللاحقة المرتبطة بها (Wood, 1991). وقد ظهر تأثير الإسلام قوي على توجهات مديري الشركات (Roszaini M Haniffa & Cooke, 2005) والتي كشفت عن تأثير هذا الدين على مستوى المسؤولية الاجتماعية للشركات. وأظهرت دراسة (Ramasaamy et al., 2007) أن هذا الدين مؤثر جداً في مستوى الأداء الاجتماعي للشركات، وأوصت الدراسة بأن يؤخذ بمحمل الجد مستوى تدبير الرؤساء التنفيذيين للشركات، ومعرفة إلى أي مدى الرئيس التنفيذي يمارس هذا الدين، ويضيف الباحث، أنه يجوز لأحد أن يدعي أنه مسلم، ولكن قد لا يمكن أن يكون مُدافعاً قوياً عن تعاليمه في الحفاظ على البيئة. وأظهرت دراسة (العنزي, 2009) أن كثير من الشركات في المملكة العربية السعودية تقوم بممارسات المسؤولية الاجتماعية نتيجة دوافع دينية. وهذا يتفق مع ما أظهرته دراسة (N. Benomran et al., 2015) حيث وجدت أن 81% من مديري

العلاقات العامة ومدبرين الماليين الذين أجري معهم مقابلات شخصية، يرون أن الإسلام عامل مهم في ممارسات المسؤولية الاجتماعية للشركات الليبية.

ما تقدم يدل على أن الإسلام كان سباقاً في التعرض لموضوع المسؤولية الاجتماعية، وترسيخ مفهومها وتعزيزها على أرض الواقع، ويفند الاعتقاد الخاطئ بأنّ المفهوم الإسلامي ارتبط فقط بالأعمال الخيرية، بما في ذلك الصدقات وغيرها من أعمال البر الخيرية، التي يقوم بها بعض المحسنين تجاه الفرد والمجتمع، بل يتعداه إلى أبعد من ذلك، فمفهوم المسؤولية الاجتماعية في الإسلام، أشمل وأكثر عمقاً من مفهوم العمل الخيري، فله علاقة بكل ما يمكن أن يسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية على مستوى الفرد والجماعة، إذا وجد الاهتمام بالعمالة والمجتمع والبيئة المحيطة، وذلك من خلال وضع التشريعات وسن القوانين المنظمة للمسؤولية الاجتماعية للشركات والمستمدة من الشريعة الإسلامية، وعلى فقهاء الشريعة والقانون أن يقفوا عند علم المقاصد لإحداث نقلة نوعية في هذا المجال.

## 1.7 مناقشة النتائج والتوصيات

إنّ البدايات الأولى للمسؤولية الاجتماعية تشكّلت مع نشأة المجتمعات وتطور الحضارات؛ وقد عززت من مكانتها الديانات السماوية وهي أصل من أصول الدين الإسلامي الحنيف الذي يقوم على التعاون والتكافل والذي يهتم بالجانب الروحي والأخلاقي دون أن يهمل الجانب المادي، فهي واجب ديني وفضيلة إسلامية سبق الإسلام بها الأفكار والنظم المعاصرة، وإنّ أداءها استجابة لأمر الله عز وجل ولأمر رسوله صلى الله عليه وسلم قبل أن يكون تقليدًا أو تنفيذًا لاتفاق عالمي. وفيما يلي أهم نتائج البحث:

إنّ مظاهر المسؤولية الاجتماعية المختلفة هي ممّا ورد في التشريع الإسلامي تحت مسميات مختلفة وأحد مقاصده.

قضايا حقوق الإنسان وحياته، ليست محل نقاش وتفاوض في الإسلام.

ربط الإسلام قضايا المسؤولية الاجتماعية للشركات بالمصالح والمفاسد الناتجة عن الممارسات.

إنّ دافع قيام المسؤولية الاجتماعية ليس مجرد الاستجابة للضغوطات من المجتمع و من المنظمات غير الحكومية، إنّما هو واجب ديني متأصل في الشريعة الإسلامية، وهذا يفسر سبب ممارسات الإفصاح عن المسؤولية الاجتماعية في المجتمعات الإسلامية. ولإثراء هذا الموضوع نعرض مجموعة من التوصيات :

1 - يحتاج موضوع المسؤولية الاجتماعية للشركات إلى مزيد من الدراسة والبحث كما يحتاج إلى المناقشة للوقوف على كافة تفاصيله وآلياته وأثاره وفوائده ، لحث الشركات على القيام بمسئولياتها الاجتماعية .

- 2- يحتاج موضوع المسؤولية الاجتماعية للشركات إلى مزيد من الطرح على الساحة الدولية من أجل نشر النظرة الإسلامية و تفعيلها في واقع العمل الاجتماعي للشركات عالمياً.
- 3- مزيد من اهتمام فقهاء القانون والشريعة فيما يتعلق بالتأصيل الشرعي لمفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات .

التأكيد على أن مظاهر وصور المسؤولية الاجتماعية المتعلقة بدرء المفسد ودفع ورفع الأضرار التي تحدثها الشركات بالمستهلكين أو بالبيئة والمجتمع والعاملين وكذا تنفيذ القوانين واللوائح والتعليمات والمعايير والمقاييس والمواصفات ذات الصلة بالشركات تعد واجباً قانونياً ملزماً.

العمل على صياغة نظرية عن المسؤولية الاجتماعية للشركات تعتمد أساساً على مقاصد الشريعة الإسلامية .

## 1.8 المصادر والمراجع

### أولاً المراجع العربية

الجميل، سعدي خلف مطلب. (2014). الوقف الإسلامي ودوره في الاغاثة الانسانية. مؤتمر الاغاثة الانسانية في الاسلام والقانون الدولي الذي اقامته كلية الشريعة وكلية القانون في جامعة آل البيت في المملكة الاردنية الهاشمية في 17-18/6/2014

الريسوني، أحمد. (1995). نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ( Vol. 1): International Institute of Islamic Thought (IIIT).

عرفان، الخطيب، محمد. (2015). طبيعة الجانب القانوني في المسؤولية الاجتماعية للشركات في ضوء أحكام الميثاق العالمي لقطاع الأعمال (UNG) لعام 2000.

Albaraka, Jebrel Ismail and Ahmad Irdha Mokhtar, (2016) حركة التأليف في مقاصد الشريعة (Al-Hikmah, 8 (1). pp. 102-107. ISSN 1985--6822.

### ثانياً المراجع الاجنبية

Amssek, Paul. (1982). *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*.

Bitanga, Joan, & Bridwell, Larry. (2010). *Corporate social responsibility and the United Nations global compact*. Paper presented at the Competition Forum.

- Carroll, Archie B. (1999). Corporate social responsibility evolution of a definitional construct. *Business & society*, 38(3), 268-295 .
- Carroll, Archie B. (2004). Managing ethically with global stakeholders: A present and future challenge. *Academy of Management Perspectives*, 18(2), 114-120 .
- Déjean, Frédérique, & Gond, Jean-Pascal. (2004). La responsabilité sociétale des entreprises: enjeux stratégiques et méthodologies de recherche. *Finance Contrôle Stratégie*, 7(1), 5-31 .
- Doukakis, PI, Kapardis, KM, & Katsioloudes, M. (2005). Corporate Social Responsibility: The Way Forward? Maybe Not. A Preliminary Study in Cyprus. *Journal of European Business Review*, 17(3), 263-279 .
- Dusuki, Asyraf Wajdi. (2008). What does Islam say about corporate social responsibility. *Review of Islamic Economics*, 12(1), 5-28 .
- Elasrag, Hussein. (2012). Islamic Waqf as a tools of corporate social responsibility. *Available at SSRN 2054699* .
- Fischer, Josie. (2004). Social responsibility and ethics: clarifying the concepts. *Journal of Business Ethics*, 52(4), 381-390 .
- Frederick, William C. (1986). Toward CSR [sub3]: Why Ethical Analysis is Indispensable and Unavoidable in Corporate Affairs. *California Management Review*, 28(2) .
- Garriga, Elisabet, & Melé, Domènec. (2004). Corporate social responsibility theories: Mapping the territory. *Journal of business ethics*, 53(1-2), 51-71 .
- Hemingway, Christine A, & Maclagan, Patrick W. (2004). Managers' personal values as drivers of corporate social responsibility. *Journal of Business Ethics*, 50(1), 33-44 .
- Kahreh, Mohammad Safari, Babania, Asghar, Tive, Mohammad, & Mirmehdi, Seyed Mehdi. (2014). An examination to effects of Gender Differences on the Corporate Social Responsibility (CSR). *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 109, 664-668 .
- Lantos, Geoffrey P. (2001). The boundaries of strategic corporate social responsibility. *Journal of consumer marketing*, 18(7), 595-632 .
- Margolis, Joshua Daniel, & Walsh, James P. (2001). *People and profits?: The search for a link between a company's social and financial performance*: Psychology Press.
- Mazurkiewicz, Piotr, & Crown, Robert. (2005). Opportunities and options for governments to promote corporate social responsibility in Europe and Central Asia. Evidence from Bulgaria, Croatia and Romania. *World Bank Working Paper* .
- McWilliams, Abigail, & Siegel, Donald. (2001). Corporate social responsibility: A theory of the firm perspective. *Academy of management review*, 26(1), 117-127 .

- Moir, Lance. (2001). What do we mean by corporate social responsibility? *Corporate Governance: The international journal of business in society*, 1(2), 16-22 .
- Rosé, Jean-Jacques. (2006). Responsabilité sociale de l'entreprise. *Pour un nouveau contrat social* .
- Silberhorn, Daniel, & Warren, Richard C. (2007). Defining corporate social responsibility: A view from big companies in Germany and the UK. *European Business Review*, 19(5), 352-372 .
- van Marrewijk, Marcel .(2002) .Concepts and definitions of CSR and corporate sustainability. *European Union Draft Paper* .
- Van Marrewijk, Marcel. (2003). Concepts and definitions of CSR and corporate sustainability: Between agency and communion. *Journal of business ethics*, 44, 105-95 ,(3-2)
- Van Marrewijk, Marcel, & Werre, Marco. (2003). Multiple levels of corporate sustainability. *Journal of Business Ethics*, 44(2-3), 107-119 .
- Williamson, David, Lynch-Wood, Gary, & Ramsay, John. (2006). Drivers of environmental behaviour in manufacturing SMEs and the implications for CSR. *Journal of Business Ethics*, 67(3), 317-330 .

## إشكالية تناقل السلطة السياسية في نظام الحكم

Bouda Mohamed

أستاذ محاضر صنف أ

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، الجزائر

bouda.mohamed@univ-oran2.dz

### الملخص :

تستهدف دراسة إشكالية نقل السلطة وتناقلها في نظم الحكم إلى تسليط الضوء على الجوانب الشرعية لعلاج أزمة الاستخلاف في منصب رئاسة الدولة من خلال تناول آلية التناوب على السلطة في الواقع السياسي في ظل الحلول الشرعية الواردة في الفقه السياسي الشرعي والمعاصر بمقتضى تجارب النظم القانونية في التاريخ السياسي، وهذا باستعراض الدراسة في محاور منها:

**أولاً:** دراسة إشكالية القبض على السلطة السياسية وتناقلها من خلال نظرية الاستخلاف في الرئاسة شرعا وضوابطها.

**ثانياً:** استعراض آلية الاستخلاف في التاريخ السياسي وموقف النص من الأزمة السياسية التي تتولد عن حالة رفض نقل السلطة من الهيئة المنتهية ولايتها إلى تلك المنتخبة أو التي وقع الاختيار عليها من الإرادة العامة، لنتهي إلى استخلاص جملة من النتائج تخص أهمية تنظيم عملية انتقال السلطة وفق قواعد شرعية أو قانونية ثابتة تسهم في تكريس التداول السلمي والاستقرار السياسي.

**كلمات مفتاحية:** الاستخلاف، التناوب، الاستقرار السياسي، الانتقال الديمقراطي، مراسيم نقل السلطة، الأزمة السياسية.

### المقدمة

مما لا شك فيه أن حياة النظم القانونية واستمراريتها قد تتوقف أحيانا على محطات تشكل منعرجا حاسما لتثبيت أركانها أو على العكس من ذلك قد تشكل نفس تلك المحطات بداية أزمة تهدد وجودها واستقرارها الدائم.

إن الدراسة الأكاديمية لموضوع إشكالية تناقل السلطة السياسية في نظام الحكم تتناول بالتحليل وضعيتين متناقضتين في المنطلق والموضوع والإجراء، إذ حل الإشكالية يكمن في إقرار واقع التكيف مع متغيرات مصاحبة لطبيعة وحركية السلطة على الدوام، وما يترتب عنها من إفرازات تدفع إلى التفاؤل حول مستقبل السلطة والدولة معا، أو على النقيض من ذلك الإسهام في تهيئة حالة من التشاؤم في الحالة



العكسية عند رفض واقع الحركية الطبيعية للأشياء حال التمسك غير المبرر بالسلطة ورفض تسليمها ونقلها، تصرف يعد بمثابة تقويض للسلم العام بافتعال متعمد لتأزيم الأوضاع وإحكام انسدادها.

إن كانت السلطة جزء من الظواهر السياسية المتغيرة فإن الإحاطة القانونية بها ليست بالمهمة السهلة، بالأخص إذا كانت تهدف إلى تأصيل فكرة النظام والعدالة والاستقرار بما يتماشى وطموح الجماعة البشرية لاصطبغ العلاقات الإنسانية بطابع العنف والتطور وتمتع الحكام بصلاحيات واسعة تحول دون تطبيق الأحكام والقواعد السائدة<sup>1</sup>.

هذا العنف خاصية من طبيعة البشر قد يتواجد حتى في الأنظمة المستقرة رغم مستوى الوعي الذي تكون قد وصلت إليه، عنف تضاعفت وتعقدت أسبابه تحت ستار حماية الاختيارات والنظام العام بشتى مدلولاته والوحدة الوطنية بقصد الالتفاف على الإرادة العامة والحفاظ على السلطة<sup>2</sup>. إن كانت عملية نقل السلطة في التاريخ السياسي الإسلامي تمت بأسلوب سلس قائم على المبايعة والشورى، مما شكل سابقة في التاريخ السياسي لأنظمة الحكم ككل، والتي كانت حينها والى وقت قريب تحتكم إلى القوة والغلبة على صورة أنظمة العالم الثالث الحالية، وهي حالة مغايرة وغير مألوفة تتسم بتشنج العلاقات وتأزم الأوضاع تحول دون استقرارها الطبيعي بسبب عدم مراعاة الترتيبات المحددة سلفاً في أحكام الدساتير ونصوصها.

بهذا كانت عملية اختيار الموضوع بتلك الأهمية والخصوصية التي ترصد واقع قائم ينم عن وضع قائم يفتقد البناء الهندسي المتين، مقابل البحث عن الحلول المناسبة استقاء من الموروث الفقهي الإسلامي الذي يزخر بتفرد بأدبيات القبض على السلطة وممارستها في صورة إرساء ضوابط الاستخلاف شرعاً .

إن من ضمن الأهداف المتوخاة من وراء هذه الدراسة عرض حالة السلطة القائمة أثناء الأوضاع السياسية الحرجة وموقفها من النصوص الموجودة والأعراف السائدة حفاظاً على النظام السياسي ككل عن طريق آليات شرعية وقانونية تضمن الانتقال الآمن للسلطة.

لهذا تمحورت الإشكالية حول طرح جملة من التساؤلات منها:

ماهي القواعد التي تحكم مواقف السلطة السياسية عند انتهاء ولايتها، وما هي الحلول الشرعية والقانونية والإجرائية حال تأزم الأوضاع خلال فترة الانتقال السياسي بنقل الاختصاص من الهيئة المنتهية ولايتها إلى تلك المنتخبة أو المكلفة بضمان حالة الاستخلاف؟

تساؤلات الانتقال السياسي تقتضي الإجابة عنها ضرورة إعادة النظر في التسليم الحاصل بفكرة الإجماع على شخص بعينه وتوابعها المتمثلة في الانكفاء على المحيط الضيق أثناء الممارسة، نفس الفكرة قد تفرز

<sup>1</sup> أندري أوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، مترجم إلى اللغة العربية 1977، ص 28.

