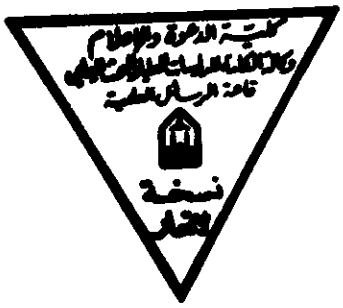
المملكة العربية السعودية
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
كلية الدعوة والإعلام



دعوى الحسبة في الفقه الإسلامي
مقارنة بالنظم المناظرة

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

الجـــــزء الأول

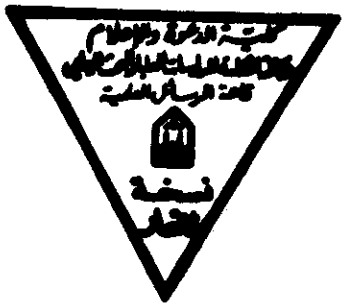
إعـــــداد

الباحث / سعيد بن علي الشبلان

إشـــــراف

فضيلة الشيخ / مناع خليل القطان

الرياض /١٤١٢هـ / ١٩٩٢م



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ أفحكم الجاهلية يبغون * ومن

أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون ﴾

صدق الله العظيم

((سورة المائدة آية ٥٠))

ثبت الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
ثبت الموضوعات	أ
المصطلحات	ح
مقدمة البحث	ي
الباب الأول : في الدعوى	
الفصل الأول : تمهيد	٢
المبحث الأول : تعريف الدعوى	٤
المطلب الأول : في الفقه الاسلامي	٥
المطلب الثاني : في القانون الوضعي	١٩
المبحث الثاني : الفرق بين الدعوى والأفكار الأخرى	٢٥
المطلب الأول : الدعوى والحق الذي تحميه	٢٥
المطلب الثاني : الدعوى والادعاء	٢٩
المطلب الثالث : الدعوى والمطالبة القضائية والخصومة	٤٣
المطلب الرابع : الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء	٥١
المطلب الخامس : الفرق بين الدعوى والطلب القضائي	٥٤
المطلب السادس : شروط قبول الدعوى	٥٨
الفصل الثاني : أنواع الدعاوى	٦١
المبحث الأول : الدعاوى الشخصية والعينية	٦٢
المطلب الأول : تقسيم الدعاوى لتركيزها	٦٢
المطلب الثاني : تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية	٦٥
المطلب الثالث : الدعاوى المختلفة	٦٥
المطلب الرابع : تقسيم الدعاوى العينية إلى منقولة وعقارية	٦٧

المبحث الثاني	**: دعوى الالغاء**	٧١
المطلب الأول	: الالغاء والمشروعية	٧١
المطلب الثاني	: تعريف الالغاء	٧٥
المطلب الثالث	: التعريف بدعوى الالغاء	٨٠
المطلب الرابع	: سلطة القاضي بالنسبة للدعوى بالالغاء	٩١
المطلب الخامس	: دعوى الطعن بالنقض ودعوى الألغاء	٩٤
المبحث الثالث	**: دعوى التعويض**	٩٦
المطلب الأول	: تعريف دعوى التعويض	٩٦
المطلب الثاني	: نشأة دعوى التعويض	٩٨
المطلب الثالث	: اساس مسئولية الإدارة	١٠٠
المطلب الرابع	: التمييز بين أوجه الالغاء في نطاق التعويض	١٠٥
المطلب الخامس	: دعاوى التعويض ضد الإدارة في المملكة العربية السعودية .	١١٠
المبحث الرابع	**: دعوى التأديب**	١١٣
المطلب الأول	: التطور التاريخي لدعوى التأديب	١١٣
المطلب الثاني	: رسالة التأديب في أي نظام من النظم	١١٥
المطلب الثالث	: اجراءات الدعوى التأديبية	١١٦
المطلب الرابع	: الجرائم التأديبية في نظر الاسلام	١٢١
المطلب الخامس	: الدعاوى التأديبية في المملكة العربية السعودية	١٢٣
المبحث الخامس	**: دعوى التفسير وفحص المشروعية**	١٢٦
المطلب الأول	: قضاء التفسير	١٢٥
المطلب الثاني	: دعوى التفسير	١٢٨
المبحث السادس	**: دعوى الزجر والعقاب**	١٣٢
المبحث السابع	**: دعوى المظالم**	١٣٤
المطلب الأول	: نشأة ولاية المظالم	١٣٤

المطلب الثاني : تعريف ولاية المظالم ١٣٤
المطلب الثالث : والي المظالم ١٣٧
المطلب الرابع : اختصاصات والي المظالم ١٣٨
المطلب الخامس : الفرق بين ولاية المظالم وولاية القضاء ١٤٢
المبحث الثامن : دعوى الحسبة ١٤٤
المطلب الأول : حاجة النظم المختلفة لدعوى الحسبة ١٤٤
المطلب الثاني : دعوى الحسبة والدعوى الجنائية ١٤٥
المطلب الثالث : دعوى الحسبة ودعوى الألغاء ١٧٣

الباب الثاني : في أركان دعوى الحسبة

الفصل التمهيدي : ١٨١
المبحث الأول : في تعريف الحسبة وأساسها ونشأتها ١٨١
المبحث الثاني : في وجوب الحسبة ٢٠٧
المطلب الأول : الاتجاه الذي يرى في الحسبة فرض عين ٢٠٨
المطلب الثاني : الاتجاه الذي يرى في الحسبة فرض كفاية ٢١٥
المطلب الثالث : رأينا الخاص في المسألة ٢٢١
المبحث الثالث : أساس الحسبة في الشريعة الاسلامية ٢٢٢
المطلب الأول : أساس الحسبة في الشريعة الاسلامية ٢٢٢
المطلب الثاني : أساس الحسبة في السنة النبوية ٢٢٦
المطلب الثالث : أساس الحسبة في الآثار ٢٢٨
المبحث الرابع : نشأة الحسبة كولاية دينية ٢٢٩
المبحث الخامس : التطبيق العملي للحسبة في عهد الخلافة الراشدة ٢٣٣
الفصل الأول : شروط تتعلق بمحل دعوى الحسبة ٢٤١
المبحث الأول : في دعوة الأمر بالمعروف ٢٤٢
المطلب الأول : دعوى الأمر بالمعروف ٢٤٢
المطلب الثاني : شروط المعروف محل دعوى الحسبة ٢٤٥

المبحث الثاني	: في دعوى النهي عن المنكر	٢٤٦
المطلب الأول	: ماهية المنكر محل دعوى الحسبة	٢٤٦
المطلب الثاني	: شروط المنكر محل دعوى الحسبة	٢٥٠
الفصل الثاني	**: شروط تتعلق بالحق الذي تحميه دعوى الحسبة**	**٢٥٤**
المبحث الأول	: تعريف الحق محل دعوة الحسبة	٢٥٦
المبحث الثاني	: بين الحق والمركز الذي أوجده الشرع الاسلامي	٢٦٢
المطلب الأول	: مضمون الحق في الادعاء جنائياً	٢٦٢
المطلب الثاني	: مضمون الحق في الشريعة الاسلامية	٢٦٤
المبحث الثالث	: في أنواع الحقوق محل دعوى الحسبة	٢٦٧
المطلب الأول	: حقوق تتعلق بالله عز وجل	٢٦٨
المطلب الثاني	: حقوق تتعلق بالآدميين	٢٧١
المطلب الثالث	: الحقوق المشتركة بين الله والعباد	٢٧٢
الفصل الثالث	**: شروط تتعلق برافع دعوى الحسبة**	**٢٨٩**
المبحث الأول	: تحريك الدعوى من قبل الأفراد العاديين	٢٩٢
المطلب الأول	: الشروط التي يجب توافرها في آحاد المسلمين لتحريك الدعوى	٢٩٢
المطلب الثاني	: فيما يجوز للأفراد تحريك دعوى الحسبة	٣٢١
المبحث الثاني	: تحريك الدعوى من قبل السلطة المختصة في المجتمع الاسلامي	٣٢٣
المطلب الأول	: شروط من يتولى الحسبة	٣٢٣
المطلب الثاني	: فيم يجوز للسلطة تحريك دعوى الحسبة فيه	٣٤٥
المطلب الثالث	: في اختصاصات المحتسب	٣٥٦
المطلب الرابع	: مقارنة بين دعوة الأفراد ودعوى المحتسب	٣٨٠

الباب الثالث : بين دعوى الحسبة وبعض النظم المعاصرة

(انظر الجزء الثاني)

الفصل الأول	:	**دعوى الحسبة ونظام المظالم**	**٢٨٤**
الفصل الثاني	:	**دعوى الحسبة ودعوى الالغاء**	**٤٠١**
الفصل الثالث	:	**دعوى الحسبة ونظام الأمبودسمان**	**٤٠٧**
الفصل الرابع	:	**دعوى الحسبة والرقابة البرلمانية**	**٤٢٠**
المبحث الأول	:	عن النظام البرلماني	٤٢٠
المبحث الثاني	:	صور الرقابة التي يمارسها البرلمان	٤٢٥
المبحث الثالث	:	المقارنة بين دعوى الحسبة والرقابة البرلمانية	٤٤٢
المبحث الرابع	:	دعوى الحسبة ونظام المدعي العام	٤٤٨
الفصل الخامس	:	**دعوى الحسبة والنيابة العمومية**	**٤٥٧**
المبحث الأول	:	النيابة العمومية والدعوى العمومية	٤٥٧
المطلب الأول	:	النيابة العمومية	٤٥٧
المطلب الثاني	:	الدعوى العمومية	٤٧٠
المبحث الثاني	:	أوجه الاتفاق والاختلاف بين دعوى الحسبة ونظام النيابة العمومية	٤٧٥
المطلب الأول	:	النظام الاجراني في الشريعة	٤٧٥
المطلب الثاني	:	المباديء العامة للدعوى العمومية في الشريعة الاسلامية	٤٧٦
المطلب الثالث	:	أوجه الاتفاق بين دعوى الحسبة والنيابة العمومية	٤٨٥
المطلب الرابع	:	أوجه الاختلاف بين دعوى الحسبة والنيابة العمومية	٤٨٦
المطلب الخامس	:	دعوى الحسبة ونظام القضاء الإداري الوضعي	٤٩٦

الفصل السادس : دعوى الحسبة وبعض صور الرقابة الذاتية التي تمارس من داخل الأجهزة الإدارية ٤٩٩

المبحث الأول : في مفهوم الرقابة الذاتية ٤٩٩

المطلب الأول : تمهيد ٤٩٩

المطلب الثاني : اختلاف الرقابة الذاتية باختلاف الدول ٥٠١

المطلب الثالث : مدلول الرقابة الذاتية ٥٠٤

المطلب الرابع : صور الرقابة الذاتية ٥٠٥

المبحث الثاني : بعض نماذج الأجهزة الرقابة الذاتية ٥٠٧

المبحث الثالث : في مميزات وعيوب الرقابة الذاتية ٥١٥

المبحث الرابع : بين دعوى الحسبة وصور الرقابة الذاتية ٥١٧

المطلب الأول : الرقابة بين النظم الإسلامية والنظم الوضعية ٥١٧

المطلب الثاني : الأسس الشرعية للرقابة الذاتية ٥٢١

المطلب الثالث : ماهية الرقابة في الاسلام ٥٢٥

المطلب الرابع : في أساليب الرقابة الإدارية في الاسلام ٥٢٧

فصل ختامي عن :

دعوى الحسبة في المملكة العربية السعودية وصور من تطبيقاتها ٥٣٢

تمهيد ٥٣٢

نظام الحسبة في المملكة العربية السعودية ٥٣٣

هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ٥٣٦

نشأة الهيئة وتطورها ٥٤٢

أختصاصات الهيئة	٥٤٧
نظام ديوان المظالم	٥٦٢
نظام تأديب الموظفين	٥٨٥
نظام القضاء	٥٨٨
نظام القضاء	٥٩٤
نظام مكافحة الغش التجاري	٥٩٥
الخاتمة والتوصيات	٦٠٥
المراجع والمصادر للبحث	٦٢١

إيضاح المصطلحات

المشرع ، التشريع ، الشريعة

جميعها مشتقة في اللغة من مصدر شرع بالتخفيف ، والتشريع : مصدر شرع بالتشديد ، والشريعة في أصل الاستعمال اللغوي : مورد الماء .

قال تعالى: ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ﴾ (١)

ويقال: (شرعت الابل) إذا وردت شريعة الماء، ((وشرع له الأمر)) بمعنى سنه والشريعة خاصة بما جاء من عند الله تعالى، ولا يجوز إطلاق هذا على القوانين الوضعية (٢) .

المشرع : في المفهوم القانوني المعاصر (السلطة التي لها حق سن القوانين) وأن نرى أن المفهوم الاسلامي لكلمة (مشرع) هو الله سبحانه وتعالى .

التشريع : في المصطلح القانوني (مجموعة القوانين العليا) التي لايمكن مخالفتها من الأدنى، وهي طريقة سن القوانين عن طريق مجالس نيابية في المفهوم المعاصر ، (وأنا أرى أن التشريع هو ماشرعه الله ورسوله للعباد من العقائد ، والعبادات ، والأخلاق ، والمعاملات ، ونظم الحياة) (٣) .

الفقه : الحروف في هذه الكلمة تعني الإدراك للشيء والعلم به وكل علم بشيء فقه ، ثم اختص بذلك علم الشريعة . إذاً الفقه في الأصل العلم بالشيء ، والفهم له ، ثم أصبح عرفاً خاصاً أن يطلق (الفقه) على الفهم في الدين ، ومجموعة أحكام الدين من عبادات ،

---

(١)سورة الجاثية : آية ١٨ .
(٢) فضيلة الشيخ مناع خليل القطان (التشريع والفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ١٤٠٦هـ ص ١٦)
(٣) المصدر السابق ص ١٥ .

ومعاملات ، وأخلاق ، ونظم ، تسمى في مجموعها بالفقه : إذاً الفقه : هو مجموعة الأحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية . (١) والفقه في لغة القانون الوضعي (المرجعية) في فهم وتعريف النصوص .

الفقيه : هو الشخص المتمكن من فهم النصوص القانونية وحكمها في (النظام الوضعي) أما في الاسلام فإن الفقيه : هو العالم القادر على استنباط الأحكام من النصوص الشرعية ـ الكتاب والسنة ـ والعلم الشرعي بأصوله الكلية والجزئية .

القانون : هو مجموعة القواعد التي تنظم حالة معينة سواء أكانت حالة مادية أم معنوية بين أشخاص حقيقيين وأشخاص اعتباريين، وهي كلمة تستعمل في إطار القوانين الوضعية . (فالقانون إذاً يطلق على مجموعة القواعد والمبادئ والأنظمة التي يضعها أهل الرأي في أمة من الأمم ، لتنظيم شئون الحياة الاجتماعية ، والاقتصادية ، والسياسية ، استجابة لمتطلبات الجماعة ـ والقانون في المفهوم الغربي لا اعتبار فيه للعقيدة الدينية ومثل هذه القوانين قد يسميها الناس أو المعاهد والجامعات تجاوزاً ، الشرائع الوضعية . (٢)

النظام : هو مجموعة القواعد التي تنظم وتسير حالة إنسانية مشتركة بين الناس (في القوانين الوضعية مستمدة من الحاجة ، وفي الإسلام مستمدة من الكتاب والسنة) .

ملحوظة :

إن حدث استخدام مصطلح كلمة التشريع في هذا البحث فسوف أنوه إلى كلمة (التشريع الإسلامي) ومصطلح (التقنين الوضعي) و (الفقه الوضعي) و (الفقه الإسلامي) لبيان المصدر في ذلك الاصطلاح وإن حدث أن استعملت كلمة تشريع لمفهوم القوانين الوضعية فذلك لايعتبر اقراراً مني بشرعية المصطلح بقدر ماهو خطأ شائع في كتب القانون .

---

(١) المرجع السابق ص ١٢١ .
(٢) المرجع السابق ص ١٣ . بتصريف .

المقدمـــــة

الحمد لله رب العالمين ، سبحانه وتعالى الرحمن، علم القرآن، خلق الإنسان، علمه البيان ، والصلاة والسلام على محمد وآله نبي الهدى والعدل أرسله ربه رحمة للعالمين فكان نوراً ، وقال عنه ﴿ يأيها النبي إنا أرسلناك شاهداً ومبشراً ونذيراً وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً ﴾ (١) .. فارقنا صلى الله عليه وسلم بعد أن أتم الله شريعته وأحكم آياته فقال تعالى : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا ﴾ . (٢) وبعـــــد ،،،

فإن الإسلام دين ونظام حياة ، والحياة فيه لاتعني الحياة الدنيا ، وإنما تعني الدنيا والآخرة فالحياة ممتدة وخالدة ولا نهاية لها ، ومن هنا كان الإسلام نظاماً خالداً، وممتداً بامتداد حياتي الدنيا والآخرة .

ولكي تستقيم هذه الحياة فقد أوجد الاسلام قواعد للفرد وقواعد للأسرة وقواعد للحكم والادارة توصف في مجملها (بأحكام الشريعه) ، هذه الشريعة تحكمها قواعد لم تتوافر لنظام مثل ماتوافرت للنظام الإسلامي وهذه القواعد هي التوحيد (الحرية) (حرية الانسان من العبودية لغير الله .. فلاعبودية لوطن أو قومية أولرئيس .. أو خلافه) بل لله الواحد الأحد)

---

(١) سورة الأحزاب آيه ٤٥، ٤٦.

(٢) سورة المائدة آية ٣ .

ومن هذه القواعد أيضاً العدالة ، والمساواة، والتكافل الاجتماعي ، والأخوة الايمانية ، والكرامة الانسانية وهي من أهم هذه القواعد لأنها تعني حفظ الحياة من الناحية الأدبية ، ولذلك أكد عليها القرآن الكريم في مواضع عدة فقال تعالى : ﴿ **ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين** ﴾ (١) ، وقال تعالى : ﴿ **ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات** ﴾ . (٢)

ونظام الإسلام لكي يكون مستقيماً لاعوج فيه فإن الشرع قد أحاطه بمجموعة من الواجبات ومجموعة أخرى من المحظورات وفوق ذلك فهناك التزام هام بمقاصد الشريعة والمقاصد هي المحافظة على الكليات الخمس وهي : الدين ، والعقل، والمال ، والنسل، والعرض ، غير أن الشريعة لم تكتف بوجوب تحقيق هذه الركائز ، والالتزام بتحقيق ما أوجبه وتجنب مانهى عنه وغير ذلك من الدعائم التي يقوم عليها المجتمع الإسلامي وعلى أساسها تقوم دولته ، وإنما زاد على ذلك الجانب مجموعة من الضمانات التي تكفل التزام السلطة في المجتمع الاسلامي بهذه القواعد والتي تحول أيضاً دون خروجها عن الحدود المقررة فيها وتضمن ترتيباً على صيانة حقوق الأفراد وحماية حرياتهم العامة فضلاً عن صيانة حقوق المجتمع من أي انتهاك أو مساس بها .

وتتمثل هذه الضمانات في قواعد ثلاث تمثل جميعها ركائز أساسية ليس فيما يتعلق بنظام الحكم فحسب ، وإنما تعد الإطار العام المحكم الذي تلتزم به السلطة في أي مجتمع اسلامي كما يلتزم به الأفراد في علاقاتهم بعضهم ببعض وتتمثل هذه الضمانات في قواعد من أهمها أمانة الحكم، والكل مسئول ، الشورى ، والحسبه)) .

---

(١) سورة المنافقون آيه ٨ .
(٢) سورة الإسراء آيه ٣٠ .

ونظام الحكم في الإسلام مرتبط بالشورى من حيث أن الحاكم أو الخليفة لايصل إلى الحكم إلا عن طريق الشورى في بيعة، خاصة أو عامة وذلك مثلما حدث لأبي بكر الصديق رضي الله عنه في يوم السقيفة أو كما حدث لعمر عندما وصى الخليفة أبو بكر مجلس الشورى أن يرشح للإمارة من بعده أو كما حدث لعثمان عندما اختاره مجلس الشورى الستة أو كما حدث لعلي عندما اختاره مجلس الشورى لكي يقوم بالأمر من بعد عثمان .

هذه النماذج الأربعة كلها تقوم على مبدأ الشورى الاسلامي الذي يعتمد على النص الكريم ﴿ **وأمرهم شورى بينهم** ﴾ (١) وقوله تعالى : ﴿ **فاعف عنهم واستغفر لهم ، وشاورهم في الأمر** ﴾ (٢) والأحاديث الشريفة التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الخصوص . (٣)

بهذا تقوم العلاقة بين الشورى والحاكم بحيث تهدف إلى الوصول إلى مصلحة المسلمين والرأي الصواب وتأليف القلوب بين الحكام والرعيه ، كما يكفي هذه القاعدة إسهام الأمة في إدارة شئونها وعدم مخالفة أحكام الشرع الاسلامي لأن القرار بالشورى لن يخرج إلى حيز الوجود والتنفيذ إلا بعد مشاورة مجلس الشورى والذي يهدف بعد البحث والاستقصاء مصلحة جماعة المسلمين .

---

(١) سورة الشورى آيه ٣٨ .
(٢) سورة آل عمران آيه ١٥٩ .
(٣) انظر بحثنا (الشورى بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة) للباحث، الرياض ، ١٤١٢هـ .

والشورى في الإسلام تقوم على مبدأ المسئولية الفردية حيث لايوجد في الإسلام من يمكن أن يكون بمنأى عن المسئولية ، فكل مسلم مسئول عن تصرفاته وأفعاله أمام الله عز وجل في الآخرة من ناحية ، وأمام ضميره من ناحية ثانية وأخيراً أمام المجتمع الاسلامي ممثلاً في مجلس الشورى .

وتمتد المسئولية في الإسلام لتشمل سائر التصرفات العامة والخاصة أي للحكام والمحكومين على حد سواء ، فإلى جانب المسئولية الفردية للأفراد فإن الحكام مسئولون أمام الله وأمام المجتمع وأمام أنفسهم فلا يتميز الحكام في الإسلام بأية ميزة عن آحاد المسلمين بل هي أمانة الحكم وأمانة المسئولية تلقى على عاتقهم فيصبحون أجراء للامه كما يقول أحد الصحابة لمعاوية : السلام عليك أيها الأجير ، فلما قيل له: قل : السلام عليك أيها الأمير قال: إنماهو أجير استأجره الله لخدمة الأمة .

أما القاعدة الثالثة (فهي الحسبه) والقضاء :

فنظام القضاء في الإسلام ليس هناك مايشبهه في أي نظام قضائي إذ كان يقوم على العدل المطلق والعدل يتمثل في أن جميع أفراد الأمة يخضعون لأحكام القضاء حكاماً ومحكومين وعندما أثير سؤال حول كيف يحكم القاضي على الخليفة وهو يعين بواسطته ؟ أجاب الفقهاء بأن تعيين الخليفة للقاضي لايعني أن يكون القاضي خاضعاً لسطانه فهذا التعيين نوع من القرارات الإدارية التي تجدد الولاية واستدلوا على ذلك بأن القاضي لايعزل بموت الخليفة بينما يعزل الوزراء .

وقد كان القضاء ولاية مستقلة، كما أن الحسبة أيضاً ولاية مستقلة، بل تفوق ولاية القضاء في بعض الأحيان حيث أن المحتسب يمكن أن يحتسب على القاضي .

والحسبة من القواعد التي قررها الإسلام وعدها من القواعد الأساسية لحفظ كيانه الأساسي وإقامة صرح المجتمع الاسلامي ، فمن هذا النظام يستمد الأفراد لأنفسهم الحق في ممارسة الرقابة على الهيئات الحاكمة في الدولة الإسلامية ، كما ينتج من ناحية ثانية حفظ نشاط الأفراد على النحو الذي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وذلك بمقتضى دعوى الحسبة والتي تستند على الأصول العامة التي جاء بها الإسلام وهي الكتاب والسنة والإجماع ،وهي تقوم على واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لأفراد السلطة العامة من ناحية ، ولأفراد الجماعة الإسلامية من ناحية ثانية ، ولذلك عد الإسلام أول نظام يتيح للأفراد العاديين تحريك الدعوى ، كما يتيح للسلطة المختصة بحسب ماينظمه المجتمع تحريك الدعوى العمومية .

وبذلك ينفرد النظام الإسلامي من غيره من سائر النظم ، كما أنه يسبق أعظم النظم المعاصرة تقدماً لأنه لايوجد حتى الآن أي نظام يتيح للأفراد العاديين تحريك الدعوى (دون أن يكون لهم مصلحة شخصية لإلزام السلطة حد القانون او أن يكون لهم اختصاص عملي في حين أن الإسلام يتيح مثل هذه الدعوى للمسلم لمجرد توافر هذه الصفة فيه) .

هذه هي الركائز الثلاث التي قام عليها النظام الاسلامي وسوف أقصر البحث على الجزء الخاص بالحسبة في هذه الدراسة .

أهمية الموضوع :

أشرت في السطور السابقة أن دراستي في هذا البحث ستقتصر على دعوى الحسبة في الفقه الاسلامي ، وقد قمت بدراسة هذا الموضوع دراسة مقارنة بالنظم المناظرة له سواء في النظام الإسلامي أو النظم الوضعية ، وترجع أهمية الموضوع إلى مايأتي :

١ - أن دعوى الحسبة أو الدعوى العمومية والشعبية التي نتعرض لها زالت تمثل عطاء متجدداً يجسد عظمة الإسلام ، وصلاحيته للتطبيق والوفاء بحاجة البشرية في كل زمان ومكان ،وهذه الدعوى تستمد أساسها من واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر اقامة الإسلام لحفظ كيان الدولة الاسلامية والتزام أفرادها بقواعده، ومن ثم فإن من يقوم بتحريك الدعوى يسمى محتسباً سواء أكان ممثلاً للسلطة العامة أم كان من آحاد المسلمين .

وقيام ممثل السلطة بتحريك الدعوى العمومية ضد من ينتهك أحكام الإسلام ، فضلاً عن أن تحريك الدعوى من قبل الأفراد العاديين لم تعرفه حتى الآن أعرق النظم المعاصرة إلا بشروط وأوضاع خاصة لاتعطي للفرد العادي حق تحريك الدعوى إلا إذا توفرت فيه شروط من بينها (الصفة) و (المصلحة) كشرطين أساسيين لتحريك دعوى (الإلغاء) ومن ثم لا يجوز للفرد أن يرفع دعوى مباشرة إذا وقع اعتداء على قواعد النظام لمجرد كونه فرداً في المجتمع إلا بتوفر هذين الشرطين ، في حين أن الإسلام يتيح لآحاد المسلمين بمقتضى هذه الصفة تحريك دعوى الحسبة في كل حالة تنتهك فيها الواجبات أو يترك فيها المعروف وكذلك في حالة فعل المحرمات التي جاء النهي عنها .

على أنه إذا كنت قد أشرت إلى أن دعوى الحسبة تتيح للسلطة العامة ضبط نشاط الأفراد بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وأهدافها في الواجبات والنواهي والمكروهات ، كما يتيح في ذات الوقت للأفراد العاديين أن يبسطوا رقابتهم على السلطات العامة ، فإن ذلك يؤدي إلى أن ضبط السلطة في حدودها ، وتجد الشرعية قيمتها واحترامها حيث يتحقق للسلطة بمجموع درجاتها الأمة والشعب ومن ورائها الخضوع لسلطان أعلى منهم جميعاً ، أقوى وأكبر (كتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم) ، لأن المباديء المتمثلة في قواعد الشريعة ليست من صنع أيديهم ولكن من صنع الله عز وجل ، هنا تجد السلطة حدودها ، وتجد الشرعية قيمتها واحترامها ويكون الحكم لله ويكون الشرع منصفة والكل من بعده حاكماً ومحكوماً خاضع ومطيع ، الأمر الذي يحقق عن طريق (دعوى الحسبة) حفظ الدين وسياسة الدنيا بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية .

٢ - كما أن أهمية الموضوع ترجع إلى أن الإسلام وأن أوجد وسائل لحماية مجتمعة من أي انتهاك لقواعده من الأفراد أو السلطة العامة عن طريق الدعاوى العادية وعن طريق وجود عقوبات في حالة مايستوجب إقامة حد أو قصاص أو تعزير .

إلا أن هذه العقوبات جميعاً علاجّ لشر قد وقع بالفعل ، فضلاً عن أنه قد يترتب على هذه المخالفة آثار وخيمة لايمكن للأمة الإسلامية كما لايمكن للأفراد إزالتها أو تداركها وتلافي آثارها ، في حين أنه بدعوى الحسبة يمكن الحيلولة دون وقوع هذا الشر المترتب على مخالفة قواعد الاسلام . (وكما يسمى في المفهوم المعاصر منع الجريمه قبل وقوعها اى سد باب الشر والجريمه عن طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)

٣ ـ كما أن أهمية دراسة الحسبة ترجع إلى سبب آخر لايقل عما سبق أن سقته أهميـة وخطورة ويتمثل ذلك في أن كثيراً من نظم الإسلام وقواعده يتوقف على أعمال الحسبة فالحسبة تقام على الوالي أو الخليفة أو الحاكم وكذلك على الأمير وكل من يتصل بنظام الحكم من الوزراء وحكام الأقاليم ، كما أنها تقام على القضاة وعلى المواطنين الذين يقومون بأعمال هامة ، كما أنها تقام حتى على أعضاء مجلس الشورى . من هنا نجد أن الحسبة لها دور فعال ونشط على كل أجهزة الدولة الإسلامية كما أنها لها رقابة دائمة ومستمرة ، وكل ذلك من أجل سلامة النظام وحسن الأداء في كل مرفق من مرافق الدولة .

٤ ـ أن كثيراً من آداب الإسلام وفروضه ومراسمه يتوقف على حسن القيام بأعمال دعـوى الحسبة فهي مراقبة لهذه الآداب ومحافظة على القيام بها خير قيام من قبل الأفراد والهيئات والمجتمع ككل ، ومن ثم يحق لنا أن نقول أن دعوى الحسبة يتوقف عليها حفظ النظام العام في الدولة الإسلامية بكل أبعاده التعبيرية والخلقية ، والاجتماعية ، والسياسية ، والاقتصادية ، وإذا كان هذا الواجب على هذه الخطورة والأهمية فإنه يكون بالتالي أولى الموضوعات بالبحث والدراسة في كل جانب من جوانب هذا النظام الفريد الذي لايوجد إلا في الإسلام .

٥ ـ كما تظهر أهمية دراسة موضوع (دعوى الحسبة) في الفقه الإسلامي أن كثيراً مـن الأنظمة المناظرة ، كنظام القضاء الإداري في مصر وفرنسا ، ونظام الامبودسمان Ombudsman في السويد ونظام المفوض البرلماني في بريطانيا ، وبعض صور الرقابة

الشعبية والإدارية التي تمارسها الإدارة على نفسها ، تدعي هذه الأنظمة متباهية بالسبق في هذه المقام في حين أن نظام الحسبة ودعواها يتميز بأنه يحيط بهذه الأنظمة جميعاً، ويتفوق ويسمو عليها جميعاً ، بل إننا نقرر أن الحروب الصليبية قد أفادت الغرب في تطور معظم أنظمته وقواعده مثل (قاعدة المسئولية الفردية ، ونظرية التوحيد البروتستانتي .. والخروج من عبودية الباباوات ولكن التعصب الصليبي منعهم من الأخذ بالعقيدة الاسلامية) .

٦ ـ كما أنه إلى جانب ذلك كله فإن دراستنا لدعوى الحسبة في الفقه الإسلامي ، ينبغي في المقام الأول فضلاً عن إثبات تفرد النظام الإسلامي وتميزه على سائر النظم إثبات قابلية هذا النظام للتجديد والتطبيق بما يتفق مع الأصول التي أرساها الاسلام مما من شأنه أن يؤدي إلى مرونة النظام الإسلامي وصلاحيته لإيجاد نظم مؤثرة وفعالة تستند في جوهرها واساسها وبيانها لقواعد الإسلام ومبادئه وأصوله الراسخة ، ومن ثم يبقى الإسلام دوماً وابداً كما أراد الله له أن يكون ـ نظاماً أبدياً وعطاءً متجدداً يصلح لكل زمان ومكان ويجابه أحوال وظروف كل مجتمع .

* ***الفرق بين دراستي هذه والدراسات المتعلقة بموضوع الحسبة :***

لقد طوفت بكتب الفقه وتيسر لي الوقوف على العديد من الدراسات الفقهية التي تعرضت لموضوع الحسبة ، فقد تعرض لها الكثير من الفقهاء القدامى كأصل من أصول الإسلام وصرح من صروحه ،من هؤلاء الإمام ابن تيمية في مؤلفه القيم (الحسبة

في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية) والإمام أبي حامد الغزالي في مصنفه إحياء علوم الدين عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والإمام الماوردي في كتابة (الأحكام السلطانية) وكذلك الإمام أبو يعلى الفراء في كتابه الأحكام السلطانية أيضاً ، والإمام القلقشندي في مصنفه (مآثر الأناقة في معالم الخلافة) فضلاً عن تعرض كثير من المحدثين من الفقهاء المعاصرين أمثال الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه القيم (السياسية الشرعية ونظام الدولة الإسلامية)، والأستاذ/ محمد المبارك في كتابه (نظام الإسلام ـ والحكم والدولة) والشيخ ابراهيم الشهاوي في كتابه المختصر عن الحسبة في الإسلام) والدكتور فؤاد النادي في كتابه (مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الاسلامي) والمستشار الدكتور على محمد جريشة في مؤلفه (المشروعية الإسلامية العليا) والدكتورة سهام مصطفى في (الحسبة في مصر الإسلامية) والدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه (نظام القضاء في الشريعة الإسلامية) .

فضلاً عن وجود بعض البحوث التي حاولت المقارنة بين الحسبة أو دعوى الحسبة ببعض النظم المعاصرة كبحث (الدكتور محمد أنس جعفر عن نظام (الأمبودسمان) مقارناً بنظام المظالم والحسبة (مجلة العلوم الادارية المصرية السنة ١٤ عدد أول ابريل ١٩٧٥م ، وبحث الدكتور عبد الرازق علي الأنباري (المحكمة العليا في الإسلام ـ أو النظر في مظالم الرعية) بحث منشور في مجلة المؤرخ العربي التي تصدرها الأمانة العامة لاتحاد المؤرخين العرب ، بغداد عام ١٩٨٤م) وبحث الدكتور عبد الفتاح

حسن (القضاء الإداري في الإسلام) المنشور بمجلة مجلس الدولة المصرية الأعداد الشهرية ٨ ، ٩ ، ١٠ عام ١٩٦٠م ، فضلاً عن تعرض من كتب في نظام القضاء لموضوع الحسبة أو الإشارة اليها من هذه الكتب شرح آدب القاضي للخصاف ، وأدب القاضي والقضاة للقيس ، والأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام للإمام القرافي ، والقوانين الفقهية للكلبي ، وقواعد الأحكام في قضاء الانام للعز بن عبد السلام ، وأعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية والطرق الحكمية في السياسة الشرعية لذات المؤلف القضاء في الإسلام للشيخ محمد سلام مذكور ، والقضاء في الاسلام للدكتور إبراهيم نجيب ، القضاء في الفقه والسنة للشيخ محمد أنيس عبادة ، المدخل في دراسة القضاء الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ، تاريخ القضاء في الإسلام للدكتور أحمد عبد المنعم البهي ، تاريخ القضاء في الإسلام لابن عرنوس ، نظام القضاء في الإسلام للمستشار جمال المرصفاوي ، نظام القضاء في الاسلام للدكتور إبراهيم عبد الحميد .

وهناك بعض الموضوعات الجادة السابق في مجال الحسبة منها :

* عبد العزيز بن محمد مرشد ، نظام الحسبة في الاسلام ، رسالة ماجستير ، منشورات الرياض المعهد العالي للقضاء ، والرسالة دراسة مقارنة ، وقد تناول الباحث الحسبة في الاسلام بوجه عام ، وإن كانت الرساله قد درست الموضوع بجدية إلا أنها لم تهتم بالمقارنة كما أنها لم تدرس الحسبة من حيث هي دعوى ومقارنة وذلك بالقوانين الوضعية .
* عبد الرحمن بن ابراهيم بن عبد العزيز الوهيبي ، دور الاحتساب وواقعه المعاصر ،

رسالة ماجستير غير منشور (الرياض المعهد العالي للقضاء) وواضح أن الدراسة تطبيقية وهي مفيدة في مجال البحوث التطبيقية حيث قام الباحث بتطبيق الدراسة على قطاعات مختلفة من الحرفيين وغيرهم ، وواضح أنها تختلف تماماً عن موضوع دراستي هذه .

* قاسم أحمد ابراهيم غزال ، وظيفة المحتسب في مكافحة الكسب غير المشروع ، رسالة ماجستير غير منشورة ، الرياض ، المعهد العالي للقضاء وواضح أن الرسالة تهتم بالمحتسب وليس بالحسبة وهذا جانب هام ولكنه لم يتكامل حتى يمتد ليشمل النظام ذاته وعلاقته بالجرائم العامة ونزاهة الوظيفة .

* عبدالله بن رشيد بن محمد الحوشاني ، أثر هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بمدينة الرياض بحث مكمل للماجستير ، غير منشور ، الرياض كلية الدعوة والإعلام ، أشار فيه الباحث إلى تحكم والي الاحتساب على منكرات الأسواق والمشاكل والصعوبات التي تعترض هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في النواحي الإدارية والمالية .

وواضح أن هذه دراسة وصفية تقريرية لهيئة قائمة الآن، ولم تتطرق إلى ماينبغي أن يكون عليه نظام الحسبة ، كما أنها لاعلاقة لها بدعوى الحسبة التي نحن بصدد تقديمها كدراسة عن دعوى الحسبة .

* عبد الرحمن بن حمود الأطرم ، الاحتساب على أسواق الرياض ، بحث مكمل للماجستير ، غير منشور ، الرياض كلية الدعوة والاعلام ، وقد أشار فيه الباحث إلى دور هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في أسواق الرياض ، وهذا البحث مشابه للبحث السابق

أو مكمل له .

* سالم بن شديد بن سالم الحربي ، الحسبة في فكر الشيخ محمد بن عبد الوهاب ، بحث مكمل للماجستير غير منشور ، الرياض ، كلية الدعوة ، وهذا البحث يعد بحثاً تاريخياً في الحسبة وتطبيقاتها المختلفة بالنسبة للشيخ محمد بن عبد الوهاب .

* عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ ، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بين الماضي والحاضر ، كتاب منشور ، الرياض ، ١٤٠١هـ ، وقد خصص الباحث الجزء الأكبر من كتابه للمنكرات الحديثة والمعاصرة التي أبتليت بها المجتمعات الإسلامية وعمت بها البلوى، كما أشار إلى واجبات الدولة للحد من سلبيات هذه الأمور الوافدة .

وإذا كان هؤلاء قد دارت مؤلفاتهم حول موضوع الحسبة أساساً ، أو في نظام القضاء عموماً وأشاروا إلى الحسبة كجزئية من موضوعات مؤلفاتهم إلا أن تناولهم كان بعيداً عن موضوع (دعوى الحسبة) كدعوى شرعية منظمة لها من الاختصاصات الكثير بحيث أنها تشمل الدعوى الشعبية التي يمكن لآحاد المسلمين تحريكها ضد الأفراد أو الهيئات أو الأدارات الحكومية أو حتى الخليفة فضلاً عن الدعوى الشرعية (العامه أو الخاصة) المعروفه بالدعوى المنظمة والتى تباشرها السلطات المختصة في الدولة سواء كان من القضاء أو اللجان القضائية .

كما أن هذه الدراسات السابقة قد تناولت الموضوع إما من الناحية التاريخية أو الفقهية البحته وهي تعد أيضاً تاريخية لأن الفقه مرتبط بعصر معين وهذا جعل من المتعذر على هذه الدراسات أن تواكب الحلول المعاصرة التي يحتاجها المجتمع الإسلامي اليوم .

كما أن هذه الدراسات لم تتناول الموضوع كوسيلة من الوسائل التي قررها الإسلام لحماية قواعد الشريعة واقتضاء الحقوق ورفع المظالم وحماية النظام العام والآداب العامة للحسبة والتي سوف نراها من خلال هذا البحث تشمل كل أنواع الدعاوى التي ابتكرها واضعو القوانين الوضعية المعاصرة .

ومن ناحية أخرى فإنني قدمت في هذه الدراسة منهجاً عملياً قابلاً للتطبيق في المجتمعات الإسلامية . قد تكون الاشارة اليه تصريحاً .. أو تلميحاً .

وأخيراً فإن المقارنات التي عقدتها بين دعوى الحسبة والنظم المشابهة سواء النظم الاسلامية أم النظم الوضعية يجعل من هذا البحث بإذن الله خطوة جديده متواضعه يلزم الباحثين أكمال ما نقص وتطوير ما حسن وتصحيح ما كان للصواب مجافياً .

هذا وقد تعرضت في هذا البحث للدعوى بصفة عامة ، وتحدثت عن الشروط التي تحميها والشروط التي تتعلق برافع الدعوى أو صاحب الحق في تحريكها ، ثم تعرضت للفرق بين الحسبة وبين مايشبهها من نظم فقارنت بينها وبين نظام المظالم ، ونظام القضاء في الاسلام ونظام القضاء الإداري في النظم الوضعية ، ونظام النيابة العمومية ، كذلك عقدت

مقارنة بين هذه الدعوى وبعض صور الرقابة الذاتية التي يمكن أن تمارسها الإدارة على نفسها .

كل ذلك قد جعل من مجال دراستي مجالاً شاقاً وواعراً ومتبايناً عن الدراسات السابقة عليه ، ولكن مما يخفف من صعوبة هذا العبء هو ماأبغى الوصول إليه من أهداف ولعل أهمها هو محاولة تقعيددعوى الحسبة وجعلها دعوى شاملة لكل الدعاوى ، ولاسيما وأننا في المملكة العربية السعودية ـ بحمد الله ـ نعيش في كنف الشريعة الإسلامية وهي المصدر الاساسي لكافة النظم ، فضلاً عما تسعى إليه بعض البلاد الإسلامية والتي ينادي المصلحون فيها بضرورة تطبيق شرع الله .

فهذه الدراسة أقدمها لله أولاً ولخدمة المسلمين في كل مكان لعل الله أن يهدي بها واليها أقواماً ، وهذا هو الجزاء الذي أطمع أن نستوفيه جزاء هذا الجهد المتواضع .

وأعتقد بفضل الله وكرمه أنني قد أسهمت بجهد متواضع مع غيري من الباحثين في جانب الدراسات التي تدور حول السياسة الشرعية في الإسلام .

* *التساؤلات التي أجاب البحث عليها :*

أجاب هذا البحث ـ بمشيئة الله على عدة تساؤلات قد تدور في أذهان المفكرين في هذا العصر ، وهي :

- ماهي الدعاوى التي كفلها الإسلام لحماية المجتمع ؟ ونظامه العام ؟ وحقوق الأفراد وحرياتهم العامة ؟

- وهل عرف الإسلام دعوى المشروعية أو دعوى القضاء العيني أو الموضوعي ، أو ما يطلق عليه في النظم الوضعية بسيادة حكم القانون ؟

- وهل عرف الإسلام نظام الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة ؟ وما مدى أو نطاق هذه الرقابة ؟

- وهل تختلف دعوى الحسبة عن نظام المظالم ؟ وما مدى الاتفاق أو الاختلاف بينهما ؟ وما مدى تشابه دعوى الحسبة ببعض النظم المناظرة في العصر الحديث ؟

- كيف سبق الإسلام بقواعده الكلية أو التفصيلية وأصوله الشاملة العالم المعاصر في حماية الحقوق العامة والخاصة عن طريق دعوى الحسبة ؟ وكيف أوجد المباديء والاسس النظرية والعملية لتحقيق العدل بين الناس ؟ (وأظهار مبدأ المسئولية الفردية الذي لم يعرف في الغرب الا في القرن السادس عشر) .

هذه الأسئلة وغيرها يجيب عليها هذا البحث باذن الله تعالى لكي يسهم إسهاماً متواضعاً فيما يهم أمر المسلمين .

* الفترة الزمنية للبحث :

يختلف هذا البحث عن الأبحاث الأخرى في أنه لايدرس الحسبة دراسة تاريخية بل دراسة تصور لمفهوم معين يجعل منها دعوى يمكن عن طريقها الاحلال محل النظم التي سأتحدث عنها ، ومن هنا جاءت الدراسة شاملة لتاريخ الحسبة من حيث كونها فكرة لا من حيث كونها نظاماً مطبقاً في حقبه معينة محددة ومن هنا أقول أننا لانستطيع أن نتقيد بالزمان ولا بالمكان ولا بالمذاهب المختلفة .

وانما تعقبت الفكرة في مصادرها الأولى وفي تحليلاتها عند أصحاب الدراسات السابقة وانطلقت بها إلى العالم المعاصر لكي أضعها في مقابلة النظم الوضعية وقد بدت وسط هذه النظم أنها سامية وليس معنى ذلك أنني قد أهملت الجانب التاريخي فلقد وقفت معه عندما كان الأمر يقتضي ذلك فمن ذلك مثلاً كان لابد أن أبين مظاهرها في عهد النبوة وكذلك في عهد الخلافة الراشدة ، ونشأتها عند المفكرين والفقهاء منذ النهضة الإسلامية في العصر الذهبي ، وكذلك لابد أن أنهي البحث بالتطبيقات المختلفة في المملكة العربية السعودية من أجل ذلك فمن المتعذر التقيد بفترة زمنية أو مكانية معينة .

* مناهج البحث :

لاشك أن بحثي هذا من البحوث الشاملة والتي طفت فيها بمعظم العلوم الإسلامية سواء منها ما يتصل بتاريخ التشريع أو فلسفته أو علوم الفقه وأصوله ، أو أصول الدين (العقيدة) أو السياسة والاجتماع ، لذلك فمن البدهي أن أعتمد على مناهج متعددة ولكن

المناهج التي اتخذتها كركيزة أساسية ليقوم عليها هذه البحث هي :

أولاً : المنهج التاريخ : وهو ضروري لأن تاريخ الفكـــرة وتطورهـــا مـــن الأهـداف الرئيسة التي أسعى إليها .

ثانياً : المنهج التحليلي المقارن وهذا المنهج يعد مكملاً للمنهج السابق فالأفكار التاريخية لابد لها من تحليل ثم مقارنة ، إذن فالمنهجان لايمكن أن يستغنى إحداهما عن الآخر في هذا البحث بالذات .

ثالثاً : منهج الاستقراء: وهذاالمنهجوإن كان يشبه المنهج التاريخـــي إلا أنه يختلـف عنه في أنه يتتبع الجزئيات ثم ينتهي منها إلى كليات عامة في ظاهرة محددة ولذلك كان لابد أن أستعين به في بحثنا هذا .

رابعاً : وإذا كنت قد قمت بالمقارنات مع النظم المعاصرة فلابد أن أقدم نقداً سواء أكان ايجابياً أو سلبياً ، لذلك استخدمت المنهج النقدي .

وأريد أن أنبه أن هذه المناهج لاتوجد مستقلة ولا مختصة بفصل أو باب كل على حدة وإنما هي تعمل كوحدة واحدة لا انفصال بينهما في الزمان والمكان بالإضافة إلى منهج الباحث نفسه وما تفرزه شخصيته من سمات تطبع هذا البحث ، وإن كان السعي أن يكون البحث موضوعياً بقدر الإمكان إلا أن الباحث لابد أن يكون له منهجه الخاص والذي يميز بحثه عن الأبحاث الأخرى ويميز شخصيته عن الشخصيات الأخرى .

وأريد أن أنبه إلى أن المقارنة التي عقدتها لانقصد منها على الإطلاق أن نتلمس أوجه

الشبه أو الاختلاف مع ما انتهت إليه النظم المعاصرة ، ذلك لأن المقارنة لاتكون إلا بين مثيلين، ولا تجوز المقارنة بين شريعة مصدرها وأساسها الله عز وجل ، وبين شرائع من صنع البشر ، إلا أنني قد قصدت من وراء ذلك وضع هذه النظم مجتمعة في مقابل النظام الإسلامي (من حيث هذه الجزئية) لنرى هل باستطاعة العبقريات المعاصرة أن تأتي ما أتى به الوحي ولو اجتمعوا له ؟ أم أن الإسلام جاء بنظم فريدة ليس لها مثيل عند البشر مهما تقدموا ومهما ارتقت علومهم فهي ترتقي في العلوم المادية أما في المنهج الذي رسمه خالق الإنسان لتستقيم حياته عليه فلا يستطيع أن يرسمه إلا من خالق هذا الإنسان البصير بعباده سبحانه وتعالى إذ يقول : ﴿ الرحمن علم القرآن خلق الانسان . علمه البيان ﴾ . (١)

كما أنني لا أقصد من وراء المقارنة أن نطوع الشريعة الإسلامية لكي تتواءم أو تتشابه مع هذه النظم ، أو لإثبات التشابه بها لأن ذلك الأمر لسنا بحاجة إليه بل إن هذه النظم هي التي تحتاج إلى نظامنا نحن ﴿ سيقول الذين أشركوا لو شاء الله ما أشركنا ولا ءاباؤنا ولا حرمنا من شيء كذلك كذب الذين من قبلهم حتى ذاقوا بأسنا . قل هل عندكم من علم تخرجوه لنا إن تتبعون إلا الظن وإن أنتم إلا تخرصون ﴾ . (٢)

---

(١) سورة الرحمن آية ٥٥.

(٢) سورة الأنعام آية ١٤٨.

* أقسام البحث :

تطلب التعرض لموضوع ((دعوى الحسبة في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالنظم المناظرة)) أن أقدم دراسة تفصيلية عن موضوع الدعوى في الفقه الإسلامي وذلك للوقوف على دعوى الحسبة والتفرقة بينها وبين بعض الأنظمة التي قد تشبهها كنظام المظالم ، ثم تكلمت بعد ذلك عن أنواع الدعاوى وموقع دعوى الحسبة بين هذه الدعاوى جميعاً ، وقد تبين لنا أن دعوى الحسبة تحيط بالعديد من هذه الدعاوى الأخرى .

وبعد ذلك تعرضت لموضوع الحسبة فبينت الشروط التي تتعلق بها من حيث الشروط التي تتعلق برافع الدعوى ، والشروط التي تتعلق بالحقوق محل الدعوى والشروط التي تتعلق بمن له حق تحريك الدعوى ثم الآثار المترتبة على دعوى الحسبة وأخيراً تعرضت للمقارنة بين دعوى الحسبة وما يشابهها من نظم .

الباب الأول :وقد قسمته إلى فصلين ، **في الأول** تحدثت عن تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً ثم عن الفرق بين الدعوى وبعض الأفكار الأخرى فتحدثنا عن الدعوى وحق التقاضي والدعوى والادعاء والدعوى والخصومة ، الدعوى والطلب القضائي .

وفي الفصل الثاني : تحدثت عن أنواع الدعاوى فتكلمت عن الدعاوى الشخصية أو دعوى القضاء الشخصي والدعاوى العينية أو دعوة القضاء العيني ، ودعوى الالغاء ودعوى التعويض ودعوى التأديب ودعوى التفسير ودعوى الزجر والعقاب ودعوى المظالم .

وفي نهاية هذا الفصل بينت موقع دعوى الحسبة بين هذه الدعاوى السابقة .

الباب الثاني : في أركان دعوى الحسبة :

وقد قسمته إلى ثلاثة فصول ، وفصل تمهيدي **وفي الفصل التمهيدي** تكلمت عن تعريف الحسبة وأساسها ووجوب الحسبة والاتجاه الذي يرى أن الحسبة من الواجبات العينية والآخر الذي يراها من الواجبات الكفائية ثم عقبنا على ذلك برأينا الخاص في المسألة، ثم تحدثت بعد ذلك في أساس الحسبة في القرآن الكريم والسنة النبوية في التطبيق العملي لها في عهد الخلافة الراشدة وأخيراً تكلمت عن نشأتها كولاية دينية .

وفي الفصل الأول : تكلمت في دعوى الأمر بالمعروف فتحدثت عن ماهية المعروف محل دعوى الحسبة وفي شروط المعروف محل دعوى الحسبة . ثم تكلمت عن دعوى النهي عن المنكر محل دعوى الحسبة والشروط المتعلقة بها .

وفي الفصل الثاني : تحدثت عن الشروط التي تتعلق بالحق الذي تحميه دعوى الحسبة فعرفت الحق محل حماية دعوى الحسبة في اللغة وفي الاصطلاح ، وبينت الفرق بين الحق والمركز الذي أوجده الشرع الإسلامي له ، ثم تحدثت عن أنواع الحقوق محل دعوى الحسبة فبينت أنها حقوق تتعلق بالله عز وجل، وحقوق تتعلق بالعباد، وحقوق مشتركة بين الله والعباد ، ثم عقبت في النهاية على هذا التقسيم برأيي الخاص .

وفي الفصل الثالث : تكلمت عن الشروط التي تتعلق بدافع دعوى الحسبة، فتكلمت عن تحريك الدعوى من قبل الأفراد العاديين والشروط التي يجب توافرها في آحاد المسلمين لتحريك هذه الدعوى ثم فيم يجوز للأفراد تحريك دعوى الحسبة فيه وتحريك الدعوى من قبل السلطة المختصة في المجتمع الإسلامي ، والشروط التي يجب أن تتوافر فيمن يتولى الحسبة ، وفيم يجوز للسلطة تحريك دعوى الحسبة فيه ، وفي اختصاصات المحتسب .

ثم تحدثت عن : -

- دعوى الحسبة ونظام المظالم .
- دعوى الحسبة ودعوى الإلغاء .

الباب الثالث : بين دعوى الحسبة وبعض النظم المعاصرة , وقد أجريت في هذا الباب بعض المقارنات بين دعوى الحسبة وبعض النظم الإسلامية مثل (دعوى المظالم) ، وكذلك مقارنات بين دعوى الحسبة وبعض النظم المعاصرة - والمشابهة - مثل دعوى الإلغاء.

وكذلك أجريت بعض المقارنات مع بعض النظم الرقابية والاتهامية المعاصرة مثل نظام الامبودسمان في السويد والرقابة البرلمانية في الغرب ، كذلك قارنت بين دعوى الحسبه وبعض النظم الوضعية القضائية المعاصرة .. مثل النيابة العمومية ، وقد قسمت هذا الباب إلى ستة فصول .

من الفصل الأول - وحتى الفصل الرابع عن (دعوى الحسبة ونظام المظالم ، ودعوى الإلغاء، ونظام الأمبودسمان ، وصور من الرقابة البرلمانية)

الفصل الخامس : عن دعوى الحسبة والنيابة العمومية، والفصل السادس عن دعوى الحسبة وبعض صور الرقابة الذاتية التي تمارس من داخل الجهاز الإداري .

ثم تحدثت في الفصل الختامي عن صور من تطبيقات الحسبة في المملكة العربية السعودية ثم التوصيات .

الشكر والتقدير :

هذا ، والشكر والحمد لله الحكيم ، الذي وفقني لمعالجة هذا الموضوع ، بما فيه من سمة النقص البشري راجياً ربي تعالى رحمته وعفوه وقبوله ، ثم الشكر والتقدير لأستاذنا الجليل الصبور فضيلة الشيخ مناع خليل القطان مدير الدراسات العليا بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المشرف على رسالتي والذي بذل الكثير من وقته وراحته لقراءة هذه الرسالة المتواضعة ، وكان دائماً يوجه .. ويرشد ويبحث ، من أجل أن يدفع بهذه الدراسة إلى الكمال وأنا دون ذلك بكثير .. وأشهد أن منزل أستاذنا ، ومكتبه وعقله، مفتوح دائماً لكل من يقصده مسترشداً ، مستفسراً ، بقدر استطاعته جزاه الله تعالى عنا وعن أمته خير ما يجزى العلماء على مايبذلون لأبنائهم الطلاب .

ثم أثني بالشكر والتقدير لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ولاسيما لمعالي فضيلة الشيخ الدكتور / عبدالله بن عبد المحسن التركي الذي فتح لي أيضاً مكتبه ، ومنزله، وقلبه، حيث شارك حفظه الله في الإشراف والتوجيه على هذه الرسالة .. في بداياتها الأولى ، ولظروفه العملية ، والعلمية ، والسياسية ، أثناء معارك الخليج تعثر عليه الاستمرار في الإشراف فخلفه شيخنا وأستاذنا الجليل فضيلة الشيخ مناع خليل القطان .

كما أن الشكر والتقدير لسماحة شيخنا الوالد فضيلة الشيخ عبدالله عبد العزيز بن باز الذي فتح بيته لأبناء أمته بالنصح والإرشاد والتوجيه أكثر الله تعالى من أمثاله المخلصين لدينهم .

كما لايفوتني الشكر والتقدير لفضيلة الدكتور / سعود بن محمد البشر عميد كلية الدعوة والإعلام سابقاً لما بذله من نصح وإرشاد أثناء إعداد خطة البحث وكافة إخواني وأساتذتي أعضاء هيئة التدريس بكلية الدعوة ومنهم فضيلة الشيخ الدكتور زيد عبد الكريم الزيد ـ الذي يدفعني بجرعة نشاط دائماً كلما أصابني التردد والخمول .

كذلك فضيلة الشيخ الدكتور سيد محمد سادتي ، والدكتور سعيد بن ثابت ، والدكتور مسفر البشر، والدكتور / فضل إلهي ظهير، ودكتور / يوسف أبو هلاله الذين لم يترددوا في الدعم والعون والمساندة .

كما لايسعني في هذا المقام إلا أن أشيد بسياسة خادم الحرمين الشريفين الرشيدة ، حيث يجد الشباب والشيوخ فرصهم لنيل التعليم ، والتفقه ، في كل ما يخدم أبناء الأمة الإسلامية فأجزله الله وأعضاء حكومته الرشيدة خير الجزاء ، كما أشكر حضرات المشايخ الذين قاموا بالموافقة على مناقشة هذه الرسالة .

ونظراً إلى معروف هؤلاء وغيرهم ومن لا يتسع المقام لذكر أسمائهم أجد نفسي أقول ما قاله المهاجرون عن الأنصار: ((يارسول الله ذهبت الأنصار بالأجر كله))، وأفعل كما أرشد سيد البشر صلى الله عليه وسلم المهاجرين إليه بقوله : ((لا ، مادعوتم الله لهم ، وأثنيتم عليهم)) (١) فأقول: جزاهم الله تعالى عني خير الجزاء فإنهم قد أحسنوا لي إحساناً عظيماً .

هذا ، وقد بذلت جهدي بتوفيق من الله لمعالجة الموضوع على ضوء الكتاب والسنة ، لكن لا أدعي العصمة من الخطأ ، بل أقول ماقاله عبدالله بن مسعود رضي الله عنه (فإن يك صواباً فمن الله ، وإن يك خطأ فمني ومن الشيطان .....، والله ورسوله بريئان)) (٢)

---

(١) روى الحديث الإمام أبو داود عن أنس رضي الله عنه ، كتاب الآدب ، باب في شكر المعروف رقم الحديث ٤٧٩١ ، ١٦٦/١٣ ، (ط المكتبة السلفية المدينة المنورة) .
(٢) سنن أبي داود ، كتاب النكاح ، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ١٤١/١٠ـ١٤٢ .

الباب الأول

في الدعـــــــوى

- تعريف الدعوى في الفقه الإسلامي .
- تعريف الدعوى في القانون الوضعي .
- الفرق بين الدعوى وبعض الأفكار المشابهه .
- الدعوى والحق الذي تحميه .
- الدعوى والمطالبة القضائية .
- الدعوى وحق الألتجاء للقضاء .
- سمات الدعوى .
- أنواع الدعوى .
  - الدعوى الشخصية والعينية .
  - تقسيم الدعوى .
  - الدعوى المختلطة .
  - تقسيم الدعاوى العينية إلى منقولة وعقارية .
  - الفرق بين دعاوى الحيازة ودعوى المطالبة بالحق .
  - دعوى الإلغاء .
  - دعوى التأديب .
  - دعوى التفسير.
  - دعوى المظالم .

الباب الأول
في الدعوى

قد يخيل للقارئ أن هذا الباب منفصل عن موضوع البحث وهو دعوى الحسبة حيث قد أفضت في شرح وتعريف الدعاوى المختلفة ، ولكن يزول هذا اللبس إذا علمنا أن دراستنا لدعوى الحسبة هي في المقام الأول دعوى نظامية حقاً إن الشريعة الإسلامية لا تعرف مثل هذا التعبير لأن النظام عندها له جانب أخلاقي ولا يعرف اللغة الجافة التي يعرضها القانون ولكن لرأينا أن نعرض لموضوع الدعاوى بالتفصيل حتى يتضح الفرق بين دعوى الحسبة كدعوى قانونية أخلاقية وبين الدعاوى القانونية .

والسبب في الإفاضة في هذا الباب هو أن القانون الوضعي عرف كثيراً من أنواع الدعاوى قد يكون منها ما هو شبيه بدعوى الحسبة وما هو مختلف معها ولا تعرفه الشريعة الإسلامية وقد يعالج في مباحث أخرى لها مسمى مختلف .

من هنا نقول إن الدعاوى التي سنعالجها في هذا الباب كان لابد من ذكرها حتى يقف القاريء على كنة هذه الدعاوى وحتى يكون على بينة كافية بدعوى الحسبة عندما نعرض لها ونشير إلى هذه الدعاوى على سبيل المقارنة أو النقد فليس ذكر هذه الدعاوى إذن هو على سبيل العرض أو الأستطراد وإنما هو ضرورة فرضتها طبيعة هذا البحث الذي يقوم على فكرة الدراسة التحليلية المقارنه .

ولكي يزيل هذا الغموض سوف نحدد علاقة كل دعوى نعرض لها كما جاءت في القانون الوضعي بدعوى الحسبة سواء أكان هناك وجه شبه أو وجه أختلاف .

تمهيد :

لم تستقر فكرة الدعوى في الفقه الوضعي حتى الآن ، فهي لا زالت محور خلاف محتدم لم ينته إلى نتيجة مؤكدة . والواقع أن اللغة الفقهية المستعملة سواء من القنن أو من رجال الفكر قد ساعدت على تزكية هذا الخلاف . ذلك أن اللغة تعرف عدة معان للفظ الدعوى . فأحياناً تعني الدعوى المطالبة أمام القضاء فيقال : رفع شخص الدعوى أي قدم طلباً إلى القضاء . وأحياناً أخرى يقصد بلفظ الدعوى بمعنى الحق في حكم مضمون معين لصالح المدعي . ومن هذا الكلام عن شروط دعوى الاسترداد ، أو عن شروط دعوى منع التعرض . فهنا لايقصد ما يجب لوجوده المطالبة أو لإقامة مجرد الادعاء ، وأخيراً تستعمل الدعوى لتعني مجموعة من الإجراءات أمام القضاء ، وقد أدى هذا الاختلاف في استعمال نفس الاصطلاح إلى أكثر الخلاف الموجود في الفقه الوضعي الآن . فكل فقيه يقدم تعريفاً للدعوى هو في حد ذاته تعريف صحيح بالنسبة لما يقصده ، ولكنه لا يطبق على كل الاستعمالات التي يستعمل فيها لفظ الدعوى ، ولاينبغي بالضرورة صحة التعريف الآخر الذي يستنكره . ولهذا فإن كثيراً مما قيل عن الدعوى من أفكار لا يمثل سوى نظرات من وجهات مختلفة . لا لأنها هي وحدها صحيحة وغيرها منتقد ، بل لأنها وحدها التي نعتمدها كأساس لبناء نظام القضاء . ونعتقد أن الأفكار الأخرى وإن كانت في ذاتها صحيحة إلا أنها تطلق اصطلاح الدعوى على أفكار أخرى لها اصطلاحات فنية أخرى أدق . (١)

---

(١) د . فتحي دالي ـ الوسيط في قانون القضاء المدني ـ مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٠ ص٥٨ .

لذلك للدعوى عدة معان :

فهي تعني في اللغة إضافة إنسان شيئاً إلى نفسه في منازعة أو في غير منازعة ، وهي مؤنث جمعها دعاوى ، ومثناها دعويان ، وهي ليست مصدراً لأن المصدر ادعاء والفعل ادعى . (١)

وتعني في الاصطلاح عند فقهاء الشريعة الإسلامية : قول مقبول عند القاضي يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره ودفعه عن حق نفسه . (٢)

وقد عرف بعض فقهاء القانون الدعوى بأنها الحق في الحصول على الحماية القضائية فقال : الحق في الدعوى هو حق شخص في مواجهة شخص آخر مضمونة الحصول على تطبيق القانون في حالة محددة ومنح المدعى حماية قضائية للحق أو المركز القانوني ، وهذا وحده هو الذي يحقق الصلة بين الدعوى والحق الموضوعي . (٣)

ويتضح بالتالي أن الدعوى عند الفقهاء المسلمين يقترب مفهومها مع تعريف الدعوى لدى منظري القانون الوضعي عندما تكون الدعوى في حالة حركة لا في حالة سكون وذلك باعتبار الدعوى عندهم سلطة يخولها القانون للأفراد في الالتجاء للقضاء وطلب الحماية بإقرار حق قد جحد أو رد اعتداء عنه أو استرداده إذا سلب .

فطبقاً لتعريف فقهاء الشريعة للدعوى لايتصور قيام الدعوى بلا مطالبة قضائية ، إلا أنها تختلف عندهم في المطالبة باعتبار أن المطالبة القضائية في القانون الوضعي هـــي

---

(١) القاموس المحيط ، ص ٤ ، ٣٢٨ .
(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ص ٧ ، ٢٠٩ .
(٣) د. فتحي والي ، قانون القضاء المدني ١٩٨٧ن ص ٤٤ .

وسيلة استعمال الدعوى أو تحريك وسيلة الحماية وهي الدعوى التي بها يلزم القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه وذلك لأن المطالبة قد تستند إلى حق وقد تكون على غير أساس مجردة عن أي حق .

والدعوى عند فقهاء الشريعة ومنظري القانون تختلف عن الحق الذي تحميه ، ذلك لأن الحق هو الشيء الثابت الذي لايمكن انكاره وهو ضد الباطل وهو مااستحقه الإنسان على وجه يقره الشارع ويحميه فيمكنه منه ويدفع عنه .

وسوف نقسم الحديث في الدعوى إلى الفصول الآتية :

الفصل الأول
تعريف الدعوى

المبحث الأول : تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً :

التعريف لغة :

الدعوى اسم وليست بمصدر والفعل ادعى والمصدر ادعاء . وجمعها دعاوى ، كفتوى وفتاوى . والمدعي أحد أطراف الخصومة .

ويطلق لفظ الدعوى على معان مختلفة فمثلاً :

- قد يقصد به الطلب والتمني ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ لهم فيها فاكهة ولهم فيها مايدعون ﴾ (١)

---

(١) سورة يس آية رقم ٥٧

وقوله تعالى : ﴿ ولكم فيها ماتشتهي أنفسكم ولكم فيها ماتدعون ﴾ .. الآية . (١)

* وقد يقصد بها الدعاء وذلك من قوله تعالى : ﴿ دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلام وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين ﴾ . (٢)

* وقد يقصد بها الزعم وهو القول المجرد عن الحجة من البرهان مثل : (ادعاء مسيلمة الكذاب للنبوة) (٣)

التعريف اصطلاحاً :

المطلب الأول : تعريف الدعوى في الفقه الإسلامي

يعرفها الكاساني من فقهاء الحنفية بأنها قول مقبول عند القاضي يقصد به قائله طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه(٤) .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع لأن المدعي قد يطلب الحق أحياناً لغيره كأن يكون وكيلاً أو ولياً .

وهي في اصطلاح الفقهاء المسلمين بصفة عامة (٥) قول مقبول عند القاضي يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره ، أو دفعه عن حق نفسه . ذلك أن سبب الدعوى

---

(١) سورة فصلت ، آية رقم ٣١

(٢) سورة يونس ، آية رقم ١٠

(٣) عبد السلام هارون ، تهذيب سيرة ابن هشام ، مكتبة السنة ، مصر ١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م ، الطبعة الخامسة ص ٣٠٢ .

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع ، صفحة ٥٥/٧ ، تبين الحقائق ٢٢٩/٤ ، بدائع الصنائع ٥٢/٧ ، ٨، ٨٢ ، المغني المحتاج ١٧٥/٤ ، ١٧٦ .

(٥) عباس طه (المحامي الشرعي) ـ في عام القضاء ، مجلة المحاماة الشرعية ، السنة ٢٢ ، العدد ٥ ، ٦ ص ٢٢٥ ، وما بعدها ، مجلة المحاماة الشرعية ، السنة ٢ ص ٦٤ .

هو إرادة تحصيل الحقوق التي يترتب عليها بقاء الإنسان أو بقاء ماله ، فالأول كالنكاح وهو واجب الدوام والاستمرار حتى يظل بقاء النوع الإنساني مأمون الوجود ، الثاني المال وهو عصب الحياة وقطب رحاها وغاية مداها . (١)

والدعاوى إن لم تقم عليها بينات يكن أصحابها أدعياء ، وقال العلامة الزركشي في المحيط : ((أجمع الفقهاء على أن المدعى به لابد أن يكون معلوماً ، ومحدداً ، فلا يلج منها أن تلحقه جهالة أو يحيط به إبهام أو يكتنفه غموض أو لبس حتى يمكن للقاضي أن يقضي فيه عن بينة لصاحب الحق ، والقاضي لايقضي إلا عن بينة حتى يكون قد أدى رسالته الخطيرة التي فرضت عليه فلا يقضي في مجهول ولا يقضي في مبهم ولا يحكم إلا في هدي وتبصر . (٢)

والتنازل عن الدعوى ليس تنازلاً عن موضوعها ولا عن حق المدعي لتغايرها . وذكر الفقهاء للدعوى شروطاً عامة بدونها لا تصح ، وذكروا شروطاً خاصة بكل نوع من أنواع الدعاوى . وتلك ماهية الدعوى في نظر رجال الفقه الإسلامي .

إن لكل ذي حق حقاً لأن يطالب به ولا طريق إلى ذلك إلا بالدعوى . وهو حق مقرر شرعاً ونظاماً لكل ذي حق فلا يحول بينه وبين استعمال هذا الحق صدور حكم في خصومة لم يكن طرفاً فيها ولو كان هذا الحكم قد تناول البحث أو الفصل في سبب ما يدعيه .

---

(١) المرجع السابق ، العدد ٧ ، ٨ ص ٤٠٠ وما بعدها .
(٢) العلامة الزركشي ، البحر المحيط ، ص ١٠٥ طبعة مصر .

الدعوى الصحيحة والدعوى الفاسدة بصفة عامة :

١ ـ الدعوى الصحيحة هي التي استوفت الشروط التالية :

أ ـ أن يكون المدعي به معلوماً ، لأن المقصود بالدعوى هو القضاء بما تضمنته للمدعي على المدعى عليه ، ويحتاج في إثباتها للشهادة عليها والشهادة والقضاء بالمجهول لايصحان لعدم الفائدة منهما . فكذلك الدعوى بالمجهول غير صحيحة .

ب ـ أن تكون الدعوى في مجلس القضاء ، لأنها لو حصلت في غير مجلس القضاء كانت غير صحيحة ، ولاتترتب عليها أحكامها .

جـ ـ أن تكون الدعوى بلسان المدعي بعينه إذا لم يكن له عذر يمنعه من الحضور(١) والمخاصمة أمام القاضي ، فلو وكل في الخصومة من غير عذر ، ولم يرض المدعى عليه بهذا الوكيل وادعى الوكيل بلسانه لم تصح دعواه ، ولا يترتب عليها وجوب جواب المدعى عليه (عند الإمام أبي حنيفة) . أما عند جهود العلماء فلا يشترط هذا الشرط في صحة الدعوى بل للشخص أن يوكل عنه في الخصومة من شاء وإن لم يرض خصمه . وعندئذ يقوم الوكيل مقام الأصل وتصح منه الدعوى وتترتب عليها جميع أحكامها . ورأي الصاحبين هو المعمول به في الأقطار الإسلامية .

د ـ أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لايكون مستحيلاً عقلاً أو عادة وألا فلا تسمع الدعوى ولا تصح . ويشترط في صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت شرعاً ، فدعوى المستحيل عقلاً أو عاده لاتسمع . وإن من شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى جازماً بدعواه . (٢)

---

(١) من السنة ما روى أن عمرو بن سمرة جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إني سرقت جملاًمن بنى فلان ، فطهرني ، فأرسل اليهم النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا إنا فقدنا جملاً لنا فأمر به الرسول صلى الله عليه وسلم فقطعت يده . سنن ابن ماجه ٨٦٣/٢ رقم ٢٥٨٨ شرح معاني الآثار - ١٦٨/٣ . من هنا يتضح شرط الخصومة أو الدعوى إذ لم يكتف الرسول صلى اللهعليه وسلم (بقطع يد عمرو ابن سمرة) لمجرد الأقرار او الاعتراف ، بل لابد من الخصومه أو الدعوى .

(٢) مجلة المحاماة الشرعية السنة ٢٠ ، العدد ٤ ، ٥ ، ٦ ص ١٢٥ .

هـ ـ أن تكون الدعوى ملزمة للخصم بشيء على فرض ثبوتها ، وذلك أنه لو لم يترتب عليها إلزام الخصم بشيء على فرض ثبوتها لم تصح فلا تسمع ، لأن سماعها عندئذ والاشتغال بإثباتها ضرب من العبث يجب تنزيه أعمال العقلاء عنه . (١)

و ـ أن تكون هناك خصومة حقيقية بين المدعي والمدعى عليه ، فإذا لم تكن هناك خصومة حقيقية وتنازع بين المتداعين في نفس الأمر ، وإنما عقدت خصومة ظاهرية بقصد الاحتيال للوصول إلى القضاء توصلاً لشيء آخر خارج عن موضوع الدعوى ، لم(٢) تصح ، ولا يجوز سماعها .

ز ـ أن لايكون في الدعوى تناقض ، والتناقض فيها أن يسبق من المدعي كلام مناف للكلام الذي يقوله في دعواه ، ومتى وجد التناقض في الدعوى منع من سماعها لاستحالة ثبوت الشيء وضده .

ح ـ أن يطلب المدعي من القاضي سؤال المدعى عليه عن الدعوى .

ط ـ أن يحضر المدعي والمدعى عليه إلى مجلس القضاء إن تسنى نقله بغير نفقة .

وحكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها . وسماع بينة المدعى إذا أنكرها المدعى عليه ووجوب اليمين على المدعى عليه ، إذا عجز المدعي عن إثباتها وطلب تحليفه ووجوب الحكم بالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين .

---

(١) من أفضل كتب الفقه هو كتاب بدائع الصنائع للكاساني فقد أورد الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية وناقشها وعرضها ولذلك فضلت أن أعتمد عليه لدقته ووضوحه (أما عن التفصيل في سائر المذاهب فهذا ليس محله) .

(٢) بدائع الضائع ٥٢/٧ ، ٨١ الدار المختار ، الهامش ابن عابدين ٢٠٨/٣ حاشية القليوبي وعميرة ١٩٧/٤ شرح منتهى الأردات ٢٧٣/٣ .

إنه وإن كان الحق في رفع الدعوى هو حق مقرر لكل من آنس مساساً بحق لـه مقـرر ، وليس لأحد عليه حق المنع من تمكينه في المضي في دعواه بما يراه هو من تكييف قانوني صحيح ، إلا أنه حق لكل الحقوق لايجوز من الوجهة الشرعية أو النظامية الصحيحة استخدامه لمجرد النيل من الغير والكيد له إذ الحق في يد صاحبه . وبما للحق من الاحترام لدى حامله حتى تقضي فيه المنفعة المرجوة منه عند عدم المضي في نفاذه عن طريق التشنيع بنية الحاق الضرر فحسب . ويستحيل على القاضي وقد تبينت له وجوه التعسف في استعمال الحق وبانت له الأغراض الحقيقية التي يرمي إليها من يدعي الحق في رفع الدعوى بوجه عام . وكانت الأغراض غير جدية وتنصرف حتماً إلى مضايقة الخصم لا إلى الرغبة في الوصول إلى نتيجة جدية يحميها النظام ، يستحيل عليه أن يقر الأعمال التعسفية من طريق تمكين القائمين بها تمكيناً مباشراً أو غير مباشر ، بل يجب نظاماً وعدلاً وعملاً الوقوف في سبيل المضي في استخدام الحق استخداماً تعسفياً والحيلولة بين المتعسف وتحقيق رغبته.(١)

٢ ـ أما الدعوى الفاسدة : فهي التي لم تستوف شروط صحة الدعوى السالفة البيان . (٢) وحكمها عدم وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها .

ـ ويفصل صاحب بدائع الصنائع تعريف الدعوى تفصيلاً دقيقاً فذكر عن ركن الدعوى : هو قول الرجل : لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو ابرأني عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن . (٣)

---

(١) حكم محكمة ، مجلة المحاماة ، القضية رقم ٧١٩ لسنة ١٩٢٥م ، مجلة المحاماة الشرعية لسنة ١، ص ٤٧٤ .
(٢) ينظر في حكم الدعوى الصحيحة والفاسدة : مباحث المرافقات وصور التوثيقات والدعاوي الشرعية ـ للأستاذ محمد زيد الأبياني ـ طبعة ١٩٢٤م ، ص ١٩ .
(٣) الكاساني ـ بدائع الضائع ـ بيروت ـ جـ٦ ص ٢٢٢ .

الشروط المصححة للدعوى :

أ ـ عقل المدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لايعقل . وكذا لاتصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع البينة لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة . وأن يكون المدعي معلوماً فالمجهول لابد من إحضاره ليمكن الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة فيعد معلوماً ، وإن لم يكن محتملاً للنقل كالعقار مثلاً فلابد من بيان حده ليكون معلوماً لأن العقار لايكون معلوماً إلا بالتحديد .

ب ـ لابد وأن تكون الدعوى على خصم والمدعى عليه إنما يصير خصماً إذا كان بيده فلابد وأن يذكر أنه في يده ليعد خصماً .

جـ ـ مجلس الحكم . فلا تسمع الدعوى إلا بين يدي القاضي كما لاتسمع الشهادة إلا بين يديه .

د ـ عدم التناقض في الدعوى : وهو أنه لايسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ماينقاضه وينافيه حتى لو أقر بعين في يده لرجل فأمر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لأن الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضاً للإقرار والإقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى أنه كان اشتراه منه قبل ذلك لاتسمع دعواه ولا تقبل بينه في ظاهر الرواة لأن النكول بمنزلة الإقرار . (١)

---

(١) المراجع السابقة جـ ٦ ص ٢٢٣ .

- **أطراف الدعوى :**

وأطراف الدعوى هي الأمور التي تستلزمها ، بحيث لاتتصور دعوى بدونها وهي أربعة : المدعي ، والمدعى عليه ، والمدعي به ، والدعوى . وقد اختلف عبارات الفقهاء في تحديدها :

أ ـ قال بعضهم المدعي من إذا ترك الخصومة لايجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه .

ب ـ وقال البعض الآخر : المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه .

جـ ـ وقال بعضهم : ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً .

د ـ وقال البعض : المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد ، والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر يخبر عما في يد نفسه . (١)

- وحكم الدعوى هي وجوب الجواب على المدعي عليه لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ولايمكن القطع إلا بالجواب فكان واجباً .

- وهل يسأل القاضي الجواب قبل طلب المدعي ؟

ذكر في أدب القاضي أنه يسأله(٢) . وذكر في الزيادات أنه لايسأله مالم يقل المدعي اسأله عن دعواه . وإذا وجب الجواب على المدعى عليه فإن أقر وسكت يؤمر بالدفع إلى

---

(١) المرجع السابق نفس الصفحة جـ٦ .
(٢) أدب القاضي / للخصام ص ١١٢ البحر الرائق ٢٨٣/٦ .

المدعي لظهور صدق دعواه ، وإن أنكر فإن كان للمدعي بينه أقامها ولو قال لابينة لي ثم جاء بالبينة بعد ذلك . فهناك رأي روى عن الإمام أبي حنيفة أنها تقبل .

أما حجة أبي حنيفة فهي أن من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعي ثم علمها بعد ذلك ، فلا يكون الإتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً ولذلك فهو يقبلها، وإن لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما يحتمل التحليف(١) .

- حجة المدعي والمدعى عليه : البينة حجة المدعي ، واليمين حجة المدعى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)(٢) . فقد جعل صلى الله عليه وسلم البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه . ويقول الكاساني: إن ذلك الأمر هو المعقول لأن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى اظهاره وللنية قوة الإظهار لأنها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعي واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام بالخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر ، وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر واليمين وإن كان كلام الخصم فهو كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة (٣) . ولا يعترف الكاساني بشاهد ويمين وذلك بخلاف الشافعي رحمه الله(٤) . فقد احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بشاهد ويمين ولأن الشهادة إنما كانت حجة المدعي لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان .

---

(١) العقود الدريه ٢٨٧/١ .
(٢) انظر صحيح مسلم ١٢٨/٥ ، انظر الاربعين النوويه الحديث الثالث والثلاثون
(٣) العقود الدريه ج٢٢٥/٦ .
(٤) يتفق الشافعي مع الإمام مالك والإمام أحمد في هذا الرأي ولكني هنا أنقل نصاً للكاساني يقارن فيه بين رأيه هذا ورأي الشافعي .

فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي أن يكتفى بها إلا أنه ضم إليها الشهادة نفياً للتهمة . (١)

أما الكاساني فهو متمسك بالحديث المشهور ، كما أنه متمسك بالعقل فلو اعتبرنا حجة المدعي فلا يكون جنس اليمين حجة المدعي عليه ، بل يكون من الإيمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعي ، وهذا خلاف النص ، وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال : لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهري عندما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة . وأول من قضى بهما معاوية رضي الله عنه وكذا ذكر ابن جريح عن عطاء بن أبي رباح أنه قال : ((كان القضاء الأول أن لايقبل إلا شاهدان)) . وأول من قضى باليمين مع الشاهد هو عبد الملك بن مروان مع أنه ورد مورد الآحاد ومخالفاً للمشهور فلا يقبل وإن ثبت أنه قضى بشاهد ويمين أما أنه لم يقصد فلا يؤخذ بهذا الرأي . (٢)

---

(١) بدائع الضائع ـ المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٢٥ .

(٢) للإفادة انظر (نيل الأوطار للشيخ الإمام محمد بن علي أحمد الشوكاني وملخصه : ١ـ عن ابن عباس ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد)) رواه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجة وفي رواية لأحمد إنما كان ذلك في الأموال . ٢ ـ وعن جابر ((أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد)) رواه أحمد وابن ماجة والترمذي ولأحمد من حديث عمارة بن حزم وحديث سعد بن عبادة مثله)) ٣ ـ وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين علي ((أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق وقضى به أمير المؤمنين علي بالعراق)) رواه أحمد والدارقطني وذكره الترمذي . ٤ ـ وعن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة ((قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد)) رواه ابن ماجة والترمذي وأبو داود وزاد قال عبد العزيز الداروردي فذكرت ذلك لسهيل فقال أخبرني ربيعة وهو عندي يقة أني حدثته إياه ولا أحفظه قال عبد العزيز وقد كان أصاب سهيلاً علة أذهبت بعض عقله ونسي بعض حديثه فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عنه عن أبيه . ٥ ـ وعن نسرق ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة الرجل ويمين الطالب)) رواه ابن ماجة . حديث ابن عباس قال في التخليص =

وقد روى عن بعض الصحابة أنه قد قضى بشاهد ويمين في الأمان وهذا من وجهة نظر أصحاب المذهب الحنفي إنما هو من باب الاحتياط حيث أن الشهادة في أمن الكافر تقبل حتى لايقتل لكنه يسترق بهذه الشاهدة .

= قال فيه الشافعي وهذا الحديث ثابت لايرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره وقال النسائي اسناده جيد . وقال البراز في الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس وقال بن عبد البر لاطعن لأحد في اسناده . وقال عباس الدوي في تاريخ يحيى بن معين ليس بمحوط وقال البيهقي أعلة الطحاوي بأنه لايعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار بشيء قال وليس مالا يعلمه الطحاوي لايعلمه غيره ثم روى باسناد جيد حديثاً من طريق وهب بن جرير عن أبيه عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار قال: وليس من شرط قبول رواية الأخبار كثرة رواية الراوي عمن روى عنه ثم إذا روى الثقة عمن لاينكر سماعه منه حديثاً واحداً وجب قبوله وإن لم يكن يروي عنه غيره على أن قيساً قد توبع عليه رواه عبد الرازق عن محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار أخرجه أبو داود وتابع عبد الرازق أبو حديفة وقال الترمذي في العلل: سألت محمداً يعني البخاري عن هذا الحديث فقال: لم يسمعه عندي عمرو من ابن عباس قال الحاكم: قد سمع عمرو من ابن عباس عدة أحاديث وسمع من جماعة من أصحابه فلا ينكران أن يكون سمع منه حديثاً وسمعه من بعض أصحابه عنه وأما رواية عصام البلخي وغيره ممن زاد بين عمرو وابن عباس طاوساً فهم ضعفاء . قال البيهقي ورواية الثقات لاتعلل برواية الضعفاء انتهى مافي التلخيص على الحديث . وحديث جابر أخرجه أيضاً البيهقي وهو من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر، قال الترمذي: رواه الثوري وغيره عن جعفر عن أبيه مرسلاً وهو أصح وقيل عن أبيه عن أمير المؤمنين علي انتهى وقد ذكر المصنف رحمه الله الطريقين كما ترى . وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه وأبي زرعة هو مرسل وقال الدارقطني كان جعفر ربما أرسله وربما وصله وقال الشافعي والبيهقي عبد الوهاب وصله وهو ثقة قال البيهقي: روى إبراهيم ابن أبي هند عن جعفر عن أبيه عن جابر رفعه أتاني جبريل وأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد وإبراهيم ضعيف جداً رواه ابن عدي وابن حيان في ترجمته وقد صحح حديث جابر أبو عوانة وابن خزيمة وحديث عمارة قال في مجمع الزوائد رجاله ثقات ولفظه ((أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى باليمين والشاهد)) وحديث سعد بن عبادة لفظه في مسند أحمد عن إسماعيل بن عمرو بن قيس بن سعد بن عبادة عن أبيه ((أنهم وجدوا في كتاب سعد بن عبادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين ولاشاهد)) انتهى وإسماعيل بن عمرو =

= قال الحافظ الحسيني شيخ محله الصدق وأبوه لم يذكر بشيء وسائر الإسناد رجاله رجال الصحيح وأخرجه البيهقي وأبو عوانة في صحيحه من حديثه بسند آخر وحديث أبي هريرة قال الحافظ في الفتح رجاله مدنيون ثقات ولا يضره أن سهيل بن أبي صالح نسيه بعد أن حدث به ربيعة لأنه كان بعد ذلك يريه عن ربيعة عن نفسه انتهى . وأخرجه أيضاً الشافعي وروى ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه أنه صحيح ورواه البيهقي من حمديث مغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة وقال الترمذي بعد اخراج الطريق الأولي حسن غريب ، قال ابن ارسلان في شرح السنن : أنه صحح حديث الشاهد واليمين الحافظ أبو زرعة وأبو حاتم من حديث أبي هريرة وزيد بن ثابت وحديث سرق في اسناده رجل مجهول وهو الراوي له عنه فإنه قال ابن ماجة حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا يزيد بن هرون حدثنا جويرة بن اسماء حدثنا عبدالله بن يزيد ولى المنبعث عن رجل من أهل مصر عن سرق فذكره ورجال اسناده رجال الصحيح لولا هذا الرجل المجهول وقد أخرجه أيضاً أحمد . قال في التلخيص فائدة: ذكر ابن الجوزي في التحقيق عدد من رواه فزاد على عشرين صحابياً وأصح طرقه حديث ابن عباس ثم حديث أبي هريرة . وأخرج الدارقطني من حديث أبي هريرة مرفوعاً قال استشرت جبريل في القضاء باليمين والشاهد فأشار علي بالأموال لانعد ذلك واسناده ضيف وفي الباب عن الزبيب بضم الزاي وفتح الموحدة وسكون المثناة وهو ابن ثعلبة فذكر قصة وفيها أنه قال له صلى الله عليه وسلم هل لك بينة على أنكم أسلمتم قبل أن تؤخذوا في هذه الأيام قلت نعم قال من بينتك قلت سمرة رجل من بني العنبر ورجل آخر سماه له فشهد الرجل وأبي سمرة أن يشهد فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد أبى أن يشهد لك فتحلف مع شاهدك الآخر قلت نعم فاستحلفني فحلفت بالله لقد اسلمنا يوم كذا وكذا ثم ذكر تمام القصة وفيها ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم عمل بالشاهد واليمين أخرجه أبو داود مطولاً . قال الخطابي اسناده ليس بذاك . وقال أبو عمر النمري أنه حديث حسن قال المنذري وقد روى القضاء بالشاهد واليمين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من رواية عمر بن الخطاب وأمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام وسعد بن عبادة والمغيرة بن شعبة وجماعة من الصحابة انتهى . فجملة عدد من ذكره المصنف رحمه الله سبعة وزبيب وعمر بن الخطاب والمغيرة وزيد بن ثابت وعبدالله بن عمرو بن العاص وعبدالله بن عمر بن الخطاب .

وأبو سعيد الخدري وبلال بن الحارث ومسلمة بن قيس وعامر بن ربيعة وسهل بن سعد وتميم الداري وأم سلمة وأنس هؤلاء واحد وعشرون رجلاً من الصحابة وهو المشار إليهم بقول ابن الجوزي فزاد عددهم على عشرين وقد استدل بأحاديث الباب جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فقالوا يجوز الحكم بشاهد ويمين المدعي وقد حكى ذلك صاحب البحر عن =

= أمير المؤمنين علي وأبي بكر وعمر وعثمان وأبي وابن عباس وعمربن عبد العزيز وشريح والشعبي وفقهاء المدينة والناصر والهادوية ومالك والشافعي وحكى أيضاً عن زيد بن علي والزهري والنخعي وابن شبرمة والإمام يحيى وأبي حنيفة وأصحابه أنه لايجوز الحكم بشاهد ويمين . وقد حكى البخاري وقوع المراجعة في ذلك مابين أبي الزناد وابن شبرمة فاحتج أبو الزناد على جواز القضاء بشاهد ويمين بالخبر الوارد في ذلك فأجاب عليه ابن شبرمة بقوله تعالى: (واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونوا رجلين فرجل وامرأتان) قال الحافظ وانما تتم له الحجة بذلك على أصل مختلف فيه بين الفريقين يعني الكوفيين والحجازيين وهو أن الخبر إذا ورد متضمناً لزيادة على مافي القرآن هل يكون نسخاً والسنة لاتنسخ القرآن أولا يكون نسخاً بل زيادة مستقلة بحكم مستقل إذا ثبت سنده وجب القول به والأول مذهب الكوفيين والثاني مذهب الحجازيين ومع قطع النظر عن ذلك لاتنهض حجة ابن شبرمة لأنها تصير معارضة النص بالرأي وهو غير معتد به وقد أجاب عنه الإسماعيلي فقال: الحاجة إلى اذكار احداهما الأخرى انما هو فيما إذا شهدتا فإن لم تشهد قامت مقامهما يمين الطالب ببيان السنة الثابتة واليمين ممن هي عليه لو انفردت لحلت محل البينة في الأداء والإبراء فلذلك حلت اليمين هنا محل المرأتين في الاستحقاق بها مضافة إلى الشاهد الواحد، قال: ولو لزم إسقاط القول بالشاهد واليمين لأنه ليس في القرآن للزم اسقاط الشاهد والمرأتين لأنهم ليستا في السنة لأنه صلى الله عليه وآله وسلم قال شاهداك أو يمينه وحاصله أنه لايلزم من التنصيص على الشيء نفيه عما عداه لن مقتضى بحثه انه لايقضي باليمين مع الشاهد الواحد إلا عند فقد الشاهدين أو ماقام مقامهما من الشاهد والمرأتين وهو وجه للشافعية وصححه الحنابلة ويؤيده ماروى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قضى الله ورسوله في الحق بشاهدين فإن جاء بشاهدين أخذ حقه وإن جاء بشاهد واحد حلف مع شاهده . وأجاب بعض الحنفية بأن الزيادة على القرآن نسخ وأخبار الآحاد لا تنسخ المتواتر ولاتقبل الزيادة من الأحاديث إلا إذا كان الخبر بها مشهوراً وأجيب بأن النسخ رفع الحكم ولا رفع هنا وأيضاً فالناسخ والمنسوخ لابد أن يتواردا على محل واحد وهذا غير متحقق في الزيادة على النص وغاية مافيه أن تسمية الزيادة كالتخصيص نسخاً اصطلاح ولا يلزم منه نسخ الكتاب بالسنة لكن تخصيص الكتاب بالسنة جائز وكذلك الزيادة عليه كما في قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء لك) وأجمعوا على تحريم نكاح العمة مع بنت أخيها وسند الإجماع في ذلك السنة الثابتة وكذلك قطع رجل السارق في المرة الثانية ونحو ذلك وقد أخذ من رد الحكم بالشاهد واليمين لكونه زيادة على مافي القرآن ترك العمل بأحاديث كثيرة في أحكام كثيرة كلها زائدة على مافي القرآن كالوضوء بالنبيذ والوضوء من القهقهة ومن القيء واستبراء المسبية وترك قطع من سرق مايسرع إليه الفساد وشهادة المرأة الواحدة في الولادة ولاقود إلا بالسيف ولاجمعة إلا في مصر جامع ولا تقطع الأيدي في الغزو ولا يرث الكافر =

وهكذا يرد الأحناف مذهب الشافعية ولا يأخذون به ولا يجوز عندهم رد اليمين إلى المدعي عند نكول المدعى عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم ما جعل اليمين حجة إلا في جانب المدعى عليه . فالرد على المدعي يكون وضع الشيء في غير موضعه وهذا ظلم . (١)

= المسلم ولا يؤكل الطافي من السمك ويحرم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير ولا يقتل الوالد بالولد ولا يرث القاتل من القتيل وغير ذلك من الأمثلة التي تتضمن الزيادة على عموم الكتاب وأجابوا بأن الأحاديث الواردة في هذه المواضع المذكورة أحاديث شهيرة فوجب العمل بها لشهرتها فيقال لهم : وأحاديث القضاء بالشاهد واليمين رواها عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نيف وعشرون نفساً كما قدمنا وفيها ماهو صحيح كما سلف فأي شهرة تزيد على هذه الشهرة . قال الشافعي القضاء بشاهد ويمين لايخالف ظاهر القرآن لأنه لايمنع أن يجوز أقل مما نص عليه يعني والمخالف لذلك لايقول بالمفهوم أصلاً فضلاً عن مفهوم العدد قال ابن العربي : أظرف ماوجدت لهم في رد الحكم بالشاهد واليمين أمران أحدهما أن المراد قضي بيمين المنكر مع شاهد الطالب والمراد أن الشاهد الواحد لايكفي في ثبوت الحق فتجيب اليمين على المدعى عليه فهذا المراد بقوله قضى بالشاهد واليمين . وتعقبه ابن العربي بأنه جهل باللغة لأن المعية تقتضي أن تكون من شيئين في جهة واحدة لافي المتضادين ثانيهما حمله على صورة مخصوصة وهي أن رجلاً اشترى من آخر عبداً مثلاً فادعى المشتري أن به عيباً وأقام شاهداً واحداً فقال البائع بعته بالبراءة فيحلف المشتري أنه ماا شتراه بالبراءة ويرد العبد وتعقبه بنحو ماتقدم ويندور ذلك فلا يحمل الخبر على النادر وأقول جميع ماأورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين غير نافق في سوق المناظرة عند من له أدنى الملم بالمعارف العلمية وأقل نصيب من أنصاف فالحق أن أحاديث العمل بشاهد ويمين زيادة على مادل عليه قوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين)) الآية وعلى مادل عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم :((شاهداك أو يمينه)) غير منافية للأصل فقبولها متحتم وغاية مايقال على فرض التعارض وإن كان فرضاً فاسداً فإن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما وهذا المفهوم المردود عند الكثير أهل الأصول لايعارض المنطوق وهو ماورد في العمل بشاهد ويمين على أنه يقال العمل بشهادة المرأتين مع الرجل مخالف لمفهوم حديث شاهداك أو يمينه (فإن قالو :) قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية الكريمة قلنا ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب هذا على فرض أن الخصم يعمل بمفهوم العدد فإن كان لايعمل به أصلاً فالحجة عليه أوضح وأتم . قوله ((وعن سرق)) بضم السين المهملة وتشديد الراء بعدها قاف وهو ابن أسد صحابي مصري لم يرو عنه إلا رجل واحد .

(١) بدائع الصنائع ، المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٣٦

ـ وتصور الشريعة الإسلامية في الدعوى تجري مجرى العرف والمفهوم والمألوف لأن صاحب الشريعة صلى الله عليه وسلم يقول : ((أمرت أن أخاطب الناس على قدر عقولهم)) . (إذا كان العرف لا يخالف النص الشرعي)

وما دام الدعوى على لسان الشرع غير المدعى به ، فقد يكون المدعى به حقاً أو زعماً ، كذلك لايكون موضعها إلا ماتقره الشريعة . وكما يكون موضوع الدعوى حقاً فردياً ، كذلك يكون حقاً اجتماعياً فيما يتعلق بدعاوي الحسبة والولاية . (١) .

وبهذا تميز الفقه الإسلامي بين ركن الدعوى وشروطها :

فركن الدعوى هو إضافة الحق إلى نفسه عند النزاع أو هو كما قال الكاساني: قول الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا .

ويقول السرخس : ((إن المدعي به لايستحق بمجرد الدعوى وهذا معقول لأنه خبر يتمثل بين الصدق والكذب ، والمحتمل لايكون حجة ، والدعوى لاتوجب استحقاق المدعي بنفسها ، وهذا يقطع بأن المقصود بالدعوى هو الادعاء . (٢)

أما المدعى عليه فهو المطلوب منه الحق .

والمدعى هو الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه .

والدعوى هي القول : أن المدعي ليفيد أن له حقاً قبل المدعى عليه . ويذكر الفقهاء الفروق التالية :

---

(١) انظر في ذلك النظرية العامة للعمل القضائي ـ الدكتور وجدي راغب ـ طبعة ١٩٧٤م . وحاشية ابن عابدين ـ جـ٤ ص ٥٠٠ ، بدائع الصائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، جـ٦ ، ص ٢٢٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١٦ ((يقول السيوطي عن الدعوى بأنها قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره ، أو أنها أخبار عن وجوب حق على غيره عند الحاكم)) . انظر كذلك نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ـ شمس الدين الرملي ـ جـ ٨ ص ٣١٤ .
(١٢ السرخس ـ المبسوط ـ جـ ١٧ ص ٢٩ .

* **بين المدعي والمدعى عليه :**

أ ـ أن المدعي من إذا ترك الخصومة لايجبر عليها . والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه .

ب ـ أن المدعي يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً ، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه .

جـ ـ أن المدعي من يلتمس خلاف الظاهر . والمدعى عليه من يلتمس بالظاهر .

د ـ أن المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي .

هذه هي خلاصة فكرة الدعوى وتعريفها في الفقه الإسلامي وبعدها أنتقل إلى القانون الوضعي لنرى فيه ماهية الدعوى ثم أقارن بينهما حسب مايظهر من أوجه شبه أو اتفاق .

نظرية الدعوى وتعريفها في القانون الوضعي :

من المعروف أن الحق لايستكمل مقومات وجوده إذا لم يكن في وسع صاحبه أن يرعاه ويحميه وينتفع به ، ولا سبيل للتمكن من ذلك عند المنازعة ، غير الدعوى فهي من أهم عناصر قيام الحق . وهي بهذا الاعتبار وثيقة الصلة بالنظام المدني ، ثم هي بوضعها وسيلة التمتع بحماية السلطة القضائية تدخل في دراسة قانون المرافعات .

ولقد كان أكبر الظن أن تحظى نظرية الدعوى بقسط كبير من عناية شراح القانون لأنها لصيقة بالقانون المدني والمرافعات ، غير أنها لم تحظ من شراح القانون المدني إلا بالتفاتة عابرة في مقدمة القانون بمناسبة التعريف بالحق ولم تنل من شراح قانون المرافعات غير القليل .

ولم يكن حظها عند المشرع أوفر من حظها عند الشراح ، فإنه لم يفرد لتلك النظرية ـ وهي محور الحياة القانونية ـ نصوصاً تنظمها كما فعل في كثير من النظريات القانونية التي لاتعظمها خطراً . فبقيت بذلك نظرية الدعوى معتركاً لآراء الفقهاء ومجالاً للاختلاف في القضاء . ومن مظاهر هذا الاضطراب ما سوف تراه في تعريف الدعوى وذكر شروطها من وجهة نظر القانون الوضعي .

المطلب الثاني : تعريف الدعوى في الفقه الوضعي :

الدعوى كما يراها الفقه القديم والحديث هي سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته . ويعرفها أحد الشراح بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون وبهذا المعنى يعرفها ـ ديجي إذ يقول : ((إنها حماية لقاعدة مقررة في القانون)) . (١)

وهنا نجد أن كلمة الدعوى أصبحت كلمة مطاطة غير معينة شاع الاضطراب في استعمالها والتعبير بها وليس في القانون تعريف يجلي ماهيتها ويحدد مدلولها ، فهو حيناً يستعمل الدعوى في بعض النصوص بمعنى الوسيلة القانونية للحصول على حماية القضاء للحقوق وحيناً آخر يستعملها بمعنى المطالبة القضائية .

كما أن لها تعاريف عدة لدى الشراح . فهي في التعريف التقليدي حق الشخص في المطالبة أمام القضاء بكل مايملكه أو يكون واجب الأداء له . (٢)

---

(١) د. أحمد أبو الوفا ـ المرافعات المدنية والتجارية . من ص ١١٢ ـ ١١٥ .
(٢) د. عيد عبد المنعم الشرقاوي ، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م ـ المطبعة العالمية ـ القاهرة ١٩٥٦م ـ الطبعة الثانية ـ ص ٣٣ ـ ٣٤ .

وهذا التعريف يؤخذ عليه أنه يعبر عن الدعوى بأنها حق وقد جرى التعميم بذلك نقلاً عن القانون الروماني . فقد كان هذا القانون يرى في الدعوى ((حقاً)) إذا كان على المدعي أن يحصل من القاضي على إذن برفعها ، وكان هذا الإذن ينشئ حقاً جديداً للمدعي يتميز عن الحق الأصلي الذي حصل بسببه على الإذن بالمقاضاة . وبصدور هذا الإذن كان يختفي الحق الأصلي ويحل محله حق جديد هو حق الدعوى .

وقد اعتبر (القانون المصري الصادر برقم ٤٩) ـ اقتباساً من القانون الفرنسي ـ أن الدعوى في حد ذاتها حق له قيمته المستقلة عن قيمة الحق ذاته الذي وجدت لحمايته .

وآية ذلك أنه يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

وأكملت المذكرة التفسيرية هذا التعريف بأن ذكرت أنه يعتبر مالاً منقولاً جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول وهذا أخذ بالتعريف التقليدي للدعوى . (١)

ويرى اهرنج ـ الفقيه الألماني : (٢) أن الدعوى واجبة على كل شخص في مواجهة الآخرين وفي مواجهة الجماعة . ويعني بذلك أنه في المجتمع المنظم ينبغي أن يكون الالتجاء إلى القضاء أمراً واجباً حتى تستقر المعاملات وتحترم الحقوق . (٣)

---

(١) انظر نص المادة ٨٣ من قانون المرافعات المصري رقم ٤٩ .
(٢) نقلاً عن د. عبد المنعم الشرقاوي شرح قانون المرافعات المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م ص ٣٤ .
(٣) انظر ديجي مطول القانون الدستوري جـ١ ص ٣٠٤ نقلاً عن د. عبد المنعم الشرقاوي . شرح قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م ، المصري ص ٣٤ .

فالدعوى إذن وسيلة لحماية الحق . وليست في ذاتها حقاً آخر إلى جوار الحق الذي تحميه يضاف إلى ذمة صاحب الحق ، بل هي من عناصر الحق ، كما أنه قد يتصور وجود عدة دعاوى (أو عدة وسائل) لحماية حق واحد . وأخيراً ليست الدعوى هي الوسيلة القانونية الوحيدة لحماية الحقوق ، بل إن للحقوق طرقاً قانونية أخرى لحمايتها مثل التنفيذ والدفاع الشرعي فكلها وسائل قانونية لحماية الحق ، ولكن الدعوى تميز عنها جميعاً بأنها ترفع أمام المحاكم أي أنها حماية عن طريقة سلطة القضاء ، أما الوسائل الأخرى فقد يباشرها صاحب الحق دون تدخل سلطة أخرى وبإرادته وحده كالدفاع الشرعي . ومما يميز هذا التعريف ـ أيضاً ـ أنه يؤدي إلى التوسع في سلطة القضاء . إذ لم تعد الدعوى في هذا النظر مقصورة على المطالبة بما هو واجب للمدعي في ذمة المدعى عليه . بل تمتد فضلاً عن ذلك حتى تشمل المطالبة بتقرير حقوق المدعي إذا كان وجودها أو مقدارها متنازعاً فيه . (١)

ومن هذا التعريف وذاك يتضح مايأتي :

أولاً : أن الدعوى وسيلة قانونية Un vaie de droit يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية ، أي إلى المحاكم ، لحماية حقه ، وهي بهذا تتميز عن وسائل قانونية أخرى أباحها المقنن ، يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى سلطات أخرى كالسلطة التنفيذية (٢) . أو يذود فيها عن حقه بنفسه .

---

(١) د . عبد المنعم الشرقاوي ـ شرح قانون المرافعات ص ٣٤ .

(٢) يجيز القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣م في شأن الري والصرف في جمهورية مصر العربية التجاء الخصم إلى مهندس الري أو مفتش الري بالإجراءات المقررة في القانون وذلك للسرعة التي يقتضيها الحال .

