مجلة جامعة حمص

سلسلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 47 . العدد 7

1447 هـ - 2025 م

الأستاذ الدكتور **طارق حسام الدين** رئيس جامعة حمص المدير المسؤول عن المجلة

أ. د. وليد حمادة	رئيس تحرير مجلة جامعة حمص للعلوم الإنسانية
أ. د. درغام سلوم	رئيس تحرير مجلة جامعة حمص للعلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية

د.محمد فراس رمضان	عضو هيئة التحرير
د. مضر سعود	عضو هيئة التحرير
د. ممدوح عبارة	عضو هيئة التحرير
د. موفق تلاوي	عضو هيئة التحرير
د. طلال رزوق	عضو هيئة التحرير
د. أحمد الجاعور	عضو هيئة التحرير
د. الياس خلف	عضو هيئة التحرير
د. روعة الفقس	عضو هيئة التحرير
د. محمد الجاسم	عضو هيئة التحرير
د. خليل الحسن	عضو هيئة التحرير
د. هيثم حسن	عضو هيئة التحرير
د. أحمد حاج موسى	عضو هيئة التحرير

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة حمص

سورية . حمص . جامعة حمص . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : 2138071 31 963 ++

. موقع الإنترنت : www.homs-univ.edu.sy

. البريد الالكتروني : journal.homs-univ.edu.sy

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة حمص

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
- طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
- **اذا كان الباحث طالب دراسات عليا:**

يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقته على النشر في المجلة.

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:**

يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :**

يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.

- **اذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :**

يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):**

عنوان البحث . . ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1- مقدمة

2- هدف البحث

3- مواد وطرق البحث

4- النتائج ومناقشتها .

5- الاستنتاجات والتوصيات .

6- المراجع.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسـبة لكليات (الآداب – الاقتصـاد– التربية – الحقوق – السياحة – التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):**
- عنوان البحث . . ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1. مقدمة.
2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
3. أهداف البحث و أسئلته.
4. فرضيات البحث و حدوده.
5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
7. منهج البحث و إجراءاته.
8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
9. نتائج البحث.
10. مقترحات البحث إن وجدت.
11. قائمة المصادر والمراجع.

7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:

أ- قياس الورق 17.5×25 B5.

ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 – يمين 2.5- يسار 2.5 سم

ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8

ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20

ـ كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي ـ العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.

ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.

8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.

9- تقديم أي بحث للنشـر في المجلة يدل ضـمناً على عدم نشـره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.

10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة ـ الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة ـ سنة النشر ـ وتتبعها معترضة (–) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة ـ دار النشر وتتبعها فاصلة ـ الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة.

وفيما يلي مثال على ذلك:

–MAVRODEANUS, R1986– **Flame Spectroscopy**. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

ـــ بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة ـــ المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة ـــ أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.

مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases **Clinical Psychiatry News** , Vol. 4. 20 – 60

ج. إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و التقيد بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة حمص

1. **دفع رسم نشر (50000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.**
2. **دفع رسم نشر (200000) ل.س مئة الف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .**
3. **دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .**
4. **دفع مبلغ (15000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.**

المحتوى

اسم البحث	اسم الباحث	الصفحة
حق المطور العقاري بتعديل ثمن الوحدة المباعة على الخارطة بعد إبرام العقد وفق أحكام القانون السوري والإماراتي	قحطان بدر	30-11
نقد الاحتجاج بمخالفة الإجماع	ماهر محمد الهندي د.محمد الحسن البغا	88-31
آليات ردع الهجمات السيبرانية والحماية منها في الإطار القانوني الدولي والإقليمي	د.مايا صفطلي د.زينه عجيل	124-89
دور السياسة المالية في دعم المشاريع الصغيرة	د.محمد صالح الدالي	156-125

حق المطور العقاري بتعديل ثمن الوحدة المباعة على الخارطة بعد إبرام العقد وفق أحكام القانون السوري والإماراتي

الملخّص

يتناول هذا البحث حق المطور العقاري الذي يقوم ببيع العقارات على الخارطة بتعديل ثمن الوحدة المباعة بعد ابرام العقد، والذي يشكل مشكلة عملية حقيقية عند تنفيذ تلك البيوع خصوصاً في ظل ما يواجه سوق المواد والأجور من تقلبات ارتفاعاً وانخفاضاً، والتي تدفع بالمطور للمطالبة بتعديل الثمن الذي تم الاتفاق عليه مع المشتري، والذي بدوره سيتفاجأ بتلك الزيادة التي سُيطالب بها ما يدفعه لرفضها غالباً، والبحث عن حلول قانونية تدفع عنه هذا العبء، وهو أيضاً ما سيشكل التزاماً مرهقاً للمطور عند التنفيذ، ويدفعه للبحث عن حلول قانونية لترتيب تلك الزيادة على عاتق الزبون كاللجوء لنظرية الظروف الاستثنائية، وعند تعذر تلك الحلول سيلجأ لوضع حلول استباقية كالزيادة المبالغ بها في السعر، وهو ما سيضر بسير العمل، وهو ما يستوجب البحث عن حلول قانونية منصفة لهذه الحالة المتجددة.

وخلصت الدراسة بعد بحث الأسس القانونية التي يمكن أن يستند إليها المطور لزيادة الثمن وفق القواعد المنظمة للبيع إلى نتيجة مفادها عدم إمكان المطور تعديل الثمن في ظل القواعد الحالية، وتم اقتراح حلول لهذه الحالة، وتوصلت الدراسة إلى ضرورة تعديل بعض النصوص القانونية في التشريع السوري، والإماراتي لتصبح أكثر مجاراةً للواقع العملي.

الكلمات المفتاحية: بيع على الخارطة–تطوير عقاري–مطور عقاري– مراجعة ثمن.

The right of the real estate developer to adjust the price of the unit sold off-plan after concluding the contract in accordance with the provisions of Syrian and Emirati law

Abstruct

This research deals with the right of the real estate developer who sells properties off-plan to modify the price of the unit sold after concluding the contract, which constitutes a real practical problem when implementing these sales, especially in light of the fluctuations that the materials and wages market faces, which pushes the developer to demand that the price that was made be modified. Agreeing on it with the buyer, who in turn will be surprised by the increase that will be demanded, which often prompts him to reject it, and search for legal solutions that will relieve him of this burden. This will also constitute a burdensome commitment for the developer upon implementation, and push him to search for legal solutions to arrange this increase on the customer's responsibility, such as resorting to the theory of Exceptional circumstances, and when these solutions are not possible, proactive solutions will be resorted to, such as an exaggerated increase in the price, which will harm the progress of work, which requires searching for fair legal solutions to this renewed situation.

After examining the legal foundations on which the developer can rely to increase the price according to the rules regulating the sale, the study concluded that the developer cannot modify the price under the current rules. Solutions were proposed for this case, and the study concluded that it is necessary to amend some legal texts in Syrian and Emirati legislation. To become more consistent with practical reality.

Keywords: off-plan sale - real estate development - real estate developer - price review.

المقدّمة

يقوم نشاط المطور العقاري على بيع الوحدات العقارية التي يعمل على بنائها وبيعها على الخارطة لتأمين السيولة اللازمة لتنفيذ مشروعه، وكل بيع يجب أن يتضمن ثمناً حتى يتم صحيحاً حيث يتفق المطور والمشتري على ثمن لهذا العقار يتم سداده على دفعات تتزامن مع تقدم العمل. وفي أثناء تنفيذ هذا العقد قد تحدث ارتفاعات في أسعار المواد الأولية الخاصة بالبناء أو بتكاليف اليد العاملة، وهو ما يعني حدوث فجوة بين الثمن الذي تم تقييده في العقد المبرم بين المطور ومشترِ العقار على الخارطة، وبين التكلفة الواقعية بشكل يؤثر على التوازن المالي لهذا العقد، وهو ما يطرح السؤال حول إمكانية المطور العقاري المطالبة بتعديل الثمن المتعاقد عليه بشكل يعيد التوازن المالي لهذا العقد، فهل يمكن للمطور المطالبة بتعديل الثمن بعد تقديره أو ضع أساس لتقديره؟، وذلك في ضوء ما يحكم العلاقات التعاقدية من مبادئ وقواعد في قوانين سورية والإمارات.

إشكاليّة البحث:

عندما يقوم المطور العقاري بممارسة نشاطه في بناء العقارات وبيعها، قد يتعرض لتقلبات في أسعار المواد الأولية أو في أجور التنفيذ نظراً لطول مدد تنفيذ تلك العقود الأمر الذي قد يترتب عليه زيادة في التكاليف، والتي من الممكن أن تتباين مع الثمن الذي تم الاتفاق عليه مع المشترِ في عقد بيع الوحدة المشتراة على الخارطة، وهو ما يطرح السؤال حول مدى حق هذا المطور بالمطالبة بتعديل الثمن بعد إبرام العقد، وما هو مستنده، وإن كان لا يحق له ذلك فما هو الحل؟. وللإجابة على التساؤلات السابقة كان لابد من تأصيل حق المطور في المطالبة بتعديل الثمن في (مبحث أول)، تعارض حق المطور بتعديل الثمن مع القواعد الخاصة بالبيع والمقاولة، والحل المقترح في (مبحث ثاني).

أهميّة البحث وأهدافه

تكمن أهميّة هذا البحث في عدم وجود تنظيم خاص لحق المطور للمطالبة بمراجعة أو تعديل الثمن بعد إبرام عقد البيع على الخارطة، وهو ما يخلق إشكالات عديدة، إنما الأمر متروك

للقواعد العامة التي لا تغطي هذا العقد الجديد، لذلك يهدف البحث لاقتراح حلول لهذه الحالة الكثيرة الوقوع عملياً.

منهج البحث

سيتم الاعتماد في هذا البحث على المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل القواعد القانونية المتعلقة بموضوع البحث للوصول إلى الأهداف المرجوّة من الدراسة.

المبحث الأول: التأصيل القانوني لحق المطور بتعديل الثمن.

لمعرفة قدرة المطور العقاري على تعديل ثمن العقار المباع على الخارطة من عدمه ينبغي البحث بأساس هذا الحق، وذلك من خلال الرجوع لأساس العلاقة التي ربطت بين المطور والمشترِ على الخارطة، وهي عقد بيع العقار على الخارطة، ومن ثم بحث أحكام وأُسس هذا الثمن في القواعد الخاصة به لمعرفة مدى إمكان المطور من تعديله أو عدم قدرته على المطالبة بتعديله، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: عقد البيع على الخارطة مصدر لحق المطور بتعديل الثمن.

بما أن الرابطة التي تربط بين المطور العقاري والمشتري منه على الخارطة هي عقد البيع على الخارطة فهو أساس العلاقة بينهم، وهو في ذات الوقت المرجع الذي ينبغي الرجوع إليه، فيكون من اللازم التعريف به، ومن ثم بحث تكييفه لمعرفة القواعد التي تطبق عليه، وذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول: التعريف بعقد البيع على الخارطة.

تنوعت التعاريف التي تعرضت لهذا العقد بين الفقه، والتشريع، وذلك على النحو الآتي:

1-التعريف حسب وجهة النظر لتشريعية: تعددت التشريعات التي تعرضت لتعريف هذا العقد، وذلك على النحو الآتي:

آ-**تعريف المشرع الفرنسي:** كان المشرع الفرنسي أول من عرف هذا العقد، فسبق بذلك التشريعات العربية التي استقت التعريف منه، وورد التعريف بالمادة /1601/ في فقراتها الأولى والثانية من القانون المدني الفرنسي تحت مسمى بيع العقار تحت الإنشاء، والذي عرفه بأنه: (البيع الذي يلتزم فيه البائع بإنشاء بناء خلال مهلة محددة منصوص عليها في العقد، ومن الممكن أن يعقد هذا البيع لأجل أو بالحالة المستقبلية للإنجاز).

ب-تعريف المشرع الإماراتي: عرف المشرع الإماراتي لإمارة دبي عقد البيع على الخارطة في المادة /2/ في القانون /9/ المعدل بالقانون رقم /13/ لعام 2008 الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي بأنه: (بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاءها). وعرفه المشرع الإماراتي في إمارة أبوظبي[1] أيضاً تحت مسمى البيع على المخطط بأنه: (العقد الذي يتم بموجبه منح المشتري حقوقاً عقارية على وحدة عقارية مقترحة على مخطط الطبقات أو مخطط المجمع).

ج-المشرع السوري: لم يعرف بيع العقار على الخارطة في قانون التطوير العقاري، ولا لائحته التنفيذية رغم اعتباره الوسيلة الرئيسية لبيع العقارات التي ستنتج عن مشاريع التطوير العقاري، إلا أن المشرع السوري كان قد عرف هذا العقد في القانون /14/ لعام 1974 الخاص بإعمار العرصات، والملغى بالمرسوم التشريعي رقم/82/ للعام 2010 المتعلق بتعريف التجمعات العمرانية و العرصات وشروط الترخيص بالبناء على المقاسم والعقارات الذي أتى خالياً من أي تعريف، وقد عرف المشرع السوري عقد البيع على الخارطة بالقانون الملغى على أنه: (عقد يلتزم البائع من خلاله بإنجاز بناء للمشتري مقابل ثمن تقديري يدفعه المشتري دفعة واحدة أو على أقساط تدفع في آجال يتفق عليها الطرفان). ورغم اختلاف صياغة التعريفات التشريعية المختلفة لبيع العقار على الخارطة إلا أنها تجمع في نهاية المطاف على أن ما يميز عقد بيع العقار الخارطة وقوعه على عقار غير موجود أو على الأقل غير مكتمل عند التعاقد.

2-التعريف الفقهي لبيع العقار على الخارطة: نتيجة لتعدد التعريفات التشريعية لعقد بيع العقار على الخارطة فقد تعددت التعريفات الفقهية تبعاً لذلك، وذلك على النحو الآتي:

أ-تعريف الفقه الفرنسي: يعرف الفقه الفرنسي عقد البيع على الخارطة بأنه: (عقد بيع عقاري محله عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز يلتزم البائع بتشييده وفقا للنماذج والتصاميم المطلوبة، من خلال الآجال المتفق عليها في العقد، وتسليمه للمشترى، وذلك مقابل التزام المشتري بدفع أقساط ودفعات مجزأة تحدد وفقاً لمدى تقدم الأشغال خلال المدة ما بين إبرام العقد وتسليم العقار)[2].

---

[1] القانون رقم /3/ لعام 2015 الخاص بالتطوير العقاري في إمارة أبو ظبي.

[2] Warrant Agricole et Baraton Hdeffinger, Vente d'immeuble à construire, répertoire de Droit civil, 2e, Tome 5, Dalloz, Paris, France, 1988, p, 12.

مشار إليه لدى: محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 6، عد 1، جامعة مدينة السادات-كلية الحقوق، مصر، 2020، ص، 20.

ب-تعريف الفقه العربي: تنوعت تعريفات الفقه العربي لهذا العقد، وذلك على النحو الآتي:

عرفه البعض بأنه[3]: (عقد يتملك بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ البائع ببنائه بعد أو لم يكتمل بناؤه حين التعاقد، وفيه يتعهد البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها مقابل تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها).

وعرفه آخرون بأنه: (عقد محله وحدة عقارية مفرزة أو أكثر في مشروع عقاري، مقترح إنشاؤها أو في طور الإنشاء، يلتزم بمقتضاه البائع (المطور العقاري) ببنائها وفقاً لنماذج ورسومات، ومواصفات معينة، خلال فترة زمنية يتم الاتفاق عليها وتسليمها، ونقل ملكيتها للمشتري، مقابل التزام الأخير بسداد ثمنها الذي يسدد غالباً على دفعات أو أقساط تحدد قيمتها، ومواعيد سدادها في العقد بالاتفاق بينهما[4].

ومن خلال التعريفات السابقة، وتعددها يمكن لنا أن نستنتج الحدود الرئيسة لهذا العقد، والتي يمكن إجمالها من خلال النقاط الآتية:

1-إن عقد بيع العقار على الخارطة يتعلق بعقارات لم توجد بعد أو جدت لكن لم تكتمل بشكل نهائي تحت الإنشاء.

2-عقد يتدخل به عامل الزمن، وذلك من خلال التشييد الذي يتم عبر مدة زمنية ترتبط بمستوى تقدم العمل، والتي يرتبط بها مقدار الدفعات.

الفرع الثاني: تكييف العقد، وأثره على تعديل الثمن.

يترتب على تكييف العقد بشكل عام معرفة القواعد القانونية التي ستطبق عليه في مراحله المختلفة إن كان غير مسمى كما هو حال هذا العقد في القانون السوري، أو كان مسمى لكن لم يخصه المشرع بأحكام خاصة في هذه الجزئية كما هو حال هذا العقد لدى المشرع الإماراتي خصوصاً في مرحلة تنفيذه التي من الممكن أن يتخللها نزاعات بين الأطراف، ومسألة إمكان تعديل الثمن بعد إبرام العقد علماً بأن تكييف هذا العقد، ما زال محل خلاف بين الفقهاء.

[3]ضحى محمد سعيد النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني "دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد 49، يناير 2012، ص، 232.

[4]عمرو طه بدوي، النظام القانوني للتطوير العقاري، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2020، ص، 114.

أولاً: تكييفه على أنه بيع عادي أو عقد مقاولة: حاول بعض الفقه تكييف عقد البيع على الخارطة ضمن طائفة العقود المسماة في القانون المدني، وذلك على النحو الآتي:

1-تكييفه على أنه عقد بيع عادي: يرى هذا الفقه أن بيع العقار على الخارطة ليس إلا عقد بيع تقليدي لا يحمل أي خصوصية تميزه عن عقد البيع العادي، فهو ليس إلا صورة من صوره حتى وإن كان يحمل في طياته أحكام تقربه من عقود أخرى كعقد المقاولة[5]. ورغم احترامنا للرأي السابق إلا أنه يصعب الأخذ به، فصحيح أن الفقه المذكور يبرر رأيه بالاستناد إلى وحدة الأصل في كل من العقدين، بيع الخارطة والبيع العادي، وذلك باعتبار أنهما يرتبان أثراً واحداً، وهو نقل ملكية العقار المبيع، وهو ما يؤدي إلى وحدة الأركان، ووحدة الآثار الناجمة عن كلا العقدين. إلا أننا لو أمعنا النظر نجد أن كلا العقدين رغم أنهما يرتبان ذات الأثر من خلال ترتيب نقل الملكية إلا أنهما يختلفان لجهة زمن نفاذ ذلك الأثر، ففي بيع العقار على الخارطة لا يستطيع المطور العقاري نقل ملكية العقار المبيع بشكل فوري، وكامل إلا بعد الانتهاء الكامل من أعمال إنجازه، فيكون بذلك التزامه معلقاً لحين إيجاد العقار رغم الاتفاق على الثمن، وهو ما يفسر تقسيط الثمن الذي يحدد أو تحدد معايير تحديده عند التعاقد، وذلك على خلاف البيع العادي الذي يكون فيه العقار موجوداً وقت التعاقد فتنتقل ملكيته بمجرد تبادل الإيجاب والقبول مع الاتفاق على الثمن.

2-تكييفه على أنه عقد مقاولة: ظهرت بعض الآراء الفقهية[6] التي نادت بأن بيع العقار على الخارطة يمثل صورة من صور عقد المقاولة، وقد أسست تلك الآراء موقفها ذلك بالاستناد إلى عنصر الأرض التي سيقام عليها البناء الذي تم الاتفاق على بيعه بموجب بيع على الخارطة حيث إذا تضمن عقد المقاولة تقديم الأرض علاوة على تقديم العمل والمواد من قبل المطور، فنكون أمام صورة من صور عقد مقاولة، وما تعهد المطور بإقامة المبنى على الأرض التي يملكها إلا بيعاً للأرض، وما سيقام عليها من أبنية اشتمله عقد المقاولة.

---

[5] ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري "دراسة مقارنة"، مطبوعات دار القضاء، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، طبعة أولى، 2014، ص، 77.

00000000000000000000000

+++++++++

[6] وليد محمد سعد خليفة، النظام القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2016، ص، ص، 58، 59.

ونرى أن الأخذ بالرأي السابق –من حيث ظاهره– ينتهي بنا بشكل مؤكد إلى تكييف بيع العقار على الخارطة كصورة من صور عقد مقاولة التي نصت عليها القوانين التي نظمت عقد المقاولة منذ زمن بعيد، إلا أننا لو أمعنا النظر في بيع العقار على الخارطة نجد أن لكل عقد ما يميزه عن الآخر، وإن التفرقة بين عقد المقاولة وعقد بيع العقار على الخارطة لها أهمية عملية كبرى، وليست تفرقة نظرية فحسب حيث يخضع كل عقد من العقدين لنظام قانوني يختلف تماماً عن النظام الذي يخضع له العقد الآخر، وذلك بخصوص إسقاط أحكام كل عقد على آثاره، وهذه الأحكام هي التي تنفي تكييف البيع على الخارطة على أنه عقد مقاولة رغم استعارته لجزء كبير من أحكام المقاولة عند تنفيذه، وترتيب آثاره، وهو ما يتجلى من خلال الآتي:

1– يقع بيع العقار على الخارطة على عقار فقط دون غيره، أما عقد المقاولة فهو من العقود الواردة على العمل، فيقع على المنقول كما يقع على العقار.

2–عقد بيع العقار على الخارطة في جوهره يقوم على نقل ملكية العقار المبيع على الخارطة، وهو الالتزام الجوهري ويتبعه باقي الالتزامات من بناء، وتسليم، والتي بدورها يتوقف عليها نقل الملكية بشكل كامل، أما عقد المقاولة، فيتمثل في تقديم عمل لحساب صاحب العمل، وإن تم الاتفاق على القيام بالأعمال على أرض عائدة للمقاول فنكون أمام عقدان متمايزان، مقاولة وعقد بيع، وليس عقد واحد كما هو الحال في عقد بيع العقار على الخارطة.

3– يحق لصاحب العمل في عقد المقاولة أن يتحلل من العقد، ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمام العمل، وذلك شريطة أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[7]، بينما نجد أن هذه المقدرة بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة غير موجود في عقود البيع عامة، ومنها البيع على الخارطة، فلا يجوز لأحد الأطراف أن يتحلل من التزاماته ويطلب فسخ العقد إلا إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته.

[7] المادة /629/ من القانون المدني السوري.

3-مقابل عقد البيع على الخارطة ثمن، بينما مقابل المقاولة أجر، ولا بد من الاتفاق على الثمن في البيع فلا بيع دون ثمن[8]، أما في المقاولة فإذا لم يحدد الثمن فلا يتأثر العقد[9]، وإنما يرجع إلى تحديد الأجر بالنظر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول.

ثانياً: تكييفه على أنه عقد مركب من بيع ومقاولة: يرى جانب مهم من الفقه الفرنسي[10] -الذي نتحفظ عليه- أن عقد بيع العقار على الخارطة عقد مركب، وذلك من خلال وروده على ناحيتي الملكية، وناحية العمل الشاملة للإعمال المادية من بناء وإنشاء، وللأعمال القانونية المتعلقة بالتمثيل القانوني بخصوص التعاقد باسم المشتري بخصوص المعاملات الإدارية. فمن جهة العمل يتعهد المطور في عقد البيع على الخارطة بالتزامين لا يمكن فصلهما عن بعضهما، وذلك من خلال الالتزام بإنجاز البناء الذي يتضمن البناء وإتمامه، والالتزام بتسليم ذلك البناء، وهي التزامات تتفرع عن الجانب الذي يمليه الشق المقتبس من عقد المقاولة. أما من ناحية الملكية، فيلتزم المطور بنقل الملكية للمشتري بحسب العقد الرابط بينهم إن كان بيعاً لأجل أو كان بيعاً في الحالة المستقبلية مقابل التزام هذا المشتري بدفع الثمن إن كان على أقساط أو كان على دفعتين حيث إن القاعدة أن لا ثمن فلا بيع ***"pas de prix, pas de vente"***، وعليه لا يعد بيع العقار على الخارطة عقد بيع قطعي لكون دفع الثمن فيه معلق على تحقق شروط البناء، والتسليم التي يتعلق عليها أداء الثمن، وليس بعقد المقاولة صرف. ونحن هنا رغم تقديرنا لرأي الفقه الفرنسي، وإقرارنا بصحته لكننا نأخذ عليه أنه لم يتعرض إلى حقيقة عقد البيع على الخارطة من حيث وقوعه على أشياء مستقبلية، وعندما نقول أشياء نعني بها العقار ومكوناته إضافة للمنافع من عمل وغيره، وذلك لجهة الالتزامات التي يمليها الشق المقتبس من عقد المقاولة أو لجهة الالتزام بنقل الملكية كشق مقتبس من عقد البيع التقليدي.

وبناءً على ما سبق نكييف عقد البيع على الخارطة على أنه عقد مركب من بيع ومقاولة محله تعاقد على أشياء مستقبلية، وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة في القانون المدني حيث تجيز المادة /132/ من القانون المدني أن يكون محل الالتزام "أي التزام يكن" من حيث الأصل سواء أكان بيع، مقاولة، إيجار أو غيره أن يكون شيئاً مستقبلياً.

[8]Philippe Malaurie et Laurent aynes, Droit des contrats spéciaux, 8e edition, LGDJ, 2016, France, p, 151.

[9] المادة /625/ من القانون المدني السوري.

[10]Marianne faure-abbad , Droit de la construction, 3 edition, Gualino éditeur, France, 2016, p, 166.

المطلب الثاني: خصوصية الثمن في بيع العقار على الخارطة.

إن الثمن ركن من أركان عقود البيع بشكل عام، وذلك من خلال ما يمثله كعوض نقدي عن نقل الملكية إلا أنه في بيع العقار على الخارطة يحمل مضامين لا تقتصر على معنى الثمن بمعناه التقليدي لجهة مضمونه، وأحكامه، وذلك نظراً لطبيعة العقد إضافة لملاءمة قواعد تحديده بناءً على القواعد العامة، وهو ما سنبحثه من خلال الآتي:

الفرع الأول: مشتملات الثمن في عقد البيع على الخارطة: يحمل الثمن في بيع العقار على الخارطة خصوصية تميزه عن الثمن المعروف في عقود المعاوضة، وتتجلى تلك الخصوصية من خلال ما يتضمنه الثمن في هذا العقد من عناصر، وما يطبق عليه من أحكام، وذلك وفق التفصيل الآتي:

1-مضمون الثمن في بيع العقار على الخارطة: بناءً على تكييف العقد على أنه عقد مقاولة، وبيع لأشياء مستقبلية، وذلك من خلال جمع المطور لصفتي البائع من خلال التزامه بنقل ملكية العقار، وتسليمه للمشتري مقابل ثمن، إضافة لقيامه بوظيفة المقاول عبر التزامه بإنجاز العمل المتفق عليه، وذلك ضمن المدة، والشروط المتفق عليها كونه يلتزم بالقيام ببناء العقار لمصلحة المشتري، ويتعهد بنقل ملكيته له في ميعاد معين، وبالتالي يحمل الثمن في عقد البيع على الخارطة معنى الثمن من جهة باعتباره بيعاً يحتاج لمقابل نقدي نظير نقل ملكية العقار، ومعنى الأجر من جهة أنه يتضمن عوض عن قيام المطور بالعمل لمصلحة المشتري، وذلك لأن الثمن يرد على البيع، والأجر نظير القيام بعمل.

وما الخصوصية التي يتمتع بها بيع العقار على الخارطة، والتي تجعل المقاولة قاصرة عن تغطية أحكام هذا العقد لوحدها بشكل كامل، والتي تجعله أقرب للبيع منه للمقاولة من خلال غلبة الالتزامات التي يلقيها على عاتق أطرافه، وتحديداً التزام المطور بنقل ملكية العقار بشكل أساسي، وتسليمه للمشتري، وتسجيله لدى الدوائر المختصة، والذي يتضمن بشكل ضمني ضرورة القيام بإيجاد العقار بتنفيذه، وتشيده هي ذاتها التي تمنح خصوصية لهذا العقد، ولركن الثمن فيه، وذلك من خلال شمول ركن الثمن فيه لكلا العنصرين اللذين يقوم عليهما كل من عقد المقاولة، وعقد البيع، وهما الأجر والثمن. إلا أن الثمن هو الغالب في عقد البيع على الخارطة حيث أن الثمن

بمفهومه العام يقوم على الجمع بين قيمة الشيء المباع إضافة لتكاليفه[11]، وما عنصر الأجر الذي يتضمنه الثمن في بيع العقار على الخارطة في حقيقته إلا تكاليف لذلك الشيء المباع مستقبلياً علاوة على قيمته، فما الثمن في بيع الخارطة إلا مزيج من البدل النقدي عن الشيء "العقار"، والأجر عن العمل.

ثانياً: أسس تحديد ثمن العقار المباع على الخارطة: لم يخص المشرع السوري ولا المشرع الإماراتي في القواعد التي نظمت هذا العقد أسس تحديد الثمن فيه بأية أحكام خاصة، وبالتالي في ظل هذا السكوت ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في أسس تحديد الثمن في العقود، وقد وضع المشرع السوري[12]، والإماراتي في المادة /314/ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات أحكاماً عامة لطرق ووسائل تحديد الثمن في عقود البيع بشكل عام، فيشترط في الثمن كمحل التزام في عقد البيع أن يكون نقدياً، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير، وتقدير الثمن أو قابليته للتقدير تكون باتفاق المتابعين لا يستقل بتعيينه أحدهما دون الآخر، ولكن ليس من الضروري أن تكون القيمة مقدرة فعلاً باتفاق الطرفين إنما يكفي أن تكون قابلية المبيع للتقدير باتفاقهما[13]، وقد وضع المشرع في القانون المدني بناءً على القواعد العامة أسس لتقدير ثمن المبيع، وهو ما يثير السؤال حول ملاءمة هذه الأحكام لبيع العقار على الخارطة، وهو ما سنبحثه من خلال الآتي[14]:

1-أن يكون الأساس في تقدير الثمن اتفاق المتعاقدين: ويستفاد هذا من منطوق المادة /391/ مدني سوري، و /314/ وما يليها معاملات مدنية إماراتي التي تقضي بجواز تحديد أسس تقدير الثمن، أي أن الأصل في تحديد الثمن يخضع لإرادة المتعاقدين، ولا يحد من هذه الإرادة إلا عدم مخالفة القواعد القانونية الأمرة كأن يتم الاتفاق على أن يكون الثمن غير نقدي أو أن يكون غير مشروع، ومراعاة ألا يكون الثمن تافهاً أو صورياً.

2-أن يكون الأساس في تقدير الثمن سعر السوق: فقد يتفق الطرفان المتبايعان على أن يكون أساس تقدير الثمن هو سعر السوق، فيكون بذلك السعر غير مقدراً، ولكنه قابل للتقدير من خلال

[11]Philippe malaurie et Laurent aynes, Droit des contrats spéciaux, Op. Cit, p, 150.

[12]وذلك في المواد /391/، والمادة /392/ من القانون المدني السوري.

[13]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني، الهبة والشركة، والقرض والدخل الدائم، والصلح، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون تاريخ. ص، 370.

[14]المرجع ذاته، ص، 375 وما يليها.

الرجوع إلى سعر السوق كأن يتفق المتبايعان على سوق في مكان، وزمان معين فيكون هذا السوق هو المعتبر، أما إذا اقتصر على ذكر سعر السوق دون بيان أية سوق، فهنا يفترض النص القانوني أنهما قد قصدا السوق في المكان، والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع.

3-أن يكون أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل: وهنا يُفترض أن المتبايعان لم يحددا ثمناً للمبيع وسكتا عن تحديد أساس لتقدير الثمن، وهنا يفترض النص أن يكون هذا السكوت منطوياً على اتفاق ضمني بين الطرفين يستفاد من الظروف، والملابسات المحيطة للعقد على أن يتم تحديد الثمن تبعاً إلى السعر المتداول في التجارة، وهنا يكون الثمن قابلاً للتقدير على الرغم من أن المتبايعين لم يقدراه. وفي هذه الحالة يرجع في تقدير ثمن المبيع إلى سعره المتداول بين التجار، وتكون العبرة في هذه الحالة ليست لقيمة المبيع في ذاته إنما لسعره المتداول في السوق أو أن يكون الاتفاق الضمني على أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بين الطرفين، ويكون الثمن المتعامل به هو المرجع في التقدير.

ويستنتج من خلال استقراء القواعد العامة السابقة أن المشرعان السوري والإماراتي لم يضعا قيداً على أسس تحديد الثمن في عقود البيع، وذلك من خلال ترك ذلك التحديد إلى إرادة المتعاقدين شريطة أن يوضع أساس للتقدير، وإلا بطل البيع نتيجة لغياب ركن الثمن، وهو ما يثير السؤال حول ملاءمة هذه الأسس لتحديد الثمن في بيع العقار على الخارطة.

وبخصوص أسس تحديد الثمن في عقد بيع العقار على الخارطة، فيجب أن تكون أسساً موضوعية حتى تمنع الخلاف بين المطور، والمشتري في المستقبل، فإذا تم التعاقد بين الطرفين لكن دون تحديد لثمن العقار المبيع مع الاتفاق على وضع معيار موضوعي لتعيين ذلك الثمن مستقبلاً يتم العقد صحيحاً، إلا أن هذا التحديد لا يجوز أن يتجاوز مرحلة قيد العقد وعناصره الجوهرية ومنها الثمن في السجل المبدئي أو السجل المؤقت كون هذا التسجيل يترتب على تخلفه بطلان العقد في قوانين سورية والإمارات، وهو ليس مجال بحثنا إلا أنه ينبغي تحديد الثمن وقيده في السجل المبدئي أو المؤقت بشكل نقدي، وهو ما يعني تحديد الثمن بشكل قاطع رغم أي قواعد أخرى.

المبحث الثاني: تعارض حق المطور بتعديل الثمن مع القواعد الخاصة بالبيع والمقاولة، والحل المقترح.

من المعروف أن العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف، وهو ما ينطبق على عقد بيع وحدات التطوير العقاري أياً كان تكييف هذا العقد أن كان كيف على

أنه عقد بيع أو عقد مقاولة أو حتى كيف على أنه عقد مركب من كلا العقدين، وهو ما سنبينه من خلال تعارض حق المطور بالتعديل مع أحكام تلك العقود في مطلب أول، ومن ثم اقتراح حل لهذه الحالة في مطلب ثاني.

المطلب الأول: تعارض حق المطور بزيادة الثمن مع أحكام البيع والمقاولة.

تعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من القواعد الراسخة في القانون، ومن المعروف أنه عندما يتم الاتفاق على مضمون عقد ما فلا يمكن تعديل ذلك الاتفاق إلا برضا كلا المتعاقدان، وهو ما يتطابق مع عقد البيع على الخارطة في كلا الشقين المتعلقان بالبيع والمقاولة، وذلك رغم ما يحتويه عقد المقاولة من أحكام خاصة نظهرها من خلال الآتي:

الفرع الأول: عدم إمكانية تعديل الثمن بالشق الغالب فيه عقد البيع:

المبدأ، ووفقاً للقواعد العامة في القانون السوري، والإماراتي المتعلقة بأسس تحديد الثمن، والتي تعرضنا لها سابقاً ليس هناك مجال لتعديل الثمن حيث أن الثمن ركن من أركان العقد، فمجرد عدم الاتفاق عليه، أو على أسس تحديده، فذلك يعني أن العقد لم ينعقد أو يتحول إلى عقد غير عقد البيع. فمثلاً لو اتفق الأطراف على جواز إعادة النظر في الثمن في مرحلة لاحقة للعقد، ولنفرض عند التسليم أو عند تسجيل الحق العقاري في السجل العقاري المخصص، فيترتب على ذلك أن العقد لا ينعقد لانتفاء ركن من أركانه المتمثل بالثمن، وعليه فلا ينعقد العقد إلا من لحظة ذلك التعيين، وذلك بصرف النظر عن التسمية التي يطلقها الأطراف عليه، وكل مرحلة قبل ذلك التعيين تعتبر التزاماً ابتدائياً، وخير مثال على ذلك اتفاقية البيع الابتدائية وفق القانون الإماراتي في المادة /8/ من القانون رقم /13/ لعام 2008 التي لا يعتد بها إلا بتسجيلها في السجل المبدئي بعد تعيين الثمن فتصبح عقد نهائي.

وغالباً ما يدرج المطور العقاري معتمداً في ذلك على تفوقه الاقتصادي، والفني على المشتري مستغلاً حاجة هذا الأخير الملحة إلى الوحدة العقارية شرطاً ينص على أن الثمن يحدد مؤقتا على أن يتم تحديده بشكل نهائي بعد إعداد المخططات وتحديد المساحة النهائية للعقار الموعود ببيعه أو حتى إنجازه، وفي بعض الحالات يكون بقية الثمن المطالب بدفعه أعلى من حيث المقدار من الثمن الأصلي المتفق عليه، وقد يعمد المطور على أساس ذلك إلى القضاء لمطالبة المشتري بأن يسدد له الفارق في قيمة الثمن، ونرى بأن هذه الحالة تمثل حيلة لا يمكن القبول بها كونها تعني ضمناً عدم انعقاد العقد كونه لم يحدد الثمن أو لم تحدد أسس تعيينه

وبخصوص حالة تأجيل تحديد الثمن نجد أن القانون والقضاء الفرنسي حرص على حسم الجدل بخصوص تقييم الطبيعة القانونية للشروط القاضية بإرجاء تعيين الثمن النهائي من خلال ترتيب جزاء البطلان إزاء البيع المبرم بمقتضى العقد الذي ينفرد محرره بموجب شرط من شروطه بحق تعيين الثمن أو تعديله لاحقا بصفة أحادية([15])، وهو الموقف المتبنى من المشرع الفرنسي في قانون البناء والإسكان الفرنسي الذي أقر الاتفاق على مراجعة أسعار الوحدات المباعة من قبل المطور، وذلك شريطة أن يتم النص في العقد بموجب بند خاص يقضي بقابلية الثمن للمراجعة في حال تغير سعر التكلفة فقط، وتحديد الحق بطلب المراجعة بدفعة واحدة فقط من أقساط ثمن العقار، وإلا كان القضاء بالمرصاد[16].

الفرع الثاني: الشق الخاص بعقد المقاولة.

سبق وأسلفنا أن عقد المقاولة ليس فيه ثمن إنما ينطوي على معنى الأجر، والقاعدة بالنسبة للأجر أنه إن كان مقدراً أو موضوعاً له أسس لتقديره، فلا يجوز تعديله بالزيادة أو الإنقاص إلا باتفاق الطرفين إلا في حالات محددة نص عليها القانون، وهي على النحو الآتي:

آ-نص المادة /623/ من القانون المدني السوري المطابقة للمادة /866/ قانون معاملات مدنية إماراتي التي تتعلق بإبرام مقاولة بموجب مقايسة، ويحصل زيادة محسوسة بتنفيذ العمل تتطلب زيادة بالأجر كالاتفاق على بناء أعمدة من ارتفاع معين ، فيظهر أنها تحتاج إلى علو أكثر يتطلب أجراً أعلى، وهذه الحالة غير ذات صلة بعلاقة المطور مع المشتري على الخارطة، ولا يمكن له أن يستند إليها لتعديل ثمن العقار المباع على الخارطة، وإن كانت تصلح لحالات أخرى.

ب-التحديد الإجمالي: وهذه الحالة تتصل بعلاقة المطور مع المشتري على الخارطة حيث يتحدد ثمن العقار بشكل إجمالي أو أن يتضمن شروطاً إضافية تتعلق بإضافات زائدة خاصة، وهو ما يفتح الباب أمام المطور للمطالبة بتعديل الأجر، وهنا نصت المادة /624/ من القانون المدني المطابقة للمادة /887/ إماراتي على: (1-إذا أبرم العقد بأجر اجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو أن يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.2. ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة).

[15] Cass.Com, 24 mars 1965, JCP, II, 14378. Voire; https://www.legifrance.gouv.fr
[16]Code de la construction et de l'habitation, L’article /261-11/.

والنص السابق يفيد بأن المطور لا يستطيع المطالبة بتعديل الأجر بالزيادة عندما يتم الاتفاق على أجر إجمالي للأعمال، إنما يستطيع إدراج شرط تقبله القواعد العامة يمكنه من المطالبة بتعديل الثمن "الأجر"، ولكن هذه المطالبة مشروطة بتحقق شرطين: أولاً: موافقة المشتري كتابة على تلك الزيادة "الإذن". ثانياً: معلومية مقدار الزيادة للمشتري، والاتفاق عليها.

وهو ما يعني وجوب وجود موافقة مسبقة، ومعلومة من قبل المشتري على الخارطة قبل الزيادة، وهذه الحالة لا يمكن امتدادها لكامل الثمن، إنما تنحصر في تصميم معين تطلب زيادة في النفقات، وهو ما يعني إغلاق الباب أمام المطور لزيادة الثمن.

المطلب الثاني: إمكان تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، والحلول المقترحة حال تعذرها.

أعطت التشريعات –استثناءاً من مبدأ سلطان الإرادة– الحق لكل من المتعاقدين بالنيل من التنفيذ الحرفي للعقد، والتمكين من تعديله إن أرهقه تنفيذ ذلك العقد في جزء منه وفق الشروط المتفق عليها في ذلك العقد، وذلك ضمن شروط، وضوابط خاصة حددتها وقيدتها التشريعات، وهي ما يسمى نظرية الظروف الاستثنائية، فهل يمكن تطبيقها على بيع الوحدات العقارية على الخارطة، وهو ما سنبحثه في الفرع الأول، ونبحث الحلول التي وضعتها التشريعات المقارنة في حال تعذر تطبيقها وفق شروطها في فرع ثاني.

الفرع الأول: تعذر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال بيوع الخارطة.

تبنى المشرع السوري، والإماراتي نظرية الظروف الاستثنائية في القانون المدني[17] لحماية المتعاقدين من الظروف الاستثنائية التي تجعل تنفيذ الالتزام المتفق عليه مرهقاً، وذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية بإعادة التوازن لالتزامات أطراف العقد، وتعد هذه النظرية خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة وتقييداً لحرية أطراف العقد، ولكن التمسك بهذه النظرية خيار ضروري لحماية المتعاقدين من ظروف لم تكن بالحسبان ولا تخضع لسيطرتهم، وهنا يطرح السؤال حول كفاية هذه النظرية بخصوص اقتصاديات عقد البيع على الخارطة، الذي يمكن الإجابة عليه من خلال الآتي:

أولاً: شروط تطبيق النظرية: يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عدداً من الشروط ينبغي تحققها **جميعاً** حتى يستطيع أحد الأطراف المطالبة بتطبيقها، والتي يمكن حصرها الآتي:

[17] تبنى المشرع السوري نظرية الظروف الطارئة في المادة /2–148/ من القانون المدني، وكذلك المشرع الإماراتي في المادة /249/ من قانون المعاملات المدنية.

1-أن يكون العقد الذي تثار في شأنه نظرية الظروف الطارئة من العقود المتراخية التنفيذ: وهذا الشرط من الشروط الأساسية لتطبيق النظرية حيث أن مجال تطبيقها يكون في العقود التي يكون فيها فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد، وتنفيذه.

2-أن تجد بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة: ويقصد بهذه الحوادث الاستثنائية أن تكون غير قابلة للدفع أو من المستحيل تفاديها، ويجب أن تكون عامة أي لا يد للمتعاقدين في وقوعها.

3-أن تكون الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها: أي ينبغي أن لا يستطيع المتعاقدون توقع حصول تلك الظروف أثناء مرحلة التعاقد، أما إن كان هناك سبيل لتوقع حدوث تلك الظروف الاستثنائية، فيكون بالإمكان تفاديها، وهو ما يترتب عليه عدم إمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

4-أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً.

ب-إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة بخصوص بيع العقار على الخارطة: إذا توافرت شرائط نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهنا يأخذ تدخل القاضي عدداً من الوجوه، فإما أن يتدخل، ويقرر وقف تنفيذ الالتزام ريثما يزول الحدث الطارئ المسبب للإرهاق أو أن يقرر زيادة الالتزام المرهق أو إنقاصه. وبتطبيق ما سبق على البيع على الخارطة فيمكن تصور حدوث فرضين في هذا الشأن، وذلك على النحو الآتي:

1-حدوث حوادث طارئة تؤدي إلى صعوبة، وإرهاق في تنفيذ أحد الالتزامات الناتجة عن تنفيذ العقد، كأن تحدث جائحة تؤدي إلى تأخير ميعاد تسليم الوحدات المباعة أو أن يحدث زلزال يؤدي إلى تهدم بعض أجزاء الأبنية أو الإضرار بها قبل التسليم، فهنا يمكن للقضاء أن يتدخل، ويقضي بتمديد ميعاد التسليم أو بكفاية التسليم وفق الحالة الموجودة.

2-حدوث حوادث طارئة تؤدي إلى تفاوت كبير في تكلفة تنفيذ الالتزام بشكل مرهق لأحد المتعاقدين: ويتجلى هذا الفرض لناحية المطور من خلال تفاوت الأسعار الخاصة بمواد البناء أو أجور العمالة، وما إلى ذلك أو من خلال اختلاف قيمة النقد من خلال التضخم مثلاً، وهنا يثور السؤال حول إمكانية الطلب من القضاء التدخل بتطبيق نظرية الظروف الطارئة؟.

وهنا نرى عدم إمكان إعمال نظرية الظروف الطارئة بخصوص زيادة أو تضخم تكلفة تنفيذ الالتزامات الخاصة ببيع العقار على الخارطة، وذلك بالاستناد إلى شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة التي سبق بيانها، ولا سيما الشرط الذي يستوجب أن تكون الحوادث الاستثنائية ليس في

الوسع توقعها عند التعاقد خصوصاً أن تفاوت الأسعار لجهة ارتفاعها أو حصول تضخم لا يعد من الظروف الاستثنائية التي ليس في الوسع توقعها لدى شركات التطوير العقاري، وذلك نظراً لأنها شركات عالية الاحترافية، تدرس المشروع من كل الوجوه، ناهيك عن قيامها بدراسة جدوى اقتصادية للمشروع قبل الشروع فيه حيث ينهار العماد الذي يقوم عليه تطبيق النظرية، ولا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة التي تقضي بقدسية سلطان الإرادة كما أسلفنا.

الفرع الثاني: حلول مقترحة لمشكلة تعديل الثمن: لم تضع التشريعات السورية والإمارتية حلاً لمشكلة مراجعة الثمن في بيع الوحدات العقارية على الخارطة، بل تركت ذلك للقواعد العامة "نظرية الظروف الاستثنائية"، وقد بينا أن نظرية الظروف الاستثنائية رغم تغطيتها للمشكلات التي تعترض تنفيذ عقد البيع على الخارطة إلا أن هناك قيداً يعتريها بخصوص مشكلة الثمن، وذلك لجهة تقلب الأسعار أو اختلاف قيمة النقد نظراً للحد من تطبيقها نتيجة تخلف شرط التوقع. وفي مواجهة هذه الحالة نجد من اللازم وضع حلول لهذه المشكلة التي من الممكن أن تدفع المطور لسلوك طرق أخرى لضمان عدم تعرضه للخسارة أو الإرهاق على أقل تقدير كوضع فوائد مبالغ أو أثمان عالية أو إضافة إكساءات، ومواد رديئة للاحتجاج بتفاوت سعرها بالاستناد إلى أنها مأذوناً بها، ومتفق على ثمنها مع المشتري للمطالبة بالزيادة سنداً المادة /624/ من القانون المدني الخاصة بالمقاولة، وهنا نقترح حلاً مقتبساً من التجارب، والتشريعات المقارنة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: حل المشرع الفرنسي لمشكلة مراجعة الثمن في عقود بيع العقار تحت الإنشاء: نظراً لخصوصية بيع العقار على الخارطة لجهة وقوعه على شيء غير موجود، وتطلب إنجازه مدة زمنية تتراخى لحين إيجاده ما يتمخض عنه اختلاف في الأجور، والأسعار، ومراعاة من المشرع الفرنسي لموقف المطور الذي يمكن أن يصل لمرحلة يرهق فيها نتيجة لتفاوت اقتصاديات العقد، ولتلك الأسباب سمح بمراجعة الأسعار كمبدأ عام لعقود البيع على الخارطة في قانون البناء، والإسكان[18]، وذلك بالاستناد إلى فكرة الشروط التلقائية لتعديل العقد[19]، وهذه الشروط التي تم قبولها من قبل

[18]Marianne faure Abbad, Droit de la construction, Op. Cit, p, 121.

حيث قرر المشرع الفرنسي مبدأ مراجعة الأسعار كأصل عام في المادة /232-1/ الخاصة بعقود استئجار العمل الخاصة بأعمال البناء، والإنشاءات إلا أنه يتم الرجوع لكل حالة على حدى وفق أحكام القانون.

[19]Guillaume lacroix, l'adaptation du contrat aux changements, de circonstances, mémoire, Université de Remies, France, 2015, p, 14.

القضاء الفرنسي بعد إثارة العديد من التحفظات إلا أن الرأي استقر على قبولها شريطة وجود مصالح مشروعة، ومشتركة للأطراف وليس بقصد المضاربة[20].

وبالرجوع لقواعد قانون البناء، والإسكان الفرنسي نجد أنه أقر الاتفاق على مراجعة أسعار الوحدات المباعة على الخارطة في حال تغير سعر التكلفة، وذلك شريطة أن يتم النص في العقد بموجب بند خاص يقضي بقابلية الثمن للمراجعة من عدمه، وبحال وجود ذلك البند يجب أن تذكر شروط تلك المراجعة.

ووفق المادة /261-11-1/من قانون البناء والسكن تُضبط شروط مراجعة الأسعار من خلال وجوب تحقق ثلاثة شروط:

الشرط الأول: ربط المراجعة بمؤشر البناء الوطني لمهن البناء الذي تنشره السلطة الإدارية[21]، والذي يقيس تزايد أو تناقص تكاليف عوامل الإنتاج في مجال الصناعة العقارية.

الشرط الثاني: تحديد الحق بطلب المراجعة بدفعة واحدة من أقساط ثمن العقار المباع على الخارطة، وليس كل الدفعات.