<sup>2</sup> سعيد بوشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 12، ص 22.

التفرد بالسلطة واحتكارها بالاستبداد والإقصاء وسوء توظيفها بالتمديد بدلا عن الاكتفاء بوضع حدود لها والخضوع لمبدأ التداول السلمي.

تكريس هذا المبدأ الأخير يفضي دون أدنى شك إلى استبعاد تنازعيه المنصب في ظل التوافق على أرضية تتضمن ميثاق أخلاق السلطة ونقلها من يد إلى أخرى، أو من هيئة إلى تلك التي تستحقها سواء انتخابا أو اختيارا في جو من ثقافة الاختلاف السياسي وأبعادها في تقبل الآخر فكرا وممارسة.

استطلاع محاور الدراسة تطلب الاستعانة بمنهج بحثي تحليلي يتقيد بمعطيات الواقع السياسي، وهذا بالتزامن مع المنهج التاريخي و المقارن بقصد إظهار نجاعة النصوص الشرعية والوضعية في كل من القانون الدستوري والإداري عند طرح الحلول المناسبة للخروج من الأزمة والحد من نتائجها. لأجل كل ذلك وبغية الإجابة على إشكالية البحث المطروحة وتحقيق أهدافه، فقد تم تقسيم الدراسة وفقاً للمنهجية المتبعة إلى محورين أساسين يكمل فيها الواحد الآخر بتناول أسس الحكم وتناقل السلطة عند الاستخلاف بطريقة تحد من مآلات الأزمة السياسية التي هي في الأصل أزمة شرعية ودستورية تعود إلى الإخلال بالقواعد التي تنظم استمرارية فعل السلطة، تقسيم انتظم على النحو التالي:

أولاً: إشكالية القبض على السلطة السياسية وتناقلها بدراسة نظرية الرئاسة شرعا.

ثانياً: آلية الاستخلاف في التاريخ السياسي وموقف القواعد الشرعية في تنظيم عملية الانتقال التي تجنب الوقوع في أزمة الاستخلاف التي هي أزمة سياسية تنعكس آثارها على نظام الحكم بأكمله، بل تهدد الدولة في وجودها، استقرارها واستمراريتها.

### المبحث الأول: مبدأ تناقل السلطة السياسية في الإسلام :

يعد المنطق الشرعي منطلق أساسي في تحديد حال السلطة السياسية باعتبارها مؤسسة قائمة على حماية الشأن العام تستند في ممارستها إلى دعائم شرعية وإجرائية تمثل آلية حل للأزمات التي قد تعترض سبيل استقرار واستمرارية النظم السياسية السائدة.

### الفرع الأول: المقصود بتناقل السلطة:

جاء في معجم لسان العرب أن النقل بمثابة تحويل الشيء من موضع الى موضع، نقله ينقله نقلا فانقل والتنقل التحول، يقال تناقل القوم الكلام بينهم أي تنازعه، والنقل بمعنى المجادلة<sup>1</sup>.

إن مفهوم تناقل السلطة يرتبط بمفهوم آخر يتعلق بالقبض على السلطة السياسية في نظام الحكم الإسلامي وتعاقبها سلميا. يقصد قانونا باصطلاح نقل السلطة التناوب الذي تتناقل فيه الأدوار السياسية في إطار احترام المؤسسات، إذ بموجبه تصل باقي الأطراف أو أحزاب المعارضة أو قسم منها إلى السلطة السياسية،

<sup>1</sup> العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري: لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ب ت، القاهرة، ج السادس، 6، ص 4529.

وتدخل الأطراف أو الأحزاب التي كانت في الحكم أو قسم منها في المعارضة. لكن التناوب لا يتحقق إلا في المجتمعات التعددية التي تقبل بإجراء انتخابات عامة وحررة بتوافر ثلاثة شروط:  
أ- حد أدنى من المرافقة بين القوى السياسية حول سير عمل المؤسسات الضامنة لاستمرارية مؤسسات الدولة.

ب- وجود ممارسة موازية كافية قد تأخذ وصف الحزبية من قوى سياسية متنافسة.

ج- وجود ضمانات إجرائية في العملية الانتخابية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : مفهوم السلطة السياسية في الإسلام:

قبل التطرق إلى مفهوم السلطة السياسية في الإسلام نأتي على استطلاع معنى السلطة لغة كما ورد في معجم لسان العرب من مصدر سبط ، السلاطة أي القهر، يقال قد سلطه الله فتسلط عليهم، والاسم سلطة بضم السين، والسليط طويل اللسان، والسلطان الحجة والبرهان، ولذلك قيل للأمرء سلاطين لأنه بهم تقام الحجة والحقوق. يقول تعالى: وما كان لهم عليه من سلطان. وقوله تعالى: بسطان مبين. أي ما كان له عليهم من حجة، والسلطان الوالي وقدرة الملك، أو من جعل له ذلك وان لم يكن ملكا بالقول قد جعلت له سلطانا بأخذ حقي من فلان. وقال الأزهري السلاطة بمعنى الحدة<sup>2</sup>.

أما اصطلاحا يجد التعبير مصدره من الكلمة اللاتينية potestas تعني أهلية أو ولاية التصرف، وقد أشار البعض إلى تعقيداتها لكونها تقدم مظهرين : بأنها ضرورة اجتماعية أولا، كما أنها خطر اجتماعي ثانيا، سلطة تعد وليدة ضرورة التحكيم بين قوى اجتماعية غير متساوية، تستخدم اللامساواة لتعزز، ويقدر ما تستند إلى اللامساواة الاجتماعية وتؤمن امتيازات لحائزيها فإنها تكون موضوع رفض لأنها تسوغ اللامساواة وترعاها<sup>3</sup>.

سلطة بطابعها السياسي تعتبر ركن جوهرية في قيام الدولة لكونها عنصر مميز لها عن غيرها من التجمعات، تمارس اختصاصاتها وسيادتها على جميع الأفراد الموجودين فوق إقليمها، إلا استثناء وفق قواعد القانون الدولي. وقد عرف البعض الدولة بالسلطة، مع أن هذا الرأي منتقد لأن السلطة ظهرت قبل ظهور الدولة، وتطورت مع تطور المجتمعات البشرية بتشخيص السلطة في ارتباطها بسلطة الحاكم إلى أن انفصلت عنه وأخذت طابعا مؤسساتيا بوجود الدولة، فضلا على أنها أشمل من هذا التنظيم، إلى حد قول البعض بأن قانون الدولة هو نفسه قانون السلطة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Yves.Meny, Olivier. Duhamel: Dictionnaire Constitutionnel, PUF,1991,1 éd 1996,P350.

<sup>2</sup> ابن منظور، مرجع سابق، ص 2065.

<sup>3</sup> Yves Meny, Olivier Duhamel: op.cit,p 711.

<sup>4</sup> لا بد في هذا الصدد من التمييز بين السلطة L'autorité والتي ظهرت في كافة التنظيمات بمجرد تمكن شخص أو مجموعة أفراد من فرض إرادتهم في مواجهة الغير بازدواج العلاقة بين الأمر والطاعة، أي الاختلاف بين الأمرين والخاضعين. لكن الأمور لا تأخذ بهذه البساطة لأنه لا يمكن ممارسة الحكم بصفة مطلقة، بل المسألة نسبية حسب الأوقات والظروف والوضعيات، إذ السلطة تكون قوية في المسائل العسكرية

أما السلطة السياسية الحاكمة في الإسلام تنعكس غالباً في الدور المنوط بالخليفة في ظل مؤسسة شرعية تحتكر فعل الأمر والنهي تأخذ مسمى الخلافة أو الإمامة أو الرياسة بسند من النص الشرعي، وإن كانت أسس التشريع في الإسلام قد تقررت في عهد الرسول (ص) فإن الصورة الكاملة لنظام الحكم والسلطة ببعدها السياسي لم تكتمل إلا عقب وفاته، لهذا تنظيم السلطة التنفيذية في حقيقته تولد عن اجتهاد المسلمين على نحو ما ذكره ابن المقفع في وصف الابتعاد عن روح الإسلام بقوله أن العرب حكموا على غير مثال مثل لهم.

ولم يختلف فقهاء المسلمين في أمر قدر اختلافهم حول الخلافة لأنه كان أول تصدع في بناء الدولة، وكاد يودي بها في مهدها لولا حزم عمر وحكمة أبي بكر رضي الله عنهما، وإن كان استشهاد ثالث الخلفاء الراشدين بسبب الاختلاف حول منصب الخلافة<sup>1</sup>.

بيعة الخلفاء الراشدين لم تتم ببسط اليد بالقوة، إنما حدثت بسجلات ومحاورات طويلة حرة بين المهاجرين والأنصار أدلى فيها كل بدلوه في المسألة، طريقة تتم عن رقي العلاقات في مواجهة المسائل السياسية<sup>2</sup>. وقد أشار الفقيه الماوردي في كتاباته إلى وجود نقص بالغ في البحوث المهمة بالفكر السياسي الإسلامي وبالمؤسسات العامة التي أسس لها الإسلام وكان سابقاً في ذلك، وأبرز ما في هذا الجانب التأسيس لنظرية

---

التي تفترض الانضباط والصرامة أكثر مما تظهر في المسائل الإدارية لتتضاءل في المسائل التي تتمتع بحرية فكرية أوسع. الثابت أن السلطة مرتبطة بالثقة والإكراه، وهما أمران يتفاوتان من جماعة إلى أخرى، مثلاً الإكراه يمارس بأساليب ووسائل مختلفة.

أما الدلالة الثانية فهي السلطة السياسية تحت مسمى *Le pouvoir*، تعبير عن القدرة على التوقع والدفع والقرار والتنسيق لقيادة البلد، وما لا شك فيه أن السلطة بالمعنى الثاني لا تختلف عن المعنى الأول لقيامها بدورها على الأمر والطاعة بما يتماشى والقانون والصالح العام، لأن السلطة المعاصرة لم تعد قاصرة على حماية مصالح الحاكم وحاشيته عن طريق القوة، بل أصبحت تقوم على رضا وقبول المحكومين، وهدفها أسمى يقصد تحقيق العدل والمساواة. هذا مقابل استعمال تعبير السلطات العامة *Les pouvoirs publics* بشكل مألوف مع أنه غير محدد، والذي يدل بالمعنى الواسع على مجموعة أجهزة الدولة التي بإمكانها اتخاذ القرار السياسي. سلطة غير محددة في الدساتير وهي لا تظهر إلا في قراءة ما بين سطور النصوص والتي تهدف مع ذلك إلى تنظيمها. عن :

Yves Meny, Olivier.Duhamel: op.cit,p711;

سعيد بوشعير : مرجع سابق، ص 71.

<sup>1</sup> الدكتور سليمان محمد الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية والمعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة 1979، دار الفكر العربي، ص 348 .

<sup>2</sup> أما ما حدث لاحقاً في أغلب عهد بنو العباس وبنو أمية يقول فيه العلامة سيد قطب رحمه الله فلما جاء بنو أمية وصارت الخلافة ملكاً عضوداً فيهم بالوراثة، لم يكن ذلك من روح الإسلام، إنما كان من حق الجاهلية الذي أطفأ إشراقه الروح الإسلامي.

الخلافة أو الرياسة بمنظور إسلامي<sup>1</sup>. والأستاذ ع. السنهوري يستشهد قطعا بوجود قانون عام وقانون دستوري في الفقه الإسلامي<sup>2</sup>.

### أولاً: أهمية مؤسسة الرياسة في الحياة السياسية:

تؤدي المؤسسات السياسية الحاكمة أي كان على رأسها وتحت أي مسمى آخر دور هام في استمرارية الحياة وحل المسائل، والحكومة نفسها تقوم ويستمر عملها بوجود رأس الدولة .

### ثانياً: أسانيد الرئاسة في النظام السياسي:

أهمية السلطة في النظام القانوني توازيها في الأهمية ضرورة تواجد رأس السلطة بأسانيد عقلية وأخرى شرعية ليدبر شؤون الدولة ويقوم بتأدية مهامها .

### أ- السند الشرعي في ممارسة الرياسة:

لما كان النص مصدر شرعية التصرفات فقد ذكر الفقهاء بأن الإمامة تجب بالشرع لأن الإمام يقوم بأمر شرعية بتفويض الأمور إلى ولي الأفراد في الدين لقوله تعالى: يا أيها الدين أمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم<sup>3</sup>.

ولقد جاء في الحديث الشريف: سيليكم بعدي ولاة، فيليكم البر ببه، ويليكم الفاجر بفجوره ، فاسمعوا لهم وأطيعوا في كل ما وافق الحق، فان أحسنوا فلكم ولهم، وان أساءوا فلكم وعليهم.

### ب- السند العقلي في ممارسة الرياسة:

<sup>1</sup> من الدراسات التي أظهرت اهتمام الغرب قيام عدد من المستشرقين المهتمين بدراسة الفكر السياسي الإسلامي ومؤسسته بإعادة طرح كتب الماوردي من بعض الكتاب على سبيل المثال الأستاذ أنغر الذي نشر ديوان الأحكام السلطانية سنة 1853 ، كما قام المؤلف عند إقامته في الجزائر بنشر ترجمة باللغة الفرنسية سنة 1915 .

كتابات كانت بعيدة عن الواقع الذي نشأت وطرحت فيه الأفكار، بل كانت تذهب في البداية عند المستشرقين إلى إصدار أحكام مسبقة بأن كتابات الماوردي كانت نظرية وبعيدة عن الواقع وتم تناولها بشكل عام دون تفصيل والاجترار فكريا وعملا، وبأنها كانت نظريات مثالية للدولة الإسلامية منفصلة عن الواقع المعاش، كما جاء في كتابات بروكلمان، سوفاجيه، إلى أن تدارك المتأخرون حقيقة ما جاءت به من أفكار من مثال السير هاملتون جب في مقال عام 1937 عرض فيه فاعلية نظرية الماوردي السياسية والعملية والسياق الذي عاش فيه وتأثر به روزنتال سنة 1958، وكتابات جورج مقدسي سنة 1962 في دراسته عن ابن مقبل ( سنة 513 هجرية) ذكرا بأن العلامة الماوردي لا يمكن تناول كتاباته وفهمها إلا في سياق عصره، إذ أن حديثه عن إمارة الاستيلاء لا يمكن أن يجتزأ، بل يدرج ضمن مساعيه للتصدي لتسلط البويهيين على الخلافة السنية.

كما يشار في هذا الصدد إلى عديد المصطلحات المتداولة في عصرنا، وان ضمن البعض أنها من ابتكارات علم السياسة الحديث منها على سبيل المثال لا الحصر بعد التحقيق اصطلاح التداول على السلطة بدلالاته السياسية والذي أشار إليه العلامة ابن خلدون بنفسه وان ورد في كتابه بتقرير استقرار الملك الحاصل في نفس المنبت واحدا بعد واحد والانفراد به، لينتج التغلب على المنصب من القائمين على الدولة عند تولية الصبي أو العاجز أو الضعيف إلى أن يحجب باستبداد الكافل من الوزراء أو الحاشية. عن ابن خلدون المقدمة، ص، 146، 161.

<sup>2</sup> ع.أ. السنهوري: فقه الخلافة فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، منشورات الحلبي الحقوقية، مؤسسة الحلبي، الطبعة الرابعة 2000، ص 60.

<sup>3</sup> سورة النساء، آية 59.

استكمالاً للسند الأول يقول البعض أن الرئاسة تجب كذلك بالعقل لما في طباع الأفراد من التسليم لقائد يمنعهم من النظام ويفصل بينهم عند التنازع والتخاصم، ولولا الولاة لأصبحوا فوضى مهملين وهمجا مضاعين<sup>1</sup>.

ولقد ذكر الفقيه الماوردي بأن الخلافة أو الإمامة إنما جعلت لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا، وانعقاد الإمامة لمن يقوم بها في الأمة واجب بالإجماع<sup>2</sup>.