ثانياً : إن الدعـوى هـــي السلطة التي خولها القانون للأشخاص للذود عن حقوقهم بعد أن حرمهم من اقتضائها بأنفسهم ، وبتعبير آخر الدعوى هي الوسيلة الحديثة التي استعيض بها عن الانتقام الفردي . والأصل في العصر الحديث أنه لايجوز لأي شخص حماية حقه بنفسه ، وإنما أباح المقنن (*) للأفراد في ظروف استثنائية خاصة حماية حقوقهم بأنفسهم كما هو الحال بالنسبة لحق الدفاع الشرعي . (١)

ثالثاً : إن استعمال الدعوى أمر اختياري ، أي أنها رخصة Facutte لصاحـب الحق ، فلـه مطلق الحرية في الالتجاء أو عدم الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه ، ولكن الأفضل أن يقوم كل ذي حق بمباشرة الدعوى لأنها ليست واجبة على صاحب الحق نحو نفسه فحسب ، وإنما هو واجب عليه نحو المجتمع إذ لايحترم القانون في المجتمع ولا يسود فيه العدل والاطمئنان إلا إذا باشر كل عضو فيه ماله من حقوق . (٢) ومما لاشك فيه أن هذه الفكرة مثالية . ولكنها تقتضي أن تكون جميع الأحكام التي يصدرها القضاء صحيحة من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع، وهذا لايصدر إلا إذا خلت نفوس المتقاضين من الضغائن والأحقاد ، ويبعد أن يتحقق هذا . (٣)

(*) يطلق علماء القانون الوضعي لفظ المشرع مجازاً على السلطة التي لها حق إصدار القوانين .

(١) تنص المادة ١٦٦ من القانون المدني المصري على أنه من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير كان غير مسئول ، على ألا يجاوز القدر الضروري للدفاع .

(٢) H. Solus, ceurs de drieit Judiciaire prue la licence 3 e me a nice 1950 - 5 I .
وانظر أيضاً د . أحمد أبو الوفا ـ المرافعات المدنية والتجارية ص ١١٧ .

(٣) نقض مارس ١٩٤٥ ـ مجموعة القواعد القانونية ٤ص ٥٩٣ .

والراجح أن استعمال الدعوى أمر اختياري ، فصاحب الحق له مطلق الحرية في الالتجاء إلى القضاء ، وله أيضاً مطلق الحرية في تحديد الوقت أو الظرف الذي يراه مناسباً للالتجاء إلى القضاء ، وله مطلق الحرية في النزول عن خصومته التي أقامها إذا لم يتعلق بها حق المدعى عليه .

رابعاً: إن الدعوى ـ كوسيلة لحماية الحق أو كعنصر من عناصره ـ لايجوز النزول عنها مقدماً . وإذا كان من الجائز النزول عن الحق برمته إلا أنه لايجوز النزول عن الالتجاء إلى القضاء إذا نشأ خلاف بصدده . وإن كان يجوز النزول عن الخصومة بعد أن تنشأ .

هذه هي أهم الأفكار التي تحدد مفهوم الدعوى في القانون الوضعي، وهي مع اختلافها لاتزيد كثيراً عن التعريفات التي قدمها فقهاء الإسلام عندما بينوا وفصلوا مفهوم الدعوى وحددوا ماهيتها . وتتميز الدعوى بالمعنى المتقدم عن الحق الذي تحميه وعن المطالبة القضائية وعن الخصومة وعن حق الالتجاء إلى القضاء .

المبحث الثاني
الفرق بين الدعوى والأفكار الأخرى

المطلب الأول : الدعوى والحق الذي تحميه :

كثر النقاش حول التمييز بين الدعوى والحق الذي تحميه ، فقيل وفقاً للنظرية التقليدية : إن الدعوى هي الحق نفسه في احدى حالاته ، أو بعبارة أخرى هي ذات الحق متحركاً إلى القضاء ، فهو يبقى هادئاً إذا لم ينازع فيه ، وإنما ينشط إذا ما أنكر أو اعتدى عليه ، فالحق يمثل حالة قانونية هادئة ، والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحرك ، ودليل ذلك أن الحق والدعوى يولدان معاً ويبقى أحدهما ما بقي الآخر ، وأن موضوع الدعوى نفس موضوع الحق ، فصاحب الحق يلتجيء إلى القضاء للمطالبة بنفس المنفعة التي يكتسبها فيما لو اعترف له بحقه ، وإن الدعوى تتصف بنفس أوصاف الحق .

وقيل في النظرية الحديثة : إن الدعوى ليست هي ذات الحق ودليل ذلك :

أولا : أنهما يختلفان من حيث سبب كل منهما ، فسبب الحق هو الواقعة القانونية المنشئة له سواء أكانت عقداً أم إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع ، أما سبب الدعوى فهو النزاع بين الخصوم حول الحق(١) .

ثانياً : قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق كما هو الحال بالنسبة للولي أو الوصي الذي باشر دعاوى القاصر والوكيل .

ثالثا : قد يتصور في بعض الحالات وجود أحدهما بغير الآخر ، فقد يوجد الحق دون أن تحميه دعوى كما هو الحال بالنسبة للحقوق الناقصة التي يقابلها من جانب المدين

(١) د / الشرقاوي المصلحه في الدعوى صفحة ١٢ ، وكذلك د / شفيق شحاته النظرية العامه للحق ص ٢٠ .

عدم الالتزام وقد توجد دعوى بغير حق يستند إليها صاحبها كما هو الحال في دعوى الحيازة .

رابعاً : إن الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى ، فصاحب الحق يجوز له أن يرفع دعوى مطالباً بتعويض عن الضرر الذي يصيب الحق ، وقد يرفع دعوى مطالباً باتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية ذات الحق . (١)

وفي رأي الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا أن الدعوى ليست هي ذات الحق الذي تحميه وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، إنما الدعوى جزء لايتجزأ من الحق . (٢)

والحق لايكتمل وجوده إلا إذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء إلى المحاكم للذود عنه ، وبعبارة أخرى إمكان الإفادة من المنفعة التي يخولها القانون لصاحب الحق لا يتحقق إلا إذا كان في مكانته الالتجاء إلى المحاكم للاعتراف له أو لحمايته ولإكراه مدينه عن التسليم له به ، ويتفرع من هذا أنه لا يتصور وجود دعوى دون أن تستند إلى حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى . وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه ، فإذا تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة ، فذلك لأن هذه الواقعة تنشأ من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها .

فمالك العقار ـ مثلاً ـ إذا اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة أو دعوى الملكية أو دعوى التعويض عن الضرر الذي أصابه بانتهاك حرمة ملكيته ، لأن دعوى الحيازة تحمي حق الحيازة بصفة مؤقتة إلى أن يفصل في أصل الحق موضوع

(١) د. أحمد أبو الوفا ـ شرح المرافعات التجارية والمدنية ص ١١٥ .
(٢) انظر في ذلك المصلحة في الدعوى للدكتور الشرقاوي رقم ١٢ وما بعدها والنظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاتة رقم ١٥ .

الحيازة . ودعوى الملكية تحمي حق الملكية ، ودعوى التعويض تستند إلى حق المالك في جبر الضرر الذي لحقه .

من كل ماتقدم يتضح أن الدعوى ليست بذات الحق وليست مستقلة عنه ، بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، وإنما هي جزء لايتجزأ منه ، ولا يتصور لها وجود إن لم تستند إليه ، كما لايوجد حق دون أن تحميه دعوى ،لهذا يكون من الأسلم تعريف الدعوى بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الوصول إلى احترام القانون ، لأن التعريف الذي درج عليه الفقه الوضعي وهو أنها ((سلطة الالتجاء إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو حمايته)) لايستقيم مع ما تقدمت الإشارة إليه . إذ كيف تعرف بأنها سلطة أو وسيلة لحماية الحق ثم يقال أنها عنصر من عناصره ؟ (١)

ومما يميز هذا التعريف أيضاً ـ أنه يؤدي إلى التوسع في سلطة القضاء إذ لم تعد الدعوى في هذا النظر مقصورة على المطالبة بما هو واجب للمدعي في ذمة المدعى عليه ، بل تمتد إلى أبعد من ذلك حتى تشمل المطالبة بتقرير حقوق المدعي . (٢)

وقد ميز فقهاء الإسلام أيضاً بين الدعوى والحق . يقول الكاساني في كتابه بدائع الضائع ((قول الرجل : لي على فلان كذا ، وقضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ، ونحو ذلك)) ويوضحون فكرة الدعوى بأن اسم المدعي تتناول من لاحجة له ، ويتناول من له حجة .

---

(١) د. أحمد أبو الوفا ـ المرافعات المدنية ص ١١٣ .

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوي ـ شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م ، المطبعة العالمية . القاهرة ١٩٥٦م ص ٣٥ .

وتصوير الدعوى كوسيلة لمنح الحماية القضائية للحق أو للمركز القانوني ، هو وحده الذي يحقق الصلة بين الدعوى والحق والموضوعي ، ذلك أنه إذا كان الحق في الدعوى حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي فإن هذا لايمكن أن يكون معناه النظر إليها باعتبارها مركزاً قانونياً اجرائياً . فالحق في الدعوى مركزه موضوع هدفه الحصول على حماية حق أو مركز قانوني موضوع .

ومن ناحية أخرى فإن هذه الفكرة هي التي تتفق مع نظرية الدعوى ، كما كانت في القانون الروماني كان يقصد باصطلاح Actio الوسيلة التي يحصل بها الشخص على إشباع مصلحته في الشكل الذي ينص عليه القانون بواسطة القضاء . وكانت بهذه الوسيلة التي حلت محل اقتضاء الشخص حقه بنفسه . وعندما كان يقال: إن فلان لديه دعوى ، فإن ذلك معناه أن له حقاً في الحصول على حكم قضائي لصالحه .

ويتمسك الدكتور فتحي والي بفكرته عن الدعوى والحق فيقول : ((إن فكرتنا هي وحدها التي تتفق مع نظرية الدعوى ، كما يعرفها المقنن المصري ، فالقانون المدني عندما ينظم شروط دعوى الإعسار أو دعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى المسئولية التقصيرية وغيرها وكذلك القانون التجاري عندما ينظم شروط دعوى شهر الإفلاس أو غرها فإنه ينظم في جميع الأحوال الشروط التي إذا توافرت حصل صاحب الدعوى على حكم في الدعوى لصالحه)) .

وقد أخذ على هذه الفكرة أنها تعلق وجود الدعوى على نجاحها إذ هي لاتعترف بالدعوى إلا لصاحب الحق وهو مالا يمكن معرفته إلا بعد مباشرة الدعوى . ولكن الدكتور والي يرد على هذا النقد بقوله : ((إن هذا ماتمليه طبيعة الدعوى باعتبارها حقاً ووسيلة لتحقيق غاية معينة)) .

فالدعوى وسيلة لحماية الحق الموضوعي ، ولا يتصور الاعتراف بهذه الوسيلة إلا لمن لديه الحق ، وإلا أصبحت وسيلة لحماية صاحب الحق ومن ليس صاحبه . (١)

المطلب الثاني : الدعوى والادعاء :

إذا استعمل الشخص حقه في الالتجاء إلى القضاء ، فإنه يطرح ادعاء معيناً أمام المحكمة ، ويستعمل لفظ الدعوى ـ في اللغة القانونية أحياناً بمعنى الادعاء ، ولكن يجب عدم الخلط بين الفكرتين ، فلكل شخص بموجب حقه في الالتجاء إلى القضاء أن يطرح ادعاءه أمام المحكمة ، ولكن قيام هذا الادعاء أمام المحكمة لايعني أن لصاحبه الحق في الدعوى .

فالقانون يفرق جيداً بين الفكرتين ، وعندما ينظم القانون ـ على سبيل المثال ـ شروط دعوى استرداد الحيازة أو الدعوى التأمينية ، فإنه لاينظم شروط مجرد الادعاء وإنما الشروط التي إذا توافرت حصل صاحب الدعوى على حكم لصالحه ، أي شروط الحق في الدعوى . حقيقة أن الدعوى تقام أمام القضاء باعتبارها ادعاء ، فلا يتبين أن المدعي هو صاحب الحق في الدعوى إلا بصدور الحكم ،ولكن الادعاء القائم أمام القضاء لايعني أن لمن تقدم به الحق فيه . فهذا الادعاء قد يقبل إذا كان رافعه هو صاحب الدعوى أو يرفضه إذا لم يكن كذلك .

ولا يمكن القول بأن الدعوى هي الادعاء ما دامت الدعوى هي وسيلة حماية الحقوق والمراكز القانونية ، ذلك أن الذي يحقق الحماية ليس مجرد الادعاء أو الحق فيه وإنما الحق في الحصول على حكم يحقق هذه الحماية بواسطة القضاء .

---

(١) د. فتحي والي ـ الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٠م ، ص ٦٠ ـ ٦١م .

ولاختلاف فكرة الدعوى عن الادعاء فإن من المقرر أن الدعوى توجد بمجرد الاعتداء على الحق ولو قبل بدء الخصومة ، أما الادعاء فإنه لايوجد إلا برفعه أمام القضاء . (١)

فالخصومة تبدأ بالطلب القضائي الأصلي ، هذا الطلب يرفعه شخص يسمى المدعي أي صاحب الادعاء المطروح أمام المحكمة ـ ويرفع هذا الطلب في مواجهة شخص آخر هو المدعى عليه ، أي من يوجه إليه الادعاء . وهؤلاء هم الطرفان الأصليان في الدعوى ، ولكن الخصومة قد يتسع نطاقها من حيث الأشخاص ، وذلك عندما يتدخل أشخاص جدد فيها . ومركز المدعي والمدعى عليه ليس مركزاً ثابتاً طوال سير الإجراءات فهو قد يتغير . فكل من يقدم ادعاء إلى المحكمة يكون مدعيً عليه ، وبالتالي يتصور أن يشكل كل خصم المركزين في آن واحد .

فمن رفع الأداء الأول ، يكون مدعياً ، فإذا ما وجه المدعى عليه ادعاء جديد له صار المدعى عليه مدعياً ، بالنسبة لادعائه . والخصم الموجه إليه الادعاء يكون مدعى عليه . وبالتالي يتصور أن يشكل كل خصم المركزين في آن واحد . فمن رفع الادعاء الأول يكون مدعياً ، فإذا ما وجه المدعى عليه ادعاءً جديداً صار المدعى عليه مدعياً بالنسبة لادعائه هو ، وصار المدعي الأول مدعى عليه بالنسبة لادعاء خصمه .

وتحديد هذه المراكز الإجرائية مهم نظراً لوجود نظام قانوني ، وأحكام مختلفة بالنسبة لكل مركز فيها . فمثلاً نظام سقوط الخصومة ووقفها جزائياً يواجه أخطاء صدرت من الخصم الذي يشغل مركز المدعي ، أما نظام الحضور والغياب فهو ينظم قواعد تختلف بحسب ما إذا كنا إزاء غياب المدعي أو المدعى عليه .

---

(١) د. فتحي والي ـ المرجع السابق ـ ص ٦١ .

ومركز الخصم هو مركز اجرائي يولد حقوقاً والتزامات إجرائية ، وهو مرتبط بوجود الخصومة . وهو يختلف في نطاقه عن المركز الموضوعي لأصل الحق والمطلوب حمايته قضائياً .

ووجود الخصم ضروي لصحة الادعاء ولصحة المطالبة القضائية . ويقصد بوجود الخصم أن ترفع الدعوى من شخص طبيعي له على الأقل أهلية الوجوب ، وهذه الأهلية تثبت لكل إنسان حتى ولو كان جنيناً في بطن أمه ، ويعبر عنها بأهلية الاختصام (*) أي صلاحية الإنسان لأن يرفع الدعوى وأن ترفع الدعوى عليه ، وهي تثبت لكل إنسان حتى لو لم يبلغ بعد السابعة من عمره ، وهنا يتعين أن ترفع الدعوى بواسطة ممثله القانوني .

أما الشخص الاعتباري فيجب أن يكون له وجود قانوني لحظة رفع الدعوى ، وإذا توفي الشخص الطبيعي قبل رفع الدعوى كانت جميع الإجراءات باطلة وكذلك الحكم الصادر والبعض يراه معدوماً ، وإذا زالت الشخصية القانونية للشخص الاعتباري قبل رفع الدعوى كانت جميع الإجراءات باطلة . (١)

ومركز الخصم في الإدعاء قد يكون محلاً للخلافة . والأصل أن تحدث الخلافة في المركز الموضوعي المرفوعة به الدعوى ، ثم يعقبها خلافة في المركز الإجرائي في الخصومة .

والخلافة قد تكون عامة وقد تكون خاصة . فإذا توفي الخصم أثناء سير الخصومة ، فإن هذه الأخيرة تنقطع ، ولا تعود إلى السير مرة ثانية إلا في مواجهة الخلف العام .

(*) المقصود بأهلية الاختصام هو الشروط التي يجب أن تتوافر في رافع الدعوى ، وهي بهذا لاتختلف عن أهلية الوجوب وأهلية الأداة ومن وجهة نظر القانون الوضعي يأخذون بهذا الاصطلاح (أهلية الاختصام) .

(١) انظر في ذلك د. فتحي والي ـ الوسيط ـ ص ٥٩٦ وانظر أيضاً د. وجدي راغب ـ ص ٢٣٠ ، د. أحمد أبو الوفا ـ قانون المرافعات ـ ص ١٧٨ .

ويشترط في هذه الحالة أن يخلف الخلف العام السلف بالنسبة للحق الموضوعي المدعى به . أما إذا كان الحق الموضوعي مما يزول بموت صاحبه فإن الخلافة لاتوجد وتنقضي الخصومة . ونفس الحل يؤخذ به بالنسبة للشخص الاعتباري .

أما بالنسبة للخلف الخاص : ويقصد به كل من انتقل اليه ملكية شيء أو حق عيني على الشيء من السلف ، والسؤال هنا هل يحل الخلف الخاص محل السلف في الخصومة ؟

والإجابة هي إذا كان الحق قد انتقل إلى الخلف قبل رفع الدعوى ، فإنه يجب رفع الدعوى على الخلف نفسه بصفة مبتدأة ، فإذا رفعت على السلف كانت غير مقبولة لرفعها على غير ذي صفة .

أما إذا انتقل الحق إلى الخلف أثناء سير الخصومة المرفوعة بصدد ذات هذا الحق ، فقد ذهب البعض إلى القول بأن الخلافة في الحق الموضوعي الذي انتقل إلى الخلف الخاص لاتترتب عليها خلافة الخصومة ، بل يبقى السلف طرفاً فيها وإن لم يعد هو صاحب الحق الموضوعي ولا يحل الخلف محله في الخصومة . (١)

ومع ذلك يرى أنصار هذا الرأي أن الحكم الصادر في الدعوى يكون حجة على الخلف وأن السلف يحل اجرائياً محل الخلف ، فهو يدافع عن مركز قانوني لصالح الغير (٢) .

---

(١) د. إبراهيم سعد ، القانون القضائي - الجزء الثاني منشأة المعارف بالاسكندرية - لم يذكر سنة النشر - الجزء الثاني ص ٥٥٩ / د. فتحي والي الوسط في قانون القضاء المدني ، ص ٣٥٩ . مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٠م .

(٢) د. إبراهيم سعد ، ص ٥٦٠ .

ـ موضوع الادعاء أو محله :

يقصد بموضوع الادعاء الكامن في الطلب القضائي المحل المطلوب حمايته قضائياً ، فقد يهدف المدعي إلى مجرد الحصول على حكم يقرر وجود حقه ، أو إنشاء مركز قانوني جديد ، أو إلزام خصمه باتخاذ إجراء معين أو القيام بأداء ما ، كما قد يكون موضوع الادعاء المطالبة بحماية وقتية أو بحماية تنفيذية أو باتخاذ إجراء تعجز الإرادة الفردية وحدها عن اتخاذه .

وعلى ذلك فموضوع الادعاء هو الحق أو المركز القانوني المطالب به أمام القضاء .

ـ سبب الادعاء :

يقصد بسبب الادعاء مجموع الوقائع المكونة للحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته . وهذا السبب يقدمه المدعي إلى القاضي الذي يقوم بتقديره واعطائه وصفاً قانونياً يسمح له بإنزال حكم القانون عليه محققاً بذلك الحماية القضائية للمدعي . (١)

ـ ومن أهم صور الادعاء هو الادعاء المباشر :

والادعاء المباشر هو رفع الدعوى مباشرة من المضرور عن الجريمة أمام القضاء الجنائي . فتتحرك بذلك الدعوى الجنائية وكما أنه يعتبر وسيلة متاحة للنيابة العامة تلجأ إليها في أغلب المخالفات وفي كثير من الجنح حين لاتجد فائدة من إجراء تحقيق ابتدائي في الدعوى الجنائية ، فنكتفي بمحضر جمع الاستدلالات وترفع الدعوى ، استناداً إليه أمام المحكمة المختصة . (٢)

---

(١) د. إبراهيم سعد ـ القانون القضائي ص ٥٦١ .
(٢) د. فوزية عبد الستار ـ الادعاء المباشر ـ دار النهضة العربية ـ سنة ١٩٧٧م ـ ص ٤ .

ولذلك نجد أن المادة ١/٢٢٢ من قانون الاجراءات الجنائية المصري تنص على أن ((تحال الدعوى إلى محكمة الجنح والمخالفات بناء على أمر يصدر من قاضي التحقيق أو محكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة ، أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة العامة أو من المدعي بالحقوق المدنية ويجوز الاستغناء عن تكليف المتهم بالحضور إذا حضر الجلسة ووجهت إليه التهمة من النيابة العامة وقبل المحاكمة .

ويتميز نظام الادعاء المباشر ، سواء مباشرة المضرور من الجريمة أو النيابة العامة بتخطي مرحلة التحقيق الابتدائي ، ولذلك يقصره المقنن على الجنح والمخالفات دون الجنايات حيث يكون التحقيق الابتدائي فيها الزامياً بالنظر إلى جسامتها . ومع ذلك يتميز الادعاء المباشر من المضرور عن الادعاء المباشر الذي تملكه النيابة العامة ((فبينما يكون موضوع الأخير الدعوى الجنائية ، فإننا نجد موضوع ادعاء المضرور هو الدعوى المدنية تستتبع تلقائياً وبقوة القانون تحريك الدعوى الجنائية المستندة إلى نفس الجريمة ، وذلك كنتيجة منطقية لاستحالة نظر القضاء الجنائي في الدعوى المدنية إلا تبعاً لدعوى جنائية . (١)

وهناك فرق بين الادعاء المباشر وتحريك الدعوى الجنائية باعتبار أن أهمية الادعاء المباشر لاتتمثل أساساً في كونه وسيلة لحصول المدعي بالحقوق المدنية على التعويض عن ضـــرر الجريمة ، فالمطالبة بالتعويض قد تكون أمام القضاء الجنائي عن طريق التدخل في

---

(١) R. Garraud, Traite Theorique et pratiquie, d' instruction Crimvelle et de Procedur penale, 1907 T. 1 No 152, p 339

نقلاً عن فوزية عبد الستار ـ الادعاء المباشر ـ ص ٥ .

الدعوى الجنائية عندما ترفعها النيابة العامة ، ولكن أهمية الادعاء المباشر تتمثل في كونه الوسيلة التي أباحها المقنن للمضرور من الجريمة لمراقبة النيابة العامة ، يلجأ إليها لتحريك الدعوى الجنائية كأثر للمطالبة بالحقوق المدنية إذا تراخت النيابة في رفع الدعوى الجنائية ، ولذلك قد يستقر في الأذهان أن الادعاء هو تحريك المضرور من الجريمة للدعوى الجنائية ، والحقيقة أن الادعاء المباشر هو الوسيلة لتحريك الدعوى الجنائية ، فالفارق بين الادعاء المباشر وتحريك الدعوى الجنائية هو الفارق بين المؤثر والأثر أو بين السبب والمسبب .

ويكون التمييز بين الأمرين أكثر وضوحاً في النظم الإجرائية التي يجوز فيها للمضرور من الجريمة تحريك الدعوى الجنائية بغير طريق الادعاء المباشر ، مثال ذلك أن يحرك الدعوى الجنائية ، إما عن طريق الادعاء المباشر ويكون ذلك في جميع المخالفات وأغلب الجنح ، وإما عن طريق تقديم شكوى إلى قاضي التحقيق مع اتخاذ صفة المدعي المدني ، ويكون ذلك في الجنايات وبعض الجنح . (١)

مع أنه في ظل هذا النظام يظل الادعاء المباشر متميز عن الشكوى مع اتخاذ صفة المدعي المدني أمام قاضي التحقيق ، وذلك لأنه وإن جمعتهما وحدة الأثر ، وهي تحريك الدعوى الجنائية ، إلا أن الادعاء المباشر يتميز بأنه يترتب عليه فضلاً عن تحريك الدعوى الجنائية دخول هذه الدعوى في حوزة قاضي الحكم وإلزامه بنظرها والفصل فيها ، بينما يقتصـــر أثر الشكوى مع اتخاذ صفة المدعي المدني أمام قاضي التحقيق على تحريك الدعوى

---

(١) المادة ٥٨ من قانون الإجراءات الفرنسي ، انظر في ذلك دكتورة فوزية عبد الستار ، الادعاء المباشر ، ص ٦ .

الجنائية دون دخولها في صورة قضاء الحكم إذ هي لاتدخل في حوزته حينئذ إلا بناء على قرار بالإحالة صادر من قاضي التحقيق بعد انتهاء التحقيق في الدعوى ، وقد يعلق طريق قضاء الحكم أمام الدعوى فلا تدخل في حوزته ، وذلك إذا صدر بعد انتهاء التحقيق قرار بأن لاوجه لإقامة الدعوى الجنائية .

* الشريعة الإسلامية والادعاء المباشر :

تأخذ الشريعة الإسلامية بنظام التوسع في الادعاء المباشر ، ففي الجرائم التي تمس حقوق العباد يوجه الاتهام إلى المجني عليه فحسب ، أما الجرائم التي تمس حقوق الله سبحانه وتعالى أو التي تضر بالمجتمع فإنه لأي فرد ولو لم يصبه ضرر أن يرفع الدعوى . وقد فرقت الشريعة الإسلامية بين الجريمة العامة والجريمة الخاصة كنتيجة للتفرقة بين أنواع الحقوق التي يمكن أن تقسم من وجهة نظر الدعوى الجنائية إلى الأنواع الثلاثة الآتية :

١ ـ حقوق خالصة لله تعالى : مثل حدود الزنى، وشرب الخمر ، ومحاربة الدين والردة ، والتعزيزات على المنكرات التي تقع اعتداء على حق الله ، فهذه العقوبات توقع جزاء لجرائم عامة ، يمتد ضررها ليشمل جماعة المسلمين .

٢ ـ حقوق لله تعالى ولكن للفرد فيها جانب يتفاوت قوة أو ضعفاً ، وهي حد السرقة والقذف بالزنى .

٣ ـ حقوق خالصة للعبد ، وهي القصاص ، أو التعزيرات على المنكرات التي تقع اعتداء على مافيه حق للأفراد .

فإذا وقعت الجريمة اعتداءً على حق الله ، فإن الدعوى الجنائية الناشئة فيها تكون دعوى عامة ، أي ملكاً للجماعة ، ولذلك تتولى الدولة مباشرتها ، كما تكون للفرد باعتباره عضواً في الجماعة أن يرفعها ولو لم ينله ضرر مباشر من الجريمة . (١)

والفرد عندما يتولى رفع الدعوى العامة دون أن يكون مجنياً عليه فيها ، إنما يقوم بواجب فرضه عليه الشارع ، يتمثل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والعمل على تغيير المنكر الذي يتمثل في الجريمة العامة هو اقامة الدعوى الجنائية ابتغاء توقيع العقاب على الجاني .

وإذا وقعت الجريمة اعتداءً على حق للفرد مباشرة ، فإن الدعوى الجنائية الناشئة عنها تكون دعوى خاصة لايملك رفعها إلا المجني عليه أو وليه . (٢)

والراجح كما يقول فقهاء المسلمين أن الدعوى هي الادعاء ، يقول السرخس (المبسوط ـ جـ ١٧ ص ٢٩) : أن المدعي لايستحق بمجرد الدعوى ، وهذا معقول لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب ، والمحتمل لايكون حجة ، والدعوى لايستوجب استحقاق المدعي بنفسه ، وهذا يقطع بأن المقصود بالدعوى هو الادعاء .

---

(١) انظر في ذلك د. عبد الوهاب حميد ، أصول المحاكمات الجزائية ، الطبعة الثالثة ١٩٥٧م ص٢٠ وما بعدها .
(٢) د. فوزية عبد الستار ، الادعاء المباشر ، ص ٢٧ .

* **أساس الادعاء هو سبب الدعوى :**

يشيع في الفقه الوضعي والقضاء(*) إطلاق عبارة سبب الدعوى على مانسميه بأساس الادعاء fondement de la pretentior والواقع أن اصطلاح سبب الدعوى الذي يستعمله الفقيه (١) اصطلاح غير صحيح ، لأن الدعوى حق شخصي dreit sujectif نعبر عنه بشكل اجرائي هو الطلب . وليس الطلب هو الدعوى . لذلك ينبغي الحديث دائماً في النطاق الإجرائي عن سبب الطلب la Cause de la demand وهو الأمر السائد فعلاً في الفقه الفرنسي فهو لايستعمل هذا الاصطلاح وإنما يستخدم اصطلاح سبب الطلب وأصبح الفقه المعاصر الآن يستخدم اصطلاح أساس الادعاء بعد اختفاء لفظ السبب . (٢)

* **وأساس الادعاء لايمكن تغييره أو تعديله :**

فقد استقر في القضاء منذ أمد بعيد قاعدة تقليدية مؤداها أن القاضي لايستطيع أن يغير أو يعدل أساس الادعاء ، ويعبر قضاء النقض المصري والكويتي عن هذه القاعدة بأن القاضي لايستطيع تغيير سبب الدعوى (٣)

---

(١) يستعمل جمهور الفقه المصري اصطلاح سبب الدعوى ، انظر د. أحمد أبو الوفا ـ المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة ١٩٨٦م ص ١٩١ الهامش ، والقضاء المصري والكويتي انظر على سبيل المثال في قضاء التمييز الكويتي تمييز ١٩٧٨/٥/٣م في الطعن ٥٧ لسنة ١٩٧٦م ـ تجاري منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ١٠ ، ص ١٦٧ .

(*) سأميز كلمة فقه وفقهاء في القوانين الوضعية لكلمة (الفقه الوضعي) (وفقهاء القانون الوضعي) أما عندما أذكر ذلك عن الإسلام فأقول الفقه فقط أو فقهاء الإسلام أما معنى كلمة فقه كما جاءت في قواميس اللغة : فهي الفهم .

(٢) Roger perrot : dreeit judicaire prive fasce dreit paris . Gerad cauchez . Procedure Civile ed 1978.
وانظر أيضاً د. عزمي عبد الفتاح ، أساس الادعاء أمام القضاء المدني دار النهضة العربي ـ مصر ١٩٨٦م ص ١٢ .

(٣) على سبيل المثال : نقضي مدني ١٩٢٦/٦/٤م مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية في ٢٥ عاماً ص ٦٢٦ ، ونقض ١٩٤٥/٦/١٤م و ١٩٦٩/٦/٤م مجموعة الأحكام ٢٠ـص ٨٦٨ ولازال المبدأ سائر في أحداث الأحكام في مصر ، انظر نقض مدني ١٩٨٠/٢/٢١م مجموعة الأحكام ٥٧٢/١٢/٣١ وانظر أيضاً تمييز كويتي ١٩٨٢/١٢/٢٩م منشور في مجلة القضاء والقانون التي تصدر عن المكتب الفني بمحكمة الاستئناف بدولة الكويت ١٩٨٥م لسنة ١١ ع ٢ ص ١٤٦.

وتعد قاعدة حظر تغيير السبب أو تعديله من أصعب القواعد الإجرائية التي تواجه قضاة الموضوع من الناحية العملية ولا ريب أن نقطة البداية في حل هذه الصعوبة هي تحديد المقصود بالسبب ، فمثل هذا التحديد يمكن معه تحديد وظيفة القاضي ودور الخصومة بالنسبة لهذه المسألة .

والحقيقة أن تحديد ماهية السبب ليس أمراً يسيراً وذلك لعوامل عدة : فالفقهاء لم ليتفقوا على مدلول واحد لهذا الفقه حتى أنه يمكن القول أن لكل فقيه فكرته الخاصة عن السبب . واختلفت أحكام القضاء في هذا الشأن حيث تردد بين مفهوم عام ومفهوم خاص للسبب ، ولذلك حدث خلط بين السبب والمحل ومن جهة أخرى فقد اختلط أساس الادعاء بوسائل الدفاع . (١)

* **وأساس الادعاء هو القاعدة القانونية التي يتمسك بها المدعي :**

ذهب جانب من الفقهاء إلى أن سبب الادعاء هو القاعدة القانونية المثارة ويعد الفقيه رينيه سافتيه هو رائد هذا الاتجاه الذي انضم إليه Rene Savatier بعض الفقهاء . ونقطة البداية عنده هي أن القانون في المجتمعات المتحدثة يتكون من طبقات متعاقبة من القرائن وإذا كان الأصل أن القرينة قاعدة من قواعد الإثبات إلا أن بعض هذه القواعد يكون غير قابل لاثبات العكس فيكتسب قوة معينة تنقله من نطاق قواعد الإثبات إلى نطاق القواعد الموضوعية عندما يطبق النص الذي يتضمن هذه القرينة على حالة فردية . (٢)

وفي الحقيقة أنه لايمكن الاعتماد على هذه النظرية لحل مشكلة تحديد طبيعة الادعاء في كافة المنازعات ، فقد تصلح كحل في مسائل المسئولية المدنية ، ولكنها لاتقدم حلاً في

---

(١) د . عزمي عبد الفتاح ـ أساس الادعاء ـ ص ١٧ .

(٢) Rene Savatier, Nate saus Cass . req . 9/6/1928 Dallaz pir 1928 - I 153

المنازعات الأخرى ، لذلك اعترف أحد أنصارها بأنها لاتحل كل الصعوبات المتعلقة بفكرة السبب . (١)

وما يحدث عملاً هو أن الخصوم لايتمسكون بقاعدة قانونية ولكن يتمسكون غالباً بمبدأ قانوني Principle Jurideque وهم غير مكلفين في كافة الأحوال بالاستناد إلى نص أو قاعدة أو مبدأ قانوني ، ولا يوجد في الفقه والقضاء المصري أو في القضاء الكويتي من يأخذ بهذه النظرية . (٢)

وفكرة أساس الادعاء كمبدأ قانوني قد ترددت في بعض أحكام النقض المصرية حيث اعتبرت محكمة النقض أن كلا من المسئولية التقصيرية والمسئولية التعاقدية تعد سبباً مستقلاً وبحيث يترتب على تغيير أحد هذين المبدأين تغيير السبب فقد قضت المحكمة ـ الدائرة الجنائية ـ في حكم لها ((ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس المسئولية التقصيرية فإن ذلك لايمنع المدعي بالحقوق المدنية من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية (٣) التعاقدية ، وقد أخذت الدائرة المدنية بهذا المبدأ في بعض أحكامها فقد قضت المحكمة في حكم لها بأنه إذا كان الثابت في الأوراق أن الطاعن أقام دعواه على أساس المسئولية التعاقدية ـ إذا كان ذلك وكان أساس الحكم بالتعويض المعاد له في حالة إبطال العقد انما هو المسئولية التقصيرية في حين أن أساس دعوى الطالب هو المسئولية العقدية وهما اساسان متغايران ـ وقد قضى الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع لاتملك تغيير سبب الدعوى ، وأن الدعوى المدنية ملك لرافعها ويكفيها على الأساس

---

(١) د. عزمي عبد الفتاح ـ أساس الادعاء ـ ص ٢٨ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٩ .
(٣) نقض جنائي ١٩٣٤/٣/٨م ، المحاماة س ٢٥ ـ ٤٥ ص ١٣٢ وانظر أيضاً نقض جنائي ١٩٤٢/٥/٣١م ، المحاماة س ٢٦ ـ ٤٨ ـ ٨٤ .

الذي يراه هو ، وتقضي المحكمة في النزاع وفقاً لذلك فإنه لايكون قد خالف القانون . (١)

وقد أخذت محكمة التمييز الكويتية بحكم لها اعتبرت المسئولية التقصيرية هو سبب الدعوى . (٢)

ولكن هذا الاتجاه يعطي لأساس الادعاء مدلولاً واسعاً لأن المبدأ القانوني يتضمن عدة نصوص ، وتحكم هذه النصوص مسائل مختلفة ومتميزة ، ويؤدي هذا المدلول الواسع إلى نتائج تجافي العدالة في مسائل الحجية لأن الحكم يكون قد فصل في عدة مسائل لم يفحصها ولم تتم بشأنها المواجهة بين الخصوم .

كما يتسم هذا المدلول لسبب الادعاء بعدم الكفاية لأن الأمر يحتاج إلى عنصر مكمل هو مبدأ المواجهة ، أو إجراء تقسيمات قبل أعمال هذه الفكرة أو أثناء أعمالها ، لذلك وصف هذا التحديد بالغموض وعدم الكفاية . (٣)

أساس الادعاء هو الواقعة القانونية :

اتجه جانب في الفقه الفرنسي إلى أن السبب هو واقعة قانونية fait juriduque ويقصد بالواقعة القانونية بصفة عامة مركز واقعي Situation كرابطة الجوار أو كل عمل مادي .

---

(١) نقض مدني ١٩٧٩/١/١٥م مج : ٣ ـ ٥٠ ـ ٢٠٩ حيث اعتبر هذا الحكم المسئولية التقصيرية والمسئولية التعاقدية سبباً مستقلاً ، وجدير بالذكر أن هناك أحكاماً أخرى اعتبرت أن تغيير طبيعة المسئولية لايعد تغيير لسبب الدعوى على سبيل المثال ١٩٧٤/٢/٢٥ مج ٢٥ ص ١٢٧٤ .

(٢) تمييز كويتي ١٩٨٢/١١/١٧م في الطعن ٢٠ لسنة ١٩٨٢م تجاري .

(٣) د . عزمي عبد الفتاح ـ أساس الادعاء ـ ص ٤٠ .

كأداء خدمة ، أو تعدى بالقول يترتب عليه نشوء حق أو تعديل حق موجود من قبل وتصلح لتوليد الالتزام (١) سواء كانت هذه الواقعة إرادية أو غير إرادية .

ومن أنصار هذا الاتجاه جلاسون وليسيه حيث وضحا سبب الطلب بأنه الواقعة القانونية التي يستند إليها الطالب أساس لادعاءاته . (٢)

وقد أخذ كثير من فقهاء القانون المدني في مصر بهذه النظرية التي ترى أن أساس الادعاء هو الواقعة المنشئة للحق المطالب به قضاءً (٣)

ويؤخذ على هذا الاتجاه مايلي :

أ ـ عدم اتفاق أنصاره على مدلول واحد للواقعة في نطاق معين ، كالمسئولية التقصيرية .

ب ـ تعطي هذه النظرية للسبب طابعاً واقعياً وتغفل تماماً ـ لدى البعض ـ طابعه القانوني ، فضلاً عن اعتناقها مدلولاً واسعاً للسبب ، قد يضر بمصالح الخصوم الذين قد يفاجئون بسبق الفصل في مسائل لم تكن مطروحة أمام القضاء .

---

(١) انظر في تعريف الواقعة القانونية الفقهاء
Bendent, Lere bouse, Pigemiere, Bome Case
مشار إليهم في رسالة جيلي ص ٦٢ وفي الفقه المصري ، د. عبد الرازق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ١٩٦٦م بند ١٧ ص ٢٢ ، عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، جـ١ سنة ١٩٦٠م بند ٧٨ص ١٦١ ، إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ١٩٥٦م بند ١ ص ٣ ، وفي عرض لهذه الفكرة في القانون المدني ـ انظر د. محمود محمد ابراهيم ، النظرية العامة لتكييف الدعوى ١٩٨٢ ص ٢٢٠ ـ ٢٢٩ .

(٢) Glassom, Lissier , traite de preecedure Cinile 3 ed 1929 , tee f No. 89, P 465

(٣) د. عزمي عبد الفتاح ـ أساس الادعاء ـ ص ٧٠ .

والواقع أنه يمكن الرد على هذا النقد وذلك لأن عدم الاتفاق على تمديد الواقعة لايعيب الفكرة ذاتها ، فلا ريب أن هناك واقعة واحدة هي التي تكون سبباً طبقاً للرأي الصحيح ، أما الآراء الأخرى فهي خاطئة ولا يعتد بها . أما عدم اعتبار السبب فكرة قانونية فيه مسألة قد هجرها الفقه الحديث . وهنا أسس أخرى للادعاء منها :

١ ـ الواقعة أو التصرف .

٢ ـ مجموعة الوقائع المكيفة .

٣ ـ مجموعة الوقائع غير المكيفة . (١)

هذه هي أهم الأسس التي يقوم عليها الادعاء في التشريع الفرنسي والمصري وقد عرضنا لبعض نماذج من التشريع الكويتي . ولن نطيل في ذلك فقد يكفي أن نعرف ماهو الادعاء وما هي الأسس التي يقوم عليها في القانون الوضعي ، لكي نقارن بينه وبين موضوع الادعاء في دعوى الحسبة .

المطلب الثالث : الدعوى والمطالبة القضائية والخصومة :

رأينا أن الدعوى هي سلطة مخولة لصاحب الحق ، له مطلق الحرية في استعمالها فإذا استعمل صاحب الحق هذه السلطة أو الرخصة نشأت المطالبة القضائي Le demande en justice فالدعوى توجد سواء استعملها صاحبها أم لم يستعملها ، أما المطالبة القضائية فلا توجد إلا إذا باشر صاحب الحق دعواه متبعاً الإجراءات الشكلية التي نص عليها قانون المرافعات . فهي تنشأ بإيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب إلى حين صدور الحكم في موضوعها ، أو انقضائها بغير حكم في الموضوع ، وقد تنقضي الخصومة بغير حكم في الموضوع

(١) يمكن الرجوع في ذلك تفصيلاً إلى د. عزمي عبد الفتاح ـ أساس الادعاء ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ١٩٨٦م ص ٧١ .

كما في أحوال سقوطها وانقضائها بالتقادم أو اعتبارها لم تكن وكما في أحوال الترك والصلح .

ويمكن تعريفها أيضاً بأنها حالة قانونية ناشئة عن مباشرة الدعوى أو عن مجرد استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء ترتب علاقة قانونية بين الخصوم . (١)

والخصومة تختلف عن الدعوى من عدة وجوه ، ولعل أهم أوجه الخلاف بينهما أن شروط قبول الدعوى تختلف عن شروط قبول الخصومة ، وأن الدعوى تستند دائماً إلى حق ، أما الخصومة فهي تقوم بمجرد اتخاذ الاجراءات الشكلية التي يتطلبها قانون المرافعات بغير التفات إلى توافر حق لرفعها ، وأن انقضاء الخصومة لأي سبب من الأسباب دون الفصل في موضوعها ، لا يؤثر على حق رافع الدعوى إلا إذا سقط ذلك الحق بالتقادم ، وهذا الانقضاء لايمنع من تجديد المطالبة القضائية ، أما انقضاء الدعوى فهو يؤدي حتماً إلى زوال أصل الحق المدعى به . (٢)

أما فقهاء المسلمين فإنهم يمزجون بين فكرة الدعوى والمطالبة القضائية ، ويبدو هذا من تعريف الإمام البابرتي (٣) للدعوى بأنها ((مطالبة حق في مجلس له الخلاص عند ثبوته)) .

كما يبدو هذا من شروط الدعوى ، حيث تتضمن شروطاً في المطالبة القضائية ، كما تتضمن شروطاً في الادعاء .

فهم يقسمون الدعوى إلى صحيحة وفاسدة ، فالدعوى الصحيحة هي التي استجمعت شروط الدعوى ، والدعوى الفاسدة ما اختل فيها شرط ، ويختلفون في تعداد شروط صحة

---

(١) د. أحمد أبو الوفا ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ ص ١١٦ .
(٢) المرجع السابق نفس الصفحات .
(٣) البابرتي ـ شرح العناية على الهداية ـ على هامش فتح القدير لابن الهمام الحنفي ـ للإمام أكمل الدين البابرتي جـ٦ ص ١٢٧ .

الدعوى ولكنهم يمزجون فيها بين مقتضيات المطالبة القضائية ، وأهمها عقل كل من المدعي والمدعى عليه ، وأن تكون الدعوى مجلس الحكم أي بين يدي القاضي ، وبلسان المدعي عيناً ، وفي حضور الخصم ، وأن يذكر المدعي أمام القاضي أنه يطالب بالمدعى به .

ومقتضيات الادعاء ، أهمها أن يكون المدعى معلوماً ، وأن تكون الدعوى ملزمة بشيء على الخصم بعد ثبوتها ، وألا تكون متناقضة أو مستحيلة الثبوت .

أما حكم الدعوى الصحيحة فهو سماع القاضي للدعوى ، وجواب على المدعى عليه بنعم أو لا ، ويقول الكاساني عن هذا الجواب أنه واجب ، لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ، ولا يمكن القطع إلا بالجواب . (١)

ويختتم الدكتور وجدي راغب وجهة نظره في الدعوى في الفقه الإسلامي بأنها ليست فقط لصاحب الحق ، ولا توجب بذاتها استحقاق المدعي ، وإنما يبدو قيمتها في سماع القاضي لها ووجوب الفصل فيها ، وهي بذلك إنما تعني الادعاء الذي يعتد به القانون كمحل ابتدائي للعمل القضائي . (٢)

وإذا كان هذا الفقه لم يصل إلى فصلها عن فكرة المطالبة القضائية إلا أن الادعاء يظل هو محور فكرة الدعوى ، وهو مايتضح من تعريفها وبيان ركنها فضلاً عن حكمها .

إذن تكون فكرة الشريعة الإسلامية في الدعوى هي تحقيق غرض الشارع من وضعه الشريعة لمصلحة الخلق . (٣)

---

(١) الكاساني ـ بدائع الضائع ـ جـ ٦ ص ٢٢٤ .
(٢) انظر الدكتور وجدي راغب ـ النظرية العامة للعمل القضائي ص ٤٥١ .
(٣) محمود الضراري ـ نظريات عامة في المرافعات ـ المحاماة الشرعية السنة ٨ العدد ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩، ١٠ ، ص ٧٨ وما بعدها

وتختلف الدعوى عن الخصومة في أن الخصومة هي ((مجموعة الإجراءات التي تستمر من وقت المطالبة القضائية إلى الفصل في الموضوع أو إلى انقضاء الإجراءات بمثل الترك أو الصلح أو السقوط)) .

ومن هذه الإجراءات ما قد تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أو يباشره الخصوم بأنفسهم ، مثل إجراءات الإعلان وإبداء الطلبات وإجراء التحقيق ، ويقصد بها في جميع الأحوال إلى فض النزاع القائم بين طرفي الخصومة ، فالدعوى تفترق عن الخصومة في وجوه عدة ، فشروط قبول الدعوى هي وجود الحق والمصلحة والصفة لدى المدعي ـ أما شروط صحة الخصومة فمنها مايتعلق بأهلية التقاضي ، ومنها مايتعلق بالمتقاضين وهو شرط وجودهم بأشخاصهم أو بواسطة ممثليهم في الدعوى ، ومنها مايتعلق بالمحكمة التي تعرض عليها الخصومة إذ يجب أن تكون مختصة حسب قواعد الاختصاص في قانون المرافعات كما أن سقوط الخصومة بسبب من الأسباب لايؤدي إلى انقضاء دعوى الخصم ، بل يكون له أن يعيد النزاع بخصومة جديدة مادام حقه لم ينقض بالتقادم ، أو بالنزول عنه أو بالحكم في دعواه نهائياً من المحكمة . (١)

والفرق بين الدعوى القضائية : Sem ce والخصومة أن الخصومة حالة قانونية أو مجموعة الإجراءات التي تتشابه نتيجة لاستعمال الحق في تحريك الدعوى كأثر للمطالبة القضائية وتبدأ إجراءات الخصومة بإجراء من المدعي ، ثم تتشعب وتتضخم الإجراءات التالية التي قد يقوم بها المدعي أو المدعى عليه أو الغير أو المحكمة ذاتها أو المعاونون لها . فالخصومة لاتنعقد بمجرد وجود الدعوى ، فقد توجد الدعوى بلا خصومة وإنما يتعين لانعقادها اتخاذ إجراء ايجابي نص عليه القانون من جانب المدعي ، وهو إيداع العريضة .

(١) د. عبد المنعم الشرقاوي ـ شرح المرافعات المدنية والتجارية ـ قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠م ، ص ٢٣ إلى ص ٢٧ .

وللتفرقة بين الدعوى والخصومة أهمية تتضح في حالة سقوط الخصومة أو انقضائها بالتقادم أو تركها . فالسقوط أو الانقضاء أو الترك لايعني أن الدعوى التي يحمي الحق موضوعها قد سقطت أو انقضت بالتقادم أو الترك ، لأن الدعوى لاتسقط أو تنقضي إلا بسقوط الحق الذي تحميه أو انقضائه ، فيستطيع صاحب الحق تحريك الدعوى مرة أخرى بالرغم من سقوط الخصومة أو انقضائها أو تركها مادام الحق قائماً . (١)

والخصومة ـ باعتبارها حالة قانونية ـ تترتب على استعمال حق التقاضي تعرض مجموعة من الالتزامات على أطرافها وعلى المحكمة التي تنظرها ، فهي تنشئ مجموعة من العلاقات القانونية لم تكن موجودة قبل قيامها .

عناصر الخصومة :

للخصومة عدة عناصر أو أركان لاتقوم مالم تتوافر وهي :

أطراف الخصومة :

للخصومة طرفان أحدهما موجب وهو المدعي أو الطالب demandeur والآخر سالب وهو المدعى عليه أو المدافع de Fendeur . فهذان هما قطباها Parties الرئيسان . ويتعين لصحة إجراءات الخصومة أن يكون لطرفيها أهلية التقاضي ، أي بقيامها مالم يقض به ، فهو كقاعدة عامة ـ بطلان نسبي تقرر لمصلحة غير كامل الأهلية ، للتقاضي ـ أي مباشرة إجراءات الخصومة ـ تختلف عن أهلية التمتع بحق التقاضي التي يثبت للشخص بثبوت أهلية الوجوب له ، كما تختلف عن الصفة في الدعوى التي هي العنصر الشخصي في المصلحة .

---

(١) د. عبد العزيز بديوي ـ بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام ـ دار الفكر العربي ـ ١٩٧٨م ص ٢٢ .

موضوع الخصومة :

يلزم لقيام الخصومة ـ أن يكون لها موضوع Object أي هدف من ورائها ، فموضوع الخصومة ، هو محل الحماية التي يطلبها الطالب ، فالمدعي ـ كما يستطيع اختيار ـ المدعى عليه ـ هو الذي يحدد موضوع الخصومة التي يتسبب في قيامها ، لذلك يختلف الموضوع من خصومة لأخرى ، فقد يكون الموضوع من الموضوعات التي تقوم بالمال لطلب إلزام شخص بمبلغ من النقود أو تنفيذ شرط في العقد ... الخ . وقد يكون من غيرها كطلب إبطال عقد الزواج أو إثبات بنوة أو تبنٍ ، فالمحكمة لا تتدخل في تحديد سبب الخصومة : سبب الخصومة هو السبب المحرك للحماية ، لأن الهدف من الخصومة هو الحماية لحق من الحقوق أو مركز معين من المراكز القانونية ، فحيث لاحماية مطلوبة فلا خصومة حقيقية ، كأنه يطلب في ـ خصومة صورية ـ التصديق على عمل قانوني معين ، فوظيفة القاضي بالتدخل بعمل قضائي حاسم في نزاع ما ـ تختلف وظيفة الموثق ويتعين التفرقة بين السبب المحرك وسبب الحق وموضوع الحماية ، فالأول عبارة عن اعتداء وقع على حق أو مركز قانوني أو لم يقع بعد ولكن يتهدده باحتمال وقوعه عليه ، أما الثاني فهو التعرف على الواقعة المولدة لهذا الحق ، فهو سبب أو مصدر لنشوئه ، أو من مصادر الحق المحددة في القانون .

ولابد لإقرار الحماية من قيام السبب الموجب للحماية فضلاً عن وجود سبب أو مصدر للحق المطلوب حمايته ، فإذا لم يوجد سبب للحق فلا حق وعندئذ لاحماية حيث لايتصور سبب موجب للحماية ، فلا يتصور اعتداء على حق إذا انعدم هذا الحق .

وقد يكون سبب الحق موضوع الحماية قائماً فيوجد الحق ولكن لايوجد سبب يقضي الحماية، أي لايكون هناك اعتداء أو تهديد للحق بذلك، وعندئذ لايكون هناك محل للحماية فلا تقوم الخصومة لفقدانها ركناً جوهرياً من أركانها .

ويختلف السبب ـ سبب الحق أو سبب الحماية ـ عن الحجة argument أو الدليل mayen فالدليل أو الحجة وسيلة إثبات ، ثبتت بها الطلب ويؤيد ، فالدليل عنصر قانوني أو واقعي يتذرع به الخصم في الدعوى لاثبات دعواه أو يستند عليه القاضي في الحكم ـ ويجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ـ مالم يكن قوامة عناصر واقعية على عكس السبب .

طبيعة الخصومة :

إذا كانت الخصومة تؤدي إلى نشوء جملة علاقات قانونية وعدة آثار هامة فإن التساؤل يثور حول طبيعتها ، لاسيما وأن القانون يرتب جزاءات معينة على الإهمال في اتخاذ إجراءاتها ، كمجازاة القاضي الذي يهمل الفصل فيها . وشطبها والحكم في غيبة الخصم بل قد تتعدى آثارها ـ أحياناً ـ إلى الغير من غير أطرافها . فهذه حركت البعض للبحث عن أسس هذه العلاقات المتولدة عن الخصومة ، فذهب البعض إلى القول ، بأن هذه العلاقات تجد أساسها في عقد أو شبه عقد مفترض بين الخصوم ، ولما كان هذا التأجيل لايبرر التزام الآخرين غير أطراف الخصومة بآثارها ، فإن البعض انتهى إلى القول بأن الخصومة عمل شرطي acte- condition يترتب على القيام به واجب أو التزام بالتدخل من جانب القاضي لفضها . (١)

والواقع أنه لايمكن تكييف الخصومة على أنها تصرف قانوني ، لأن آثارها تترتب تلقائيا عليها ، فالخصومة نظام قانوني تحكمه النصوص القانونية الخاصة بها . والخصومة تنشأ وتترتب عليها آثارها بإجراء معين يقوم به الخصم (المدعي) وهو إجراء طلب الحماية القانونية للحق الذي يزعم الطالب بوقوع الاعتداء عليه ، وهذه الآثار متنوعة ، لقد تكون

(١) وانظر د . عبد العزيز بديوي بحوث في قانون المرافعات ص ٢٨٢ .

مجرد التزامات على عاتق الخصم الآخر ، أو الغير ، وقد تكون أعباء وظيفية تفرض على المحكمة وأجهزتها الادارية والكتابية بحكم كونها مخصصة للفصل في المنازعات وإشباع حاجة الأفراد للعدل ، فهذا النظام القانوني له صفة عامة ، أو تنتمي للقانون العام لأنه يقتضي تدخل موظفين عموميين لفض الخصومة ، وله صفة خاصة لأنه يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد .

المبادئ العامة التي تحكم إجراءات الخصومة :

نظراً للطبيعة الخاصة التي تمتاز بها الخصومة ، فإن هناك عدة مبادئ تتحكم في إجراءاتها ، فهي معدة من الخصوم ، لهم وحدهم حق توجيهها وحق تركها وتحديد نطاقها ـ من حيث الموضوع والأسباب والأطراف ـ فالقاضي لايستطيع أن يتدخل دون طلب من ذوي الشأن . (١)

كما أنها كأصل عام ـ حضورية أو تواجهية (٢) فتتم في مواجهة الخصوم بما يكفل حرية الدفاع لهم ويحقق مزية العلانية للمرافعات بالإضافة إلى أنها شفوية تثبت في محضر ، أو كتابية تتم بداءة بمحرر مكتوب أو في مذكرة .

علاوة على أنه يتعين أن تتمتع بنوع من الثبات والاستقرار بحيث لاتكون رهينة بهوى الخصوم ونزواتهم . (٣)

---

(١) د. عبد العزيز بديوي ـ بحوث في قانون المرافعات ـ ص ٢٨٢ .
(٢) د. أحمد مسلم ـ قانون المرافعات ـ ص ٥٦٤ .
(٣) د. عبد العزيز بديوي ـ بحوث في قانون المرافعات ـ ص ٢٣٨ .

المطلب الرابع : الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء

Le dreeit d' agir en Justice

لايتصور قصر حق التقاضي على من توافرت لديهم شروط قبول الدعوى ، لأنه لايمكن التحقق من توافر هذه الشروط إلا بعد عرض الدعوى على القضاء ولهذا كان الالتجاء إلى القضاء حراً بمعنى أن كل شخص له الحق في الالتجاء إلى القضاء ليعرض عليه مزاعمه ، فإذا توافرت شروط قبول دعواه حكم له بمطلوبه ، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط خسر دعواه ، كأن لم يكن صاحب الحق الذي يدعيه أو كان يثبت عدم توافر شرط المصلحة مثلاً أو يثبت سقوط حقه بالتقادم ، ولا يعتبر إخفاق الشخص في دعواه دليلاً على خطئه موجباً مسؤوليته ،وإنما يقضي عليه بالتعويض إذا أساء استعمال حقه في الالتجاء إلى القضاء ، وتكون هناك إساءة في استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء إذا كان الغرض من رفع الدعوى مجرد الإضرار بالغير ، وتقول محكمة النقض الفرنسية في هذا الخصوص : ((إن الالتجاء إلى القضاء لايعتبر خطأ موجباً للتعويض إلا إذا كان صادراً عن سوء نية أو عن خطأ فادح يصل إلى مرتبة سوء النية . كأن يوقع دائن على أموال مدين حجوزاً متعددة وهو يعلم أن حجزاً واحداً يكفي لاستيفاء دينه كاملاً أو كان يطلب شخص شهر افلاس آخر بغير مسوغ . ويراعي المشرع بالنسبة لبعض الدعاوي افتراض سوء النية عند رافعها إذا رفعها بغير حق ، وحدد غرامة يتعين الحكم بها عليه إذا ما أخفق في دعواه ، وذلك نظراً لأهمية هذه الدعاوى ، كما هو الحال بالنسبة لدعاوى مخاصمة القضاء . (١)

---

(١) د. أحمد أبو الوفا ـ قانون المرافعات ـ ص ١١٨ وانظر أيضاً كيش ـ المرجع السابق ـ بند ١٠ ، ود. عبد العزيز بديوي ـ بحوث في قانون المرافعات ص ٢٦ .

Chuche (Paul) et uncent (Jean) Veeus d'excecution 1970 N.10

وقد اختلف الشراح فيما إذا كانت الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء شيئاً واحداً أم

شيئين مختلفين : ويرى الدكتور أحمد أبو الوفا أنه إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق الذي يدعيه كانت الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء شيئاً واحداً ، أما إذا لم يكن رافع الدعوى هو صاحب الحق الذي يدعيه فلا يكون المدعي قد باشر دعواه وإنما يكون قد باشر مجرد حقه في الالتجاء إلى القضاء ، وإنما ليس كل التجاء إلى القضاء استعمالاً للدعوى .

ـ وحق الالتجاء إلى القضاء ـ ومن باب أولى حق استعمال الدعوى ـ حق عام لايجوز التنازل عنه ، ولا يعتد بهذا التنازل لأنه مخالف للنظام العام . إنما يجوز تقييد هذا الحق ، كأن يشترط المتعاقدون عرض ما قد ينشأ من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ، أو كأن ينص في عقد تأسيس شركة على وجوب عرض منازعات الشركاء مع الشركة على الجمعية العمومية قبل الالتجاء القضاء . (١)

وقد يكون تقييد حق الالتجاء إلى القضاء من جانب المشرع ـ وليس بإرادة الأشخاص ـ كأن يوجب عرض نزاع معين على هيئة إدارية ولا يجيز الالتجاء إلى القضاء بصدده .

وقد يجيز المشرع الطعن في القرار الصادر من هذه الهيئة أمام المحاكم العادية (كما هو الحال بالنسبة لقضايا الضرائب في مصر) وقد لايجيز هذا فيعد القرار الصادر من الهيئة الإدارية غير قابل لأي طعن .

---

(١) د. عبد الوهاب العشماوي والأستاذ محمد العشماوي ـ قواعد المرافعات في القانون الأهلي والمختلط ١٩٢٧م ـ ١٩٢٨م ص ٤٧٣ .

وقد يوجب المشرع نص معين على محكمين ، فتكون بصدد تحكيم إجباري ، ويعد القرار الصادر فيه حكماً وفق ماينص عليه قانون المرافعات . (١)

وهكذا نجد أن الدعوى كوسيلة لحماية الحق قد تستعمل بطريق المطالبة أصلاً أو بطريق الدفع الذي يرد به على الطلب ، فالدعوى التي يباشرها المدعي كالدفع الذي يدفع به المدعى عليه الدعوى يصدق عليهما كليهما تعريف ((الوسيلة القانونية التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق له أو حمايته)) .

والدعوى باعتبارها وسيلة لحماية الحق توجد دائماً مادام الحق موجوداً ، سواء ألجأ الشخص إلى القضاء طالباً حماية حقوقه من الاعتداء أم لم يتلجيء إليه طالباً هذه الحماية . ولكن عندما يلتجيء الشخص إلى القضاء طالباً تدخل الدولة بواسطة قضائها يكون بذلك قد باشر هذه الوسيلة ـ الدعوى ـ ومباشرة الدعوى هو ما نسميه بالمطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ، باعتبارها مجرد إجراء قضائي ، يكفي لصحتها وقبولها والتزام المحكمة بالقضاء فيها أن يتبع المطالب الإجراءات التي يتطلبها القانون كإعلان صحيفة افتتاح الدعوى وقيد الدعوى في الميعاد ، وبمجرد استيفاء هذه الإجراءات الشكلية الواردة في قانون المرافعات تقبل المطالبة وتصبح المحكمة ملزم بنظرها وعندئذ (توجد الخصومة) فلا يلزم لقبولها أن يكون المطالب محقاً فيما يطلبه . (٢)

---

(١) د. أحمد أبو الوفا ـ قانون المرافعات ـ ص ١١٨ .
(٢) د. عبد المنعم الشرقاوي ـ شرح المرافعات المدنية والتجارية ـ قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩م ـ المطبعة العالمية ـ القاهرة ـ ١٩٥٦ ـ ص ٢٢ إلى ص ٢٧ .

المطلب الخامس : الدعوى والطلب القضائي

الطلب La demand en Justice وسيلة المدعي في تحريك الدعوى لإقرار الحماية القضائية للحق الذي تحميه الدعوى ، فالطلب ينطوي على ادعاء بوجود حق قد انتهك أو اغتصب أو مهدد بذلك بدرجة تسوغ تدخل القضاء لحمايته .

والطلبات غير محددة في القانون على سبيل الحصر ، وليس هناك وسيلة لحصرها أمام جهة القضاء العام حيث لكل شخص أن يتقدم بما يراه من الطلبات ، ولكن هذا لايمنع من وجود دعاوى معينة خصها القانون بوضع تنظيم معين لها يتلاءم وطبيعتها وشيوعها (١) . ويختلف الطلب عن الدعوى ، فقد توجد الدعوى بلا مطالبة قضائية ، أي في حالة سكون، فضلاً عن أن المطالبة القضائية يشترط لها شروط لاتشترط لوجود الدعوى كضرورة توقيع محام على عريضة الدعوى وتسديد رسم معين قبل إيداعها وتوافر الأهلية لدى المتخاصمين .

وتختلف الطلبات وتتنوع فقد يكون الطلب أصلياً عندما تنشأ خصومة قضائية لم تكن موجودة قبل رفعه للقضاء لذلك يسمى بالطلب مفتوح الخصومة ، وقد يكون الطلب طارئاً يطرأ على خصومة قائمة فعلاً فيغير من حجمها ونطاقها الذي تحدد بالطلب الأصلي ويسمى بالطلب العارض .

وإذا كان الطلب الأصلي لايتصور إلا من المدعي في الدعوى ، فإن الطلب العارض قد يكون منه وقد يكون المدعى عليه وقد يكون من الغير .

وللطالب أن يتقدم بما يشاء من الطلبات الأصلية ، أم الطلبات العارضة فتقيد حرية الخصوم بصددها .

---

(١) ويسميها البعض بالدعاوي المسماة على غرار العقود المسماة ـ فتحي والي ـ بند ٩١، كدعاوى الحيازة ، المواد ٩٥٨ ، ٩٦٢ مدني والمادة ٤٤ مرافعات ، ودعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، دعوى صحة التوقيع المواد ٤٥ ـ ٤٨ إثبات ودعوى التزوير الأصلية المادة ٥٩ ،ودعوى سماع الشهود أو التحقيق الأصلية المادة ٩٦ إثبات ودعوى إثبات الحالة المادة ١٣٢ إثبات .

ولايجوز للمحكمة أن تتدخل في الطلبات التي يتقدم بها الخصوم بالإضافة أو بالحذف أو التعديل ، ولكن يتعين عليها أن تتدخل لمراقبة التكييف القانوني لطلبات الخصوم (١) لأنها ملزمة بتطبيق القانون على طلبات الخصوم بعد إلباسها لباسها القانوني ، فالمسلم به أن المحكمة لاتتقيد بتكييف الخصوم لطلباتهم وإنما عليها أن تلتزم بالتكيف الصحيح الذي تتبينه من وقائع الدعوى لتنزل حكم القانون على مايثبت لديها أنه التكيف الصحيح ، باعتبار ذلك تفسيراً للنية الحقيقية التي يقصدها المدعي في صحيفة دعواه وللحيلولة دون مايحاول الخصوم من تأويل للدعوى لتطبيق نص قانوني عليها لاينطبق على الوصف الصحيح لوقائعها (٢) ، فإذا عرض نزاع على أنه يتعلق بعقد بيع ـ مثلاً ـ ولكن تبين للمحكمة أن العقد وصية وليس بيعاً فإن عليها أن تطبق عليه قواعد الوصية لاقواعد البيع . ولا يعتبر هذا المسلك من جانبها تغييراً لسبب الدعوى ـ الذي لاتملكه ـ لأن سبب الدعوى هو الواقعة القانونية التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لايتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم (٣) أو بتكييف الدعوى .

ويمكن تقسيم الطلبات التي يختص بها القضاء إلى عدة أقسام على النحو التالي :

طلبات أصلية وطلبات عارضة :

الطلبات الأصلية كثيرة ومتنوعة ، ولا يمكن حصرها ، إلا أنه يمكن القول: إن الطلب يكون أصلياً إذا كان مفتتحاً للخصومة Introduction d'instance أي عندما تنشأ عنه خصومة لم تكن معروفة من قبل أمام القضاء .

---

(١) نقض مدني ١٩٧٣/١٧م المحاماة المصرية ـ عدد ابريل سنة ١٩٧٧م ص ٦١ ، ٦٣ .
(٢) نقض مدني ١٩٦٩/٤/٢٩م س ٢ ص ١١٩ ، وفي ١٩٤٦م مجموعة عمر جـ١ ص ١٢٦ ، استئناف المنصورة في ١٩٦٢/١/٣م ـ المجموعة الرسمية س ٦٠ ص ٥٩٠ ـ محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية في ١٩٥٩/٣/٩م ـ المجموعة س ٥٨ ص ٢٧٦ ، المحكمة الإدارية للرئاسة في ١٩٦٣/١/٦م س ٨ ق ٧٤٧ .
(٣) نقض مدني في ١٩٦٩/٦/٤م مصر س ٢ ص ٨٦٨ .

أما الطلبات العارضة demand inscidents فهي طلبات طارئة على خصومة قائمة ، فهي ليست مفتتحة لها كالطلبات الأصلية .

والطلبات العارضة تؤدي إلى اتساع نطاق الخصومة من حيث موضوعها وقد تتسع بها الخصومة وتتشعب من حيث شخوصها .

والطلبات العارضة التي تتعلق بالموضوع قد تكون من المدعي وتسمى بـ ((الطلبات الإضافية ((وقد يتقدم بها المدعى عليه وتسمى بـ ((دعاوى المدعى عليه)) .

أما التي يتقدم بها الغير ضد طرفي الخصومة ـ أحدهما أو كلاهما ـ فتسمى بالتدخل ، فإن تقدم بها أحد طرفي الخصومة ضد الغير الذي لم يكن طرفاً أصلياً فيها اعتبر ذلك اختصاصاً للغير .

والقاعدة أن الطلب يتعين أن يكون أصلياً حتى لاتتشعب الخصومة وتميع فيصعب فضها ، ولكن لمصلحة العدالة واقتصادا في الخصومات يجوز تقديم الطلبات العارضة في حالات معينة بشروط خاصة ، وإلا كان الطلب العارض غير مقبول ، وهذه الشروط يجب توافرها بالنسبة لكل طلب أو دفع يقدم للقضاء .

وهذه الشروط الخاصة هي :

١ ـ الارتباط La connedit

والارتباط هو الصلة بين الطلب الأصلي والطلب العارض ، ولا يشترط أن تؤدي هذه الصلة إلى جعلهما وحدة واحدة ، ولكن يجب أن يؤدي إلى أن يؤثر الحكم في أحد الطلبين .(١)

---

(١) Nincent (Jean) Procedure Civil 1971, P. 718

٢ ـ الاختصاص النوعي :

لايجوز إبداء الطلب العارض أمام المحكمة التي تنظر الطلب الأصلي ما لم تكن هذه المحكمة مختصة به اختصاصاً نوعياً ، ويستثنى حالة ما إذا أبدى الطلب العارض أمام المحكمة الابتدائية ، لأن الهيئة التي تختص بالكل تختص بالجزء ، فتحكم فيه هذه المحكمة مع الطلب الأصلي بالرغم من عدم اختصاصها النوعي بالطلب العارض . (١)

٣ ـ إبداء الطلب العارض أمام محكمة أول درجة :

لايجوز إبداء الطلب العارض أمام محكمة الدرجة الثانية ، لأن الطلب العارض طلب موضوعي وهو طلب جديد ، والأصل أنه لايجوز قبول الطلبات الجديدة أمام محكمة درجة ثانية لأنه قبول يترتب عليه تفويت درجة من درجات التقاضي على الخصوم . (٢)

وشروط قبول الطلب هي التي تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على عكسها ، ويتعين على المحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها .

ويشترط الفقه الوضعي التقليدي للقبول أربعة شروط : (٣)

الأول : الاستناد على حق edcperd'um dreeit

الثاني : توافر المصلحة avoer Interet

الثالث : توافر الصفة avoir qualite

الرابع : توافر أهلية avoir Capacite

---

(١) د. عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي ـ بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام ـ دار الفكر العربي ١٩٧٨م ، ص ٣٣ .

(٢) المرجع السابق نفس الصفحة .

(٣) Cuche (paul) et Unicent (Jean) Noiis d'excecuttion 1970 N. 11

وقد وجه البعض نقداً لهذا الاتجاه فالاحتجاج بالحق يتعلق بالشق الموضوع في المطالبة لابقبولها ، أما الأهلية فتشترط لمباشرة إجراءات الخصومة ، وليس بقبول الدعوى (١) فناقص الأهلية لايستطيع أن يباشر هذه الإجراءات بنفسه ولا يجوز توجيهها إليه بالرغم من كونه صاحب الصفة في الدعوى ، فيجب أن تباشر أو توجه للنائب عنه ، وإلا كانت الإجراءات باطلة ، فمثل هذا الشخص يقاضي ويتقاضى بواسطة غيره فالشرط الوحيد للقول إذن هو المصلحة ، أما الصفة فلازمة ولكنها تشكل العنصر الشخصي في المصلحة.(٢)

المطلب السابع : شروط قبول الدعوى :

قبل أن إنهي هذا الفصل لابد وأن إذكر الشروط التي يجب أن تتوفر في الدعوى حتى يمكن قبولها .

إن هناك شروطاً يتعين أن تتوافر حتى تسمع الدعوى ، وبغير توافرها تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى ، ولايحكم برفضها لأن الحكم بالرفض قضاء في الموضوع دون حاجة إلى فحص موضوعها . وهذه الشروط هي :

أولا : أن يكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها : ويقال عادة تعبيراً عن هذا المعنى : لادعوى بغير مصلحة Par d'interet Pas d'action وأن المصلحة هي مناط الدعوى، والمصلحة في هذا المعنى هي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء ، فالأصل أن الشخص إذا اعتدى على حقه تحققت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء ، وهو أيضاً يتبقى منفعة من هذا الالتجاء ، فالمصلحة إذن هي الباعث على رفع الدعوى ، وهي من ناحية أخرى الغاية المقصودة منه .

---

(١) موريل بند ١٧ ـ وانظر أيضاً عبد العزيز بديوي ص ٩٥ .
(٢) د. عبد العزيز بديوي ـ بحوث في قواعد المرافعات ص ٩٨ .

واشتراط المصلحة لقبول الدعوى مسلم به في فرنسا ومصر ـ على الرغم من أنه لم يرد به نص في قانون المرافعات الفرنسي أو المصري القديم ـ وذلك لأنه من الواجب ألا تقبل المحاكم بدعاوى لايفيد منها أحد .

ولقد تعرض قانون المرافعات لهذا الشرط في المادة (٣) منه ونصها كالآتي : ((لايقبل أي طلب أو دفع لايكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه)) .

فالمصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فحسب ، بل هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم ، وكما يجوز رفع الدعوى ببطلان وصية إذا رفعها غير وارث لعدم توافر المصلحة ، فإنه لايجوز أيضاً أن يطلب في دعوى إثبات واقعة بشهادة الشهود إذا كانت هذه الواقعة لاتتعلق بالدعوى وغير منتجة فيها ، ولا يجوز الدفع بإحالة الدعوى للارتباط إلى محكمة أخرى إذا كانت الدعوى مرفوعة إلى محكمة تتبع جهة قضاء غير مختصة ولايجوز الطعن في حكم من محكوم له إذا كان قد سبق الحكم له بكل طلباته وذلك لانتفاء المصلحة في كل هذه الحالات . (١)

والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية ، ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة حالة .

ـ مصلحة قانونية Jateret Juridieque : يتعين أن تكون المصلحة قانونية أي تستند إلى حق وبعبارة أخرى يتعين أن يكون موضوع الدعاوى هو المطالبة بحق أو مركز قانوني أو التعويض عن ضرر أصاب حقاً من الحقوق ويستوي أن تكون المصلحة مادية أو أدبية جديدة أو تافهة .

---

(١) قضت محكمة النقض المصرية بعدم جواز قبول دعوى الوارث بإبطال إقرار مورثه بملكية الغير لمال لايدعي الوارث أنه ملك الموروث وذلك لانتفاء المصلحة ، نقض ١١ ديسمبر ١٩٤٧م مجموعة القواعد القانونية ،٥٤ رقم ٢٤٠ ص ٥٠ .

ـ مصلحة شخصية مباشرة Interet Personneiet direct يشترط أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه ، كالوكيل بالنسبة للموكل وكالوصي أو الولي بالنسبة للقاصر .

ـ والمصلحة الشخصية المباشرة هي الصفة qualite في رفع الدعوى وقد قضت محكمة النقض المصرية في دعوى زوجة بطلب بطلان تصرف صدر عن زوجها حال حياته بأن الزوجة لاصفة لها في رفع الدعوى ، لأن الصفة اللازمة لرافع هذه الدعوى هي أن يكون وارثاً كما أن الوارث لاتنشأ له حقوق على التركة إلا بعد وفاة مورثه . (١)

رفع الدعوى من فاقد الأهلية :

رفع الدعوى من فاقد الأهلية أو عليه يؤدي إلى بطلان الخصومة ، فتكون باطلة برمتها على اعتبار أنه يشترط لصحتها أن ترفع من ذي أهلية على ذي أهلية ، وقيل: إن البطلان يعتري ذات الصحيفة على اعتبار أنه يشترط لصحة الإجراء أو يوالي من ذي أهلية على ذي أهلية ، وقيل أيضاً أن رفع الدعوى من فاقد الأهلية أو عليه يؤدي إلى عدم قبولها تأسيساً على أنه لاصفة له في هذا الصدد .

---

(١) مجموعة القواعد ، رقم ٣٢ ، ص ٨٤ ، نقض سنة ١٩٢٧م .

الفـــصل الثانـــي

أنواع الدعاوى

تنقسم الدعاوى إلى عدة أنواع بحسب وجهة النظر التي ينظر للدعوى من خلالها، فهناك دعاوى شخصية ودعاوى عينية، وهناك دعاوى منقولة ودعاوى عقارية ،وهناك دعاوى مختلطة .

أما الدعاوى التي تطرح أمام القضاء الإداري فهي الدعاوى الإدارية وهذه الدعاوى يمكن تقسيمها إلى قسمين :

الأول : دعاوى الموضوع

ويقصد بها تلك التي يكون محلها طلب الحكم بطلب موضوعي وهي على أنواع .

١ ـ الإلغاء (الدعوى العينية أو الدعوى الموضوعية)

٢ ـ التعويض أو القضاء الكامل .

٣ ـ التأديب .

٤ ـ التفسير .

٥ ـ الزجر والعقاب .

٦ ـ المظالم .

٧ ـ الحسبة .

الثاني : الدعاوى المستعجلة

ويقصد بها الدعاوى المستعجلة التي يختص بها القضاء الإداري وهي الدعاوى التي تهدف إلى الوقاية من حدوث ضرر معين نتيجة لتنفيذ قرار إداري معين . أو وضع حد

لهذا الضرر إلى حين الفصل في الطلب الموضوعي الخاص بطلب الإلغاء وقد يكون القصد من الدعوى المستعجلة الإدارية صرف مرتب الموظف المفصول كله أو بعضه لحين الفصل في طلب إلغاء قرار فصله .

وقد يكون ، أخيراً ، المقصود من الدعوى المستعجلة الإدارية إثبات حالة معينة يرى ذوو الشأن ضرورة إثباتها . (١)

هذه هي أهم الموضوعات التي سنتحدث عنها في المباحث التالية مع استثناء الدعاوى المستعجلة حيث لاتوجد علاقة بينها وبين دعوى الحسبة التي أنا بصدد دراستها .

المبحث الأول
الدعاوى الشخصية والعينية

المطلب الأول : تقسيم الدعاوى لتركيزها

يعتد بعناصر الدعوى كلها في تركيزها ـ تقسيم الدعاوى بحسب موضوعها إلى شخصية وعينية ، وإلى منقولة وعقارية ـ وكذلك الدعاوى المختلطة .

وأبادر إلى التقرير بأن المقنن الوضعي يعتد في التركيز الإقليمي للدعوى بعناصرها جميعاً وبأشخاصها ،وبموضوعها ، وبسببها ، على ترجيح بين هذه العناصر بالنسبة لمختلف الدعاوى .

أما بالنسبة لموضوعها فهو يقسم الدعاوى بحسب الحقوق المطالب بها أو المتنازع عليها إلى شخصية وعينية ، بحسب ما إذا كان الحق المطالب به أو المتنازع عليه حقاً شخصياً (التزاماً) أو حقاً عينياً . ثم هو يقسمها بحسب نوع المال الذي يرد عليه الحق إلى منقولة

(١) د. عبد العزيز البديوي ـ الوجيز في المبادئ العامة للدعوى ص ٤٠ .

وعقارية بحسب ما إذا كانت الحقوق العينية يمكن أن ترد على منقولات أو عقارات ، فإنه يكون لدينا دعاوى عينية منقولة إذا كان موضوعها حقاً عينياً ، كحق الملكية وحق الانتفاع ورهن الحيازة على المنقول ، ودعاوى عينية عقارية إذا كان موضوعها حقاً عينياً على عقار ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الاتفاق والرهن الرسمي وهما لايردان إلا عقاراً .

ومن هنا تكون الدعاوى المتعلقة بالحقوق الشخصية كلها يمكن وصفها بأنها شخصية منقولة ، وبالتالي لايمكن أن توجد دعاوى شخصية عقارية ، إلا أن المقنن ـ مرة أخرى ـ نص في قانون المرافعات هذه المرة ، على وجود هذه الدعاوى ((الشخصية العقارية)) .

وإذاً فالدعاوى قد تكون شخصية منقولة ، وقد تكون شخصية عقارية ، كما قد تكون عينية منقولة ، وقد تكون عينية عقارية .

وإذا كانت الأمثلة على الدعاوى العينية المنقولة أو العقارية كثيرة وواضحة ، إلا أن التمييز في الدعاوى الشخصية بين منقولة وعقارية يجعل التمثيل على كل نوع ولاسيما على الشخصية العقارية أمراً عسيراً . فإذا أمكن القول بأن الدعوى بين الدائن والمدين تعتبر دعوى شخصية منقولة ، فإن الدعوى بين مؤجر العقار ومستأجرة كأن ينبغي القول بأنها شخصية عقارية ، إلا أن الفقه الوضعي يتمسك بأنها دعوى شخصية منقولة .وكان يفهم موقفه هذا لو أنه ينكر وجود دعاوى شخصية عقارية بحجة أن كل الحقوق الشخصية تعتبر ، بنص القانون المدني ، أموالاً منقولة ، ولكنه يتمسك بذلك مع تسليمه بوجوب دعاوى شخصية عقارية .

على أن بعض فقهاء القانون الوضعي يصف الدعوى التي ترفع بحق شخص ، ويقصد بها الوصول إلى حق عيني بأنها دعوى مختلطة : شخصية في أساسها ، عينية في هدفها أو نتيجتها ، ويضربون لها مثلا دعوى فسخ البيع ، إذ ترفع بناء على حق شخص قرين بالتعاقد هو حق الفسخ ، وترمي إلى إعادة المبيع إلى ملك البائع ، أي إلى الحصول على حق عيني .

ومهما يكن من أمر تقسيم الدعاوى ومدى صحة منطق هذا التقسيم ، فإن المقنن يركز الدعاوى العينية العقارية على موضوعها ، بينما يركز سائر الدعاوى على أشخاصها وتحديد الشخص المدعى عليه ـ بصفة رئيسية ، ويركزها بسببها ، وبالنظر إلى اعتبارات أخرى متنوعة ـ بصفة ثانوية .

ويلحق المقنن الوضعي دعاوى الحيازة بالدعاوى العينية العقارية ، من حيث الاعتداء بموضوعها ـ العقار ـ في تحديد الاختصاص رغم أن الحيازة لاتعتبر حقاً عينياً . (١)

وعلماء الفقه الإسلامي قد ميزوا بين الدعاوى الشخصية والدعاوى العينية ولكنهم لم يهتموا ببيان الفروق الدقيقة بين تلك الدعويين حيث أن الدعوى الشخصية لاتخلو أن تكون دعوى عينية .

---

(١) د . أحمد مسلم ـ أصول المرافعات ـ التنظيم القضائي ـ دار الفكر العربي ١٩٧١م ص ٢٦٢ ، ٢٦٤ وانظر أيضاً الوصيف ـ المرافعات رقم ٥٨٩ ص ٤٢٤ العشماوي ، المرافعات جـ١ بند ٥٨٩ ص ٣٢١ .

المطلب الثاني : تقسيم الدعاوى إلى شخصية وعينية :

تنقسم الدعاوى أولاً : من حيث طبيعة الخصومة التي تستند اليها إلى دعاوى شخصية actions personnelles ودعاوى عينية action reeles فالدعوى الشخصيه هي التي تستند إلى حق شخصي بمعنى أن يكون رافعها صاحب حق شخصي فهو يرمي برفعها إلى حماية هذا الحق الشخصي ، كالدعوى التي يرفعها الدائن على مدينه مطالباً بدينه والدعوى التي يرفعها المستأجر على المؤجر لأن المستأجر أياً كان المال المؤجر صاحب حق شخصي ، والدعوى التي يرفعها المضرور على من تسبب في ضرره بطلب تعويضه ، ودعوى البائع على المشتري ، بطلب ثمن المبيع وهكذا .

ثانياً : أما الدعوى العينية فيجوز رفعها على أي شخص تؤول إليه حيازة العين لأن الحق العيني الذي تستند إليه حق مقرر على العين يتبعها في يد أي شخص تؤول إليه حيازتها ، فإذا اشترى شخص من آخر عقاراً بعقد مسجل فانتقلت إليه ملكيته وكان العقار في حيازة شخص آخر غير البائع كان للمشتري أن يرفع دعوى الملكية على الحائز الجديد . (١)

المطلب الثالث : الدعاوى المختلطة *actions mixtes*

يبدو هذا التعبير لأول وهلة غريباً لأنه إذا كان من المعقول أن تكون الدعوى شخصية إذا كانت تستند إلى حق شخصي وعينية إذا كانت تستند إلى حق عيني ، فليس بين الحقوق حقوق مختلطة حتى تقابلها طائفة من الدعاوى هي الدعاوى المختلطة .

والمقصود بهذا التعبير أنها دعاوى تستند إلى حقين ، حق شخصي وحق عيني وقد عرفتها محكمة النقض الفرنسية بأنها دعاوى تتضمن منازعة في حق شخصي وفي حق

(١) د. رمزي سيف ـ الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٦٧م من ص ١٢٦ ـ ١٢٧ ـ المطبعة السابعة .

عيني في نفس الوقت بحيث أن الحكم الذي يصدر في النزاع على الحق الشخصي يحسم أيضاً النزاع حول الحق العيني . (١)

وتشمل الدعاوى المختلطة حسبما مايقول به الشراح على طائفتين :

الأولى : الدعاوى التي يرفعها من انتقل إليه حق عيني على من نقل له الحق بتنفيذ العقد المبرم بينهما ـ ومثلها الدعوى التي يرفعها مشتري العقار بعقد مسجل على البائع له بتسليم العين المبيعة ، هذه الدعوى تستند إلى حق شخصي للمشتري على البائع بمقتضى عقد البيع بتسليم العين المبيعة كما تستند إلى حق الملكية العيني الذي تقرر للمشتري والذي يوجب على كل شخص احترام هذا الحق . (٢)

الثانية : الدعاوى التي يرفعها من نقل حقاً عينياً بمقتضى تصرف على من نقل إليه الحق العيني بطلب فسخ التصرف الناقل للحق العيني أو ابطاله كالدعوى التي يرفعها بائع العقار بعقد مسجل على المشتري بطلب فسخ البيع واسترداد العين المبيعة ، هذه الدعوى تستند إلى حق الفسخ أو الإبطال وهو حق شخصي كما أنه يترتب على الفسح أو الإبطال أن يعود حق الملكية للبائع فيكون له بمقتضى هذا الحق العيني أن يطلب استرداد العين المبيعة . (٣)

---

(١) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية في ٦ من يوليو سنة ١٩٢٥م منشور في دالوز ١٩٢٦م ـ ١ ـ ٢٥ ، نقلاً عن د. رمزي سيف ـ الوجيز في شرح قانون المرافعات ص ٢٧ .
(٢) راجع موريل بند ٥٥ ، ومحمد حامد فهمي بند ٣٤٧ ورمزي سيف ص ١٢٧ .
(٣) راجع موريل بند ٥٥ ، ومحمد حامد فهمي بند ٣٤٧ ، رمزي سيف ص ١٢٨ .

ويرى الدكتور رمزي سيف أن اعتبار الطائفة الثانية من قبيل الدعاوى المختلطة محل نظر لأن هذه الدعاوى لاتستند في الواقع إلى حقين وإنما تستند إلى حق واحد هو الحق في الفسخ أو الإبطال وهو حق شخصي فهي دعوى شخصية(١) .

أما الحق العيني فهو نتيجة تترتب على الحكم لرافع الدعوى في دعواه الشخصية .(٢)

المطلب الرابع : تقسيم الدعاوى العينية إلى منقولة وعقارية

تنقسم الدعاوى العينية من حيث موضوعها إلى دعاوى المطالبة بالحق actions petitceires ((دعاوى الملكية)) ودعاوى الحيازة actions possessoires فدعاوى المطالبة بالحق تحمي الحقوق العينية العقارية حماية مباشرة بمعنى أن المدعى به في هذه الدعوى هو الحق العيني ، فرافع دعوى المطالبة بالحق يدعي أنه مالك للعقار أو صاحب حق عيني عليه ويطلب تقرير حقه في مواجهة من ينازعه فيه أو يعتدي عليه ، ومثلها دعوى الاستحقاق وتثبيت الملكية ودعوى تقرير حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو نفيهما .

أما دعاوى الحيازة فلا يدعى فيها بملكية العقار أو حق عيني عليه وإنما يدعى رافعها أنه حائز للعقار أو له حق عيني عليه ويطلب فيها حماية حيازته في مواجهة من يعتدي عليها بالتعرض للحائز في حيازته ، فدعاوى الحيازة تحمي الحيازة لذاتها بصرف النظر عن كون الحائز صاحب حق أو ليس بصاحب حق ، فرافع دعوى الحيازة لايدعي فيها

---

(١) رمزي سيف الوفير في شرح قانون المرافعات ص ٢٩ .
(٢) انظر نص المادة ٩٦٤ من التقنين المدني المصري .

أنه صاحب الحق في موضوع الحيازة ، وإنما يدعي أنه حائز فحسب ، ولذلك لايشترط للحكم أنه يثبت أنه صاحب الحق وإنما يكفي أن يثبت أنه حائز فحسب .

ودعاوى الحيازة دعاوى عينية ، لأنها إذا كانت تستند إلى الحيازة ، إلا أنها تستند إلى الحق بطريق غير مباشر لأن الحيازة قرينة على الحق لحائز العقار يعتبر صاحبه إلى أن يثبت العكس . (١)

دعاوى الحيازة دعاوى عقارية : الحيازة التي عني القانون بحمايتها هي دعاوى حيازة العقار ، أما حيازة المنقول فلم يحمها المشرع بدعاوى الحيازة ، فدعاوى الحيازة التي نص عليها القانون المصري خاصة بالعقارات دون المنقولات ، لأنه في العقارات تتميز الحيازة عن الحق نفسه ، فقد تكون الحيازة لشخص ، ويكون الحق لشخص آخر . أما المنقولات فإن الحيازة تختلط غالباً بالحق لأن القانون يعتبر حائز المنقول بحسن نية مالكاً له . (٢) وإذا صح أن هناك حالات لاتفيد فيها حيازة المنقول ملكيته فإنها نادرة لا تستأهل حمايتها بدعاوى خاصة فضلاً عن ضآلة قيمة المنقول غالباً . (٣)

حكمة حماية الحيازة بدعاوى خاصة : يحمي المقنن المصري والفرنسي الحيازة لذاتها بصرف النظر عن كون الحائز صاحب حق أو ليس صاحب حق ، وهو يحميه بدعاوى الحيازة حتى في مواجهة صاحب الحق ، فلا يقبل ممن يعتدي على الحيازة أن يدفع دعوى الحيازة التي ترفع عليه بأنه صاحب الحق موضوع الحيازة ، ويبدو هذا غريباً لأن معناه الظاهر أن المقنن يحمي الغاصب ضد صاحب الحق ، وإنما تزول الغرابة إذا تبينا أسباب حماية الحيازة التي يمكن ردها إلى اعتبارات منها .

---

(١) انظر نص المادة ٩٦٤ من التقنين المدني المصري .
(٢) تنص المادة ٩٦٤ من التقنين المدني المصري على أن من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس .
(٣) راجل موريل بند ٥٩ ورمزي سيف ص ١٢٩ .

أولاً : أن في حماية الحيازة حماية للحق من طريق غير مباشر إذ الغالب أن يكون الحائز هو صاحب الحق .

ثانياً : من حيث قابلية الحكم الصادر في الدعوى للطعن فيه : فالحكم الصادر في دعوى المطالبة بالحق يقبل الطعن فيه بالاستئناف أو لايقبل بحسب قيمة الدعوى ، أما الحكم الصادر في دعوى الحيازة فيجوز استئنافه بصرف النظر عن قيمة الدعوى ، كما يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فيما يستأنف إليها من أحكام المحاكم الجزئية في دعاوى خروجاً على الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية . (١)

ثالثاً : من حيث شمول الحكم الصادر في الدعوى بالنفاذ المعجل ، فالحكم الصادر في دعوى من دعاوى الحيازة يجوز شموله بالنفاذ المعجل . (٢) أما الحكم الذي يصدر في دعوى المطالبة بالحق فلا يشمل بالنفاذ المعجل إلا إذا صدر في حالة من حالات النفاذ المعجل التي نص عليها القانون .

رابعاً : من حيث شروط كل منهما ، فقد وضع المشرع شروطاً خاصة بدعاوى الحيازة أما دعاوى المطالبة بالحق فليس له شروط خاصة .

خامساً: منع المشرع المصري الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى المطالبة بالحق .

---

(١) راجع المادة ٤٢٥ مكرراً من قانون المرافعات المصري معدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢م الصادر في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢م .
(٢) راجع المادة ٢/٤٧/ من قانون المرافعات المصري .

يتبين مما تقدم مبلغ عناية المشرع بدعاوى الحيازة وذلك بالتعجيل بتنفيذ الأحكام الصادرة فيها وبالحرص على البعد بهذه الأحكام عن الخطأ بفتح باب الطعن فيها بالاستئناف والنقض خروجاً على القواعد العامة .

وهناك بعض المحوظات التي يمكن إبداؤها على دعاوى الحيازة .

إن المشرع المصري في دعاوى الحيازة يأخذ بنظرية الحيازة القانونية Pssessions ولا يأخذ بنظرية الحيازة المادية Detentions التي أخذت بها بعض التشريعات كالتشريع الألماني والتشريع السويسري ، ولكن القانون المصري وإن كان لا يأخذ بنظرية الحيازة المادية بصفة عامة إلا أنه يحمي الحيازة المادية في بعض صور الاعتداء عليها وهي الصور التي يبلغ الاعتداء فيها على الحيازة حد سلبها كلية بالقوة أو الاحتيال ، وذلك بتمكين الحائز حيازة مادية من رفع دعوى استرداد الحيازة فدعوى استرداد الحيازة قربت نظرية القانون المصري في الحيازة القانونية من نظرية بعض التشريعات كالتشريع الألماني والتشريع السويسري في الحيازة المادية . (١)

هذه هي أنواع التقسيمات التي ابتكرها المشرعون للقوانين الوضعية أما علماء الشريعة الإسلامية فقد قسموا الدعاوى بالنظر إلى موضوعها إلى نوعين دعاوى التهم والعدوان ودعاوى غير التهم والعدوان .

دعاوى التهم والعدوان هي التي ينسب إلى المدعى عليه فيها ارتكاب فعل محرم يستوجب العقوبة الشرعية ، وتقابل بلغة المعاصرين الدعاوى الجنائية ،ودعاوى غير التهم والعدوان وهي تشمل دعاوى الأموال ، والحقوق التي في الذمة والحقوق الشرعية وتقابل في لغة المعاصرين الدعاوى المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية .

وهناك مبادئ عامة لنظام رفع الدعوى في الشريعة الإسلامية ومن هذه المبادئ ما يلي :-

أ - حماية الحرية الشخصية :

أهتم الشارع الإسلامي بحماية الإنسان وكفالة حقوقه الأساسية ويبدو ذلك بوضوح في آيات القرآن الكريم فقد كرم الله تعالى الإنسان في شخص آدم فقال في كتابه الكريم : ﴿ وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين ﴾ (٢) واعتبره القرآن الكريم كحامل لثقة عظيمة فقال تعالى :﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها

---

(١) راجع محمد حامد فهمي ص ٤١٠ وراجع نقض فرنسي في ١٤ فبراير سنة ١٩١٢م منشور في دالوز ١٩١٣ ـ ١ ـ ١٦٧ ، وراجع د. رمزي سيف ـ الوجيز في قانون المرافعات ص ١٤٩.

(٢) سورة البقرة آية ٣٤.

وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً ﴾ (١) ومنحه الله تعالى سلطات كبيرة فقال في القرآن الكريم : ﴿ وسخر لكم ما في السموات والأرض جميعاً منه . إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾ (٢) .

ب - وكفل الأسلام الحق في حماية حياة الإنسان فقال تعالى :﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً ﴾ (٣) .

جـ- وكفل الإسلام الحق في المساواة أمام القانون ، فقال تعالى: ﴿ يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾ (٤)

د - وكفل الإسلام حرية العقيدة ، فقال تعالى: ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ (٥)

هـ- وكفل الإسلام الحق في الحياة الخاصة فقال تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ﴾ (٦) وقال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ﴾ (٧) .

وقد احتاط الشارع الإسلامي في رفع الدعوى خاصة في الجرائم ذات العقوبات الجسيمة وهي جرائم الحدود ، وخاصة جريمة الزنى فأوجب شروطاً متشددة في الإثبات . فلم يسمح به إلا إذا توافرت ضد المتهم أدلة تكفي لوضعه موضع التهمة ، والقاعدة هي براءة المتهم حتى تثبت إدانته بحكم القضاء .

إن قول الشاهد الواحد وإن كان لا يوجب الحق فإنما يوجب التهمة ويجيز حبس المتهم ، ولو قال المدعي لا نية لي ، أو نيتي غائبة أو خارج الحق لا تقام الدعوى بالإجماع لعدم التهمة . (٨)

وهكذا يضمن الإسلام عملية رفع الدعوى بحيث لا تكون إلا حيث هناك ضمانات متوافرة في عملية توجيه الأتهام أو رفع الدعوى أمام القضاء .

أما التقسيمات إلى شخصية وعينية أو مختلطة فلم يكن لها أهمية حيث أنها لا تمس صميم الحق المتنازع عليه والمعروف أن المدى لابد أن يكون شخصياً ومحل الدعوى عيناً قد يكون هذا المحل عقاراً أو منقولاً .

(١) سورة الأحزاب آية ٧٢.
(٢) سورة الجاثية آية ١٢.
(٣) سورة الإسراء آية ٣٣.
(٤) سورة الحجرات آية ١٣ .
(٥) سورة البقرة آية ٥٦.
(٦) سورة النور آية ٢٧.
(٧) سورة الحجرات آية ١٤.
(٨) الكساني - بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٣.

المبحث الثاني
دعوى الإلغاء

المطلب الأول :

تسمى دعوى الإلغاء بدعوى المشروعية ولذلك سأبدأ هذا المبحث بفكرة موجزة عن مبدأ المشروعية .

تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية Pinciple de legatite الذي يمكن أن ألخصه بأنه سيادة حكم القانون(١) ومقتضى هذا المبدأ أن الدولة تخضع في تصرفاتها للقانون القائم ، وأنه يمكن للأفراد ـ بوسائل مشروعة ـ من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها ، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عن لها أن تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال .

١ ـ مبدأ المشروعية :

يقتضي هذا المبدأ أن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون والقانون هنا يؤخذ بمدلوله العام ، أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة ، وأياً كان مصدرها ، مع مراعاة التدرج في قوتها (القانون الدستوري ، فالقانون العادي ، فاللائحة ، فالقرار الفردي) هذا هو السلم الرباعي التقليدي لمدارج الشرعية في المفهوم الوضعي . وقد يضاف إليها درجة خامسة إذا وجد في الدولة قواعد تسمو على الدستور . وفي الشريعة الإسلامية عدم تجاوز ما ورد في

(١) هذا في الدول العلمانية (التي تأخذ بالقوانين الوضعية) .. مع ملاحظة أن مصطلح علماني .. تعني (سكلرزم) لاديني .. ونسبتها إلى العلم يناقض وصفية قوانينها فالعلم يوصل بهم إلى الإسلام .

الكتاب الشريف والسنة المطهرة وبطلان كل تنظيم يخالفهما وقد سبقت الشريعة الأنظمة الوضعية في ذلك المبدأ بالف سنه . والملحوظ أن سيادة مبدأ المشروعية بمعناه السالف مستقل عن شكل الدولة ، فهو لايسري على الدولة (الديمقراطية) ، كما يسري على الدولة التي تأخذ بالملكية المطلقة ، ما دامت تخضع للقانون ، أما إذا أهدر هذا المبدأ صارت الدولة بوليسية Etat de Police .

٢ ـ جزاء مبدأ المشروعية : ***Les Sancthins du principe de la legalite***

يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية بطلان التصرف الذي خالفت به القانون ، وهذا البطلان يتفاوت في جسامته وفي آثاره وفقاً لدرجة المخالفة ، غير أن القاعدة المسلم بها أن البطلان يجب أن يثبت عن طريق سلطة يمنحها القانون هذا الحق ، لأن الأصل هو مشروعية أعمال الإدارة . فأية سلطة تلك التي تملك أن تقرر البطلان ؟!

٣ ـ طرق وقاية المشروعية :

هناك طريقان رئيسان في هذا الصدد تسلكهما الدولة وهما :

أولاً : الرقابة الإدارية ، وخلاصتها أن تتولى الإدارة بنفسها مراقبة مدى مطابقة تصرفاتها للقانون ، أما بناء على طلب الأفراد أو من تلقاء نفسها ، وتأخذ هذه الرقابة في العمل صور ثلاث :

أ ـ التظلم الولائي : وذلك بأن يتقدم ذو المصلحة الى من صدر منه التصرف المخالف للقانون طالباً منه أن يعيد النظر في تصرفه ، إما بسحبه أو بالغائه ، أو بتعديله أو باستبدال غيره به ، بعد أن يبصره بوجه الخطأ الذي ارتكبه . (١)

---

(١) د. سليمان الطماوي ـ القضاء الإداري ـ الكتاب الأول ـ قضاء الإلغاء ـ دار الفكر العربي ١٩٧٦م ص ٢٤ .

ب ـ التظلم الرئاسي : وهنا يتظلم المضرور إلى رئيس مصدر القرار فيتولى الرئيس بناء على سلطته الرياسية سحب القرار أو إلغاءه أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون . وقد يتولى الرئيس من تلقاء نفسه ممارسة هذه السلطة دون تظلم .

جـ ـ التظلم إلى لجنة إدارية عليا خاصة : وهذه اللجنة تشكل عادة من موظفين إداريين من طبقة معينة وتحقق للأفراد بعض الضمانات التي لاتتوافر في الطريقتين السابقتين ، وكانت هذه الطريقة الثالثة حلقة الاتصال بين نظام الإدارة القاضية ونظام المحاكم الإدارية بمعناها الفني . (١)

ثانياً : الرقابة القضائية Le controle juridictionnel لايمكن أن توفي الرقابة الإدارية بالغرض المرجو من ضمان سيادة مبدأ المشروعية ، لأن مصدر القرار قد يرفض الاعتراف بالخطأ ، وقد يحاربه رئيسه ، وقد تكون للإدارة رغبة أو مصلحة في التحرر من قيود المشروعية ، وفوق كل هذا وذاك ، فإن ترك النزاع بين الإدارة والأفراد لتفصل فيه الإدارة بنفسها لايمكن أن يبث الثقة في نفوس الأفراد ، لأن من مقتضيات العدالة ألا يكون الحكم خصماً في النزاع ، ولهذا فإن رقابة الإدارة في كيفية ممارسة نشاطها يجب أن يعهد بها إلى القضاء ولكن أي أنواع القضاء ؟

اختلفت الدول في هذا الصدد وفقاً لتاريخها ، وتقاليدها ، وظروفها الاجتماعية وسلكت مذهبين مختلفين :

---

(١) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، ١٩٧٦ ، ص ٢٧

أ ـ ذهب فريق منها على رأسها الدول الأنجلو سكسونية إلى إخضاع الإدارة للمحاكم العادية ، ومنحها الاختصاص كاملاً فيما يتعلق بقضية الإدارة لأن ذلك هو الوضع الطبعي الذي تستلزمه الاعتبارات العملية والقانونية .

ب ـ المحاكم الإدارية : وهذا هو الاتجاه الحديث . وقد نشأت المحاكم لأول مرة في فرنسا بناء على اعتبارات تاريخية خاصة ، ترجع أصلاً إلى الفكرة السيئة عن المحاكم القضائية ، ووقوفها في وجه كل اصلاح يراد ادخاله على الجهاز الإداري ، وترى فيه تلك المحاكم اعتداء على امتيازاتها .

غير أن المحاكم الإدارية في فرنسا ، وعلى رأسها مجلس الدولة ، تناست أصل نشأتها ، وأصبحت بفضل قضائها المستنير ، ملاذاً للأفراد ضد عسف الإدارة ، بل وصلت في قضائها السبيل إلى حلول لم تصل إليها المحاكم القضائية .

ويجب الإشارة إلى أن عنصر التخصص ليس هو كل شيء في نظام القضاء الإداري وإلا أمكن القول بإنشاء محاكم خاصة ، في نطاق القضاء العادي تتولى الفصل في القضايا الإدارية على نمط المحاكم التجارية والجنائية ، ولكن يقوم بجوار فكرة التخصص في المحاكم الإدارية اعتبارات أخرى مستمدة من تشكيل هذه المحاكم ، ووجود تيارات مستمرة بينها وبين الإدارة العاملة ثم اختصاصاتها الأخرى في الإفتاء والصياغة ، فهذان الاعتباران لا يقلان في الأهمية عن التخصص ، لأنهما يمكنان المحاكم الإدارية العليا من الإحاطة أولاً بأول بمستلزمات حسن الإدارة . (١)

وبعد أن أوضحنا دور القضاء الإداري نتحدث في المطلب الثاني عن دعوى الإلغاء .

---

(١) د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٢٩ .

المطلب الثاني : تعريف الإلغاء

الإلغاء هو إنهاء نفاذ القانون برفع القوة الملزمة لقواعده سواء بإبطال العمل به أو باستبداله بتشريع آخر .

السلطة التي تملك سن الأنظمة هي السلطة التي تملك إلغاءه فالدستور لايمكن الغاؤه أو تعديله إلا طبقاً لما قرره الدستور ذاته ، والقانون يكون الغاؤه بقانون مثله ـ والقرار الإداري يكون الغاؤه بقرار اداري مثله ، والقاعدة أن القانون الأدنى لايملك أن يلغي قانوناً أعلى بينما القانون الأعلى يملك أن يلغي قانوناً أدنى منه .