الشرط الثالث: لا تتم مراجعة الثمن إلا إذا كانت نسبة التغيير بالمقارنة بأخر مؤشر تم شهره يوم توقيع العقد، وأخر مؤشر تم شهره في عملية الدفع في حدود 70 بالمئة.

ثانيا: تعديل على منهج المشرع الفرنسي: نقترح أن يتم إدراج نص في قوانين التطوير العقاري المختلفة يتيح إدراج شرط يتضمن إمكان وضع شرط بمراجعة الثمن على أن يحدد بمرة واحدة بحال تم إدراجه، وعدم جواز المراجعة في حال عدم إدراجه، وذلك لكونه ضمانة للمطور في مواجهة تقلبات الأسعار، وكذلك ضمانة للمشتري، إذ أنه بحال الاتفاق في العقد أن السعر غير قابل للمراجعة فلا يمكن مراجعته لاحقاً مما يجعل المشتري في أمان من خطر مراجعة الثمن، أما إن كان السعر قابلاً للمراجعة، فيجب تحديد طرق المراجعة وفق القانون، وبالتالي يكون المشتري على العلم بها مسبقاً، مما يجعله دائما مستعداً لمثل هذه الحالة.

[20]Ibid, p, 15.

[21]يسمى المؤشر المذكور في فرنسا "**BT01**"، ويمكن الاطلاع عليه من خلال زيارة الموقع الخاص به على شبكة الإنترنت عبر الرابط الآتي: **https://www.insee.fr/en/accueil**

إلا أننا نطالب بحال تم إدراج هكذا تعديل أن يتم تفعيل هذا الشرط بناءً على قرار جهة محايدة، وهي القضاء بناءً على طلب صاحب المصلحة، وذلك بناءً على تبرير من جهة محايدة كنقابة المهندسين إضافة لتحديد عدد مرات المراجعة بمرة واحدة فقط.

وهنا ندعو المشرع السوري، والتشريعات العربية كالمشرع الإماراتي لإدراج نص خاص يتيح إدراج شرط مراجعة الثمن لكن بالاستناد إلى ضوابط الاتفاق الصريح، والنسبة المحددة، والجهة المقررة، وهنا نشدد على تحديد عدد المرات التي يمكن فيها مراجعة الثمن، وتحديدها بمرة واحدة أسوة بالمشرع الفرنسي، فذلك أكثر ضماناً للأطراف.

الخاتمة

خلص البحث أن المطور العقاري لا يحق له المطالبة بتعديل الثمن بعد إبرام العقد، وذلك مهما كان التكييف الذي سيتم تأسيس أحكام العقد عليه إن كان مقاولة أو بيع عادي، وبناءً على ذلك توصل البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1-إشتمال الثمن في عقد البيع على الخارطة لمضامين تختلف عن عقد البيع العادي، وكذلك تختلف مع مضمون الأجر في عقد المقاولة.

2-عدم إمكان المطور المطالبة بتعديل ثمن العقار المباع على الخارطة بعد إبرام العقد في قوانين سورية والإمارات، وذلك سواء كييف العقد على أنه مقاولة أو بيع عادي.

3-تعذر تطبيق أحكام نظرية الظروف الاستثنائية وفق قوانين سورية والإمارات في حال تفاوت التكاليف المتحملة من قبل المطور، وذلك لعدم تحقق كامل شروطها سيما عدم توقع تفاوت الأسعار، وذلك لكون المطور شخص محترف.

ثانياً: التوصيات:

1-دعوة المشرع السوري، والإماراتي إدراج نص في قوانين التطوير العقاري المختلفة يتيح إدراج شرط يتضمن إمكان وضع شرط بمراجعة الثمن على أن يحدد بمرة واحدة بحال تم إدراجه، وعدم جواز المراجعة في حال عدم إدراجه.

2- أن يتم تفعيل شرط مراجعة الثمن بناءً على قرار جهة محايدة، وهي القضاء بناءً على طلب صاحب المصلحة، وذلك بناءً على تبرير من جهة محايدة كنقابة المهندسين إضافة لتحديد عدد مرات المراجعة بمرة واحدة فقط.

المراجع:

1. Code de la construction et de l'habitation, L'article /261-11/.
2. Guillaume lacroix, l'adaptation du contrat aux changements, de circonstances, mémoire, Université de Remies, France, 2015.
3. Marianne faure-abbad , Droit de la construction, 3 edition, Gualino éditeur, France, 2016.
4. Philippe Malaurie et Laurent aynes, Droit des contrats spéciaux, 8e edition, LGDJ, 2016.

5. ضحى محمد سعيد النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني "دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد 49، يناير 2012، ص، 23
6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني، الهبة والشركة، والقرض والدخل الدائم، والصلح، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون تاريخ.
7. عمرو طه بدوي، النظام القانوني للتطوير العقاري، دار النهضة العربية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2020.
8. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /84/ لعام 1949.
9. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم/5/ لعام 1985.
10. محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 6، عد 1، جامعة مدينة السادات–كلية الحقوق، مصر، 2020، ص، 20.
11. ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري "دراسة مقارنة"، مطبوعات دار القضاء، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، طبعة أولى، 2014.
12. وليد محمد سعد خليفة، النظام القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2016.

نقد الاحتجاج بمخالفة الإجماع

الطالب: ماهر محمد الهندي*، المشرف: د. محمد الحسن البغا**
*طالب دراسات عليا (دكتوراه)، قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه كلية الشريعة جامعة دمشق
**مدرس، قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه كلية الشريعة جامعة دمشق

الملخص:
ويتجلى النقد في مخالفة الإجماع في تصوره وإمكان انعقاده أو الاطلاع عليه، وفي ضوابطه وشروطه، فضلاً عن إنكاره لعدم العلم بالمخالف أو لتعذر معرفة رأي الكل أو لأنه محصور في الصحابة فقط، أو على القول بأنه حجة ظنية.
ونشأت فكرة الإجماع بتوافق الصحابة الكرام على اختيار أبي بكر الصديقﷺ خليفة عندما تشاور أهل الحل والعقد منهم فيمن يخلفهﷺ، فكان ذلك هو أول إجماع انعقد بعد وفاتهﷺ، وانطلقت فكرة الإجماع، وتطورت في عصر الصحابة والتابعين، حيث هو متصور في العقول ومنعقد في الواقع، ويمكن نقله برواية الآحاد والتواتر.
وتبلور الإجماع بأنه اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمدﷺ بعد وفاته ﷺ في عصر على أمر أو حكم شرعي.
واختلف في اشتراط التواتر في عدد المجمعين، وانقراض عصرهم، وعدم الخلاف السابق لصحة انعقاد الإجماع اللاحق، وليس مخصوصاً في مصر ولا محصوراً في عصر كالصحابة أو التابعين وأهل المدينة وأهل البيت.
وركن الإجماع عزيمة وهو اتفاق الكل قطعياً، أو رخصة وهو الإجماع السكوتي مطمئناً، وقد يكون أكثرياً ظنياً مع مخالفة الفرد، واحتج مالك بعمل أهل المدينة وروايتهم وبإجماعهم ورأيهم.
وإذا تحقق انعقاد الإجماع بركنه وشروطه قامت حجته ولزم اتباعه ووجب العمل به، وامتنعت معارضته بغيره من الأدلة بل صار ناسخاً لها، وحرمت مخالفته وخرقه وامتنع نقضه وتركه، ويضلل جاحده ويفسق منكره، وقد يُكفَر.

ولابد له من مستند يعتمد عليه ويؤول إليه، وإذا كان مستند الإجماع ظنياً كخبر الواحد والقياس صار بالإجماع قطعياً، وإذا كان المستند قطعياً ازداد قوة وإحكاماً.

ومن أشهر المسائل التي ثبتت بالإجماع سنة ختم القرآن في صلاة التراويح بجزء من القرآن فيها، وتوريث الجدات السدس من الميراث، كما أن الصحابة اتفقوا على أن ما بين دفتي المصحف هو القرآن الكريم كلام الله تعالى.

الكلمات المفتاحية: الإجماع – الاحتجاج – أحكام – مخالفة – النقد

1446هـ- 2024م

Criticism of the protest of violating consensus

]

Maher Muhammad Al-Hindi*, Muhammad Al-Hassan Al-Bagha**
*Postgraduate student (PhD), Dept of Islamic Jurisprudence and its Schools, Faculty of Sharia, University of Damascus
**Teacher, Dept of Islamic Jurisprudence and its Schools, Faculty of Sharia, University of Damascus

Summary:
Criticism is evident in the opposition to consensus in its conception and the possibility of its formation or knowledge, and in its controls and conditions, in addition to its denial due to lack of knowledge of the opponent or the impossibility of knowing the opinion of all or because it is limited to the companions only, or on .the saying that it is a conjectural argument
The idea of consensus arose with the agreement of the honorable companions to choose Abu Bakr al-Siddiq (may Allah be pleased with him) as a caliph when the people of authority and contract among them consulted about who would succeed him (may Allah be pleased with him), so that was the first consensus that was formed after his death (may Allah be pleased with him), and the idea of consensus was launched and developed in the era of the companions and followers, where it is conceived in the minds and formed in reality, and can be transmitted by individual .and continuous narration
The consensus crystallized as the agreement of the people of authority and contract from the nation of Muhammad (may Allah be pleased with him) after his death (may Allah be pleased with him) in an era on a matter or a legal ruling. There is disagreement regarding the requirement of the number of those who agreed, the extinction of their era, and the absence of previous disagreement for the validity of the subsequent consensus. It is not specific to Egypt nor confined to an era such as the Companions or the Followers and the people of Medina and the people of the .House
The pillar of consensus is determination, which is the agreement of all with certainty, or permission, which is the tacit consensus with reassurance. It may be a majority conjectural with the opposition of an individual. Malik cited the actions of the people of Medina and their narrations and their consensus and opinion as .evidence

If the consensus is established with its pillar and conditions, its proof is established and it is necessary to follow it and act upon it, and it is forbidden to oppose it with other evidence, rather it becomes abrogating it, and it is forbidden to contradict it and violate it, and it is forbidden to refute it and abandon it, and its denier is misguided and its denier is immoral and may be an infidel.
It must have a basis to rely on and refer to, and if the basis of consensus is conjectural such as the report of a single person and analogy, it becomes conclusive with consensus, and if the basis is conclusive, it increases in strength and firmness.
Among the most famous issues that have been established by consensus is the Sunnah of completing the Qur'an in the Tarawih prayer with a part of the Qur'an in it, and the inheritance of one-sixth of the inheritance to grandmothers. The Companions also agreed that what is between the two covers of the Qur'an is the Holy Qur'an, the word of God Almighty.

Keywords: Consensus – Argument – Rulings – Contradictions – Criticism

1446H - 2024AD

بسم الله الرحمن الرحيم

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

ب- تمهيد: فإن الله جعل هذه الأمةَ أمةً وسطاً، أي: خياراً عدولاً، وجعلها وارثة لشريعة نبيها محمدﷺ خاتم النبيين وصفاته العلية، وكان رسول الله ﷺ معصوماً بمفرده، فكانت أمته بجملتها معصومة عن الاجتماع على الخطأ كرامة له ﷺ، فكان إجماع هذه الأمة مصدراً تشريعياً أصلياً، وكان خلافه أو خرقه خروجاً عن منهج التشريع، وعدولاً عن سنن النبي ﷺ.

ج- أسئلة البحث وأهدافه:

1- **أهداف البحث:** يهدف هذا البحث إلى معرفة طريقة الاحتجاج بالإجماع، ونقض الأحكام الفقهية بمخالفتها للإجماع، وبيان حكم تجاوزه وخرقه ومعارضته ونقضه، والتصدي لمن استدل بدليل مخالف للإجماع، مع التنبيه على التحفظ من الاستدلال بالإجماع دون توثيق أو تحقيق كالحديث النبوي الشريف.

2- أسئلة البحث: ويناقش هذا البحث الإشكاليات التالية:

- ما حكم مخالفة الإجماع؟ أو خرقه بالاجتهادات التي تبنى على نصوص الكتاب والسنة؟ أو بالقياس عليهما؟
- هل يمكن انعقاد الإجماع عقلاً؟ وهل وقع ذلك في الأمة فعلاً؟ وهل يمكننا الاطلاع عليه عادة؟
- كيف يمكننا الاستدلال بالإجماع والعمل بمقتضاه؟ والالتزام بمدلوله؟ وهل ينعقد مع وجود المخالف أصلاً؟

د- أهمية البحث وفوائده وأسباب اختياره:

1- أهميته: معرفة ما يعد مانعاً من انعقاد الإجماع، أو خارقًا له، وإثبات صلاحية الشريعة بل وإصلاحها لكل زمان ومكان، واستمرارها عبر العصور بانعقاد الإجماع والاستدلال به، لقوله تعالى: {واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا}.

2- فوائده: التعريف بكيفية الاستدلال بالإجماع وحرمة مخالفته وخرقه، وكيفية انعقاده ونقله والاحتجاج به.

3- أسباب اختياره: وترجع أسباب اختيار هذا البحث لأهميته وفوائده والحاجة إليه، ولعدم ما يفي بالغرض في الدراسات المرجعية السابقة، ولكون الاجماع في هذا العصر حارساً أميناً وجندياً للدفاع عن الشريعة الإسلامية والدين الحنيف.

هـ- الدراسات المرجعية وجديد البحث وموقعه منها:

- **الدراسات السابقة:** بعد المطالعة والبحث في الفهارس والشابكة وجدت:

1- "حكم إنكار الإجماع عند الأصوليين" دراسة تأصيلية تطبيقية، راشد بن إبراهيم محمد الشريدة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة الكويت العدد (92) مارس 2023.

2- "القول المعتمد فيما يعد خرقا للإجماع وما لا يعد" بحث محكم د. عبد الله فتحى سعد، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين مجلة جامعة الأزهر القاهرة ج3/العدد (35) سنة 2018م.

3- "الفقيه بين خرق الإجماع وتضليل العوام" لعبد الرحمن جميعان بحث نشر في مركز المجد للبحوث بـ2022/5/22م.

- **جديد هذا البحث:** أنه عني بالإجماع بانعقاده وادعائه والاحتجاج به، وبمخالفته وخرقه والتعدي عليه نظرياً وعملياً، وتقيم الاحتجاج بالإجماع إلى ثلاثة أقسام الصريح والسكوتي والأكثري، والجواب عن قول الشافعي لا ينسب إلى ساكت قول، والاحتجاج بالإجماع الأكثري على أنه حجة ظنية كخبر الواحد، وعرض أمثلة للإجماع.

و- منهج البحث وحدوده وإجراءاته: اتبعت في هذا البحث المنهج النقدي المقارن المعتمد على مناهج الوصف والتحليل، وحدود البحث انعقاد الإجماع والاحتجاج به، وخرقه ومخالفته والتجاوز له في الاستدلال به، مقارناً مع التطبيقات الفقهية.

وخرجت الآيات والأحاديث من الصحيحين أولاً، ثم من السنن الأربعة ثانياً مع نقل حكمه عن أحد أئمة الحديث وعرفت المصطلحات وعزوت الأقوال إلى مراجعها.

ز- تقسيمات البحث: وقسمت هذا البحث إلى مقدمة ومبحث تمهيدي، ثم إلى مبحثين فيها مطالب ثم الخاتمة والمراجع.

- المقدمة: وفيها الافتتاحية والتمهيد ثم إشكالية البحث وأهدافه وأهميته وفوائده وأسباب اختياره، والدراسات المرجعية السابقة وجديد البحث وموقعه منها، ومنهج البحث وحدوده وإجراءاته، وتقسيمات البحث.
- المبحث التمهيدي: نشأة الإجماع وتطوره وتصوره وانعقاده.
  المطلب الأول: نشأة الإجماع وتطوره:
  المطلب الثاني: تصور الإجماع وانعقاده:
- المبحث الأول: مدخل إلى الإجماع:
  المطلب الأول: تعريف الإجماع:
  المطلب الثاني: شروط الإجماع:
  المطلب الثالث: ركن الإجماع:
- المبحث الثاني: أحكام مخالفة الإجماع:
  المطلب الأول: حكم العمل بالإجماع:
  المطلب الثاني: ترك العمل بالإجماع:
  المطلب الثالث: نماذج من الاحتجاج بالإجماع:
- الخاتمة:
- مسرد المصادر والمراجع:

المبحث التمهيدي: نشأة الإجماع وتطوره وتصوره وانعقاده.

المطلب الأول: نشأة الإجماع وتطوره:

أ- **فلسفة الإجماع:** جعل الله هذه الأمةَ أمةً وسطاً أي: خياراً عدولاً، وجعلها وارثة لشريعة نبيها محمدﷺ خاتم النبيين وصفاته العلية، وكان رسول اللهﷺ معصوماً بمفرده، فكانت أمته من بعده بجملتها معصومة عن الاجتماع على الخطأ كرامة لهﷺ، كما قالﷺ:(لا تجتمع أمتي على الخطأ)[1]، فكان الإجماع مصدراً تشريعياً أصلياً[2].

ب- **نشأة الإجماع:** لما لحق رسول الله ﷺ بالرفيق الأعلى نزلت بالصحابة وقائع وحلت بينهم حوادث لم يرد فيها حكم في كتاب ولا سنة، فتحلى الصحابة بالوصف الذي تجلى فيهم بقوله تعالى: {وأمرهم شورى بينهم}[الشورى:38]، فاجتهدوا في النوازل ليُظهروا للناس حكم الله فيها بالرد إلى الله ورسوله ﷺ، كما قال تعالى: {ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم}[النساء:83]، فتوافق الصحابة الكرام على اختيار أبي بكر الصديقﷺ خليفة عندما تشاور أهل الحل والعقد منهم فيمن يخلفهﷺ، فكان ذلك هو الإجماعَ الأول الذي انعقد بعد وفاتهﷺ، وانطلقت منه فكرة الإجماع من بعدهﷺ، واتفقت كلمة الصحابة على اتخاذ الإجماع دليلاً إلى جانب الكتاب والسنة.

ج- **تطور الإجماع:** بدأ الإجماع في عهد الخليفة الصديقﷺ، كلما حل بالمسلمين نازلة هَرَع فقهاؤهم ليدلي كل منهم بدلوه، فإن لم يظهر لهم في المسألة مخالف فقد أجمع رأيهم عليها، وإلا كان الخلاف بينهم قائماً ومن بعدهم باقياً، إلى أن جاء التابعون من بعدهم بمدارسهم الفقهية، فقعدوا قواعد الإجماع ورسموا له طريقاً ليسير عليه العلماء من أصحاب المذاهب الفقهية، فتابع الأئمة العمل بالإجماع بدءاً من إجماع الصحابة ثم التابعين وتابعيهم مروراً بالمذاهب الفقهية ثم بالإجماع في المذهب الفقهي الواحد هكذا إلى زماننا من خلال المجامع الفقهية[3].

عن ميمون بن مهرانﷺ قال: كان أبو بكر إذا أعياه أن يجد في القضية سنة من رسول اللهﷺ جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن أجمع أمرهم على رأي قضى به، وكان عمرﷺ إن أعياه أن

---

[1]- رواه الترمذي كتاب الفتن بابما جاء في لزوم الجماعة(2167) عن ابن عمر ﷺ، وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه (3950) عن أنس.

[2]- "مدارك الحق" الإجماع د. ولي الدين فرفور ط1 : دار الفرفور دمشق 2001م ص10.

[3]- انظر هذه المباحث في "المحصول" للرازي 21/4، "البحر المحيط" 381/6، "مدارك الحق الإجماع" د. فرفور ص11.

يجد في القرآن والسنة نظر هل كان لأبي بكر فيه قضاء؟ فإن وجد أبا بكر قضى فيه بقضاء قضى به، وإلا دعا رءوس الناس، فإذا اجتمعوا على أمر قضى به[1].

المطلب الثاني: تصور الإجماع وانعقاده: وقد ذهب الجمهور من علماء الأصول من الفقهاء والمتكلمين إلى أن الإجماع ممكن عقلاً، وواقع فعلاً، ويمكن انعقاده عادة والاطلاع عليه نقلاً، إما برواية الآحاد أو بالتواتر كما في سائر الأخبار[2].

ويتجلى النقد في مخالفة الإجماع وخرقه على اختلاف على تصوره وإمكان انعقاده وفق الضوابط المشروطة فيه، أو الاطلاع عليه حتى يكون حجة لا يجوز مخالفتها، فضلاً عن إنكاره لعدم العلم بالمخالف، أو لتعذر معرفة رأي الكل أو لأنه محصور في الصحابة فقط، أو على القول بأنه حجة ظنية.

قال الشوكاني: (ونقل عن الإمام أحمد ما يقتضي إنكاره قال في رواية ابنه عبد الله: (من ادعى الإجماع فقد كذب لعل الناس قد اختلفوا ولكن يقول لا يعلم الناس اختلفوا إذ لم يبلغه) قال أصحابه: إنما قال ذلك على سبيل الورع لجواز أن يكون هناك خلاف لم يبلغه أو قال هذا في حق من ليس له معرفة بخلاف السلف، لأن أحمد قد أطلق القول بصحة الإجماع في مواضع كثيرة وأجراه ابن حزم الظاهري على ظاهره)[3].

المبحث الأول: مدخل إلى الإجماع:

المطلب الأول: تعريف الإجماع:

أ- **لغة:** يطلق على معنيين:

1- العزم: ويتصور من الجماعة، ومنه قوله تعالى:{فأجمعوا أمركم وشركاءكم} [يونس:71]، أي: اعزموا، ومن الفرد الواحد، ومنه قولهﷺ: (لا صيام لمن لم يُجمِع الصيامَ من الليل)[4]،أي: يعزم.

---

[1]- رواه الدارمي في "سننه" المقدمة باب الفتيا وما فيه من الشدة (161)، "السنن الكبرى" للبيهقي114/10 وعزاه السيوطي في "تاريخ الخلفاء" إلى البغوي أيضاً عن ميمون بن مهران.

[2]- انظر هذه المباحث في البحر المحيط للزركشي 382/6، "مدارك الحق الإجماع" د. ولي الدين فرفور من ص26- 32.

[3]- "البحر المحيط"383/6، "شرح الكوكب المنير" 213/2، "روضة الناظر" 346/1 و"المسودة" لآل تيمية ص315.

[4]- رواه أبو داود كتاب الصوم باب النية في الصوم(2454) والترمذي كتاب الصوم باب ما جاء لا صيام لمن لم يجمع(730) عن حفصة ﵂.

٢- الاتفاق: يقال أجمع القوم إذا اتفقوا، وعن الفارسي: يقال أجمع القوم، إذا صاروا ذا جمع، كألبن وأتمر.

وعن ابن برهان وابن السمعاني: (أن الأول أشبه باللغة، والثاني أشبه بالشرع، وتظهر فائدتهما في صحة الإجماع؟ فعلى الأول لا يصح إلا من جماعة، وعلى الثاني يصح من الواحد)[1].

وقال ابن عابدين في حاشية: (وجه الأنسبية أنه بالمعنى الأول يتصور من واحد لا بالمعنى الثاني، وهو بناء على أنه إذا لم يبق من المجتهدين إلا واحد لا يكون قوله حجة كما هو أحد قولين).

قال د. ولي الدين فرفور: (وكلا المعنيين يرجع إلى أمر واحد مشترك بينهما بالاشتراك اللفظي، لأنهما مأخوذان من الجمع فإن العزم فيه جمع الخواطر، والاتفاق فيه جمع الآراء)[2].

ب- اصطلاحاً: اختلف الأصوليون في الإجماع تبعاً لاختلافهم في تصوره، وينصرف إلى إجماع الخاصة دون العامة، وقد عرفه الأصوليون بتعاريف عديدة نظراً إلى الشروط التي اشترطت فيه:

فعرفه النَّظام: بأنه كلُّ قولٍ قامت به حجة وإن كان قولَ واحد بناء على رأيه في نفي حجية الإجماع[3].

وعرفه جمهور المتكلمين بأنه: اتفاق مجتهدي أمة محمدﷺ بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور، وقيده الغزالي بـ: من الأمور الدينية، وابن عبد الشكورب: على أمر شرعي[4].

وعرفه صدر الشريعة بـ:(اتفاق المجتهدين من أمة سيدنا محمد ﷺفي عصر على حكم شرعي).

واختصره ابن الهمام في "التحرير" بـ: (اتفاق مجتهدي عصر من أمة محمد ﷺ على أمر شرعي).

وقيده الحصكفي بـ :(اتفاق مجتهدي هذه الأمة في عصر على أمر ديني اجتهادي بحيث يحصل به مالم يكن قبل).

وأطلقه النسفي بـ :(هو الاتفاق في عصر على أمر مِن جميع مَن هو أهله مِن هذه الأمة)[5].

ج- محترزات تعريف الإجماع:

---

[1]- "معجم مقاييس اللغة"480/1، "البحر المحيط"379/6، "إرشاد الفحول" 348/1، "كشف الأسرار" للبخاري 424/3.

[2]- "تسمات الأسحار" ص727، "مدارك الحق الإجماع" ص19، في رسالة "الإجماع عند الأصوليين" د. علي جمعة ص ١٠.

[3]- انظر قول النظام في "المعتمد" للبصري4/2، "البرهان" للجويني432/1 "المحصول" 35/4، "الإبهاج " 352/2.

[4]- "الإبهاج"349/2، "روضة الناظر"331/1، "الإحكام" 167/1، "تنقيح الفصول"ص322، "فواتح الرحموت"246/1.

[5]-"التوضيح" 95/2"نسمات الأسحار" ص727، "كشف الاسرار"للنسفي180/1، "قمر الاقمار على نور الأنوار" 103/2.

قوله: (اتفاق): الاتفاق هو ركن الإجماع: وهو الاشتراك والاتحاد في الاعتقاد أو القول أو الفعل إن كان من بابه أو تكلم بعضهم أو فعل وسكت الباقون على الصحيح[1].

قوله:(المجتهدين)أو:(أهل الحل والعقد): أي: أهل الاجتهاد كافة، لأن (أل) فيه للاستغراق لعدم العهد فيه.

وذهب الأكثرون إلى عدم اعتبار من كان من العامة ولم يكن أهلاً للاجتهاد، لأنهم ليسوا من المجتهدين[2].

وقال الحصكفي:(فلا عبرة باتفاق العوام، وفقيه ليس بأصولي وأصولي ليس بفقيه، إلا فيما يستغني عن الاجتهاد كأصول الدين وأعداد الركعات والاستحمام، فإجماع العوام فيه كالمجتهدين).

قال ابن عابدين:(وهذا التعريف على قول من لم يعتبر موافقة العوام، وأما من اعتبرها فيما لا يحتاج فيه إلى الرأي، ومنهم المصنف[النسفي] كما سيظهر، فقوله: "من هو أهله" يشمل المجتهدين فيما يحتاج فيه إلى رأي، ويشمل الكل في غيره)[3].

قال الشوكاني: (فرع: إجماع العوام عند خلو الزمان عن مجتهد عند من قال بجواز خلوه عنه هل يكون حجة أم لا؟ فالقائلون باعتبارهم في الإجماع مع وجود المجتهدين يقولون بأن إجماعهم حجة، والقائلون بعدم اعتبارهم لا يقولون بأنه حجة، وأما من قال بأن الزمان لا يخلو عن قائم بالحجة فلا يصح عنده هذا التقدير).اهـ[4].

قوله:(أمة محمدﷺ): احتراز عن إجماع غير أمتهﷺ كاتفاق النصارى على التثليث، فإنه وإن قيل بأن إجماعهم حجة كما اختاره نقله الشيرازي عن الإسفراييني فليس الكلام إلا في الإجماع الذي هو حجة شرعية ودليل يجب العمل به[5].

---

[1]– "الإبهاج شرح المنهاج للبيضاوي" 350/2، "شرح الكوكب المنير" 224/2، "كشف الأسرار" للبخاري423/2.

[2]– قال ابن دقيق العيد: وهو الصواب، واعتبره الأقلون، واختاره الآمدي، ونقله السبكي عن البيضاوي، وقال: (ينبغي أن يتمهل في هذه المسالة)، "الإبهاج"384/2، "الإحكام" للآمدي191/1، "البرهان" للجويني439/1، "المحصول"196/4، "الكوكب المنير" 227/2، "البحر المحيط"411/6.

[3]– "نسمات الأسحار"ص730، وانظر "كشف الأسرار" للبخاري442/2، "الفصول في الأصول" 285/3، "التقرير والتحبير"81/3.

[4]– "إرشاد الفحول"416/1، ورسالة السيوطي: " الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض".

[5]– "الإبهاج " 349/2، "شرح الكوكب المنير" 236/2، "المنخول" ص309، "اللمع" ص50 "تنقيح الفصول" ص323.

واحترز به أيضاً عن اتفاق الفرق المبتدعة، أو اعتبار قول المجتهد الفاسق في خرق الإجماع أصلاً، سواء كان فسقه من جهة الاعتقاد كالرفض والاعتزال أو الأفعال كالزنا والسرقة وشرب الخمر، وإن كان المبتدع تكفره بدعته كالسبئية فلا عبرة بقوله، لعدم كونه من أمة محمدﷺ بلا خلاف، وإن كانت بدعته تضلله كالمعتزلة، فاختلف فيه:

فمذهب الجمهور كالبيضاوي والجويني والغزالي والشيرازي والإسفراييني والآمدي والغزالي والسبكي والجصاص من الحنفية: لا ينعقد الإجماع دون قول المبتدع، لأنه من أهل الحل والعقد[1].

وقال ملاجيون: (اتفاق مجتهدين صالحين من أمة محمد ﷺ في عصر على أمر قولي أو فعلي)[2].

وقال النووي: (لا يعتد بخلاف الشيعة ولا الظاهرية في الإجماع وهو قول الحنفية)[3].

وقال البزدوي: (أهلية الإجماع إنما تثبت بأهلية الكرامة، وذلك لكل مجتهد ليس فيه هوى ولا فسق، أما الفسق فيورث التهمة ويسقط العدالة، وأما الهوى فإن كان صاحبه يدعو الناس إليه فسقطت عدالته بالتعصب الباطل وبالسفه وكذلك إن مجن به، وكذلك إن غلا حتى كفر به مثل خلاف الروافض والخوارج في الإمامة، فإنه من جنس العصبية، وصاحب الهوى المشهور به ليس من الأمة على الإطلاق)[4].

قوله: (بعد وفاتهﷺ): احتراز عن إمكان انعقاد الإجماع في عصرهﷺ وعن ثمرته، فمذهب البيضاوي والرازي لا ينعقد الإجماع في زمانه ﷺ أصلاً، لأن قولهم دون قولهم دونه لا يصح، وإن كان معهم فالحجة في قوله وحده.

ونقل القرافي عن الباقلاني وابن برهان جواز انعقاد الإجماع في زمانهﷺ وشهود النبيﷺ بالعصمة متناول لما في زمانهﷺ، لكن لا عبرة به ولا يعدُّ حجةً شرعية، لأنه إن وافقهم فالحجة في قوله دونهم، وإن خالفهم فالعبرة أيضاً بقوله وحده.

---

[1]- "الإبهاج" 258/2، و"الإحكام" للآمدي 194/1، المنخول ص310، المسودة 2331، "الفصول" للجصاص 293/3.

[2]- قال اللكنوي في" قمر الأقمار"103/2: واحترز بـ:(صالحين) عن اتفاق مجتهدين ذوي هوى أو فاسقين، "كشف الأسرار" 180/2.

[3]- "المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج" للإمام النووي ط:1 دار الفكر 187/16، "البحر المحيط" 424/6.

[4]- "الفصول" للجصاص 293/3، "كشف الأسرار" للبخاري 551/3، "التوضيح" للمحبوبي 45/2، "البحر المحيط"418/6.

وقال ابن عابدين: ("في غير زمنهﷺ لأن قولهم في زمنه لا ينعقد دونه، وإن كان معهم فالحجة في قوله، قال في "التحبير": والوجه أنه ينعقد كما في "الميزان" فيكونان حجتين، الإجماعُ وقولُه ﷺ)[1].

قوله: (في عصر من العصور): احترز به عن أن المراد جميع الأمة لنفي توهم جميع الأعصار كما أُورد على الغزالي، وعن شرط انقراض العصر كما قاله بعض المعتزلة، وعن اختصاص الإجماع بعصر الصحابة كما ذهب إليه الحنابلة والظاهرية، أو العترة كما ذهب إليه الزيدية والإمامية، ويضاف إلى هذا أنه متى انعقد الإجماع أصبح حجة يحرم خلافه ولا عبرة بمن أصبح مجتهداً بعده[2].

قال الجصاص: (مذهب أصحابنا وعامة الفقهاء أن إجماع أهل كل الأعصار حجة)[3].

قال د.وهبة الزحيلي: (إن عبارات المعاصرين توحي بأن الإجماع على النحو الذي صوره علماء الأصول المتقدمون لا وجود له في الواقع، وإنما هو تصوير لحالة نظرية مثالية غير واقعية بالنسبة للأمور الاجتهادية العملية الظنية أما بالنسبة للأحكام القطعية فهو واقع كما قرره الشافعي، وهذا هو رأيي).

وقال عبد الوهاب خلاف: والذي أراه الراجح أن الإجماع بتعريفه وأركانه التي بيناها لا يمكن انعقاده عادة إذا وكل أمره إلى أفراد الأمم الإسلامية وشعوبها ويمكن انعقاده إذا تولت أمره الحكومات الإسلامية على اختلافها)[4].

قوله:(على أمر من الأمور) أو:(أمر ديني) أو:(أمر شرعي): من أطلق رآه شاملاً للأمور العقلية كحدوث العالم، واللغوية كرفع الفاعل، والدنيوية كأمور الحرب، ومن قيده رآه قاصراً على الأمور الدينية أو الشرعية كإعطاء الجدة السدس[5]، وهذه المسالة محل بحث وتحقيق:

---

[1]- حاشية "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص727، "تيسير التحرير" 224/3، "البحر المحيط" للزركشي 454/6.

[2]- "أصول الفقه الإسلامي" د. وهبة الزحيلي ط1: دار الفكر 1986م 525/1، "الوجيز في أصول الفقه" د. حسن هيتو ص363

[3]- "الفصول في الأصول" للرازي الجصاص 271/3، حاشية "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص ص727.

[4]- "البحر المحيط" 455/6، "أصول الفقه الإسلامي" للزحيلي 578/1، "أصول الفقه" لأبو زهرة ص193، "علم أصول الفقه" لخلاف ص54.

[5]- فممن أطلقه الرازي في "المحصول"20/4، والأمدي في "الإحكام"168/1، والبيضاوي في"الإبهاج"349/2، والمقدسي في "روضة الناظر"330/1، وممن قيده الغزالي في"المستصفى"273/1، وصدر الشريعة في"التوضيح"81/2، وابن الهمام كما في"تيسير التحرير" 224/3.

قال البخاري: (وأما ما لا يتوقف صحة الإجماع عليه فإن كان أمراً دينياً يكون الإجماع حجة فيه اتفاقاً، سواء كان من الفروع الشرعية كوجوب الصلاة والزكاة وأحكام الزنا والفروج، أو من الأحكام العقلية كرؤية الباري لا في جهة ونفي الشريك وغفران المذنبين، وإن كان أمراً دنيوياً كتجهيز الجيوش وتدبير الحروب والعمارة والزراعة وغيرها فقط اختلفوا فيه)[1].

وقال قوم كالبيضاوي والسبكي والرازي والآمدي وابن الحاجب: الإجماع فيها حجة، حتى لو اتفق أهل عصر على شيء من هذه الأمور لا يجوز المخالفة فيه بعده، لأن النصوص الدالة على عصمة الأمة من الخطأ ووجوب اتباعهم فيما أجمعوا عليه لم تفصل بين اتفاقهم على أمر ديني أو دنيوي[2].

وقال آخرون كالجويني والغزالي وابن قدامة والسمعاني: لا يكون فيها حجة، لأن الإجماع لا يكون أعلى حالاً من قول الرسول ﷺ وقد ثبت أنه حجة في أحكام مصالح الدنيا فكذلك الإجماع.

فمذهب إمام الحرمين الجويني: (أنه يختص بالأمور الدينية، ولا أثر للإجماع في العقليات، فإن المتَّبع فيه الأدلة القاطعة، فإذا انتصبت لم يعارضها شقاق ولم يعضدها وفاق).

وقال في "شرح التحرير": (والمراد بالأمر الشرعي ما لا يدرك لولا خطاب الشارع سواء كان قولاً أو فعلاً أو اعتقاداً أو تقريراً وسيأتي أنه حجة في العقليات خلافاً لبعض الحنفية) [3].

وذهب البيضاوي والسبكي والآمدي والرازي: إنه يعم الشرعيات وغيرها، لأن ركن الإجماع هو الاتفاق، فأي شيء اتفقوا عليه فقد أجمعوا عليه، ولكن لا يكون حجة شرعية إلا في الشرعيات خاصة لأنه هو المقصود.

وقال الرزاي: (واختلفوا في أن الإجماع في الآراء والحروب هل هو حجة؟ منهم من أنكره، ومنهم من قال إنه حجة بعد استقراء الرأي وأما قبله فلا، والحق أنه حجة مطلقاً، لأن أدلة الشرع غير مختصة ببعض الصور)[4].

---

[1]– "كشف الأسرار على أصول البزدوي" لعبد العزيز البخاري463/3، "ميزان الأصول" للسمرقندي 766/2.

[2]– "الإبهاج" 349/2، "المحصول"206/4، "الإحكام "168/1، "البحر المحيط"492/6،.

[3]– "قواطع الأدلة"286/1، "فواتح الرحموت" 246/2، "البرهان" للجويني 458/1، "تيسير التحرير" 224/3، روضة الناظر" 332/1.

[4]– "الإبهاج"349/2، "الإحكام" 168/1 ، "المحصول " 205/4، "تنقيح الفصول" ص344، "الكوكب المنير" 277/2.

قال ابن عابدين: ("على أمر" يتناول القول والفعل والاعتقاد والتقرير، والتقييد بـ:"الديني" مشكل بإجماعهم على أمر لغوي كالفاء للتعقيب، فقد قيل: إنه لا نزاع فيه، و:"على أمر ديني" فالمختار أنه حجة، وعلى أمر عقلي، فإنه يكون ظنياً فبالإجماع يصير قطعياً، كما في تفضيل الصحابة، وكثيرٍ من الاعتقاديات، ويرد على من قيد الديني بالشرعي الإجماعُ على غير الشرعي، كأمر الحروب ونحوها)[1].

وقال الشوكاني:(البحث الثاني عشر: الإجماع المعتبر في فنون العلم هو إجماع أهل ذلك الفن العارفين به دون من عداهم فالمعتبر في الإجماع في المسائل الفقهية قول جميع الفقهاء، وفي المسائل الأصوليه قول جميع الأصوليين، وفي المسائل النحوية قول جميع النحويين، ونحو ذلك و من عدا أهل ذلك الفن هو فى حكم العوام، فمن اعتبرهم في الإجماع اعتبر غير أهل الفن ومن لا فلا)..

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: (وإني لا أرى ذلك، لأن الكلام إنما هو في الإجماع المعتبر حجة شرعية يأثم تارك اتباعه وهو معنى وجوب اتباع الجماعة)[2].

والجمع بينه القولين: أن من نظر إلى كون الإجماع هو الاتفاق يحمل قوله على الإجماع اللغوي، ومن نظر إلى ما هو حجة شرعية يحرم خلافها، يحمل قوله على الإجماع الاصطلاحي، والله أعلم.

المطلب الثاني: شروط الإجماع: تقدم في محترزات التعريف أهمُّ شروطه، ويضاف إليها الشروط التالية:

1- مستند الإجماع: بأن يكون الإجماع صادراً عن دليل يستند إليه، وذلك لأن الفتوى دون مستند شرعي خطأ والأمة معصومة عنه، ولأن أهل الإجماع ليس لهم الاستقلال بإثبات الأحكام، فوجب أن يكون اتفاقهم عن مستند، ولأنه لو انعقد عن غير مستند لاقتضى إثبات شرع بعد النبي ﷺ وهو باطل.

قال ابن الهمام: (لا إجماع إلا عن مستند، وإلا انقلبت الأباطيل صواباً أو أجمع على الخطأ، لأنه قول كل الأمة وقول كل فرد منهم بلا دليل محرم، واستدل بأنه يستحيل عادة من الكل لا لداع، كالاجتماع على اشتهاء طعام).

---

[1]- "الفصول في الأصول" 285/3، "نسمات الأسحار" ص727، "تيسير التحرير" 224/3، التقرير والتحبير 81/3، "فواتح الرحموت" 246/2.

[2]- "جمع الجوامع"114/2، "إرشاد الفحول" 416/1، "فواتح الرحموت" 246/2، "أصول الفقه الإسلامي" د. الزحيلي 536/1..

وقال الجصاص: (قد يكون الإجماع عن توقيف ويكون عن استخراج فهم معنى التوقيف، فمنه ما علم وجه التوقيف فيه ومنه مالا يعلم لعدم النقل فيه ويكون أيضاً عن رأي واجتهاد).

وقال الفخر الرازي:(لا يجوز حصول الإجماع إلا عن دلالة أو أمارة، وقال قوم: يجوز صدوره عن التبخيت)[1].

وقال القاضي عبد الجبار: يجوز أن يحصل بالبخت والمصادفة عن غير مستند، وذلك بأن يوفقهم الله لاختيار الصواب من غير مستند، وهو ضعيف، لأن القول في دين الله لا يجوز بغير دليل.

وذكر الآمدي أن الخلاف في الجواز لا في الوقوع، ورُدَّ عليه أن ظاهر الخلاف في الوقوع.

وقال الصيرفي: ويستحيل أن يقع الإجماع بالتواطؤ، ولهذا كانت الصحابة لا يرضى بعضهم عن بعض بذلك بل يتباحثون حتى أحوج بعضَهم القولُ في الخلاف إلى المباهلة[2].

وقال الحصكفي: (وقد ينعقد لا عن دليل بل عن إلهام وتوفيق، ورده في "الأسرار" وأفاد أن دليله لم ينقل إلينا استغناء عنه بالإجماع)، وقال ابن عابدين:(وكذلك رده المحقق ابن الهمام مع أنه قدم في أول الباب الثاني ما يفيد أنه لا خلاف في أن الإجماع لا يحتاج إلى السند، قال: أما على القول بعدم لزومه فظاهر، وأما على القول بلزومه فإن المحتاج إليه قول كل الأفراد، وليس هذا إجماعاً بل الإجماع هو كل الأقوال المتوقف على كل واحد، ولا يحتاج هذا إلى المستند، وإلا كان الثابت به بمنزلة المستند)[3].

وهذا المستند قد يكون من الكتاب والسنة بالاتفاق، وقد ينقل المستند مع الإجماع أيضاً، وإن كان يرد عليه بلزوم الدور والتسلسل، لكن يجاب عنه بأن الإجماع بعد انعقاده على حكم مسألة يصير حجة قطعية يمكن الاستناد إليه لانعقاد إجماع آخر في مسألة غير الأولى.

واتفق القائلون بالمستند إذا كان عند دلالة، ولكنهم اختلفوا إذا كان المستند عن أمارة على أقوال: فمنعه ابن حزم والظاهرية والشيعة والطبري، وأجازه بعض الشافعية كابن الصباغ في الأمارة الجلية دون الخفية، وذهب الجمهور إلى جواز أن يكون المستند أمارة، كالإجماع على خلافة أبي بكر قياساً على تقديمه في الصلاة.

---

[1]- "تيسير التحرير" 254/3، "المحصول" للرازي 187/4 ، "الفصول في الاصول" للرازي الجصاص 277/3، "الإبهاج" للسبكي329/2،.

[2]- والبخت التوفيق أو الشبه كما قال في"البحر المحيط" 397/6 ، و"إرشاد الفحول" /377، و"شرح الكوكب المنير" 259/3.

[3]- حاشية "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص735، "تيسير التحرير" 254/3، "فواتح الرحموت" 238/2.

وقد يُغفَلُ المستندُ فلا يُطَّلَعُ عليه، ويستدل عليه بالإجماع الصادر عنه، ولا يجب على المجتهد طلب الدليل الذي انعقد الإجماع عليه، فإن ظهر له ذلك أو نقل إليه كان أحد أدلة المسألة، كما يجوز للمجمعين ترك الدليل بعد اشتهار المسألة، وسيأتي أن الإجماع ليس بناسخ وإنما يدل على ناسخ[1].

2- التواتر في عدد المجمعين: لتصور الخطأ بدون التواتر، فمن نظر إلى كون الإجماع حجة بدلالة العقل، لأن الجمع الكثير لا يتوهم تواطؤهم على الخطأ كإمام الحرمين، اشترط فيه عدد التواتر، لتصور تواطئهم على الخطأ لولاه، والجمهور على عدم اشتراطه كما لا يشترط في الدليل النقلي فيجب العمل خبر الواحد ويكون حجة ظنية[2].

قال الفخر الرازي: (فأما من أثبت الإجماع بدلالة العقل من حيث إن اتفاقهم يكشف عن وجود الدليل فيعتبر فيه بلوغ المجمعين حد التواتر لكنه باطل عندنا).

وعلله ابن قدامة المقدسي بقوله: (لأن الحجة في قولهم لصيانة الأمة عن الخطأ بالأدلة المذكورة، فإذا لم يكن على الأرض مسلم سواهم فهم على الحق يقيناً صيانة لهم عن الاتفاق على الخطأ)[3].

قال ابن عابدين: (واشترط بعضهم في حجيته التواتر فزاده في التعريف والمعظم على خلافه، قال في "التحرير": وحينئذ فلا إشكال في تحققه، لو لم يكن إلا اتفاق اثنين، أما الواحد، فقيل: حجة، وفي"التحقيق" لا وهوالأظهر)[4].

3- انقراض عصر المجمعين: بموتهم بعد اتفاقهم، ليضمن عدم رجوعهم عما أجمعوا عليه[5].

قال الزركشي: (وإنما المعتبر في انقراضه أمران: أحدهما: أن يستولي على العصر الثاني غير أهل العصر الأول، والثاني: أن ينقضي فيهم من بقي من أهل العصر الأول)[6].

فذهب إلى اشتراطه أحمد بن حنبل وأكثر أصحابه واختاره ابن فورك وسليم الرازي من الشافعية.

ونقل ابن الحاجب عن الجويني: أنه إن كان الإجماع عن قياس كان شرطاً، ونفاه السبكي عنه.

---

[1]- "البحر المحيط"397/6، "إرشاد الفحول"377/2، "الكوكب المنير"261/3، "قواعد في علوم الفقه"للكيرانوري ص١٨٥.

[2]- "تيسير التحرير" 235/3، "شرح الكوكب المنير" 252/2، "جمع الجوامع" 181/2، "فواتح الرحموت" 221/2.

[3]- "المحصول" 199/4، "روضة الناظر" 346/1 ، "تنقيح الفصول" ص341 "الكوكب المنير"252/2، "المسودة" ص330.

[4]- حاشية "نسمات الأسحار" ص733، "تيسيرالتحرير" 235/3، "التقرير والتحبير"92/3، "أصول السرخسي"312/1.

[5]- اشترط السمرقندي في"الميزان"723/2: موت جميع من هو من أهل الاجتهاد، وتابعه البخاري في"كشف الأسرار"450/3 .

[6]-"البحر المحيط" 491/6، "المسودة " ص321، "المدخل إلى مذهب أحمد" ص131، " شرح روضة الناظر"366/1.

واختار الآمدي وآخرون: إن كان سكوتياً فيشترط، وإن كان صريحاً فلا يشترط وضعفه الرازي[1].

وذهب الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء وأكثر المتكلمين إلى أنه لا يشترط انقراض العصر مطلقاً، ونقله ابن قدامة عن أحمد واختاره أبو الخطاب وقال ابن بدران: (ومعتمد مذهبه عدم الاشتراط)[2].

وأيد الغزالي قول الجمهور فقال: (لأن الحجة في اتفاقهم لا في موتهم وقد حصل قبل الموت فلا يزيده الموت تأكيداً، وحجة الإجماع الآية والخبر، وذلك لا يوجب اعتبار انقراض العصر).

قال الحصكفي: (وانقراض العصر بموت مجتهديه بعد اتفاقهم ليس بشرط خلافاً للشافعيﷺ وثمرته فيما إذا رجع بعضهم بعد الانعقاد يصح عنده لا عندنا)، قال ابن عابدين:(يجوز رجوع البعض عند الشافعي قبل الانقراض فالإجماع عنده ينعقد لكن لا يبقى حجة،وقيل:لا ينعقد مع احتمال الرجوع).

وقال الجصاص: (وهذا القول هو الصحيح عندنا، وكذلك كان يقول أبو الحسن من قبل: إن الآيات الموجبة لحجة الإجماع قد أوجبت الحكم بصحة إجماعهم من غير تخصيص وقت من وقت ولا حال من حال فثبت حجة إجماعهم في سائر الأوقات بمقتضى الآية الدالة على حجة الإجماع)[3].

4- عدم تقدم الخلاف السابق لصحة انعقاد الإجماع اللاحق: واشترطه الإمام أحمد والأشعري والجويني والغزالي والآمدي والصيرفي وبعض الحنفية وقالوا: لا يجوز الإجماع بعد الخلاف[4].

وذهب فقهاء الحنفية وجمهور المتكلمين من المالكية والشافعية وأبو الخطاب وأبو الطيب الطبري والرازي وابن الحاجب إلى أنه لا يشترط لصحة انعقاد الإجماع عدم العلم بالخلاف السابق[5].

قال الجويني: (وإليه ميل الشافعي ومن عباراته الرشيقة: المذاهب لا تموت بموت أربابها).

وعلله الرازي بـ:(إجماع الصحابة على إمامة أبي بكرﷺ بعد اختلافهم فيها، واتفاق التابعين على المنع من بيع أمهات الأولاد بعد اختلاف الصحابة)[6].

---

[1]-"مختصر ابن الحاجب" 38/2، "البرهان"452/1، والإبهاج" 393/2، و"الإحكام" 217/1، "المحصول" 151/4.

[2]-"كشف الأسرار" للنسفي 185/2، "المستصفى"153/1"شرح الكوكب المنير" 246/2، "تيسير التحرير" 321/3، "فواتح الرحموت" 224/2.

[3]-"الفصول " 271/3، "كشف الأسرار" للبخاري 425/3، "التلويح على التوضيح" 91/2، "نسمات الأسحار" ص731.