وتعني الإمامة الخلافة، وهما مصطلحان مترادفان، إلا أن الخلافة أسبق والإمامة أكثر ما يتردد عند الشيعة، لكن المعنى يكاد يكون واحداً، وفي اصطلاحاتنا الحديثة الرياسة سياسة الأمة في الشؤون العامة وفي أمور الدين والدنيا، كما قال الفقيه سعد الدين التفتازاني، أو هي خلافة الرسول(ص) في حفظ الدين وحماية حوزة الملة يجب أتباعه على كافة الأمة، كما قال بذلك الفقيه عضد الدين الإيجي في شرح المواقف. فان كانت الأسانيد موجودة في قيام الخلافة فان فقه السياسة الشرعية أوجب قيامها ووضع لها ضوابط تنظم سيرها.

### ج- حكم وجوبية الاستخلاف شرعاً وضوابطه:

الخلافة في الاصطلاح هي رئاسة الدولة الإسلامية، وقد وجدت لها معاني كثيرة اختلفت في الألفاظ واتفقت في المضمون، وذكر كثير من العلماء والفقهاء بأنه يقصد بها رئاسة عامة في أمور الدين والدنيا، وبأنها كما جاء على لسان كل من الفقيه الماوردي وابن خلدون خلافة الرسول في إقامة الدين وحفظ حوزة الملة بحيث يجب إتباع الخليفة على الأمة كافة<sup>3</sup>.

خلافة تجد مصدرها في النص الشرعي وتتم بواسطة إجراء بدوره شرعي يتمثل في البيعة بالفتح، وهي عبارة تدل على المعاهدة والمعاهدة والتولية وعقدتها كأن كل واحد باع ماعنده من صاحبه وأعطاه المباع خالصة نفسه وطاعته مصداقاً لقوله تعالى: الذين يبايعونك إنما يبايعون الله<sup>4</sup>. وجاء في الحديث ألا تبايعوني على الإسلام. وجاء في قول العلماء أن الناس كانوا يبايعون رسول الله تارة على الهجرة والجهاد، وتارة أخرى على إقامة أركان الإسلام والحرص على الطاعات<sup>5</sup>. ليرد بعد وفاته(ص) الاستخلاف الذي له علله

<sup>1</sup> ذكر الشاعر الجاهلي الأودي قديماً في قصيدة له :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة لهم إذا جهالهم سادوا.

<sup>2</sup> أبو الحسن بن محمد ابن حبيب الماوردي 450 هجري-1058 ميلادي: قوانين الوزارة وسياسة الملك، تحقيق الدكتور رضوان السيد، دار الطليعة للنشر بيروت، الطبعة الأولى 1979، ص 15.

<sup>3</sup> ظافر القاسمي : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية، دار النفائس، بيروت 1974، ص 119 .

<sup>4</sup> سورة الفتح الآية 10.

<sup>5</sup> المفتي السيد محمد عميم الإحسان: التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت ط الأولى 2002 ص 49.

وأدلته ولنا في موقف الصحابة ما يثبت استدلالهم قياسا في اختيار أبي بكر الصديق (ض) باستخلافه في الصلاة على استخلافه في السياسة في قولهم ارتضاه رسول الله (ص) لدينا أفلا نرضاه لدينا<sup>1</sup>؟  
بذلك فان حقيقة منصب الخلافة نيابة عن صاحب الشريعة في حفظ الدين وسياسة الدنيا، القائم به إماما تشبيها بإمام الصلاة في الاقتداء به، لهذا يقال الإمامة الكبرى، وأما تسميته خليفة لكونه يخلف النبي في أمته. وجاء في قول العلامة ابن خلدون أن الاستخلاف إنما هو في حق الغائب وأما الحاضر فلا، وان نصب الإمام واجب قد عرف وجوبه في الشرع بإجماع الصحابة والتابعين، لأن أصحاب رسول الله (ص) بادروا الى بيعته أبي بكر (ض) وتسليم النظر اليه في أمورهم، وكذا في كل عصر ولم تترك الناس فوضى واستقر ذلك إجماعا دالا على وجوب نصب الإمام<sup>2</sup>.

### 1- حكم و وجوب الخلافة شرعا:

حكم ثبوت وجوب حكم الخلافة يجعلها فرض كفاية كطلب العلم والجهاد اذا قام بها من هو من أهلها سقط فرضها على الكفاية ، وإذا لم يتم بها أحد خرج من الناس فريقان ولكل منهما شروطه المتبعة فيه:

أولهما : أهل الاختيار لاختيار الخليفة وامام الأمة .

ثانيهما: أهل الإمامة حتى ينتصب أحدهم للإمامة وجوبا كما حدث في عهد النبي والخلفاء الراشدين من بعده.

### 2- ضوابط منصب الاستخلاف شرعا:

تتعقد الإمامة بضوابط تتعلق أساسا بالمنصب نستعرضها قبل التطرق بالشروط المتصلة بشخص الخليفة. يتمثل الضابط الأول في اختيار أهل الاختيار أو الحل والعقد، أما الضابط الثاني يقول البعض بعهد الإمام من قبل، لكن لا قيمة لعهد الإمام لأحد من بعده بتولي المنصب ما لم تتم التزكية من أغلبية الأمة لهذا الاختيار بالترشيح وتبايعه على ذلك.

ذلك أن اختيار الحاكم في الإسلام حق من حقوق الأمة، فلا ينبغي لها أن تفرط فيه أو تتنازل عنه، عملا بقوله(ص) : عليكم بسنتي وسنة الخلفاء المهديين من بعدي.

أما عن أهل الحل والعقد يعرفهم الإمام النووي بأنهم العلماء، بينما يرى الإمام البغدادي بأنهم أهل الاجتهاد. وقال البعض بأن الإمامة لا تعقد إلا بجمهور أهل الحل والعقد في البلد ليكون الرضاء به عاما والتسليم لإمامته إجماعا. وقد تم إرساء مبدأ التولية في عهد النبي(ص) من خلال بيعته العقبه الصغرى ثم الكبرى ،

<sup>1</sup> ابن خلدون: المقدمة، ص 174.

<sup>2</sup> نفس المرجع ص 151.

وقد دعى النبي مخاطبا الأنصار: أخرجوا إلي منكم اثني عشر نقيبا ليكونوا على قومهم بما فيهم، ثم جاءت بيعة العقبة الثانية.

على نفس المنوال ذكر الفقيه عبد الرزاق السنهوري في كتاب فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية في باب أساس الخلافة ص 59 : يرى أهل السنة والمعتزلة أن الخلافة تجب شرعا لكنهما يختلفان حول أساس هذا الوجوب، فأهل السنة يرون أن أساس هذا وجوب الخلافة الإجماع، أما المعتزلة يرون سند الوجوب شرعي وعقلي في آن واحد. وجاء على لسانه بأن رشيد رضا ذكر في كتاب الخلافة بأن الإمامة إنما هي خلافة عن النبي (ص). بذلك يتوجب على الأمة قطعا أن تختار من تنيطه تطبيق أحكام وحدود شرع الله بين الناس في الأرض وإمضاء أحكامه، بل أنه تطبيقا للمبدأ الشرعي ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب فقد توجب إقامة الخليفة والخلافة لوجوب إقامة الشريعة ذاتها<sup>1</sup>.

خلافة أخذت في بعض الأنظمة في فترات من الزمن وصف الملك، ولأنها اجتماع ضروري للبشر برر بها البعض مقتضى التغلب والقهر واللدان هما من آثار الغضب والحيوانية، ليزيد بأن أحكام صاحبه في الغالب جائزة ومجحفة بمن تحت يده من الخلق لحملة إياهم على ما ليس في طاقتهم من أغراضه وشهواته<sup>2</sup>.

### ثالثا: شروط الاستخلاف ومهامه:

إن السياسة عند المسلمين، وبالأخص في الفقه الشرعي لا تتعد عن مقاصد الخير، كما جاء على لسان ابن خلدون بأن الإنسان أقرب إلى خلال الخير منه إلى خلال الشر بأصل فطرته، والملك والسياسة إنما كانا له من حيث هو إنسان لأنهما للإنسان خاصة لا للحيوان، فإذا خلال الخير فيه هي التي تناسب السياسة والملك، إذ الخير هو المناسب للسياسة، ولأن بفضل خلافة الخليفة الشرعي الذي تجتمع على كلمته الأمة باجتماع شروط الخلافة فيه تحفظ الأصول الخمسة الكبرى: الدين، النفس، العقل، النسل، المال<sup>3</sup>.

ولعل ما يثبت وجوب إصلاح الجماعة بالسياسة هي شروط العلم والعدالة المقررة شرعا في الاستخلاف، كما أنها شروط لا يمكن أن تكون في غير أهل أو ظالم، وهي ثابتة بأدلة شرعية وعقلية أقرها علماء الأمة وعلى رأسهم العلامة الماوردي<sup>4</sup>، عكس ما تدعيه كتابات الغرب من أن السياسة شر والغاية فيها تبرر الوسيلة على حساب الفضيلة والأخلاق.

<sup>1</sup> عبد القادر عودة : الإسلام وأوضاعنا السياسية، مكتبة نور الاسلام، دون تاريخ، ص 109.

<sup>2</sup> ابن خلدون، نفس المرجع ص 149.

<sup>3</sup> نفس المرجع ص. ص 112، 230.

<sup>4</sup> لخص العلامة الماوردي شروط تولي الخلافة في مسائل سبعة:



الشروط المذكورة والمقررة للمنصب تتوافق مع دور القائم بالاستخلاف المحوري في الحياة الدينية والسياسية لأفراد المجتمع والمهام المكلف بأدائها<sup>1</sup>.

أولا: العدالة: استقامة سيرة المرشح لمنصب رأس الدولة توجب العدالة بأن لا يكون الظالم والفاجر والغادر أهلا للخلافة، والأولى أن لا يكون أهلا في الاستخلاف. ودليل ذلك عندما سأل النبي إبراهيم الله تعالى أن يجعل الإمامة في ذريته رد عليه الله تعالى: لا ينال عهدي الظالمين. آية 164 سورة البقرة.

ثانيا: العلم المؤدي إلى الاجتهاد في الأحكام من النوازل، يستلزم عند أغلبية الفقهاء أن يكون الخليفة على درجة كبيرة من العلم، فلا يكفي أن يكون عالما، بل يجب أن يبلغ مرتبة الاجتهاد في الأصول والفروع على السواء ليكون قادرا على تنفيذ قواعد الشرع، وبالتالي ما يجب في الخليفة بتوجب بشكل أولى خلفه عند الاستخلاف.

ثالثا: سلامة الحواس من السمع، البصر، الكلام، ليصح معها مباشرة ما يدرك بها. وقد فرق ابن خلدون بين العيوب الجسمية المطلقة التي تمنع الخليفة من أداء وظيفته من الإصابة بالعمى والخرس والصمم والعجز عن الحركة لانقطاع اليدين أو الرجلين عن أداء وظيفتهما. أما إن كان العجز جزئيا كأن يكون العمى بإحدى العينين أو الصمم بإحدى الأذنين فإن المرشح يكون أهلا للخلافة، وأهلية الخلافة بصحة الحواس أوجب ما تكون عند بدأ مباشرة الخلافة عنها أثناء ممارستها حتى لا يقع استخلاف العاجز قبل أن يستقوي بالسلطة على أهل الاختيار.

رابعا: سلامة الأعضاء من نقص يمنع عن استيفاء الحركة وسرعة النهوض.

خامسا: راحة الرأي المفضي إلى سياسة الرعية ورعاية المصالح.

سادسا: الشجاعة والنجدة المفضية إلى حماية البيضة ومواجهة العدو.

سابعا: أما في الأخير تناقش مسألة النسب ومدى تطابقها أو تعارضها مع رسالة الإسلام، إذ النسب القرشي المستند عليه في الحجة المنسوبة إلى الخليفة أبي بكر الصديق (ض) باحتجائه يوم السقيفة على الأنصار لما بايعوا سعد بن عباد للخلافة بالقول المنسوب إلى النبي (ص): الأئمة من قريش. وفي قوله (ص) قدموا قريشا ولا تقدموها. ليقنعوا عن التفرد بها ويرضوا بالمشاركة حينما قالوا منا أمير ومنكم أمير تصديقا لخبره ورضوا بقوله منا الأمراء ومنكم الوزراء.

هذه الرواية تستحق البحث والتحقيق لعديد الأدلة في تقديم النبي، وفي تعيين أمراء الجيش من خارج قريش، وفي تعيين السبعة وبعضهم من الأنصار، في الوقت الذي ناصر فيه الأنصار النبي فقد ناصب زعماء قريش النبي والرسالة العدا إلى أن عفى عنهم (ص) بعد فتح مكة. شرط انقسمت فيه المواقف إلى رأيين:

-الرأي الأول الذي يجزم بالنسب القرشي يقول بالخلافة و الاستخلاف في آن واحد لمن كان من درية قريش حصرا التي تنتسب إلى جدّها الأول النظر بن كنانة الملقب بقريش، قبيلة كان لها نفوذ كبير في الجاهلية بين العرب دينيا وأديبا، وقد كان الخلفاء الراشدون ومن بعدهم العباسيون والأمويون من قريش. وطبقا لمذهب أهل السنة لا نزاع في وجوب توافر هذا الشرط لأنه لازما بالإجماع تقريبا، إلا أن بعض فقهاء السنة فضلا على علماء المعتزلة والخوارج يميلون إلى إلغاء هذا الشرط.

-الرأي الثاني يقول بوجود الخلافة في كل مسلم ولو لم يكن قريشا استنادا إلى قول النبي (ص) : اسمعوا وأطيعوا ولو ولي عليكم عبد حبشي. بل أن ضرار بن عمرو الغطفاني وهو من كبار فقهاء المعتزلة يرى بأن يفضل الزنجي على القرشي إذا كان لهما في درجة واحدة من الأهلية، لأنه يسهل عزل الزنجي إن خرج عن واجباته كخليفة. عن: الماوردي، ص 19 وما يليها؛ السنهوري : فقه الخلافة، ص 96، سليمان محمد الظماوي: السلطات الثلاث، ص 378، ص 384.

<sup>1</sup> يلزم الخليفة القيام بمهام ومسؤوليات الأمور العامة في مسائل منها:

أولا: حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة، حرصا على هذا الدين من الخلل وعلى الأمة من الزلل.

ثانيا: تنفيذ الأحكام بين المتنازعين حتى لا يتعدى ظالم ولا يضعف مظلوم.

ثالثا: إقامة الحدود لتصان محارم الله عن الانتهاك وتحفظ حقوق العباد من الإتيان.

رابعا: تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة.

خامسا: جباية الفبيء والصدقات كما أوجبه الشرع من غير خوف ولا عسف.

## المبحث الثاني: عواقب رفض تناقل السلطة السياسية في النص وخارجه:

أبانت الممارسة على حدوث خروقات لقواعد تسليم السلطة ونقلها بكيفيتين تتحdan في الهدف وتختلفان في السند، الكيفية الأولى تسجل الاستعانة بالنصوص بتوافق ظاهري معها ومخالفة لروح القواعد وغايتها لغرض الاستحواذ على السلطة بغير وجه حق.

أما الكيفية الثانية تسجل انتهاك صارخ يتناقض فيه السلوك السياسي السلطوي مع القواعد المنصوص عليها صراحة برفض التنازل عن السلطة بتوظيف القوة المادية التي تفتقد الى الشرعية .

### الفرع الأول: آلية نقل السلطة في الإسلام :

إن استطلاع ما جاء في الكتاب والسنة والممارسات التي كانت سائدة وتلك القائمة وكتابات الأقدمين من الماوري إلى ابن خلدون إلى المحدثين حول الإمامة والخلافة ومقاصدها أبان عن التأسيس لنظرية القبض على السلطة، أو بتعبير آخر تنظيم محكم لمسألة التمكين السياسي بالاستخلاف من خلال الإمامة مقارنة بالرياسة مع ضرورة مراعاة الصلة، بل والفصل أيضا بين البيعة والانتخاب، الشورى والاستشارة إلى حد مناقشة بواعث التوريث وضوابطه.