ـ كيفية إلغاء القوانين :

يتم إلغاء القوانين بطريقتين :

أ ـ الإلغاء الصريح

ب ـ الإلغاء الضمني

والإلغاء إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمنياً، والإلغاء الصريح يتم غالباً بصدور قانون قديم يتضمن نصاً خصاً يقضي بالغاء قانون سابق ، كالنص الذي ورد في المادة الأولى من القانون المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م بإصدار القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية في مصر والصادر في ٢٨ اكتوبر ١٩٨٣م والقانون المدني المعمول بها أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونية ١٨٧٥م والاستعاضة عنهما بالقانون المدني المذكور .

ويعتبر الالغاء صريحاً إذا تم توقيت القوانين بزمن معين وقت صدوره فينتهي العمل به بمجرد انقضاء الزمن المعين فيه ، كالقوانين التي تصدر في أثناء الحرب مثلاً وينص فيها على أنه يعمل بها مدة قيام الحرب لاغير وكالأوامر العسكرية التي تستند إلى قانون الأحكام العرفية فإنها تلغي تبعاً لإلغاء الأحكام العرفية .

والإلغاء الضمني يكون بصدور قانون جديد يتضمن حكماً يتضارب مع حكم قانون سابق فيعتبر الحكم الجديد ناسخاً ضمناً للحكم القديم لاستحالة أعمال الحكمين المتضاربين في وقت واحد وتغليباً لإرادة المشرع الحديثة على إرادته السابقة . (١)

وفقهاء القانون الوضعي سلموا بالإلغاء الضمني باعتباره نتيجة لأزمة لوقوع التضارب بين القوانين السابقة ولضرورة تطبيق أحد النصين المتضاربين دون الآخر . وعني المقنن بالنص على ذلك في التقنين المدني الجديد فقضى في المادة الثانية منه ((بأنه لايجوز إلغاء نص تقنين إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص القانون القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك القانون)) .

ونتبين من ذلك أن الإلغاء الضمني له صورتان :

الأولى : أن يصدر القانون الجديد بحيث يشتمل على نص يتعارض تعارضاً تاماً مع نص القانون السابق ، وفي هذه الحالة يقتضي بالغاء القانون السابق إلغاءً ضمنياً على القدر اللازم لرفع التضارب بينه وبين القانون الجديد ، وفيما عدا هذا القدر يستمر العمل بالقانون السابق على العمل بالقانون الجديد .

ومثل ذلك في التقنين المدني الملغي أن المادة ٤٥ منه كانت تنص على أن الملكية في الأموال منقولة كانت أو ثابتة تنتقل بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المال ملك للمالك ، فلما صدر قانون التسجيل سنة ١٩٣٢م في مصر ونص فيه على أن ملكية الأموال الثابتة لاتنتقل إلا بالتسجيل أي أنها

سامي علم الدين ـ مبادئ النظرية العامة في القانون ـ مصر ١٩٨٢م ص ٦٢ .

لاتنتقل بمجرد العقد ، وقع التضارب بين المادة ٤٥ مدني قديم وقانون التسجيل المذكور فيما يتعلق بانتقال ملكية الأموال الثابتة وحدها . ولم ينص قانون التسجيل على إلغاء هذه المادة في ضمن مانص على إلغائه صريحاً فاعتبرت هذه المادة ملغاة ضمناً في حكمها الخاص بانتقال ملكية الأموال الثابتة لا في حكمها المتعلق بانتقال الأموال المنقولة . (١)

ويقع الإلغاء الضمني في هذه الصورة بمجرد حصول التضارب بين القانون الجديد القانون القديم وقد يتضمن القانون الجديد نصاً على إلغاء كل نص سابق يخالف أحكامه ويعتبر هذا النص في القانون الجديد مقرراً فقط للأمر الواقع ومحل الإلغاء الضمني أن يكون القانون متضمناً :

١ ـ حكماً عاماً ينقاض حكماً سابقاً .

٢ ـ أو حكماً خاصاً يناقض حكماً خاصاً سابقاً .

في هاتين الحالتين ينسخ الجديد القديم .

٣ ـ إذا كان الجديد حكماً خاصاً يناقض حكماً عاماً سابقاً يعتبر الجديد ناسخاً للقديم بالنسبة إلى الحالة الخاصة التي نص عليها وحدها ويستمر العمل بالقديم فما عدا هذه الحالة .

٤ ـ أما إذا كان الجديد حكماً عاماً والقديم حكماً خاصاً فيعمل بالجديد على أنه القاعدة العامة ويبقى العمل بالقديم على حاله ولكنه يعتبر استثناء .

ومثل هذه الحالة الأخيرة نص المادة ٣٠٤ من التقنين المدني الجديد الصادر

---

(١) المرجع السابق ص ٦٢ .

١٩٤٦م الخاص بالشهر العقاري ، فقد نصت هذه المادة على أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . إذ يعتبر حكمها حكماً عاماً شاملاً للعقار والمنقول والذي يعلق انتقال الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات فقط على تسجيل العقود المنشئة لهذه الحقوق فلا ينسخ هذا الحكم العام الحكم الخاص السابق وروده في قانون الشهر العقاري . (١)

هل يصبح القانون لاغياً لعدم استعماله مدة طويلة ؟

تتوقف الإجابة عن هذا السؤال على الاعتراف للعرف باعتباره مصدراً للقانون بقوة إنشاء قواعد قانونية مخالفة للقانون أو عدم الاعتراف له بذلك فإن اعترف له بهذه القوة أمكن اعتباره عدم استعمال القانون مدة طويلة عرفاً سلبياً يبطل العمل بهذا التشريع .

والرأي الغالب في المحاكم الفرنسية منذ منتصف القرن الماضي إلى الآن هو أن العرف دون القانون في منزله وأنه لا يصح أن يخالف القانون ولا أن يلغيه مهما طال القانون وعدم استعماله فإنه يظل قائماً ويمكن العودة إلى العمل به في أي وقت ولا يستثنى من ذلك سوى العادات التجارية ، فمن المسلم به من فقه وقضاء أنها تتغلب على القانون وتلغيه .

وفي القانون المصري القديم أن المادة الثانية من التقنين المدني الجديد تنص على أنه لايجوز إلغاء نص قانوني لاحق ، ومعنى ذلك أن القانون لا يصبح ملغياً لعدم استعماله مهما طالت مدة إهماله . (١)

---

(١) المرجع السابق ص ٦٤ انظر سامي علم الدين مبادىء النظرية العامه القانون مصر ١٩٨٢ ص ٦٤

الإلغاء في المجال الوصائي أو الإداري :

المقصود بإجراء الإلغاء هو الإجراء الذي يمكن لجهة الوصاية الإدارية بمقتضاه أن تزيل ـ بمقتضى سلطاتها الاستثنائية المحددة قانوناً ـ قراراً صادراً عن جهة غير مركزية ، لأنه يخالف قاعدة قانونية أو يمس المصلحة العامة . أي يخالف القانون أو الملاءمة ، على أن يستند الإلغاء من جانب جهة الوصاية بالضرورة إلى نص قانوني يخولها هذه السلطة . وأن يتم ذلك بالطبع خلال مواعيد محددة وذلك من أجل ضمان استقرار الأوضاع القانونية . (١)

وإذا كان الإلغاء لايكون إلا بسبب عدم اتفاق قرار هيئة لامركزية مع القانون أو المصلحة العامة فإنه لايجوز لجهة الرقابة الوصائية إلغاء قرار لهذه الهيئة لمجرد إضراره بمصلحة فردية ، أو بمجرد عدم اتفاقه مع مصلحة ذاتية تتولاها الهيئة المذكورة ،وإلا كان ذلك مساساً بمبدأ استقلال الهيئة اللامركزية ومخالفة لمبدأ تمتع هذه الهيئة بأهلية تصريف شئونها الذاتية بنفسها .

وغني عن البيان أن الإلغاء الوصائي لايكون إلا بالنسبة للقرارات غير المركزية التي لايتوقف نفاذها على تصديق الجهة الوصائية . (٢)

وغني عن البيان أيضاً أن الغاء قرار الجهة غير مركزية قد يتم من تلقاء نفس الجهة الوصائية أو بناء على الطلب الذي يقدمه إليها أصحاب الشأن . (٣)

---

(١) د. محمد رمضان ـ الوصايا على الهيئات المحلية (رسالة) جامعة القاهرة ـ ص ٧٠ .
(٢) فؤاد العطار : القانون الإداري ١٩٧٦م ص ١٩٢ ـ مصطفى أبو زيد فهمي ـ نظم الإدارة المحلية ـ مجلة العلوم الإدارية السنة الثالثة العدد الأول يونية ١٩٦١م ص ١٦٢ .
(٣) د. بكر القباني ـ القانون الإداري ـ دار النهضة العربية ـ مصر ـ الطبعة الثانية بدون تاريخ ص ١٨١ ـ ١٨٢ .

هذا ويؤدي الإلغاء دور الشرط الفاسخ بالنسبة للقرار الإداري أو يعتبر هذا القرار قائماً وتاماً وذا فاعلية إلى أن تقرر الجهة الوصائية عن طريق الالغاء انتزاع هذه الفاعلية إزالة الآثار التي رتبها ذلك القرار . (١)

المطلب الثالث : التعريف بدعوى الالغاء :

يمكن في مجال التعريف بالطعن بالإلغاء القول بأنه الدعوى القضائية التي يرفعها أصحاب الشأن من الموظفين العموميين أو من الأفراد أو الهيئات أمام القاضي الإداري المختص بطلب إلغاء القرارات الإدارية النهائية بسبب مخالفتها للقانون . (٢)

وفي تعريف آخر : هي الدعاوى التي يكون موضوعها اختصام قرار إداري معين والمطالبة بإلغائه لتعييبه بأحد العيوب الموجبة لإلغائه واعتباره عملاً قانونياً غير تعاقدي ، يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية في الدولة ، ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة . (٣)

ويعرفها (د. سعد منصور ود. محسن خليل ـ القضاء الإداري ـ ص ٤٤) ((بأنها الوسيلة التي تسمح للقضاء الإداري بمباشرة ولايته في إلغاء القرارات الإدارية هي دعوى الإلغاء ، والتي تسمى في فرنسا الطعن بتجاوز السلطة أو دعوى تجاوز السلطة أو دعوى الإلغاء)) .

---

(١) د. بكر القباني ـ القانون الإداري ـ دار النهضة العربية ـ مصر ـ الطبعة الثانية بدون تاريخ ص ١٨١ ـ ١٨٢ .

(٢) De Lanbadere - Droit aministratif cit . P. 353 No. 60

(٣) د. عبد العزيز البديوي ـ الوجيز في المبادئ العامة للدعوى ـ ص ٤٠ .

ويقول عنها د. سليمان الطماوي ((يقصد بدعوى الإلغاء تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري بطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون)) .

والملحوظ أن كل هذه التعريفات قد تكون قريبة الشبه من بعضها البعض، أو تكاد تكون متطابقة المعنى، أما الاختلاف فيكون في التفسير .

ـ خصائص دعوى الإلغاء :

إن تحديد خصائص دعوى الإلغاء سوف يسمح لنا بالتعرف على الصفات البارزة لهذه الدعوى ، ويمهد لتفهم شروطها وإجراءاتها .

ويلزم حتى يتسنى للقضاء الإداري أن يباشر ولايته الرقابية بالإلغاء على أعمال الإدارة ـ أن يلجأ إليه صاحب الشأن بدعوى يقيمها لهذا الغرض وهي دعوى الإلغاء ، فالقضاء ـ أياً كانت جهته واختصاصه ـ لايملك أن يباشر الولاية المقرر له إلا بالطريق المرسوم قانوناً وهو إقامة الدعوى فإن أقيمت أمامه الدعوى صار من حقه ، بل ومن واجبه أن يفصل فيها . ولدعوى الإلغاء ، تاريخ طويل في فرنسا ، وتسمى هناك الطعن بتجاوز السلطة Le recours pour exces de poubvoir (١) ولقد كانت هذه الدعوى حتى أول يناير ١٩٥٤م من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بمفرده كقاعدة عامة ، ثم تغير الوضع في التاريخ السابق ، أما في مصر فقد كانت دعوى الإلغاء من الاختصاص المطلق لمحكمة القضاء الإداري إلى أن شاركتها فيها المحاكم الإدارية بمقتضى القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٥م بالنسبة لقضايا الموظفين . ثم استمر الوضع في القانوني التاليين لمجلس الدولة .

وتقسم الدولة دعوى الإلغاء ـ في فرنسا ـ بأنها دعوى القانون العام لإلغاء القرارات

---

(١) د. سعد منصور ، د. محسن خليل ـ القضاء الإداري ص ٤٤٠ .

الإدارية عموماً Le esours Cententieum de droit Coomun. بمعنى أن دعوى الإلغاء يمكن أن توجه إلى قرار إداري دون حاجة إلى نص صريح في القانون بذلك (١) بل إن القضاء الإداري قد وصل في هذا الصدد إلى حد اعتبار النصوص التي ترد في بعض القوانين لتحصين بعض القرارات الإدارية ، والتي تنص على أن تلك القرارات غير قابلة للطعن موجهة إلى الطعون الأخرى ، ولا تعني دعوى الإلغاء . (٢)

وبهذا القضاء الجزئي قضى مجلس الدولة الفرنسي على تقليد تحصين القرارات الإدارية تشريعاً ضد دعوى الإلغاء .

ولما كانت دعوى الإلغاء في القانون المصري قد صيغت إلى حد كبير على نمط دعوى الإلغاء في فرنسا ، فإنه من المفيد ـ بل ومن الضروري ـ أن نحيط بخصائص دعوى الالغاء في فرنسا ، ليمكن تفهم الوضع في مصر ومقارنة ذلك بدعوى الحسبة والخصائص الذاتية التي تميز دعوى الإلغاء في فرنسا ويمكن إجمالها فيما يلي :

أولاً : دعوى الإلغاء هي دعوى من صنع قضاة مجلس الدولة الفرنسي : والحقيقة أن جميع أحكامها تقريباً هي من صنع مجلس الدولة الفرنسي ، وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد أرجع دعوى الإلغاء إلى نص قديم ، سابق على تاريخ انشائه ، هو قانون ٧ ـ ١٤ أكتوبر ١٧٩٠م وإذا كان المقنن الفرنسي قد أصدر بعد ذلك نصوصاً قانونية تنظم دعوى الإلغاء في بعض نواحيها ،

---

(١) د. سليمان الطماوي ـ القضاء الإداري ـ الكتاب الأول ـ قضاء الإلغاء ـ ص ٣١٩ .
(٢) حكم المجلس الصادر في ١٧ فبراير سنة ١٩٥٠م في قضية مجلة القانون العام سنة ١٩٥١ص ٤٧٨ Damm L'amothe وفي ١٧ ابريل سنة ١٩٥٢ في قضية falco et vilaillac مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ص ٤٨ مع تقرير المفوض Domedien de Neteres نقلاً عن د. سليمان الطماوي القضاء الإداري ـ الالغاء ـ ص ٣١٧ .

مثل قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢م ، وأمر ١٤ يوليو سنة ١٩٤٥م ومرسوم ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣م ، فإن الاحكام التفصيلية لدعوى الإلغاء ما تزال متروكة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي (ومعه الآن المحاكم الإقليمية) ولهذا امتازت أحكام دعوى إلغاء في القضاء الفرنسي بمرونتها التامة ، وتطورها المستمر من وقت لآخر ، لكي تستجيب لمقتضيات الإدارة الفرنسية ، وبهذا أيضاً جرى مجلس الدولة الفرنسي على عدم ربط دعوى الإلغاء بقانون من القوانين ، بل اعتبرها مجرد أداة لتحقيق القانونية ، وفقاً لمبادئ القانون العام ، وقد رتب على ذلك نتيجة بالغة الخطورة ، وهي قبول دعوى الإلغاء ضد قرارات نص المقنن على إعفائها من جميع الطعون الإدارية والقضائية . (١)

وبهذه الجرأة المستنيرة ، والسياسة القضائية الحازمة ، أرسى مجلس الدولة أسس القانون العام في فرنسا ، وكانت دعوى الإلغاء مرآة لمسلكه في هذا الصدد .

أما في مصر ، فإن الوضع مختلف ، إذ ولدت دعوى الإلغاء على أساس النصوص المقننه التي تضمنتها القوانين الخاصة بمجلس الدولة على أن تلك القوانين قد تركت للمجلس حرية واسعة في كثير من النواحي .

ثانياً : دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية بمعنى الكلمة : وإذا كانت هذه الصفة ليست محل نزاع في الوقت الحاضر ، فإنها لم تكن كذلك فيما مضى ، ذلك أن دعوى

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧ فبراير ١٩٥٠م .

الإلغاء حتى سنة ١٨٧٢م لم تكن دعوى قضائية ، بل كانت تظلماً إدارياً رياسياً .

ولقد تغيرت طبيعة دعوى الإلغاء منذ عهد إلى مجلس الدولة الفرنسي بوظيفة المفوض La justic delequce بحيث انقلبت من تظلم إداري إلى دعوى قضائية بمعنى الكلمة . ولكن النشأة الأولى لدعوى الإلغاء ماتزال تترك آثارها في طيات أحكامها ، بحيث لايمكن أن تفهم تلك الأحكام إلا بالنظر إلى تلك النشأة الأولى . ولسنا بحاجة لأن نذكر بأن دعوى الإلغاء في مصر قد ولدت قضائية . (١)

ثالثاً : دعوى الإلغاء إلى قضاء المشروعية :

Fait partie du Cententaux de legalite

فإذا ما ألغي القضاء قراراً إدارياً لمجاوزة السلطة فإن ذلك يعني أن القرار غير نظامي ، وبهذا يكون اصطلاح ((مجاوزة السلطة مرادفاً لاصطلاح ((عدم المشروعية)) illegalite وهذا هو المعنى الذي عليه الغالبية العظمى لفقهاء القانون العام في فرنسا . وهذا الرأي المسلم به في مصر فقهاً وقضاء .

رابعا : دعوى الإلغاء تنتمي إلى القضاء العيني :

Le contentieux objectif

لأن المسألة المطروحة على القضاء في دعوى الإلغاء تتعلق بفحص المشروعية بصرف النظر عن الحقوق الشخصية لرافع الدعوى . وسنرى أثر هذه الطبيعة العينية ((أو الموضوعية)) لدعوى الإلغاء فيما يتعلق بشروط قبول

(١) د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٢١٨ .

الدعوى ، وفيما يتعلق بحجية الأحكام الصادرة بالإلغاء وكثيراً مايشير القضاء الإداري إلى هذه الخاصية ويرتب عليها نتائجها . (١)

خامساً: أحاط المشرع الفرنسي دعوى الإلغاء برعاية خاصة ، بالنظر إلى أن دعوى الإلغاء قد غدت أداة شعبية (شبيهة بالحسبة) فعالة في رقابة الإدارة واجبارها على التزام حدود القانون ، فقد عمل المقنن الفرنسي من جانبه على تشجيع هذا الاتجاه بتسهيل التجاء الأفراد إلة رفع دعاوى الإلغاء ، فأكمل بهذا عمل مجلس الدولة الفرنسي الذي دأب منذ سنة ١٨٧٢م حتى اليوم على تيسير شروط قبول دعوى الإلغاء .

وتأخذ الحماية القانونية التي بسطها المقنن على دعوى الإلغاء في فرنسا صورتين :

الأولى : عدم اشتراط تقديم عريضة الدعوى عن طريق محام .

الثانية : عدم طلب رسوم مقدماً (٢)

ـ شروط قبول دعوى الالغاء :

المقصود بشروط قبول دعوى الإلغاء تلك الشروط التي يلزم توافرها في الدعوى لكي تكون مقبولة أمام المحكمة المختصة ، حتى تتمكن ـ بعد تأكدها من توافرها ـ من الانتقال إلى فحص موضوع المنازعة .

---

(١) ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في ٢١ ابريل ١٩٦٣م س ٨ ص ١٠٨١ حيث تقول ((من المقرر أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية تلحق القرار الإداري المطعون فيه بما لايدع حاجة لإقامتها ضد المستفيد من القرار ، كما أن الحكم الذي يصدر فيها يكون حجة على الكافة بمجرد صيرورته نهائياً)) .

(٢) لم يأخذ المقنن المصري بهذين الشرطين فيما يتعلق بدعوى الإلغاء . انظر في ذلك د.سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، ص ٣٢٩ .

فإذا لم تتوافر جميع هذه الشروط أو بعضها حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى دون أن تتعرض لبحث موضوعها ، أي عدم التطرق لفحص مشروعية القرار الإداري المطعون فيه .

ولقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذه القاعدة بجلاء حيث أعلنت أن لدعوى الإلغاء ـ طبقاً لما جرى عليه القضاء الإداري ـ شروطاً لابد من توافرها حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القضاء ، وعليه أن يتصدى لها بالفحص قبل أن يتصدى لموضوع المخالفة المدعاة ، إذ لا يمكنه بحث الموضوع إلا بعد أن يتأكد له توافر هذه الشروط ، فإذا لم تتوافر ، تحتم عليه الحكم بعدم قبولها دون التغلغل في الموضوع . (١)

ولقد جرى معظم فقهاء القانون العام في مصر على تحديد شروط قبول دعوى الإلغاء في ثلاثة شروط أساسية ، أولها يتعلق بطبيعة القرار الإدارية المطعون فيه بالإلغاء ، والثاني وجود مصلحة لرافع الدعوى ، والثالث ميعاد رفع الدعوى .

شروط القرار المطعون فيه بالإلغاء :

يشترط في القرار المطعون فيه بالإلغاء جملة شروط أساسية ، تتمثل في كون القرار المطعون فيه إدارياً وفي صدوره عن سلطة إدارية وطنية ، وأن يكون له صفة المصلحة لرافع الدعوى ، وأخيراً أن يحدث أثراً قانونياً معيناً . (٢)

الشرط الأول : صدور القرار من سلطة إدارية وطنية :

يتمثل هذا الشرط من شروط القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء في صدوره من سلطة إدارية وطنية سواء داخل حدود الدولة أو خارجها ، أي باب الطعن فيه مفتوح بالنسبة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في ٢٥ مارس ١٩٦٢ طعن رقم ١٠٠٠٦ لسنة ٦ قضائية .
(٢) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، الإلغاء ، ص ٤٥٩ .

للقرارات الإدارية الوطنية سواء المركزية منها أو غير مركزية . كما اعترف القضاء الإداري بصفة القرارات الإدارية للقرارات الصادرة من النقابات المهنية ومن بعض المجالس والهيئات المتمتعة بجانب من سلطات أشخاص القانون العام .

ويترتب على ذلك أن القرارات الإدارية الصادرة من سلطة إدارية غير وطنية ، أي أجنبية ، لايقبل الطعن فيها بالإلغاء وقد طبقت محكمة القضاء الإداري هذه المبادئ بشأن قطاع غزة الذي كان خاضعاً للإدارة المصرية حتى عام ١٩٦٧م . (١)

الشرط الثاني : أن يكون القرار نهائياً :

حرص المقنن المصري على النص على أن تكون القرارات الإدارية التي تقبل الطعن فيها بالإلغاء أن تكون قرارات نهائية في قوانين مجلس الدولة المتتابعة منذ صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م بإنشاء مجلس الدولة حتى القانون الحالي المنظم للمجلس رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م .

والمقصود بنهاية القرارات هو كما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري بأن ((قضاء هذه المحكمة قد جرى في اضطراد على أن العبرة في نهاية القرار الإداري هو صدوره من سلطة إدارية تملك حق إصداره دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية أعلى)) (٢)

---

(١) قضت محكمة القضاء الإداري في سنة ١٩٤٥م بأنه لا نزاع في أن قطاع غزة يعتبر جزءاً خارجاً عن حدودمصر وأن السلطات المصرية في إدارتها لهذا القطاع انماتباشر نوعاً من الحماية والإشراف على جزء من اقليم فلسطين ، ولما كان من الأمور المسلمة أن يشترط لجواز الطعن أمام محكمة القضاء الإداري ألا يكون القرار المطعون فيه صادراً من سلطة أجنبية أو دولية ، فإنه يجب التفرقة بين طائفتين من القرارات :
أ ـ القرارات التي يتخذها ممثلوا مصر في قطاع غزة باعتبارهم موظفين مصريين .
ب ـ القرارات التي يتخذها ممثلو مصر نتيجة لإشرافهم على إدارة هذه البلاد .
(حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المبادىء التي قررتها المحكمة ، السنة التاسعة ص ١٩٣) وانظر أيضاً د. سليمان الطماوي ـ قضاء الإلغاء ص ٤٦١ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في ٩ مارسم سنة ١٩٥٣م مجموعة أحكام المحكمة السنة السابعة ، ص ٦٢٧ ، ورددت المحكمة نفس المعنى في حكمها الصادر في ٧ من فبراير سنة ١٩٥٦م ـ مجموعة أحكام المحكمة السنة العاشرة ص ١٩٥ .

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن ((كون القرار نهائياً أو غير نهائي في أمر معين إنما مرده إلى أحكام القانون في هذا الشأن . وأنه تبين من استقراء نصوص القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٩م بإنشاء نقابات واتحادات ونقابات المهن الطبية أن قرار مجلس النقابة بإحالة أعضائها إلى هيئة التأديب هو قرار إداري نهائي تنفيذي في خصوص تلك الحالة لأن المجلس المذكور هو المختص دون سواه بالنظر في هذا الأمر ، ولسيت ثمة سلطة أعلى تملك التعقيب عليه في موضوع الإحالة إلى مجلس التأديب فهو قرار نهائي في التدرج الرئاسي ، كما أن مجلس النقابة أذ يصدره يستنفذ سلطته فلا يملك الرجوع فيه أو العدول عنه ، وللقرار فضلاً عن ذلك أثره القانوني بالنسبة إلى المحالين للمحاكمة التأديبية وبالنسبة للهيئة المختصة بمحاكمتهم تأديبياً ، وذلك أن الدعوى تنتقل بمجرد صدور مرحلة التحضير إلى مرحلة المحاكمة . (١)

ومن ناحية توقيت القرار الإداري ، فإن القضاء الإداري يعتبر أن توقيته مع نهائيته ، لأنه يعتبر أن التوقيت ينصب على آثار القرار الإداري . (٢)

الشرط الثالث : يجب أن يكون القرار الإداري من شأنه التأثير في المركز القانوني للطاعن :

فلكي تقبل دعوى الإلغاء من أحد الأفراد ، يجب أن يكون هذا القرار مؤثراً في مركزه القانوني ويعبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المعنى بقوله ((إن القرار المطعون فيه من شأنه إلحاق أذى (بالمعنى الواسع) برافع الدعوى ، وبالرغم من غموض المصطلحات التي

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٦٠٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٢ ابريل سنة ١٩٥٨م .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصري ـ ص ١٩٥٦/٢/٧م . مجموعة السنة العاشرة ، ص ١٥٩ .

يستعملها القضاء فإن الفقهاء يلاحظون أنه حتى يتحقق الشرط المشار إليه فإن القضاء يتطلب أمرين :

أ ـ أن يكون القرار المطعون فيه من شانه أن يولد آثاراً قانونية ، وعلى هـذا الأســاس فإن القرارات التي لاتولد آثاراً قانونية تستبعد من نطاق دعوى الإلغاء .

ب ـ أن يكون القرار مولداً للآثار القانونية بذاته ، ويعني هذا الشرط حالة دخول القرار في عملية مركبة ، فحينئذ توجه الدعوى إلى القرار ذي الصلة المباشرة بالآثار القانونية المراد إلغاؤها . (١)

الشرط الرابع : المصلحة أو الصفة في دعوى الإلغاء

يوجد خلاف حول الصفة Qualite في مجال الدعاوى العادية من حيث كونها مندمجة في المصلحةأم أنها تمثل شرطاً مستقلاًعن شرط المصلحة يلزم توافره بقبول الدعوى .

ويرجع ذلك إلى أن المصلحة في هذه الدعاوى يجب أن تكون قانونية ، أي تستند إلى حق ، حيث أن موضوع الدعوى هو المطالبة بحق أو مركز قانوني أو التعويض عن ضرر أصاب حقاً من الحقوق ، وذلك على أساس أن الدعوى جزء لايتجزأ من الحق ، وأنه لايتصور وجود دعوى دون أن تستند إلى حق ، ولا يوجد حق دون أن يستند على دعوى تحميه . (٢)

ولهذا فإن رافع الدعوى إما أن يكون صاحب الحق أو لمن ينيب عنه كالولي أو الوصي ، أو اتفاقاً كالوكيل .

---

(١) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، ص ٤٦٣ .
(٢) د. أحمد أبو الوفا ـ المرافعات المدنية والتجارية ، ص ١٥٢ .

وقد انتقل هذا الخلاف بشكل أقل حدة إلى مجال الدعاوى الإدارية حيث يوجد جانب من فقه القانون العام في مصر يرى أن الصفة شرط لازم ومستقل عن شرط المصلحة في طلب الإلغاء ، وأنه إذا انتفت الصفة كانت الدعوى غير مقبولة ،ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى . (١)

إلا أن غالبية فقهاء القانون العام في فرنسا ومصر يؤيدون ما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي ومجلس الدولة المصري من اندماج مدلول الصفة في شرط المصلحة في نطاق دعوى الإلغاء ، بحيث تتوافر الصفة كلما وجدت مصلحة شخصية مباشرة ، مادية كانت أو أدبية لرافع دعوى الإلغاء ، ولا يشترط استناد هذه المصلحة إلى حق ، وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الإداري في مصر في السنوات الأولى لنشأتها ، إذ قضت بأنه ((ومن حيث الصفة في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية المجاوزة حدود السلطة تندمج في المصلحة ، فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة مادية أو أدبية لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرار المذكور ، سواء كان رافع الدعوى هذا الشخص الذي صدر بشأنه القرار المطعون فيه أم غيره ومن حيث أن القاعدة المتقدمة مؤسسة على طبيعة هذه الدعاوى ، ومن أنهادعاوى عامة وموضوعية ، القصد منها تصحيح الحالات القانونية بإزالة كل أثر قانوني للقرارات الإدارية غير المشروعة والمخالفة للقانون . (٢)

الشرط الخامس : الأهلية في دعوى الإلغاء :

تطبق القواعد العامة في اشتراط أهلية التقاضي على الأهلية في مباشرة دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري .

---

(١) د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، ص ٥٤٢ .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨م في القضية رقم ١٩ لسنة ١٢ قضائية ، مجموعة الأحكام ، السنة الثالثة ، ص ١٧٢ .

وطبقاً لهذه القواعد فإنه يجب أن تتوافر في رافع دعوى الإلغاء أهلية المخاصمة لدى القضاء ، وأنه ليس لأحد الخصوم أن يدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي أهلية إلا إذا كانت له مصلحة في هذا الدافع . (١)

المطلب الرابع : سلطة القاضي بالنسبة لدعوى الإلغاء :

من المقرر أن ولاية التعقيب على القرارات الإدارية النهائية هي لقضاء الإلغاء Contentieux d'annalation إذ هو القضاء الذي شرعه القانون للفصل في الطعن في القرارات الإدارية .

ودعوى الإلغاء الإدارية وحدها التي يتقيد المدعي في رفعها بميعاد الستين يوماً ، فإذا فوت ذو الشأن على نفسه فرصة الطعن في القرار الإداري في الميعاد القانوني لاستصدار حكم بإلغائه ، إن كان يرى وجهاً لذلك ، فإن القرار يصبح حصيناً من الإلغاء ، واجب الاحترام إلا إذا قام بالقرار وجه من أوجه انعدام القرار الإداري . (٢)

وفي الحالات التي اشترط فيها القانون بالنسبة لأنواع معينة من القرارات الإدارية ضرورة التظلم منها قبل رفع الدعوى ، إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار الرئيسي وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم ، يتعين على القاضي الإداري التحقيق من توافر هذه الشروط حتى تكون الدعوى مقبولة أمام القاضي ، وعليه أن يتصدى لهذا بالفحص قبل أن يتصدى لموضوع المخالفات المدعاة بالنسبة للقرار الإداري إذ لايمكنه بحث الموضوع إلا بعد

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١١١٩ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٤م ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثانية عشرة ـ القاعدة رقم ٤٥ ، ص ٤٦٧ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٢٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٣٠م س ٩٠ ص ، ١٤٥ .

التأكد من توافر هذه الشروط وإذا لم تتوافر تحتم عليه الحكم بعدم قبول الدعوى دون التغلغل في الموضوع . (١)

وسلطة قاضي الإلغاء تنحصر في إلغاء القرار الإداري المعيب متى ثبتت له عدم مشروعيته ، وليس له أن يعدل القرار المعيب أو يصححه بل أنه يترك ذلك للإدارة العامة وحدها تقوم به كنتيجة مباشرة للحكم الصادر بالإلغاء (٢) كما أنه ليس له أن يستبدله بقرار آخر أو أن يصدر أمراً للجهة الإدارية بعمل شيء معين بذاته كالحكم بترقية موظف أو باعتباره طالباً ناجحاً (٣) أو اعتبار ثقافة المدعى الصحفية معادلة للمؤهلات العالية . (٤) إذ أن ذلك من شأن الإدارة ولا تحل المحكمة محلها فيه بل أنه يخرج عن اختصاص المحكمة لأن اختصاصها مقصور على إلغاء القرارات المخالفة للقانون أو تسوية المراكز بالتطبيق للقانون . (٥) دون اصدار أوامر ادارية لجهات الإدارة العاملة في شأن من الشئون الداخلة في اختصاصها أو تأمر بأداء أمر بالامتناع عنه . (٦)

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٦ ق جلسة ٢٥ مارس سنة ١٩٦٢م س ٧ ص ٤٩٥ مصر .
(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٩٥ لسنة ١ ق جلسة ١٩٤٨/٦/١٥م س ٢ ص ٧٩٧ مصر .
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٤٨/٦/١٦م س ٢ ص ٨١٨ مصر .
(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢١٥ لسنة ١ ق جلسة ١٩٤٨/١/٢٨م س ٢ ص ٢٩٧ .
(٥) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٨٢٦ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/١ م س ٧ ص ٧٩٨ .
(٦) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢ق جلسة ١٩٤٩/١١/٢٩م .

على أنه إذا طلب ذو الشأن من الإدارة القيام بعمل معين أو الامتناع عنه ، فإن امتنعت الإدارة عن اتخاذ قرار كان واجباً عليها اتخاذه وفقاً لأحكام القانون كان امتناعها في حكم القرارات الإدارية ويجوز طلب إلغاء القرار الضمني المستفاد من امتناع الجهة الإدارية عن اصدار قرارها ، كما أن سلطة قاضي الإلغاء لاتشمل طلب تعديل قاعدة تنظيمية عامة صدر بها قرار من مجلس الوزراء في حدود سلطته التشريعية والتنظيمية ، بل وليس من اختصاصه تكليف جهة الإدارة بتعديله أو الحلول محلها في اجراء هذا التعديل . (١)

رقابة القضاء لتكييف الدعوى :

من المسلمات أن تكييف الدعوى وبيان حقيقة وضعها إنما يخضع لرقابة القضاء باعتباره تفسيراً للنية الحقيقية التي قصدها المدعي في صحيفة دعواه ، والحيلولة دون ما يحاول المدعى عليه من تأويل للدعوى بحيث يخيب أثرها بالنسبة إليه مخالفاً في ذلك صحيح أحكام القانون . (٢) وسلطة القاضي ومهمته عند الفصل في الدعاوى تختلف وفقاً للتكيف القانوني الصحيح للدعوى باعتبارها دعوى إلغاء أو دعوى تسوية لما يترتب على مثل هذا التكيف من آثار .

فإذا اعتبرت الدعوى من دعاوى الإلغاء تقيدت بالمواعيد الخاصة بهذه الدعوى ووجب فيها التظلم قبل رفعها في الأحوال المنصوص عليها في القانون .

وإذا اعتبرت من دعاوى التسوية امتدت فيها المواعيد إلى مدد تقادم الحق المدعى به أو سقوطه ولا يكون التظلم قبل رفع الدعوى واجباً فيها .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٤٩/١١/٢٩م . وانظر أيضاً د. سعد عصفور ، د. محسن خليل ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، بدون تاريخ ص ٢٥٥ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١/٢٦م س ٨ ص ٦٠٩ .

والعبرة في التكيف القانوني للدعوى بالمعاني ، لا بالألفاظ والمباني وبما يقصده المدعي وما يرمي إليه من دعواه في عموم طلباته . (١)

المطلب الخامس : دعوى الطعن بالنقض ودعوى الإلغاء

يمكن تعريف الطعن بالنقض ، بأنه دعوى يطلب فيها إلى مجلس الدولة اثبات أن حكماً إدارياً قد صدر على خلاف القانون ثم إلغاء هذا الحكم .

ولقد كان الطعن بالنقض يختلط في أول الأمر بدعوى الإلغاء ، ولكن الفقيه لافرييز ميز بينهما ، ثم تابعه القضاء في ذلك ، ونظراً لأن الطعن بالنقض يهدف إلى إلغاء حكم ، بينما تستهدف دعوى الإلغاء إلى إلغاء قرار اداري ، فهناك أوجه شبه وأوجه اختلاف بين الدعويين .

أولاً : أوجه الشبه بين الدعويين :

١ ـ الأساس التشريعي للدعويين واحد وهو القانون ٧ ـ ١٤ اكتوبر سنة ١٧٩٠م في فرنسا .

٢ ـ الهدف منهما واحد وهو إلغاء عمل قانوني لعدم مشروعيته .

٣ ـ شروط قبول الدعويين واحدة من حيث الشكل .

٤ ـ التشابه يكاد يكون تاماً بين أوجه الإلغاء التي يستند إليها طلب إلغاء كل من القرار الإداري والحكم .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٣٢ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٥٢/٦/١٥م س ٧ ص ١٥٤٨ .

ثانياً : أوجه الخلاف بين الدعويين :

يرجع الخلاف بين الدعويين إلى اعتبار أساس يتلخص في أن الطعن بالنقض يستهدف إلغاء حكم ، بينما ترمي دعوى الإلغاء إلى القضاء على قرار إداري ، ومن ثم يمتاز الطعن بالنقض بالخصائص الآتية :

١ ـ لايمكن رفع الطعن بالنقض إلا ضد حكم نهائي لايمكن الطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة أو معارضة الخصم الثالث .

٢ ـ حجية الحكم الصادر بالنقض نسبية ، وإذا صدر حكم بنقض الحكم المطعون فيه ، فالغالب أن يحال الموضوع إلى المحكمة التي أصدرته لتنظره من جديد على ضوء النقض الصادر من المجلس . (١)

هذه هي أهم أوجه الشبه والخلاف بين دعوى الإلغاء ودعوى الطعن بالنقض .

ودعوى الألغاء هي من مشكلات العصر الحديث حيث أصبحت المشكلات الإدارية معقدة وأصبحت القرارات ا

لإدارية لها من الأهداف ما يجعل الطعن فيها أمراً مشروعاً ولم تعرف الشريعة الإسلامية هذا النوع من الدعاوى (إذا أستثنينا الأستئناف في في الدعوى العادية - أو معارضة الحكم إذا كان يخالف نصاً شرعياً صريحاً) .. وقد يكون البديل في الشريعة الإسلامية .. لتلك الدعوى - دعوى المظالم - التي تسعى إلى ألغاء القرار الإداري المعيب ، أو المخالف للحق والشرع .. دون اتخاذ إجراءات معقدة لرفع الدعوى والأنتظار سنوات كما يحدث في أروقة المحاكم الوضعية . (٢)

---

(١) د .سليمان الطماوي ـ القضاء الإداري ـ الكتاب الثاني ـ دعوى التعويض ـ ص ٥٥٤ ـ ٥٥٨ .

(٢) انظر محمود عرنوس - تاريخ القضاء في الإسلام -ص ٢٥، وإسماعيل فرج - القضاء الإسلامي وتاريخه طبعة ١٩٤٩- ص ٦٤ ، وما بعدها .

المبحث الثالث

دعوى التعويض

المطلب الأول : تعريف دعوى التعويض :

تسمى دعوى التعويض بدعوى القضاء الكامل :

Contentieux de pleine juridecition

وتتم مباشرته بناء على طعن يجعل للقضاء الإداري ولاية كاملة في تحديد النتائج القانونية والحقوق التي تترتب للطاعن استناداً إلى إلغاء القرار الإداري .

فمباشرة هذا الطعن تقتضي من الطاعن الالتجاء مسبقاً إلى الإدارة للمطالبة بحقوقه ، بحيث إن رفضت طلباته بقرار صريح أو ضمني في المواعيد المحددة قانوناً يكون من حقه أن يقيم ذلك الطعن ، ويكون من حق القضاء الإداري في هذه الحالة إلغاء قرار الإدارة وترتيب الحقوق الواجبة للطاعن وإلزام الإدارة بها . (١)

وأهم مايباشره القضاء الإداري في هذا الصدد هو قضاء التعويض :

وتسمية الطعن بالقضاء الكامل تسمية غير دقيقة لأنها قد توحي خلافاً للحقيقة بأنه أكثر أهمية من الطعن بالإلغاء ، مع أن الطعن الأخير هو الأخطر أثراً لأنه يؤدي إلى إعدام القرارات الإدارية غير المشروعة على أن لتسمية القضاء الكامل مايبررها من واقع التطور القضائي في فرنسا .

---

(١) د. سعد عصفور ، د. محسن خليل ـ القضاء الإداري ص ٣٥٥ .

فهذا الطعن لايجوز رفعه مباشرة أمام القضاء الإداري ، وإنما يلزم قبل رفعه أن يلجأ صاحب الشأن بطلب إلى الإدارة بما يدعيه من حقوق وأن يصدر منها قرار برفض هذا الطلب فيقيم طعنه بطلب إلغاء هذا القرار وطلب الحكم بالزامها بأن تؤدي له حقوقه .

فالقضاء الإداري في الطعن يسمى بالقضاء الكامل أو التعويض يفصل في أمرين :

الأول : مدى مشروعية قرار الإدارة برفض طلبات الطاعن وإذا انتهى إلى عدم مشروعية هذا القرار فإنه :

الثاني : يفصل في موضوع الطلبات ويحدد الحقوق الواجبة الأداء للطاعن .

ففي كل من الطعن بالإلغاء ، والطعن بالقضاء الكامل ـ يوجد قرار إداري والمحكمة في الطعن الأول تتحدد مهمتها في فحص مشروعية القرار الإداري بحيث أن انتهت إلى عدم مشروعيته تستنفذ ولايتها بالقضاء بإلغائه .

أما الطعن بالقضاء الكامل فإن المحكمة إذ تنتهي إلى عدم مشروعية قرار الإدارة لاتقف عند القضاء بذلك ، وإنما تنتقل إلى موضوع الطلبات لتقضي بالحقوق الواجبة للطاعن ، فقضاؤها لاينحصر في فحص مشروعية قرار الإدارة ، وإنما يجاوزه إلى القضاء بالحقوق الشخصية المطالبة بها . ولذا نشأت تسمية القضاء الكامل لتميز هذا الطعن عن الطعن بالإلغاء . (١)

---

(١) المرجع السابق ص ٢٥٦ .

المطلب الثاني : نشأة دعوى التعويض :

كانت المحاكم العادية في مصر هي المختصة أصلاً بنظر دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية وعن غيرها ، ولما صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة المصري جعل لهذا المجلس اختصاصاً بالنظر في دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية ، مشاركاً بذلك القضاء العادي في هذا الاختصاص ، وكان يتحدد الاختصاص بينهما تبعا للأولوية في رفع الدعوى أمام أيهما ، ومنذ صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م جعل مجلس الدولة وحده ـ ودون القضاء العادي ـ اختصاص الفصل في طلبات التعويض عن القرارات الإدارية .

والقرارات الإدارية التي يصح أن تكون محلاً لدعاوى التعويض ، هي ذات القرارات الإدارية التي يجوز طلب الغائها طبقاً لقانون مجلس الدولة .

وإذ تتحد دعوى الإلغاء مع دعوى القضاء الكامل من حيث أن كلا منهما ترفع بناء على طعن في قرار إداري . فإن انعقاد الاختصاص لمجلس الدولة بالفصل في الأخيرة يفضي بالضرورة إلى انعقاده بالنسبة للأولى . ولذا قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن ((طلب التعويض في الخصومة المعروضة يعتبر فرعاً من الطلب الأصلي الذي قضت المحكمة الإدارية بأنه في حقيقته طلب إلغاء ... وقد سبق لهذه المحكمة أن قضت بأنه لاتجوز العودة إلى إثارة مسألة الاختصاص بصدد طلب التعويض لأن الحكم الصادر في الطلب الأصلي إذا قضى بعدم قبول الطلب الأصلي شكلاً لرفعه بعد الميعاد يكون قد قضى ضمناً باختصاص المحكمة بنظر التعويض باعتباره فرعاً من الطلب الأصلي ـ ومن ثم يكون الحكم المذكور قد حاز في مسألة الاختصاص قوة الأمر المقضي وهو مايفيد المحكمة في هذه المسألة عند نظر طلب التعويض . (١)

---

(١) المرجع السابق ص ٥٢٧ .

ذلك أن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في طلبات التعويض متفرع عن اختصاصه بالفصل في طلبات الإلغاء والقاعدة في حجية الأمر المقضي هو أن الحكم في شيء هو حكم فيما يتفرع عنه . (١)

وتحديد قانون مجلس الدولة لطلبات التعويض ارتباطاً بالقرارات الإدارية واستمرار الاختصاص للقضاء العادي بالفصل في دعاوى التعويض عن الأعمال المادية جعلاً لمسئولية الإدارة في مصر تطوراً يختلف عن تطورها في فرنسا .

فتاريخ التطور القضائي في فرنسا أفضى إلى أن يكون الأصل في توزيع الاختصاص بين القضائين الإداري والعادي ـ محدداً على أساس اعتبار القضاء الإداري صاحب الولاية في المنازعة الإدارية ، وأن يكون القضاؤء العادي صاحب الولاية في قضاء الأفراد ، وأدى هذا التوزيع في الاختصاص إلى أن القضاء الإداري يختص بنظر دعاوي التعويض (عن قرارات إدارية أو عن غيرها) إذا كان أساسها خطأ من جانب الإدارة ، وأن القضاء العادي يختص بنظرها إذا كان أساسها خطأ شخصياً من جانب الموظف . (٢)

وبرغم الأهمية الكبيرة لقضاء الإلغاء إى إنه لايكفي لحماية الأفراد حماية كاملة ، لأنه إذا كان يضمن إعدام القرارات الإدارية المعيبة ، فإنه لايكفل تغطية مايترتب على بقاء تلك القرارات الإدارية المعيبة فترة من الزمن ، نظراً لمبدأ نفاذ القرارات الإدارية بالرغم من رفع دعاوى الإلغاء .

---

(١) انظر في ذلك الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢٦م مجموعة السنة الثالثة عشرة ص ١٤٢ ـ مصر .
(٢) المرجع السابق ص ٥٣٨ .

فإذا حدث أن نفذت الإدارة قراراً إدارياً معيباً ثم إلغاه مجلس الدولة فيما بعد فإنه يتعين تعويض الآثار الضارة التي تترتب عليه ومن ثم يكون طريق التعويض مكملاً للإلغاء في هذه الحالة ولهذا أيضاً وجدنا أن مجلس القضاء الفرنسي يربط القضائين عن طريق فكرة ((القرارات السابقة)) La decision pealable فكل من يدعي أمامه أن الإدارة ألحقت به ضرراً بدون وجه حق ، عليه أن يتوجه بهذا القرار أولاً ، ثم يجيبه إلى طلباته بعد ذلك إذا تحقق من مشروعيتها .

وهكذا نجد أن وسيلة الإلغاء هي باستمرار جزء لايتجزأ من قضاء التعويض أمام مجلس الدولة الفرنسي .

وفضلاً عن ذلك ، فإن قضاء الإلغاء هو طريق مراقبة القرارات الإدارية فلايتناول أعمال الإدارة المادية ومن ثم فإن رقابة الإدارة في هذا المجال تتم عن طريق قضاء التعويض أو التضمين .

وقضاء التعويض بالمعنى السابق ، يشغل أعظم جانب من القانون الإداري في الوقت الحاضر . (١)

المطلب الثالث : أساس مسئولية الإدارة عن دعوى التعويض :

تتحدد مسئولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية التالية :

أولاً : المسئولية القائمة على الخطأ :

وهي المسئولية التقصيرية وأساس مسئولية الإدارة طبقاً لقوانين مجلس الدولة المصري وأمام القضاء الإداري مؤسسة على إصدار قرار غير مشروع يشكل في حقها خطأ وينتج عنه ضرر للغير .

(١) د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ١٢ .

وهذه هي المسئولية القائمة على الخطأ وأركانها ثلاثة : الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما .

ولقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن مسئولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية ترتكز على أركان ثلاثة أولها خطأ ينسب إلى جهة الإدارة ، وثانيها حصول ضرر للموظف ، وثالثها قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر (١)

وأكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا القضاء ، كما أكدت أحقية طالب التعويض في أن يطلب التعويض مع طلب الإلغاء في دعوى واحدة أو يفصل بينهما في دعويين مستقلتين أو أن يطلب أحدهما دون الآخر ، دون أن يحتج عليه بأي تلازم بين الطلبين .

ثانياً : الخطأ :

هو حجر الزاوية في مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية ، فهي تقوم بقيامه وتنتفى بانتفائه ، والخطأ يتمثل في إصدار قرار اداري غير مشروع . فإن كان القرار مشروعاً أي سليماً وموافقاً للقانون فإنه لاتجوز مساءلة الإدارة عن الأضرار التي تنتج عن هذا القرار ، وإلا استحال عليها أداء واجبها ومباشرة نشاطها في خدمة المصلحة العامة . (٢)

---

(١) ويندرج في مدلول الخطأ العمل المخالف للقوانين واللوائح ـ جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠م القضية رقم ١٢٥٨ لسنة ٦ ق ـ مجموعة السنة الحادية عشرة ١٠٠ ، وفي نفس المعنى : المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢م ، مجموعة السنة ١٢ ص ٦٤٩ .

(٢) الحكم الصادر منها بجلسة ١٩١٠/٤/١٠م في الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ١٢ق ـ انظر أيضاً د.سعدعصفور ـ د. محسن خليل ـ القضاء الإداري ـ ص ٥٤٤ .

وقضاء المحكمة الإدارية العليا في مصب ثابت ومستقر على أن الإدارة لاتسأل عن القرارات التي تصدر منها إلا في حالة وقوع خطأ من جانبها بأن تكون هذه القرارات غير مشروعة ، أي مشوبة بعيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها ، فإذا برأت من هذه العيوب كانت سليمة مشروعة مطابقة للقانون ، فلا تسأل الإدارة عن نتائجها مهما بلغت جسامة الضرر المترتب عليها لانتفاء ركن الخطأ ، إذ لا مندوحة من أن يتحمل الأفراد في سبيل المصلحة العامة نتائج نشاط الإدارة المشروع أي المطابق للقانون . (١)

وإذا كان القضاء المصري قد رفض مسايرة القضاء والفقه الإداريين في فرنسا بالنسبة لمسئولية الإدارة ـ فإن القضاء الإداري قد تأثر بهما في هذا الصدد حسبما أفصحت أحكامه المتطورة عن هذا التأثير . على أن القضاء الإداري المصري قد تطور فيما بعد وعلى نحو أبر تأثره بالقضاء والفقه في فرنسا في مجال مسئولية الإدارة ـ كما يتضح ذلك على الأخص من المبادئ التي سجلتها بعض أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر فقد قضت محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٧ لسنة ٧ ق بقولها : ((تجب التفرقة بين مسئولية الدولة وبين ما يصدر من السلطة العامة من أوامر وتصرفات وهي تعمل في ظروف عادية رتيبة تتاح لها فيها الفرصة الكافية للفحص والتبصر والروية ، وبين ماتضطر إلى اتخاذه من قرارات واجراءات عاجلة تمليها ظروف ملحة غير عادية لاتمثل للتدبر ولا تحتمل التردد كالحرب والفتنة والوباء والكوارث ، ففي الحالة الأولى تقوم مسئوليتها متى وقع الخطأ مـــن جانبهـــا ترتب عليه أحداث ضرر للغير وربطت بينهما علاقة

(١) انظر في ذلك الطعن رق ١٧٥٥ لسنة ٢ جلسة ١٩٥٧/٦/٢٩م مجموعة السنة الثانية ص ١٣١٠هـ وانظر أيضاً د. سعد عصفور ود. محسن خليل ـ القضاء الإداري ٥٤٥ .

سببية ، وتتراوح هذه المسئولية تبعاً لجسامة الخطأ والضرر ،أما الحالة الثانية فالأمر يتباين عنه في الحالة الأولى ،إذ يقدر الخطأ بمقدار مغاير ، وبالمثل تقدر المسئولية فيما يعد خطأ في الأوقات العادية قد يكون سلوكاً مباحاً في أحوال الضرورة الاستثنائية .

وتندرج المسئولية على هذا الأساس ، فلا تقوم كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائياً جسيماً يرقى إلى مرتبة العسف المتعمد المصطحب بسوء القصد ، وتتخفف هذه المسئولية في حالة الخطأ الظاهر غير المألوف الذي يجاوز الخطأ العادي ولا يرتكز على مبرر يسوغه ، وتنعدم كلية في حالة الخطأ العادي المتجرد عن التعسف في استعمال السلطة الذي تحمل الإدارة على الوقوع فيه ظروف غير عادية تنشد فيها مصلحة عامة تعلو على المصالح الفردية ، ذلك أن المصالح الفردية لا يتوازى مع المصلحة العامة توازي مصلحة الفرد مع الفرد .

وليس يسوغ أن تقوم الخشية من المسئولية عائقاً للسلطة العامة عن القيام بمهمتها الأسمى في إقرار الأمن والمحافظة على كيان المجتمع وسلامة البلاد .(١)

ثالثاً : المسئولية القائمة على تبعة المخاطر :

كان مما أنتجته جهود القضاء والفقه الإداريين في فرنسا في مجال مسئولية الإدارة ـ مسئولية أخرى غير المسئولية القائمة على الخطأ ، وتسمى المسئولية القائمة على تبعة المخاطر ، وتقوم هذه المسئولية ـ في حالات استثنائية يحددها التشريع والقضاء ـ وليس كنظرية عامة للتطبيق .

---

(١) جلسة ١٩٥٤/١٢/١٤م ـ مجموعة السنة التاسعة ص ١٢٤ ، وفي نفس المعنى القضية رقم ١٨٨٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٥٦/٣/١٨ ـ مجموعة السنة العاشرة ـ ص ٢٥١ .

وفي هذه الحالات تبرز المسئولية على أساس تبعة المخاطر التي يتعرض لها الأفراد بسبب هذا النشاط ، فيكون من الضروري إيجاد نوع من التأمين ضد تلك المخاطر بتعويض المضرورين عما يصيبهم بسببها من أضرار ـ ولو لم يكن هناك أي خطأ من جانب الإدارة .

فالتعويض في هذه الحالة لايعتبر جزاء على خطأ الإدارة ، وإنما يكون من قبيل التأمين أو المعونة العادلة ، في تبرير هذه المسئولية كذلك أنها تقوم على تحقيق المساواة بين الذين تصيبهم أضرار أشد من الآخرين بتعويض الأولين مادام أنهم جميعاً يؤدون نفس التكاليف .

والقضاء الفرنسي إذا كان قد أخذ بالمسئولية المؤسسة على تبعة المخاطر ـ لم يأخذ بها إلا كوسيلة مكملة للمسئولية القائمة على الخطأ ، أي أنه يعتبر هذه المسئولية هي الأساس في التطبيق ولا يلجأ إلى المسئولية القائمة على المخاطر إلا بعد أن يثبت له عدم كفاية المسئولية الأصلية في توفير حل عادل يلجأ له المضرور .

والقضاء المصري الإداري رفض الأخذ بالمسئولية القائمة على تبعة المخاطر لما تنص عليه قوانين مجلس الدولة من استلزام ركن الخطأ المتمثل في عدم مشروعية القرار الإداري ، واعتبر الحالات التي وردت في بعض القوانين لقيام مسئولية في حق الإدارة بدون خطة ولمجرد توافر ركن الضرر وعلاقة السببية هي حالات استثنائية قررها المشرع لاعتبارات ارتآها فلا يجوز القياس عليها أو الاستناد إليها للقول بأنها نظرية عامة . (١)

(١) د. سعد عصفور ـ د. محسن خليل ـ القضاء الإداري ص ٥٦٥ .

المطلب الرابع : التمييز بين أوجه الالغاء في نطاق قضاء التعويض

القاعدة أنه لا تعويض عن القرار الاداري إلا إذا ثبت عدم مشروعيته . ولكن هل يترتب على عدم مشروعية القرار ضرورة الحكم بالتعويض إذا تأكد الضرر وعلاقته السببة ؟

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب ، وميز بين أوجه الإلغاء في هذا الصدد ، فهو قد جعل وجهين منهما ، وهما مخالفة القانون والأعراف بالسلطة (أي العيوب الموضوعية) سببن للحكم بالتعويض باستمرار ، في حين أن العيوب الشكلية (عيوب الشكل والاختصاص) لا تؤدي باستمرار إلى الحكم بالتعويض . ولقد تابعت محكمة القضاء الاداري المصرية مجلس الدولة الفرنسي في مسلكة . ومن أحكامها في هذا الخصوص على سبيل المثال قولها مظهرة أساس المسئولية في هذا الصدد : ((ومن حيث أن مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية التي تقوم على خطأ تستلزم توافر أركان ثلاثة ، هي أن يكون هناك خطأ في جانب الإدارة ، وأن يصيب الفرد ضرر نتيجة وقوع هذا الخطأ ، وأن تقوم علاقة سببة بين الخطأ والضرر . ويدخل في معني الخطأ ، العمل غير المشروع أو المخالفة للقوانين واللوائح في صورة الأربعة ، وهي عيب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون والانحراف بالسطلة أو إساءة استعمالها فهو يتناول الفعل الإيجابي والفعل السلبي)) .

ثم استطرد الحكم في خصوصية الموضوع الذي يعنينا قائلاً : ((وإذا كان كل وجه من وجوه عدم مشروعية القرار كافية بذاته لتبرير إلغائه ، فإنه ليس من المحتم أن يكون مصدر المسئولية سبباً للحكم بالتعويض إذا ما ترتيب على تنفيذ القرار المشوب بهذا العيب ضرر للفرد ، ذلك أن عدم المشروعية هو في الواقع خطأ مصلحي ، لأن

أول واجبات الإدارة هو احترام القوانين واللوائح التي تقوم على تنفيذها ، وأخذ باتباعها ، فإذا هي قامت باتخاذ قرار غير مشروع ، فإنها تكون قد خرجت على أول واجباتها ، وبالتالي قد أتت عملاً إيجابياً ضاراً ، بيد أن الأمر بالنسبة لعيبي الشكل والاختصاص يتخذ حكماً آخر ، سواء كانت الشكلية مقررة لمصلحة فرد أم لمصلحة الإدارة ، إذ أن مسئولية الإدارة لاتتقرر بمجرد تحقيق الضرر في جميع الحالات ، فالشكل إما أن يكون جوهرياً أو تبعياً ، ومخالفته إما أن تكون مؤثرة في القرار أو غير مؤثرة فيه ، فإذا كانت مخالفة الشكل التي تؤدي إلى الحكم بإلغاء القرار المعيب لاتنال من صحته موضوعياً ، فإنها لاتنهض سبباً للحكم بالتعويض ، مادام في وسع الإدارة أو كان في وسعها أن تعيد تصحيحه وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة ، وذلك أن عيب مخالفة الشكل قد يقصد عن أحداث أثره في إبطال القرار المشوب به ، إذا قامت لدى الإدارة استحالة مادية مستديمة تحول دون إفراغ القرار في الشكل المطلوب أو اتباع هذا الشكل في إصداره ، وهذه هي حالة القوة القاهرة ، أو إذا تنازل عن التمسك بالشكل من شرع لمصلحته ، ولم يكن هذا الشكل متعلقاً بالنظام العام أو كان صاحب الشأن هو الذي سبب بفعله في عدم إمكان مراعاته أو قامت الإدارة أو كان في وسعها أن تقوم بعد اصدار القرار ، بتدارك ما فاتها من استيفاء الشكل أو تصحيحه دون أن يكون من شأن ذلك التأثير بتغيير مافي تقديرها لموضوع القرار أو لملاءمة إصداره .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بعيب عدم الاختصاص إذا ماكان الضرر المطالب بالتعويض عنه لاحقاً للفرد لامحالة لو أن القرار ذاته صدر من الجهة المختصة . (١)

---

(١) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء التعويض ، دار الفكر العربي ١٩٦٨م ص ٤٢٧ .

وفي الموضوع قضت المحكمة برفض التعويض على القرار التأديبي الصادر ضد المدعى ، برغم مابه من عيب لأنه ((قد استبان للمحكمة من الاطلاع على ملفات إدارة التحقيقات الخاصة بالمدعي أنه مسئول عما وقع منه من تصرفات غير سديدة تبرر الجزاء الذي وقع عليه والذي يستند إلى وقائع ثابتة من التحقيق ومقدرة تقديراً سليماً ومؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليه . (١)

ولقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء في حكمها الصادر في ١٩٦٣/٦/٢٩م حيث تقول ((إن دعوى الإلغاء تختلف بداهة عن دعوى التعويض أركاناً وموضوعاً وحجية ، وأخص ما في الأمر بأنه بينما يكتفي بدعوى الإلغاء بأن يكون رافعها صاحب مصلحة ، فإنه يشترط في رافع دعوى التعويض أن يكون صاحب حق ، أصابته جهة الإدارة بقرارها الخاص بضرر يراد رتقه وتعويضه عنه والمؤدى اللازم لهذا النظر في جملته وتفصيله أن القضاء بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء بالإلغاء ، بل بكل من القضائيين فلكه الخاص الذي يدور فيه ، فالحكم المطعون فيه يكون قد أصاب وجه الحق إذا اتبع في سياسته الأصل التقليدي المسلم ، وهو أن العيوب الشكلية التي تشوب القرار الإداري فتؤدي إلى إلغائه لاتصلح مع ذلك لزوماً أساساً للتعويض ، وكان الأمر يتصل بعدم عرض القرار على لجنة معينة مع سلامتها موضوعاً ، ولهذا انتهت المحكمة الإدارية العليا في حكمها المشار إليه إلى أن ((الحكم المطعون فيه قد أصابه التوفيق عندما وصف هذا النوع من الخطأ بأنه وأن ترتب عليه إلغاء القرار المطعون فيه في دعوى الإلغاء فإنه يسير لايعول عليه ، ومن ثم يتلاشى تباعاً الركن الأساسي في مسئولية الحكومة .

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة المصري الصادر في ١٩٥٢/٥/٢٤م في القضية رقم ١١٣٢ السنة الخامسة قضائية ، وبنفس المعنى والألفاظ حكمه الصادر في ٦ مايو سنة ١٩٥٣م في القضية رقم ١٠٧٣ السنة الخامسة قضائية .

بل إن محكمة النقض قد أيدت ذلك الاتجاه في حكمها الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٦٢م (س ١٣ ص ٧٣٤) في خصوص طلب التعويض عن القرار الإداري المعيب بعدم الاختصاص . فقد حرث أن صدر قراران في خصوص تنظيم عمليات النقد من سلطة غير مختص ، لمواجهة حالات معينة ، ثم بادرت الإدارة بتصحيحهما بعد ذلك . ولما طلب تعويض الضرر الناجم عنهما قالت المحكمة : ((إنه إذا كان صحيحاً أن القرارين من القضاء الإداري ، إلا أنه في خصوص مسئولية الإدارة عن التضمينات ، فإنه لما كان العيب الذي شاب القرارين لاينال من صحتهما من حيث موضوعهما ، إذ أن الظروف التي نتجت عن إصدار الحكومة البريطانية قرارها المفاجئ في ٢٠ أغسطس سنة ١٩٤٧م بوقف تحويل الاسترليني إلى دولارات في منطقة الدولار ،هذه الظروف كانت تبرر إصدار هذين القرارين . ولما كانت الإدارة قد تداركت العيب الذي شاب القرارين ، وصححت الوضع ... لما كان ذلك فإن الضرر الذي تدعيه الطاعنة إن صح حصوله كان سيلحقها لامحالة ، سواء عن طريق القرار المعيب أو القرار السليم ، فليس لها أن تطلب تعويضاً عن هذا الضرر استناداً إلى عيب عدم الاختصاص الذي شاب القرار الأول ، وذلك لانتفاء رابطة السببية بين هذا العيب وبين الضرر في هذه الحالة .

وهذا التبرير الذي أشارت إليه محكمة النقض ، هو التبرير الوحيد لهذه التفرقة التي أرسى أسسها مجلس الدولة الفرنسي ، ثم تابعه فيها القضاء المصري الإداري ثم المدني . (١)

٢ ـ ولكن محكمة القضاء الإداري لم تقف بهذا القضاء عند عيبي الاختصاص والشكل ، وإنما سحبت القاعدة إلى عيب مخالفة القانون . ويحسن بنا أن نورد ألفاظ المحكمة بذاتها

---

(١) المرجع السابق ، د. الطماوي ، ص ٤٢٨ .

فهي في حكمها الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٥٦م بعد أن أشارت إلى تمييز القضاء بين أوجه الإلغاء المختلفة في كل من مجال قضاء الإلغاء والتعويض استطردت تقول : ((ويتجه القضاء الإداري إلى عدم الحكم بمسئولية الإدارة عن عملها غير المشروع إلا إذا كان وجه المشروعية جسيماً)) .

فإذا كانت مخالفة القانون مرجعها أن القرار الإداري قد خالف قاعدة حجية الشيء المقضي به ، قضى باستمرار بمسئولية جهة الإدارة ، لأن المخالفة هنا جسيمة ، إذ تكون الإدارة عندئذ قد أخلت بقاعدة أساسية تستلزمها ضرورة استقرار الحياة الاجتماعية ... أما مجرد الخطأ الفني اليسير في تفسير القاعدة القانونية فالإدارة لاتتنكر هنا للقاعدة أو تتجاهلها ، وإنما قد تعطي القاعدة القانونية معنى غير المقصود منها قانوناً .

وخطأ الإدارة يكون مغتفراً إذا كانت القاعدة القانونية غير واضحة وتحتمل التأويل . أما إذا كان القرار معيباً بالانحراف فالقضاء مستقر على جعله باستمرار مصدراً للمسئولية ، لأن هذا الخطأ بطبيعته يستوجب التعويض إذا ترتب عليه ضرر ثابت . (١)

ويؤخذ على محكمة القضاء الإداري في أحكامها أنه : ((إذا كان ثمة مجال للدفاع عن المسلك الذي يقضي بعدم ترتيب جزاء المسئولية على مخالفة قواعد الشكل والاختصاص في جميع الحالات ، فذلك لأن من الثابت انفصال رابطة السببية بين العيب ذاته وبين القرار في بعض الصور وذلك إذا ما كان في وسع الإدارة أن تعيد اصدار القرار من جديد مع مراعاة قواعد الشكل والاختصاص . فحينئذ كون الضرر واصلاً لامحالة إلى الفرد ، سواء عن طريق القرار المعيب أو القرار السليم ، فليس له أن يشكو من الضرر

(١) السنة العاشرة ص ٤٢١ .

في ذاته استناداً إلى عيب الشكل والاختصاص في هذه الحالة ، وإن كان من حقه أن يطلب إزالة العيب الذي يلحق القرار ، لأن دعوى الإلغاء كما رأينا هي دعوى عينية لاتتطلب وجود حق اعتدى عليه ، بل بمجرد المصلحة .

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بذلك الرأي وذلك في حكمها الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٥٨م (١) حيث تقول أنه لايشفع في إعفاء الإدارة من المسئولية وقوعها في خطأ فني أو قانوني في تفسير مدلول المادة ١٥ من الدستور المصري سنة ١٩٢٣م ذلك أن الخطأ هو واقعة مجردة قائمة بذاتها ، متى تحققت أوجبت مسئولية مرتكبها عن تعويض الضرر الناشيء عنها ، بقطع النظر عن الباعث على الوقوع في هذا الخطأ ، إذ لايتبدل تكيف الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وادراكه فحواها ، فالخطأ في فهم الواقع أو القانون ليس عذراً دافعاً للمسئولية ، وإذا ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب فإنه يكون قد أخطأ في تأويل القانون وتطبيقه . (٢)

المطلب الخامس : دعاوى التعويض ضد الإدارة في المملكة العربية السعودية

نصت على هذا الاختصاص الفقرة (جـ) من المادة (٨) من نظام ديوان المظالم ، وبمقتضى هذا النص يختص الديوان بدعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية المعنوية العامة المستقلة بسبب أعمالها . (٣)

---

(١) مجموعة أحكام السنة الثالثة ص ١٥٧٤ .
(٢) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء التعويض ، ص ٤٢٣ .
(٣) د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة ، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ،طبع معهد الإدارة ، ١٤٠٩هـ /١٩٧٨م ، ص ٤٦٦ .

ويواجه هذا النص مايسمى بالمسئولية غير العقدية أو المسئولية التقصيرية وهي تتوافر في الأحوال التي ترتكب فيها الإدارة خطأ من أني نوع يترتب عليه ضرر للغير بشرط أن يكون خارج نطاق أي علاقة عقدية بين الإدارة والغير .

ذلك أن أخطاء الإدارة التي تقع في نطاق مايربطها من عقود مع أصحاب الشأن إنما تخضع لأحكام المسئولية العقدية ، التي تختلف في كثير من المواضع عن عبارة دعاوى التعويض التي توجه للحكومة بسبب أعمالها التي أوردها نص الفقرة (ج) المشار إليه جاءت عامة ومطلقة ، وبذلك فهي تشمل كل صور أعمال الإدارة ، سواء كانت أعمالاً مادية بحتة أو أعمالاً إدارية ، وبذلك يمكن القول بأن اختصاص ديوان المظالم بالتعويض عن القرارات الإدارية المعيبة تقرر بناء على نص الفقرة (ب) من المادة ٨ من نظام ديوان المظالم ، بحسبانه من قبل الطعون على القرارات الإدارية واستناداً إلى نص الفقرة (ج) باعتباره من دعاوى التعويض عن عمل من أعمال الإدارة . (١)

على أن القضاء الإداري يتحفظ بالنسبة لعيب الاختصاص وعيب الشكل ولا يقر التعويض عنهما في جميع الأحوال ، بخلاف عيب مخالفة الأنظمة وعيب إساءة استعمال السلطة إذ يجعلهما القضاء دائماً أساساً للتعويض . (٢)

---

(١) د. عبد المنعم عبد العظيم جبره ـ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ـ طبع معهد الإدارة ـ ١٤٠٩هـ ، ١٩٧٨م ص ٤٦٦ .

(٢) راجع د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء التعويض ، ص ٤٢٧ وما بعدها ، طبعة ١٩٧٧م .

وتقرير اختصاص القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة بدعاوى المسئولية التقصيرية عن أعمال الإدارة ، سواء في ذلك الأعمال المادية أو القرارات الإدارية ، أتاح لهذا القضاء أن يشيد الكثير من القواعد الأساسية في المسئولية الإدارية التي لم تكن الأنظمة المدنية تعرفها .

من ذلك فكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي * ، وفكرة المسئولية على أساس تحمل التبعة أو المخاطر . (١)

---

* الخطأ المرفقي هو خطأ الجهة التي أصدرت القرار مستندة على لوائحها وهي شخصية اعتبارية .
(١) د. عبد المنعم عبد العظيم جبره ـ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص ٤٦٧ ، ٤٦٧ .

المبحث الرابع
دعوى التأديب

المطلب الأول : التطور التاريخي لدعوى التأديب

إن النظام التأديبي جزء لايتجزأ من النظام الوظيفي . ومن ثم فإن التطور الذي طرأ على الوظيفة العامة ، كان له صداه المباشر على نظام التأديب ، ومن المعروف أن الوظيفة العامة بدأت في أول أمرها صلة شخصية بين الحاكم وبين مواطنين يثق فيهم : إن شاء أبقاهم ، وإن شاء فصلهم بلا ضمان ، ظهر ذلك بصورة واضحة في نظام الحكم المطلق ، وفي سياسة الغنائم للمنتصر التي طبقت فترة طويلة في الولايات المتحدة الأمريكية ، وفي مصر الحديثة في ظل حكم محمد علي وحلفائه حتى قبيل انتهاء القرن الماضي (١) وفي ظل مثل هذا النظام ، لايمكن التحدث عن نظام متكامل للتأديب ، يقوم على الأفكار العصرية التي تكون في مجموعها ما يمكن تسميته ((النظرية العامة في تأديب الموظفين)) بل كان الأمر كله موكولاً إلى الرئيس الإداري الأعلى ، يبقى الموظف مادام محلاً لثقته ، ويعزله من وظيفته أو يوقع عليه عقوبة أخف إذا ما فقد ثقته فيه أو تزعزعت هذه الثقة .

ولم يكن لهذا النظام كبير خطر ، لأن الوظيفة العامة كانت أمراً استثنائياً في حياة المواطنين ، لأن الدولة كانت تتسم بطابع السلطة الذي لايسمح لها بأن تتدخل في حياة المواطنين إلا بأقل قدر ممكن ، وفي مجالات محددة ، هي الأمن الخارجي (الدفاع) والأمن الداخلي (الشرطة) والقضاء .

---

(١) راجع مؤلف الدكتور حمدي أمين عبد الهادي ، بعنوان : الإدارة العامة المقارنة ، أساليب البحث وتطبيقاتها ، الجزء الأول ، سنة ١٩٧٠م .

أما في غير هذه المجالات ، فقد كان على الأفراد أن يشبعوا حاجتهم بأنفسهم ، ولاتلتزم الدولة قبلهم بشيء ، وهي إذا ساعدتهم فإنما تفعل ذلك عن طريق التبرع والتسامح .

في مثل هذا الجو ، كان الموظفون قلة ، وتربطهم بالحاكم ـ أياً كانت تسميته ، وأياً كان نظام الحكم ـ صلات وثيقة تقوم على النسب ، أو الانتماء الطبقي ، أو العنصري ، أو الحزبي ... الخ .

أما الآن فقد انقلبت الأوضاع رأساً على عقب ، فلقد أصبحت الوظيفة العامة حقاً للمواطنين ، تنص عليها الدساتير في صلبها . (١)

وزال كل أثر للتمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس ، أو الدين أو العقيدة في هذا المجال ، إن لم يكن على صعيد الواقع(٢) ، فعلى الأقل في مجال القانون والفكر .

وأصبح الآن عمال الإدارة يعدون بالملايين ، ويعتمدون اعتماداً كاملاً على مايتقاضونه من الدولة من مرتبات صارت تمثل الجانب الأكبر من ميزانية كثير من الدول .

وفي هذا الجو ظهرت الحاجة إلى وضع ((نظم أساسية)) للوظيفة العامة ، تحدد أوضاع شغلها ، وما تخوله لشاغلها من حقوق ، وما تفرضه عليه من واجبات .

والعادة أن ترد الأحكام المتعلقة بالتأديب في الكادر العام ، أو الكوادر الخاصة ، ولكن بعض أحكام التأديب قد ترد في قوانين مستقلة .

---

(١) راجع على سبيل المثال ١٤ من دستور جمهورية مصر العربية ١٩٧١م والتي تنص على أن الوظائف العامة حق للمواطنين ، وتكليف القائمين بها لخدمة الشعب ، وتكفل الدول حمايتهم ، وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب ، ولا يجوز فصلهم بغير الطريق التأديبي إلا في الأحوال التي يحددها القانون ، وهذا نص يرد في دستور مصر لأول مرة ، وتضمن كلما يواجه الإساءات التي تمت في الماضي .

(٢) مما يؤسف له أن بعض الدول العربية الاسلامية تأصل بين شعوبها في الدولة الواحدة فكرة (التمييز العنصري) أو (القبلي) أو (الاسري) بوعي أو بلا وعي من حيث اختيار أشخاص (بالانتقاء) للمناصب الوظيفية لا من أجل اعتبارات علمية أو لاعتبارات (القوة) و (الأمانة) بل لاعتبارات (أسرية) أو (عرقية) أو (قبلية) ينتج عن هذه السياسات مآسي من حروب أهلية إلى تخلف الأمة نتيجة القيادات الغير مؤهلة والمختارة بناء على مقاييس شاذة خلاف (العلم) و (الأمانة) و(القدرة) .

المطلب الثاني : رسالة التأديب في أي نظام من النظم :

فهل تقتصر رسالة التأديب في نظام من النظم على ردع الموظف المخطئ ،أي مجرد عقاب ؟

لو كان التأديب كذلك لأضحى سيف عذاب مسلطاً على رؤوس الموظفين ! ولكان موضوعاً قانونياً صرفاً ، إذ يكفي التأكد من أن الموظف قد أخطأ فعلاً لتوقيع القصاص عليه ، كما هو الشأن في منطق قانون العقوبات قديماً .

ولكن المعروف أن فلسفة قانون العقوبات قد تطورت في معظم دول العالم ، ولم يعد ينظر إلى المجرم اليوم كعضو فاسد يجب بتره من المجتمع ، تأميناً للمجتمع من أخطائه ، وإنما صار ينظر إليه باعتباره مريضاً بل وضحية من ضحايا المجتمع في كثير من الأحيان ، يجب العمل على علاجه ، وإعادة تأهيله ، ورده إلى المجتمع مرة أخرى ، مواطناً صالحاً ، وإذا كان هذا المعنى صحيحاً في ظل الفلسفة الحديثة لقانون العقوبات القائم على فكرة العقاب أساساً ، فإنه يصدق من باب أولى بالنسبة إلى النظام التأديبي ، الذي لاسيتهدف العقاب في ذاته ، بل ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد ، وبالتالي فإن النظام التأديبي السليم لايكتفي بمجرد التأكد من قيام المخالفة التأديبية لذات مرتكبها . وإنما يتعدى ذلك إلى بحث الأسباب التي جعلت ارتكاب المخالفة أمراً ممكناً ، فقد يكون ذلك راجعاً إلى سوء تنظيم المرفق الذي يعمل به الموظف ، أو إلى غموض في الاختصاصات ، أو إلى نقص في تدريب الموظف بحيث يؤدي عمله وهو لايدري حدود هذا العمل ما يضيفه عليه من حقوق ، وما يفرضه عليه من التزامات .

هذه الاعتبارات وغيرها بدأت تظهره النظم التأديبية ، وبدأت قائمة العقوبات التأديبية تتعثر فاختفت فيها عقوبات ،وظهرت عقوبات جديدة ، وأخذت الاعتبارات الإنسانية تترك أثارها واضحة في كيفية تنفيذ العقوبات التأديبية وفي الإجراءات السابقة على المحاكمة التأديبية . (١)

المطلب الثالث : إجراءات الدعوى التأديبية :

استحدثت المحاكم التأديبية بمقتضى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨م المصري بإعادة تنظيم النيابة الإدارية ، والمحاكم التأديبية حيث نصت المادة ١٨ منه على إنشاء محاكم تأديبية تختص بمحاكمة الموظفين المعينين على وظائف دائمة عن المخالفات المالية والإدارية ، وقد أراد المشرع بإنشاء هذه المحاكم توفير ضمانة أكثر للموظفين نظراً لغلبة العنصر الإداري على مجال التأديب التي كان ينظمها قانون موظفي الدولة. (٢)

وتتولى النيابة الإدارية مباشرة الدعوى التأديبية . فهي التي تقوم برفع الدعوى ، سواءً أكان ذلك على أثر تحقيق أجرته أم بناء على طلب الرئيس الإداري . (٣)

وهناك مبادئ عامة في الإجراءات يجب أن يتبعها القضاء ، وقد قام القضاء المصري والفرنسي باتباع المبادئ العامة التي تقوم عليها الإجراءات القضائية عموماً ، باعتبارها أسساً للعدالة المنظمة ، لايستقيم بغيرها .

---

(١) د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثالث ، قضاء التأديب ، دار الفكر العربي ١٩٨٧م من ص ١٥ ــ ١٧ .
(٢) د. بكر قباني ، د. محمود عاطف البنا ، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، الطبعة الأولى ١٩٧٠م ، ص ١٥١ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١٥٢ .

وحينما أنشأ المشروع القضاء التأديبي بمقتضى القانون رق ١١٧ لسنة ١٩٥٨م في مصر ، لم يفصل الإجراءات التي يتعين مراعاتها في مختلف مراحل المحاكمات التأديبية ، وبالتالي فقد أثار الفقه والقضاء سؤالاً غدا تقليدياً في هذه المجال ، عن القانون العام الذي يرجع إليه لسد هذا النقص في الإجراءات . أهو قانون المرافعات ؟ أم قانون الإجراءات الجنائية ؟ .

وتبدأ الدعوى التأديبية بالاتهام ، والإجراءات الخاصة بالاتهام هي : التحقيق ، والتصرف في التحقيق بعد اتمامه ، ثم الإحالة إلى المحاكمة التأديبية .

أ ـ التحقيق :

والتحقيق يبدأ بإصدار أمر من السلطة المختصة بإجراء التحقيق فيما هو منسوب إلى الموظف ، وإذا كان البدأ بالتحقيق هو مجرد اجراء تمهيدي ، فإنه يرتب نتائج خطيرة على الموظف ، ولهذا وضماناً لاستقرار الموظف في عمله ، وعدم تعريضه للتجريح ، فيجب ألا يبدأ التحقيق مع الموظف إلا إذا كانت هناك خطورة حقيقية ، واحتمال معقول لارتكاب المخالفة المنسوبة إليه ، لأن من شأن التحقيق حتى ولو انتهى بالحفظ ـ أن يثير غباراً حول الموظف ، ويعرضه للأقاويل مما قد يزعزع مركزه .

والذي له سلطة الإحالة إلى التحقيق هو الوزير إذا كان الاتهام موجهاً إلى موظف معين بمرسوم أو من درجة مدير عام وذلك بناء على مذكرة يرفعها وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة بحسب الأحوال لتقرير إجراء التحقيق مع الموظف ، وحفظ الموضوع تبعاً لظروف الحال .

وإذا كان حق الإحالة إلى التحقيق معقوداً لرؤساء من مستوى معين أصالة أو بالتفويض فإن لمن دونهم من الرؤساء حق إثبات المخالفة الإدارية التي تقع من مرؤوسيهم فور وقوعها خشية ضياع معالمها ، على أن يترك الأمر لمن له سلطة التأديب .

والتحقيق مناطه اتهام العامل بارتكاب جريمة تأديبية ، فكيف يتحرك هذا الاتهام ؟ .

إن الموظف العام يؤدي خدمة عامة للمواطنين وفقاً لنظام قانوني معين ، وهو يخضع في أدائه لعمله لمختلف أنواع الرقابات وأعمال هذه الرقابات هو الذي يؤدي إلى اكتساب الأخطاء ، وبالتالي إلى تحريك إجراءات التأديب وأول مراحلها التحقيق .

أولاً : رقابة المواطنين أنفسهم : لاسيما بالنسبة إلى الموظفين الذين يتعاملون مباشرة مع الجمهور ، كالعاملين في مختلف المرافق العامة ، فكل مواطن من حقه أن يحصل على الخدمة التي يطلبها طبقاً للنظام القانوني المقرر ، ومن حقه أن يلجأ مباشرة إلى القضاء الإداري إلغاء وتعويضاً إذا اتخذ خطأ الموظف بصورة قرار إداري باطل ، أو تصرفاً ضاراً بأحد المواطنين . (١)

بل إن كل مواطن في الدول الحديثة مطالب بأن يبلغ عن كل انحراف أو تقصير يصل إلى علمه حتى ولو لم يصبه مباشرة بأذى ، على أساس أن الصالح العام يعني كل المواطنين ، وإن كشف الانحرافات ليس مجرد حق لكل مواطن بل هو واجب عليه . ومن ثم تنص الدساتير الحديثة على حق المواطنين في مخاطبة السلطات

---

(١) ذهب دستور مصر ١٩٧١م أبعد من ذلك إذ تنص المادة ٢٧ منه على أن يشترك المنتفعون في إدارة مشروعات الخدمات ذات النفع العام والرقابة عليها وفقاً للقانون .

العامة في مختلف الشئون ، كما تتضمن القوانين الأساسية للمنظمات الشعبية النص على أن من أهم واجبات الأعضاء كشف الانحرافات والأخطاء والعمل على تقويمها بمختلف الطرق .

ولهذا فإن كثيراً من المحاكمات التأديبية تبدأ بشكوى يتقدم بها مواطن أو أكثر إلى إحدى السلطات العامة .

وإذا كان الأصل أن تكون الشكوى موقعة من مقدمها ، فإن كثيراً من المواطنين قد يتهيبون ذكر أسمائهم لسبب أو لآخر ، لاسيما إذا كان الموظف المخطئ يتولى منصباً رياسياً ، ومن حق الإدارة بل ومن واجبها أن تتحرى الحقيقة إذا ما اقتنعت بجدية الشكوى ، ولكن يجب في الوقت ذاته التحوط حتى لاتتحول الشكوى المجهولة إلى سهام طائشة توجه بسوء نية إلى الموظفين .

ثانيا : الرقابة الذاتية داخل الإدارة : وتتمثل بصورة أساسية في رقابة الرؤساء لمرؤوسيهم بمقتضى السلطة الرياسية أن يصبح من حق الرئيس متابعة أعمال المرؤوس وتوجيهه وكشف أخطائه تمهيداً لتأديبه . وإذا قصر الرئيس في كشف أخطاء مرؤوسيه ، فإنه يعرض نفسه للمسئولية التأديبية .

ثالثاً : الرقابة من جهات متخصصة خارج الإدارة : وأهمها الجهات الآتية :

١ ـ النيابة الإدارية :

ويلعب هذا الجهاز دوراً هاماً في إجراءات التأديب ، وإذا

كان الدور الأساسي للنيابة الإدارية في هذا المجال يكمن في إجراء التحقيق ، وفي متابعة الدعوى التأديبية منذ رفع الدعوى حتى صدور الحكم فيها ، فإنها تختص ـ وفقاً للفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المصري رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨م ـ بإجراء التحقيق في المخالفتات الإدارية والمالية التي يكشف عنها ماتتلقاه من شكاوى الأفراد والهيئات التي يثبت الفحص جديتها .

فوفقاً لهذا النص ، يحق للأفراد ـ عاديين أو موظفين ـ أن يتقدموا بشكواهم إلى النيابة الإدارية وإذا ما ثبت لها جدية تلك الشكاوى فإنها تبدأ إجراءات التحقيق . (١)

٢ ـ الرقابة الإدارية :

ولقد كانت جزءاً من النيابة الإدارية في مصر بمقتضى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨م ولكنها فصلت وأصبحت هيئة مستقلة تتبع رئيس المجلس التنفيذي ((بمقعضى القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٤م ونقلت هذه التبعية إلى وزير الدولة بمقتضى القرار الجمهوري رقم ٨٢٤ لسنة ١٩٦٩م وبمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم ٦٧٩ لسنة ١٩٧٦م فإن الرقابة الإدارية تتبع رئيس مجلس الوزراء ((ويكون له سلطة الوزير المختص بالنسبة لها ، بما في ذلك سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة .

---

(١) ولقد نظمت المواد من ١٢٢ إلى ١٢٧ من قرار مدير النيابة الإدارية رقم ١١٢ لسنة ١٩٦٥م في مصر كيفية التصرف في الشكاوى التي ترد إلى النيابة الإدارية ، انظر د. سليمان الطماوي ، الكتاب الثالث ، التأديب ، ص ٥٥٨ ـ ٥٦٤ .

٢ ـ النيابة العامة :

هناك كثير من الجرائم التأديبية ، تكون في ذات الوقت جرائم جنائية ، وقد تكشفت النيابة العامة الخطأ قبل أن تنتبه إليه الإدارة أو جهات الرقابة الأخرى ، ومن المصلحة العامة أن تحاط جهات الإدارة علماً بالجرائم الجنائية التي يتهم فيها الموظفون العموميون بمجرد توجيه الاتهام اليهم ، لما هو معروف من استقلال المحاكمة التأديبية عن المحاكمة الجنائية . (١)

المطلب الرابع : الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية في نظر الإسلام

لم يفرق الفقهاء المسلمين بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون العام ، والعلة في ذلك ترجع إلى طبيعة العقوبات في الشريعة الإسلامية من ناحية ، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى .

فالجرائم في الشريعة الإسلامية إما أن تكون جرائم حدود ، أو جرائم قصاص ، أو جرائم تعازيز ، والخطأ الإداري إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير ، فإذا كان الخطأ الإداري جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص ، عوقب

---

(١) ولهذا نصت المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التوظيف رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١م على أن ((تتولى النيابة العامة إبلاغ الوزارة أو المصلحة المختصة عن كل موظف يتهم في جناية أو جنحة برقم القضية ووصف التهمة والإجراءات التي تتخذ ضده ، وعلى الأخص الحبس الاحتياطي ، وتجمع الأحكام التي تصدر في القضية ، انظر د. سليمان الطماوي ، قضاء التأديب ، ص ٥٦٩ .

عليه بهذه العقوبة ، ومحاكمة الجاني ومعاقبته بالعقوبات المقررة لجرائم الحدود ، والقصاص تمنع من محاكمته تأديبياً وتوقيع عقوبات تأديبية عليه ، لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون إلا عقوبات تقريرة وهي عقوبات جنائية ، فكأن الجاني يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد ، فضلاً عن أن عقوبات الحدود والقصاص هي أشد العقوبات في الشريعة ، وفيها الكفاية لتأديب الجاني وزجره ، وإذا كان الجاني موظفاً فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة إذا ثبتت عليه الجريمة ، ويصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببها ارتكاب الجريمة ، كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب بل إن سببهما زوال صلاحية الجاني لشغل الوظيفة أن باشر أعمالها ، لأن الوظائف في الأصل لايتولاها المجرمون ، فإذا تولاها من ليس بمجرم ثم أجرم أصبح بإجرامه غير صالح لتولي الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكاب الجريمة . (١) وإذا لم تكن الجريمة التي ارتكبها الموظف حداً أو قصاصاً فهي من التعازير ، لأن كل ما عدا الحدود والقصاص يدخل في التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمته الهيئة التشريعية طبقاً للسطلان الذي منحته لها نصوص الشريعة ، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية ، لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والانذار والعزل وما أشبه ذلك ، كل هذه عقوبات تعزيرية ، فلو حوكم الموظف مثلاً تأديبياً ثم حوكم جنائياً لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية ولكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد . وهذا ما تأباه نصوص الشريعة ، لأن القاعدة العامة فيها أن يعتبر جريمة جنائية ، وأن العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة التأديبية هي نفس العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة الجنائية أي أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة . (٢)

والأسباب التي منعت من وجود الجريمة التأديبية في الشريعة الإسلامية تتوفر بصورة عكسية في دائرة القوانين الوضعية ، إذ الأصل في هذه القوانين أن العقوبات الجنائية تخالف

(١) عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائي الاسلامي ـ ص ٧٤ .
(٢) عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائي الإسلامي ـ ص ٧٤ .

العقوبات التأديبية ، وأن معظم الجرائم التأديبية لا تدخل تحت حكم القوانين الجنائية ، ومن ثم فقد اقتضى تغاير العقوبتين والفعلين أن يحاكم الجاني على الفعل مرتين إذا كان فعله يعتبر جريمة تأديبية ، ولا يمنع توقيع احدى العقوبتين من توقيع الأخرى .

كما لاتحول براءته في إحدى المحاكمتين من السير في المحاكمة الثانية ويعللون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة ، وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع .

ولا شك أن مفهوم الشريعة أكثر تمشياً مع المنطق وانطباقاً على القواعد التشريعية الحديثة التي تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد ، كما أنها تؤدي إلى اختصار الاجراءات ، وتقليل المحاكمات ، ولا تحول في الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التي تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه . (٢)

المطلب الخامس : الدعاوى التأديبية في المملكة العربية السعودية

كان نظام تأديب الموظفين بالمملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧ وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ ، ينص على اختصاص ((هيئة التأديب)) بنظر القضايا التأديبية التي تحال إليها من هيئة الرقابة والتحقيق ، وهيئة التأديب بمقتضى المادة ١٤ من نظام التأديب المشار إليه ، هيئة مستقلة ترتبط برئيس مجلس الوزراء ، وتشكل من رئيس ونائب للرئيس ، وعدد كاف من الأعضاء ذوي التخصص .

---

(١) المرجع السابق ص ٧٥ .
(٢) د . عبد المنعم عبد العظيم جبره ، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص ٤٧٤ .

وفي سبيل تحقيق مزيد من الضمانات في نظر القضايا التأديبية وتوقيع العقوبات التأديبية رؤي أن يعهد بذلك إلى جهة قضائية ، تتمتع بكل ماتتمتع به جهات القضاء ضمانات واستقلال ، لذلك تضمنت الفقرة (هـ) من المادة (٨) من نظام ديوان المظالم النص على اختصاص الديوان بنظر الدعاوى التأديبية التي ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق كما نص في المادة الرابعة من مواد اصدار نظام الديوان على أن تؤول اختصاصات هيئة التأديب المنصوص عليها في نظام تأديب الموظفين وقرارات مجلس الوزراء إلى ديوان المظالم وتحال إليه جميع القضايا التأديبية .

وقد نصت المادة (٥٠) من نظام الديوان على إلغاء المواد من ١٤ ـ ٣٠ من نظام تأديب الموظفين الخاصة بهيئة التأديب . أما المواد من ٣١ ـ ٤٥ من النظام المذكور ، وهي الخاصة بأصول التحقيق والتأديب ، فلا زالت قائمة ، ويلتزم ديوان المظالم باحترام أحكامها عند ممارسته لاختصاصه بنظر الدعاوي التأديبية .

هذا ولا زالت هيئة الرقابة والتحقيق المنشأة بمقتضى نظام تأديب الموظفين تمارس سلطتها في التحقيق في الجرائم التأديبية طبقاً للأحكام المقررة في هذا النظام .

وقد حرص نظام الديوان على النص في المادة (١٠) منه على أن تتولى هيئة الرقابة والتحقيق الادعاء أمام الدائرة المختصة في الجرائم والمخالفات التي تتولى الهيئة التحقيق فيها .

هذا وقد كانت أحكام القضاء في الأنظمة المقارنة لا تعتبر التأديب عملاً قضائياً ، وقد تعرض هذا القضاء للنقد من جانب الشراح ، على أساس أن عمل القاضي في التأديب لايختلف كثيراً من الناحية الموضوعية عن عمل القاضي الجنائي ، وهو يقوم بالمحاكمة وتوقيع الجزاء الجنائي ، ولم يشك أحد في طبيعة عمل القاضي الجنائي ، وأنه عمل قضائي بحت ، لذلك تتجه الأحكام القضائية الحديثة إلى إضفاء صفة العمل القضائي على التأديب . (١)

---

(١) المرجع السابق - ص ٤٧٥ .

يظهر الاتجاه الأول واضحاً في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الدعوى رقم ٢١ لسنة ٢ بجلسة ١٩٦٠/٤/٢٦م والذي جاء به : ((أن القرار التأديبي لايحسم خصومة قضائية بين طرفين متنازعين على أساس قاعدة قانونية تتعلق بمركز قانوني خاص أو عام ، وإنما هو ينشئ حالة جديدة في حق من صدر عليه ، شأنه في ذلك شأن كل قرار اداري ، ولو صدر القرار التأديبي من هيئة تتحون كلها أو أغلبها من قضاة ، إذ العبرة بالموضوع الذي صدر فيه القرار ، فما دام الموضوع إدارياً كالتأديب مثلاً ، فالقرارات التي تصدر فيه بحكم اللزوم إدارية ، ولا تزايلها هذه الصفة لكون من أصدرها قضاة . (٢)

وفي ذات المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لنظام التأديب للموظفين بالمملكة ، كذلك سار النظام على نظرية مستقرة في الفقه الإدراي وهي أن الجزاء الإداري لايعتبر حكماً قضائياً إدارياً وراجع في الاتجاه إلى اعتبار التأديب عملاً قضائياً . (٣)

---

(١) المرجع السابق ، ص ٤٧٥ .
(٢) مجموعة السنة الخامسة ، ص ٨٤ ، وراجع في ذلك أيضاً نقد الدكتور القطب طبلية ـ ص ١١٢ ، والقرار الإداري للدكتور محمود حافظ ـ ص ٦٨ ، ٦٩ .
(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ٦ يناير ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام المحكمة لسنة ١٢ ص ٣٩١ ، وحكمها في الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢٩ بجلسة ١٥ ديسمبر سنة ١٩٨٥م ، وراجع أيضاً د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة ، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص ٤٧٥ .

المبحث الخامس
دعوى التفسير وفحص المشروعية

المطلب الأول : قضاء التفسير

في هذا النوع من القضاء تضيق سلطة القاضي إلى حد كبير فهو يقتصر على مجرد تحديد المدلول الصحيح للعمل الإداري وبيان مطابقته للقانون دون أن يتعدى ذلك إلى اصدار حكم بالإلغاء أو بالتعويض ، بل يترك ذلك لهيئة أخرى يعينها القانون ، هي في الغالب قاضي النزاع الذي طلب بشأنه التفسير أو فحص المشروعية . (١)

ويباشر القضاء الفرنسي ولاية التفسير interpretation وولاية فحص المشروعية appreciation de la legalite حين تحيل إليه محكمة عادية مسألة تفسير عمل إداري معين أو فحص مشروعية ـ كمسألتين فرعيتين ـ ويكون ذلك إذا لم تكن المحكمة المحلية مختصة بإجراء التفسير أو فحص المشروعية ، وكان قد قدم إليها دفع يثير هاتين المسألتين أثناء قيامهما بنظر قضية معينة ، وهذا الأمر الذي يوجب ايقاف نظر تلك القضية إلى أن يتم التفسير أو تقدير المشروعية من جانب القضاء الإداري .

ذلك أن الأصل بالنسبة لتفسير الأعمال الإدارية وفحص مشروعيتها في فرنسا هو اختصاص المحاكم الإدارية وإن كان للمحاكم العادية بحث الأعمال الإدارية واثبات وتحقيق توافر شروط نشرها ، وذلك إلى جانب تفسير اللوائح الإدارية ، علاوة على فحص مشروعية الأعمال الإدارية الماسة بحرمة المنازل الخاصة والحرية الشخصية وحق الملكية ، أما تفسير وفحص

(١) د. محمود حلمي ـ القضاء الإداري ـ دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ،١٩٧٧م ، ص ٩٨ .

المشروعية للأعمال الإدراية غير اللائحية (كالعقود) فهو من اختصاص القضاء الإداري مما يوجب على القضاء العادي إحالته إلى القضاء الإداري وفقاً للإجراءات الخاصة بالمسائل الأولية . (١)

كما يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ماوقع في منطوقه من غموض أو ابهام . ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى .

الحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمماً للحكم الذي يفسره ويسرى عليه مما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية .

إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعة جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه بالحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه .

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا في مصر ـ غداة إنشائها ـ الحق في طلب التفسير أو التصحيح المادي ، وذلك في حكمها الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥م حيث تقول : ((إنه وإن كانت اللجنة القضائية أو المحكمة الإدارية تستنفد ولايتها باصدار قرارها أو حكمها إلا أنها تملك تصحيح ما وقع في المنطوق أو في الأسباب الجوهرية التي تعتبر متممة له من أخطاء مادية بحتة ، كتابة أو حسابية ، بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ذوي الشأن . (٢)

كما يجوز لهؤلاء أن يطلبوا إليها تفسير ماوقع في المنطوق أو في الأسباب الجوهرية التي تعتبر مكملة له من غموض أو إبهام ، ولا يعتبر القرار أو الحكم المصحح أو المفسر

---

(١) د. بكر القباني ـ الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ص ٩٧ .
(٢) د. سليمان الطماوي ،القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، دعوى التعويض ،ص ٦٨٠ .

معدلاً للقرار أو الحكم الذي يصححه أو يفسره بل متمماً له ، فإذا جاوزت اللجنة أو المحكمة حدود ولايتها في التصحيح أو التفسير أو التعديل أو التغيير كان قرارها أو حكمها مخالفاً للقانون .

المطلب الثاني : دعوى التفسير

ولقد أرست أسسها المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٢٥ يناير ١٩٥٨م (س ٣ ص ٩٥٥) فبعد أن أشارت إلى أن من حق الأفراد طلب تفسير الحكم طبقاً للمادة ٢٦٦ من قانون المرافعات استطردت توضح أحكام الدعوى قائلة : ((وطلب تفسير الحكم لايكون إلا بالنسبة إلى قضائه الوارد في منطوقه ، وهو الذي يجوز حجية الشيء المقضي به أو قوته دون أسبابه ، إلا ماكان من هذه الأسباب مرتبطاً بالمنطوق ارتباطاً جوهرياً ، ومكوناً لجزء مكمل له ، كما لايكون إلا حيث يقع في المنطوق غموض أو إبهام يقتضي الإيضاح والتفسير والاستجلاء قصد المحكمة فيما غمض أو أبهم ابتغاء الوقوف على حقيقة المراد منه ، حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد . ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم الذي يفسره من جميع الوجوه لاحكماً جديداً .

ولذلك يلزم أن يقف عند حد إيضاح ما أبهم بالفعل بحسب تقدير المحكمة ، لا ما التبس على ذوي الشأن فهمه على الرغم من وضوحه ، وذلك دون المساس بما قضى به الحكم بنقص أو زيادة أو تعديل ، وإلا كان في ذلك إخلال بقوة الشيء المقضي به .

وفي هذا النطاق يتحدد موضوع طلب التفسير . فلا يكون له محل إذا تعلق بأسباب منفكة عن المنطوق ، أو بمنطوق لاغموض فيه ولا إبهام ، أو إذا استهدف تعديل ما قضى به الحكم بالزيادة أو النقص ولو كان قضاؤه خاطئاً ، أو إذا رمى إلى إعادة مناقشة

مافصل فيه من الطلبات الموضوعية أيا كان وجه الفصل في هذه الطلبات . ومن ثم إذا ثبت أن الحكم المطلوب تفسيره قد انتهى إلى القضاء صراحة في منطوقه بإلغاء الحكم المطعون فيه ، وباستحقاق المدعي تسوية المنازعة على أساس قرار مجلس الوزراء الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٤م ، وكان الواضح من المنطوق والأسباب أن المحكمة لم تستجب إلى طلبات المدعي الأصلية التي يعيد تكرارها تحت ستار دعوى التفسير .. إذا ثبت ماتقدم فإن دعوى التفسير التي يستهدف بها المدعي في حقيقة الأمر إعادة طرح المنازعة من جديد فيما سبق أن فصلت فيه المحكمة من الطلبات بما لاغموض ولا ابهام فيه ، تكون في غير محلها ويتعين القضاء برفضها . (١)

وهكذا فإن المحكمة الإدارية العليا بالمرصاد لكل محاولة الاتخاذ التفسير ذريعة لإعادة النظر في النزاع من جديد أو تعديل الحكم بغير طريق الطعن المقرر . ومن ذلك مثلاً تأكيدها في حكمها الصادر في ٦ أبريل سنة ١٩٦٣م س ٣ ص ١٠٠٨ أنه بغض النظر عما يشترط لقبول دعوى التفسير من تضمن منطوق الحكم لبساً أو غموضاً يصعب معهما إمكان الوقوف على ماقصدته المحكمة منه ، فإنه يشترط ألا تكون الدعوى مقصوداً بها تعديل الحكم والمساس بقاعدة خروج القضية من سلطة المحكمة التي أصدرته .
ولذلك يجب ألا يتخذ التفسير ذريعة للفصل في نزاع لم يعرض له الحكم المطلوب تفسيره .

وفيما يلي نعرض لمثال رأت المحكمة أنه جدير بالتفسير ، وذلك استمداداً من حكمها الصادر في ١٩/٤/١٩٦٤م . (٢)

---

(١) وبذات المعنى حكمها الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٨م س ٣ ص ٤٥٧ حيث تؤكد أنه يتعين إظهار دعوى التفسير على أساس ماقضي به الحكم المطلوب تفسيره إن كان ثمة وجه قانوني لهذا التفسير ، ودون مجاوزة ذلك إلى تعديل فيما قضي به .
(٢) مجموعة أبو شادي ، ص ٩٦٠ .

تقول المحكمة في هذا الحكم : ((ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا في هذا الطعن رقم ١١٧ لسنة ٣ ق ، قد صدر بإلغاء القرار الإداري رقم ٥١٧ المؤرخ ٩ مايو سنة ١٩٥٤م فيما تضمنه من تخطي المدعي في الترقية إلى الدرجة الخامسة الإدارية ، وجاء في الأسباب على التفصيل السابق شرحه : أن هذا القضاء استند إلى الأقدمية الواجب اعتبارها للمدعي التي تجعله أقدم من المطعون على ترقيتهما)) .

وعلى هذا فإن تنفيذ منطوق هذا الحكم في ضوء الأسباب المرتبطة به يقتضي بالضرورة صرف الفروق المالية المترتبة على الإلغاء ، على أنه ولئن كان صرف الفروق بهذه المثابة من الآثار الحتمية لمنطوق الحكم المطلوب تفسيره وأسبابه المرتبطة به ، إلا أن ترك النص على صرف الفروق في ذلك المنطوق برغم المطالبة به أمام المحكمة الإدارية العليا في مذكرة المدعي قد يجعل المنطوق بهما وغامضاً ، لأنه قد يثير التساؤل حول مدى إجابة المحكمة لهذا الطلب ، مع أن الأمر لا يحتمل جداً إلا اعتباراً بأن استحقاق هذه الفروق هو من النتائج الحتمية لحكم الإلغاء ، وقد يزيد المنطوق ابهاماً ما درجت عليه الأحكام من تضمين منطوقها الآثار المترتبة على ذلك الحكم .