[4]-"التبصرة"ص378، "الإبهاج"374/2، "المحصول "135/4، "المنخول"ص320، "الإحكام" 233/1.

[5]-"المحصول " 135/4 ، "الفصول" 340/3، "كشف الأسرار" للبخاري 458/3 ، أصول السرخسي" 319/1.

[6]- "المحصول " 135/4، "البرهان" 456/1، "نهاية السول" للإسنوي371/2، "قواطع الأدلة" للسمعاني 30/2.

وحقق الشوكاني هذه المسألة فقال: (هذه المسألة على وجهين: أحدهما: أن لا يستقر الخلاف، وذلك بأن يكون أهل الاجتهاد من أهل النظر ولم يستقر لهم قول كخلاف الصحابة ﷺ في قتال مانعي الزكاة وإجماعهم عليه بعد ذلك، فقال الشيرازي صارت المسألة إجماعية بلا خلاف، وحكى الجويني والهندي: أن الصيرفي خالف في ذلك، الوجه الثاني: أن يستقر الخلاف ويمضي عليه مدة، فقال القاضي أبو بكر بالمنع وإليه مال الغزالي ونقله ابن برهان عن الشافعي وجزم به الشيرازي ونقل الجويني عن أكثر أهل الأصول الجواز واختاره الرازي والآمدي، وقيل بالتفصيل: وهو الجواز فيما كان دليل خلافه الأمارة والاجتهاد دون ما كان دليل خلافه القاطع عقلياً أو نقلياً، ونقل الأستاذ أبو منصور إجماع أصحاب الشافعي على أنه حجة، وبذلك جزم الماوردي والروياني)[1].

وقال ابن عابدين: (إن الإجماع المسبوق بخلاف مستقر مختلف في كونه إجماعاً، فأكثر العلماء: ليس بإجماع، والآخرون: إجماع فيه شبهة، ففي اعتباره شبهة عند من جعله إجماعاً بمنزلة خبر الواحد، حتى لا يكفر جاحده ولا يُضلل كما سيأتي، وإذا كان في اعتبار هذا الإجماع شبهة فكذا في اعتبار مُتعَلَّقِهِ شبهة، فالقضاء به نافذ؛ لأنه ليس بمخالف للإجماع القطعي، فكان كقضاء في مجتهد فيه، فينفذ ولا يتوقف على إمضاء قاض آخر) [2].

قال الجصاص:(وقال محمد: فكل أمر اختلف فيه أصحاب محمدﷺ ثم أجمع التابعون من عدهم على قول بعضهم دون بعض وترك قول الآخر فلم يعمل به أحد إلى يومنا هذا فعمل به عامل وقضى به فليس بنبغي لقاض ولي هذا أن يجيزه ولكن يرده ويستقبل فيه القضاء بما أجمع عليه المسلمون، فقد بان من قول محمد أن هذا عنده إجماع صحيح بمنزلة الإجماع الذي يتقدمه اختلاف).

قال البزدوي: (هذا دليل على أن أبا حنيفة رحمه الله جعل الاختلاف الأول مانعاً من إجماع المتأخر، وقال بعضهم تأويل قول أبي حنيفة أن هذا إجماع مجتهد وفيه شبهة فينفذ قضاء القاضي ولا ينقض للشبهة...، ألا ترى أن خلافه اعتبر بدليله لا لعينه، ودليله باق بعد موته، ولأن في تصحيح هذا الإجماع تضليل بعض الصحابة مثل قول ابن عباس بالعول)[3].

5- كونه مخصوصاً بالصحابة أو التابعين أو أهل المدينة أو أهل البيت أو الأئمة الأربعة: كما اشترط كل قيد قوم بناء على تصورهم لتعريفه تبعاً لقناعتهم في حجية الإجماع ومعتقدهم وأفكارهم.

---

[1]- "الكوكب المنير" 272/2،"مختصر ابن الحاجب" 41/2، "إرشاد الفحول"407/1، "فواتح الرحموت" 226/2.

[2]- حاشية "نسمات الأسحار على إفاضة الأنوار" لابن عابدين ص733، "الفصول في الاصول" للرازي الجصاص 307/3.

[3]- "الفصول " 339/3- 329، "كشف الأسرار " للبخاري 458/3، "تيسير التحرير"232/3.

فقد قال الحنابلة والظاهرية: إجماع الصحابة وحدهم حجة ولا عبرة بقول التابعين معهم.

وقال الإمام مالك إجماع أهل المدينة حجة، وقال الزيدية والإمامية إجماع العترة وحدها حجة.

وقال القاضي أبو خازم من الحنفية وابن البنا من الحنابلة: إن إجماع الخلفاء الراشدين الأربعة وحدهم حجة على من خالفهم من المجتهد الآخرين، وأنفذ الخليفة المعتضد الحكم بتوريث ذوي الأرحام ولم يعتبر خلاف زيد بن ثابت لهم بناء على اتفاق الخلفاء الأربعة على توريثهم[1].

قال البزدوي: (ومن الناس من زاد في هذا وقال: لا إجماع إلا للصحابة لأنهم هم الأصول في الأمر والنهي).

قال عبد العزيز البخاري: (وهو مذهب داود وشيعته من أهل الظاهر وأحمد في إحدى الروايتين)[2].

وقال ابن قدامة المقدسي: (وإذا بلغ التابعي رتبة الاجتهاد في عصر الصحابة اعتد بخلافه في الإجماع عند الجمهور واختاره أبو الخطاب، وقال القاضي وبعض الشافعية: لا يعتد به، وأومأ أحمدﷺ إلى قولين، وجه قول القاضي أن الصحابة شاهدوا التنزيل وهم أعلم بالتأويل وأعرف بالمقاصد، وقولهم حجة على من بعدهم فهم مع التابعين كالعلماء مع العامة، ولذلك قدمنا تفسيرهم وأنكرت عائشة على أبي سلمة خلاف ابن عباس قالت: إنما مثلك مثل الفروج سمع الديكة تصيح فصاح لصياحها)[3].

وقال الفخر الرازي في فصل ما أدخل في الإجماع وليس منه: (المسألة الرابعة: قال مالك إجماع أهل المدينة وحدها حجة وقال الباقون ليس كذلك... الخامسة: إجماع العترة وحدها ليس بحجة خلافاً للزيدية والإمامية... السادسة: إجماع الأئمة الأربعة وحدهم ليس بحجة... السابعة: إجماع الصحابة مع مخالفة من أدركهم من التابعين ليس بحجة خلافاً لبعضهم) وأفاض في الرد علي عليهم[4].

وقال ملا جيون: (وما ذكر من الأدلة يدل على فضل الخلفاء الأربعة والصحابة والتابعين والعترة أهل البيت وأهل المدينة والأئمة الأربعة، ولكنه لا يدل على أن إجماعهم حجة دون غيرهم لأن

---

[1]– "شرح الكوكب المنير" لابن النجار 2/ 239، "البحر المحيط" للزركشي 434/6، "إرشاد الفحول" للشوكاني384/1.

[2]– "كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي" لعبد العزيز البخاري 445/3.

[3]– قال ابن النجار: (وعن أحمد رواية أخرى أن اتفاق الصحابة مع مخالفة التابعين يكون إجماعاً واختاره الخلال والحلواني أيضاً في بعض كتبه فيكون له اختياران)"شرح الكوكب المنير" 233/2، "روضة الناظر" لابن قدامة 346/1.

[4]– "المحصول" للرازي 162/4– 169– 174–177.

العصمة عن الخطأ ثبتت لمجموع هذه الأمة لإطلاق الأدلة على حجية الإجماع لعموم دلائل الإجماع وحجيته، إنما هو تكريم لهذه الأمة المحمدية ولا تفصيل فيها بين قوم وقوم أو زمان وزمان أو مكان ومكان)[1].

6- نقل الإجماع: يشترط للعمل بالإجماع والاحتجاج به ثبوت نقله لدينا على شرط الرواية إلينا، فيشترط أن يكون متواتراً ليكون قطعي الثبوت، ويجوز العمل به برواية الآحاد على أنه ظني الثبوت[2].

قال النسفي في "منار الأنوار": (وأما السبب الناقل إلينا فعلى مثال نقل السنة)، وقال الحصكفي:(وإذا انتقل إلينا إجماع السلف أي الصحابة بإجماع كل عصر على نقله كان كنقل الحديث المتواتر فيوجب العلم والعمل قطعاً، كإجماعهم على فرضية الصلاة، وإذا انتقل إلينا بالأفراد كقول عبيدة ما اجتمع الصحابة على شيء كاجتماعهم على محافظة الأربع قبل الظهر، كان كنقل السنة الآحاد)، قال ابن عابدين: (أي: فيوجب العمل على المجتهد دون علم اليقين كخبر الواحد)[3].

وقال ابن عبد الشكور: (الإجماع الآحادي يجب العمل به خلافاً للغزالي وبعض الحنفية)، وعلله ابن النجار بأن: (هذه المسألة شرعية طريقها طريق بقية مسائل الفروع التي يكفي في ثبوتها الظن)[4].

وقال البزدوي: (ومن الفقهاء من أبى النقل بالآحاد في هذا الباب وهو قول لا وجه له، ومن أنكر حكم الإجماع فقد أبطل دينه كله لأن مدار أصول الدين كلها مرجعها إلى إجماع المسلمين) [5].

وقال الشوكاني: (الإجماع المنقول بطريق الآحاد حجة وبه قال الماوردي وإمام الحرمين، ونقل عن الجمهور اشتراط عدد التواتر، وحكى الرازي في "المحصول": أن الإجماع المروي بطريق الآحاد حجة خلافاً لأكثر الناس لأن ظن وجوب العمل به حاصل فوجب العمل به للضرر المظنون)[6].

المطلب الثالث: ركن الإجماع: ركن الإجماع: هو الاتفاق، أي: الاشتراك والاتحاد في الاعتقاد أو القول أو الفعل:

---

[1]- "روضة الناظر"346/1 ، "إرشاد الفحول" 420/1،"كشف الأسرار"184/2، "قمر الأقمار على شرح المنار" 106/2.

[2]- "الإحكام للآمدي 238/1، "فواتح الرحموت" 242/2، و" الكوكب المنير" 224/2، "قمر الأقمار " للكنوي 111/1.

[3]- "كشف الأسرار"للنسفي192/2، "إفاضة الأنوار" للحصكفي على هامش حاشية "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص735.

[4]- "فواتح الرحموت" 242/2، " شرح الكوكب المنير" 244/2 "البحر المحيط" 390/6- 487.

[5]-"كشف الأسرار"للبخاري483/3، بتصرف يسير وانظر: "أصول السرخسي"118/1.

[6]- "إرشاد الفحول" 420/1، "فواتح الرحموت"242/2، " الكوكب المنير" 244/2 "البحر المحيط" 390/6- 487.

1- إجماع العزيمة: وهو الإجماع الصريح، وهو الأصل في أنواع الإجماع:

أ- صورته: التكلم قولاً بما يوجب الاتفاق منهم أو شروعهم فعلاً إن كان من باب الفعل.

قال الحصكفي: (أي: باب الفعل، كما إذا شرعوا جميعاً في المزارعة والمضاربة، وفي "التقرير" عن "الميزان": الإجماع الفعلي يدل على حسن ما فعلوه وكونه مستحباً، ولا يدل على الوجوب ما لم توجد قرينة كإجماع الصحابة على الأربع قبل الظهر وأنه سنة لا واجب)اهـ[1].

ب- حكمه: الإجماع الصريح حجة قطعية عند جمهور الأصوليين، وإن الأمة إذا اتفقت على حكم وأجمعت عليه وتوفرت فيه الشروط بكمالها، فالحكم الناتج عن إجماعها حجة، ويجب العمل به ويحرم مخالفته وخرقه والخروج عليه، وتصبح المسألة المجتهد فيها مسألة قطعية الحكم، ولا تصلح المسألة المجمع عليها بعد ذلك أن تكون محل خلاف، ولا تعارضه الأدلة، ولا ينسخ على الصحيح، فإذا كان مستنده ظنياً أفاده الإجماع القطعية والإحكام، وكان حجة مستقلة عن مستنده، وإذا كان مستنده قطعياً فإنه يزيد قوة وقطعية وإحكاماً، وكان تابعاً لمستنده بالحجية، وبه يظهر فائدة الاحتجاج بالإجماع الى جانب الكتاب والسنة، ويرد على من يزعم ألا حاجة إلى الاجماع مع وجود مستنده قطعياً أو ظنياً[2]، وقال الرازي: (إجماع أمة محمدﷺ حجة خلافاً للنظام والشيعة والخوارج) واستطرد في إثبات حجيته والرد على المنكرين لحجية الإجماع بالأدلة المنقولة والمعقولة[3].

ج - الأدلة على حجية الإجماع: استدل الأصوليين على حجية الإجماع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

من الكتاب: استدلوا بآيات منها:

قوله تعالى: {ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً}[النساء:115]، استدل بهذه الآية الإمام الشافعيﷺ، ووجه الاستدلال: أن الله تعالى توعد من يتبع غير سبيل المؤمنين ويشاقق الرسول بدخول جهنم، ومشاقة الرسول ثابتة حرمتها بقوله تعالى:{ومن يشاقق الله ورسوله فإن الله شديد العقاب}[الأنفال:13]، فعلق دخول النار على أمرين، أحدهما حرام فيكون الآخر حراماً، وهو اتباع غير سبيل المؤمنين، وينتج عنه أن اتباع سبيل المؤمنون واجب وهو الإجماع.

---

[1]- " إفاضة الأنوار على المنار للنسفي" للحصكفي على هامش "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص728.

[2]-"الإبهاج"349/2،"الكوكب المنير"210/2، "البحر المحيط"379/6، "إرشاد الفحول"348/1، "بيان المختصر" 299/1

[3]- "الإحكام"170/1، "المحصول"35/4-126، "تنقيح الفصول"ص322، "روضة الناظر"331/1.

وقوله تعالى: {كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله} [آل عمران:110]، ووجه الاستدلال: أن الله تعالى وصف المؤمنين العاملين بأنهم خير الأمم، ووصفُ الخيرية يقتضي كونَهم على حق، فإذا أجمعوا على أمر فإجماعهم يدل على حجية ما أجمعوا عليه، إذ لو لم يكن حقاً لكان ضلالاً، {فماذا بعد الحق إلا الضلالُ} [يونس:32]، ولو كانوا على ضلال لما كانوا خير الأمم، والخيرية تقتضي الحقية.

وقوله تعالى: {وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيداً} [البقرة:143]، ووجه الاستدلال: أنه تعالى وصف المؤمنين بأنهم أمة وسط، والوسط: العدل فمجموع الأمة موصوف بالعدالة فيكون ما أجمع عليه العدول حقاً، وإلا كانوا كاذبين، وليسوا عدولاً كيف وقد ارتضاهم الله شهداء على الناس، والدليل على أن الوسط العدل قوله تعالى: {قال أوسطهم} أي: أعدلهم رأياً وهذه الأدلة لا تخلوا أفرادها عن مناقشة، ولكنها بمجموعها تدل على حجية الإجماع [1].

من السنة: استدلوا بأحاديث منها: ما روي عن رسول الله ﷺ من الأخبار المتواترة المعنى من صحة الإجماع ونفي الخطأ عن الأمة ورجوب اتباع الجماعة وتعظيم القول والشأن في مفارقتها، ورواها كثرة من الصحابة:

ومن ذلك: قوله ﷺ: (لا تجتمع أمتى على الخطأ)، وفي رواية: (على ضلالة)[2].

وقوله ﷺ: (إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة ويد الله مع الجماعة ومن شذَّ شذ إلى النار)[3].

وقوله ﷺ: (سألت الله أن لا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها)[4].

وقوله ﷺ : (فعليكم بالجماعة، فإن الله لم يكن ليجمع أمتي إلا على هدى)[5].

وقوله ﷺ: (إن الله أجاركم من ثلاث ... وألا تجتمعوا على ضلالة)[6].

---

[1]– أورد هذه الأدلة وناقشها الإمام الفخر الرازي في "المحصول" 35/4 ، والسيف الآمدي في "الإحكام" 167/2.

[2]– تقدم تخريجه ص5.

[3]– رواه الترمذي كتاب الفتن باب ما جاء في لزوم الجماعة (2167) والحاكم في "المستدرك" 115/1 (397) وصححه وأقره الذهبي عن عبد الله بن عمر ﷺ، وقال أبو عيسى الترمذي: حديث حسن صحيح، وتفسر الجماعة عند أهل العلم هم أهل القوى والعلم والحديث.

[4]– أورده الهيثمي في"المجمع" 221/7 وعزاه إلى أحمد (27224)والطبراني عن أبي بصرة الغفاري ﷺ ، وفيه راو لم يسم.

[5]– قال الهيثمي في "مجمع الزوائد" باب الإجماع 177/1: رواه أحمد، وفيه البختري بن عيد بن سلمان، وهو ضعيف.

[6]– رواه أبوا داود في كتاب الفتن باب ذكر الفتن ودلائلها(4253) عن أبي مالك الأشعري ﷺ .

وقوله ﷺ: (من فارق الجماعة شبراً فمات إلا مات ميتة جاهلية)[1].

وقوله ﷺ: (من فارق الجماعة شبراً خلع ربقة الإسلام من عنقه)[2].

وما روي عن علي ﷺ قال: قلت: يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة، قال رسول الله ﷺ : (شاوروا فيه الفقهاء العابدين ولا تمضوا فيه رأي خاصة) [3]، وما روي عن عبد الله بن مسعود ﷺ قال: (فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء)[4].

قال ابن قدامة: (وهذه الأخبار لم تزل ظاهرة مشهورة في الصحابة والتابعين لم يدفعها أحد من السلف والخلف، وهي وإن لم تتواتر آحادها حصل لنا بمجموعها العالم الضروري أن النبيﷺ عظم شأن هذه الأمة وبين عصمتها عن الخطأ، وبمثل ذلك نجد أنفسنا مضطرين إلى تصديق شجاعية علي وسخاء حاتم وعلم عائشة وإن لم يكن آحاد الأخبار فيها متواتراً)[5].

– **من الإجماع:** الاستدلال للإجماع بالإجماع ضعيف المسلك لما يلزم فيه من الدور والتسلسل، لكن صدر الشريعة سلك فيه مسلكاً فريداً فقال: (وأيضاً العلماء إذا قالوا: إن الإجماع حجة قطعية مع اتفاقهم على أن الحكم لا يكون قطعياً إلا أن يكون الدليل الدال عليه قطعياً فإخبارهم بأن الإجماع حجة قطعية إخبار بأنهم قد وصلوا إلى دليل دال على أنه حجة قطعية، إذ لولا ذلك لا يكون كلامهم كاذباً والقائلون بهذا القول العلماء العاملون المجتهدون الكثيرون غاية الكثرة بحيث لا يمكن تواطؤهم على الكذب ذلك الدليل لا يكون قياساً، لأنه لا يفيد القطعية عندهم ولا الإجماع للدور بقي الدليل هو الوحي، فصار كأن كل واحد قال: إنه وصل إلي من الكتاب أو السنة ما يدل على أن الإجماع حجة قطعية، وإذا قالوا هذا القول كان الدليل على أنه حجة وحياً متواتراً).

– **من المعقول:** وهذا المسلك أيضاً فيه ضعف، ولكن الإمام فخر الإسلام البزودي استدل به استدلالاً مقبولاً حيث قال: (وأما المعقول فلأن رسول اللهﷺ خاتمُ النبيين، وشريعته باقية إلى آخر

---

[1]– رواه البخاري كتاب الفتن باب ما جاء في قوله تعالى: واتقوا فتنة(7054) ومسلم كتاب الإمارة باب الأمر بالجماعة(1849) عن ابن عباس.

[2]– رواه أبوا داود في كتاب السنة باب الخوارج (4758) عن أبي ذر ﷺ.

[3]– أورده في "مجمع الزوائد" 178/1 وقال: رواه الطبراني في "الأوسط" عن علي ﷺ، ورجاله موثقون من أهل الصحيح.

[4]– أورده الهيثمي في "مجمع الزوائد" 178/1 وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني في "الكبير"، ورجاله موثقون.

[5]– " روضه الناظر وجنة المناظر" لابن قدامة المقدسي، وشرحها لعبد القادر بدران ط:1مكتبة المعارف الرياض ٢٤١/١.

الدهر وأمته ثابتة على الحق إلى أن تقوم الساعة قال النبي ﷺ:(لا تزال طائفة من أمتي على الحق ظاهرين حتى تقوم الساعة) وقال: (حتى تقاتل آخر عصابة من أمتي الدجال) [1]، وإنما المراد بالأمة من لا يتمسك بالهوى والبدعة، ولو جاز الخطأ على جماعتهم وقد انقطع الوحي بطل وعد الثبات على الحق فوجب القول بأن إجماعهم صواب بيقين كرامة من الله تعالى لهذا الدين، وهذا حكم متعلق بإجماعهم صيانة للدين ... فصار الإجماع كآية من الكتاب أو حديث متواتر في وجوب العمل والعلم به) [2].

2- إجماع الرخصة [3]: وهو الإجماع السكوتي:

أ- صورته: أن يقول بعض المجتهدين في العصر الواحد في مسألة أو يفعل، ويسكت سائرهم بعد بلوغ الحادثة إليهم ومضي مدة التأمل والنظر فيها، وليس ثمة خوف أو فتنة، ودون قرينة إقرار أو إنكار [4].

ب- شروطه: ضبط جمهور الأصوليين الإجماع السكوتي بشروط تحصره وتصوره:

1- أن يكون السكوت مجرداً عن القرائن فلا تظهر فيه علامة الرضا و لا الكراهية.

2- أن ينتشر القول بين جميع المجتهدين في العصر دون اقتصار على البعض منهم.

3- أن تمضي مدة كافية للبحث في المسألة والتأمل بها وألا تتكرر الحادثة مع عدم الإنكار عليها.

4- أن تكون المسألة اجتهادية تكليفية لا عقدية ولا عقلية ولا عادية ولا وضعية.

5- أن تنتفي الموانع التي تمنع من اعتبار هذا السكوت إقراراً كالتقية من سلطان جائر.

واشترط بعض الأصوليين فيها شروطاً خاصة:

كالشيرازي والغزالي والماوردي وابن قدامة المقدسي أن يكون الخلاف في عصر الصحابة فقط.

---

[1]- رواه مسلم كتاب الجمعة باب في الإنصات يوم الجمعة(1920) وأبو داود كتاب الجهاد باب في دوام الجهاد (2484) عن عمران بن الحصين.

[2]- "التلويح على التوضيح" 51/2، "كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي" لعبد العزيز البخاري 476/3.

[3]- سمي رخصة لأنه جعل إجماعاً ضرورة الاحتراز عن نسبتهم إلى الفسق والتقصير في أمر الدين."كشف الأسرار " 476/3.

[4]- "كشف الأسرار" للبخاري424/3، "كشف الاسرار" للنسفي180/1، "إفاضة الأنوار"ص729،"فواتح الرحموت"232/2.

وكابن الحاجب وابن عبد الشكور وعبد العزيز البخاري أن يكون الخلاف قبل استقرار المذاهب.

وكالآمدي والحذاق من أصحاب الشافعي وآخرين غيرهم أن ينقرض عصر المجمعين[1].

قال البخاري: (وصورة المسألة: ما إذا ذهب واحد من أهل الحل والعقد في عصر إلى حكم في مسالة قبل استقرار المذاهب على حكم تلك المسألة وانتشر ذلك بين أهل عصره ومضى مدة التأمل وفيه ولم يظهر له مخالف كان ذلك إجماعاً مقطوعاً به عند أكثر أصحابنا وكذا الفعل إذا فعل واحد من أهل الإجماع فعلاً وعلم به أهل زمانه ولم ينكر عليه أحد بعد مضي مدة التأمل يكون إجماعاً منهم على إباحة ذلك الفعل ويسمى أجماعاً سكوتياً عند من قال إنه إجماع)، وقال السمرقندي:(فلهذا شرطنا مع السكوت وترك الإنكار زوال التقية ومضي مدة التأمل)[2].

ج- أقوال العلماء في الإجماع السكوتي:

الأول: إنه إجماع وحجة قطعية: وهو قول جمهور الحنفية كالسمعاني والجصاص وجمهور المالكية كالباجي، والطبري والشيرازي من الشافعية، وآل تيمية من الحنابلة، والجبائي من المعتزلة [3].

قال الجصاص: (وغير جائز أن تكون صحة الإجماع موقوفة على وجود القول في المسألة من كل واحد منهم بوفاق الآخرين، لأن ذلك لو كان شرط الإجماع لما صح إجماع أبداً... أما إذا كان القائلون به الجمع الكثير والساكتون نفراً يسيراً هذا إجماع صحيح إذا لم يظهروا مخالفة الجماعة بعد انتشار المقالة وظهورها).

قال ابن عابدين: (لكن لا يُكفَر جاحدُه وإن كان من الأدلة القطعية بمنزلة العام من النصوص)[4].

واستُدلَّ لهم بما يلي:

1- أن شرط النطق منهم جميعاً متعذر غير معتاد بل المعتاد في كل عصر أن يتولى الكبار الفتوى ويسلم سائرهم إلا أن يكون هناك مخالف لهم ، ولو كان شرطاً في الإجماع لما تحقق اجماع البتة.

---

[1]-"جمع الجوامع"191/2،"شرح الكوكب المنير"247/2، "البحر المحيط"470/6"كشف الأسرار" للبخاري424/3.

[2]-"كشف الأسرار على أصول البزدوي"للبخاري424/3، "ميزان الأصول"للسمرقندي739/2، "الفصول" للجصاص285/3.

[3]- "التبصرة" ص391، "جمع الجوامع" 187/2، "المسودة" ص335، و"إحكام الفصول" ص407، "قواطع الأدلة"7/2.

[4]- "الفصول" 285/3-303،"تسمات الأسحار"ص729،"التلويح" للتفتازاني83/2،"كشف الأسرار"للبخاري 426/3.

2- أن سكوت الساكت جُعِلَ بمنزلة الإقرار والبيان، لأن الحكم لو كان مخالفاً أو خطأً لوجب عليهم الإنكار، وإذا سكتوا فإنهم لا يسكون إلا على حقٍّ، فإن السكون عند الحاجة إلى البيان بيان [1].

3- أن الكتب التي تنقل الإجماعات لم تفرق بين الإجماع الذي صرح به الجميع وبين الذي تكلم به البعض وسكت الباقون، بل إنهم ينقلون الإجماع مع وجود بعض المخالفين، الذين يعتد بهم ويرون ذلك إجماعاً وحجة[2].

4- أن العادة جارية مستقرة على أنه لا يجوز أن يسمع العدد الكثير قولاً، ثم يمسك جميعهم عن إنكاره وإظهار خلافه، بل أكثرهم يسارع ويسابق إليه فإذا ظهر قول وانتشر وبلغ أقاصي الأرض ولم يعلم له مخالف علم أن ذلك السكوت رضى منهم وإقرار عليه لما جرت عليه العادة كالمتواتر[3].

الثاني: إنه ليس بإجماع ولا حجة: وهو قول أبي عبد الله البصري من المعتزلة وعيسى بن أبان من الحنفية وداود الظاهري والقاضي أبي بكر الباقلاني من الأشاعرة، فلا يسمى إجماعاً ولا تقوم به حجة ولا يحرم خلافه، إنما هو قول جماعة من الفقهاء فيجوز اتباعه وتركه، ونسبه جمهور الشافعية إلى الشافعي ويمكن الجمع بين الروايات المختلفة المنقولة عن الإمام الشافعي في القول بالإجماع السكوتي بأنه إما أن يكون له في هذه المسألة قولان كما حكاه ابن الحاجب، أو ينزل النفي على ما إذا صدر الإجماع عن حكم حاكم والإثبات على ما إذا صدر عن غيره كما فصله المروزي، ويمكن أن يحمل الإثبات على إجماع الصحابة والنفي على من بعدهم[4]، واستدلوا بما يلي:

1- بحديث ذي اليدين: أن رسول الله ﷺ صلى العصر، فسلم من ركعتين، فقام رجل يقال له: ذو اليدين، فقال: أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله؟ فأقبل رسول الله ﷺ: على الناس وفيهم أبو بكر وعمر، فقال:(أصدق ذو اليدين؟) فقالوا: نعم، فأتم رسول اللهﷺما بقي من الصلاة، ثم سجد سجدتين[5].

---

[1]- وهو ما يسمى بيان الضرورة "كشف الأسرار"للبخاري 426/3، "فواتح الرحموت" 232/2، "نسمات الأسحار"ص690.

[2]- ك"نوادر الفقهاء" للجوهري ص23، و"مراتب الإجماع" لابن حزم ، و"الإجماع" لابن المنذر ص17،.

[3]- "الإحكام" للآمدي 212/1، "إحكام الفصول" للباجي ص407، و"فواتح الرحموت" 332/2، "تدريب الراوي" للسيوطي.

[4]- وقال الزركشي: وهذا أولى من أن يجعل له في المسالة قولان متناقضان، ويمكن حمل النفي على ما لم تعم به البلوى والإثبات على عموم البلوى كما اختاره الفخر الرازي."الرسالة"ص172، "بيان المختصر"321/1، "البحر المحيط" 459/6،"المحصول"159/4،"إرشاد الفحول" 339/1.

[5]- رواه البخاري كتاب الصلاة باب إذا سلم في ركعتين (1227) ومسلم كتاب المساجد باب السهو في الصلاة(573) عن أبي هريرة.

ووجه الدلالة: أنه لو كان السكوت موافقة لما سأل رسول الله ﷺ القوم، ولاكتفى بقول ذي اليدين.

2- ما روي أن عمر ﷺ شاور الصحابة في مال فضل عنده من الغنائم فأشاروا عليه بتأخير القسمة والإمساك إلى وقت الحاجة، وعلي ﷺ عن ساكت حتى قال له عمر: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: لم تجعل علمك جهلاً و يقينك شكاً؟! أرى أن تقسم ذلك بين المسلمين وروى حديثاً في قسمة الفضل[1].

3- وما روي أن عمر ﷺ بلغه أن امرأة غاب عنها زوجها صارت تجالس الرجال فأرسل إليها فأملصت حملها فشاور أصحابه في دية الجنين؟ فقالوا: أنت مؤدب ولا شيء عليك وما أردت إلا الخير، وعلي ساكت أيضاً فقال: ما تقول يا أبا الحسن فقال: إن كان هذا جهدَ رأيهم فقد أخطاؤوا، وإن قاربوك فقد خانوك أو غشوك أرى عليك الغرة فقال : أنت صدقتني[2]، ووجه الدلالة : أن علياً ﷺ استجاز السكوت مع إضمار الخلاف، وأن عمر ﷺ لم يعدَّ سكوت علي موافقة حتى سأله فأظهر خلافه لهم وأمضى الحكم على قوله.

4- أن العصمة ثابتة لجميع الأمة، فإذا لم نعلم قول جميعهم فلا يستحيل الخطأ على بعضهم فلا يكون حجة.

5- أنه يشترط في الإجماع أن يُعلَم قولُ كلِّ مجتهد وتتفق الآراء جميعاً على الأمر، أما إذا قال بعضهم وسكت الباقون فإن سكوتهم مع أنه يحتمل الرضا لكنه يحتمل أوجهاً ثمانية:فإنه يحتمل أنه سكت تقية أو خوفاً أو هيبة، كما روي عن ابن عباس ﷺ أنه أضمر خلاف عمر في العول فقالوا له في ذلك؟ فقال: هبته وكان مهيباً[3]، أو سكت لأنه يرى أن كل مجتهد مصيب أو أن غيره قد كفاه هذه المهمة، أو سكت لأنه يخشى أنه لو تكلم لا يلتفت إليه أو أنه يتحين الفرصة للكلام أو أنه لم تتهيأ له مدة كافية للاجتهاد أو أنه اجتهد ولم يصل إلى حكم في المسألة أو أنه يرى أن هذا الخطأ من الصغائر فلم ينكر، ومع هذه الاحتمالات كلها لا يجوز لنا أن نحكم بإقراره من خلال سكوته، و إن لم نعلم له قولاً فلا ينعقد الاتفاق الذي هو ركن الإجماع.

---

[1]- أورده السمرقندي في "ميزان الأصول" وقال محققه عبد الملك السعدي: لم أعثر عليه، والسرخسي في "أصوله"303/1، والرازي في "قصوله" 287/3، والبزدوي كما في "كشف الأسرار" للبخاري 427/3، و"الكافي" للسغناقي 1597/4.

[2]- رواه البيهقي في "السنن الكبرى" 123/6، وعبد الرزاق في "المصنف" 61/10، وانظر "نصب الراية" للزيلعي 398/4.

[3]- رواه بهذا اللفظ ابن حزم في "المحلى" 274/9، والحاكم في "المستدرك" 340/4 وقال صحيح على شرط مسلم، ورواه البيهقي في "السنن الكبرى" 253/6 بلفظ" (منعني من ذلك دِرَّتُه)، وانظر "التلخيص الحبير" لابن حجر 89/3.

وقد أجاب المثبتون على أدلة النافين بأجوبة:

1- عن الحديث بأن سؤال رسول اللهﷺ لم يكن لعدم اعتباره السكوت موافقة، وإنما ليتأكد عنده حصول ما قاله ذو اليدين، فإن خبره خبر واحد يفيد الظن، فلما تابعه الصحابة وفيهم أبو بكر وعمر تيقن النبي ﷺ فسجد للسهو، بدليل أنه لم يطلب قول جميع من صلى خلفَه، وإنما طلب من يتابعه على خبره.

2- وعن الأثرين بأن الوقت كان وقت مشاورة ومناقشة، وسكوت عليﷺ قبل أن ينقض المجلس لا دليل فيه على أنه استجاز السكوت على الخطاء إلا إذا قام من المجلس ولم ينكر، وسؤال عمر ﷺ له ليس لأنه لم يعتبر سكوته إقراراً، بل لأن المسألة كانت في مجال البحث ومن شروط المسألة مضي مدة التأمل، أو يجاب بأن المسألة لم تكن من باب الجواز والفساد، وإنما كانت من باب الحسن والأحسن والأخذ بالعزيمة في المسألتين وهو الأحوط، ويمكن أن يقال إن سيدنا عمر ﷺ خص علياً بذلك لعلامة ظهرت عليه تدل على الإنكار أو لأنه من كبار القوم فيحتاج إلى قوله صراحة التأكيد.

3- وعن الاحتمالات العقلية للسكوت بأن الشروط التي ذكرت في تحرير محل النزاع إنما ذكرت للاحتراز عن النقض الذي يأتي من قلبها، فإننا اشترطنا أن تنتفي الموانع التي تمنع من اعتبار هذا السكوت إقراراً، ومع ذلك فقد أجاب عنها عبد العزيز البخاري وأبو الوليد الباجي وابن قدامة المقدسي واستفاضوا فيها، وملخص ذلك أن احتمال التقية بعيد لأن احتمالها إنما يكون فيما فيه المخافة ظاهراً.

4- وأما حديث ابن عباس فقد طعن فيه العلماء بانقطاع فيه وبنكارة في متنه بأن سيدنا عمر كان ألين للحق وخاصة لابن عباس فإنه كان يدنيه في مجلسه ومواقف عمر في ذلك مشهورة، وكان عمر وقافاً عند كتاب الله، لا خير فيكم إن لم تقولوها ولا خير فينا إن لم نسمعها، أخطأ عمر وأصابت امرأة.

5- وأما الجواب عن كون المجتهد نظر في المسألة ولم يصل فيها إلى رأي، فيجاب عنه بـ: أنه قد ثبت لدينا أن الاجتهاد يتجزأ كما هو قول أكثر العلماء، فإذا توقف المجتهد في مسألة ولا قولَ له فيها، فإننا نستطيع أن لا نعده مجتهداً فيها، ونمضي الإجماع مجرداً عن قوله، وإذا اعتبرنا قول كل مجتهد لم يصل إلى حكم في المسألة مانعاً من انعقاد الإجماع عليها، فإن العلماء يتوقفون عادة في مسائل استعصت عليهم قلت أو كثرت، من حيث إنه ما حاز العلم كله أحد، وقد تقدم كلام الشوكاني

أن من شروط الإجماع أن نعتبر في كل مسألة قول عالمي ذلك الفن وإن كانوا عوام في آخر، والمجتهد المتوقف في المسألة هو كالعامي حيث يجوز له التقليد فيها، كما توقف مالك وأبو حنيفة في مسائل، وشاهد ذلك عند المحدثين حيث اشترطوا الضبط للصحة، فإذا اختل ضبط الراوي في حديث صار حديثه شاذاً وإن كان ضابطاً في غيره، كتفرد الإمام مالك عن الزهري في حديث الاضطجاع قبل الفجر فرواه بعد الفجر، وخالف فيه الثقات حكم العلماء على روايته بالشذوذ مع أنه إمام أهل الضبط والإتقان، وبذلك يجاب عن السكوت لاحتمال عدم الوصول إلى حكم في المسألة، والله أعلم.

أما جواب قول الشافعي: (لا ينسب إلى ساكت قول)[1] فإنه يجاب عنه ويمكن تأويله من أوجه:

الوجه الأولى: أن الشارع اعتبر السكوت إقراراً في مسائل أصولية وفرعية منها:

1- أن سكوت النبي ﷺ إقرار فإذا سكت عن فعل أو حادثة كان سكوته إقراراً وحجة شرعية فإنه نسب له قول بسكوته كما روي أنه أكل الضب بين يديه ﷺ فإنه ما أنكر عليهم ولم يأكل معهم[2].

2- ومن ذلك أن الشارع جعل سكوت البكر عند العقد رضاً منها كما قال رسول الله ﷺ : (استأمروا النساء في أبضاعهن) قيل: إن البكر تستحيي؟ قال: (سكوتها إقرارها) [3].

3- ومن ذلك ما ذكره الشافعية أن سكوت الولي عند القاضي عن التزويج عضل عن التزويج.

الوجه الثاني: أن الإمام الشافعي ﷺ استدل في مواضع بالإجماع السكوتي كما قال العطار في حاشيته: (ثم لا يخفى أن قوله لا ينسب الساكت قول أغلبي، وإلا فسكوت البكر إذن عندنا).

الوجه الثالث: ما نقله البناني في حاشيته أيضاً عن النووي: الصحيح من مذهب الشافعي أنه إجماع وحجة ولا ينافيه قول الشافعي لا ينسب إلى ساكت قول، لأنه محمول عند المحققين على نفي الإجماع القطعي فلا ينافي كونه إجماعاً ظنياً، فيكون المراد بقوله لا ينسب الى ساكت قول نفي

---

[1]- نقله عنه إمام الحرمين في "البرهان" 448/1 والمنخول ص318، وقال: هو من عباراته الرشيقة، و"البحر المحيط"456/6، وعبارته في "الأم" 152/1: (ولا يقال لغيرهم ممن أخذ منهم موافقة لهم ولا مخالفة ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله، وفي هذا ما يدل على أن ادعاء الإجماع في كثير من خاص الأحكام ليس كما يقول من يدعيه).

[2]- رواه البخاري كتاب الهبة باب قبول الهدية(2575)، ومسلم كتاب الصيد باب إباحة الضب (1946) عن ابن عباس ﷺ .

[3]- رواه البخاري كتاب الإكراه باب لا يجوز نكاح المكره (6946)، ومسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب(1420) عن عائشة ﷺ.

نسبة القول صريحاً إليه لا نفي الموافقة الأعم من الصريح، كما يسمى سكوت البكر عند استئذانها إذناً ولا يسمى قولاً وكما يسمى سكوت الولي عند الحاكم فى التزويج عضلاً ولا يسمى قولاً) [1].

الوجه الرابع: وهو ما ذكر في بيان الضرورة من أن السكوت عند الحاجة إلى البيان بيان[2].

4- ويجاب عن ثبوت العصمة لجميع الأمة بأنهم جميع الأمة إذ أنه ليس هناك قول آخر فإذا جاء من بعدهم فإنهم يحتجون أن الأمة عملت بهذا الحكم من غير نكير وليس ثمة قول آخر فيتبعونه.

الثالث: إن كان فتوى فهو إجماع وإن كان حكم حاكم فليس بإجماع: وهو قول ابن أبي هريرة من الشافعية، وعلل رأيه بقوله: فإننا نحضر مجالس الحكام ولا نخالفهم، وأما المفتي والعالم فقابل للرد والخلاف، وأجيب: بأنه لا يشترط الخلاف حال الحكم أو أمام الحاكم، ولكن الخلاف بعد مضي مدة التأمل فلا داعي للفصل[3].

الرابع: إن كان حكم حاكم كان إجماعاً وإن كان فتوى عالم فهو ليس بإجماع: على العكس مما قبله وهو قول أبي إسحاق المروزي وحكي عن الصيرفي، وعلل ذلك بأن حكم الحاكم لا يصدر إلا عن مشاورة وروية ويجاب عليه بما أجيب به على الذي قبله[4].

الخامس: إذا كان القائلون أكثر فإنه إجماع وإن كان الساكتون أكثر فليس بإجماع. وهو قول الفخر الرازي وحكاه السرخسي عن الشافعي وهو غريب لا يعرفه أصحابه.

ويجاب بأن سكوت الأكثر أو الأقل سواء من حيث اعتباره إقراراً لأنه لا سكوت عن الباطل[5].

السادس: إن كان مما يفوت استدراكه كإراقة الدم واستباحة الفروج فيكون حجة وإجماعاً وهو قول الماوردي والروياني، وعللوا ذلك بأنهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه، إذ لا يصح منهم أن يتفقوا على ترك إنكار منكر كان مما لا يفوت استدراكه كان حجة وفيه وجهان في تسميته إجماعاً. ويجاب عليه بأنه تحكم في الفرق بين المسألتين[6].

---

[1]-"حاشية العطار" على "جمع الجوامع"223/2، و"حاشية البناني" على "جمع الجوامع"188/2، و"روضة الناظر"383/1.

[2]- " نسمات الأسحار"ص690، "كشف الأسرار" للنسفي 134/2، حاشية "قمر الأقمار" 64/2، "فواتح الرحموت" 50/2.

[3]-"الإحكام"217/1، "الإبهاج"380/2، "التبصرة"ص392، "فواتح الرحموت"232/2، "البحر المحيط" 463/6.

[4]-"التبصرة"ص391، "الكوكب المنير"247/2، "جمع الجوامع"189/2، "إرشاد الفحول" 402/1.

[5]- "الفصول في الأصول" 303/3، " أصول السرخسي"303/1، "كشف الأسرار" ٣ /٤٢١ "التلويح على التوضيح"١٢٩/١.

[6]- "التبصرة" ص391، "البناني على جمع الجوامع" 187/2، "المسودة" لآل تيمية ص335، و"إحكام الفصول" ص407، "فواتح الرحموت"232/2.

السابع: إن كان مما يدوم ويتكرر فإن السكوت فيه يعد إجماعاً واختاره إمام الحرمين، وقال في "المنخول":

(والمختار أن السكوت لا يكون حجة إلا في صورتين: إحداهما: سكوتهم وقد قطع بين أيديهم قاطع لا في مظنة القطع فالدواعي تتوفر في الرد عليه. والثانية: ما يسكتون عليه مع استمرار العصر وتكرر الواقعة بحيث لا يبدي أحد خلافاً).

الثامن: إنه إجماع بشرط إفادة القرائن العلم بالرضا: وهو ما رجحه الغزالي في المستصفى وذلك بأن يوجد من قرائن الأحوال ما يدل على رضا الساكتين بذلك القول[1].

التاسع: إنه حجة وليس بإجماع: وهو قول أبي هاشم الجبائي من المعتزلة والإمام الكرخي من الحنفية واختاره الآمدي والصيرفي وابن الحاجب، ونقله النووي عن الشافعي ورجحه عنه وكلامه في "الرسالة" يشير إليه، ونقله الرافعي عن الشافعي في أحد الوجهين عنه ورجحه أيضاً[2].

استدلوا بأن الأصل في الإجماع الإقرار من الكل حتى نعلم قطعاً أنه قوله فيكون الإجماع حينئذ قطعياً خالياً عن الاحتمالات الواردة على الإجماع السكوتي، ولكن عند طرو هذه الاحتمالات وهذه الإيرادات وإن كانت غير ناشئة عن دليل تنزل بالإجماع عن القطعية إلى الظنية وهذا القول قوي ومتجه، واعترض عليه الموفق بقوله: (وقول من قال هو حجة وليس بإجماع غير صحيح فإنا إن قدرنا رضى الباقين يكون إجماعاً، وإلا فيكون قولَ بعض أهل العصر والله أعلم)[3].

مثاله: إن أمثلة هذا الإجماع لا تكاد تحصر إذ أن أكثر كتب الإجماع التي تنتقل المسائل التي ثبتت بالإجماع إنما هو من باب الإجماع السكوتي، ولكن قال الشيخ الدكتور مصطفى الخن رحمه الله: يمكن اعتبار المؤتمر الفقهي الإسلامي الذي يقام سنوياً ويحضره مندوبون عن البلاد الإسلامية إجماعاً سكوتياً بشروطه المتقدمة من مضي مدة البحث والتأمل وانتشار القول حتى يعم كل مجتهدي العصر وأن تنتفي الموانع التي تمنع من اعتبار هذا السكوت إقراراً [4]. والله أعلم.

---

[1]–"البرهان" 451/1، "المنخول" للغزالي ص320. "التبصرة"ص391، "الكوكب المنير"247/2، "روضة الناظر"381/1، "ابن الحاجب"38/2.

[2]–قال في "الرسالة" ص172: (وفي اجتماعهم على ما وصفنا من هذا حجة تلزمهم ألا يتفرقوا في شيء من سنن رسول الله ﷺ).

[3]–"روضة الناظر"381/1، "الإحكام"365/1، "الكوكب المنير"247/2، "ابن الحاجب"38/2، "فواتح الرحموت"232/2.

[4]– هذا القول أخذته من فضيلته مشافهة في بيته يوم الخميس 1994/6/12م وقد عرضت هذا القول على فضيلة شيخنا د. حسام الدين فرفور فأقره وزاد عليه قيداً أن يكون الحاضرون من أهل الاجتهاد عنه يوم الأربعاء ١٥/6/ 1994 في بيته.

3- الإجماع الأكثري:

أ- **صورته:** أن يتفق أكثر مجتهدي العصر على حكم مسألة عملية، ويخالف فيها بعض المجتهدين، فهل يعد خلاف القليل مانعاً من انعقاد الاتفاق؟ ومن تسميته إجماعاً؟ ومن الاحتجاج به؟[1]

ب- **شروطه:** ضبط الأصوليون القائلون بالإجماع الأكثري بشروط:

1- أن يكون المخالف ممن يُعتدُّ بقوله من المجتهدين أهل الإجماع.

2- أن يكون المخالف قليلاً نادراً على خلاف في تعيين عدده بين واحد أو اثنين أو ثلاث.

3- أن تكون المسألة التي وقعت عملية واجتهادية فرعية وألا تكون لا اعتقادية ولا قطعية.

4- أن يكون الانعقاد في أي عصر من العصور، وقيد الشيرازي المسألة بعصر الصحابة فقط.

5- كل من اشترط انقراض العصر زاد هنا قيداً آخر أن تكون مخالفة الأقل قبل انقراض العصر.

ج- **أقوال العلماء في الاحتجاج به:** الإجماع الأكثري بالقيود المذكورة فيه مذاهب للعلماء:

الأول: أنه ليس بإجماع ولا حجة: وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية وأكثر أصحاب أحمد والرواية الراجحة عنه، وقول أكثر الأصوليين واختيار البزدوي والرازي والغزالي والآمدي والشيرازي[2]. قال الحصكفي: (والشرط في انعقاده إجماع الكل وخلاف الواحد الصالح للاجتهاد مانع عندنا).

قال ابن عابدين: (أي: فليس بإجماع أصلاً، فلا يكون حُجَّةً قطعية ولا ظنية؛ لأنه ليس بكتاب ولا سُنَّة ولا قياس، بل ولا دليل من الأدلة المعتبرة، وهو المختار، والمختار عند بعضهم أنه ليس بإجماع لكنه حُجَّةٌ؛ لأن الظاهر إصابتهم خصوصاً مع قوله:(عليكم بالسواد الأعظم)، كذا في "التحرير" و شرحه، ونقله عن الجرجاني والرازي من الحنفية، ومثل للأول بخلاف أبي بكر الله في قتال مانعي الزكاة، وللثاني بخالف أبي موسى في نقض النوم) [3].

واستدلوا بأدلة عقلية ونقلية:

الأدلة النقلية: قوله تعالى: {فإن تنازعتم فيه شيء فردوه إلى الله والرسول}[النساء:59]، وقوله تعالى{وما اختلفتم فيه من شيء فحكم إلى الله}[الشورى:10] وجه الاستدلال: أنه قد وقع التنازع والاختلاف في المسألة فوجب ردها إلى الله في كتابه والرسول في سنته فقط، وقول أكثر الفقهاء ليس ذلك الرد.

---

[1]- ولا يخفى أن تسمية إجماعاً إنما هو تسمح وتجاوز من باب المجاز المرسل وعلاقته الكلية. "كشف الأسرار"للبخاري452/3.

[2]- "المحصول"181/4، "الإحكام"199/1، "المسودة"ص329 ، "الإبهاج"383/2 ، "التبصرة"ص361، "القواطع"21/2

[3]- "نسمات الأسحار" ص733، "التقرير والتحبير" 94/3 ، "بيان المختصر"310/1، "فواتح الرحموت"232/2.

قوله تعالى:{وقليل من عبادي الشكور}[سبا:13] ومنها قوله تعالى{وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا لصالحات و قليل ما هم}[ص:24]، وقوله تعالى:{كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة بإذن الله}[البقرة:249]، فدلت هذه النصوص على أن الحق غالباً ما يكون مع القليل وأن صفوة الله من عباده قلة.

وقولهﷺ:(بدأ الإسلام غريباً وسيعود غريباً فطوبى للغرباء الذين يصلحون ما أفسد الناس)[1] .