دراسة ذلك التنظيم في ارتباطه بالواقع ومعطياته يتبين منه تواجد قواعد شرعية تضمنت آليات أسست لانتقال هادئ للسلطة تجنب الصراع والعنف السياسي بإقرار مبدأ البيعة والشورى في أزمنة كانت التولية في منصب الرئاسة استبداد ومثار حروب طاحنة.

السلطة قد تنتقل بأسلوب سلس سلمي بالمبايعة، والبيعة في الشريعة عهد على الطاعة بالتسلم في الأمر دون منازعة مع الطاعة في المنشط والمكروه، بيعة تتم مصافحة بالأيدي تأكيدا للعهد فأشبه ذلك فعل البائع والمشتري. لكن تطبيقات الواقع ابتعدت عن المبدأ وأوجدت مواقف متعارضين أولها انتقال هادئ سلمي، والأخر عنيف قائم على الاستماتة في السلطة تارة والاستزائة تارة أخرى بتطويع السلطة من يد حاكم ملك إلى آخر بعيدا عن آلية البيعة والشورى المقررة شرعا.

### أ- مبررات ولاية العهد:

أوجدت عملية نقل السلطة السياسية بالنظر لأهميتها أهمية أخرى للآلية الإجرائية وهي ولاية العهد تحت مبررات عملية وأخرى نصية شرعية .

---

سادسا: أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور وتصفح الأحوال، لينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعول على التفويض، وان كان فيه عمليا نظر إلا إذا كان تشاغلا بعبادة أو لذة فقد يخون الأمين ويغش الناصح، فقد قال النبي (ص) : كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته. عن الماوردي، المرجع السابق، ص 40.

أما عن المبرر العملي الأقرب فقد ارتبط بدعوى مراعاة مصلحة الأمة في دينها ودنياها بالقول أن الإمام ولي الأفراد والأمين عليهم وينظر في ذلك في حياته، ويتبع ذلك أن ينظر لهم بعد مماته ويقوم لهم من يتولى أمورهم ويتقون بنظره كما وثقوا فيه من قبل.

أما عن المبرر الشرعي فإنه يتركز عند البعض ليس على إجماع علماء الأمة، بل الأمة فقط أي عامتها وليس خاصتها، ولا يطرح المبرر بوجوبه بل فقط بجوازه<sup>1</sup>.

إلا أن التهمة ترد عند العهد إلى الولد والوالد، إذ القائم على السلطة ومن يأتي عليه الزمن لينقلها إلى غيره قد ينقلب على عاقبيه ويستحوذ عليها ويقيها لشخصه أو ذويه، كما حصل في خلافة بني أمية وبني العباس<sup>2</sup>.

### ب- انعقاد الرئاسة بولاية عهد من قبله:

إن انعقاد خلافة الإمامة أو الرئاسة بولاية عهد يعقدها القائم خلفه فإنه مما انعقد الإجماع على جوازه ووقع الاتفاق على صحته كما جرى في خلافة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، المشار إليها أعلاه، وهنا توجب رفع اللبس أنها تركت الخيار ولم تكن إجبار لفريق أو شخص بعينه<sup>3</sup>.

### ج- ضمانات انتقال السلطة في الإسلام:

لقد كفل الإسلام الضمانات التي تحقق خضوع الحاكم للنص والشرع على أفضل وجه إذ قيده بأحكام الشريعة وألزمه بها واعترف بكل الحقوق الفردية وجعلها سدا منيعا أمام الحاكم بإيجاد ثراء وتنوع في الضمانات التي تختلف طبيعتها بحسب موضوعها ووظيفتها بين ضمانات شرعية، ضمانات سياسية، ضمانات إجرائية. بذلك كانت دولة الإسلام أول دولة قانونية يخضع فيها الحاكم للقانون، ويمارس سلطاته وفقا لقواعد عليا تقيده ولا يستطيع الخروج عليها<sup>4</sup>.

ولعل الضمانة الأساسية التي اجتمع عليه الفقه الشرعي أو فقه الأحكام السلطانية يتحدد في وجوب اختيار الأصلاح، حيث جرى في التطبيق الإسلامي الصحيح عند اجتماع أهل الحل والعقد وتصفح أحوال أهل الإمامة وشروطها ليقدموا للبيعة منهم أكثرهم فضلا وأكملهم شروطا، ومن يسرع الناس إلى طاعته

<sup>1</sup> يسترشد أصحاب المبرر الشرعي لإنفاذ ولاية العهد بما وقع بعهد أبي بكر ض لعمر، بحضور من الصحابة وأجازوه، وكذلك عهد عمر في الشورى إلى الستة بقية العشرة، وجعل لهم أن يختاروا للمسلمين ففوض بعضهم إلى بعض حتى أفضى ذلك إلى عبد الرحمن بن عوف فاجتهد وناصر المسلمين فوجدتهم متفقين على عثمان وعلي، فآثر عثمان بالبيعة لموافقته إياه، فانعقد أمر عثمان لذلك وأوجبوا طاعته والملا من الصحابة حاضران للأولى والثانية ولم ينكره أحد، فدل على أنهم متفقون على صحة العهد عارفون بمشروعته.

تجب الملاحظة أن أبي بكر (ض) لم يعهد إلى عمر (ض) إلا بعد مشاورات طويلة وموافقات من الصحابة. كما أن هذا الأخير حينما حدد جماعة الشورى لاختيار الخليفة الأفاضل والأصلاح، أي أولئك الذين لا يختلف عليهم اثنان من الصحابة في عهد النبي وأبي بكر وعمر.

<sup>2</sup> الماوردي، نفس المرجع، ص 30؛ ابن خلدون، نفس المرجع، ص 167.

<sup>3</sup> الماوردي، مرجع سابق، ص 29.

<sup>4</sup> صلاح منعم العبدلي: الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان الطبعة الأولى 2014، ص 26.

ولا يتوقفون عن بيعته، فإذا تعين لهم من بين الجماعة من أداهم الاجتهاد إلى اختياره عرضوها عليه، فإن أجاب إليها بايعوه عليها وانعقدت ببيعته له الإمامة، فلزم كافة الأمة الدخول في بيعته والانقياد لطاعته، وإن امتنع من الإمامة ولم يجب إليها لم يجبر عليها، لأنها عقد مرضاة واختيار لا يدخله إكراه ولا إجبار، وعدل عنه إلى من سواه من مستحقيها تحقيقاً لمصلحة الأمة. رئاسة الأصلاح اختياراً قائمة على شروط بإرادة حرة تفسد وتبطل بالإجبار والإكراه لأنها توجب بالاستحقاق فلو تكافأ في شروطها اثنان قدم لها ما يوجبه حكم الوقت باختيار أسنهما، وإن لم يكن كبر السن مع كمال البلوغ شرطاً جاز مبايعة أصغرهما سناً، كما لو كان أحدهما أعلم والأخر أشجع، فإن كانت الحاجة إلى فضل الشجاعة أدعى لانتشار الثغور وردع البغاة كان الأشجع أحق، وإن كانت الحاجة إلى فضل العلم أدعى لسكون الدهماء وظهور أهل البدع كان الأعلم أحق<sup>1</sup>.

أما عن طلب الرئاسة أو الإمامة ليس ممنوعاً أو مكروهاً، فقد تنازع فيها أهل الشورى، فما رد عنها طالب ولا منع عنها راغب. لكن في المسألة طرح آخر يقول بعدم تسليم المنصب من يطلبه طمعا وليس ورعا. **الفرع الثاني: صور أزمة الاستخلاف وعوارضه:**

تتمظهر صور بداية ملامح الأزمة السياسية في النظام السياسي عند مصادرة حق الأمة أو من يمثلها في اختيار من يحكمها بالانعطاف إلى جعله حقاً شخصياً للحاكم يستخلف به من يشاء ووقت ما يشاء، وكما جاء على لسان العلامة ابن خلدون في الفصل الثامن والعشرون 28، ص 160 في انقلاب الخلافة إلى ملك، من أن الشارع ذم الملك لما فيه من التغلب بالباطل، بل وأن أخذ المال والملك من مالكه ظلم ووبال، إذ الغصب عائد على الدولة بخراب العمران الذي هو مادتها لإذهابه الآمال من أهله<sup>2</sup>. انحراف الخلافة إلى الملك وجد تبريره عند هؤلاء من خشية الفرقة لأنه لم يكن بقصد الباطل، بل تحول إلى أمر طبيعي ساقته العصبية واعصوب بعده الأتباع واستماتوا دونه<sup>3</sup>. إلا أن الانحراف الشديد من الخلافة صوب الملك ازداد إلى أن تحول لملك عضود صاحبه الاستبداد والتمسك بالسلطة حد الاستماتة فيها والاسترثاء دون الناس كافة .

#### أولاً: التنازع حول منصب الرئاسة:

قد يقف الاختيار حال المنازعة حول منصب الخلافة على واحد من اثنين فتنازعاها، فقد قال بعض الفقه إن التنازع لا يكون قدحاً مانعاً، لأنه ليس طلب الإمامة مكروهاً، وعند تكافؤ أحوالهما يقرع بينهما ويقدم من قرع منهما.

<sup>1</sup> ماوردي، نفس المرجع، ص 25 .

<sup>2</sup> ابن خلدون، نفس المرجع، ص 229.

<sup>3</sup> ابن خلدون، نفس المرجع، ص 162.

وقال البعض الآخر من الفقه لا حاجة إلى قرعة، بل يكون أهل الاختيار بالخيار في بيعة أيهما شاءوا، فلو تعين لأهل الاختيار واحد هو أفضل الجماعة فبايعوه، ثم حدث بعده من هو أفضل منه انعقدت ببيعتهم إمامة الأول، ولم يجوز العدول عنه إلى من هو أفضل منه، لأن وجود الأفضل لا يكون مانعا من إمامة المفضول إن انعقدت بيعته ولم يكن مقصرا في شروط البيعة، كما يجوز في ولاية القضاء تقليد المفضول مع وجود الأفضل، لأن زيادة الفضل مبالغة في الاختيار وليست شروط الاستحقاق، فان تفرّد في الوقت واحد بشروطها لم يشرك فيها غيره، تعينت فيه الإمامة ولم يجوز أن يعدل بها عنه إلى غيره.

الإمامة عند جمهور العلماء لا تنعقد إلا بالرضا والاختيار من أهل الاختيار، لهذا قد تأتي بالنظر إلى التطور العلمي الحاصل لتوسيع دائرة الاختيار وعدم اقتصرها على خاصة الناس وجعلها بالافتراع العام بما لا يتنافى ومقاصد الشريعة.

فان اتفقوا أتموا لأن الإمامة عقد لا يتم إلا بعاقده، كالقضاء إذا لم يكن يصلح له إلا واحد لم يصير قاضيا حتى يولاه، فقالوا يصير قاضيا إذا تفرّد بصفته، كما يصير المنفرد بصفته إماما.

لكن لا تكون القرعة عند حصول الاشتباه ولم تقم البينة لأحدهما لأن الإمامة أولا عقد والقرعة لا مدخل لها في العقود، وثانيا الإمامة لا يجوز الاشتراك فيها من الحقوق، والاشتباه لا يمنع ثبوتها

#### أ- بدعة ولاية العهد منفردا من الأب إلى الولد:

إن أمر الخلافة لا يتعلق بهما فقط، أي بعلاقة الأب بابنه وان كان حاكما، إنما حق الولاية يرتبط بالأمة، فلا تلزمها إلا برضا أهل الاختيار، بالأخص إن انتفت شروط الأهلية للخلافة .

إن ولاية العهد لها أحكام الشهادة التي لا تسري من الوالد في حق الولد، والعكس صحيح بدوره للتهمة العائدة بما جبل من الميل إليه، حتى لا تتحول الخلافة إلى ملك .

ويحذر من الأخذ مما جاء في المصنفات غرابة ما قد يطرح مخالفة ما ورد في عهد الخلافة الراشدة، ولأن الزمن لم يكن ليخلوا من الترهيب أو الميل والاجتهاد دونما نص صريح في مسائل يقف عليها مصير الأمة بالانتقال من الاختيار إلى العهد كمجaraة مسألة التوريث لأنها كانت الغالبة ذاك الزمان<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> هذا الطرح يدخل في صنف المسائل التي تدرس وتناقش في إطار سياقها الاجتماعي والتاريخي دون تجاوز على نحو ما جاء على لسان العلامة الماوردي في الصفحة 32 من نفس المرجع بقوله وإذا عهد الإمام بالخلافة إلى من يصح العهد إليه على الشروط المعتبرة فيه، كان العهد موقوفا على قبول المولى!

ومن ذلك ما جاء في الصفحة 36 وما يليها حول نقل ولاية العهد بالتعدي إلى من بعده باستدلالات في غير محلها لم تراعي الفارق بالقول إذا فعل ذلك النبي في إمارة جيش مؤتة جاز ذلك في الخلافة مع أن إمارة الجيش وقعت في حياته وفي ظرف حرب وضرورة باستباق المكروه عندما يقع ولا وقت فيه للمشورة بنقل الراية من زيد إلى جعفر إلى عبد الله بن رواحة رضي الله عنهم جميعا، فان أصيب فليترض المسلمون رجلا.

كما أن الخليفة عمر بن عبد العزيز نفسه حينما عهد الأمر إليه من سليمان بن عبد الملك من بعده لم يعترف بهذه الولاية إلا بعد مبايعة الأمة، فقد ذكر الإمام السيوطي في كتاب تاريخ الخلفاء ص 362: (ثم مات سليمان، وفتح الكتاب، فإذا فيه العهد لعمر بن عبد العزيز،

## ب- بيعة المريض أو انتخابه:

إن استبعاد ولاية العهد من الأب إلى الابن أو العكس جاء في مضمونه من الحرص على تحقيق مصالح الأمة، لتجنب الوقوع في المحذور ببيعة ما يترتب عنها من استخلاف لشخص به مرض عضال أو انتخابه، ذلك لأنها بيعة تجوز شرعا وقانونا، مما قد يفضي إلى عزل صاحبها.

### ثانيا: مسألة عزل الخليفة :

قال بعض العلماء الإمامة من الحقوق العامة المشتركة بين حقوق الله تعالى وحقوق الأدميين لا يجوز صرف من استقرت فيه إذا كان على صفة فلم يفتقر تقليد مستحقها مع تميزه إلى عقد مستثبت له<sup>1</sup>.

### ثالثا: مراسيم نقل السلطة:

تتم مراسيم نقل السلطة بعد انتهاء فترة الوكالة المقررة لها في احتفالية رسمية يعلن بها بداية فترة وكالة جديدة، قد لا تشير النصوص أو الدساتير إلى أي من قواعد سير العملية، لكن التقاليد لم تجعل منها مجرد عملية نقل سلطة، إلا أنه حدث ليوم كامل مليء بالحركة والخطابات وتشريفات ذات طابع مدني وأخرى عسكري، واحتفال عموما مقرون بأداء اليمين، نفس العملية تتم إذا استخلف الرئيس نفسه بالتمديد ولنقل السلطات إلى شخصه.

تناوب يستكمل بإجراءات رسمية في شكل احتفالية تسليم مقاليد زمام الأمور من هيئة إلى أخرى، أي مراسيم استلام الصلاحيات بين الهيئة المغادرة وتلك المستلمة حديثا أو المنتخبة بدلا عن الأولى في إطار سلوك سياسي صادر عن تقاليد مؤسساتية تتوارثها النظم بفعل تقيد الأجهزة بالنصوص التي تحكم القائمين عليها<sup>2</sup>.

---

فتغيرت وجوه بني عبد الملك، فلما سمعوا: وبعده يزيد بن عبد الملك تراجعوا، وأتوا عمر فسلموا عليه بالخلافة.. فدنا به إلى المنبر وأصعدوه فجلس طويلا لا يتكلم، فقال لهم رجاء: ألا تقومون إلى أمير المؤمنين فتبايعوه، ومد يده إليهم، ثم قال: أيها الناس أني لست بفارض ولكني منفذ، ولست بمبتدع لكني متبع، وان من حولكم الأمصار والمدن، ان هم أطاعوا كما أطعتم فأنا واليكم، وان هم أبوا فليست بواليكم. فالبيعة العامة عند عمر ابن عبد العزيز كانت ضرورية ولم تكن تحصيل حاصل.)