وأخيراً فإن المحكمة الإدارية العليا ترى أن الاختصاص بتفسير الحكم الذي يشوبه الغموض يظل معقوداً للمحكمة التي أصدرت الحكم ، حتى ولو انتقل الاختصاص بموضوع الحكم إلى جهات أخرى ، فهي في حكمها الصادر في ١٩٥٩/٢/١٤م مجموعة أبو شادي ص ٩٥٩ تقول : ((إذا كان مثار المنازعة هو ما إذا كان من مقتضى الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري باعتبار المدعين أسبق في أقدمية الدرجة السادسة التنسيقية من المطعون عليه وقتذاك أن يوضعا في كشف أقدمية الدرجة المذكورة قبلهم ، أم أن مقتضاه غير ذلك ، فإن المنازعة على هذا الوجه هي في حقيقتها خلاف بين المدعين والإدارة في فهم الحكم وتأويل

مقتضاه والمنازعة بهذه المثابة ليست دعوى مبتدأة وإنما هذه دعوى في فهم الحكم ،وتحديد مقصود المحكمة فيما انتهت إليه من نتيجة مربوطاً ذلك بالأسباب التي قام عليها قضاؤه ، ولهذا الخلاف في الفهم ماقد يبرره على حسب الظاهر ، لأن الأسباب في ذاتها لم تتضمن تحديد الترتيب في الأقدمية بين ذوي الشأن .

وإن كانت النتيجة انتهت إلى إلغاء ترك المدعين في الترقية في دورهما ، مما يقتضي من المحكمة التي أصدرت الحكم تحديداً في هذا الخصوص ، وعلى هذا الوجه ، تكون المحكمة المختصة هي التي أصدرت الحكم طبقاً للمادة ٢٦٦ من قانون المرافعات ، للمحكمة التشريعية الظاهرة لذلك ، وهي أن المحكمة التي أصدرت الحكم هي الأقدر على فهم مقصوده وتمديده وإزالة ما قد يعتريه من غموض ، وهي هنا محكمة القضاء الإداري ، ولا يغير من ذلك أن المنازعة كانت تقوم بين موظفين في الكادر الكتابي ، وأصبحت بعد صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م من اختصاص المحكمة الإدارية العليا دون محكمة القضاء الإداري ، لأن محل أعمال حكم القانون الجديد لو أن الدعوى أقيمت ابتداء بعد هذا القانون ، أو كانت مقامة قبل نفاذه ولما يفصل فيها من محكمة القضاء الإداري ، أما إذا كان قد فصل فيها من محكمة القضاء الإداري وكانت المنازعة مقصورة على تفسير الحكم ، فغنى عن القول أنها هي التي تختص بهذا التفسير بالتطبيق للمادة ٢٦٦ من قانون المرافعات . (١)

---

(١) انظر د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، دعوى التعويض ص ٦٨٢ .

المبحث السادس
دعوى الزجر والعقاب

يختص القضاء الإداري الفرنسي استثناء بتوقيع العقوبات الجنائية في المواد الإدارية ومن ذلك مثلاً اختصاصه بتوقيع العقاب بالنسبة لمخالفات الطرق الكبرى .

ذلك أن الأصل هو اختصاص القضاء العادي بمباشرة القضاء الجزائي في المواد الإدارية . (١)

وقضاء العقاب Conentieux de la repression تتم مباشرته من جانب القضاء الإداري بناء على دعوى ترفع أمامه بطلب توقيع عقوبة جنائية في حالات استثنائية ، كما هو الشأن بالنسبة لمخالفات الطرق أو الاعتداء على المال العام .

ومن المحقق أن نوعي القضاء الأخيرين (قضاء التفسير وقضاء العقاب) محدود التطبيق وأقل شأناً من نوعي القضاء الأولين (قضاء الإلغاء والقضاء الكامل) .

وفي مصر لايعرف من أنواع الولايات الأربع المشار إليها سوى ولاية الإلغاء وإن كانت ذات طابع خاص وولاية التعويض وهي أهم تطبيقات القضاء الكامل في فرنسا .

---

(١) د. بكر القباني ـ القضاء الإداري ، ص ٩٧ ، د. محمود حلمي ، القضاي الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٧م .

أما ولاية العقاب فلا اختصاص إطلاقاً للقضاء الإداري المصري بها ، كما أن ولاية التفسير لايباشرها هذا القضاء إلا خلال مباشرته للاختصاصات المقررة له قانوناً ، أي أنه لا يباشرها على النحو الذي يباشرها به القضاء الإداري الفرنسي .

ومما لاشك فيه أن ولاية الإلغاء أخطر شأناً وأشد أثراً من ولاية التعويض إذ تتجلى فيها بصورة حية وفعالة أهمية الرقابة التي يسلطها القضاء الإداري على أعمال الإدارة ، والأسس التي يقيم عليها هذه الرقابة . (١)

---

(١) د. سعد عصفور ، د. محسن خليل ، القضاء الإداري ، ص ٢٥٨ .

المبحث السابع

دعـــوى المظالـــم

المطلب الأول : نشأة ولاية المظالم :

نشأت هذه الولاية تدريجياً ، وفيها من خصائص القضاء والتنفيذ معا : فوالي المظالم قد يعرض لحسم المنازعات التي يعجز عن نظرها القضاء وقد ينظر في الأحكام التي يشك الخصوم في عدالتها ولكن السبب الأصيل لنشأة هذا النظام ، هو بسط سلطان الشريعة على كبار الولاة ورجال الدولة ممن قد يعجز القضاء عن إخضاعهم لحكم القانون ، ولهذا فإن نظام المظالم في الدولة الإسلامية قريب الشبه إلى حد كبير من نظام القضاء الإداري بمدلوله الحديث .

ويكفي استعراض تشكيل ديوان المظالم واختصاصاته للتأكد من هذه الحقيقة .

المطلب الثاني : تعريف ولاية المظالم

يشرح فضيلة المرحوم الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ولاية المظالم بقوله : ((ولاية المظالم كولاية القضاء وكولاية الحرب ، وكولاية الحسبة ، جزء مما يتولاه ولي الأمر الأعظم ، ويقيم فيه نائبه عنه ، من يكون في الكفاية والهمة لأدائه ، ويسمى المتولي لأمر المظالم ناظراً ولا يسمى قاضياً وإن كان له مثل سلطان القضاء ومثل إجراءاته في كثير من الأحوال ، ولكن عمله ليس قضائياً خالصاً ، بل هو قضائي وتنفيذي ، فقد يعالج الأمور الواضحة بالتنفيذ أو بالصلح أو بالعمل الخيري ، يرد لصاحب الحق حقه فهو قضاء أحياناً وتنفيذي إداري أحياناً)) . (١)

---

(١) فقرة منقولة عن الشيخ أبو زهرة من بحث له بعنوان ((ولاية المظالم في الإسلام)) قدمه إلى الحلقة الدراسية الأولى للقانون والسياسة ، التي عقدت بإشراف المجلس الأعلى لرعاية العلوم والفنون والآداب والعلوم الاجتماعية في مدينة القاهرة في الفترة من ٢٣ ـ ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٠م ، نقلاً عن د . سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية ص ٤٢٨.

ويعرف الماوردي نظام المظالم بأنه : ((قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة ، فكان من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ، ظاهر العفة ، قليل الطمع ، كثير الورع ، لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة ، وبثبت القضاة ، فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين ، وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين . (١)

ولقد اختلط نظر المظالم بالقضاء في أول الأمر : فالمسلمون في الصدر الأول للإسلام ، كان يسيطر عليهم الوازع الديني ، ومن ثم فإن المنازعات التي تجري بينهم إنما كانت أمور مشتبهة يوضحها القاضي ويرضخ لها المسلمون اختياراً . (٢)

ولما كان من المقرر شرعاً أن الظلم يرفع ولو كان من الوالي ((بل لو كان من الخليفة الأعظم الذي اختير اختياراً شرعياً ، فقد تصدى النبي صلى الله عليه وسلم للمظالم ، لاسيما إذا وقعت من الولاة ، وأنه يروي في صحاح السنن عن خالد بن الوليد قتل مقتله في قبيلة جذيمة بعد أن أعلن أهلها الخضوع ، فاستنكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك وأرسل علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى هذه القبيلة ليرفع عنها هذه المظلمة بأن دفع دية قتلاها على اعتبار أن القتل وقع خطأ ، مع أنه قتل في ميدان القتال ، ورفع وجهه إلى السماء قائلاً: ((اللهم إني أبرأ إليك مما فعل خالد)) . (٣)

---

(١) الماوردي ـ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري ـ البغدادي ـ الأحكام السلطانية والولايات ، شركة مصطفى الباب القلب ، مصر ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م ، ص ٥٩ .

(٢) المرجع السابق نفس الصفحة .

(٣) بحث الشيخ أبو زهرة السابق الإشارة إليه . تعليق للباحث: وماذا يقال في ديات القتلى عمداً في مدن أبيدت على يد ظالم واحد كما حدث في سوريا أو كما حدث من ستالين ، أو كما في قنبلة هيروشيما من سيدفع الديات ؟ .

وقد سلك الخلفاء الراشدون مسلك (النبي صلى الله عليه وسلم) في تعقب المظالم ولاسيما من الولاة ، وكان عمر بن الخطاب شديد الوطأة على الولاة ، وكان دائم التحذير لعماله من الظلم ، فقد خطب فيهم في موسم الحج قائلاً : ((ما أرسلتكم لتضربوا أبشار الناس في غير حق إلا اقتصصت منه)) . وقد فعل ذلك مع عمرو بن العاص وابنه الذي ضرب أحد المصريين في الواقعة المشهورة ، بل لقد اقتص من عمرو بمجرد أنه أهان أحد المصريين بالكلام .

على أن الإمام علي بن أبي طالب هو أول من جلس بانتظام للمظالم ، وفي هذا المعنى يقول الماوردي واحتاج علي رضي الله عنه حين تأخرت إمامته واختلط الناس فيها وتجوروا ، إلى اصلاح امر السياسه ، وزيادة تيقظ في الوصول إلى غوامض الأحكام فكان أول من سلك هذه الطريقة واستقل بها .

ولما غلب الطابع الدنيوي على الدولة العربية في عهد الدولة الأموية وما تلاها من عهود ((تجاهر الناس بالظلم والتغالب ، ولم يكفهم زواجر العظة عن التمانع والتجاذب ، فاحتاجوا في ردع المتغلبين وانصاف المغلوبين إلى نظر المظالم الذي يمتزج به قوة السلطة ينصفه القضاء . وهكذا نشأ نظام المظالم واستقل بذاتيته ، كولاية متميزة عن القضاء وإن كانت مكملة له . (١)

(١) بحث الشيخ أبو زهرة السابق الإشارة إليه .

المطلب الثالث : والي المظالم

لما كانت ولاية المظالم تستهدف تعقب أثر أنواع الظلم وهو ظلم الولاة وكبار رجال الدولة ،فإن والي المظالم ، يحتاج ـ كما يقول الماوردي ـ إلى سطوة الحماة ، وثبت القضاة، ولهذا فإن نظر المظالم ثابت لكل ذي ولاية عامة بلا حاجة إلى تفويض خاص .

فقد جلس لنظر المظالم الخلفاء الراشدون لاسيما الإمام علي ، وكان أول من أفرد للظلامات يوماً يتصفح فيه قصص المتظلمين من غير مباشرة للنظر ، كذلك عبد الملك بن مروان ، فكان إذا وقف منها على مشكل أو احتاج فيها إلى حكم منقذ ، رده إلى قاضيه أبو إدريس في علمه بالحال ووقوفه على السبب .

فكان أبو إدريس هو المباشر وعبد الملك هو الأمر .. ثم زاد من جور الولاة وظلم العتاة ما لم يكفهم عنه إلا أقوى الأيدي وأنفذ الأوامر ، فكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله هو أول من ندب نفسه للنظر في المظالم فردها .. ورد مظالم بني أمية على أهلها .. ثم جلس لها من خلف بني العباس جماعة فكان أول من جلس لها المهتدي . (١)

ويملك أيضاً نظر المظالم وزراء التفويض وأمراء الأقليم .

أما من ليست له ولاية عامة ، فلا يملك التصدي للنظر للمظالم إلا بتقليد خاص من ولي الأمر ، وذلك إذا توافرت فيه شروط خاصة ، هي المتطلبة في ولاية العهد أو وزارة التفويض أو ولاية الأقاليم إذا كان نظره في المظالم عاماً .

أما إذا اقتصرت مهمته على تنفيذ مايعجز القضاء عن تنفيذه ، وإمضاء ماقصرت يدهم عن إمضائه ، جاز أن يكون نظر المظالم دون هذه المرتبة في القدر والخطر ، بشرط ألا

---

(١) المرجع السابق ـ ص ٦٠ .

تأخذه في الحق لومة لائم ، وألا يستشفه الطمع إلى رشوة .

وبمراعاة الطبيعة الخاصة لوظيفة النظر في المظالم وتأرجحها بين القضاة والإدارة ، فإنها تحتاج إلى عدة عناصر متعاونة لكي تتم على أكمل وجه ، فيجب أن يشتمل مجلس نظر المظالم على خمسة أصناف لايستغنى عنهم ولا ينتظم نظره إلا بهم وهم :

أ ـ الحماة والأعوان : لجذب القوى وتقويم الجريء .

ب ـ القضاة والحكام : لاستعلام ماثبت عندهم من الحقوق ومعرفة مايجري في مجالسهم بين الخصوم .

جـ ـ الفقهاء ليرجع إليهم فيما أشكل ويسألهم فيما اشتبه وأعضل .

د ـ الكتاب ليثبتوا ماجرى بين الخصوم وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق .

هـ ـ الشهود : ليشهدوا على ما أوجبه من حق وأمضاه من حكم .

وعلى والي المظالم إذا لم يكن متفرغاً لهذه الوظيفة ، أن يجعل نظرها يوماً معروفاً ، يقصده فيها المتظلمون ، ويراجعه فيها المتنازعون ، أما إذا تفرغ والي المظالم لهذا العمل ، فإنه يكون مندوباً بالنظر في جميع الأوقات ((وليكن سهل الحجاب نزه الأصحاب)) . (١)

المطلب الرابع : اختصاصات والي المظالم :

أرجع الماوردي هذه الاختصاصات إلى عشرة أمور ، يظهر من تصفحها جلياً مدى التشابه الكبير بين قضاة المظالم بمعناه الإسلامي والقضاء الإداري بمعناه المعاصر .

ومما له دلالة في هذا الصدد ، أن الاختصاصات الثلاثة الأولى ، والتي سنعرض لها فيما بعد ، لايحتاج والي المظالم للتصدي لها إلى متظلم بل له أن يعرض من تلقاء نفسه ،

(١) الماوردي ، الأحكام السلطانية صفحة ٥٧ .

فيمكن اعتبارها متعلقة ((بالنظام العام)) وفقاً للاصطلاحات المعاصرة .

وفيما يلي أعرض لاختصاصات والي المظالم كما أوردها الماوردي وهي :

أولاً : النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة ، فعلى والي المظالم أن يتصفح أحوال الولاة من تلقاء نفسه ، بلا حالجة إلى متظلم ((ليقويهم إن أنصفوا ، ويكفهم ان فسقوا ، ويستبدل بهم إن لم ينصفوا)) .

ثانياً : النظر في جور العمال فيما يحبونه من الأموال ، فيرجع فيه إلى الشريعه العادلة ليحمل الناس عليها ، ويأخذ العمال بها ، وينظر فيما استزادوه ، فإن رفعون إلى بيت المال أمر برده وإن أخذوه لأنفسهم استرجعه لأربابه .

ثالثاً : تصفح أحوال كتاب الدواوين ، لأنهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه له ويوفونه منه .

رابعاً : النظر في تظلم المسترزقة (الموظفين) من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم .

خامساً: رد الغصوب : أي الأموال التي اغتصبت على خلاف أحكام الشرع ، وقد قسمها الماوردي إلى قسمين :

أ ـ الغصوب السلطانية :

وهي التي يأخذها الولاة بغير حق ، إما لضمها للدولة ظلماً ، أو أن يأخذوها لأنفسهم ، وهذا النوع من الظلم يأخذ حكم الاختصاصات الثلاثة الأولى ، بمعنى أن والي المظالم يحكم برده إلى ذويه متى علم من تلقاء نفسه . ودون حاجة إلى متظلم ، فإذا لم يعلم به فإن نظره فيه يتوقف على تظلم ملاك المال المغتصب .

ولكن والي المظالم في هذه الحالة يستطيع أن يتقصى الحقيقة من ديوان السلطنة أي أن نظره غير موقوف على تقديم الأدلة من ذي المصلحة ، وإنما من الممكن أن يصل إليها والي المظالم بطريقته الخاصة .

ب ـ غصوب الأقويا من الأفراد :

أي الأموال يغتصبها وجهاء الدولة من الضعفاء ، وهذا النوع من الغصب لايعرض له والي المظالم إلا بدعوى من ذي المصلحة . (١)

سادساً: النظر في المنازعات المتعلقة بالأوقاف : ويعين التمييز في هذا الخصوص بين الأوقاف العامة والأوقاف الخاصة .

أ ـ أما الأوقاف ذات المصارف العامة (كأوقاف على المساجد والفقراء.. الخ) فإن والي المظالم ليس بحاجة إلى متظلم لمباشرة اختصاصه المتعلق بها ، بل له أن يتدخل من تلقاء نفسه ليجري ريعها على سبيلها ، ويمضيها على شروط واقفها إذا عرفها من أحد ثلاثة أوجه ، إما من دواوين المندوبين لحراسة الأحكام ، وإما من دواوين السلطنة ، وإما من كتب فيها قديم يغلب على الظن صحتها .

ب ـ الأوقاف الخاصة : أما الأوقاف الخاصة (وهي التي تكون على مستحقين معروفين) فلا يمكن والي المظالم أن يتصدى للمنازعات المتعلقة بها إلا بتظلم من ذي الشأن ، ولا يمكن إلا وفقاً للطريقة المألوفة في الاثبات .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٦٢ .

وقد جعل هذا النوع من النزاع من اختصاص قاضي المظالم نظراً لضعف المستحقين أمام سطوة نظارة الوقع . (١)

سابعاً : الإشراف على تنفيذ الأحكام التي يعجز القضاء عن تنفيذها .

ثامناً : معاونة ناظر الحسبة (المحتسب) في انفاذ اختصاصاته والتي سوف نعرض لها فيما بعد بالتفصيل .

تاسعاً : مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها ، فإن حقوق الله تعالى أولى أن تستوفى وفروضه أحق أن تؤدى .

عاشراً : النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنافرين فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه ولا يسوغ أن يحكم بينهم إلا بما يحكم به القضاة والحكام .

بهذا الاختصاص الأخير يجعل قاضي المظالم ذو ولاية عامة في القضاء إذا لجأ إليه المتقاضون . (٢)

---

(١) بحث الشيخ محمد أبو زهرة ، السابق الإشارة إليه نقلاً : د. سليمان الطماوي السلطات الثلاث في الدساتير العربية ، ص ٤٢٨ .
(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٢ .

المطلب الخامس : الفرق بين ولاية المظالم وولاية القضاء

لما كان والي المظالم يفصل في كثير من المنازعات كما يفعل القضاة ، فإن الأمر قد يدعو إلى التساؤل عما إذا كان الاختصاص واحداً في الحالتين ، ولكن الحقيقة أن الفقهاء يميزون بين نظر المظالم ونظر القضاء من وجوه عدة أرجعها الماوردي إلى عشرة على النحو التالي :

١ ـ لوالي المظالم من فضل الهيبة وقوة اليد ماليس للقضاة .

٢ ـ والي المظالم أفسح مجالاً ، وأوسع مقالاً .

٣ ـ سلطان والي المظالم في الوصول إلى الحق ، ومعرفة الباطل أوسع من سلطات القاضي ، الذي يتقيد بأدلة محددة .

٤ ـ لوالي المظالم أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ويأخذ من بانت عدواته بالتقويم والتهذيب .

٥ ـ لوالي المظالم أن يتأنى قبل اصدار حكمه ، وذلك إذا اشتبه الأمر واستبهمت الحقوق . أما القضاة فليس لهم أن يؤخروا الحكم إذا طلب أحد الخصوم بالفصل .

٦ ـ لوالي المظالم أن يرد الخصوم ليفصلوا التنازع صلحاً وليس ذلك للقاضي إلا إذا أرضى الخصمان بالرد .

٧ ـ لوالي المظالم أن يفسح في ملازمة الخصمين إذا وضحت أمارات التجاحد ويأذن بالكفالة فيما يسوغ فيه التكفل لينقاد الخصوم إلى التناصف ويعدلوا عن التجاحد والتكاذب .

٨ ـ لوالي المظالم أن يسمع من شهادات المستورين مايخرج عن عرف القضاء في الشهادة .

٩ ـ لوالي المظالم احلاف الشهود عند ارتيابه بهم إذا بدلوا ايمانهم طوعاً ويستكثر من عددهم ليزول عنه الشك ، وينفي عند الارتياب وليس ذلك للقضاة .

١٠ـ يجوز لوالي المظالم أن يبدأ من تلقاء نفسه باستدعاء الشهود ، ويسألهم عما عندهم من تنازع الخصوم ، وعادة يقوموا القضاة بتكليف المدعي احضار بينة ولا يسمعونها إلا بعد مساءلته .

ويزيد الماوردي إلى ذلك أن نظر المظالم ونظر القضاء ، فيما عدا الأمور العشرة السابقة ((متساويان)) وذلك في الأمور المشتركة بطبيعة الحال ، لأن لوالي المظالم من الاختصاصات ما لايملكه القضاة . (١)

هذه هي أهم الفروق بين دعوى المظالم والدعوى القضائية ، فلها من الخصائص مايميزها عن القضاء وغيره من الدعوى الإدارية التي رأيناها .

---

(١) الماوردي ـ الأحكام السلطانية . وانظر أيضاً مقدمة ابنم خلدون ، د. سليمان الطماوي ـ السلطات الثلاث ـ ص ٤٢٦ .

المبحث الثامن
دعـــوى الحسبـــة

المطلب الأول : تعريف دعوى الحسبة :

دعوى الحسبة هي الدعوى التي يرفعها أحد الافراد لا بقصد المطالبة او الدفاع عن حقوقه الذاتية الخاصة ، بل للدفاع عن مصلحة الأمة الإسلامية .. التي لا تخرج عن كونها حقاً من حقوق الله الخالصة أو الغالبة والشهادة بموضوعها .

ودعوى الحسبة في الشريعة الاسلامية هي الدعوى التي ترفع بحق من حقوق الله تعالى أو تكون مشتملة على حقين : حق الله تعالى وحق العبد ، ولكن حق الله تعالى فيها غالب . ويمكن أن نعرف دعوى الحسبة بأنها استعداء من له ولاية القضاء لوجود مخالفة لحق من حقوق الله تعالى الخالصة ، أو الغالبة والشهادة عنده بموضوع هذه المخالفة سواء بطريق الرفع أو بطريق الدفع لاتخاذ ما يقرر حيالها . (١)

أما ما يكون خاصاً بحقوق العباد أو مشتملاً على الحقين : حق الله وحق العبد ولكن حق العبد فيه غالب ، فلا تتعرض له دعوى الحسبة .

وأساس دعوى الحسبة في الشريعة الاسلامية ما أمر الله الناس به من نهي عن المنكر والتزام كل فرد بمعاونة الوالي في المحافظة على قواعد النظام العام والدفاع عن حقوق الله .

---

١ - محاضرات للدكتور / محمود عقيدة - جامعة الامام - كلية الدعوة ١٤٠٧هـ

المطلب الثاني : دعوى الحسبة والدعوى الجنائية :

لم تكن مباشرة الدعوى الجنائية العامة نيابة عن الدولة قاصرة على والي المظالم فحسب ، بل إنه كان من حق المحتسب أن يباشرها أيضاً، والحسبة باعتبارها وظيفة فهي من الوظائف الدينية الهامة ، وهي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله .

ويمكن القول هنا بأن المحتسب كان عليه بجانب ولايته القضائية القاصرة واجب مباشرة الدعوى الجنائية العامة فيما خرج عن اختصاصه ودخل في اختصاص القاضي ، والاصل في ولايته هذه هو الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر شأنه في ذلك شأن الفرد العادي ، إلا أن مباشرة المحتسب لهذه السلطة وأداءه لهذا الواجب كان فرض عين لا فرض كفاية ، فلم يكن له أن يتشاغل عنه بغيره .

نخلص مما تقدم إلى أن الشريعة الإسلامية ، قد أخذت بفكرة الاتهام الفردي كطريقة لمباشرة الدعوى الجنائية وعرفت أيضاً نظام الاتهام العام ، فكما أخذت بنظام الاتهام بواسطة الافراد ولاسيما المجني عليهم ، أخذت أيضاً بنظام الاتهام بواسطة الدولة وأنه قد أقر للأفراد قسط كبير في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها وإنهائها ، وأنه يصل في ذلك إلى حد إعطاء الفرد المجني عليه حق إسقاط العقوبة في كثير من الأحوال وأنه لم يقتصر في ذلك على الجرائم الخاصة البسيطة ، بل أجرى هذه الفكرة الفردية على الكثير من الجرائم الجسيمة كجريمة القتل مثلاً (١) . وللإيضاح والتفصيل نزيد :

---

١ - انظر في ذلك أحمد مصطفى المراغي ، الحسبة في الإسلام ، مجلة الموظف - س ١ جـ ١ .

دعوى الحسبة :

ولبيان معنى دعوى الحسبة وإحلالها مكانها بين مراتب الاحتساب الأخرى والتفريق بينها وبين هذه المراتب من حيث الشروط والأحكام لابد من إلقاء ضوء بسيط على أقسام الحق الذي يحميه النظام الإسلامي ، وترفع الدعاوى أمام القضاء لا ستخلاصه إذا ما اعتدى عليه ، وذلك لبيان نوع الحقوق التي ترفع فيها دعوى الحسبة من الحقوق التي لا ترفع فيها هذه الدعوى .

فالحقوق في الشريعة الإسلامية بالنظر لمستحقيها على أنواع :

أ - حق لآدمي معين كالحقوق المالية ، والنكاح وغير ذلك من العقود .

ب - حق لآدمي غير معين كالوقف على الفقراء أو جميع المسلمين ، أوالوصية لهم وغير ذلك .

ج - حق خالص لله تعالى لا دخل لآدمي فيه معيناً كان أو غير معين وذلك كالعبادات بأنواعها من صوم وصلاة وغيرها وكالكفارات والنذور وغير ذلك .

د - حق لله تعالى فيه مصلحة مباشرة لأفراد العباد مثل حد القذف وأكثر أنواع التعزيزات .

والفقهاء درجوا على تسمية النوع الأول من الحقوق بحقوق العباد وتسمية النوعين الثاني والثالث بحقوق الله تعالى مسوين بين ما هو خالص لله وما هو من حق الجماعة حفاظاً على مصلحتها من ناحية وتنويها بعناية الله سبحانه وتعالى بتأمين العدالة لها من ناحية أخرى حيث أقيمت مقام الحقوق الخالصة لله تعالى وجعلت شعبة منها . وتسمية النوع الرابع بالحق المشترك هذا بالنسبة للحق بصورة عامة . وأما الحقوق المتعلقة بالجنايات خاصة فلا يدخل فيها القسم الأول بل هي جميعاً إما حقوق لله تعالى ، وإما حقوق مشتركة فيها حق لله وحق للعباد ، وهنا قد يغلب حق الله في بعضها (١) ، وقد يغلب حق العباد في بعض آخر ، وقد يتساوى الحقان في بعضها أيضاً .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥٥/٧ ، حاشية ابن عابدين ١٦٩/٣ شرح فتح القدير ٩٨/٥ ، المهذب ٢٧٥/٢ المغني ٢١٨/٨ .

كما قرر الفقهاء أن الدعاوى التي تحمي حق الله خالصاً كان أو غالباً تسمى دعاوى الحسبة والدعاوى التي تحمي حقوق العباد خالصة أو غالبة تسمى دعاوى شخصية ، ولكل نوع من هذه الدعاوى ميزاته وخصائصه وشروطه المختلفة عن النوع الآخر(١).

تعريف دعوى الحسبة والفارق بينها وبين مراتب الحسبة الأخرى :

دعوى الحسبة هي الدعوى التي يقيمها المحتسب لدى القاضي دفاعاً عن حق الله تعالى وذلك عند العجز عن تغير المنكر بالمراتب المعروفة (٢) ، أو عند انتهاء المنكر المراد تغيره .

من هذا التعريف لدعوى الحسبة نستطيع أن نستنتج عدة نقاط هامة توضح معالم دعوى الحسبة وهي :

أ - دعوى الحسبة لا تقام إلا حماية لحق الله تعالى خالصاً كان أو غالباً ، أما حقوق العباد فلا تقام لأجلها هذه الدعوى بل تترك للدعاوى الشخصية .

ب - دعوى الحسبة تقام عند العجز عن تغير المنكر بالمراتب المتقدمة للحسبة حالة استمرار المنكر بغية الاستعانة بالقضاء لإيقافه فتكون بذلك مرتبة من مراتب الحسبة .

ج - تقام دعوى الحسبة بعد انتهاء المنكر بغية معاقبة مرتكبه ، وهذا النوع من الدعاوى هو الأهم في الباب وهو المعنى الذي يطلق عليه اسم دعوى الحسبة غالباً لدى الفقهاء .

---

(١) المتهم وحقوقه في الفقه الاسلامي / بندر بن فهد السويلم ص ٣٠ .
(٢) د. أحمد الكردي ، دعوى الحسبة في المسائل الجنائية ، بحث ، كلية الشريعة من جامعة دمشق ، ص ٢٧ ، ١٩٧٢م .

وبذلك تفترق دعوى الحسبة عن سائر مراتب الحسبة الأخرى بفارق واحد وهو أن مراتب الحسبة الأخرى جميعاً يمكن أن تستعمل في إزالة المنكر(١) مطلقاً لحق الله كان أو لحق العباد ، أما دعوى الحسبة فلا تقام إلا لحق الله تعالى لا غير خالصاً كان كما في الزنى أو غالباً كما في السرقة . أما حقوق العباد خالصة كانت أو غالبة فلا تقام فيها دعوى الحسبة ولكن توكل إلى الدعاوى الشخصية التي تفتقر إلى طلب صاحب الحق فيها ، مثل الديون ، والزواج وغير ذلك .

والآن وقبل الخوض في بيان الفارق بين دعوى الحسبة والدعاوى الشخصية من الحيثيات المتعددة أود أن القي ضوءاً على مختلف أنواع الجنايات في الشريعة الإسلامية مبيناً ما يكون منها خالصاً لله ، وما يكون مشتركاً فيه حق لله وحق للعباد ، وذلك للوقوف على ما يجوز رفع دعوى الحسبة فيه منها وما لايجوز رفعها فيه .

تعريف الجناية وأنواعها (٢) :

والجناية ، والجريمة في الفقه الإسلامي مصطلحان يدلان على معنى واحد والجرائم لدى الفقهاء

---

(١) منسوباً إلى الحسبة في الإسلام لابن تيمية أو ما في معناه ص ٨٨ تحقيق : سيد أبي سعدة الطبعة الأولى .

(٢) الجريمة أو الجناية : كل قول أو فعل محظور شرعاً ، مما يكون سبباً للذنب بوجه ما - من حيث كونه محرم أو معصية أو ذنب ، (انظر الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ح١ ص٨٦) ويطلق الفقهاء عبارة - كل فعل محظور - عند تعريفة للجريمة وهذا تعريف يخرج الجريمة السلبية - أي جريمة الامتناع - كالامتناع عن إنقاذ غريق أو إطعام جائع مما يؤدي إلى هلاكه ، مع أن جمهور العلماء لا يخرجون الامتناع من كونه الجريمة خلافاً لأبي حنيفة ويمكن الجمع بين أعتباره الأمتناع جريمة وعدم النص عليه في التعريف أذ أنهم اعتبرو إن الامتناع فعل إرادي فدخل بذلك تحت قيد ((كل فعل محظور)) (انظر البحر الرائق لابن نجيم ح٨ ص ٣٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب ح٦ - ٢٤٠ ، شرح المهذب ح١٨ ص٢٢١ ، المغني ح٧ ص ٦٤٣ .

كذلك في تعريف الجناية قيل كل فعل محظور شرعاً وقع على نفس أو مال أو غير ذلك ، هذا التعريف عند فقهاء الشافعية وبعض المالكة (حاشية الباجوري ح٢ ص١٩٩ ، أما فقهاء الحنفيه والحنابلة فأنهم يطلقون لفظ الجناية على الأفعال الواقعه على النفس أو الأطراف وبذلك يقول بعض فقهاء المالكية (انظر البحر الرائق ح٨ ص ٣٢٦ ، الخرشي على خليل ح٨ ص٢ ، ٣ ، أقناع لموسى الحجادي ح٤ ص١٦٢ وجاء في البحر الرائق أيضاً أن الأصل مصدر جنى وهو عام في ما يقبح ويسوء الا أنه خص بفعل محرم حل بالنفس أو الأطراف (وجاء في حاشية الباجوري ح٢ ص ١٩٩ والمراد بالجناية على الأبدان وأما الجناية على الأموال =

هي : (محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير) وهذا التعريف للجريمة مقارب لمعناها لدى علماء القوانين الوضعية(١) .

والجرائم تنقسم في الفقه الإسلامي من حيثيات مختلفة الى أنواع متعددة ، والذي يهمنا هنا أنواعها من حيث عقوبتها ، لأنه تقسيم لها باعتبار قوتها إذ كلما كبرت الجريمة كبر عقابها وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى ثلاثة أقسام : حدود . وقصاص . وتعزيرات .

أما جرائم الحدود : فهي الجرائم التي لها عقوبات مقدرة حقاً لله تعالى ، ويدخل في حق الله تعالى هنا حق المجتمع ، إذ أن الله تعالى هو الحامي له كما تقدم (٢) .

أما جرائم القصاص :(٣) فهي جرائم الاعتداء على النفس أو الأطراف مما أثبت الشارع له عقوبات مقدرة مماثلة للجريمة في الصورة أو المعنى حفظاً لحق العباد . أما في الصورة فمثـــل القـود أو الأطراف ، أما في المعنى فمثل الدية والإرث في الجراح عند سقوط القود .

= والأعراض والأنساب والعقول والأديان فقد يدخل بعضها في الحدود وإن كان يطلق لفظ جناية ((بصفة عامه)) على كل فعل أو قول محظور شرعاً .

(١) شرح منتهى الأرادات - للبهوتي ح٣ ص ٣٦٣ انظر كذلك عبد القادر عودة التشريع الجنائي ص ١٢٠ .

(٢) وعقوبات الحدود ست وقيل سبع وهي الزنى ، السرقة ، القذف ، الردة ، شرب الخمر ، الحرابة ، والبغي ﴿ **وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله** ﴾ الحجرات (٩) وتخصيص الحدود بالعقوبة المقدرة لحق الله هو راى فقهاء الحنفية ، أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، فيجعلون الحد شامل لكل عقوبة سواء كانت لحق الله أو لحق العبد ، وتخصص الحد بالعقوبة المقدرة لحق الله أرجح لقولة صلى الله عليه وسلم لأسامه أتشفع لحد من حدود الله ؟ رواه أبو داود والنسلئي - الشفاعة لجرائم القصاص والديات جائزة فدلا ذلك على أن عقابها ليس حداً ، جاء في نيل الأوتار ح٢ ص ٢٣ حاشية الباجوري ح٢ ص ٢٢٩ الأقناع لموسى الحجاوي ح٤ ص ٢١٤ نيل الأوتار ح٧ ص٧٧ ، ص ١٤٨ .

(٣) (١) القصاص لغه : يطلق على معاني منها قص الأثر ثم غلب أستعماله في قتل القاتل وجرح الجارح (المصباح المنير - ح٢ ص ٧٧٨ ، ٧٧٩) وشرعاً : فعل مجني عليه بجان مثل فعل أو شبه (المصباح المنير ح٢ ص ١٢) والجرائم المعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد المستوفي لشروط القصاص - والجناية على ما دون النفس عمداً الى أستوفت شروط القصاص (فتح القدير ح١٠ ص ٢١٥ ، حاشية ابن عابدين ح٥ ص ٣٤٢ و ص ٣٥٢ ، مغني المحتاج ح٤ ص ٣ ، ص ٢٥ كشاف القناع ح٥ ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ الخرجي على خليل حـ٨ صـ٧) .

وقيل : فعل مجني عليه بجان مثل فعله أو وشبهه(١)

أما الجرائم التعزيرية : فهي الجرائم التي تثبت عقوبتها حقاً لله تعالى وللعباد مما ليس له حد مقدر من الشارع مسبقاً ، بل يفوض أمر تقديرها إلى القاضي أو ولي الأمر بضوابط وقيود حددها الشارع وأوضحها الفقهاء في مصنفاتهم(٢) .

وجرائم الحدود ستة : وهي الزنى ، وشرب الخمر ، والردة عن الإسلام ، والحرابة وهي ما يعرف بقطع الطريق والسرقة ، والقذف وهوالرمي بالزنى .

وجرائم التعزير فهي(٣) : كل جريمة لم تدخل تحت حد القصاص ، وهي جرائم لا حصر لها عداً لأنها تختلف كثرة وقلة باختلاف العصور والبيئات .

ولتصنيف هذه الجرائم بحسب كونها حقاً لله تعالى أو للعباد نقسمها إلى ثلاثة أقسام :

= أما جرائم المعاقب عليها بالدية فهي الجناية على النفس أو مادونها خطأ أو شبه عمد ، وكذلك العمد إذا اختل شرطاً من شروط القصاص ، أو عفى الجاني الى الدية (انظر حاشية أبن عابدين ح٥ ص ٢٧٣ مغني المحتاج ح٤ ص ٢٥ ، كشف القناع ح٦ ص ٥ ، ٢٤ . ولا يعتد فقهاء المالكية بشبة العمد في النفس أو ما دونها بل أنه حكم العمد (الخرجي على خليل ح٨ ص ٢ ، ص٧ ، ص١٦ ، ص١٧) ومثلهم فقهاء الحنفية في ما دون النفس حيث لا يعتدون بشبة العمد بل يجعلون له حكم العمد فتح القدير ح١٠ ص٢٣٢) .

(١) منتهى الأيرادات ح٢ ص ٤٠٤ أنظر أيضاً فتح القدير لأبن الهام ح١٠ ص ٢٧١ .

(٢) محمد أبو زهرة الجريمة ص ٢١

(٣) عقوبة غير مقدرة وتشمل العقوبات التى لم يرد من الشارع بيان بمقدار عقوبتها ، وهى العقوبات التعزيرية والتعزير لغه : التأديب (معجم متن اللغه لأحمد رضا ح٤ ص ٩٢) وشرعاً : تأديب دون الحد على ذنب لم يبين الشارع مقدارها لعقوبته (حاشية أبن عابدين ح٣ ص١٧٧ ، المغني ح٨ ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج ح٤ ص ١٩٣) .
وليس للتعزير عقوبة معينة بل هو متروك لاجتهاد الإمام حسب المصلحه ، فقد يكون بالجلد ، أو الحبس ، أو النفي أو التشهير ، العزل ، أو التوبيخ ، أو الوعظ ، أو غير ذلك (للزيادة انظر السياسة الشرعية لابن تيمية ص١٢٠ وص ٢٢١ ، الطرق الحكية ص ٩٣ ، صلة الحكام ح٢ ص٢٠٢ ، ص ٢٠٣ ، ص ٢٢٥ . إعلام الموقعين ، حاشية ابن عابدين ح٣ ص ١٧٨ .

أ - جرائم هي اعتداء على حق خالص الله تعالى وهي : الزنى ، وشرب الخمر ، والردة ، والحرابة ، وكل الجرائم التعزيرية التي تثبت حقاً للمجتمع كترك الزكاة وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والرشوة وغير ذلك . والبعض يضيف البغي(١) .

أو تثبت حقا لله تعالى دون أن ترتبط بمصلحة أي من العباد ، مثل ترك الصلاة أوالصوم ، أو الكفارات أو غيـر ذلك وليس معنى ذلك أنه لاحق لأحد من الناس في هذه الجرائم ، بل معناه أن حق العباد فيها مهدر لضآلته بجانب حق الله وحق المجتمع(٢) .

ب - جرائم فيها اعتداء على حق الله تعالى وحق العباد معاً وحق الله فيها غالب ، وهي : جرائم السرقة والقذف وكثير من الجرائم التعزيرية التي تثبت حقاً للمجتمع وللفراد ويغلب فيها حق المجتمع مثل النظر للعورات المحرمة وملامسة النساء الأجنبيات أو الاختلاء بهن وغير ذلك .

ج - جرائم فيها اعتداء على حق الله تعالى وحق العباد معاً ، وحق العباد فيها غالب وهي جرائم القصاص ، وبعض الجرائم التعزيرية ، كمطل الغني ، والقذف بما لا يثبت فيه الحد وغير ذلك . هذا وليس في الجرائم ما(٣) هو حق خالص للعباد كما تقدم . إذ ان جميعها لله فيه حق خالص أو غالب أو مغلوب . وفي هذا تعبير صادق عن اهتمام الشريعة الإسلامية وعنايتها باستئصال الإجرام ومنعه إذ تعتبره بجميع أنواعه اعتداء على حق الله الى جانب ما فيه من حقوق لأفراد العباد .

---

(١) محمد بن عيسى عسيرى القصد وأثرة على العقوبة رسالة دكتواه جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض – بدون تاريخ .
(٢) انظر فتح القدير ح١٠ ص ٢١٥ ، حاشية ابن عابدين ح٥ ص ٢٤٢ ص ٢٥٣ ، ص ٢٧٣ ، مغني المختار ح٤ ص٣ ، ص ٣٥ كشاف الفتح ح٥ ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٤٧ .
(٣) لمزيد من الإيضاح راجع السياسه الشرعية لابن تيمية ص١٢٠ ، ص ١٢١ ، الطرق الحكيمة ص ٩٢ ، بتصرف الحكام ح٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٢٥ إعلام الموقعين ح٢ ص ٩٨ .

بعد هذا التقسيم للجرائم باعتبار قوة حق الله فيها تنتهي إلى بيان ما يجري فيه دعوى الحسبة منها وما لا يجرى فيه ذلك فنقول :

دعوى الحسبة لا تقام إلا لحماية لحق الله تعالى خالصاً كان أو غالباً كما تقدم ولذلك فهي تقام في الجرائم التالية :

أ ـ جرائم النوع الأول :

وهي الجرائم التي تثبت حقاً خالصاً لله تعالى ، والدعوى في هذه الجرائم تتمتع بكل خصائص دعوى الحسبة كاملة .

ب ـ جرائم النوع الثاني :

وهي الجرائم التي يكون حق الله فيها غالباً وهذه تتمتع الدعوى فيها ببعض خصائص دعوى الحسبة دون جميعها ، وذلك نظراً لوجود حق العبد فيها ، وسأبين الخصائص التي تتمتع بها هذه الدعاوى بعد بيان خصائص وأحكام دعوى الحسبة .

جـ ـ أما جرائم النوع الثالث :

وهي الجرائم التي يكون حق العبد فيها غالباً فلا تقام فيها دعوى الحسبة أبداً ، ولا تتمتع بشيء من خصائصها وأحكامها بالنظر لغلبة حق العبد ، والقاعدة تقول: (للأكثر حكم الكل) .

والآن لتفصيل أحكام وخصائص دعوى الحسبة أورد أهم الفوارق بينها وبين الدعاوى الشخصية .

الفرق بين دعوى الحسبة والدعاوى الشخصية :

تفترق دعوى الحسبة عن الدعاوى الشخصية من حيثيات أربع وهي :

١ - من حيث الحاجة للخصومة في الإثبات(١).

٢ - من حيث طرق الإثبات .

٣ - التقادم وأثره على إسقاط العقوبة .

٤ - العفو وأثره على إسقاط العقوبة .

١ - من حيث الحاجة إلى الخصومة في إثبات الجريمة :

يقرر الفقهاء أن حقوق الله تعالى الخالصة (وهي جرائم النوع الأول) لا تحتاج إلى خصومة ، أي أن الإثبات فيها أمام القضاء لا يحتاج إلى رفع الدعوى ولكن الشاهدنفسه يعتبر مدعياً في آن واحد ، وتسمى الدعوى هذه دعوى الحسبة أو شهادة الحسبة .

وأما السرقة والقذف وسائر الجرائم التعزيرية التي هي من (النوع الثاني) مما يكون حق الله فيه غالباً . فالأمر فيها يختلف قليلاً بحسب مقدار غلبة حق الله تعالى على حق العبد .

ففي السرقة يقرر الفقهاء أن حق الله غالب مطلقة على حق العبد حتى أن بعضهم يصرح بأنها حق خالص لله تعالى ، ومن ذلك المالكية وبعض الحنابلة .

والحق أن فيها حقاً للعبد أيضاً إلا أنه مغلوب بل مقصور على رفع الدعوى فحسب ، ولذلك فإن الفقهاء يكادون يتفقون على أن الشهادة بها لا تقبل إلا بعد الخصومة

(١) إبراهيم بن محمد المعروف بأبن الشحته ، لسان الحكام ومعرفة الأحكام مطبعة حلبي - القاهرة ١٣٢٩ ص ٦٨

وإقامة الدعوى ممن له الحق في إقامتها وهو المسروق منه ، فإذا أقامها لدى القاضي انتهى حقه في الحد وانقلبت الدعوى دعوى حسبة تتميز بكل ما تتميز به دعوى الحسبة من الأحكام والخصائص وذلك خلافاً للمالكية وبعض الحنابلة الذين يعتبرونها حقاً خالصاً لله تعالى ، ولذلك يقبلون الشهادة فيها من غير دعوى(١) .

وأما القذف فحق الله فيه أقل مما هو في السرقة وان كان غالباً على حق العبد أيضاً لدى جمهور العلماء ، خلافاً لما يفهم من كلام بعض الشافعية والحنبلية من حق العبد فيه هو الغالب .

ولذلك فإن الجمهور يشترطون للإثبات فيه الخصومة وإقامة الدعوى من المقذوف ، ويوقفون حق العبد عند هذا الحد لا يتعداه ، وتنقلب الدعوى بعد إقامتها من مستحقيها إلى دعوى حسبة تتمتع بكل ماتتمتع به دعوى الحسبة من الخصائص ، مثلها مثل دعوى السرقة تماماً نظراً لغلبة حق الله تعالى فيها .

وأما الشافعية والحنابلة الذين يعتبرون حق العبد هو الغالب فلا يجيزون فيه دعوى الحسبة أبداً لا ابتداءً ولانتهاء خلافاً لدعوى السرقة (٢) .

وعلى هذا التفصيل ، باقي الجرائم التي يعتبر حق الله فيها هو الغالب ، فإنها لاتقام إلا بدعوى صاحب الحق فيها ثم تنقلب دعوى حسبة من كل الوجوه .

---

(١) د / أحمد الحجي الكردي / دعوى الحسبة / بحوث كلية الشريعة جامعة دمشق ١٩٧٢ دمشق لم تذكر المطبعة ص ٢٢ .

(٢) هذا إذا لم يكن في مجلس القضاء في معرض دعوى الزنى ، فإذا كان في مجلس القضاء في شهادة الزنى بأن شهد بالزنى واحد أو أثنان أو ثلاثة لأكثر واعتبر الشهود فيه قذفة ، فإنه يعتبر حقاً خالصاً لله ويقام عليهم الحد بدون خصومة بالاتفاق .

وأما الجرائم التي يكون فيها حق العبد هو الغالب فيها كالقصاص في النفس أو الأطراف أو الجرح وغيرها من جرائم (النوع الثالث) . فإنها تعتبر دعاوى شخصية إقامة للأكثر مقام الكل في الحق المتعلق بها ، ولا تجرى فيها دعوى الحسبة بحال لا ابتداءً ولا انتهاءً فتشترط فيها الخصومة وإقامة الدعوى من صاحب الحق لصحة الإثبات إلى غير ذلك مما يشترط في الدعاوى الشخصية .

٢ ـ من حيث طرق الإثبات :

أهم طرق الإثبات العامة المتفق عليها في الشريعة الإسلامية : البينة بشهادة اثنين من الرجال أو رجل وامرأتين ، لقوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ (١) والإقرار ، وذلك لقوله تعالى (٢) : ﴿ بل الإنسان على نفسه بصيرة ﴾ (٣) ، والنكول عن اليمين بعد توجيهه من قبل القاضي ، لانه المراد من توجيه اليمين بقول النبي صلى الله عليه وسلم : (شاهداك أو يمينه) وقوله : (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) (٤) .

وهذه الطرق الثلاث كلها مقبولة في الدعاوى الشخصية عامة إلا ما يكون له صفة خاصة من هذه الدعاوى تدعو الى تقييده ببعض القيود ، أو إفراده ببعض الأحكام ، كجواز إثبات الولادة بشهادة النساء خاصة نظراً لعدم إمكان اطلاع الرجال على ذلك عادة وغير ذلك .

وأما دعاوى الحسبة فقد بحث الفقهاء في مدى قبولها الإثبات بهذه الطرق فاتفقوا في نقاط واختلفوا في أخرى .

---

(١) /٢٨٢/ من سورة البقرة .
(٢) المرجع السابق ص ٢٠٢ .
(٣) /١٤/ من سورة القيامة .
(٤) معناه متفق عليه . انظر صحيح مسلم ص ١٢٨/٥ من كتاب الأقضلية وانظر الأربعين النووية، الحديث الثالث والثلاثون

أما في دعوى الزنى فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تقبل الإثبات إلا بالبينة والإقرار دون النكول ، لأن النكول ، إما إقرار وإما بذل ، وهو في ذينك لا يصلح لإثبات الزنى، لأنه إن كان إقراراً فهو إقرار ضمني غير صريح وذلك شبهة يسقط بها الحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (ادرؤوا الحدود بالشبهات)(١) وإن كان بذلاً كما ذهب الى أبو حنيفة فلا يصلح لإثبات الزنى أيضاً لأن الزنى حد والحدود لا يجرى فيها البذل .

وكذلك الحال في الإثبات بالبينة ، فإن الفقهاء لم يطلقوا ولم يقبلوا في الإثبات بالبينة باقل من أربعة شهود رجال ، خلافاً للدعاوى الشخصية التي يقبل فيها رجلان أو رجل وامراتان ، وذلك لما جاء في صريح القرآن من قوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون** ﴾ (٢)

وكذلك فإن الفقهاء أجازوا أن يكون المدعي في دعوى الزنى شاهداً فيها ، ذلك أنه في دعواه هذه مدافع عن حق الله لا عن حق نفسه فجاز أن يكون شاهداً إلى جانب كونه مدعياً، بخلاف الدعاوى الشخصية التي لا تقبل الدعوى فيها إلا بطلب من صاحب الحق الشخصي ، فإن المدعي لا يجوز أن يكون شاهداً في دعواه لشبهه المصلحة الشخصية المؤثرة في شهادته وأما بالنسبة لدعوى الحسبة فإن المدعى شاهد فيها لغلبة حق الله فيها وزوال شبهة المصلحه الشخصية .

وأما الإقرار فقد اشترط الحنفية والحنبلية فيه التكرار أربع مرات يرد القاضي فيها المقر في كل مرة ثم يعود من تلقاء نفسه خلافاً للدعاوى الشخصية التي تثبت بالإقرار مرة واحدة . وذلك لما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال :(أتى رجل من الأسلميين ،

---

(١) روى عن عدد من الصحابة بطرق متعددة وهو صحيح . انظر نيل الأوطار ٧/ ١١٠

(٢) /٤/ من سورة النور .

فقال : يارسول الله إني زنيت ، فأعرض عنه ، حتى ثنى ذلك أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات وعاد فقال له : أبك جنون ؟ قال : لا . ثم أمر فأقيم عليه الحد) .(١)

وأما المالكية والشافعية فقد أبقوا حد الزنى على أصل القاعدة وقبلوا فيه الإقرار مرة واحدة استدلالاً بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من أنه قيل فيه في بعض الأحوال الإقرار مرة واحدة .

وأما حد شرب الخمر والسرقة ، فإنه يقبل الإثبات والإقرار وحده دون النكول لما تقدم في حد الزنى .

ولا يشترط في البينة لإثبات هذين الحدين أكثر من شاهدين اثنين كما في سائر الدعاوى الشخصية ، وكذلك الإقرار يكفي فيه القول مرة واحدة جرياً على أصل القاعدة في الإثبات به ، وذلك في مذهبي أبي حنيفة والشافعي . وذهب جماعة من الحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى اشتراط تكرار الإقرار مرتين قياساً على الشهادة فيها ، ولأنها حق خالص لله تعالى يشترط له الإصرار على الإقرار ، والإصرار لا يتم إلا بالتكرار .

وقد ذكر الكساني في البدائع ضابط ما يشترط له التكرار في الإقرار على مذهب من يشترط ذلك فقال : (إن كل ما يسقط بالرجوع عن الإقرار فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود) (٢) .

وكذلك في السرقة بالنسبة لثبوت الحد وحده ، أما المال فيثبت بالإقرار مرة واحدة بالإتفاق ، وكذلك يثبت المال بالنكول أيضاً ، لأن دعوى السرقة تتضمن حقين ، الأول هو حق الله في الحد ، والثاني حق العبد في المال المسروق ، والدعوى الأولى هي دعوى حسبة ، أما الثانية فدعوى شخصية تثبت بكل ما تثبت به الدعاوى الشخصية الخرى .

---

(١) رواه مسلم بلفظ مقارب في باب من اعترف على نفسه بالزنى من كتاب الحدود ج ١١٦/٥

(٢) بدائع الصنائع ح١٠ ص ٤٦٨٩ ، ص ٤٦٦٨

وان كان كلا الدعويين لا يقبل الإثبات فيها إلا بعد خصومه من صاحب الحق الشخصي وهو المسروق منه لتشابك الحقين وارتباطهما ببعضهما (١) .

أما حد القذف فيقبل الإثبات بالبينة والإقرار ، ويكفي في بينته شهادة رجلين وفي الإقرار مرة واحدة عند الجميع .

وأما ثبوته بالنكول فقد ذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى ثبوته به ،فإذا طلب اليمين من القاذف فنكل عنه فإن حد القذف ثمانين جلدة ،وذلك لغلبة حق العبد فيه عنده .

وذهب الحنفية في راوية الكرخي عنهم إلى أن القذف لا يثبت بالنكول ولا توجه اليمين فيه على القاذف ، وذلك لغلبة حق الله فيه على حق العبد عندهم كما تقدم في سائر الحدود (٢) .

وفي ظاهر الرواية أن الحنفية يرون توجيه اليمين على القاذف ، فإن نكل عنها قضى عليه بالحد عند البعض ، وقضى عليه بالتعزير عند البعض الأخر (٣) .

وحجة الأولين أن القذف حق العبد فيه كبير فيجعل مغلوب على أي حال ، فيقضي بالتعزير حماية لحق العبد ، ويمنع الحد نظراً لما فيه من غلبة حق الله تعالى . كما في السرقة حيث يثبت بالنكول فيها المال دون الحد رعاية للحقين معاً كما تقدم .

---

(١) البهوتي شرح منتهى الأرادات حـ٣ صـ٣٦٣ .
(٢) حاشية ابن عابدين حـ٣ ص ١٦٧ / ١٦٨ .
(٣) القذف : في اللغه الرمي ، والقذيفة : القبيحة وهي الشتم وقذف بقوله : أي تكلم بدون تدبر ولا تأمل (انظر الصحاح ١٤١٤/٤ المصباح المنير ٢٩٣/١ : أما التعريف الشرعي : فقد اتفق العلماء على أنه الرمي بالزنى ولكنهم اختلفوا في اضافة بعض الألفاظ والعبارات الاحترازية ، فورد للقذف تعريفات عديدة أذكر منها :
أ - (رمي مخصوص وهو الرمي بالزنى صريحا ، وهو القذف الموجب للحد)(*). =

(*) انظر : تبيين الحقائق ١٩٩/٣ .

وعلى ذلك التفصيل جميع الحدود والتعزيرات التي يكون حق الله فيها خالصاً أوغالباً . وأما القصاص والتعزيرات التي يكون حق العبد فيها هو الغالب ، فإنها لا تعتبر دعاوى حسبة كما تقدم وتقبل الإثبات بالوسائل العادية التي تثبت بها الدعاوى الشخصية المحضة ، ولا يستثنى من ذلك إلا قبولها الأثبات بالنكول فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى توجيه اليمين في القصاص على الفاعل ، فإذا نكل لم يقض عليه بالقصاص ، ولكن قضى عليه بالدية ذلك أن القصاص كالحدود يسقط بالشبهة ، والنكول إقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ، أو هو بذل ، إذ البذل قاصر على الأموال وما ألحق بها .

= ب ـ وقال ابن عرفة : إن للقذف تعريفين أحدهما عام ، والثاني خاص .
فالعام هو : (نسبة آدمي غيره الى الزنى أو قطع نسب مسلم)
والخاص هو : (نسبة آدمي مكلف غيره حراً مسلماً بالغاً ، أو صغيرة تطبيق الوطء ، لزنى أو قطع نسب مسلم) (*) .
جـ - وقبل هو : (الرمي بالزنى في معرض التغيير ((فخرج بذلك الرمى بالزنى عند الشهادة به ، اذا تمت الشهادة(**) .
د ـ وعرف القذف أيضاً بأنه : (الرمى بزنى أو لواط أو شهادة بأحدهما ولم تكمل النيه)(***) .

الترجيـــــح :
أرى أن التعريف الخاص الذي أورده ابن عرفة هو الراجح ، لاشتماله على الشروط الواجب توافرها في القاذف والمقذوف والقذف . وأرى أن يضاف للتعريف قيد : في معرض التعبير ، وذلك احترازاً من الشهادة به اذا تمت وكملت .

- حكم القذف :
القذف محرم بالكتاب والسنة والاجتماع .
فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ **ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم** ﴾(****) .
ومن السنة ما أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : ((اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا يارسول الله وما هن ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنـــات =

(*) التاج والاكليل ٢٩٨/٦ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣٢٤/٤ ، ٣٢٥ ، مواهب الجليل ٣٢٤/٤ .
(**) أسنى المطالب ١٣٥/٤ ، مغنى المحتاج ١٥٥/٤ .
(***) حاشية الروض المربع للنجدي ٢٢٠/٧ ، كشاف القناع ١٠٤/٦ ، منتهى الارادات ٤٦٧/٢ .
(****) النور آية ٢٣ .

وأما التعزيرات التي يغلب فيها حق العبد فإنها تقبل الأثبات بالنكول جرياً فيها على الحق الغالب .

٣ - وأما من حيث التقادم وأثره على اسقاط الجريمة فتفترق فيه دعوى الحسبة عن الدعاوى الشخصية من وجه . ذلك ان المقرر في الدعاوى الشخصية ان التقادم لا يؤثر على سقوط الدعوى فيها مهما طال الأمد ، إذا كان التأخير عن إقامتها لسبب مقبول من جهل بالحق أو مرض أو سفر أو غير ذلك . فإذا كان التأخير عن إقامتها لغير سبب سقط حق الأدعاء بها لدى القاضي بعد مضي خمسة عشر عاماً على ثبوت الحق إذا كان عليه منكراً للحق فإذا كان مقراً به سمعت وقضي لصاحب الحق بحقه ولو بعد مئة عام أو أكثر ذلك أن التقادم يؤثر على حق الأدعاء فقط لا على الحق نفسه وذلك لما في التقادم من شبهة الإبراء ، فإذا كان المدعى عليه مقراً بالحق لم يعد للشبهة مكان فيلغي التقادم . وهذا التقادم بالشروط السابقة يسري على دعاوي الحسبة فتسقط به كما تسقط به الدعاوى الشخصية ، ويسمى بالتقادم الطويل ، وهو غير محل بحثنا هنا .

= المؤمنات الغافلات))(*) ، أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على تحريمه(**) ، استناداً للأدلة السابقة ، ولقوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون** ﴾(***) .

- عقوبة القذف .

عقوبته ثمانون جلدة باتفاق العلماء للادلة الواردة في ذلك من الكتاب والسنة والاجماع . فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة** ﴾(****) . =

(*) البخاري ٢٣/٨ ، ٢٤ ، مسلم بشرح النووى ٨٣/٢ .

(**) انظر : حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ١٩٩/٣ ، فتح القدير ٨٩/٥ ، الإجماع لابن المنذر ص ١٤٣ ، ١٤٤ ، روضة الطالبين ١٠٦/١٠ ، المهذب ٢٧٣/٢ ، شرح منهى الارادات ٣٥٠/٣ ، العدة شرح العمدة ص ٥٦٢ ، الكافي ٢١٦/٤ ، المغني ٢١٥/٨ .

(***) النور آية ٤ .

(****) النور آية ٤ .

وأما التقادم القصير الذي تسقط به الدعاوى لعذر كان أو لغير عذر فهو محل البحث وهو ما اختلف الفقهاء في اعتباره مسقطاً لدعاوى الحسبة أو غير مسقط لها ، مع اتفاقهم على عدم تأثيره على الدعاوى الشخصية(١) .

= ومن السنة وردت عدة أحاديث بهذا الخصوص ، ومنها إقامة النبي صلى الله عليه وسلم حد القذف ثمانين جلدة على الذين افتروا على أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وقصة الإفك معروفة ومشهورة . نزلت فيها آيات تتلى(*) . أما الاجماع : فقد أجمعت الأمة على جلد القاذف ثمانين جلدة للأدلة الواردة في ذلك . كذلك اتفق العلماء على أن القاذف اذا لم يتب لم تقبل شهادته - وهذه هي العقوبة الثانية - والعقوبة الثالثه هي : الحكم بفسقه(**) . ولكن العلماء اختلفوا في المحدود في قذف اذا تاب فهل تقبل شهادته ؟ يرى الإمام أبو حنيفة : أن شهادته لا تقبل وان تاب(***) . ويرى الجمهور (مالك والشافعي وأحمد) : أنه إذا تاب المحدود في قذف قبلت شهادته(****) . وروي عن الشعبي والضحاك قول آخر وهو : التفصيل في المسألة ، وملخصة أنه لا تقبل شهادته وان تاب الا اذا اعترف على نفس بأنه قد قال البهتان فحينئذ تقبل شهادته(*****) . أما الترجيح بين هذه الاقوال فمرجعه كتب الفقه إذ ليس هذا موضوع بحثنا

(١) معنىالتقادم هو : ((مضي الزمن الطويل على وجود الشيء)) وتقادم الدعوى هو : مرور مدة طويلة يحددها النظام - على الدعوى دون أن يحركها صاحبها(******) . ويمكن أن يعرف التقادم عند الفقهاء القائلين بأثره في سقوط الحد مضى الزمن الطويل على الدعوى بغير عذر فيسقط بها الحق ، مالم يكن ثبوته باقرار - فيما سوى الخمر - أو كان الحد قذفا .
أما أثر التقادم في الدعوة الجنائية فقد اختلف فيه العلماء كما يلي : يرى الأحناف - عذا زفر - ورواية عن الامام أحمد(*******) : أن التقادم يسقط الحد إذا كان دليل الاثبات هو الشهادة . أما كان دليل الاثبات هو الاقرار فان الحدود لا تسقط بالتقادم فيه . فمن اعترف بحد قديم وقع عليه الحد . إلا في الشرب . =

(*) سنن أبي داود ١٦٢/٤ ، سنن الترمذي ١٧/٥ ، مسند الامام أحمد ٣٠/٦ ، ٣٥ .
(**) انظر : تبيين الحقائق ٩٩/٣ ، فتح القدير ٨٩/٥ ، ١٠٧ ، بداية المجتهد ٣٣١/٢ ، ٣٣٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٣٥ ، المهذب ٣٣١/٢ ، الكافي ٢٢٢/٤ ، المحرر ٩٤/٢ ، المغني ٢١٧/٨ ، ١٩٧/٩ ، المحلى ٢٦٥/١١ ، تفسير ابن كثير ٢٦٤/٣ ، التفسير الكبير للرازي ٢٢٩/٦ ، في ظلال القرآن ٢٤٩١/٤ .
(***) انظر : تبيين الحقائق ٢١٨/٤ ، فتح القدير ١٠٧/٥ وما بعدها ، موسوعة النخعي ٥٥٩/٢ ، المغني ١٩٧/٩ .
(****) انظر : بداية المجتهد ٣٣٢/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٣٥ ، المهذب ٣٣١/٢ ، ٣٣٢ ، إعلام الموقعين ١٢٢/١ ، الانصاف ٥٩/١٢ ، المغني ١٩٧/٩ .
(*****) انظر : تفسير ابن كثير ٤٦٥/٤ ، تفسير فتح القدير ٩/٤ ، في ظلال القرآن ٢٤٩١/٤ .
(******) معجم لغة الفقهاء ص ١٣٩ .
(*******) جاء في المغني : ((وقال أبو حنيفة : لا أقبل بينة على زنى قديم واحده بالإقرار به . وهذا قول ابن حامد وذكره ابن أبي موسى مذهباً لأحمد)) المغني ٢٠٧/٨ .

ولذلك فإنني سوف أبحث في هذا الموضوع في نقتطين :

أ - سقوط الحق بتقادم الإثبات فيه بالتقادم القصير

ب - سقوط التنفيذ ، بهذا التقادم بعد ثبوت الحق

أ ـ من حيث سقوط الحق بتقادم الإثبات فيه :

انقسم الفقهاء في ذلك الا أربعة مذاهب :

١ - ذهب المالكية والشافعية والحنبلية إلى أن لا أثر لهذا التقادم مطلقاً على ثبوت الحدود والجرائم التي يكون حق الله فيها غالب أو خالصاً سواء أكان الإثبات بالبينة أم بالإقرار أم بالنكول على حد سواء ، فإذا رفعت الشهادة بالزنى القديم لدى القاضي قبلت ونفذ الحد ، وكذلك إذا رفعت بالشرب أو السرقة أو غير ذلك .

وعلى نفس الحكم لو أقر المجرم بجريمته بعدما تقادمت الجريمة ، فإنه يقبل إقراره وتنفيذ العقوبة بعدما تقادمت الجريمة ، فإنه يقبل إقراره وتنفيذ العقوبة عليه .

= والحدود التى قال الأحناف بتأثير التقادم فيها عند الشهادة بها باتفاق هى الزنى والسرقة والشرب . ولذا نجد الأحناف يقولون باشتراط عدم التقادم في الشهادة بالحدود (*) . ويرى الأحناف : أن من شهد بسبب حد متقادم فان شهادتهم لا تقبل ، اذا كان تأخيره للشهادة بدون عذر . وقد احتجوا بقولهم : ان الأصل في الشهادة بالحدود أن الشاهد مخير بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى أمتثالا لقوله تعالى : ﴿ **وأقيموا الشهادة لله** ﴾(**) . وبين الستر على المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم : ((ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة))(***) . وعندما يترك الشاهد الشهادة وقت المعاينه حتى تقادم العهد على ذلك فلا يخلو حاله من أحد أمرين :

الأول : أنه ترك الشهادة للستر على أخيه المسلم .

الثاني : أنه ترك الشهادة لغير الستر . =

(*) انظر بدائع الصنائع ٤٦/٧ ، تبيين الحقائق وبهامشه حاشية الشلبي ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ، حاشية ابن عابدين وبهامشها الدار المختار ١٥٨/٣ ، ١٥٩ ، شرح فتح القدير ٥٦/٥ - ٦٠ المبسوك ٩٧/٩ ، الأنصاف ٨/٢ ، ٩ ، المعنى ٢٠٧/٨ ، موسوعة الفقه الاسلامي ١٦٤/١٢ ، ١٦٥ .

(**) الطلاق آية ٢ .

(***) مسلم النووي ٢١/١٧ ، سنن أبي داود ٢٣٥/٥ رقم ٤٩٤٦ ، سنن الترمذي ٢٤/٤ رقم ١٤٢٥ .

ودليل هؤلاء عدم وجود فارق معتبر بين حق الله وحق العبد إذ أن الدعاوى الشخصية لا تسقط بهذا التقادم القصير باتفاق الفقهاء فكذلك دعاوى الحسبة .

٢ - وذهب ابو حنيفة وأبو يوسف الا أن الدعوى تسقط بالتقادم إذا ثبت بعد ذلك الحق بشهادة ، فإذا ثبت بالإقرار لم تسقط الدعوى ، ويقبل الإقرار ويحكم به وتنفذ العقوبة على صاحبها . وهذا بالنسبة لحدي الشرب والزنى خاصة ، وأما حد القذف فلا يؤثر فيه التقادم ، وكذلك حد السرقة في حق المال دون الحد .

= فان كان ترك الشهادة للستر ثم أداها ، دل ذلك على أنه هناك ضغينه حركت الشاهد ، فيكون بذلك متهماً ، ولا شهادة للمتهم لقوله صلى الله عليه وسلم : ((لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا مجلود حداً ولا ذي غمر على أخيه ، ولا مجرب شهادة ، ولا القانع لأهل ، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة))(*) . ولقولة عمر رضي الله عنه : ((أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته ، فإنما شهدوا عن ضغن فلا شهادة لهم))(**) . وان كان تركها لغير الستر : فان الشهود يأثمون بتأخير الشهادة عن وقتها ويفسقون لأن أداء الشهادة من الواجبات ، وتأخيرها لغير الستر هنا فسق والفاسق لا تقبل شهادته . ولم يشترط الأحناف عدم التقادم في حد القذف عند الشهادة به ، لأنه لا يترتب عليه المحاذير التي تترتب على غيره من الحدود ، إذ أن التأخر في الشهادة بحد لا يدل على الضغينة والتهمة ، لأن الدعوى في القذف شرط فيحتمل أن يكون تأخير الشهادة بسبب تأخير الدعوة من المدعي . أما إذا كانت تأخير الشهادة بالحدود بعذر ، كأن يكون الشاهده بعيداً عن مقر الإمام ، أو كان مريضاً ، أو الطريق غير آمنة ، ونحوها من الأعذار التي تحول دون الشهادة بالفعل حال معاينته فان الأحناف يجيزون الشهادة هنا . ولا يسقط الحد عندهم . أما مقدار التقادم عند الأحناف فمختلف فيه : فعند الإمام أبي حنيفة - فيما عدا حد الشرب - عدم تقديره بمدة معينه ، وفوضه إلى رأي القاضي . وقد روى عن محمد بن الحسن : تقديره بستة أشهر . كما روى عنه أنه قدره بشهر ، لأن مادونه عاجل ، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف =

(*) سنن الترمذي ٥٤٥/٤ ، ٥٤٦ رقم ٢٢٩٨ وقال عنه الترمذي (هذا حديث غريب لانعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ، ويزيد يضعف في الحديث ، ولا يعرف هذا الحديث من حديث الزهري الا من حديثه) . وقال أبو زرعة في العلل منكر ، وضعفه عبد الحق وانب حزم وابن الجوزي . (انظر : تلخيص الحبير ٢١٩/٤ ، نصيب الراية ٨٣/٤) .

(**) السنن الكبرى للبيهقي :١٥٩/١٠ ، مصنف عبد الرزاق ٤٢٢/٧ ، المحلى ١٤٤/١١ ، مسألة ٢١٧٥ ، المغنى ٢٠٧/٨ وفيه : (رواه الحسن مرسلاً ، ومراسيل الحسن ليست بالقوية) .

٢ - وذهب محمد بن الحسن إلى ما ذهب إليه الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف في كل ذلك وخالفهما في ثبوت حد الشرب بالإقرار ، وقال إن الإقرار لا يقبل بالشرب القديم تفريقاً للشرب عن سائر الحدود الأخرى لأنها تثبت بالقرآن وحد الشرب ثبت بالإجماع ولذلك اعتبر تأخر الإقرار فيه شبهة مسقطة له .

وحجة الحنفية في ذلك أن التأخير في أداء الشاهد متهماً بالكذب ، وشهادة المتهم شبهة يسقط بها الحد ، أما شبهة اتهامه فحملها أن الشاهد في هذه الحدود مأمور بأحد أمرين كلاهما حسبة لله تعالى :

= وقد رجح هذا القول أكثر الحنفية ، لأن مافوق الشهر آجل ومادونه عاجل . أما حد الشرب ، فعند محمد ، هو كغيره من الحدود . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ، تقدر مدة التقادم بزوال الرائحة ، فلو شهدوا عليه بعدها لم تقبل(*) . أما التقاوم في الإقرار بحد الشرب عند الأحناف فقد اختلفوا أيضاً في اشتراطه ، فيرى محمد بن الحسن : أن الحد يقام على كل من أقر بشرب الخمر سواء أكانت الرائحة موجودة أم لا . ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف : ألا يكون الاقرار بالشرب قد تقادم : وحد التقادم عندها هو ذهاب الرائحة ، فمن أقر بشرب الخمر أو السكر بعد ذهاب الرائحة لم يقبل إقراره . وقد احتجا لرأيهما : بأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وعمر بن الخطاب ، فقد أثر عنهما اشتراط قيام الرائحة ، فقد روى أبو ماجد الحنفي(**) قال : ((جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود ، فقال عبد الله : ترتروه واستنكهوه ، ففعلوا ، فرفعه إلى السجن ، ثم عاد به من الغد ، ودعا بسوط ، ثم أمر بشرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة ، ثم قال للجلاد : اجلد ، وارجع يدك ، وأعط كل عضو حقه(***) . فهذا دليل على اشتراط وجود الرائحة عند الإقرار. كما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أتي برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها ، واعترف به ، فعزره ولم يحده(****) . فلو كان التقادم لا أعتبار له هنا لأقام عمر الحد على المقر ولم يعزره . ومن المعقول قالا : أن قيام الأثر من أقوى الأدلة على القرب فيقدر به ، بخلاف غيره من الحدود ، لعدم الأثر فيها فيتعذر أعتباره(*****) . =

(*) انظر : بدائع الصنائع ٤٦/٧ ، ٤٧ ، تبين الحقائق ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ، حاشية ابن عابدين وبهامشها الدار المختار ١٥٨/٣ ، ١٥٩ ، شرح فتح القدير ومعه شرح العناية على الهداية ٥٦/٥ - ٦٠ .

(**) أبو ماجد الحنفي : قال عنه النسائي : منكر الحديث . وقال البخاري :ضعيف . (أنظر : ميزان الاعتدال ٥٦٦/٤) .

(***) مصنف عبد الرازاق ٢٧١/٧ ، نصب الراية ٣٤٩/٣ ، مجمع الزوائد ٧٩/٦ وفيه ((رواه الطبراني وابو ماجد ضعيف)) .

(****) انظر الحقائق ١٩٧/٣ .

(*****) انظر : بدائع الصنائع ٥١/٧ ، تبيين الحقائق ١٩٦/٣ ومابعدها ، شرح فتح القدير ومعه الهداية ٧٧/٥ ومابعدها ، والشبهات وأثرها في اسقاط الحدود . ص ٦٧ ، ٦٨ .

= ويرى نفر من الأحناف : اشتراط عدم التقادم في الدعوى الجنائية سواء كان الدليل هو الشهادة أو الإقرار . وحجته : أن الإقرار كالشهادة ، فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضاً مندوب الى الستر على نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم : ((من أصاب من هذه القاذورات فليستتر بستر الله)) . وقد أجيب عن ذلك الاستدلال : لأن آخر الحديث المذكورة يقول : ((فان من بين لنا صفحته نقم عليه كتاب الله))(*) . وهذا قد ابدى صفحته باقراره وإن كان قد تقادم العهد ، والمعنى فيه أن التهمه تنتفي من إقرارة وإن كان بعد تقادم العهد ، فإن الانسان لا يعادى نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره ، بل إنما يحمله على ذلك الندم وإيثار عقوبة الدنيا على الآخرة ، بخلاف الشاهدة فبتقادم العهد توجد التهمة من حيث إن العداوة حملتهم على أداء الشهادة بعد ما اختاروا الستر عليه ، وهنا كان إصراره يمنعه عن الاقرار ثم الندم والتوبة حمله على الإقرار بعد تقادم العهد(**) . ويرى المالكية والشافعية والحنابلة - في المشهور عندهم - والظاهرية أن التقادم لا أثر له في جرائم الحدود ، سواء كان الدليل على ذلك الشهادة أو الإقرار . وقد احتجوا لقولهم بما يلي :

١ ـ قوله تعالى : ﴿ **فاستشهدوا عليهن أربعة منكم** ﴾(***) . فلم يقيده بزمن معين ، والتخصيص يحتاج إلى دليل / ولا دليل هنا .
٢ ـ قوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء** ﴾(****) ووجه الاستدلال كما سبق في الآية الاولى .
٣ ـ قوله صلى الله عليه وسلم : ((فإن من بين لنا صفحته نقم عليه كتاب الله))(*****) . وهذا رد على من جعل التقادم في الحدود يؤثر على الاقرار .
٤ ـ أن الله تعالى أوجب حد الزنى ، وقطع يد السارق وأمر باقامة الحدود في كتابه وعلى لسان نبيه صلى الله عليه وسلم دون تفريق أو اعتبار للتقادم .
٥ ـ أنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كغيرة من الحقوق .
٦ ـ وبخصوص الشهادة فهى قول يلزم به إقامة الحد على من نسب اليه الفعل لا تخرج بتأخيره فأشبه الإقرار .
٧ ـ ولأن كل حق لم يسقط بتأخير الإقرار لم يسقط بتأخير الشهادة كسائر الحقوق .
٨ ـ وبخصوص الاقرار :أنه أقر بحق لله تعالى فلم يبطله طول المدة كسائر الحقوق(******) . =

(*) الموطأ (بهامس المنتقي ١٤٢/٧) ، جامع الأصول ٥٩٧/٢ ، ٥٩٨ ، الأم للشافعي ١٤٥/٦ ، شرح الزرقاني على الموطأ ١٤٧/٤ ، تلخيص الحبير ٦٤/٤ .
(**) أنظر : المبسوط ٩٧/٩ .
(***) النساء آية ١٥ .
(****) النور آية (٤) .
(*****) سبق إيراده آنفاً .
(******) أنظر : مذهب الجمهور وأدلتهم في كل من : الاشراف على مسائل الخلاف ٢١٥/٢ ، ٢١٦ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٩/٢ ، ٢٠٧/١ ، التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ٣١٣/٦ ، المدونة ٢٢٤/٤ - ط : دار الفكر العربي عام ١٣٩٨هـ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٥ ، أسنى المطالب ١٢٢/٤ ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٤٩١/١ ، ١٨/٢ ، ١٩ ، مغني المحتاج ١٥١/٤ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٦٤ ـ كشاف القناع ١٠٢/٦ ، المغنى ٢٠٧/٨ ، المحلى ١٤٤/١١ - ١٤٧ .

الأول : أداء الشهادة حسبة لله تعالى إقامة لحق الله ومنعاً للفساد في الأرض .

والثاني : الستـــر على المؤمـن عملاً بقـوله صلى الله عليه وسلم : (من ستر مسلماً ستره الله تعالى يوم القيامة) (١) متفق عليه .

والمؤمن أمين على حق الله والمجتمع في الإقدام أو الستر وواجبه أن يختار فوراً أحدهما فإن تأخر مدة الاختيار حتى تقادمت الجريمة ثم أقدم على إقامتها كان ذلك منه مظنة إثارة حقد أو ضغينة وهذا شبهة تسقط بها شهادته بالحد . وقد صرح بذلك عمر رضي الله عنه بقوله : (أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم) وأما حد القذف فلا تسقط الشهادة فيه بالتقادم لكبر حق العبد فيه من وجه ، ولأن الشهادة فيه لا تسمع بغير خصومه ، فكان تأخرالشاهد عن الشهادة فيه لعدم الخصومة وهي عذر يرفع عن الشهادة الشبهة .

= **الترجيـــح** :
أرى أن ماذهب اليه جمهور العلماء هو الراجح ، لما ذكره من أدلة تقوى رأيهم ، سواء من الكتاب أو السنة أو المعقول . لأن الحد لايسقط بمطلق الاحتمال فانه لو سقط بكل احتمال ، لم يجب حد اصلا(*) . ولأن كل شاهد لم يحد في الزنى حد المشهود عليه ، أصله مع قصر المدة وقد وافق الجمهور ابا حنيفة أنهم لا يجدون فيجب أن يحد المشهود عليه(**) . أما ما احتج به الأحناف والمروى عن عمر فقد قال عنه ابن قدامه : إنه من مراسيل الحسن ومراسيل الحسن ليست بالقوية(***) .

(١) انظر رياض الصالحين ص ١٢١

(*) المغني ٢٠٧/٨ .
(**) انظر : الاشراف على مسائل الخلاف ٢١٥/٢ .
(***) انظر : المغني ٢٠٧/٨ .

وكذلك حد السرقة فإن الحد فيه يسقط بالتقادم إلحاقاً له بحد الزنى والشرب بجامع غلبة حق الله في كل ، وأما المال فهو حق العبد فلا يسقط بالتقادم قياساً على العباد الأخرى .

هذا بالنسبة إلى سقوط العقوبة بالشهادة ، وأما بالنسبة لعدم سقوطها بالإقرار في جريمة قديمة ، فلأن الشبهة المتأنية في الشهادة غير متأنية في الإقرار ، لأنه لا يعقل الكذب على النفس وتحمل العقوبة من غير جريمة تستحقها .

٤ - وذهب ابن أبي ليلى : إلى قول رابع وهو سقوط جميع الحدود بالتقادم سواء أثبت بعد ذلك بالإقرار أو بالبينة على حد سواء ، وحجته أن هذه العقوبات إنما شرعت للزجر وتأخير المعاقبة عليها يذهب بمعنى الردع الذي شرعت من أحله ولذلك تسقط بذلك .

ب - من حيث سقوط العقوبة بتقادم تنفيذها بعد ثبوتها :

إذا ثبتت العقوبة على المجرم بطرق الإثبات السابقة وحكم القاضي بها ثم تأخر تنفيذها لسبب من الأسباب ، كمرض المجرم المانع من تنفيذ العقوبة أو هربه من وجه السلطة أو غير ذلك مدة التقادم .

فهل يؤثر ذلك التقادم في اسقاط العقوبة ؟ ...

ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل رحمهم الله ومعهم نفر من الحنفية إلى أن التقادم بعد الحكم لا يؤثر في إسقاط العقوبة مهما كان سبب هذا التقادم ، وذلك جرياً على قولهم في التقادم قبل الثبوت .

وذهب الحنفية إلى أن التقادم بعد الحكم على قولهم في التقادم بعد الحكم بالعقوبة يسقطها مهما كان سبب التأخير .

ومجمل حجة الرأي الأول : أن العقوبة قد ثبتت بالحكم بها ، ولذلك فإن إسقاطها بالتقادم يعتبر تعطيلاً للحدود ، وهو محرم شرعاً .

ومجمل حجة الرأي الثاني : أن الحد إنما شرع لتطهير نفس المجرم أولاً ، وتأخير التنفيذ بعد القضاء بالحد مظنة التوبة من المجرم لأنه الغالب في حقه في مثل هذه الحال ، وبذلك ينتفي المعنى من الحد فيسقط .
وليس معنى سقوط الحد هنا سقوط العقوبة كلياً ، بل معناه سقوط الحد إلى التعزيز ، وهو عقوبة أخف من الحد بدون شك .

د - من حيث المدة المعتبرة في التقادم :

تقدم أن المدة المعتبرة للتقادم في الحقوق الشخصية المحضة هي خمسة عشر عاماً وهذه المدة معتبرة أيضاًفي إسقاط الحقوق الشخصية الغالبة في العقوبات أيضاً عند جميع الفقهاء وكذلك في دعاوى الحسبة الناتجة على حماية حقوق الله تعالى خالصة أو غالبة حتى عند من لا يرى سقوط هذه الحقوق بالتقادم القصير إذ أن التقادم بخمسة عشر عاماً تقادم مسلم به لدى الجميع وهو شامل لكل أنواع الحقوق والدعاوى ، والخلاف منحصر في التقادم الخاص القصير كما تقدم .

وأما من يرى سقوط دعاوى الحسبة بالتقادم القصير وهم الحنفية كما تقدم فإنهم فضلاً عن اتفاقهم على سقوطها بالتقادم المعروف في الدعاوى الشخصية المحضة قالوا بسقوطها بتقادم خاص كما تقدم ولكنهم اختلفوا في تحديد مدته .

ففي المذهب الحنفي ثلاث روايات عن أبي حنيفة في تحديد هذه المدة :

الرواية الأولى : تدل على أنه رفض تحديد ذلك بمدة معينة ، وترك أمر ذلك للقاضي يحدده بحسب الظروف والأحوال والقرائن .

والرواية الثانية : تشير إلى أنه حدده بستة أشهر .

وهناك رواية ثالثة عن الإمام أبي حنيفة تفيد أنه حدده بشهر واحد لأنه في الفقه أدنى الآجل وأكثر العاجل في الديون . وهذه الرواية أسندت إلى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، وارتضاها أكثر الفقهاء .

وهذا بالنسبة لحدي الزنى والسرقة ، أما حد الشرب فقد ذهب محمد إلى أنه كحدي الزنى والسرقة يسقط بشهر اعتباراً بهما ، وذهب الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه يتقادم بذهاب الرائحة من فم الشارب عند أداء الشهادة ، فلو شهدوا بعد ما زال رائحة الخمر من فم الشارب عند أداء الشهادة من فيه بسبب بعد المسافة بينه حين الشرب وبين القاضي ، ففي هذه الحال تقبل الشهادة بشرط أن يذكر أنهم أخذوه والريح منبعث من فمه .

ومجمل دليل الشيخان أن حد الشرب ثبت بالإجماع ، والإجماع الذي ثبت فيه هذا الحد هو في حال أخذ فيها الشارب وهو سكران ، أو رائحة الخمر تنبعث من فيه فلا يزاد عليه .

هذا ولابد من الإشارة هنا إلى أن القوانين الوضعية تساير المذهب الحنفي وتوافقه في مبدأ قبول الجريمة للسقوط بسبب التقادم من حيث الادعاء بها وإثباتها ، ومن حيث سقوط العقوبة من بعد إثباتها والحكم بها .

فـلا تقبل الدعوى العامة في الجرائم في القوانين الوضعية وهي ما يقابل (دعوى الحسبة) في الشريعة الإسلامية إذا مضت مدة معينة (بينتها القوانين) على انتهائها ، وكذلك تسقط العقوبة إذا مضت مدة معينة بعد القضاء بها من غير تنفيذ .

إلا أن القوانين الوضعية تفترق عن المذهب الحنفي في ذلك في نقطتين هما :

أ ـ القوانيـــن الوضعية تعتبر التقادم مسقطاً للجريمة سواء أكانت اعتداء على حق المجتمع أم اعتداء على حق آحاد الناس ، بخلاف المذهب الحنفي فإنه يعتبر التقادم مسقطاً لعقوبه الجرائم التي هي حق الله تعالى ، أما حقوق العباد فلا تسقط بالتقادم كما في القذف .

ب - عبـارات علمـاء القانون تفيد بمجموعها أن التقادم يسقط الجريمة من أصلها ويعتبرها كأن لم تكن ، أما علماء المذهب الحنفي فإن عباراتهم تفيد أن التقادم يسقط العقوبة فقط دون الجريمة بدليل أنهم ينصون على أنه لو شهد أربعة على رجل بالزنى ثم تبين أن الزنى كان قديماً ، فإنه لا يحكم على الزاني بحد الزنى ، ولكن لا يحكم على الشهود بحد القذف أيضاً ، وهذا دليل على عدم سقوط الجريمة . هذا بالإضافة إلى تصريحهم بجواز تعزير المتهم إذا ردت شهادة الزنى عليه بالتقادم ، وهذا دليل آخر على عدم براءته من الجريمة بالتقادم .

هـ ـ من حيث أثر العفو على إسقاط الجريمة :

يتفق الفقهاء على سقوط الدعوى الشخصية وسقوط العقوبة بها بعفو صاحب الحق لأنها ما أقيمت إلا حفاظاً على حقه فإذا لم يعد ثمة مكان للعقوبة فتسقط ، وسواء في ذلك أكان العفو قبل الحكم أم بعده .

أما دعاوى الحسبة ، وهي التي تقام حفاظاً على حق الله تعالى خالصاً أو غالباً . فما كان منها خالصاً لله تعالى كما في الزنى وشرب الخمر فلا يسقط بعفو أحد أنى كان لا قبل الإثبات ولابعده . لأنه لا حق لأحد من العباد فيها حتى يسقطه وحق الله لا يستطيع أحد أن ينوب عنه في إسقاطه حتى أن الحاكم لا يجوز له العفو عن العقوبة بعد ثبوتها ، وهو ملزم بالتنفيذ ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم :(تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد وجب) .

وما كان منها حق الله فيه هو الغالب كما في السرقة والقذف ، فمجمل آراء الفقهاء أنها تقبل السقوط من صاحب الحق الشخصي فيها قبل الترافع والإثبات والحكم وهو المسروق منه والمقذوف وذلك بالنسبة لحقه وحده ، وأما حق الله فيبقى بعد الترافع ، أما قبله فإنه يسقط لا للعفو ولكن لأن الخصومة شرط لإقامته ولا خصومة مع العفو وكذلك إذا سقط حق العبد بعد الترافع بالعفو انقلبت العقوبة من الحد إلى التعزير المتروك تقديره للقاضي ينظر فيه بمنظار المصلحة العامة .

إما بعد الرفع إلى القاضي وإثبات الحق بطرق الإثبات التي يقبلها ذلك الحق والحكم به وقبل تنفيذ العقوبة فقد اختلف الفقهاء إلى مذهبين ، فذهب الحنابلة وجماعة من الفقهاء إلى أنهما لا يسقطان بعد الحكم لغلبة حق الله فيهما . وذهب الشافعية إلى إن حد السرقة لا يسقط بالعفو بعد الحكم لغلبة حق الله فيه على حق العبد ، أما حد القذف فيسقط بعد الحكم به بالعفو لغلبة حق العبد فيه عندهم كما تقدم فيكون حاله حال القصاص ، وهو يسقط بالعفو مطلقاً باتفاق الفقهاء .

من ذلك ننتهي إلى أن العفو مقصور على حق العبد فحسب أما حق الله فلا يسقط بعفو العبد بالاتفاق، ويثبت فيه التعزير من القاضي إذا سقط الحد .

أما الدعاوى في الجرائم التي يكون حق العبد فيها هو الغالب فتقبل السقوط بالعفو من صاحب الحق مطلقاً باتفاق الفقهاء ، كالقصاص وغيره ، والعفو فيها مقصور على حق العبد أيضاً عند أكثر الفقهاء ، أما حق الله فلا يسقط بالعفو ويكون للقاضي التعزير به وذهب بعض الفقهاء إلى أن حق الله فيها مغلوب فيسقط تبعاً لسقوط حق العبد .

هذا مجمل ما تتميز به دعاوى الحسبة عن الدعاوى الشخصية ، وهو كاف في نظري لتجلية معالم دعوى الحسبة وبيان أحكامها .

ولقد قال الكاساني رحمه الله في بيان ما هو حق الله وحق العباد من الجرائم وأن ذلك كله لحماية المجتمع : (إن الحدود وجبت للمصالح العامة ، وهي دفع فساد يرجع إليهم ، ويقع حصول الصيانة لهم ، فحد الزنى وجب لصيانة الأنصياع عن التعرض ، وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الأموال والأنفس ، وحد الشرب ، وجب لصيانة النفس والأموال والأبضاع في الحقيقة بصيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر ، وكل جناية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها تعود إلى العامة يكون الجزاء الواجب فيها حق الله تعالى على الخلوص تأكيداً للنفع والدفع كيلا يسقط بإسقاط العبد ، وهو معنى نسبة هذه الحقوق إلى الله تبارك وتعالى) (١)

---

(١) د. أمد الحجي الكردي (دعوى الحسبة الجنائية) بحث فقهي - جامعة دمشق .

المطلب الثالث : دعوى الحسبة ودعوى الإلغاء .

تثور عدة تساؤلات حول طبيعة دعوى الإلغاء وعلاقتها بدعوى الحسبة فهل دعوى الإلغاء هي دعوى حسبة ؟action populaire بمعنى أنها تعطى لكل مواطن حق مراقبة تصرفات الإدارة والطعن فيها وهل تشترط الأهلية في دعوى الإلغاء ؟

وما هي الصفة المطلوب توافرها في دعوى الحسبة ودعوى الإلغاء ؟

وهكذا يتعين علينا أن نعي إجابة لهذه التساؤلات من خلال المقارنة بين دعوى الحسبة ودعوى الإلغاء .

ينصب الطعن في دعاوى الإلغاء على القرار الإداري المشوب بعيب من المشروعية ، ولهذا فهي ((دعوى موضوعية أو عينية)) وعلى هذا الأساس فإن المصلحة في دعوى الإلغاء لا يشترط أن تستند إلى حق قد وقع عليه اعتداء أو مهدد بهذا الاعتداء من السلطة العامة .

وهذا على عكس الحال في الدعاوى العادية ، إذ أن مصلحة رافع الدعوى فيها لابد أن تستند إلى حق ذاتي قد اعتدى عليه .

وعدم اشتراط استناد المصلحة في دعوى الإلغاء إلى حق ذاتي أدى إلى اتساع ميدانها باعتبارها دعوى تخاصم القرارات الإدارية غير المشروعة ، بقصد حماية مبدأ المشروعية من خلال حماية المصالح المختلفة للطاعنين في دعوى الإلغاء .

ولهذا ثار التساؤل حول ما إذا كان شرط المصلحة قد أدى إلى تحول دعوى الإلغاء إلى دعوى حسبة ؟ أم أن هذا الاتساع لم يصل بعد إلى هذا الحد ؟

أقول: لقد أدت سياسة مجلس الدولة الفرنسي الميسرة لشروط قبول دعوى الالغاء ، والموسعة لمفهوم المصلحة التي تبرر قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية إلى جدل فقهي حول طبيعة دعوى الإلغاء .

فقال بعض الفقهاء بأن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى حسبة يكفي توافر مصلحة عامة لكل مواطن رفعها أمام القضاء الإداري، ويدللون على ذلك بأن قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر سنة ١٨٧٢م لم يشترط توافر المصلحة في رافع دعوى الإلغاء ، فليس للقضاء إذن أن يقيد الدعوى بهذا الشرط .

كما ان انتماء دعوى الإلغاء إلى القضاء الموضوعي أو العيني يجعلها تختلف عن الدعاوى الشخصية التي تحمي الحقوق الفردية والمراكز الذاتية المعتدى عليها . فهي تتصف بأن يقيد قبولها بشرط المصلحة كما هو الشأن بالنسبة للقضاء الكامل .

ولكن المنكرون لهذا الاتجاه يرون أن دعوى الإلغاء ليست هي دعوى الأسواق القديمة التي كانت معروفه في القانون الروماني قديماً باسم Action Populeris والتي يقال: إنها تشبه دعوى الحسبة ، وأن شرط المصلحة لا بد أن يوجد في رافع الدعوى وإلا تحولت رقابة القضاء الإداري إلى رقابة إدارية أو سياسية ، ولأصبح للقاضي الإداري حق التعرض للنزاع من تلقاء نفسه ، وهذا مخالف لأحد المبادئ الأساسية للسلطة القضائية .

كذلك توجد ضرورة عملية للإبقاء على المصلحة في قبول دعوى الإلغاء ، وهي الحد من الدعاوى المرفوعة بالإلغاء أمام القضاء الإداري فلا تقبل الدعوى إلا من كل ذي مصلحة .

أما لوفتح الباب على مصراعيه لرفع دعوى الإلغاء دون اشتراط توافر المصلحة في رافعها لغرق القضاء في سيل من الدعاوى الإدارية (١)

وأياً كان الخلاف الفقهي ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يشترط توافر المصلحة في رفع الدعوى ، إلا أنه يتساهل إزاء هذا الشرط ، وتوسع في الاعتراف بأنواع عديدة من المصالح المبررة لقبول دعوى الإلغاء ما دامت الجدية قد توافرت في المصالح المبررة لقبول دعوى الإلغاء .

أما في مصر فإن د. سليمان الطماوي يقرر بأن دعوى الإلغاء ليست من دعاوى الحسبة وأن هذا هو الرأي المقرر في مصر وقضائياً في فرنسا . ويسوق الحجج التي يقول بها أنصار الرأي العكسي في فرنسا وهي :

أولاً : حجج القائلين بأن دعوى الإلغاء دعوى حسبة

١ - حجة من النصوص مقتضاها أن القانون السياسي الذي نظم مجلس الدولة وحدد اختصاصه والصادر في ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢م ولم يعلق قبول الطعون للأفراد بالإلغاء على مصلحة ما في رافع الدعوى ، فليس للقضاء أن يتطلب شرطاً لم يذكره المشرع ، ولم يشر قانون مجلس الدولة الحالي إلى شرط المصلحة .

---

(١) راجع فيما يتعلق بدعوى الحسبة ودعوى الإلغاء في فرنسا هذه المراجع

- Tournoyel De Close .L ricours Pour exces de Pourvoir thise .Burdeav 1905
- Andre De Laubadere traite de droit de dorit Ad ministratatif Or Cit pp 539 -540
- Georges Vedel Droit Adminstratif .ap Cit pp 563 - 564

٢ - إن طبيعة القضاء العيني أو الموضوعي لا يستلزم اشتراط مصلحة ما في رافع الدعوى ، لأنه لا يسعى لغنم شخصي عادة ، وإنما هو يسعى الى تحقيق مصلحة الجماعة كلها ، ولذلك فإن المشرع حينماأراد هذا الشرط في احوال تعتبر من القضاء العيني فقد نص عليه صراحة ومن ذلك الدعوى بطلب الحجر أو ببطلان الأنتخاب .

٣ ـ ويؤيدون الحجتين السالفتين بأن مجلس الدولة الفرنسي حين اشترط المصلحة الشخصية لقبول دعوى الإلغاء ، فقد وقف بالنسبة اليها في منتصف الطريق ، فهو لم يشترطها إلا عند رفع الدعوى ، بحيث لو انعدمت المصلحة قبل صدور الحكم ، فإن المجلس يستمر في نظر الدعوى (١) .

ثانيا : حجج القائلين باستيفاء شرط المصلحة الشخصية :

القائلون بذلك يبررونه بما يلي :

١ ـ في كل فـروع القضاء الموضوعي (العيني) يحتاط المشرع فيذكر على سبيل الحصر الاشخاص الذين لهم سلطة رفع الدعوى أمام القاضي ، فالدعوى الجنائية مثلاً تباشرها النيابة العمومية ، ولا يباشرها المجني عليه ، إلا في احوال محددة منصوص عليها صراحة .

وفي الدعوى المتعلقة بالانتخاب يكون للناخب ولمن يرفض قيد اسمه في جداول الانتخاب حق الطعن .... الخ فليس بغريب أن يضع مجلس

(١) د. سليمان الطماوي - القضاء الإداري - قضاء الإلغاء - ص ٤٨٦

الدولة الفرنسي شرط المصلحة الشخصية قيداً على من يريد إن يرفع دعوى الإلغاء . (١)

٢ ـ من المبادئ التي تقوم عليها الوظائف القضائية إن القاضي لا يستطيع أن ينظر الدعوى من تلقاء نفسه ، ولا أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم فاذا كان لكل فرد أن يعرض للنزاع على القاضي في أية مسألة ، دون أي شرط يميزه عن غيره من سائر الفراد ، فإنه لا يمكن اعتبار الفرد خصما حقيقيا في النزاع ، ويصبح القاضي وكأنه قد تعرض للنزاع من تلقاء نفسه . مخالفاً بذلك المبدأ الأساسي السالف الذكر .

٣ ـ إن إهمال شرط المصلحة في دعوى الإلغاء ، سيخلع عنها صفتها القضائية لتصبح نوعاً من الرقابة الإدارية ، وينقلب مجلس الدولة من محكمة قضائية تفضل في منازعات حقيقية ، إلى هيئة عامة عليا تمارس سلطات رئاسية على الادارة .

٤ ـ إن الفقهاء الذين نادوا بهجر شرط المصلحة لم يقولوا بإباحة رفع الدعوى لكل فرد اكتفاء أنه مواطن . وإنما أرادوا نوعاً من التوسع في شرط المصلحة ، بحيث يجوز الطعن في القرار المعيب لكل ساكن أو دافع ضرائب أو ناخب يشمله اختصاص من القرار .

وبهذا المعنى تقبل الطعون المرفوعة ضد قرارات رئيس الدولة والوزراء ومن الناخبين والقاطنين ودافعي الضرائب ، في كل فرنسا ، وتقبل الطعون المرفوعة ضد قرارات المحافظ ومجالس المحافظات .

---

(٢) المرجع السابق - ص ٤٨٧

هذه هي خلاصة حجج الطرفين . ومع ذلك فان لهذه المعركة الفقهية دلالتها ، وإن كان الكثير من الفقهاء الذين يعول عليهم في فقه القانون العام ، يرون عدم التشدد في شرط المصلحة(١) .

وتعتنق المحكمة الإدارية في سوريا المبادئ ذاتها فهي في حكمها الصادر في ١٩٦٤/٣/١٦م المجموعة ص ١٤٦ تقرر من المبادئ المستقرة في فقه القانون أن المصلحة شرط لقبول الدعوى ، وقد أيدت المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة هذا المبدأ .. وأن دعوى الإلغاء - بحسب الرأي المقرر تشريعيا في مصر وسوريا وقضائياً في فرنسا - ليست دعاوى الحسبة ، ذلك لأن اهمال شرط المصلحة في دعاوى الالغاء يضفي على القضاء فيها صفة الرقابة الادارية التي تخرج عن اختصاصه (٢) .

وتأسيسا على ما تقدم لابد في القرار الاداري المطلوب الغاؤه أن يمس حالة قانونية بالطاعن تجعل له مصلحة مادية أو أدبية في طلب الغائه ، وأن تكون هذه المصلحة شخصية ومباشرة (٣) .

من هذا العرض يتضح لنا أن الحسبة تشبه قضاء الإلغاء وان كان قضاء الإلغاء قد قيد الدعوى بشرط المصلحة الشخصية إلا أنه لم يستطيع أن يقصرها على كل الدعاوى وإنما فتح الباب لعدد محدد من الدعاوى التي تستند على المصلحة العامة والتي تشبه الحسبة ،

١ - المرجع السابق - ص ٤٨٩
٢ - المرجع السابق - نفس الصفحة
٣ - المرجع السابق - ص ٤٩٠

والسبب الرئيسي في قصر دعوى الإلغاء على المصلحة الشخصية هو الخوف من كثرة الدعاوى التي ترفع أمام القضاء الإداري والتي تعتبر من وظيفته بحيث يصبح رقابة إدارية .

والحق أنه وإن كان للحسبة وجه شبه محدد مع دعوى الإلغاء فإن لها أيضاً أوجه شبه مع كثير من الدعاوى وكثير من الرقابات والتي سأتحدث عنها فيما بعد عند المقارنة مع بعض هذه النظم .

الباب الثاني
في أركان دعوى الحسبة

- تعريف الحسبة وأساسها ونشأتها .
- قرضية الحسبة .
- أساس الحسبة في الشريعة الإسلامية ورأيي الخاص .
- التطبيق العملي للحسبة في عهد الخلفاء الراشدين .
- محل دعوى الحسبة .
- دعوى الأمر بالمعروف .
- دعوى النهي عن المنكر (ماهية المنكر محل دعوى الحسبة).
- شروط المنكر محل دعوى الحسبة .
- الحق (تعريفه) مضمونه في الشريعة الإسلامية .
- أنواع الحقوق محل دعوى الحسبة .
- تحريك الدعوى .
- شروط من يتولى الحسبة
- مقارنـــــات

الباب الثاني
في أركان دعوى الحسبة

لتحريك دعوى الحسبة سواء من الأفراد المتطوعين أو من رجال الحسبة (أفراد السلطة العامة) لابد أن تتوافر مجموعة من الأركان أو الشروط تتعلق بمحل دعوى الحسبة ، وبالحق الذي تحميه هذه الدعوى ، ومن له حق رفع الدعوى أو تحريكها .

وقبل أن نتكلم في هذه الأركان نمهد لهذا الباب بالحديث عن (الحسبة في الإسلام) تعريفاً في اللغة .. واصطلاحاً في الفقه ، أساس نشأتها وسوف أخصص بإذن الله لهذه الموضوعات فصلاً تمهيدياً ثم نخصص لكل من الموضوعات المشار إليها فصلاً قائماً بذاته .

الفصل التمهيدي

المبحث الأول

تعريف الحسبة

عني علماء الحسبة بتعريفها ، والنظر في تعريفاتهم يساعد على إدراك ماتشمل عليه الحسبة ، لذا سأتحدث في هذا المبحث بفضل الله تعالى أولاً عن معنى الحسبة لغة ، ثم سأذكر بعون الله تعالى بعض تعريفات العلماء لها مع المناقشة والترجيح .

تعريف الحسبة :

* لغـــــة :

الحسبة بكسر الحاء (١) اسم من الاحتساب ، والاحتساب من الحسب ، يقول العلامة ابن الأثير : ((والاحتساب كالاعتداد من العد ، والحسبة اسم من الاحتساب كالعدة من الاعتداد)) .

وكلمة ((الاحتساب)) لها عدة معان منها :

---

(١) انظر ((لسان العرب المحيط)) لابن منظور الأفريقي ، مادة ((حسب)) ٦٢٠/١ ، والمصباح المنير ، مادة ((حسب)) ص ٥٢ ، والقاموس المحيط ، مادة ((حسب)) ٥٦/١ و((الحسبة)) ليست بضم الحاء كما يقرؤها بعض الناس لأن ((الحسبة)) بضم الحاء من ((أحسب البعير احساباً)) والاحسب : الذي ابيضت جلدته من داء ففسدت شعرته فصار أحمر وأبيض ، ويكون ذلك في الناس والإبل ، انظر لسان العرب المحيط ، ٦٢١/١ ، والمصباح المنير ص ٥٢ ، والقاموس المحيط ٥٦/١ .

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر ، مادة ((حسب)) ٢٨١/١ ، وانظر أيضاً لسان العرب المحيط ٦٢٠/١ ، والمصباح المنير وفتح الباري ٢٤٢/١١ .

* اعتمدت كذلك في تعريف الحسبة على ماورد في كتاب الدكتور فضل إلهى ـ الحسبة تعريفها ومشروعيتها وحكمها لأنها من أدق وأوضح التعريفات .

أولاً : طلب الأجر (١) :

وقد وردت كلمة الاحتساب بهذا المعنى في عدة أحاديث ، منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((من صام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ماتقدم من ذنبه (٢) .

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : ((من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ماتقدم من ذنبه (٣) .

ومنها مارواه صلى الله عليه وسلم عن ربه تعالى أنه قال ((مالعبدي المؤمن عندي جزاء إذا قبضت صفيه (٤) من أهل الدنيا ثم احتسبه إلا الجنة)) (٥) .