ما روي أن أبا بكرﷺ خالف جميع الصحابة في قتال مانعي الزكاة، وكان الحق في قوله وحده دونهم، ولم يقل أحد إن قوله غير معتبر بل كلهم رجعوا إلى قوله آخراً، خلاف ابن عباس وابن مسعود أيضاً في الفرائض قائم متداول بين العلماء لم ينكره أحد، فدل ذلك أن قول النادر قد يكون الحق، وقول الكثير قد يكون غير الحق.

الأدلة العقلية:

1- أن العصمة ثبتت الأمة بكليتها كرامة لها، وليس هذا اجماعَ الجميع، فلا يعتد به.

2- إن الخطأ جائز على مجموع الأمة وأفرادها، وقد دلت الأدلة على عصمة مجموع الأمة عن الخطأ فينبغي أن يبقى ما وراء ذلك على الأصل.

3- أن الصحابة سوغوا للمخالف ولم ينكروا عليه مخالفته، فدل ذلك على أن خلافه سائغ ويمنع انعقاد الإجماع كخلاف ابن عباس في العول والغراوين، ولم يبادروا بتخطئته ولا الإنكار عليه.

فإن قيل: قد ثبت أنهم انكروا على ابن عباس قوله بالمتعة وربا الفضل، لأنهم لم يسوغوا له خلافه لهم، كما قال علي ﷺ معرضاً بابن عباس إن رجالاً أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة.

أجيب: بأنهم إنما أنكروا عليه لمخالفته صريح النص، ولم يسوغوا له لأنه اجتهاد في مورد النص.

ب- إنه إجماع وحجة: وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو قول ابن جرير الطبري، وأبي الحسين الخياط المعتزلي، وابن خويزمنداد المالكي، والقاضي البيضاوي حيث قال: لا يعتبر الثالث، وأبي محمد الحويني ورجحه ابن الحاجب على تفصيل بينهم في عدد المخالف بين الواحد والاثنين والثلاثة، وهو قول إبراهيم بن المنذر صاحب "الإجماع"، ومحمد بن الحسن التميمي صاحب "نوادر الفقهاء"[2].

---

[1]- رواه مسلم كتاب الإيمان باب بدأ الإسلام غريباً(145) عن أبي هريرة ﷺ .

[2]- "إحكام الفصول"ص393، "الفصول" 298/3، "الإبهاج" 383/2 ، "التبصرة" ص361، "الكوكب المنير"229/2.

واستدلوا بالمنقول والمعقول أيضاً:

المنقول: الأحاديث التي تدل على لزوم الجماعة والنهي عن الشذوذ ومخالفة السواد الأعظم:

قوله ﷺ: (عليكم بالجماعة وإياكم والفرقة ثلاث مرات) [1] .

وقوله ﷺ: (إن أمتى لا تجتمع على ضلالة فإن رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم) [2].

وقوله ﷺ: (يد الله مع الجماعة ومن شذ شذ إلى النار) [3]

وقوله ﷺ: (من خرج من الطاعة وفارق الجماعة قيد شبر مات ميتة جاهلية) [4].

وقوله ﷺ: (من خرج من الجماعة قيد شبر فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه) [5]

وجه الدلالة أن النصوص توجب اتباع السواد الأعظم وترك من لم يشذ عن الجماعة، وأن الصحابة اعتمدت في خلافة أبي بكر على اتفاق الأكثرين مع مخالفة البعض كعلي وسعد، ولولا أن الاتفاق حجة مع مخالفة الأقل لما كانت إمامة أبي بكر ثابتة بالإجماع.

المعقول: واستدلوا من أوجه أهمها:

1- أن إصابة أكثر الأمة وإن أخطأ البعض ممكن عادة، ويحمل لفظ الأمة على أكثرها مجازاً مرسلاً من إطلاق الكل وإرادة البعض، كما يقال: رأيت ثوراً أسود فإنه يصدق ولو كان فيه شعرات بيض.

2- القياس على خبر الواحد يفيد الظن، وخبر الجماعة إذا تواتر يفيد العلم،والظن لا يعارض العلم.

3- الترجيح بكثرة الرواة عند الأكثر من المحدثين، فليكن كذلك في باب الإجماع عند الأصوليين، فيترجح اجتهاد الأكثر على اجتهاد الأقل، ولو اعتبرت مخالفة الفرد مانعة لما انعقد إجماعٌ أصلاً، لأنه لا يخلو الإجماع في كل عصر عن مخالف سراً أو علانية، كإجماع الصحابة على نقض الوضوء بالنوم خلافاً لأبي موسى الأشعري، وإجماعهم على جواز الصوم في السفر مع خلاف أبي هريرة وابن عمر.

---

[1]- رواه أبو نعيم في "تاريخ أصبهان" 208/2 عن سمرة بن جندب ﷺ.

[2]- رواه عبد بن حميد (1220) وابن ماجه (3950) كتاب الفتن باب السواد الأعظم عن أنس وفي إسناده خلف الأعمى، ضعيف.

[3]- رواه الترمذي كتاب الفتن باب ما جاء في لزوم الجماعة والحاكم (2166) عن ابن عباس ﷺ..

[4]- و رواه مسلم كتاب الإمارة باب الأمر بلزوم الجماعة عند ظهور الفتن (1848) عن أبي هريرة ﷺ .

[5]-رواه أبو داود كتاب السنة باب الخوارج (4758) عن أبي ذر ﷺ، وأحمد 202/4 والحاكم 117/1 عن الحارث الأشعري.

4- إن الإجماع حجة في العصر الذي هم فيه وما بعده ولذلك يحتجون على المخالف لهم وينكرون عليه، ومنه إنكار الصحابة على ابن عباس لما خالف في ربا الفضل والمتعة ونحوها، ولولا أن إجماعهم حجة لما ساغ لهم الإنكار عليه لأنه ليس للمجتهد أن ينكر على المجتهد.

وقد أجاب الجمهور عن أدلة المخالفين لهم بما يلي:

1- أحاديث النهي عن مخالفة الجماعة محمولة على السياسة والخروج على الإمام.

2- والشذوذ إنما هو بالخلاف بعد الوفاق أما قبله فليس بشذوذ.

3- إنكار الصحابة على المخالف لأنه خالف صريح الكتاب، بدلالة تسويغ الخلاف وعدم الإنكار

4- أن الخلافة لا يشترط فيها إجماع الجميع، ويجوز العمل فيها بقول الأكثر، وعلى كل فإن علياً ما خالف ولكنه استخفى في بيته، فلما كلمه عمر ﷺ خرج فبايع، وكذلك سعد كان يرجو الخلافة لنفسه فلما حدثه أبو بكر ﷺ بحديث: (الأئمة من قريش)[1] سكت فلم يكن مخالفاً.

5- قياس الإجماع على الرواية قياس مع الفارق، لأن أخبار الآحاد يعمل بها بخلاف قول الأكثر.

6- أن إطلاق لفظ الأمة على البعض إنما هو بطريق المجاز، والكلام هنا من باب الحقيقة إذ يصح أن يقال لهم إنهم ليسوا كل الأمة والعصمة ثبتت للأمة بكليتها، واستعمال الحقيقة واجب ما أمكن.

7- احتمال المخالفة في كل عصر لا يمنع من اعتبار قول الساكت، وإنما نعمل بالإجماع إذا تيسر.

8- وأما الاحتجاج بالإجماع في نفس العصر على المخالف، فكيف يحتج عليه بشيء لا يسلم به.

وبهذا نرى أن لكل من الفريقين أدلته وشبهته ومتمسكه في مسألة الإجماع الأكثري، ولكن حديث بلفظ: (فإن رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم) [2] صريح في المسالة لولا ضعف سنده.

ج- إنه إجماع وحجة بشرط أن لا يسوغوا للمخالف خلافه: وإن سوغوا له الخلاف، فإن قوله معتبر مانع من انعقاد الإجماع، وهو قول أبي بكر الرازي وأبي عبد الله الجرجاني واختاره السرخسي[3]. واستدل له بقوله: والأصح عندي ما أشار إليه أبو بكر الرازي رحمه الله أن الواحد إذا خالف الجماعة فإن سوغوا له ذلك الاجتهاد ولا يثبت حكم الإجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن

---

[1]- أخرجه أحمد (12329)، والنسائي في "السنن الكبرى" (5942) عن أنس بن مالك ﷺ باختلاف يسير.

[2]- تقدم تخريجه ص15.

[3]- "الفصول" للرازي 298/3، "أصول السرخسي" 316/1، و"تيسير التحرير" 237/3، "جمع الجوامع" 178/2.

عباس للصحابة زوج وأبوين وامرأة وأبوين أن للأم ثلث جميع المال، وإن لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه قوله فإنه يثبت حكم الإجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس في حل التفاضل في أموال الربا والمتعة، فإن الصحابة لم يسوغوا هذا الاجتهاد حتى روي أنه رجع إلى قولهم فكان الإجماع ثابتاً بدون قوله، وأجيب عنه بأنه تحكم في الفرق بين المسألتين، ولكن هذا القول وجيه يطمئن القلب إليه وله حظه من النظر والفهم.

د- إنه إجماع وحجة بشرط ألا يبلغ المخالف عدد التواتر: فإن بلغ عدد التواتر منع خلافه من انعقاد الإجماع والاحتجاج به ونقل القاضي البيضاوي أن هذا الذي يصح عن ابن جرير[1].

هـ-إنه حجة وليس بإجماع: أي: حجة ظنية، وهو قول ابن الحاجب والسعد التفتازاني والعضد الإيجي والسبكي والبناني[2]، واستدلوا: بأن اتفاق الأكثر يكون على الحق غالباً، ولاحتمال كون الحق مع المخالف النادر نزلت حجيته إلى الظنية، ولهذا لا يطلقون عليه إجماعاً، لأنه ينصرف إلى الكامل.

قال العضد الإيجي:(ولو ندر المخالف مع كثرة المجمعين لم يكن إجماعاً قطعياً، لما ذكرنا أن الأدلة لا تتناوله، لكن الظاهر أنه يكون حجة، لأنه يدل ظاهراً على وجود قاطع أو راجح، لأنه لو قدر كون متمسك المخالف النادر راجحاً والكثيرون لم يطلعوا عليه أو اطلعوا عله وخالفوه غلطاً أو عمداً في غاية البعد)، وقال السعد التفتازاني: (قوله:"لم يكن إجماعاً قطعياً" معناه أنه لا يكفر جاحده، لكن يكون إجماعا ظنياً يجب على المجتهد العمل به) [3].

وسيأتي ترجيح كون الإجماع الأكثري حجة ظنية استناداً إلى هذا القول وهو القول الأعدل[4].

وأنقل كلام الإمام محمد بن الحسن الجوهري في مقدمة كتابه "نوادر الفقهاء": (فإن الإجماع من الأمة والاتفاق من أهل القبلة، حجة من حجج الله عز وجل على خلقه ومنار يدل على حقه، يقوم مقام الكتاب والسنة وما أخذناه عنهما في الجملة، فيجب إذ قام هذا المقام الذي ذكرناه ولا ردوه من خبرنا، أن يكون وجود الإجماع في مسألة والاتفاق في نازلة يمنع الاعتداد بقول يخرج عنه ويجب

---

[1]- "المنخول" للغزالي ص311، والإبهاج للسبكي 387/2 و"جمع الجوامع" 178/2.

[2]-"أصول السرخسي"316/1، الإبهاج387/2، الإحكام لابن حزم 510/1.

[3]-"حاشية التفتازاني على شرح مختصر ابن الحاجب"34/2، "البناني على جمع الجوامع"178/2.

[4]- سيأتي ص !!! وهذا ما رجحه أستاذنا د. علي جمعه في تعليقه على "بيان المختصر" للأصبهاني 310/1 بقوله: (والذي قاله المصنف سديد لأنه مع كونه ليس بإجماع وليس بحجة قاطعة إلا أنه يظن فيه الصواب فهو حجة ظنية).

إسقاطه من حكم من أخذ عنه، إذ لو جاز الاعتداد بذكره والحكم به على أهل عصره، والإجماع قد تقدمه بالخلاف، والاتفاق ثابت بالائتلاف، لما ثبتت حجة الإجماع في مسألة إلا بعد انقراض الدنيا وذهاب أهل الفتيا، حتى لا يوجد مخالف يحدث ولا يتوهم منازع يبحث، وفي ذلك سقوط حجة الإجماع وبطلان وجوبه عند الانتزاع، وفي فضوح فساد ذلك من القول ودحوض عليه في العقل ثبوت ما أصلناه ووجوب ما قدمناه، في منع ذوي الفتيا من الاعتداد بقول يخرج عن الإجماع المتقدم من أقوال العباد، وإن كان عن اجتهاد قاله وبعد الفحص تقلده، لأن الاجتهاد إنما يجب على العلماء ويلزم حذاق الفقهاء إذا لم يكن في النازلة اتفاق على حكم ولا حقيقة من علم، وإذ قد ثبت مذهبنا فيها بعد إقامة الدليل على مرادنا منها فلنصف الآن من مسائل الفقه ما وصل إلينا وقدرنا عليه من الأقوال النادرة عن الإجماع على خلافها ليكون من علمه على حقيقة من أمره وهداية في حكمه)[1].

1- أجمعوا على أن دم الاستحاضة ينقض الطهارة وانفرد ربيعة فقال لا ينقض.

2- أجمعوا على أن الاغتسال للإحرام غير واجب وانفرد الحسن البصري وعطاء

3- أجمعوا على أن للفرس سهمين ولراجل سهم ، وانفرد النعمان فقال يسهم الفرس سهم

4- أجمعوا على النهي بيع المحاقلة والمزابنة وانفرد ابن عباس.

5- أجمعوا أن أيام التشريق لا ينبغي أن يصام عن نذر فيها إلا الليث فإنه أباح ذلك.

المبحث الثاني: أحكام مخالفة الإجماع:

المطلب الأول: حكم العمل بالإجماع:

أولاً: الاحتجاج بالإجماع: اتفق الأصوليون من الفقهاء والمتكلمين على أن الإجماع حجة شرعية يجب العمل به والمصير إليه والاعتماد عليه، وخالف في الاحتجاج بالإجماع بعض أهل الأهواء كإبراهيم النظام والقاشاني من المعتزلة والخوارج وأكثر الروافض.

أما النظام فقد صرح الجويني أن: (أول من باح برده النظام ثم تابعه بعض الروافض، أما الإمامية فالمعتبر عندهم قول الإمام المعصوم دون الأمة)، فالإجماع عند الإمامية ليس بحجة من حيث هو اتفاق المجتهدين، ولكنه حجة من حيث إن الإمام المعصوم الداخل فيه، وقوله مقطوع بصحته عندهم.

[1]- "نوادر الفقهاء" لمحمد بن الحسن الجوهري(ت350 هـ) ت:محمد فضيل عزام المراد ط1: دار القلم 1993م ٤٩ وما بعدها، "الإجماع" لمحمد بن إبراهيم بن المنذر (ت318هـ) ت:عبد الله البارودي ط:1 مؤسسة الكتب الثقافية1986م ص ١٧.

أما الخوارج فإن إجماع الصحابة عندهم حجة قبل حدوث الفرقة وأما بعدها فقالوا الحجة في إجماع طائفة منهم لا غير لأن العبرة بقول المؤمنين ولا مؤمن عندهم إلا من كان على مذهبهم[1].

وقال الزركشي: (والنظام يسوي بين قول جميع الأمة وقول آحادها في جواز الخطأ على الجميع، ولا يرى في الإجماع حجة... وقال بعضهم: الصحيح عن النظام أنه يقول بتصور الإجماع وأنه حجة ولكن فسره بكل قول قامت حجته، وإن كان قول واحد ويسمي بذلك قول النبي إجماعاً) [2].

ثانياً: حجية الإجماع: من حيث القطعية والظنية: ذهب جمهور الأصوليين إلى أنه حجة قطعية تحرم مخالفتها ويكفر منكرها أو يضلل أو يبدع [3].

وذهب الفخر الرازي والسيف الأمدي إلى أنه حجة ظنية فلا يفيد القطع، فلا يكفر منكره، كالذي يرد حكم الإجماع لكنه ينسب إلى البدعة، وعلله الرازي بقوله: (لنا أن أدلة أصل الإجماع ليست مفيدة للعلم فما تفرع عليها أولى أن لا يفيد العلم بل غايته الظن) [4]، وهو قول وجيه يقرب من الأول المشهور.

وحقق البدر الزركشي القول فيه: (وأطلق جماعة من الأصوليين بأنه حجة قطعية منهم الصيرفي وابن برهان وجزم به من الحنفية الدبوسي وشمس الأئمة وقالا: كرامة لهذه الأمة، وقال الأصفهاني: إنه المشهور وإنه يقدم على الأدلة كلها ولا يعارضه دليل أصلاً ونسبه إلى الأكثرين، قال بحيث يكفر أو يضلل ويبدع مخالفه، وخالفه الإمام الرازي والآمدي فقالا: إنه لا يفيد إلا الظن، والحق التفصيل: بين ما اتفق عليه المعتبرون فحجة قطعية، وبين ما اختلفوا فيه كالسكوتي وما ندر مخالفه فحجته ظنية) [5].

ثالثاً: أقسام الإجماع: الصريح والسكوتي والأكثري:

---

[1]- "البناني على جمع الجوامع"194/2، "التبصرة" ص394، "المحصول" 101/4، "فواتح الرحموت"213/2.

[2]- "التلخيص" للجويني 6/3، "البحر المحيط" 6/ 385، "مدارك الحق الإجماع" د. ولي الدين فرفور ص38.

[3]- "كشف الأسرار"للبخاري463/3،"أصول السرخسي"331/1، "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص734.

[4]- "المحصول" للرازي ٢١٠/4، "الإحكام" للآمدي 170/1،"البحر المحيط" 389/6، "إرشاد الفحول"349/1.

[5]- "البحر المحيط"388/6، "بيان المختصر"244/1،"جمع الجوامع"368/2،"روضة الناظر"386/1.

قال صدر الشريعة: (واعلم أن العلماء يستعملون العلم القطعي في معنيين أحدهما ما يقطع الاحتمال أصلاً كالمحكم والمتواتر، والثاني: ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل كالظاهر والنص والخبر المشهور مثلاً فالأول يسمونه علم اليقين والثاني علم الطمأنينة) [1] اهـ

وعليه فإن الحكم أو الخبر الذي لا احتمال فيه أصلاً يفيد القطع واليقين ويكفر جاحده كالنص المحكم والخبر المتواتر، وإن كان فيه احتمال غير ناشئ عن دليل يفيد القطع والطمأنينة ويضلل جاحده كالنص الظاهر والخبر المشهور، وإن كان فيه احتمال ناشئ عن دليل يفيد الظن ويفسق تاركه من غير تأويل كالنص العام بعد التخصيص وحكم القياس وخير الواحد.

ومثال الاحتمال الناشئ عن دليل العام المخصوص، فإنه لا يدرى كم يخرج منه بعد التخصيص.

وكاحتمال الكذب أو الوهم أو الغلط على الراوي الثقة العدل الضابط في خبر الواحد الصحيح.

ومثال الاحتمال الغير الناشئ عن دليل احتمال الخصوص على العام والمجاز على الخاص، وكاحتمال الغلط والوهم على رواية العدد الذي ارتقى عن رواية الآحاد ولكنه لم يصل إلى حد المتواتر.

وإذا تأملنا في أقسام الإجماع فإن الإجماع العزيمة قطعي لا شبهة فيه ولا احتمال فيه أصلاً، والاجماع السكوتي فيه احتمال غير ناشئ عن دليل، وهو خشية أن يكون أحد الساكتين مخالفاً، ثم أن يكون هذا الساكت المخالف مصيباً في رأيه ومحقاً في ما ذهب إليه، والإجماع الأكثري فيه احتمال ناشئ عن دليل وهو المخالفة الصريحة من بعض المجتهدين المعتبرين في الإجماع ولو كان قليلاً، وعليه ينشأ احتمال أن يكون هذا المخالف مصيباً.

فينبغي أن يفيد الأول وهو إجماع العزيمة اليقين لعدم الاحتمال فيه أصلاً، وأن يفيد الثاني وهو الإجماع السكوتي الطمأنينة لأن الاحتمال فيه غير ناشئ عن دليل، وأن يفيد الثالث وهو الإجماع الأكثري غلبة الظن لوجود الاحتمال[2].

رابعاً: مرتبة الإجماع: يأتي الإجماع في المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة في المكانة والشرف أو باعتبار المرحلة الزمانية، وأما في قوة الاحتجاج فهو مساوٍ لهما في الحجية، وقد يكون متقدماً عليهما.

---

[1]–"كشف الأسرار" للبخاري463/3، "تيسير التحرير"227/3، "فواتح الرحموت" 213/2، "شرح الكوكب المنير" 214/2.

[2] – "كشف الاسرار" للبخاري 463/3، "التلويح على التوضيح" للتفتازاني 93/2، "كشف الأسرار" للنسفي194/2.

وجعله أئمة الحنفية على مراتب: أعلاها إجماع الصحابة وهو بمنزلة الآية والخبر المتواتر يكفر جاحده، وبعده إجماع من بعدهم فيما لم ينقل فيه خلاف فهو بمنزله الخبر المشهور يضلل جاحده، وبعده إجماع من بعد الصحابة فيما نقل فيه خلاف متقدم فهو بمنزلة خبر الواحد يفسق جاحده[1].

قال ابن عابدين: (والحاصل: أن كلاً منهما حجة قطعية لكنها دون القسم الأول لعدم اعتبار خلاف منكر إجماع الصحابة وضعف منكر إجماع من سواهم، وأما الرابع فحجة ظنية تتقدم على القياس كالمنقول آحاداً لقوة خلاف منكرهما، فيجوز فيهما الاجتهاد من غير المجمعين ورجوع بعض المجمعين ولا يقطع بخطأ أحدهما ولا صوابه، وتمامه في "التحرير")[2].

خامساً: النسخ بالإجماع: ذهب جمهور الأصوليين أن الإجماع لا يكون ناسخاً ولا منسوخاً، لأن النسخ في حياته ﷺ والإجماع بعد وفاته ﷺ، ولكنه يدل على ناسخ استند إليه الإجماع ولم يصل إلينا.

وذهب البزدوي بقوله: (وإذا صار الإجماع مجتهداً في السلف كان كالصحيح من الآحاد والنسخ في ذلك جائز بمثله، حتى إذا ثبت حكم بإجماع عصر يجوز أن يجتمع أولئك على خلافه فينسخ به الأول)، قال البخاري:(وهذا مختار الشيخ رحمه الله فأما جمهور الأصوليين فقد أنكروا جواز كون الإجماع ناسخاً ومنسوخاً على ما مر بيانه باب تقسيم الناسخ)[3].

وتعقبه النسفي بقوله: (قال فخر الإسلام في هذا الباب: والنسخ في ذلك جائز بمثله حتى إذا ثبت حكم بإجماع عصر يجوز أن يجتمع أولئك على خلافه فينسخ به الأول، ويجوز ذلك، وإن لم يتصل به التمكن من العمل ويستوي في ذلك أن يكون في عصرين، أو عصر واحد ، أعني به في جواز النسخ).

وقال في باب النسخ: (وأما الإجماع فقد ذكر بعض المتأخرين أنه يجوز النسخ به، والصحيح أن النسخ به لا يكون، لأن النسخ لا يكون إلا في حياة النبي عليه السلام، والإجماع ليس بحجة في حياته، لأنه لا إجماع دون رأيه، والرجوع إليه فرض، وإذا وجد منه البيان، فالموجب للعلم هو البيان المسموع منه، وإذا صار الإجماع واجب العمل به لم يبق النسخ مشروعاً)، والتوفيق بين كلاميه

---

[1]- كالبزدوي والمحبوبي والتفتازني والنسفي كما في "كشف الأسرار" للبخاري479/3، "التلويح على التوضيح"93/2.

[2]- "كشف الأسرار" 195/2للنسفي،"نسمات الأسحار"ص736، "التقرير والتحبير" 87/3-97، "تيسير التحرير"227/3.

[3]- "كشف الاسرار على أصول البزدوي" للبخاري 463/3.

صعب، ويحتمل أن يكون مراده أنه لا يجوز نسخ الكتاب والسنة بالإجماع، أما نسخ الإجماع بالإجماع، فيجوز أو ما قاله هنا وقع على قول ذلك البعض)[1].

وقد أجمل الفخر الرازي الأدلة لما لمذهب الجمهور بقوله:(الإجماع إنما ينعقد دليلاً بعد وفاة الرسولﷺ، لأنه ما دامﷺ حياً لم ينعقد الإجماع من دونه، لأنهﷺ سيد المؤمنين، ومتى وجد قولهﷺ فلا عبرة بقول غيره، فإذن الإجماع إنما ينعقد دليلاً بعد وفاتهﷺ، إذا ثبت هذا فنقول: لو انتسخ الإجماع لكان انتساخه إما بالكتاب أو بالسنة أو بالإجماع أو بالقياس، الكل باطل) وعلل بطلان هذه الأوجه، ثم قال:(وأما كون الإجماع ناسخاً فقط جوزه عيسى بن أبان والحق أنه لا يجوز)[2].

وإذا وقع ما ظاهره النسخ فإنهم يقولون: إن الإجماع ليس ناسخاً وإنما يدل على وجود ناسخ، وأضيف إلى هذا أن صورة إجماع القوم أنفسهم على خلاف الحكم الذي سبق إجماعهم عليه فعند من يشترط انقراض العصر فإنه لم ينعقد الإجماع عندهم أصلاً، فلا يعتبر الثاني ناسخاً للأول، وعند من لم يشترط انقراض العصر فإنه يحرم مخالفة الإجماع.

ونقل الزركشي عن السمعاني في "القواطع": (أنما استدل بمخالفة الإجماع له على تقدير نسخه قبله بغير الإجماع لا بالإجماع فصار الإجماع في هذا الموضع دليلاً على النسخ لا أنه واقع به النسخ) [3].

المطلب الثاني: ترك العمل بالإجماع: يتضمن ترك العمل بالإجماع أموراً تحتاج إلى تفصيل:

أولاً: إنكار الإجماع: أي: إنكار أصل الاستدلال بالإجماع، وإن إطلاق القول بتكفير منكر الاجماع ليس صواباً، ولكن الصحيح فيه التفصيل، وقد سلك الحنفية في حكم منكر الإجماع مسلكاً فريداً بناء على تقسيمهم الإجماع على مراتب متفاوتة، فإنهم لم يحصروا الإجماع في الصحابة كما ذهب إليه البعض كالحنابلة، ولكنهم جعلوا كفر منكر الإجماع خاصاً في منكر إجماع الصحابة، وأما منكر غيره فإنه يضلل ويبدع، فإن كان إجماع الصحابة المنقول إلينا بطريق التواتر فإنه يحكم بكفر منكره، الذي يعتقد أنه حجة قطعية كالنص القطعي والخبر المتواتر فإن منكر حدهما كافر أيضاً، وعند من لا يرى قطعيته لا يحكم بكفره، بل يكون كالمشهور وخبز الواحد، وإن لم ينتقل إلينا نقلاً

---

[1]- "كشف الأسرار شرح المصنف على المنار" للنسفي195/2، "قواعد في علوم الفقه"للكيرانوري ص١٨٥.

[2]- "المحصول" 354/3- 357، "الإحكام"3/ ١٤٥، "الاستعداد لرتبة الاجتهاد " للموزعي 2/ ٨٨، و"الفقيه والمتفقه" الخطيب البغدادي 86/1.

[3]- "البحر المحيط"٢٨٦/5، ونقل مثله عن آخرين كأبي منصور والقاضي من الحنابلة وابن حزم من الظاهرية.

متواتراً أو كان إجماعاً سكوتياً أو كان إجماعاً بعد عصر الصحابة فإن انكاره ليس بكفر وإن كان خطأ وفسقاً[1].

وقد نقل عن الإمام محمد: أن الفقه أربعة ما في القرآن وما أشبهه، وما جاءت به السنة وما أشبهها، وما جاء عن الصحابة وما أشبهه، وما رآه المسلمون حسناً وما أشبهه.

وقال السرخسي:(ففي هذا بيان أن ما أجمع عليه الصحابة فهو بمنزلة الثابت بالكتاب والسنة في كونه مقطوعاً به حتى يكفر جاحده، وهذا أقوى ما يكون من الإجماع ففي الصحابة أهل المدينة وعشرة رسول اللهﷺ، ولا خلاف بين من يعتد بقولهم أن هذا الإجماع حجة موجبة للعلم قطعاً فيكفر جاحده كما يكفر جاحد ما ثبت بالكتاب وخبر الواحد) [2].

قال ابن الحاجب:(إن إنكار الإجماع الظني ليس بكفر، وفي القطعي ثلاثة مذاهب، المختار: إن كان مشهوراً للعوام كالعبادات الخمس ونحوها من ضروريات الدين كفر وإلا فلا)[3].

قال التفتازاني:(وأما الحكم الشرعي المجمع عليه فإن كان إجماعه ظنياً لا يكفر جاحده، وإن كان قطعياً، فقيل: يكفر، وقيل: لا، والحق أن نحو العبادات الخمس مما علم بالضرورة كونه من الدين يكفر جاحده اتفاقاً، وإنما الخلاف في غيره)[4].

وقال إمام الحرمين: (فشا على لسان الفقهاء أن خارق الإجماع يكفر وهو باطل قطعاً، فإن منكر أصل الإجماع لا يكفر والقول بالكفر والتبري ليس بالهين) ثم قال: (نعم من اعترف بالإجماع وأقر بصدق المجمعين في النقل ثم أنكر ما أجمعوا عليه كان هذا التكذيب آيلا إلى الشارع، ومن كذب الشارع كفر)[5].

قال الزركشي: (أطلق كثير من أئمتنا القول بتكفير جاحد المجمع عليه، قال النووي: وليس على إطلاقه بل من جحد مجمعاً عليه فيه نص وهو من أمور الإسلام الظاهرة التي يشترك في معرفتها الخواص والعوام كالصلاة والزكاة ونحوه فهو كافر، ومن جحد مجمعاً عليه لا يعرفه إلا الخواص

---

[1]– "كشف الأسرار"للبخاري 3/ 479، "كشف الأسرار" للنسفي195/2، وحاشية "نسمات الأسحار" لابن عابدين ص 727.

[2]– "أصول السرخسي"318/1.

[3]–حاشية التفتازاني على"مختصر ابن الحاجب"35/2، "بيان المختصر"299/1.

[4]– "التلويح على التوضيح" للتفتازاني 93/2، "نسمات الأسحار"ص734، "مدارك الحق" ص38.

[5]– "البرهان"448/1،"المنخول" ص318.

كاستحقاق بنت الابن السدس مع بنت الصلب وغيره من الحوادث المجمع عليها فليس بكافر، قال: ومن جحد مجمعاً عليه ظاهراً لا نص فيه ففي الحكم بتكفيره خلاف).

ثم قال: (ونقل الرافعي في باب حد الخمر عن الإمام أنه لم يستحسن إطلاق القول بتكفير مستحل الإجماع، وقال: كيف نكفر من خالف الإجماع ونحن لا نكفر من رد أصل الإجماع، بل نبدعه ونضلله.

وقال ابن دقيق العيد: أطلق بعضهم أن مخالف الإجماع يكفر، والحق أن المسائل الإجماعية تارة يصحبها التواتر عن صاحب الشرع كوجوب الخمس، وقد لا يصحبها، فالأول يكفر جاحده لمخالفته التواتر لا لمخالفته الإجماع. وقد وقع في هذا الزمان ممن يدعي الحذق في المعقولات ويميل إلى الفلسفة فظن أن المخالفة في حدوث العالم من قبيل مخالفة الإجماع، وأخذ من قول من قال: إنه لا يكفر مخالف الإجماع أنه لا يكفر المخالف في هذه المسألة، وهذا الكلام ساقط بمرة، لأن حدوث العالم مما اجتمع فيه الإجماع والتواتر بالنقل عن صاحب الشرع فيكفر المخالف بسبب مخالفة النقل المتواتر لا بسبب مخالفة الإجماع، وأما حصول إجماع الأمة بعد الإجماع الأول فهو مستحيل، وأما مخالفة البعض من المتأخرين للإجماع الأول إن ثبت الإجماع الاول فغير جائز إذا كان الإجماع قطعياً) [1].

ثم فصل الزركشي القول في حكم من أنكر الإجماع فقال: (وهو قسمان: أحدهما: إنكار كون الإجماع حجة فينظر إن أنكر حجية الإجماع السكوتي أو الإجماع الذي لم ينقرض أهل عصره ونحو ذلك من الإجماعات التي اعتبر العلماء المعتبرون في انتهاضها حجة، فلا خلاف أنه لا يُكفَر ولا يُبدَّع، وإن أنكر أصل الإجماع وأنه لا يحتج به فالقول في تكفيره كالقول في تكفير أهل البدع والأهواء.

والثاني: أن ينكر حكم الإجماع فيقول مثلاً: ليست الصلاة واجبة، وليس لبنت الابن مع الأم السدس، فله أحوال:

أحدها: بأن يكون قد بلغه الإجماع في ذلك وأنكره ولجَّ فيه، فإن كانت معرفته ظاهرة كالصلاة كفر أو خفية كمسألة البنت ففيه تردد.

[1]- نقله عنه الزركشي في "البحر المحيط"6/499.

ثانيها: أن ينكر وقوع الإجماع بعد أن يبلغه فيقول: لم يقع، ولو وقع لقلت به، فإن كان المخبر عن وقوعه الخاصة، كمسألة البنت فلا يكفر على الأظهر، وإن كان المخبر الخاصة والعامة كالصلاة كفر.

وثالثها: أن لا يبلغه فيعذر في الخفي دون الجلي إن لم يكن قريب العهد بالإسلام) [1].

وعبارة السراج الهندي في "النهاية" في غاية الحسن فإنه قال: (جاحد الحكم المجمع عليه من حيث إنه مجمع بإجماع قطعي لا يكفر عند الجماهير خلافاً لبعض الفقهاء، وإنما قيدنا بقولنا: "من حيث إنه مجمع عليه"، لأن من أنكر وجوب الصلوات الخمس ونحوها يكفر، وهو مجمع عليه لكن لا لأنه مجمع عليه بل لأنه معلوم بالضرورة من دين محمد ﷺ، وإنما قيدنا: "بالإجماع القطعي" لأن جاحد حكم الإجماع الظني لا يكفر وفاقاً)[2].

ثانياً: معارضة الإجماع:

أ- **تعارض الإجماع مع الاجتهاد:** وهو يشمل معارضة اختلاف الفقهاء مع إجماعهم وفيه أربعة أضرب:

الضرب الأول: أن يحدث الإجماع بعد تقدم الخلاف في عصر واحد، كاختلاف الصحابة ثم إجماعهم بعد خلافهم، فيصير الإجماع بهم منعقداً وما تقدم من خلافهم ساقطاً، لأن العمل يكون بما استقرت عليه أقاويلهم، وقد استقرت على الإجماع.

الضرب الثاني: أن يحدث الخلاف بعد تقدم الإجماع في عصر واحد فإن المخالف لم يوافق المجمعين قبل خلافه فيصح خلافه ولا ينعقد الإجماع مع خلافه، كما خالف ابن عباس في العول مع إجماع غيره عليه.

الضرب الثالث: أن يكون وافقهم ثم خالفهم كخلاف علي في بيع أمهات الأولاد مع اتفاقه مع عمر والصحابة في تحريم بيعهن، فمن جعل انقراض العصر شرطاً في الانعقاد منع الإجماع بخلافه لحدوثه قبل استقراره، ومن لم يجعله شرطاً أبطل خلافه مع إجماعه.

الضرب الرابع: أن يحدث الإجماع بعد تقدم الخلاف في عصرين، وذلك مثل اختلاف الصحابة على قولين، وإجماع التابعين على أحد القولين.

---

[1]- "البحر المحيط"496/6، ونقل عن آخرين كإلكيا وابن برهان وابن السمعاني تقسم الإجماع إلى ثلاثة أقسام .

[2]- نقله عنه الزركشي في "البحر المحيط"499/6.

قال السمعاني: (فمذهب الأكثرين من أصحاب الشافعيﷺ أن خلاف الصحابة ثابت ولا يرتفع بإجماع التابعين من بعدهم والمسألة لا تصير إجماعاً، وهو قول بعض أصحاب أبي حنيفة وبعض المتكلمين، وقال الأكثرون من أصحاب الأبي حنيفة أنه يرتفع الخلاف المتقدم ولا ينعقد الإجماع من التابعين على المسألة، وبه قال الإصطخري وابن خيران والقفال من أصحاب الشافعي، وقد نص عليه الكرخي وصار إليه وكذلك كل من تبعه، وذهب إليه أكثر المعتزلة وحكى بعض أصحاب أبي حنيفة عنه في المسألة روايتين، وحكى عن أبي يوسف أيضاً أنه ينعقد الإجماع ويرتفع الخلاف المتقدم) [1].

ب- تعارض الإجماع مع الأدلة الأخرى: إذا تعارض الإجماع القطعي مع أدلة من الكتاب أو السنة، القطعية أو الظنية في الثبوت أو الدلالة وسائر الأدلة الأخرى التي دونهما، فذهب الجمهور إلى تقديم الإجماع مطلقاً.

قال الآمدي: (أن يكون أحد المنقولين الظاهرين إجماعاً والآخر نصاً وسواء من الكتاب أو السنة فالإجماع مرجح لأن النسخ مأمون فيه بخلاف النص)، وقد جزم ابن الهمام في تقديم الإجماع القطعي على النص ولكنه توقف في الإجماع الظني، فقال في "التحرير": (والإجماع القطعي يترجح على نص كذلك وكون الإجماع الظني كذلك ترددنا فيه)[2].

قال الجويني: (إن اجتمع علماء العصر على مذهب واستمر الإجماع على الشرائط المرعية فلا يبقى للتعلق بالخبر والحالة هذه وقع فإن الخبر إن كان منقولاً آحاداً فلا خفاء بما ذكرناه، ولو فرضنا خبراً متواتراً وقد انعقد الإجماع على خلافه فتصويره عسير فإنه غير واقع ولكنا على التقدير نقول: لو فرض ذلك فالتعلق بالإجماع أولى فإن الأمة لا تجتمع على الضلالة ويتطرق إلى الخبر إمكان النسخ فيحمل الأمر على ذلك قطعاً لا وجه غيره ونقطع بهذا).

ثم يعلل ذلك التقديم للإجماع بقوله: (لأن الخبر عرضة للنسخ والإجماع لا ينعقد متأخراً إلا على وجه القطع فلا يتصور حصول الإجماع على باطل وتطرق النسخ إلى الخبر ممكن فالوجه حمل الإجماع على القطع الكائن وحمل الخبر على مقتضى النسخ إلى الخبر استناداً أو تنيهاً على تقدير استثناء، والمستحيل حصول الإجماع على حكم مع خبر نص على مناقضته مع الإجماع على أنه

[1]- "قواطع الأدلة" للسمعاني 28/2-30.

[2]- "الإحكام" للآمدي 476/2، وحاشية البناني على "جمع الجوامع" للسبكي 372/2، "تيسير التحرير " 161/3.

غير منسوخ فهذا مما لا يتصور وقوعه حتى يتكلم فيه في تقديم أو تأخير وإنما الكلام في خبر مطلق، ثم الذي أراه أن من ضرورة الإجماع على مناقضة الخبر النص المتواتر أن يلهج أهل الإجماع بكونه منسوخاً فهذا قولنا في الإجماع)[1].

وقال ابن النجار: (وإنما جاز دخول التعارض في أدلة الفقه لكونها ظنية إذا تقرر هذا الترتيب وهو جعل كل واحد من شيئين فأكثر في رتبته التي يستحقها أي: يستحق دعله فيا بوجه من الوجوه وأدلة الشرع الكتاب والسنة والإجماع والقياس ونحوه فيقدم من جميع ذلك إجماع على باقي الأدلة لوجهين، أحدهما: كونه قاطعاً معصوماً من الخطأ، والثاني: كونه آمناً من النسخ والتأويل، بخلاف باقي الأدلة وهو أنواع أحدها: الإجماع النطقي المتواتر وهو أعلاها ثم يليه الإجماع النطقي الثابت بالآحاد ثم يليه الإجماع السكوتي المتواتر ثم يليه الإجماع السكوتي الثابت بالآحاد فهذه الأنواع الأربعة كلها مقدمة على باقي الأدلة ثم سابق يعني إذا نقل إجماعان متضادان فالمعمول به منهما هو السابق من الإجماعين فيقدم إجماع الصحابة على التابعين وإجماع التابعين على من بعدهم وهلم جراً لأن السابق دائما أقرب إلى زمن النبي ﷺ المشهود له بالخيرية...)ثم قال: (وأعلاه متواتر نطقي فآحاد فسكوتي كذلك فالكتاب ومتواتر السنة لقطعيتهما فيقدمان على باقي الأدلة لأنهما قاطعان من جهة المتن، وقيل: يقدم الكتاب لأنه أشرف، وقيل: السنة) [2].

لكن قال الشيخ حسن العطار: (قوله: والإجماع على النص لأنه يؤمن فيه النسخ بخلاف النص: فيه أمران: الأول: أنه شامل للإجماع السكوتي وهو مشكل لأنه تجوز مخالفته لدليل فكيف لا يقدم النص عليه فالمتجه استثناؤه وجواز مخالفته إلى العمل بالنص. والثاني: أنه شامل أيضاً لما إذا علم دليل المجمعين بعينه وأنه لا دليل لهم غيره ووجد دليل آخر مخالف له تقدم عليه وهو أيضاً مشكل اللهم إلا أن يلتزم النص في هذه الصورة ويقيد حرمة خرق الإجماع بغيرها أو يلتزم امتناع وقوع مثلها عادة لاستلزامه خطأ الإجماع وقد دل الشرع على انتفائه)[3].

وذهب البيضاوي: إلى تأويل الذي يقبل التأويل فإن تعذر تأويل أحجهما سواء النص أو الإجماع فإنه يتساقط الدليلان لتساويهما كما قال: (إذا عارضه نص أول القابل له وإلا تساقطا)، وأكد ذلك

---

[1]- "البرهان في أصول الفقه" للجويني 759/2.

[2]-"شرح الكوكب المنير"600/4، "بيان المختصر"671/2، "حاشية العضد والسعد على مختصر ابن الحاجب" 314/2.

[3]-"حاشية العطار على جمع الجوامع" 415/2.

بقوله: (مسألة لا ترجيح في القطعيات إذ لا تعارض بينهما وإلا ارتفع النقيضان أو اجتمعا) ووافقه الرازي أيضاً فقال: (الترجيح لا يجري في الأدلة اليقينية).

وقال السبكي: في الإبهاج: (إذا عارض الإجماع نص من كتاب أو سنة فإن قبل أحدهما التأويل أول سواء كان القابل الإجماع أم النص توفيقاً بين الدليلين ولا يختص التأويل بالنص على خلاف ما فهم الجاربردي، وإن لم يقبل أحدهما التأويل تساقطا لأن العمل بهما غير ممكن والعمل بواحد دون الآخر ترجيح من غير مرجح)[1].

ثالثاً: خرق الإجماع: ولا يحكم بكفر خارق الإجماع إلا اذا نقل نقلاً متواتراً لا شبهة فيه كالقرآن والخبر المتواتر، قال الرازي: (جاحد الحكم المجمع عليه لا يكفر خلافاً لبعض الفقهاء، لنا أن أدلة أصل الإجماع ليست مفيدة للعلم فما تفرع عليها أولى أن لا يفيد العلم بل غايته لظن ومنكر المظنون لا يكفر بالإجماع).

واختار الآمدي وابن الحاجب أنه لا يكفر إلا إذا أنكر ما يكون داخلاً في مفهوم الإسلام كالعبادات الخمس ووجوب اعتقاد التوحيد والرسالة ونحو ذلك مما هو معلوم من الدين بالضرورة، أو ما هو مشهور قريب من ذلك على الصحيح لمزايلة حقيقة الإسلام له.

وقال العلامة الشيخ حسن العطار: (قوله: وخرقه حرام: أي: من الكبائر للتوعد عليه في الآية، ثم ظاهره شمول القطعي والظني مع أن الظنيات تجوز مخالفتها لدليل، فإما أن يبقى كلامه على عمومه ويراد أن خرقه لغير دليل حرام أو يخص بالقطعي أي وخرق القطعي منه حرام) [2].

وقال إمام الحرمين: (فشا في لسان الفقهاء أن خارق الإجماع يكفر، فهذا باطل قطعاً فإن من ينكر أصل الإجماع لا يكفر والقول بالتكفير ليس بالهين، ولنا فيه مجموع فليتأمله طالبه، نعم من اعترف بالإجماع وأقر بصدق المجمعين في النقل ثم أنكر ما أجمعوا عليه كان هذا التكذيب آيلاً إلى الشارع ﷺ، ومن كذب الشارع كفر، والقول الضابط فيه: أن من أنكر طريقاً في ثبوت الشرع لم يكفر، ومن اعترف بكون الشيء من الشرع ثم أنكره كان منكراً للشرع، وإنكار جزئه كإنكار كله، والله أعلم) [3].

وقال جماعة بالتفصيل: بين ما اتفق عليه المعتبرون فيكون حجة قطعية وبين ما اختلفوا فيه كالسكوتي وما ندر فيه المخالف فيكون حجة ظنية.

---

[1]–"الإبهاج" 394/2 وانظر "المحصول" 399/5، " جمع الجوامع" 372/2.

[2]–"المحصول"209/4،"الإحكام"للآمدي239/1،"بيان المختصر"343/1،حاشية العطار على"جمع الجوامع"223/2.

[3]– "البرهان في أصول الفقه" للجويني 462/1.

وقد عقد الزركشي في "البحر المحيط" في باب الإجماع المبحث الثاني: فيما يعد خرقاً للإجماع وما لا يعد[1].

المطلب الثالث: نماذج من الاحتجاج بالإجماع:

واختار أ.د. وهبة الزحيلي رحمه الله نماذج وأمثلة من الإجماع التي نقلها ابن حزم في كتابه "مراتب الإجماع" من أغلب الأبواب الفقهية ليتأصل في الأذهان أن الإجماع حقيقة واقعة، علماً بأن ابن حزم لا يقر إلا الإجماع المستند إلى النص من قرآن أو سنة[2].

1- كتاب الطهارات: اتفقوا أن الماء الراكد إذا كان من الكثرة بحيث إذا حرك وسطه لم يتحرك طرفاه، ولا شيء منهما، فإنه لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو رائحته.

2- كتاب الصلاة: اتفقوا على أن الصلوات الخمس فرائض، واتفقوا أن الصلاة لا تسقط ولا يحل تأخيرها عمداً عن وقتها عن البالغ العاقل بعذر أصلاً.

3- كتاب الزكاة: اتفقوا على أن من أداها عن نفسه بأمر الإمام فأداها بنية أنها زكاته في مواضعها أنها تجرى.

4- كتاب الصيام: اتفقوا على أن والوطء والشرب وأكل الطعام بإدخاله الفم، حرام من طلوع الشمس إلى غروبها.

5- كتاب الحج: أجمعوا أن الرجل يترك لبس العمائم والقلانس والجباب والقمص والمخيط والسراويل إن وجد إزاراً.

6- كتاب الدعوى والشهادات: اتفقوا على أن ارتكاب الكبائر والمجاهرة بالصغائر جرحة ترد بها الشهادة.

7- كتاب الحجر: اتفقوا أن من كان بالغاً عاقلاً حراً مثلاً في دينه حسن النظر في ماله، أنه لا يحجر عليه.

8- كتاب الرهن: اتفقوا على أن الراهن إذا أراد إخراج الرهن دون تعويض، فيما عدا العتق، لم يجز ذلك له.

---

[1]- "إرشاد الفحول" للشوكاني 375/1، في "البحر المحيط" 501/6 وما بعدها.

[2]- أصول الفقه الإسلامي" للزحيلي" 590/1 وما بعدها.

9- الإكراه: اتفقوا على أن المكره على الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان أنه لا يلزمه شيء من الكفر عند الله تعالى.

١٠- الوديعة: اتفقوا على أن من اتجر في الوديعة أو أنفقها أو استقرضها، فضمانها عليه حتى ترد إلى مكانها.

١١- الكفالة: اتفقوا على أن ضمان ما لم يجب قط ولا وجب على المرء، لا يجوز.

12- الوكالة: اتفقوا على أن الوكيل إذا أنفذ شيئاً مما وكل به، ما بين بلوغ الخبر إليه وصحته عنده إلى حين عزل موكله له، أو حين موت الموكل، مما لا غير فيه ولا تعد، فإنه نافذ لازم للموكل ولورثته بعده.

١٣- الحوالة: اتفقوا على أن من أحيل بحق قد وجب له بشيء يجوز بيعه قبل قبضه على شخص واحد مليء حاضراً ورضي بالحوالة، ورضي المحال عليه بها أيضاً، وعلم كل واحد منهم مقدار الحق الواجب، فقد جاز للمحال أن يطلب المحال عليه بذلك الحق، وأنها حوالة صحيحة.

١٤- كتاب النكاح: اتفقوا أن التصريح بالخطبة في العدة حرام، وأن وطء الحائض في فرجها ودبرها حرام، وأنه إن شرط على الزوج أن لا يضار امرأته في نفسها ولا في مالها، أنه شرط صحيح ، ولا يضر النكاح بشيء.

١٥- الإيلاء: اتفقوا أن الوطء في الفرج قبل انقضاء الأربعة أشهر فيئة صحيحة، يسقط بها عنه الإيلاء.

١٦- الطلاق والخلع: اتفقوا أن طلاق المسلم العاقل البالغ الذي ليس سكران ولا مكرهاً ولا غضبان ولا محجوراً ولا مريضاً لزوجته التي قد تزوجها زواجاً صحيحاً جائز إذا لفظ به بعد النكاح مختاراً له حينئذ.

١٧- الرجعة: اتفقوا أن من طلق امرأته من نكاح صحيح طلاق سنة، وهي ممن يلزمها عدة ذلك الطلاق، مرة أو مرتين، فله مراجعتها شاءت أو أبت بلا ولي ولا صداق، ما دامت في العدة، وأنها يتوارثان ما لم تنقض العدة.

١٨- كتاب البيوع: اتفقوا أن بيع المرء ما لا يملك، ولم يجزه مالكه، ولم يكن البائع حاكماً ولا منتصفاً من حق له أو لغيره أو مجتهداً في مال قد يئس من ربه، فإنه باطل.