<sup>1</sup> الماوردي، مرجع سابق، ص 28.

<sup>2</sup> نقل السلطة في النظم الوضعية بأسلوب تركية الرئيس المنتخب الجديد من الرئيس المغادر في تاريخ محدد يكون خلال أو في آخر يوم من أيام الوكالة المنقضية رسميا كحد أقصى بأدائها على درج القصر الرئاسي وبحضور فرقة الحرس الجمهوري وتقديم التحية العسكرية وتحية السلام بالأيدي تعبيرا عن استمرارية الجمهورية.

البعض الآخر يستدعي تقاليد بأبعاد دينية بإطلاق 21 طلقة مدفوع، كما هو الحال في فرنسا بداية من سنة 1958 وراثة عن النظام الملكي لتحل محل ال101 طلقة مدفوع التي كانت تطلق لإعلان موت الملك وتتويج الملك الجديد، كما كان الحال في القرن 14 عشر عندما كان المدفع سلاح العصر في البواخر الحربية بإطلاق 7 طلقات، رقم له دلالة دينية في التقاليد اليهودية-المسيحية باعتقادهم ان خلق العالم كان في 7 أيام. ثم لما تطورت التقنية أصبح المدفع يطلق 3 طلقات مرة واحدة أي 3 × 7 = 21. ورقم 7 لها رواية أخرى من أن السفن اعتادت إفراغ مدافعها من الذخيرة بإطلاق 7 طلقات عند دخول الموانئ وتعلن بالتالي مجيئها، ومن أنها لا تريد الحرب بنفس التقليد درج على العمل به مثلا في المغرب احتفاء بمواليد الملك الجديد. عن :

## الخلاصة:

عرضنا في هذا البحث إشكالية تناقل السلطة السياسية داخل نظام الحكم في مرحلة أشد ما تكون خصوصية في حياة الأمة، إذ أن نقل السلطة من يد إلى أخرى ومن نظام سياسي إلى آخر مغاير يختلف عن الحالات الاعتيادية التي يشهدها نظام الحكم بالسعي إلى تأمين نقل السلطة السياسية إلى سلطة أخرى تحل محلها ليس لأن الإرادة الشعبية المتحررة أرادت ذلك، إنما بسبب ترهل السلطة القائمة وعجزها عن الاستمرار بالطرق العادية أو سعيها إلى إيجاد توافقات على حساب الإرادة العامة بغرض الحفاظ على النظام القائم في ثوب متجدد .

لهذا كان البحث ضروري عن ذلك المسار السياسي الصحيح الذي يحقق الانتقال الهادئ للسلطة، والذي يتأتى من تفعيل إجراءات استخلاف صريحة تنهي الخلاف وتجنب التأويل.

وقد خلصنا من الدراسة إلى النتائج التالية:

-التاريخ السياسي الإسلامي ينبئ عن وجود فقه ثري من الدراسات، فقه كان أقرب إلى الواقع منه إلى التنظير بحيث كان سباقا في معالجة ناجعة لانحراف السلطة عن المقاصد التي خصصت لها، لأن السلطة العامة بقدر ماهي ضرورة اجتماعية تقتضي الأمر والطاعة والانضباط فإنها قد تتحول إلى خطر على المجتمع إن أسئ استعمالها.

-السلطة السياسية تتحرك ضمن أجواء من تفاعل العلاقات الإنسانية وتوظيف للقوة والعنف بقصد تكريس نفوذها، عنف لا يمكن التحكم فيه إلا بواسطة تنظيم وتقنين حدود زمنية وأخرى وظيفية في ممارسة والقبض على السلطة وانتقالها بالاستخلاف بمراعاة شروطه عند التولية والممارسة خدمة لمحددات الصالح العام.

-السلطة السياسية لها منطق، محتوى، شكل وإجراء، أما عن منطقتها في الانتقال فانه لا يمكن أن يتعارض مع إرادة الأفراد في الاختيار الحر، والانسجام مع القواعد الشرعية المنظمة لها. ومحتوى يتحدد في التواجد لأجل الصالح العام وخدمة له دون غيره، أما عن الشكل يتوجب أن تراعي عملية انتقال السلطة الأشكال الأساسية والإجراءات الضرورية في استمرار الإرادة العامة في التعبير عن حرية اختيارها لتأمين الاستقرار وتجنب حدوث الانزلاق السياسي نحو الفوضى.

مما سبق نعرض جملة من التوصيات:

-تضافر الجهود بقصد إثراء منظومة القواعد التي تأسس إلى حاجة الدولة للبقاء بضرورة استمرارية السلطة بتوفير ضمانات الانتقال الهادئ للسلطة عقب انتهاء ولاية السلطة القائمة واختيار أخرى بانتخاب حر تراعى فيه إرادة الجماعة، بما يعني الإقرار بحق الأمة في اختيار السلطة التي تنوب عنها سياسيا والتدخل

باسترداد حقها في العزل حتى تحول دون الانصياع إلى رغبة الشخص في التغلب بالقوة عند اغتصاب السلطة من الحاكم خالصة لنفسه أو خلفه من بعده.

-الحاجة الماسة إلى ضوابط الاستخلاف الشرعية و العقلية للحد من التظالم والحلول دون حدوث الأزمة التي تعصف بتناقل السلطة واستمراريتها، ذلك لأن فترة الولاية على رأس الدولة هي في الحقيقة وكالة تتضمن حقوقا وواجبات وتتقيد بفترة زمنية محددة لا تتجدد إلا بموافقة علنية و صريحة سواء ببيعة قائمة على الرضا حالها حال الانتخاب.

-تنظيم آلية تناقل السلطة بوضع ميثاق أخلقة السلطة التي تصب في خدمة المجتمع قبل الفرد الذي وان كان حاكما عليه واجب التزام الاحتفاء بغيره من خلال مراسيم تثبت أهلية الحاكم بسلطته وحكمته في الانفتاح على المعارضة والاستجابة لسنن التغيير بدل التصدي لها.

أما إن تنازعت السلطة أطراف متصارعة وقع الاختيار على الأحق والأصلح لها شرعا وعقلا بتدخل أهل الرأي والحل والعقد في مسائل هي من صلب اختصاصهم شرعا. انتهى

**المراجع :**

**المراجع باللغة العربية:**

القرآن الكريم

**الكتب:**

1-العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري: لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ب ت، القاهرة، ج السادس 6.

2-أبو الحسن بن محمد ابن حبيب الماوردي 450 هجري-1058 م: قوانين الوزارة وسياسة الملك، تحقيق الدكتور رضوان السيد ، دار الطليعة للنشر بيروت ، الطبعة الأولى 1979.

3-أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الخامسة 1401 هـ ، 1981م.

4-عبد القادر عودة : الإسلام وأوضاعنا القانونية، مكتبة نور الاسلام، دون تاريخ.

5-عبد الرزاق أحمد السنهوري: فقه الخلافة فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، منشورات الحلبي الحقوقية، مؤسسة الحلبي، الطبعة الرابعة 2000 .

6-ظافر القاسمي : نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية ،دار النفائس، بيروت 1974 .



- 7-المفتي السيد محمد عميم الإحسان: التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 2002 .
- 8-أندري هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الجزء الأول ، مترجم الى اللغة العربية 1977 .
- 9-الدكتور سليمان محمد الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية والمعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، 1979 ، دار الفكر العربي .
- 10-سعيد بوشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 12 .
- 11-محمد بودة: رئاسة الحكومة في النظام السياسي الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة وهران أبريل 2000 .
- 12-صلاح منعم العبدلي: الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى 2014 .  
المراجع باللغة الأجنبية:

1-Yves Meny, Olivier Duhamel: Dictionnaire Constitutionnel, PUF, 1991, 1 ed 1996 .  
2-Les petits énigme du quotidien, pourquoi.com, vu le 04-11-2019 a 17.00.  
3-<https://ar.m.wikipedia.org>. consulté le :01-07-2016.

## التحكيم في الشقاق بين الزوجين في ضوء الفقه المالكي والقانون الليبي د. أمّنة محمد نويجي

أستاذة الفقه وأصوله بكلية علوم الشريعة، جامعة المرقب

الخميس، ليبيا

### المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهدي الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهدُ ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. صلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين. أما بعد، فقد أولى الدين الإسلامي الأسرة عناية بالغة؛ لما لها من أهمية كبيرة في بناء المجتمع السليم، فهي أهم أركانه، لذا نجده قد وضع لها من الإرشادات المهمة، والقواعد البناءة ما يقيم بنائها على أحسن وجه، فلم يغفل عن جانب من جوانبها، ولا ركن من أركانها إلا ووضع له أحكاماً تشد أزره، وتحفظ بقاءه. ولما كان أكثر ما يهدد بناء الأسرة، ويزعز أمنها واستقرارها، نشوب الشقاق بين ركنيها (الزوجين)، اهتمت الشريعة الإسلامية بتشريع الأساليب الوقائية والعلاجية؛ لتوقي النزاعات الزوجية وعلاجها. ومن هذه الأساليب (التحكيم)، وهو نظام إصلاحي قديم، عرفته الشعوب منذ بداية نمو تطورها الفكري، فتطور مع النمو الحضاري للبشرية، وتشكل حسب أزمانها وأماكنها. ولذا، رأيت من التوفيق أن يكون موضوع هذه الورقة البحثية، دراسة استعراضية تحليلية للتحكم في الشقاق بين الزوجين في ضوء أحكام الفقه الإسلامي في المذهب المالكي، وآليات تطبيقه في القانون الليبي، فجاءت هذه الدراسة في مقدمة وخمسة مطالب وخاتمة.

**المطلب الأول:** تعريف التحكيم، وحكمه، ودليل مشروعيته.

**المطلب الثاني:** مجالات التحكيم، وفوائده وأهميته.

**المطلب الثالث:** الحكمين، وشروطهما.

**المطلب الرابع:** الشقاق بين الزوجين، ووسائل علاجه.

**المطلب الخامس:** بعث الحكمين، مهامهما، ومراحل سيرها.

**خاتمة:** دونت فيها أهم النتائج التي توصل إليها البحث

**المطلب الأول: تعريف التحكيم، وحكمه، ودليل مشروعيته.**

**أولاً: تعريفه التحكيم لغة:** مشتق من الحكم، وهو مصدر: حَكَمَ بينهم، يحكم أي قضى. والحكم أيضاً: الحكمة من العلم، والحكيم: المتقن للأمر. وأحكمت الشيء فاستَحَكَمَ، أي صار مُحَكَّمًا. وحكمت الرجل: إذا منعتة مما أراد. ويقال أيضاً: حَكَمْتَهُ في مالي: إذا جعلت إليه الحكم فيه، فاحتكم علي في ذلك. واحتكموا إلى الحكام وتحاكموا بمعنى، والمحكمة المخاصمة إلى الحكام، والحكم القضاء، وقد حكم عليه بالأمر: يحكم حكماً وحكومة<sup>1</sup>.

والتحكيم: مفرد، جمعه تحكيمات (لغير المصدر). مصدر حَكَمَ: تحكيم. وهيئة التحكيم: هي هيئة أو لجنة تقوم بالحكم في القضاء، وبين الأطراف المتنازعة<sup>2</sup>.  
من خلال بيان المعنى اللغوي للفظ (حكم) واشتقاقاتها، نخلص إلى أن التحكيم في اللغة جاء بمعنى: تفويض الأمر للغير، لفض نزاع أو خصام بين خصمين.

### **التحكيم في اصطلاح الفقهاء:**

تعرضت بعض مصادر الفقه المالكي لتعريف التحكيم، وقد اخترت منها ما يلي:

- هو أن يُحَكِّمَ الخصمان رجلاً يُحَكِّمُ بينهما، وليس مؤلّى من قبل الإمام ولا من قبل القاضي<sup>3</sup>.
  - هو تحكيم عدلٍ غير خصم وجاهلٍ في مالٍ وجرحٍ، إلا في حدٍ وقتلٍ ولعانٍ وولاءٍ ونسبٍ وطلاقٍ وفسخٍ نكاحٍ، ولا في عتقٍ ورشدٍ وسفهٍ، ولا في أمرٍ غائبٍ وحبسٍ، ولا في عقدٍ مما يتعلّق بصحته وفساده<sup>4</sup>.
  - هو أن يُحَكِّمَ الخصمان رجلاً يحكمُ بينهما<sup>5</sup>.
- وهو أشمل مما سبق، حيث دخل في التعريف التحكيم في الشقاق بين الزوجين.
- تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما مستفاداً من قول ابن فرحون في التبصرة: "ومعناه: أن

<sup>1</sup> أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفيروز أبادي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، (دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ-1987م)، ج5، ص1901؛ أبو الفضل جمال ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، (دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ)، ج12، ص140، 141.

<sup>2</sup> أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، (عالم الكتب، بيروت، 1428هـ-2008م)، ج1، ص538.

<sup>3</sup> خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب (مركز نجيبويه للمخطوطات، ط1، 1429هـ، 008م)، ج7، ص399.

<sup>4</sup> أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، أخرجه ونسقه: مصطفى كمال وصفي، (دار المعارف، القاهرة، د.ط، د، ت) ج4، ص198.

<sup>5</sup> المنجور أحمد بن علي المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، (دار عبد الله الشنقيطي، د.ط، د.ت)، ج2، ص576.

الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه؛ لأن يحكم بينهما، فإن ذلك جائز في الأموال وما  
ف معناها"<sup>1</sup>.

**التحكيم في اصطلاح القانون:** هو اتفاق طرفي العلاقة على إحالة النزاع الذي قد ينشأ أو نشأ بينهما  
إلى هيئة مكونة من شخص أو أكثر يسمون المحكمين؛ وذلك للفصل فيها، وفقاً للبنود والشروط التي  
يتفق عليها الطرفان، وذلك بدلاً عن اللجوء للقضاء العادي لحل النزاع.  
**حكمه:** الجواز مطلقاً، ووجه الإطلاق: سواء أكان بالبلد قاضاً أم لا، وسواء ولأههما القاضي أو غيره؛  
شرط أن يكون في المجالات التي يجوز فيها.

### دليل مشروعيته:

مشروعية التحكيم دل عليها الكتاب والسنة، والاجماع.

**أولاً: من الكتاب:** في القرآن الكريم العديد من الآيات الدالة على مشروعية التحكيم، وعلى وجوب  
الحكم بما أنزل الله سبحانه وتعالى، وسأقتصر في هذا البحث على بعضها، فمن هذه الآيات:  
قوله ﷻ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا  
إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 35].

وقوله ﷻ: ﴿وَإِنْ أَرَادْتُمْ إِتِّمَاعَ اللَّهِ وَرِيبَ اللَّهِ فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ  
تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ [النساء: 58].  
وقوله ﷻ: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ  
يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطُّغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا  
بَعِيدًا﴾ [النساء: 60].

وقوله ﷻ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ  
حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: 65].

قوله ﷻ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ  
حَصِيمًا﴾ [النساء: 105].

وقوله ﷻ: ﴿سَمِعُونَ لِّلْكَذِبِ أَكْلُونَ لِّلسُّخْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ  
تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

<sup>1</sup> برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون العمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، (مكتبة الكليات الأزهرية،  
القاهرة، 1، 1406هـ، 1986م)، ج 1، ص 62.

﴿المائدة: 42﴾.

وقوله ﷺ ﴿وَكَيْفَ يُحْكِمُوكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ

بِالْمُؤْمِنِينَ ٤٣﴾ [المائدة: 43]

وقوله ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِلِغِ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفْرَةً طَعَامٍ مَسْكِينٍ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهُ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ

٩٥﴾ [المائدة: 95].

من السنة المطهرة:

الدليل الأول: ما روى شريح، عن أبيه، عن جدّه، شريح عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكتنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ، فقال: «إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟» فقال: إن قومي إذا اختلّفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم فرضي كلاً الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: «ما أحسن هذا، فما لك من الولد؟» قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله، قال: «فمن أكبرهم؟» قلت: شريح، قال: «فأنت أبو شريح» قال أبو داود: «شريح هذا هو الذي كسر السلسلة، وهو ممن دخل نستر» قال أبو داود: «وبلغني أن شريحاً كسر باب نستر، وذلك أنه دخل من سرب»<sup>1</sup>.