ثانياً الاختبار :

يقال : ((احتسبت فلاناً ((أي احتسبت ماعنده ويقال أيضاً : ((النساء يحتسبن ما عند الرجال لهن ((أي يختبرن (٦) . وقال :

---

(١) انظر لسان العرب المحيط ٦٣٠/١ ، وفتح الباري ٢٤٢/١١ .
(٢) روى الحديث الإمام البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه ، كتاب الإيمان ، باب صوم رمضان احتساباً من الإيمان ورقم الحديث ٣٨ ، ٩٢/١ ومعنى ((احتساباً)) كما يقول ابن الأثير : ((طلباً لوجه الله وثوابه ((انظر النهاية ٣٨٢/١ .
(٣) روى الحديث أيضاً الإمام البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه بكتاب الإيمان باب تطوع قيام رمضان من الإيمان رثم الحديث ٣٧ ،٩٢/١ .
(٤) صفيه : بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء وهو الحبيب المصافي كالولد والأخ وكل من يحبه الإنسان (انظر فتح الباري ٢٤٢/١١) .
(٥) رواه الإمام البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه ، كتاب الرقاق باب العمل الذي يبتغي به وجه الله برقم الحديث ٦٤٢٤ ، ٢٤١/١١ ـ ٢٤٢ .
(٦) انظر لسان العرب المحيط ٦٣١/١ .

ثالثاً : الإنكار :

يقال : ((احتسب فلان على فلان)) أي أنكر عليه قبيح عمله (١) .

ومنه المحتسب (٢) الذي ينكر على الناس قبيح أعمالهم .

رابعاً : الظن :

وقد ورد هذا المعنى في ثلاث آيات من القرآن الكريم ، ومنها قوله تعالى : ﴿ ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لايحتسب ﴾ (٣) ، وقوله تعالى ﴿ وبدا لهم من الله مالم يكونوا يحتسبون ﴾ (٤) وقوله تعالى ﴿ فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا ﴾ (٥) .

خامساً : الاعتداد

يقال ((فلان لايحتسب به ((أي لا (يعتد) به (٦) .

سادساً : الاكتفاء :

يقال : ((احتسبت بكذا ((أي اكتفيت به . ومنه قولهم ((فلان حسن الحسبة)) أي الكفاية والتدبير (٧) .

---

(١) انظر لسان العرب المحيط ٦٣٢/١ .
(٢) انظر القاموس المحيط ٥٧/١ .
(٣) سورة الطلاق ، الآيتان ٢ ــ ٣ .
(٤) سورة الزمر ، الآية ٤٧ ، ومعنى ((يحتسبون)) يظنون . انظر تفسير الجلالين ص ٦١٣ .
(٥) سورة الحشر، الآية ٢ ، ومعنى ((من حيث لم يحتسبوا)) لم يظنوا (انظر تفسير القرطبي ٣/١٨) .
(٦) انظر أساس البلاغة ص ٨٢ .
(٧) انظر المرجع السابق ص ٨٢ .

اصطلاحاً :

عرف العلماء ((الحسبة)) بتعريفات عديدة سنذكر أشهرها مع المناقشة والترجيح بتوفيق الله تعالى .

التعريف الأول :

لعل أقدم التعريفات التي وصلت إلينا هو تعريف الإمام الماوردي والقاضي أبي يعلى الحنبلي للحسبة حيث يقولان : ((الحسبة)) هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله)) (١) .

شرح التعريف :

والمعروف اسم لكل فعل يعرف بالعقل أو الشرع حسنة (٢)، ومن المعروف الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره ، والصلوات الخمس في مواقيتها والصدقات المشروعة والصوم المشروع وحج بيت الله الحرام وصدق الحديث والوفاء بالعهود وأداء الأمانات إلى أهلها وبر الوالدين وصلة الأرحام والتعاون على البر والتقوى (٣) .

والمنكر ضد المعروف (٤) وأعظم المنكر الشرك بالله ومنه كل ماحرمه الله كقتل النفس بغير الحق وأكل أموال الناس بالباطل ، والبيوع والمعاملات التي نهى عنها رسول الله صلى

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٠ ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٢٨٤ وقد ذكر هذا التعريف أيضاً الشيخ عمر بن محمد السنامي نقلاً عن الأحكام السلطانية (انظر نصاب الاحتساب)) ص ١٢ .
(٢) انظر المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ٣٢١ ، وانظر أيضاً ((نصاب الاحتساب)) ص ٩٨ .
(٣) انظر كتاب ((الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ((لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ١٥ـ١٦ طدار الكتاب الجديد ، بيروت ، الطبعة الأولى سنة الطبعة ١٣٩٦هـ بتحقيق د. صلاح الدين المنجد .
(٤) انظر ((النهاية في غريب الحديث والأثر)) مادة ((عرف)) ٢١٦/٣ ، وانظر أيضاً زاد المسير لابن الجوزي ٤٢٥/١ .

الله عليه وسلم ، وتطفيف المكيال والميزان ، والإثم والبغي ، وكذلك العبادات المبتدعة التي لم يشرعها الله ورسوله صلى الله عليه وسلم وغير ذلك (١) .

واشترط الماوردي وأبو يعلى للمعروف الذي يحتسب على تركه أن يظهر تركه ، كما اشترطا للمنكر الذي ينكر على حدوثه أن يظهر فعله لأن مالا يظهر تركه من المعروف ولا فعله من المنكر ، خارج عن دائرة القائم بالاحتساب (٢) .

التعريف الثاني :

ماذكره ابن الأخوة بقوله : ((هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله ، واصلاح بين الناس)) (٣) .

مناقشة التعريف :

ومما يلاحظ على هذا التعريف بأن ابن الأخوة خصص بالذكر ((وإصلاح بين الناس)) مع دخوله في ((أمر بالمعروف)) .

ولعل ابن الأخوة دفع هذه الملاحظة بذكره بعد التعريف قوله تعالى :

---

(١) انظر كتاب ((الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)) لابن تيمية ص ١٦ ـ ١٧ .
(٢) انظر الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٢ والأحكام السلطانية ص ٢٥٩ وأحياء علوم ٢٢٤/٢ ط دار المعرفة ، بيروت سنة الطبع ١٤٠٢هـ ومختصر منهاج القاصدين لابن قدامة المقدسي ص ١٢٤ ، ط المكتب الإسلامي الطبعة السابعة ١٤٠٦هـ بتحقيق زهير الشاويش .
(٣) معالم القربة في أحكام الحسبة ص ٥١ ط الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة الطبع ١٩٧٦ بتحقيق د. محمد محمود شعبان و صديق أحمد عيسى المطيعي وانظر أيضاً نهاية الرتبة في طلب الحسبة لعبد الرحمن بن نصر الشيرازي حيث يقول فيه ((لما كانت الحسبة أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر وإصلاحاً بين الناس ص ٦ ط دار الثقافة بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة الطبع ١٤٠١هـ بتحقيق الدكتور السيد الباز العريني ونقل عن الشيرازي هذا التعريف ابن يسام في كتابه ((نهاية الرتبة في طلب الحسبة)) ص ١٠ .

﴿ لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ﴾ (١) مشيراً بأنه أضاف ((وإصلاح بين الناس)) مقتدياً بقوله تعالى ، وهذا من باب ((ذكر الخاص بعد العام)) لابراز أهمية الخاص (٢) .

ويرد على هذا :

أولاً : لانمنع من ذكر الخاص بعد العام مطلقاً بل ننتقد على إيراده في التعريف لأنه يكون سبباً في الإطالة في التعريف موالتعريفات يفضل فيها الإيجاز وما ورد في قوله تعالى ليس فيه تعريف للحسبة حتى يستدل به على ايراده في التعريف .

ثانياً : لاشك أن ((الإصلاح بين الناس)) أمر هام جداً لكن هناك أموراً أهم منه ـ مثل الإيمان بالله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وغيرها ولم يذكرها ابن الاخوة في التعريف ـ وما منع ابن الأخوة من ذكرها ينبغي أن يمنعه من ذكر ((الإصلاح بين الناس)) .

التعريف الثالث :

ماذكره أبو حامد الغزالي بقوله : ((الحسبة عبارة عن المنع عن منكر لحق الله ((صيانة للممنوع عن مقارفه المنكر)) (٣) .

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع وذلك لسببين :

---

(١) سورة النساء ، الآية ١١٤ .
(٢) ومن أمثلة ذلة قوله تعالى (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فإن الله عدو للكافرين (سورة البقرة ، الآية ٩٨ وقوله تعالى (حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى) سورة البقرة ، الآية ٢٣٨ ، وقوله تعالى (تنزل الملائكة والروح) سورة القدر الآية ٤ .
(٣) إحياء علوم الدين ٢٢٧/٢ .

أولاً : لم يذكر ((الأمر بالمعروف)) وهو الفرد الأول من فردي الحسبة .

ثانياً : لم يذكر من الفرد الثاني وهو ((النهي عن المنكر)) إلا المنكر المتعلق بحق الله

تعالى أما المنكر المتعلق بحق الناس أو بحقوق مشتركة فلم يتطرق إليه في تعريفه مع أن الانكار المتعلق بهذين النوعين من الحقوق داخل في الحسبة (١) .

التعريف الرابع

ماذكره أبو حامد الغزالي أيضاً أثناء تحدثه عن ((أركان الحسبة الأربعة)) فقال هي ـ الحسبة ـ عبارة شاملة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (٢) .

ومما يلاحظ على هذا التعريف أن فيه اجمالاً مخلاً حيث لم يبين متى يكون للمحتسب أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ؟ هل له أن يقوم بالاحتساب في جميع الأحوال أم يحتسب عند ظهور ترك المعروف وفعل المنكر فحسب ؟

التعريف الخامس :

ماذكره العلامة ابن خلدون بقوله : ((وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)) (٣) .

ومما يلاحظ على هذا التعريف :

---

(١) انظر الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٧ .
(٢) احياء علوم الدين ٢١٢/٢ .
(٣) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٥ . وبقية كلامه : ((الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلاً له ، وانظر أيضاً ((تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام لابن جماعة حيث يقول فيه : النظر الثالث : الحسبة وحقيقتها :)) ولاية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ص ٩١ .

أولاً : أنه غير جامع حيث لم يشمل إلا القائم بالاحتساب رسمياً وأهمل القائم به متطوعاً .

ثانياً : في التعريف إجمالٌ مخل حيث لم يبين متى يكون للمحتسب أن يقوم بالاحتساب هل عند ظهور ترك المعروف وفعل المنكر أم مطلقاً ؟

التعريف السادس :

ماذكره حاجي خليفة بقوله : ((علم باحث عن الأمور الجارية بين أهل البلد من معاملاتهم اللاتي لايتم التمدن بدونها من حيث إجراؤها على قانون العدل ، بحيث يتم التراضي بين المتعاملين ، وعن سياسة العباد بنهي عن المنكر وأمر بالمعروف ، بحيث لايؤدي إلى مشاجرات وتفاخر بين العباد ، بحسب مارآه الخليفة من الزجر والمنع ، ومباديه بعضها فقهي ، وبعضها استحسانية ناشئة عن رأي الخليفة)) (١) .

ومما يلاحظ على هذا التعريف :

أولا : اضطراب عبارته وركاكة أسلوبه ـ كما يقول الشيخ عبد العزيز بن محمد ابن مرشد (٢) .

ثانياً : اطالة التعريف .

ثالثاً : حصر الاحتساب في نطاق محدود جداً وهو ((علم باحث عن الأمور الجارية أهل البلد)) (٣) .

رابعا : إهمال النوع التطوعي للحسبة .

---

(١) كشف الظنون ١٥/١ (نقلاً عن كتاب نظام الحسبة في الإسلام ص ١٢) .
(٢) انظر نظام الحسبة في الإسلام ، ص ١٢ .
(٣) د / فضل الهي الحسبة تعريفها ، الرياض ١٤١٠هـ ، إدارة ترجمان ، باكستان .

التعريف السابع :

ماذكره الأستاذ أحمد مصطفى المراغي بقوله : ((مشارفة السوق والنظر في مكاييله وموازينه ، ومنع الغش والتدليس فيما يباع ويشترى من مأكول ومصنوع ورفع الضرر على الطريق بدفع الحرج عن السابلة من الغادين والرائحين وتنظيف الشوارع والحارات والأزقة إلى نحو ذلك من الوظائف التي تقوم بها المجالس البلدية ومفتشو الصحة ومفتشو الطب البيطري ومصلحة المكاييل والموازين وقلم المرور ورجال الشرطة الموكول إليهم المحافظة على الآداب العامة إلى غير ذلك (١) .

ومما يلاحظ على هذا التعريف :

أولاً : إطالة التعريف .

ثانياً : فن الكلام المذكور تركيز على بيان بعض اختصاصات المحتسب أكثر من تركيزه على تعريف الحسبة .

ثالثا : غير جامع حيث أهمل الفرد التطوعي للحسبة .

التعريف الثامن :

ماذكره الشيخ محمد المبارك بقوله : ((رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق مواطنين خاصين على نشاط الأفراد في مجال الأخلاق والدين والاقتصاد ، أي في المجال الاجتماعي بوجه عام ، تحقيقاً للعدل والفضيلة وفقاً للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي وللأعراف المألوفة في كل بيئة وزمن)) (٢) .

---

(١) الحسبة في الإسلام ص ٥ (نقلاً عن كتاب نظام الحسبة في الإسلام ص ١٤) .
(٢) الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية ص ٧٢ ـ ٧٤ .

ومما يلاحظ على هذا التعريف :

أولاً : إطالة التعريف : ومما يؤكد هذا أنه قال أولاً : في مجال الأخلاق والدين والاقتصاد ثم يقول ((أي في المجال الاجتماعي بوجه عام)) ولا يحتمل التعريف أن يذكر فيه أولاً كلام مفصلٌ ثم يحمل أو العكس ، ولعل الأنسب في التعريفات ذكر المطلوب مباشرة .

ثانياً : إطلاقه ((الأعراف المألوفة)) ومنها ماينكره الشرع مع كونها مألوفة في بعض المجتمعات مثلاً اختلاط الرجال بالنساء ، ومصافحة النساء الأجانب ، والتعامل بالربا .

وقد يقال: إن السياق والسباق يقتضيان بأن المراد بها ملا ينكره الشرع لكننا نؤيد ماقاله الشيخ عبد العزيز بن مرشد ((كان يجب التصريح بذلك منعاً للإبهام والغموض)) (١) .

وتزداد الحاجة إلى التصريح بذلك لما نرى من محاولة بعض الناس لتضليل العامة باسم الأعراف المألوفة .

ثالثاً : غير جامع حيث أهمل الجانب التطوعي في الحسبة .

رابعاً : حصر الحسبة ـ كما يقول الشيخ عبد العزيز بن محمد ـ في مجال الأخلاق والدين والاقتصاد ، بينما تتعدى إلى مجالات أخر (٢) .

---

(١) نظام الحسبة في الإسلام ص ١٥ .
(٢) انظر المرجع السابق ص ١٥ .

التعريف التاسع :

ماعرف الحسبة به الشيخ عبد العزيز بن محمد بن مرشد يقول : ((رقابة إدارية تقوم بها الدولة لتحقيق المجتمع الاسلامي بردهم إلى مافيه صلاحهم وإبعادهم عما فيه ضررهم وفقاً لأحكام الشرع)) (١) .

ومما يلاحظ على هذا التعريف :

أولا : ليس في التعريف مايميز الحسبة عن غيرها من الولايات الإسلامية .

ثانيا : غير جامع لإهماله النوع التطوعي من الحسبة .

التعريف العاشر :

ماذكره أخونا الدكتور محمد كمال الدين امام بقوله ((هي فاعلية المجتمع في الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله تطبيقاً للشرع الإسلامي)) (٢) .

ونلاحظ أن هذا التعريف مثل تعريف الماوردي للحسبة إلا أن الدكتور أضاف في بدايته ((فاعلية المجتمع)) وفي نهايته ((تطبيقاً للشريعة الإسلامية)) .

وحاول لتبرير الإضافة قائلاً : ((فاعلية المجتمع)) حتى يستوعب التعريف الاحتساب الذي هو ولاية الحسبة ، والذي يقوم بها الأفراد امتثالاً للواجب الشرعي (٣) .

وقال أيضاً : ((تطبيقاً للشرع الإسلامي ((لأن أساسها الشرع الإسلامي ، وغايتها حمايته ، وصنع الحياة في المجتمع على مقتضاه (٤) .

---

(١) نظام الحسبة في الاسلام (ص ١٥) .
(٢) أصول الحسبة في الاسلام (ص ١٦) .
(٣) ، (٤) المرجع السابق ص ١٦ .

رأيي حول ماأضيف إلى تعريف الماوردي :

أرى أنه لاداعي لإضافة قوله ((فاعلية المجتمع)) لأن ماقصد به من شمول التعريف ((المحتسب)) ((والمتطوع)) فهو موجود في تعريف الماوردي بغير هذه الإضافة .

فقد ذكر الماوردي ((الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)) مطلقاً فيشمل الأمر . وأما إضافة قوله : تطبيقاً للشرع الإسلامي فلا أرى الحاجة إلى إضافته أيضاً لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان شرعيان ، وغني عن البيان بأن القيام بالواجب يقصد من ورائه تطبيق الشرع الإسلامي(١) .

ملحوظات على تعريف الماوردي :

أبدى بعض العلماء ملاحظات حوف تعريفات الماوردي للحسبة : لعله من المناسب أن أنظر في تلك الملحوظات قبل ترجيح أحد التعريفات .

الملحوظة الأولى :

يرى الشيخ عبد العزيز بن محمد بن مرشد أن تعريف الماوردي غير مانع لشموله المحتسب والمتطوع ونحن ـ على حسب تعبيره ـ إنما نعرف الحسبة التي هي ولاية من الولايات السلطانية (٢) .

* تعليقاً على الملحوظة الأولى :

وأعلق على ماقاله الشيخ عبد العزيز بما يلي(٣) :

---

(١) د / فضل إلهي الحسبة ، تعريفها شريعتها ، ص ١٢٠ .
(٢) انظر نظام الحسبة في الإسلام ص ١٢ .
(٣) د / فضل إلهي ظهير (الحسبة) ص ١٢١ .

أولاً : إن كان الشيخ عبد العزيز عرف الحسبة كولاية فالماوردي عرفها مطلقاً ، ولا ضير في هذا حيث لامشاحة في الاصطلاح ومما يؤكد بأن الماوردي عرف الحسبة مطلقاً أنه بعد التعرف وذكر قوله تعالى (ولتكن منكم أمة) الآية .
وهذا وإن صح من كل مسلم فالفرق فيه بين المتطوع والمحتسب من تسعة أوجه (١) .

ثانياً : إن المسلك الذي سلكه الماوردي هو الأنسب لأنه مما يوسع آفاق هذا العلم ، ويساعد الدارس على استيعاب الموضوع .
إلى جانب هذا يساعد هذا التعريف على تنفيذ الشبهة التي تثار لقصر القيام بالحسبة على الرسميين لاغير .

الملحوظة الثانية :

يقول الدكتور محمد كمال الدين إمام : ((هو ـ تعريف الماوردي للحسبة ـ غير مانع لأنه لايميز الحسبة عن غيرها من أعمال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)) (٢) .

* **تعليقات على الملحوظة الثانية :**

ولي أن أسأل الدكتور : كيف ميزتم الحسبة عن غيرها من أعمال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في تعريفكم للحسبة ؟

ونجد الإجابة على هذا السؤال أثناء ذكره العناصر الثلاثة لتعريفه حيث قال :
((الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله لاستبعاد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي لايتعلق بالمنكرات الظاهرة فما استتر أو كان يحتاج إلى شهود

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٤٠ .
(٢) أصول الحسبة في الإسلام ص ١٥ .

وبينات وخصومة يدخل في ولاية القاضي لا المحتسب)) (١) .

وواضح من هذه العبارة بأنه ميز الحسبة عن غيرها من أعمال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بقوله : ((الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله)) .

وأقول : تلك العبارة بعينها موجودة في تعريف الماوردي ، فإن أفادت في تمييز الحسبة عن غيرها من أعمال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في تعريف الدكتور ، فما المانع من إفادتها نفس الشيء في تعريف الماوردي ؟

الملحوظة الثالثة :

انتقدت دائرة المعارف الإسلامية على الماوردي لاستخدام مصطلح الحسبة في أضيق معانيها تقول الدائرة : ((الحسبة مصطلح من مصطلحات القانون الإداري ، معناه الحساب أو وظيفة المحتسب ، ثم اكتسبت الكلمة معنى خاصاً وهو الشرطة ، وأصبحت تدل أخيراً على الشرطة الموكلة بالأسواق والآداب العامة ، وقد استعمل المؤلفون الذين كتبوا في الفقه الإسلامي (مثل الماوردي وابن خلدون والمقريزي الخ) لفظ الحسبة بهذا المعنى ، وهو أضيق معانيها)) (٢) .

* تعليقنا على الملحوظة الثالثة :

إن القول باستخدام الماوردي ((الحسبة)) في أضيق معانيها غير سديد بل إنه قد وسع نطاق الحسبة إلى حد جعل بعض الباحثين ينتقدون تعريفه للحسبة ، ويقولون : إنه تعريف غير مانع)) (٣) .

ومما يؤكد على سعة نطاق الحسبة عند الماوردي ماندرسه في كتابه ((الأحكام

---

(١) المرجع السابق ص ١٥ .
(٢) دائرة المعارف الاسلامية مادة الحسبة ٢٧٨/٧ وانظر الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي لموسى لقبال حيث نقل عن دائرة المعارف الإسلامية مؤيداً لما جاء فيها ص ٢٠ ـ ٢١ .
(٣) انظر نظام الحسبة في الإسلام ص ١٢ .

السلطانية من اشتمال الحسبة على فصلين : احداهما أمر بالمعروف ، والثاني : نهي عن المنكر ، ثم انقسام كل واحد منها إلى مايتعلق بحقوق الله تعالى وحقوق الآدميين وحقوق مشتركة ثم انقسام الأمر بالمعروف المتعلق بحقوق الله تعالى إلى مايلزم الأمر به في الجماعة وإلى مايأمر به آحاد الناس ، وانقسام الأمر بالمعروف المتعلق بحقوق الآدميين إلى عام وخاص ثم انقسام النهي عن المنكرات إلى ماكان من حقوق الله تعالى ومن حقوق الآدميين وما كان مشتركاً بين الحقين .

ثم انقسام النهي عن المنكرات في حقوق الله تعالى إلى ماتعلق بالعبادات والمحظورات والمعاملات (١) .

وكل هذا يؤكد سعة اطلاق ((الحسبة)) عند الماوردي ويستغرب المرء كيف جهلت أو تجاهلت دائرة المعارف الإسلامية هذا كله ، ونسبت إلى الماوردي استخدام ((الحسبة)) في أضيق نطاقها .

التعريف الراجح :

خلاصة الكلام أن تعريف الماوردي ((أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله ، لعله من أحسن التعريفات التي اطلعنا عليه والله تعالى أعلم بالصواب(٢) .

ومما يسجل لتعريف الماوردي ـ كما يقول أستاذنا الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي (٣) ـ شمول نطاقه لشموله المحتسب والمتطوع ، وسلامة أساسه لارتكازه على جوهر الحسبة وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وانضباط عبارته لإحاطته بكنه الحسبة ، وسلامة أسلوبه حيث استوحاه من الكتاب العزيز والسنة المطهرة . ومع تطور وتعقد الأمور الحياتيه وبروز الصور للأدارة والحكم والقضاء ، خلاف ما كان أول العهد الإسلامي فقد يكون من الأشمل أن يكون التعريف اليوم للحسبه :

---

(١) انظر الأحكام السلطانية من ص ٢٤٣ ـ ٢٥٨ .
(٢) د / فضل إلهي الحسبه تعريفها ومشروعتها ، ص ١٦٠ .
(٣) انظر مذكرات الأستاذ الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي بعنوان ((نظام الحسبة في الإسلام)) ص ٨ .

(الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله ، في مجال السياسة والعلوم ، والاقتصاد ، والاجتماع ، والدين والأخلاق) حيث أن الاحتساب أشمل وأعظم قدراً من قصره على الأسواق والطرقات ، بل يشمل معارضة الأحكام التى تخالف الشريعه ، والسياسات التى تعمل ضد الإسلام وحقوق الأمة الإسلامية في مجال الحياه عامة عاجلها وآجلها من اقتصاد وسياسة واجتماع ودين وأخلاق ، وعلوم .... الخ .

وقفة قصيرة مع الاحتساب والمحتسب :

الاحتساب : هو في اللغة طلب الأجر أو الإعلان النكير واصطلاحاً هو ممارسة الرقابة على الأجهزة الإدارية والادعاء والقضاء والمظالم وغير ذلك .

أما المحتسب : فهو في اللغة طالب الأجر ، يقال: احتسب فلان الأجرة عند الله ، يقال احتسب الوالي على البائعين غشهم أي أنكر عليهم ، واصطلاحاً هو : والي مختص وإن كان هناك فرق بين المتطوع والمحتسب من قبل الوالي (الموظف) يذكره الماوردي من عدة أوجه :

الأول : أنه فرض متعين على المحتسب بحكم الولاية وفرضه على غيره (المتطوع) داخل في فروض الكفاية .

الثاني : أن قيام المحتسب من حقوق تصرفه الذ لايجوز أن يتشاغل عنه وقيام المتطوع به من نوافل عمله الذي يجوز أن يتشاغل بغيره .

الثالث : أنه منصوب للاستعداء إليه فيما يجب انكاره وليس المتطوع منصوباً للاستعداد .

الرابع : أن على المحتسب اجابة من استعداه وليس على المتطوه إجابته .

الخامس : أن عليه أن يبحث عن المنكرات الظاهرة ليصل إلى إنكاره ويفحص عما ترك من المغروف الظاهر ليأمر باقامته وليس على غير من المتطوعه بحث ولا فصل .

السادس : له أن يتخذ على إنكاره أعواناً وليس للمتطوع أن يندب لذلك أعواناً .

السابع : أن له أن يعزز في المنكرات الظاهرة لايتجاوز إلى الحدود وليس للمتطوع أن يعزر على منكره .

الثامن : أن له أن يرتزق على حسبته من بيت المال ولا يجوز للمتطوع أن يرتزق على إنكار منكر .

التاسع : أن له إجتهاد رأيه فيما تعلق بالعرف دون الشرع كالقاعد في الأسواق وغيره ، وليس هذا للمتطوع فيكون الفرق بين الحسبة وبين غيره من المتطوعين في هذه الوجوه التسعة(١) .

مدعي الحسبة وشاهد الحسبة :

يماثل الفقه الإسلامي بين كل من مدعى الحسبة ، وشاهد الحسبة بصفة عامة ، لأن دعوى الحسبة إنما تكون في حقوق الله تعالى أو فيما غلب فيه حق الله ، وهي الحقوق التي تعود منفعتها على العامة كلهم ، لاعلى الأشخاص بخصوصهم ، وهذه الحقوق يجب على كل مسلم المحافظة عليها ، والدفاع عنها ، فمن رأى رجلاً يعيش مع امرأة عيشة الأزواج مع أنها لاتحل له لبطلان زواجهما ، وجب عليه أن يرفع الأمر إلى القاضي ويشهد عنده بما رأى ، فالمدعى حسبة يكون شاهداً في نفس الوقت ، ولكن غلب إطلاق شاهد الحسبة عليه دون مدعى الحسبة (٢) لتميزه عن المدعى العادي ، لأن المدعى العادي لايجوز له أن يشهد لحق نفسه ، ولكن يجوز أن يشهد لحق الله تعالى .

والأشياء التي تقبل فيها الشهادة حسبة كثيرة ، ذكر الإمام ابن نجيم في الأشباه أربعة عشر منها (٣) ، وفي بعضها خلاف بين كل من الإمام أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله مبناه هل الغالب في المسألة حق الله تعالى ، أو حق العبد ، فمن ترجح عنده أن الغالب هو حق الله أجاز قبول الشهادة حسبة ، ومن ترجح عنده أن الغالب هو حق العبد ، اشترط تقدم

(١) الماوردي ، علي بن محمد حبيب البصري ، الأحكام السلطانية .
(٢) أحمد أبراهيم ، موجز في المرافعات الشرعية ، ص ٨ ، الفتاوى الهندية ٢ ط ٢ ص ١٦٧
(٣) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، جـ ٤ ص ٢١٢ ، ابن نجيم ، الأشباه ص ٢٤٢ .

الدعوى من صاحب الحق (١) .

ويلاحظ أن مجرد اخبار القاضي بمخالفة حق من حقوق الله ، يكفي لإقامة دعوى الحسبة ضد المخالف ، من غير حاجة لأن يدعى عليه ذو حسبة ، علل الفقهاء ذلك بأن القاضي نصب كناظر لمصالح المسلمين ، ولكن عاجز عن النظر لنفسه ، كالغائب والقاصر ، ولذلك فإن له ولاية نظر تلك المسائل ، لأنه نائب عن عموم المسلمين (٢) .

مفهوم الحسبة في الشريعة الإسلامية :

تقوم الحسبة في الشريعة الإسلامية ، على نظرية الدفاع الشرعي العام ، عن المجتمع الإسلامي ، وذلك بقيام كل فرد من أفراده بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بحيث إذا تخلفوا جميعاً عن أداء هذا الواجب ، عمهم العذاب ، وساروا إلى التخلف والانحطاط (٣) ، لأن المجتمع الاسلامي ، كالجسم الواحد ، إذا اشتكى منه عضو ، تداعت له سائر الأعضاء بالسهر والحمى ، فوجب على جميع أفراده الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لحماية هذا الجسم الواحد ، بالتناصر امتثالاً لقوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ سورة المائدة آية ٢ . وتنفيذاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)) وهنا قالوا يارسول الله ننصره مظلوماً فكيف ننصره ظالماً قال امنعه عن الظلم (٤) .

وهنا تتم نصرة الظالم بكفه عن ظلمه ، ولهذا تقوم الحسبة بدور الدفاع الشرعي العام عن مجتمع الإسلام (٥) .

---

(١) أحمد إبراهيم ـ طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢٨٣ ـ هامش ١ .
(٢) النيسابوري ،تفسير جـ٥ ص ٧٨ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ص ٦٥ ، ابن رجب ، القواعد ص ١١٦ ، ابن نجيم ، رسائل ، الرسالة الثالثة عشرة ، ص ١٢٤ ، الكاساني ، البدائع جـ٦ ص ٤١١ ، محمد يوسف موسى ، نظام الحكم في الإسلام ص ١٢٤ .
(٣) ابن الأخوة القرشي ، معالم القربة ص ٦١ ـ ٨٣ ، الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٨٤ .
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ، الجزء السابع ص ٤٠ .
(٥) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي ط٣ جـ١ ص ٤٨٩ .

ارتباط الحسبة بأهم عناصر الدين الإسلامي :

ولما كان الدين الإسلامي ، يتكون من بعض عناصر ثلاثة ، هي العقيدة ، والشريعة ومناهج تطبيق أحكام الشريعة على الواقع العملي (من العبادات والمعاملات) (١) فإننا نجد أن نظام الحسبة ، يرتبط بكل من هذه العناصر مما يدل على أهميته البالغة .

فيظهر ارتباط الحسبة ، بالعقيدة الاسلامية ، من قوله تعالى ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾ (التوبة ـ ٧١) إذ قرن الله سبحانه وتعالى ، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بالإيمان بالعقيدة ولذا اعتبر البعض أن الإيمان هو مصدر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (٢) .

كما يظهر ارتباط نظام الحسبة بالشريعة ، من الآيات والأحاديث الكثيرة التي توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولذا وصف الله تعالى الآمرين بالمعروف والناهين عن المنكر في سورة التوبة ـ الآية ٧١ ـ بأنهم ((ويطيعون الله ورسوله)) حيث يتقيد الآمرون بالمعروف ، والناهون عن المنكر ، في أوامرهم ونواهيهم ، بأحكام الشريعة الإسلامية وهذا هو معنى المشروعية في ظل النظام الإسلامي (٣) .

وأخيراً يظهر ارتباط نظام الحسبة بمنهاج تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الواقع العملي ، حيث قرر الفقهاء في علم أصول الفقه ، وهو العلم الخاص بمنهاج تطبيق الشريعة الاسلامية ، بأن الأوامر أسباب ووسائل لتحقيق مقاصد الشريعة (٤) حيث يسعى المكلف

---

(١) حسن اللبابيدي ـ الأوامر على العرائض ، رسالة ، ص ٤٦٧ ـ ٤٧٣ .
(٢) محمد أحمد فرج السنهوري ، حاجة المجتمع إلى الدين ، ص ٦٦ ـ ٦٧ محمد أبو زهرة الإمام زيد ـ ص ٢١٦ .
(٣) مصطفى كمال وصفي ـ المشروعية في النظام الإسلامي ص ١٩ .
(٤) ابن ملك والعيني على منار النسقي ص ٢٠٣ .

بواسطتها لأن يوافق قصده قصد الشارع في التشريع ، بالأمر بالعدل ، واقامة المصالح (١) . وهكذا يظهر ارتباط الحسبة بالدين الاسلامي كله ، عقيدة وشريعة ومنهاجاً .

ومن المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية ، أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ليسا مجرد حقين للمكلفين يأتونها ويتركونها بمحض مشيئتهم ، بل هما من الواجب عليهم الذي ليس لهم حق التخلي عن أدائه ، لقول الله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ (آل عمران ـ ١١٠) ويقرر الفقهاء بوقوع هذا الواجب على جميع أفراد الأمة (٢) ويطلق الفقهاء على الواجبات التي يقع الالتزام بأدائها على جميع أفراد الأمة اصطلاح ((الواجب الكفائي)) حيث لايسقط الالتزام بأدائه عن كل واحد منهم ، إلا إذا أداه أحدهم ومالم يسقط الالتزام بأدائه فعلى كل واحد منهم أن يؤديه ويفعله ، كما يتعين على غير القادرين أن يستنهض القادر لفعله ، فإذا أداه واحد منهم ناب في الأداء عن جميعهم . بالنظر إلى التعاون المأسور بينهم ، لأن الأمر بالمعروف ترتبط به مصلحة جميع أفراد الأمة (٣) . فيلتزم به كل واحد منهم ، لأن كل واحد منهم راع ، وكل واحد منهم مسئول عن رعيته ، كما جاء بالحديث الشريف (٤) . ويلاحظ أن واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الكفائي بالنسبة لجميع أفراد الأمة يكون واجباً عينياً بالنسبة لأولى الأمر فيها ، لأن الواجب العيني ، في اصطلاح أهل السنة ، هو الواجب الذي يتعين على كل شخص أن يقوم به (٥) (وسوف آتي على ذلك تفصيلاً في المبحث القادم) .

---

(١) الشاطبي ، الموافقات جـ٢ ص ٢٠٣ ط . السلفية .
(٢) محمد صادق الحسيني ، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ص ٥٥ .
(٣) الشاطبي ، الموافقات جـ١ ص ١١٤ ، ابن الأخوة ، معالم القرية ص ٦٢ .
(٤) الكرماني ، شرح صحيح البخاري ، جـ ٢٤ ص ١٩٣ .
(٥) ابن القيم ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٢٢٨ ، محمد سلام مدكور ، مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٨٧ .

ولأن حقوق الله ، هي الحقوق التي ترتبط بها المصلحة العامة لجميع أفراد الأمة ، لذا اعتبر الفقهاء ولاية الحسبة من قبيل الولايات الدينية (١) . واعتبروا تولية القضاة ويلحق بهم المحتسبون ، من قبيل تلك الحقوق ، تطبيقاً لقاعدة أصولية تقرر بأن مالا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب ، ولأن توليتهم من أقوى وأشرف العبادات بعد الإيمان ، لما فيه من إقامة القسطاس بين الناس ، ودفع صولة القوى حتى لاتسفك الدماء ، وتضيع حقوق الناس بالباطل (٢) ولذا قرر الإمام ابن تيميه بأن ((جماع الدين ، وجميع الولايات في الدولة هو الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، سواء في ذلك نيابة السلطنة الكبرى ، أو ولاية الشرطة الصغرى ، أو غير ذلك من الولايات كالقضاء والحسبة وولاية بيت المال ، فكل بني آدم لاتتم مصلحتهم لافي الدنيا ولا في الآخرة إلا بالاجتماع والتعاون والتناصر ، والتعاون على جلب المنافع ، والتناصر لدفع المضار ، وإذا اجتمعوا فلابد لهم من أمور يفعلونها يجتلبون بها المصلحة ، وأمور يحتسبونها لما فيها من المفسدة ويكونون مطيعين للأمر بتلك المنافع ، والناهين عن تلك المفاسد ، فجميع بني آدم لابد لهم من أمر ونهي (٣) .

جمع القضاة بين ولايتي القضاء والحسبة :

واعتبار ولاية الحسبة من حقوق الله ، شأنها في ذلك شأن ولاية القضاء هو الذي يفسر وجود نطاق يتداخل فيه اختصاص كل من القاضي والمحتسب خصوصاً ، إذا تجاوزت تصرفات كل منهما بالحسبة نطاق حقوق الله الخالصة ، إلى نطاق الحقوق المشتركة مع العباد تبعاً للنظرة الشديدة لبعض أهل العلم ، وفي مقدمتهم الإمام عز الدين بن عبد السلام

---

(١) ابن خلدون ، المقدمة ص ٢٠١ ، ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٢١٨ .
(٢) عبد العزيز المراغي ، طرق استيفاء الحقوق في الشريعة الإسلامية رسالة مخطوطة ، مكتبة كلية الحقوق جامعة أسيوط ص ٣٧ .
(٣) ابن تيمية ، الحسبة في الإسلام ، ط السلفية ، ص ٤ ــ ٦ وفي نفس المعنى على الخفيف ، الحسبة ، أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية ص ٥٦٤ ، ص ٥٦٨ .

والإمام القرافي والإمام الشاطبي ، من أنه لايوجد حق للعبد إلا وفيه حق الله تعالى (١) . ويقول الشاطبي : ((كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى ، وهو جهة التعبد ، فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً ، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه بإطلاق ، فإن جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجرد فليس كذلك بإطلاق ، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية ، الموافقات ٣٢٣/٢ ط صبيح)) ، وهكذا نجد اختصاصات المحتسب ، قد امتدت ، بالنسبة لحقوق العباد ، وفي نطاق المعاملات المالية ، إلى الأمر بسداد الديون المتأخرة ، إذا استعداه أصحاب الحقوق وهو دور يقوم به قاضي التنفيذ في عصرنا ، كما امتدت إلى غير ذلك من التصرفات المتعلقة بمسائل المعاملات المالية (٢) .

ولذلك أصبح من المعتاد ، في العصور التي كانت تفرد الحسبة فيها بولاية خاصة ، أن يجمع القاضي بين اختصاصات كل من القاضي والمحتسب ، فيحدثنا القاضي أبو بكر بن العربي في مؤلفه العواصم من القواصم ، عن قيامه بالجمع بين كل من عملي القاضي والمحتسب كما يورد لنا الإمام النباهي المالقي ، في مؤلفه ((تاريخ قضاة الأندلس)) ،أسماء بعض القضاة الذين نظروا في الحسبة إلى جوار عملهم ، كالقاضي عبد السلام بن سحنون (٣) . وكما نجد هذا الجمع في كتاب الصلة لابن بشكوال عند ترجمته لكل من القاضي خلف بن بقي والقاضي عبدالرحمن بن محمد (٤) ، والواقع أن القاضي ، بصفته أحد الولاة ، لايستطيع الاستغناء عن التصرفات بالحسبة (٥) . في مسائل المعاملات المالية في

---

(١) القرافي ، الفروق جـ ١ ص ١٤١ ، الفرق ٣٢ ، عبد العزيز المراغي السابق ص ٣٢ .
(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٤٦ ، النويري ، نهاية الأرب جـ ٦ ، ص ٢٠١ .
(٣) النباهي المالقي ـ تاريخ قضاة الأندلس ، ط القاهرة ، ١٩٤٨م ، ص ٢٩ .
(٤) ابن بشكوال ، الصلة ، ط القاهرة ١٩٥٥م جـ١ ص ١٦٣ ، ص ٢٩٦ .
(٥) ولذلك وصف عمل المحتسب بأنه ثلثا عمل القاضي، بصائر الاحتساب ، مخطوط ، مكتبة رفاعة بسهوهاج ورقة ١٤ ، ويسلم الفقهاء بأن نظر القاضي يشتمل على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ـ ابن جزيء ـ القوانين الفقهية ، ص ٢٥٢ـ٢٥٣ ، القرافي ، الأحكام ص ١٨٣ .

أي عصر من العصور ،كما يظهر ذلك بصفة خاصة بالنسبة للمواد الحسبية والمواد المستعجلة ، وفي دعاوى الحيازة ، وبصدد تصرفاته بالنسبة لتفيذ الأحكام والسندات الرسمية في عصرنا ، وسيأتي لهذه الملحوظة مزيد من البيان ، لكون الحسبة في حقيقتها خادمة لمنصب القضاء (١) .

نطاق دعاوى الحسبة :

وهكذا ننتهي من هذا الاستقصاء التاريخي ، إلى أن الحسبة وجدت في سائر المجتمعات ، لأنها ضرورة لحفظ أي مجتمع من الانحلال ، وأن كافة أولي الأمر من جميع الدول ، وعلى مر التاريخ ، ولاسيما القضاء ، يمارسون بعض اختصاصاتها على نحو أو آخر ، هذا فضلاً عن الموظفين الذين كان يعقد لهم الاختصاص أصلاً بنظر الحسبة ، على اختلاف التسميات التي أعطيت لها ، وأن إقصاء مسائل المعاملات المالية من نطاق الاحتساب ، لايجد له سنداً من واقع التاريخ أو من واقع النظم القانونية المختلفة ، لأن المنكر ، كما يحدث في نطاق الجرائم الكبرى ، يحدث كذلك في نطاق كل من الأحوال الشخصية والمعاملات المالية ، لأن العبرة بالحق الذي يحتسب من أجله ، فإذا كان حقاً لله ، أو غلب فيه حق الله ، كان محلاً للاحتساب ، وبصرف النظر عن الفرع الذي يوجد فيه هذا الحق .

أنواع الحقوق في الإسلام :

عرفنا أن دعوى الحسبة هي دعوى الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله ، ولذا فهي تدور في وجودها مع ظهور ترك المعروف ، وظهور فعل المنكر ، حيث تراقب النشاط الانساني ، سواء تعلق بأمور الحكم أو الإدارة أو الجرائم أو الأحوال

(١) ابن الأرزق ، بدائع الملك ج ١ ص ٢٦٢ .

الشخصية ، أو المعاملات المالية ، مادام هذا النشاط يمس حقاً من حقوق الله ، أو حقاً مشتركاً غلب فيه حق الله تعالى ، ولذا نجد الفقهاء قد قسموا الحقوق إلى حقوق لله ، وإلى حقوق للعبد ، وإلى حقوق مشتركة قد يغلب فيها حق الله ، وقد يغلب فيها حق العبد ، ويهمنا الإشارة إلى معيار التميز بين كل من هذه الحقوق ، لأهميته البالغة بالنسبة لدعاوى الحسبة .

معيار التمييز بين كل من حقوق الله وحقوق العباد :

ذكر الإمام القرافي أن حق الله أمره ونهيه ، وحق العبد مصالحه ، وإن التكاليف على ثلاثة أقسام : حق الله تعالى وحده ، كالإيمان وتحريم الكفر ، وحق العبد وحده كالديون والأثمان ، وقسم اختلف فيه ، هل يغلب فيه حق الله أو حق العبد ؟ كحد القذف ، قال : ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط ، وإلا فما من حق إلا وفيه حق الله تعالى ، فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد ، ولا يوجد حق العبد إلا وجد حق الله تعالى ، ثم وضع معياراً للتمييز بين كل من حق العبد وحق الله ، بصحة الإسقاط ، فكل ماللعبد إسقاطه ، يكون هو المراد بحق العبد ، وكل ماليس له إسقاطه ، فهو المقصود بحق الله تعالى ، ويضيف بأنه قد يوجد حق الله تعالى ، ومعه حق العبد ، ولكن لايكون للعبد إسقاطه ، كتحريمه تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات ، فإنه تعالى حرمها صوناً لمال العبد عليه ، وصوناً له عن الضياع ، فيحجز الرب تعالى برحمته على عبده ، في تضييع ماله ، الذي هو عونه على أمر دنياه وآخرته ، وكذلك تحريمه تعالى المسكرات صوناً لمصلحة عقل العبد عليه ، وتحريم السرقة صوناً لماله ، والزنى صوناً لمهجته وأعضائه ومنافعها عليه ، فلو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك ، لم يعتبر رضاه ، ولم ينفذ إسقاطه ، فهذه كلها ، وما يلحق بها من نظائرها ، مما هو مشتمل على مصالح العباد ، حق الله تعالى ، لأنها لاتسقط

بالإسقاط على الرغم من اشتمالها على حقوق العباد ، لما فيها من مصالحهم ودرء مفاسدهم ، ويضيف الإمام القرافي ، بأن أكثر أحكام الشريعة من هذا النوع (١) .

ويعرف الفقهاء حق الله تعالى ، بأنه مايتعلق به النفع العام للعالم ، فلا يختص به أحد ، ولكنه ينسب إلى الله تعالى على سبيل التعظيم ، لأنه سبحانه يتعالى غني أن ينتفع بشيء ، بل الإضافة اليه بغرض تشريف ماعظم خطره ، وقوى نفعه ، وشاع فضله ، لانتفاع الناس به كافة ، أما حق العبد ، فهو مايتعلق به مصلحتة الخاصة ، كحرمة مال الغير فإنه حق العبد لتعلق صيانة ماله به ، فلهذا يباح مال الغير باباحة المالك ، ولايباح الزنى بإباحة الزانية ولا بإباحة أهلها (٢) . ثم أفاض الفقهاء في بيان أقسام حقوق الله تعالى الخالصة ، وحقوق العباد الخالصة ، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب ، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب (٣) .

حقوق الله في لغة النظام المعاصر :

ولقد عبر القانون المعاصر عن فكرة حقوق الله وإن لم تسم بهذه التسمية ، بأنها تلك الحقوق التي ترتبط بالنظام العام والآداب العامة ، فلا يجوز للفرد الاتفاق على مايخالف مقتضيات النظام العام ، حتى ولو كان في ذلك تضحية بسلطته الخاصة ، وتشكل فكرة النظام العام والآداب ، قدراً من القواعد ، تمثل الحد الأدنى من القواعد اللازمة لحماية المجتمع من الانحلال ، لذلك فإن الفصل فيما كانت قاعدة معينة تتعلق بالنظام العام أو الآداب ، يعتبر من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض .

---

(١) القرافي ، الفروق ، الفرق ٢٢ جـ١ ص ١٤٠ ـ ١٤٢ ، الدردير ي ، الشرح الكبير جـ٤ ص ١٧٤ .

(٢) البخاري ، كشف الأسرار جـ٤ ص ١٢٤ ، صدر الشريعة والتفتنازي والفنري وملاخسرو = التوضيح وحواشمه جـ ٣ ص ١٢٩ ـ ١٣٠ .

(٣) عبد العزيز المراغي ، رسالة في ٣٢ ـ ٦٢ .

ولقد ضرب شراح القانون المعاصر أمثلة للقواعد المتعلقة بالنظام العام في نطاق القانونين العام والخاص (١) تتشابه مع عظم أنواع حقوق الله ، وما غلب فيه حق الله عند اهل الفقه(٢) .

وسيأتي لهذه الملحوظة مزيد من البيان عند الكلام عن دور كل من النيابة العامة والقضاء في الاحتساب .

دخول بعض حقوق العباد في نطاق دعاوى الحسبة :

ونظراً لعدم وجود حق خالص للآدميين كما قدمت ، إذ لابد وأن يكون فيه حق الله ، لذلك تكلم الفقهاء الذين كتبوا عن الحسبة عن اختصاصات المحتسب بالنسبة لكل من حقوق الله وحقوق الآدميين ، أو الحقوق المشتركة بينهما ، بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهي تتعلق بالنسبة لحقوق الآدميين بنظر الدعاوى المتعلقة بالمنكرات الظاهرة في الغالب ، كالحقوق المعترف بها إذا مطلت ، والديوان إذا أخبرت ، بشرط عدم جحدها أو إنكارها ، تكلموا عن اختصاصات المحتسب في المواد الحسبية ، ولكنها أمور تدخل في نطاق اختصاصات قاضي الأمور المستعجلة ، وقاضي التنفيذ ، المحاكم الحسبية في عصرنا (٤) .

ولكن المتأمل في هذا الوضع ، يجد أن المحتسب لايتصرف بالنسبة لحقوق العباد بوصفها حقوقاً خالصة لهم ، بل يتصرف لأن فيها نسبة من حقوق الله ولأن وظيفته ذاتها من حقوق الله على ما سبق بيانه فكان لابد له من التصدي لكل أمر يمس حقاً لله ، حتى ولو اقترن به حق للعبد ، ليس بهدف رعاية حق العبد بالدرجة الأولى ، وإنما لرعاية حق الله الذي اقترن به حق العبد ، ولذا لايستطيع إسقاط الحق إذا كان دائراً بين حقه وحق الله تعالى ، إذا كان من شأن ذلك الإسقاط حق الله (٥) .

---

(١) عبد المنعم الصمده ، أصول القانون بند ٥٢ ، ص ٧٢ ـ ٧٣ .
(٢) المرجع السابق بند ٥٣ ـ ٥٥ ص ٧٣ ـ ٧٧ .
(٣) علي الخفيف ، الحسبة ، أسبوع الفقه الإسلامي ص ٥٧٦ .
(٤) انظر في اختصاصات المحتسب ـ الماوردي ـ الأحكام السلطانية ، ص ٢٤٠ ـ ٢٥٩ .
(٥) الشاطبي ـ الموافقات جـ٢ ص ٣٧٦ .

المبحث الثاني : في وجوب الحسبة

اتفق الفقهاء على أن حكم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أي الحسبة هو الوجوب (١) . بل أن المعتزلة ـ لم تجعله واجباً فحسب بل جعلوه أصلاً من أصول الإيمان عندهم، ومقتضى هذا الوجوب أن الحسبة للأفراد ليست حقاً يأتونه إن شاءوا ويتركونها إذا شاءوا وليس مندوباً إليه يحسن للأفراد إتيانه أو تركه، وإنما هو واجب على الأفراد (٢) أي ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه فهو مفروض لامحيص لهم من القيام بأعبائه سواء في ذلك الحكومات أو الجماعات أو الأفراد (٣) وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على وجوب الأمر بالمعروف

---

(١) ينظر إلى هذا المراجع توضح المقصود :
ـ الجامع لأحكام القرآن الـ القرطبي ـ ص ٤٨ .
ـ تفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا جـ ٤ص ٢٩ .
ـ تفسير القرآن لابن كثير جـ ١ ص ٢٩٠ .
ـ الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٠ .
ـ إياء علوم الدين ـ الغزالي جـ ٧ ١١٨٧ .
ـ الحسبة لابن تيمية ص ٨ .
ـ المقدمة لابن خلدون ص ٣١٠ .
ـ مقالات إسلامية ـ لأبي الحسن الأقوى جـ١ ص ٣٢٧ .
ـ الارشاد إلى قواطع الإدارة ـ للجويني ـ مكتبة الخانكي مصر ١٩م ص ٣٦٨ .
ـ شرح الأصول الخمسة ـ للقاضي عبد الجبار ـ مكتبة وهبة بمصر ـ الطبعة الأولى ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٥م ص ٧٤١ .
ـ الشيخ ابراهيم الدسوقي الشهاوي ـ الحسبة في الإسلام ـ مكتبة دار الودية مصر ، طبعة ١٣٨٢هـ ـ ١٩٦٢م ـ ص ١٧ .
ـ فصل الخطاب في تأييد صورة الجواب ، للشيخ أحمد بن العاف بن شكرت الأولى ١٣٢٦هـ ـ ص ٢٢٣ .
ـ د. محمد ضياء الدين الريس ـ النظريات السياسية الاسلامية ص ٣١٥ .
ـ د. علي جريشة ـ المشروعية الاسلامية للعليا ـ ص ٣٨٥ .
ـ د. فؤاد النادي ـ مبدأ المشروعية ـ مرجع سابق ص ١٦٧ .
ـ د. سعيد الحكيم ـ الرقابه على أعمال الأداره ص ٢٤٣ .
(٢) أصول الإيمان عند المعتزلة هي : التوحيد ـ العدل ـ المنزلة بين المنزلين ـ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ـ الوعد والوعيد ، انظر في ذلك ، الشهر ستاني بهاء الفصل لابن حزم جـ ١ ص ٥٢ مكتبة السلام العالمية مصر بدون تاريخ .
(٣) من أهم من قال بهذا الرأي أبو بكر الجصاص ، أحكام القرآن طبعة المطبعة البهائية ١٣٤٧هـ ـ ص ٣١٥ .

والنهي عن المنكر إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذا الوجوب من وجهين وجه يرى أنها فرض عين والآخر يرى أنها فرض كفاية .

المطلب الأول : الاتجاه الذي يرى في الحسبة فرض عين (١) :

وقد انحصر هذا الخلاف في تحديد الصفة للحسبة وهل هي فرض عين كالصلاة والزكاة والحج ... الخ أم هي فرض على الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الكل وذلك مثل الجهاد والصلاة على الميت وغير ذلك انقسم الفقهاء إلى فريقين : ..... إلى ص ٢١٤

---

(١) الحسبة فرض عين - وأدلته : يرى البعض العلماء(*) أن الحسبة فرض عين . ومما استدلوا به على ذلك :
أولاً : قوله تعالى : ﴿ **ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون** ﴾(**) . قالوا : إن ((من)) في قوله تعالى ((منكم)) للتبيين وليست للتبعيض ، ومعنى الآية : كونوا كلكم أمة تدعون إلى الخير وتأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر . يقول الثعالبي :((وذهب الزجاج وغير واحد إلى أن المعنى : ولتكونوا كلكم أمة يدعون . و ((من)) لبيان الجنس . ومعنى الآية على هذا : أمر الأمة بأن يدعوا جميع العالم إلى الخير ، فيدعوا الكفار إلى الإسلام والعصاة إلى الطاعة ، ويكون كل واحد في هذه الأمور على منزلته من العلم والقدرة))(***) . واستشهدوا ببعض الآيات وكلام العرب قد ورد فيها ((من)) للتبيين . يقول ابن الجوزي : ((من)) ههنا تدخل لتحض المخاطبين من سائر الأجناس ، وهي المؤكدة أن الأمر للمخاطبين ، ومثله ﴿ **فاجتنبوا الرجس من الأوثان** ﴾(****) ، ومثله قول الشاعر .

أخو رغائب يعطيها ويسألها ... يأبى الظلامة منه النوفل الزفر(*****) . =

(*) ومن هؤلاء الزجاج ، وابن حزم ، ابن كثير ، وأبو عبد الله التلمساني ، ومحمد عبده ، ومحمد رشيد رضا ، ومحمد أبو زهرة . (انظر زاد المسير لابن الجوزى ٤٣٤/١ - ٤٣٥ ، والمحلي ٥٠٥/١٠ ، ومختصر تفسير ابن كثير ٣٠٦/١ ، وتحفه الناظر وغنية الذاكر في حفظ الشعائر وتغيير المناكر ص٤ ، وتفسير المنار ٢٦/٤ - ٣٨ ، والدعوة إلى الإسلام للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٢) .

(**) سورة آل عمران / الآية ١٠٤ .

(***) تفسير الثعالبي ٢٩٧/١ ، وانظر أيضاً تفسير البغوي ٣٩٩/١ ، وزاد المسير ٤٣٤/١ ، وتفسير المنار ٢٦/٤ - ٢٧ .

(****) سورة الحج / الآية ٣٠ .

(*****) زاد المسير ٤٣٤/١ ، وأنظر أيضاً تفسير الغوي ٣٩٩/١ ، والتفسير الكبير ١٦٦/٨ - ١٦٧ .
يأبي الظلامة منه النوفل : يأتي الظلامة لأنه نوفل زفر .
والنوفل : الكثير العطاء .
والزفر : حامل الأثقال والمؤون عن الناس . (نقلاً عن تفسير القرطبي ٢٩٦/٤) .

= واستشهدوا أيضاً بما جاءت ((من)) للتبين في قوله تعالى : ﴿ **محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم تراهم ركعاً سجداً يبتغون فضلاً من الله ورضوانا سيماهم في وجوههم من أثر السجود ذلك مثلهم في التوراه ومثلهم في الإنجيل كزرع أخرج شطئه فآزره فاستغلظ فاستوى على سوقه يعجب الزراع ليغيظ بهم الكفار ، وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات منهم مغفرة وأجرا عظيماً** ﴾(*) . و ((من)) في قوله تعالى : ﴿ **وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات منهم** ... ﴾ الآية ، للجنس إذ وعد الله تعالى بالمغفرة والأجر العظيم لجميع المتصفين بالصفات المذكورة من أصحاب الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم . يقول الإمام القرطبي في تفسير الآية :((وليست ((من)) في قوله ((منهم)) مبعضة لقوم من الصحابة دون قوم ، ولكنها عامة مجنسة مثل قوله تعالى : ﴿ **فاجتنبوا الرجس من الأوثان** ﴾(**) . واستشهدوا أيضاً بقوله تعالى : ﴿ **الذين استجابوا لله والرسول من بعد ما أصابهم القرح للذين أحسنوا منهم واتقوا أجر عظيم** ﴾(***) . فقالوا : ((من)) في هذه الآية للتبيين لأن المستجيبين كلهم محسنون ومتقون . يقول العلامة الزمخشري : و ((من)) في ﴿ **للذين أحسنوا منهم** ﴾ للتبيين مثلها في قوله تعالى : ﴿ **وعد الله الذين آمنو وعملوا الصالحات منهم مغفرة** ... ﴾ لأن الذين استجابوا لله والرسول قد أحسنوا كلهم واتقوا لا بعضهم))(****) . وأما استشهادهم بما ورد من كلام العرب فيقول عنه الإمام الرازي : ((يقال أيضاً : ((لفلان من أولاده جند)) ، و ((وللأمير من غلمانه عسكر)) يريد بذلك جميع أولاده وغلمانه لا بعضهم))(*****) . ويقول الشيخ محمد أبو زهرة : ((وإننا نرى أن يكون معنى الآية على أن ((من)) بيانه على معنة الأمر بأن تكون الأمة داعية إلى الخير كقول القائل : ((ليكن منها رجل فاضل يدعو إلى الخير ويهدي إليه))(******) .

ثانياً : قوله تعالى﴿ **وأولئك هم المفلحون** ﴾(*******) . قالوا : أكدت الآية أن الفلاح مختص بأولئك المتصفين بالصفات المذكورة في الآية ، وهي : الدعوة إلى الخير ، والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر .وحيث إن الحصول على الفلاح واجب عيني لذا يكون الاتصاف بتلك الصفات واجباً عينياً ، لأن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب . وسبب اختصاص الفلاح بأولئك المتصفين بتلك الصفات وجود ضمير فصل ((هم)) بين المبتدأ والخبر ، وفي هذا يقول القاضي أبو السعود : =

(*) سورة الفتح / الآية ٢٩ .

(**) تفسير القرطبي ٢٩٥/١٩ - ٢٩٦ ، وانظر أيضاً تفيير الكشاف ٥٥١/٣ ، وكتاب التسهيل ١٠٢/٤، ومختصر تفسير ابن كثير ٣٥٦/٣ .

(***) سورة آل عمران / الآية ١٧٢.

(****) تفسير الكشاف ٤٠٨/١ ، وانظر أيضاً التفسير الكبير ٩٨/٩ ، وتفسير البيضاري ١٩٠/١ ، وتفسير أبي السعود ١١٣/٢ .

(*****) التفسير الكبير ١٦٧/٨ ، وانظر أيضاً روح المعاني ٢١/٤ .

(******) الدعوة إلى الإسلام ص ٤٢ ، وانظر أيضاً تفسير المنار ٢٧/٤ .

(*******) سورة آل عمران / جزء من الآية ١٠٤ .

= ((هم)) ضمير فصل ، يفصل بين الخبر والصفة ، ويؤكد النسبة ، ويفيد اختصاص المسند بالمسند إليه))(*) . ومما يؤكد أن الفلاح يقتصر على المتصفين بتلك الصفات قوله تعالى : ﴿ **والعصر إن الإنسان لفي خسر إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر** ﴾(**) . حيث بين المولى عز وجل أن البشرية كلها في دائرة الخسران إلا المتصفين بالصفات المذكورة في السورة ، وإحدى تلك الصفات التواصي بالحق ـ أي التواصي بأداء الطاعات وترك المحرمات(***) يقول الشيخ محمد رشيد رضا نقلاً عن الشيخ محمد عبده : ((ويدل على العموم قوله تعالى : ﴿ **والعصر إن الإنسان لفي خسر إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر** ﴾ ، فإن التواصي هو الأمر والنهي))(****) .

ثالثاً : قوله تعالى : ﴿ **كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله** ﴾(*****) . قالوا : بين الله تعالى أن من شروط الانتماء إلى هذه الأمة الاتصاف بثلاث صفات ، وهي : الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، والإيمان بالله تعالى ، وحيث إن الانتماء إلى هذه الأمة واجب عيني ، يكون الاتصاف بتلك الصفات واجباً عينياً أيضاً ، لأن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب . ومما يؤكد هذا ما أخرجه ابن جرير الطبري عن قتادة قال : ذكر لنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قرأ هذه الآية ثم قال : ((يأيها الناس ! من سره أن يكون من تلك الأمة ، فليؤد شرط الله منها))(******) . ويقول الشيخ محمد أبو زهرة في معرض استدلاله على كون الدعوة فرض عين : فـ ((من)) في قوله تعالى ((منكم))تدل على أحد المعنيين : أحدهما : أن تكون بيانية ، والثانية : أن تكون للتبعيض . وعلة أنها بيانية يكون المعنى : ((ولتكونوا أيها المسلمون جميعاً أمة داعية إلى الخير / آخره بالمعروف ، ناهية عن المنكر ، فإن ذلك هو أساس الفرح)) وإن هذا المعنى متلاق مع قوله تعالى : ﴿ **كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله** ﴾(*******) .

مناقشة الأدلة :

سأبدأ بتوفيق الله تعالة مناقشة من يرى أن الحسبة فرض كفاية ونثني بمناقشة أدلة من يرى أنها فرض عين . =

(*) تفسير أبي السعود ٦٨/٢ ، وانظر أيضاً فتح القدير للشوكاني حيث يقول في تفسير قوله تعال : ﴿ **هم المفلحون** ﴾ : ((أي المختصون بالفلاح)) ٣٦٩/١ ، و ((والدعوة إلى الإسلام)) للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٢ .

(**) سورة العصر / الأيات ١ - ٣ .

(***) انظر مختصر تفسير ابن كثير ٦٧٤/٣ .

(****) تفسير المنار ٢٧/٤ .

(*****) سورة آل عمران / الأية ١١٠ .

(******) انظر تفسير الطبرى رقم الرواية ٧٦١٢ ، ١٠٢/٧ . ويؤكد هذا أيضاً ماقاله مجاهد : ((كنتم خير الناس أن تأمروا بالمعروف وتنهوا عن المنكر ، وتؤمنوا بالله)) . (المرجع السابق ، رقم الرواية ٧٦١٥ ، ١٠٣/٧)

(*******) سورة آل عمران / الأية ١١٠ ، وانظر ((الدعوة إلى الإسلام)) ص ٤١ .

= **مناقشة أدلة من يرى أن الحسبة فرض كفاية :**
أولاً : إن استدلالهم بقول تعالى ﴿ **ولتكن منكم أمة** .....﴾ الآية . مبني على أن ((من)) في الآية للتبعيض ، وهذا ليس مسلماً به حيث ترد ((من)) للتبعيض ، وللتبيين أيضاً كما اتضح من أدلة من يرى الحسبة فرض عين . وحتى لو سلم أنها للتبعيض فيكون معنى الآية : وجوب وجود طائفة متخصصه للدعوة إلى الخير ، والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر . ووجوب وجود هذه الطائفة لا ينفي الوجوب عن الآخرين. وفي هذا يقول الحافظ ابن كثير : ((والمقصود من هذه الآية أن تكون فرقة من هذه الأمة متصدية لهذا الشأن ، وإن كان ذلك واجباً على كل فرد من الأمة بحسبة ، كما ثبت في صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :((من رأي منكم .....)) الحديث(*) . وحتى إعداد هذه الطائفة المتخصصة ـ كما ذكر بعض العلماء ـ مسؤوليه جميع المسلمين . يقول الإمام الشاطبي : ((ولكن قد يصح أن يقال : إنه واجب على الجميع على وجه من التجوز لأن القيام بذلك الغرض قيام بمصلحة عامة ، فهم مطلوبون بسدها على الجملة ، فبعضهم هو قادر عليها مباشرة ، وذلك من كان أهلا لها ، والباقون - وإن لم يقدروا عليها - قادرون على إقامة القادرين . فمن كان قادراً على الولاية فهو مطلوب لإقامتها ، ومن لا يقدر عليها مطلوب بأمر آخر : وهو إقامة ذلك القادر وإجباره على القيام بها . فالقادر إذاً مطلوب بإقامة الفرض ، وغير القادر مطلوب بتقديم ذلك القادر إذ لا يتوصل إلى قيام القادر إلا بالإقامة من باب ما لا يتم الواجب إلا به))(**) .

ثانياً : إن استدلاهم بقولة تعالى ﴿ **وما كان المؤمنون لينفروا كافة** ... ﴾ الآية . على أن التفقه في الدين فرض كفاية صحيح ، لكن ليس في الآية ما يدل على حصر مسؤولية الاحتساب في المتفقهين .

ثالثاً : ما ذكر من أنه يخشى أن العامي يأمر بالمنكر أو ينهى عن المعروف فغير صحيح ، لأن المسائل تنقسم : القسم الأول : الواجبات المشهورة والمحرمات الظاهرة التي يعرفها كل مسلم . والقسم الثاني : دقائق الأقوال والأفعال التي لا يعرفها إلا المتخصصون ، فالعامي لا يأمر ولا ينهى إلا ما يعرف من الواجبات المشهورة والمحرمات الظاهرة ،والمختص يأمر وينهى على قدر علمه(***) . وفي هذا يقول الشيخ عبد القادر عودة : ((ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على عاتق الجاهل لن يؤدي إلى الأضرار التي يتوقعونها ؟ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهي عن السرقة والزنا))(****) .

رابعاً : يدل قوله تعالى : ﴿ **الذين إن مكناهم في الأرض** ...﴾ الآية ، على أن من واجبات من مكن في الأرض الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وليس فيه أن من لم يمكن في الأرض ليس عليه هذا الواجب أو لا يقوم به . =

(*) مختصر تفسير ابن كثير ٢٠٦/١ .
(**) الموافقات في أصول الشريعة ١٧٨/١ - ١٧٩ ، وانظر أيضاً تعليقات الشيخ عبد الله دراز على الموافقات ١٧٦/١ ، هامش رقم ، وتفسير المنار ٢٦/٢ ، و((الدعوة إلى الإسلام)) للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٣ .
(***) انظر شرح النووي على صحيح مسلم ٢٣/٢ ، وتفسير المنار ٢٧/٤ .
(****) التشريع الجنائي الإسلامي ٤٩٥/١ .

خامساً : سقوط الاحتساب عن بعض الناس بسبب قيام بعضهم الآخرين لايدل على كون الحسبة فرض كفاية ، لأن سقوطه بسبب انعدام موجب الاحتساب وليس بسبب قيام بعضهم به . ولذا لو بقي موجب الاحتساب يجب على الآخرين القيام به مع قيام بعض الناس به من قبلهم . فعلى سبيل المثال لو وجد شخص يرتكب منكراً فنهاه شخص فلم يمتنع يجب على الآخرين أن ينهوه عن ذلك . فلو كان القيام بالاحتساب من قبل شخص مسقطاً له عن الآخرين ما كان عليهم أن يمنعوه عنه .

مناقشة أدلة من يرى الحسبة فرض عين :

ومما انتقد على أدلة من يرى الحسبة فرض عين :

أولاً : إن الاستشهاد بالآيات وكلام العرب على ورود ((من)) للتبيين صحيح ، ولكن الآية التي جعلوها سنداً لدعواهم جاء فيها ((من)) للتبعيض .

ثانياً : إن القول بوجود ضمير وهو ((هم)) بين المبتدأ والخبر وإفادته اختصاص المسند بالمسند إليه صحيح ، لكن المقصود بالفلاح كماله . يقول القاضي أبو السعود في تفسير الآية : ﴿ **هم المفلحون** ﴾ : ((أي هم الأخصاء بكمال الفلاح))(*) . وعلى هذا لا تنفي الآية حصول مطلق الفرح لمن لم يتصف بالصفات المذكورة فيها .

ثالثاً : إن ماذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من اشتراط الاتصاف بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر للانتماء إلى هذه الأمة سنده منقطع حيث يقول قتادة : ((ذكر لنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ..)) ولا يصح الاستدلال بالأثر المنقطع .

الترجيح :

يتضح مما سبق أدلة كون الحسبة فرض كفاية لا يخلو من مقال .

- الدليل الأول : وهو كون ((من)) للتبعيض محتمل .
- أما الدليل الثاني - وهو شرط التفقة لمن يقوم بالاحتساب - فليس في الآية مايدل على هذا الاشتراط .
- وأما الدليل الثالث - وهو خوف أمر العامي بالمنكر ، ونهيه عن المنكر - فليس بقوي ، لأن كل شخص يأمر وينهى كل على قدر علمه .
- وأما الدليل الرابع وهو شرط التمكين في الأرض لمن يقوم بالاحتساب - فليس في الآية مايدل على هذا .
- وأما دليلهم الخامس - وهو سقوط الاحتساب بسبب قيام بعض الناس - فليس بسديد لأن سقوطه ليس بسبب ماذكر بل بسبب انعدام موجب الاحتساب .

* وأما أدلة من يرى الحسبة فرض عين فإن كان في بعضها مقالاً لكنها قوية . ولئن قيل إن الحصر في قول تعالى : ﴿ **وأولئك هم المفلحون** ﴾ ليس حقيقياً فماذا يقال بما ثبت في سورة ((العصر)) من أن البشرية كلها في دائرة الخسران إلا المتصفين بالصفات المذكورة فيها . ومن تلك الصفات : التواصي بالحق ؟ .

(*) تفسير أبي السعود ٦٨/٢ ، وانظر أيضاً تفسير القرآن بكلام الرحمن للشيخ ثناء الله الأمر تسري حيث يقول فيه : ((الحصر على وجه الكمال لا على سبيل الحقيقة)) . (ص ٥٩)

- ولئن قيل : إن قول عمر رضي عمر رضي الله عنه سند منقطع فماذا يقال عما يدل عليه ظاهر الآية من أن خيرية الأمة مقرونة بالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، والإيمان بالله تعالى ؟. وعلى ضوء ماذكر أرى - والله أعلم بالصواب - أنه يجب على كل مسلم أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ، كل على قدر علمه وقدرته، فمن كان علمه أكثر ستكون دائرة احتسابه أوسع، ومن كان علمه أقل سيكون نطاق احتسابه أضيق . ومن كان قادراً على الحسبة باليد فباليد(*) ، ومن لم يستطيع إلا باللسان فباللسان ، ومن لم يستطع إلا بالقلب فبالقلب . وهو الأخير هو المستطاع لكل مسلم ، ولا يجوز لمسلم التخلي عن هذه الدرجة من الاحتساب .

تنبيـــــــــه :

أحوال تصير الحسبة فيها فرض عين عند الجميع .

هناك أحوال تتحول الحسبة فيها من فرض كفاية إلى عين عند الجميع ، ومن تلك الأحوال :

أولاً : التعيين من قبل السلطان :

تصير الحسبة فرض عين على من عينه السلطان أو نائبه . وفي هذا يقول الإمام الماوردي : ((إن فرضه متعين على المحتسب بحكم الولاية ، وفرضه على غيره داخل في فروض الكفاية))(**) .

ثانياً : التفرد بالعلم بموجب الحسبة .

تتحول الحسبة فرض عين على من تفرد بالعلم بأن معروفاً قد ترك ، أو منكراً قد ارتكب . ويقول الإمام النووي : ((إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية ، ثم إنه قد يتعين إذا كان في موضع لا يعلم به إلا هو))(٣) .

ثالثاً : انحصار القدرة في أشخاص محددين :

إذا انحصرت القدرة على الحسبة عند أناس ولم يقم غيرهم بها تصير الحسبة فرض عين عليهم . وفي هذا الصدد يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : ((ويصير فرض عين على القادر الذي لم يقم به غيره))(***) . وقد بين الإمام ابن العربي هذا الأمر بأسلوب آخر فقال : ((ومن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نصره الدين بإقامة الحجة على المخالفين ، وقد يكون فرض عين إذا عرف المرء من نفسه صلاحية النظر والاستدلال بالجدال ، أو عرف ذلك منه))(****) . وبين هذا الأمر الإمام النووي بأسلوب آخر حيث يقول : ثم إنه قد يتعين إذا كان لا يتمكن من إزالته إلا هو كمن يرى زوجته أو ولده أو غلامه على منكر أو تقصير في المعروف(*****) . =

(*) مع مراعاة شروط استخدام اليد المذكورة في كتب الحسبة .

(**) الأحكام السلطانية ص٢٤٠ ، وانظر أيضاً الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٢٨٤ .

(***) انظر شرح النووي على صحيح مسلم ٢٣/٢ .

(****) الحسبة في الإسلام ص ١٢ - ١٣ وانظر أيضاً إحياء علوم الدين ٣١١/٢ - ٣١٢ ، والدعوة إلى الله وما ينبغي أن يتحلى به الدعاة ، ص ١٥ .

(*****) أحكام القرآن ٢٩٢/١ .

(******) شرح النووي على صحيح مسلم ٢٣/٢ باختصار .

لأول : وهم بعض الفقهاء (١) قالوا: إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض عين واجب محتم وعلى كل مسلم أن يؤديه أو من هو على استعداد لتأديته أو من هو متفرغ لتأديته وهم يشبهونه بفريضة الحج فهي فرض عين ولكن على المستطيع بل إن الحسبة عندهم آكد من فريضة الحج لأنها مستطاعة دائماً فالجاهل يمكنه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيما هو ظاهر كالأمر بالصلاة والنهي عن السرقة والزنى والعالم يستطيع الأمر بالنهي في الظاهر والخفي وجعل هذا الواجب فرض عين عند أصحاب هذا الرأي هو الحفاظ على الأمة حرزاً لها من الفساد والتحلل .

وفي العصر الحديث أيد بعض العلماء هذا الرأي وكان منهم د. محمد ضياء الدين الريس ويذكر أن هذا الأصل ينطوي على أمور كثيرة فهو يدعو كل فرد بل يوجب عليه أن يكون قواماً على تنفيذ الشريعة شاعراً بالمسئولية عن الأعمال العامة داعياً إلى الفضيلة ناهياً عن الرذيلة (٢) .

وأيضاً يرى الدكتور علي جريشة أن واجب الدفاع الشرعي ليس مجرد واجب كفائي بحيث إذا قام البعض سقط عن الباقين فذلك ماقد يؤدي إلى شيء مـــن

= رابعاً : تغيير الأحوال :
يرى سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز أن الدعوة إلى الله - والحسبة منها ـ تصير فرض عين عند تغير الأحوال حيث يقول : ((فعند قلة الدعاة ، وعند كثرة المنكرات ، وعند غلبة الجهل كحالنا اليوم تكون الدعوة فرض عين على كل واحد بحسب طاقته)) (*).

(١) د. ضياء الدين الريس ـ النظريات السياسية الإلامية ص ٢١٥ . ومن هؤلاء العلماء الزجاج ، وابن حزم وابن كثير ، وأبو عبد الله التلمساني ، ومحمد عبده ومحمد رشيد رضا ، ومحمد أبو زهرة (انظر زاد المسير لابن الجوزي ٤٢٤/١ - ٤٢٥ والمحلى ٥٠٥/١٠ ، ومختصر تفسير ابن كثير ٣٠٦/١ . وتحفه الناظر وغنية الذاكر في حفظ الشعائر وتغيير المناكر ص٤ ، وتفسير المنار ٢٦/٤ - ٣٨ والدعوة إلى الإسلام للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٢) .
(٢) د. ضياء الدين الريس ، المرجع نفسه .

(*) ((العوة إلى الله وما ينبغي أن يتحلى به الدعاة)) ص ١٦ .

التواكل يضعف فاعلية ذلك الواجب الخطير لذلك يرى أن ذلك الواجب هو واجب عيني على كل فرد من أفراد الأمة إذا تحققت شروطه (١) .

وقد مال د. سعيد الحكيم إلى هذا الرأي فعلاً ((بأن ربط واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالاستطاعة يؤدي إلى عدم جواز ترك هذا الواجب مطلقاً .. فمن لايستطيع الإنكار باليد فاللسان أو القلب ،ولا يستطيع أحد أن يدعي أن الانكار بالقلب يمكن أن يخرج عن الاستطاعة البشرية (٢))) .

المطلب الثاني : الاتجاه الذي يرى في الحسبة فرض كفاية

هذا الرأي هو رأي جمهور الفقهاء فأغلبهم قد رأى أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من فروض الكفايات كالجهاد فهو واجب حتمي على كل مسلم ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره وهم في ذلك يستندون على النص الصريح الذي يقول الله تعالى فيه ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ (٣) ففي الآية بيان الإيجاب وفيها بيان أن الفلاح منوط به ، إذا حصر وقال ((وأولئك هم المفلحون)) وفيها بيان أنه فرض كفاية لافرض عين، وأنه إذا قام به أمة سقط الفرض عن الآخرين إذ لم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف بل قال ((ولتكن منكم أمة)) فإذا قام به واحد سقط الحرج عن الآخرين(٤) فهو فرض لأن الله أوجبه

(١) د. علي جريشة ، المشروعية الإسلامية العليا ص ٢٨٥ .
(٢) د. سعيد الحكيم ، الرقابة على أعمال الإدارة ص ٢٤٣ .
(٣) آل عمران ، آية ١٠٤ .
(٤) الغزالي ، أبي حامد ، الإحياء ، دار الشعب ، مصر جـ٧ ص ١١٨٧ .

بقوله ولتكن وهو فرض على الكفاية لأنه واجب على البعض لاعلى الكل (١) .

وهناك من الباحثين المعاصرين من تردد بين الرأيين من ذلك د. فؤاد النادي يرى أن الحسبة واجبة وجوباً عينياً ولكنه في موقع آخر من بحثه يرى بأن هذا الواجب من الواجبات الكفائية الذي إذا قام به البعض سقط عن الكل وإن دلت النصوص على وجوبه بصفة قطعية ومطلقة، وأضاف أن الواجب الكفائي ينقلب إلى واجب عيني إذا انحصرت شروط الحسبة فيه أو تعيينه لكفالة هذا الواجب .

ومن الواضح أن د. النادي متردد بين الرأيين فقوله أن الفروض الكفائية واجبة الأداء كالفروض العينية لايخالف في ذلك أحد، وقوله : إنها متى تعينت أو انحصرت في شخص انقلبت بالنسبة له إلى واجب عيني فإن ذلك لايغير من وصف الفرض الكفائي ويجعله واجباً عينياً .

---

(١) لقد فصل الأمر في هذه الفريضة عبد القادر عودة في كتابه ، التشريع الجنائي الإسلامي جـ١ ص ٤٩٣ فمن أراد زيادة في هذا الباب فليرجع إليه والبعض قال: إن (من) ليست للتبعيض بل للتبيين ـ كما جاء في قوله تعالى (واجتنبوا الرجس من الأوثان) الآية ... وكثير من الآيات على غرار ذلك المنهج . وأنا نميل (هنا أن من) في الآية الكريمة (آل عمران ١٠٤) للتبيين ... وأن التكليف في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تكليف عام (يشمل الناس جميعاً) كل بقدر استطاعته وكل بقد علمه .. وكل بقدر اختصاصه . (ثم قد فهمنا قوله تعالى: (ولتكن منكم أمة .. الخ الآية) أي (كونوا كلكم أمة داعية إلى الخير آمرة بالمعروف وناهية عن المنكر) حيث أن (من) هي (للتبيين) كقوله تعالى : (محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم تراهم ركعاً سجداً يبتغون فضلاً من الله ورضواناً سيماهم في وجوههم من أثر السجود ذلك مثلهم في التوراة ومثلهم في الانجيل كزرع أخرج شطأه فآزره فاستغلظ فاستوى على سوقه يعجب الزارع ليغيظ بهم الكفار وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات ـ منهم ـ مغفرة وأجراً عظيماً) الآية رقم (٢٩) من سورة الفتح وهنا نجد (منهم) كشاهد للتبيين وليست للتبعيض ..

وهكذا يجعل الواجب عينياً وكفائياً في وقت واحد وهذا لايجوز(١) .

---

(١) لزيادة الإضاح حول أن الحسبه فرض كفاية : فقد ذكر الدكتور فضل في كتاب الحسبة ما يأتي :
الحسبة فرض كفاية - وأدلته :
صرح جمهور العلماء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية(*) . فعلى سبيل المثال يقول الإمام النووي : ((الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية))(**) . ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية : ((وهذا واجب على كل مسلم قادر ، وهو فرض على الكفاية))(***) .
* أدلة كون الحسبة فرض كفاية .
قدم أصحاب هذا الرأي عدة أدلة لإثبات رأيهم ، ومنها :
أولاً : استدلوا بقول تعالى : ﴿ **ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون** ﴾(****) ، فقالوا : إن ((من)) في قوله تعالى : ((منكم)) للتبعيض ، وهذا يدل على أن الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية . ويقول الإمام أبو بكر الجصاص في تفسير الآية : ((قد حوت الآية معنيين : أحدهما وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والآخر : أنه فرض الكفاية إذا قام به بعضهم سقوط عن الباقين))(*****) .

ثانياً : استدل أصحاب هذا الرأي أيضاً بقول تعالى : ﴿ **وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون** ﴾(******) . فقالوا : إن التفقه في دين الله تعالة فرض كفاية لأن الله تعالة طلب خروج طائفة من المؤمنين وليس جميع المؤمنين للتفقه ، وعلة هؤلاء تقع مسؤولية الإنذار ، وليست على عامة الناس(*******) .

(*) وممن صرح بذلك أبو بكر الجصاص في ((أحكام القرآن)) ٢٩/٢ ، والماوردي في الأحكام السلطانية ص٢٤٠ ، وأبو يعلى الحنبلي في ((الأحكام السلطانية)) ص ٢٨٤ ، والغزالي في ((إحياء علوم الدين ٣٠٧/٢ . وابن العربي في ((أحكام القرآن)) ٢٩٢/١ ، والقرطبي في تفسير ١٦٥/٤ ، والنووي في شرحة على صحيح مسلم ٢٣/٢ ، وابن تيمية في مجموع الفتاوي ١٦٧/١٥ ، والسيوطي في ((الأكليل)) ص ٧٢ ، وأبو السعود في تفسير ٦٧/٢ ، والشوكاني في ((فتح القدير)) ٢٦٩/١ ، والألوسي في ((روح المعاني)) ٢١/٣ .
(**) شرح النووي على صحيح مسلم ٢٣/٢ .
(***) الحسبة في الإسلام ص ١٢ .
(****) سورة آل عمران / الآية ١٠٤ .
(*****) أحكام القرآن ٢٩/٢ ، وانظر أيضاً أحياء علوم الدين للغزالي حيث يقول فيه : وفيها بيان أنه فرض كفاية ، لافرض عين إذا لم يقل: كرنوا كلكم آمرين بالمعروف ، بل قل : ((ولتكن منكم أمة)) (٣٠٧/٢ باختصار)
(******). سورة التوبة / الآية ١٢٢ .
(*******) انظر ((الموافقات في أصول الشريعة)) للشاطبي حيث يقول فيه بعد ذكر الآية : ((فورد التخصص على طائفة لا على الجميع)) ١٧٦/١ .

تفصيل حول آراء العلماء في فرض العين وفرض الكفاية (١) :

الفرض هو الفعل المطلوب طلباً جازماً، ثم إنه نوعان :

فرض عين وفرض كفاية ففرض العين ((مهم منظور بالذات إلى فاعليه)) حيث قصد حصوله من كل عين من أعيان المكلفين كفرض الطهر . أو من عين مخصوصة كالنبي صلى الله عليه وسلم فيما فرض عليه دون أمته .

وفرض الكفاية ((مهم بقصد حصوله من غير نظر بالذات إلى فاعله)) أي يقصد حصوله في الجملة فلا ينظر إلى فاعله إلا بالتبع للفعل ، ضرورة أنه لايحصل الفعل بدون فاعل .

= ثالثاً : قالوا : لو بدأ عامة الناس يأمرون وينهون عن المنكر يخشى أن يأمروا بالمنكر وينهوا عن المعروف ، ويغلظوا في مكان يقتضي اللين ، ويلينوا في مقام يقتضي الشدة وبذلك يكون ضرر احتسابهم أكثر من نفعه . وفي هذا الصدد يقول القاضي أبو السعود : ((ولأنهما من عظائم الأمور وعزائمها التي لا يتولاها إلا العلماء بأحكامه تعالى ومراتب الاحتساب وكيفية إقامتهما ، فأن من لا يعلمها يوشك أن يأمر بمنكر ، وينهى عن المعروف ، ويغلظ في مقام اللين ، ويلين في مقام الغلظة ، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا التمادي والإصرار))(*) .

رابعاً : استدل هؤلاء ايضاً بقول تعالى : ﴿ **الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الأمور**﴾(**) . فقالوا : عين الله تعالى في هذه الآية للاحتساب من مكن في الأرض ، وهم بعض الناس وليسوا كلهم وفي هذا الصدد يقول الإمام القرطبي : ((قلت : القول الأول أصح ، فإنه يدل على أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض على الكفاية ، فقد عينهم الله تعالى بقول ﴿ **الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة** ...﴾ الآية ، وليس كل الناس مكنوا))(***) .

خامساً : قالوا : يسقط الاحتساب بقيام بعضهم به عن الآخرين ، ولو لم يكن فرضاً على الكفاية ما كان قيام بعضه به سبب سقوطة عن الآخرين وفي هذا يقول الإمام أبو بكر الجصاص : ((والذي يدل على صحة هذا القول - كونه فرض كفاية ـ أنه إذا قام به بعضهم سقط عن الباقين كالجهاد ، وغسل الموتى ، وتكفينهم ، والصلاة عليهم ، ودفنهم . ولولا أنه فرض كفاية لما سقط عن الآخرين بقيام بعضهم به))(****) .

(١) المحصول للرازي ـ الجزء الأول ص ٢٠٥ .

(*) تفسير أبي السعود ٧٦/٢ ، وانظر أيضاً التفسير الكبير ١٦٨/٨ ، وتفسير القرطبي ١٦٥/٤ .

(**) سورة الحج / الآيه ٤١ .

(***) تفسير القرطبي ١٦٥/٤ .

(****) أحكام القرآن ٢٩/٢ .

وهو نوعان ديني كصلاة الجنازة والأمر بالمعروف . ودنيوي كالحرف والصنائع . والتعريف المذكور متناول لهما . وقد ذهب الجمهور : إلى أن فرض العين أفضل من فرض الكفاية . وذلك لشدة اعتناء الشارع به بقصد حصوله من كل مكلف في الأغلب دون فرض الكفاية .

وذهب البعض إلى العكس ، وذلك لأن فرض الكفاية يصان بقيام البعض به جميع المكلفين عن الإثم المترتب على قربهم جميعاً له، وذلك لأن قيام البعض كان في خروجهم عن عهدة التكليف به بخلاف فرض العين فإنه إنما يصان بالقيام به عن الإثم القائم به فحسب .

وقد اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه فرض الكفاية على مذهبين :

الأول : أنه يجب على البعض ، وقد اختاره الإمام الرازي ، وقد استدل هذا الفريق على ذلك بأنه لو كان واجباً على الكل فما اكتفى بحصوله من البعض واستدل البعض عليه أيضاً بقوله تعالى : (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) فإن ((من)) في قوله ((منكم)) للتبعيض .

الثاني : أنه يجب على الكل ويسقط بفعل البعض وعلية الجمهور ، وقد استدلوا على وجوبه على الكل : بأنه لو وجب على البعض فحسب لما أثم الكل بتركه ، حيث أن اثم الجميع بتركه انما هو لتفويتهم ماقصد حصوله من جهتهم في الجملة لا للوجوب عليهم .

ثم إن أصحاب التوجه الأول قد اختلفوا في هذا البعض الذي وجب عليه الفرض على ثلاث وجهات :

الأولى : أنه بعض مبهم ،إذ لادليل على أنه معين ، وعليه فمن قام به سقط الفرض بفعله .

الثانية : أنه بعض معين عند الله تعالى ، يسقط الفرض بفعله إذا صادف أنه الـــذي فعله ويسقط بفعل غيره أيضاً كما يسقط الدين عن الشخص بأداء غيره عنه .

الثالثة : أنه من قام به ، وذلك لسقوطه بفعله فصارت المذاهب في الواجب الكفائي أربعة على وجه التفصيل .

ثم أن مداره من حيث التعليق والسقوط على الظن ، فعلى قول البعض : إذا ظن المكلف أن غيره لم يفعل الفرض وجب عليه ، وإذا ظن أن غيره فعل أوشك في ذلك فلا يجب عليه .

وعلى قول الكل إذا ظن المكلف أن غيره لم يفعل الفرض أوشك في ذلك : وجب عليه وإذا ظن أن غيره فعل لم يجب عليه ، فنتيجة الخلاف بين المذهبين إنما يكون في حالة الشك وذلك لأن الشك يرجع فيه إلى الأصل ، والأصل على قول البعض عدم التكليف والأصل على قول الكل التكليف .

ثم إن علماء أصول الفقه قد اختلفوا فيما إذا شرع المكلف في فرض الكفاية هل يتعين عليه الإتمام ـ أي يصير الإتمام فرض عين عليه على وجهتين :

الأولى : وهي الأصح أنه يتعين عليه الإتمام ، قياساً على فرض العين : إذا شرع فيـــه بجامع الفريضة في كل .

الثانية : أنه لايتعين عليه الإتمام ، والفرق بينه وبين فرض العين : أن المقصود منـه حصوله في الجملة فلا يتعين حصوله ممن شرع فيه .

سنة الكفاية :

السنة هي الفعل المطلوب طلباً غير جازم .

وهي نوعان سنة عين ، وسنة كفاية ، والفرق بينهما كالفرق بين فرض العين وفرض الكفاية .

ومثال سنة الكفاية : ابتداء السلام وتشميت العاطس والتسمية للأكل .

وقد قال الأستاذ أبو إسحاق ومن معه : إنها أفضل من سنة العين لسقوط الطلب عن الكل بقيام البعض ، والجمهور على أن سنة العين أفضل لما علمت فيما سبق .

ثم إنهم اختلفوا فيمن هي مطلوبة منه فعند الجمهور هي مطلوبة من الكل ، وقيل : إنها مطلوبة من بعض منهم وهو المختار وقيل : إنها مطلوبة من بعض معين عند الله تعالى يسقط الطلب بفعله وبفعل غيره . وقيل : إنها مطلوبة من البعض الذي يقوم بها .

واختلفوا أيضاً في حكم إتمامها بعد الشروع فيها فقيل : إنه يكون سنة عين وهو الأصح ـ وقيل : لا ، بل هو سنة كفاية كابتداء الشروع . (١)

المطلب الثالث : رأيي الخاص في المسألة :

في الحقيقة أن الأمر كان واضحاً وضوحاً تاماً عند الماوردي إذ فصل الأمر فيه بقوله ((هو أن صح من كل مسلم لافرق فيه بين المتطوع والمحتسب فيجعل ذلك فرض عين على المحتسب بحكم الولاية وفرض كفاية على المتطوع)) . وهذا في رأيي هو أدق شرح للموضوع لأننا لو تركناه فرضاً عينياً على كل إنسان مااستطاع القيام به في أغلب الأحوال ومن هنا فإن الذين قالوا: إنه فرض عين ربطوا بين ذلك وبين الاستطاعة، وهنا نعود من حيث بدأنا لأنه

---

(١) راجع : الكاشف (٥١/٢ ـ ب ـ ٥٢ ـ ب) وسلم الوصول لشرح الاسنوي (١٨٥/١ ـ ١٩٧) ط السلفية ، وجمع الجوامع بشرح الجلال (١٨٢/١ ـ ١٨٧) . والمنهاج بشرحي الأسنوي والسبكي (٦٦/٦٥/١ ط) التوفيق ، وبغية المحتاج للمرصفي (١٠٥ ـ ١٠٩) .

لايملك الاستطاعة الحقة إلا المحتسب المعين من قبل السلطان وله من القوة والسلطة بحيث يتمكن من القيام بواجبه تماماً (١) . (الرجاء الرجوع الى الرأي مفصلاً صفحة ٢٠٧ الى ٢١٣)

أما الذين يقولون بأنه واجب عيني على كل فرد متى استطاع بقدر مايحفظون على حكم الفريضة فإنهم يجعلون الأمر أكثر غموضاً، وقد تختلط الأمور وتضطرب لسبب قيام من لايكونون أكفاء بهذا الواجب فيسيئون على الفريضة ذاتها وهذا مايعنيه شيخ الإسلام ابن تيمية إذ يقول ((هذا واجب على كل مسلم قادر وهو فرض على الكفاية ويعتبر فرضاً على القادر إن لم يقم به غيره والقدرة هو السلطان والولاية فذوو السلطان أقدر من غيرهم وعليهم من الوجوب ماليس على غيرهم فإن مناط الوجوب هو ((اتقوا الله مااستطعتم)) (٢) .

المبحث الثالث : أساس الحسبة في الشريعة الاسلامية :

المطلب الأول : أساس الحسبة في الكتاب :

كل آية وردت في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هي دليل على طلب الحسبة بأساليب متنوعة فتارة يأمر بها وتارة يجعلها وصفاً لازماً للمؤمنين وسبباً لخير الأمة وأن الغاية من التمكين في الأرض الظفر بالسلطان والحكم هو الأمر بالمعروف وأن ترك ذلك سبب لاستحقاق اللعنة فمن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾(٣) ففي الآية الإيجاب فإن قوله تعالى

---

(١) انظر في ذلك الماوردي ـ الأحكام السلطانية ـ ص ٢٠٨ .
(٢) ابن تيمية ـ الحسبة ـ جـ ٢٨ ص ٦٦ - (كذلك فأن رأي شيخنا سماح الشيخ / عبد العزيز بن عبد الله بن باز قد أوضحته في صفحة - ٢١٤ - وهو يطابق واقع الحال اليوم)
(٣) آل عمران ، الآية ١٠٤ .

((لتكن)) أمر ظاهر الأمر الايجاب وفيها بيان أن الفلاح منوط به ، إذ حصر وقال ((وأولئك هم المفلحون)) ، وفيها بيان أنه فرض كفاية لافرض عين وأنه إذا قام به أمة سقط الفرض عن الآخرين إذ لم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف بل قال ((ولتكن منكم أمة)) فإذا قام به واحد سقط الحرج عن الآخرين واختص الفلاح بالقائمين به المباشرين، وإن تقاعس عنه الخلق أجمعون عم الحرج كافة القادرين عليه لامحالة (١) .

وقال تعالى : ﴿ ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون ، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين ﴾ (٢) فلم يشهد لهم بالصلاح بمجرد الإيمان بالله واليوم الآخر حتى أضاف إليه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (٣) .

وقال تعالى: ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ﴾ (٤) .

فقد نعت المؤمنين بأنهم يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر فالذي هجر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خارج هؤلاء المؤمنين المنعوتين في هذه الآية وإن لم يخرج عن حوزة الإيمان واقترن هذا بإقامة الصلاة والصلاة من أركان الإسلام الخمسة .

---

(١) الغزالي ، الإحياء جـ٧ ص ١١٨٧ .
(٢) آل عمران ، الآية ١١٣ ـ ١١٤ .
(٣) الغزالي ، الإحياء ، جـ٧ ص ١١٨٧ .
(٤) التوبة ، آية ٧١ .

وقال تعالى : ﴿ لعن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داود وعيسى ابن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لايتناهون عن منكر فعلوه لبئس ماكانوا يفعلون ﴾ (١) . وهذه غاية التشديد إذا علل استحقاقهم للعنة بتركهم النهي عن المنكر واللعن لايكون إلا على ارتكاب كبيرة ومن لوازم ذلك أن يكون النهي عن المنكر واجباً .

قال عز وجل : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله ﴾(٢) وهذا يدل على فضيلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذ بين أنهم كانوا به خير أمة أخرجت للناس .

وقال تعالى : ﴿ فلما نسوا ماذكروا به أنجينا الذين ينهون عن السوء ﴾ (٣) فبين أنهم استفادوا النجاة بنهيهم عن السوء ويدل ذلك على الوجوب أيضاً .

وقال تعالى : ﴿ الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ﴾ (٤) فقرن ذلك بالصلاة والزكاة في نعت الصالحين والمؤمنين .

وقال تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ (٥) وهو أمر جزم ومعنى التعاون الحث عليه وتسهيل طرق الخير وسد سبل الشر والعدوان بحسب الإمكان .

---

(١) المائدة ، آية ٧٨ ـ ٧٩ .
(٢) آل عمران ، آية ١١٠ .
(٣) الأعراف ، آية ١٦٥ .
(٤) الحج ، آية ٤١ .
(٥) المائدة ، آية ٢ .

وقال تعالى : ﴿ لولا ينهاهم الربانيون والأحبار عن قولهم الإثم وأكلهم السحت ﴾ (١) فبين أنهم أثموا بترك النهي (٢) .

وقال تعالى : ﴿ فلولا كان من القرون من قبلكم أولوا بقية ينهون عن الفساد في الأرض إلا قليلاً ممن أنجينا منهم ﴾ (٣) . فبين تعالى أن الهلاك كان لأكثرهم إلا قليلاً منهم كانوا ينهون عن الفساد في الأرض وقال تعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ (٤) وذلك هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر للوالدين والأقربين .

قال تعالى : ﴿ لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ﴾ (٥) . وقال تعالى ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين ﴾ (٦) . والإصلاح نهى عن البغي وإعادة إلى الطاعة فإن لم يفعل فقد أمر الله تعالى بقتاله فقال ((فقاتلوا التي تبغي)) وذلك هو النهي عن المنكر (٧) .

---

(١) المائدة آية ٦٣ .
(٢) الغزالي ، إحياء علوم الدين ص ١١٨٨ .
(٣) هود آية ١١٦ .
(٤) النساء ، آية ١٣٥ .
(٥) النساء ، آية ١١٤ .
(٦) الحجرات ، آية ٩ .
(٧) الغزالي ، إحياء علوم الدين ، حـ ٧ ص ١١٨٨ .

هذه هي النصوص الواردة في القرآن الكريم وهي تبين لنا أن الحسبة فريضة منصوص عليها صراحة أو الفحوى في هذه النصوص المتعددة وهذا أمر له دلالته على أهمية هذه الفريضة .

المطلب الثاني : أساس الحسبة في السنة النبوية

والسنة النبوية دلت على مشروعية الحسبة وطلب الشرع لها، والأخبار التي جاءت في ذلك كثيرة : منها عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال في خطبة خطبها ((أيها الناس انكم تقرأون هذه الآية وتضعونها في غير موضوعها)) .

﴿ يأيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لايضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ (١)

واني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ((ان الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقابه)) (٢) .

وروى عن أبي ثعلبة الخشني أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تفسير قوله تعالى: ((لايضركم من ظل إذا اهتديتم)) فقال ياأبا ثعلبة : أمر بالمعروف وانهي عن المنكر فإذا رأيت شحاً مطاعاً وهوى متبعاً ودنيا مؤثره وإعجاباً كل ذي رأي برأيه فعليك بنفسك ودع عنك العوام فإن من ورائكم فتناً كقطع الليل المظلم، للمتمسك فيها بدينه بمثل الذي أنتم عليه أجر خمسين منكم قيل بل منهم يارسول الله قال : لا بل منكم لأنكم تجدون على الخير أعواناً ولايجدون عليه أعواناً (٣) .

---

(١) المائدة آية ١٠٥ .

(٢) أبو داود الترمذي وابن ماجة بأساليب حسنة ، انظر رياض الصالحين ص١٠١ وفيض القدير حـ٢ ص ٢٩٩ .

(٣) هذا حديث حسن رواه أبو داود والترمذي وحسنه ابن ماجة .

وقال صلى الله عليه وسلم: ((لتأمرون بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم (١) .

ومعناه تسقط من أعين الأشرار فلا يخافوهم .

وقال صلى الله عليه وسلم: (ما أعمل البر عند الجهاد في سبيل الله إلا كنفثه في بحر لجي ، وما جميع أعمال البر والجهاد في سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الاكنفثة في بحر لجي) (٢)

وقال صلى الله عليه وسلم: (اياكم والجلوس في الطرقات : قالوا مالنا بد إنما هي مجالسنا نتحدث فيها قال فإذا أبيتم إلا ذلك فأعطوا الطريق حقها ، قالوا وما حق الطريق ؟ قال غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) (٣) .

وقال ابن مسعود رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((مابعث الله نبياً إلا وله حواري فيمكث النبي بين أظهرهم ماشاء الله تعالى يعمل فيهم بكتاب الله ويأمره حتى إذا قبض الله نبيه، فإذا انقرضوا كان من بعدهم قوم يركبون رؤوس المنابر يقولون مالا يعرفون ويعملون ماينكرون، فإذا رأيتم ذلك فحق على كل مؤمن جهادهم بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وليس وراء ذلك إسلام (٤) .

وقال أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه : قلت: يارسول الله أي الشهداء أكرم على الله عز وجل ؟ قال: رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله (٥) .

---

(١) رواه ابرز من حديث عمر بن الخطاب والطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة وكلاهما ضعيف والترمذي رواه بسند حسن .
(٢) رواه أبو منصور الديلمي في سند الفردوس بسند ضعيف ورواه على بن معبد من رواية يحيى بن عطاء مرسلاً أو معضلاً .
(٣) متفق عليه من حديث أبي سعد
(٤) رواه مسلم .
(٥) رواه البزار .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((أفضل شهداء أمتي رجل قام إلى امام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك فذلك الشهيد منزلته في الجنة بين حمزة وجعفر (١) .

هذه بعض الأحاديث التي وردت في السنة المطهرة، وقفت عند أهمها من حيث الوضوح وصحة السند وأخذت بعضها شاهداً على سبيل المثال لا الحصر، وهي مبينة وشارحة لما جاء في القرآن الكريم ودالة على وجوب الحسبة .

المطلب الثالث : أساس الحسبة في الآثار

قال أبو الدرداء رضي الله عنه : لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم ظالماً لايجل كبيركم ولا يرحم صغيركم، ويدعو عليه خياركم فلا يستجاب لهم وتستنصرون فلا تنصرون ولا يغفر لكم (٢) .

وسئل حذيفة رضي الله عنه عن ميت الأحياء فقال: الذي لاينكر المنكر بيده ولا بلسانه ولا بقلبه (٣) .

وقال سهل بن عبد الله رحمه الله أيما عبد عمل في شيء من دينه بما أقربه أو نهى عنه وتعلق به فساد الأمور وتنكرها وتوشوش الزمان فهو ممن قد قام لله في زمانه بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، معناه إذا لم يقدر إلا على نفسه فقام بها وأنكر أحوال الغير بقلبه فقد جاء بما هو الغاية في حقه .

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك وصحح اسناده من حديث جابر .
(٢) الغزالي ، إحياء علوم الدين جـ ٧ ص ١١٩٠ .
(٣) المرجع السابق .

هذه بعض الآثار التي تبين وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأن فرضه لايسقط مع القدرة إلا بقيام قائم به .

وهذه الآثار عما جاء في الكتاب والسنة المطهرة .

المبحث الرابع : نشأة الحسبة كولاية دينية

إذا استعرضنا كتب السيرة وكتب السنة نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان أول من قام بأمر الحسبة، بل إن الدعوى الاسلامية في جوهرها تقوم على هذا الأمر ، فالقرآن الكريم يحدد للنبي صلى الله عليه وسلم هذا الأمر بقوله تعالى : [الذين يتبعون الرسول النبي الأمي الذي يجدونه مكتوباً عندهم في التوراة والانجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم (١) .

وكانت حياة الرسول صلى الله عليه وسلم حافلة بالوقائع التي تثبت أنه صلى الله عليه وسلم كان يقوم بأمر الحسبة بنفسه، فلقد رأى الناس يعبدون الأصنام ويشركون بالله غيره فدعاهم إلى الله وبين أن هذه الأوثان لاتنفع ولا تضر، ورآهم يأكلون الربا فنهاهم عنه وحرمه عليهم، ونهاهم عن بيع المعدوم وبيع الحاضر للبائع وتلقي الركبان وعن النجش .

---

(١) سورة الأعراف الآية ١٥٧ .

وإذا كانت هذه الأمور تدخل في أمر الدعوة فهي أيضاً أمر بمعروف ونهي عن منكر، ومع ذلك فهناك وقائع لايمكن الشك في أنها من صميم عمل المحتسب قد قام بها النبي صلى الله عليه وسلم من ذلك :

ماروى عن أبي هريرة رضي الله عنه ((أن الرسول صلى الله عليه وسلم مر بصبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال : ماهذا ياصاحب الطعام ؟ قال : أصابته السماء يارسول الله، قال : أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غشنا فليس منا)) (١) .

وحينما فتح الله عليه مكة ودخل البيت الحرام جعل يطعن الأصنام بقوسه أثناء طوافه ويقول ((جاء الحق وزهق الباطل إن الباطل كان زهوقاً)) (٢) .
جاء الحق وما يبدئ الباطل وما يعيد(٣)، والأصنام تتساقط على وجوهها ثم دخل الكعبة فأماط الصور التي كانت في وسطها (٤) .

كما كان يبعث أصحابه ويأمرهم بالقيام بها، فلما بعث علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى اليمن كانت وصيته له ((لاتدع تمثالاً إلا طمسته ولا قبراً مشرفاً إلا سويته)) (٥) .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي جـ٢ ص ١٠٩ .
(٢) سورة الإسراء ، الآية ٨١ .
(٣) سورة الإسراء الآية ٨١ .
(٤) سورة سبأ الآية ٤٩ .
(٥) ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مكتبة ميدو الإسكندرية ، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م ، جـ٢ ، ص ١٦٥ .