١٩- الشركة: اتفقوا أن من باع منهم في ذلك ما لا يتغابن الناس بمثله أو اشترى كذلك ما لا عيب إذا تراضوا بالتجارة فيه، فإنه جائز لازم لجميعهم.

٢٠- إحياء الموات: اتفقوا أن من ملك أرضاً محياة ليست معدناً فليس للإمام أن ينتزعها منه، ولا يقطعها غيره.

٢١- النفح (الهبة): اتفقوا أن من كان له بنون ذكور لا إناث فيهم، أو إناث لا ذكور فيهم، فأعطاهم كلهم، أو أعطاهن كلهن عطاء ساوى فيه، ولم يفضل أحداً على أحد، أن ذلك جائز نافذ.

٢٢- كتاب الفرائض: اتفقوا أن الأب يرث، وأن الجد يرث، إذا كان من قبل الأب وآبائه ليس من دونه أم وإن علا، إذا لم يكن دونه أب حي.

٢٣- كتاب الوصايا: اتفقوا أن الوصية لا تجوز إلا بعد أداء ديون الناس، فإن فضل شيء جازت من الثلث.

٢٤- قسم الفيء والجهاد والسير: اتفقوا أن دفاع المشركين وأهل الكفر عن بيعة أهل الإسلام وقراهم وحصونهم وحريمهم إذا نزلوا على المسلمين، فرض على الأحرار البالغين المطيقين.

٢٥- الإمامة: اتفقوا على أن من بغى من اللصوص، فطلب أخذ الروح أو الحرم أو المال، أن قتاله واجب.

٢٦- كتاب الحدود: أجمعوا أن من اجتمع عليه حد الزنا والخمر والقذف والقتل، أن القتل عليه واجب.

٢٧- الأشربة: اتفقوا أن عصير العنب الذي لم يطبخ إذا على وقذف بالزبد وأسكر، أن كثيره وقليله والنقطة منه حرام، على غير المضطر والمتداوي من علة ظاهرة، وأن شاربه وهو يعلمه فاسق، وأن مستحله كافر.

٢٨- الدماء: اتفقوا أن دم الذمي الذي لم ينقص شيئاً من ذمته حرام.

٢٩- الديات: اتفقوا على أن الدية على أهل البادية مئة من الإبل في نفس الحر المسلم المقتول خطأ.

٣٠- الصيد والضحايا والذبائح والعقيقة: اتفقوا أن من أرسل كلبه المعلم على الصيد، ثم أدركه حياً بين يديه، أنه إن ذبحه وسمى الله عز وجل، حل له أكله، واتفقوا أن الخنزير حرام كله لحمه وشحمه وعصبه وغضروفه وجلده.

٣١- الأيمان والنذور: اتفقوا أن من حلف بالله أو أسمائه وصفاته ثم قال بلسانه متصلاً بيمينه: إن شاء الله، ونوى في حين لفظه باليمين أن يستثني قبل تمام لفظه باليمين، أنه لا كفارة عليه ، ولا يحنث إن خالف ما حلف.

٣٢- باب الاعتقادات: اتفقوا أن الله عز وجل وحده لا شريك له، خالق كل شيء غيره، وأنه تعالى لم يزل وحده ولا شيء غيره معه، ثم خلق الأشياء كلها كما شاء، وأن النفس مخلوقة، والعرش مخلوق، والعالم كله مخلوق، وأن النبوة حق، وأن الأنبياء كثيرون، وأن محمداً رسول الله إلى جميع الجن والإنس إلى يوم القيامة.

٣٣- وأن دين الإسلام هو الدين الذي لا دين الله في الأرض سواه، وأنه ناسخ الجميع الأديان قبله، وأنه لا ينسخه دين بعده أبداً وأن من خالفه ممن بلغه كافر مخلد في النار أبداً.

الخاتمة: وفي ختام هذا البحث تبين لنا:

- أن الإجماع هو المصدر الثالث من حيث الترتيب الزمني لكنه الأول من حيث القطعية والاحتجاج، لأنه ينسخ به ولا يقبل النسخ بشيء من الأدلة، ولأن القرآن الكريم ثبت بإجماع الصحابة على أن ما بين الدفتين كتاب الله.

- أن الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد من الفقهاء المجتهدين على أمر أو حكم شرعي بعد عصر النبي ﷺ في زمن واحد، وأن له شروطاً وضوابط ومستنداً وناقلاً لا بد من تحققها حتى يكون الإجماع حجة ويعتمد ويعتد به.

- أن ركن الإجماع إما أن يكون عزيمة قطعياً كالمتواتر والمحكم، أو رخصة سكوتياً يفيد الطمأنينة كالخبر المشهور والنص المفسر، أو أكثرياً مع مخالفة الفرد أو العدد القليل ويفيد غلبة الظن كخبر الواحد والقياس.

- المعتمد الراجح أن خرق الإجماع ومخالفته أو نكاره وجحوده خطأ كبير وبدعة وضلال وفسق ومنكر من القول وزور، ولكنه لا يعد كفراً إلا إذا أدى إلى إنكار معلوم من الدين بالضرورة.

المصادر والمراجع:

الإبهاج شرح المنهاج" للسبكي (ت756هـ) ط1: دار الكتب العلمية بيروت سنة 1404هـ - 1984م.

الإجماع" لمحمد بن إبراهيم بن المنذر (ت318هـ) ت:عبد الله البارودي ط:1 مؤسسة الكتب اثقافية1986م.

الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان" لابن بلبان(ت739هـ) ت: شعيب الأرناؤوط ط2: مؤسسة الرسالة بيروت 1414هـ1993م.

إحكام الفصول" لأبي الوليد الباجي (ت474هـ): د. يحيى الجبوري ط1409:1هـ-1989م

الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (ت ٤٥٦ هـ)ت: أحمد شاكر قدم لها: د. إحسان عباس ط: دار الآفاق، بيروت عدد الأجزاء:٨.

الإحكام في أصول الأحكام" للآمدي (ت631هـ) ت: إبراهيم العجوز ط1دار الكتب العلمية بيروت.

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" للشوكاني (ن1250هـ) ت: سامي الأثري ط1دار الفضيلة 2000م الرياض.

الاستعداد لرتبة الاجتهاد " لابن نور الدين الموزعي ت: عبد المعين الحرش ط1: مؤسسة الرسالة 2001م.

أصول السرخسي" لشمس الأئمة لسرخسي (ت483هـ) ت: الأفغاني ط: دار المعرفة سنة 1395هـ.

أصول الفقه الإسلامي" د. وهبة الزحيلي ط1: دار الفكر 1986م 525/1.

أصول الفقه" لمحمد أبو زهرة ط: 1959م.

إفاضة الأنوار" للحصكفي شرح "المنار" للنسفي مع "حاشية نسمات الأسحار" لابن عابدين (ت1252هـ).

الأم" للإمام الشافعي (ت204هـ) ط2: دار الفكر – بيروت ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م عدد الأجزاء: ٨

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (ت٨٨٥ هـ) ت: محمد حامد الفقي ط1: مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٤ هـ – ١٩٥٥ م وصوِّرْتها: دار إحياء التراث العربي – بيروت عدد الأجزاء: ١٢

البحر المحيط" لبدر الدين الزركشي (ت794هـ) ت: لجنة من علماء الأزهر ط1دار الكتبي 1994م القاهرة

البرهان في أصول الفقه" للإمام الجويني (ت478هـ) ناشر: دار الكتب العلمية بيروت سنة 1413هـ-1997م.

بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب" للأصبهاني (ت749هـ) ت: أ.د. علي جمعة ط1: دار السلام 1434هـ-2004م

تاريخ أصبهان" لأبي نعيم الأصبهاني ت: سيد كسروي حسن ط1:دار الكتب العلمية – بيروت ١٤١٠هـ-١٩٩٠م عدد الأجزاء: ٢

التبصرة" للشيرازي (ت ٤٧٦ هـ)ت: د. حسن هيتو ط1: دار الفكر – دمشق ١٩٨٠هـ عدد الصفحات: ٥٣٧

تدريب الراوي" للسيوطي(ت٩١١هـ) ت: محمد الفاريابي ط: دار طيبة عدد الأجزاء: ٢.

التعريفات" لعلي بن محمد الجرجاني (ت816هـ) ت: إبراهيم الأبياري ط1: دار الكتاب العربي بيروت 1405هـ - 1985م.

التقرير والتحبير" لابن أمير حاج (ت879هـ)على كتاب التحرير للكمال ابن الهمام ط:1 دار الكتب العلمية بيروت

تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير" لابن حجر العسقلاني ت: عبد الله هاشم اليماني المدني 1384هـ - 1964م.

التلخيص" للجويني(ت ٤٧٨هـ) ت: عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري ط: دار البشائر الإسلامية – بيروت عدد الأجزاء:٣

التلويح على التوضيح في أصول الفقه لسعد الدين التفتازاني(ت٧٩٢هـ) ومعه: التوضيح لحل غوامض التنقيح للمحبوبي (ت٧٤٧هـ) ط: مطبعة محمد علي صبيح مصر١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م عدد الأجزاء:٢ وصَوّرَتْها: دار الكتب العلمية – بيروت.

تنقيح الفصول" للقرافي (ت684هـ) ت: عبد الرؤف محمد ط2: المكتبة الأزهرية للتراث القاهرة 1992م.

التوضيح شرح التنقيح" لصدر الشريعة المحبوبي (ت747هـ)ت: زكريا عميرات، ط:1 دار الكتب العلمية، بيروت١٩٩٦م.

تيسير التحرير" لأمير باد شاه (ت972هـ) على كتاب "التحرير" للكمال ابن الهمام ط:1 دار الفكر دمشق 1417هـ - 1996م.

الجامع المسند الصحيح المختصر" الإمام البخاري(ت256هـ) ت: محمد وهيثم نزار تميم ط: دار الأرقم بيروت 1416هـ 1995م

حاشية الإيجي والتفتازاني والجرجاني والفناري والجيزاوي على مختصر المنتهى الأصولي" لابن الحاجب (المتوفى ٦٤٦هـ) ت: محمد حسن محمد حسن إسماعيل ط1: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م عدد الأجزاء:٣

حاشية البناني على جمع الجوامع للمحلي" للبناني (ت1198هـ) ط: البابي الحلبي القاهرة.

حاشية العطار على جمع الجوامع" الشيخ حسن العطار (ت1250هـ) دار الكتب العلمية بيروت

حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار" لملاجيون للكنوي(ت1304هـ) طبعة اسطنبولية 1986م

حاشية نسمات الأسحار" لابن عابدين ت: فراس مدلل ط1: دار الدقاق1443هـ-2021م.

الذخيرة" للقرافي ت: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة ط1: دار الغرب الإسلامي– بيروت ١٩٩٤ م.
الرد على المنطقيين" لابن تيمية(ت٧٢٨هـ)ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان عدد الصفحات: ٥٤٥
الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض" للسيوطي.
رسالة في الاجماع ومعه الاجماع عند الاصوليين أ. د. علي جمعة ط1: دار السلام القاهرة 2017م.
الرسالة" لإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ) ت: أحمد محمد شاكر ط: دار الكتب العلمية بيروت.
روضة الناظر" لابن قدامة المقدسي (ت620هـ) ط2: دار الريان 1423هـ– 2002م.
سنن ابن ماجه" (ت275هـ) ت: محمد فؤاد عبد الباقي ط: دار إحياء التراث العربي 1395هـ – 1985م.
سنن أبي داود" السنن لأبي داود السجستاني (ت275هـ) ت: هيثم نزار تميم ط1: دار الأرقم 1420هـ– 1999م.
سنن الترمذي "الجامع الصحيح" للترمذي (ت297هـ) ت: أحمد شاكر ط: دار إحياء التراث العربي بيروت.
سنن الدارقطني" للدارقطني (ت306هـ) ت: عبد الله هاشم اليماني المدني دار المعرفة 1386هـ– 1966م
سنن الدارمي أو مسند الدارمي(ت ٢٥٥هـ) ت: حسين أسد (ت١٤٤٣هـ) ط1: دار المغني، السعودية ١٤١٢هـ–٢٠٠٠م ج: ٤.
السنن الكبرى" للبيهقي (ت458هـ) ت: محمد عبد القادر عطا ط3: دار الكتب العلمية بيروت 1424هـ– 2003م.
السنن الكبرى" للنسائي (ت٣٠٣هـ) ت: حسن شلبي مع مكتب تحقيق التراث ط1: مؤسسة الرسالة بيروت١٤٢١هـ–٢٠٠١م ج:١٢.
شرح الكوكب المنير" لابن النجار الفتوحي (ت972هـ) ت: د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد، ط1مكتبة العبيكان1997م الرياض
عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد لولي الله الدهلوي(ت١١٧٦هـ)ت: محب الدين الخطيب[ت١٣٨٩هـ] ط:المطبعة السلفية القاهرة
علم أصول الفقه" لعبد الوهاب خلاف(ت١٣٧٥هـ)ط8:مكتبة الدعوة شباب الأزهر عن الطبعة الثامنة لدار القلم عد ص: ٢٣٢.

الغياثي: غياث الأمم في التياث الظلم لإمام الحرمين الجويني(ت٤٧٨هـ) ت: عبد العظيم الديب ط2: مكتبة إمام الحرمين١٤٠١هـ: ٥٢٨.

الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر المكي الهيتمي(ت٩٧٤هـ)جمعها: عبد القادر الفاكهي المكي تصوير: المكتبة الإسلامية ج:٤.

فتح الغفار" مشكاة الأنوار بشرح المنار لابن نجيم (ت970هـ) ط: العلمية القاهرة.

فتح القدير" للكمال ابن الهمام (ت861هـ) ط2: دار الفكر.

الفصول في الأصول" للرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ) ط2: وزارة الأوقاف الكويتية ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م عدد الأجزاء:٤.

الفقيه والمتفقه" للخطيب البغدادي (ت٤٦٣هـ) ت: عادل الغرازي ط2: دار ابن الجوزي–السعودية ١٤٢١ هـ عدد الأجزاء: ٢.

فواتح الرحموت"لابن عبد الشكور(1119هـ) ط1: دار إحياء التراث، بيروت 1998م

القاموس المحيط للفيروزآبادي ت: نعيم العرقسوسي ط: مؤسسة الرسالة 2001م.

قواطع الأدلة" للسمعاني (ت٤٨٩هـ) ت: محمد حسن اسماعيل الشافعي ط1: دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٨هـ/١٩٩٩م ج:٢.

قواعد التحديث" لجمال الدين القاسمي (ت١٣٣٢هـ) ط: دار الكتب العلمية –بيروت– لبنان عدد الصفحات: ٤١٥.

قواعد في علوم الفقه" للكيرانوري (ت ١٣٣٢هـ) ط: دار الكتب العلمية –بيروت–لبنان عدد الصفحات: ٤١٥.

الكافي" للسغناقي(ت ٧١٤ هـ)ت: فخر الدين سيد محمد قانت ط1: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ١٤٢٢هـ–٢٠٠١م عدد الأجزاء:٥

كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي لعبد العزيز البخاري (ت٧٣٠هـ) ط1:شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول

مطبعة سنده ١٣٠٨هـ–١٨٩٠م عدد الأجزاء: ٤ وصَوّرَتها: دار الكتاب الإسلامي، والكتاب العربي.

كشف الأسرار" للنسفي (ت710هـ) ط: دار الكتب العليمة بيروت.

لسان العرب" لابن منظور(ت711هـ) ت: مكتب تحقيق التراث ط2: دار إحياء التراث العربي بيروت 1413هـ– 1993م.

اللمع" للشيرازي (ت٤٧٦هـ) ط2: دار الكتب العلمية ٢٠٠٣ م – ١٤٢٤ هـ عدد الصفحات: ١٣٤

المجتبى" من سنن النسائي (ت303هـ) مع شرح السيوطي بحاشية السندي دار القلم بيروت.

مجمع الزوائد للهيثمي (ت ٨٠٧هـ) ت: حسام الدين القدسي ط: مكتبة القدسي، القاهرة ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م عدد الأجزاء: ١٠

المجموع شرح المهذب" للنووي(ت676هـ) ت: د. محمود مطرجي ط: دار الفكر بيروت 1421هـ – 2000م.

المحصول في علم أصول الفقه" لفخر الدين الرازي (ت606هـ) ت: د. طه جابر العلواني 2ط: مؤسسة الرسالة1992م.

المحلى بالأثار" لابن حزم (ت ٤٥٦ هـ) ط: دار الفكر – بيروت عدد الأجزاء: ١٢.

مختار الصحاح لأبي بكر الرازي (ت ٦٦٦هـ) ت: يوسف الشيخ محمد ط5: المكتبة العصرية، بيروت ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .

مدارك الحق" الإجماع د. ولي الدين فرفور ط1 : دار الفرفور دمشق 2001م.

المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لعبد القادر بدران (ت ١٣٤٦هـ) ت: د.عبد الله التركي ط2: مؤسسة الرسالة بيروت١٤٠١هـ ص:٥٠١.

المذهب في أصول المذهب" شرح المنتخب الحسامي د. ولي الدين فرفور ط1: دار الفرفور 2001م

مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات لابن حزم الأندلسي (ت٤٥٦هـ)ط: دار الكتب العلمية بيروت.

المستدرك على الصحيحين" للحاكم(ت 405هـ) ومعه التخليص للذهبي ت: د. يوسف المرعشلي دار المعرفة بيروت.

المستصفى من علم الأصول" للإمام الغزالي (ت505هـ) ت:عبد السلام عبد الشافي ط1: دار الكتب العلمية 1413هـ1993م.

مسند الإمام أحمد بن حنبل(ت٢٤١ هـ) ت:شعيب الأرنؤوط وآخرين ط1: مؤسسة الرسالة عدد الأجزاء: ٥٠ سنة ١٤٢١هـ٢٠٠١م.

مسند الحميدي(ت٢١٩هـ) ت:حسن أسد ط1: دار السقا، دمشق سوريا١٩٩٦م عدد الأجزاء:٢.

المسند الصحيح المختصر من السنن" الإمام مسلم(261هـ) ت: محمد وهيثم نزار تميم ط: دار الأرقم بيروت 1419هـ 1999م.

المسودة" لآل تيمية ت: محيي الدين عبد الحميد ت: مطبعة المدني وصورته دار الكتاب العربي عدد الصفحات: ٥٧٩.

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد الفيومي الحموي(ت٧٧٠هـ) ط1: المكتبة العلمية – بيروت ج ٢.

المصنف للصنعاني(ت٢١١هـ) ت: لأعظمي ط2: المجلس العلمي الهند، توزيع المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٣هـ -١٩٨٣ ج: ١٢

المعتمد لأبي الحسين البصري (ت ٤٣٦ هـ ١٠٤٤م) ت: خليل الميس ط1: دار الكتب العلمية – بيروت ١٤٠٣م عدد الأجزاء:٢.

مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة لابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ) ط: دار الكتب العلمية – بيروت عدد الأجزاء: ٢.

المفردات في غريب القرآن" للراغب الأصفهاني ت: صفوان الداودي، ط1: دار القلم، دمشق، بيروت، 1991م.

مقاييس اللغة" لابن فارس (ت395هـ) ت: عبد السلام هارون ط: دار الفكر 1399هـ-1979م.

المنتخب من مسند عبد بن حميد(ت ٢٤٩هـ) ت: الشيخ مصطفى العدوي ط2: دار بلنسية للنشر والتوزيع ١٤٢٣هـ٢٠٠٢م ج: ٢.

المنخول في علم الأصول" للغزالي ت: حسن هيتو ط1: دار الفكر.

المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج" للإمام النووي ط:1 دار الفكر

المهمات في شرح الروضة للإسنوي ت: الدمياطي، أحمد بن علي ط1: ودار ابن حزم بيروت ٢٠٠٩م.

الموافقات للشاطبي(ت٧٩٠هـ) ت: مشهور حسن آل سلمان وبكر بن عبد الله أبو زيد ط1: دار ابن عفان ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م ج: ٧

ميزان الأصول" لعلاء الدين السمرقندي (ت539هـ) ت: محمد زكي ط1: مطابع الدوحة قطر 1404هـ - 1984م.

نصب الراية تخريج أحاديث الهداية" للزيلعي (ت762هـ) ت: محمد عوامة ط1: دار الريان بيروت 1418هـ- 1997م.

نهاية السول شرح منهاج الوصول للإسنوي(ت٧٧٢هـ) ط1: دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط١٤٢٠:1هـ١٩٩٩م عدد الصفحات: ٤٠٨.

النهاية في غريب الحديث" لابن الأثير(ت637هـ) ت: طاهر الزاوي محمود الطناحي ط: المكتبة العلمية بيروت

نوادر الفقهاء" لمحمد بن الحسن الجوهري(ت350 هـ) ت:محمد فضيل عزام المراد ط1: دار القلم 1993م

الهداية إلى أوهام الكفاية للإسنوي(ت٧٧٢هـ) ت: مجدي سرور ط: دار الكتاب العلمي، مطبوع مع (كفاية النبيه) لابن الرفعة ٢٠٠٩م.
الوجيز في أصول الفقه" د. حسن هيتو ط1: دار قرطبة بيروت 1401هـ1981م ج1.

آليات ردع الهجمات السيبرانية والحماية منها في الإطار القانوني الدولي والإقليمي

الدكتورة: مايا صفطلي + الباحثة: زينه عجيل – كلية الحقوق – جامعة اللاذقية

ملخص

لم تعد القوة العسكرية التقليدية فقط هي العنصر الحاكم في العلاقات الدولية في ظل التطور العلمي والتكنولوجي المتسارع وطغيان استخدام الإنترنت والحوكمة الإلكترونية في كافة مناحي الحياة. وباتت الحروب في الوقت الراهن حروبا من نوع آخر ساهمت في إحداث تغيرات جذرية بجيوش الدول وآليات عملها وبرزت فيها العديد من الاستراتيجيات العسكرية الجديدة "كالضربات من غير هجوم" أو "التعطيل الشامل دون إطلاق رصاصة واحدة". معتمدة على أحدث أنواع التكنولوجيا في جميع مراحل الهجوم والدفاع والحماية والوقاية عبر المجال الرقمي للفضاء السيبراني. وبالتوازي مع ذلك وجد المجتمع الدولي نفسه أمام ضرورة ملحة وحاجة ماسة إلى ضبط هذا المجال وتنظيمه ونقله من مرحلة الفوضى في الاستخدام إلى مرحلة التنظيم القانوني ومن مرحلة تحديد الواجبات إلى مرحلة صيانة الحقوق، في محاولة لمواجهة تنامي مخاطر وتهديدات "الهجمات السيبرانية" والتخفيف من دورها المؤثر على السلم والأمن الدوليين وتأمين الطابع السلمي والمدني للفضاء السيبراني، في ضوء إشكالية القصور التشريعي التي تحيط بهذه المسألة.

الكلمات المفتاحية: الحروب السيبرانية، الهجمات السيبرانية، الفضاء السيبراني، الأمن السيبراني، المنظمات الدولية، المنظمات الإقليمية.

Mechanisms to deter and protect against cyber attacks within international and regional legal framework

Abstract :

Traditional military power is no longer the only ruling element in international relations in light of the rapid scientific and technological development and the tyranny of the use of the Internet and electronic governance in all aspects of life. Wars have now become wars of a different kind that have contributed to radical changes in countries armies and their operating mechanisms, and many new military strategic have emerged, such as strikes without an attack or comprehensive disruption without firing a single bullet, relying on the latest types of technology in all stages of attacks, defense, protection, and prevention across the field digital cyber space. In parallel with this, the international community found itself facing an urgent necessity and urgent need to control and organize this field and move it from the stage of defining duties to the stage of preserving rights. In an attempt to confront the growing risks and threats of cyber attacks, mitigate their role affecting international peas and security, and secure the peaceful and civil character of cyber space in light of the problem of legislative deficiency surrounding this issue.

Key words: Cyber war, Cyber attacks, Cyber space, Cyber security, International organizations, Regional organizations.

مقدمة:

يعد الفضاء السيبراني مجالا حيويا للعمليات المعلوماتية وهو ما يعني بالضرورة تعامله مع بيئة يسهل اختراقها وتعطيلها وتسمح بالانتشار السريع للمعلومات، الأمر الذي مثل انعكاسات عميقة على الأمن الدولي وغير طبيعة المفاهيم التقليدية للحروب. حقيقة إن تطبيق سياسات الرد والردع بصورتها التقليدية على الهجمات السيبرانية تواجه صعوبة بالغة نظرا لاستحالة التيقن من مصدر وهوية الطرف القائم بالهجوم، لذلك تلجأ الدول إلى استهداف الطرف الذي تعتقد أنه قام بشن هجوم سيبراني ضدها لتؤكد قدرتها على اختراقه وإمكانية الإضرار به وردعه عن محاولة تنفيذ أي هجمات جديدة ضدها. وعليه فإن جوهر الردع في المجال السيبراني قد تغير عن مفهومه التقليدي الذي كان سائدا إبان الحرب الباردة وأصبح يشكل نتاج امتلاك القدرة على الهجوم فضلا عن امتلاك القدرة على الدفاع. ومع الفراغ القانوني والخلاف المستمر بين أعضاء المجتمع الدولي حول الطبيعة القانونية للهجمات السيبرانية وعدم الاتفاق على تكييفها الدقيق، لا يتضح على وجه الخصوص والتحديد السبل القانونية أو الطرق العسكرية المتاحة للتعامل مع الحالة التي تتعرض فيها دولة ما إلى هجوم سيبراني واسع النطاق منشؤه دولة أخرى استهدف بنيتها التحتية الحيوية والحرجة، وكيفية مواجهتها وإمكانية الرد عليها، سيما وأن العدوان السيبراني له طبيعته الخاصة والمتميزة عن الحروب التقليدية فهو يتصف بعدم الحركة وانعدام الطاقة الحركية المادية الناتجة عنه، الأمر الذي كان خارجا عن تصور الدول عند وضعها وتصديقها للاتفاقيات الدولية والإقليمية كميثاق الأمم المتحدة مثلا.

لذلك سيتم البحث في هذا الموضوع من خلال مطلبين:

- يتناول المطلب الاول: آليات وجهود منظمة الأمم المتحدة لردع الهجمات السيبرانية والحماية منها.
- اما المطلب الثاني: آليات المنظمات الإقليمية والوكالات العالمية المتخصصة والمجهودات الفقهية الدولية لردع الهجمات السيبرانية.

مشكلة البحث:

تتمحور النقطة الاساسية في البحث حول التساؤل الآتي:

ما هي أهم الآليات القانونية أو الوسائل العسكرية المتاحة على الصعيدين الدولي والإقليمي لردع الهجمات السيبرانية والحد من آثارها في ظل غياب إطار قانوني دولي معني بها أو اتفاقية دولية خاصة تنظمها؟

ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس التساؤلات الفرعية الآتية:

1- كيف واجه المجتمع الدولي التوسع في استخدام الهجمات السيبرانية العدائية خلال النزاعات المسلحة المعاصرة؟

2- ما هي الجهود الدولية المبذولة في سبيل الحفاظ على الأمن السيبراني الذي أدرج على رأس أولويات الأمن الدولي مؤخرا؟

3- ما هي أهم الجهود الدولية المبذولة في سبيل مكافحة الهجمات السيبرانية والتخفيف من دورها السلبي على السلم والأمن الدوليين؟

4- ما هي أهم الجهود الإقليمية المبذولة في سبيل مواجهة تنامي خطر الهجمات السيبرانية والتقليل من تهديداتها وتداعياتها؟

5- ما هو موقف الدول والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية من السلوك غير المسؤول وغير القانوني في الفضاء السيبراني؟

6- هل يملك مجلس الأمن الدولي صلاحيات التدخل والرد على الهجمات السيبرانية؟ وكيف يمكن أن يكون رده وردعه؟

<u>أهمية البحث واهدافه:</u>

تظهر اهمية البحث انطلاقا من اعتباره محاولة بحثية قانونية تخوض في موضوع معاصر على مستوى الدراسات القانونية في مجال القانون الدولي، حيث ازدادت أهمية الأمن السيبراني على المستوى الدولي بشكل كبير وتزايدت معها بشكل متواز نسبة المخاطر والتهديدات التي يمكن أن تشكلها الأعمال الخبيثة في الفضاء السيبراني من ضرر هائل على الهياكل الأساسية الحيوية والهياكل الأساسية المعلوماتية. وتبدي مختلف الدول حاليا قلقها إزاء التهديد المتصاعد للهجمات السيبرانية وخشيتها من تعرض أمنها القومي للخطر نتيجة لتلك الاعتداءات، خاصة مع ربط مصالحها القومية ببنيتها التحتية الرقمية، لاسيما وأن تقنية المعلومات والاتصالات قد رفعت منسوب

الخطر عبر إتاحتها مصادر جددة متشعبة ومتعددة وإمكانات هائلة لتحققه. وتتلخص اهداف البحث بالآتي:

1- معالجة موضوع يعد من أهم الموضوعات الحديثة والبالغة الأهمية في الفكر الاستراتيجي الدولي وهو الامن السيبراني الذي احتل مكانة بارزة في جدول أعمال صانعي السياسات والقادة العسكريين حول العالم وأصبح من المسائل الهامة المدرجة على أجندة الأمن الدولي والمتداولة بكثرة في مراكز صنع القرار العالمي.

2- الوقوف على أبرز الآليات القانونية الدولية والإقليمية المتاحة والهادفة إلى الحفاظ على الأمن السيبراني ومحاربة الأخطار التي تكتنفه.

3- تسليط الضوء على أبرز الجهود الدولية والإقليمية القانونية والفقهية المبذولة في سبيل مواجهة الهجمات السيبرانية والحد من آثارها وتداعياتها على الصعيدين الدولي والإقليمي.

4- بيان تأثير الهجمات السيبرانية على السلم والأمن الدوليين وما إذا كان يحق لمجلس الأمن الدولي التدخل للرد عليها وفقا لميثاق الأمم المتحدة .

5- مناقشة أهم المواقف الصادرة عن المنظمات الدولية والإقليمية الحكومية وغير الحكومية بشأن مسألة الهجمات السيبرانية وآليات مواجهتها والرد عليها.

الدراسات السابقة:

1- **الدراسة الاولى: سامي محمد عبد الحمزة: مدى مساهمة الأمم المتحدة في تشكيل القواعد الدولية الخاصة بالفضاء السيبراني، دراسة في ضوء تقرير فريق الخبراء الدولي لعام 2021، 2022.**

وهدفت الدراسة الى بيان أهمية دور الأمم المتحدة في تكوين قواعد متكاملة لما يخص التهديدات التي فرضها الفضاء السيبراني على السلم والأمن الدوليين، منذ عام 1998، إلا أن محاولاتها لم تكن موفقة لغاية عام 2021، الذي انتهت فيه إلى إقرار قواعد للفضاء السيبراني، وتوصلت إلى نتائج ومفادها أن رغم محاولات الأمم المتحدة إلا أن الصراعات السياسية والاختلاف في الإيديولوجيا والمصالح بين الدول الأعضاء مثل عائقا أمام التوافق على قواعد عامة يمكن أن تضع أساسا لاتفاقية دولية بهذا الشأن.

2- الدراسة الثانية: هاني محمد خليل ابراهيم العزازي: النظام القانوني الدولي لمكافحة المخاطر السيبرانية، 2023.

وهدفت الدراسة الى تحديد خصائص وطبيعة الهجمات السيبرانية وجرائم الإنترنت العابرة للحدود، وبينت أنه في الوقت الحالي أصبح من الضروري التصدي لتلك الاعتداءات ومواجهة أخطارها وآثارها على السلم والأمن الدوليين، عبر تسليط الضوء على الطرق القانونية التي يجب اتباعها وكذلك الجهود الدولية المبذولة لتحقيق هذه الغاية. وخلصت الى نتائج ومضمونها أن العديد من الدول قامت باعتماد استراتيجيات من شأنها دعم الجانب العسكري في الفضاء السيبراني، وأنه بات من الأهمية توحيد الجهود الدولية لوضع الأطر القانونية والتنظيمية لمواجهة المخاطر السيبرانية وآثارها، وتواجد روح التعاون بين الأنظمة القانونية الداخلية للدول.

3- الدراسة الثالثة: ناجي محمد أسامة الشاذلي: الجوانب القانونية للحرب السيبرانية، 2023.

هدفت الدراسة الى إلقاء الضوء على الطبيعة القانونية للحروب السيبرانية التي تقع بين الدول وتكييفها الدقيق والبحث في أهم الطرق القانونية المتاحة أمام الدول للتعامل معها، وتوصلت إلى نتائج وجوهرها عدم إمكانية الإقرار بالفراغ القانوني في المجال السيبراني وأن هناك من القواعد الدولية الحالية ما يمكن الاستناد إليه في تنظيم تلك الحروب، وأنه يجب على المنظمات الدولية والإقليمية بذل المزيد من الجهود ووضع الآليات لتحقيق استجابة دولية فعالة وسد الثغرات الناتجة عن هذه المسألة.

4- الدراسة الرابعة: James Andrew Lewis: Creating Accountability for global cyber norms, 2022.

هدفت الدراسة إلى التساؤل لماذا لا يوجد نظام مساءلة دولي للحد من الهجمات السيبرانية؟ وناقشت المعايير الدولية المطبقة حاليا من منظمة الأمم المتحدة لمواجهة تلك الهجمات وأبرز التحديات التي تواجه عمليات الإسناد السياسي لها، وتوصلت إلى نتائج وقوامها ضرورة خلق نظام مساءلة دولية ملزم سياسيا لجميع الدول التي تستخدم الفضاء السيبراني لمواجهة الهجمات السيبرانية باعتبارها من أخطر القضايا الدولية المطروحة حاليا.

وتهدف هذه الدراسة موضع البحث الى استعراض أبرز الآليات القانونية المتاحة وأهم الجهود المكثفة والمبذولة من قبل هيئة الأمم المتحدة ابتداء وعبر مختلف أجهزتها الرئيسية كالجمعية العامة، مجلس الأمن الدولي و المجلس الاقتصاد والاجتماعي، مرورا بالمنظمات الإقليمية والوكالات

العالمية المتخصصة والتحالفات الدولية البارزة، وصولا إلى المساهمات والمجهودات الفقهية الدولية، في سبيل الحفاظ على الأمن السيبراني ومواجهة الهجمات السيبرانية والحد من آثارها وتداعياتها على الصعيدين الدولي والإقليمي رغم إشكالية القصور التشريعي التي ما زالت تحيط بها حتى الآن.

منهج البحث :

تم إتباع المنهج الوصفي والمنهج التحليلي كمنهجين أساسيين في البحث من خلال توصيف أبرز الآليات القانونية والوسائل العسكرية المعتمدة على الصعيدين الدولي والإقليمي والوطني في مواجهة التوسع في استخدام الهجمات السيبرانية خلال النزاعات المسلحة المعاصرة والحد من آثارها، وتحليل أهم الجهود والمواقف الدولية والإقليمية والوطنية القانونية والفقهية الصادرة حول رفض السلوك غير المسؤول وغير القانوني في الفضاء السيبراني كمحاولة لتدارك غياب الإطار القانوني الحاكم والاتفاق الدولي الملزم.

خطة البحث:

1- المطلب الاول: آليات وجهود منظمة الأمم المتحدة لردع الهجمات السيبرانية والحماية منها.
   1- الفرع الاول: دور الجمعية العامة للأمم المتحدة.
   2- الفرع الثاني: دور وصلاحيات مجلس الأمن الدولي في ردع الهجمات السيبرانية.
   3- الفرع الثالث: دور المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

2- المطلب الثاني: آليات المنظمات الإقليمية والوكالات العالمية المتخصصة والمجهودات الفقهية الدولية.
   1- الفرع الاول: دور المنظمات الإقليمية.
   2- الفرع الثاني: دور الوكالات العالمية المتخصصة والتحالفات الدولية.
   3- الفرع الثالث: المجهودات الفقهية الدولية.

الجانب النظري للبحث:

المطلب الاول: آليات وجهود منظمة الأمم المتحدة لردع الهجمات السيبرانية والحماية منها.

يبدو أن مع تطور وسائل وأساليب الحرب المستحدثة والتهديد بها أصبح باستطاعة أي دولة أن تشن هجمات سيبرانية واسعة النطاق ضد البنية التحتية الحيوية والحرجة لدولة أخرى، لتزعزع سيادتها وأمنها وتخترق من خلالها نظام الطيران العسكري أو المدني أو أنظمة الدفاع الجوي

أو محطة نووية أو كهربائية أو مائية، مستهدفة الأعمال التدميرية والتخريبية ومعرضة حياة المدنيين للخطر[1]. لتحقيق بواعث ودوافع مختلفة قد تكون سياسية، أمنية، عسكرية، واقتصادية. خاصة وأن أنظمة أغلب الجيوش في العالم أصبحت تعتمد على أحدث أنواع التكنولوجيا ومتصلة بالإنترنت ومرتبطة بشبكات إلكترونية معقدة ومتداخلة، تفتقد عوامل الأمان بالمطلق[2]. ولما كان حفظ السلم والأمن الدوليين ومنع تهديد الاستقرار العالمي يمثلان أول وأهم الأهداف الجوهرية التي نص عليها الميثاق الأممي 1945، اتجهت الأمم المتحدة وعبر مختلف أجهزتها الرئيسية كالجمعية العامة، مجلس الأمن الدولي، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي إلى إنفاذ آليات قانونية واتخاذ اجراءات دولية كمحاولة للحفاظ على الأمن السيبراني ومواجهة الاعتداءات السيبرانية وردع المعتدي.

الفرع الاول: دور الجمعية العامة للأمم المتحدة.

أصبح "الأمن السيبراني" أحد القضايا المحورية التي لا تزال محل تطوير وتقنين دولي. وبذلت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبيل الحفاظ عليه ومواجهة الهجمات السيبرانية والحد من آثارها جهودا مكثفة منذ تسعينات القرن العشرين، حيث تركزت الجهود الأممية على ضرورة تطوير قواعد القانون الدولي لتتمكن من احتواء تلك الهجمات وتضمينها من بين الأعمال العدائية التي تنطوي على استعمال القوة المحظورة بموجب المادة (2ف4) من الميثاق، وعلى تعزيز العمل المشترك بين الدول لوضع المعايير والتدابير المناسبة لبناء الثقة والتوظيف على المستوى الدولي[3]. وبهدف تحقيق ذلك عقدت ورعت العديد من المؤتمرات الدولية والقمم العالمية، وأصدرت الكثير من القرارات والتوصيات حول أمن المعلومات وجرائم أجهزة الحاسوب والاعتداءات السيبرانية، وأنشأت فريقا من الخبراء الحكوميين المعني بالتطورات في مجال المعلومات والاتصالات السلكية واللاسلكية

[1] عدنان النقيب، الحرب الإلكترونية في ضوء بروتوكولي سبع وسبعين الملحقين باتفاقيات جنيف لعام تسع وأربعين (الهجمات السيبرانية). مصر، القاهرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2022، ص:35.

[2] Jeffry Carr, Inside cyber warfare: Mapping the cyber under world, ORELLY Media, (2ed), USA, 2012, p:6.

[3] فاطمة الظبيري، القانون الدولي والهجمات الإلكترونية ما دون استخدام القوة، المجلة الدولية للقانون، المجلد 11، العدد 1، دار نشر جامعة قطر، كلية القانون، جامعة قطر، 2022، ص 238.

في سياق الأمن الدولي، وناقشت مختلف هيئاتها ولجانها المعنية مسألة أمن الفضاء السيبراني وضرورة الابقاء على طابعه السلمي[1].

أولا: قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأمن الفضاء السيبراني.

اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة سلسلة من القرارات السنوية المتلاحقة والمتتابعة بشأن الإرهاب السيبراني وحماية أمن المعلومات والاتصالات منذ عام1998، وحاولت الجمعية العامة من خلال هذه القرارات حث الدول على الاستخدام السلمي للفضاء السيبراني، وأكدت فيها على أن سوء استخدام تقنيات المعلومات يؤثر على مصالح المجتمع الدولي بأسره، ودعت تلك القرارات الدول الأعضاء في الأمم المتحدة إلى استعراض وجهات نظرهم حول أمن المعلومات والاتصالات[2]. نذكر من هذه القرارات:

القرار رقم63/55 المتخذ في 4 كانون الأول 2000، والذي وضع الإطار القانوني بشأن مكافحة إساءة استخدام تكنولوجيا المعلومات لأغراض إجرامية. وقد أوصى القرار:

أن تضمن الدول في قوانينها وممارساتها عدم توفير ملاذات آمنة لكل من يسيء استخدام تكنولوجيا المعلومات، وضمان حماية سرية المعلومات، وسلامة أنظمة الحاسوب ضد أي اعتداء غير مشروع مع تقرير عقوبة على ذلك الفعل[3].

القرار رقم 121/56 المتخذ في 19 كانون الأول 2001، والذي دعا الدول الأعضاء عند وضع التشريعات الوطنية إلى مكافحة سوء استعمال تكنولوجيا المعلومات وأن تأخذ بالاعتبار توصيات عمل لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية الدولية[4].

---

[1] هاني محمد خليل العزازي، النظام القانوني الدولي لمكافحة المخاطر السيبرانية، مجلة مصر المعاصرة، العدد:549، يناير 2023، ص500.

[2] زينة عجيل، (2022). مدى شرعية الحرب في الفضاء الإلكتروني وفقا لقواعد القانون الدولي الإنساني والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير: قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة تشرين، اللاذقية، سورية، ص13.

[3] United Nation, General Assembly, (A/RES/63/55) 4December 2000.

[4] United Nation, General Assembly, (A/RES/56/121) 19December 2001.

[4] United Nation, General Assembly, (A/RES/57/239) 31December 2002.

وفي دورتها (56،258) المعقودة في 31 كانون الثاني 2002، تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة **القرار رقم 239/57** والذي دعا الى استخدام تكنولوجيا الاتصال والمعلومات من أجل التنمية. حيث جاء هذا القرار لتنبيه الرأي العام العالمي وتنمية الوعي بحجم المخاطر والأضرار الناتجة عن الهجمات السيبرانية ولإرساء ثقافة عالمية للأمن السيبراني وحماية الهياكل الأساسية الحيوية للمعلومات، وسلمت فيه بضرورة دعم الجهود الوطنية بتبادل المعلومات والتعاون في هذا المجال على كافة الصعد الوطنية والإقليمية والدولية كي يتسنى التصدي الفعال لما تتسم به الهجمات السيبرانية من طابع عابر للحدود الوطنية[1].

ثم اعتمدت القرار 60/177 لعام 2005، بشأن تشجيع التعاون الدولي لمكافحة الاعتداءات السيبرانية وتقديم المساعدة للدول الأعضاء في هذا المجال[2]. **والقرار رقم64/21 لعام 2010**، الذي دعا الدول إلى تحديث قوانينها في مجال الاعتداءات السيبرانية وحماية الخصوصية والبيانات الشخصية والتجارة والتوقيع الإلكترونيين وكذلك اعتماد اتفاقيات إقليمية بهذا الشأن[3]. وبعد ازدياد وتيرة تبادل الهجمات السيبرانية بين الدول، عبرت الجمعية العامة عن قلقها المتزايد إزاء تلك الهجمات وأصدرت في هذا الصدد مجموعة من القرارات الجديدة أدت فيها هذه المرة على أن الهجمات السيبرانية يمكن أن تستخدم في أغراض لا تتوافق مع مقتضيات الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وأن الاستخدام العدائي لتكنولوجيا المعلومات قد يكون له تأثير خطير على بعض الدول، **كالقرار رقم 65/41 المتخذ في 8 كانون الأول لعام 2010، والقرار66/24 المتخذ في 2 كانون الأول 2011، والقرار 67/27 المتخذ في3 كانون الأول 2012**[4].

وأخيرا، أيدت الجمعية العامة عقد "**القمة العالمية لأمن المعلومات**" والتي انعقدت على مرحلتين الأولى في جنيف2003، والثانية في تونس العاصمة 2005، حيث عهد من خلالها رؤساء

---

[2] United Nation, General Assembly, (A/RES/60/177) 2005.

[3] United Nation, General Assembly, (A/RES/64/21) 2010.

[4] United Nation, General Assembly, (A/RES/65/41) 8January2010, (A/RES/66/24) 2January 2011, (A/RES/67/26) 3January 2012.

الدول وقادة العالم إلى الاتحاد الدولي للاتصالات بوصفه وكالة عالمية متخصصة في هذا المجال بالعمل على بناء الثقة والأمن في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات[1].

ثانيا: فريق الخبراء الحكوميين المعني بالتطورات في مجال المعلومات والاتصالات السلكية واللاسلكية في سياق الأمن الدولي.

أدى تردد الدول في العمل على وضع تقنين دولي شامل لتنظيم السلوك في الفضاء السيبراني والحفاظ على أمنه وتأمين طابعها السلمي، وكذلك بطء اجراءات تحضير وإبرام اتفاقيات دولية معنية إلى ضرورة إيجاد وسيلة أكثر مرونة لسد الفراغ التشريعي والعملي[2]. خاصة مع خضم اللجوء المحموم لاستخدام الهجمات السيبرانية كنمط جديد من الاستراتيجيات العسكرية الحديثة وما تتميز به من خاصية عابرة للحود الإقليمية للدول، كالهجمات العدائية التي استهدفت أستونيا 2006، جورجيا 2008[3].

وعليه أنشأت الجمعية العامة فريق الخبراء الحكوميين المعني بالتطورات في مجال المعلومات والاتصالات السلكية واللاسلكية في سياق الأمن الدولي في2 كانون الثاني 2019 على أن يعمل ضمن هيئة نزع السلاح التابعة لها، وتكون من خبراء يمثلون 25 دولة على أساس التوزيع الجغرافي العادل[4].

وبعد اجتماعات ومشاورات ومفاوضات لمدة سنتين وظهور بوادر توافق سياسي بين الدول الأطراف استطاع الفريق أن يصدر تقريره في14 تموز 2021، بالاتفاق بين جميع أعضاءه حيث تضمن للمرة الأولى معايير السلوك المسؤول في الفضاء السيبراني، ونص على أن القانون الدولي وخاصة ميثاق الأمم المتحدة قابل للتطبيق وهو ضروري للحفاظ على السلام والاستقرار والأمن في بيئة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات. وأكد على أن مبدأ السيادة الوطنية ينطبق على الفضاء

---

[1] United Nation, The International Telecommunication Union, Strategy for cyber security Geneva, 2008.

[2] فاطمة الزبيري، القانون الدولي والهجمات الإلكترونية، مرجع سابق، ص237.

[3] James Andriew Lewis, Creating Accountability for global cyber norms. Center for strategic and international studies(CSIS), 23/2/2022, Available at: https://www.csis.org.creating-accountability-for-global-cyber-novms/.

[4] سامر محي عبد الحمزة، مدى مساهمة الأمم المتحدة في تشكيل القواعد الدولية الخاصة بالفضاء السيبراني، دراسة في ضوء تقرير الخبراء الدولي لعام 2021، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد 17، العدد 67، الجزء الأول، 2022، ص231.

السيبراني بدرجة انطباقه على الأرض نفسها، كما تم الاتفاق على قائمة مطولة من قواعد واجراءات لبناء الثقة والأمن في الفضاء السيبراني[1].

مبدئيا، يمكننا القول بأن التقرير قد شكل سابقة تتمثل في حصول إجماع دولي على بعض القواعد التي تحكم الفضاء السيبراني، على الرغم من اعتراف الفريق بعدم إمكانية الاتفاق على مسائل أخرى تخص القانون الدولي كمدى انطباق القانون الدولي الإنساني وكذلك الدفاع الشرعي ضد الهجمات السيبرانية[2]. بل وكشف التقرير عمق الخلاف حول أساسيات التعامل الدولي في الفضاء السيبراني، وبدا غير متناسب مع الهجمات التي أفرزها ذلك الفضاء وخطورة التحديات التي أصبحت تمثلها على السلم والأمن الدوليين. ويعود ذلك إلى اختلاف سياسات ومصالح الدول خاصة الكبرى منها، فلا زالت القوى العظمى تدفع المنظمة نحو سياسات تلائم مصالحها القومية، فالولايات المتحدة الأمريكية تريد التأسيس لمبدأ "الفضاء المفتوح" بما يضمن استمرار سيطرتها على البيئة السيبرانية في حين تحاول روسيا الاتحادية والصين التمسك بمبدأ "المساواة في السيادة" وإعطاء الدور الأكبر للمنظمة[3].

وبمراجعة وتحليل مبادئ السلوك السيبراني الواردة في تقرير الخبراء الدولي لعام 2021 نجد بأنها أقرت بإمكانية ازدواجية المبادئ والقواعد القابلة للتطبيق في البيئة السيبرانية المستحدثة، أي أنها انطوت على شقين من المبادئ في ذات الوقت:

1- تطبيق المبادئ التقليدية على الفضاء السيبراني.

وهي مبادئ القانون الدولي ذاتها الواردة في ميثاق الأمم المتحدة والتي استقرت بين الدول انطلاقا من أن الاعتماد على القواعد القديمة لتشمل وتغطي الحالات المستحدثة أسهل من تأسيس قواعد دولية جديدة لم يسبق وأن تم التوافق عليها. وعليه حاولت الجمعية العامة تطبيق المبادئ التقليدية التي تم الاتفاق عليها من قبل الدول الأعضاء

[1] الأمم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير فريق الخبراء الحكوميين المعني بالتطورات في مجال المعلومات والاتصالات السلكية واللاسلكية في سياق الأمن الدولي، 14 تموز 2021، (Doc: (A/68/98,15، ص8+9.

[2] سامر محي عبد الحمزة، مدى مساهمة الأمم المتحدة في تشكيل القواعد الدولية الخاصة بالفضاء السيبراني، مرجع سابق، ص232.

[3] سامر محي عبد الحمزة، مدى مساهمة الأمم المتحدة في تشكيل القواعد الدولية الخاصة بالفضاء السيبراني، مرجع سابق، ص226.

على الفضاء السيبراني كمبدأ احترام السيادة الوطنية للدول، مبدأ حل النزاعات الدولية بالطرق السلمية، مبدأ عدم جواز استعمال القوة في العلاقات الدولية ومبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول[1].

2- وضع قواعد تخص الفضاء السيبراني.