فاقرار النبي ﷺ أبا شريح على حكمه بين قومه، وعدم الإنكار عليه، دليل على جواز التحكيم ومشروعيته<sup>2</sup>.

الدليل الثاني: تحكيم رسول الله ﷺ لسعد بن قريضة.

عن أبي سعيد الخدري ﷺ أنه قال: " نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلى سعد فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد قال للأَنْصَارِ: «قوموا إلى سيديكم، أو خيركم». فقال: «هؤلاء نزلوا على حكمك». فقال: تقتل مقاتلتهم، وتسبي ذراريهم، قال: «فضيت

<sup>1</sup> أخرجه البخاري، الأدرج المفرد، باب: كنية أبي الحكم، رقم 811؛ وأبو داود، سنن أبي داود، كتاب: الأدب، باب: في تغيير الاسم الفبيح، رقم 4955، ج 4، ص 289، والنسائي، سنن النسائي، كتاب: آداب القضاة، باب: إذا حكموا رجلاً ففضى بينهم، رقم 5387، ج 8، ص 226.

<sup>2</sup> قدوري محمد محمود، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، (دار العصيمي - الرياض، ط 1، 1430هـ، 2009م)، ص 53.

بِحُكْمِ اللَّهِ» وَرُبَّمَا قَالَ: «بِحُكْمِ الْمَلِكِ»<sup>1</sup>.

ووجه الدلالة فيه: أن النبي ﷺ قبل تحكيم بني قريضة له، لما نزلت على حكمه، ثم أسند أمر الحكم فيهم إلى سعد بن أبي وقاص. وهذا لحديث نص صريح في جواز التحكيم، والعمل به.

**الدليل الثالث:** ما روي عن عائشة رضي الله عنها وأرضاها أن قالت: "عَائِشَةُ، قَالَتْ: كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَلَامٌ، فَقَالَ: «أَجْعَلُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ عُمَرُ؟» فَقُلْتُ: لَا. فَقَالَ: «أَجْعَلُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَبَاكَ؟» قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ الطبراني: «لَمْ يَرَوْ هَذَا الْحَدِيثَ عَنِ الْأَعْمَشِ إِلَّا صَالِحُ بْنُ أَبِي الْأَسْوَدِ»<sup>2</sup>. ووجه الدلالة فيه: أن النبي ﷺ لما حصل بينه وبين السيدة عائشة رضي الله عنها خلاف، طلب إليها أن يحكم عمر، فرفضت ثم طلب تحكيم أبي بكر، فوافقت، وفيه دلالة صريحة على جواز التحكيم في الخلافات الزوجية.

### من الاجماع:

أما دليل جوازه من الإجماع، فقد أجمع علم اجماع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز التحكيم، بدليل وقوعه من جمع من الصحابة، وعدم الإنكار على من وقع منه مع اشتهاؤه.

### المطلب الثاني: مجالات التحكيم، فوائده وأهميته.

#### أولاً: الحقوق التي يجوز فيها التحكيم بشكل عام في الفقه المالكي:

بيّن فقهاء المذهب الحقوق التي يجوز فيها التحكيم والحقوق التي لا يجوز فيها، مع بيان العلة في ذلك، ما أمكن.

فالتحكيم عندهم جائز في الأموال (من دين أو بيع أو شراء)، وفي عقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء. فللحكْمِ الحُكْمُ في كل ذلك بالثبوت أو عدمه، أو باللزوم أو عدم لزمه، وبالجواز أو عدم جوازه، شرط ألا يكون هذا المال متعلقاً بغائب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> متفق عليه. البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب: مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بيني قريضة وحاصرته إياهم، رقم: 4121، ج5، ص112؛ ومسلم، صحيح مسلم، كتاب: كتاب الجهاد والسير، باب: جواز قتل من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل لأهل للحكم، رقم: 1768، ج3، ص1388.

<sup>2</sup> سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد (دار الحرمين - القاهرة. د. ط. د. ت). ج5، ص135، حديث رقم: 4879.

<sup>3</sup> لأنه لا يجوز التحكيم في الأمور الغائبة.

كما يجوز التحكيم أيضاً في الجراحات، عمدتها وخطئها، ولو عظمت، كجائفة، وآمة، وموضحة<sup>1</sup>، أو قطع<sup>2</sup>.

وهو رأي جمهور فقهاء الأمصار؛ وذلك لأن الأصل في الجراح الحكومة، إلا ما وقفت السنة المطهرة فيه حداً<sup>3</sup>.

### ثانياً: الحقوق التي لا يجوز فيها التحكيم في الفقه المالكي:

أما الأمور التي لا يجوز فيها التحكيم، فهي: الحد (كقصاص، أو جلد، أو رجم)، والقتل (في ردة، أو حراية)، والقذف، والطلاق، واللعان والعتاق، والنسب، والولاء، والعقد، والفسخ، ورشد وسفه، وأمر غائب (مما يتعلق بمال، وزوجة، وحياة وموت)؛ وإنما استثنيت هذه المسائل؛ لأن إثبات الحكم فيها أو نفيه يكون من غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم المحكم<sup>4</sup>.

وبيان ذلك: أن حجة عدم جوازه في الحدود؛ لأن المقصود منها الردع والزجر، وهو حق لله تعالى. وكذلك الحال بالنسبة للقتل؛ لأن حاله لا يخلو من أن يكون لردة أو لحراية، وكله حق لله ﷻ؛ لتعدي حرمانه.

وأما في العتق؛ فلأنه لا يجوز رد العبد إلى الرق ولو رضي بذلك. وكذا الطلاق، فلا يجوز رده المطلقة طلاقاً بائناً إلى عصمة زوجها ولو رضيت بذلك.

ورد الفقهاء السبب في عدم جوازه في النسب، واللعان، والولاء لشخص على آخر، إلى أن الحكم فيهما يسري إلى غير المحكمين، ومن يسري ذلك إليه لم يرض بحكم المحكم.

فالملاحظ أن هذه الأمور لم يجز فيها التحكيم، إما لتعلق الحق فيها بغير الخصمين، كالحدود والقتل والعتق والطلاق، فإن الحق فيها لله ﷻ أو للآدمي، كما في اللعان، والولاء والنسب. وأن المتعين لاستيفاء هذه الحقوق هو الإمام، أي من له ولاية عامة، فلا يجوز للحكم أن يقضي في شيء من ذلك،

<sup>1</sup> بين ابن رشد الأشياء التي تجب فيها الدية دون النفس، فقال: "الأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس، هي: شجاج وأعضاء. فلنبداً بالقول في الشجاج.... والشجاج عشرة في اللغة والفقه: أولها الدامية، وهي التي تدمي الجلد. ثم الحارصة، وهي التي تشق الجلد. ثم الباضعة، وهي التي تبضع اللحم: أي تشقه. ثم الملاحمة، وهي التي أخذت في اللحم. ثم السّمحاق، وهي التي تبلغ السّمحاق، وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم، ويقال لها: الملتأء بالمد والقصر. ثم الموضحة، وهي التي توضح العظم أي: تكشفه. ثم الحائفة، وهي التي تمشم العظم. ثم المُنْقَلَة، وهي التي يطير العظم منها. ثم المأمومة، وهي التي تصل أم الدماغ. ثم الجائفة، وهي التي تصل إلى الجوف. وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن، واسم الجرح يختص بما وقع في البدن. فهذه أسماء هذه الشجاج. أبو الوليد، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (دار الحديث - القاهرة، د.ط، د.ت) ج4، ص202.

<sup>2</sup> أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير، (دار لمعارف، القاهرة، د.ط، د.ت)، ج4، ص198.

<sup>3</sup> ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص202.

<sup>4</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص62.

"وحيث قلنا لا يحكم في هذه المسائل، فلو حكم فيها بغير الجور، نَقَدَ حكمه، ويُنهَى عن العودِ لمثله. ولو أقام ذلك بنفسه، فَقَتَلَ أو افْتَصَّ أو ضَرَبَ الحَدَّ، أُدْبَ وَزَجَرَ، وَمَضَى ما كان صوابًا من حُكْمِهِ، وصَارَ المحدودُ بالقذف محدودًا، والتلاعُنُ ماضيًا"<sup>1</sup>.

وأما إن لم يوافق حكمه الصواب، وجب عليه الضمان، إن ترتب على حكمه ضرر، كإتلاف عضو، وجبت الدية على عاقلته. وإن ترتب عليه إتلاف مالٍ، كان الضمان في ماله<sup>2</sup>.

### مجالات التحكيم في القانون الليبي:

في المادة (740) من قانون المدنية والتجارية، (الباب الرابع)، نصَّ القانون الليبي على الحقوق التي لا يجوز فيها التحكيم، وهي:

- الأمور المتعلقة بالنظام العام، أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي، وإصابات العمل وأمراض المهنة.
- النزاعات المتعلقة بالجنسية أو بالحالة الشخصية، بما في ذلك التفريق البدني.

أما المجالات التي يجوز فيها التحكيم، فهي:

- يجوز التحكيم في مقدار النفقة الواجبة في النظام الزوجي والعائلي.
- يجوز التحكيم في الخلاف على مقدار المهر أو البائنة، أو أي دعوى مالية ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية.
- التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية.

### فوائد التحكيم وأهميته:

1. التحكيم يمكن أن يكون الحال الأفضل، والبديل الأمثل، في حل النزاعات عن طريق القضاء. فهو الحل لتزاحم المهام الإدارية في المحاكم وتكدسها.
2. اختصار الوقت. ففي التحكيم تحلَّص من الإجراءات القانونية المعقدة، فالمحاكم تستغرق وقتًا طويلاً في تنفيذ الإجراءات القانونية، وفي تقرير الأحكام وإصدارها. ينظفُ إلى ذلك، فإن في فضِّ النزاع بالتحكيم تيسر على المتخاصمين من حيث اعفائهم من عناء

<sup>1</sup> المصدر نفسه، ج1، 63.

<sup>2</sup> الصاوي، بلغة السالك، ج4، ص200.



- الذهاب والإياب إلى المحاكم، والتنقل بين مكاتبها الخدمية؛ لإتمام ما يستلزم من إجراءات إدارية، والتي تستنزف وقت الإنسان وجهده.
3. حفظ الأسرار الزوجية. فدائرة المتطوعين على الأسرار الزوجية في التحكيم ضيقة جداً، على عكس الحال الذي عليه في المحاكم القضائية، فأسرار الزوجين وما دار بينهم من شقاق وخلاف، يظل حبيس علم المحكمين فقط ولا يتعداه، فقد سبق بيان اشتراط كون المحكم عدلاً، ومن لوازم العدالة حفظ الأمانة.
4. حل النزاع بين الخصمين عن طريق التحكيم، من السبل الناجعة التي تؤدي إلى تجنب نشوء الحقد بين الخصمين، لاسيما الزوجين وأهلتهما؛ لأن حسم النزاع سيكون بعد التراجع بطيب خاطر بين الجانبين<sup>1</sup>.
5. الاقتصاد في المصروفات، فتكاليف التحكيم قليلة جداً إذا ما قورنت برسوم المحاكم، وأتعاب المحامين، وإجراءات التنفيذ<sup>2</sup>.

#### المطلب الرابع: الحكمين، وشروطهما.

اتفق فقهاء المذهب على أن هناك شروطاً يجب توافرها في الحكمين وهي:

- الإسلام: يشترط في الحكمين أن يكونا مسلمين؛ فلا ولاية لكافر على مسلم؛ لقوله ﷺ: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ۗ﴾ [النساء: 141]. والتحكيم سبيلٌ من السبل.
- التكليف (البلوغ والعقل): فلا يصحُّ تحكيمُ صبيٍّ ولا مجنونٍ؛ لأنهما ليسا من أهل التكليف.
- العدالة: وهي كما عرّفها ابنُ فرحون نقلاً عن ابن راشد القفصي: "هيئةٌ راسخةٌ في النفس تحثُّ على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر، وتوجّهي الصغائر، والتّحاشي عن الرذائل المباحة"<sup>3</sup>. فلا يصح تحكيم غير العدل، وإن حكّم فَحُكْمُهُ باطلٌ، سواء حكّم بطلاقٍ بمالٍ أم لا، أو بإبقاء.
- الذكورية: فيشترط أن يكون كل واحدٍ من الحكمين ذكراً، وهو شرطٌ متفق عليه عند جمهور

<sup>1</sup> عبد الله بن ربيعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقير الربابعة. التحكيم في الشقاق بين الزوجين وآليات تطوره في القانون الأردني. مجلة الريعة والقانون. العدد التاسع والثلاثون، رجب 1430 هـ - يوليو 2009م، ص171.

<sup>2</sup> سعد الدين صالح دداش. التحكيم في مجلة الأحكام العدلية (دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم بين الفقه الإسلامي، وقواعد التحكيم الدولية unictal. المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي).

<sup>3</sup> ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج1، ص259.

فقهاء المالكية، فلا يصحّ عندهم تحكيم النساء؛ وقد علل الشيخ أحمد الصاوي ذلك بقوله "لأن الحكم حاكم وإمام مقتدى به، ولا يصحّ الحكم من النساء ولا الاقتداء بهن؛ لنقصهن في العقل والدين"<sup>1</sup>. قلت: وفي تعليقه نظر.

ولم أقف على من خالف هذا الرأي من فقهاء المذهب إلا أشهب، قال: "تحكيم الصبي والمسخوط لغو، بخلاف المرأة والعبد"، وأصبع، قال: "إن حكماً امرأةً فحكمها ماضٍ، وإن كان مما خُتِلَفَ فيه، وكذا العبد"<sup>2</sup>.

قلت: ولرأيهما تستروح نفسي، لا سيما من جانب الزوجة، فالمرأة بالمرأة أعرف، ولفهم مرادها أقرب، وعلى سبر غور نفسها أقدر، فهناك أمورٌ لا تستطيع المرأة البوح بها أمام الحكّمين، حياءً منهما، كبعض التفاصيل الزوجية التي لا يطلع عليها إلا الزوجان أنفسهم، فماذا لو كانت تلك التفاصيل هي سبب الخلاف، والحال أن المرأة لا تستطيع البوح بها؟! ألن يكون حكم الحكّمين في حقها محققاً؟

● الرشد: فلا يصح حكم سفيهٍ. والسفيه هو المبذر في الشهوات ولو كانت مباحة على المذهب<sup>3</sup>. والسفيه إن كان مولياً عليه، فهو غير عدل وإن ثبت عدالته، وكان أصلح أهل زمانه؛ لأن شرط العدل أن لا يكون مولياً عليه.

● الفقه: لا بُدَّ أن يكون الحكم فقيهاً بأحكام باب النشوز؛ لأنّه يشترط فيمن وُلِّيَ أمراً معرفته بما وُلِّيَ عليه. فإن لم يكن فقيهاً، اشترط عليه استرشاد واستنصاح أهل العلم، فإن حكم دون الرجوع لأهل العلم، لم يجز، ورُدَّ حكمه؛ لأن ذلك التحكيم مخاطرةٌ وغررٌ، ولا فرق بين التخاطر في البيع والحكم، بل هو في الحكم أشد؛ لأنّه في الحكم يشمل جميع الحقّ، فيما أن يثبت كلاً، أو يُسقطه كلاً، بينما في البيع لا يكون إلا في بعض المبيع، والبيع ثابتٌ للمشتري على كل حال. والفقه هنا أعمُّ من أن يراذ به العلم بالأحكام الشرعية، ففي وقتنا الحاضر ينضاف إليه العلم بالإجراءات القانونية، ولعله "من الأفضل أن يشمل [أيضاً] الدراية ببعض الأمور الخادمة لمهمة الحكّمين، كعلم النفس وعلم الاجتماع مثلاً، وكذا الاطلاع على أدبيات الحوار والتواصل والإقناع؛ حتى يسهل على الحكم معرفة وفهم السمات الشخصية للزوجين المتخاصمين، وطرق التعامل معهما"<sup>4</sup>.