وعن سالم عن ابن عمر ((أنه كانوا يضربون في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إذا ابتاعوا الطعام جزافاً)) يضربون في أن يبيعوه في مكانهم وذلك حتى يؤوه إلى رحالهم (١) .

واستعمل الرسول صلى الله عليه وسلم سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة بعد الفتح كما استعمل عمر بن الخطاب على سوق المدينة (٢) .

وكانت هذه الولاية في عهد صلى الله عليه وسلم تعرف بالحسبة ويعرف متوليها بالمحتسب، وهذا دليل على أن هذه الولاية قد نشأت منذ بدء الدعوة وصاحبت دعوة التوحيد كما صاحبت الدعوة الأخلاقية، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم هو أول من قام بها بنفسه وهذا يثبت مشروعيتها ويحدد أصل الاختصاص لها .

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في المدينة يتولى جميع مايتعلق بولاة الأمور ويولى في الأماكن البعيدة عنه كما ولى على مكة عقاب بن أسيد وعلى الطائف عثمان بن أبي العاص وعلى قرى عرينه خالد بن سعيد بن العاص وبعث علياً ومعاذاً وأبا موسى إلى اليمن وكذا يؤمر على السرايا ويبعث السعاة على الأموال الزكوية .

وكان صلى الله عليه وسلم يستوفي الحساب على العمال يحاسبهم على المستخرج والمعروف كما في الصحيحين عن أبي حميد الساعدي أنه كان صلى الله عليه وسلم قد استعمل رجلاً من الأزد يقال له : ابن اللتبية على الصدقات، فلما رجع حاسبه فقال : هذا لكم وهذا أهدي إلي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ((مابال الرجل نستعمله على العمل بما ولانا الله فيقول: هذا لكم وهذا أهدي إلي ؟ أفلا قعد في بيت أبيه وأمه فينتظر أيهدى إليه أملا ؟والذي نفسي بيده لانستعمل رجلاً على العمل مما ولانا الله فيقل منه شيئاً إلا جاء

(١) المرجع السابق جـ١٠ ص ١٧٠ .
(٢) التراتيب الإدارية جـ ١ ص ١٨٧ .

يوم القيامة يحمله على رقبته إن كان بعيراً له رغاءٌ وإن كانت بقرة لها خوار : وإن كانت شاه ثم رفع يديه إلى السماء وقال : اللهم بلغت . قالها مرتين أو ثلاثاً (١) .

وإذا كان جماع الدين وجميع الولايات هو أمر ونهي : فالأمر الذي بعث الله به رسوله هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذا نعت للنبي والمؤمنين كما قال تعالى : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾ .

وجميع الولايات الإسلامية إنما مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سواء في ذلك أكانت ولاية الحرب الكبرى : مثل نيابة السلطنة أم الصغرى ولاية الشرطة وولاية الحكم أم ولاية المال وهي ولاية الدواوين المالية وولاية الحسبة (٢) .

وجميع هذه الولايات هي في الأصل ولاية شرعية ومناصب دينية كما باشرها الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده جميع الخلفاء الراشدين .

---

(١) ابن تيمية ، الحسبة جـ ٢٨ ص ٨٢ .
(٢) المرجع السابق جـ٢٨ ص ٦٦ .

المبحث الخامس : التطبيق العملي للحسبة في عهد الخلافة الراشدة :

كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يمارس الحسبة بنفسه حين تولى خلافة المسلمين استمراراً منه في هذه المهمة الشريفة التي كان يقوم بها منذ أن استعمله الرسول صلى الله عليه وسلم في حياته ومن ذلك مايلي :

روى المسيب بن دارم قال : رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضرب حمالاً ويقول ((حملت جملك مالا يطيق)) (١) .

ودخل رضي الله عنه السوق وهو راكب فرأى دكاناً قد أحدث في السوق فكسره (٢) .

وعن عبدالله بن ساعدة الهذلي قال: رأيت عمر بن الخطاب يضرب التجار بالدرة إذا اجتمعوا على الطعام بالسوق حتى يدخلوا السلك ويقول لاتقطعوا علينا سابلتنا (٣) .

ومنع عمر رضي الله عنه أن يجتمع الصبيان بمن كان متهماً بالفاحشة (٤) .

وكان يراقب السوق وأسعار الغذاء، فقد مر بحاطب بن أبي بلتعة بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرها فسعر له مدين لكل درهم فقال له عمر: قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون سعرك فإما أن ترفع السعر وإمـــا

---

(١) كنز العمال جـ٩ ص ١١٣ .
(٢) المرجع السابق جـ٣ ص ١٧٦ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٥٢ .

أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال: إن الذي قلت لك عزمة مني ولا قضاء، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع (١) .

كما يمكن عد هذه الواقعة إلغاء لقرار اتخذه عمر .. ووجد عدم مشروعيته رضي الله عنه وهذا ماسوف نراه عندما أتحدث في فصل المقارنة بين دعوى الحسبة ودعوى الإلغاء في الأنظمة المتأخرة .

وبينما كان عمر يمشي ذات ليلة سمع امرأة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أم هل من سبيل إلى نصر بن حجاج .

فلما أصبح سأل عمر عن نصر هذا ثم أرسل في طلبه فلما جيء به وجده جميل الصورة، فأمره أن يحلق رأسه ففعل، ولكنه ازداد جمالاً وحسناً فقال له عمر لا والذي نفسي بيده لاتكون بأرض أنا بها ونفاه إلى البصرة بعد أن أعطاه مايصلح به حاله (٢) .

ونظراً لكثرة أعماله وعظم مسئولياته بتولية خلافة المسلمين ولى عبدالله بن عتبه بن مسعود الهذلي الحسبة على سوق المدينة وجعل معه السائب بن يزيد (٣) .

وفي خلافة علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يتولاها بنفسه، ولما روى عنه في ذلك ماأخرجه عبد بن حميد في سنده عن مطرق قال : خرجت من المسجد فإذا برجل ينادي من خلفي : ارفع إزارك فإنه أنقى لك فمشيت خلفه وهو بين يدي مؤتزر بإزار مرتد برداء .. فقلت : من هذا ؟ فقال لي رجل هذا علي بن أبي طالب أمير المؤمنين (٤) .

---

(١) كنز العمال جـ٢ ص ١٠٤ .
(٢) محمد حسين هيكل ، الفاروق عمر ، جـ ٢ ص ٢٦٨ .
(٣) كنز العمال جـ ٣ ص ١٧٦ .
(٤) التراتيب الإدارية ، جـ١ ص ٢٩٠ .

ومر بالقصابين فقال يامعشر القصابين لا تنفخو ، من نفخ اللحم فليس منا (١) .

وكان يأمر بالمشاعب (٢) والكنف (٣) أن تقطع عن طريق المسلمين (٤) .

ومر على التجار فقال لهم: اتقوا الله في الحلف فإن الحلف يزجي السلعة ويمحق البركة (٥) .

وكانت فترة الأمر والنهي نشطة يتولاها العلماء والزهاد والعباد وقد جمع ابن عبد ربه في العقد الفريد والنويري في نهاية الأرب قدراً كبيراً من نصائح العلماء والزهاد للخلفاء والأمراء وأهم هذه الوصايا ماكتبه أبو يوسف (صاحب أبي حنيفة) إلى الرشيد في كتابه الخراج .

ثم اختلط المسلمون بعضهم ببعض من مختلف البلاد والأقطار وكان لكل قطر تقاليده وموازينه وأساليب تجارته ودخلت صناعات جديدة في السوق العربية ومن التجار والصناع من كان يفرق بين الدين والتجارة والصناعة فيغش في الصناعة ويطفف في الكيل والوزن مما هدد بحالة من حالات الفوضى الاقتصادية فاستحدث لذلك ولاية الحسبة (٦) .

وأصبحت ولاية عامة يتولاها المحتسب ويعاونه في ذلك العمال والمعاونون وهي بذلك أصبحت نظاماً من نظم الدولة الاسلامية ومع ذلك فلها دورها في المحيط الشعبي ولا يتركها أحد من المسلمين على ما سيأتي تفصيله فيما بعد .

---

(١) كنز العمال جـ ٤ ص ٨٩ .
(٢) مسايل الماء ، القاموس ، جـ١ ص ٤٠ .
(٣) بضم الكاف جمع كنيف وهو المرحاض . القاموس جـ٣ ص ١٩٢ .
(٤) كنز العمال جـ ٤ ص ١٧٦ .
(٥) المرجع السابق جـ٤ ص ٩٩ .
(٦) أبي بكر الخلال ـ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ـ تحقيق عبد القادر عطا ـ دار الاعتصام مصر ، ١٩٧٤م ، ص ٤٢ ـ ٤٦ .

بعض التفصيل في قيام الصحابة رضي الله عنهم بدعوى الحسبة :

في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقوم بهذه المهمة بنفسه ومن وقائع ذلك مايلي :

١ ـ أمر الشعراء ألا يشبب أحدهم بامرأة وإلا جلده (١) .

٢ ـ وكان يؤدب من يتعرض للنساء بعشرين سوطاً (٢) .

٣ ـ وحبس الخطيئة لأنه يقول الهجر (٣) ويمدح الناس ويذمهم بما ليس فيهم (٤) .

٤ ـ كما سمع ذات ليلة نسوة يتحدثن ، تقول إحداهن : أي أهل المدينة أصبح ؟ فتقول الأخرى : أبو ذئب ، فلما أصبح أرسل من يأتي به ، فلما رآه قال : أنت والله ذئبهن . كررها مرتين أو ثلاثاً ، ثم قال : والذي نفسي بيده لا تكون بأرض أنا بها ، قال أبو ذئب ، فإن كنت لابد مسيري فسيرني حيث ابن عمي . يريد نصر ابن حجاج ، فنفاه إلى البصرة (٥) وإنما فعل ذلك خوفاً من افتتان النساء به .

٥ ـ ورأى رجلاً شاب اللبن بالماء ، ويبيعه على هذه الصورة ، فأراقه عليه (٦) .

٦ ـ وأمر بإركاب شاهد الزور دابة مقلوباً ، وبتسويد وجهه ، لأنه لما قلب الحديث قلب وجهه ، ولما سود وجهه بالكذب سود وجهه (٧) .

٧ ـ وبلغه أن رجلاً أثرى من بيع الخمر فقال : اكسروا كل آنية له (٨) .

---

(١) الأغاني جـ٤ ، ص ٢٥٦ .
(٢) الأغاني جـ ٢١ ص ١١٣ .
(٣) بضم الهاء ، الكلام القبيح / القاموس المحيط ، جـ٢ ص ١٥٨ .
(٤) الفاروق عمر لهيكل جـ٢ ، ص ٢٦٧ .
(٥) المصدر السابق جـ ٢ ص ٢٦٨ .
(٦) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٦١ .
(٧) المصدر السابق ص ٦٧ .
(٨) كنز العمال جـ٢ ص ٨٩ .

٨ ـ وأمر تحريق حانوت كان يباع فيها الخمر لرويشد الثقفي وقال: إنما أنت فويسق لارويشد (١) .

٩ ـ وقدم مكة فجعل يجتاز في سككها فيقول : قموا أفنيتكم . فمر بأبي سفيان فقال : نعم ياأمير المؤمنين حتى يجيء ماهننا (٢) ، ثم إن عمر مر بعد ذلك فرأى الفناء فقال : يا أبا سفيان ، ألم آمرك أن تقموا أفناءكم ؟ قال : بلى يا أمير المؤمنين ، ونحن نفعل إذا جاء ماهننا ، فعلاه بالدرة فضربه بين أذنيه ، فسمع هند فقالت : أتضربه ؟ أما والله لرب يوم لو ضربته لاقشعر بك بطن مكة ، فقال عمر : صدقت ، ولكن الله رفع بالإسلام أقواماً ووضع به آخرين . (٣) .

وفي خلافة علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يتولى الحسبة بنفسه وقد سبق ذكر ماروى عنه في ذلك .

دعوى اقتباس المسلمين للحسبة من البيزنطيين والرد عليها :

مما تقدم يتضح أن الحسبة كانت موجودة بوصفها ولاية من الولايات في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وعهد الخلافة الراشدة ، على وجه ظاهر لايقبل المناقشة والجدل إلا أنها كسائر الولايات كانت في أول أمرها محدودة ، ثم اتسعت بعد ذلك حتى وصلت إلى درجة عظيمة في عهود العباسيين والفاطميين كما تنبئ عن ذلك المؤلفات التي صنفت فيها .

ومع تلك الوقائع الكثيرة الواضحة ، فقد ذهب قلة من الباحثين إلى أن نظام الحسبة

---

(١) الحسبة في الاسلام لابن تيمية ص ٦٠ .
(٢) الماهن : العبد والخادم . القاموس المحيط جـ٤ ص ٢٧٣ .
(٣) كنز العمال جـ ٦ ص ٣٥٦ .

مقتبس من الحضارة البيزنطية ، إذ أن المسلمين حينما فتحوا بلاد الرومان ، وجدوا موظفاً يشرف على السوق ، فاقتبسوا هذا النظام وأخذوه عنهم ، دون أن تكون لهم سابقة في هذا الشأن أو خطة أو مبدأ ، وممن قال بهذا ـ الدكتور نقولا زيادة ، ويعلل ذلك بأن العرب (لم يكن لهم مايقدمونه بديلاً عنها) (١) . والمستشرق الفرنسي م غود فروا حيث قال : (... ولايمكننا الشك في أن المحتسب قد ورث تلك الوظيفة الرسمية بصورة غير مباشرة عن نده البيزنطي) (٢) ودعا المستشرق جوستاف فوق قرنبون في كتابه مودفال إسلام إلى عقد مقارنة بين الحسبة في الإسلام ، وكتاب والي المدينة البيزنطي (٣) ، وهذا الصنيع منه ، يحتمل أن يعتقد أن المسلمين اقتبسوا الحسبة من البزنطيين ، وصبغوها بالصبغة الإسلامية(٤) وللرد على هذه الشبهة أقول :

١ ـ إذا استعرضنا ما تقدم من أحاديث والآثار ، التي تثبت وجود الحسبة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، وعهد خلفائه ، عرفنا بطلان هذه الدعوى . لأن الاقتباس على فرض وقوعه لن يكون إلا بعد الفتوح ، ودراسة أحوال البلاد المفتوحة ، بينما الحسبة ثابتة وموجودة ومطبقة في بلاد المسلمين قبل الفتح بسنوات .

٢ ـ ثم إذا نظرنا إلى التأليف في هذا الموضوع وجدنا أن المسلمين قد ألفوا فيه في أواخر القرن الثاني الهجري وأوائل القرن الثالث بناء على ماعرفوه من القرآن الكريم ، والحديث الشريف ، وسنة الخلفاء الراشدين ، بينما كتاب والي المدينة البيزنطي ألف في القرن العاشر للميلاد ، أي في القرن الخامس الهجري ، لينظم شئون الصناع

---

(١) الدكتور نقولا زياده (الحسبه والمحتسب في الإسلام) بيروت المطبعة الكاثوليكه ١٩٦٢م) ، ص ٣١ ، دمشق في عصر المماليك ص ١٦٩ ، والدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية ص ٧٧ .
(٢) النظم الإسلامية للمستشرق الفرنسي م غود فروا ص ١٨٠ .
(٣) نقله إلى العربية ونشره الدكتور العويني في مجلة كلية الآداب بجامعة القاهرة م ١٩ جـ١ مايو عام ١٩٥٧ من ص ١٢٥ ـ ١٧٨ .
(٤) مجلة المسلمون عدد ٤ عام ١٣٨٤ هـ الحسبة في الاسلام للدكتور الحسيني .

والتجار في القسطنطينية (١) ، ومعنى هذا ، أنه متأخر عن مصنفات المسلمين بنحو قرنين (٢) .

٣ ـ صدر والي المدينة كتابه بقوله : (إن الله بعد أن خلق ماهو كائن من الأشياء وكفل للعالم الأمن والوفاق ، خط بأصبعه على الألواح (القانون) ونشره علناً حتى لا يتطاول الناس بعضهم على بعض ، ولا يطغى القوي على الضعيف بل ينبغي أن تسير كل الأشياء وفق ماهو مقدر لها من نظام) ومعلوم أن الانجيل قد قرر أن ماالله لله وما لقيصر لقيصر ، ولم يحتو على قانون ، ولم يتدخل في تنظيم شئون الدولة ، فالعبارة قريبة مما يعتقدونه به المسلمون من أن القرآن الكريم كتب في اللوح المحفوظ (٣) .

٤ ـ تعني الحسبة في الاسلام بالعبادات أكبر عناية ، وتجعل حقوق الله في مقدمة ماينبغي أن ينظر فيه المحتسب ، مع إجماع العلماء على أن الضابط فيها هو الشرع (٤) بينما الكتاب المذكور يندر أن يتعرض إلى العبادات والأخلاق (٥) .

٥ ـ تقوم الحسبة في الكثير الغالب على حماية حاجات العامة ، كالغذاء والكساء وبناء المساجد والأسواق ونظافتها ،ولا تشير البتة إلى حقوق فئة معينة كالولاة والأمراء

---

(١) التأليف في الحسبة على جهة التبع موجود في كثير من الكتب السابقة أما على جهة الاستقلال فأول ما وصلنا خبره هو كتاب الحسبة الكبير لأبي العباس أحمد بن محمد بن مروان السرخسي المتوفي سنة ٢٨٦هـ وكان قد تولى الحسبة في عهد الخليفة المعتضد ، أما فتح القسطنطينية فقد كان في سنة ٨٥٧ هـ في عهد محمد الفاتح ، انظر كشف الظنون في استنبول جـ١ ص ٦٦٥ .
(٢) مجلة المسلمون العدد الرابع عام ١٣٨٤هـ مقال الدكتور الحسيني ص ٤٢ .
(٣) المصدر السابق ص ٤٢ .
(٤) نهاية الرتبة ص ٦ ، ١١٨ ، والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٨ .
(٥) مجلة المسلمون ، سابق الإشارة إليها .

والحجاب والخلفاء ، بينما يهتم كتاب والي المدينة اهتماماً كبيراً بالجواهريين ، والصيارفة ، وتجار الملابس الحريرية ، وبائعي العطور والروائح ، وأرباب الحانات ، وقليلاً ما يتعرض لباعة المواد الغذائية ، وهذه الأشياء تتصل اتصالاً وثيقاً بحياة الأمراء ، والإقطاعيين ورجال الكنسية في الكثير الغالب ، وهذا أمر يدل على اختلاف كلي في القصد والوسيلة (١) .

٦ ـ نظام الحسبة عند المسلمين وضع لعامة الناس على حد سواء حيث أنها مستمدة من روح الشريعة ، فالحر والعبد والمستوطن والغريب في المعاملة سواء ، وحتى أهل الذمة يطبق عليهم أحكام العهد ، ولا شيء وراء ذلك ، وبذلك اشتهر المسلمون بالتسامح والرعاية لحقوق من التجأ بهم ودخل بلادهم ، وكان من نتيجة ذلك أن أوى اليهود إلى البلاد الإسلامية في العصور التي كانوا يضطهدون فيها من قبل شعوب الأرض ، فنعموا بالعدل ومارسوا التجارة ، بل إنهم استأثروا ببعض الصنائع ، في حين أن كتاب ولي المدينة يضع القيود على هذه الفئات ، ويعاملهم معاملة خاصة تختلف عن معاملة الآخرين .

---

(١) مجلة المسلمون ، سابق الإشارة إليها .

الفصل الأول
شروط تتعلق بمحل دعوى الحسبة

سوف أقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : في دعوى الأمر بالمعروف .

المطلب الأول : ماهية المعروف محل دعوى الحسبة .

المطلب الثاني : شروط المعروف محل دعوى الحسبة .

المبحث الثاني : دعوى النهي عن المنكر .

المطلب الأول : ماهية المنكر محل دعوى الحسبة .

المطلب الثاني : شروط المنكر محل دعوى الحسبة .

المبحث الأول : في دعوى الأمر بالمعروف :

تمهيد :

اكتفى ابن خلدون بذكر بعض أنواع من اختصاصات المحتسب بقوله :((أن المحتسب يبحث عن المنكرات ويعزر ويؤدب على قدرها ويحمل الناس على المصالح العامة في المدينة مثل المنع من المضايقات في الطرقات ومنع الحمالين وأهل السفن من الإكثار في الحمل والحكم على أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة مايتوقع من ضررها على السابلة والضرب على أيدي المعلمين في المكاتب وغيرها من عدم المبالغة في ضربهم للصبيان المتعلمين ولا يتوقف حكمه على تنازع أو استعداء بل له النظر والحكم فيما يصل إلى علمه من ذلك ويرفع إليه (١) .

أما الماوردي فقد رد الاختصاصات إلى أصلها المقررة في القرآن الكريم وإلى تقسيم الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية فجاءت دراسته أقرب إلى المنهج الفقهي ولهذا فإنني ساعتمد على الماوردي في تحديد دعوى الأمر بالمعروف .

المطلب الأول : دعوى الأمر بالمعروف :

يقسم الماوردي دعوى الأمر بالمعروف إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : يتعلق بحقوق الله تعالى .

ثانيها : يتعلق بحقوق الآدميين .

وثالثها : مايكون مشتركاً بينهما .

---

(١) ابن خلدون المقدمة ـ تحقيق علي عبد الواحد ـ ص ٢٢٠ ، وانظر في ذلك أيضاً د.سليمان الطماوي السلطات الثلاث في الدساتير العربية ص ٤٤٥ .

الأول : فأما المتعلق بحقوق الله عز وجل فضربان : أحدهما يلزم الأمر به في الجماعة دون الانفراد كترك الجمعة في وطن مسكون، فإن كانوا عدداً قد اتفق على انعقاد الجمعة بهم كالأربعين فما زاد فوجب أن يأخذهم بإقامتها ويأمرهم بفعلها ويؤدب على الإخلال بها وإن كانوا عدداً يختلف في انعقاد الجمعة بهم فله ولهم أربعة أحوال :

الحالة الأولى : أن يتفق رأية ورأي القوم على انعقاد الجمعة بذلك العدد فواجب عليه أن يأمرهم بإقامتها وعليهم أن يسارعوا الى أمره بها ويكون في تأديبهم على تركها ألين من تأديبه على ترك ما انعقد الإجماع عليه .

الحالة الثانية : أن يتفق رأيه ورأي القوم على أن الجمعة لاتنعقد بهم فلا يجوز أن ينهاهم عنها ويمنعهم مما يرونه فرضاً عليهم .

الحالة الثالثة : أن يرى القوم انعقاد الجمعة بهم ولا يراه المحتسب فلا يجوز له أن يعارضهم فيها ولا يأمر بإقامتها لأنه لايراه ولا يجوز أن ينهاهم عنها ويمنعهم مما يرونه فرضاً عليهم .

الحالة الرابعة : أن يرى المحتسب انعقاد الجمعة ولايراه القوم فهذا مما في استمرار تركه تعطيل الجمعة مع تطاول الزمان وبعده وكثرة العدد وزيادته فهل للمحتسب أن يأمرهم بإقامتها اعتباراً بهذا المعنى أم لا ؟ (١) .

يعرض الماوردي في هذا الخصوص اختلاف أصحاب الشافعي على وجهين : الوجه الأول: وهو الجواز أي يجوز له أن يأمرهم بإقامتها اعتباراً بالمصلحة لئلا

(١) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٢٠ .

ينشأ الصغير على تركها فيظن أنها تسقط مع زيادة العدد كما تسقط بنقصانه .

والوجه الثاني : لايتعرض لأمرهم بها لأنه ليس له حمل الناس على اعتقاده ولا أن يأخذهم في الدين برأيه مع تسويغ الاجتهاد فيه وأنهم يعتقدون أن نقصان العدد يمنع من إجزاء الجمعة .

هذه أمثلة من دعوى الأمر بالمعروف في حقوق الله تعالى ويدخل في مثلها الأذان والإقامة والطهارة .. الخ العبادات المفروضة وإمكانية أدائها على وجهها الصحيح .

أما الثاني : فهو ماتعلق بحقوق الآدميين فهذا يقسمه الماوردي إلى قسمين عام وخاص .

القسم العام : ويضرب له أمثلة من ذلك إذا تعطل شرب البلد أو استهدم سوره أو كان يطرقه بنو السبيل من ذوي الحاجات فكفوا عن معونتهم فإن كان في بيت المال مايكف ذلك لايلجأ إلى أهل البلدة وإلا أمر بإصلاح ذلك معتمداً على معونتهم وكذلك لو استهدفت مساجدهم وجوامعهم .

والقسم الخاص : فهذا مثل الحقوق إذا حدث بها مطل والديون إذا تأخرت فللمحتسب أن يتدخل في حالة ما إذا استعداه أصحاب الحقوق وليس له أن يحبس بها لأن الحبس حكم وهو له إقامة الدعوى لا أكثر .

وأما الثالث : دعوى الأمر بالمعروف فيما كان مشتركاً بين حقوق الله والآدميين والأمثلة على ذلك كثيرة منها أخذ الأولياء بنكاح الأيامى من أكفائهن إذا طلبن والزام النساء أحكام العدد إذا مورقن وله تأديب من خالف في العدة من النساء ، وتكليف أرباب البهائم ألا يستعملوها فيما لاتطيق، وتكليف من

أخذ لقيطاً بكفالته وأن يقوم بحقوقه .. الخ (١) .

المطلب الثاني : شروط المعروف محل دعوى الحسبة :

ليس لدعوى المعروف شروط خاصة ولا أوقات خاصة : لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم، وكل ذلك جائز في كل وقت وفي كل مناسبة (٢)، أما النهي عن المنكر فهو الذي له شروط سوف أعرض لها في حينها .

والشريعة تجعل المعروف على ثلاثة أنواع :

١ ـ المعروف المفروض أو الواجب .

٢ ـ المعروف المندوب أو المحتسب .

٣ ـ المعروف المباح أو الجائز .

أما الفرض الواجب فهو كل شيء ألزم المجتمع الإسلامي أن يقيمه على ترقيته وتنميته . وأما المندوب أو المحتسب فهو ماتقتضيه الشريعة أو يجب أن يقوم في المجتمع ويروج ويعم، وقد جاءت الشريعة تبين بعض هذه المعوقات بألفاظ واضحة قاطعة وتشير إلى بعضها أقوال الشارع الحكيم ويعرف بعضها الآخر بما بذل الشرع في الاهتمام بإقامتها إذ أوصى بترقيتها ليلتفت إليها المجتمع بنفسه من حيث مجموعة أو أفراده الصالحون (٣) .

وأما المباح أو الجائز فهو كل شيء أو فعل لاتكون الشريعة قد نهت عنه فليس المباح ـ بحكم هذا التعريف ـ مانصت الشريعة على إباحته أو صرحت بتركه إلينا نفعل فيه

---

(١) الماوردي ، المرجع السابق ، ٢٢١ .
(٢) عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائي الاسلامي ص ٥١٠ .
(٣) أبو الأعلى الماوردي ، نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور الدار السعودية ، جدة ، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م من ص ١٢٣ ـ ١٢٤ .

مانراه، بل أن دائرته واسعة جداً ، حتى أن كل شي في الدنيا مباح ، ماعدا المحظورات المعدودة ، فدائرة الإباحة هذه الدائرة التي قد أطلقت فيها الشريعة التصرف لتعمل فيها حسب مرضاة الله ونضع فيها الأنظمه والقواعد وخطط العمل وفقاً لحاجتنا ومطالبنا وأحوالنا .

المبحث الثاني : في دعوى النهي عن المنكر :

المطلب الأول : ماهية المنكر محل دعوى الحسبة :

لقد قسم الماوردي دعوى النهي عن المنكر إلى ثلاثة أقسام :

الأول : ماكان من حقوق الله تعالى .

الثاني : ماكان من حقوق الآدميين .

الثالث : ماكان مشتركاً بين الحقين .

أولاً : دعوى النهي عن المنكر في حقوق الله :

وهي إما أن تتعلق بالعبادات أو المحظورات أو بالمعاملات فأما المتعلق بالعبادات فالقاصد مخالفة هيئتها المشروعة (تغير أوصافها المسنونة مثلاً من يقصد الجهر في صلاة الإسرار والإسرار في صلاة الجهر أو يزيد في الصلاة أو الآذان أو الأذكار غير المسنونة فللمحتسب أن ينكر عليه وأن يؤدب المتعمد فيها إذا لم يثبت أنه قد اتبع إماماً مشهوراً وهكذا) .

ولو ظن برجل أنه يترك الغسل من الجنابة أو يترك الصلاة والصيام لم

يؤاخذه بالتهم ولم يعامله بالإنكار ، ولكن في هذه الحالة يجوز له أن يعظ ويحذر من عذاب الله . وأما الممتنع من إخراج الزكاة فإن كان من الأموال الظاهرة فعامل الصدقة يأخذها جبراً ، وهو أخص بتعزيره على الغلول إن لم يجد له عذراً أحق ، أما إن كان من الأموال الباطنة فيحتمل أن يكون ذلك من عمل المحتسب وله أن يقيم عليه الدعوى ، وإذا وجد من يتصدى لعلم الشرع وهو ليس من أهله أو بين الفقهاء ولم يأمن اغترار الناس به في سوء تأويل أو تحريف جواب أنكر عليه .

ذلك أنه ليس من أهل العلم وعليه أن يظهر له أمره لئلا يغتر ويظن نفسه من العلماء (١) .

وأما ماتعلق بالمحظورات : فهو أن يمنع الناس من مواقف الريب ، ومظان التهمة فقد قال صلى الله عليه وسلم : ((دع مايريبك إلى مالايريبك)) (٢) فيقدم الإنكار ولا يعمل بالتأديب قبل الإنكار .

وإذا جاهر رجل بإظهار الخمر فإن كان مسلماً أراقها عليه وأدبه وإن كان ذمياً أدبه على إظهارها .

وأما مالم يظهر من المحظورات فليس للمحتسب أن يتجسس عنها ولا أن يهتك الأستار حذراً من الاستتار بها وذلك لما نهى عنه الشرع من التجسس .

---

(١) الماوردي ـ الأحكام السلطانية ص ٥١٤ .
(٢) صحيح البخاري جـ ٣ ص ٦٦ ، والترمذي بإسناد حسن . رياض الصالحين ص ٢٤٨ .

فإن غلب على الظن استرسال قوم بها لأمارات دلت وآثار ظهرت عليهم فذلك ضربان :

الأول : إما أن يكون في ذلك انتهاك حرمة يفوت استدراكها مثل أن يخبره شخص ثقة أن رجلاً خلا بامرأة ليزني بها أو خلا برجل ليقتله به فيجوز له في مثل هذه الحالات أن يتجسس ويبحث في الأمور حذراً من فوات مالا يمكن استدراكه من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات .

الثاني : ماخرج عن هذا الحد وقصر عن حد هذه الرتبة فلا يجوز التجسس ولا كشف الأستار عنه وتأييداً لذلك ماحكي عن عمر رضي الله عنه دخل على قوم يتعاقرون على شراب ويوقدون في أخصاص، فقال نهيتكم عن المعاقرة فعاقرته ونهيتكم عن الإيقاد في الأخصاص فأوقدتم، فقالوا ياأمير المؤمنين قد نهاك الله عن التجسس فتجسست ونهاك عن الدخول بغير إذن فدخلت، فقال عمر رضي الله عنه هاتان بهاتين وانصرف ولم يتعرض لهم ، يستفاد من هذه الواقعة أن من سمع أصواتاً منكرة من داخل دار تظاهر أهلها بأصواتهم أنكرها وهو خارج الدار ولا يجوز له أن يهجم عليهم بالدخول لأنه لايجوز الاحتساب إلا على المنكر الظاهر (١) .

وأما التصرفات المنكرة كالزنى والبيوع الفاسدة فإن الأحتساب فيها واضح وإذا كان هناك اتفاق بين العلماء على أمر ما ، أصبح من الأمور التي يكون فيها دعوى المنكر واجبة وأما ما اختلف الفقهاء في حظره وإباحته فليس فيه دعوى للمنكر .

---

(١) الماوردي ، المرجع السابق ٢١٨ .

ثانياً : دعوى المنكر من حقوق الآدميين :

إن ماينكر من حقوق الآدميين المحضة لها أمثلة كثيرة قديمة وحديثة من هذه الأمثلة : أن يتعدى رجل في حد لجاره أو في حريم لداره أو في وضع أشياء على جدار جاره، وهنا لايتدخل المحتسب إلا إذا طلب الجار التداخل لأنه حق يخصه هو فيصح فيه العفو عنه فإن خاصم الجار جاره في ذلك كان هنا محل الدعوى .

ومما يؤخذ في دعوى المنكر في حقوق الآدميين ، بمراعاته في عمل الأسواق ، فيراعى التقصير ، والأمانة ، والخيانة ، والجودة ، والرداءة ، أو في عمل مخصوص اعتاد المانع فيه الفساد والتدليس ، فإذا استعداه الخصم قابل عليه بالإنكار والزجر .

ولكن لاتجوز دعوى الإنكار في التسعير على الناس ، ولا غيرها في رخص غلاء أو إجازة مالك في الأقوات على الغلاء .

ثالثا : دعوى ماينكر من الحقوق المشتركة :

هناك حقوق مشتركة بين الله تعالى والآدميين ، ومن أمثالها الإشراف على منازل الناس فيمنع من إطالة البناء حتى لايشرف على جيرانه وكذا يمنع أهل الذمة من تعلية أبنيتهم على أبنية المسلمين ، وأهل الذمة بما شرط عليهم في ذمتهم من لبس الغيار والمخالفة في الهيئة وترك المجاهرة بقولهم في العزير والمسيح، كما يمنع عنهم من يتعرض لهم من المسلمين بسبب أو أذى ويؤدب عليهم من خالف .

وإذا كان هناك من أئمة المساجد من يطيل الصلاة حتى يعجز عنها الضعفاء وينقطع بها ذو الحاجات أنكر ذلك عليه كما أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على معاذ بن جبل حين أطال الصلاة بقوله صلى الله عليه وسلم : (أفتان أنت يامعاذ ؟) (١) .

وإذا كان في القضاء من يجيب الخصوم إذا قصدوه ويمتنع من النظر بينهم إذا تحاكموا إليه حتى تقف الأحكام ويستضر الخصوم فللمحتسب أن يأخذه مع ارتفاع الأعذار لما ندب له من النظر بين المتحاكمين وفصل القضاء بين المتنازعين ولا يمنع علو رتبة القاضي من الإنكار عليه (٢) .

وهذا يجعل من الحسبة ولاية أعم من القضاء لامن حيث درجة التقاضي على ولاية بعينها وإنما يستطيل مداها حتى أنه يمكن أن ينكر على الوالي نفسه أو الخليفة أو الامام .

المطلب الثاني : شروط المنكر محل دعوى الحسبة :

النهي عن المنكر له شروط يجب أن تتوافر بجواز دعوى النهي أو التغيير وهذه الشروط هي :

الأول : وجود منكر :

يشترط لجواز دعوى النهي عن المنكر أن يكون هناك منكر والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو كل ماكان محذور الوقوع في الشرع ويستوي أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشـــرب

(١) الماوردي ـ المرجع السابق ص ٢٢٢ .
(٢) المرجع السابق .

الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه، وكذا إن رأى مجنوناً يزني بمجنونة أو يأتي بهيمة فعليه أن يمنعه ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة في النهي عن المنكر أو تغيير المنكر فكشف العورة في الحمام والخلوة بالأجنبية واتباع النظرة للأجنبيات كل ذلك منكر وإن كان من الصغائر ويجب النهي عنه ومنعه (١) .

ولكن يشترط في المنكر أن يكون منكراً معلوماً دون حاجة لاجتهاد فكل ماهو محل للاجتهاد ولا محل للنهي عنه أو تغيره فليس للحنفي مثلاً أن ينكر على شافعي أكل الضب والضبع وليس للشافعي أن ينكر على حنفي نكاحاً ولا ولي فيه (٢) .

الثاني : أين يكون موجوداً في الحال :

ويشترط في المنكر أن يكون حالاً بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهي أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية فإذا فرغ من المعصية فليس إلى نهي عن المنكر أو تغيره وإنما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد فإذا اعترض شخص على الجاني فجرحه أو أذاه أو شتمه فهو مرتكب لجرمية أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضي هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة لأن فعله أداء لواجب .

وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجالس استعداداً

---

(١) الغزالي (أبي حامد) ـ إحياء علوم الدين جـ٧ ، ص ١١٩٠ .
(٢) المرجع السابق وانظر أيضاً أنس المطالب جـ٤ ص ١٨٠ .

لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالتعنيف ، والشتم والضرب فهو مخالفة، بل إن الوعظ أو النصح لايجوز إذا أنكر عزمه على الشرب لأن في الوعظ والنصح بعد الإنكار إساءة ظن بالمسلم (١) .

الشرط الثالث : أن يكون المنكر ظاهراً دون تجسس أو تفتيش :

يشترط للنهي عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهراً بغير تجسس فإذا توقف إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر لأنه حرم التجسس في قوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً ﴾(٢) .

ولأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة لايجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن تتبع العورات .

وقال تعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ﴾ (٣) .

لكن إذا غلب الظن استمرار شخص بالمعاصي لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه مثل شم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص ، أو سماع صوت عيار أو استغاثة أو أن يخبره من يثق بصدقه أن

---

(١) الغزالي ، إحياء علوم الدين جـ ٧ ص ١٢٢٠ .
(٢) سورة الحجرات ، الآية ١٢ .
(٣) سورة النور ، الآية ٢٧ .

رجلاً خلا برجل ليقتله في مثل هذه الحالات يجوز التجسس والبحث والتفتيش (١) .

إن دلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت وما ظهرت دلالته فهو غير مستور بل هو مكشوف ، وقد أمرنا أن نستر ماستره الله وننكر على من أبدى لنا صفحته وإبداء الصفحة له درجات ، فتارة يبدو لنا بحاسة السمع ، وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة البصر ، وتارة بحاسة اللمس ، ولايمكن أن نخصص ذلك بحاسة البصر وحدها إذ أن المراد العلم وغلبة الظن وهذه الحواس تفيد العلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر (٢) .

الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر مايندفع به :

يشترط في دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر مايدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مايدفعه مادام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه لأنه مازاد على الحاجة يعتبر جريمة ـ ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه في حالة عدم القدرة ـ فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن الدافع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضي أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله لأن مايندفع به شخص قد لايندفع به آخر وما يصلح لدفع منكر لايصلح لدفع منكر آخر (٣) .

---

(١) عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائي الإسلامي ٥١١ .
(٢) المرجع السابق ـ وانظر الغزالي في الإحياء جـ٧ ص ١٢٢٢ .
(٣) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ص ٥٠٥ .

الفصل الثاني
شروط تتعلق بالحق الذي تحميه دعوى الحسبة

تمهيد :

تفترض الدعوى لدى فقهاء القانون سبق وجود الحق أو المركز القانوني الذي تحميه الدعوى ، كذلك استقرت القاعدة القانونية التي تقول ((حيث لاحق لا دعوى)) في أذهان رجال القانون الوضعي ومن ثم يشترط علماء القانون مجموعة من الشروط تتعلق بالحق الذي تحميه الدعوى . من بينها :

وجود حق ، أو مركز قانوني ، وهذا الشرط يتطلب ابتداء وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يطالب به المدعي ، فضلاً عن ثبوت وقائع تنطبق عليها القاعدة القانونية كما أنه يشترط أن يتحقق ثمة اعتداء على الحق أو المركز القانوني .

وفيما يتعلق بدعوى الحسبة ، فإن دعوى الحسبة كما أسلفت مناطها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والمعروف والمنكر كلاهما يتعلقان بالحقوق أو المراكز التي يحميها الاسلام والحقوق كما أشار إليها الإمام الشاطبي في كتابه القيم ((الموافقات))، إما أن تكون حقاً لله تعالى أو حقاً متعلقاً للآدميين أو حقاً مشتركاً بين حق الله وحق الآدميين (١)، وفي تعريفي للحقوق التي تحميها الحسبة سوف نتعرض لماهية الحق لغة واصطلاحاً ثم أنواع الحقوق ومعيار التمييز بين حق الله تعالى وحقوق العباد والحقوق التي يخلط فيها الحقان ثم رأينا في هذا التقسيم :

---

(١) الشاطبي ، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي ، الموافقات في أصول الأحكام ، طبعة أولاد صبيح بمصر تحقيق محيي الدين عبد الحميد جـ ٢ ص ١٥٨ .

وعلى ذلك سوف أقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف الحق محل حماية دعوى الحسبة ((في اللغة وفي الاصطلاح))

المبحث الثاني : بين الحق والمركز الذي أوجده الشرع الإسلامي .

المبحث الثالث : في أنواع الحقوق محل دعوى الحسبة وهذا ينقسم إلى مطالب :

المطلب الأول : حقوق تتعلق بالله عز وجل .

المطلب الثاني : حقوق تتعلق بالآدميين .

المطلب الثالث : حقوق مشتركة بين الله والعباد .

المطلب الرابع : رأيي الخاص في هذا التقسيم .

المبحث الأول : تعريف الحق محل دعوى الحسبة :

أولاً : في اللغة وفي الشريعة الاسلامية :

الحق ضد الباطل، والحق أيضاً واحد (١)، والحق الأمر الثابت ضد الباطل والحق من أسماء الله الحسنى والحق القرآن والحق العدل والصدق والحكمة وكمال الأمر وإذا أضيف الحق إلى مصدر أي فعل كان معناه أنه أكمل وجه وأحسنه مثل قوله تعالى : ﴿ الذين آتيناهم الكتاب يتلونه حق تلاوته ﴾ (٢) أي يتلونه على أكمل وجه من التلاوة (٣) .

والحق الواقع الثابت لاخلاف فيه قال تعالى : ﴿ ألا إن وعد الله حق ﴾ أي ثابت لازم لابد أن يقع ولاخلاف فيه (٤) .

وقوله تعالى: ﴿ فأخذتهم الصيحة بالحق ﴾ (٥) أي بالجزاء العدل الذي لاظلم فيه، وقال تعالى: ﴿ وهو الذي خلق السموات والأرض بالحق ﴾(٦) أي بالحكمة الثابتة الصحيحة لا بالباطل ولا بالعبث ،وقوله تعالى: ﴿ وما جاءنا من الحق ﴾ (٧) أي من القرآن أو بالشرائع والأحكام والدين الذي جاء به القرآن وقوله تعالى: ﴿ أولئك هم المؤمنون حقاً ﴾ (٨) أي المؤمنون

---

(١) محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة البابي الحلبي ، مصر ١٣٦٩هـ/١٩٥٠م ص ١٦٤ .
(٢) سورة البقرة الآية رقم ١٢١.
(٣) إبراهيم أحمد عبد الفتاح ـ القاموس القويم للقرآن الكريم جـ١ ص ١٦٤ طبعة مجمعة البحوث الاسلامية الأزهر ، مصر ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م .
(٤) المرجع السابق .
(٥) سورة المؤمنون ، الآية ٤١ .
(٦) سورة الأنعام ، الآية ٧٣ .
(٧) سورة المائدة ، الآية ٨٤ .
(٨) سورة الأنفال ، الآية ٧٤ .

إيماناً ثابتاً على أكمل وجه وقوله تعالى في الرؤيا : ﴿ قد جعلها ربي حقاً ﴾(١) . أي صادقة .

والحق : ماوجب عليك لغيرك فهو يتقاضاه منك أو ماوجب على غيرك لك فانت تتقاضاه منه بقوله تعالى : ﴿ فليكتب وليملل الذي عليه الحق ﴾(٢) أي المدين، وقوله تعالى : ﴿ فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً ﴾(٣) هو المدين أيضاً ويعتبر أن الدائن له الحق، وجاء اسم التفضيل في قوله تعالى : ﴿ ونحن أحق بالملك منه ﴾ (٤) أي نحن أولى أي نحن أصحاب الحق وحدنا (٥) .

هذا هو معنى الحق بكل صوره من حيث اللغة .

ثانياً : تعريف الحق من حيث الاصطلاح :

إن الحق بمعناه العام عبارة عن مكنة أو رخصة يقررها القانون لصالح شخص معين، ولم يتفق علماء القانون الوضعي على تصوير هذه المكنة فهم ينقسمون بين نزعتين :

١ ـ النزعة الذاتية أو الشخصية :

التي تتجه نحو شخص أو أشخاص هذه المكنة دون موضوعها .

---

(١) سورة يوسف ، الآية ١٠٠ .
(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .
(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .
(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٤٧ .
(٥) القاموس القويم للقرآن الكريم ـ مرجع سابق جـ١ ص ١٦٥ .

٢ ـ النزعة الموضوعية :

وهي التي تتجه نحو موضوع المكنة دون أشخاصها .

فأصحاب الاتجاه الذاتي يرون في الحق صفة تلحق شخصاً معيناً وتجعله قادراً على القيام بعمل معين وهم يدللون على وجهة نظرهم بأن الحق لايتصور وجوده إلا بوجود شخص ذي إرادة ليستحقه ويباشره فهو ذا قدرة إرادية .

هذه النظرة تقوم على أساس الفلسفة الذاتية والتي بلغت ذروتها في فلسفةهيجلHegel فوفقاً لهذه الفلسفة تعتبر الإرادة جوهر الحق .

ولكن عيب هذه النظرية أنها لاتتفق تمام الاتفاق مع الواقع القانوني فالقانون يقرر الحقوق لعديمي الإرادة ولو كان انعدام إرادتهم يرجع لسبب يستحيل زواله كما في حالة الجنون المطبق المبكر وكما في حالة المنشآت العامة والمؤسسات .

وهو من جهة أخرى يقرر الحقوق غير العقدية دون أن يلتفت لإرادة من يقررها له كما في حالة الإرث فوفقاً للتنظيم القانوني لايجوز اعتبار الإرادة مناط الحق في جميع الأحوال والظروف (١) .

أما أصحاب النزعة الموضوعية فيرون في الحق مصلحة مشروعية محمية قانوناً .

وأساس هذا القانون في تنظيمه للنشاط الاجتماعي يقوم بالترتيب

(١) د. محمد سلام مدكور ، نظرية الحق ، دار الفكر العربي ١٩٥٢م ص ٢١٠ .

والتفضيل بين المصالح المتنافسة أو المتعارضة وهو في هذا التنظيم لايهتم إلا بالأعمال التي يتحقق وراءها مصلحة مادية أو أدبية يرى أنها جديرة بالرعاية، وهذه الأعمال هي محل الحقوق، ومن ثم تكون الحقوق جميعاً مصالح مشروعة محمية قانوناً (١) .

وعيب هذا الرأي أنه لايتفق بدوره مع الوضع القانوني القائم فالحقوق السياسية كحق الانتخاب ليست إلا تكاليف مقررة على المواطنين بحيث يجوز لأحدهم أن يتهرب من استعمالها والحقوق العائلية كالسلطة الأبوية ماهي في الواقع إلا مزيج من الميزات والتكاليف .

ومن جهة أخرى فإنه لايجوز ربط الحقوق بالمصالح إذ المصالح عوامل نفسية، وقد تقوم بين الشخص ونفسه والواقع من الأمر أن الحق ليس إرادة صاحب الحق فإن هذه الإرادة ليست إلا شرطاً قانونياً لثبوت الحق أو لانقضائه في معظم الأحوال .

وقد يتوافر هذا الشرط في صاحب الحق وهذا هو الأصل وقد لايتوافر فيه كما في حالة الجنون والغيبة .

ومن ناحية أخرى فإن الحق ليس مصلحة صاحب الحق فإن هذه المصلحة ليست إلا أساس الحق أي موضوعه أو الغاية منه .

وعلى ذلك يعرف د. سلام مدكور الحق بقوله (إن خير تعريف للحق

---

(١) المرجع السابق ص ٢١١ .

هو التعريف الذي يجانب المبالغة في الاتجاه الذاتي أو الاتجاه الموضوعي) (١) .

يقول أوستينAustin:إن الحق صلة تقوم بين طرفين الدائن والمدين .

هذا التعريف ينظر أساساً إلى موضوع الحق : الحق صلة ولكنه يظهر في الوقت ذاته مالطرفيه من الأهمية : الحق صلة بين طرفين فهو تعريف يبتعد عن المبالغة التي وقع فيها سافيتي أو اهرنج في تصوير الحق ، فالحق بوضعه صلة قد تقوم بين طرفين وإن لم يكن لأحدهما إرادة ما ، وهو من ناحية أخرى ليس قاصراً على مجرد المصلحة .

ولكن عيب هذا التعريف أنه لايصدق على جميع الحقوق وإنما على الحقوق الشخصية وحدها وذلك لأن الالتزام المقرر على الكافة بعدم التعرض لصاحب الحق في مباشرة حقه هو مجرد جزاء للحق إذ هو لاينشئ علاقة شخصية بين صاحب الحق والكافة .

ومن جهة أخرى فهو تعريف يخلط بين الحق ومصدره فعقد البيع ينشئ صلة بين البائع والمشتري وبمقتضى هذه الصلة يكون لكل طرف حقوق متعددة قبل الطرف الآخر ، فيكون للبائع أن يطالب المشتري بدفع ثمن وبدفع المصاريف وباستلام البيع يكون للمشتري

(١) المرجع السابق ص ٢١٥ .

أن يطالب البائع بنقل الملكية وبتسليم المبيع وبضمان هذه الحقوق جميعاً نشأت عن صلة البائع بالمشتري بمقتضى عقد البيع .

فهل هي كلها صلات ؟ ولهذا يفضل د. سلام مدكور في تعريف الحق أن يأخذ بالاتجاه العكسي الذي يبدأ بالنظر إلى صاحب الحق ثم لايخفى بعد ذلك ما لموضوع الحق من الأهمية ، وفي رأيه أن خير تعريف للحق هو التعريف العام وهو أن الحق سلطة Faculte يقررها القانون لشخص وبمقتضاه يكون لهذا الشخص ميزة القيام بعمل معين .

ويظهر هذا التعريف الحقائق الآتية :

إن الحقوق جميعاً سلطات مقررة قانوناً، وإن القانون يستند في تقريرها إلى إرادة من يقررها له أو إلى اعتبارات أخرى من المصلحة العامة ، وإن القانون وهو يقرر سلطة ما لشخص ما ، يقصد منح ميزة السبق والأفضلية لإرادة هذا الشخص والمصلحة ، على أساس الإرادات والمصالح (١) .

هذه هي أهم الاتجاهات التي أخذت على عاتقها تعريف الحق وهذا يبين لنا أن الحق له معنى شامل لايمكن تحديد كل الأوجه التي يشملها، وقد صدق القرآن الكريم عندما بين لنا معانيه العظيمة بل وقد جعل الله ((الحق)) اسماً من أسمائه تعالى في القرآن الكريم .

---

(١) د. محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ص ٢١٦ .

المبحث الثاني : بين الحق والمركز الذي أوجده الشرع الإسلامي :

المطلب الأول : مضمون الحق في الادعاء جنائياً :

لاتعترف أكثر القوانين للمجني عليه بصفة الخصومة الجنائية ولا بحقه في الادعاء جنائياً في الدعوى العمومية لا بصفة أصلية ولا بوصفه خصماً منضماً إلى النيابة العامة مع الاعتراف للمسئول عن الحق المدني بصفة الخصومة في الدعوى العمومية منضماً إلى المتهم ولو لم تكن هناك دعوى مدنية .

وعلى ذلك تنص المادة ٢٥٤ من قانون الإجراءات المصري على ذلك ((وتسويغ ذلك أن الجريمة أياً كانت فهي اعتداء على المجتمع وهو المجني عليه فيها وليس للمجني عليه صفة الخصومة إلا في الدعوى المدنية إذا لحقه ضرر من الجريمة)) (١) .

حقيقة أن كل جريمة تضر بالمجتمع من حيث أنها تخل بالأمن العام والنظام فيه لكن لايستطيع أحد أن ينكر أن أي جريمة تضر مباشرة بحق المجني عليه حقه في الحياة وحقه في سلامة جسمه وعرضه أو شرفه أو ماله أو غير ذلك بدليل أن القوانين التي لازالت تأخذ بنظام الاتهام الفردي أو الشعبي تعطي للمجني عليه الأولوية في اقامة الدعوى الجنائية وحتى التشريعات التي تأخذ بنظام الاتهام العمومي بدأ التفكير في إعطاء دور للمجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية على نطاق قد يتسع فيشمل جميع الجرائم أو يضيق فيقتصر على بعض الجنح أو المخالفات .

---

(١) د. محمود مصطفى ـ حقوق المجني عليه في القانون المقارن ، مصر ١٩٧٥م ، ص ١٦ .

بل إن من الجرائم مالا تقبل عنه الدعوى من النيابة العامة إلا بناء على شكوى من المجني عليه كجرائم الزنى مثلاً والسرقة بين الأصول والفروع والسب والقذف وغيرها .

وكثيراً مايحدث الخلط بين الحق والسلطة مع انتقال سلطة التجريم والعقاب للدولة وذلك أنه كثيراً ماكان يختلط الأمر في استعمال تعبيري الحق والسلطة نظراً لاستخدام اللفظين كمترادفين ، وقد حدث ذلك في التشريع والفقه والقضاء (١) .

إلا أن أوجه الاختلاف واضحة بين الحق والسلطة ولاسيما فيما يتعلق بمصادر كل منهما وغرضه وغايته ومن له حق ممارسته والالتزامات التي يرتبها، فبالرغم من اشتراكهما في المشروعية فكلاهما مقرر بنص قانوني أو بناء على نص قانون كما أنهما لازمان لتحقيق المصلحة التي يهدف المشروع إلى تحقيقها من تقريرهما وأخيراً فإنه لكل من الحق والسلطة حدود شخصية وموضوعية ومكانية وزمانية واضحة تجيز إباحة مضمونها (٢) .

كما أنهما يختلفان في مصدر كل منهما فالقانوني بمعناه الواسع يكون مصدراً مباشراً لكل من الحق والسلطة، أما الشريعة الإسلامية والعرف فيصلحان مصدرين للحق وحده دون السلطة هذا بالإضافة إلى أن القياس يعتد به في التفسير الموسع في الحق لكنه ليس كذلك في السلطة (٣) .

ويختلفان أيضاً في غرض كل منهما وغايته فبينما يتحقق باستعمال الحق غرض قريب هو المصلحة الفردية لصاحب الحق بالإضافة إلى غاية بعيدة هي المصلحة الاجتماعية إلا أن الغاية من السلطة دائماً هي تحقيق المصلحة الاجتماعية العامة ولا يقصد بها تحقيق مصلحة فردية لمن يمارسها (٤) .

---

(١) المرجع السابق .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المرجع السابق .

ويختلفان كذلك فيمن له حق ممارسة كل منهما، فالحق الذي يمارسه صاحبه وجوز في الإنابة عن الدولة ولايجوز له أن ينيب غيره في ممارسته أو يفوضه في ذلك إلا بناء على قانون .

أخيراً فإن الحق يعطي صاحبه الخيار بين استعماله أو التخلي عنه، أما ممارسة السلطة فتكون على سبيل الإلزام الوجوب، ولايجوز للمختص بها أن ينزل عنها ولا أن يمتنع عن ممارستها .

ولبيان الحق في الادعاء جنائياً لابد من إيضاح ما إذا كان حقاً بالمعنى القانوني الدقيق لهذا المصطلح أم أنه واجب أم أنه سلطة (١) .

المطلب الثاني : مضمون الحق في الشريعة الاسلامية :

إن مباشرة الدعوى الجنائية العامة في الشريعة الاسلامية هي حق للفرد من جهة وللدولة من جهة أخرى ذلك أن الشريعة الاسلامية قد عرفت التفرقة بين الجريمة العامة والجريمة الخاصة، وعلى ذلك فقد عرفت فيها الدعوى العامة والدعوى الخاصة بما يرد على كليهما من قيود ،وكان تقسيمها للدعاوى الجنائية إلى دعاوى جنائية عامة ودعاوى جنائية خاصة.

فالدعوى الجنائية العامة : إنما تتأثر بالعفو أو التنازل عنها فليس من شك في أن الفرد لايملك التنازل عن هذه الدعوى إذ أن إقامته لها ومباشرته إياها إنما هي نوع من أداء واجب ألقاه عليه الشارع الحكيم، والواجب بطبيعته لايقبل من المكلف به النزول عنه وإن ساغ منه تركه لهذا الواجب (٢) .

---

(١) المرجع السابق .
(٢) الكاساني ، علاء الدين ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، بيروت جـ ٧ ، ص ٥ .

كذلك قيام ولي الأمر بتحريك الدعوى الجنائية العامة هو واجب عليه أن ولي الأمر في ذلك مقدم على الفرد في الوجوب، إذ أن صيرورة الفرض على أفراد الناس عيناً إنما تأتي نتيجة ترك ولي الأمر لهذا الواجب المقصود هو به أصلاً وعلى ذلك فالمرجح أنه ليس لولي الأمر ولا لوالي المظالم ولا للمحتسب النزول عن دعوى أقامها أي منهم، ولا أن يطلب إلى القاضي وقفها أو الامتناع عن النظر فيها، فإن مقتضى ولاية القاضي متى رفع إليه النزاع هو أن يفصل فيه بحكم الله (١) .

أما الدعوى الجنائية الخاصة : وهي طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كل دعوى ترتبت على جريمة نالت الفرد المجني عليه مباشرة وعلق الشارع قيامها على طلبه فمباشرتها بمشيئة المجني عليه فيها أو وليه إن شاء أقام الدعوى وإن شاء أوقفها أو أنهاها أو عفا عن العقوبة أو تصالح عليها ولو بعد صدور الحكم فيها ومثال الجرائم التي تترتب عليها هذه الدعوى الجنائية الخاصة جرائم القصاص في الضرب والجرح (٢) .

ومفهوم عمومية الدعوى في الشريعة الإسلامية أنها ملك الجماعة فالدوله باعتبارها ممثلة للجماعة وكذلك للفرد باعتباره عضواً في الجماعة وباعتباره الأصل فيها أن يباشر كل منهما هذه الدعوى معاً أو على الاستقلال .

ونظرة الشريعة الإسلامية إلى حق الفرد في إقامة الدعوى الجنائية إذا لم يكن مجنياً عليه مباشرة فيها هي نظرة إلى واجب ألقاه عليه الشارع ومن مستلزمات القيام به أن يمكن من حق إقامة الدعوى الجنائية والوصول بها إلى العقاب .

---

(١) المرجع السابق .
(٢) انظر في ذلك د. حافظ نور ، جريمة الزنى في القانون المصري المقارن رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥٨م .

ويمكن القول هنا بصفة عامة: إن طرق الاتهام في الشريعة الإسلامية على نوعين :

أولهما : طريق اتهام شخص يسلكه كل إنسان وقع عليه أو على ماله أي تعد فيرفع الدعوى مباشرة أمام القضاء الذي يقبلها متى استوفت الشروط المطلوبة وبصرف النظر عن أن هذا التعدي يعتبر تعدياً على حق من حقوق الله أو من حقوق العباد .

وثانيهما : اتهام عمومي جائز لكل إنسان في حالة واحدة وهي حالة حصول تعد على حق من حقوق الله ولو كان هذا التعدي لم يلحق بالمدعي أي ضرر شخصي .

وهنا تبدو أهمية دعوى الحسبة وضرورة إحيائها وارجاعها إلى أصولها الإسلامية لتحمي حقوق الأمة .. والأفراد وقبلاً حقوق الله الخالصة أو حقوق الله الغالبة أو حقوق الله المشتركة .

وهذا النوع الأخير هو الذي يدخل في اختصاص دعوى الحسبة فالحسبة تحرك الدعوى في الأحوال التي تنتهك فيها حقوق الله أو حقوق العباد أو الحقوق المشتركة بين الله والعباد ـ طالما أن هناك منكراً قد وقع أو معروفاً قد اندرس أو أهمل .

المبحث الثالث : في أنواع الحقوق محل دعوى الحسبة :

تمهيد :

في القوانين الوضعية تنقسم الحقوق إلى حقوق دولية وحقوق غير دولية (أي داخلية) .

والحقوق الداخلية تنقسم بدورها إلى حقوق سياسية وحقوق عامة وحقوق مدنية .

أما بالنسبة للحقوق الدولية فهي الحقوق التي يقررها النظام الدولي العام لأشخاصه لتمكينهم من إبداء نشاطهم في المجتمع الدولي كحق السيادة الاقليمية المقررة للدولة على إقليمها أو حق السيادة الشخصية المقررة للدولة على رعاياها المقيمين في الخارج أو حق الفتح أو حق الحرب .. الخ .

والحقوق السياسية أو الدستورية هي السلطات المقررة للأشخاص باعتبارهم أعضاء في هيئة سياسية والتي تمكنهم من الاشتراك في نظام الحكم وأهم هذه الحقوق هي حق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي الوظائف العامة .

والحقوق العامة أو الحريات العامة هي السلطات المقررة للأشخاص للمحافظة على شخصيتهم وبمعنى آخر هي السلطات التي يقررها القانون محافظة على الذات الأدبية وبدونها لايكون الإنسان آمناً على حياته وحريته ونشاطه كحق الشخص في سلامة جسده وفي استقلال تفكيره وفي حريته وانتقاله وفي حرمة مسكنه .

وقد سميت هذه الحقوق في القرن الثامن عشر بالحقوق الطبيعية أو بحقوق الإنسان (١) .

---

(١) د. محمد سلام مدكور ، نظرية الحق ، ص ١١ .

وهنا نجد أن الإسلام قد عرف الحقوق منذ قرون سبقت، وأنه قسمها تقسيماً يختلف عن التقسيم الغربي الذي ربط الحق بالإنسان وحده ولم يدرك العلاقة الاخلاقية بين الإنسان وخالقه .

ولذلك نجد أن الإسلام يقسم الحقوق قسمة تختلف عن قسمة الغرب الحديث فيقسمها إلى حقوق تتعلق بالله عز وجل ، وحقوق تتعلق بالآدميين وحقوق مشتركة بين الله والانسان ، وسأناقش كل حق على حدة في مطلب خاص .

المطلب الأول : حقوق تتعلق بالله عز وجل :

الحق الخالص لله مثل العبادات الأصل في هذا الحق هو التعبد والدليل على ذلك أن التعبد راجع إلى عدم معقولية المعنى ولا يصلح فيه إجراء القياس، وإذا لم يكن معقول المعنى فهذا دليل على أن الشارع قد قصد فيه الوقوف عندما حده ولا يجب تعديه بحال، فإذا خالف المكلف قصد الشارع فعمله هذا باطل .

وأيضاً فلو فرضنا أن عدم معقولية المعنى ليس بدليل على أن قصد الشارع الوقوف عندما حده الشارع فيكفي في ذلك عدم تحقيق البراءة منه وعدم تحقق البراءة موجب لطلب الخروج عن العهدة بفعل مطابق لابفعل غير مطابق (١) .

والنهي في هذا القسم أيضاً نظير الأمر فإن النهي يقتضي عدم صحة الفعل المنهي عنه إما بناء على أن النهي يقتض الفساد باطلاق وإما لأن النهي يقتضي أن الفعل المنهي عنه غير مطابق لقصد الشارع إما بأصله كزيادة صلاة سادسة أو ترك الصلاة، وإما بوصفه كقراءة القرآن في الركوع والسجود والصلاة في الأوقات المكروهة إذ لو كان مقصوداً له لم ينه

(١) الشاطبي ، أبو إسحاق اللخمي ، الموافقات في أصول الأحكام ، جـ٢ ص ٢٣٤ .

عنه ولا أقر به أو أذن فيه، فإن الإذن هو المعروف أولاً بقصد الشارع فلا يجب أن يتعداه المكلف (١) .

وحقوق الله كالصلاة والصيام ، والحج ، غير محدودة ولازمة للمكلف وهو مطلوب بها غير أنها لاتترتب في ذمته وذلك للأسباب الآتية :

١ ـ أنهالو ترتبت في ذمته لكانت محدودة معلومة ، إذ المجهول لايترتب في الذمة ولا يعقل نسبته إليها ، فلا يصح أن يترتب ديناً ، وبهذا يمكن الاستدلال على عدم الترتيب لأن هذه الحقوق مجهولة المقدار ، والتكليف بأداء ما لايعرف له مقدار تكليف بمقتدر الوقوع وهو ممتنع سمعاً .

ومثاله الصدقات المطلقة وسد الخلات ودفع حاجات المحتاجين ، وإغاثة الملهوفين وإنقاذ ، الغرقى ، والجهاد ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ويدخل تحته سائر فروض الكفايات فإذا قال الشارع: ﴿ فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ﴾ (٢) ((أو قال : اكسوا العاري أو انفقوا في سبيل الله فمعنى ذلك طلب رفع الحاجة في كل واقعة بحسبها من غير تعيين مقدار ، فإذا تعينت حاجة تبين مقدار مايحتاج إليه فيها بالنظر والاجتهاد لا بالنص فإذا تعين جائع فهو مأمور بإطعامه وسد خلته بمقتضى ذلك الإطلاق، فإن أطعمه وكان هذا الإطعام لايرفع عنه الجوع فالطلب يظل باقياً عليه مالم يفعل منه ذلك ماهو كاف ورافع للحاجة التي من أجلها جاء الأمر ابتداء (٣) .

والذي هو حد الكفاية يختلف باختلاف الأزمان والأحوال فقد يكون الجائع في وقت معين مفرط الجوع فيحتاج إلى مقدار بسيط من الطعام فإذا ترك حتى أفرط عليه

(١) المرجع السابق جـ٢ ، ص ٢٢٤ .
(٢) سورة الحج آية رقم ٢٢.
(٣) المرجع السابق جـ١ ص ٩٨ .

الجوع احتاج إلى طعام أكثر من ذي قبل وقد يطعمه آخر فيرتفع عنه الطلب رأساً وقد يطعمه آخر ما لا يكفيه ، فيطلب هذا باقل مما كان مطلوباً به فإذا كان المكلف به يختلف باختلاف الأحوال والأزمان ، لم يستقر للترتيب في الذمة أمر معلوم يطلب البتة وهذا معنى كونه مجهولاً فلا يكون معلوماً إلا في الوقت الحاضر بحسب النظر لا بمقتضى النفي .

٢ ـ أنه لو ترتب في ذمته أمر الخرج إلى مالايعقل لأنه في كل وقت من أوقات حاجة المحتاج مكلف بسدها ، فإذا مضى وقت يسع سدها بمقدار معلوم مثلاً ثم لم يفعل فترتب في ذمته ثم جاء زمان ثان وهو على حاله أو أشد فإما أن يقال: إنه مكلف أيضاً بسدها أولا الثاني باطل إذ ليس هذا الثاني بأولى بالصقوط من الأول ، لأنه بما كلف لأجل سد الخلة فيرتفع التكليف والخلة باقية ، هذا محال فلابد أن يترتب في الذمة ثانياً مقدار ماتسد به الحاجة ذلك الوقت ، وحينئذ يترتب في ذمته في حق واحد قيم كثيرة بعدد الأزمان الماضية وهذا غير معقول في الشرع .

٣ ـ إن هذا الواجب إما أن يكون عينياً ، أو كفائياً ، وعلى كل تقدير يلزم إذا لم يقم به أحد يترتب إما في ذمة واحد غير متعين ، وهو باطل لايعقل وإما في ذمم جميع الخلق مجزأة ، فكذلك للجهل بمقدار ذلك الجزاء لكل واحد أو غير مجزأة فيلزم فيما قيمته درهم أن يترتب في ذمم مائة ألف رجل مائة ألف درهم وهذا باطل .

٤ ـ لو ترتب في ذمته لكان عبثاً ولاعبث في التشريع فإنه إذا كان المقصود دفع الحاجة فعمران الذمة ينافي هذا المقصد إذ المقصود إزالة هذا العارض لاعزم قيمة العارض . فإذا كان الحكم الذي يشغل الذمة منافياً لسبب الوجوب كان عيناً غير صحيح . ولا يقال : إنه لازم في الزكاة المفروضة وأشبهها إذ المقصود بها سد

الخلات وهي ترتب في الذمة. لأن ذلك معناه أن المقصود هو ماذكرنا ولكن الحاجة التي تسد بالزكاة غير متصفة على الجملة ألا ترى أنها تؤدي اتفاقاً وإن لم تظهر عن الحاجة فصارت كالحقوق الثابتة بمعاوضة أو هبة فللشرع قصد في تضمن المثل أو القيمة منها بخلاف مانحن فيه فإن الحاجة فيه متعينة فلابد من إزالتها ولذلك لايتعين لها مال زكاة من غيره بل بأي مال ارتفعت حصل المطلوب (١) .

كل ماكان من حقوق الله تعالى فلا خيرة للمكلف فيه على أي حال وهناك كثير من الدلائل على ذلك وأعلاها الاستقرار التام في موارد الشريعة ومصادرها كالطهارة على أنواعها والصلاة والزكاة والصيام والحج والأمر بالمعروف الذي أعلاه الجهاد وما يتعلق بذلك من الكفارات والمعاملات والأكل والشرب واللباس وغير ذلك من العبادات والعادات التي ثبت فيها حق الله تعالى .

وكذلك الجنايات كلها لايصح إسقاط حق الله فيها البتة فلو طمع أحد في أن يسقط طهارة من الطهارات أو صلاة من الصلوات المفروضات أو زكاة أو حجاً أو غير ذلك لم يكن له ذلك وبقي مطلوباً أبداً حتى يقضيها .

وكذلك لو حاول استحلال ماكول حي مثلاً من غير ذكاة أو إباحة ماحرم الشارع من ذلك أو استحلال نكاح بغير ولي أو صداق أو الربا أو سائر البيوع الفاسدة أو اسقاط حد الزنى أو الخمر أو الحرابة أو الأخذ بالغرم والأداء على الغير بمجرد الدعوى عليه وأشبه ذلك فلا يصح شيء من ذلك (٢) .

---

(١) المرجع السابق جـ١ ص ٩٨ .
(٢) المرجع السابق جـ٢ ص ٢٧٧ .

وهكذا يفصل الامام الشاطبي حقوق الله بطريقه عميقة تتمشى مع منهجه في كتابه الموافقات وهو وإن كان غامض المعنى بعض الشيء إلا أن قراءته مرات ومرات تبين لنا أن حق الله يعرف بالأمر الصادر من الله تعالى إلى الإنسان بالتنفيذ دون السؤال على الأمر وكذلك دون تحديد لماهية الأمر وليس على المكلف إلا الامتثال للأمر والطاعة لله تعالى والحسبة لله تعالى فيه .

المطلب الثاني : حقوق تتعلق بالآدميين :

الحقوق التي تتعلق بالآدميين مثل الديون والنفقات والنصيحة وإصلاح ذات البين وما أشبه ذلك .

وحقوق الآدميين محدودة شرعاً ومقدرة ولازمة لذمة المكلف ومترتبة عليه ديناً حتى يخرج عنها وذلك كأثمان المشتريات وقيم المتلفات ومقادير الزكوات وفرائض الصلوات وما أشبه ذلك فلا إشكال في أن مثل هذا مترتب في ذمته ديناً عليه .

والدليل على ذلك التحديد والتقدير فإنه يشعر بالقصد إلى أداء ذلك المعين فيه فإذا لم يؤده فالخطاب باق عليه ولا يسقط عنه إلا بدليل .

وهناك من حقوق العباد مالا يمكن اعتباره لأن حق الله هو الغالب فيه وهو لذلك يأخذ حكم حق الله وذلك مثلاً كقتل النفس إذ ليس للعبد خيره في إسلام نفسه للقتل بغير ضرورة شرعية كالفتن ونحوها فكل هذه الأمور يغلب فيها حق الله تعالى على حق العبد .

أما ما اشترك فيه الحقان وكان حق العبد هو الغالب فهذا أصله معقولية المعنى فإذا طابق مقتضى الأمر والنهي فلا إشكال في الصحه لحصول مصلحة العبد بذلك عاجلاً أو آجلاً حسبما يتهيأ له، وإن وقعت المخالفة فهنا ينظر في أصل المحافظة على تحصيل مصلحة العبد

فإما أن يحصل على ذلك حق العبد ولو بعد الوقوع على حد ماكان يحصل عند المطابقة أو أبلغ أولا يقع فإنه فرض غير حاصل فالعمل باطل لأن مقصود الشارع لم يحصل وإن حصل فالعمل باطل ولايكون حصوله إلا مسبباً عن سبب آخر غير السبب المخالف صح وارتفع مقتضى النهي بالنسبة الى حق العبد (١) .

المطلب الثالث : الحقوق المشتركة بين الله والعباد :

هناك حقوق لله خالصة كما رأينا وهناك حقوق للعبد فيها حق الله وهذه يمكن إلحاقها بحقوق الله ، وهناك حقوق فيها حق العبد هو الغالب فهذه ألحقتها بحقوق العباد ولكن هناك حقوقاً مشتركة بين حق الله وحق العبد وهذا لايصح للعبد إسقاط حقه إذا أدى إلى إسقاط حق الله وكذلك لايجوز الاعتراض بالقول بأن حق العبد ثابت له في حياته وكمال جسمه وعقله وبقاء ماله في يده، فإذا أسقط ذلك سلط يد الغير عليه وهذا إما أن يكون جائزاً أو غير جائز، فإن قلنا قيل بعدم جوازه فإن هذا الرأي يعارض الفقه ويناقض الأصول التي يبنى عليها علم الفقه لأنه حقه فإذا أسقطه اقتضى ذلك أنه مخير في إسقاطه والفقه يقتضي عدم ذلك .

وإن قلت نعم خالفت الشرع إذ ليس لأحد أن يقتل نفسه ولا أن يفوت عضواً من أعضائه ولا أن يفوت مالا عن ماله لأن الله تعالى يقول : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ (٢). ثم توعد على أكل المال بالباطل قائلاً : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ (٣) . وقد جاء الوعيد الشديد لمن قتل نفسه وحرم شرب الخمـــر لما

(١) المرجع السابق جـ٢ ص ٢٣٥ .
(٢) سورة النساء ، الآية ٢٩ .
(٣) سورة البقرة ، الآية ١٨٨ .

فيه من تفويت مصلحة العقل برهة فما ظنك بتفويته جملة، وحجر على مبذر المال ونهي عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال، فهذا كله دليل على أن ما هو حق للعبد لايلتزم أن تكون له فيه الخيرة ، وذلك لأن إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق الله تعالى في العباد لامن حقوق العباد وكون ذلك لم يترك لاختيارهم فهذا دليل على مانقول .

فإذا أكمل الله تعالى على عبد حياته وجسمه وعقله الذي يحصل له ما طلب به من القيام بما كلف به فلا يصح للعبد إسقاطه اللهم إلا أن يبتلى المكلف بشيء من ذلك من غير كسبه ولا تسببه فهناك يتمخض حق العبد إذا ما وقع مما لايمكن رفعه فله الخيرة فيم تعدى عليه لانه قد صار حقاً مستوفى في الغير كدين من الديون فإن شاء استوفاه وإن شاء تركه وتركه هو الأولى إبقاء على الكل لقول الله تعالى : ﴿ ولمن صبر وغفر إن ذلك لمن عزم الأمور ﴾ (١) وقال تعالى : ﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾ (٢) وذلك لأن القصاص والدية هما جبر لما فات المجني عليه من مصالح نفسه أو جسده فإن حق الله قد فات ولا جبر له، وأما المال فجار على ذلك الأسلوب أيضاً فإنه إذا تعين الحق للعبد فله إسقاطه وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون ﴾ (٣) وذلك بخلاف ما إذا كان في يده فأراد التصرف فيه وإتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع وأما تحريم الحلال وتحليل الحرام وما أشبه ذلك فمن حق الله تعالى لأنه تشريع مبتدأ وإنشاء كلية شرعية ألزمها العباد فليس لهم فيها تحكم إذ ليس للعقول تحسين وتقبيح تحلل به أو تحرم (٤) .

---

(١) سورة الشورى ، الآية ٤٠ .
(٢) سورة الشورى ، الآية ٤٠ .
(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٠ .
(٤) الشاطبي ، الموافقات جـ٢ ص ٢٧٨ .

والأوامر والنواهي يمكن أخذها امتثالاً من جهة ماهي حق الله تعالى مجرداً عن النظر في غير ذلك ويمكن أخذها من وجهة ماتعلقت بها حقوق العباد معنى ذلك أن المكلف إذا سمع قول الله تعالى: ﴿ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ﴾ (١) . فهنا يكون الامتثال للأمر له سبيلان :

الأول : أن ينظر في أسباب السفر وشروطة العادية، فإذا حصلت له الأسباب انتهض للامتثال والا فالخطاب لم يتحتم عليه .

والثاني : أن ينظر في نفس ورود الخطاب عليه من الله تعالى غافلاً ومعرضاً عما سوى ذلك فينتهض إلى الامتثال ما أمكنه ذلك لايثنيه إلا العجز أو الموت آخذ الاستطاعة أنها باقية مابقي من رمقه بقية وإن الطوارق العارضة والأسباب المخوفة لاتوازي عظمة أمر الله فتسقطه وهكذا سائر الأوامر والنواهي .

فأما الملمح الأول : فجار على اعتبار حقوق العباد لأن ما يذكره الفقهاء في الاستطاعة المشروطة راجع اليها .

وأما الثاني : فجار على إسقاط اعتبار الأسباب كلية .

والقرآن الكريم لايدعو إلى اطراح الأسباب بل يؤكد على تقديم بعض الأسباب التي يقتضيها حق الله تعالى على الأسباب التي تقتضيها حقوق العباد على وجه اجتهادي شرعي وليس هناك تعارض بين القسمين ولكن يلاحظ أن حقوق الله تعالى أعظم من حقوق العباد ولكن الله وسع للمكلف في أخذ حقه وطلبه من باب الرخصة والتوسعة لامن باب عزائم المطالب .

---

(١) سورة آل عمران ، الآية ٩٧ .

وليس هناك معارضة بين النصوص لأن الأدلة لاتدل على تقديم حقوق العباد على حقوق الله أصلاً وإذا لم تدل عليها لم يكن فيها معارضة .

والخلاصة : أن تقديم حقوق العباد إنما يحدث حيث تكون هناك معارضة في تقديم حق الله تعالى يترتب عليه تضييع حق الله فمثلاً : إذا شق على العبد الصوم مثلاً لمرضه ولكنه صام فشغله ألم المشقة بالصوم عن استيفاء الصلاة على كمالها وإدامه الحضور فيها أو ماأشبه ذلك فإن المحافظة على تقديم حق الله أدت إلى الاخلال بحق الله وهذا غير جائز .

أما في الحالات المخالفة لذلك فليس تقديم حق الله على حق العبد فيه أي مأخذ بل هو الأحق بالتقديم على الإطلاق (١) .

---

(١) المرجع السابق جـ٣ ص ١٦٤ .

شرح لما أجمله الامام الشاطبي في كتابه الموافقات بعبارة سهلة :

أولاً : الأمر بالمعروف وأقسامه :

١ ـ أن يكون في حق من حقوق الله عز وجل . وله مجالان :

أ ـ عام : وهو أن يتوجه أمره بالمعروف إلى المجتمع بأسره ، ويكون احتسابه يعالج ظاهرة اجتماعية ، كما لو ترك أهل بلد صلاة الجمعة مع انعقادها بهم أو صلاة العيد ، أو تواطئوا على ترك أداء الصلاة المكتوبة جماعة ، أو على ترك الأذان ، ففي مثل هذه الأحوال يجب على الوالي أن يأمر الناس بإقامة ما تركوه من معروف فيلزمهم بها لأنها من شعائر الإسلام وعلامات التعبد التي فرق بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين دار الإسلام ودار الشرك (١) ويستعمل في احتسابه وسائل الإعلام الموجودة في عصره من نداء في الأسواق والمجتمعات ، أو بعث المندوبين منه لإبلاغ أوامره إلى أهل الحل والعقد في البلد ، أو باستدعائهم إلى مجلسه وبحث الموضوع معهم ، أو باستخدام الصحف ومحطات الرائي أو الإذاعة المحلية .

ب ـ خاص : وهو أن يتوجه احتسابه إلى أفراد بأعينهم ، كما لو اشتهر أحد من الناس بتركه لصلاة الجماعة أو عدم حضور الجمعة ، وتكرر ذلك منه ، أو عرف بتأخير الصلاة المكتوبة

---

(١) معالم القربة ص ٢٢ ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٧١ .

حتى يخرج وقتها فهنا يحضره الوالي ويسأله عن ذلك ، فيسمع جوابه ويتخذ بصدد مايسمع منه الإجراء المناسب (١) .

٢ ـ أن يكون في حق من حقوق الآدميين ، وله مجالان :

أ ـ عام : وهو أن يكون احتسابه حفاظاً على حق مشاع للمسلمين وليس لفئة أو فرد منهم ، وذلك كما إذا انعدم الماء المشروب من البلد ، بأن انهدمت آباره ، أو تعطلت قنواته ، أو انهدم سور البلد أو تهدمت قناطره ، أو فسدت طرقه ، أو تعطلت مدارسه ، وكانت الحكومة المسئولة عاجزة عن القيام بأعباء ذلك ، فإن الوالي يجب عليه أن يأمر الناس ولاسيما من يستطعيع البذل بأن ينظروا في هذه المنافع فيصلحوها ، كل حسب استطاعته ، ومثل ذلك أن يكون البلد على طريق للقوافل يطرقه الأضياف وبنو السبيل ولا يجدون من يعينهم ويساندهم ، فينبغي للوالي أن يحث على معونة هؤلاء والعطف عليهم ، لأن ذلك مما حث عليه الشرع (٢) ، أما إذا كانت الحكومة قادرة فالذي يظهر لي أنه يجب على المحتسب أن يتقدم إلى ولي الأمر مشيراً عليه بالإصلاح ، وعلى ولي الأمر الاستجابة إلى ذلك .

---

(١) معالم القربة ص ٢٥ ، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٧٢ .
(٢) معالم القربة ص ٢٦ ، والأحكام السلطانية للفراء ص ٢٧٢ .

ب ـ خاص : وهو أن يكون أمره مراعاة لحق آدمي بعينه ، كما إذا استعداه شخص من الأشخاص على آخر ، بأن مطله حقه ، وكان هذا الحق ثابتاً في ذمة المدين بإقرار أو حكم شرعي سابق ، فهنا يأمر المطلوب بأداء ماعليه لغريمه ، بدون أن يتعرض لحبسه ، لأن الحبس حكم ، وليس لوالي الحسبة أن يحكم في مثل هذا (١) .

٣ ـ أن يكون الأمر بالمعروف في حق مشترك ، فهو حق لله تعالى من جهة وحق للآدميين من جهة أخرى ، وذلك كأمر الأولياء بإنكاح الأيامي من الأكفاء الخاطبين إذا طلبن ذلك ، ووعظهم عن الامتناع عنه ، وكما لو استشرى في النساء عدم المحافظة على المدة عند الفراق من أزواجهن فله أن يأمرهن بالتقيد بأحكام العدد ، والمحافظة عليها وتأديب من خالفه منهن ، ومثل ذلك ، أن يأمر السادة بمراعاة أحوال مماليكهم والرفق بهم وإطعامهم ما يكفيهم ، كما أن له الأخذ على أرباب البهائم بعدم تضييعها ، إذا ظهر منهم تقصير في علوفتها وإلزامهم ألا يحملوها فوق ما تطيقه (٢) .

ثانياً :النهي عن المنكر وأقسامه :

وقبل أن أتعرض لتقسيمه ،لابد أن نعرف أنه يشترط لإنكار الشيء توفر شروط أربعة .

١ ـ أن يكون منكراً ، ومعنى كونه منكراً أن يكون محظور الوقوع في الشرع (٣) بأن حرمه

---

(١) معالم القربة ص ٢٦ ، والأحكام السلطانية للفراء .
(٢) معالم القربة ص ٢٧ ، والأحكام السلطانية للفراء ص ٢٧٥ .
(٣) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣٢٠ .

الشارع أو كرهه ، أو رآه المؤمنون أمراً منكراً ، تنفر منه نفوسهم وتضيق به صدورهم لمخالفته لعموميات الشرع وإن لم ينه عنه الدين بدليل خاص به ، كأن يمشي الرجل عاري الصدر والظهر في الطرقات والأسواق ، أو يطيل شعوره بطريقة غير مباحة ، كتقاليد الخنافس والهيبز ، أو يلبس ما ضاق من الثياب ، أو ما وصف الجلد لرقته وعدم ستره .

وإنما قلت في معنى لفظ المنكر : أن يكون محظور الوقوع في الشرع ، وعدلت عن لفظ المعصية ، لأن المنكر أعم من المعصية ، إذ أن من رأى صبياً أو مجنوناً يشرب الخمر ، فعليه أن يريق خمره ويمنعه ، وكذا لو رأى مجنوناً يزني بمجنونة أو بهيمة ، فعليه أن يمنعه ولو وقع ذلك في خلوه ، وهذا لايسمى معصية في حق الصبي أو المجنون ، إذ أن المعصية لاتوجد إلا بوجود عاص بها ، بل وجودها بدونه محال (١) ، واشتراط كونه منكراً ، يعلم الصغائر والكبائر فلا يختص بالأخيرة وحدها .

٢ ـ أن يكـون المنكـر قد وجد وتحقق ، فلا يجوز لوالي الحسبة أن يذهب كل مذهب في الظن السيئ ، ويطلق لنفسه العنان في أن يتهم أي شخص بأنه سيفعل هذا أو ذاك ، فيزجره أو يؤدبه لمجرد التهمة المجردة عن القرائن ، بل لابد أن يكون المنكر قائماً ، أو تكون آثاره باقية ، كما إذا وجد شخصاً يتمايل من السكر .

وقد يقول قائل : إن احتسابه على العاصي إبان ارتكابه المعصية ، أمر متصور ، ولكن كيف يحتسب عليه وقد فرغ من فعلته ؟ لأن المحذور قد وقع وانتهى ، ونقول : إن احتسابه في مثل هذا يكون بإيصاله إلى القضاء والادعاء عليه بما فعل ،

(١) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٢٢٠ .

والمطالبة بإصدار مايستحقه من حد تعزيز .

وظهور بوادر التصميم على فعل المعصية يأخذ حكم الإصرار عليها في وجوب الإنكار عليه ، فلو وجد الوالي رجلاً يكثر الوقوف في الأسواق التي يكثر فيها النساء بدون حاجة كبيع أو شراء أو عمل ، فإنه يجب عليه الإنكار على هذا المريب ووعظه ، ومعاقبته على المعاودة ، ولا يجوز له أن يتركه وشأنه بحجة أنه لم يفعل شيئاً بعد ، لأن وقوفه بهذه الصورة وسيلة يغلب على الظن حصول المكروه من ورائها إذ هو موقف ريبة وتهمة ولهذا المعنى منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الصبيان أن يجتمعوا بمن كان يتهم بالفاحشة (١) .

٣ ـ أن يكون المنكر ظاهراً للولي بغير تجسس ، فقد نهى الله سبحانه وتعالى عن التجسس فقال : (ولا تجسسوا) (٢) وعن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال : خرجت مع عمر رضي الله عنه ليلة في المدينة ، فبينما نحن نمشي إذ ظهر لنا سراج ، فانطلقنا نؤمه ، فلما دنونا منه إذا بباب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط ، فأخذ عمر بيدي وقال : أتدري بيت من هذا ؟ قلت : لا فقال : هذا بيت ربيعة ابن أمية بن خلف ، وهم الآن شرب (٣) فما ترى ؟ قلت : أرى إنا قد أتينا مانهانا الله عنه ، قال الله تعالى : (ولا تجسسوا)، فرجع عمر رضي الله عنه وتركهم (٤) .

فلا يجوز للمحتسب أن يتتبع الأبواب فيسمع ما يصدر من داخلها من أصوات أو يسخر أنفه ليشم ماينبعث من هذه الدار أو تلك ، أو يقف بالمرصاد لكل من مشى

---

(١) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٥٢ .
(٢) سورة الحجرات ، الآية ١٢ .
(٣) بالفتح القوم يشربون ، انظر القاموس المحيط جـ١ ص ٨٦ .
(٤) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ١٩٨ ، أسبوع الفقه الإسلامي ص ٥٧٧ .

في الشارع مخفياً تحت ردائه شيئاً من الأشياء ، فيفاجئه ليعرف ما معه ، لأن هذا تعنت وتكلف حيث أنه لم يبن على أمارة أو قرينة سابقة تدعو إلى ذلك ، وإنما كان هذا الصنيع من قبيل الابتداء والارتجال .

أما إذا وجدت القرائن والأمارات ـ كما ظهرت روائح الخمر تزكم الأنوف بمجرد العبور حول مصدرها ، أو ارتفعت أصوات السكارى بالسباب والشتائم وأحس الناس من حولهم بتدافعهم وتشاجرهم ، أو سمعت الأصوات الماجنة وأصوات الملاهي فاضحة تشق السكون ، أو أبرز الإنسان ما معه من المنكر ، بأن حمله بدون ساتر ، أو بساتر رقيق ، فإن هذه الدواعي ـ والحالة هذه ـ تسوغ لوالي الحسبة أن يتخذ الإجراء اللازم .

ولو قامت القرائن على وجود مجرمين يجتمعون تجمعات مشبوهة ، ويخشى منهم على المسلمين ، في أمر من أمورهم أو كثر وقوع السرقة ، أو شرب الخمر ، أو تعاطي الناس المخدرات أو ظهر التزييف وكثر النصب والاحتيال ، أو وقعت حوادث الاغتيال ، أو كان ولي أمر المسلمين يخشى عدواً لهم في داخل بلادهم كجواسيس العدو ، والعاملين لمصلحته ، كالمثبطين والمرجفين ونحوهم ، وكالخارجين على جماعة المسلمين ، أو احتاج ولي الأمر إلى أخبار أعداء المسلمين ليحذر من تصرفاتهم ومكائدهم ، جاز التجسس وتحري الأخبار ، وجمع المعلومات حفاظاً على المصلحة العامة للبلاد والعباد .

وقد كان المنافقون في عصر النبوة يعملون لليهود والمشركين ، ويأخذون أخبار النبي صلى الله عليه وسلم ويوصلونها إليهم ، ويدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ لو خرجوا فيكم ما زادوكم إلا خبالاً ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة وفيكم سماعون لهم والله عليم بالظالمين ﴾ (١)، فرأي النبي صلى الله عليه

(١) سورة التوبة ، الآية ٤٧ .

وسلم أن يتخذ له عيوناً من المسلمين ليعملوا له بإزاء جواسيس الأعداء ، فيقوموا في السر بإحباط مؤامراتهم وينقلوا إليه أخبارهم (١) .

وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يعس بنفسه بالليل طول مدة خلافته ، وذات ليلة سمع امرأة تنشد .

تطاول هذا الليل واسود جانبه وأرقنـــي ألا خليـــل ألاعبـــه
فـواللـــه لـولا اللـه أن أراقبـــه لزعزع من هذا السرير جوانبه
ولكن عقلي والحيـاء يكفنـــي وأكـــرم بعـلي أن تنال مراكبـه

فسأل عنها ، فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب في سبيل الله ، فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقفله ، ثم دخل على حفصة رضي الله عنها فقال : يابنية ، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله أمثلك يسأل مثلي عن هذا ؟ فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ماسألتك . قالت : خمسة أشهر ، ستة أشهر ، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر ، يسيرون شهراً ويقيمون أربعة أشهر ، ويسيرون شهراً راجعين (٢) .

ومن وقائع عسسه بالليل ، ماوقع منه مع نصر بن حجاج وابن عمه أبي ذئب لما خشي على النساء من الافتتان بهما (٣) .

ومن التجسس الجائز أيضاً ، التحقيق مع المجرمين وسؤالهم عمن اشترك معهم في

---

(١) السياسة الشرعية في عهد النبوة لعبد المتعال الصعيدي ص ٢٢٢ .
(٢) المغني جـ٧ ص ٢١ .
(٣) عبد العزيز بن محمد المرشد / نظام الحسبة في الإسلام ، رسالة ماجستير لعام ٩٢/٩٣ جامعة الإمام ص ١٩ ــ ٢١ .

فسادهم ، ليتم القضاء على معاقلهم وأوكارهم بسهولة وسرعة ، لأن سؤال هؤلاء يؤدي إلى معلومات واضحة وكثيرة ومقرونة بوقائع يسوقها المجرم في إدلائه بأقواله واعترافاته ، وفي هذا زاجر للمسيء ودفع لشر غيره ، وليعلم كل مفسد بأنه وإن لم يقع مباشرة فسيكون هناك من قرنائه من يخبر بسيرته تحت وطأة التحقيق ، وبذلك يندحر الشر وينحسر ظله (١) .

وأما الآية الكريمة (ولا تجسسوا) فهي لاتدل على تحريم التجسس بإطلاق وانما تنهي عن التجسس المبني على التهمة المجردة عن أية قرينة وأي داع إلى ذلك ، وتزجر عن بهت المسلمين ابتداء ولعله لقصد الرغبة في الستر في مسائل الأعراض ، أما إذا كان ثمة سبب قائم من أمارة أو قرينة فلا بأس بذلك ، بل قد يكون واجباً إذا توقف عليه رد الفساد عن المسلمين (٢) .

أما إذا كان في المسألة خلاف لايعتد به ولا اعتبار له لظهور مخالفته للكتاب أو السنة الصحيحة مخالفة بينه لاشك فيها ، كإنكار بعث الأجسام ، وإنكار حدوث العالم ، والقول بخلق القرآن واعتقاد عدم نسخ الإسلام لما سبقه من الشرائع ، والقول بإباحة نكاح المتعة ، وجواز ربا الفضل ، فإن مثل هذه الشبهه والضلالات لاتمنع تدخل والي الحسبة في إزالة المنكر وحسمه ، لأننا لو تركنا المبتدعين وآراءهم لاستشرى الخطر ، وظهرت الفتنة وفسدت الأحوال ، ووجد المفسدون والملحدون حصناً منيعاً يحتمون به في إظهار فسقهم وفجورهم وإلحادهم .

وإذا تقرر هذا ، فالنهي عن المنكر ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

---

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص ١٠٥ ـ ١٠٦ .
(٢) القرطبي جـ١٦ ص ٢٢٢ .

١ ـ ماكان من حقوق الله تعالى ـ وهو على ثلاثة أضرب :

أ ـ مايتعلق بالعبادات (١) كما إذا رأى الوالي من يقصد إلى مخالفة هيئاتها الشرعية كالجهر في صلاة الإسرار ، أو الإسرار في صلاة الجهر ، أو الزيادة في الآذان أذكاراً غير مسنونة، أو أخل بتطهير جسده أو ثوبه أو موضع صلاته ، أو علم أنه يترك الغسل من الجنابة ، أنكر عليه إذا تحقق من ذلك ، ولا ياخذه بمجرد التهمة والظن ، فلو رأى إنساناً ياكل في نهار رمضان لم يقدم على تاديبه إلا بعد سؤاله عن سبب إفطاره ، فربما كان مريضاً أو مسافراً وحينئذ يأمره بإخفاء أكله ، لئلا يعرض نفسه للتهمة أو يقتدي به الجهال والسفهاء .

ومن هذا القبيل ، تعرض المتسولين لمسالة الناس وطلب الصدقة ، مع علم الوالي بغناهم بمال أو عمل أو قدرتهم عليه ، وجلدهم على الكسب ، فيأمرهم بالبحث عن الرزق الحلال ، ويؤدبهم على عودتهم إلى سيرتهم مرة أخرى .

وإن وجد من يتصدى في مجالس العلم أو الوعظ . وهو ليس أهلاً ، ولم يأمن أن يضل الناس أو يفسد عليهم دينهم بتغيير أو تشويه ، أو إظهاره بصور خاطئة ، أنكر عليه ذلك وأظهر حقيقته للكافة حتى لا يغتروا به ، فياخذوا عنه ، فإن أشكل عليه أمره لم يقدم على الإنكار إلا بعد السؤال عنه واختباره ، فقد مر على بن أبي طالب بالحسن البصري ـ وهو يتكلم على الناس ـ فاختبره فقال له : ماعماد الدين ؟ فقال : الورع قال : فما آفته ؟

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٨ ، ولأبي يعلى ص ٢٨٦ ومعالم القربة ص ٢٧ .

قال : الطمع، قال : تكلم الآن إن شئت . (١)

ب ـ مايتعلق بالمعاملات المنكرة (٢) كالشراء والبيوع الفاسدة وما منع الشرع منه ، ولو تراضى المتعاقدان بيعه كالعقود الربوية وبيع الغرر ، وغش المبيعات وتدليس الأثمان أو تزويرها ، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : ((من غشنا فليس منا) (٣) ، وروى عن أحمد رواية جعفر بن محمد فيمن اشترى ألف درهم بدنانير بعضها جاد وبعضها مزيفة : (اشترى مايحل ، وباع مالا يحل) . (٤)

ومن ذلك تصرية المواشي وتحفيل ضروعها عند البيع ، فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه حيث قال : (لاتصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر) (٥) ومما يتأكد على المحتسب الوالي : المنع من التطفيف والبخص في المكاييل والموازين وإظهار التأديب على ذلك ، والحث على إيفاء الكيل والوزن بالقسطاس المستقيم كما قال تعالى : (وأوفوا الكيل إذا كلتم ، وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلاً) (٦) .

جـ ـ ما يتعلق بالمحظورات من الأعمال (٧) كأن يمنع الناس من الوقوف في مظان

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٨
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٣ ولأبي يعلى الفراء .
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي جـ٢ ، ص ١٠٩ .
(٤) الاحكام السلطانية لابي يعلى الفراء ص ٢٨٢ .
(٥) صحيح البخاري جـ٣ ص ٨٧ .
(٦) سورة الإسراء ، الآية ٣٥ .
(٧) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٩ ، ولأبي يعلى ص ٢٧٧ ومعالم القربة ص ٣٠ .

الريب والتهمة ، فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن يأتي الإنسان مايرتاب منه فقال : (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك) (١) ، فإذا رأى رجلاً قد وقف مع امرأة في طرق خالية من المارة ، أنكر عليهما ، لأنها إن كانت ذات محرم وجب أن تصان عن مواقف التهمة ، وإن كانت أجنبية فالوقوف معها على هذه الحالة يؤدي إلى معصية الله تعالى ، وليكن زجره قوة وضعفاً بحسب الأمارات ، فإذا رأى ماينكره تأتي وتفحص وراعي شواهد الحال ، ولم يعجل بالإنكار قبل السؤال ، روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يطوف بالبيت ذات مرة ، فرأى رجلاً يطوف وعلى عاتقه امرأة مثل المهاة (٢) يعني حسناً وجمالاً وهو يقول :

قدت لهذي جملاً ذلولا موطأ اتبع السهـــــولا

أعدلها بالكف أن تميلا احذر أن تسقط أو تزولا

أرجو بذاك نائلاً جزيلاً

فقال له عمر رضي الله عنه : ياعبدالله ، من هذه التي وهبت لها حجلك ؟ فقال : امرأتي ياأمير المؤمنين ـ وأنها حمقاء مرغامة (٣) أكول قمامة (٤)، لابقي لها خامسة (٥) فقال له : مالك لاتطلقها ؟ قال : أنها حسناء لاتفرك (٦) وام صبيان لاتترك ، قال : فشأنك بها ، فلم يقدم عليه بالإنكار حتى استخبره فلما انتفت عنه الريبة لان له (٧) .

---

(١) صحيح البخاري جـ٣ ص ٦٦ ، والترمذي باسناد حسن ، رياض الصالحين ص ٢٤٨ .
(٢) الشمس ، والبقرة الوحشية ، والبلورة ، القاموس جـ٤ ، ص ٢٩٣ .
(٣) مغضبة لزوجها ، القاموس جـ٤ ص ١٢١ .
(٤) تأكل ماعلى الخوان ، القاموس جـ٤ صن ١٦٧ .
(٥) لابقي لها شيء ، القاموس جـ٤ ص ١٠٩ .
(٦) لاتبغض ، القاموس جـ٢ ص ٣١٥ .
(٧) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٠ .

وحكي إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء ، فرأى رجلاً يصلي مع النساء ، فضربه بالدرة ، فقال الرجل : والله إن كنت أحسنت فقد ظلمتني وإن كنت أسأت فما علمتني ، قال عمر : أما شهدت عزمتي ؟ فقال ماشهدت لك عزمة ، فألقى إليه الدرة وقال له: اقتص ، قال: لا أقتص اليوم ، قال : فاعف عني ، قال: لا أعفو، فافترقا على ذلك ثم لقيه من الغد فتغير لون عمر ، فقال له الرجل : ياأمير المؤمنين ، كأني أرى ماكان مني قد أسرع فيك ؟ قال : أجل ، قال فاشهد الله أني قد عفوت عنك (١) .

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٠ .

الفصل الثالث

شروط تتعلق برافع دعوى الحسبة

سبق أن أشرت إلى أن دعوى الحسبة من الدعاوى التي أتاحها الإسلام لكافة المسلمين فضلاً عن أن الدولة الإسلامية قد تنظم تحديد سلطة مختصة تتولى الحسبة وهو مأطلق عليه والي الحسبة، وعلى ذلك سوف يكون حديثي في هذا الفصل مقسماً إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تحريك الدعوى من قبل الأفراد العاديين .

المطلب الأول : الشروط التي يجب توافرها في آحاد المسلمين لتحريك الدعوى

المطلب الثاني : فيم يجوز للافراد تحريك دعوى الحسبة فيه .

المبحث الثاني : تحريك الدعوى من قبل السلطة المختصة في المجتمع الاسلامي .

المطلب الأول : شروط من يتولى الحسبة .

المطلب الثاني : فيم يجوز للسلطة تحريك دعوى الحسبة فيه .

المطلب الثالث : في اختصاصات المحتسب .

المطلب الرابع : مقارنة بين دعوى الأفراد ودعوى المحتسب .

وسوف أناقش كل مبحث على حدة فيما يلي، ولكن قبل ذلك سوف أمهد لذلك بهذا المدخل :

يقسم علماء الشريعة الإسلامية الدعاوى بالنظر إلى موضوعها إلى نوعين : دعاوى التهم والعدوان ، ودعاوى غير التهم والعدوان . ودعاوى التهم والعدوان هي التي تنسب إلى المدعى عليه فيما ارتكب فعل محرم يستوجب العقوبة الشرعية وتقابل بلغة المعاصرين الدعاوى المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية .

وبالنسبة للدعاوى الجنائية أو دعاوى التهم والعدوان نص قانون المملكة العربية السعودية على اختصاص المحاكم الجزئية بما يلي :

أولا : الجنح : الواقع أن تقسيم الجرائم الجنائية إلى جنايات وجنح ومخالفات من التقسيمات التي استحدثتها الأنظمة الجنائية المعاصرة، ولا نجد لها مقابلاً في الشريعة الإسلامية وقد أخذ نظام مديرية الأمن العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٥٦٤ بتاريخ ١٣٦٩/٣/٢٩هـ بهذا التقسيم إذ تقضي المادة (٢١٦) منه بما يأتي :

الجرائم ثلاثة أنواع :

أ ـ الجنايات وهي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام والأشغال الشاقة .

ب ـ الجنح وهي المعاقب عليها بالحبس الذي تزيد أقصى مدته عن أسبوع .

جـ ـ المخالفات وهي المعاقب عليها بالحبس الذي لاتزيد مدته عن أسبوع (١) .

كما ورد هذا التقسيم من (١٠ ـ ١٢) من قانون العقوبات المصري ويترتب على هذا التقسيم نتائج هامة بالنسبة لتطبيق أحكام قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية (٢) .

---

(١) راجع في ذلك د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة ، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ص ٥٠٠ ـ ٥٠٢ .

(٢) راجع أيضاً ((الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي)) للدكتور عبد الفتاح خضر ـ مطبوعات معهد الإدارة العامة ـ الرياض ـ سنة ١٤٠٥هـ ص ٢٢ ، وما بعدها .

التعزيـز : تنقسم الجرائم في التشريع الاسلامي إلى نوعين رئيسيين هي جرائم ذات العقوبات المقدرة وتشمل جرائم الحدود والقصاص والديات والجرائم ذات العقوبات غير المقدرة وتلك هي الجرائم التعزيزية .

وجرائم الحدود تمثل عدداً من الجرائم الخطيرة التي تتعلق بحقوق الله تعالى الخالصة أو المشتركة وقد تكلفت أحكام الشرع الحنيف بتحديد عقوباتها تحديداً واضحاً لايقبل التعديل أو التبديل من قبل الحاكم وقد اختلف الفقهاء حول تعداد الحدود إلا أن الرأي الغالب على أنها سبعة هي :
حد الحرابة ـ حد الردة ـ حد الزنى ـ حد البغي ـ حد السرقة ، حد الشرب ـ حد القذف .

أما جرائم القصاص وتسمى الدماء لأنها تنحصر في جرائم الدم كالقتل وبتر الأعضاء وإحداث العاهات والإصابات والجروح فالأصل عقوبتها من جنس الفعل أي القصاص مالم يقبل أولياء الدم الدية .
وجرائم مادون النفس هي التي لايترتب عليها الموت وإنما مجرد الجرح أو العاهة أو إحداث ألم مادي كالضرب .

أما الجرائم التعزيزية فهي التي لم يحدد لها الشرع عقوبة معينة بذاتها وإنما بترك أمر تحديد وتقدير العقوبة لولي الأمر، وهي أوسع مدى من الجرائم ذات العقوبات المقدرة إذ تشمل أي فعل من الأفعال التي نهى عنها الشارع أو ترك أي وجب من الواجبات التي قررها (١) وعلى هذا النحو يعرف

(١) راجع في ذلك الدكتور عبد العزيز عامر في رسالته عن ((التعزيز في الشريعة الإسلامية)) الطبعة الرابعة سنة ١٣٨٩هـ ـ ص ٥٢ وقد أشار إلى كثير من المراجع الفقهية في هذا الأمر .

الفقهاء العقوبة التعزيزية بأنها عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله تعالى أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة (١) .

وهكذا يرتبط أمر الدعوى بحسب التقسيم الذي ينظمها وكما عرفنا في تقسيم العقوبات في الشريعة الإسلامية فإن دعوى الحسبة هي أعم وأشمل من أي تقسيم، ولذلك فمن حق الأفراد العاديين أن يحركوها كما أن للسلطات الحق في تحريكها .