وضع الفريق قواعد جديدة تخص الفضاء السيبراني انطلاقا من أن القواعد التقليدية وحدها قد لا تكفي ولا تسعف المجتمع الدولي في مواجهة الأخطار والتهديدات التي فرضتها البيئة السيبرانية لذلك أضاف مبادئ جديدة فرضتها طبيعة الفضاء السيبراني كمبدأ التعاون الدولي المشترك، مبدأ التحقيق، ومبدأ احترام حقوق الإنسان في المجال السيبراني[2].

وصفت هذه المبادئ بأنها ستضع الأساس لتعامل الدول وسلوكها في الفضاء السيبراني، وقد رأى **البروفيسور** "**مايكل شميث**" أن القواعد التقليدية التي جاء بها التقرير ستتحول إلى قواعد ملزمة تقرها الدول في التعامل أما القواعد الأخرى الجديدة فستكتسب إلزاميتها من خلال تحولها بمرور الزمن الى قواعد عرفية[3].

ورغم أن التقرير غير ملزم يبقى له قيمة أدبية ومعنوية هامة لصدوره تحت مظلة الأمم المتحدة وبموافقة قوى سيبرانية عظمى على رأسها الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي وروسيا والصين ولكونه يمثل إجماع سياسي ودولي تاريخي حول ضرورة فهم القضايا السيبرانية ذات الأهمية الوطنية والإقليمية والدولية[4].

---

[1] سامر محي عبد الحمزة، مدى مساهمة الأمم المتحدة في تشكيل القواعد الدولية الخاصة بالفضاء السيبراني، مرجع سابق ص232.

[2] سامر محي عبد الحمزة، مدى مساهمة الأمم المتحدة في تشكيل القواعد الدولية الخاصة بالفضاء السيبراني، مرجع سابق، ص235.

[3] Michael Schmitt, The sixth United Nation GGE and International law in cyber space, Just Security center on law and security at New York university school of law, 10/6/2021, Available at: https://www.justsecurity.org./76864/the-sixth-united-nation-gge-and-international-law-in-cyber-space/.

[4] فاطمة الظبيري، القانون الدولي والهجمات الإلكترونية، مرجع سابق، ص238.

وتأكيدا على ذلك تم إنشاء فريق خبراء ثان تبعه مباشرة باقتراح قدم من روسيا الاتحادية وأطلق عليه الفريق العامل المفتوح العضوية المعني بالتطورات في ميدان الاتصالات السلكية واللاسلكية في سياق الأمن الدولي، والفرق الوحيد بين الفريقين هو أن الثاني يضم في عضويته أعضاء الجمعية العامة للأمم المتحدة، إذ بين الاقتراح الروسي أن التوافق لن يتم إلا بإشراك الدول كافة في هذا الموضوع، ولجعله أكثر ديموقراطية وشفافية ومسؤولية[1].

ثالثا: الديبلوماسية السيبرانية.

لعبت الجمعية العامة للأمم المتحدة دورا بناء ومحوريا في التأسيس "للدبلوماسية السيبرانية" والتي قادت بدورها إلى إرساء "نظام الأمن السيبراني العالمي" الذي يهدف إلى الردع السيبراني وحماية الفضاء السيبراني من كل الهجمات العدائية التي قد تطاله أو تجري عبر مجاله الرقمي. والتي تهدف عادة للوصول إلى المعلومات الحساسة واستغلالها في أفعال قد تهدد أمن الدول والأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين. ويشمل "نظام الأمن السيبراني" كافة القواعد والمؤسسات والاجراءات الرسمية وغير الرسمية والتي تعمل على تطوير القواعد الدولية الحاكمة للأنشطة السيبرانية[2].

غالبا ما تسفر الهجمات السيبرانية عن إحداث نوع من التوتر والاحتقان في العلاقات الدبلوماسية بين الدول ولعل المثال الأبرز على ذلك هو تصاعد ذروة الحرب السيبرانية بين كل من روسيا الاتحادية والولايات المتحدة الأمريكية على خلفية الاتهامات التي وجهت لروسيا بالتدخل في الانتخابات الرئاسية الأمريكية لصالح دعم المرشح الجمهوري "دونالد ترامب" واختراق البريد الإلكتروني الخاص بحملة المرشح النافس الديموقراطية "هيلاري كلينتون" مما أحدث اهتزازا في شرعية نتائج الانتخابات الأمريكية. وعادة ما تلجأ الدول الى وسائل تنطوي على استخدام الأدوات الديبلوماسية التقليدية معا للاستفادة في الفضاء السيبراني بالشكل الذي يؤدي إلى احتواء الهجمات

[1] سامر محي عبد الحمزة، مدى مساهمة الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص231+232.

[2] بالموهوب رياض، قدوج نور الدين، الردع الإلكتروني كآلية لمواجهة الهجمات السيبرانية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إعلام آلي وإنترنت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الابراهيمي، الجزائر، 2023، ص42.

السيبرانية والحد من آثارها[1]. وظهرت بعض الأمثلة على تصاعد دور الديبلوماسية السيبرانية في احتواء التهديدات والاعتداءات المتوقعة عبر إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية أو الثنائية السياسية والعسكرية فيما بين الدول. كالاتفاق الذي توصلت إليه الولايات المتحدة الأمريكية والصين الخاص بالحرب السيبرانية في 9 إيلول 2015 والذي يقضي بعدم شن أي هجمة سيبرانية بين الدولتين على البنية التحتية الحيوية والحرجة وشركات القطاع الخاص في حالة السلم[2].

الفرع الثاني: دور مجلس الأمن الدولي وصلاحياته.

وضع ميثاق الأمم المتحدة نظاما دقيقا لحفظ السلم والأمن الدوليين وأوكل أمر تنفيذه إلى مجلس الأمن الدولي كجهاز تنفيذي محدود العضوية يعمل بالنيابة عن أعضاء الأمم المتحدة وبموافقتهم، وزوده بالصلاحيات التي تجعله يحقق فعالية نظام الأمن الجماعي عن طريق العمل المباشر والسريع[3]. عبر منحه سلطة واسعة بموجب الفصلين السادس والسابع من الميثاق في تقدير وجود انتهاك للسلم والأمن الدوليين او تهديد لهما او عمل من أعمال العدوان[4]. وله أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير القسرية كالتي لا تتطلب استخدام القوة المسلحة مثل العقوبات الاقتصادية وفقا للمادة 41 من الميثاق او التدابير التي تتطلب استخدام القوة وتتضمن الأعمال العسكرية وفقا للمادة 42 من الميثاق إذا تبين أن التدابير السلمية لم تجد نفعا في سبي لصون السلم والأمن الدوليين[5].

أولا: انتهاك الهجمات السيبرانية للسلم والأمن الدوليين.

يبدو أن السمة الرئيسية للمرحلة التي يستطيع مجلس الأمن الدولي التدخل فيها بحكم سلطته كون الفعل المجرم عملا من شأنه أن يشكل تهديدا حقيقيا للسلم والأمن الدوليين، فيعد على إثر ذلك

[1] ناجي محمد أسامة الشاذلي، الجوانب القانونية للحرب السيبرانية، دراسة في إطار القانون الدولي الإنساني، مجلة روح القوانين، العدد 103، الجزء الثاني، 2023، ص1258-1259.

[2] إيهاب خليفة، مجتمع ما بعد المعلومات: تأثير الثورة الصناعية الرابعة على الأمن القومي، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، مصر :القاهرة، دار العربي للنشر والتوزيع، 2019، ص113.

[3] المادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.

[4] المادة39 من ميثاق الأمم المتحدة لعام1945.

[5] المادتان 41و 42 من الميثاق الأممي.

غير قانوني ومفتقد للشرعية. وعلى اعتبار أن الهجمات السيبرانية ذات طبيعة تكنولوجية وتقية متطورة، فإنها تتمتع بقدرة فائقة على إحداث أضرار مادية وخسائر محققة في الأهداف المقصودة، وتحقيق مكاسب جوهرية بأقل التكاليف على كافة الصعد للدولة المهاجمة، كما أن شنها يؤدي إلى نتائج مدمرة قد تتجاوز تلك التي تسببها الهجمات المسلحة التقليدية المحظورة كالتدمير والتعطيل الكلي أو الجزئي للبنية التحتية الحرجة والحيوية وما ينجم عن ذلك من خسائر هائلة في الأرواح أو إلحاق إصابات او إتلاف وتدمير الممتلكات والمنشآت العسكرية والمدنية في الدولة المستهدفة[1].

وبناء عليه، يمكننا القول أنه عند حدوث هجوم سيبراني ممنهج ضد إحدى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وتبنيها من جهة دولية معترف بها، فإنه يجب تفعيل دور مجلس الأمن الولي الذي يستطيع أن يكيف هذه الأفعال على أنها هجمات غير شرعية وغير قانونية ومن ثم أن يتدخل باتخاذ التدابير المناسبة والاجراءات الفعالة لردعها في سبيل صون السلم والأمن الدوليين بما في ذلك الوسائل العسكرية[2]. انطلاقا من أساس يقوم على أنه ليس هناك ما يمنع من عدها واحدة من أهم التهديدات الماسة بالسلم والأمن الدوليين والتي تشكل انتهاكا جسيما وخرقا صريحا لهما وبالتالي ضرورة تطبيق القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون الدولي على تلك الهجمات.

ثانيا: التدابير التي يمكن لمجلس الأمن أن يقررها لردع الهجمات السيبرانية.

لم تطرح قضية الأمن السيبراني أمام مجلس الأمن حتى وقت قريب، وذلك مع زيادة مخاطر الأنشطة السيبرانية الخبيثة وتزايد الاعتماد على الشبكات العالمية وتطور المنافسة بين القوى العظمى[3]. وعليه أصدر مجلس الأمن الدولي أولى قراراته المتعلقة بالبيئة السيبرانية، وهو القرار ذي الرقم 2341 الصادر في 13 شباط 2017، وكان موضوعه الأخطار التي تهدد السلم والأمن الدوليين من جراء الأعمال الإرهابية، حيث تمت بموجبه دعوة الدول الأعضاء إلى معالجة التهديدات ضد البنية التحتية الحيوية بما في ذلك التهديدات الناجمة عن الإنترنت وتكنولوجيا المعلومات والتقنيات الرقمية الجديدة. وبحسب نص القرار، فقد أهاب فيه مجلس الأمن الدول الأعضاء إلى إنشاء وتعزيز الشراكات الوطنية والإقليمية والدولية مع الجهات صاحبة المصلحة من القطاعين العام

[1] عدنان النقيب، الحرب الإلكترونية في ضوء بروتوكولي سبع وسبعين الملحقين باتفاقيات جنيف لعام تسع وأربعين، مرجع سابق، ص110.

[2] زينة عجيل، مدى شرعية الحرب في الفضاء الإلكتروني، مرجع سابق، ص84.

[3] James Andriew Lewis, Creating Accountability for global cyber norms, op.cit.

والخاص حسب الاقتضاء، لتبادل المعلومات والخبرات من أجل منع الهجمات الإرهابية السيبرانية على الهياكل الأساسية الحيوية والحماية منها والتخفيف من آثارها والتعافي من أضرارها والتحقيق في مواجهتها وذلك بوسائل التدريب المشترك واستخدام أو إنشاء آليات للاتصال والإنذار في حالات الطوارئ[1]. ثم تبعه مباشرة القرار رقم 2370 لعام 2017، وفي هذا القرار حث مجلس الأمن الدول الأعضاء على العمل بصورة جماعية وفعالة لمنع الإرهابيين من حيازة الأسلحة من خلال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والامتثال للالتزامات بموجب القانون الدولي[2].

أما بالنسبة للتدابير القسرية، فإذا ما وصف مجلس الأمن الدولي الهجمة السيبرانية بأنها تشكل تهديدا للسلم أو خرقا للسلام أو عمل عدواني فإنه بذلك يمكنه استخدام صلاحياته الواردة في الميثاق لردعها. وتشمل التدابير التي يمكن لمجلس الأمن أن يتخذها:

1- بموجب المادة 41.

وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبرية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفا جزئيا او كليا، وقطع العلاقات الدبلوماسية. كما يمكن له أن يفرض عقوبات إلكترونية في السياق السيبراني كالحد من الوصول للإنترنت للدولة المسؤولة عن انتهاك السلم او خرقه او القيام بعمل عدواني. وقد يطلب من الدول الأعضاء حظر دعم الدولة المهاجمة بالأجهزة والبرامج التي تسهل الاتصال بالإنترنت والتأكد من رفض الوصول الى صفحات الويب في الدولة المعتدية. وقد يطلب من الدول الأعضاء بالأمم المتحدة أيضا تبني تشريعات وطنية لتنفيذ العقوبات في نظامها القانوني المحلي، على سبيل المثال تجريم سلوك سيبراني معين او مطالبة مزودي خدمات الإنترنت الوطنيين باعتماد تدابير تقييدية[3].

2- بموجب المادة 42.

[1] United Nation, Security Counsel, (S/RES/2341) 13 February 2017.

[1] United Nation, Security Counsel, (S/RES/2370) 2017.

[3] زينة عجيل، مدى شرعية الحرب في الفضاء الإلكتروني، مرجع سابق، ص84+85.

[3] محمود حسين الشرقاوي، الهجمات الإلكترونية في ضوء أحكان القانون الدولي الإنساني، أطروحة دكتوراه: قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2021،ص198+199.

إذا اعتبر مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 غير كافية او ثبت أنها غير كافية يمكن أن يأذن للدول الأعضاء بالأمم المتحدة او لقوات حفظ السلام التابعة لها بشن هجمات سيبرانية مضادة، ترقى الى مستوى استخدام القوة من أجل الرد على احتمال تهديد السلم. وبالنظر إلى الغرض الأساسي من المادة 42 والذي يتمثل بتوسيع تدابير الأمن الجماعي لتشمل كافة المجالات العسكرية المتاحة في وقت تهديد السلم والأمن الدوليين، الأمر الذي يعني أن هذه التدابير يمكن أن تشمل استخدام أي مجال مستحدث آخر، كالفضاء السيبراني والذي أفرزته بيئة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات[1].

وبرأينا لا يوجد ما يمنع من استخدام الفضاء السيبراني باعتباره المجال الخامس المستحدث في النطاق الدولي لإيقاع التدابير القسرية المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة على الدولة المخالفة لأحكام هذا الميثاق.

الفرع الثالث: دور المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

أصدر المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لمنظمة الأمم المتحدة مجموعة من القرارات المتلاحقة **كالقرار رقم 46 لعام 2006، القرار رقم 8 لعام 2007، القرار رقم 3 لعام 2008، القرار رقم 7 لعام 2009**[2]. وهي عبارة عن قرارات أحاطت فيها اللجنة الدولية المعنية بتسخير العلم والتكنولوجيا لأغراض التنمية علما بنتائج تنفيذ مؤتمر القمة العالمي لمجتمع المعلومات استنادا إلى ما ورد في مساهمات من كيانات الأمم المتحدة ذات الصلة. وافتتح المجلس الاقتصادي والاجتماعي دورته لعام2010 بجلسة إعلامية حول التحديات التي يطرحها الأمن السيبراني فضلا عن التهديدات والمخاطر التي يتيحها الاستخدام العدائي للإنترنت الآخذ في الاتساع. وشدد المجلس من بين عدة أمور على الحاجة الملحة الى اتخاذ مبادرات دولية تكفل تبادل المعلومات وأفضل الممارسات والتدريب والبحث. وأعلن المشاركون في المناقشة أنه يتعين على الأمم المتحدة أن "توحد أدائها" بشأن هذه القضية بهدف زيادة التعاون بين الدول من جهة وبين الدول والقطاع الخاص من جهة أخرى لضمان الأمن السيبراني. وحذروا

[2] United Nation, ECOSOC, (E/RES/2006/46), (E/RES/2007/8), (E/RES/2008/3), (E/RES/2009/7).

من النطاق الدولي لحرب سيبرانية فعلية وشددوا على أن عواقبها ستكون وخيمة وسوف تحدث بشكل مؤكد إذا لم يتم تدارك الأمر. ومن ثم لابد أن يكون هناك استجابة فعالة رادعة ومنسقة بين الدول، فلم تعد تكفي استراتيجيات اعتماد حلول على أساس مخصص او تقوية الدفاع فقط[1]. ودعا المجلس الى اتباع نهج قائم على إدراك المخاطر بحيث يحاط ميع أصحاب المصلحة علما بالتهديدات والأضرار الناجمة عن الإرهاب السيبراني والاعتداءات السيبرانية والتدابير الوقائية والردود الفعالة على نحو مناسب، وطالب بإيلاء المزيد من العناية لموضوع الأمن السيبراني وضرورة إرساء ثقافة عالمية أمنية سيبرانية. ودعا الدول الأعضاء الى تقديم موجزات لمبادراتها الرئيسية بشأن الأمن السيبراني وحماية الهياكل الأساسية الحيوية للمعلومات كي يتسنى إبراز ما يتم تحقيقه من الانجازات وأفضل الممارسات في هذا الصدد، وشدد على أن الجهود الوطنية إلزامية في سبيل حماية الهياكل الأساسية الحيوية للمعلومات[2].

وفي نيسان عام 2011 عقد المجلس الاقتصاد والاجتماعي اجتماعا آخرا لمناقشة أمن الفضاء السيبراني والتنمية والقضايا والتحيات المرتبطة. واشترك فيتلك المناقشات إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية والاتحاد الدولي للاتصالات ورئيس لجنة الأمم المتحدة المعنية بتسخير العلم والتكنولوجيا لأغراض التنمية ومنظومة الأمم المتحدة والقطاعين العام والخاص إضافة الى منظمات المجتمع المدني المهتمة بمجالات الفضاء السيبراني. وتلخصت أهداف الاجتماع بأنها تتمثل في بناء وعي على مستوى السياسات الدولية عير تزويد أعضاء المجلس بصورة عن الوضع الحالي والتحديات المتعلقة بالأمن السيبراني وارتباطه بالتنمية وتحديد أفضل السياسات المتعلقة بهذا المجال والمبادرات المطبقة في مختلف أنحاء العالم لبناء ثقافة أمن الفضاء السيبراني والردع السيبراني، كما تم مناقشة الحاجة إلى إبرام اتفاقية دولية بشأن الفضاء السيبراني. وقرر **لازاروس كابامبي** رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي أن أعضاء الاجتماع قد

[1] الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الدورة الموضوعية لعام 2010، نيويورك، 28 حزيران-23تموز، البند: 13 (ب) من جدول الأعمال المؤقت والخاص بالمسائل الاقتصادية والبيئية: تسخير العلم والتكنولوجيا لأغراض التنمية والتقدم المحرز في تنفيذ ومتابعة نتائج مؤتمر القمة العالمي لمجتمع المعلومات على الصعيدين الدولي والإقليمي.

[2] المرجع السابق، البند:14 (ب) من جدول الأعمال المؤقت والخاص بمسائل الأوراق المالية الرقمية والنظام النقدي الرقمي.

اتفقوا على أن الأمن السيبراني قضية عالمية لا يمكن حلها إلا عبر شراكة عالمية ولا سيما من خلال الأمم المتحدة التي يمكنها استخدام قدراتها الاستراتيجية والتحليلية لمعالجة مثل هذه القضايا المستحدثة على الساحة الدولية[1].

المطلب الثاني: آليات المنظمات الإقليمية والوكالات العالمية المتخصصة والمجهودات الفقهية الدولية لردع الهجمات السيبرانية.

مع ظهور الهجمات السيبرانية كنمط جديد من الاستراتيجيات العسكرية الحديثة وما تتميز به من خاصية عابرة للحدود الإقليمية للدول وفي ضوء غياب توجه رسمي دولي موحد ولضعف الاستجابة الأممية الفعالة نحو تنظيم هذا الموضوع. وفي محاولة لمعالجة القصور التشريعي الدولي الذي يحيط بمسألة التعامل مع تلك الهجمات ولتحقيق قدر من الأمن في مجال المعاملات الإلكترونية[2]، عملت العديد من المنظمات الإقليمية والوكالات العالمية المتخصصة وبعض التحالفات الدولية البارزة باستمرار لمواكبة التطورات المتسارعة في شأن أمن الفضاء السيبراني وأسست مجموعات عمل ومبادرات ووضعت اتفاقيات لإرساء استراتيجيات ردع مضادة للاعتداءات السيبرانية الخبيثة وجرائم الإنترنت وحرب المعلومات. ووضع السياسات العامة والتدابير الأمنية والمبادئ التوجيهية وطرق إدارة المخاطر والحماية والتدريب. بالإضافة إلى مجموعة من المساهمات والمجهودات الفقهية الدولية والمرتبطة في هذا الشأن.

الفرع الأول: دور المنظمات الإقليمية.

لا شك في أن مسألة مواجهة الهجمات السيبرانية ينبغي ألا تقتصر على الجانب الدولي فقط بل يجب أن تعتمد على بعد إقليمي أيضا، لذلك كان من الضروري بناء آليات وبذل جهود إقليمية حثيثة إلى جانب الجهود الدولية المبذولة في سبيل ردع تلك الهجمات والحد من آثارها وتداعياتها. وفي هذا الصدد نشير إلى آليات أهم المنظمات الإقليمية **كجامعة الدول العربية والاتحاد الإفريقي.**

أولا: الرؤية الاستراتيجية العربية المشتركة للأمن السيبراني.

[1] الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، تقرير فريق الخبراء الحكومي الدولي المفتوح العضوية عن الدراسة الشاملة لمشكلة الهجمات السيبرانية وتدابير التصدي لها من جانب الدول الأعضاء والمجتمع الدولي والقطاع الخاص، فيينا، 11-15 نيسان، الوثيقة: E/CN.15/2011/19

[2] هاني محمد خليل العزازي، النظام القانوني الدولي لمكافحة المخاطر السيبرانية، مرجع سابق، ص512.

شهد موضوع أمن البيانات والمعلومات تطورات هامة على الصعيد العربي مؤخرا، حيث تم تشكيل فريق عمل عربي مشترك خلال الدورة (50) للجنة التنسيق العليا للعمل العربي المشترك في مارس 2021، بهدف وضع إطار قانوني عربي موحد لمواجهة الإرهاب السيبراني والقرصنة الإلكترونية وحماية الشبكات وأمن المعلومات. كما وتمت الدعوة إلى تنظيم منتدى عربي لمناقشة تحديات الأمن السيبراني على أن تشارك فيه كافة الدول الأعضاء ومؤسسات العمل العربي المشترك بشكل فاعل[1]. وردا على ظهور وتنامي العديد من التهديدات والتحديات فيهذا السياق والتي كانت بمعظمها ذات طبيعة عابرة للحدود الجغرافية للدول كالأخبار المزيفة وأخلاقيات الفضاء السيبراني والدبلوماسية السيبرانية والسيادة الرقمية أطلقت النسخة الأولى من الرؤية العربية للأمن السيبراني وقدمت جملة لأهم ما توصل إليه فريق الخبراء المكلف بوضع هذه الرؤية متضمنة الوضع الحالي في الدول العربية ونماذج المخاطر السيبرانية التي تواجهها كما قدمت شرحا لرؤية استراتيجية عربية مشتركة للأمن السيبراني إلى جانب مقترحات حول مسألة الأمن السيبراني في المنطقة العربية وبعض المبادرات التي يمكن تنفيذها[2]. ومن منطلق ضرورة توحيد الجهود على المستوى العربي والإقليمي لمواجهة المخاطر السيبرانية التي تتزايد يوما بعد يوم وتقديم حلول شاملة تخدم الجميع جاءت المنظمة العربية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات استنادا إلى قرار القمة العربية التنموية رقم 56 تاريخ 2019/1/20 للعمل على صياغة الرؤية العربية الموحدة للأمن السيبراني، في إطار المساهمة في تعزيز العمل العربي المشترك ومساعدة الدول العربية على العمل في إطار تكاملي وتشاركي لضمان الازدهار والرقي في المجال الرقمي، على أن تكون بداية لخط استراتيجيات ومبادرات عربية مشتركة في مجال الأمن السيبراني[3]. وتمثلت آليات العمل العربي المشترك في مجال الأمن السيبراني ب:

المصادقة في إطار جامعة الدول العربية على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المؤرخة في 2010/12/21 والتي دخلت حيز التنفيذ في 2014/2/6.وهدفت وفقا لما

[1] الرؤية العربية للأمن السيبراني(الواقع، التحديات، الفرص) جامعة الدول العربية، المنظمة العربية لتكنولوجيات الاتصال والمعلومات، مقتطف من كلمة السفير أحمد أبو الغيط الأمين العام لجامعة الدول العربية، خلال افتتاح اعمال الدورة (51) للجنة التنسيق العليا للعمل العربي المشترك، مصر: مدينة العلمين الجديدة، 2021/7/8.

[2] المرجع السابق، مقتطف من كلمة أحمد البياتي رئيس المجلس التنفيذي لجامعة الدول العربية.

[3] المرجع السابق، مقتطف من كلمة المهندس محمد بن عمر المدير العام للمنظمة العربية لتكنولوجيات الاتصال والمعلومات.

نصت عليه مادتها الأولى إلى مكافحة الجرائم التي تعتمد على تقنيات المعلومات مع وضع إطار قانوني للتحقيق فيها وملاحقة مرتكبيها بالإضافة إلى تعزيز التعاون وتدعيمه بين الدول العربية في مواجهة إساءة استخدام تقنية المعلومات والاعتداءات السيبرانية لدرء أخطارها حفاظا على أمن الدول العربية ومصالحها وسلامتها وسلامة كياناتها وأفرادها[1]، وتضمنت مجموعة من الالتزامات التي تهدف إلى توحيد الاجراءات الخاصة بجرائم تقنية المعلومات والجرائم المرتبطة بالبيئة السيبرانية[2]. إضافة إلى اتخاذ بعض المبادرات التشريعية العربية المشتركة والتي اتخذت شكل القوانين الارشادية سواء في مجال الأمن السيبراني ككل، أو في مجال مكافحة الهجمات السيبرانية، أو فيبعض المجالات الأخرى كالقانون الارشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة والقانون الارشادي للمعاملات التجارية والمصرفية الإلكترونية والتوقيع الرقمي. حيث تم وضعها في إطار أشغال المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لجامعة الدول العربية والذي يعمل تحت اشراف وزراء العدل العرب. الذي بدوره أعد مسودة الاتفاقية العربية لحماية الفضاء السيبراني لعام 2018 بمبادرة من مجلس وزراء العدل العرب بجامعة الدول العربية. وأخيرا المبادرة حديثة العهد في إطار أشغال لجنة التنسيق العليا للعمل العربي المشترك في دورتها (50) 2021 والتي تم تقديمها من الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري والمنظمة العربية لتكنولوجيا الاتصال والمعلومات، والتي يمكن أن تشكل الإطار القانوني الجديد لمواجهة الإرهاب السيبراني والقرصنة الإلكترونية وحماية الشبكات وأمن المعلومات لمؤسسات ومنظمات العمل العربي المشترك[3].

ثانيا: اتفاقية الاتحاد الإفريقي بشأن الأمن السيبراني وحماية البيانات الشخصية.

شهدت القارة الإفريقية موجة من الهجمات السيبرانية والتي استهدفت أنظمة مفوضية الاتحاد الإفريقي وأنظمة بيانات الحكومة الكينية والبنية التحتية للانتخابات النيجيرية وغيرها. ويبدو أن هذه الهجمات كانت بمثابة جرس إنذار للقارة، مما دفع مجلس السلام والأن التابع للاتحاد الإفريقي إلى جعل الأمن السيبراني نقطة رئيسية على جدول الأعمال في القمة الأعمال في القمة الإفريقية التي

[1] المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام 2010.

[2] الرؤية العربية للأمن السيبراني(الواقع والفرص والتحديات) جامعة الدول العربية، المنظمة العربية لتكنولوجيات الاتصال والمعلومات، تونس، مرجع سابق 2021/10/21، ص15.

[3] الرؤية العربية للأمن السيبراني(الواقع والفرص والتحديات) جامعة الدول العربية، المنظمة العربية لتكنولوجيات الاتصال والمعلومات، تونس، 2021/10/21،مرجع السابق، ص16.

عقدت مؤخرا في أديس أبابا، كما تم اعتماد سياسة قارية لحماية الأطفال على شبكة الإنترنت، وتم الاتفاق على موقف إفريقي مشترك خلال القمة بشأن تطبيق القانون الدولي في الفضاء السيبراني[1]. كما سبق وأن أنشأ الاتحاد الإفريقي استراتيجية التحول الرقمي لإفريقيا في شباط2020. إلا أن الآلية الأبرز تمثلت باتفاقية الاتحاد الإفريقي بشأن الأمن السيبراني وحماية البيانات ذات الطابع الشخصي أو ما تعرف اختصارا باتفاقية مالابو والتي تضمنت 38 مادة.

طرح المشروع الأولي للاتفاقية عام 2013،وكان معنونا باتفاقية الاتحاد الإفريقي حول الثقة والأمان في الفضاء السيبراني وكان نتاج تعاون بين مفوضية الاتحاد الإفريقي ولجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لإفريقيا (CEA)وبالفعل اعتمده رؤساء الدول والحكومات المجتمعين في مالابو بغينيا الاستوائية خلال الدورة العامة رقم 23 لمؤتمر الاتحاد الإفريقي يومي 26-27 حزيران 2014. وعليه أصبح المشروع اتفاقية إقليمية مفتوحة للمصادقة عليها مع تعديل تسميتها لتصبح "اتفاقية الاتحاد الإفريقي حول الأمن السيبراني وحماية البيانات ذات الطابع الشخصي"[2].

صورت اتفاقية مالابو إفريقيا على أنها قارة مستعدة لمعالجة الأمن السيبراني من خلال اجراءات جادة وموحدة وجعلتها المنطقة الوحيدة في العالم التي لديها اتفاق قاري يجمع بين الأمن السيبراني وأمن المعلومات وأن المعاملات الإلكترونية وحماية البيانات الشخصية في معاهدة واحدة. وعلى الرغم من تلك الأهمية إلا أنها لم تدخل حيز التنفيذ حتى 2014/6/2 بسبب التأخيرات في التصديق عليها من قبل الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي حيث لم يصادق عليها حتى الآن سوى 15 دولة من أصل الدول 55 الأعضاء، ولا تزال غير موقعة من قبل معظم الدول الإفريقية الكبرى بما فيذلك مصر والجزائر وجنوب إفريقيا وكينيا والمغرب وأثيوبيا[3].

الفرع الثاني: دور الوكالات العالمية المتخصصة والتحالفات الدولية.

لعب الاتحاد الدولي للاتصالات بوصفه أحد الوكالات العالمية المتخصصة في شأن البيئة الرقمية وتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وحماية الأمن السيبراني دورا محوريا وهاما في مواجهة

[1] الاتحاد الإفريقي، اللجنة الفنية المتخصصة للاتصال وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، تقرير اجتماع الخبراء، أديس أبابا، أثيوبيا، 20-22 تشرين الثاني 2017، الوثيقة: .AV/CCICT-2/EXP/RPT

[2] مريم لوكال، قراءة في اتفاقية الاتحاد الإفريقي حول الأمن السيبراني وحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي لعام 2014، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية المجلد 4، العدد3، 2021، ص660.

[3] المرجع السابق، ص670.

الاعتداءات السيبرانية الخبيثة على المستوى الدولي، كما لا يمكن إغفال دور حلف شمال الأطلسي في هذا الصدد والذي يعد أبرز التحالفات الدولية حيث كان من السباقين في تبني استراتيجية جديدة للأمن والدفاع السيبراني.

أولا: الاتحاد الدولي للاتصالات.

يوصف الاتحاد الدولي للاتصالات (ITU) بأنه أحد الوكالات المتخصصة في عمل الاتصالات والمنضوية تحت لواء الأمم المتحدة، وأصبح بمثابة ملتقى دولي رئيسي لهذه الأنشطة. ويتكون من 192 دولة و700 شركة من القطاع الخاص والمؤسسات الأكاديمية ويعتبر منبرا استراتيجيا للتعاون بين أعضاءه ويعمل على مساعدة الحكومات في الاتفاق على مبادئ مشتركة تفيدها والانفاق على الصناعات التي تعتمد على تكنولوجيا المعلومات والبنية التحتية للاتصالات[1]. وبغية معالجة مسألة الأمن السيبراني المتنامية قام الاتحاد بإنشاء فريق متخصص معني بالشبكات الذكية من أجل جمع وتوفير المعلومات والمفاهيم التي تكون مفيدة بهدف إعداد توصيات لدعم تلك الشبكات من منظور الاتصالات. وكان أحد الأدوار الرئيسية التي أنيطت بالاتحاد في أعقاب القمة العالمية لمجتمع المعلومات ومؤتمر المندوبين المفوضين لعام 2006 يتمثل في بناء الثقة والأمن في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وإثر قيام رؤساء الدول والحكومات وقادة العالم المشاركين في القمة العالمية لمجتمع المعلومات وكذلك الدول الأعضاء في الاتحاد بتكليف الأخير باتخاذ خطوات ملموسة للحد من التهديدات وانعدام الأمن فيما يتصل بمجتمع المعلومات، وأطلق "**حمدون توريه**" الأمين العام للاتحاد الدولي للاتصالات برنامج الأمن السيبراني العالمي في2007 ليشكل إطارا للتعاون الدولي. وهكذا أعلن الأمين العام للاتحاد الدولي للاتصالات اطلاق مبادرة أجندة شاملة للأمن السيبراني تتضمن التوصل إلى إطار أو بروتوكول لتنسيق جهود مواجهة الهجمات السيبرانية. حيث اشتملت على خمس ركائز ومجالات واستراتيجيات عمل وهي: التدابير القانونية، التدابير التقنية والاجرائية، الهياكل التنظيمية، بناء القدرات وتعزيز التعاون الدولي[2]. وادراكا منه للمخاطر والتهديدات المتنامية للهجمات السيبرانية اقترح الأمين العام للاتحاد الدولي للاتصالات

[1] هاني محمد خليل العزازي، النظام القانوني الدولي لمكافحة الأخطار السيبرانية، مرجع سابق، ص512.

[2] United Nation, The International Telecommunication Union, Strategy for cyber security Geneva, 2008, op,cit.

مجموعة من القيم الجوهرية التي من شأنها إحلال السلام والاستقرار في الفضاء السيبراني مع تحديد التزامات واجراءات محددة، وتنص هذه المبادئ على ما يلي:[1]

1- أن تلتزم كل حكومة بإتاحة نفاذ شعبها على الاتصالات.
2- أن تلتزم كل حكومة بتأمين الحماية لشعبها في الفضاء السيبراني.
3- أن يلتزم كل بلد لعدم إيواء الإرهابيين والمجرمين السيبرانيين على أراضيه.
4- أن يلتزم كل بلد بألا يكون الطرف الذي يبدأ شن هجوم سيبراني على غيره من البلدان.
5- أن يلتزم كل بلد بالتعاون مع غيره ضمن إطار دولي للتعاون لضمان السلام والاستقرار في الفضاء السيبراني.

وبالتعاون مع الاتحاد الدولي للاتصالات عقد في دولة قطر عام2008 المؤتمر الإقليمي حول الأمن السيبراني حيث تمت دعوة دول المنطقة لوضع وتنفيذ إطار وطني للأمن السيبراني وحماية البنية التحتية الحرجة للمعلومات والتي تعد بمثابة خطوة أولى في سبيل التصدي للتحديات التي تواجهها عند إساءة استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وأخيرا قام الاتحاد الدولي للاتصالات بتوقيع مذكرة تفاهم رسمية عام 2008 مع الشراكة الدولية المتعددة الأطراف لمكافحة التهديدات السيبرانية "إمباكت" (IMPACT) وعلى إثر ذلك أصبحت "سايبرجايا" بماليزيا والتي تضم أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا المقر الفعلي لبرامج شركة إمباكت[2].

ثانيا: استراتيجية حلف شمال الأطلسي للأمن والدفاع السيبراني.

دفع عجز حلف شمال الأطلسي (NATO) في مواجهة الهجمات السيبرانية التي استهدفت استونيا 2007 ثم جورجيا 2008 إلى تكوين وحدة للدفاع السيبراني مقرها مدينة تالين عاصمة استونيا. ومن حينها عمد الحلف الى تطوير المفهوم العسكري الاستراتيجي الخاص به بالاعتماد على تطوير قدراته الدفاعية السيبرانية بما يشمل مساندة ودعم حلفائه الذين يتعرضون لهجمات سيبرانية،

[1] الأمم المتحدة، الاتحاد الدولي للاتصالات، قرارات المؤتمر العالمي لتنمية الاتصالات عام 2017 المرفوعة إلى مؤتمر المندوبين المفوضين(17wtdc), مؤتمر المندوبين المفوضين (18pp) ، دبي 29 تشرين الأول-16 تشرين الثاني 2018.

[2] United Nation, The International Telecommunication Union, Strategy for cyber security Geneva, 2008, op,cit.

وأقر وفقا لذلك بأن أي هجوم يتم على أوروبا وأمريكا الشمالية سيعد هجوما ضد الجميع[1]. وتبنى الحلف السياسة الخاصة به في مجال الدفاع السيبراني عام 2008 من أجل حماية موارده التكنولوجية والموارد الخاصة بالدول الأعضاء، وكجزء من تنفيذ هذه السياسة أنشأ الحلف هيئة معنية بإدارة الدفاع السيبراني وفريقا للاستجابة للحوادث الحاسوبية ويكفل ارسال فرق الدعم السريع الى الدول الأعضاء، وأنشأ مركزا للتميز من أجل الدفاع السيبراني التعاوني ومقره استونيا، ويضم خبراء يضطلعون في البحث والتدريب والمتابعة والحماية في مال الأمن السيبراني، ومن الدول الأطلسية التي دعمت هذا المركز ورعته: استونيا، لاتفيا، ليتوانيا، ألمانيا، إيطاليا، اسبانيا وسلوفاكيا[2]. وفي العام 2010 تبنى حلف الناتو المفهوم الاستراتيجي الجديد والذي أشار إلى أن التهديدات السيبرانية أصبحت أكثر تواترا وتنظيما وأكثر تكلفة من حيث الضرر الذي يمكن أن تتسبب به ، حيث يمكن أن تصل إلى درجة تهديد القومية الأوروبية الأطلسية وأمنها واستقرارها، وإثر ذلك تم تغيير العقيدة العسكرية للحلف لتتلاءم مع المتغير المستحدث، ولتشمل وتغطي "الحرب في الفضاء السيبراني[3]. وفي قمة وارسو في بولندا لعام 2016 وافق وزراء دفاع دول الحلف على ترقية الفضاء السيبراني الى المجال التشغيلي وجعله منطقة لعمليات الحلف الامر الذي منحه نفس أهمية البر والبحر والجو. وقد اعتبر الأمين العام لحلف شمال الأطلسي "نيس ستولتنبورغ" الفضاء السيبراني جزء من منظومة الدفاع الجماعي للحلف[4].

الفرع الثالث: دور المجهودات الفقهية الدولية.

ظهرت العديد من المجهودات والمساهمات الفقهية على المستوى الدولي بهدف معالجة مسألة الهجمات السيبرانية ومواجهتها في ظل إشكالية القصور التشريعي والفراغ القانوني التي تحيط بها. وتمثلت الاستجابة الأهم والأبرز في هذا الإطار "بدليل تالين" للقانون الدولي المطبق على الحرب السيبرانية والذي قام بإعداده مجموعة من أبرز فقهاء القانون الدولي، بالإضافة إلى "إعلان

[1] هاني محمد خليل العزازي، النظام القانوني لمكافحة المخاطر السيبرانية، مرجع سابق، ص517.

[2] رغدة البهي، كيف استجاب حلف شمال الأطلسي للدفاع السيبراني؟ كراسات استراتيجية، مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية، العدد 334، المجلد 31، 2022، ص27.

[1] NATO, Active Engagment, Modern Defence, Strategy concept for the defecce and security for the members of the north atlantic treaty organization, November 2010.

[2] North Atlantic treaty organization, NATO, strategy for cyber defence, Warsaw, 2016.

[3] هاني محمد خليل العزازي، النظام القانوني الدولي لمكافحة المخاطر السيبرانية، مرجع سابق، ص 518.

إيريتشي" بشأن مبادئ الاستقرار والسلام السيبراني والذي أعده فريق الرصد الدائم المعني بأمن المعلومات التابع للاتحاد العالمي للعلماء[1].

أولا: دليل تالين للقانون الدولي المطبق على الحرب السيبرانية.

يمثل دليل تالين آلية قانونية لملائمة المبادئ الأساسية للقانون الدولي مع الحرب السيبرانية وهو توجه فقهي غير ملزم بشأن القواعد الدولية الحاكمة للعمليات السيبرانية. حيث تقرر قواعد الدليل من حيث المبدأ أن أحكام ميثاق الأمم المتحدة قابلة للتطبيق في البيئة السيبرانية. ويناشد الدول بألا تتعامل مع الفضاء السيبراني على أنه منطقة فراغ قانوني لا تنطبق عليه المبادئ القانونية المعمول بها فيغيره من الفضاءات المادية، ويحث المجتمع الدولي على الاستجابة والاستعداد لردع تلك الهجمات والالتزام بمتطلبات القانون الدولي[2]. استضاف المركز التعاوني للدفاع السيبراني التابع لحلف شمال الأطلسي بمقره في مدينة تالين عاصمة استونيا صياغة هذا الدليل في الفترة الممتدة بين عامي 2009–2017 بجهود فريق خبراء قانونيين دوليين (ICE) برئاسة البروفيسور مايكل شميث ، وانتهى إلى أن القواعد الدولية السارية فاعلة إلى حد كبير ويمكن تطبيقها على الهجمات السيبرانية. كما تعرض إلى الإشكاليات القانونية المثارة في المجال السيبراني كسيادة الدول، وقواعد ممارسة الاختصاص وقانون مسؤولية الدول، إضافة إلى قانون حقوق الإنسان وقانون البحار والقانون الدبلوماسي والقنصلي. وقد انطوى على 154 قاعدة تم تحديثها لأكثر من مرة حسب اقتضاء الحاجة والتطور في المجال السيبراني[3]. لا يعد دليل تالين صكا دوليا رسميا او ملزما، ولا يمكن القول بأنه يمثل وجهة نظر حلف الناتو الرسمية او الدول التي شارك خبراء من جنسيتها في وضعه وإنما يمكن عده من قبيل رؤية الخبراء المستقلين الذين صاغوه بصفاتهم الشخصية الفقهية. ومع ذلك وعلى الرغم من أن القواعد الواردة فيه ذات طبيعة استرشادية غير رسمية ولا ملزمة إلا أنها تتمتع بمكانة هامة بين الدول الأعضاء في الحلف على اعتباره وثيقة رائدة في مجال العمليات السيبرانية وخطوة مهمة بشأن تطوير واعتماد إطار معياري موحد ومتفق عليه[4].

---

[2] ناجي محمد أسامة الشاذلي، الجوانب القانونية للحرب السيبرانية، مرجع سابق، ص1271.

[3] هاني محمد خليل العزازي، النظام القانوني الدولي، مرجع سابق، ص518.

[4] هاني محمد خليل العزازي، النظام القانوني الدولي، مرجع السابق، ص520.

ثانيا: إعلان إيريتشي بشأن مبادئ الاستقرار والسلام السيبراني.

أعد إعلان إيريتشي بشأن مبادئ الاستقرار والسلام السيبراني بواسطة فريق الرصد الدائم المعني بأمن المعلومات التابع للاتحاد العالمي للعلماء (WFS) حيث اعتمدته الجلسة العامة للاتحاد العالمي للعلماء في الدورة الثانية والأربعين للحلقات الدراسية الدولية بشأن الطوارئ العالمية في إيريتشي (صقلية) في 20 آب 2009. وتناول قضايا أمن المعلومات باعتبارها موضوعا من موضوعات الطوارئ الحرجة وبين أن الاستقرار السيبراني والسلام السيبراني أمران متداخلان تداخلا وثيقا، وركز على العناصر التشغيلية الأساسية للسلام السيبراني:[1]

1- ينبغي لجميع الحكومات الاعتراف بأن القانون الدولي يضمن للأفراد التدفق الحر للمعلومات والأفكار وتنطبق هذه الضمانات أيضا على الفضاء السيبراني، وينبغي عدم فرض القيود إلا عند الاقتضاء على أن تخضع لعملية مراجعة قانونية.

2- ينبغي على جميع الدول العمل معا لوضع مدونة مشتركة للسلوك السيبراني وإطار قانوني عالمي منسق بما في ذلك أحكام إجرائية تتعلق بالمساعدة في التحقيق والتعاون بما يكفل احترام الخصوصية وحقوق الإنسان.

3- ينبغي على جميع الحكومات ومزودي الخدمات والمستعملين دعم الجهود المبذولة في سبيل إنفاذ القانون الدول يضد مرتكبي الهجمات السيبرانية.

4- ينبغي للحكومات أن تشارك بفعالية في جهود الأمم المتحدة الرامية الى النهوض بالأمن السيبراني والسلام السيبراني في العالم وان تتفادى استعمال الفضاء السيبراني من أجل النزاعات.

وقد دعا الاتحاد العالمي للعلماء منذ عام 2003 إلى العمل على وضع قانون عالمي للفضاء السيبراني وأنه من الأفضل أن يكون تحت رعاية الأمم المتحدة خاصة في مجال الاستخدامات العدائية العسكرية والخبيثة للفضاء السيبراني[2].

---

[1] إعلان إيريتشي، مبادئ الاستقرار السيبراني والسلام السيبراني، فريق الرصد الدائم لأمن المعلومات، الاتحاد العالمي للعلماء(WFS) جنيف، الجلسة العامة للاتحاد، الدورة الثانية والأربعين، الحلقات الدراسية الدولية للطوارئ العالمية، إريتشي، صقلية، 20 آب، 2009.

[2] تقرير وتوصيات فريق الرصد الدائم المعني بجمع المعلومات التابع لاتحاد العلماء العالمي، 19 نوفمبر 2003، تقرير قدم إلى القمة العالمية لمجتمع المعلومات، سويسرا، جنيف، 2003.

الاستنتاجات والتوصيات:

1-الاستنتاجات:

1- أصبح الفضاء السيبراني جزءا لا يتجزأ من المنظومة الشاملة للمجتمع الدولي وشكل عاملا مهما من عوامل القوة والتأثير في العلاقات الدولية، الأمر الذي خلق حاجة ماسة وضرورة ملحة لتأمينه من الهجمات السيبرانية منعا من عسكرته وتحوله لساحة للصراع الدولي وخوفا من تعرض المصالح الاستراتيجية السيبرانية للأخطار والتهديدات.

2- تمثل الهجمات السيبرانية خطرا حقيقيا على السلم والأمن الدوليين خاصة إذا ما صنفت بأنها واسعة النطاق شديدة الأثر وطويلة الأمد، وذلك لخرقها سيادة الدول الوطنية وإقليمها البري والبحري والجوي وانتهاكها لميثاق الأمم المتحدة وقواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان وغيرها من الانتهاكات الجسيمة التي تشرع تدخل مجلس المن الدولي لمواجهتها لصون السلم والأمن الدوليين.

3- أظهرت التجربة الدولية أن الاتفاق على المعايير والقواعد لا يكفي في حد ذاته لإرساء الأمن السيبراني والحفاظ عليه بل يجب تطوير استراتيجية ديبلوماسية جماعية لمراقبة تنفيذ هذه المعايير وفرض العقوبات عند تجاوزها.

4- يؤخذ على معظم الآليات الدولية والإقليمية المتبعة في مواجهة الهجمات السيبرانية أنها افتقرت إلى القدرة على المساءلة الدولية عن تلك الهجمات وإسنادها إلى الدولة المعتدية وإثارة المسؤولية الدولية القانونية والجنائية والمدنية ضدهم ومعاقبتهم.

5- يشير الواقع الدولي الى أن إمكانية التوصل الى توافق سياسي داخل الأمم المتحدة لمواجهة الأنشطة السيبرانية أمرا محدودا للغاية، وذلك لأن المجتمع الدولي يتحرك فقط عند استخدام القوة وهو أمر غير متوفر في سياق الهجمات السيبرانية حتى الآن.

6- عدم جواز التذرع بمسألة القصور التشريعي بهدف تسهيل واستهداف البنية التحتية الإلكترونية للدول، فبالرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة لم ينص صراحة على تحريم الهجمات السيبرانية أو لم يعدها من قبيل استخدام القوة المحظورة إلا أن روح الميثاق ومقاصده يتفقان على تحريم استخدامها بوصفها تمثل انتهاكا لما ورد فيه.

7- القانون الدولي ليس لديه سوى القليل من الآليات والتدابير التي تسمح للدولة بالرد بفعالية على الهجمات السيبرانية مجرد وقوعها مقارنة بالتدابير والاجراءات التي يمكن أن تتخذها في حالة تعرضها لهجوم تقليدي حيث يسمح للدولة حينها باستخدام القوة للدفاع الشرعي عن النفس ضد الدولة المعتدية.

8- إن إطار القانون الدولي الحالي يوفر القليل من الحماية الفعالة للدول ضد هذا النوع من الهجمات المستحدثة، بل وأثبت فشله وعجزه عن تعزيز سبل الحماية المتاحة ففي سياق التدابير الاحترازية المضادة، إن القانون الدولي يسمح باتخاذ فئة واسعة من التدابير المؤقتة التي تهدف إلى حث الدولة على وقف تصرفاتها غير المشروعة بموجب أحكامه في ظروف معينة، ولكن في سياق الهجمات السيبرانية يبقى تفعيل هذه الاجراءات والوسائل محدود الاستخدام والفعالية والنتائج.

2- التوصيات:

1- ضرورة العمل على إيجاد إطار قانوني دولي موحد لحماية الأمن السيبراني وإعداد قائمة من الاجراءات والتدابير المتسقة مع القانون الدولي والمعايير المتفق عليها من أجل حماية الهياكل الأساسية للمعلومات ومنع استهداف البنية التحتية الحيوية والحرجة للدول.

2- ضرورة بناء آليات مساءلة دولية فعالة عن لهجمات السيبرانية واعتبار أي دولة مسؤولة عن الهجمات التي تصدر من أراضيها.