● من الأهل: أما اشتراط كون الحكّمين من الأهل فقد أوجبهُ الفقهاء المالكية، وبرأيهم قال الحنفية

<sup>1</sup> الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص513.

<sup>2</sup> المواق، التاج وإلكيل، ج8، ص102.

<sup>3</sup> الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج2، ص344.

<sup>4</sup> بياض عبد الله، التحكيم بين الزوجين في دعاوى الطلاق من خلال النوازل الفقهية والقانون الوضعي، بحث بمجلة المنهل.

والحنابلة؛ لأن الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ نص صريح في ذلك؛ ولأن الأقارب أعرف ببواطن أحوال الزوجين، وهم في الإصلاح بينهما أرغب، ونفوس الزوجين لهما أسكن، فيعربان عما في ضمائرهما من مشاعر، وما استقرت عليه نفوسهما من إرادة الصحة أو الميل للفراق. وندب كونهما جارين، ولا يجوز للحاكم أن يبعث أجنبيين مع وجود الأهل. فإن لم يمكن كونهما من الأهل فأجنيبان، ويندب فيهما ما يندب في الحكمين من الأهل من كونهما جارين للزوجين؛ لأن المجاورة توجب زيادة علم بحال الزوجين<sup>1</sup>.

### شروط الحكمين في القانون الليبي:

لم يغفل المشرع الليبي النصّ على الشروط الواجب توافرها في الحكمين المختارين للتحكيم في الشقاق الحاصل بين الزوجين، في مدونة القانون المدني والتشريعات المكملة له، فاشتراط في الحكمين أن:

- يكونا رجلين.
- يكونا عدلين.
- يكونا من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم.
- يكونا على علم وخبرة بحال الزوجين. كأن يكونا جارين لهما مثلاً .
- يكونا قادرين على الإصلاح<sup>2</sup>. ولا يتأتى ذلك إلا إذا كانا على فقه بأحكام النشوز، وطرق الإصلاح.

وبالنظر في هذا الشروط، يتضح جلياً أنها موافقة لأغلب ما اشترطه فقهاء المذهب المالكي، ولا ريب؛ فإن جلّ قوانين الأحوال الشخصية موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا قطعاً لا يعني عدم وجود مخالفات شرعية في بعضها.

### المطلب الرابع: الشقاق بين الزوجين ووسائل علاجه

الشقاق: مشتق من الشق، وهو في اللغة بمعنى: المخالفة، وغلبة العداوة، والخلاف بين شخصين، أو فريقين. قَالَ الثعالبي: الشِّقَاقُ العَدَاوَةُ بَيْنَ فَرِيقَيْنِ، والخِلَافُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، يُسَمَّى ذَلِكَ شِقَاقًا لِأَنَّ كُلَّ فَرِيقٍ

<sup>1</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج4، ص8؛ والعدوي، حاشية على شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج4، ص8؛ والدردير، الشرح الصغير، ج2، ص513؛ والصاوي، بلغة السالك، ج2، ص513.

<sup>2</sup> القانون المدني والتشريعات المكملة له، ج1، ص351.

من فرقتي العداوة قصداً شقاً أي: ناحية غير شقٍ صاحبه، وأما قولهم: شقَّ الخوارج عصاً للمسلمين فمعناه: أنهم فرقتوا جماعتهم وكلمتهم، وهو من الشقِّ الذي معناه الصدع<sup>1</sup>.

وفي الإصطلاح هو: الخلاف والعداوة، وحقيقته أن يأتي كل منهما بما يشق على صاحبه، فيكون كل منهما في شق [جانب] غير شق صاحبه<sup>2</sup>.

وقد راعت الشريعة الإسلامية مبدأ التدرج في علاج الشقاق الحاصل بين الزوجين، فبالإضافة إلى كونه من وسائل تحقيق مقاصد الشارع الهادفة للتيسير ودفع الحرج والمشقة، فهو أيضاً من المبادئ الناجعة في عملية الإصلاح والتغيير، سواءً على مستوى الفرد أو على المجتمع.

فإذا بلغ الشقاق بين الزوجين مرحلة النشوز، فإن حاله لا يخلو من أن يكون:

من جانب المرأة، ومعناه هنا: ترفع المرأة وعصيانها وسوء عشرتها للزوج، والخروج عن الطاعة الواجبة، بالتفريط في حقوقه، كمنعه من الاستمتاع، أو خروجها من البيت بغير إذنه إلى مكان تعلم أنه لا يأذن به، أو قفل الباب دونه، ومن باب أولى التفريط في حقوق الله ﷻ، كالغسل أو الصلاة أو غير ذلك<sup>3</sup>.

ومن المعلوم أن النشوز إن كان من الزوجة، وعلم ذلك، فإن المتولي لزوجها هو الزوج، مالم يُبلغ، أو بلغه لكن الإمام رجا حصول اصلاحها على يد زوجها، فإن الزوج في هاته الحال أمام وسائل إصلاحية وتأديبية بينها المولى ﷻ في قوله: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ [النساء: 34].

وفي هذه السلسلة التأديبية، انكشف لنا النقاب عن ملامح التدرج التشريعي في تطبيق العقوبات الشرعية.

ومما يسترعي الانتباه أيضاً، أن هذه الإجراءات التأديبية شُرعت في الأصل كإجراء وقائي عند خوف النشوز، للمبادرة بإصلاح النفوس وتحسين الأوضاع. يقول الأستاذ سيد قطب في هذا الصدد: "والمنهج الإسلامي لا ينتظر حتى يقع النشوز بالفعل، وتعلن راية العصيان، وتسقط مهابة القوامة، وتنقسم المؤسسة إلى معسكرين. فالعلاج حين ينتهي الأمر إلى هذا الوضع قلماً يجدي، ولا بُدَّ من المبادرة في علاج مبادئ النشوز قبل استفحاله؛ لأن مآله إلى فساد في هذه المنظمة الخطيرة، لا يستقر معه سكنٌ ولا طمأنينة، ولا تصلح معه تربية، ولا إعداد للناشئين في المحضن الخطير، ومآله بعد ذلك إلى تصدعٍ وانحيارٍ، ودمارٍ للمؤسسة كلها، وتشرذم للناشئين فيها، أو تربيتهم بين عوامل هدامة مفضية إلى

<sup>1</sup> أبو منصور محمد بن أحمد منصور الهروي النعالي، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب (دار إحياء التراث - بيروت، ط1، 2001م)، ج8، ص205؛ أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، (دار صادر - بيروت، ط3، 1414هـ)، ج1، ص183.

<sup>2</sup> محمد رواس قلنجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء (دار النفائس - عمان، ط2، 1408هـ، 1988م)، ص265.

<sup>3</sup> الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، (دار ومكتبة الشعب، مصراته، ط4، 2010م)، ج2، ص638.

الأمراض النفسية والعصبية والبدنية وإلى الشذوذ.

فالأمر إذن خطير، ولا بُدَّ من المبادرة باتخاذ الإجراءات المتدرجة في علاج علامات النشوز منذ أن تلوح من بعيد، وفي سبيل صيانة المؤسسة من الفساد، أو من الدمار، أبيض للمسئول الأول عنها أن يزاول بعض أنواع التأديب المصلحة في حالات كثيرة، لا للانتقام، ولا للإهانة، ولا للتعذيب؛ ولكن للإصلاح ورأب الصدع في هذه المرحلة المبكرة من النشوز<sup>1</sup>.

والطرق التأديبية الإصلاحية التدريجية التي نصَّ عليها القرآن الكريم هي:

أولاً: **الوعظ**. وهو التذكير بما يلين القلب لقبول الطاعة واجتناب المنكر<sup>2</sup>. فيحاول الزوج بهذا الأسلوب صدّها عن التعالي، وردّها إلى جادة الصواب، باتباع الأساليب الفكرية والروحية التي تحذرهما من النتائج الوخيمة التي ستترتب على تعاليها وخروجها عن حدود طاعة زوجها.

وتختلف أساليب الوعظ باختلاف ذهنية الزوج وسعة ثقافته، ومرونة فكره، كما أنها تختلف أيضاً باختلاف طبيعة الزوجة، ومدى تفهمها واستجابتها للنصح والإرشاد. وقد ذكر بعض الفقهاء بعض ما يمكن أن يقال في هذا الحال. فمنه ما ذكره الإمام القرطبي في معرض تفسيره لآية النشوز: "﴿فَعِظُوهُنَّ﴾ أي بكتاب الله، أي ذكروهن ما أوجب الله عليهن من حسن الصحبة وجميل العشرة للزوج، والاعتراف بالدرجة التي له عليها"<sup>3</sup>.

وما ذكره الإمام ابن العربي في تفسير قوله تعالى: ﴿فَعِظُوهُنَّ﴾ "هو التذكير بالله في الترغيب لما عنده من ثواب، والتخويف لما لديه من عقاب، إلى ما يتبع ذلك مما يُعْرِفُهَا به من حسن الأدب في إجمال العشرة، والوفاء بدمام الصحبة، والقيام بحقوق الطاعة للزوج، والاعتراف بالدرجة التي له عليها؛ فإن النبي ﷺ قال: «لَوْ أَمَرْتُ أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ إِلَى أَحَدٍ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا»<sup>4</sup>.

ثانياً: **الهجر في المضجع**. اختلفت أنظار العلماء وتأويلاتهم في المراد به<sup>6</sup>، والذي عليه المذهب، هو ترك فراشها، فلا ينام معها، لا ترك البيت. ولا يبلغ الزوج بهجره مدة الإيلاء، وهي أربعة أشهر، والأولى ألا يتجاوز هجره الشهر، وهي المدة التي هجر النبي ﷺ زوجته، فقد روي أن النبي ﷺ هجر زوجته،

<sup>1</sup> سيد قطب حسين الشاربي، في ظلال القرآن، (دار الشروق، بيروت - القاهرة، ط7، 1412هـ)، ج2، ص653.

<sup>2</sup> الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص343.

<sup>3</sup> أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم طفيش، (دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ، 1964م)، ج2، ص171.

<sup>4</sup> أخرجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء الكتب - القاهرة، دط. دت)، كتاب: النكاح، باب: حق الزوج على المرأة، ج1، ص595، حديث رقم1852.

<sup>5</sup> أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد القادر عطا، (دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ-2003م)، ج1، ص532.

<sup>6</sup> للوقوف على هذه الأقوال ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص533، 534.

وقال: "ما أنا بداخل عليهن شهراً؛ من شدة موجدته عليهن"<sup>1</sup> .

ثم إن هذا النوع من الأدب ينبغي أن يكون متأدباً بالآداب الشرعية؛ لكي تتأتى منه المصالح المرجوة من تشريعه، وفي الظلال بياناً لكيفية الممازجة بين هذه الآداب والحكمة منها. يقول سيد قطب: "على أن هناك أدباً معيّنًا في هذا الإجراء (إجراء الهجر في المضاجع)، وهو ألا يكون هجرًا ظاهرًا في غير مكان خلوة الزوجين، وألا يكون هجرًا أمام الأطفال؛ يورث نفوسهم شرًا وفسادًا، ولا هجرًا أمام الغرباء؛ يذل الزوجة أو يستثير كرامتها، فتزداد نشوزًا. فالمقصود علاج النشوز لا إذلال الزوجة ولا إفساد الأطفال، وكلا الهدفين يبدو أنه مقصودٌ من هذا الإجراء"<sup>2</sup>.

**ثالثًا: الضرب غير المبرح.** إذا لم ينجح الهجر في ردع الزوجة وردّها عن تعاليها وعصيانها، التجأ الزوج للوسيلة الأخيرة من وسائل التأديب، وهي الضرب غير المخوف. وهو ضربٌ تأديبي لا ضرباً يشين جارحةً أو يكسر عظمًا؛ لأن المقصود من تشريعه هو التأديب والصلاح فقط، وهو يتأتى بأقل بالحد الأدنى منه، وإن غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد، لم يجر له ضربها<sup>3</sup>.

واللجوء إلى هذه الوسيلة - مع اعتبارها غير محبذة في الشرع<sup>4</sup> - لا يكون إلا في حال الضرورة الشديدة، ومع من يصلح له ذلك من النساء، وعند عدم الإصلاح بالوعظ والهجر.

أو يكون النشوز من جانب الزوج، وثبت العدوان والتقصير منه، بأن كان مقصراً في حق من حقوقها، أو أنه يتعدى عليها بالضرب غير المشروع، أو لغير موجب شرعي، فيزجره القاضي بالوعظ، ويجبره على العدل والوفاء بحقها، فإن لم ينزجر هدّده بالضرب، فإن لم يُفد كل ذلك، أمرها القاضي بهجره، وإلا ضربه وأدّبّه<sup>5</sup>؛ لأن القاعدة في شقاق الزوجين: أن من ثبت منه التّعدي والضرر، حكم القاضي بدرء ظلمه بما تقرر في التشريع الإسلامي<sup>6</sup>.

أو أن يكون الأمر مشكلاً، فلم يُعلم هل الضرر منها أو منه، والحال أن كلاً منهما يدعي على الآخر الضرر والتقصير وسوء العشرة. فالمرأة تدعي مضارة الزوج وتقصيره، والزوج ينكر دعواها ويدعي

<sup>1</sup> أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب: المظالم والغصب، باب: الغرفة والعلية المشرفة في السطوح وغيرها، ج3، ص133، حديث رقم: 2468.

<sup>2</sup> قطب، في ظلال القرآن، ج2، ص654.

<sup>3</sup> أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ص123، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الله الطرابلسي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (دار الفكر - القاهرة، ط3، 1412هـ، 1992م)، ج4، ص15.

<sup>4</sup> لقول النبي ﷺ: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر النهار". أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: ما يكره من ضرب النساء، ج7، ص22، رقم: 5204.

<sup>5</sup> الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص512؛ الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ص639، 640.

<sup>6</sup> المواق، التاج والإكليل، ج5، ص262.

عليها سوء العشرة والتفريط في حقوقه، وتكررت الشكوى، ورفعت للقاضي، والحال أنه لم تقم لدعوى أيٍّ منهما بينة؛ فإن القاضي حينئذٍ يأمر الزوج باسكانها بين قوم صالحين، ويأمرهم القاضي بتفقد أحوال الزوجين، واستعلام ضررهما؛ ليُعلم المتعدي منهما .  
فإن لم يتبين الأمر، واستمر الإشكال على حاله، فعلى القاضي تعيين حكمين للنظر في أمرهما، وهو ما سأتناوله في المطلب التالي.

### المطلب الخامس: بعث الحكمين، مهامهما، ومراحل سيرها.

إرسال الحكمين هو آخر أنواع علاج الشقاق بين الزوجين، ولا عجب إن قلنا إن هذه المرحلة من الشقاق والنفور التي يكون فيها الزوجان شريكين في الشقاق، هي أصعب حالات الشقاق؛ لذا استلزمت لعلاجها أسلوباً جديداً، يكون أكثر فاعلية من الأساليب السابقة، وهو أسلوب التحكيم.

وقد نص على هذا الأسلوب العلاجي القرآن الكريم، في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا ۝﴾.  
وذهب جمهور العلماء إلى أن مهمة إرسال الحكمين هي مهمة الحاكم أو القاضي أو من ينوب عنهما، فهم المخاطبون بذلك، وقد نقل الإجماع على ذلك ابن حجر نقلاً عن ابن بطال<sup>1</sup>.

فمتى علم القاضي بحال الشقاق الحاصل بين الزوجين، لزمه على الفور بعث حكمين - بالشروط الواجب توافرها فيهما - إلى الزوجين، ولا ينتظر أن يرفعا الأمر إليه؛ لأنَّ في هذا الانتظار مضيعةً لحقوق الله، ولحقوق كل منهما على الآخر.

وللزوجين حقُّ إقامة حكمٍ واحدٍ يرتضيانه من غير رفعٍ للحاكم، على أن تتوافر فيه الشروط المذكورة، ويكون حكمه ملزماً لهما، شأنه شأن حكمي القاضي، فلا يحقُّ للزوجين الاعتراض على حكمه، ولا ردّه.