(١) د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة ـ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية ، ص ٥٠٢ .

المبحث الأول : تحريك الدعوى من قبل الأفراد العاديين :

سبق أن أشرت إلى أن الدعوى في الشريعة الإسلامية تباشر من خلال الأفراد العاديين كذلك تباشر من خلال الدولة (الحسبة) فهناك حق للفرد في تحريك الدعوى كما أن هناك من جهة أخرى حقاً للدولة ذلك أن الشريعة الاسلامية قد عرفت التفرقة بين الجريمة العامة والجريمة الخاصة وعلى ذلك فقد عرفت فيها الدعوى العامة والدعوى الخاصة بما يرد على كليهما من قيود .

وسوف أناقش في هذا المبحث تحريك الدعوى من قبل الأفراد العاديين(١) .

المطلب الأول : الشروط التي يجب توافرها في آحاد المسلمين لتحريك الدعوى

رأينا فيما سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كافة أفراد الأمة لاعلى فئة معينة فيها ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطاً خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة هذا الواجب وإلى مبادئ الشريعة العامة وبعضها متفق عليها وبعضها مختلف فيه ، وهي جميعاً لاتخرج عن خمسة شروط :

الشرط الأول: التكليف

يشترط فيمن يحرك دعوى الحسبة من آحاد الناس أن يكون مكلفاً أي مدركاً مختاراً وهذا الشرط، لازم إذا نظرنا إلى وجوب الحسبة لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسئولية التارك ولا مسئولية على غير مكلف طبقاً

(١) من أجل الزيادة في الإيضاح : فأن الاجراءات المتخذه في تحريك الدعوى في المملكة العربية السعودية ولاسيما جرائم الحدود : تسير كالتالي : -

لقواعد الشريعة العامة وعلى هذا فدعوى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر باعتبارها واجباً لاتجب إلا على مكلف .

= الخصومة أو المطالبه بالحق نوع من أنواع الشكوى ، وقد اتفق الفقهاء على أن الخصومة ليست بشرط في الحدود التى هى حق خالص لله تعالى ، كالزنى والشرب إذ الاثبات فيها لا يتوقف على تقدم شكوى أو دعوى ولأن الشاهد فيها مدع ، فالضرر واقع على المجتمع بأسره ، وكل فرد من المسلمين يكون مدعياً فيها ، لأن الله تعالى لما أمر باقامتها كان طالباً فلم يبق إلا إقامتها(*) وتسمى الشهادة بها شهادة الحسبه .

ومع أن القاعدة في الفقه الإسلامي أن سماع الشهادة متوقف على سبق الدعوى ، إلا أن الكثير من حقوق الله تعالى ومنها الحدود الخالصة له قد استثنيت من تلك القاعدة ، وتسمع الشهادة فيها ولو لم تسبقها دعوى ، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضى تلك الشهادة اذا استوفت كافة شرائطها . ومثل الشهادة الإقرار أيضا ، فإذا أقر شخص بارتكابه لأحد هذين الحدين (الزنى وشرب الخمر) ، عوقب بالعقوبة المقررة من غير اشتراط تقدم دعوى(**) . أما الحدود التى تعتبر الخصومة شرطاً للحكم بثبوتها فهناك حدا السرقة والقذف .

ونبدأ أولاً بحد السرقة .

وقد اختلف العلماء في مسألة : اشتراط تقديم دعوى يطالب المسروق منه بماله لإقامة الحد إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول :

يري الامام أبو حنيفة ومحمد ، والشافعيه ـ في أصح القولين عنده - والحنابلة أنه لابد من تقدم دعوى يطالب فيها المسروق منه بماله ، فاذا تم ذلك حكم بوجوب القطع على السارق بعد استيفائه بقية الشروط(***) .

وقد احتج أصحاب هذا القول بالنسبة والمعقول : -

فمن السنة : ماروى أن عمر بن سمرة جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله : أني سرقت جملا لبني فلان ، فطهرني فأرسل إليهم النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا : إنا افتقدنا جملاً لنا . فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فقطعت يده(****) .

فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يقطع السارق بمجرد اعترافه ، بل أرسل الى المسروق منهم يسألهم ، مما يدل على اشتراط الخصومة . ومن المعقول احتجوا بقولهم : ان ركن السرقة لا يتحقق إلا بعد اثبات أن المال مملوك ، ولا تتحقق تلك الملكية إلا بالخصومة ، وذلك سواء كانت السرقة ثبات بالبينه أو بالاقرار ، فلو كان المسروق منه غائبا وشهدت البينه أن شخصا بعينه هو السارق ، أو حصل من السارق نفسه ، لم تسمع الشهادة ولا الإقرار حتى يحضر المسروق منه =

(*) انظر : تبيين الحقائق ٢٢٩/٤ .

(**) انظر : بدائع الضنائع ٥٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٤ ، الانصاف ٢٤٦/١١ ، ٢٤٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٨١/٣ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٣٢ ، الاصول القضائية ص ١٦٠ - ١٦٢ ، الجريمة لأبو زهرة ص ٦٥ ، طرق القضاء لاحمد ابراهيم ص ٢٤٧ ، النظرية العامة لاثبات موجبات الحدود ٢٠١/١ .

(***) انظر : بدائع الصنائع ٥٢/٧ ، ٨٢،٨١ ، تبيين الحقائق ٢٢٧/٣ ، أسنى المطلب ١٥١/٤ ، ١٥٢ ، مغنى المحتاج ١٧٥/٤، ١٧٦، المهذب ٢٨٣/٢ ، الانصاف ٢٨٤/١٠ ، شرح منتهى الارادات ٣٧٢/٣ ، المحرر ١٥٩/٢ .

(****) سنن ابن ماجه ٨٦٣/٢ رقم ٢٥٨٨ ، شرح معاني الآثار ١٦٨/٣ ، ولم أجده في غيرهما مما رجعت إليه من كتب الحديث والتراجم .

= ويطالب بماله ، فإذا لم يحضر ولم توجد الخصومة لم يقطع ، ولكن يحبس المتهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك(*) ولأن المال يباح بالبذل والاباحة فيحتمل أن مالكه قد أباحه إياه أو أوقفه على المسلمين ، أو تصدق به على طائفه معينه ، وكان السارق من هذه الطائف ، أو أن المسروق منه أذن للسارق بالدخول في حرزه ، إلى غير ذلك من الاحتمال . فاشترطت الخصومة ، لإزالة كل هذه الاحتمالات التى تورث شبهة . ثم إن القطع شرع لصيانه مال الآدمى فله به تعلق ، فلم يستوف من غير حضور مطالب به(**) .

القول الثاني :

أنه إذا كان دليل ثبوت السرقة هو الإقرار ، فإن الدعوى ليست بشرط وبه قال أبو يوسف - في إحدى رواياته(***) . وهو رواية عن الامام أحمد . وقد احتج أصحاب هذا القول بالقياس والمعقول : -

فاحتج أبو يوسف بالقياس حيث قال : إن الإقرار بالسرقة كالإقرار بالسرقة كالإقرار بالزنى ، فإذا أقر شخص على نفسه بالزنى بامرأة وهي غائبه قبل ذلك منه .

أما المعقول : قالوا : إن سبب خصومة العبد ودعواه الغرض منها إظهار سبب القطع الذي هو الحق الله تعالى ، وهذا واضح في اشتراط الدعوى للشهادة ، أما في الإقرار فقد حصل المقصود من غير دعوى . لأن الإنسان لايتهم في إقراره على نفسه(****) . وقد أجيب على الاستدلال بتلك الأدلة بما يلي :

إن قياس السرقة على الزنى لا يصح ، لأن حد السرقة يدرأ في حالات معينه لا يدرأ في مثلها حد الزنى . مثل ذلك : إذا سرق رجل من مال ابنه لم يقطع لوجود الشبهة ، ولكن لو زنى بجارية ابنه أقيم عليه الحد(*****) . ولأن الزنى لايباح بالاباحة بأي وجه من الوجوه ، فلم تتمكن الشبهة فيه ، بخلاف المال فإنه يباح بإباحته من المسروق منه للسارق ، أو للمسلمين ، أو لطائفة منهم السارق . ونحوه(******) .

((ولأن في ظهور السرقة بهذا الإقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه فإنه يحتمل أن يحضر فيكذب في إقراره بخلاف الإقرار بالزنى بامرأة غائبة أنه يحد المقر وإن كان يحتمل ان تحضر المرأة فتدعى شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لأجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة في درء الحد وههنا بخلافه لأن المسروق منه لو كان حاضراً أو كذب السارق في إقراره بالسرقة منه لم يقطع لا لمكان الشبهة =

(*) انظر : بدائع الصنائع ٥٣/٧ ، ٨١ ، الدار المختار - بهامش ابن عابدين ٢٠٨/٣ ، حاشية القليوبي وعميره ١٩٧/٤ ، شرح منهى الارادات ٢٧٣/٢ . وأنظر : نصب الراية ٣١٠/٣ .

(**) انظر : فتح القدير ١٥٩/٥ ، روضة الطالبين ١٤٤/١٠ ، شرح منتهى الإرادات ٢٧٢/٣ ، العدة ص ٥٧ المغنى ٢٨٤/٨ ، ٢٨٥ ، الجريمة لابي زهرة ص ٦٦ .

(***) أنظر : بدائع الصنائع ٨٢/٧ ، حاشية ابن عابدين ٢٠٨/٣ ، فتح القدير ١٥٩/٥ ، أثر تطبيق الحدود في المجتمع : للغزالى خليل عيد ص ٢٣٢ - أحد البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي بجامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامي عام ٩٦هـ .

(****) انظر : بدائع الصنائع ٨٢/٧ ، فتح القدير ١٥٩/٥ .

(*****) انظر المغنى ٢٨٥/٨ .

(******) انظر : شرح فتح القدير ١٥٩/٥ ، مغني المحتاج ١٧٦/٤ .

= بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبه اعتبار شبهة الشبهة(*))) . وأجيب على ما استدلوا به من المعقول : بأن إقرار الشخص بالمال لغيره لايزيل امتلاكه له ظاهرة إلا إذا صدقة المسروق منه على إقراره ، والمسروق منه يمكن أن يصدقه ويمكن أن يكذبه ، فيبقى على الملكيه الظاهرة للمقر فلا يقطع(**) .

القول الثالث :
ويرى الإمام مالك ، والإمام أحمد - في رواية عنه - وأبو ثور وابن المنذر وأبو بكر من الحنابلة ، وغيرهم : أن الدعوى ليست شرطاً في ثبوت الحد على السارق ، فإذا كانت السرقة ببينة أو اقرار قطعت يد السارق(***) . وقد احتج أصحاب هذا القول بالكتاب والمعقول : فمن الكتاب قوله تعالى ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم** ﴾(****) . فهنا الآية أمرت بقطع السارق والسارقة دون اشتراط للمطالبة بذلك ولم يرد في السنة مايدل على تخصص لها . واحتجوا من المعقول بما يلي :

أ ـ أن الشخص عندما يقر على نفسه بالسرقة لايتهم في ذلك .
ب ـ ولأن موجب القطع ثبت فوجب القطع من غير مطالبه ، قياساً على الزنى(*****) . وقد أجيب عن أدلتهم بما يأتي :
أما الآية فقد نزلت لبيان الحكم العام للسرقة ، دون ذكر للتفريعات الأخرى ، ولو صح استدلالهم بهذه الآية لما صح شرط من شروط لعدم ورودها في الآية . ثم إنه ورد في السنة مايدل على اشتراط الخصومة في حديث عمرو بن سمرة السابق(******) . أما أدلتهم العقلية : فقد سبقت الإجابة عن الاستدلال بها ، عند الحديث عن أدلة أصحاب القول الثاني والإجابة عن الاستدال بها .

الترجيح :
الراجح هو القول الأول وهو قول الجمهور ، القائل باشتراط الخصومة ، لقوة ما استدلوا به . ولأن حد السرقة مما يجوز العفو عنه قبل الرفع إلى القاضي جواز العفو عن السارق قبل إلى الحاكم ماورد في السنة والأثر : -
ففي السنة ماروى عن صفوان بن أمية أن رجلاً سرق بردة له فرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعة ، فقال : يارسول الله قد تجاوزت عنه . فقال : أبا وهب ، أفلا كان قبل =

(*) بدائع الصنائع ٨٣/٧.
(**) انظر : بدائع الصنائع ٨٢/٧ ، ٨٣ ، فتح القدير ١٥٩/٥ .
(***) انظر : فتح القدير ١٥٩/٥ ، المدونه الكبرى ٢٦٦/٦ ، ٢٦٧ ، الإنصاف ٢٨٥/١٠ ، المحرر ١٥٩/٢ ، المغني ٢٨٥/٨ .
(****) المائدة آية ٣٨ .
(*****) انظر المراجع السابقة في الفقرة (١) .
(******) انظر : النظرية العامة لإثبات موجبات الحدد ٢٠٤/١ ، ٢٠٥ .

= أن تأتينا به . فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم(*) . وقد ورد الحديث بألفاظ أخرى بنفس المعنى . وفي الأثر: ((أن جماعة أمسكوا لصا ليرفعوه إلى عثمان رضي الله عنه ، فتلقاهم الزبير فشفع فيه فقالوا : اذا رفع الى عثمان فاشفع فيه عنده . فقال : إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع(**))) .

ثانياً : اشتراط الدعوى في حد القذف :

يرى فقهاء المذاهب الربعة اشتراط سبق دعوى لإقامة حد القذف والسبب في عدم اختلافهم في هذه المسألة - عكس ماحصل في جريمة السرقة - أن منهم من يرى أن حد القذف حق خالص للعبد ، ومنهم من يرى أنه من حقوق الله تعالى أو حق الله فيه غالب ، ومع ذلك فللعبد فيه حق ، لأنه ينتفع به بصيانه عرضه عن الهتك ، فالمقذوف يلحقة أذى شديد بسبب القذف ، فتتلطخ سمعته ويصاب عرضه نتيجة لذلك . ومن جهة أخرى فإن للقاذف الحق في إثبات قذفه إما بشهادة أو إقرار من المقذوف ، فلو أثبته أصبح المقذوف مسؤولا عن جريمة الزنى وتجب عليه عقوبتها . ثم ان اقامة الحد على القاذف من غير دعوى من المقذوف قد تؤدى الى الحاق ضرر بالمقذوف ، لاسيما في حالة عدم انتشار ماقاله القاذف بين الناس فإقامة الحد عليه في مثل هذه الظروف قد يترتب عليه مفاسد تلحق المقذوف وهو في غنى عن ذلك ، والشريعة تنهي عن إشاعة الفاحشة ، وتتوعد بالعقاب الشديد لمن يفعل ذلك ، لذا كان من الحكمة اشتراط رفع من دعوى من المقذوف على القاذف(***) . فاذا تم القذف بشروطة اعتبر لإقامة الحد شرطان هما :

أ ـ مطالبة المقذوف بإقامة الحد .

ب ـ عدم ثبوت الزنى على المقذوف ببينه أو اقرار ، فالبينه لقوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة** ﴾(****) . والأقرار لكونه الدليل الآخر المتفق على الأخذ به لإثبات الحدود لأدلة كثيرة سيأتي ذكرها . وفي هذه الحالة لايقام الحد على القاذف لظهور صدقه فيما قذف به(*****) . وقد خالف ابن حزم =

(*) سنن النسائي ٦٨/٨ - واللفظ له - سنن أبي دواود ١٣٨/٤ ، عون المعبود ٦٢/١٢ ، الموطأ (بهامش الزرقاني على الموطأ ١٥٨/٤ ، سبل السلام ٢٥/٤ ، نيل الأوطار ٣٠٢/٧ ، وقد روى هذا الحديث من طرق فيها الضعيف والصحيح وغير الصحيح . (انظر : تلخيص الحبير ٧٢/٤ ، نيل الاوطار ٣٠٢/٧ ، ارواء الغليل ٣٤٥/٧ وما بعدها .

(**) الموطأ ص ٦٠٠ ، سنن الدار قطنى ٢٠٥/٣ السياسة الشرعية ص ٧٤ . وجاء في التعليق المغني على الداء قطنى ٢٠٥/٣ : ((الحديث أخرجه الطبراني عن عروة بن الزبير قال : لقى الزبير سارقا فشفع فيه . وأخرج في الموطأ عن ربيعة عن الزهيرى نحوه ، وهو منقطع مع وقفه . وهو عند ابن أبي شيبة بسند حسن عن الزبير موقوفا . ويسند حسن عن على نحوه كذلك . ويسند صحيح عن عكرمة)) . وفي مجمع الزواند ٢٥٩/٦ : ((رواه الطبراني في الاوسط والصغير وفيه أبو غزية محمد بن موسى الأنصاري ضعفه أو حاتم وغيره ووثقه الحاكم ، وعبد الرحمن بن أبي الزناد ضعيف .

(***) انظر : بدائع الصنائع ٥٢/٧ ، حاشية ابن عابدين ١٦٩/٣ ، شرح فتح القدير ومعه الهدية ٨٩/٥ ، الخرشي ٩٠/٨ ، مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل ٢٠٥/٦ ، أسنى المطالب ١٢٦/٤ ، المهذب ٢٧٥/٢ ، العدة ص ٥٦٢ ، المحرر ٩٦/٢ ، المغنى ٢١٧/٨ .

(****) النور أية (٤) .

(*****) انظر : المغني ٢١٧/٨ .

= الفقهاء في هذه المسألة ، فلم يشترط تقدم دعوى لإقامة حد القذف ، وحجته أنه لم يرد لذلك أصل في الكتاب أو السنة . ففي آية القذف السابقة لم يرد ذكر لاشتراط الخصومة . وكذلك الحكم بالنسبة للسنة . بل إن الرسول صلى الله عليه وسلم حين عاقب من قذف عائشة في حادثة الإفك المشهورة لم يسالها هل كانت تريد ايقاع العقوبة أم لا . فقد روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : ((لما نزل عذري قام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذاك ، وتلا - تعني القرآن - فلما نزل من المنبر أمر بالرجلين والمرأة فضربوا حدهم))(*) . كما احتج بما روى عن عمر في المغيرة بن شعبه وملخصها : أن أبا بكره ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بن شعبه بالزنى عند عمرو ، ولم يشهد زياد ، فحد عمر الثلاثة(**) .

الترجيح :

الراجح هو ماذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة لما يلي :

١ ـ لما يترتب على إقامة حد القذف من غير مطالبه من مفاسد سبق ذكرها .

٢ ـ ولأن حد القذف فيه حق للعبد سواء كان الحق لله تعالى أو للعبد ، أو حق أحدهما غالب فيه .

٣ ـ ولأن ما أحتج به ابن حزم يجاب عنه بما يلي :

أ - أما الآية : فقد جاءت بالحكم العام وهو الجلد ، ولم تذكر بقية التفاصيلات الاخرى

ب - وأما حديث عائشة ، فليس فيه ما يدل صراحة ولاضمنا على عدم اشتراط مطالبة المقذوف ، وكون الرواة لم يصرحوا بذلك لايستلزم انتفاء كطالبتها بذلك .

ولو سلمنا بعدم مطالبتها ، فإن هذا الحديث لاحجة فيه الأمرين : -

أحدهما : أن مطالبة المقذوف إنما اشترطت لاحتمال أن يكون القاذف صادقاً في قذفه ، فاشترطت لدفع ذلك الاحتمال . وهذا الاحتمال غير متصور بالنسبة لام المؤمنين رضي الله عنهما ، ولاسيما اذا علمنا أن براءتها جاءت من عند الله تعالى .

ثانيهما : أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان في موقف المجني عليه عند قذف السيدة عائشة رضي الله عنهما ، لذا فمطالبته صحيحة .

جـ - أما قصه عمر مع الثلاثة فقد ورد في بعض الروايات أن المغيرة طلب ذلك(***) .

النظام الساري في المملكة بهذا الخصوص :

لم يرد في النظام أي شيء يتعلق بالشكاوى الخاصة بجرائم الحدود ، وإنما ورد فيه ما يتعلق بالشكاوي التي من شخص ضد آخر بدعوى حق خاص ، أو شكوى ضد مسؤولي الدولة أو أمور يحق لقضاة المحاكم الشرعية النظر فيها ، وليس لها علاقة بحق المجتمع(****) ... =

(*) سنن أبي داود ٦/٤ رقم ٤٤٧٤ ، سنن الترمذي ١٧/٥ رقم ٣٢٣١ ، مسند الإمام أحمد ٣٠/٦ ، ٣٥ وقد ورد في سنن أبي داود أيضاً عن محمد بن إسحق بهذا الحديث ولم يذكر عائشة قال : فأمر برجلين وامرأة ممن تكلم بالفاحشة حسان بن ثابت ومسطح بن أثاثة ، قال النفيلي : ويقولون المرأة حمنة بنت جحش . (سنن أبي داود ١٦٢/٤ رقم ٤٤٧٥ . وقال عنه الترمذي : (حديث حسن صحيح فريب) .

(**) السنن الكبرى للبيهقي ٢٣٤/٨ ، مصنف عبد الرزاق ٣٨٤/٧ ارواء الغليل ٢٨/٨ ، ٢٩ وفيه أن إسناده صحيح .

(***) انظر : المغني ٢٣٢/٨ ، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ٢٠٧/١ .

(****) انظر : مرشد الإجراءات الجنائية ص ١٩ - ٢١ .

= وبهذا فالمتبع عملياً هو ما نصت عليه الشريعه الإسلامية وقرره الفقهاء . وقد وردت قضايا شرعية تدل على ذلك أذكر منها :
فيما يتعلق بجريمة السرقة :
أ - حكمت إحدى المحاكم في المملكة بأحد على متهم بسرقة جمل دون مطالبه المسروق منه برد الجمل ، وعندما رفع الحكم إلى هيئة التمييز بالمنطقة الغربية (مكة المكرمة) توقفت الهيئة عن تصديق الحكم ، لأنه جرى على خلاف الصحيح من المذهب وهو اشتراط مطالبه المسروق منه بماله ، ورأوا أن يعاقب المتهم بالتعزير وليس الحد . وقد رفع الأمر إلى رئيس القضاة في ذلك الوقت سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ الذي أيد حكم القاضي بالحد ، وعلل ذلك أن القضاة الحاكمين في القضية مطلعون على الخلاف في المسألة ، وقد حكموا بالقول الثاني لرجحانة لديهم على اعتبار الحكم نافذا واتخذ الصيغة النهائية ونفذت عقوبة الحد(*) .

ب - وفي قضية أخرى : حكمت المحكمة الشرعية الكبرى بالرياض بحد السرقة على المتهم دون سبق دعوى من المجني عليه . ولكن هيئة التمييز اعترضت على الحكم لعدم المطالبه من قبل المسروق منه . وعرض الأمر على رئيس القضاه فأيد الحكم الاول وهو القطع . كما هو الحال في الصورة الأولى(**) . وليس معني ذلك أن القضاء في المملكة يأخذ بالقول الذي يرى عدم اشتراط المطالبة ، ولكن ذلك يرجع إلى ما يترجح لدى القضاة من القولين . أما حد القذف فإنه لا خلاف بين القضاء السعوديين في أن إقامة الحد يتوقف على المطالبه به من المقذوف أو من يمثله . لكن اذا لم يصل القذف الى ما يوجب الحد ، كالرمى بغير الزنى ، فان الدعوى الجنائية ضد المتهم لا تعلق على طلب من المقذوف في حقه ، ولا يشترط أن يمثل أمام المحكمة مطالباً بتوقيع العقوبة ، والشأن في هذه الحالة كشأن دعاوى جرائم حق المجتمع ، ومع ذلك فانه يعطى أولوية بمعنى أن يناط به أولا تحريك الدعوى . على أن ممثل الادعاء العام يقوم بتحريك الدعوى في حالتين :

١ - إذا فشل المجني عليه في اقامة الدعوى أمام المحكمة في غضون فترة معقولة بعد القذف في حقه .

٢ - إذا كانت المصلحة العامة تتطلب ملاحقة الجاني بسرعة بعد ارتكاب الجريمة(***) .
وقد عرفت الشكوى في النظام السعودي بأنها : ((الاستدعاء أو العريضة المقدمة من شخص أو أكثر لولى الأمر أو لمن فوضه بحكمة وظيفيته ، يتلقى الشكاوى يدعى فيها الشاكي بارتكاب فعل يعد تعديل على حق عام أو خاص من المدعى عليه(****) . وعرفت الإخبارية بأنها : ((بلاغ يصل لعلم السلطة المختصة منسوباً لشخص معلوم أو مجهول ينسب فيه لشخص أو اكثر ارتكاب أمر مخالف للشرع النظام))(*****) .

(*) خطاب رئيس هيئة التمييز بالمنطقة الغربية لرئيس القضاء برقم ٢٢٠٥ في ١٣٨٨/٧/١٢هـ وقرار هيئة التمييز رقم ١١٢٣ في ١٣٨٨/٧/١٢هـ ، وخطاب رئيس القضاء لرئيس محكمة جدة رقم ص/ق ١/٣/٢١٠١ في ١٣٨٨/١٠/١٨هـ .
(**) أنظر : النظام الجنائي في المملكة العربية السعودية : للألفي ص ٤٥ .
(***) تعميم رئاسة القضاء برقم ٣/١٢٨٧ في ١٣٨٤/١١/٨هـ ـ وانظر النظام الجنائي في المملكة ص ٤٥ .
(****) ، (*****) مرشد الإجراءات الجنائية ص ١٩ .

= الابلاغ عن الجرائم :
موقف الشريعه الإسلامية من التبليغ عن جرائم الحدود :
الضرر في جرائم الحدود لايقتصر على ذات المجني عليه ، بل يقع على المجتمع بأسره ، ولهذا فإن كان فرد من أفراد المجتمع يعتبر مدعياً في هذه الجرائم . والمبلغ إما أن يكون المجني عليه أو أولياؤه ، وإما أن يكون فرداً من أفراد المجتمع على سبيل الشهادة بذلك ، أو يكون الجاني هو المبلغ عن نفسه على سبيل الإقرار .
ونبدأ أولاً بالتبليغ الوارد من المجني عليه أو أوليائه :
إذا حضر المجني عليه أو وليه يبلغ عن جريمة من جرائم الحدود فإن الشرع الإسلامي قد أمرنا بالتثبت والتروي وعدم التعجل في إصدار الأحكام فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين) (*) . وعن علي كرم الله وجهه ـ أنه قال : "بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً ، فقلت : يارسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال : إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء " . قال فما زلت قاضياً وما شككت في قضاء بعد (**) . وروى ابن حزم بإسناده عن عمرو بن عثمان بن عفان قال : أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه فقال له عمر : تحضر خصمك ؟ فقال له يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى ؟ فقال له عمر : فلعلك قد فقأت عيني خصمك معاً ، فحضر خصمه وقد فقئت عيناه معاً ، فقال عمر : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء (***) " . وعن عمر بن عبدالعزيز رضي الله عنه قال : " إذا جاءك الرجل وقد سقطت عيناه في يده فلا تقضي له حتى يأتي خصمه (****)". وفي الطرق الحكمية : " أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار ، وكانت تهواه ، فلما لم يساعدها احتالت عليه ، فأخذت بيضة وألقت صفرتها ، وصبت البياض على ثوبها وبين فخذيها . ثم جاءت إلى عمر صارخة فقالت : هذا الرجل غلبني على نفسي وفضحني في أهلي ، وهذا أثر فعاله . فسأل عمر النساء فقلن له : إن ببدنها وثوبها أثر المني . فهم بعقوبة الشباب فجعله يستغيث ويقول : ياأمير المؤمنين ، تثبت في أمري ، فوالله ما أتيت فاحشة وما همت بها ، فلقد رودتني عن نفسي فاعتصمت . فقال عمر : ياأبا الحسن ماترى في أمرهما ؟ فنظر علي إلى ماعلى الثوب . ثم دعا بماء حار شديد الغليان ، فصب على الثوب فجمد ذلك البياض ، ثم أخذه واشتمه وذاقه ، فعرف طعم البيض وزجر المرأة فإعترفت (*****) " . وقد مر معنا قريباً ـ أن بعض الحدود كالسرقة والقذف ـ يشترط لها تقدم دعوى من صاحب الحق أو من يمثله . =

(*) الحجرات آية ٦ .
(**) سنن أبي داود ١١/٤ ، رقم ٣٥٨٢ ، سنن الترمذي رقم ١٣٣١ (٦٠٩/٣) ، وقال عنه : حديث حسن ، سنن ابن ماجه ٧٧٤/٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ٨٦/١٠ ، المستدرك ٩٣/٤ ، وقال عنه : حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ،مسند الامام أحمد ٢٠٨/١٥ ، جامع الاصول ١٧٤/١٠ رقم ٧٦٦٧ ، نصب ٦٠/٤ ، ٦١ .
(***) المحلي ٥١٩/١٠ ، أدب القضاء لابن ابي الدم ٢٢١/١ تحقيق : محي هلال السرحان .
(****) الجوهر النقي ١٤٠/١٠ .
(*****) الطرق الحكمية ص ٦٦ ، ٦٧ .

= ثانياً : أن يكون التبليغ عن طريق أحد أفراد المجتمع على سبيل الشهادة حسبة لله تعالى : معنى شهادة الحسبة " هي عبارة عن أداء الشاهد شهادة تحملها ابتداء لا بطلب طالب ولا بتقدم دعوى مدع . ومعنى حسبة : أي احتساباً لله تعالى (*) : (فيباشر التهمة كل من يحتسب الأجر ويطلبه ، ولا يقتصرذلك على فئة معينة ، لأنها من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهو لا يتوقف على معين (**) ولكي تتجنب الشريعة الإسلامية المساوىء التي قد تترتب على الشهادة حسبة الله تعالى كإلقاء التهم جزافاً من أهل الفساد ممن لا يوثق بقوله ، أوتكاسل الناس عن الأخبار عن الجرائم لعلمهم بأن هذا غير واجب على أحد بعينه ، إما لعدم ارتباط الجريمة بمن يعلم بها ، أو لما قد يسببه إبلاغه عنها من مشكلات له أو لأقربائه ، لهذا كله ولغيره عالجت الشريعة الإسلامية ذلك باشتراط شروط معينة فيمن يشهد تطوعاً وباشتراط شروط معينة في رجل الحسبة ، وكل هذه الشروط تخرج أهل الفساد والكذب ، كما أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يقتضي التبليغ عن الجريمة وعدم السكوت عنها ، ولا يحد نظام الحسبة من تعاون الأفراد ومباشرتهم للاتهام احتساباً للأجر ، بل لو سكت الناس عن إزالة المنكر كان ذلك من ذنوبهم (***) ، وبهذا يمكن الفرد أن يوجه التهمة إذا وقعت جريمة ما لأن ضرر الجرائم يقع على جميع أفراد المجتمع ، وهذا من باب التعاون على البر وإزالة المنكر (****) . بعد هذا أقول: إن الشهادة في حقوق الله تعالى تنقسم إلى قسمين :

الأول : قسم يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتاق والشهادة بالرضاع ... ألخ .وهذا لا علاقة له ببحثي هذا .

الثاني : مالايستدام فيه التحريم كالزنى والسرقة وشرب الخمر والقذف ـ عند بعض الفقهاء ـ وقد إختلف العلماء في حكم الشهادة هنا على أربعة أقوال : ـ القول الأول للجمهور : فأكثر الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة : يرون أن الشاهد مخير في الشهادة وعدمها ، إلا أن الستر أولى (*****) . وقد استثنى من قال بهذا القول من الأحناف ـ استثنوا من هذا العموم السرقة فقالوا : إن الشهادة واجبة ولكن على الشاهد أن يقول أخذ ، ولا يقول :سرق لأن في ذلك جمعاً بين المصلحتين وهما : الستر على السارق ودرء الحد عنه وتمكين صاحب المال من إسترداد حقه (******) . وقد استدل أصحاب هذا القول بالسنة والمعقول :
فمن السنة مايلي : =

(*) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٣٢ - حقيق الزحيلي .
(**) المتهم - معاملته وحقوقه في الفقه الإسلامي - بندر بن فهد السويلم ص ٣٠ .
(***) منسوباً إلى الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٨٨ - تحقيق : سيد أبي سعدة الطبعة الأولى .
(****) المتهم - معاملته وحقوقه في الفقه الاسلامي ص ٣١ .
(*****) انظر : البحر الرائق ٩٥/٧ ، تبيين الحقائق ٢٠٧/٤ ، ٢٠٨ ، شرح فتح القدير ومعه الكفاية والهداية ٤٤٨/٦ ، اللباب شرح الكتاب ٥٤/٣ ، حاشية الدسوقي ١٧٥/٤ وبهامشها الشرح الكبير للدردير ، القوانين الفقهية ص ٢٠٥ ، مواهب الجليل ١٦٦/٦ ، المهذب ٣٢٤/٢ ، المبدع ١٩٢/١ ، موسوعة فقه عمر ص ٣٤٩ .
(******) انظر : الهداية وفتح القدير ٤٥٠/٦ ، ٢٧/١٠ - الطبعة الثانية .

= أ ـ قوله صلى الله عليه وسلم (*) لهزال في حديث ماعز : لو سترته بثوبك لكان خيراً لك (**) .
ب ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه ..... الحديث (***) . ومن المعقول قالوا : إن الحد مندوب إلى ستره ومأمور بدرئه . ولا يعترض على ما سبق ـ وهو أن الستر مندوب إليه ـ بأن الآيات قد أمرت بإظهار الشهادة ، ومنها قوله تعالى : (وأقيموا الشهادة لله (****)) وقوله تعالى : (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا (*****)) وغيرها من الآيات ، لأن الأمر بإظهار الشهادة في الآيات مقصود به حقوق العباد لا حقوق الله تعالى ، بدليل قوله تعالى : (ولا يأب الشهداء) إذا ما دعوا) أي إذا دعاهم المدعي ، وحقوق الله تعالى في الجملة ليس لها مدع يدعيها . كذلك فإن الحدود حق لله تعالى ، والله غني عن كل شيء ولا حاجة به إلى معاقبة عبده ، بعكس حقوق العباد فإنها مبنية على المشاحة ، فلا يقاس أحد الحقين على الآخر . وإذا كان الستر أولى ـ عند أكثر العلماء ـ فإن إظهار الشهادة جائز ، ولكنه خلاف الأولى وجواز الإظهار إزالة الفساد أو تقليله فكان ذلك مطلوباً . ولا يعترض على هذا بقوله تعالى (إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين أمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة (******)) . وذلك لأمرين : أحدهما : أن ماورد في الآية هي صفة للكفار ، وأنهم يحبون ذلك للمؤمنين بسبب إيمانهم . ثانيهما : أن مقصود الشاهدين من أداء الشهادة هو ارتفاع الفاحشة لا إشاعتها (*******) .

القول الثاني :

أن الشاهد مخير بين الستر والإظهار دون الترجيح لأي منهما على الآخر ، بل على السواء ، فله أن يشهد حسبة لله تعالى ، وله أن يستر ، فكل واحد من الأمرين مندوب إليه ، فالشهادة مندوب إليها بقوله تعالى : (وأقيموا الشهادة لله (********)) . والستر مندوب إليه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : (ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة (*********)) . والشارع ترك الخيار للشاهد بعد أن ندبه إلى كل منهما . وقد قال بهذا الرأي جماعة من العلماء (**********) .

(*) هو هزال بن يزيد بن ذئاب بن كليب بن عامر بن جذيمة بن مازن الأسلمي . وقد روى أنه هو الذي أشار على ماعز عندما زنى أن يذهب إلى النبي صلى الله عليه وسلم فيعترف بذلك . قال ابن حبان : له صحبه . (أنظر : الإابة ٦٠٢/٣ رقم الترجمة ٨٩٥٣) .

(**) سنن أبي داود ١٣٤/٤ رقم ٤٣٧٧ ، مصنف عبد الرازق ٥٣٤٢/٧ .

(***) صحيح مسلم بشرح النووى ٢١/١٧ - واللفظ له - سنن أبي داود ٢٨٧/٤ رقم ٤٩٤٦ ، سنن الترمذي ٤٣٩/٢ ، ٤٤٠ رقم ١٤٤٩ - ١٤١٥ .

(****) الطلاق آية ٢ .

(*****) البقرة آية ٢٨٢ .

(******) النور آية ١٩ .

(*******) انظر : البحر الرائق ٥٩/٧ ، تبيين الحقائق ٢٠٨/٤ .

(********) الطلاق آية ٢ .

(*********) سبق تخريجه قريباً ص ٢٠٩ .

(**********) انظر : بدائع الصنائع ٢٨٢/٦ ، المنتقى ١٨٨/٥ .

= القول الثالث :
إذا كان هناك مصلحة في الشهادة بحدود الله تعالى شهدوا وإلا فلا ، إلا في حالة واحدة تجب فيها الشهادة وهي :إذا ترتب على تركها حد على غير الشاهد) .
مثال :
إذا شهد أربعة على شخص بالزنى (*) وعند أدائها أمام القاضي حضر ثلاثة من الشهود وقاموا بأداء الشهادة ، ففي هذه الحالة يجب على الشاهد الرابع الحضور وأداء الشهادة ، لأنه لوترك أداءها حد الثلاثة لعدم اكتمال النصاب . وممن قال بذلك الماوردي (**) .
القول الرابع :
أن الشاهد مخير بين الستر والإظهار ، والستر أولى ، إلا إذا جاهر الفاسق بمعصيته فهنا يندب الرفع إلى القاضي (***) . وحجتهم أن الستر أولى من حق من لم يعتد ارتكاب الحدود ولم يتهتك بها ، ولكن إذا ماوصل الحال إلى إشاعتها والتهتك بها ، بل إن البعض ربما افتخر بذلك ، فهنا يكون أداء الشهادة أولى من تركها (لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم ، فإذا ظهر حال الشهرة في الزنى مثلا والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة إحتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود ، خلاف من زنا مرة أو مراراً وهو مستتر متخوف متندم عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد (****)) .
الترجيح :
عند إمعان النظر في الأقوال التي أوردتها أرى أن الراجح الذي يحقق المصلحة هو القول الرابع ، فهو يعالج كل حالة بقدرها ، ففي الحالات التي يرتكب فيها الحدود في الخفاء ، ويتحاشى مرتكبوها أن يتطلع عليه أحد حتى لا يفضح أمره بين الناس ندب الإسلام إلى الستر عليه . أما في الحالات التي يتمادى فيها مرتكب الجريمة ، بحيث لم يكفه ارتكاب المعصية وإنما قام بالمجاهرة بها ، وضرب بتعاليم الإسلام ومثله العليا عرض الحائط ، ولم يرع للمجتمع حقه في العيش بأمان واطمئنان ، فهنا الحالة تختلف ، ولابد له من عقاب يروعه عن فعله ويردع غيره أن يقع فيه ، وحيث أن عقابه لا يحصل إلا بالشهادة مندوباً إليها . وبناء على ذلك فلا معنى لرأي من قال : إن الستر مندوب إليه دائماً ، لأنه لا يتحقق بذلك مصلحة .؟أما من قال بالتخيير دون ترجيح جمعاً بين الأدلة ، فنقول له : إنه لاتعارض بين الأدلة التي تأمر بأداء الشهادة والأدلة التي تأمر بالستر ، لأن المقصود بما ورد في الآيات هو حقوق العباد ، وأما الأحاديث فالمراد بها حقوق الله تعالى . وهذا الترجيح فيما عدا حد السرقة ـ فالراجح فيه عندي ماذهب إليه الأحناف في القول الأول . وهو أن الشهادة بالسرقة واجبة ، ولكن على الشاهد أن يقول : أخذ ، ولا يقول : سرق . وذلك لما في ذلك من الجمع بين مصلحة الستر على السارق ودرء الحد عنه ، مع المحافظة على أموال الناس من الضياع ، وتمكين صاحب المال من استرداد حقه . =

(*) المقصود بالشهادة هنا : تحملها .
(**) انظر : مغني المحتاج ٤٥٢/٤ .
(***) انظر : البحر الرائق ٦٠/٧ ، شرح القدير ٢٧/١٠ - الطبعة الثانية حاشية الدسوقي وبهامشها الشرح الكبير للدردير ١٧٥/٤ .
(****) البحر الرائق ٦٠/٧ ، وانظر : شرح فتح القدير ٢٧/١٠ - الطبعة الثانية لغة السالك ٢٥٨/٢ .

= ثالثاً : إذا كان المبلغ عن الجريمة هو الجاني : فان وسيلة الاثبات هنا هي الإقرار . وللشريعة الاسلامية مسالك معينه في اقرار الشخص على نفسه بارتكابه جريمة توجب الحد .
وبيان ذلك كما يلي :
نقل ابن حزم رحمه الله تعالى : أن العلماء اتفقوا على أنه يجوز الإقرار بالحدود الخالصه لله تعالى من الجاني ، ويجوز الستر على نفسه ، فلم يقل أحد من المسلمين إن المقر بشيء يوجب الحد عاص لله تعالى بإقراره ذلك ولا نقل أيضاً أن الساتر على نفسه ما أصاب من حد عاص لله تعالى(*) . وانما الخلاف في الافضلية ، بمعنى : هل الأفضل للإنسان الإقرار بالحد أم عدمه .
والجواب عن هذا ، ان العلماء في هذه المسألة على رأيين :
الأول : وهو مذهب جمهور العلماء : أن ستر الانسان على نفسه اذا أصاب ما يوجب حد هو الأفضل ، وعلية أن يتوب فيما بينه وبين الله تعالى ، ويحرم عليه أن يتحدث بها تفكها أو مجاهرة(**) . وقد احتج الجمهور بالسنة والأثر .
فمن السنة مايلي :
١ ـ ماروى زيد بن أسلم (أن رجلا اعترف بالزنى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فدعا له الرسول صلى الله عليه وسلم بسوط ، فأتي بسوط مكسور فقال : فوق هذا ، فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته ، فقال : دون هذا ، فأتى بسوط قد ركب به ولان ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ، ثم قال : أيها الناس : قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله ، فإن من بين لنا صفحته(***) . نقم عليه كتاب الله(****)) . ووجه الاستدلال بهذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد حث على الستر وعدم إظهار الفاحشة مما يدل على أن ذلك هو الأفضل .
٢ ـ حدث ماعز والغامدية والجهنية(*****) - وهي مشهورة - وهؤلاء قد اعترفوا بالزنى عند النبي صلى الله عليه وسلم .
وجاء في تلك الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم رد المعترفين بالزنى ، وقد عللوا فعل الرسول صلى الله عليه وسلم بأنه كان يريد منهم أن يستروا على أنفسهم .
٣ ـ روى أبو أمية المخزومي رضى الله عنه : ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أخالك سرقت ؟ فقال : بلى ، فأعاد عليه مرتين - أو ثلاثة - كل ذلك يعترف ، فأمر به فقطع ، وجيء به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استغفر الله وتب إليه ، فقال الرجل : استغفر الله وأتوب اليه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم تب عليه - ثلاثا(******))) . =

(*) انظر : المحلى ١٤٩/١١ ، المجموع شرح المهذب ٥٢٥/١٨ .
(**) انظر : أسنى المطالب ١٣١/٤ ، مغنى المحتاج ١٥٠/٤ ، المهذب ٣٤٤/٢ ، الكافي ٥٦٧/٤ .
(***) المراد بالصفحة لغة بالفتح : من كل شيء جنبية وناصيته . (انظر : الصحاح ٣٨٢/٢ ، المصباح المنير ٣٤٢/١ ، والمراد بها في الحديث : من يظهر لنا ماستره أفضل من حد أو تعزير (أنظر : شرح الزرقاني على الموطأ ١٤٧/٤) .
(****) الموطأ بهامش المنتقى ١٤٢/٧ ، شرح الزرقاني على الموطأ ١٤٦/٤ ، ١٤٧ ، جامع الاصول ٥٩٧/٣ ، ٥٩٨ ، الام ١٤٥/٦ ، تلخيص الحبير ١٦٤/٤ .
(*****) لقد فضلت عدم ذكر الأحاديث هنا لكونها مشهورة علاوة على أنها سوف ترد معنا في هذا البحث في أكثر من موضع إن شاء الله تعالى .
(******) أخرجه أبو داود - واللفظ له - والنسائي وابي ماجة وغيرهم (سنن أبي داود ٥٤٢/٤ ، ٥٤٤ =

= ومن الأثر احتجوا بما يلي :
١ - ماروى عن أبي بكر وعمر ((أنهما قالا لماعز رضى الله عنه : استر بستر الله(*))) . وذلك عندما اعترف لهما بالزنى
٢ - ماروى أن أبا بكر قال لسارق أقر عنده : أسرقت ؟ قل : لا(**))) .
٣ - وروى عن عمر رضي الله عنه أنه أتى برجل فقال : أسرقت ؟ قل : لا ، فقال : لا ، فتركه(***))) وروى مثل ذلك عن أبي هريرة رضى الله عنه وغيره من الصحابة .
وأخرج مسلم وغيره : ((أن عمر بن الخطاب قال لأبي اليسر كعب بن عمرو لما اعترف على نفسه بأنه عالج امرأة في أقصى المدينة فاصاب منها دون أن يمسها . قال له عمر : لقد ستر الله عليك لو سترت على نفسك(****))) .
فكل الأدلة السابقة تدل على أن ستر الانسان على نفسه ، والتوبه أفضل من إظهار الاعتراف بالجريمة التى توجب عقوبة حدية .

القول الثاني :
وهو لابن حزم : حيث يرى أن الإقرار بالحد أولى من الستر .
وقد احتج بما يلي :
أ - حديث ماعز ، وفيه ((أنه تاب توبة لو قسمت على أمة لو سعتهم))(*****) . وهذا ثناء من الرسول صلى الله عليه وسلم على ماعز .

= رقم ٤٣٨٠ ، سنن النسائي ٦٧/٨ ، سنن ابن ماجة ٨٦٦/٢ رقم ٢٥٩٧ ، تلخيص الحبير ٧٤/٤ وفيه ((قال الخطابي : في اسناده مقال ، قال والحديث إذا رواه مجهول لم يكن حجة ولم يجب الحكم به)) ، المستدرك ٣٨١/٤ وقد رواه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أبي هريرة . وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وفي تلخيص الحبير ٧٤/٤ قال مؤلفه عن هذه الرواية التى في المستدرك : ((ووصله الدار قطني والحاكم والبيهقي بذكر أبي هريرة فيخ ، ورجح ابن خزيمة وابن المديني وغير واحد واحد ارسال ، وصحح ابن القطان الموصله)) .
(*) الموطأ (بهامش المنتقى ١٣٤/٧ ، السنن الكبرى للبيهقي ٢٢٨/٨ ، مصنف عبد الرزاق ٣٢٣/٥ ، المحلى ١٥٠/١١ وقال عنه ابن حزم بأنه مرسل .
(**) تلخيص الحبير ٧٥/٤ .
(***) تلخيص الحبير ٤ (٧٥) مصنف ابن أبي شيبة ٧٤/١١ ، ارواء الغليل ٧٩/٨ . وقد جاء في تلخيص الحبير حول الاثرين السابقين ((حديث أبي بكر أنه قال لسارق أسرقت ؟ قل : لا ((لم أجده هكذا (٧٩/٤) . والحديث قد رواه البيهقي موقوفاً على أبي الدرداء : ((أنه أتى بجارية سرقت فقال لها : أسرقت ؟ قولى : لا ، فقالت : لا فخلى سبيلها)) ولم أره عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أبي بكر ، إلا في مصنف عبد الرزاق عن ابن جريج قال : سمعت عطاء يقول : كان من مضى يؤتى اليهم بالسارق ، فيقول : أسرقت ؟ قل : لا أبا بكر وعمر .... وروى ابن ابي شيبه من طريق أبي المتوكل : أن أبا هريرة أتى بسارق وهو يومئذ أمير فقال : أسرقت ؟ قال لا مرتين أو ثلاثاً . وروى عن ابن مسعود مثل ذلك . (انظر تلخيص الحبير ٧٥/٤) .
(****) مسلم بشرح النووي ٨٠/١٧ ، سنن أبي داود (٦١١/٤ ، ٦١٢) ، سنن الترمذي ٢٨٩/٥ ، ٢٩٠ .
(*****) مسلم بشرح النووي ٢٠١/١١ .

= ب - قوله صلى الله عليه وسلم في شأن الغامدية : ((أنها تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له(*))).
جـ - في حديث الجهنية : أن عمر بن الخطاب أظهر دهشته عندما صلى النبي صلى الله عليه وسلم عليها ، حيث قال : أتصلي عليها يانبي الله وقد زنت . فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : لقد تابت توبة لوقسمت بين سبعين من أهل المدينة لو سعتهم ، وهل رأيت أفضل من أن جادت بنفسها لله(**) . فالادلة السابقة تدل يقينها على أن الاعتراف من المتهم بالذنب ليقام عليه الحد أفضل من الاستتار له ، بشهادة النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا أفضل من جود المعترف بنفسه لله تعالى . كما استدل ابن حزم بما روى عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أنه قال : ((قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن في مجلس تبايعونى على ألا تشركوا بالله شيئا ، ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تاتوا ببهتان تفترونه بين أيدكم وأرجلكم ولا تعصوا في معروف ، فمن وفي منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئا فعوقب في الدنيا فهو كفارة له ، ومن أصاب من ذلك شيئا فسترة الله فأمره إلى الله إن شاء عاقبة ، وإن شاء عفا عنه ، فبايعناه على ذلك(***)) . متفق عليه . واللفظ للبخاري . ثم علق ابن حزم على هذا الحديث بقولة : ((فارتفع الإشكال جملة والحمد لله رب العالمين ، وصح بنص كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعلام أمته ونصيحته اياهم بأحسن ما علمه ربه تعالى أن من اصاب حدا فستره الله عليه فان أمره الى الله تعالى إن شاء عذبه وإن شاء غفرة له وأن من أقيم عليه الحد فقد سقط عنه ذلك الذنب ، وكفره الله تعالى عنه ، وبالضرورة ندرى أن يقين المغفرة أفضل من التعزير في إمكانها أو عذاب الآخره . وأين عذاب الدنيا كله من غمسه في النار .... فصح أن اعتراف المرء بذنبه عند الإمام أفضل من الستر بيقين ، وأن الستر مباح بالإجماع(****) .
الترجيح :
الراجح هو مذهب الجمهور لما يلى .
أ - لقوة أدلتهم ، ووجاهة تعليلاتهم .
ب - أن الشريعة الإسلامية حريصة على الستر على المسلم وتضييق نطاق الحدود ، وإبعاد كل ما من شأنه أن يجعل المسلم عرضة لألسن الناس .

٢ - أن المعروف في الشريعه الاسلامية أنه يستحب للقاض أن يعرض للمقر بالرجوع عن الإرارة ، وقد ورد هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته - كما سبق في الأحاديث والآثار التى تم الاستدلال بها لقول الجمهور - وإذا كان التعريض للمقر أمرا مستحبا ، فعدم الإقرار ابتداء أولى . أما ما احتج به ابن حزم فيجاب عنه بما يلي :
ما ورد في ثناء النبي صلى الله عليه وسلم وامتداحه لماعز والغامدية ليس فيه دليل على أفضلية الإقرار على الستر ، لأن كلام النبي صلى الله عليه وسلم جاء على سبيل الجواب والرد على من =

(*) مسلم بشرح النووى ٢٠٣/١١ ، سنن أبي داود ٥٨٩/٤ ، مختصر سنن أبي داود ٢٥٤/٦ رقم ٤٢٧٧ . والمكس : الضريبة التى يأخذها الماكس ، وهو العشار . النهاية في غريبة الحديث ٣٤٩/٤ .
(**) مسلم ١٣٢٤/٣ رقم ١٦٩٦ ، سنن الترمذي ٤٢/٤ رقم ١٤٢٥ ، سنن أبى داود ٥٨٧/٤ رقم ٤٤٤٠ ، سنن النسائي ٦٣/٤ .
(***) البخاري ١٢٥/٨ ، مسلم بشرح النووى ٢٢٢/١١ .
(****) المحلى ١٥٠/١١ ، ١٥١ ، مسألة رقم ٢١٧٧ .

= سبهما ، فقد ورد في حديث ماعز : أن بعض الصحابة قالوا : لقد هلك أحاطت به خطيئته(*) . وورد في حديث الغامدية : ((أن خالد بن الوليد رمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها(**))) . أما حديث عبادة فيحمل على من لم يتب جمعا بينه وبين الأحاديث الدالة على أن الإنسان لا يؤاخذ على ذنب اذا تاب منه(***) .

النظام القائم في المملكة بهذا بهذا الخصوص :

فيما يتعلق بالإبلاغ عن الجرائم في المملكة العربية السعودية صدرت تنظيمها بهذا الخصوص وهي : -

١ ـ قبول البلاغات الشفهية والكتابية :

بما أن مديريات وأقسان الشرطة في المملكة هي المكان المخصص(****) . لتلقي البلاغات الجنائية ، فقد أوجب نظام مديرية الأمن العام على مديري الشرطة قبول جميع البلاغات التي ترد إليهم سواء كانت شفهية أو كتابية عن الحوادث والجرائم ، وإجراء مايجب نحوها حسب النظام والأصول المتبعة(*****) . وأوجب على رجال الشرطة إبلاغ كل خبر عن وقوع أي حادثة إلى أقرب مركز من مراكز الأمن العام ، وأن على مركز الشرطة الذي يصله أول بلاغ أو شكوى عن حادث مهما كان حجمه أن يقوم بأخذ الافادات وعمل الاجراءات الأصولية التي ينص عليها النظام ، ولا يجوز تأخير التحقيق بسبب احتمال أن موضع الحادثه تابع لمركز آخر ، بل يجب عليه المبادرة إلى ضبط الحادث بموجب محضر يبعث به إلى رئيس المركز الذي وقعت الحادثة في حدوده(******) . ويجب اعطاء كل حالة من حالات البلاغ الاهتمام المناسب لها ، فمثلاً عند الإبلاغ عن غياب الاشخاص ولاسيما الغلمان والنساء يجب العناية بأخذ المعلومات الغائبه وعمره والعلامات المميزة له ، والملابس التي يرتديها وقت غيابه ، وما معه من نقود وأشياء أخرى ذات قيمة ، وما هو السبب غالبا في غيابه ، مع ضرورة الحصول على صورة شمسية له أن وجدت ، لابلاغ كافة الجهات المختصة في الحال بالبحث عن الغائب ، وإذا اتضح أن غيابه بسبب جريمة تجب المبادرة إلى ضبطها وتحقيقها بالطريقة التي نص عليها النظام(*******) . وقد صدر تعميم مدير الأمن العام (********) الذي يوجب فيه على رجال الأمن العام قبول البلاغات والشكاوي التي ترد إليهم عن الجرائم ، والاهتمام بالحصول على جميع الإيضاحات . مع ملاحظة أن الشكوى التي لا يدعي فيها مقدمها بحق خاص ، أولا يشتكي من ضرر واقع عليه ، تعد من قبيل البلاغات ولا يعتبرالشاكي مدعياً إلا إذا صرح بذلك في شكواه ، أو ورقة منه =

(*) مسلم بشرح النووي ٢٠١/١١ .

(**) المرجع السابق ٢٠٣/١١ .

(***) انظر : النظرية العامه لاثبات موجبات الحدود ٧٠/٢ .

(****) ليس معني ذلك أنه لا يجوز البلاغ لغيرها ، بل يجوز تقديم البلاغ للإمارة أو لإحدى الجهات الأمنية الاخرى ، أو للمحاكم . وتقوم هذه الجهات بمخاطبة جهة الاختصاص .

(*****) مادة (٧٢) من نظام الأمن العام .

(******) مادة (١٢٠) من نظام الأمن العام .

(*******) مادة (١٢١) من نظام الأمن العام .

(********) التعميم رقم ٩٧ في ١٣٩٩/١/١٦هـ .

= بعد ذلك ، أو إذا طالب بتعويض أو إرث (*) . ويجب على رجل الشرطة بعد قيد البلاغات والشكاوى بدفتر الحوادث اليومية إتخاذ الإجراءات الأصولية فوراً مع إبلاغ مرجعه المباشر (**) . وفي الجرائم العامة يجب إبلاغ الرئيس المباشر بأسرع ما يمكن وبأي طريقة (***) .

ثانياً : مكافأة من يبلغ عن جريمة :
صدرت تعليمات ولي الأمر المبلغة من وزارة الداخلية (****) التي تقضي بصرف مكافاة مالية لمن يبلغ عن جريمة ..... ويكون مقدار المكافأة على حسب الدور الذي قام به المواطن على النحو التالي :
١ - مبلغ يتراوح بين ألف ريال وخمسة آلاف ريال لمن يبلغ عن جريمة ويثبت ذلك .
٢ - مبلغ يتراوح بين خمسة آلاف ريال وعشرة آلاف ريال لمن يبلغ عن جريمة ويتابعها في مراحل القبض على المجرم أو محاولة القبض عليه .
٣ - مبلغ يتراوح بين عشرة آلاف ريال وخمسة عشر ألف ريال لمن يبلغ عن جريمة ويتابعها ويتدخل مع عناصر الجريمة ويشاركهم فيها بموجب تعليمات يتلقاها من جهة الأمن في محاولة القبض على المجرمين متلبسين بجريمتهم . ويحدد مقدار المكافأة من قبل الجهات المختصة بوزارة الداخلية والقطاعات التابعة لها على ضوء الجهد الذي قام به المواطن . وأرى أن يتم تطبيق البندين السابقين ـ أولاً وثانياً ـ من تنظيمات الإبلاغ عن الجرائم على جرائم القصاص والتعزير ، أما جرائم الحدود فيجري عليها ما سبق تفصيله وترجيحه من أقوال العلماء عند الحديث عن حكم الشهادة بها حسبة لله تعالى ، فنطبق على البندين هنا القول الرابع من أقوال العلماء والذي سبق ترجيحه وملخصه : أن الستر أولى من الشهادة إلا إذا تمادى مرتكب المعصية في غيه وتهتك بذلك فالشهادة أولى . وإستثنينا من هذا الترجيح جريمة السرقة وقلنا أن الراجح هو قول الأحناف من أن الشهادة بها أولى ولكن على الشاهد أن يقول أخذ ولا يقول سرق جمعاً بين المصلحتين ... الخ . ويصير المبلغ شاهداً إذا توفرت فيه شروط الشهادة ـ كما سيأتي تفصيلها عند الحديث عن وسائل الإثبات ـ ويجري عليه الخلاف السابق ذكره في أفضلية الشهادة أو الستر . أما بذل مكافأة من ولي أمر المسلمين للمبلغ عن الجريمة ،فهذا أمر مصلحي مأخوذ من قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان(*****) . وقوله صلى الله عليه وسلم : (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ـ وذلك أضعف الإيمان (******)). ثم إن بعض العلماء قد أجازوا للشيخ الكبير الذي لا يستطيع المشي إلى القاضي ، وليس له شيء للركوب ، أن يركبه المدعي من عنده (*******) . فإذا جاز ذلك من أحد طرفي الدعـــوى ، =

(*) المادة الثانية والرابعة من التعميم السابق .
(**) مادة ١٢٢ من نظام الأمن العام (وقد صدر مثل هذا في قوانين كثيرة في العالم) . (انظر : اختصاص رجال الضبط القضائي للدكتور محمد الحلبي ص ١١٠ وما بعدها) .
(***) مادة (١٢٣) من نظام الأمن العام .
(****) الأمر السامي رقم ٧/د/٨٧٧٦ في ١٤٠٠/٤/٩هـ المعجم برقم ١٧٤٩/١٠ في ١٤٠٠/٤/٢٩هـ .
(*****) المائدة آية ٢ .
(******) سبق تخريجه ص ٤٩
(*******) انظر : البحر الرائق ٥٨/٧ ، تبين الحقائق ٢٠٧/٤

= فجوازها من ولي الأمر من باب أولى لتحقيق المصالح والحفاظ على الأمن) . وقد سبق بيان رأي المشرف على الرسالة في هذا الأمر قريباً ، وهو أن ذلك جائز في حالة الضرورة .

ثالثاً : تحقيق البلاغات :
عند وصول بلاغ عن جريمة فعلى المحقق إتخاذ الإجراءات التالية :
١ ـ الإسراع بالذهاب إلى محل الحادث للتثبت من كيفية وقوعه والظروف المحيطة به .
٢ ـ ضبط الآثار والعلامات التي تركها الجاني وتكليف من يلزم بتعقبه ومنع اقتراب أي شخص من محل الجريمة ، والمحافظة على الأوضاع الأصلية بقدر المستطاع .
٣ ـ ملاحظة أنواع الكسر في حوادث السرقات وأثبات ذلك في محضر المعاينة .
٤ ـ ضبط أقوال المصابين بإصابات خطيرة والمتهمين حال القبض عليهم بموجب محضر .
٥ ـ ضبط أقوال المستجوبين في المحاضر الخاصة حسب تعبير المتكلم .
٦ ـ البحث عن سوابق المتهمين .
٧ ـ الإستمرار في التحقيق عقب عودته لدائرة القسم (*) .
وقد أكدت الوزارة ذلك بتعميم للجهات المختصة (**) ينظم عملية تلقي البلاغات وما يجب إتخاذه .

رابعاً : إبلاغ الوزارة (وزارة الداخلية) بالحوادث الهامة برقياً :
والرفع عنها للوزارة يتم عن طريقين :
أ ـ الرفع عن طريق الإمارة :
ليس كل القضايا يتم الرفع عنها للوزارة ، لأن أمراء المناطق في المملكة قد منحوا بعض صلاحيات وزير الداخلية بموجب اللائحة الصادرة بالقرار الوزاري من وزير الداخلية (***) تنفيذاً لأمر سام صدر بهذا الخصوص (****) . وقد نصت الفقرة (جـ) من المادة (١) من القرار المذكور على مايلي :
(يلزم الرفع برقياً إلى وزير الداخلية بالحوادث الواردة بالمادة الأولى من تعميم الوزارة رقم ٢٧٢٥ وتاريخ ٢ / ٩ / ١٣٩٠ هـ وهي :
١ ـ قضايا القتل (عمد ـ شبه عمد ـ الخطأ) .
٢ ـ قضايا الاعتداء على الأعراض والإغتصاب والخطف ونحو ذلك .
٣ ـ قضايا الزنى واللواط التي تقام فيها الحدود .
٤ ـ قضايا قطع الطرق والسطو على المنازل والدكاكين ونحوها .
٥ ـ قضايا المهاوشات (*****) المسلحة والمشاغبات الجماعية .
٦ ـ قضايا اعتداء القبائل على بعضها والخلافات القبلية . =

(*) المادة ٩٨ من نظام مديرية الأمن العام .
(**) التعميم رقم ٢٨٥٦٢ في ١٣٩٥/٧/١١ .
(***) رقم القرار ١٢٨٨ في ١٣٩٥/٤/٢٣هـ .
(****) الأمر السامي رقم ١١١٠٥ في ١٣٩٥/١٨هـ .
(*****) المهاوشات : مأخوذه من هاش القوم هوشاً : بمعنى هاجوا واضطربوا ، والهوشة : الفتنة والاختلاط ، وهاش أهل الحرب بعضهم إلى بعض / خفوا ونهضوا . وتهاوشوا ويقال : وقعت هوشة في السوق وجفلة =

= ٧ ـ قضايا المخدرات عموماً ولا يدخل في ذلك الحبوب (المنبهة الكنغو ونحوها من الحبوب المنومة والمسكنة)
٨ ـ قضايا تهريب المسكر وصنعه والإتجار به .
٩ ـ قضايا التزييف والرشوة والتزوير .
١٠ ـ قضايا الجرائم السياسية وما يتعلق بأمن الدولة .
١١ ـ قضايا حوادث السيارات التي تسفر عن وفيات أو تعطيل أحدالأعضاء .
١٢ ـ قضايا إتلاف المزروعات وحرق الغلال والحصاد غير العادية إن كانت التلفيات فيها كبيرة) .
وقد أكدت الوزارة ذلك بتعميم آخر (*) وأوضحت أهمية الرفع برقياً وبشكل واف عن القضايا التي تكون على جانب كبير من الأهمية والتي تكون بشكل إختطاف أو إغتصاب أو تهديد بالسلاح . وتنص التعليمات كذلك بأن على الإمارات الرفع برقياً في مخابرة مستقلة للوزارة عن الحوادث الهامة كالقتل والسطو ، وماهو ملفت للنظر وذلك لإعطاء التوجيه والتعليمات المطلوبة للإمارة بما يتبع في مثل تلك الأمور . أما الحوادث العادية فتنظم الإمارة بها بياناً ترفعه للوزارة كل أسبوع (**) . كما أن على الإمارة عدم الرفع عن القضايا التي يمكن للإمارة إنهاءها حسب الصلاحيات المخولة لها (***) .

(ب) الرفع عن طريق الأمن العام :
لما كان مدير الأمن العام هو المشرف على مكافحة الجرائم والقبض على مرتكبيها ، فقد تم تكليفه بأن يرفع تقريراً يومياً للوزارة عن جميع الحوادث (****) . والوزارة في هذه الحالة تصدر توجيهاتها برقياً أو كتابة للإمارة أو الأمن العام (*****) . بعد هذا العرض للنظام المتبع في المملكة بخصوص التبليغ عن الجرائم ، يتضح لنا أن ذلك التنظيم متفق مع تعليمات الشريعة الإسلامية وأهدافها ـ والتي سبق شرحها ـ وأن هذه أمور تنظيمية أقتضتها المصلحة العامة ، والوضع الحالي للعصر الذي نعيش فيه . وطالما أن تلك التنظيمات لا تخالف نصاً شرعياً فهي مباحة ، وليس ذلك فقط ، بل ينبغي العمل بها لأنها تحقق مصالح كثيرة . وقد تحدث الفقهاء عن القواعد الفقهية الكلية التي تبنى عليها الأحكام ونستطيع أن نستخلص بعض القواعد التي يبنى عليها ماسبق الحديث عنه من تنظيمات . ومن تلك القواعد مايلي :
ـ قاعدة : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (******) : =

= وهو أن ينفر الناس لختف يلحقون (أساس البلاغة ص ٤٨٨ وانظر : (المصباح المنير ٦٤٢/٢).
(*) التعميم رقم ٢/١٤٩٩/١٦ س في ١٣٩٦/٦/٢٩هـ .
(**) خطاب الوزارة رقم ٥٢٠/١٦ في ١٣٩٢/٤/٧هـ .
(***) التعميم رقم ٢٨ س / ٤٢٤٧ في ١٣٩٨/١٢/٢٠هـ .
(****) المادة ٨ من نظام مديرية الأمن العام .
(*****) انظر : مرشد الاجراءات الجنائية ص ٢٧ .
(******) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٤ ، وللسيوطي ص ١٢١ ، شرح القواعد الفقهية . للزرقاء ص ٣٠٩ وما بعدها ، القواعد الفقهية / للندوى ص ٢٨٠ وما بعدها ، ٣٦٥ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام ١٠٥٠/٢ ، مجلة الأحكام العدلية ص ٤٢ ، ٥٣ مادة ٥٨ ، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية ص ٢١٨ وما بعدها .

= ف (هذه قاعدة مهمة ، ذات مساس بالسياسة الشرعية وتنظيم الدولة الإسلامية ، تضع حداً ووازعاً للحاكم في كل تصرفاته ، ولكل من يتولى أمراً من أمور المسلمين (*)) . (فتفيد أن أعمال هؤلاء الولاة وتصرفاتهم النافذة على الرعية الملزمة لها في حقوقها العامة والخاصة ويجب ان تبني على مصلحة الجماعة وتهدف إلى خيرها . ذلك لأن الولاة من الخليفة فمن دونه من العمال الموظفين في فروع السلطة الحكومية ، ليسوا عما لا لأنفسهم وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل ، ودفع الظلم ، وصيانة الحقوق والأخلاق ، وضبط الأمن ، ونشر العلم ، وتسهيل المرافق العامة ، وتطهير المجتمع من الفساد ، وتحقيق كل ماهو خير للأمة في حاضرها ومستقبلها بافضل الوسائل ، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة (**)) .

ـ قاعدة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة (***) :

ولاشك أننا في عصرنا الحاضر بحاجة إلى تلك التنظيمات وغيرها مما سبق أو سيأتي معنا في ثنايا هذا البحث .

ـ قاعدة :(لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (****))

(إن تغير الأوضاع والأحوال الزمنية له تأثير كبير في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية ، لأن ماكان من الأحكام الشرعية مبنياً على عرف الناس وعاداتهم تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم بإختلاف العادة عن الزمان السابق ، وأما أصل الحكم الثابت بالنص فلا تتغير (*****)) .

ـ ويقول ابن قيم الجوزية : (أن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة ... (******)) . وهذه القواعد هي مبنى لكثير من التنظيمات والتعليمات التي سوف نعرض لها من خلال هذا البحث . وكما نعلم فإن الشريعة الإسلامية قد وضعت الأسس والقواعد العامة ، وتركت التفاصيل في بعض الأمور التي تختلف باختلاف العصور والعادات والأعراف ومصالح الأمة .. والتي تشملها قاعدة : (لا ينكر تغير بتغير الأزمان) وغيرها من القواعد الفقهية الأخرى التي تعالج مثل هذه الأمور(*******) . وفي ختام هذا الموضوع أود أن أشير إلى بعض الملحوظات الجديرة بالاهتمام فيما يتعلق بذلك التنظيم وهي : =

(*) القواعد الفقهية للندوى ص ٢٨٠ . وأنظر : المراجع السابقة في الفقرة (١) .

(**) المدخل الفقهي العام ١٠٥٠/٢ .

(***) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩١ ، وللسيوطى ص ٨٨ ، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٢٠٩ ، المدخل الفقهي ٩٩٧/٢ .

(****) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٢٢٧ القواعد الفقهية للندوى ص ٢٥ ، ٥٦ ١٢٣ ، مجلة الأحكام العدلية ص ٣٦ مادة ٣٩ ، المدخل الفقهي العام ١٠٠١/٢ .

(*****) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ١٨٢ .

(******) إعلام الموقعين ٣/٣ .

(*******) راجع : اعلام الموقعين ١/٣ وما بعدها ، الغياثي (غياث الأمم) للجويني ص ٤٢٩ وما بعدها . المدخل الفقهي العام ١٠١/١ وما بعدها كتاب قواعد الأحكام في مصالح الانام (في أكثر من موضع) ، حقوق الانسان وحرياته الاساسية في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، مفاهيم إسلامية حول الدين والدولة : للمودودي ص ١٩٢ وما بعدها ، نظام الإسلام - الحكم والدول لمحمد المبارك ص ٢١ وما بعدها ، قضية العودة إلى الاسلام في الدولة والمجتمع د/جمال الدين محمود ص ٧١ وما بعدها ، فلسفة التشريع للصحصاني ص ٢١٨ وما بعدها .

واعتبار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجباً لايمنع غير المكلف من القيام به باعتباره قربة من القربات (١) لأن غير المكلف أهل للقربات وله أن يأتي القربات ولو أنها لاتجب عليه ولا يجوز منعه من إثباتها ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نبه عن إثباتها كصلاة الصغير وصومه فإن الصلاة لاتجب عليه وكذلك الصوم، فإذا أتى إحداهما كان عمله قربة ولم يجز لأحد أن يمنعه من ذلك وعلى هذا فإن تحريك دعوى الحسبة إذا لم يكن واجباً على غير المكلف فهو حق له يأتيه إن شاء ويتركه إن شاء فالصبي المراهق للبلوغ له وإن لم يكن مكلفاً بتحريك دعوى الحسبة فله أن يريق الخمر ويكسر أدوات الملاهي وإذا فعل ذلك نال به ثواباً ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به (٢) .

= ١ ـ من خلال الاطلاع على ذلك التنظيم نجد أنه تنظيم عام لكل الجرائم ـ وكما سبق ـ فإن للحدود الشرعية أحكاماً خاصة تختلف عن غيرها من الجرائم ، لذا أرى أن يتم إصدار التعليمات الخاصة بالتبليغ بحيث يتم فصل كل نوع من أنواع الجرائم (حدود ، قصاص ، تعزير) عن الآخر، ويعطي لكل قسم منها ماينناسبه من تعليمات مستوحاه من كتب الفقه والأصول (على التفصيل السابق ذكره في جرائم الحدود) وما سبق ذكره عن الشهادة حسبة لله تعالى .

٢ ـ في جرائم الحدود خاصة أقترح أن تكون الجهة المختصة لتلقي الشكاوي والأخبارات في المحاكم الشرعية ، لأن لدى القضاة العلم بالأحكام الفقهية الخاصة بالتعامل مع هذا النوع من الجرائم .

٣ ـ الفقه الإسلامي غني بمصطلحاته وعباراته الشرعية ، التي تغنينا عن استخدام غيرها من ألفاظ القانونية التي ترد عن حسن نية عند إعداد مشروع نظام يتعلق بالجرائم . ولتفادي الوقوع في مثل تلك المحاذير أرى أن يشارك في وضع النظام أكثر من مختص شرعي لمراجعته من الناحية الفقهية ـ حكماً وتعبيراً ـ وتكون لديه الخبرة الكافية ومشهود له بسعة العلم والإستقامة ، ولا ينبغي الإعتماد على المؤهل فقط . أو يعرض النظام قبل صدوره والموافقة عليه على أحدى الجهات الشرعية .

(١) الإمام الغزالي (أبي حامد) الإياء علوم الدين ، دار الشعب ، مصر جـ٧ ص ١١٨٧ .
(٢) المرجع السابق ، وانظر أيضاً عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي جـ١ ص ٤٨٨

الشرط الثاني :الإيمان

يشترط فيمن يحرك دعوى الحسبة أن يكون مؤمناً بالدين الإسلامي ، فالمسلم وحده هو الذي يقع على عاتقه واجب تحريك الدعوى أما غير المسلم فلا يلتزم بذلك الواجب (١) .

وقد روعي في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم في أن يعتقد ما يشاء وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدتـــه، فالأمـــر
بالمعروف والنهي عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو أوجب للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك والنهي عن المنكر يدخل فيه النهي عن كل ماخالف الشريعة من أفعال وعقائد فيدخل فيه النهي عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتله ويدخل فيه النهي عن الترهيب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى فلو ألزم غير المسلم بواجب تحريك الدعوى لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم وبأن يعتقد ما يعتقده المسلم، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام وهذا هو الإكراه في الدين الذي تحرمه الشريعة الإسلامية في قوله تعالى : (لإكراه في الدين) (٢) .

---

(١) الغزالي ، الإحياء جـ٧ ص ١١٨٨ .
(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٥٦ .

الشرط الثالث : وهو القدرة

ويشترط في الذي يحرك دعوى الأمر بالمعروف أن يكون قادراً على ذلك فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه ، أي : عليه أن يكره المعاصي وينكرها ويقاطع فاعليها .

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسي وحده بل يلحق بالعجز الحسي خوف المكلف من أن يصيبه مكروه أو أن يؤدي نهيه عن المنكر إلى منكر شر من المنكر الذي نهى عنه ففي هاتين الحالتين يسقط الواجب أيضاً وعليه أن ينكر بقلبه وأن لايحضر مواضع المعاصي .

ومن علم أن نهيه عن المنكر سيؤدي إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ماهو أقل منه رتبة فقد وجب عليه تحريك الدعوى، وإذا علم أن النهي عن المنكر سيؤدي إلى منكر آخر في درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه وإن شاء تركه بحسب مايؤديه إليه اجتهاده ، أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدي إلى ماهو اشر منه فقد سقط عنه الواجب بل حرم عليه النهي ومثل ذلك ماحدث من ابن تيمية فقد مر مع بعض أصحابه في زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم وقال لهم : إنما حرم الله الخمر لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهؤلاء تصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال فدعوهم وخمرهم (١) .

(١) انظر في ذلك ، الإحياء جـ٧ ص ١١٩٠ ، إعلام الموقعين لابن القيم ج٣ ص ٢٨ ، وانظر كذلك مجموعة ابن تيمية ، الحسبة ص ٦٧ ـ ٦٨ .

ومن علم أن أمره ونهيه لايفيد ولكنه لم يخف مكروهاً فلا يجب عليه الأمر والنهي (١) لعدم فائدتهما، ولكن يستحب له أن يفعل ذلك لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين باعتبار أن ذلك قربة من القربات وللإعذار إلى الله، ويلحق بالعجز الحسي العجز العلمي فالعامي لا يجب عليه تحريك الدعوى إلا في الحالات المعلومة كشرب الخمر والزنى والسرقة وترك الصلاة وفيما عدا ذلك لايجب عليه أمر ولا نهي لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لكان مايفسده أكثر مما يصلحه (٢) .

ولا يشترط في إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما في حكمه معلوماً علماً محققاً بل يكفي فيه الظن الغالب لأن الظن الغالب في هذه الحالات في معنى العلم وحكمه فمن غلب على ظنه أن إنكاره لايفيد لم يجب عليه الإنكار ومن غلب على ظنه أن يصاب بمكروه لم يجب عليه وإن غلب على ظنه أنه لايصاب وجب عليه أما إذا شك فيه من غير رجحان فإن الشك لايسقط الوجوب (٣) .

الشرط الرابع : العدالة

يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط فيرون أن تحريك دعوى الأمر بالمعروف والنهـــي عن المنكر لايصح إلا من غير الفاسق ويحتجون بقوله تعالى :

---

(١) الغزالي ، الإحياء ، ج٧ ص ١١٩٥ .
(٢) المرجع السابق ، انظر أيضاً تفسير المنار جـ٤ ص ٣٤ .
(٣) عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائي الإسلامي جـ١ ص ٤٩٩ .

﴿ أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم ﴾ (١) وبقوله تعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون ﴾ (٢) وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتداء وتقويم الخير فرع للاستقامة وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزاً عن إصلاح غيره .

ولكن الرأي الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يحرك دعوى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأنه لايشترط أن يكون معصوماً عن المعاصي كلها لأن في اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولهذا قال سعيد بن جبير: ((إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لايكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء)) .

والأصل أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصي أي بإتيانه المحرمات وترك الواجبات فإذا حرم على الفاسق أن يحرك دعوى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كان معنى ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات وأن الواجب يصير حراماً بارتكاب حرام آخر .

وليس في الآيتين اللتين استدل بهما الفريق الأول مايمنع الفاسق من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإنما جاء بالنص على من يأمر بالمعروف ولا

---

(١) سورة البقرة ، الآية ٤٤ .
(٢) سورة الصف ، الآية ٢ ـ ٤ .

يأتيه وينهى عن المنكر ويأتيه والمقصود منهما أن يجعل الانسان فعله مصدقاً لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة (١) .

الشرط الخامس: وهو الإذن

يشترط بعض الفقهاء فيمن يحرك دعوى الحسبة من الأفراد العاديين أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك، وحجتهم أن الإمام يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة، وأن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدي إلى الفساد والفتن .

ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأي ولا يشترطون لتحريك دعوى الحسبة إذن شخص أو هيئة ما، ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لايمنع غيرهم من القيام بها وحجتهم أن النصوص الواردة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خاصة توجب على كل فرد تحريك الدعوى وتجعل كل من رأى منكراً فسكت عليه عاصياً، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه فالتخصص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له .

وفضلاً عن ذلك فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فكيف يحتاج في إذنه لتأدية الواجب والرأي الأخير هو الرأي الذي جرى عليه العمل في كل العهود حتى في الأوقات التي خصص فيها الخلفاء والولاة رجالاً معينين للحسبة فإن هذا التخصص لم يمنع أي فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب، بل لقد كان بعض الأفراد يتصدون إلى الولاة والخلفاء

(١) الإحياء ، جـ٧ ص ٩ـ١٢ .

فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر ويقصدون لتغييرالمنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئاً من ذلك إنك مخطئ (١) .

والذين يشترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الاختصاص في تحريك الدعوى ولا يقصدون تحريمها على من لم يؤذن له، فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمراً فكسر دنانهم وأراق خمرهم أو وجد رجلاً يزني (٢) ولم يستطع منعه إلا بقتله لايعتبر أنه ارتكب جريمة الاتلاف أو جريمة القتل لأن الفعلين مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة وإنما يعاقب على مخالفة أمر الامام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية . (٣)

وهكذا نجد أن دعوى الحسبة واجبة على كل فرد وأن الشروط التي وضعت إنما المقصود بها ضبط الأمر وتنظيم عمل الفرد العادي الذي يحرك الدعوى بحسب زمانها ومكانها، وأن الرأي الصواب في ذلك هو أن الدعوى عامة للجميع، ولكن إذن الإمام قد يكون مطلوباً في الحالات التي تخرج عن قدرة آحاد الناس وتحتاج إلى قوة لتحريك الدعوى فهذه لابد من الإذن فيها لأن ذلك الأمر يخرج عن قدرة آحاد الناس وهذا ماسوف نوضحه في المطلب الثاني .

---

(١) تفسير المنار ج٤ ص٣٢ وما بعدها ، احياء علوم الدين ج٧ ص١١٨٧ ومابعدها ، أحكام القرآن للحصاص ج٢ ص٣٢ البحر الرائق ج٥ ص٤٥ ، أسنى المطالب ج٤ ص١٧٩ ومابعدها ، مواهب الجيل ج٣ ص٣٤٨ ، الكشاف ج١ ص٣١٩ .

(٢) في حالة الزنى يجب أن يكون هناك تفرقة بين المحصن وغير المحصن ولكن يبدو أن أصحاب هذا الرأي يطلقون هذا المقال للتأكيد على الحصول على إذن الإمام وحسب .

(٣) عبد القادر عودة ، التشرع الجنائي الإسلامي ، ج١ ص ٥٠١ .

تفصيل وإيضاح حول المحتسب المتطوع وتحريك الدعوى :

هناك فرق بين المحتسب المكلف والمحتسب المتطوع (آحاد الناس) .

فرض متعين وواجب كفائي :

إن الاحتساب فرض متعين على الوالي لأنه مولى بذلك من قبل الإمام ، أما المتطوع فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في حقه واجب كفائي ، إذا قام به من يكفي سقط عنه ، وإن لم يوجد فهو أمر تعين عليه (١) .

الاحتساب الشغل الشاغل للمحتسب :

إن هذه المهمة بالنسبة للوالي يجب أن تكون شغله الشاغل ، فلا يجوز له أن يشتغل عنها بأموره الخاصة ، ويضعها في الدرجة الثانية ، بل عليه أن يجعلها البادئة على كل الأمور الخاصة والعامة ، بينما يجوز للمتطوع أن يشتغل عنها بأموره وحاجاته ومصالحه ، لأن هذا الأمر في حقه واجب كفائي .

المحتسب منصوب للاستعداء إليه فيما يجب إنكاره :

من أعظم أعمال والي الحسبة ، أنه منصوب من قبل الحاكم للاستعداء إليه فيما يجب إنكاره من المنكرات الظاهرة ، أما المتطوع فليس من شأنه ذلك .

---

(١) الحسبة لابن تيمية ص ١٠ ، والطرق الحكمية ص ٢٢٠ .

وجوب الإجابة لمن يستعدي إليه في رد المنكر :

إن والي الحسبة إذا بلغته الشكوى أو الاستعداء وجب عليه أن يجيب من استعداه لرفع الظلم ، أو دفع وقوعه ، بخلاف المتطوع فليس ذلك واجباً عليه .

لوالي الحسبة البحث للوصول إلى المنكرات الظاهرة :

إن والي الحسبة له أن يبحث ويفحص عن المنكرات الظاهرة ليصل إلى انكارها ، وما يترك من معروف ليأمر باقامته ، وليس على المتطوع بحث ولا تحر ، بل يشرع في حقه الاحتساب فيما يراه بطريق المصادفة .

المحتسب يتخذ الأعوان :

إن لوالي الحسبة أن يتخذ الأعوان والنواب يساعدونه فيما يعز عليه القيام به بمفرده ، لأنه باتخاذهم أقوى وأقدر وأنجح ، وليس لمتطوع أن يندب لذلك أعواناً .

يجوز للمحتسب أن يعزر :

يجوز لوالي الحسبة ـ وصولاً إلى تحقيق مهمته ـ أن يعزر بما يرى من لوم أو تعنيف أو حبس أو ضرب ، من يقترف منكراً ظاهراً ، في حين أن المتطوع ليس له ذلك .

المحتسب يأخذ المكافأة :

يجوز أن يقدر لوالي الحسبة رزق من بيت المال على حسبته لتفرغه لهذه المهمة ، وإعطائها جل أوقاته ، أما المتطوع فلا يجوز له أن يرتزق على احتسابه .

والي الحسبة يجتهد رأيه فيما يقضي بالعرف :

من حق والي الحسبة أن يجتهد رأيه فيما يتعلق بما يقضي به العرف ، وتوجبه التقاليد المألوفة والمعتبرة في نظر الشرع كالمقاعد في الأسواق والطرقات وإخراج الأجنحة فيها ، ونحو ذلك مما تفضي مراعاته إلى عدم الإضرار بالمارة والسابلة وأرباب المصالح (١) .

المطلب الثاني : فيما يجوز للأفراد تحريك دعوى الحسبة فيه :

لقد حصر بعض الفقهاء (٢) مراتب تحريك دعوى الحسبة بالنسبة للأفراد في سبع مراتب : وهي التعريف ، النهي ، والنصح ، والوعظ ، التعنيف ، والتغيير باليد ، والتهديد بالضرب والقتل ، وإيقاع الضرب والقتل ، والاستعانة بالغير .

أولاً : التعريف :

والتعريف وسيلة من وسائل تحريك الدعوى وهو يكون كلما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر في هذه الحالة هي تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر .

ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف لأن في التعريف نسبته إلى الجهل وهذا في ذاته إيذاء له ولكن لابد منه لدفع المنكر، فوجب أن يكون التعريف في غاية اللطف حتى لايكون إيذاء دون عذر لأن إيذاء المسلم محرم .

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤٠ ، معالم القربة ص ١١ .
(٢) الغزالي ، الإحياء ، دار الشعب ، مصر ، جـ٧ ص ١٢٢٠ .

ثانيا : الوعظ والنصح :

وهذا يوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه منكراً إذا غلب على الظن أنه يؤدي إلى ترك المنكر كصاحب الغيبة الذي يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح وينبغي أن يكون الناهي لطيفاً بعيداً عن العنف والغضب .

أما الدرجات الأخرة مثل التعنيف والتغير باليد والتهديد بالضرب والأستعانة بالغير فمن الأحرى مراجعة السلطة والأمام .

هل يجوز استعمال الوسائل السابقة في حق جميع الناس ؟

يجوز استعمال الوسائل التي سلف ذكرها في حق الكافة .

فأما الوالدان فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهي بالوعظ والنصح وليس له أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما ولكن له على رأي أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لايمس شخصيتهما كأن يريق خمرهما أو يرد مايجد في بيتهما من ما لمغصوب أو مسروق لأصحابه .

وعليه استثناء الأبوين من الحكم العام لأن الله تعالى نهى عن التأفف منهما وإيذائهما فقال : ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ (١)، وقد ورد في حق الأبوين مايوجب الاستثناء من العموم إذ لاخلاف في أن الأب لايقاد بولده، وأن الجلاد ليس له أن يقتل أباه في الزنى حداً وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه، فإذا لم يجز للإبن إيذاء الأب بعقوبة هي حق على جناية سابقة فلا يجوز ايذاؤه بما هو منع عن جناية مستقبلة متوقعة .

وأما الزوجة فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبويه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لو جاز السجود لمخلوق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها) (٢) ، (٣) وهذا يقتضي منع المرأة من إيذاء الزوج .

---

(١) سورة الإسراء ، الآية ٢٣ .
(٢) ، (٣) الغزالي ، الإحياء ، جـ٧ ص ١٢١٥ .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فليس للرعية عليه الا التعريف والنهي بالموعظة والنصح أما التغيير باليد فالرأي الراجح أنه غير جائز لأنه يفضي إلى كسر هيبته وإسقاط حرمته وذلك محظور لقوله عليه الصلاة والسلام : (من كانت عنده نصيحة لذي سلطان فلا يكلمه بها علانية وليأخذه بيده فليخل به فإن قبلها قبلها وإلا كان قد أدى الذي عليه والذي له) ولقوله أيضاً : (من أهان سلطان الله في الأرض أهانه الله في الأرض) (١) .

المبحث الثاني : تحريك الدعوى من قبل السلطة المختصة في المجتمع الإسلامي :(٢)

المطلب الأول : شروط من يتولى الحسبة :

تمهيد :

من يتولى الحسبة كوظيفة عامة يسمى المحتسب وقد عرف الفقهاء المحتسب بقولهم : (المحتسب من يقوم بالاحتساب أي بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولكن شاع عند الفقهاء إطلاق هذا الاسم على من يعينه ولي الأمر للقيام بالحسبة وأطلقوا عليه أيضاً اسم والي الحسبة، أما من يقوم بها من دون تعيين من ولي الأمر فقد أطلقوا عليه اسم ((المتطوع)) ثم راحوا يفرقون بين المحتسب والمتطوع .

وولاية المحتسب مستمدة من الشرع الشريف لأن المسلم مكلف بالحسبة وحيث يوجد التكليف توجد الولاية على القيام بما كلف به إلا أنه في حالة قيام ولي الأمر بتنظيم

(١) هذه الأحاديث وردت عند الإمام الغزالي في إحياء علوم الدين جـ٧ ص ١٢١٥ رواية عن البخاري .
(٢) وللإيضاح فأن نظام تحريك الدعوى وتطبيقها في المملكة العربية السعودية كالتالي : سماع الدعوى ، ويندرج تحته التالي : رفع الدعوى : (لايشترط فقهاء المسلمين لاقامة الدعوى في جرائم الاعتداء على الحق العام شكلاً معيناً ، أو إجراءات خاصة ، وإنما يحرصون على أن يفضل فيها بالسرعة =

أمور الحسبة ويعين الأكفاء بها فإن المعين يملك من الولاية أكثر مما يملكه غير المعين، ومع هذا فإن ولاية المحتسب المعين من قبل ولي الأمر يستمدها من الشرع، وإن جاءت عن طريق ولي الأمر باعتبار أن تنظيم ولي الأمر للحسبة سائغ مشروع فكأن الشرع خوله ذلك .

ومن شروط والي الحسبة أن يكون :

١ ـ حراً .

٢ ـ عدلاً .

٣ ـ ذا رأي وخشونة في الدين وعلم بالمنكرات الظاهرة .

واختلف الفقهاء من أصحاب الشافعي هل يجوز له أن يحمل الناس فيما ينكره من الأمور التي اختلف فيها الفقهاء على رأيه واجتهاده أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن له أن يحمل الناس على رأيه واجتهاده فعلى هذا يجب على المحتسب أن يكون عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين ليجتهد رأيه فيما اختلف فيه .

= الممكنه أي كان الشخص أو السطة التى تتولى الادعاء . وتتبع المحاكم الشرعية في المملكة هذه الفكرة وتقام الدعووى عن الحق العام بواسطة : الافراد - هيئات الامر بالمعروف والنهي عن المنكر - السلطات الادارية - ويدخل فيها المدعي العام - المحاكم .

أ ـ الأفراد : من المعروف نظرياً وطبقاً لنظام الحسبه المستمد من مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن للأفراد الحق في إقامة الدعوى أمام المحكمة ضد المتهم الذي يرتكب جريمة تتضمن اعتداء على الحق العام كما ذكرنا سابقاً ، بل إن ذلك واجب عليهم . ويسقط عن الفرد هذا الإلتزام إذا قام به غيره ، فهو فرض كفاية . على أن واجب الادعاء عن هذه الجرائم أولاً على عاتق رئيسي الدولة الذي يعهد به - كما هو الشأن في المملكة - لأجهزة إدارية معينه . والمشاهدة حاليا أن الافراد قلما يعنون بتحريك دعوى الحق العام أمام المحكمة مالم يكونوا ظرفاً فيها ، ويبدو ذلك بصفة خاصة في المدن حيث تعقدت أساليب الحياة وانصرف الأفراد لشؤونهم الخاصة وحيث توجد أجهزة ادارية كفيلة بالقيام بهذا العبء ، وكثيراً مايقتصر دور الافراد على مجرد تقديم شكوى للسلطات التى تقوم بالتحقيق وإحالة الدعوى للمحكمة .

ب - هيئة الأمر المعروف والنهي عند المنكر .(وسيأتي الحديث عنها تفصيلاً في الباب التالي) =

= جـ - السلطات الادارية . (وسيأتي الحديث عنها تفصيلاً في الباب اللاحق وتلك السلطات كثيره منها (الإمارات + هيئة الرقابة والتحقيق + الشرطة + إدارة المخدرات + ادارة مكافحة الرشوه .

د - المحاكم : يجوز للمحاكم أن تتصدى من تلقاء نفسها للنظر في بعض الجرائم في حالتين :

(١) إذا كانت الجريمة مرتبطة بدعوى منظورة أمام المحكمة .

(٢) جرائم الجلسات مثل جريمة اهانة المحكمة .

ومن أمثلة الحالى الاولى أنه إذا أحيلت دعوى الحق العام على المحكمة فإن عليها مواصلة السير في نظر الدعوى حتى ولو تبين لها أن الحق الخاص هو الغالب في هذه الجريمة(*) . وبالمقابلة لذلك إذا تبين للمحكمة أثناء نظر قضية معينه أنها تتضمن اعتداء على حق عام فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل في دعوى الحق العام فوراً ، ويحق لها ذلك دون أن تلتزم بإخطار ممثل الادعاء العام . أما اذا كانت الدعوى من التعقيد بحيث تحتاج لإجراء تحقيقات فإن المحكمة تحليها على الشرطة ، وبعد الانتهاء من التحقيق يتولى ممثل الادعاء العام تحريك الدعوى ومباشرتها . وبالنسبة لجرائم الجلسات ، فلقد كانت المادة (١) من نظام المرافعات الشرعيه الصادر سنة ١٣٥٥هـ (١٩٣٦) تجيز للمحاكم النظر في الجرائم التي ترتكب أثناء الجلسات بشرط أن تكون مختصة أصل بالفصل في مثل هذه الجرائم . غير أن نظام تنظيم الاعمال الادارية في الدوائر الشرعيه(**) المطبق حالياً أجاز للمحاكم الفصل في جرائم الجلسات - إذا لم تكن من الجرائم الجسيمة - سواء كانت مختصه بها أصلاً أم لا ، ودون حاجة لكي تطلب أن تحال إليها الدعوى من قبل ممثل الادعاء العام ، وذلك ضماناً لسرعة الحكم على المتهم محافظة على كرامة القضاء(***) ويستفاد من تتبع أحكام المحاكم الشرعية في هذا الصدد ، أن هذه المحاكم تفضل أن تحيل الدعوى - ولو أنه من حقها الفصل فيها - إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها ، وذلك دعاً للحرج وحتى لاتضطر الى الحكم على المتهم الذي ارتكب جريمة عليها أو أمامها بعقوبة أقل مما يستحقها خوفاً من مظنة التحمل(****) . هذا وقد صدر تعميم الوزارة(*****) مبينا لقواعد نظر دعوى الحق العام ودعوى الحق الخاص كما يلي :

١ ـ ما اشتمل من القضايا على حق عام فقط يوعز للمدعي العام بالتقدم بدعواه فوراً إلى المحكمة .

٢ ـ ما كان من القضايا يشتمل على حق عام وحق خاص ولايتوقف النظر في الحق العام على إقامة دعوى الحق الخاص ينظر في القضية من جهة الحق العام، وتأخذ المعاملة طريقها إلى التنفيذ ويشعر المدعي الخاص خطياً باقامة دعواه الخاصة أو تسجيل تنازله إذا كان يرغب في ذلك .

٣ ـ ما كان من القضايا يشتمل على حق عام وحق خاص، ويتوقف النظر في الحق العام على إنهاء الحق الخاص أولاً فيكلف المدعي الخاص خطياً بإقامة دعواه خلال مدة معينة مالم يكن مريضاً بسبب الحادث وكان الحكم في القضية للحق الخاص أو العام يستوجب انتظار برئه فعقب شفاؤه . أما إذا كان مريضاً أو معذوراً بعذر لا علاقة له بالحادث فيكلف بتوكيل من ينوب عنه في إقامتها (******) .

=

(*) تعميم رئاسة القضاة رقم ٣/١٩٨٢ في ١٥ /٨/١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م) .

(**) المصادق عليه برقم ١٠٩ في ١٣٧٢/١/٢٤هـ .

(***) المواد ٧٣ ، ٧٤ .

(****) النظام الجنائي بالمملكة العربية السعودية د/ أحمد الالفى ص ٤٨ - ٥٦ .

(*****) التعميم رقم ٢٧٢٥ س في ١٣٩٠/٩/٢هـ .

(******) الفقرات د ، هـ ، و من المادة (٤) من التعميم السابق ذكره .

= كما صدرت التعليمات (*) بأن على القاضي الذي يحكم في دعوى الحق الخاص أن يحكم في دعوى الحق العام لأنه أدرى بظروف القضية وملابساتها . أما موقف الشريعة الإسلامية من مسألة رفع الدعوى لإقامة عقوبات الحدود (فقدسبق الحديث عنه في بداية الباب الأول (**)) . حيث تم الحديث في الدعوى لإقامة الحدود، وتم إيراد أقوال الفقهاء فيما يتعلق بحدي السرقة والقذف ، كذلك تم الحديث عن الشهادة حسبة لله تعالى وأن الشاهد فيها مدع ، لأن الحق لله تعالى وكل مسلم يجوز له أن يدعيها . وتتميماً للفائدة سوف أتحدث باختصار عن حكم الدعوى حسبة لله تعالى وأقوال الفقهاء في ذلك فأقول : لقد جاز الشارع الحكيم أن تقام دعاوى من اشخاص من غير أن يكون لأحد منهم مصلحة شخصية فيها دعاوي الحسبة (***) ولما كان من شروط المدعي والمدعى عليه أن يكون ذا صفة في الدعوى ، بمعنى أن يكون له شأن يعترف به الشرع في القضية التي أثيرت حولها الدعوى ، فإن هذا الشرط متحقق في كل فرد من أفراد الدولة الإسلامية بالنسبة لجميع الدعاوي التي يطالب فيها بحقوق الله ، أو بما حق الله فيه غالب على حق الغبد (****) . ثم إن رفع هذه الدعوى يدخل في نطاق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لقوله تعالى : (كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله (*****)) . ولقوله صلى الله عليه وسلم : (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان (******)) . وعلى معنى الحسبة حمل قول النبي صلى الله عليه وسلم : (ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ هو الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها (*******) في أحد أوجه شرح المقصود من الحديث (********) . (هذا والمدعي حسبة الله يكون شاهداًبمايدعيه ، فهو قائم بالخصومة من جهة وجوب ذلك عليه ، وشاهد من جهة التحمل ، ولكن غلب عليه إطلاق شاهد الحسبة دون مدعي الحسبة ، فهو في الحقيقة مدع وشاهد باعتبارين ، فلا تناقض لإختلاف الجهة (*********)). والأشياء التي تقبل فيها الشهادة حسبة كثيرة ، وفي بعضها خلاف مداره على الغالب حق الله تعالى أم حق العبد ، فمن ترجح عنده أن الغالب حق الله تعالى أجاز قبول الشهادة فيه حسبة ، ومن ترجح عنده حق العبد اشترط تقديم الدعوى =

(*) تعميم سماحة المفتى رقم ٢/١٢٨٨ في ١٣٨٤/١١/٨هـ

(**) راجع ذلك ص : ٢٩٢ وما بعدها .

(***) انظر : نظرية الدعوى ٢٨٠/١ .

(****) أنظر : تبيين الحقائق ٢٢٩/٤ ، المرافعات للأبياني ١٠/١ ، ٢٤ ، نظرية الدعوى ٢٨٤/١ ، الجريمة لأبي زهرة ص ٦٥ .

(*****) آل عمران آية ١١٠ .

(******) مسلم بشرح النووى ٢٢/٢ - ٢٥ .

(*******) صحيح مسلم ١٣٤٤/٣ رقم ١٧١٩ ، سنن أبي داود٢١/٤ - ٢٢ رقم ٣٥٩٦ ، ص ٥١٠ رقم ١٣٩٩ ، سنن الترمزي ٥٤٤/٤ رقم ٢٢٩٥ ، سنن ابن ماجة ٧٩٢/٢ رقم ٢٣٦٤ ، جامع الاصول ١٩٥/١٠ رقم ٧٧٠٠ ، سبل السلام ١٢٦/٤ .

(********) أنظر : سبل السلام ١٢٦/٤ ، نيل الأوطار ٢١٠/٩ ، موسوعة الفقه الإسلامي ١٦٦/٤ .

(*********) تكملة ابن عابدين ٧٠/٧ - ٧١ ، موجز في المرافعات الشرعية : أحمد أبراهيم ص ٩ ، طرق القضاء للمؤلف نفسه ص ٢٨٣ - ٢٨٤ ، المرافعات للابياني ٨/٢/ ، موسعة الفقه الإسلامي ١٦٦/٤ .

= من صاحب الحق ، ومن المسائل الطلاق والنكاح ومنها الحدود كلها ماعدا القذف والسرقة لغلبة حق العبد فيهما (*) (وقد سبق الحديث عنهما بالتفصيل) وغير ذلك من الحقوق . هذا وليس جميع الفقهاء يرون إقامة دعوى الحسبة ، وما ذكر سابقاً هو مذهب الأحناف في الجملة . حيث أن هناك فقهاء لا يقولون بها ، وإن كانوا جميعاً يجيزون شهادة الحسبة فيما تعلق بحقوق الله تعالى (**) . هذا ويميل بعض الحنفية إلى أنها من قبيل الشهادة وليست من قبيل الدعوى وأن القضاء فيها لا يتوقف على سبق الدعوى استثناء من الأصل القاضي بأنه لاقضاء إلا بعد الدعوى (***) . وممن قال بسماع الدعوى الحسبة أيضاً المالكية ، فإنهم أجازوا سماعها بالنسبة للحقوق الخالصة لله تعالى ، كالصلاة والصيام والزكاة والحج ، بمعنى أنه يدعي بتركها (****) . أما الشافعية ، فقد أجازوا شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى كالزنى والشرب والسرقة ـ على الصحيح ـ وقطع الطريق وغيرها . ولكن : هل كل ما تقبل فيه شهادة الحسبة ، تسمع فيه دعوى الحسبة عندهم ؟ المشهور أنها لا تسمع . وقطع به بعضهم ، لأن الثبوت بالبينة وهي غنية عن الدعوى . وقال بعضهم : تقبل دعوى الحسبة فيما تقبل فيه شهادة الحسبة ، لأن البينة قد لا تساعد ، وقد يراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه(*****) . ويعلق إبن أبي الدم (******) على ذلك بقوله (قلت : لست أرى لسماع دعوى الحسبة فائدة ، لأن الشهادة حسبة تقبل . وفائدة الدعوى طلب الحلف من المدعى عليه إن أنكر) . ويقصد أن حقوق الله تعالى لا يستحلف فيها(*******) . وعند الحنابلة : إذا كان الحق لله تعالى كالعبادات والحدود والصدقة والكفارة وغيرها ، لم تصح به الدعوى ، بل لا تسمع ، وتسمع البينة من غير تقدم دعوى ـ وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب (********) . وقال بعضهم : تصح دعوى حسبة من كل مسلم رشيد في حق الله تعالى مثل حدوده وعباداته ... الخ (*********) .

الترجيح :

(الواقع أن خلاف الفقهاء حول هذه المسألة لا يكاد يكون له أثر في التطبيق العملي ، وذلك لأنهم متفقون على سماع شهادة الحسبة في حق الله تعالى ، فمن أجاز بعد ذلك رفع الدعوى =

(*) انظر المراجع السابقة .

(**) انظر : نظرية الدعوى ٢٨٥/١ .

(***) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٣٧ ، الدر المختار وتكملة ابن عابدين ٧١/٧ - ٧٢ ، موسوعة الفقه الإسلامي ١٦٦/٤ . بدائع الصنائع ٥٢/٧ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٤ ، الجريمة لأبو زهرة ص ٦٥ ، المرافعات للأبياني ٨/٣ - ٩ .

(****) أنظر : نظرية الدعوى ٢٨٥/١ منسوباً الى (القول المرتضى في أحكام القضاء ف ٥/ أ) .

(*****) أنظر : أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٢٣ - ٤٢٤ ، روضة الطالبين ٢٤٣/١١ - ٢٤٤ .

(******) هو إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم الهمداني الحمود ، شهاب الدين أبو إسحاق المعروف باني ابي الدم ، من علماء الشافعية ولد سنة ٥٨٣ بحماة وتوفى بها سنة ٦٤٢هـ . (طبقات الشافعية ٥٤٢/١ للاسنوى ، شذرات الذهب ٢١٣/٥ ، كشف الظنون ٤٧/١) .

(*******) أدب القضاء ص ٤٢٤.

(********) انظر : الإنصاف ٤٦/١١ ، ٤٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٨١/٣ ، كشاف القناع ١٩٤/٤ .

(*********) انظر : الإنصاف ٢٤٧/١١ .

الثاني : ليس له أن يحمل الناس على رأيه واجتهاده فيه وعلى ذلك يجوز أن يكـــون المحتسب من غير أهل الاجتهاد إذا كان عارفاً بالمنكرات المتفق عليها (١) .

هذه هي أهم الاختلافات بين المحتسب والمتطوع أو بمعنى آخر والي الحسبة وآحاد الناس وهذه التفرقة تحدد الاختصاصات لكل من والي الحسبه وآحاد الناس بالنسبة لتحريك دعوى الحسبة .

والمحتسب المكلف ، هو موظف مختص من قبل الدولة يقوم بمراقبة أفعال الناس وتصرفاتهم لصبغها بالصبغة الإسلامية أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر وفقاً لأحكامن الشرع وقواعده (٢) .

وشروط المحتسب ضربان :

١ ـ متفق عليها .

٢ ـ مختلف فيها .

= بحق الله تعالى لم يضف شيئاً جديداً ، لأن فائدة الدعوى طلب الحلف من المدعى عليه إذا أنكر ، وحقوق الله لا يمين فيها .. فتكون النتيجة أن دعوى احسبة كشهادة الحسبة ، ولم يبق بينهما فرق إلا في التسمية . وقد تقدم أن مدعي الحسبة هو في حقيقة الأمر مدع من جهة وشاهد من جهة أخرى ، وأنه لا حرج في التسميتين(*)) . والذي عليه العمل في النظام القضائي السعودي أن الدعوى لا تصح ولا تسمع حسبة بحق الله تعالى كعبادة وحد وشرب سكر ونحوه ، لأن الشاهد بها لا يجر لنفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ، ولأن ذلك ليس من باب الدعوى والإجابة(**) . (ونحن نرى خلاف ذلك إذ من الواجب سماع شهادة المحتسب في كل منكر ارتكب ومعروف ترك) .