3- ضرورة أن تنتقل جهود كافة المنظمات الدولية والإقليمية في مجال مواجهة الهجمات السيبرانية من مرحلة الشجب والتحذير غير المنتظم بنسق وإطار محدد وبطيء الى مرحلة التأطير القانوني الفعال ووضع الاستراتيجيات الدولية والإقليمية لمواجهة هذا التهديد.

4- التواصل والتنسيق مع خبراء معلوماتيين وتقنيين وتكنولوجيين لإيجاد برمجة معينة تقوم بفصل البنية التحتية والشبكات السيبرانية العسكرية عن المدنية بهدف حماية السكان المدنيين من مخاطر الهجمات السيبرانية.

5- ضرورة التعجيل بالتفاوض على صك دولي بشأن مواجهة الهجمات السيبرانية في إطار الأمم المتحدة يستند إلى القواعد الدولية السارية لاسيما القانون الدولي الإنساني وقواعد دليل تالين والتب تعتبر أكثر ملائمة لهذا المجال.

6- إيجاد منظومة قانونية متخصصة تحت مظلة الأمم المتحدة تهدف إلى توحيد جهود الدول في مواجهة الهجمات السيبرانية ويتفرع منها لجنة أو هيئة محايدة تتولى التحقيق في تلك الهجمات ويكون لها سلطة الأمر بإسنادها الى الدول المعتدية ومن ثم تقرير ترتب مسؤوليتها الدولية القانونية والجنائية والمدنية ومعاقبتها.

References:

Books:

1. Carr, J. Inside cyber warfare: Mapping the cyber under world. OREILLY Media, (2ed), USA, 2012, 314.

2. Khaleefah, E. Post-Information Society: The Impact of The fourth industrial revolution on national security. Future Center for Advanced Research and Studies, Egypt, Cairo: Dar Al- Arabi for publishing and distribution, 2019, 181.

3- AlNnakeeb, A. Electronic War in the light of the seventy-seven protocols attached to the Geneva Conventions for the year forty-nine (Cyber attacks). Egypt, Cairo, the Arab Center for Publishing and Distribution, 2022, 392.

Scientific Theses:

1. ALSharkawy, H, M. Electronic attacks in light of the provisions of international humanitarian law. Doctoral thesis, Egypt, Beni suef University, faculty of law, dpartment of international law, 2021, 419.

2. Ojel, Z. The extent of the legitimacy of war in cyber space according to the rules of international humanitarian law and international conventions. Masters thesis . Syria ,Tishreen University , faculty of law , department of international law, 2022. 142.

3.Riyadh, B, Noor Aldeen, K. Electronic deterrence as a mechanism to confront cyber attacks. Amemorandun submitted to complete the requirements for obtaining a professional masters degree in law, specializing in media an internet law, Algeria, Mohammad Bashir Ebrahimi University, Faculty of law and political science, 2023, 70.

Articals:

1. Schmitt, M. The sixth United Nation GGE and international law in cyber space. Just Security Center on law and security at New York University School of law, 10/6/2021.

2. Lewis, A,J. Creating Accountability for global cyber norms. Center for strategy and international studies (CSIS), 23/2/2022.

Journals:

1.Lockal, M. A reading of the African Union Agreement on cyber security and the protection of personal data for the year 2014. Journal of legal and economic studies, Vol:4, No:3, 2021, 657-673 .

2.AlZobairy, F, International law and electronic attacks without the use of force. International Journal of law, Qatar University press, college of law, Qatar University, Vol:11, No:1, 2022, 227-249.

3. Abd-AlHamaah, M,S. The extent of the United Nation contribution to shaping international rules related to cyber space, A study in light of the report of the international expert group for the year 2021. Journal of the Kufah studies center, Vol:17, No:67, 2022, 325-350.

4.AlBahiy, R. How has NATO responded to cyber defense? Strategic brochures ,Al-Ahram center for political and strategic studies, Vol:31, No:334, 2022,20-35.

5.Al-Azzazy, E,KH,M,H. The international legal system to combat cyber risks. Contemporary Egypt Journal, No:549, 2023, 534-465.

6.AlShazely, O,M,N, The legal aspects of cyber warfare: A study within the framework of international humanitarian law. Spirit of laws Journal, No:103, part two, 2023, 1229-1286.

International Resolutions:

***1.General Assembly**:*

A/RES/63/55/2000.

A/RES/56/121/2001.

A/RES/57/239/2002.

A/RES/66/177/2005.

A/RES/64/21/2010.

A/RES/65/41/2010.

A/RES/66/24/2011.

A/RES/67/27/2012.

2.Security Counsel:

S/RES/2341/2017.

S/RES/2370/2017.

3.ECOSOC:

E/RES/2006/46.

E/RES/2007/8.

E/RES/2008/3.

E/RES/2009/7.

4.United Nation, International Telecommunication Union Resolutions of the world telecommunication development conference 2017.

<u>International Documents, Reports and Conferences:</u>

1.Report and Recommendations of the permanent monitoring group on information collection of the world Union of Scientists to the world summit on the information society, Switzerland, Geneva, November 2003.

2.United Nation ,ECOSOC, 2010 substantive session, New York, 28 June-23July 2010.

3.United Nation ,ECOSOC, Report of the open-ended intergovernment group of experts on the comprehensive study of the problems of cyber attacks, Austeria, Vienna, 11-15 April 2011, Doc: E/CN.15/2011/19.

4.African Union specialized technical committee on communication and ICT, Report of the expert meeting, Addis Ababa, Ethiopia, 20-22 November, 2017,Doc: AU/CCICT-2/EXP/RP.

5.The Arab Vision for Cyber Security, League of Arab states, Arab Organization for communication and information technology, Tunisia, Tunisia, 2021

6.Report of the Intergovernmental Group of Experts on Development in information and telecommunication in the context of international security, 14/7/2021, Doc: A/68/98,15.

International Conventions:

1.Charter of the United Nation 1945.

2.The International Telecommunication Union, Strategy for cyber security 2008.

3.Erice Declaration for cyber peace and stability 2009.

4.The Arab convention to combat information technology crimes 2010.

5. North Atlantic Treaty Organization (NATO), Active Engagment, Modern Defence, Strategy concept for the defence and security of the members of NATO, 2010 .

6.North Atlantic Treaty Organization (NATO), Strategy for cyber defence,2016.

دور السياسة المالية في دعم المشاريع الصغيرة

الدكتور: محمد صالح الدالي

قسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة حمص

الملخص

تناول هذا البحث دور السياسة المالية في دعم المشاريع المتوسطة والصغيرة والتحديات التي تواجه هذه المشاريع وسبل مواجهتها من خلال تبيان دور السياسة الإنفاقية والضريبة في دعم هذه المشاريع والاستفادة من التجارب الدولية الناجحة في هذا المجال , كون هذه المشاريع تلعب دوراً هاماً في تحقيق التنمية الاقتصادية وتنمية الناتج المحلي وخلق فرص عمل ، (ويعد فرصة هامة أمام رواد الأعمال لتحويل أفكارهم إلى مشاريع مختلفة على أرض الواقع واكتساب المهارات المطلوبة والحصول على التمويل اللازم وبالتالي تصبح قادرة على المنافسة محلياً ودولياً)

The role of fiscal policy in supporting small projects

Abstract
This Research Addressed The Role Of Fiscal Policy In Supporting Medium And Small Enterprises And The Challenges Facing These Projects And Ways To Address Them By Clarifying The Role Of Spending And Tax Policy In Supporting These Projects And Benefiting From Successful International Experiences In This Field, As These Projects Play An Important Role In Achieving Economic Development, Developing The Local Product And Creating Job Opportunities, (And It Is An Important Opportunity For Entrepreneurs To Transform Their Ideas Into Different Projects On The Ground And Acquire The Required Skills And Obtain The Necessary Financing And Thus Become Able To Compete Locally And Internationally)

أولاً– المقدمة:

إنّ غالبية الدول النامية كانت وما زالت تعاني من مشاكل اقتصادية واجتماعية، ومالية عديدة بدءاً من ارتفاع مستوى البطالة، وانخفاض معدل النمو الاقتصادي، وليس انتهاءً في ارتفاع مستوى الفقر، وعلى الرغم من ذلك فإن الكثير من الدول سعت وما زالت تسعى إلى اتخاذ الكثير من الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية والمالية وأقلها دعم المشاريع الصغيرة، والتي تشكل حجر الأساس في حل العديد من المشاكل الاجتماعية والاقتصادية والمالية والتي من الممكن أن تساهم في حل مشاكل البطالة والحد من الفقر، وقد دأبت الحكومة السورية منذ عام (2001) في مساهمة منها لحل مشاكل الفقر والبطالة، إلى إحداث منظومة قانونية لدعم المشاريع الصغيرة، تمثلت في إحداث هيئة مكافحة البطالة باعتبار أن دعم تلك الفعاليات الاقتصادية الصغيرة يسهم في حل المشكلات المذكورة، وذلك بالاستناد إلى العديد من التجارب الدولية الناجحة حيث حققت الدول قفزات كبيرة في إعادة الاعمار والنهوض من جديد في الاقتصاد والمجتمع وعلى الصعد كافة وذلك من خلال تسخير أدوات السياسة المالية لدعم تلك المشاريع.

ثانياً– أهمية البحث:

إن المشاريع الصغيرة لها دور أساسي في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وأهمية بحثنا تكمن في إلقاء الضوء على هذا الدور باستخدام أدوات السياسة المالية الإنفاقية والضريبية، وذلك من خلال الاستفادة من التجارب الدولية في هذا المجال.

ثالثاً- أهداف البحث:

تكمن أهداف البحث في ضرورة التأكد على أنّ دعم المشاريع الصغيرة لا يمكن أن يؤتي ثمارهُ ما لم يكن للسياسة المالية وللضريبة دور بارز فيها من خلال الإعفاءات والتسهيلات الضريبية التي ستسهم في إيجاد مطارح ضريبية، وستكون وافداً لموارد للخزينة العامة.

رابعاً- إشكالية البحث:

إنّ المشرع السوري أعطى المشاريع الاستثمارية الكبيرة تسهيلات ضريبية لزيادة التنمية الاقتصادية، إلاّ أن هذه المشاريع لم تسهم في حلّ المشكلات، لذلك كان لابدّ من دعم منظومة المشاريع الصغيرة عبر مجموعة من الإجراءات، وهنا لابدّ من طرح بعض التساؤلات.

1- ما هو دور السياسة المالية في دعم المشاريع الصغيرة.

2_ما هي الإجراءات المتبعة لدعم تلك المشاريع.

3_هل استطاعت هذه المشاريع تحقيق التنمية الاقتصادية ورفع معدلات النمو.

خامساً- المنهج المتبع في هذا البحث:

هو المنهج التحليلي بشكل عام ورئيسي، مع إمكانية الاستفادة من تجارب بعض الدول، في دعم المشاريع عبر استخدام المنهج المقارن.

سادساً- خطة البحث:

- **المبحث الأول:** ماهية المشاريع الصغيرة.

المطلب الأول: مفهوم المشاريع الصغيرة وخصائصها.

* الفرع الأول: تعريف المشاريع الصغيرة وتميزها عن غيرها.

* الفرع الثاني: خصائص المشاريع الصغيرة.

المطلب الثاني: الشكل القانوني للمشروعات الصغيرة والتحديات التي تواجهها.

* الفرع الأول: الشكل القانوني للمشروعات الصغيرة.

* الفرع الثاني: التحديات والصعوبات التي تواجه المشاريع الصغيرة.

❖ **المبحث الثاني:** دور السياسة المالية الإنفاقية والضريبية في دعم المشاريع الصغيرة.

المطلب الأول : دور السياسة الإنفاقية في دعم المشاريع الصغيرة.

* الفرع الأول: الدور المباشر للنفقات العامة الاستثمارية في دعم المشاريع الصغيرة.

* الفرع الثاني : دور النفقات العامة التحويلية في دعم المشاريع الصغيرة.

المطلب الثاني: دور السياسة الضريبية في دعم المشاريع الصغيرة.

* الفرع الأول: دور الضرائب المباشرة في دعم المشاريع الصغيرة.

* الفرع الثاني: دور الضرائب غير المباشرة في دعم المشاريع الصغيرة.

❖ **الخاتمة والنتائج.**

المبحث الأول

ماهية المشاريع الصغيرة

قد يبدو من الصعوبة بمكان إيجاد تعريف مانع جامع للمشروع الصغير، نظراً لتباين الاعتبارات والأسس المعتمدة في تحديد مفهوم تلك المشاريع بين الدول، فتحديد مفهوم لتلك المشاريع غالباً ما يترتب عليه أثار عديدة على المستوى القانوني والمالي والاقتصادي، فعندما تمنح الدولة امتيازاً أو تفرض التزاماً على المشاريع الصغيرة، كذلك الحال بالنسبة لباقي أنواع المشاريع وغالباً ما تسعى الكثير من الدول إلى تبني

تعريف موحد إلى كل منها استناداً لجملة من الخصائص وذلك لتحديد ما هي الأنشطة التي ينطبق عليها وصف المشروع الصغير، حيث يسهم ذلك في تحديد الجهات المستحقة للدعم الذي تمتع به تلك المشاريع.

وبالتالي فإنّ ماهية تلك المشاريع يتطلب البحث في مفهوم المشاريع الصغيرة (المطلب الأول) والشكل القانوني لهذه المشاريع والصعوبات التي تواجهها (المطلب الثاني) وفق المخطط التالي:

المطلب الأول: مفهوم المشاريع الصغيرة.

المطلب الثاني: الشكل القانوني للمشروعات الصغيرة والتحديات التي تواجهها.

المطلب الأول

مفهوم المشاريع الصغيرة

قد لا يثير تعريف مصطلح لمشروع الاقتصادي بشكل عام مهما كان حجمه أية إشكالية، على اعتبار أنّ ذلك المصطلح يشير إلى كل شركة أو منشأة فردية تمارس نشاطاً اقتصادياً إنتاجاً أو تجارياً أو خدمياً، لكن المشكلة تكمن في المعايير التي بموجبها تصنف تلك المشاريع حسب أحجامها، فهذه المعايير كثيراً ما تختلف فيما بين الدول والمنظمات الاقتصادية والاجتماعية، فما لا يمكن اعتبارهُ مشروعاً صغيراً في دولة قد لا يشكل في دولة أخرى مشروعاً كبيراً والعكس صحيح، حتى أنّ مضمون تلك المعايير يختلف من دولة لأخرى، وبالتالي لا يوجد تصنيف موحد جامع للمشاريع الصغيرة[1]. وبالتالي فإن تحديد مفهوم المشاريع الصغيرة يتطلب البحث في تعريف المشاريع الصغيرة ويميزها عن غيرها. (الفرع الأول) وخصائص تلك المشاريع (الفرع الثاني).

- **الفرع الأول: تعريف المشاريع الصغيرة وتميزها عن غيرها:**

إنّ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي للتنمية والتجارة (الأونكتاد) عرّف المشروع الصغير بأنّه المشروع الذي يعمل به من (20) إلى (100) عامل. وعرّف قانون الشركات البريطاني المشروع الصغير بأنّه ذلك المشروع الذي يحقق الشرطين أو أكثر من الشروط حجم رأس مال لا يزيد عن (65.5) مليون دولار أمريكي وعدد عمال لا يتجاوز (250) عامل، أما في بلجيكا واليونان فإن المشروع يعتبر صغيراً إذا كان عدد العاملين فيه لا يتجاوز (50) عاملاً[2]. وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية إذا كان عدد العمال لا

[1] د. نبيل جواد، إدارة وتنمية المشاريع المتوسطة والصغيرة، طبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2007،ص26.

[2] د. ليث عبد الله القهيوي. – أ. بلال محمود لوادي، المشاريع الريادية الصغيرة والمتوسطة ودورها في التنمية، طبعة أولى، دار الجامد للنشر، عمان، 2012، ص14، موجود في رسالة الماجستير للطالب أنس محمد لشيخه، دور السياسة المالية في دعم المشاريع المتوسطة والصغيرة، إشراف الدكتور : باسم عزو، كلية الحقوق، جامعة دمشق، طبعة 2016.

يتجاوز (100) عامل. وفي مصر يعتبر المشروع صغيراً إذا كان عدد العمال لا يتعدى (35) عاملاً ولا يزيد رأس مالهُ عن 100 ألف جنيه.

أما في سورية [3] وقبل صدور القانون رقم 2 لعام 2016 فإن المشروع يعتبر صغيراً إذا كان عدد العمال فيه لا يتعدى الستة ولا يتعدى رأسمالهُ خمسة ملايين ليرة سورية ولا يقل عن مليون ونصف ليرة سورية.

_ ويرى الباحث أن المشروع السوري كان أقرب في تحديده لمفهوم المشاريع الصغيرة، إلى مفهوم الدول النامية الذي لا يقاس المشروع الصغير لديها بعدد كبير من العمال بل بعدد صغير قياساً بالدول المتقدمة في الوقت الذي كان يجب أن تكون المشاريع الصغيرة في الدول النامية ذات كثافة عمالية مرتفعة لكي تستطيع معالجة مشاكل البطالة المتفاقمة لديها.

_ وبموجب القانون رقم 2 لعام 2016 المتضمن إحداث هيئة تنمية للمشروعات المتوسطة والصغيرة في سورية فقد انتهج المشروع نهجاً مغايراً لدى تعريف المشاريع الصغيرة، عندما ترك أمر إيجاد تعريف لتلك الأنشطة للسلطة التنفيذية، وذلك من خلال قرار يصدر من قبل مجلس الوزراء[4]. وكان الأفضل بالمشرع السوري التصدي بهذه الناحية لكي لا يترك المجال واسعاً أمام السلطة التنفيذية لتحديد مفهوم تلك الفعاليات، فذلك يمكن أن يجعل من بعض المشاريع الكبيرة مشاريع صغيرة في حال عدم مراعاة الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية الناظمة لتحديد التعريف.

_ ولتمييز المشاريع الصغيرة عن غيرها من المشاريع اعتمد الباحثين على منهجين رئيسين وهما المنهج الكمي – المنهج الوصفي.

المنهج الكمي: الذي يستند في تحديد ماهية المشاريع الصغيرة على عدد من الصفات التي تحدد هوية وصفة المشروع فمعيار عدد العمال أكثر المعايير شيوعاً في تمييز المشاريع الصغيرة عن غيرها، فالمشروع يمكن اعتباره صغيراً في دولة ما إذا كان عدد العمال فيه لا يتجاوز مقدار معين وفي حال التجاوز يمكن اعتباره مشروعاً متوسطاً. ومعيار رأس المال المستثمر بالمشروع والذي تمّ بموجبه تأسيسه بغض النظر عن عدد العاملين إلا أنّ معيار حجم رأس المال لا يعبر بالضرورة عن واقع المشروع فقد يتعاظم ومع ذلك يبقى المشروع صغيراً، وهنالك أيضاً المعيار المزدوج وهو الأكثر شيوعاً. إذ يعبّر بوضوح عن حجم المشروع الحقيقي، وقد تبنى المشرع السوري هذا المعيار في مرحلة من المراحل.[5]

[3] المادة 1 من المرسوم التشريعي رقم 39 لعام 2006 في سوريا المتعلق بإحداث هيئة تنمية وتشغيل المشاريع.
[4] المادة الأولى من قانون إحداث هيئة تنمية المشاريع المتوسطة والصغيرة في سورية رقم 2 لعام 2016.
[5] د. ليث القهيوي – أ. بلال الوادي، المشاريع المتوسطة والصغيرة ودورها في التنمية، مرجع سبق ذكره، ص16.

المنهج الوصفي: وهذا المنهج يعتمد في تحديد ماهية المشروع الصغير عن غيره بعدد من الصفات والمعايير غير الكمية والتي تشير ضمنياً إلى أنّ المشروع ذو حجم صغير ولعلّ أبرزها معيار التنظيم والذي يتحقق عندما يتصف المشروع الصغير بإحدى الخصائص المتعلقة باندماج الملكية مع الإدارة واعتماد عنصر المحلية في تصريف الإنتاج وعدم اتساع نطاق العمل وغلبة الطابع الشخصي أو العائلي على المشروع، وهذا المعيار قد يبدو قريباً من الواقع، لكن الكثير من تلك الصفات قد تتصف بها المشاريع الكبيرة في أحيان كثيرة، فهنالك شركات كبيرة يندمج فيها عنصر الملكية مع الإدارة وتعتمد في تصريف منتجاتها على بقعة جغرافية ليست واسعة، وهنالك معيار الشكل القانوني.[6] والذي يمكن بموجبه معرفة حجم المشروع إذا كان صغيراً أم متوسطاً أو كبيراً ، بالنظر إلى الشكل القانوني للمشروع، فالكثير من شركات الأشخاص والمشاريع الفردية يغلب عليها طابع المشروع الصغير، كما هو الحال بالنسبة للمنشآت الحرفية، وذلك لمحدودية الموارد البشرية والمادية المستثمرة، بعكس ما هو موجود في شركات الأموال الذي غالباً ما يتم فيها استثمار موارد بشرية ومادية كبيرة، مما يعطيها صفة المشروع الكبير في كثير من الأحيان، ولعلّ معيار الشكل القانوني للمشروع يبدو أقرب للصواب من المعايير السابقة لأن اعتماد عنصر العمال لوحده أو عنصر رأس المال قد لا يعطي أحدهما دلالة حقيقية على حجم المشروع أو نشاطه، وبالتالي فإنّ هذا المعيار لا ينطبق إلا على الشركات المساهمة التي دائماً تأخذ نمط المشاريع الكبيرة قياساً لحجم رأس المال المستثمر.

ـ ويرى الباحث أنه رغم تعدد المعايير التي تصنف المشاريع إلى صغيرة أو كبيرة، إلاّ أنّه يُلاحظ أنّ المعيار الأقرب إلى الصواب هو معيار رأس المال والعمال؛ إذ يمكن أن يعطي هذا المعيار صورة واضحة عن حجم المشروع من خلال حساب حجم رأس المال المستخدم بالنسبة لوحدة العمل.

وفي سوريا تمّ تبني هذا المعيار قبل صدور القانون رقم 2 لعام 2016 عندما عرف المشروع الصغير في المادة الأولى بأنّه :[7]

((كلّ مشروع يمارس نشاطاً اقتصادياً أو إنتاجياً أو خدمياً أو تجارياً ولا يتجاوز رأس ماله (5000000) خمسة ملايين ليرة سورية ولا يقل عن (1500000) مليون ونصف ليرة سورية ولا يقل عدد العمال فيه عن ستة))

- **<u>الفرع الثاني: خصائص المشاريع الصغيرة:</u>**

إنّ المشاريع الصغيرة كانت وما زالت تتمتع بالعديد من الخصائص والمميزات، التي شجعت عدداً من المفكرين والباحثين والاقتصاديين إلى تبني ودعم تلك المشاريع، استناداً لتلك الخصائص، فهنالك عدة

[6] د. نبيل جواد، إدارة وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مرجع سبق ذكره، ص34.
[7] المادة (1) من المرسوم التشريعي رقم 39 لعام 2006 في سوريا الناظم لإحداث هيئة تنمية وتشغيل المشاريع.

اعتبارات اقتصادية واجتماعية وثقافية جعلت من موضوع دعم تلك الأنشطة الاقتصادية المتواضعة أولوية من أولويات التنمية، تسعى الكثير من الدول اليوم ولاسيما النامية لمواكبتها.

أولاً– إن اندماج الملكية بالإدارة هو من أبرز السمات التي تميّز تلك المشاريع فيكون مالك المشروع هو يديرهُ في الوقت نفسه، في حين أن المشاريع الكبيرة غالباً ما ينفصل فيها عنصر الملكية عن الإدارة.

ثانياً– غالباً ما تعتمد تلك المشاريع على تقنيات إنتاجية بسيطة غير معقدة.[8]، مما يسهل بالتالي عملية الحصول على أدوات الإنتاج بأقل تكلفة ممكنة قياساً بالمشاريع الكبيرة، التي تفرض اعتماد المكننة الحديثة والمعلوماتية ولو بشكل محدود، كما أنّ هذه المشاريع تستطيع أن تدخل في ميدان السوق بكل سيولة وتستطيع أن تخرج منه بكل بساطة أيضاً. لانخفاض قيمة الأصول الثابتة المستثمرة من جهة أخرى.[9]

ثالثاً– نظراً لصغر حجم تلك الأنشطة، فإنها تعتمد في تأسيسها على رؤوس أموال محدودة غالباً ما يتم تأمينها إما من خلال المدخرات الفردية أو من خلال مؤسسات التمويل الصغيرة، التي تقوم بتقديم خدماتها المالية لتلك المشاريع، أما بالنسبة لفترة استرداد المال فإنها تتميز بالقصر في المشاريع الصغيرة، قياساً بالمشاريع الكبيرة، التي تحتاج لفترة أطول نسبياً لاسترداده.

رابعاً– إن المشاريع الصغيرة لا تتطلب وجود كوادر إدارية على درجة عالية من التدريب والتأهيل، على عكس المشاريع الكبيرة التي تسعى دوماً لتوظيف العمالة المؤهلة والمدربة مما يسهل بالضرورة عملية التوظيف ويقلل نفقات الإنتاج في تلك المشاريع، وهذا ينعكس بالتالي على تخفيض أسعار ومنتجات وخدمات تلك المشاريع.

خامساً– تعتمد المشاريع الصغيرة على الخدمات المحلية المتوافرة في البقعة الجغرافية التي تنشأ فيها، وهذا ما ينعكس بالضرورة على تلبية الطلب المحلي من السلع، ومن جهة أخرى تسهم في تنمية المنطقة التي تنشأ فيها اقتصادياً واجتماعياً،[10] عبر تعزيز مفهوم القيمة الإضافية.

سادساً– إنّ المشاريع الصغيرة غالباً ما يندمج فيها الاختصاص المحاسبي مع الاختصاص الإداري.[11] وقليل ما يحصل ذلك في نطاق المشاريع المتوسطة، مما يقلل بالتالي من نفقات العمل الإداري، وانعكاس ذلك بالنهاية على مخرجات تلك المشاريع، مما يسهل في تحقيق معدلات ربحية مرتفعة.

---

[8] د. نبيل جواد، إدارة وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مرجع سبق ذكره، ص78.

[9] د. خضر الأورفلي الآفاق المستقبلية للصناعات الصغيرة في الدول النامية، دورها في التنمية الاقتصادية، مجلة جامعة حلب، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد السادس والأربعون ،2006، ص131.

[10] د. ليث القهيوي – أ. بلال الوادي، المشاريع المتوسطة والصغيرة ودورها في التنمية، مرجع سبق ذكره، ص32.

[11] د. نبيل جواد، إدارة وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مرجع سبق ذكره، ص91.

سابعاً– تمتاز المشاريع الصغيرة بسهولة تأقلمها مع المتغيرات الاقتصادية المختلفة، ففي فترات الركود مثلاً يمكن استغلال الموارد البشرية المعطلة من خلال توظيفها في تلك المشاريع، التي تعتمد على عنصر الكثافة في العمل.

وكما تمتاز بالمرونة الكافية التي تؤهلها لمواكبة متطلبات تطور طرق الإنتاج وتلبية متطلبات المستهلكين بشكل سريع، على عكس المشاريع الكبيرة التي تحتاج لكثير من الوقت لكي تواكب تلك المتغيرات نظراً لانفصال الكادر الإنتاجي عن الكادر الإداري والمالي.

ثامناً– إنّ معالجة مسألة الحد من الفقر وتمكين المرأة من العمل، غالباً ما يتم إيجاد الحلول الجذرية لها، من خلال دعم منظومة المشاريع الصغيرة وتشجيع انتشارها، ولاسيما في المناطق الريفية.[12]

تاسعاً– من أهم عوام الاستقرار السياسي والاجتماعي مساعدة الفئات المهمشة في المجتمع اقتصادياً ومهنياً، لأسباب متعددة، تسهم في دفع عجلة الحياة الاقتصادية وتؤمن مصدر دخل لها في الوقت نفسه، وهذا يمكن أن يتحقق من خلال تشجيع تلك الفئات ومساعدتها في كافة النواحي على إنشاء مشاريع مهنية صناعية صغيرة.[13]

عاشراً– إن التوسع في دعم المشاريع الصغيرة، ولاسيما على المستوى البعيد يسهم في دعم ميزان المدفوعات عبر التوسع في إنتاج الكثير من السلع المستوردة، وبالتالي التقليل من حجم الاستيراد في الوقت نفسه.

المطلب الثاني

الشكل القانوني للمشاريع الصغيرة والتحديات التي تواجهها

إن إنشاء أي مشروع أو نشاط اقتصادي سواءً كان كبيراً أم صغيراً، لابدّ أن يتخذ له كياناً معيناً عند إحداثه، ويمكن من خلاله معرفة الهوية القانونية التي تمنحه إياها الدولة، إذ بموجب تلك الهوية يمكن معرفة حقوق وواجبات المشروع، على الرغم من أن تلك الفعاليات كانت وما زالت تواجه العديد من المشاكل والصعوبات التي تستدعي الكثير من التأني والدراسة، لإيجاد الحلول لها قبل اتخاذ القرار بدعمها.

[12] Chales Harive and Boon – chylee ,sustaining groth and perfor mance in east asia , ther ole or small and medium enterprises, Eward Elgar Publishing limited , UK, 2005, P:301

[13] د. نبيل جواد، إدارة وتنمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مرجع سبق ذكره، ص80.

وسنتحدث في المطلب عن الشكل القانوني للمشروعات الصغيرة (الفرع الأول) والتحديات والصعوبات التي تواجه هذه المشاريع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشكل القانوني للمشاريع الصغيرة:

تصنف الأشكال القانونية للمشاريع الصغيرة وفق الآتي:

أولاً- المنشآت الفردية:

ويعدّ هذا النمط من الأشكال القانونية للمشاريع الصغيرة هو الأكثر شيوعاً، نظراً لبساطة وسرعة إنشائه إذ غالباً ما يتجسد عنصر اتحاد لملكية مع الإدارة.

إذ يكون مالك المشروع هو شخص واحد يحمل عدة صفات وهو المالك والمدير والمستثمر والمحاسب والمراقب والمستفيد، وأنّ رواد الأعمال يجدون في اعتماد المنشآت الفردية في تأسيس مشاريعهم عنصر الأمان التام في تلك المنشآت؛ نظراً للاستقلالية الكاملة لمالك المشروع في أعمال الإدارة والتنظيم والمحاسبة، واعتماد خطط لها انتاج، والأرباح الصافية المتحققة تنحصر بصاحب المشروع، والاستفادة من الإعفاءات الضريبية، وسيولة إنهاء المشروع المتمثل بالمنشأة الفردية، كون الإطار الزمني للمشروع مرتبط بإدارة المالك، وعلى الرغم من ذلك هنالك بعض السلبيات بالنسبة لرواد الأعمال عند اعتماد الشكل القانوني حين تأسيس المشاريع الصغيرة والمتعلقة بارتفاع معدلات المخاطرة المالية، إذ أن مالك المنشأة يتحمل كافة ديون وأعباء المنشأة بصفته الشخصية ومن ماله الخاص، وضعف المقدرة الائتمانية لمالك المشروع الذي يحرم من الاستفادة من خدمات القروض المصرفية والخدمات الأخرى، ونقص الخبرة الإدارية وانعدامها في كثير من الأحيان لدى مالكي تلك المنشآت، وهذا ما يؤدي في المستقبل إلى تضاءل فرص النمو والتوسع.

ثانياً- منشآت الشركات:

إن العديد من المشاريع الصغيرة يمكن أن تأخذ نمط الشركات كشكل قانوني لها. رغم انخفاض حجم الأصول المستثمرة فيها، وانخفاض عدد العاملين لديها[14]، إلا أنّ القائمين على العديد من تلك المشاريع عادةً ما يتبنون نمط الشركات لأسباب تتعلق بمدى توافر تسهيلات، أو مزايا قانونية في بعض أنواع الشركات، وعندما يتم الحديث عن أنواع الشركات في نطاق المشاريع الصغيرة لابدّ من الحديث عن أنواع الشركات التجارية بشكل عام، فالشركة كمفهوم قانوني عبارة عن عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر، بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل للاستثمار في ذلك المشروع، واقتسام

[14] د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، طبعة خامسة، دار النهضة العربية القاهرة، 2011، ص30.

ما ينشأ عنو من ربح أو خسارة، وبالتالي يمكن القول أن المشاريع الصغيرة قد تأخذ أشكال متعددة مرتبطة بمفهوم الشركة. فعندما تؤسس استناداً للاعتبارات الشخصية بين الشركاء بحيث يرتبط وجود الشركة بشخصية الشركاء نكون أمام شركات أشخاص وهذا النمط يمكن تبنيه كشكل قانوني للمشاريع الصغيرة. وأما عندما تتحقق مصلحة الشركاء المساهمين في تحديد مقدار المسؤولية المالية لهم تجاه الدائنين، وتساعد على القيام بمشاريع اقتصادية برأس مال ضخم سريع التكون من خلال الاعتماد على طاقة المساهمين المالية، كما هو الحال في الشركات المساهمة، التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام، إلا أنّه لا يتصور عملياً إمكانية قيام مشروع صغير يتبنى نمط الشركة للمساهمة كشكل قانوني له، نظراً لصعوبة وتعقيد إجراءات تسجيله، وتطلبه رأس مال ضخم لتأسيسه وهذا يتناقض أصلاً مع ماهية المشاريع الصغيرة.

– وبالتالي أنّ مسألة اختيار الشكل القانوني للمشروع كثيراً ما تحكمهً عوامل خارجية، فارتفاع معدلات الضريبة وسهولة أو تعقيد إجراءات الترخيص والإشهار كلها عوامل تسهم في تحديد الشكل القانوني للمشروع، وأنّ العديد من رواد الأعمال يميلون إلى اعتماد نمط المنشأة الفردية كإطار قانوني لنشاطهم الاقتصادي، التي لا يتطلب تأسيسها سوى الحصول على بعض التراخيص.

– ويرى الباحث أنّ المشرع السوري سواءً في قانون إحداث هيئة تنمية وتشغيل المشاريع وحتى في ظل قانون إحداث هيئة تنمية المشاريع المتوسطة والصغيرة وكذلك الحال في قانون الشركات السوري لم يقيد المشاريع الصغيرة، بتبني شكل أو نمط قانوني لدى إحداثها وهذا إنْ دلّ على شيء فإنما يدل على منح المشرع السوري أصحاب تلك المشاريع حرية اختيار الشكل القانوني للمشروع المراد إحداثهً وبما يتلاءم وامكانيات كل صاحب مشروع.

الفرع الثاني: الصعوبات والتحديات التي تواجه المشاريع الصغيرة:

إنّ المشاريع الصغيرة كانت وما زالت تواجه العديد من المشاكل والمعوقات والتي تستدعي الكثير من التأني والدراسة، لإيجاد الحلول لها، قبل اتخاذ القرار بدعمها، ومن أبرز تلك المعوقات:

أولاً– صعوبة الحصول على التمويل: [15]

فالكثير من رواد الأعمال الراغبين بتأسيس مشاريع خاصة غالباً ما تصادفهم هذه المشكلة وتجعلهم يحجمون عن تأسيس تلك المشاريع، فارتفاع معدلات المخاطرة لدى إقراض تلك المشاريع نظراً لعدم وجود سجل ائتماني لدى أصحاب تلك المشاريع، يمكن من خلاله معرفة مدى قدرة أصحاب تلك الأنشطة على

[15] د. سيد كاسب- د. جمال كمال الدين، المشاريع الصغيرة الفرص والتحديات، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث جامعة القاهرة، 2007، ص15.

الوفاء بالقروض والفوائد المترتبة عليهم فيما لو تمّ منحها التمويل المطلوب، إضافةً لعدم وجود ضمانات كافية لدى رواد الأعمال الراغبين بتأسيس تلك المشاريع تضمن في المستقبل وفاء القروض الممنوحة لأصحاب تلك المشاريع، وارتفاع تكاليف إقراض تلك الأنشطة مقارنةً بتكاليف إقراض المشاريع الكبيرة، فتقديم قرض متواضع لمشروع صغير يستلزم الكثير من النفقات الإدارية لقاء تقديمه، في حين أن تقديم قرض بمبلغ كبير لمشروع واحد ذا حجم كبير والنفقات الإدارية نفسها، سيحفز تلك المصارف على عدم تقديم الخدمات المالية لأصحاب المشاريع الصغيرة، وتعدد المشكلات الإدارية والفنية التي تواجه هذه المشاريع ولاسيما الحصول على الترخيص اللازم لبدء النشاط، وتعدد الجهات الوصائية التي تشرف على تلك الأنشطة، وغياب التنسيق في بينها، وكما أن الكثير من المشاريع لا يملك مؤسسوها الخبرات اللازمة لسير العمل، مما يوقع تلك المشاريع في مشاكل مع تلك الجهات الرسمية، ولاسيما مصلحة الضرائب.

ثانياً- عدم امتلاك تلك المشاريع لمقومات العمل الفني الحديث:

غالباً ما تعتمد تلك المشاريع على أنماط إنتاجية قوامها الأساسي الخبرات الفنية لأصحاب تلك المشاريع، بعيداً عن استخدام الآلات والتقنيات الحديثة، الأمر الذي ينعكس على كم وجودة الإنتاج، ويضع تلك المشاريع في منافسة غير متكافئة مع المشاريع الكبيرة، والتي تستطيع أن تواكب متطلبات الإنتاج الحديث بشكل يفوق قدرة المشاريع الصغيرة على تحقيق ذلك.

ثالثاً- عدم امتلاك تلك المشاريع للمهارات التسويقية:

لم يعد ينحصر اليوم مفهوم التسويق لدى أي منشأة اقتصادية بتلبية متطلبات السوق المحلية، بل بات لزاماً على العديد من المنشآت الاقتصادية الاعتماد على مهارات التسويق الخارجي من خلال تلبية متطلبات الأسواق الدولية عبر الاشتراك في المعارض الدولية، والتعرف على متطلبات المستهلكين في الأسواق الخارجية، وكلّ ذلك لا يتوافر لدى أصحاب المشاريع الصغيرة الذين يعتمدون بشكل رئيسي على الأسواق المحلية الضيقة لتصريف منتجاتها وعدم الاعتماد في كثير من الأحيان على أساليب الدعاية والإعلان في السوق الداخلية، الأمر الذي يضعها في وضع غير متكافئ مع المشاريع الكبيرة لناحية التسويق.

رابعاً- انحياز العديد من التشريعات لصالح المشاريع الكبيرة:

على صعيد التشريع الضريبي، غالباً ما تحرص الدول النامية على تشجيع الاستثمارات الكبيرة من خلال سن أو تعديل تشريعات ضريبية تضمن تخفيض معدلات الضريبة أو الإعفاء منها لفترة زمنية معينة، في الوقت الذي تحرم فيه المنشآت الصغيرة من هذه الامتياز، على الرغم من أنها بأمسّ الحاجة لمثل هذا الامتياز ولاسيما في نشاطها الأولي، نظراً لما تعانيه من انتكاسات مالية في تلك المرحلة، والأمر يزداد

تعقيداً بالالتزام بقوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، والتي تضع المشاريع الصغيرة مع المشاريع الكبيرة في كفة واحدة مع الجهات الحكومية المشرفة على تنفيذ قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، في الوقت الذي يجب أن تحظى الأنشطة الاقتصادية المتواضعة الحجم بامتياز تشريعي خاص من الالتزام على الأقل بقوانين التأمينات الاجتماعية، ومن دفع بدلات اشتراك التأمين.[16]

– لكن ما ذكر من مشاكل وتحديات تواجه نمو وانتشار المشاريع الصغيرة لا يثني الجهات القائمة على دعم تلك المشاريع من الاستمرار في واجبها، تجاه تقديم العون لها من كافة النواحي، فإنشاء مؤسسات التمويل الصغيرة، يسهم بشكل كبير في حلّ معضلة التمويل التي تعاني منها تلك الأنشطة، إضافة للتوسع في إنشاء مؤسسات التأهيل والتدريب، التي تقدم خدماتها لتلك المشاريع لناحية التأهيل والتدريب، فذلك يضمن إنشاء مشاريع اقتصادية متمتعة بجهاز إداري وفني متكامل يضمن لها الاستمرار في المستقبل.

المبحث الثاني

دور السياسة المالية (الإنفاقية والضريبية) في دعم المشاريع الصغيرة

إنّ السياسة المالية كما هو معلوم تتألف من جملة من الأدوات الفرعية التي تمارس الدور المنوط بها في خدمة الأهداف السياسية والاقتصادية للدولة، ومن أبرز تلك الأدوات هي السياسة الضريبية والسياسة الإنفاقية والتي تدور جميعها في فلك السياسة المالية وتسعى لتحقيق أهدافها، فالسياسة المالية هي: ((دراسة تحليلية للنشاط المالي للقطاع العام وما يتبع هذا النشاط من آثار بالنسبة لمختلف قطاعات الاقتصاد القومي وهي تتضمن فيما تتضمنه تكييفاً كمياً لحجم الإنفاق العام والإيرادات العامة، وكذلك تكييفاً نوعياً لأوجه هذا الإنفاق ومصادر هذه الإيرادات بغية تحقيق أهداف معينة في طليعتها النهوض بالاقتصاد القومي ودفع عجلة التنمية، واشاعة الاستقرار في ربوع الاقتصاد الوطني، وتحقيق العدالة الاجتماعية، واتاحة الفرص المتقاربة بجمهور المواطنين بالتقريب بين طبقات المجتمع، والحد من التفاوت بين الأفراد في توزيع الدخول والثروات)).[17]

وسنتحدث في هذا المبحث عن دور السياسة المالية الإنفاقية في دعم المشاريع الصغيرة (المطلب الأول) وأما المطلب الثاني فلا بدّ لنا من البحث عن دور السياسة المالية لضريبة في دعم تلك المشاريع وفق المخطط التالي:

المطلب الأول: دور السياسة الإنفاقية في دعم المشاريع الصغيرة.

[16] د. سيد كاسب- د. جمال كمال الدين، المشاريع الصغيرة الفرص والتحديات، مرجع سبق ذكره، ص16.
[17] د. يوسف شباط- د. محمد خير العكام، المالية العامة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، قسم الدراسات القانونية، سورية، 2009،ص621.

المطلب الثاني: دور السياسة المالية الضريبية في دعم المشاريع الصغيرة.

المطلب الأول

دور السياسة الإنفاقية في دعم المشاريع الصغيرة

إنّ الإنفاق العام بتصنيفاته المختلفة يلعب دوراً هاماً محورياً في تنشيط عجلة الاقتصاد الوطني لأي دولة من خلال الاعتمادات التي يتم رصدها سنوياً في الموازنة العامة للدولة لإقامة مشاريع البُنى التحتية والمصانع الضخمة ومحطات توليد الطاقة الكهربائية... الخ، فلا يقتصر دور الإنفاق العام على تلبية الاحتياجات الاجتماعية وتلبية المتطلبات التقليدية للدولة فحسب، بل يتعدى ذلك اليوم إلى التدخل في دورة الحياة الاقتصادية وتنشيطها سواء استدعت الحاجة لذلك أم لم تستدعي، ولا يقتصر هذا التدخل بطبيعة الحال على الفعاليات الاقتصادية المملوكة للدولة، بل يمتد ليشمل الفعاليات الاقتصادية الخاصة على اعتبار أنّ كلا الفعالتين هما العمود الفقري للجسم الاقتصادي لأي دولة، إلا أنّ السؤال الذي يطرح نفسه اليوم هل تحظى المشاريع الصغيرة باهتمام السياسة الانفاقية؟ ولاسيما في سورية باعتبار أنّ تلك الفعاليات تشكل في كثير من الدول السواد الأعظم في حجم المنشآت الاقتصادية الخاصة، وهذا ما سيتم تناوله في هذا المطلب دور النفقات العامة الاستثمارية في دعم المشاريع الصغيرة (الفرع الأول) وأما الفرع الثاني دور النفقات العامة التحويلية في دعم تلك المشاريع.

- **الفرع الأول: دور النفقات العامة الاستثمارية في دعم المشاريع الصغيرة:**

مما لاشك فيه إن النفقات العامة الاستثمارية تهدف إلى زيادة الموجودات الثابتة للاقتصاد القومي ورفع وتيرة التنمية الشاملة بالتالي رفع معدل النمو الاقتصادي، وعندما يتم الحديث عن ما سبق من أهداف للإنفاق العام الاستثماري، يجب أن يتبادر إلى الأذهان أن دعم منظومة المشاريع الصغيرة بات يشكل اليوم أولوية من أولويات عملية التنمية بأبعادها المختلفة، وبالتالي فإن دور السياسة الإنفاقية في دعم تلك المشاريع يتجسد من خلال الأدوار المنوطة بعدد من هيئات ووزارات الدولة، والتي تخصص لها اعتمادات من الإنفاق العام الاستثماري، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر كهيئة تنمية وتشغيل المشاريع التي تسهم بشكل مباشر في دعم تلك المشاريع، ووزارة التربية، ووزارة الكهرباء، ووزارة الإدارة المحلية ممثلة بمديرية المدن الصناعية، وهيئة تنمية وترويج الصادرات، وهذا ما سيتم بحثه وفق الآتي:

أولاً- الدور المباشر النفقات العامة الاستثمارية:

لقد كان صدور المرسوم التشريعي رقم (71) لعام 2001 نقطة تحول بارزة في مسار عملية دعم المشاريع الصغيرة في سورية، عبر إحداث هيئة عامة تعنى بعملية الدعم المباشر لتلك المشاريع، من خلال القيام بمهمتي التدريب والتمويل، وتدعى الهيئة العامة لمكافحة البطالة، تتبع لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، وبموجب المرسوم المذكور،[18]يوكل للهيئة دراسة وتمويل وتنفيذ مجموعة من الأنشطة الإنتاجية والخدمية التي من شأنها المساهمة في توليد الدخل، وتوفير فرص عمل وايجاد مجالات جديدة للعمل والإنتاج، وتنويع هيكل القطاع الاقتصادي والخدمي، واستيعاب قوة العمل المتوافرة في سوق العمل لأول مرة.

وتشمل نشاطات البرامج مجموعة من المشاريع الإنتاجية والخدمية، التي يتم تنفيذها على مستوى المحافظات والأرياف والمناطق النائية والمتضمنة بالمشاريع الإنتاجية والزراعية والصناعية الصغيرة والصناعات اليدوية، والآلية وخدمات السياحة، وخاصة حول المناطق الأثرية، وأية مشاريع أخرى تراها الهيئة مناسبة ضمن أهداف هذا البرنامج وبالتالي فإن معظم الأهداف التي أنشئت الهيئة لأجل القيام بها تنحصر في دعم المشاريع الصغيرة، مع العلم أنّ تمويل تلك الهيئة لم يكن من الموازنة العامة للدولة إذ كانت موارد تلك الهيئة تتألف من:[19]

1. إعانات حكومية ترصد سنوياً في موازنة الدولة لقاء مشاريع محددة.
2. معونات ومنح خارجية وعربية وأجنبية ومن المؤسسات والمنظمات الدولية.
3. قروض ميسرة يمكن الحصول عليها من المصارف لصالح المستفيدين من البرنامج.

وتمّ تخصيص مبلغ قدره (50) مليار ليرة سورية للهيئة على مدار خلال الخمس سنوات التالية لإنشائها وذلك لتوليد 200 ألف فرصة عمل خلال تلك الفترة،[20]إلى أن صدر المرسوم التشريعي رقم 39 لعام 2006 والذي بموجبه تمّ إحداث هيئة تنمية وتشغيل المشاريع لتحلّ محلّ هيئة مكافحة البطالة مع إدخال بعض التعديلات على عمل هيئة مكافحة البطالة سابقاً، كان من أبرزها سحب ملف التمويل من الهيئة واناطة هذا الملف بالمصارف العاملة في سوريا، وذلك عبر اتفاقيات تعاون بين الهيئة وتلك المصارف، وهذا المبدأ مستمر أيضاً حتى في ظل إحداث هيئة تنمية وتشغيل المشاريع المتوسطة والصغيرة رقم (2) لعام 2016 والذي بموجبه حلت تلك الهيئة محل هيئة تنمية وتشغيل المشاريع، إذ أناط القانون المذكور مهمة الإشراف على المؤسسات المالية التي تعنى بتمويل تلك المشاريع بالتعاون مع مصرف سوريا المركزي في الوقت الذي لم يمنح هذا الحق للهيئة قبل صدور القانون رقم (2) لعام 2016، وبالتالي انحصر مجمل نشاط الهيئة بمهمة التأهيل والتدريب وتنمية المشاريع في الوقت الحالي.

[18] المادة (4) من المرسوم التشريعي رقم 71 لعام 2001 المتعلق بإحداث هيئة مكافحة البطالة في سورية.
[19] المادة (3) فقرة ب من المرسوم التشريعي (39) لعام 2006 الناظم لإحداث الهيئة العامة لتنمية وتشغيل المشاريع.
[20] التقرير السنوي للهيئة العامة لمكافحة البطالة في سورية لعام 2003.

ثانياً– دور النفاق العام الاستثماري الموجه لإقامة المدن والمناطق الصناعية:

تسعى الكثير من الدول اليوم لإقامة المدن الصناعية خارج أماكن التجمعات السكانية لأسباب بيئية تنظيمية، ولتكون حاضنة للنشاط الاقتصادي بأشكاله كافة، ولاسيما أنّ المدن الصناعية غالباً ما تتوافر فيها مقومات النشاط الاقتصادي الأساسية من مستلزمات المرافق العامة والبُنى التحتية المختلفة، (من كهرباء، صرف صحي، هاتف، وسائل نقل.... الخ)، ونتيجةً لذلك فقد سعت العديد من الدول إلى تشجيع الصناعيين والمستثمرين بإقامة منشآتهم الصناعية في تلك المدن عبر منحهم الكثير من التسهيلات، وفي سورية صدر المرسوم التشريعي رقم (57) لعام 2004 الذي تمّ بموجبه إحداث عدة مدن صناعية في كل من حلب وريف دمشق وحمص، ولكي يتم إحداث تلك المدن تمّ رصد الاعتمادات الضرورية لأجل ذلك في الموازنة العامة للدولة، لكن هل استطاعت تلك المدن الصناعية العامة في سورية أن تشكل عامل احتضان للمشاريع الصغيرة على اعتبار أنّ تلك المشاريع هي في النهاية جزء لا يتجزأ من النسيج الصناعي؟

إنّ المرسوم التشريعي الناظم لإحداث المدن الصناعية في سورية لم يقيد الاكتتاب بالمقاسم الصناعية في تلك المدن بأحجام معينة من المشاريع والنشاطات الصناعية، أي أنّه بإمكان أصحاب المشاريع الصغيرة الاكتتاب بتلك المقاسم من الناحية النظرية، لكن الواقع العملي في تطبيق أحكام المرسوم الناظم لإحداث تلك المدن يؤكد بأنّه لم يكن عامل جذب لإقامة المشاريع الصغيرة في تلك المدن فقد تستطيع المشاريع المتوسطة إيجاد موطئ قدم لها بتلك المدن، لكن الواقع مختلف تماماً بالنسبة للمشاريع الصغيرة، فعملية الحصول على المقاسم في تلك المدن وان كانت مقرونة بشروط ميسرة، من حيث تسديد ثمن الأرض المباعة بسعر التكلفة تقسيطاً ولفترات زمنية طويلة أو من حيث الحصول على التراخيص اللازمة في تلك المدن، لكن تبقى هنالك عدة أسباب كانت وما زالت تحول دون حصول أصحاب المشاريع الصغيرة في تلك المدن على المقاسم اللازمة لإقامة نشاطاتهم الصناعية ومنيا:

1. إن نظام ضابطة البناء المعتمد في تلك المدن غالباً ما يحول دون الحصول على مقاسم صناعية ذات حجم صغير، إذ تشترط نظم البناء في تلك المدن الاكتتاب بحد أدنى من المساحة القابلة للبناء، وتلك المساحة تشكل الحد الأدنى لا يمكن إنقاصها لضرورات التنظيم العمراني.
2. صحيح إن شراء الأراضي في تلك المدن لإقامة المقاسم الصناعية عليها من السهولة بمكان، طالما أن تلك الأراضي تباع بسعر التكلفة مع إمكانية التقسيط الميسر، لكن تكاليف البناء والمخططات غالباً ما تشكل عائقاً دون الاكتتاب في تلك المدن، وخاصة في ظل عدم وجود الرغبة لدى المصارف العاملة في سورية لإقراض أصحاب المشاريع الصغيرة من أجل تأسيس مشاريعهم والإقلاع فيها.

وهنا لابدّ من الإشادة بتجربة المشرع المصري في قانون المشاريع الصغيرة حين نصّ على ضرورة تخصيص ما نسبته 10% من المقاسم المقامة في المدن الصناعية لأصحاب المشاريع الصغيرة.[21] مما يشكل عامل دعم لتلك المشاريع وان كانت تلك النسبة تبقى ضئيلة نسبياً قياساً بعدد تلك المشاريع في جمهورية مصر العربية مع العلم أنّ المشرع السوري لم يحذو حذو المشرع المصري في اعتماد حد أدنى لنسبة المقاسم المخصصة لتلك المشاريع، لكنه لم يمنع أصحاب المشاريع الصغيرة من الاكتتاب في تلك المدن في الوقت نفسه، لكن معطيات التطبيق العملي لمرسوم إحداث المدن الصناعية لم تكن مشجعة لدعم إقامة المشاريع الصغيرة في تلك المدن للأسباب التي سبق ذكرها مع العلم أن السياسة المالية قد وضعت مسألة إقامة المدن الصناعية والتوسع في إقامة مدن جديدة في قائمة اهتماماتها بالنسبة لدعم القطاع الصناعي.

ثالثاً– دور النفاق العام المخصص لمعقود الإدارية:

إنّ العديد من الجهات العامة بشقيها الإداري والاقتصادي لا يمكن أن تنهض بالمهام الموكلة بجزء كبير منها دون أن تحصل على مساعدة الآخرين من أفراد وهيئات ومؤسسات، وتلك المساعدة تتم من خلال التعاقد مع هؤلاء وفق أصول معينة تضعها القوانين والأنظمة، وكل ذلك لا يتم في المحصلة إلا من خلال تخصيص اعتمادات مالية لتلك الجهات من خلال الموازنة العامة للدولة والموازنات الخاصة ببعض الجهات العامة، سواء تعلقت تلك الاعتمادات بمجالات الإنفاق الجاري أو الاستثماري على حد سواء، وذلك لتسديد مستحقات الأفراد والهيئات المتعاقدة مع مؤسسات الدولة سواء كانت تلك الجهات المتعاقدة مع الدولة تعمل في نطاق المشاريع الصغيرة بل وحتى الكبيرة منها، وهذا ما يمكن المشاريع الصغيرة الاستفادة منه في سبيل تمكينها من الاستمرار بدورة الحياة الاقتصادية، ولاسيما مراحل عملها الأولى طالما أنّه بإمكانها أن تحقق متطلبات قوانين التعاقد مع الجهات العامة، لكن المشكلة اليوم أن تلك المشاريع لا تحظى بأي معاملة تفضيلية في التشريع السوري لناحية تعاقدها مع الجهات العامة، فشروط التعاقد تطبق على جميع من يريد التعاقد مع تلك الجهات مهما كان حجم الفعاليات الاقتصادية التي

[21] المادة (10) من قانون تنمية المنشآت الصغيرة في مصر رقم (141) لعام2004، الموقع الرسمي لوزارة الصناعة والتجارة المصرية. 2023/8/1, 10:10 SME.Htm www.Mti.gov.eg.

يعمل في كنفها، مما يجعل المشاريع الصغيرة في منافسة غير متكافئة مع المشاريع الكبيرة، من حيث المنافسة على التعاقد مع مؤسسات الدولة، لكن اليوم بالإمكان تبني سياسة إنفاقية في سورية يمكن من خلالها إلزام الجهات العامة بتخصيص جزء من تعاقداتها للمشاريع الصغيرة وذلك من خلال خضوع عمليات انتقاء عروض المتعاقدين في نطاق عروض التوريد والأشغال والخدمات حيث يتم منح جزء من التعاقدات لأصحاب المشاريع الصغيرة على اعتبار أنّ مبدأ تكافؤ الفرص يجب أن يتحقق بأوسع مضامينه، وذلك بمنح الفعاليات الاقتصادية الحق بالتعاقد مع الجهات العامة، لا أن يستحوذ أصحاب المشاريع الكبيرة لوحدهم على التعاقد مع الجهات الحكومية، إذ يمكن على سبيل المثال إلزام جهة حكومية بتخصيص نسبة مئوية من حجم تعاقداتها السنوية لأصحاب تلك المشاريع، وهذا يعني تخصيص جزء من الاعتمادات المرصودة للجهة العامة لدعم تلك المشاريع، وهذا ما يتبناه راسمي السياسة الانفاقية في جمهورية مصر العربية في قانون تنمية المشاريع الصغيرة هناك، حينما ألزم المشرع الجهات الحكومية على تخصيص نسبة 10% من حجم تعاقداتها السنوية لصالح المشاريع الصغيرة.[22]

وما لم يتبناه راسمو السياسة الانفاقية في سوريا سواء من خلال القانون رقم 51 لعام 2004 والمتضمن نظام العقود مع الجهات العامة، وكذلك القانون الناظم لعمل هيئة تنمية المشاريع الصغيرة، طالما أن المشرع السوري غير راغب بمنح المشاريع الصغيرة إعفاءاً ضريبياً أو حتى تخفيضاً ضريبياً، مع العلم أنّ المشرع المصري لم يكن من السباقين لتبني هذا النهج بل كان هنالك العديد من الدول التي سبق لها ومنحت تلك المشاريع هذا الامتياز كالولايات المتحدة واليابان.[23]

- **<u>الفرع الثاني: دور النفقات العامة التحويلية في دعم المشاريع الصغيرة:</u>**

إن الانفاق العام التحويلي ذو البعد الاقتصادي كان ومازال يشكل أحد أعمدة أنواع الانفاق العام التحويلي بشكل عام، في الكثير من الدول، فدعم القطاعات الصناعية المختلفة، ولاسيما الضعيفة بات يشكل أولوية لدى الكثير من الدول، لتمكنها من التغلب على العوائق التي تواجهها في عملية الإنتاج والتسويق بشقيها الداخلي والخارجي وبالتالي المساهمة في تكوين الدخل القومي.[24]

كما أنّ توفير الطاقة الكهربائية للفعاليات الاقتصادية وبأسعار مخفضة قياساً بارتفاع الأسعار العالمية للمشتقات النفطية، يستلزم بالضرورة التوسع في حجم الانفاق العام التحويلي المخصص لهذه الغاية.

وهذا يتطلب بالمحصلة التوسع في حجم الانفاق العام، على الرغم من تنامي دعوات مؤسسات التمويل الدولية إلى ضرورة تخفيض حجم الدعم المالي المقدم من الحكومات في سبيل ترشيد حجم الانفاق العام ككل، إلاّ أنّ ذلك لا يعفي الدولة من مسؤوليتها تجاه الفئات الاقتصادية الضعيفة على أقل تقدير، ولعل

[22] المادة (12) من قانون تنمية المنشآت الصغيرة في مصر رقم 141 لعام 2004.
[23] د. ليث القهيوي. – أ. بلال الوادي، المشاريع الريادية الصغيرة والمتوسطة ودورها في عملية التنمية، مرجع سبق ذكره، ص151 وما بعدها.
[24] د. محمد خالد المهايني- خالد شحادة الخطيب. المالية العامة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، 2009، ص142.

المشاريع الصغيرة تشكل اليوم أحد أبرز تلك الفئات الاقتصادية الضعيفة، على وجه الخصوص، فصحيح أن تلك المشاريع بإمكانها أن تستفيد من خدمات الدعم التي تقدميا الدولة للمشاريع الكبيرة، إلا أنّ ذلك لا يمنع من منح تلك المشاريع معاملة تميزية من حيث زيادة حجم الانفاق العام التحويلي الموجه لتلك المشاريع وهي بأمسّ الحاجة إلى هذا الدعم أكثر من المشاريع الكبيرة، نظراً لضعف المقدرات التسويقية لديها.

ولابدّ من القول أنّ مجالات الانفاق التحويلي في سوريا بالنسبة لدعم الأنشطة الاقتصادية بأحجامها كافة بما في ذلك المشاريع الصغيرة، تنحصر حالياً في دعم أسعار الطاقة الكهربائية والمشتقات النفطية، إضافة إلى ما يتم تخصيصه من إعانات لهيئة تنمية وترويج الصادرات ولصندوق دعم الصادرات في الموازنة العامة للدول، حيث كانت المشاريع الصغيرة تمثل إحدى أهم الفعاليات الاقتصادية التي تحتاج للدعم بشكل مستمر، ووقوف الدولة إلى جانبها، وكان لزاماً عليها أن تضيف تلك المشاريع إلى قائمة المستحقين لتلك النفقات وبشكل تفضيلي، فتلك الفعاليات بحاجة إلى الدعم في مراحل عمرها الأولى لكي تستطيع الاستمرار، وتواضع بنية الجهاز الإداري والمالي، وما يتبع ذلك من ضعف مقدرات التسويق الخارجي لديها، ولعل صدور المرسوم رقم (6) لعام 2009 الذي تمّ بموجبه إحداث الهيئة العامة لتنمية وترويج الصادرات[25] والمرسوم رقم (19) لعام 2009 الذي تمّ بموجبه إحداث صندوق دعم الصادرات أيضاً[26].

يعد نقطة البداية لظهور مفهوم الدعم المباشر للقطاع الصناعي في سوريا، ولو بشكل محدود ولاسيما أن نصوص المرسومين لم تقيد الحصول على الدعم بأحجام معينة من المشاريع، فالفقرة (أ) من المادة الرابعة من المرسوم التشريعي رقم (6) لعام 2009 حددت أهداف الهيئة بـ:

1. تنمية وترويج الصادرات، بما يتوافق مع خطط التنمية.
2. المساهمة في تحسين جودة المنتجات السورية ورفع كفاءتها وقدرتها التنافسية.
3. المساهمة في تشجيع الاستثمار الموجه نحو التصدير، فالحديث عن تنمية الصادرات وتحسين جودة منتجات التصدير وتشجيع الاستثمار الموجه نحو التصدير لا يمكن أن يتحقق في نطاق المشاريع الكبيرة فقط، بل يمكن أن يتحقق في نطاق المشاريع الصغيرة؛ حيث أن ما تنتجه المشاريع الكبيرة من سلع تصديرية يمكن للمشاريع الأصغر حجماً أن تسهم به أيضاً، وهذا يستتبع بالضرورة إمكانية استفادة المشاريع الصغيرة من مميزات دعم التصدير، وكذلك الحال بالنسبة للمرسوم

[25] المرسوم التشريعي رقم (6) لعام 2009 الناظم لإحداث الهيئة العامة لتنمية وترويج الصادرات في سورية.
[26] المرسوم التشريعي رقم (19) لعام 2009 الناظم لإحداث صندوق دعم الصادرات في سورية.

التشريعي الناظم لإحداث صندوق تنمية الصادرات الذي حدد أهداف الصندوق الذي يشكل الذراع المالية الداعمة لعمل هيئة تنمية وترويج الصادرات بـ:[27]

أ- العمل على تقوية قدرة المصدرين على التسويق والترويج.

ب- مساعدة المنتجين على زيادة قدراتهم على التصدير.

ت- السعي لتخفيف الأعباء التمويلية على المصدرين لتتساوى مع المنافسين في الأسواق العالمية، ووضع نظام التمويل المصدرين ونظام لضمان الصادرات.

فكل هذه الأهداف لم تحدد بدقة من هم المصدرين، فيما لو كانوا أصحاب مشروعات صغيرة أو كبيرة، وبالتالي فإن المطلق يجري على إطلاقه الأمر الذي يتيح الفرصة لأصحاب المشاريع الصغيرة الراغبة في ولوج عالم التصدير من الاستفادة من خدمات الصندوق المرتبطة بالهيئة، فالحصول على سجل صناعي والالتزام بتسديد ضريبة الدخل، وأقساط مؤسسة التأمينات الاجتماعية وتسديد فواتير الكهرباء بشكل دوري، وتسديد الرسوم المالية لاتحاد المصدرين، كلها تشكل متطلبات الحصول على حوافز التصدير فالمنطق يفترض أن دعم الصادرات يجب أن تستفيد منه المشاريع الصغيرة قياساً بالمشاريع الكبيرة، فالمشاريع الصغيرة غالباً ما تعاني من ضعف إمكانيات التصدير لأسباب تتعلق بصعوبة الوصول للأسواق الخارجية، وعدم معرفة متطلباتها وافتقار الكثير من الدول لمؤسسات تعنى بتمويل الصادرات لتلك المشاريع، والتكاليف المرتفعة للتسويق الخارجي.[28] في حين أن المشاريع الكبيرة لديها باع طويل في عالم التصدير وتسعى للحصول على إعانات التصدير المالية، في حين أن المشاريع الصغيرة تسعى إلى الاستفادة من كافة الخدمات الداعمة للتصدير وهذا يقود إلى القول أنّ هيئة تنمية وترويج الصادرات تهدف وبشكل ضمني إلى دعم وتنمية ثقافة التصدير لدى المشاريع الصغيرة. فالهيئة تقدم العديد من الخدمات المختلفة.[29] من خدمة الدورات التأديبية والاشتراك في المعارض الداخلية والخارجية وحوافز التصدير ولقاءات رجال الأعمال، وأنّ ما تقدمه الهيئة من إعانات وخدمات للمصدرين ما هو إلا حصيلة للموارد الذاتية التي حددها مرسوم إحداثها.[30] (من البدلات والعمولات التي تتقاضاها الهيئة والإعانات المقدمة من غرفة الصناعة والزارعة والسياحة والهيئات والتبرعات بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء).

إضافة إلى موارد صندوق تنمية الصادرات التي تمثل الداعم المالي لعمل الهيئة والمتمثلة[31] (الاعتمادات المرصدة في الموازنة العامة للدولة والمعونات والهيئات والوصايا والمساهمات التي يقدمها الغير داخل

[27] المادة الثالثة من المرسوم التشريعي رقم (19) لعام 2009 في سوريا الناظم لإحداث صندوق تنمية الصادرات.
[28] د. علي الخضر- د. سامر حسين مصطفى إدارة المشاريع الصغيرة، منشورات جامعة دمشق. مركز التعليم المفتوح. 2013-2014. ص69.
[29] معلومات تعريفية عن نشاطات هيئة تنمية وترويج الصادرات السورية موجود على الموقع الرسمي للهيئة http://www.edpa.gov 1-8-2023 الساعة 7:25 مساءً.
[30] المادة (10) من المرسوم التشريعي رقم 6 لعام 2009 الناظم لإحداث هيئة تنمية وترويج الصادرات السورية.
[31] المادة رقم (7) فقرة ج من المرسوم التشريعي رقم 19 لعام 2009 في سورية الناظم لإحداث صندوق دعم الصادرات.

للجمهورية العربية السورية أو خارجها وفق القوانين والأنظمة وفوائد الحسابات الجارية وفق الأصول المعمول فيها لدى المصرف المعتمد).

ومنذ صدور المرسوم التشريعي رقم 19 لعام 2009 الناظم لإحداث صندوق دعم الصادرات، لم يحصل الصندوق على أي إعانة من الموازنة العامة للدولة، فالدعم الحقيقي الذي تقدمه الدولة يتمثل في حوافز التصدير وذلك بإعادة جزء من مدفوعات ضريبة الدخل وأقساط مؤسسة التأمينات الاجتماعية ورسوم الطاقة الكهربائية للمستحقين لحوافز التصدير وبالتالي فإن دور الهيئة مجرد وسيط بين المستحقين ووزارة المالية ومؤسسة التأمينات الاجتماعية ووزارة الكهرباء من جهة أخرى، وبالتالي يمكن القول أن حوافز التصدير هي جوهر النفقات التحويلية الاقتصادية في سوريا يستفيد منها أصحاب المشاريع المختلفة سواء كانت كبيرة أم صغيرة أم متوسطة، وانّ الانفاق التحويلي الاقتصادي لا يسهم بشكل مباشر في دعم المشاريع الصغيرة، فهذه المشاريع تحصل على حوافز التصدير مثل المشاريع الكبيرة وعندما تريد الاستفادة من الخدمات الأخرى للهيئة كالمشاركة في المعارض الخارجية والداخلية ولقاءات رجال الأعمال والدورات التدريبية. فإنها تدفع ما يتوجب عليها من رسوم لقاء تلك الخدمات كحال المشاريع الكبيرة، في الوقت الذي يحب أن تحظى هذه المشاريع الصغيرة بمعاملة تمييزية من حيث بدلات الخدمات فصحيح أن الرسوم التي تتقاضاها الهيئة هي نظير لتقديم خدماتها للمستفيدين، لكن بالإمكان منح أصحاب المشاريع الصغيرة الخدمات نفسها وبرسوم مخفضة بحيث يتم تمويل الفرق الناجم عند تخفيض قيمة تلك الخدمات من الإعانات الممنوحة للدولة، وعلى عكس المشرع المصري لم يسع لإنشاء هيئة حكومية، تُعنى بترويج الصادرات لدعم قطاع التصدير بل سعى لإنشاء مؤسسات وهيئات لتمويل وضمان الصادرات وتقديم خدماتها للمشاريع بأحجامها كافة، دون وجود آية عوائق تمنع تلك المؤسسات من توجيه خدماتها للمشاريع الصغيرة، بل أن بعض المؤسسات وضعت في قائمة اهتماماتها دعم قطاع التسويق الخارجي، لدى المشاريع الصغيرة، كالبنك المصري لتنمية الصادرات وصندوق تنمية الصادرات، إضافة إلى الهيئة العامة لمركز تنمية الصادرات المصري والتي تُعنى بدعم قطاع التصدير فنياً، بالرغم من أن تمويل تلك الهيئات من الموازنة العامة للدولة ليس بالكامل، فإن رأس مال البنك المصري لتنمية الصادرات هو عبارة عن أسهم يملكها عليها المصدرون المصريون فقط.[32] وكذلك بالنسبة لصندوق تنمية الصادرات المصري التي تشكل اعتمادات الموازنة العامة للدولة أحد مصادر إيراداته، وليس المصدر الوحيد لتلك الإيرادات، وربما يكون رغبة المشرع المصري في دعم قطاع التصدير فنياً أو مالياً بغض النظر عن نشاط التصدير، وسواء كان المشروع صغيراً أو كبيراً ، لكن بالرغم من ذلك فإن البنك المصري لتنمية الصادرات أولى

[32] معلومات عن قطاع الصادرات لدى المشاريع المتوسطة والصغيرة في مصر موجود على الموقع الرسمي لوزارة التجارة والصناعة المصرية. http://www.mti.gov.eg/foreigntrade.htm 4-8-2023 الساعة 9:30 مساءً.

المشاريع الصغيرة عناية خاصة من خلال تقديم خدمات عديدة لتلك المشاريع لتلكين دخولها في عالم التصدير، كتمويل عقود التصدير لتلك المشاريع.[33]

- ويرى الباحث أن المشرع السوري سعى لدعم قطاع الصادرات فنياً وليس مالياً، على الرغم من النصوص التشريعية القائمة والتي أكدت على ضرورة وضع نظام لضمان تمويل الصادرات، وهذا إن دلّ على شيء فإنّهُ يدل على عدم رغبة القائمين على عملية دعم الصادرات بالاهتمام بموضوع تقديم الدعم المالي، من خدمات تمويل وضمان الصادرات التي يجب أن تقدمها المؤسسات المالية المعنية.

[33] المادة (7) من القانون رقم 95 لعام 1983 في مصر المتضمن إحداث البنك المصري لتنمية الصادرات منشور على الموقع الإلكتروني http://www.ebebank.com /com/ar/Bankingservice/pages/SAMBANKING.ASP2023-8-3-8.30M

المطلب الثاني

دور السياسة الضريبية في دعم المشاريع الصغيرة

إنّ مصطلح السياسة الضريبية يشكل ترجمة حقيقية لمفهوم الضريبة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية لأنّ هذا المفهوم لا يمكن الإحاطة به إلا من خلال مفهوم السياسة الضريبية، فعندما يتم إحداث ضريبة جديدة أو رفع معدلاتها أو تخفيضها أو الإعفاء منها، فإنّ ذلك بناءاً على توجهات السياسة الضريبية التي ترى من الضروري اتخاذ القرار بذلك خدمة لأهداف السياسة المالية للدولة في سبيل إحداث أثر ما على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي، وأنّ السياسة الضريبية عندما تمارس الدور المنوط بها اقتصادياً واجتماعياً فإنها تمارس ذلك من خلال منظمتي الضرائب المباشرة، وغير المباشرة، وسنتعرف في هذا المطلب على دور الضرائب المباشرة في دعم المشاريع الصغيرة (الفرع الأول) ودور الضرائب غير المباشرة في دعم تلك المشاريع (الفرع الثاني).

- **الفرع الأول: دور الضرائب المباشرة في دعم المشاريع الصغيرة:**

تلعب الضرائب المباشرة ولاسيما ضريبة الدخل بتصنيفاتها المختلفة دوراً محورياً في دعم المشاريع الصغيرة، وهذا الدور يفوق الدور الذي يمكن أن تمارسه الضرائب غير المباشرة، لا سيما أنّ العلاقة بين المكلف من أصحاب تلك المشاريع والإدارة الضريبية في نطاق الضرائب المباشرة تكون أكثر وضوحاً من الضرائب غير المباشرة، وانّ السياسة الضريبية عندما تريد أن تؤثر في نشاط الفعاليات الاقتصادية، فإنّ أول أداة تستعين بها ضريبة الدخل وهذا ما سيتم بحثه من خلال الاضطلاع على الدور المنوط بكل من ضريبة الدخل على أرباح المهن الصناعية والتجارية وغير التجارية وكذلك الحال بالنسبة لضريبة الدخل الناجمة عن ريع العقارات والبيوع العقارية.

أولاً– الضريبة على الدخل الناجم عن ارباح المهن والحرف الصناعية والتجارية وغير التجارية:

إنّ المشرع السوري عمد في القانون رقم (24) لعام 2003 إلى تقييم المكلفين بالضريبة على دخل الأرباح إلى مكلفي فئة الأرباح الحقيقية ومكلفي فئة الدخل المقطوع[34] فمكلفي فئة الأرباح الحقيقية محدودون بشكل واضح وصريح في الفقرة (أ) من المادة الثانية من القانون وهؤلاء تفرض عليهم بعض الالتزامات، كتعيين محاسب قانوني والالتزام بمسك دفاتر والقيود المحاسبية. رغم أنّ هؤلاء المكلفين يخضعون لنفس الالتزامات التي يخضع لها مكلفو ضريبة الدخل المقطوع لجهة تقديم البيانات الضريبية وغير ذلك من الالتزامات التي نص عليها القانون، أما مكلفي ضريبة الدخل المقطوع فهم يمثلون من الأنشطة الصناعية والتجارية وغير التجارية غير المذكورين في المادة الثانية فقرة (آ) أي أن كل نشاط صناعي أو تجاري

[34] المادة (41) من قانون ضريبة الدخل السوري رقم 24 لعام 2004.

أو غير تجاري لم يأتي ذكره في المادة السابقة فإنه يخضع لفئة الدخل المقطوع.[35] وأن أهم ما يميز مكلفي الدخل المقطوع كونهم يخضعون لأسلوب التقدير الجزافي للأرباح والضريبة من قبل الإدارة الضريبية، ولعل هذا الأسلوب أساء لمنظومة الدخل والإدارة الضريبية في سورية، من خلال التقدير الجزافي، وان كان هنالك بعض المبررات التي تؤيد استخدامهُ، كصعوبة الحصول على القيود والمحاسبية، نظراً لصغر حجم نشاط المكلفين وعدم امتلاكهم القدرات والإمكانيات لمسك القيود والسجلات المحاسبية، إلا أنّ تلك المبررات لا تعتبر مقنعة للاستمرار بتبني نظام التقدير الجزافي بل إتباع نظام محاسبي مبسط يحقق مصلحة الإدارة والمكلف الضريبية، كما هو متبع في الكثير من الدول ولاسيما جمهورية مصر العربية.[36]

إن الحديث عن الإعفاءات الضريبية في ظل ضريبة الدخل في نطاق المشاريع الصغيرة في القانون رقم (24) لعام 2003 حيث أن المشرع السوري عمد في ظل القانون المذكور إلى توجيه الاعفاءات المتعلقة بضريبة الدخل على الأرباح على الأنشطة التي يغلب عليها الطابع الاجتماعي.[37] مع إعفاء بعض الأنشطة الزراعية التعاونية واعفاء المستثمرين الزراعيين الذين يستثمرون الأراضي الزراعية للغير واعطاء المباقر والمداجن نسبة 50% من الأرباح حيث يمكن الاستنتاج أنّ المشرع قد أعطى ضمنياً المشاريع الصغيرة ذات الطابع الاقتصادي والتي ينحصر مجالها في استثمار الأراضي الزراعية واستثمار المباقر والمداجن دون غيرها من الأنشطة الاقتصادية.

أما في ظل المرسوم التشريعي رقم (54) لعام 2009 حيث منح المشرع بموجب أحكام المرسوم المشاريع المراد إقامتها في المنطقة الشرقية من سورية إعفاء من ضريبة الدخل لمدة عشر سنوات.[38] إلا أنّه يؤخذ على هذا المرسوم أنّه لم يبين ما هو المقصود بكلمة مشاريع عند معرض ذكره لها، لكن المشرع حصر الإعفاء المتعلق بضريبة الدخل على الأرباح الحقيقية حصراً .[39] ولم يشمل مكلفي الدخل المقطوع وهذا ما يدعو للقول أنّ المرسوم موجه لأصحاب المشاريع الكبيرة نظراً لحجم رؤوس الأموال واليد العاملة، وبالتالي يمكن القول أنّ المرسوم التشريعي رقم (54) لعام 2009 لم يقدم إسهام في دعم المشاريع الصغيرة.

وفي ظل المرسوم رقم (10) لعام 2015 لم يذكر هذا التشريع الضريبي الخاص بفئة مكلفي الدخل المقطوع أي إعفاء أو تخفيض للفئات المستهدفة من خلاله وهم مكلفي فئة الدخل المقطوع أصحاب المشاريع الصغيرة، فالإسهام الملفت والوحيد الذي جاء بهِ هذا التشريع بالنسبة للمشاريع المتوسطة والصغيرة هو تقسيم الأنشطة لفئات متعددة، وهم كبار مكلفي فئة الدخل المقطوع ومتوسطي فئة الدخل المقطوع وباقي الفئات وكانت الغاية من هذا التقسيم تحديد مدة تصنيف زمنية لكل فئة بحيث يبقى المكلف

[35] المادة (41) من قانون ضريبة الدخل السوري رقم 24 لعام 2003.
[36] المادة (18) من قانون ضريبة الدخل السورية رقم 91 لعام 2005.
[37] المادة (4) فقرة 9 من قانون ضريبة الدخل رقم 24 لعام 2004.
[38] المادة (1) من المرسوم التشريعي رقم 54 لعام 2009 الخاص بتشجيع الاستثمار في المنطقة الشرقية في سوريا.
[39] المادة (4) من نفس المرسوم التشريعي.

خاضعاً لمقدار الضريبة المحددة من قبل الإدارة الضريبية طيلة الفترة الزمنية ما لم يطرا أي تعديل زيادة أو نقصان في حجم الأعمال، وهذه المدة سنتين لكبار المكلفين ثلاث سنوات لمتوسطي المكلفين وخمس سنوات لباقي الفئات لكن لم يكن لتلك الإصلاحات أي قيمة ما لم يتم العدول عن التقدير الجزافي الذي بقي مكرساً في القانون من خلال احتفاظ لجان التصنيف الضريبية البدائية والاستئنائية بصلاحية التقدير الجزافي.

_ويرى الباحث أنه لا يوجد اليوم أي إعفاء ضريبي سواء دائم أو مؤقت للمشاريع الصغيرة في سوريا وربما يكون لذلك مبررات أن نظام العفاء الضريبي المؤقت غالباً ما تستغله العديد من الفعاليات الاقتصادية بشكل سلبي عندما يتم تأسيس مشروع اقتصادي ويتم حلّه بنهاية مدة الإعفاء، أو لأن التجارب أكدت أنّ العديد من الأنشطة الاقتصادية استفادت من تلك الإعفاءات ولم تسهم في حلّ العديد من المشاكل الاجتماعية كالحد من معدلات الفقر والبطالة، لكن مرتكزاتها التنموية باتت تستلزم على الأقل منح المشاريع الصغيرة إعفاء ضريبي مؤقت لمدة خمس سنوات.

ثانياً– ضريبة الدخل الناجم عن البيوع العقارية:

تأتي أهمية هذا النوع من الضرائب على اعتبار أن العقارات عند التصرف بها من خلال عملية بيعها تشكل مصدراً هاماً من الدخل لا يُستهان به، وان كان هذا المصدر لا يتصف بالدورية، إلا أنه و رغم ذلك فإنّ العديد من المشرعين في العديد من الدول سعوا إلى فرض ضريبة على الدخل الناجم عن بيع العقارات، ولاسيما سورية، وأياً كان هذا النوع من الضرائب فإنّه لا يشكل في سورية أهمية كون هذه الضريبة تفرض على القيمة التخمينية للعقار لدى الدوائر المالية ولا تتناسب مع القيمة الرائجة[40]، وكثرة الإعفاءات الموجودة فيها وكذلك طبيعة هذا النوع من الضرائب الذي يتسم بعدم الدورية وفي إطار الحديث عن دور السياسة الضريبية في دعم المشاريع الصغيرة، فإنّ هذا النوع من الضرائب لا يشكل عائقاً أمام قيام المشاريع الصغيرة، نظراً لقدم التخمينات المالية للعقارات والتي تفرض على أساسها الضريبة وهذه القيم تبقى زهيدة قياساً بالأسعار الرائجة للعقارات. لكن المشكلة تكمن فيما لو تمّ إعادة تخمين القيم للعقارات بالأسعار الرائجة حالها. فإنّ الضريبة المتوجبة على المكلف ستصبح باهظة وهذا ما يمكن أن يشكل عائقاً أمام نمو المشاريع الصغيرة.

ثالثاً– ضريبة الدخل الناجم عن ريع العقارات:

[40] د. يوسف شباط، المالية العامة ونفقات الدولة وإيراداتها، منشورات جامعة دمشق، 2009، كلية الحقوق، ص406.

تعد الضريبة على الدخل الناجم عن ريع العقارات أو ما يسمى في تشريعات دول أخرى بالضريبة على العقارات المبنية، وهي من أقدم الضرائب المباشرة.[41] التي تفرض على الدخل الصافي المتحقق سنوياً عن استثمار العقار الذي غالباً ما يتم تقديره بشكل جزافي من قبل الدوائر المالية، كما تتصف بعنصر المكانية كما هو الحال في ضريبة الدخل الناجم عن البيوع العقارية، أي أنها تفرض على الدخل الذي يدره العقار الواقع في الأراضي السورية.

– إنّ المشرع السوري لم يأتِ على ذكر أي إعفاء خاص من ضريبة العقارات بالنسبة للمشاريع المتوسطة والصغيرة سواء كان هذا الإعفاء دائماً أو مؤقتاً. في حين المشرع المصري منح المشاريع الصغيرة التي تمارس نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو إدارياً أو مينياً إعفاء دائماً من ضريبة العقارات المبنية.[42] وهذا ما يدل على عدم وجود سياسة ضريبية جادة في سوريا تسعى لإعفاء تلك المشاريع من الضريبة.

- **<u>الفرع الثاني : دور الضرائب غير المباشرة في دعم المشاريع الصغيرة:</u>**

إن الدور الذي تلعبه الضرائب غير المباشرة في دعم الأنشطة الاقتصادية بشكل عام وعلى وجه الخصوص بالنسبة للمشاريع الصغيرة يبدو محدوداً إذا ما قيس بالدور الذي تحققه الضرائب المباشرة في هذا السياق، إلا أنّ ذلك لا يغفل مدى مساهمة الضرائب غير المباشرة في تنشيط حركة التبادل التجاري المرتبطة بنشاط المشاريع الصغيرة ولاسيما فيما يتعلق بالحصول على المواد الأولية أو تصريف المنتجات، ويتضح هذا الدور على وجه الخصوص في سوريا من خلال الاضطلاع على الدور المنوط بكل من ضريبة رسم الإنفاق الاستهلاكي والضرائب الجمركية ورسم الطابع.

<u>أولاً– دور</u> الضرائب الجمركية في دعم المشاريع الصغيرة:

لا يمكن إغفال الدور الذي تلعبه الضريبة الجمركية في دفع عجلة التقدم الاقتصادي فتلك الضريبة لم يعد لها بُعد مالي فحسب بقدر ما لها من بُعد اقتصادي، غالباً ما يتعمق بحماية منتجات الصناعة الوطنية أمام المنافسة مع السلع المستوردة، بالإضافة إلى عملية تشجيع تصدير السلع المحلية من خلال إعفائها من الضريبة الجمركية أو تخفيضها.

وقد يبدو من السهولة أيضاً رفع معدلات الضريبة الجمركية كوسيلة لدعم المشاريع الصغيرة من خلال رفع معدلات الضريبة على السلع المستوردة والمماثلة لتلك السلع التي تنتجها تلك المشاريع.[43] مع العلم أنّ دور الضريبة الجمركية لا يقتصر على المشاريع الصغيرة بل يتعدى ذلك ليطال المشاريع الكبيرة.

[41] د. عبد الفتاح مراد، الضريبة على العقارات المبنية، مكتبة الإسكندرية، الإسكندرية، 1999، ص22.
[42] المادة 18 فقرة ه من القانون 117 لعام 2014 المتعلق بضريبة العقارات المبنية في مصر.
[43] د. مطانيوس حبيب، الوجيز في الاقتصاد السياسي، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2006-2007، ص487.

لكن اليوم في ظل الدعوات المتنامية لتحرير التجارة الخارجية بين الدول يبدو من الصعوبة بمكان الأخذ بأسلوب رفع المعدلات بشكل دائم فاتفاقيات تحرير التجارة بين الدول غالباً ما تنصّ في سطورها الأولى على تخفيض معدلات الضريبة على السلع المستوردة، وبالتالي فإنّ المتضررين من ذلك هم أصحاب المشاريع الصغيرة، نظراً لتواضع الهيكل الإنتاجي لتلك المشاريع والذي لا يسمح لها بإنتاج السلع ذات السعر المنخفض. إلاّ أنّ راسمي سياسة تنشيط في السوق المحلية بقصد التحكم بتلك السوق؛ ونتيجةً لذلك صدرت العديد من التشريعات في كثير من الدول لحماية الصناعة الوطنية من خلال قوانين حماية الإنتاج، ففي سوريا صدر القانون رقم (42) لعام 2006 [44] والذي أوجب توافر شروط معينة لمعالجة الشكوى التي أدت لحدوث الإغراق من خلال الإطلاع على الأسعار التصديرية وأسعار البيع في بلد المصدر وحجم المستوردات ووقوع ضرر مادي على المنتج الوطني ووجود علاقة سببية بين الإغراق والضرر التجارة الخارجية أرسوا ضوابط لتنشيط التجارة الخارجية مع حماية الصناعة الوطنية من خلال منظومة مكافحة الإغراق الذي يتمثل ببيع المنتجات في السوق الخارجية لأي دولة بأسعار تقل عن تكلفة التصنيع أو عن السعر الذي تباع فيه تلك المنتجات الحاصل للإنتاج الوطني لكن الأفضل أن تفرض الرسوم لحماية السلع المنتجة من قبل المشاريع الصغيرة، فهي تبقى بأمس الحاجة لتلك الحماية، نظراً لضعف القدرة التسويقية لها في كثير من الأحيان.

_ويمكن القول بأنّ دور الضريبة الجمركية في دعم المشاريع الصغيرة، من خلال أسلوب الحماية الجمركية لن يستمر طويلاً كما ذكرنا بسبب تنامي الدعوات لتحرير التجارة الدولية، وبالتالي لابُدّ من التعويل على أدوات السياسة المالية الأخرى، لأن الضريبة الجمركية لن يكون لها دور إلا في الحدّ الأدنى تجاه القطاع الاقتصادي من خلال تقليص عمليات تصدير الخامات المحلية برفع مُعدّل الضريبة الجمركية عليها.

ثانياً– دور ضريبة رسم النفاق الاستهلاكي في دعم المشاريع الصغيرة:

إنّ رسم الإنفاق الاستهلاكي ما هو إلا ضريبة غير مباشرة ونوعية على الإنفاق، تفرض عند الحصول على بعض السلع والخدمات، وان إعطاء هذا النوع من الضرائب في سورية تسمية الرسم لا تحجب عنه صفة الضريبة؛ كون المكلف عندما يدفع ذلك المبلغ المالي المتمثل برسم الإنفاق الاستهلاكي لن يجني أي منفعة في مقابل ذلك الإنفاق، وان قرر المشرع السوري اختيار تسمية الرسم فإنّ ذلك من قبيل إعطاء السلطة التنفيذية المرونة في تحديد قواعد هذا النوع من الضرائب.

ولقد نظم المشرع السوري الأحكام المتعلقة برسم الإنفاق الاستهلاكي في المرسوم التشريعي (61) لعام (2004) وقد حدد المكلفين بتلك الضريبة[45] وهم منتجي السلع المحلية حيث أنّ المشرع لم يفرض رسم

[44] المادة 3 من القانون رقم 42 لعام 2006 المتعلق بحماية الإنتاج الوطني في سوريا.
[45] المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 61 لعام 2004 الناظم رسم الإنفاق الاستهلاكي في سوريا.

إنفاق على جميع السلع المنتجة محلياً بل عمد إلى تحديد تلك السلع (في الجداول الملحقة بالمرسوم) ومقدمي الخدمات. وهم من يؤدون خدمات محددة وكذلك مستوردي السلع المحددة أيضاً في الجداول المرفقة بالمرسوم. وهؤلاء المكلفين بالضريبة يمكن أن يشكلوا محور نشاط المشاريع الصغيرة باستثناء مستوردي السلع باعتبار أن استيراد السلع غالباً ما يتم ممارستهُ في نطاق المشاريع الكبيرة؛ نظراً لضخامة حجم الرساميل المستثمرة فيه.

– ويرى الباحث أن تأثير قانون الإنفاق الاستهلاكي في مجال نشاط المشاريع الصغيرة، يبقى محدوداً نظراً لعدم توسع المشرع في فرض الرسم على جميع السلع والخدمات واقتصار فرض الرسم على عدد محدد من السلع يغلب عليها طابع الاستيراد، وهذا إنْ دلّ على شيء فإنّه يدل على أن الرسم هو ضريبة جمركية مستقرة.

ثالثاً– دور ضريبة رسم الطابع في دعم المشاريع الصغيرة:

يعد رسم الطابع من الضرائب غير المباشرة التي تفرض على المعاملات الورقية التي تجري بين المواطنين ودوائر الدولة المختلفة، بحيث يتم فرض هذه الضريبة على الصكوك والعقود و المحررات وكافة المستندات، والتي تشكل صلة الوصل بين صاحب العلاقة ودوائر الدولة المختلفة التي تتولى تحصيل وتوريد هذه الضريبة إلى الإدارة الضريبية في مواعيد محددة، وتعدّ هذه الضريبة من الضرائب النوعية، أي أنها تفرض على المعاملات والصكوك المحددة في نص القانون في حين أنّ المشرع السوري في القانون رقم (44) لعام 2005 حدد الصكوك الرسمية والوقائع التي تفرض عليها الضريبة.

_ إن خضوع المشاريع الصغيرة لضريبة رسم الطابع ذو طبيعة مزدوجة، فهناك ضريبة رسم طابع تفرض على الصكوك الرسمية اللازمة لتأسيس المشروع، كما هو الحال في الحصول على التراخيص والسجل التجاري وهناك ضريبة رسم طابع تفرض خلال ممارسة المشروع لنشاطه التجاري.

_وقد حدد المشرع السوري في الجداول المرفقة بالمرسوم التشريعي رقم (44) لعام 2005 الرسوم المتعلقة برسم الطابع[46]، والتي يتوجب على أصحاب المشاريع الصغيرة تسديدها لدوائر الدولة والتي لا تشكل عائقاً أمام قيام المشاريع الصغيرة، باستثناء بعض الصكوك المتعلقة بالعقود الإدارية المحددة والكفالات المرتبطة بها، وفي هذا السياق يمكن تخفيض معدلات تلك الصكوك تمكيناً للمشاريع الصغيرة من أن تنهض اقتصادياً عندما تتعاقد مع إدارات الدولة.

[46] الجدولين رقم 2-3 من المرسوم التشريعي رقم 44 لعام 2005 في سورية الناظم لضريبة رسم الطابع.

الخاتمة:

يمكن القول من مجمل ما سبق بحثه ودراسته، بأنّ مسألة دعم المشاريع الصغيرة باتت تشكل أولوية من أولويات التنمية اليوم، والتي يجب أن تتضافر أدوات السياسة الاقتصادية مجتمعة في سورية، ومن ضمنها أدوات السياسة المالية؛ لأجل تقديم الدعم لها عبر خطط طويلة الأجل. إذا كان تدخل السياسة المالية بأدواتها المختلفة لا يسهم لوحده بالارتقاء بعملية الدعم، على اعتبار أن هنالك أدوات أخرى لا تقل أهمية عن السياسة المالية يمكن أن تسهم بشكل أكبر في دعم المشاريع كما هو الحال في السياسة النقدية والإجراءات الإدارية..... الخ.

إلا أنّ تدخل السياسة المالية بأدواتها المختلفة من ضرائب ورسوم وانفاق عام، كلها دعائم يمكن أن تشكل في المحصلة حجر زاوية في عملية الدعم في حال اتحدت جهود تلك الأدوات مع جهود أدوات السياسة الاقتصادية الأخرى.

النتائج والتوصيات:

أولاً– السعي لإحداث صندوق وطني لدعم المشاريع الصغيرة، بحيث يشكل الأداة التمويلية لعملية الدعم، على أن يتم تمويل الصندوق من الموازنة العامة للدولة، وموازنات الإدارة المحلية، بحيث يتم إحداث فروع لهذا الصندوق في كافة المحافظات.

ثانياً– العمل على تعديل النصوص التشريعية المتعلقة بضريبة الدخل بتصنيفاتها المختلفة، بحيث تشكل تلك التعديلات عامل دعم وتشجيع للمشاريع الصغيرة، فالمطلوب اليوم من السياسة الضريبية، اعتماد سياسة إعفاء ضريبي مؤقت لدعم تلك المشاريع.

ثالثاً– السعي لإعفاء المشاريع الصغيرة المقامة في المناطق الشرقية من الالتزامات الضريبية لمدة خمس أو ثلاث سنوات، وذلك لضرورة تنمية تلك المناطق.

رابعاً– ضرورة إصدار صك تشريعي يمنح مؤسسات التمويل الصغير، وكذلك مؤسسات ضمان القروض التي تُعنى بتقديم خدمات التأهيل والتدريب لتلك المشاريع معاملة ضريبية تمييزية وان بشكل مؤقت، فتلك المؤسسات تشكل الأدوات المالية والفنية التي تسهم في رعاية المشاريع الصغيرة.

خامساً– ضرورة رصد الاعتمادات الضرورية على صعيد الإنفاق الاستثماري لإنشاء مدن صناعية خاصة بالمشاريع الصغيرة، أو توسع المدن القائمة بما يسمح بتأسيس العديد من المشاريع ضمن نطاق هذه المدن.

سادساً- السعي لإحداث نظام حوافز تصدير خاص بصغار المصدرين من أصحاب المشاريع الصغيرة، بحيث تمنح فيه تلك الأنشطة مزايا تفضيلية تختلف عما هو ممنوح للمصدرين من أصحاب المشاريع الكبيرة.

قائمة المراجع

أولاً_ المؤلفات العامة:

1. د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، طبعة خامسة، دار النهضة العربية القاهرة، 2011
2. د. سيد كاسب – د. جمال كمال الدين، المشاريع الصغيرة الفرص والتحديات، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث جامعة القاهرة، 2007.
3. د. عبد الفتاح مراد، الضريبة على العقارات المبنية، مكتبة الإسكندرية، الإسكندرية، 1999.
4. د. علي الخضر- د. سامر حسين مصطفى إدارة المشاريع الصغيرة، منشورات جامعة دمشق. مركز التعليم المفتوح. 2013-2014.
5. د. محمد خالد المهايني – خالد شحادة الخطيب، المالية العامة، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، 2009.
6. د. مطانيوس حبيب، الوجيز في الاقتصاد السياسي، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2006-2007.
7. د. نبيل جواد، إدارة وتنمية المشاريع المتوسطة والصغيرة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2007.
8. د. يوسف شباط، المالية العامة (نفقات الدولة وايراداتها طبقاً لآخر التعديلات لعام 2009)، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق. 2009-2010.
9. د. يوسف شباط – د. محمد خير العكام، المالية العامة (النفقات والإيرادات العامة والموازنة العامة)، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، قسم الدراسات القانونية، سورية، 2009-2010.

ثانياً- الرسائل العملية:

_ أنس محمد الشيخه، دور السياسة المالية في دعم المشاريع الريادية الصغيرة والمتوسطة والمتناهية في الصغر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2016.

ثالثاً– المواقع الإلكترونية:

1. الموقع الرسمي لوزارة الصناعة والتجارة المصرية.

http://www.mti.gov.eg

2. الموقع الرسمي لهيئة تنمية الصادرات في سورية.

http://www.edpa.gov.sy/

3. معلومات عن قطاع الصادرات لدى المشاريع المتوسطة والصغيرة في مصر موجود على الموقع الرسمي لوزارة التجارة والصناعة المصرية.

http: //www.mti.gov.eg/foreigntrade.htm 4-8-1013 الساعة9.30مساءً

4. الموقع الرسمي للبنك المصري لتنمية الصادرات

http: www.ebebank.com /com / ar / Bankin gservice /pages/ SAM BANKING.ASPx

رابعاً – المجلات الدوريات:

_ د. خضر الأورفلي، الآفاق المستقبلية للصناعات الصغيرة في الدول النامية، دورها في التنمية الاقتصادية، مجلة جامعة حلب، سلسلة العموم الاقتصادية والقانونية، العدد السادس والأربعون، 2006.

خامساً– التقارير:

- التقرير السنوي للهيئة العامة لمكافحة البطالة في سورية لعام 2003 صادر عن هيئة مكافحة البطالة في العام 2004م.

سادساً– القوانين والمراسيم:

1. القانون رقم 2 لعام 2016 المتضمن إحداث هيئة تنمية المشاريع المتوسطة والصغيرة.
2. قانون الشركات السوري رقم 39 لعام 2011.
3. المرسوم التشريعي رقم 71 لعام 2001 المتعلق بإحداث هيئة مكافحة البطالة في سورية.
4. المرسوم التشريعي رقم 39 لعام 2006 المتضمن إحداث الهيئة العامة لتنمية وتشغيل المشاريع في سورية.
5. قانون تنمية المنشآت الصغيرة في مصر رقم 141لعام 2004.
6. المرسوم التشريعي رقم (6) لعام 2009 الناظم لإحداث الهيئة العامة لتنمية وترويج الصادرات في سورية.
7. المرسوم التشريعي رقم (19) لعام 2009 الناظم لإحداث صندوق دعم الصادرات في سورية.
8. قانون ضريبة الدخل في سوريا رقم 24 لعام 2003.
9. قانون ضريبة الدخل المصري رقم 91 لعام 2005.
10. المرسوم التشريعي رقم 54 لعام 2009 المتضمن منح إعفاء من ضريبة دخل الأرباح الحقيقية للمشاريع العامة في المنطقة الشرقية.
11. قانون ضريبة العقارات المبنية في مصر رقم 117 لعام 2014.
12. قانون حماية الإنتاج الوطني في سورية رقم 42 لعام 2006.
13. المرسوم التشريعي رقم 61 لعام 2004 في سورية الناظم لرسم الإنفاق الاستهلاكي في سورية.
14. المرسوم التشريعي رقم 44 لعام 2005 المتضمن رسم الطابع في سورية.

سابعاً– المراجع باللغة الإنكليزية:

1-books

1-Chales Harive and Boon – chylee ,sustaining groth and perfor mance in east asia , ther ole or small and medium enterprises, Eward Elgar Publishing limited , UK, 2005 .