### مهمة الحكمين ومراحل سيرها

يمكن أن تحمل أهم مهام الحكمين في المراحل الآتية:

**المرحلة الأولى:** الاستعداد لهذه المهمة، بإخلاص النية لله ﷻ، وابتغاء وجهه الكريم، فقد فسّر العلماء قوله ﷻ: ﴿إِنْ يُرِيدَا﴾ بالحكمين، فإن أخلصا النية، واجتهدا في مهمتهما بُورِكَ في وساطتهما، وتحقق الأصلح بإذن الله؛ لأن الأصل في الأعمال هو النية، فإذا صلحت صلحت الحال كلها،

<sup>1</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه: محمد فؤاد عبد الباقي، خرج أحاديثه زصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، (دار المعرفة - بيروت، 1379هـ، د.ط، د.ت)، ج9، ص403.

واستقامت الأفعال وقُبلت<sup>1</sup>.

**المرحلة الثانية:** اجتماع كل حكم بصاحبه؛ للاستماع إليه، والتعرف على أسباب الخلاف بينه وبين الطرف الآخر، فيحاول استقصاءها وحصرها.

ولم أقف في كتب المذهب على من حدّد مكان اجتماع الحكم بطرف النزاع أو تحديد مدة زمنية لفترة التحكيم، ولعلهم تركوا ذلك للحاجة، ولأعراف الناس وعاداتهم.

**المرحلة الثالثة:** اجتماع الحكّمين للتداول في أسباب الشقاق عند كل فريق، للخلوص أولاً إلى معرفة الناشز من الزوجين، ومن تمّ محاولة إيجاد حلولٍ إصلاحيةٍ.

على أنه ينبغي التنبيه على أن المراد بالإصلاح هنا، هو ما فيه صلاحٌ للزوجين، وليس المراد الإصلاح ضد الافتراق<sup>2</sup>.

**المرحلة الرابعة:** بعد أن تحقق لديهما الناشز من الزوجين، يُقبلان عليه بالوعظ والنصح، والزجر الهين اللين.

**المرحلة الخامسة:** محاولة الإصلاح بأي طريقة يراها ممكنة، ولهما الاستعانة في سبيل تحقيق ذلك بأقارب الزوجين وجيرانهما.

**المرحلة السادسة:** بعد كل ما ذكر، تأتي مرحلة انتهاء إجراءات مهمة التحكيم. فيصدر الحكمان قراراً يتفقان عليه، بعد طول مداولة ومناقشة، يضمنانه ما توصلت إليه مهمتهما. فإن وُقِّعاً للإصلاح بين الزوجين، حكما بالجمع بينهما، وحكهما نافذاً، لا سبيل للزوجين أو للقاضي إلى ردّه، وهذا حتماً مبيّئٌ على أنهما حكمان، لا وكيلين ولا شاهدين، ولو كانا من جهة الزوجين.

وإن لم يوفقا في الإصلاح بين الزوجين، وقررا التفريق بينهما، طلقا بما فيه المصلحة، فلا ضرر ولا ضرار، وبيان ذلك:

يكون التفريق بلا خلع، أي بلا مالٍ يأخذانه للزوج من الزوجة، حيث تبثت الإساءة من الزوج. وإن كانت الإساءة من الزوجة، فإن الحكّمين بين خيارين: إما أن يفرقا بينهما بخلعٍ نظير مالٍ يأخذانه من الزوجة ويرد على الزوج. وإما يأمرانه بالصبر عليها، وعدم مكافأتهما بالضرر الواقع منها، إن اقتضت المصلحة ذلك.

أما إن كانت الإساءة منهما معاً، بأن كان كلٌّ منهما يضرُّ بصاحبه، فإنّه والحال هذه، تعيّن إيقاع الطلاق بلا خلعٍ عند أكثر فقهاء المذهب، أو أنها ترضى بالمقام معه، وتصبر وتحتسب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص542.

<sup>2</sup> أحمد العدوي، حاشية على شرح الخرشي على مختصر خليل، (دار الفكر - بيروت، د.ط، د.ت)، ج4، ص9.

<sup>3</sup> الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص516؛ الصاوي، بلغة السالك، ج2، ص516؛ التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، قدرى محمد محمود (دار الصميعي للنشر والتوزيع - الرياض، ط1، 1430هـ، 2009م)، ص262.



وبعد الحكم بما اقتضاه البحث والنظر، يأتي الحاكم، ويخبرانه بما تقرر لديهما، وحكما به على الخصمين، فيقرهما الحاكم وينفذ حكمهما، بأن يقول: حكمتُ بما حكمتما به. ولا يجوز له تعقبه، ولا نقضه.

### مهام المحكمين في القانون الليبي:

نص القانون الليبي تحت المادة رقم (36) من القانون رقم (10) لسنة 1984م، على رفع أمر الشقاق بين الزوجين إلى المحكمة في حال عدم اتفاق الزوجين على الطلاق، وفقا لأحكام قانون المادة رقم (35).

وهنا تتولى المحكمة المختصة بتعيين حكمين لمهمة الإصلاح بين الزوجين، وفق الشروط السابق ذكرها.

وفي الفقرة الأولى من المادة (37)، ألزم المُشَرِّع الليبي الحكمين بحلفٍ يمينٍ أمام المحكمة، على أن يقوموا بمهمتهما بعدلٍ وأمانةٍ؛ ولعل قلة الورع والأمانة في هذا الزمان، هو ما دفع بالمشرع الليبي على التنصيص على هذا القانون، فليس في المذهب المالكي ما يعضد ما ذهب.

نصّت المادة (38) من القانون رقم (10) لسنة 1984م، على ضرورة أن يتعرّف الحكمان على أسباب الشقاق بين الزوجين، وأن يبذلوا غاية الجهد في الإصلاح بينهما، بأي طريقة ممكنة ومشروعة. كما أكدت على ضرورة الاستمرار في مهمة التحكيم، وعدم الانقطاع عنها، مهما كانت الصعاب والعقبات.

ويتضح جلياً شدة حرص المشرع الليبي بنص هذه المادة على لَم شمل الزوجين، والتوفيق بينهما، ومحاولة رأب الصدع بينهما ما أمكن ذلك.

وتحقيقاً لأهم فائدة من الفوائد المرجوة من التحكيم، وهي سرعة البتّ في النزاع، نجد المادة (37) من القانون نفسه، قد نصّت على تحديد مادة التحكيم، على أنّ المحكمة هي من تتولى تحديد تاريخ بدء وانتهاء مهمة الحكمين، بما لا يتجاوز شهراً، وتقوم المحكمة بإخطار الحكمين والخصوم بذلك.

ولها أيضاً حقُّ منح الحكمين مهلةً إضافيةً لإنهاء مهمتهما في حال لم يُوفَّقاً في تقديم تقريرٍ بالنتائج التي توصلوا إليها خلال الفترة الزمنية الأولى. وفي حال عدم تقديم تقريرها خلال المهلة الإضافية الممنوحة لهما، ستضطر المحكمة لتعيين غيرهما للقيام بمهمة التحكيم<sup>1</sup>.

وفي نص هذه المدة ملحظٌ جليٌّ، وهو حرص القانون الليبي على بذل كلِّ ما من شأنه الإبقاء على استقرار الحياة الزوجية واستمرارها.

<sup>1</sup> ينظر: مدونة القانون المدني، والتشريعات المكتملة له، ج1، ص351، 352..

وفي حال عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين، ألزمتها المادة (38) برفع تقريرٍ للمحكمة يُبينان فيه ما تحصّل لديهما من أسباب تؤيد ما توصلّا إليه من نتائج، وتسليم هذا التقرير، تنتهي مهمة الحكمين، وتستلمها المحكمة، للشروع في تطبيق المادة رقم (39) من القرار رقم (10).

ومما يؤخذ على إجراءات كتابة التقرير وتسليمه في القانون الليبي، عدم إعداد نموذج معين لهذا التقرير، أو اشتراط توافر معلومات معينة فيه، تُعين القاضي ومعاونيه على تفرّغه في ملف جلسات القضية. والذي علمته من أهل الاختصاص، أنّ الأمر يتم بطريقة بدائية جدًّا، حيث تتم كتابته يدويًّا، دون أدنى مراعاة للديباجة القانونية.

وتحت عنوان (التطبيق بحكم القضاء)، جاءت فقرات المادة رقم (39) ونصوصها، التي أوضحت أنّ المحكمة هي من ستتولّى مهمة الفصل في النزاع القائم بين الزوجين، بعد أن عجز الحكمان عن الإصلاح.

وأول مراحل عمل المحكمة في هذه المهمة: عقد جلسة سرّية تجمع فيها الزوجين، كمحاولة أخيرة للإصلاح بينهما، فإذا تعدّر عليها ذلك، وثبت الضرر حكمت بالتفريق.

غير أن حكم التفريق حسب نصوص فقرات هذه المادة يأتي على صور عدة:

**أولها:** إذا كانت الزوجة هي المتسببة في الضرر، سواء أكان ماديًّا أم معنويًّا، حكمت المحكمة بسقوط مؤخر الصداق والحضانة والنفقة، مع إلزامها بتعويض الزوج عن الضرر الذي لحق به جراء ما تسببت له فيه من ضرر.

**ثانيها:** إن كان المتسبب في الضرر هو الزوج، قضت المحكمة للزوجة بالتعويض عما لحقها من ضرر، ولها مؤخر الصداق، مع احتفاظها بكامل حقوقها المترتبة على الطلاق.

**ثالثها:** إذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعوى الضرر من الطرف الآخر، والحال أن الطرف الآخر ينكر ما ادّعاه خصمه، واستمر الشقاق بينهما على حال يستحيل معه دوام العشرة واستقامتها، حكمت المحكمة بالتفريق بينهما مع إسقاط حقوق طالب التفريق<sup>1</sup>.

انتهى قانون التحكيم في الشقاق بين الزوجين في القانون الليبي، وبنهايته ينتهي البحث.

**الخاتمة:** فيها أهم النتائج التي توصلت إليها الباحثة:

**أولاً:** لم يعتن القانون الليبي بوضع تعريف اصطلاحيٍّ للتحكيم، لا في المجال التجاري، ولا في مجال الأحوال الشخصية.

**ثانياً:** التحكيم جائزٌ شرعاً، ثابتٌ بنصوص القرآن الكريم، والسنة المطهرة، وإجماع الصحابة رضوان

<sup>1</sup> القانون المدني، والتشريعات المكملّة له، ج 1، ص 352.

الله عليهم.

**ثالثاً:** هناك مجالات يجوز التحكيم فيها، ومجالات لا تقبل التحكيم، ذكرها الفقهاء، ونصَّ عليها القانون الليبي، على اختلاف بسيط بينها.

**رابعاً:** اهتمام الشريعة الإسلامية بالأسرة، وحرصها على أمانها واستقرارها، بمراعاتها لمبدأ إصلاح ذات البين.

**خامساً:** للتحكيم أهمية كبيرة، وفوائد عظيمة منها: الإسراع في فض النزاع، والاقتصاد في المصروفات، وتضييق حجم دائرة الشقاق، لا سيما إن كان الحكمان من الأهل.

**سادساً:** عناية فقهاء المذهب المالكي بتحرير الشروط الواجب توافرها في الحكّمين، وموافقة القانون الليبي عليها وإقرارها.

**سابعاً:** وضعت الشريعة الإسلامية أساليباً علاجيةً للنزاعات الزوجية، راعت فيها مبدأ التدرج والرفق، في تطبيق العقوبة الشرعية. وكيف يمكن تحويل هذه الوسائل التأديبية، إلى إجراءات وقائية.

**ثامناً:** من وسائل علاج الشقاق بين الزوجين تعيين حكّمين للإصلاح بينهما، ومهمة إرسال الحكّمين على الراجح للحاكم أو القاضي، أو من ينوب مناهما.

**تاسعاً:** للحكّمين مهام خاصة يتعيّن عليهما القيام بها، أهمها التعرف على أسباب الخلاف بين الزوجين، لمعرفة الناشر منهما، وأهمها إصلاح ذات البين، ورأب الصدع بين الزوجين.

**عاشراً:** إذا لم يوفق الحكّمان في الصلح بين الزوجين، رُفِعَ الأمر للقاضي للفصل بينهما بما يراه مناسباً، وفقاً للأحكام الشرعية، والنصوص القانونية.

**الحادي عشر:** لم يول القانون الليبي أهمية بشأن إعداد تقرير الحكّمين وحسن صياغته.

## المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي. (2003 / 1424). أحكام القرآن. راجع أصوله وخرّج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا. ط3. بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن جزّي، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزّي الكلبي الغرناطي المالكي. (1998/1418). القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية. ضبطه وصححه محمد أمين الضّناوي. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي. (2004/1425).  
بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: دار الحديث.

ابن فرحون برهان الدين، إبراهيم بن علي اليعمري. (1406هـ/1986م). تبصرة الحكام في أصول  
الأقضية ومناهج الأحكام. ط1. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.

ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (2009/1430). سنن ابن ماجه. تحقيق: تحقيق  
شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد ومحمد كامل قره بللي وعبد اللطيف حرز الله. ط1. بيروت:  
مؤسسة الرسالة العالمية.

أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني. سنن أبي  
داود. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. صيدا - بيروت: المكتبة العصرية.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة. (1409 / 1989). الأدب المفرد. تحقيق  
محمد فؤاد عبد الباقي. ط3. بيروت: دار البشائر الإسلامية.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة. (1422). الجامع المسند الصحيح  
المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري). تحقيق  
محمد زهير بن ناصر الناصر الناشر. ط1. بيروت: دار طوق النجاة.

الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك. (1395هـ / 1975). سنن  
الترمذي. تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض. ط2.  
القاهرة: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.

الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (1407 / 1987). الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية.  
تحقيق أحمد عبد الغفور عطار. ط4. بيروت دار العلم للملايين.

الخطاب، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي. (1412 / 1992).  
مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط3. بيروت: دار الفكر.

الخرشي المالكي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي. شرح مختصر خليل. بيروت: دار الفكر.

الدردير، أحمد. الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك. دار المعارف (مطبوع مع حاشية الصاوي عليه).

الدردير، أحمد. الشرح الكبير على مختصر خليل. بيروت: دار الفكر.

الدرديري، الطاهر محمد الدرديري. (1406هـ). تخریج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الإمام مالك بن أنس. ط1. مكة المكرمة: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي.

الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. بيروت: دار الفكر.

الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي. المعجم الأوسط. تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني. القاهرة: دار الحرمين.

عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي (1409/1989). منح الجليل شرح مختصر خليل. بيروت: دار الفكر.

الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن. (1423/2002). تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي، والمنهج المنتخب للمنجور. ط1. بيروت: دار ابن حزم.

قدري محمد محمود (1430هـ/2009م). التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية. الرياض: دار الصميعي.

البحوث العلمية المحكمة في المجالات العلمية والمؤتمرات الدولية:

سعد الدين صالح دداش. التحكيم في مجلة الأحكام العدلية (دراسة مقارنة لأهم قواعد التحكيم بين الفقه الإسلامي، وقواعد التحكيم الدولية unictal. المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي).

بياض عبد الله. التحكيم بين الزوجين في دعاوى الطلاق من خلال النوازل الفقهية والقانون الوضعي. مجلة المناهل، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا. نوفمبر/2018م.

عبد الله بن رابعة، محمد طلافحة، أوسامة علي الفقير الرابعة. التحكيم في الشقاق بين الزوجين وآليات تطوره في القانون الأردني. مجلة الريعة والقانون. العدد التاسع والثلاثون، رجب 1430هـ - يوليو 2009م.

## الرسائل العلمية المرقونة:

وائل طلال اسكيك. التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة. كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية. غزة. رسالة ماجستير 1428هـ-2007م

هبة أحمد محمد منصور. التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي. جامعة النجاح الوطنية. فلسطين. رسالة ماجستير. 2014هـ.

زكريا أسعد حسن دراوشة. التحكيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المحاكم الشرعية. جامعة الخليل. فلسطين. رسالة ماجستير. 2008م.