(١) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربية ، القاهرة ص ٢٨٧ ـ ٢٨٨.
(٢) عبد العزيز بن محمد المرشد / نظام الحسبة في الإلام ، رسال ماجستير لعام ٩٢/٩٣ جامعة الإمام .

(*) نظرية الدعوى ٢٨٦/١ وأنظر : أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٢٤ .
(**) خطاب رئيس القضاء رقم ٣/٢٤٠٢/حـ في ١٣٨٣/٨/٢٦هـ . (ولنا تحفظ على هذا الخطاب إذ يبطل ضمناً حق المسلم في الدفاع عن حقوق الله حتى ولو لم يتحقق له مصلحة شخصية)

أما المتفق عليها فثمانية شروط :

الشرط الأول : الإسلام (١)

فلا يجوز أن يتولى الحسبة كافر ، لأن هذه الولاية نصرة للدين والكافر ليس من أهلها ، لأنه عدو للدين وجاحد لأصله (٢) ، ولأنها ضرب من الولاية ، ولا ولاية لكافر على مسلم (٣) .

قال تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ (٤) .

الشرط الثاني :الذكورة

فلا يجوز أن تلي المرأة حسبة بلد ، لأنها ولاية من الولايات ، المرأة لاتتولى شيئاً منها ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة) (٥) ولأن المرأة لايتأتى منها أن تبرز إلى المجالس ، ولاتخالط الرجال ، ولا تفاوضهم مفاوضة النظير للنظير ، لأنها إن كانت فتاة حرم النظر إليها وكلامها ، وإن كانت برزة (٦) لم يجمعها والرجال مجلس واحد تزدحم فيه معهم ، كما لايتصور منها الصرامة والهيبة والقوة التي هي من أبرز سمات المحتسبين .

وقد ذكر الكتاني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولى الشفاء الأنصارية

---

(١) معالم القربة ص ٧ .
(٢) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٢٠٨ .
(٣) أسبوع الفقه الإسلامي ص ٥٧٢ .
(٤) سورة النساء ، الآية ١٤١ .
(٥) صحيح البخاري جـ٩ ص ٧٠
(٦) هي المتاجرة الكهلة الجليلة التي تبرز للقوم يجلسون إليها ويتحدثون وهي عفيفة ، القاموس جـ٢ ص ١٦٥ .

حسبة أحد الأسواق (١) ولكن هذه القصة كذبها ابن العربي في تفسيره فقال : (وقد روي عن عمر أنه قدم امرأة على حسبة السوق ، ولم يصح فلا تلتفتوا إليه ، فإنما هو من دسائس المبتدعة في الأحاديث) (٢) وابن حزم حينما ذكرها في المحلى لم يسندها على خلاف صنيعه وهذا يدل على عدم صحتها ، ومن الناحية الموضوعية فهي غير سليمة لمخالفتها حديث أبي بكر مرفوعاً (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة) ولأن عمر رضي الله عنه عرف بشدة غيرته ، وهو المتشدد في الحجاب فيبعد أن يفعل ذلك وقد ألزم النساء بأن يسيروا على جوانب الطريق ، فكيف يولي امرأة ولاية تدعوها إلى الاختلاط مع الرجال ومزاحمتهم .

الرأي أنني أرى اليوم مع وجود أسواق ومستشفيات ومستوصفات ومراكز نسائية في الجامعات ان تكون هناك محتسبة من قبل السلطة على النساء من مثيلاتها لسد هذا الفراغ وللتقدم للدعوى في حالة ارتكاب المنكرات فضلاً عن المنع والانكار (٣)

الشرط الثالث : التكليف (٤)

إذ أن غير المكلف لايتوجه إليه أمر ولا نهي ،ولا يحسن تصريف نفسه ، فكيف يولى تصريف أمور المسلمين في أسواقهم ومبيعاتهم وأعمالهم .

الشرط الرابع :أن يكون عالماً بأحكام الشرع فيما يأمر وفيما ينه عنه (٥)

لأن المقياس في الحسن والقبح هو ماورد عن الشارع ، ولا مدخل للعقول في ذلك إلا بنور من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ، والجاهـــل

(١) التراتيب الإدارية جـ١ ص ٢٨٦ .
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١٤٨٥/٣ وانظر القرطبي جـ١٣ ، ص ١٨٣ .
(٣) يوجد في الحرم المكي محتسبات يقمن بإرشاد النسوة إلى الأماكن المخصصة لهن ومنعهن من ارتكاب المخالفات
(٤) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣٠٩ .
(٥) معالم القربة ص ٨ .

بأحكام الإسلام يجره جهله إلى تحسين الشيء وهو قبيح في نظر الشرع ، وتقبيح الشيء وهو حسن في نظر الشرع وهذا خطر عظيم ومصيبة كبيرة ، إذا وقعت من الدهماء والسوقة فإذا وقعت من شخص نصبه الحاكم لإقامة شرع الله وحمل الناس عليه ، كان ذلك أعظم خطراً وأكبر مصيبة ، بل كان أمراً ينبئ عن غربة الدين ويدعو إلى الرثاء .

الشرط الخامس : أن يكون عفيفاً عن أموال الناس ، متورعا عن قبول هداياهم (١) :

لأن كثيراً ممن يقدمونها لايدفعهم إلى ذلك قصد شريف ، بل يريدون بذلك جلب مصلحة لهم أو رفع ما يحذرونه عنهم ، ولو قبل الوالي هدايا التجار وأرباب الحرف والصنائع والفسقة ، لكان ذلك داعياً قوياً إلى إذلالهم بانفسهم ، وسبباً في استغلال هذه العلاقة في زيادة فسادهم وطغيانهم ، ولأصبحت هذه الهدايا وهذه الصلاة رادعاً يردع والي الحسبة عن الإنكار عليهم ، ولو أنكر لم يغلظ عليهم ، ثم لو سلمنا أن هذه الأمور كلها لاترد ، لقوة شخصية الوالي وكونه لا تأخذه في الله لومة لائم ، لكان في ذلك سبب لتوجه الأصابع إليه بالاتهام كلما سنحت الفرصة ، ومدخل سهل يدخل منه الناقمون عليه وعلى دعوته ، فيقعون في عرضه بذلك عند الولاة والحكام ، وهذا له أثره ووقعه ، وإذاً فكونه عفيفاً أصون لعرضه وأقوم لهيبته .

---

(١) معالم القربة ص ١٢ .

الشرط السادس : أن يكون حراً (١) :

لأن العبد وقته لسيده ، يستهلكه في خدمته وتربية ماله وقضاء حوائجه ، فلا يبقى بعد ذلك وقت يكفي النظر في أمر هذه الولاية ، ولاسيما وهي تحتاج إلى جهد كبير وتفرغ كامل ، ثم أن العبد ليس أهلا لتوليته هذا المنصب الخطير ، لنقصه بالرق حيث يغض من شأنه عند عامة الناس ، فلا يهابونه كما يهابون الحر ، مع مايحتمل من تسلط سيده عليه ومنعه من مزاولة عمله كما ينبغي ، أو حمله على التساهل في حقوق البعض ، والشدة في حقوق آخرين ، لغرض شخصي أو عداوة قائمة ، وكما لايجوز أن يتولى الرقيق القضاء فلا يجوز أن يتولى الحسبة ، لأن فيها نوع منه ولها شبه به .

الرأي :وهذا لا يمنع العبد أن يقيم حدود الله ويأمربها على من حوله من أهله وأقاربه بقدر استطاعته .

الشرط السابع : أن يكون ذا رأي وصرامة وقوة في الدين (٢) :

وذلك لأن الحسبة تقوم على الغلظة والشدة مع سرعة الفصل ، ولا يقوم بذلك إلا من كان ذا رأي صائب وعقل راجح وحزم سديد ، وتمسك شديد بتعاليم الشريعة ، وتطبيق تام لأوامر الله ونواهيه ، لايفرق بين صغير وكبير ، وقريب وبعيد ، وأمير وحقير ، وغني وفقير ، وأسود وأحمر ، وإنما يجري أحكام الله على الكل ولا فرق ، وإلا تطاول العصاة ، وظهر الفساد واستفحل الخطر ، وصعب الأمر ، وذلك لأن بعض النفوس المريضة لاترعوي إلا تحت قوارع العقوبة وسياط العذاب ، وإن الله ليزع بالسلطان مالا يزع بالقرآن .

---

(١) معالم القربة ص ٧ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤١ .
(٢) معالم القربة ص ٨ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤١ .

الشرط الثامن : أن يكون عالماً بالمنكرات الظاهرة (١) :

ذا معرفة بأساليب الفسقة وطرقهم في فسقهم ، وبحيل الغشاشين والمدلسين وضروب مكرهم ، فكثيراً مايعمد المفسدون إلى تغيير أسماء الأشياء مع بقاء الحقيقة والماهية ، وكثيراً مايقع الناس فريسة لأرباب الغش والخداع فيأكلون أموالهم بالباطل بصورة تخفى على غالب الناس وأعظمهم من ذلك قد يرى الإنسان الشيء فيحسبه حلالاً طيباً تبعاً لتغير شكله أو اسمه ،أو لأنه لم يره من قبل بينما هو من الخبائث، فإذا كان الوالي عارفاً بذلك سهل عليه تعقب المجرمين ومعاقبتهم ، أما إذا كان جاهلاً أو ساذجاً ، فإن ذلك مما يفسح المجال للمفسدين في الأرض أن يعلنوا فسادهم ، وعلى مرأى من المحتسب ومسمع منه ، وفي هذا نوع من البلاء يضحك منه العقلاء ، وشر البلية ما يضحك ، وسأذكر في كيفية الاحتساب نماذج مما أوجب الفقهاء على والي الحسبة معرفته من دقائق الصناعات والحرف والحيل فيها حتى يكون على بينة من أمرها ، فيؤدي واجبه على الوجه الأكمل .

وأما المختلف فيها فثلاث شروط :

الأول : العدالة :

قال بعض العلماء : أنه يشترط في والي الحسبة أن يكون عدلاً ومن هؤلاء الماوردي ، الشافعي (٢) وأبو يعلى الفراء من الحنابلة (٣)، وقال الغزالي والقرطبي وغيرهما: إنه لايشترط ، بل جوز أن تسند الحسبة للفاسق (٤) .

---

(١) معالم القربة ص ١٠ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤١ .
(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٤١ .
(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٦٩ .
(٤) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣٠٩ القرطبي جـ٤ ص ٤٧ .

استدل الفريق الأول بأدلة :

١ ـ قوله تعالى مخاطباً بني اسرائيل : ﴿ أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم وأنتم تتلون الكتاب أفلا تعقلون ﴾ (١) .

ومن لم يعدل مع نفسه - كيف يعدل مع غيره ؟

٢ ـ قوله تعالى: ﴿ يأيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون ، كبر مقتاً عند الله أن تقولوا مالا تفعلون ﴾ (٢) . ويخالف العقل والعدل : من أمر بأمر وأتاه : فمن يسمع له أذن ؟

٣ ـ ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : (مررت ليلة أسري بي بقوم تقرض شفاههم بمقاريض من نار فقلت من أنتم ؟ قالوا : كنا نأمر بالخير ولا نأتيه ، وننهى عن الشر ونأتيه (٣) .

٤ ـ إن هداية الغير فرع عن الاهتداء ، وتقويم الغير فرع للاستقامة ، ومن ليس بصالح في نفسه كيف يكون مصلحاً لغيره ؟ لأن فاقد الشيء لايعطيه ، ولا يستقيم الظل والعود أعوج (٤) .

واحتج الفريق الثاني بأدلة :

١ ـ عموم الآيات والأحاديث الواردة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فإنها تتناول العدل والفاسق ، ولم يرد مايخصصها بالعدل .

٢ ـ إجماع المسلمين من السلف والخلف على جواز الحسبة من كل مسلم

---

(١) سورة البقرة ، الآية ٤٤ .
(٢) سورة الصف ، الآيتان ٢ ، ٣ .
(٣) ابن حبان من حديث أنس ،انظر تخريج الحافظ العراقي لأحاديث الإحياء جـ١ ص ٦٢ .
(٤) إحياء علوم الدين جـ١ ص ٣١٢ .

مع عدم اشتراط العصمة ، والقائل بأن المحتسب يجب أن يكون معصوماً عن المعاصي كلها خارج للإجماع (١) .

٣ ـ كان الصحابة رضوان الله عنهم يحتسبون على أصحاب المنكرات ومنهم من أقيم والياً للحسبة وهم غير معصومين فضلاً عمن سواهم (٢) .

٤ ـ اشتراط العدالة في المحتسب يؤدي إلى قفل باب الاحتساب ، لأن العصمة ليست إلا للأنبياء والمرسلين ، ولهذا قال سعيد بن جبير رحمه الله : (إن لم يأمر بالمعروف ، ولم ينه عن المنكر إلا من لايكون فيه شيء ، لم يأمر أحد بشيء) وقد بلغ ذلك مالكاً فاعجبه (٣) .

ثم أجابوا عن أدلة الفريق الأول فقالوا :

أما قوله تعالى : (أتأمرون الناس بالبر ...) الآية فهو إنكار منه تعالى عليه من حيث أنهم تركوا المعروف الذي يأمرون به ، وليس على أمرهم به ، فأمرهم بالمعروف دل على أنهم عارفون به ، فلما أمروا غيرهم من علم وفهم ، ثم خالفوهم إلى مانهوهم عنه ، استحقوا هذا الذم والعقاب الشديد ، لأن عقاب العالم أشد (٤) .

وأما قوله تعالى : [يأيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون) الآيتين فهو مقصود به الوعد الكاذب ، وذلك أن يعد الرجل أخاه شيئاً ، لايفي به ، وليس المراد به أمر الغير بالشيء مع عدم فعله (٥) .

---

(١) ، (٢) ، (٣) إحياء علوم الدين ج٢ ص ٣٠٩ ويرويه الغزالي معبراً عن رأي الشيعة الذين يشترطن العصمة .
(٤) القرطبي جـ١ ص ٢٦٦ .
(٥) القرطبي جـ١٨ ص ٧٨ـ٧٩ وإحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣١٠ .

وأما حديث ـ مررت ليلة أسرى بي ...) الحديث العذاب الوارد فيه ، انما هو على خصوص تركهم ما يأمرون به ، أو فعل ما ينهون عنه ، لا على الأمر بالمعروف (١) .

والذي يظهر أن والي الحسبة لاتشترط فيه العدالة ، وهو قول الحذاق من أهل العلم (٢) وجمهور الفقهاء والمحققين منهم (٣) لأننا لو اعتبرناها شرطاً لندر من يصلح لهذه الولاية ، ولاسيما في هذه الأزمنة ، حيث يعز من تتوافر فيهم الصفات المطلوبة لهذا المنصب مع اتصافهم بالعدالة ، فإن وجد الصالحون كان في أكثرهم العجز أو قصور العلم أو ذوبان الشخصية ، لأن اجتماع القوة والأمانة في الناس قليل ، ولهذا كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : (اللهم إني أشكو إليك جلد الفاجر وعجز الثقة) (٤)

بينما يوجد من تجتمع فيهم الصفات المطلوبة مع اقترافهم لبعض الصغائر فهؤلاء ـ ولاشك ـ أولى بذلك ، لتحقيق المصلحة المرجوة من وراء هذه الولاية ، وربما يكون الحاكم في البلدة أو والي الشرطة قد أسندت إليه الحسبة إضافة إلى عمله ، فهل نحكم بأنه لايجوز ذلك وبعدم أهليته للحسبة ونخلي البلد من الأمر القهري بالمعروف والنهي الحاسم عن المنكر ؟ .

---

(١) القرطبي جـ١ ص ٢٦٨ .
(٢) القرطبي جـ٦ ص ٢٥٢ .
(٣) أسبوع الفقه الإسلامي ص ٥٧٢ .
(٣) السياسة الشرعية ص ١٨ / للإمام أحمد .

وسئل الإمام أحمد عن الرجلين يكونان أميرين في الغزو ، وأحدهما قوي فاجر ، والآخر صالح ضعيف ، مع أيهما يغزي ؟ فقال : أما الفاجر القوي فقوته للمسلمين ، وفجوره على نفسه وأما الصالح الضعيف فصلاحه لنفسه وضعفه على المسلمين فيغزى مع الأمير الفاجر (١) .

ولا يغرب عن أذهاننا ، أن على الحاكم أن يبحث عن الأصلح فالأصلح ممن يرجى منهم القيام بهذه الولاية على الوجه المطلوب ، فلا يولي أحداً مع وجود كفء أصلح منه ، لكونه طلب الولاية ، أو سبق في الطلب أو لأجل ولاء أو صداقة ، أو موافقة في بلد أو مذهب أو طريقة أو جنس ، أو لمنفعة من المنافع ، أو لشغف في قلبه على الأحق ، أو عداوه بينهما ، فإن فعل ذلك فقد خان الله ورسوله والمؤمنين .

روى الإمام أحمد بإسناده عن يزيد بن أبي سفيان قال : قال أبو بكر رضي الله عنه حين بعثني إلى الشام : يايزيد إن لك قرابة عسيت أن تؤثرهم بالأمارة ، وذلك أكبر ما أخاف عليك فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من ولي من أمر المسلمين شيئاً فأمر عليهم أحداً محاباة فعليه لعنة الله ، لايقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً حتى يدخله جهنم ، ومن أعطى أحدا حمى الله فقد انتهك في

(١) السياسة الشرعية ص ١٨ . للإمام أحمد

حمى الله شيئاً بغير حقه فعليه لعنة الله أو قال تبرأت منه ذمة الله عز وجل) (١) .

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : (من ولي من أمر المسلمين شيئاً ، فولى رجلاً لمودة أو قرابة بينهما ، فقد خان الله ورسوله والمسلمين (٢)) .

وإذا وصل الأمر إلى انعدام من يصلح للولاية ، فعلى الحاكم أن يختار الأمثل فالأمثل ، وإذا فعل ذلك بعد الاجتهاد والتحري فقد برئت ذمته ، إذ أنه لايمكن إلا ذلك موالله تعالى يقول : (لايكلف الله نفساً إلا وسعها) (٣) ويقول : (فاتقوا الله مااستطعتم) (٤) (٥) .

الثاني : الاجتهاد

ذهب أبو سعيد الاصطخري من فقهاء الشافعية إلى أنه يجب أن يكون والي الحسبة مجتهداً في أحكام الشريعة ، ليجتهد رأيه فيما يعن له مما هو مختلف فيه (٦) ، ويجوز له على هذا أن يحمل الناس على رأيه واجتهاده فيما اختلف فيه الفقهاء من المنكرات .

---

(١) السياسة الشرعية ص ١٠ ـ ١٢ .
(٢) مسند الإمام أحمد جـ١ ص ٦ .
(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٦ .
(٤) سورة التغابن ، الآية ١٦ .
(٥) السياسة الشرعية ص ١٦ .
(٦) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤١ .

وذهب آخرون ، إلى أنه لايشترط ذلك ، بل يكفي فيه أن يكون عارفاً بالمنكرات ، وما شرع فيها من أحكام ، مع إلمامه بما تعارف عليه الناس ، في شئونهم وأحوالهم ، وقيمة هذا الأعراف في نظر الشرع (١) وعلى هذا فليس له أن يحمل الناس على رأيه واجتهاده فيما اختلف فيه ، وهذا هو الظاهر ، لأن الاجتهاد حق إن كان أهلا له من الكافة ، وحملهم على مذهب معين في حرمان لهم من هذا الحق (٢) .

الثالث : الإذن من الإمام :

قال بعض العلماء ، يشترط أن يكون المحتسب مأذوناً في الحسبة من جهة إمام المسلمين (٣)، فلا يسمى الآمر بالمعروف والياً للحسبة إلا إذا كان مفوضاً من قبل الحاكم ، لأن في منصب الحسبة سلطةً وولايةً واحتكاماً على المحكوم عليه ، فينبغي ألا يثبت لآحاد الرعية إلا بولاية شرعية صادرة من ولي الأمر ، ولهذا المعنى يثبت للكافر على المسلم .

وقال آخرون : لايشترط ذلك ، بل لكل فرد من المسلمين الاحتساب وتغيير المنكر ، لعموم الآيات والأحاديث الواردة في شأن الحسبة ، فإنه تدل على أن كل من رأى منكراً فسكت عليه عصى ، فيجب نهي العاصي أينمـــا رآه

---

(١) معالم القربة ص ٩ .
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤١ .
(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٤١ ، وللفراء الحنبلي ص ٢٦٨ .

وكيفما رآه على العموم فالتخصيص بشرط الإذن والتفويض من الإمام لا دليل عليه (١) .

قالوا : واستمرت عادة السلف في الحسبة على الولاة أنفسهم ، وذلك دليل على إجماعهم على الاستغناء عن الإذن والتفويض (٢) ومن وقائع احتسابهم على الحكام مايلي :

١ ـ ماروي عن مروان بن الحكم أن خطب قبل صلاة العيد ، فقال له رجل : (الصلاة قبل الخطبة) فقال له مروان : (قد ترك ما هنالك) فقال أبو سعيد / أما هذا فقد مضى ماعليه (٣) قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان) (٤) .

٢ ـ ماروي عن المهدي أنه لما قدم مكة ، لبث ما شاء الله ، فلما أخذ في الطواف ، نحى الناس عن البيت فوثب عبدالله بن مرزوق فلببه بردائه ثم هزه وقال له : انظر ما تصنع ،من جعلك بهذا البيت أحق ممن أتاه من البعد ، حتى إذا صار عنده حلت بينه وبينه وقد

---

(١) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣١١ .
(٢) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣١٩ .
(٣) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣١٢ .
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي جـ٢ ص ٢١ .

قال الله تعالى : (سواء العاكف فيه والباد) (١) ، من جعل لك هذا ؟ فنظر في وجهه ، وكان يعرفه لأنه من مواليهم ، فقال : أعبد الله بن مرزوق ؟ ، قال : نعم فأخذ فجيء به إلى بغداد ، فكره أن يعاقبه عقوبة يشنع بها عليه في العامة ، فجعله في اصطبل الدواب ليسوسها ، وضموا إليه فرساً عضوضاً سيئ الخلق ليعقره الفرس فلين الله له الفرس ، قال : ثم صيروه إلى بيت وأغلق عليه وأخذ المهدي المفتاح عنده ، فإذا هو قد خرج بعد ثلاث إلى البستان يأكل البقل ، فأذن له المهدي ، فقال له : من أخرجك ؟ فقال : الذي حبسني ، فضج المهدي وصاح وقال : أما تخاف أن أقتلك ؟ فرفع عبد الله إليه رأسه يضحك وهو يقول : لو كنت تملك حياة أو موتاً ، فما زال محبوساً حتى مات المهدي ، ثم خلوا عنه فرجع إلى مكة ، قال : وكان قد جعل نفسه نذراً أن خلصه الله من أيديهم أن ينحر مائة بدنة ، فكان يعمل في ذلك حتى نحرها (٢) .

٢ ـ ماروي عن سفيان الثوري رحمه الله ، قال : حج المهدي في سنة ١٦٦هـ (٣) فرأيته يرمي جمرة العقبة ، والناس يخبطون يميناً وشمالاً بالسياط ، فوقفت فقلت : ياحسن الوجه ، حدثنا أيمن عن وائل عن قدامة بن عبد الله الكلابي قال : ((رأيت رسول الله صلى

---

(١) سورة الحج ، الآية ٢٥ .
(٢) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣١٢ .
(٣) كون الحادثة حصلت في هذه السنة ، فيه نظر والثورى توفي سنة ١٦١هـ انظر وفيات الأعيان جـ١ ص ٢١٠ . (الباحث)

الله عليه وسلم يرمي الجمرة يوم النحر على جمل ، لاضرب ولا طرد ولا جلد ، ولا إليك إليك) (١) . وها أنت ذا يخبط الناس بين يديك يميناً وشمالاً ، فقال لرجل : من هذا ؟ قال : سفيان الثوري ، فقال : ياسفيان ، لو كان المنصور ما احتملك على هذا ، فقال : لو أخبرك المنصور بما لقي ، أولم يقل لك : ياأمير المؤمنين ، فقال : اطلبوه ، فطلب سفيان فاختفى (٢) .

٤ ـ ودخل أبو مسلم الخولاني على معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم ، فقال : السلام عليك أيها الأجير ، فقالوا : قل أيها الأمير فقال : السلام عليك أيها الأجير ، فقال قل : الأمير ، فقال معاوية : دعوا أبا مسلم فإنه أعلم بما يقول ، فقال: إنما أنت أجير استأجرك رب هذه الغنم لرعايتها، فإن أنت هنأت (٣) جرباها وداويت مرضاها وحبست أولاها على أخراها ، وفاك سيدك أجرك ، وإن أنت لم تهنأ جرباها ، ولم تداو مرضاها ، ولم تحبس أولاهاعلى أخراها ، عاقبك سيدها (٤) .

فهذه المرويات عن السلف تفيد أن إذن الوالي وصاحب الأمر ،ليس شرطاً .

والتحقيق : أن كثيراً من الناس يخلطون في هذا الموضوع بين اختصاصات المحتسب المولى من قبل الإمام أو والي الحسبة ،

(١) الترمذي وقال : صحيح حسن ، ورواه النسائي وابن ماجة ، انظر تخريج الحافظ العراقي لأحادي الأحياء جـ٢ ص ٢١٣ .
(٢) . إحياء علوم الدين حـ٢ ص ٢٢٧
(٣) هنأها : طلاها بالقطران ، القاموس جـ١ ص ٣٤ .
(٤) السياسة الشرعية ص ١٥ .

وبين اختصاصات المتطوع بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ونشأ من هذا الاختلاط القول بعدم اشتراط إذن الإمام لوالي الحسبة ، وهو أمر غير معقول ، إذ كيف يتولى الإنسان حسبة بلد أو جهة من الجهات وينهى ويؤدب بدون تولية الحاكم أو إذنه ؟ ولو فعل ذلك أحد من غير تفويض الإمام لكان خطراً عظيماً وفتنة كبيرة ، لما قد يواجه به من وسائل الممانعة والمعارضة ، وقد يجر ذلك إلى التضارب والتدافع والتقاتل . ولاستغل هذا النهج أصحاب النيات الخبيثة لتنفيذ مآربهم ومقاصدهم من التنكيل بمناوئيهم تحت هذا الشعار ، أو إيقاع الفتنة ونسبة مثيرها إلى الآمرين بالمعروف والناهين عن المنكر .

وأما ماورد من الآيات والأحاديث عن السلف ، فهي لاتدل على أن كل مسلم له أن يأمر وينهى ويتصرف مطلقاً وبدون الرجوع إلى الإمام ، كيف لا ، والله يقول : ﴿ يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴾ (١) . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من أطاع الأمير فقد أطاعني ، ومن عصى الأمير فقد عصاني) (٢) . وعن أنس رضي الله عنه : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (اسمعوا وأطيعوا ، وإن استعمل عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة) (٣) .

(١) سورة النساء ، الآية ٥٩ .
(٢) متفق عليه ، رياض الصالحين ص ٢٧٠ .
(٣) رواه البخاري ، رياض الصالحين ص ٢٦٨ .

وإنما تدل تلك الأدلة ، على أن كل مسلم له أن يأمر بالمعروف وأن ينهى عن المنكر ، بأن يعظ ويرشد وينبه على المنكرات بالتي هي أحسن ، وبشرط ألا يكون هناك ضرر ينجم عن احتسابه ، وأما مايحتاج إلى قهر وسلطة وقوة فلابد فيه من إذن الإمام ، لئلا يحدث في أعقاب التصرف الفردي من آحاد الناس عواقب وخيمة قد تجر إلى مفاسد أعظم من المصلحة المرجوة من وراء احتسابه ، وأما الوقائع التي ساقوها ، فالناظر فيها يجد أن المحتسبين من كبار العلماء والزهاد العارفين بدقائق الشريعة ، المستعذبين للضرر الذي ينالهم من وراء الاحتساب ، إن وقع عليه ضرر ، وهذه صفات لاتتوفر إلا في الصفوة الخالصة من الأمة ، وقليل ماهم ، فلا تصلح مبدأ لكل فرد من أفراد الأمة ، ومراعاة لهذا المعنى قال الغزالي : (وأما جمع الأعوان ، وشهر الأسلحة ، فذلك قد يجر إلى فتنة عامة ، فقيه نظرة (١) ، وفي موضع آخر قال : (وإن انقسم أهل البلد إلى أهل البدعة وأهل السنة ، وكان في الاعتراض تحريك فتنة بالمقاتلة ، فليس للآحاد الحسبة في المذاهب إلا بنصب السلطان) (٢) .

وربما كان المنكر لايفهمه ، ويدرك دقائق أواله ، ويلم بالظروف المحيطة به ، ويقدرها حق قدرها ، إلا من علت كعبته في العلم والفضل ، ومن آتاه الله الحكمة والبصيرة النيرة التي تميز الأمور ،

---

(١) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٣١١ .
(٢) المصدر السابق جـ٢ ص ٣٢٢ .

وتوضح ماالتبس منها ، ولو تعرض أحد الناس لإنكاره ، لربما زاد المنكر واستفحل ، لقلة خبرته في الأمر ولضعف هيبته ، ومن هنا قال الإمام الغزالي : ((ولهذه الدقائق تقول : العامي ينبغي له ألا يحتسب إلا في الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنى وترك الصلاة ، فأما مايعلم كونه معصية بالإضافة إلى ما يطيف به من الأفعال ، ويفتقر فيه إلى اجتهاد ، فالعامي إن خاض فيه كان مايفسده أكثر مما يصلحه ، وعن هذا يتأكد ظن من لايثبت ولاية الحسبة إلا بتعيين الوالي إذ ربما ينتدب لها من ليس أهلاً لها لقصور معرفته ، أو قصور ديانته ، فيؤدي ذلك إلى وجوه من الخلل (١) .

المطلب الثاني : فيم يجوز للسلطة تحريك دعوى الحسبة فيه

مايجوز للسلطة تحريك دعوى الحسبة فيه هو كل منكر موجود في الحال ظاهر للمحتسب بغير معلوم كونه منكراً بغير اجتهاد فهذه أربعة شروط سنفصلها فيما يلي :

الأول : كونه منكراً :

والمقصود من ذلك أن يكون محذور الوقوع في الشرع ولا يسمى معصية لأن المنكر أعم من المعصية إذ من رأى صبياً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه منه، وليس ذلك لتفاحش صورة الفعل وظهوره بين الناس بل لو صادف هذا المنكر في خلوة لوجب منعه وهذا لايسمى معصية في حق المجنون إذ محال أن يكون هناك معصية بدون عاص بها .

---

(١) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٢١٦ .

فلفظ المنكر بناء عليه أعم من لفظ المعصية ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة فلا تختص الحسبة بالكبائر فحسب، بل كشف العورة في الحمام والخلوة بالأجنبية واتباع النظر للنسوة الأجنبيات كل ذلك من الصغائر ويجب النهي عنها .

الثاني : أن يكون موجوداً في الحال

وهو احتزاز أيضاً عن الحسبة على من فرغ من شرب الخمر فإن ذلك ليس إلى الآحاد وقد انقرض المنكر واحترز عما سيوجد في ثاني الحال من يعلم بقرينة حال أنه عازم على الشرب في ليلته فلا حسبة عليه إلا بالوعظ وإن أنكر فعززه لم يجز وعظه أيضاً فإن فيه إساءة ظن بالمسلم .

الثالث : أن يكون المنكر ظاهراً للمحتسب بغير تحسس

فكل من ستر معصية في داره وأغلق بابه لايجوز أن يتجسس عليه .

الرابع : أن يكون كونه منكراً معلوماً بغير اجتهاد

فجل ماهو في محل الاجتهاد فلا حسبة فيه فليس للحنفي أن ينكر على الشافعي ولا للشافعي أن ينكر على الحنفي وهكذا .

وإذا كان الحنفي لاينكر على الشافعي فإن من حق الشافعي أن ينكر على الشافعي وكون المعترض عليه منكراً باتفاق المحتسب والمحتسب عليه .
ولكن ليس معنى ذلك أنه لايعترض على أصحاب الآراء الكلامية والمذاهب الفلسفية بحجة أن ذلك اجتهاد مثله مثل الاجتهاد الفقهي (١) .

---

(١) الغزالي ، الإحياء جـ٧ ص ١٢٢٢ .

ثم إن المنكر قد يكون بايجاد فعل نهت الشريعة عنه وقد يكون بترك فعل أمرت الشريعة عنه وقد يكون بترك فعل أمرت الشريعة بفعله فيكون المنكر بهذا الاعتبار ذا وجهين .

الأول : إيجابي يتمثل بإيجاد الفعل المحظور شرعاً .

الثاني : سلبي يتحقق بترك الفعل المحظور شرعاً .

ويكون للسلطة تحريك الدعوى في الوجهين بالنهي عنهما أي بالنهي عن إيجاد الفعل المحظور حتى لايوجد أو الانكفاف عنه بعد وجوده وبالنهي عن ترك الفعل المشروع حتى يوجد، وعلى هذا فنحن نؤثر أن نجعل مايجوز للسلطة العامة تحريك الدعوى فيه هو المنكر بموجبه (١) .

والجهة التي تملك إعطاء وصف المنكر لأي فعل أو ترك هي الشريعة الإسلامية لأن إعطاء هذا الوصف حكم شرعي والحاكم هو الله تعالى وما على الفقهاء إلا التعرف على حكم الله وعلى السلطات العامة أن تلجأ إلى الفقهاء لتحديد طبيعة مايجوز لها أن تحرك الدعوى فيه .

ويمكن الرجوع إلى ذلك تفصيلاً في المطلب الثالث : حقوق الله وحقوق العباد .

أما درجات الإنكار المتعلقة بوالي الحسبة فهي :

كل منكر موجود أو معروف معدوم ، يحوم حوله ظروف وداوع وأحوال ، بعضها يرجع إلى الشخص الآمر، وبعضها إلى المأمور، وبعضها إلى المجتمع . ويتكون من هذه الأشياء أو بعضها جـو ما ، يحتـم على الآمر بالمعروف والناهي عن المنكر أن يراعيه ، ليضع أمره أو

(١) د. عبد الكريم زيدان ، أصول الدعوة ، دار الوفاء ، المنصورة مصر ١٤٠٨هـ ، ١٩٨٧م ص ١٩٢ .

نهيه في إطار يلائم هذا الجو مع إتيانه بالمقصود بدون مفسدة راجحة أو مساوية ، ومراعاة لهذا كان للاحتساب درجات تختلف شدة وضعفاً ، ينتقي منها المحتسب ما يلائم الحال الراهنة مع إتيانه بالمقصود من وراء الاحتساب .

وهذه الدرجات ليست ثابتة لكل أحد ، وإنما بعضها يثبت لمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر متطوعاً بذلك في سبيل الله وابتغاء ثوابه ، بينما تثبت كلها لوالي الحسبة المعين من قبل ولي أمر المسلمين .

وإذا كان الأمر كذلك ، فمعرفة كل منهما لهذا الدرجات ضرورية ، ليعرف المتطوع ماله منها وما ليس له ، وليعرف الولاة هذه الدرجات لئلا يضعوا السوط في مكان الوعظ أو العكس . (وقد شرحت تلك الدرجات سلفاً فيما يخص المتطوع والتكرار هنا من أجل التركيز على الدرجات التى يحق لولى الحسبه اتباعها .)

وإذا تقرر هذا فدرجات الإنكار بالنسبة للمتطوع أربع :

الأولى : التعريف

وهو توضيح وتبيين حكم الله ورسوله في هذا الفعل أو ذاك بلطف ولين ، كما قال تعالى : (ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة ، وجادلهم بالتي هي أحسن) (١) فإن كان منكراً بين لفاعله ماورد في ذمته بدون بذاءة في اللسان ، كرمي الفاعل بالجهل ، أو إغلاظ له في القول ، لأنه ربما غضب من كلام الواعظ فأصر عناداً ولجاجاً .

وقد ضرب الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا المجال أروع الأمثال ، فكان

---

(١) سورة النحل ، الآية ١٢٥ .

يعلم الجاهلين بلطف عظيم ولين في القول ، عن معاوية بن الحكم السلمي رضي الله عنه قال : بينما أن أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ عطس رجل من القوم فقلت : يرحمك الله ، فرماني القوم بأبصارهم ، فقلت : واثكل أمياه ماشانكم تنظرون إلي ؟ فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخادهم ، فلما رأيتهم يصمتونني سكت ، فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فبأبي هو وأمي ، ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليماً منه ، فوالله ماكهرني (١) ولا ضربني ولا شتمني ـ قال : (إن هذه الصلاة لايصلح فيها شيء من كلام الناس ، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن ...) (٢) ، ولنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم المثل الأعلى والقدوة الحسنة .

وإن كان معروفاً متروكاً بين فضله وعظم أجره وحث على فعله وشحذ همم السامعين حتى يهبوا إلى الامتثال .

الثانية : الوعظ والتخويف من الله تعالى

ويكون ذلك لمن فعل المنكر أو ترك المعروف عالماً بتحريم الأول ومشروعية الثاني ، ويجب أن يوجه الكلام برحمة ورفق من غير غضب ، ويشعر المحتسب فاعل المعصية أو تارك المشروع بشفقته عليه من عذاب الله في الدنيا والآخرة ، وألا يبدر من الواعظ اعتزاز بنفسه وصلاحه ، واستحقار للفاعل ، فإن ذلك قد يكون له أثر سيئ يؤثر في تحصيل المقصود .

---

(١) انتهرني ، شرح النووي على صحيح مسلم جـ٥ ص ٢٠ .
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي جـ٥ ص ٢٠ .

فإذا رأى إنساناً قد عق والديه أتى إليه وبين له خطر عقوق الوالدين في الدنيا والآخرة ، وخوفه من غضب الله ، وذكره بقول الله عز وجل : ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه ، وبالوالدين احساناً، إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما ، وقل لهما قولاً كريماً واخفض لهما جناح الذل من الرحمة ، وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً ﴾ (١) ، وبحديث نفيع بن الحارث رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((ألا أنبئكم بأكبر الكبائر . ثلاثاً؟ قلنا : بلى يارسول الله ، قال : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئاً فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت))(٢) ، وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : رغم أنفه (٣) ثم رغم أنفه ثم رغم أنفه ، قيل : من يا رسول الله ؟ قال : من أدرك والديه عند الكبر أحدهما أو كليهما ثم لم يدخل الجنة)) (٤) .

الثالثة : التقريع والتعنيف والزجر

ويكون هذا عند العجز عن المنع باللطف ، وظهور المأمور أو المنهى بمظهر عدم المبالاة بما يسمع ، واستمراره على سيرته ، على ألا يتضمن كلام المحتسب ألفاظاً قبيحة أو عبارات فاحشة ، بل يكون كلاماً يحمل علامات

---

(١) سورة الإسراء . الآيتان ٢٣ ، ٢٤ .
(٢) متفق عليه ، رياض الصالحين ص ١٥٢ .
(٣) ذلك عن كره . انظر القاموس جـ٤ ص ١٢١ .
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي جـ١٦ ص ١٠٦ .

الإنكار وأمارات عدم الرضا عن صنيع المخاطب كأن يقول له : إنك تطيع الشيطان بأفعالك هذه ، وهو عدو لك ـ وسيوردك إلى مالا تحمد عقباه ، فاتق الله ، ودع ما أنت فيه ، أما تسمع قول الله عز وجل : ((إن الشيطان لكم عدو ، فاتخذوه عدواً ، إنما يدعو حزبه ليكونوا من أصحاب السعير)) (١) .

ويدخل تحت هذا الدرجة ((الدعوى حسبة)) وهي استعداء القاضي أو والي الحسبة على الفسقة ، والأخبار بأفعالهم ، والدلالة على منكراتهم إذا ظهرت في الأسواق ، أو التقدم إلى والي المظالم بما يفعله المتمردون ومترفو القوم ليأخذ على أيديهم ويلزمهم بأحكام الإسلام (٢) .

كما يدخل تحت هذه الدرجة أيضاً (الشهادة حسبة) وهي التقدم إلى قاضي أو والي الحسبة وإخباره بأنه سمع أن فلاناً فعل كذا أو أنه رآه يعيش مع امرأة بعد أن طلقها ثلاثاً ، حتى يحكم بالتفريق بينهما ، وإنزال العقوبة المناسبة على الرجل والمرأة (٣) .

الرابعة : التغيير باليد

وذلك إذا غلب على الظن أن صاحب المنكر لن يدافع عما معه من منكر ، بل سينقاد ويخضع ، كما لو رأى أحد الرجال يلبس قلادة ذهب ، وكان يعرف أنه نصح وخوف فلم ينته ـ جاز له أن يعمد إلى القلادة فيأخذها منه ، وينهاه عن لبسها مرة أخرى ، أو رأى رجلاً قد أمسك آخر يريد أن

(١) سورة فاطر الآية ٦
(٢) أسبوع الفقه الإسلامي ص ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ٥٨٨ .
(٣) المصدر السابق ص ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ٥٨٨ .

يذبحه ، أو امرأة يريد الهرب بها أو فعل الفاحشة بها ، وخشي وقوع المحذور إن لم يتدخل ، فإنه حينئذ ينبغي له نجدة المظلوم وتخليصه من يد ظالمة ، أو وجد رجلاً قد غصب من آخر متاعاً له ونصحه فلم يتعظ وخوفه من الله فلم ينته ، فله أن يأخذ المتاع من يد الغاصب ويسلمه إلى المغصوب إذا كان يستطيع ذلك بدون مفسدة لاحقة .

أما إذا غلب على ظن الآمر بالمعروف أن صاحب المنكر سيمانع ويدافع ، وسيحصل من وراء احتسابه مضاربة ومدافعة ، فعند ذلك يتركه ، مع إظهار عدم رضاه بالإنكار عليه باللسان ، أو برفع أمره إلى والي الحسبة إن وجد .

وهذه الدرجات الأربع تثبت للمتطوع بالاحتساب ، على ألا يستعمل التقريع والتعنيف لأول وهلة ، أو يستعمل التغيير باليد مكان التعريف ، بل يسير بها على التدريج ابتداء من الأولى إلى الرابعة .

أما والي الحسبة ، فتثبت له الدرجات الأربع المتقدمة ، إلا إذا رأى العاصي لم ينفع فيه التعريف ولا الوعظ ولا الزجر فعندئذ يقوم بتغيير المنكر بيده، وإن امتنع العاصي ودافع عما معه من المنكر ، فله حينئذ استخدام ما معه من سلطة في إرغام المعاند وإعادته إلى جادة الصواب ، مالم يخش من وراء ذلك ظهور مفسدة أعظم من المصلحة المطلوبة ، فإنه حينئذ يرفع الأمر إلى والي أمر المسلمين ليعالج المشكلة على مستوى أكبر .

---

(١) سورة فاطر الآية رقم ٦ .

وإضافة إلى تلك الدرجات السابقة فإنه يثبت لوالي الحسبة الدرجات التالية :

الخامسة : التهديد والتخويف

وهو أن يهدد فاعل المعصية المكابر بأنه إن رآه مرة أخرى على هذه الفعلة ، أو أن لم ينته عما هو عليه فإنه سيضربه أو سيسجنه أو سيتلف مامعه من منكر ، وعليه أن يراعي في تهديده أحكام الشرع ، فلا يتوعده بفعل محرم (١) كأن يقول له : إن رأيتك تقف في هذا المكان كوقفتك هذه حلقت لحيتك ، أو أظهرت نساءك مفضوحات ، أو نهبت مالك ، أو سبيت نساءك أو ضربت ولدك لأن توعده على هذا إن كان يقصده فهو حرام ، وإن كان لم يقصده فهو كذب ، وكلا الأمرين غير لائق بشخص نصب لإقامة المعروف وإزهاق المنكر ،ولذلك قيل : ليكن أمرك بالمعروف ونهيك عن المنكر غير منكر (٢) .

السادسة : الضرب أو الحبس

فإن المأمور إذا أصر على المعصية ولم تفد في منعه الدرجات السابقة ، أو كابر وامتنع وتحدى ، ولم يبال بالتهديد والتخويف فإن لوالي الحسبة أن يضربه أو يحبسه تعزيراً له على فعلته ومدافعته عنها ، ويجب أن يراعى الحاجة إلى ذلك ، فلا يزيد في العقوبة أكثر مما يلزم ، بل عليه أن يوقع عليه المذنب ما يردعه عما هو عليه ، دون مبالغة أو إسراف في التأديب .

---

(١) إحياء علوم الدين جـ٢ ص ٢٢٧ .
(٢) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٧٤ .

السابعة : الاستعانة بالأعوان والسلاح

وذلك فيما إذا كان العصاة قد تكتلوا وتعاونوا في إظهار فسقهم أو قصدوا إجبار والي الحسبة على تجنب طريقهم ، أو كان فاعلو المعصية ذوي عدد ، وقد اعتصموا في مكانهم وهددوا كل من جاءهم، كما لو عثر الوالي على معصرة خمر أو مكان قد اجتمع فيه رجال ونساء لأجل الفاحشة ، فلما علموا بمراقبة رجال الحسبة لهم هموا بهم ، أو كان هناك عصاة قد اختطفوا امرأة للهرب بها وفعل الفاحشة فيها ، فإن كل هذه الصور تحتاج إلى كثرة أعوان وإلى شهر السلاح إرغاماً للمفسدين ، ولإلقاء القبض عليهم ، ولو عولجت هذه الحالات بجهود فردية متفرقة لغلب المفسدون أمرهم وربما آذوه أو قتلوه ليتخلصوا منه ، وبذلك تكون النتيجة : الفشل الذريع مع خسارة الأرواح أو المعنويات .

وهذه الدرجات السبع في الإنكار ، تستعمل على التدريج فعلى المحتسب مراعاة ذلك ، فلا يستعمل الضرب والحبس بدون أن يكلم مرتكب الذنب ، أو ينصحه أو يهدده، ولا يستمر على النصح والتعريف، ولا شيء وراء ذلك ، فإن هذين طرفا نقيض ، بل عليه أن يستعمل هذه الدرجات استعمالاً مبنياً على دراسة الموقف وشواهد الحال ، ويضع لكل حالة ماينا سبها .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه) (١) فهذا المقصود به المتطوع ، وذلك فيما إذا

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي جـ٢ ص ٢٢ .

كان هناك شخص يفعل معصية ما وهو يعلم أنه نصح وعلم وبين له فلم يسمع ، واستمر على عصيانه ، أو ظهر منه التحدي والعناد والتصميم على التشبث بمعصيته ، فإن الآمر بالمعروف والناهي عن المنكر ينظر : فإن استطاع أن يغير هذا المنكر بيده فهو أحسن وأفضل ، وإن كان لايستطيع لخوف فتنة بين المسلمين ، أو لخوف ضرر على نفسه أو ماله أو أهله فإنه حينئذ ينكر بلسانه ، فيظهر عدم رضاه عن هذا الفعل ، ويبين أنه منكر ، حتى لايتصور أحد أنه راض عن ذلك ، ولإعلام والجاهل والصغير بأن هذا الفعل لايجوز حتى لايدرجا عليه ويألفاه ويعتقدا إباحته ، وإن لم يستطع الإنكار باللسان أنكر بالقلب ليعلم الله أنه كاره لهذا المنكر وضائق به صدره فتبرأ ذمته .

وليس معنى الحديث : أن الآمر بالمعروف بمجرد أن يرى المنكر يغيره بيده بدون أي كلام أو تعريف أو تبيين ، لأن الحديث يدعو ابتداء إلى تغيير المنكر ، ومعلوم أن التغيير باليد لايكون مطلوباً إلا بعد العجز عن تغييره بالإرشاد والوعظ .

أما والي الحسبة فلا يتصور فيه عدم استطاعته التغيير باليد ونزوله إلى الإنكار باللسان ثم إلى الإنكار بالقلب ، لأن ولاية الحسبة قائمة على القوة والقهر والسلطة ، فالقدرة موجودة لدى الوالي ، وبإمكانه التغيير باليد والضرب والحبس وغيرهما من أنواع التعزير كما سيأتي .

ولو فرضنا أن المنكر صادر من أناس لهم قيمتهم في المجتمع بأن كانوا أعضاء في الحكومة أو مقربين لدى ولي الأمر ، فالإنكار عليهم يكون بالرفع إلى القضاء أو إلى والي المظالم ، للتحقيق في الموضوع وإيقاف هؤلاء المتمردين عند حدودهم فالقدرة لدى الوالي للحسبة موجودة ، وتبرز آثارها بأساليب متفاوتة .

المطلب الثالث : في اختصاصات المحتسب

اكتفى ابن خلدون بذكر بعض أنواع من اختصاصات المحتسب بقوله :((إن المحتسب يبحث عن المنكرات ويعزر ويؤدب على قدرها ويحمل الناس على المصالح العامة في المدينة مثل المنع من المضايقات في الطرقات ومنع الحمالين وأهل السفن من الإكثار في الحمل والحكم على أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة مايتوقع من ضررها على السابلة والضرب على أيدي المعلمين في المكاتب وغيرها في الإبلاغ ((المبالغة)) في ضربهم للصبيان المتعلمين ولا يتوقف حكمه على تنازع أو استعداء بل له النظر والحكم فيما يصل إلى علمه من ذلك يرفع إليه (١))).

أما الماوردي فقد رد الاختصاصات إلى أصلها المقرر في القرآن الكريم وإلى تقسيم الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية فجاءت دراسته أقرب إلى المنهج الفقهي ولهذا فإنني أشير إليها باختصار ، أقام الماوردي دراسته على الأسس التالية :

أولاً : إن وظيفة المحتسب وفقاً لما جاء في القرآن الكريم تقوم على أساس الأمر والنهي عن المنكر .

ثانياً : إن فقهاء الشريعة الاسلامية يقسمون الحقوق تقسيماً ثلاثياً :

١ ـ حقوق الله : وهي تتعلق بالعبادات وبكيان المجتمع الإسلامي .

٢ ـ حقوق العباد : وهي الحقوق الخاصة للأفراد كحق الملكية .

٣ ـ حقوق مشتركة بين الله والعباد : وهي الحقوق التي تحمل خصائص الحقين السابقين .

---

(١) ابن خلدون ، المقدمة ، تحقيق علي عبد الواحد وافي ص ٢٢٠ .

وبناء على ذلك قسم الماوردي اختصاصات المحتسب على النحو التالي :

أولاً : الأمر بالمعروف :

أ ـ فيما يتعلق بحقوق الله الخالصة ومن ذلك أن المحتسب يشرف على إقامة صلاة الجماعة متى استوفت شروطها الشرعية وإقامة صلاة الجماعة في المساجد بكافة شعائرها وزجر من يتركون الصلاة بلا عذر شرعي .

ب ـ فيما يتعلق بحقوق العباد : وبعض هذه الحقوق ذو طابع عام مثل تعطل مرافق البلد المتعلقة بالشرب وتهدم الأسوار والمساجد ومختلف المرافق العامة ومراعاة بني السبيل ... الخ .
وهنا للمحتسب أن يشرف على إشباع هذه الخدمات إما من بيت المال أو من أغنياء المسلمين بحسب الأحوال .

أما حقوق العباد ذات الطابع الخاص : فمثالها المماطلة في الحقوق وفي أداء الديون وكذلك كفالة من تجب كفالته من الصغار .. الخ .
ففي هذه الحالات للمحتسب أن يأمر بسداد الديون وأداء الحقوق .. الخ بشرطين : المقدرة وظهور الحق أو الدين وكل ذلك إذا طلب منه الدائن أو صاحب الحق تحريك الدعوى .
فيما يتعلق بالحقوق المشتركة ومثالها أخذ الأولياء بنكاح الأيام من الكفائين إذا طلبن والزام النساء أحكام العدة إذا فورقن وتكليف من أخذ لقيطاً بكفالته وأنه يقوم بحقوقه ... الخ (١) .

(١) الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٨٨ ، وانظر أيضاً د. سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية ص ٤٢٩ .

ثالثا : النهي عن المنكر

١ ـ فيما يتعلق بحقوق الله الخالصة : وقد قسمه الماوردي إلى ثلاثة أقسام :

أ ـ العبادات : مثل عدم أداء الصلاة وفقاً لأوضاعها الشرعية والافطار في رمضان والامتناع عن إخراج الزكاة والتعرض للناس بالمساءلة من غير حاجة وتصدي الجهلاء للفتوى في شئون الدين ... الخ .

ب ـ المحظورات : ويقوم واجب المحتسب على أن يمنع الناس من مواقف الريبة لقوله صلى الله عليه وسلم : (دع مايريبك إلى مالا يريبك)، ومثال ذلك مخالطة النساء في الطرقات والمجاهرة بإظهار الخمر أو السكر أو الملاهي المحرمة ... الخ .

جـ ـ المعاملات المنكرة : كالربا والبيوع الفاسدة وغش المبيعات وتدليس الأثمان والبخس في المكاييل والموازين .. الخ .

٢ ـ فيما يتعلق بحقوق الآدميين الخالصة : ومثالها أن يتعدى أحد الأفراد على حد الجارة أو حرمة داره أو أن يضع أجذاع النخل على جداره بدون إذنه ... الخ .

وإعمالاً لهذا الحقوق منح المحتسب سلطة الإشراف على الأطباء والمعلمين حتى تتوافر فيهم شروط الأمانة ، ولا يهربوا بأموال الناس، وعلى كافة الصناع حتى يجيدوا أعمالهم .

٣ ـ فيما يتعلق بالحقوق المشتركة : ومثال ذلك المنع من الإشراف على منازل الناس ومنع الأئمة في المساجد العامة من الإطالة في الصلاة وتنبيه القضاة الذين يحجبون عن المتقاضين بلا عذر شرعي ومنع أرباب المواشي في استعمالها فيما لاتطيق الدوام عليه أنكره .

وللمحتسب أن يمنع أرباب السفن من حمل مالا تسعه ويخاف منه غرقها وكذلك بمنعهم من المسير عند اشتداد الريح وإذا حمل فيها الرجال والنساء حجز بينهم بحائل .. الخ (١) .

ـ ليس للمحتسب سماع الدعاوى التي تخرج عن نطاق المنكرات الظاهرة أي التي تخرج عن نطاق دعوى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

ـ للمحتسب النظر في الحقوق المعترف بها أما مايدخله التجاحد والتناكر فلا ينظر فيه لأن الحق لايتثبت عند ذلك إلا ببينة من المدعي أو تحليف المنكر اليمين وهذا للقاضي لا للمحتسب .

ـ للمحتسب من سلاطة السلطة فيما يتعلق بالمنكرات الظاهرة لأن الحسبة كما يقول الفقهاء تقوم على الرهبة فلا تجافيها الغلظة واتخاذ العوان وسلاطة السلطة (٢) .

---

(١) الماوردي ـ الأحكام ص ٢٢٣ .
(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٢٥ وما بعدها ، وانظر أيضاً د. عبد الكريم زيدان ، أصول الدعوة ص ١٧٣ ـ ١٨٣ .

وهكذا يتميز دور المحتسب عن دور المتطوع في بعض الاختصاصات وكذلك يمكن القول بأن الحسبة لأنها من العمومية بحيث تشمل الرقابة على كل أجهزة الدولة من حيث حسن سير الأداء فيها ومن حيث المحافظة على العرف العام وعلى التقاليد الاسلامية وعلى الأخلاق الفاضلة فهي ليست من الأشكال القانونية في الدولة بقدر ماهي رقابة أخلاقية على جميع الأجهزة الحكومية وكذا على الأسرة والفرد والمجتمع رقابة مقصود بها تيسير الحياة الاجتماعية والسياسية بين الناس جميعاً .

العقوبات المخولة لوالي الحسبة :

لايتم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولا تعلو كلمة الحق على كلمة الباطل بالوعظ والإرشاد وحدهما ، وإنما لابد فهما من وازع سلطاني يعضدهما ، ويقمع من لا يعجبانه من ذوي القلوب الميتة والطباع الباردة ، والصفات البهيمية الذين لاينفع فيهم إلا الأطر والقهر ، وصدق عثمان رضي الله عنه حيث قال : إن الله ليزع بالسلطان مالا يزع بالقرآن .

فلابد لوالي الحسبة أن يكون بجانب إرشاده ووعظه وتبيينه معاقباً ومؤدباً ، ليضع الكشف والايضاح علاجاً للجهال والعوام والسذج ، وبعد الأدب والعقاب لأصحاب الأمراض المزمنة الذين تعودت أمراضهم جرعات الدواء ، فلا يفيد فيها إلا الحسم .

غير أن ولاية الحسبة لما كانت منصباً خادماً لمنصب القضاء ، كانت صلاحية الوالي لها ، محدودة في الأدب والعقاب ، فلا تمكنه ولايته للحسبة من اصدار العقاب المشروع لكل حالة من الحالات ، ولكل جريمة من الجرائم ، ولهذا كان لزاماً علي أن أبحث في هذا الباب العقوبات التي خولها الشرع لوالي الحسبة .

ويتكون هذا الباب من فصول أربعة :

١ ـ التعزيز ـ تعريفه وأدلة مشروعيته .

٢ ـ أنواعه .

٣ ـ تقديره وهل يبلغ به الحد ؟

٤ ـ مايجوز لوالي الحسبة أن يعاقب به من أنواع التعزير .

التعزير: وفيه مطلبان :

الأول : تعريفه

الثاني : أدلة مشروعيته

الأول : تعريف التعزير

التعزير لغة مصدر عزر ، من العزر وهو الرد والمنع (١) ومعناه التأديب (٢) ويطلق على النصرة والاعانة (٣) ، يقال ، عزر فلان أخاه بمعنى نصره لأنه منع عدوه من أن يؤذيه ، ومن ذلك قوله تعالى : (وتعزروه وتوقروه) (٤) ويطلق على التعظيم والتوقير (٥) ، لأن المعزر (بفتح الزاي) إذا امتنع بالتعزير ، وصرف عما هو دنيء ، فإن الوقار يحصل له بذلك (٦) وسميت العقوبة تعزيراً ، لأن من شأنها أن تدفع الجاني وترده عن ارتكاب الجرائم أو العودة إلى اقترافها (٧) ، (٨) .

---

(١) القاموس المحيط جـ٢ ص ٨٨ .
(٢) مختار الصحاح ص ٤٢٩ .
(٣) القاموس المحيط جـ٢ ص ٨٨ .
(٤) سورة الفتح ، الآية ٩ .
(٥) القاموس جـ٢ ص ٤٢٩ ، ومختار الصحاح ص ٤٢٩ .
(٦) و (٧) التعزير لعامر ص ٣٦ .
(٨) التعزير لغة : التأديب (*) .

(*) معجم متن اللغه لأحمد رضا حـ٤ ص ٩٢ .

= وشرعاً : تأديب دون الحد على معصية لم يبين الشارع مقداراً لعقوبتها . وإشتراط كون التأديب دون الحد هو قول الشافعي وأحمد ، وقال مالك يجوز أن يزداد التعزير على الحد إذا رأى الإمام ذلك ، كما أجاز فقهاء الحنفية التعزير بالقتل فإن كان التعزير بالجلد فلا يبلغ به عندهم أدنى الحدود (*) . ومن الفقهاء من يجيز إضافة التعزير إلى العقوبة المقدرة كالتغريب في الزنى عند أبي حنيفة ، وإضافة التعزير لعقوبة القصاص على الجارح عمداً عند مالك ، وإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند بعض فقهاء الشافعية (**) .

أنواع المعاصي وعلاقتها بالتعزير :

المعاصي من حيث ترتب العقوبة عليها ثلاثة أنواع :

١ ـ نوع له عقوبة مقدرة من حد أو قصاص أو دية ، وقد يضاف إلى هذه العقوبة الكفارة ، ويدخل تحت هذا النوع جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . والأصل في هذا النوع أن العقوبة المقدرة تغني عن التعزير ، لكن من الفقهاء من يرى جواز إضافة التعزير إلى هذه العقوبة للمصلحة كما تقدم (***) .

٢ ـ نوع له كفارة وليس فيه حد أو قصاص أو دية ، كالجماع في الإحرام وفي نهار رمضان والحنث في اليمين والوطأ في الحيض أو الظهار (****) .

٣ ـ نوع لا كفارة فيه ولا حد وهو قسمان :

الأول : ترك واجب مع القدرة عليه كقضاء الديون ، وأداء الأمانات من الوكالات والودائع وأموال اليتامى والوقوف وأموال الدولة ونحوها ، فيعاقب التارك حتى يؤديها .

الثاني : فعل محرم كالغصب ، والنهب ، والضرب مما لا يوجب قصاصاً أو دية ، والتجسس ، والغيبة والنميمة ، وأكل مال اليتيم ، وشهادة الزور ، والرشوة وغيرها (*****) . ومن تأمل تعريف التعزير يتضح أنه خاص بالنوع الثالث من هذه المعاصي وذلك عند جمهور العلماء كما تقدم .

هل للإمام ترك التعزير ؟ : التعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا بلغ الإمام ، ذلك عند أبي حنيفة ومالك وأحمد (******) ، وقال الشافعي للإمام ترك تعزير لحق الله تعالى ، لإعراضه صلى الله عليه وسلم عن جماعة استحقوه كالغال في الغنيمة ، ولا يجوز تركه إن كان لآدمي عند طلبه كالقصاص (*******) .

والراجح : أن التعزير لا يجوز تركه إن كان لآدمي عند طلبه ، وأن أمره متروك للإمام حسب المصلحة وإن كان لحق الله ، لكون الشارع ترك تحديد المقدار الذي تتحقق به المصلحة للإمام ، وقد يرى الإمام في الإعراض وعدم التعزير مصلحة كما فعل صلى الله عليه وسلم في الغال في الغنيمة، واستثنى حق الآدمي عند طلبه لأن المصلحة جلية في استيفائه . =

(*) حاشية ابن عابدين ح٣ ص ١٧٧ ، ص ١٧٩ ، مغني المحتاج ح٤ ص ١٩٣ ، بلغة السالك ح٣ ص ٤٩٦ ، المغني ح٨ ص ٣٢٤ .

(**) حاشية ابن عابدين ح٣ ص ١٤٧ ، ص ١٨٢ ، تبصرة الحاكم ح٢ ص ٢٠١ معني المحتاج ح٤ ص ١٨٩ .

(***) الطرق الحكمية ص ١٥٥ ، التشريع الجنائي لعبد القادر عردة حا ص ١٣٢ .

(****) الطرق الحكمية ص ١٥٥ ، التشريع الجنائي ص ١٣١ ، ص ١٣٢ .

(*****) الطرق الحكمية ص ١٥٥ .

(******) المغني ح٨ ص ٣٢٦ ، بلغة السالك ح٣ ص ٤٩٦ ، الطرق الحكمية ص ١٥٥ ، تبصرة الحكم ح٢ ص ٢٠٧ ، حاشية ابن عابدين ص ١٨٢ .

(*******) مغني المحتاج حـ٤ ص ١٩٢ ، ص ١٩٤ .

= التعزير في غير المعصية : يجوز التعزير في غير معصية إذا كان في ذلك تحقيق مصلحة ، ومن ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بتهمة (*) سرقة بعير وعندما ظهر له بعد ذلك أنه لم يسرقه أخلى سبيله (**) ، ومن ذلك أيضاً نفي من خشي افتتان النساء به كما فعل عمر بن الخطاب مع نصر بن حجاج ، ومن ذلك تعزير الصبي والمجنون إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ وإن لم يكن فعلهما معصية . ومما تقدم نستنتج جواز التعزير في غير معصية إذا كان في ذلك تحقيق مصلحة وذلك استثناء من القاعدة العامة التي تنص على الأعقاب إلا في معصية (***) .

أنواع العقوبات التعزيرية

ليس للعقوبات التعزيرية أنواع معينة لا يجوز الخروج عنها ، لأن مبادىء الشريعة الإسلامية لا تمنع من الأخذ باي عقوبة تحقق المصلحة المنشودة من العقاب ، ومن العقوبات التعزيرية على سبيل المثال لا الحصر :

١ ـ الجلد : وأقله لا حد له وقيده بعض الفقهاء الحنفية بثلاثة أسواط ، وقيل بل ذلك متروك لرأي القاضي ، فلورأى أن الجاني ينزجر بسوط واحد كفى وهو الأولى ، ويجوز أن يضاف إلى الجلد أي عقوبة أخرى كالحبس مثلاً ، وذلك متى ما كان الحد الأعلى للجلد ـ عند من يقيده بحد معين ـ غير كافي لردع الجاني (****) وقد اختلف الفقهاء في أكثر الجلد كعقوبة تعزيرية على النحو التالي :

أ ـ يرى بعض الفقهاء ألا يزداد به عن تسعة وثلاثين سوطاً لما روى الشالنجي بإسناده أنه صلى الله عليه وسلم قال : (من يبلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) (*****) ، وذلك لأن حد الرقيق أربعون جلدة فوجب ألا يبلغ به هذا الحد ، وبذلك قال أبي حنيفة وأحمد في رواية عنه ، وخص الشافعي ذلك بالحر (******) .

ب ـ وقال الشافعي في رواية عنه أن التعزير بالجلد لا يجوز أن يزيد عن تسع عشرة جلدة في الحر أو العبد (*******) .

=

(*) الحديث رواه الخمسة إلا ابن ماجه ولفظه (أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه) انظر نيل الأوطار ح٧ ص ١٦٩ .

(**) الطرق الحمية ص ١٤٨ ، التشريع الجنائي لعبد القادر عودة حـ١ ص ١٥٠ .

(***) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٨٩ - ص ٤٩١ ، التشريع الجنائي ح١ ص ١٥٠ ، ص ١٥١ ، حاشية ابن عابدين ح٣ ص ١٨٢ حيث ورد فيها (وعزر كل مرتكب منكر هذا هو الأصل في وجوب التعزير كما في البحر عن شرح الطحاوي ، وظاهرة أن المراد حصر أسباب التعزير فيما ذكر مع أنه قد يكون بدون معصية كتعزير الصبي والمتهم كما يأتي ، وكنفي من خيف منه فتنه لجماله مثلاً كما مر في نفي عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج) .

(****) حاشية ابن عابدين حـ٣ ص ١٧٧ ، ص ١٧٨ .

(*****) انظر المغني حـ٨ ص ٣٢٥ .

(******) حاشية ابن عابدين حـ٣ ص ١٧٧ ، المغني حـ٨ ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج حـ٤ ص ١٩٢ .

(*******) مغني المحتاج حـ٤ ص ١٩٢ .

= جـ ـ وقيل لا يزاد به عن عشر جلدات ، وهي رواية عن أحمد (*) لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله)(**) .
د ـ وعن أحمد والشافعي وأبي يوسف أنه لا يبلغ بكل جناية حداً مشروعاً في جنسها ، ويجوز أن يزيد على غير جنسها (***) .
هـ ـ وقال مالك لأكثره بل يكون حسب المصلحة وعلى قدر الجريمة (****) . والقول بأن يكون الجلد حسب المصلحة وقدر الجريمة دون أن يكون لأكثره حد معين هو الراجح ، وذلك لما روي عن النعمان بن بشير فيمن يطأ جارية امرأته عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن كانت أحلتها لك جلدتك مائة وإن كانت لم تحلها لك رجمتك) (*****) ، ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أن رجلاً نقش على خاتمه وأخذ بذلك من بيت المال ، فأمر به فضرب مائة ضربة ، ثم ضربه في اليوم الثاني مائة ضربة ، ثم ضربه في اليوم الثالث مائة ضربة (******) ، ولأن في تقييد جميع الجرائم التعزيرية بأسواط معينة لا يجوز تجاوزها ـ مع اختلاف الجرائم خطورة ـ إهمالاً لمبدأ التناسب بين الجرم والعقاب ذلك المبدأ الذي حث قواعد الشريعة الإسلامية العامة على مراعاته ، يقول تعالى (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به (*******)) ، مما يؤكد أن حديث (لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله) ، محمول على التأديب الصادر من غير الولاة كالأب نولده ، والزوج لزوجته (********) ، أو أنه وسواه من الأحاديث الشريفة الدالة على التقييد بمقدار معين منسوخ بدلالة عمل الصحابة (*********) .

٢ ـ التغريم : ومن ذلك أضعاف الغرم على سارق الثمار المعلقة ، وإضعافه على كاتم الضالة الملتقطة ، وأخذ شطر مال مانع الزكاة . جاء في أعلام الموقعين عن التغريم (وهذا الجنس من العقوبات نوعان : نوع مضبوط ونوع غير مضبوط ، فالمضبوط ما قابل المتلف أما لحق الله سبحانه كإتلاف الصيد في الإحرام ، أو لحق الآدمي كإتلاف ماله ... ، ومنه مقابلة الجاني بنقيض قصده من الحرمان ، كعقوبة القاتل لمورثه بحرمان ميراثه ... ، ومن هذا الباب عقوبة الناشز بسقوط نفقتها وكسوتها ، وأما النوع الثاني غير المقدر فهذا الذي يدخله إجتهاد الأئمة حسب المصالح ، ولذلك لم تأت فيه الشريعة بامر عام ، وقدر لا يزاد فيه ولا ينقص كالحدود ، ولهذا اختلف الفقهاء فيه ، هل حكمه منسوخ او ثابت ، والصواب أنه يختلف بإختلاف المصالح ، ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة ، إذ لا دليل على النسخ ، وقد فعله الخلفاء الراشدون ومن بعدهم الأئمة) (**********) . =

(*) المغني حـ٨ ص ٣٢٤ .
(**) رواه الجماعة إلا النسائي . نيل الأوطار حـ٧ ص ١٦٩ ، فتح الباري شرح صحيح البخاري حـ١٢ ص ١٧٦ دار المعرفة .
(***) حاشية ابن عابدين حـ٣ ص ١٧٧ ، المغني حـ٨ ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج حـ٤ ص ١٩٣ .
(****) بلغه السالك حـ٣ ص ٤٩٦ .
(*****) رواه الخمسة . انظر نيل الأوطار حـ٧ ص ١٢٥ .
(******) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢١ .
(*******) النحل ١٢٦ .
(********) ، (*********) نيل الأوطار للشوكاني حـ٧ ص ١٧١ .
(**********) إعلام الموقعين حـ٢ ص ٩٨

= ٣ ـ الإتلاف : كالتعزير بإتلاف الكتب المضللة ، وإتلاف أواني الخمر(*) ، وإتلاف السلعة المغشوشة (**) .
٤ ـ العزل من الوظيفة والحرمان من بعض الحقوق : كالحرمان من تولي وظائف معينة ، ومن أداء الشهادة ، والحرمان من سهم الغنيمة ، وإسقاط النفقة للنشوز (***) .
٥ ـ النفي : ولا يجوز أن يزيد على سنة عند بعض فقهاء الشافعية والحنابلة ، لأن التغريب شرع حداً في الزنى ومدته عام فيجب ألا تصل مدته في التعزير عاماً ، لقوله صلى الله عليه وسلم (من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) ، ويرى أبو حنيفة أن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة ، لأنه لا يعتبر التغريب حداً وإنما يعتبره تعزيراً ، ويرى مالك أن من الممكن زيادة مدة التغريب عن سنة مع تسليمه بأن التغريب حد ، لأنه يرى أن الحديث السابق منسوخ (****) . والراجح : عدم التقيد بمدة معينة لما تقدم أن المصلحة تتحقق بعدم التقييد ولأن الأحاديث الدالة على التقييد منسوخة .
٦ ـ التشهير : والمراد به فضح المجرم في الجرائم التي يعتمد فيها غبى ثقة الناس به ، كشهادة الزور والغش ، ويكون ذلك بالإعلان عن الجريمة ومرتكبها (*****) .
٧ ـ القتل : ومن ذلك قتل الجاسوس تعزيراً ، والداعية إلى البدع ، وكذلك قتل الساحر ، وقتل الشارب في الرابعة ، وقتل اللواط ، وكذلك السارق إذا تكررت منه السرقة (******) .
٨ ـ الحبس : ولا حد لأقله وحدده بعض الفقهاء الحنفية بثلاثة ايام ، ولا حد لأكثره أيضاً ذلك عند فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة وقيده فقهاء الشافعية بسنة (*******) ، ويشترط في الحبس وفي سائر العقوبات التعزيرية الأخرى أن يؤدي غالباً إلى إصلاح الجاني وتأديبه ، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجاني أو لن يصلحه إمتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى ، جاء في مغني المحتاج (.. ويجتهد الإمام في جنسه وقدره لأنه غير مقدر شرعاً موكل إلى رأيه يجتهد في سلوك الأصلح) (********) .
٩ ـ التوبيخ : ومن ذلك ما رواه أبو ذر رضي الله عنه قال: سابيت رجلاً فعيرته بأمه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (يا أبا ذر أعيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية)(*********) .
١٠ـ الوعظ : الوعظ أحدى العقوبات التعزيرية في الشريعة الإسلامية إذا رأى القاضي كفايته كعقوبة (**********) .

(*) الطرق الحكمية ص ٤٠٢ ، تبصره الحكام ح٢ ص ٢٠٢ .
(**) التشريع الجنائية حا ص ٧٠٥ ، تبصرة الحكام حـ٢ ص ٢٠٣ .
(***) السياسة الشرعية ص ١٢٠ / ص ١٢١ ، التشريع الجنائي حا ص ٧٠٥ .
(****) الطرق الحكمية ص ٩٢ ، المغني ح٨ ص ٣٣٦ ، مغني المحتاج ج٤ ص ١٩٢ ، حاشية ابن عابدين ح٣ ص ١٧٨ ، بلغة السالك ح٣ ص ٤٩٦ ، تبصره الحكام ح٢ ص ٢٢٥ .
(*****) مغني المحتاج حـ٤ ص ١٩٢ ، حاشية ابن عابدين حـ٣ ١٧٨ .
(******) بلغة السالك حـ٣ ص ٤٩٦ ، المغني ح٨ ص ٣٧٦ ، التشريع الجنائي حا ص ٦٨٧ .
(*******) حاشية ابن عابدين ح٣ ص ١٧٨ ، مغني المحتاج ح٤ ص ١٩٢ ، المغني ح٨ ص ٣٣٤ ، بلغة السالك حـ٣ ص ٤٩٦ .
(********) مغني المحتاج حـ٤ ص ١٩٢ .
(*********) رواه البخاري ز فتح الباري شرح صحيح البخاري حا ص ٨٤ .
(**********) السياسة الشرعية ص ١٢٠ .

= ١١ـ إعلان الجاني بجريمته : حيث يعتبر ذلك تعزيراً في حق من يرتدع بذلك كالعلماء (*) .
١٢ـ إعلان الجاني بجريمته وجره إلى القاضي : حيث يعتبر تعزيراً في حق بعض الناس الذين يرتدعون بهذا كأشراف الناس (**) .

أثر القصد الجنائي على جرائم التعزير
الجرائم التعزيرية من حيث قصدالجاني لهاثلاثة أنواع :
أ ـ جرائم الحدود التي لم تتكامل فيها شروط إقامة الحد كالسرقة من غير حرز أو من مال الولد ، وكالوطأ دون الفرج ، والقذف بغير زنى . فهذه لا يشترط فيها توافر قصد الجاني لجرمه ، بل قد يكون انعدام القصد الجنائي هو سبب إخراج الجريمة من دائرة الحدود ، وقد يكون السبب في ذلك اختلال شرط آخر .

ب ـ جرائم الإعتداء على ما دون النفس بما لايوجب قصاصاً ولا داية ، والمراد بذلك كل اعتداء لا يترك أثراً ، أو ترك أثراً لا يعتبر جرحاً ولا شجة كاللطم ونحوه ، فهذا النوع عقوبته التعزير إذا كان الإعتداء مقصوداً ، وكذلك إن لم يكن مقصوداً وأتضح أن درجة الإهمال تحتاج إلى تأديب الجاني .

جـ ـ ماعدى ذلك من الجرائم المنصوص على حظرها شرعاً دون تحديد عقوبة معينة لها ، فهذا النوع مثل النوع السابق ولا يعزر على جرائمه غالباً ما لم يتوافر قصد الجاني العام للجريمة ، وقد يعزر عليها استثناء من القاعدة إن وجد من الجاني نوع تقصير وإقتضت المصلحة ذلك ، ومن هذه الجرائم : الغصب ، والنهب ، وخيانة الأمانة ، والتجسس ، والرشوة ، وشهادة الزور ، وأكل مال اليتيم ، والربا ، والغش ونحوها .

ومن التقسيم السابق يتضح أن انعدام القصد الجنائي في جرائم الحدود يكون سبباً في الخروج بعقوبتها من دائرة الحدود ، وجعلها عقوبة غير مقدرة ، وأن توافر القصد الجنائي في الجرائم التي لا توجب حداً ولا قصاصاً ولا داية يجعلها أحدى الجرائم التعزيرية ، كما أن انتفاء قصد الجاني لها لا يمنع تعزير الجاني استثناء من القاعدة وبشرط وجود مصلحة تدعو لذلك .

جرائم التعزيربين الفقه الإسلامي والقانون
أوضحنا في بداية الفصل الأول من هذا الباب ، أن الجرائم في القانون تنقسم إلى جنايات وجنح ومخالفات ، وتكلمنا عن كل نوع بما يغني عن إعادته هنا ن ولو تأملنا في عقوبة كل نوع من تلك الجرائم ، لوجدنا أن أغلبها غير مقدر ، بل لكل منها حد أدنى وحد أعلى ، مع ترك حرية الاختيار بين هذين الحدين للقاضي ، أي أن أغلب العقوبات في القانون غير مقدرة ، إذ لا تقدير فيها إلا لعقوبتي الإعدام والسجن المؤبد . ومن المقارنة بين العقوبات الغير مقدرة في الفقه الإسلامي ـ التعزير ـ والعقوبات الغير مقدرة في القانون نستنتج الآتي :

(*) حاشية ابن عابدين حـ٣ ص ١٧٦ .
(**) المرجع السابق حـ٣ ص ١٧٨ .

= ١ ـ فرقت الشريعة الإسلامية بين الجرائم فجعلت لبعضها عقوبات مقدرة ليس للقاضي حرية في تشديدها أو تخفيفها ، بل هو ملزم بإيقاعها عند توافر شروطها ، وتلك الجرائم هي المعروفة بجرائم الحدود والقصاص والديات (*) ، والعلة في تحديد عقوبة هذه الجرائم هي الثبات في حظر الجريمة وفي وصفها وعدم تأثرها باختلاف الأماكن . أو الأزمنة أو الأشخاص (**) ، أما ماعداها من الجرائم ، فقد تركت الشريعة الإسلامية للقاضي حرية اختيار العقوبة الملائمة للجاني في حدود الأطر العامة للشريعة الإسلامية بصفة عامة وللعقوبات التعزيرية بصفة خاصة ، كمراعاة تحقق المصلحة من نوع العقاب الذي سيتم إختياره ، وكمراعاة التناسب بين الجريمة والعقوبة المراد إيقاعها . وجاء في مغنى المحتاج عن العقوبات التعزيرية (يعزر في كل معصية لاحدفيها ولا كفارة ... ويجتهد الإمام في جنسه وقدره) (***) . أما القانون الوضعي فقد جعل للقاضي الحرية في جميع الجرائم عدى جريمتين تقدم إيضاحهما ، ليختار العقوبة الملائمة للجاني في إطار الحد الأدنى والحد الأعلى للعقوبة ، فترك له المجال في هذا الجانب ، وهو حرية الأختيار في حدود ذلك النطاق ، وقيد من جانب أهم وهو عدم جواز الخروج بالعقوبة عن الحدين الذين بينهما القانون ، مع أن ظروف الجاني وظروف الجريمة قد تستلزم الخروج بالعقاب من هذا النطاق إلى نطاق آخر أنسب (****) ، كما أن القانون قد قيد حرية القاضي من جانب آخر ، ذلك الجانب هو إلزامه بالتقيد بالظروف المخففة أو المشددة ، فقد تكون الجريمة المرتكبة خطيرة ، لكن ظروف الجاني المخففة ألزمت القاضي بتخفيف العقوبة ، لا سيما وأن القانون يتوسع في نظرته إلى الظروف المخففة ، ما ترتب عليه إفلات العديد من المجرمين من العقوبات التي يستحقونها ، كما أن القاضي بسبب من الظروف المخففة أصبح ملزماً بتعطيل العقوبات الأصلية التي وضعت أساساً للجرائم ، واستبدالها بأخف منها لظروف الجاني ، وذلك لأن القانون =

(*) وتسمى عقوباتها أيضاً حدوداً وقصاصاً ودية .

(**) فالزنى من المحصن مثلاً حددت عقوبته بالرجم ، لأن الجريمة بعد تحقق شروطها أصبحت في منتهى الخطورة ، فخطرها واضح لا يختلف ، وكذلك عقوبتها واضحة لا تحتاج من القاضي الى تدقيق وتمحيص ، وانما وضفت تلك الجريمة وحددت لخطورتها كما تقدم ، بخلاف ما دون الزنى والذي قد يكون قبلة ، أو وطئاً دون الفرج ، ممن تعود مثل هذا الجرم ، أو ممن كان الجرم منه زلة ليس الا ، فلم توصف الجريمة بدقة لقلة خكورتها اذا ما قورنت بالزنى الموجب للحد ، ولأن الوصف لكل الجرائم الفرعية يستلزم كثرة التفريع والتضييق على الناس ، ولم تحدد العقوبة لأن التحديد لا يكون قبل وصف الجريمة بدقة ، ولكون وصف الجرم وتحديد درجته فيما دون الحدود قد ترك لمن نظر القضية ، كان من ضرورات العدل ترك تحديد العقوبة أيضاً لمن نظر القضية وفقاً لضوابط الشريعة العامة .

(***) مغني المحتاج حـ٤ ص ١٩١ ، ص ١٩٢ .

(****) نظرية توزيع العقوبات الى أنواع لكل نوع حدين أدنى وأعلى مطبقة في الفقه الإسلامي في بعض الجرائم التعزيرية ، كالجلد والسجن والنفي ، لكن القائلين بهذه النظرية في الفقه الاسلامي لا يأخذون بها على إطلاقها تلافيا لما قد يترتب على ذلك من عيوب ، فلو رأى القاضي أن الحد الأقصى للعقوبة غير كافية لردع الجاني فله أن يظم اليه أي عقوبة تعزيرية أخرى ، كاضافة السجن أو التوبيخ أو الغرامة أو النفي إلى الجلد ، وكإضافي الجلد أو الغرامة أو التشهير إلى النفس أو السجن . راجع في ذلك مبحث أنواع العقوبات التعزيرية .

وفي الاصطلاح : عقوبة غير مقدرة ، مشروعة في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة (١) .

الثاني : أدلة مشروعيته

التعزير ثابت بالكتاب والسنة والاجماع .

١ ـ فمن الكتاب :

أ ـ قوله تعالى : ﴿ واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن

= بتلك القيود ألزمه بعدم تطبيق تلك العقوبات الأصلية إلا إذا سدت امامه جميع أبواب التخفيف (*) وذلك أمر نادر (**) .

٢ ـ ربط القانون بين توافر القصد الجنائي وبين إيقاع العقوبات المشار إليها ، بنصه عدم إيقاع أي منها مالم يكن الجاني قاصداً لجريمته ، وذلك تفريط واضح من فقهاء القانون في حق المجتمع ، وفتح للمجال في التظاهر بعدم القصد هروباً من العقاب . أما شريعتنا الإسلامية فكانت نصوصها أعظم دقة وعدالة، عندما اشترطت في الحدود والقصاص توافر قصد جنائي متكامل أو راجح ، لا قصد جنائي مرجوح ، درءاً للشبهة في الحدود ، ولغلظ العقوبة في القصاص ، وعندما جعلت الشرط في المعاقبة بالتعزير أو الدية أو الكفارة أو الحرمان منالميراث توافر اي درجة للقصد الجنائي ولوكانت تلك الدرجة مرجوحة ، وذلك صيانة للدماء والأموال عن الهدر، ودفعاً للناس على التحرز والاحتياط .

(١) المغني ج٨ ص ٣٢٤ ، التعزير لعامر ص ٣٨ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٣٦ .

(*) هناك فروق بين الشروط الأساسية للعقاب وبين ظروف التخفيف التي يقوم بها فقهاء القانون ، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بشروط العقاب الأساسية ، وأما ما يعتبره فقهاء القانون اعذارا مخففة . كالاستفزاز ، وكبر السن ، أو الصغر الذي لا تنتفي معه المسئولية الجنائية ، والظروف الأسرية ، ونحوها من الأعذار التي يؤدي الافراط في الاعتداد بها الى افلات العديد من المجرمين من العقاب ، فقد أغلقت الشريعة الإسلامية هذه الظروف تماماً من العقوبات المقدرة ، أما العقوبات الغير مقدرة فقد جعلت للقاضي حق الاعتذار بها من غير إفراط أو تفريط وفقاً لما يحقق المصلحة العامة المرجوة من العقاب .

(**) انظر التشريع الجنائي لعبد القادر عودة حـ١ ص ٧٢٠ وما بعدها .

واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان علياً كبيراً ﴾(١) ، فأباح سبحانه للزوج أن يعظ زوجته ويخوفها من عاقبة نشوزها في الدنيا والآخرة ، فإن فاءت وإلا هجرها ، وعند عدم الجدوى ، له أن يضربها ، والهجر والضرب من أنواع التعزير .

ب ـ قوله تعالى: ﴿ يأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمداً ، فجزاء مثل ما قتل من النعم ، يحكم به ذوا عدل منكم ، هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين ، أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره ، عفى الله عما سلف ، ومن عاد فينتقم الله منه ، والله عزيز ذو انتقام ﴾ (٢) هذان نصان من الكتاب يبيناه وجوب التعزير .

٢ ـ ومن السنة :

أ ـ ماروواه الجماعة إلا النسائي عن أبي بردة بن نيار ، أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : (لايجلد فوق عشرة

---

(١) سورة النساء ، الآية ٣٤ .
(٢) سورة المائدة ، الآية ٩٥ .

أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى) (١) فاذن صلى الله عليه وسلم في تعزيز من لم يصب حداً بعشرة أسواط فأقل .

ب ـ حديث سالم عن ابن عمر (أنهم كانوا يضربون على عهـــد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه (٢) . وهذا تعزير لمن باع الطعام قبل قبضه .

جـ ـ ماجاء في حديث ابن عمر من أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صالح أهل خيبر اشترط عليهم ألا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً ، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهد ، فغيبوا مسكاً (٣) فيه مال وحلي لحيى بن أخطب ، كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حيي واسمه (سميه) : مافعل مسك حيي الذي جاء به من النضير ؟ فقال : أذهبته النفقات والحروب ، فقال : (العهد قريب والمال أكثر من ذلك ـ وقد كان حيي قد قتل قبل ذلك ـ فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم سميه إلى الزبير ، فمسه بعذاب ، فقال : قد رأيت حيياً

---

(١) منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار جـ٧ ص ١٥٨ .
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي جـ١٠ ص ١٧٠ .
(٣) بفتح الميم : الجلد : أو خاص بالسلخة ، القاموس جـ٣ ص ٣١٨ .

يطوف في خربة ها هنا ، فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك في الخربة ..) رواه البخاري (١) فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بتعزير سميه لما أنكر المال وأخفاه حتى دلهم عليه .

د ـ حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده (أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجة (٢) ، والحبس نوع من أنواع التعزير .

هـ ـ هجرة صلى الله عليه وسلم للثلاثة الذين تخلفوا عن الجهاد معه في غزوة تبوك وأمره لأصحابه بذلك حتى نزل تبوك ونزل القرآن بتوبة الله عليهم في قوله تعالى : [وعلى الثلاثة الذين خلفوا] متفق عليه(٣) والهجر نوع من أنواع التعزير .

٢ ـ الإجماع :

أجمعت الأمة على مشروعية التعزير ، وعملت به منذ زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليوم (٤) .

---

(١) منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار جـ٨ ص ٥٢ .
(٢) منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار جـ٧ ص ١٥٨ .
(٣) رياض الصالحين ص ١٥ .
(٤) الطرق الحكيمة ص ١١٩ .

مايجوز لوالي الحسبة أن يعاقب به من أنواع التعزير ، لوالي الحسبة أن يستعمل في احتسابه الأنواع الآتية :

١ ـ **الضرب :**

وهو أن يضرب المذنب لحق الله أو لحق الآدميين مايراه رادعاً له (١) ، وقد فعله مشاهير المحتسبين ، فعن عبد الله بن ساعدة الهذلي قال : رأيت عمر بن الخطاب يضرب التجار بالدرة إذا اجتمعوا على الطعام بالسوق حتى يدخلوا السكك ، ويقول لاتقطعوا علينا سابلتنا (٢) .

وروى المسيب بن درم قال : رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضرب حمالاً ويقول : (حملت جملك مالا يطيق) (٣) .

ومر على شخص أضجع شاه ليذبحها ، وجعل يحد الشفرة فعلاه بالدرة ، وقال له : (هلا حددتها أولاً) (٤) .

وعلى الوالي أن يجتهد في اختيار الآلة التي يجلد بها ، فتارة يجلد بالسوط وتـــارة

---

(١) الطرق الحكيمة ص ١١٩ .
(٢) إحياء علوم الدين ج٢ ص ٢٢٧ ، التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص ٥٠٧ والحسبة لابن تيمية ص ٥٢ .
(٣) كنز العمال ج٣ ص ١٧٦ .
(٤) كنز العمال ج٩ ص ١١٢ .
(٥) التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص ١٥٥ .

بالدرة (١) ، كما عليه أن يجعلهما معلقين على دكته (٢) ، يراهما الغادون والرائحون ، فترتعد قلوب المفسدين منهم (٣) .

٢ - **النفي :**

وهو التغريب عن الوطن ، فيجوز لوالي الحسبة إذا رأى أحد المجرمين لم ينفع فيه الأدب ولا الجلد ، أن ينفيه إلى بلد آخر (٤) ، لعل التغريب وعذاب البعد عن الوطن على هذه الصورة المخزية يردعه عن فعله ، فإذا وجد الوالي امرأة مشتهرة بالفسق صعب ردعها ، أو غلاماً مخنثاً متهماً بمطاوعته للفسوق في فعل الفاحشة ، أو عثر على رجل يقوم بدور الوسيط في هذه الأمور القبيحة ، أو رأى أحد الباعة قد أوغل في الغشش والتدليس أو ثبت على أحد المهندسين عدم إتقان صنعته ، أو سرقة بعض أجزاء مايوضع عنده ليصلحه ، أو ظهر على أحد الصيادلة عدم التورع من تغيير الدواء المكتوب في الوصفة بدواء آخر لعدم وجود الأول عنده ، ولم تنفع في هؤلاء العقوبات الأخرى فيجوز للوالي أن ينفيهم من البلد الذي هم فيه إلى بلد آخر نفياً أبدياً أو مؤقتاً ، حسب ماتدعو إليه المصلحة العامة .

وقد فعل هذا النوع عمر بن الخطاب رضي الله عنه كما في قضية نصر بن حجاج وابن عمه أبي ذئب حينما نفاهما إلى البصرة (٥) كما نفى صبيغاً بن عسل إليهما لما رأى من بدعته (٦) .

---

(١) نهاية الرتبة ص ١٠٩ .
(٢) نظام الحسبة في الإسلام ، رسالة ماجستير ، عبد العزيز بن محمد بن مرشد ، ١٣٩٢/١٣٩٢هـ جامعة الإمام ، ص ٥٠ .
(٣) نهاية الرتبة ص ١٠٨ .
(٤) الحسبة لابن تيمية ص ٥٢ .
(٥) الفاروق عمر لهيكل جـ٢ ص ٢٦٨ .
(٦) الحسبة في الإسلام لابن تيميه ص ٥٦ .

٣ ـ **الحبس :** (١)

ويكون ذلك إذا كان المذنب مصراً على ذنبه أو يعود إليه مرة تلو أخرى ، أو كان مبتدعاً ويخشى من ضلالته على الناس ، أو كان بذيء اللسان فحاشاً في القول ، كما حبس عمر بن الخطاب رضي الله عنه الحطيئة ، لأنه كان يقول الكلم القبيح ، ويمدح الناس ويذمهم بما ليس فيهم (٢) .

٤ ـ **الغرامة المالية :**

وذلك بأن يحبس المال مدة عن صاحبه فلا يتصرف فيه ، أو يتلفه ، أو يقوم بمصادرته ، وقد عزر الرسول صلى الله عليه وسلم بهذا النوع ، ومن ذلك ، أنه أباح سلب من يصطاد في حرم المدينة لمن وجده (٣) ، وأمر بكسر دنان الخمر وشق ظروفه ، وأمر عبدالله بن عمر بحرق الثوبين المعصفرين فقال عبدالله : أغسلهما قال : لا ، بل احرقهما (٤) وأمر لابس خاتم الدهب بطرحه فطرحه فلم يعرض له أحد (٥) .

كما فعله صحابته رضوان الله عليهم ، فقد أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه بتحريق المكان الذي يباع فيه الخمر لرويشد الثقفي ، وقال : إنما أنت فويسق لا رويشد (٦) ورأى رجلاً قد شاب اللبن بالماء للبيع فأراقه عليه (٧) ، وأراق علي بن أبي طالب قرية كان يباع فيها الخمر (٨) .

---

(١) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٥٦ .
(٢) الفاروق عمر لهيكل جـ٢ ص ٢٦٧ .
(٣) ، (٤) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٥٧ .
(٥) الطرق الحكمية ص ٢٤٥ .
(٦) ، (٧) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٦٠ .
(٨) الحسبة في الإسلام ص ٦٠ .

ولو رأى الوالي أحد الباعة قد أكثر من غش الناس ، أو يفعل أفعالاً ذميمة ، فله أن يغلق محله مدة محدودة ليمنعه من التصرف في ماله أثنائها ، ليكون ذلك زاجراً ورادعاً له عن الإضرار ، أو رأى رجلاً يحمل خمراً أو يلعب بملهاة كالعود والمزمار ، أراق الخمر وكسر الملهاة وعزره على حسب مايراه من المصلحة في حقه (١) .

٥ ـ **الصلب :**

وهو أن يربط المذنب حياً إلى سارية أو خشبة مدة محدودة كيوم أو نصف يوم ، أو ساعة في المكان الذي ارتكب فيه الجريمة مع كتابة جريمته في منشور يوضع فوق المكان الذي صلب عليه ومثال ذلك : أن يظفر والي الحسبة برجل تكرر منه الوقوف في طرق النساء ، أو بالقرب من مدارس البنات لغير حاجة مشروعة أو يظفر أعوانه وعيونه برجل يضايق النساء في الأسواق ويلمسهن أو يطلب منهن أن يتبعنه ، أو يمسكوا بسائق سيارة قد أقدم على محاولة الهرب بامرأة لفعل الفاحشة بها ، فهذه الصورة وما شابهها يجوز لوالي الحسبة أن يأتي بالمذنب إلى المكان الذي ارتكب فيه جريمته ، فيصلبه حياً ووجهه إلى الناس ليروه ويجعل فوق مكانه منشوراً بما فعل ليقرأه كل من مر عليه ، وقد قرر الفقهاء أن لاتزيد مدة الصلب على ثلاثة أيام ، وألا يمنع المصلوب من الطعام أو الشراب أو الوضوء للصلاة ، وأوجبوا عليه أن يصلي أثناء صلبه حسب الاستطاعة (٢) .

٦ ـ **الهجر :**

كان يرى الوالي أن يهجر فاعل المعصية مدة محدودة ، أو يأمر أعوانه وغلمانه ومن يعرف من أهل الخير في البلد بمقاطعته ، مثل أن يعثر على صاحب محل تجاري قد

---

(١) نهاية الرتبة ص ١٠٩ .
(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٩ .

اشتهر بالغش والتدليس أو تطفيف المقاييس أو الموازين أو بعدم اغلاق حانوته أثناء المكتوبة .

ويدخل في هذا النوع منع الناس من التعامل مع من أذنب من الباعة أو أصحاب الصنائع ، أو استصدار قرار من ولي الأمر بمنعه من دخول المناقصات التجارية في كافة البلاد أو في مدينته التي هو فيها ، أو بعدم السماح لأي هيئة رسمية بالشراء منه .

ولو وجد الوالي من أولع بمخالفة الأوامر الصادرة من ولي الأمر ، أو عرف منه الشذوذ عن الجماعة المسلمة في مسيرتها ، أو عثر على صاحب بدعة في الدين ظهر بها على الناس ودعا إليها ، ولم يفد في هؤلاء النصح والتخويف جاز للوالي إلى أن يهجرهم ويأمر الناس بالابتعاد عنهم ، كما هجر الرسول صلى الله عليه وسلم الثلاثة الذين خلفوا في غزوة تبوك ، كما نفى عمر صبيغاً بن عسل .

٧ ـ **التشهير :**

والمقصود منه التسميع بالمذنب ، والمنادة عليه بما ارتكب من الذنب ، وقد كان الولاة السابقون للحسبة عندما يريدون التشهير بالمذنب ، يركبونه حماراً أو جملاً ويلبسونه الطرطور (١) ، ويأمرون من يطوف على هذا النحو في الأسواق وينادي : هذا قد فعل كذا ، فاحذروه (٢) ، كما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه بشاهد الزور حيث أركبه دابة ركوباً مقلوباً وسود وجهه (٣) .

---

(١) نهاية الرتبة ص ١٠٩ .
(٢) معالم القربة ص ١١٠ ، والأحكام السلطانية ص ٢٣٩ .
(٣) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٦٧ .

وفي العصر الحاضر ، يمكن التشهير بالمذنب على هذا النحو ، وعلى طرق أخرى حديثة ، كالإعلان عن جريمته في الصحف مقرونة بصورته الشمسية ، أو إذاعتها في نشرة الأخبار المحلية ، أو إظهاره على شاشة الرائي مع سرد قصته ، أو إلصاق المنشور المتضمن للحكم الصادر بحق الجاني في مكان بارز يراه الجميع ويكون في منطقة نشاطه أو مكان ارتكابه للجريمة .

٨ ـ **التوبيخ والتبكيت :**

وهو أن يحضر المذنب فيؤنبه على فعله يزجره عن صنيعه ، ويبين له سوء مارتكب ويفضح ماأتى به ، ويحذره من أن يعود مرة أخرى ، ويختار الوالي الأسلوب المناسب ، فالرعاع والسفلة لهم التصريح ، أما أهل الفضل والمنزلة الرفيعة ، إذا تاخروا عن فضيلة ، أو تركوا مندوباً ، فيكون توبيخهم تعرضاً لاتصريحاً ، ومن هذا ما رواه ابن عمر : (أن عمر بن الخطاب بينما هو يخطب الناس يوم الجمعة ، دخل رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فناداه عمر : أية ساعة هذه ؟ فقال : إني شغلت اليوم فلم أنقلب إلى أهلي حتى سمعت النداء ، فلم أزد على أن توضأت ، فقال عمر : والوضوء أيضاً ؟ وقد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر بالغسل) (١) . وورد في رواية أخرى أن الرجل كان عثمان ابن عفان رضي الله عنه (٢) .

٩ ـ **التهديد والتخويف :**

ويلجأ إليه عندما يظهر من المذنب عدم المبالاة بما يسمع من النصح والتخويف ، فعندئذ يهدده الوالي بأنه إذا رآه على هذه الفعلة مرة أخرى عاقبه وحاسبه على عناده ،

(١) ، (٢) صحيح مسلم بشرح النووي جـ٦ ص ١٣١ .

وقد هدد عمر بن الخطاب رضي الله عنه من يشبب بالنساء من الشعراء بالجلد .

١٠ـ **العتاب :**

وهو أن يلوم الوالي فاعل المعصية على مخالفته برقة ولطف ، وينبغي أن يكون هذا ، لأصحاب الهفوات الذين يظهر عليهم الحياء والاستقامة .

١١ ـ **إحضار المذنب إلى مجلس والي الحسبة :**

وصورته أن يرسل الوالي أحد أعوانه إلى فاعل المعصية ويطلب منه الحضور ، فإن أطاع وإلا جبره ، فإذا حضر أخبره الوالي بسبب إحضاره ، واستفسره عن ذلك ، وأمره بعدم المعاودة .

١٢ ـ **الإعراض :**

وذلك بأن يستقبل المذنب استقبالاً فاتراً ، أولا يسمح له بمقابلته في اللحظة الأولى ، أو إذا حضر المذنب أعرض بوجهه ولم يسمع اعتذاره .

١٣ ـ **الوعظ :**

بأن يعظه الوالي ويخوفه من عذاب الله سبحانه وتعالى ، ويبين له حرمة مافعل ، والعذاب الذي توعد الله به مرتكب هذا الذنب في الدنيا والآخرة ، ويذكره بأنه سيحاسبه عن كل صغيرة وكبيرة .

١٤ - **الإعلام :**

وهو أن يقول الوالي لفاعل المعصية : لقد بلغني أنك فعلت كذا وكذا ، أو يرسل نائبه أو عريف المذنب إذا كان أحد الباعة أو الصناع .

ولا يستعمل النوعين الأخيرين إلا في حق من عرف بالاستقامة والأخلاق الحسنة ولم يعرف عنه سوابق أخرى ، أما الذين هم معروفون بعدم المبالاة ، أو تاريخ حياتهم غير مرضى ، فلا يستعملان معهم ، بل مايليق بهم من الأنواع الأخرى .

ماليس لوالي الحسبة من أنواع التعزير :

لايحق لوالي الحسبة أن يعاقب بالآتي :

١ - **القتل :**

فليس للوالي أن يقتل تعزيراً (١) ، لأن الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب ، وإذا كان كذلك ، فينبغي ألا تكون عقوبته مهلكة ، بل ماأمنت عاقبته غالباً ، ولكن لما كانت المصلحة العامة للمسلمين تقتضي تقرير عقوبة القتل تعزيراً لبعض المجرمين في حالات خاصة ، جاز إيقاعه على من يستحقه .

وإذا ، فالقتل تعزيراً ، مستثنى من قاعدة عامة ، وإذا كان كذلك ، لم يجز أن يتوسع فيه ، ويترك أمره لعدة جهات ، كل منها ينظر ويجتهد ويقتل ، وإنما حصر الشرع التعزير به ، وجعله من مهمات ولي الأمر (٢) .

---

(١) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٥٦ .
(٢) التشريع الجنائي الإسلامي جـ١ ص ٦٨٨ .

٢ ـ **العزل :**

وليس له أن يعزل أميراً عن إمارته ، أو وزيراً عن وزارته ، أو موظفاً عن عمله ، لأن هذا يؤول إلى الفوضى وإرباك الجهاز الإداري للدولة ، ولأن التوظيف والعزل إنما هو لولي الأمر ، أو من أنابه في ذلك ، كما أن غالب مايتعلق بالعزل يحتاج إلى محاكمة واثباتات ، وسبق أن ذكرنا أن والي الحسبة لايدخل في ولايته ماكان محتاجاً إلى البينات ، ويدخله التدافع والتناكر .

دور والي الحسبة في اقامة الحدود :

أما الجرائم التي فرض الشارع فيها عقوبة مقدرة ، كالشرب والسرقة والزنى والقذف، فالنظر فيها والتحقيق مع فاعلها إنما هو من اختصاصات القضاة ، فإذا ثبت الحكم على أحد المجرمين بجلده في الخمر ، أو بقطعه في السرقة ، أو برجمه أو جلده في الزنا ، أو بجلده في القذف ، تولى تنفيذ ذلك والي الحسبة (١) .

المطلب الرابع : مقارنة بين دعوى الأفراد ودعوى المحتسب

سبق أن رأينا أن دعوى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبة على كل مسلم عاقل بالغ قادر ورأينا أن الاختلاف حول الوجوب هو من حيث هل هو واجب كفائي أو واجب عيني .

ورأينا أنه لآحاد الناس تحريك الدعوى في كل مايدخل تحت موضوع الحسبة ولكن هناك بعض الفقهاء من رأى أن الآحاد لايجب أن يتحملوا عبء هذه المسئولية كاملة خاصة

---

(١) نهاية الرتبة ص ١٠٩ والحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٥٦ .

فيما يتعلق بتحريك الدعوى عندما ينشأ عنها تخطي المراتب الأولى لدفع المنكر فلا يجب أن يتعدى دورهم إلى الضرب أو القتل أو جمع الأعوان لأن ذلك من شأنه أن يحدث انشقاقاً في المجتمع ولاسيما في العصور التي يغلب فيها الجهل والحمق على الحق والعدل .

وإذا كان المحتسب يقوم بهذا العمل بحكم أنه معين من قبل السلطان فهذا يعطيه من القوة مايجعله مرهوب الجانب ، أما آحاد الناس فقد يكون من يقوم بتحريك الدعوى ليس له من قوة الجاه ولا سلاطة السلطة مايجعله مرهوب الجانب فيجرأ عليه العامة وينزلون من قدره أو يلحقون به الأذى .

إلا أن الفروق بين دعوى الأفراد ودعوى المحتسب *** هذه التفرقة يمكن التعبير عنها بلغة العصر أن دعوى المحتسب هى دعوى من جهاز حكومي منظم وأن كانت له اختصاصات عامة أي أنه ينقسم إلى رقابة على أعمال الهيئة الحاكمة ذاتها وعلى رأسها رئيس الدولة ثم رقابة على مافي الأجهزة التي تعمل معاونة للسلطة التنفيذية كما أن الحسبة تتفرع أيضاً لتشرف على باقي الوزارات والمصالح الحكومية

هذه هي الحسبة التي يمكن أن تكون [illegible] النظام وأفرادها معينون من قبل الحاكم ، أما الحسبة عند الأفراد فهي النقد الذي يوجه من قبل عامة الشعب إلى هذه الأجهزة بما فيها جهاز الحسبة نفسه فكأن حسبة آحاد الناس هي رقابة فوق الرقابة العامة وهي التي من اختصاصها أن تنكر على أعلى السلطات في الدولة وتراقب تصرفاتها لأن هذه هي حسبة الشعب المسلم جميعه ضد أولياء الأمور جميعاً وهذا ماسيتضح لنا فيما نعرضه في الباب الثالث .

---

(١) الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ .